

Trnavská univerzita v Trnave

Právnická fakulta

Verejné obstarávanie v oblasti obrany a bezpečnosti – cesta k
spoločnému trhu EÚ obranných a bezpečnostných zákaziek

Rigorózna práca

Mgr. Peter Kubovič

Trnava

2015

Zadanie

Označenie práce: Rigorózna práca

Názov práce: Verejné obstarávanie v oblasti obrany a bezpečnosti – cesta k spoločnému trhu EÚ obranných a bezpečnostných zákaziek

Titul, meno, priezvisko autora: Mgr. Peter Kubovič

Vedúci rigoróznej práce: JUDr. Dagmar Lantajová, PhD.

Jazyk: slovenský

Dátum schválenia zadania: 16.12.2013

Obsah

Abstrakt rigorózneho práce.....	4
Abstract	5
Skutočný európsky trh s obrannými zariadeniami, fikcia alebo realita?	6
Dôsledky výkladového oznámenia Európskej komisie zo 7. decembra 2006 o uplatňovaní článku 296 zmluvy v oblasti obstarávania na účely obrany	10
Legislatívny rámec EÚ - Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES.....	19
Nákupy tovaru a služieb v sektoroch obrany a bezpečnosti a ich citlivý charakter.....	30
Bariéry vyvolané národnými trhmi členských štátov a mechanizmy práva EÚ na odstránenie týchto bariér.....	32
Úloha národných regulátorov v SR vo väzbe na záväzky voči EÚ	35
Vojenský materiál a citlivé nákupy.....	47
Zásady zmluvy o založení EÚ, najmä voľný pohyb tovaru, sloboda usadiť sa a sloboda poskytovať služby a zásady z nich vyplývajúce - zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada vzájomného uznávania, zásada proporcionality a zásada transparentnosti v kontexte obranných a bezpečnostných zákaziek	52
Povinnosť členského štátu rešpektovať cezhraničný záujem o zákazku.....	56
Výnimky z aplikácie súťažných pravidiel a ich výklad v zmysle judikatúry Súdneho dvora Európskej únie.....	62
Výnimky a požiadavky na ich odôvodnenie zo strany verejného obstarávateľa.	64
Subjekty z tretích krajín a ich oprávnenia vyplývajúce z Dohody o vládnom obstarávaní.	69
Nástroje podpory subdodávateľov a malých a stredných podnikateľov.	70
Postupy verejného obstarávania, nevhodnosť použitia verejnej súťaže v oblasti obranných a bezpečnostných zákaziek.	74
Právny vývoj zadávania zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti pro futuro a závery rigorózneho práce.....	74

Abstrakt rigorózneho práce

Táto práca sa snaží načrtnúť do problematiky obranných a bezpečnostných zákaziek, pričom sa bude zaoberať najmä objasnením legislatívy, príslušnej judikatúry, výkladu tak ako ho uvádza európsky ako aj národný zákonodarca.

Autor práce je členom tímu expertov, ktorí pracovali na transpozícii obrannej smernice do národnej legislatívy a touto prácou chce prispieť k odbornej diskusii o vnútornom trhu v oblasti obrany a bezpečnosti pri poukázaní na špecifiká a osobitné právne inštitúty, ktoré si vyžaduje oblasť verejného obstarávania na úseku obrany a bezpečnosti.

V súčasnosti je možné konštatovať absolútny nedostatok odbornej literatúry k predmetnej téme, čo je spôsobené, či už špecifickosťou obranných a bezpečnostných zákaziek, ktoré sa zväčša udržiavajú v „tajnosti“ v rámci silových zložiek výkonnej moci, ale aj nedostatkom hospodárskych subjektov, ktoré by mali vytvárať väčší tlak na vytváranie súťažného prostredia aj na tomto segmente európskeho trhu. K uvedenému faktoru prispieva aj samotná prax verejných obstarávateľov, ktorí sa namiesto aplikovania súťažných pravidiel verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti spoliehajú na nákup prostredníctvom zákonom stanovených exempcií a v podstate neexistujúcu kontrolu od národných regulátorov ale aj európskeho regulátora.

V tejto práci sa autor pokúsi o analýzu súčasného právneho ako aj skutkového stavu s cieľom zistiť, či spoločný trh na úseku obrany a bezpečnosti funguje a ak nie, prečo je tomu tak a pokúsi sa navrhnúť niekoľko riešení ako možno tento stav zlepšiť.

Abstract

This work attempts to look into the issues of the defense and the security contracts. It deals, in particular, with the relevant case law and the clarification of the relevant legislation and its interpretation by European as well as national legislators.

The author is a member or the team of experts who worked on the transposition of the defense directive into the national legislation. This work would like to contribute to the debate on the internal market in the field of professional defense and security while taking into consideration particular specifics and specific institutes required by public procurement in the field of defense and security.

Currently it is possible to observe absolute lack of literature on the topic. This fact may be due to the specificity of the defense and security contracts, which are usually kept “secret” by the executive in power, as well as by the lack of economic entities creating more pressure on the establishment of competitive environment in this segment of European market. This situation is accentuated by the actual practice of the contracting authorities, who, instead of applying the competition rules to the public procurement in the field of defense and security, rely on the purchase by the statutory exemption and on the basically non-existent control from the national as well as European regulators.

In this work the author attempts to analyze the current law as well as the current state of affairs, in order to determine whether the common market in the field of defense and security functions correctly. If he finds it does not, he will try to determine why it is so and he will attempt to suggest solutions how to improve the situation.

Skutočný európsky trh s obrannými zariadeniami, fikcia alebo realita?

Dňa 13. 07. 2009 bola završená snaha inštitúcií Európskej únie o právnu reguláciu zadávania zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti. V tento deň bola prijatá smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES (ďalej len „obranná smernica“). Obranná smernica predstavuje završenie niekoľko desaťročí trvajúceho „zápasu“ medzi členskými štátmi a európskymi inštitúciami o dosiahnutie vnútorného trhu v oblasti obrany a bezpečnosti.

Podľa dostupných informácií ročný obrat obranného priemyslu Európy predstavuje viac ako 55 miliárd EUR¹, čo predstavuje približne 30% svetovej výroby a tento priemysel zamestnáva viac než 300 000 zamestnancov. Je pritom potrebné podotknúť, že pred dvadsiatimi rokmi predstavoval skutočný obrat a zamestnanosť takmer dvojnásobok uvedených čísiel.

Je taktiež potrebné podotknúť, že európsky obranný a bezpečnostný priemysel značne zaostáva za obranným a bezpečnostným priemyslom Spojených štátov amerických (ďalej len „USA“). Hoci je rozpočet na obranu v USA približne dvojnásobný, v porovnaní so všetkými rozpočtami na obranu v rámci Európskej únie spoločne, 35% z tohto celkového rozpočtu je určených na investície, pričom v Európe je to len približne 20%. Okrem toho USA investujú do vývoja a výskumu v oblasti obrany šesťkrát viac než Európa a navyše investície do výskumu a vývoja sú v Európe roztrieštené, čo vedie k duplicite a mrhaniu vzácných zdrojov.

Je pritom celkom zjavné, že bezpečnostný a obranný priemysel USA má prístup k vnútornému trhu EÚ, pričom nie je zachovaný princíp reciprocity a hospodárske subjekty EÚ sa na trh USA dostávajú veľmi zložito, čo je častokrát spôsobené protekcionárskym postojom USA v podobe zákonných iniciatív „Buy America“ a pod.,

¹ KOMISIA EURÓPSKÝCH SPOLOČENSTIEV. 2007. STRATÉGIA PRE SILNEJŠÍ A KONKURENCIESCHOPNEJŠÍ EURÓPSKY OBRANNÝ PRIEMYSEL - KOM(2007) 764 v konečnom znení. (LIST). Brusel. 2007.

ktoré sú predmetom rozhovorov aj pri príprave dohody o Transatlantickom partnerstve, ktorá v súčasnosti vyvoláva polemiky a politické tenzie.

Trio najväčších zbrojárskych hospodárskych subjektov USA predstavuje Lockheed Martin Corporation (známe vojenské produkty, napr.: Projekt JFS, stíhacie lietadlo F-16 Fighting Falcon a vojenské transportné lietadlo C-130 Hercules), Northrop Grumman Corporation (známe vojenské produkty, napr.: „neviditeľný“ bombardér B-2, stíhacie lietadlo F-14) a Boeing Company (známe vojenské produkty, napr.: vojenské dopravné lietadlo C-17 Globemaster, stíhacie lietadlo F-22), ktoré samotné predstavujú 1 percento HDP USA. Je preto celkom prirodzené, že zo 100 najväčších hospodárskych subjektov v oblasti obrany a bezpečnosti je z USA 43, a z 10 najväčších hospodárskych subjektov je 8 so sídlom v USA.

Naproti tomu je stále citeľnejšia snaha Európy zjednotiť svoj obranný a bezpečnostný priemysel, a to na strane európskych štátov a európskych inštitúcií, ktorá vyústila do vzniku Európskej obrannej agentúry – EDA a konsolidácia a fúzia európskych hospodárskych subjektov do väčších nadnárodných hospodárskych subjektov, ako napr.: BAE Systems plc, Airbus Group SE a Eurofighter Jagdflugzeug GmbH.

Práve verejné obstarávanie predstavuje kľúč k vytvoreniu európskej obrannej a bezpečnostnej základni, ktorá by prostredníctvom koncentrovaného dopytu členských štátov EÚ nielen využila svoje celoeurópske kapacity, ale vo forme subdodávok by mohli na rozvoji tejto hospodárskej oblasti participovať práve malé a stredné hospodárske subjekty, ktoré vzišli z jednotlivých národných zbrojárskych odvetví.

Zmluva o fungovaní Európskej únie v znení Lisabonskej zmluvy preberá pôvodný článok 296 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva (ďalej len „ZES“), ktorý sa aktuálne označuje ako čl. 346.

Podľa predmetného článku ustanovenia zmlúv nebránia použitiu nasledujúcich pravidiel:

a) žiaden členský štát nie je povinný poskytovať informácie, ktorých sprístupnenie odporuje podľa jeho názoru základným záujmom jeho bezpečnosti;

b) každý členský štát môže prijať opatrenia, ktoré pokladá za nevyhnutné na ochranu základných záujmov vlastnej bezpečnosti a ktoré sú späté s výrobou zbraní, munície a bojového materiálu alebo obchodu s nimi; tieto opatrenia nesmú nepriaznivo ovplyvniť podmienky hospodárskej súťaže na vnútornom trhu výrobkov, ktoré nie sú určené zvlášť na vojenské účely.

Podľa čl. 346 ods. 2 Zmluvy o fungovaní EÚ na návrh Komisie môže Rada jednomyselne vykonať zmeny v zozname výrobkov vyhotovenom 15. apríla 1958, na ktoré sa vzťahujú ustanovenia odseku 1 písm. b).

Práve uvedený článok Zmluvy o fungovaní EÚ je pritom kruciálny pre vytvorenie vnútorného trhu v oblasti obrany a bezpečnosti. Členské štáty majú tendenciu tento článok chápať extenzívne, t.j akákoľvek zákazka v oblasti obrany a bezpečnosti je častokrát subsumovaná pod čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ. Uvedené aktivity v tomto smere nadobudli až také rozmery, že Komisia Európskej únie vydala v roku 2006 pre uplatňovanie predmetného článku Zmluvy výkladové stanovisko², v ktorom apeluje na členské štáty, aby predmetný článok Zmluvy nezneužívali a chápali európsky rozmer obranných a bezpečnostných nákupov.

Nevola členských štátov uplatňovať pravidlá smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby na nákupy v oblasti obrany a bezpečnosti, vyústila do prípravy novej smernice, ktorá mala zohľadniť špecifické požiadavky obrany a bezpečnosti. Išlo o zahájenie prác na neskoršej smernici Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES. Komisia vo výkladovom stanovisku konštatovala, že v priemere predstavujú výdavky členských štátov na domácej pôde takmer 85% z rozpočtu na vybavenie. Európske vlády jasne uprednostňujú svoj vlastný vnútroštátny obranný priemysel, nielen aby zachovali pracovné miesta a zvýšili investície, ale aj v

² Výkladové oznámenie o uplatňovaní článku 296 zmluvy v oblasti verejného obstarávania pre rezort obrany {SEK(2006) 1554} {SEK(2006) 1555} /* KOM/2006/0779 v konečnom znení */ - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006DC0779&from=EN>

záujme bezpečnosti dodávky materiálu a informácií. Členské štáty sa zdráhajú prijať skutočnosť, že sa musia na seba vzájomne spoliehať. V dôsledku toho majú výrobcovia z iných členských štátov iba obmedzený alebo žiadny prístup na domáce trhy s výrobkami obranného priemyslu. To spôsobuje značnú duplicitu, ktorá je zrejmá z celkového počtu (89) rôznych zbrojných programov v EÚ, v porovnaní s USA, kde ich je len 27. V tomto alarmujúcom stanovisku Komisia oznamuje Rade, že v prípade, ak sa nezohľadní potreba užšej koordinácie a budovanie vnútorného trhu, Európa stratí svoje postavenie v oblasti obrany a bezpečnosti najmä na úkor USA a jej hospodárskych subjektov, ktoré majú oveľa jednoduchší prístup na trh EÚ ako hospodárske subjekty EÚ vo vzťahu k trhu USA.

Ďalej je potrebné podotknúť, že v právnom vývoji správnej interpretácie článku 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne čl. 296 ZES) zohral kľúčovú úlohu Súdny dvor Európskej únie. V ďalších kapitolách tejto práce budeme analyzovať jeho judikatúru, ktorá výrazne prispela k formovaniu vnútorného trhu EÚ v oblasti obrany a bezpečnosti.

Je však potrebné poukázať aj na to, že napriek prijatiu obrannej smernice dňa 13.07.2009 a uplynutiu transpozičnej lehoty dňa 21.08.2011, sa stále v aplikačnej praxi členských štátov prejavujú tendencie aplikovať článok 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie extenzívnym spôsobom, čomu sa nevyhýba ani Slovenská republika pri prezbrojovaní svojich ozbrojených síl a policajného zboru, ktoré disponujú poväčšine technikou ešte z čias Sovietskeho zväzu a neustále existuje potreba obstarávať zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti v značných finančných hodnotách.

V tomto smere je teda otázne, či sa prijatím obrannej smernice vytvoril skutočný vnútorný trh v oblasti obrany a bezpečnosti alebo tento funguje len pro forma a bez zásahu národných a európskych regulátorov zostane len snom popísaným na papieri.

Dôsledky výkladového oznámenia Európskej komisie zo 7. decembra 2006 o uplatňovaní článku 296 zmluvy v oblasti obstarávania na účely obrany

Ako už bolo uvedené, neutešená situácia v oblasti verejného obstarávania na úseku obrany a bezpečnosti súvisela najmä s extenzívnym výkladom čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne čl. 296 ZES) členskými štátmi napriek tomu, že smernice EÚ o verejnom obstarávaní, či už smernica 2004/18/ES alebo 2004/17/ES (a ich predchodkyne) priamo neumožňovali členským štátom ignorovať vnútorný trh v tejto oblasti. Smernica 2004/18/ES síce v bode 22 svojej preambuly obsahovala nasledovné vyjadrenie, cit.: „Mala by sa ustanoviť možnosť upustiť v určitých prípadoch od uplatňovania opatrení pre koordinačné postupy z dôvodov týkajúcich sa štátnej bezpečnosti alebo štátneho tajomstva alebo z dôvodu uplatňovania špecifických pravidiel pre zadávanie zákaziek, ktoré vyplývajú z medzinárodných dohôd týkajúcich sa umiestňovania vojsk, alebo ktoré sú špecifické pre medzinárodné organizácie“, išlo však len o jej previazanie s čl. 296 ZES, čo však neznamenalo jeho výlučnú a neohraničenú aplikáciu. Malo ísť o vyjadrenie tejto možnosti v určitých špecifických situáciách, kde má národná bezpečnosť prednosť pred vnútorným trhom.

Čl. 14 smernice 2004/18/ES konkrétne stanovoval, že smernica sa nevzťahuje na verejné zákazky, ktoré sú vyhlásené za tajné, ak ich plnenie musia sprevádzať osobitné bezpečnostné opatrenia v súlade so zákonmi, predpismi alebo administratívnymi opatreniami platnými v príslušnom členskom štáte, alebo ak si to vyžaduje ochrana základných záujmov daného členského štátu.

Smernica 2004/18/ES bola do právneho poriadku Slovenskej republiky transponovaná zákonom č. 25/2006 Z. z. zo 14. decembra 2005 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý preberal čl. 14 smernice 2004/18/ES v § 1 ods. 2 písm. b) nasledovne: Tento zákon sa nevzťahuje na zákazku, ktorej predmet tvoria utajované skutočnosti stupňa utajenia Prísne tajné alebo Tajné, ak sa pri jej plnení musia použiť osobitné bezpečnostné opatrenia na základe zákona alebo rozhodnutí príslušných

správnych orgánov alebo ak si to vyžaduje ochrana základných záujmov Slovenskej republiky.

Slovenská transpozícia smernice 2004/18/ES pre aplikáciu predmetnej exempcie z postupov verejného obstarávania vyžadovala, aby bol predmet zákazky spojený s utajovanou skutočnosťou dvoch najprísnejších stupňov utajenia z klasifikácie používanej v Slovenskej republike a navyše sa pri jej plnení museli použiť osobitné bezpečnostné opatrenia na základe zákona alebo rozhodnutí príslušných orgánov alebo ak si to vyžadovala ochrana základných bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky.

Z pohľadu zákona o verejnom obstarávaní teda neboli z jeho postupov vyňaté zákazky, ktorých predmet tvorili utajované skutočnosti dvoch nižších stupňov „Vyhradené“ a „Dôverné“.

Z pohľadu právnej úpravy zákona č. 215/2004 Z. z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení, stupňom utajenia Prísne tajné sa označuje utajovaná skutočnosť vtedy, ak by následkom neoprávnenej manipulácie s ňou mohlo byť vážne ohrozené zachovanie ústavnosti, zvrchovanosti a územnej celistvosti štátu alebo by mohli vzniknúť nenahraditeľné a vážne škody v oblasti obrany, bezpečnosti, ekonomických záujmov, zahraničnej politiky alebo medzinárodných vzťahov, a tým mohla vzniknúť mimoriadne vážna ujma na záujmoch Slovenskej republiky.

Stupňom utajenia Tajné sa označuje utajovaná skutočnosť vtedy, ak by následkom neoprávnenej manipulácie s ňou mohlo byť ohrozené zahraničnopolitické postavenie, obrana, bezpečnosť a záujmy štátu v medzinárodnej a ekonomickej oblasti, a tým by mohla vzniknúť vážna ujma na záujmoch Slovenskej republiky.

Stupňom utajenia Dôverné sa označuje utajovaná skutočnosť vtedy, ak by následkom neoprávnenej manipulácie s ňou mohlo dôjsť k poškodeniu štátnych záujmov, verejných záujmov alebo právom chránených záujmov štátneho orgánu, a tým k jednoduchej ujme na záujmoch Slovenskej republiky.

Stupňom utajenia Vyhradené sa označuje utajovaná skutočnosť vtedy, ak by neoprávnená manipulácia s ňou mohla zapríčiniť poškodenie právom chránených záujmov právnickej osoby alebo fyzickej osoby, ktoré by mohlo byť nevýhodné pre záujmy Slovenskej republiky.

V nadväznosti na uvedené sa právna úprava reprezentovaná stupňami utajenia vo väzbe na právnu úpravu zákona o verejnom obstarávaní javí ako správna, nakoľko dva nižšie stupne utajenia nereprezentujú základné bezpečnostné záujmy Slovenskej republiky a ide skôr o informácie citlivé pre jednotlivé rezorty alebo právnické alebo fyzické osoby.

Na prvý pohľad sa tak vtedajšia slovenská právna úprava javí ako konzistentná s cieľom smernice 2004/18/ES, avšak pri hlbšej analýze tejto problematiky je možné dospieť k záveru, že slovenský zákon o ochrane utajovaných skutočností umožňuje stupne utajenia určovať na základe voľnej úvahy pôvodcu utajovanej skutočnosti. Zákon zveruje právomoc určiť stupeň ochrany utajovanej skutočnosti jej pôvodcovi, t.j. o stupni utajenia a de facto aj o použití exempcie z verejného obstarávania rozhodoval sám pôvodca utajovanej skutočnosti limitovaný len zoznamom oblastí, v ktorých môže utajovaná skutočnosť vzniknúť, ktoré určilo vykonávacie nariadenie vlády č. 216/2004 Z. z., ktorým sa ustanovujú oblasti utajovaných skutočností. V rámci určenia stupňa utajenia teda doposiaľ neexistuje v Slovenskej republike štátny orgán, ktorý by mohol rozhodnutie pôvodcu utajovanej skutočnosti o určení stupňa utajenia objektívne a nezávisle preskúmať. Vzniká tak otázka, či takýto systém ochrany utajovaných skutočností vo väzbe na možnú neregulovanú exempciu z postupov verejného obstarávania bol súladný s požiadavkou na čo možno najužší výklad čl. 14 smernice 2004/18/ES.

Navyše samotná aplikácia postupov verejného obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní pred transponovaním obrannej smernice pre zákazky, ktorých predmet sa spájal s utajovanými skutočnosťami nižšieho stupňa taktiež nebola šťastná, nakoľko smernica 2004/18/ES a ani zákon o verejnom obstarávaní, ktorý túto smernicu transponoval nevytvárali dostatočný právny rámec, ktorý by verejného obstarávateľa dostatočne jasne navigoval pri zadávaní zákazky spojennej s utajovanou skutočnosťou.

Uvedené sa potom v praxi verejného obstarávania prejavovalo v požiadavkách na predloženie čisto národných dokladov vydaných Národným bezpečnostným úradom vo forme slovenskej previerky priemyselnej bezpečnosti, čo zo strany záujemcov alebo uchádzačov o zadanie zákazky vylučovalo použitie zahraničných dokladov, čím dochádzalo k priamej diskriminácii zahraničných hospodárskych subjektov a de facto k vylúčeniu verejného obstarávania ako systému, ktorý umožňuje využiť všetky slobody vnútorného trhu, ktoré sa prejavujú v základných princípoch verejného obstarávania ako princíp rovnakého zaobchádzania, zákazu diskriminácie a transparentnosti. Túto situáciu je možné hodnotiť len negatívne v neprospech väčšej integrácie európskeho trhu v oblasti obrany a bezpečnosti.

Obdobná situácia panovala aj vo väčšine ostatných členských štátov, čo potvrdzuje aj výkladové oznámenie Európskej komisie zo 7. decembra 2006 o uplatňovaní článku 296 zmluvy v oblasti obstarávania na účely obrany.

Z tohto pohľadu je potrebné vyhodnotiť obdobie predchádzajúce prijatiu obrannej smernice ako isté prvopočiatky a formovanie verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti. Samotná Komisia európskej únie vo svojom výkladovom stanovisku konštatuje, že smernica o verejnom obstarávaní 2004/18/ES sa považuje za nevhodnú pre mnohé zákazky v oblasti obrany, pretože neberie do úvahy niektoré osobitné vlastnosti týchto zákaziek.

Uvedené zistenia Komisie európskej únie viedli k vytvoreniu dvoch iniciatív na riešenie tohto nevyhovujúceho stavu. Po prvé sa komisia zaviazala pripraviť text výkladového stanoviska ohľadne správneho uplatňovania čl. 296 ZES a po druhé sa začali práce na príprave smernice o verejnom obstarávaní v oblasti obrany a bezpečnosti.

Komisia vo svojom výkladovom stanovisku² konštatuje, že využívanie čl. 296 ZES pri obstarávaní v rezorte obrany má za následok neuplatňovanie smernice o verejnom obstarávaní, ktorá predstavuje právny nástroj na zabezpečenie dodržiavania základných ustanovení zmluvy týkajúcich sa voľného pohybu tovaru a služieb. Komisia konštatuje,

že pravidlá smernice o verejnom obstarávaní vyjadrujú základné princípy a ciele vnútorného trhu, a preto sa akákoľvek výnimka podľa čl. 296 ZES dotýka samotnej podstaty Európskeho spoločenstva a svojou povahou predstavuje právne i politicky závažnú skutočnosť.

Komisia v podstate upozorňuje, že aplikácia čl. 296 ZES predstavuje špecifické ultima ratio, ktorého použitie je oprávnené až vtedy, ak zlyhajú všetky ďalšie možnosti ochrany záujmov bezpečnosti členského štátu. Komisia poukazuje na potrebu doslovného a striktno reštriktívneho výkladu čl. 296, ako to prikázal Súdny dvor v judikatúre, ktorá bude analyzovaná ďalej v tejto práci.

Článok 296 ods. 1 písm. b) ZES umožňuje prijať opatrenia spojené s výrobou alebo obchodovaním so zbraňami, strelivom a s vojenským materiálom³, ktoré špecifikuje zoznam uvedený v odseku 2. Tento zoznam bol prijatý 15. apríla 1958 ako rozhodnutie Rady 255/58. Podľa Súdneho dvora je zrejmé, že článok 296 ods. 1 písm. b) Zmluvy o ES „sa nemá vzťahovať na činnosti týkajúce sa iných výrobkov, ako sú vojenské výrobky, ktoré sú ustanovené v tomto zozname.

Zoznam z roku 1958 však vzhľadom na vývoj technológií v oblasti obrany a bezpečnosti predstavuje rámec, t.j. článok 296 ZES je možné uplatniť aj v prípade iných technológií a materiálov, ako sú uvedené v tomto zozname, avšak pri zachovaní účelu technológie.

K uvedenému je potrebné podotknúť, že celý zoznam, z roku 1958 nie je verejný³. V zverejnenej časti zoznamu nachádzame napríklad výrobky ako „počítač riadiaci paľbu, infra-červený navádzací systém, tank, obrnený vlak“. Je preto možné, že tieto vojenské zariadenia boli vplyvom plynutia času nahradené novými zariadeniami, ktoré však plnia rovnaké funkcie, avšak s využitím najnovších vojenských informácií. Aj na tieto výrobky by sa preto vzťahovala výnimka podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne čl. 296 ZES).

³ Časť zoznamu je k dispozícii ako materiál Rady 14538/4/08 - <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014538%202008%20REV%204>

Komisia vo svojom výkladovom stanovisku pripomína, že v zozname z roku 1958 sa nachádzajú iba zariadenia čisto vojenskej povahy, ktoré slúžia výhradne na vojenské účely, a to i napriek tomu, že v súčasnosti sa bezpečnosť stáva komplexným pojmom, t.j. stráca sa diferenciácia medzi čisto vojenským a bezpečnostným použitím určitého výrobku alebo zariadenia. Exempcia podľa čl. 296 ods. 1 písm. b) ZES je dovolená len pri zariadení alebo výrobku určenom výhradne na vojenské účely.

Obstarávanie na nevojenské bezpečnostné účely alebo zariadenia, ktoré má dvojaké využitie je možné z pôsobnosti pravidiel verejného obstarávania vyňať podľa čl. 296 ods. 1 písm. a) ZES, ak uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania by ukladalo členskému štátu sprístupniť informácie poškodzujúce jeho základné bezpečnostné záujmy.

Komisia pripomína, že jediným zámerom, ktorý oprávňuje použiť takúto výnimku, je ochrana základných záujmov bezpečnosti členských štátov. Ostatné záujmy, predovšetkým obchodné a hospodárske, nemôžu oprávňovať na výnimku podľa článku 296 ods. 1 písm. b) ZES, aj keď sú spojené s výrobou alebo s obchodovaním so zbraňami, strelivom alebo s vojenským materiálom. Na nepriame nevojenské náhrady, ktoré neslúžia konkrétnym bezpečnostným záujmom, ale všeobecným hospodárskym záujmom, sa nevzťahuje článok 296 ZES, aj keď sú spojené s obstarávaniami pre rezort obrany, ktoré tvoria výnimku podľa príslušného článku.

Záujmy bezpečnosti členských štátov by sa mali zároveň zvažovať z európskej perspektívy. Môžu sa líšiť napríklad z geografických alebo z historických dôvodov. Na druhej strane, európska integrácia vedie k neustále narastajúcemu prepojeniu národných záujmov medzi členskými štátmi. Rozvoj spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky a európskej bezpečnostnej a obrannej politiky ukazuje, že to platí stále viac práve v oblasti bezpečnosti a obrany. Uvedené potvrdzujú aj súčasné skúsenosti spojené s migračnou krízou spôsobenou vojenským konfliktom v Sýrii, kedy členské štáty Európskej únie vytvárajú spoločné policajné a vojenské jednotky, ktorých úlohou je ochrana Schengenskej hranice.

Ďalším spoločným cieľom členských štátov je najmä rozvoj spoločného trhu s obrannými zariadeniami a konkurencieschopnej obrannej priemyselnej a technologickej základne. Na to by mali myslieť, keď zvažujú, či by uplatnenie pravidiel EÚ o obstarávaní, ktorých cieľom je podporovať hospodársku súťaž v rámci Európy, ohrozilo základné záujmy ich bezpečnosti. Článok 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (296 ZES) sa navyše nevzťahuje na ochranu všeobecných záujmov bezpečnosti, ale na ochranu základných záujmov bezpečnosti. Táto definícia podčiarkuje výnimočný charakter danej výnimky a jasne uvádza, že samotná vojenská povaha zariadení uvedených na zozname z roku 1958 nestačí na to, aby oprávňovala na výnimku z pravidiel EÚ o obstarávaní. Toto zvlášť dôrazné znenie („základné“) naopak obmedzuje prípadné výnimky z obstarávania, ktoré je pre vojenský potenciál členských štátov najdôležitejšie. Znenie článku 348 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne 298 ZES) a príslušná judikatúra, ktoré sa všeobecne týkajú článku 346 (296), potvrdzujú, že toto zdôvodnenie by sa malo vzťahovať nielen na uplatňovanie odseku 1 písm. a), ale aj na uplatňovanie odseku 1 písm. b) článku 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (296 ZES).

Pri zodpovedaní otázky o oprávnenosti aplikácie výnimky uvoľňujúcej z režimu verejného obstarávania podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne čl. 296 ZES) je teda úlohou každého verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, aby pri každej zákazke starostlivo posúdil, či je výnimka z pravidiel verejného obstarávania oprávnená alebo neoprávnená. Takéto jednotlivé posudzovanie každého prípadu musí byť obzvlášť dôkladné na rozhraní, kde by uplatnenie výnimky mohlo byť sporné. Predovšetkým to znamená, že verejní obstarávatelia a obstarávatelia musia zvážiť:

1. Ktorého základného záujmu bezpečnosti sa výnimka v nadväznosti na konkrétny predmet zákazky týka.
2. Aké je spojenie medzi týmto záujmom bezpečnosti a konkrétnym rozhodnutím o verejnom obstarávaní.
3. Prečo je neuplatňovanie smernice o verejnom obstarávaní – národného právneho predpisu o verejnom obstarávaní v tomto konkrétnom prípade dôležité pre ochranu príslušného základného záujmu bezpečnosti.

Navyše v čl. 346 ods. 1 písm. b) Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne 296 ZES) sa zároveň ustanovuje, že opatrenia prijaté v zmysle tohto článku „nesmú nepriaznivo ovplyvňovať

podmienky hospodárskej súťaže na spoločnom trhu týkajúce sa výrobkov, ktoré nie sú určené osobitne na vojenské účely“. V rámci obstarávania pre rezort obrany sa to môže týkať offsetových náhrad a to najmä nepriamych nevojenských náhrad. Členské štáty sa preto musia uistiť, že dohody o náhradách týkajúce sa zákaziek pre obranu, na ktoré sa vzťahuje článok 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne 296 ZES) ods. 1 písm. b), sa riadia týmto ustanovením. Týmto dochádza v podstate k zákazu offsetových obchodov, ktoré by mohli byť v praxi členských štátov skrývané pod výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ. Bližšie k problematike offsetov sa budeme venovať v ďalších častiach tejto práce.

Ak teda zhrnieme obsah oznámenia Komisie európskej únie dospejeme k záveru, že použitie čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie predstavuje výnimočnú situáciu, kedy nie je možné zabezpečiť základné bezpečnostné záujmy členského štátu miernejšími prostriedkami.

Ak pretavíme predmetný výklad do praxe, asi nie je v poriadku, ak sa na konkrétnu zákazku nepoužijú súťažné pravidlá Európskej únie s tým, že jediným argumentom je národná bezpečnosť bez hlbšej konkretizácie obáv, ktoré členskému štátu hrozia v prípade použitia súťažných postupov verejného obstarávania. Ak teda politický reprezentant štátu v úlohe ministra v médiách verejne vyhlasuje, že pre účely ozbrojených síl jeho rezort nakúpil určité vojenské výrobky, avšak na uzavretie tejto zmluvy sa nepoužili postupy verejného obstarávania, členský štát sa nepriamo priznáva k porušeniu Zmluvy o fungovaní Európskej únie tým najzávažnejším spôsobom. O to viac je potom zarážajúcejšie, že členský štát nakúpi zbrane alebo zariadenia od hospodárskeho subjektu z iného členského štátu, s ktorým napr. susedí a v istom zmysle práve takýto nákup môže predstavovať bezpečnostné riziko v prípade vyostrenia situácie medzi susediacimi štátmi alebo v prípade, ak by bol štát pôvodu zbrane rovnako ohrozený ako susedný štát, kedy je možné predpokladať, že dodávka náhradných dielov a munície bude smerovať najprv k uspokojeniu potrieb štátu pôvodu zbrane alebo výrobku a na susedný štát sa dostane až následne.

Napriek prijatiu obrannej smernice sa popisovaná prax zo strany členských štátov stále vyskytuje, čo neprispieva k dôvere voči Európskej únii zo strany predovšetkým malých

a stredných podnikateľov v oblasti obrany a bezpečnosti, nakoľko práve títo mali najviac ťažiť z pravidiel verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti, kde sa by sa mala súťaž realizovať podľa férových a transparentných podmienok za existencie spravodlivej hospodárskej súťaže.

Aplikácia predmetnej výnimky musí byť preto riadne zdôvodnená a preukázateľne musí objasňovať základné východiská pri uplatnení diskrečnej právomoci členského štátu o využití výnimky. V prípade využitia exempcie by malo ísť o veľmi citlivé rozhodnutie, kde členský štát balansuje na hranici nedodržania základného záväzku voči Európskej únii.

Komisia Európskej únie zároveň upozorňuje, že nemieni interferovať do diskrečnej právomoci štátov pri definovaní ich základných bezpečnostných záujmov, ale z pozície strážcu zmlúv sa hodlá zaoberať odôvodnenosťou postupu členského štátu pri uplatňovaní výnimky.

Podľa komisie je preto povinnosťou príslušného členského štátu, aby počas skúmania vo veci obstarávania, ktoré vykonáva Komisia, predložil dôkazy o tom, že na základe konkrétnych podmienok príslušného obstarávania by uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania ohrozilo základné záujmy jeho bezpečnosti. Všeobecné odkazy na geografickú a politickú situáciu, na históriu a na záväzky voči napr. NATO nie sú postačujúce.

Výkladové stanovisko Komisie Európskej únie zo dňa 7.12.2006 teda jednoznačne odmietlo prax jednotlivých členských štátov EÚ v oblasti aplikácie čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Pre odôvodnenie aplikácie tohto článku musí členský štát uniesť dôkazné bremeno, ktoré preukáže, že z objektívnych dôvodov podopretých základnými bezpečnostnými záujmami nie je možné realizovať súťažný postup zadávania zákazky. Takéto odôvodnenie nesmie byť generické a musí preukázať existenciu základných bezpečnostných záujmov, zhodnotiť mieru rizika ich ohrozenia a v súlade s princípom proporcionality musí byť vykonaná analýza, či sa sledovaný cieľ nedá dosiahnuť menej rušivými opatreniami.

Legislatívny rámec EÚ - Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES

Dňa 13.7.2009 bola prijatá smernica Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES (ďalej len „obranná smernica“), čím bola korunovaná snaha Komisie európskej únie prijať špecifický právny predpis reagujúci na potreby obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti. Motívom na prijatie tohto právneho predpisu bola snaha o vytváranie európskeho trhu s obrannými zariadeniami s cieľom posilniť európsku priemyselnú a technologickú základňu potrebnú na budovanie európskej bezpečnostnej a obrannej politiky. Jedným z ďalších cieľov bola podpora malých a stredných podnikateľov (ďalej len „MSP“). Pomocou viacerých právnych inštitútov, ktoré obsahuje obranná smernica sa majú vykompenzovať obavy členských štátov o ochranu citlivých informácií a ochranu dodávok. Zároveň sa má vytvárať jednotný režim pre celú Európsku úniu zameraný na bezpečnosť informácií, ktorý zahŕňa vzájomné uznávanie národných bezpečnostných previerok a umožňuje výmenu utajovaných skutočností medzi verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi a európskymi hospodárskymi subjektami. Členské štáty by zároveň mali prijať konkrétne opatrenia na zlepšenie bezpečnosti vzájomných dodávok s cieľom postupne vytvoriť systém primeraných záruk.

Na účely obrannej smernice by sa mali vojenské zariadenia chápať najmä ako typy výrobkov uvedené na zozname zbraní, munície a vojenského materiálu prijatom rozhodnutím Rady 255/58 z 15. apríla 1958 a členské štáty sa môžu obmedzovať iba na tento zoznam. Na tomto zozname sa nachádzajú iba zariadenia navrhnuté, vyvinuté a vyrobené osobitne na vojenské účely. Zoznam je však všeobecný a má sa chápať v širších súvislostiach vzhľadom na vyvíjajúci sa charakter technológií, politiky verejného obstarávania a vojenské požiadavky vedúce k vývoju nových typov zariadení, napríklad na základe spoločného zoznamu vojenského materiálu Európskej únie. Na účely obrannej smernice by sa „vojenské zariadenia“ mali vzťahovať aj na výrobky, ktoré sa napriek

pôvodnému civilnému určeniu neskôr prispôsobili vojenským účelom a používajú sa ako zbrane, munícia alebo vojenský materiál.

V osobitnej oblasti nevojenskej bezpečnosti by sa obranná smernica mala uplatňovať na obstarávanie na účely obrany, ktoré majú podobné črty ako obranné obstarávanie a sú rovnako citlivé. Môže tomu tak byť najmä v oblastiach spolupráce vojenských a nevojenských zložiek na plnení rovnakých misií alebo v prípade, ak je účelom verejného obstarávania ochrana bezpečnosti Európskej únie alebo členských štátov na ich vlastnom území alebo mimo neho pred hrozbami zo strany nevojenských alebo mimovládnych aktérov. Takéto prípady môžu zahŕňať napríklad ochranu hraníc, policajné činnosti a misie krízového riadenia.

Samozrejme aj obranná smernica reflektuje čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (pôvodne čl. 296 ZES) ako aj ďalšie obmedzenia základných slobôd, tak ako ich reflektuje zmluva o fungovaní Európskej únie, čo je vyjadrené v bode 16 preambule obrannej smernice nasledovne: „Znamená to najmä, že zadávanie zákaziek, na ktoré sa vzťahuje rozsah pôsobnosti tejto smernice, možno z jej rozsahu vyňať, ak je to odôvodnené na základe verejnej bezpečnosti alebo potrebné na ochranu základných bezpečnostných záujmov členského štátu. Môže sa to týkať zákaziek v oblasti obrany aj bezpečnosti, ktoré si vyžadujú také krajne náročné opatrenia na bezpečnosť dodávok, alebo sú natoľko dôverné alebo dôležité pre národnú zvrchovanosť, že ani osobitné ustanovenia tejto smernice nepostačujú na ochranu základných bezpečnostných záujmov členských štátov, ktorých vymedzenie je výlučne v zodpovednosti členských štátov.“. Bod 17 preambuly obrannej smernice však pripomína, že v súlade s judikatúrou súdneho dvora by sa však možnosť využiť takéto výnimky mala vykladať takým spôsobom, aby sa účinky výnimiek nerozšírili nad rámec toho, čo je nevyhnutne potrebné na ochranu oprávnených záujmov, ktorú uvedené články pomáhajú zabezpečovať. Neuplatňovanie obrannej smernice musí byť preto primerané sledovaným cieľom a spôsobiť čo najmenšie narušenie voľného pohybu tovaru a slobody poskytovania služieb.

Obranná smernica je v podstate obdobou smernice 2004/18/ES, resp. smernice 2004/17/ES, avšak s prihliadnutím na špecifiká zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti.

Do rozsahu pôsobnosti obrannej smernice patria zákazky, ktorých predmet tvoria:

- a) dodávky vojenských zariadení, ako aj ich častí, zložiek alebo montážnych celkov;
- b) dodávky citlivých zariadení vrátane akýchkoľvek častí, zložiek alebo montážnych celkov;
- c) práce, tovar a služby, ktoré priamo súvisia so zariadením uvedeným v písmenách a) a b) pre akékoľvek a všetky zložky jeho životného cyklu;
- d) práce a služby na osobitne vojenské účely, alebo práca a služby citlivého charakteru.

Obranná smernica definuje „vojenské zariadenia“ ako zariadenia osobitne navrhnuté alebo prispôbené na vojenské účely a určené na použitie ako zbrane, munícia alebo vojenský materiál.

„Citlivým vybavením“, sú „práce citlivého charakteru“ a „služby citlivého charakteru“, ktoré predstavujú vybavenie, práce a služby na účely bezpečnosti, ktoré sú spojené s utajovanými skutočnosťami, vyžadujú si takéto skutočnosti a/alebo ich obsahujú.

Nakoniec „utajované skutočnosti“ sú obrannou smernicou definované ako akékoľvek informácie alebo materiál bez ohľadu na formu, charakter alebo spôsob ich prenosu, ktorým bola prisúdená určitá úroveň bezpečnosti alebo úroveň ochrany a ktoré si v záujme národnej bezpečnosti a v súlade so zákonmi, predpismi alebo administratívnymi opatreniami platnými v príslušnom členskom štáte vyžadujú ochranu pred odcudzením, zničením, odstránením, odhalením, stratou alebo prístupom akejkoľvek nepovolanej osoby alebo pred akýmkoľvek iným druhom kompromitovania.

Čl. 4 obrannej smernice stanovuje, že aj v oblasti obrany a bezpečnosti sa rovnako uplatňujú princípy rovnakého zaobchádzania s hospodárskymi subjektami, nediskriminácie a transparentnosti.

Čl. 7 obrannej smernice rieši problematiku ochrany utajovaných skutočností, pričom oprávňuje verejných obstarávateľov stanoviť pre hospodárske subjekty povinnosti ohľadne ochrany utajovaných skutočností, a to už počas verejného obstarávania. Tieto povinnosti sa môžu stanoviť aj vo vzťahu k subdodávateľom uchádzača alebo záujemcu.

Rovnako ako je tomu pri civilných zákazkách reglementovaných smernicou 2004/18/ES aj obranná smernica určila prahové hodnoty, od ktorých sa zákazka považuje za zákazku európskeho významu a od ktorých sa misia rešpektovať pravidlá verejného obstarávania Európskej únie. V oblasti obrany a bezpečnosti sa zákazka považuje za podliehajúca európskym právnym predpisom v oblasti obstarávania, ak jej predpokladaná hodnota počítaná bez dane z pridanej hodnoty je rovná alebo vyššia ako 414 000,- eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru alebo poskytnutie služby a rovná alebo vyššia ako 5 186 000,- eur, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác.

V porovnaní s civilnými zákazkami je prahová hodnota zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti pri zákazke na dodanie tovaru alebo poskytnutie služby značne vyššia (pre verejného obstarávateľa ktorým je štátny orgán platí prahová hodnota civilnej nadlimitnej zákazky 134 000,- eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru alebo poskytnutie služby, ak ide o iného verejného obstarávateľa tento limit je pri civilnej zákazke 207 000,- eur. Pri civilnej zákazke na uskutočnenie stavebných prác je limit nadlimitnej zákazky 5 186 000,- eur, rovnako ako pri zákazke na uskutočnenie stavebných prác v oblasti obrany a bezpečnosti.).

Obranná smernica obdobne ako smernica 2004/18/ES obsahuje výnimky z povinného použitia pravidiel verejného obstarávania. Obranná smernica pritom reaguje aj na špecifické situácie, ktoré vznikajú v oblasti obrany a bezpečnosti. Čl. 13 obrannej smernice uvádza, nasledujúce špecifické výnimky, pri ktorých sa nemusia dodržať pravidlá verejného obstarávania:

- a) zákazky, pri ktorých by uplatnenie pravidiel tejto smernice zaviazovalo členský štát poskytovať informácie, ktorých sprístupnenie považuje za odporujúce základným záujmom jeho bezpečnosti;
- b) zákazky na účely spravodajských činností;
- c) zákazky zadávané v rámci programu spolupráce vychádzajúceho z výskumu a vývoja, ktorý spoločne vykonávajú aspoň dva členské štáty pri vývoji nového výrobku a prípadne v neskorších etapách všetkých alebo niektorých častí životného cyklu výrobku. Pri uzatváraní takého programu spolupráce iba medzi členskými štátmi oznámia členské štáty Komisii podiel nákladov na výskum a

vývoj vzhľadom na celkové náklady programu spolupráce, dohodu o zdieľaní nákladov, ako aj zamýšľaný podiel na prípadných nákupoch jednotlivých členských štátov;

- d) zákazky uzatvorené v tretej krajine vrátane zákaziek na civilné nákupy uskutočňované v čase nasadenia ozbrojených síl mimo územia Únie, ak operácie vyžadujú, aby boli zadané hospodárskymi subjektmi nachádzajúcimi sa v oblasti operácií;
- e) zákazky zadávané vládou inej vláde, ktoré sa týkajú:
 - dodávok vojenského alebo citlivého vybavenia;
 - prác a služieb priamo spojených s takýmto vybavením alebo
 - prác a služieb na osobitne vojenské účely, alebo prác a služieb citlivého charakteru.

Samozrejme obranná smernica pozná aj ďalšie výnimky, avšak tieto sú platné rovnako pre civilné zákazky.

Bližšie sa uvedeným výnimkám budeme venovať v ďalších častiach tejto rigoróznejšej práce.

Jeden zo špecifických inštitútov obrannej smernice predstavuje inštitút subdodávok. Obranná smernica vo väzbe na odstránenie nepriaznivého stavu, kedy bolo v aplikačnej praxi členských štátov zaužívané tzv. „offsetové“ obchodovanie, t.j. kupujúci členský štát od úspešného uchádzača o obrannú zákazku vyžadoval nákup domácich produktov, integráciu časti svojej produkcie do finálneho výrobku, umiestnenie výroby alebo jej časti na svojom území a pod, zavádza podrobné pravidlá zadávania subdodávok.

Regulácia subdodávok stanovená obrannou smernicou umožňuje, aby členský štát (1. možnosť transpozície) alebo konkrétny verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ (druhá možnosť transpozície) zaviazal úspešného uchádzača aplikovať pravidlá zadávania subdodávok vo vzťahu ku všetkým subdodávkam alebo časti subdodávok. Ďalej členský štát môže stanoviť, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je povinný alebo je oprávnený úspešnému uchádzačovi zadať, že určitá časť zákazky sa zadá subdodávateľom. Maximálna časť zákazky však nesmie presiahnuť 30 % hodnoty zákazky. Bližšie pravidlá o uzatváraní subdodávateľských zmlúv sú definované v hlave III obrannej smernice. Samotný proces zadávania subdodávky je povinný aplikovať aj

úspešný uchádzač, ktorý nie je verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom. Povinnosť aplikovať formálne zadávanie subdodávky sa predpokladá v prípade, ak predpokladaná hodnota subdodávky nie je nižšia ako finančný limit nadlimitnej zákazky. V slovenskej jazykovej mutácii obrannej smernice je v čl. 52 ods. 1 chyba – uvádza sa „ak predpokladaná hodnota je nižšia“. V tomto smere je potrebné vychádzať z iných jazykových mutácií obrannej smernice vid'. napr. česká alebo anglická jazyková mutácia.

V oznámení o zadaní subdodávky úspešný uchádzač uvedie kvalitatívne výberové kritéria určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom, ako aj ostatné kritéria, ktoré bude uplatňovať pri kvalitatívnom výbere subdodávateľov. Všetky tieto kritériá sú objektívne, nediskriminačné a zosúladené s kritériami uplatňovanými verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom na výber uchádzačov pre hlavnú zákazku. Požadované schopnosti musia byť priamo spojené s predmetom subdodávky a požadované úrovne spôsobilosti musia byť tomuto predmetu primerané. Úspešný uchádzač nemá povinnosť zadať subdodávku, ak súhlasne s verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom dokáže, že žiadny zo subdodávateľov, ktorí sa zúčastnili verejnej súťaže, alebo ich ponuky nespĺňajú kritériá uvedené vo vyhlásení subdodávky, čím by sa zabránilo úspešnému uchádzačovi splniť požiadavky uvedené v hlavnej zákazke.

Predmetné pravidlá zadávania subdodávok zabráňujú použitiu offsetových obchodov zo strany orgánov členských štátov, tak ako tomu bolo pred prijatím obrannej smernice. Je teda jednoznačne neprípustné, aby členský štát alebo jeho orgán nakupoval určitý tovar, službu alebo stavebné práce od hospodárskeho subjektu na báze jeho štátnej príslušnosti alebo miesta usadenia. Je taktiež neprípustné, aby členský štát alebo jeho orgán vyžadoval od úspešného uchádzača použitie kapacít subdodávateľa podľa jeho štátnej príslušnosti alebo podľa miesta jeho usídlenia. Taktiež je neprípustné, aby sa v súvislosti so zadaním zákazky vyžadovalo vloženie investícií do členského štátu, jeho orgánov, obchodných spoločností alebo špecifických oblastí alebo požadovalo vytváranie určitých výhod, výnosov alebo poskytovanie podpory, barterových obchodov a pod. To platí či už pre vojenský a obranný sektor, ale aj sektor civilný. Samozrejme aj v oblasti offsetov, resp. subdodávok platí čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ, avšak zároveň platí všetko, čo bolo v tejto práci k predmetnému článku uvedené. Ide najmä o preukázanie reálnej potreby

a nevyhnutnosti aplikovania predmetného článku, ktorého extenzívny výklad je v rozpore so samotnou podstatou zakladajúcich zmlúv.

Ďalším z imanentných znakov obranných a bezpečnostných zákaziek je potreba zabezpečenia bezpečnosti informácií (v slovenskom právnom poriadku ide o ochranu utajovaných skutočností). V tomto smere obranná smernica v čl. 22 stanovuje základné pravidlá, ktoré je potrebné aplikovať, aby sa aj v neharmonizovanej oblasti práva Európskej únie mohol vytvárať spoločný trh obranných a bezpečnostných komodít, služieb a stavebných prác. V tomto smere obranná smernica netrvá na doposiaľ prísnom rozlišovaní dvoch základných etáp verejného obstarávania (etapa hodnotenia spôsobilosti uchádzača vs. etapa hodnotenia ponuky) a umožňuje, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v akejkol'vek fáze verejného obstarávania stanovil opatrenia a požiadavky potrebné na to, aby sa zaistila bezpečnosť chránených informácií na požadovanej úrovni. Viac o použití opatrení na ochranu utajovaných skutočností bude uvedené v osobitnej kapitole tejto práce.

Obranná smernica stanovuje demonštratívny výpočet týchto opatrení, ide teda o možnosť vyžadovať napr.:

- a) záväzok od už identifikovaného uchádzača a subdodávateľov, aby primerane zabezpečili dôvernosť všetkých utajovaných skutočností, ktoré vlastnia alebo ktoré zaregistrujú počas trvania verejnej zákazky, v súlade s príslušnými zákonmi, právnymi predpismi a správnymi opatreniami;
- b) záväzok uchádzača získať záväzok uvedený v bode a) od subjektov, ktorí sa stanú jeho subdodávateľmi počas vykonávania verejnej zákazky;
- c) dostatočné informácie o už identifikovaných subdodávateľoch, ktoré verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi umožnia zistiť, či každý z nich má požadované kapacity na primeranú ochranu dôvernosti utajovaných skutočností, ku ktorým má prístup, alebo o ktorých vydanie bude požiadané v rámci realizácie svojich subdodávateľských činností;
- d) záväzok uchádzača, že poskytne informácie požadované v písmene c) o všetkých nových subdodávateľoch predtým, než im udelí subdodávateľskú zákazku.

Ako už bolo uvedené vyššie obranná smernica reflektuje na skutočnosť, že oblasť obrany a bezpečnosti nie je na úrovni Európskej únie harmonizovaná. Z uvedeného dôvodu čl. 22 druhý pododsek stanovuje, že pri absencii harmonizácie vnútroštátnych systémov na úrovni Únie (predtým Spoločenstva) na povolenie vlastníť utajované skutočnosti môžu členské štáty stanoviť, že opatrenia a požiadavky na ochranu informácií musia byť v súlade s ich vnútroštátnymi ustanoveniami o vlastníctve utajovaných skutočností. Členské štáty uznajú povolenia vlastníť utajované skutočnosti, ktoré považujú za rovnocenné s povoleniami vydanými v súlade so svojím vnútroštátnym právom, bez ohľadu na možnosť viesť a zohľadniť ďalšie vlastné vyšetrovania, ak to považujú za potrebné.

Podľa čl. 1 ods. 8 obrannej smernice „utajované skutočnosti“ sú akékoľvek informácie alebo materiál bez ohľadu na formu, charakter alebo spôsob ich prenosu, ktorým bola prisúdená určitá úroveň bezpečnosti alebo úroveň ochrany a ktoré si v záujme národnej bezpečnosti a v súlade so zákonmi, predpismi alebo administratívnymi opatreniami platnými v príslušnom členskom štáte vyžadujú ochranu pred odcudzením, zničením, odstránením, odhalením, stratou alebo prístupom akejkoľvek nepovolanej osoby alebo pred akýmkoľvek iným druhom kompromitovania.

Obranná smernica stanovuje zásada vzájomného uznávania povolení „vlastniť utajovanú skutočnosť“⁴, avšak táto zásada je obmedzená tým, že rovnocenné uznanie musí vyplývať z národného právneho poriadku. Takisto sa zohľadňuje možnosť členského štátu viesť a zohľadniť aj ďalšie vyšetrovania, a to i v prípade, ak národné právo uznáva potvrdenie iného členského štátu za rovnocenné národnému potvrdeniu.

K úlohe Národného bezpečnostného úradu vo väzbe na záväzky Slovenskej republiky vyplývajúce z členstva v Európskej únii vo vzťahu k vytváraniu spoločného trhu v oblasti obrany a bezpečnosti sa budeme venovať v osobitnej kapitole tejto práce.

⁴ Podľa § 44 zákona č. 215/2004 Z.z. o ochrane utajovaných skutočností a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení ak je odôvodnený predpoklad, že štátny orgán požiada podnikateľa o vytvorenie utajovanej skutočnosti alebo ak bude potrebné postúpiť utajovanú skutočnosť zo štátneho orgánu podnikateľovi (ďalej len „postúpenie utajovanej skutočnosti“), je podnikateľ povinný požiadať úrad o vydanie potvrdenia o priemyselnej bezpečnosti.

Ďalším významným inštitútom obrannej smernice je inštitút bezpečnosti dodávok, ktorý zohľadňuje požiadavky verejného obstarávateľa, obstarávateľa súvisiace s potrebou zabezpečenia ochrany dodávky predmetu zákazky.

Na tento účel môže ponuka uchádzača podľa požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa obsahovať:

- a) osvedčenie alebo dokumentáciu, ktorá verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi uspokojivo preukáže, že uchádzač bude schopný plniť povinnosti v oblasti vývozu, prepravy a tranzitu tovaru súvisiaceho so zmluvou vrátane všetkej podpornej dokumentácie, ktorú dostal od príslušného členského štátu (príslušných členských štátov);
- b) oznámenie akéhokoľvek obmedzenia verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktoré sa týka prezradenia, tranzitu alebo použitia produktov a služieb alebo akýchkoľvek dôsledkov týchto produktov a služieb, ktoré by boli výsledkom kontroly dovozu alebo bezpečnostných opatrení;
- c) osvedčenie alebo dokumentáciu, ktorá preukáže, že organizácia a umiestnenie reťazca dodávok uchádzača mu umožnia splniť požiadavky verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v oblasti bezpečnosti zásobovania spresnené v zadávacích podkladoch a záväzkoch, aby zabezpečil, že prípadné zmeny v jeho dodávateľskom reťazci počas realizácie zákazky neovplyvnia nepriaznivo plnenie týchto požiadaviek;
- d) záväzok uchádzača vytvoriť a/alebo zachovať kapacity potrebné na plnenie prípadných zvýšených požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa v dôsledku krízy podľa podmienok a okolností, ktoré sa dohodnú;
- e) akúkoľvek podpornú dokumentáciu zaslanú vnútroštátnymi orgánmi uchádzača týkajúcu sa plnenia prípadných zvýšených požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktoré by vyvstali v dôsledku krízy;
- f) záväzok uchádzača zabezpečiť údržbu, modernizáciu alebo úpravy dodávok tovaru, ktoré sú predmetom tejto zákazky;
- g) záväzok uchádzača informovať verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa včas o každej zmene, ku ktorej došlo v jeho organizácii, dodávateľskom reťazci alebo

výrobnej stratégii a ktorá by mohla ovplyvniť jeho záväzky voči tomuto orgánu/subjektu;

- h) záväzok uchádzača poskytnúť verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi v súlade s podmienkami, ktoré sa dohodnú, všetky špecifické prostriedky potrebné na výrobu náhradných dielov, súčastí, sústav a osobitných testovacích zariadení vrátane technických výkresov, licencií a návodov na použitie v prípade, že ďalej nemôže poskytovať tieto zásoby.

Od uchádzača sa však nemôže požadovať, aby prijal záväzok od členského štátu, ktorý by obmedzoval slobodu daného členského štátu uplatňovať v súlade s príslušným medzinárodným právom alebo právom Spoločenstva jeho vnútroštátne kritériá na udelenie povolenia na vývoz, transfer alebo prevoz za podmienok platných v čase prijatia takého rozhodnutia o udelení povolenia⁵.

Uvedený výpočet možností ochrany utajovaných skutočností a riadení bezpečnosti dodávok umožňuje verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi nastaviť proces verejného obstarávania tak, aby bola zabezpečená ochrana utajovaných skutočností na požadovanej úrovni a zároveň, aby boli vytvorené predpoklady ohľadne bezpečnosti dodávok. Benefitom takto nastavených pravidiel je vytvorenie priestoru pre hospodársku súťaž subjektov, ktoré majú potrebné bezpečnostné previerky a vedia deklarovat' zabezpečenie bezpečnosti dodávok. Uvedením predmetných inštitútov do praxe verejného obstarávania sa znižuje potreba členského štátu aplikovať výnimku podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, nakoľko procesné inštitúty zavedené obrannou smernicou umožňujú zabezpečiť primeranú mieru bezpečnosti pri zadávaní zákazky. Aplikácia čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie by sa tak mala obmedziť iba na minimum použitia v situáciách vyžadujúcich zabezpečenie iba najdôležitejších bezpečnostných záujmov štátu, kde nie je možné použitie vyššie uvedených inštitútov obrannej smernice považovať za dostatočné.

⁵ Textácia slovenskej jazykovej verzie obrannej smernice vyznieva v tomto smere zmätočne, preto je vhodné vychádzať z iných jazykových mutácií – zrozumiteľne v tomto smere vyznieva česká alebo anglická jazyková mutácia obrannej smernice.

Obranná smernica medzi uplatniteľné postupy verejného obstarávania v porovnaní so smernicami 2004/18/ES a 2004/17/ES nezahrnula verejnú súťaž. Uvedené vyplýva z charakteru postupu verejná súťaž, ktorý je spojený s možnosťou predložiť ponuku akýmkoľvek uchádzačom, t.j. tento postup nepočíta s osobitným preskúmaním žiadosti o účasť, ktorá je vhodná na preverenie „statusu“ hospodárskeho subjektu. V tomto smere sa ako najčastejší postup verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti javí užšia súťaž, ktorá práve vo fáze vyhodnocovania žiadosti o účasť vytvára predpoklady na preverenie „statusu“ záujemcu. V tomto smere je vhodné, aby sa požiadavky na bezpečnosť informácií (napr. požiadavka na preukázanie oprávnenia oboznamovať sa s utajovanou skutočnosťou), požiadavky súvisiace s bezpečnosťou dodávok uviedli práve vo fáze vyhodnocovania „statusu“ záujemcu. Takisto je vhodné, aby sa informácie podliehajúce režimu utajovaných skutočností poskytovali až prevereným záujemcom, ktorí budú spĺňať požiadavky a bezpečnostné opatrenia uložené právnymi predpismi jednotlivých členských štátov. Bližšie k jednotlivým postupom a procesným nástrojom obrannej smernice sa vyjadríme v ďalších častiach tejto rigorózneho práce.

Napokon obranná smernica zavádza úpravu revízných postupov ako nástrojov ochrany práv a právom chránených záujmov hospodárskych subjektov aj pre zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti. Bližšie k revíznym postupom sa vyjadríme v ďalších častiach tejto rigorózneho práce.

Článok 72 obrannej smernice stanovil transpozičnú lehotu na prebratie obrannej smernice do národných právnych poriadkov do 21.08.2011.

V Slovenskej republike došlo k transponovaniu obrannej smernice až prijatím zákona č. 91/2012 Z. z., ktorým sa menil a dopĺňal zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony zo dňa 29.02.2012, ktorý nadobudol účinnosť dňa 09.03.2012. Pre oneskorenú transpozíciu viedla Komisia Európskej únie voči Slovenskej republike aj formálne konanie, ktoré bolo však po prijatí predmetného zákona zastavené.

Nákupy tovaru a služieb v sektoroch obrany a bezpečnosti a ich citlivý charakter

Ako už bolo v tejto práci uvedené, charakteristickým znakom rozlíšenia medzi civilnou zákazkou a zákazkou v oblasti obrany a bezpečnosti je to, či predmet zákazky predstavuje vojenské vybavenie podľa zoznamu z 15. apríla 1958, ktorý bol prijatý ako rozhodnutie Rady 255/58. Zbrane a zariadenia uvedené v predmetnom zozname však treba chápať z ohľadom na vývoj technológií a materiálov. Je preto na každom verejnom obstarávateľovi alebo obstarávateľovi, aby ešte pred zadávaním zákazky posúdil, či obstarávaný predmet zákazky je zariadením zo zoznamu z roku 1958 alebo je zariadením, ktoré s prihliadnutím na vývoj techniky je možné kvalifikovať ako zariadenie obdobného zariadeniu zo zoznamu.

Ďalším spoľahlivým determinantom rozlišujúcim civilnú zákazku od zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti je nevyhnutná spojitosť zákazky s utajovanou skutočnosťou a to vo väzbe na akúkoľvek fázu verejného obstarávania, či už ide o potrebu preveriť bezpečnostné požiadavky vo vzťahu k osobe záujemcu alebo uchádzača, potrebu stanoviť osobitnú formu komunikácie, ktorá môže súvisieť s potrebou ochrany utajovaných skutočností, potrebu nastaviť požiadavky na bezpečnosť dodávok alebo potrebu nastaviť bezpečnostné požiadavky pri samotnom plnení zmluvy, ktorá má byť výsledkom verejného obstarávania.

Ustanovenie § 3 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní preto definuje zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti ako zákazku na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, ktorej predmetom je:

- a) dodanie vojenského vybavenia vrátane jeho častí, zložiek alebo montážnych celkov,
- b) dodanie citlivého vybavenia vrátane jeho častí, zložiek alebo montážnych celkov,
- c) uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, ktoré priamo súvisia s dodávkou vybavenia podľa písmena a) alebo písmena b) pre akúkoľvek fázu jeho životného cyklu; životný cyklus na účely tohto zákona sú všetky postupné fázy výroby ako výskum a vývoj, priemyselný vývoj, výroba,

- oprava, modernizácia, úprava, údržba, logistika, školenie, testovanie, stiahnutie a likvidácia,
- d) uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb na osobitné vojenské účely alebo
 - e) uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb, ktoré majú citlivý charakter.

Ustanovenie § 3 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní potom vysvetľuje, že vojenským vybavením je vybavenie osobitne navrhnuté alebo prispôbené na vojenské účely a určené na použitie ako zbraň, munícia alebo vojenský materiál.

Zákon o verejnom obstarávaní zároveň stanovuje, že citlivým sa rozumie vybavenie, stavebné práce a služba na účely bezpečnosti, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť.

Ako už bolo uvedené práve charakter obstarávaného predmetu zákazky alebo potreba zabezpečiť ochranu spojenú s utajovanými skutočnosťami determinujú označenie zákazky za zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti.

V podmienkach Slovenskej republiky je teda jasné, že prevažná časť verejných obstarávaní a to i v samotných „silových zložkách“ bude predstavovať civilné zákazky. Ako príklad môžeme uviesť napr. obstarávanie postelí pre potreby ozbrojených síl Slovenskej republiky. Ak by išlo o nákup bežnej postele pre potreby príslušníka ozbrojených síl, nie je možné uvažovať o vyhlásení zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, nakoľko posteľ je bežným nábytkom, ktorý sa vyrába aj pre civilný sektor a vo väzbe na zoznam z roku 1958 nejde o vojenský materiál alebo vybavenie. Takisto nepredpokladáme, že s posteľou príslušníka ozbrojených síl Slovenskej republiky je spojená utajovaná skutočnosť. Opačne by tomu bolo v prípade obstarávania stíhacieho lietadla, guľometu alebo špeciálneho technického prostriedku na spracovanie utajovaných skutočností, ktoré by vyžadovalo napr. zabezpečovacie zariadenie proti nežiaducemu elektromagnetickému vyžarovaniu. Stíhacie lietadlo patrí medzi zariadenia uvedené v zozname z roku 1958 a je možné predvídať, že so zariadením slúžiacim na elimináciu elektromagnetického vyžarovania IT zariadení je spojená utajovaná skutočnosť vo forme opisu požadovaných materiálov a ich zloženia pri tomto zariadení.

Obranná smernica, ako aj slovenský zákon o verejnom obstarávaní obsahujú jasné pravidlá, ktoré spoľahlivo umožňujú rozlíšiť civilnú zákazku od zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti. Ustanovenie § 3 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní jasne uvádza, že civilná zákazka na účely tohto zákona je zákazka na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, ktorá nie je zákazkou v oblasti obrany a bezpečnosti.

V tomto smere by teda nemalo dochádzať k aplikačným problémom pri rozhodovaní sa konkrétnych verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov, akým postupom majú realizovať verejné obstarávanie, či sa v danom prípade aplikujú ustanovenia v oblasti obrany a bezpečnosti podrobne uvedené v piatej časti zákona o verejnom obstarávaní alebo verejné obstarávanie postupmi platnými pre zadávanie civilných zákaziek.

Bariéry vyvolané národnými trhmi členských štátov a mechanizmy práva EÚ na odstránenie týchto bariér

Ako už bolo uvedené prijatie a transpozícia obrannej smernice do právnych poriadkov členských štátov vytvorilo predpoklady pre vznik a rozvoj spoločného trhu Európskej únie v oblasti obrany a bezpečnosti. Od uplynutia transpozičnej lehoty uplynuli už štyri roky, avšak jednotný trh v oblasti obrany a bezpečnosti napreduje len pomalým tempom.

V masovokomunikačných prostriedkoch Slovenskej republiky sa neustále vyskytujú zmienky o tom, ako Slovenská republika zvažuje nákup vojenskej techniky, avšak pri nahliadnutí do Úradného vestníka Európskej únie alebo do Vestníka verejného obstarávania nevidujeme k predmetnej zákazke príslušné oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania. Je pritom jednoznačné, že skoro každé zadávanie zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti by malo podliehať tejto publikačnej povinnosti.

Aplikácia výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie je na tieto nákupy po zohľadnení aspektov, ktoré boli už v tejto práci rozpracované síce možná, avšak ustátie dôkazného bremena odôvodňujúceho použitie jednej z exempcií bude úlohou orgánov Slovenskej republiky.

K presvedčivosti argumentácie Slovenskej republiky zrejme neprispievajú neprofesionálne výroky politikov v médiách, ktoré komentujú jednotlivé nákupy obranných zariadení a aspekty jednotlivých nákupov, pričom nezriedka uvádzajúce, že nákup je ekonomicky výhodný a rešpektuje zásadu obstarania predmetu zákazky s najlepšou hodnotou, hoci tieto nákupy neboli realizované vo forme postupov podľa európskych pravidiel.

Ako je možné, že tieto nákupy, ktoré sú odôvodňované základnými bezpečnostnými záujmami štátu, sú verejne komentované bez nutnosti chrániť častokrát kruciálne technické alebo výkonnostné vlastnosti predmetných výrobkov alebo zariadení?

Takýto prístup zo strany zástupcov Slovenskej republiky zrejme devaluje presvedčivosť argumentov slovenských orgánov, ktoré sa zrejme budú dovolávať aplikácie výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie.

Zneužívaním čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie i naďalej pretrvávajúca fragmentácia jednotlivých národných trhov v oblasti obrany a bezpečnosti, čo tvorí prekážku celoeurópskeho trhu v oblasti obrany a bezpečnosti.

Stav v Slovenskej republike je možné hodnotiť totožne, a to i napriek prijatiu novely zákona o verejnom obstarávaní, ktorá sa realizovala zákonom č. 91/2012, ktorý predstavuje slovenskú transpozíciu obrannej smernice a ktorý nadobudol účinnosť dňa 09.03.2012, teda po uplynutí transpozičnej lehoty.

V Slovenskej republike je navyše možné pozorovať nepriaznivý stav, že napriek existencii nástrojov podpory malých a stredných podnikateľov, ktoré zaviedla obranná smernica, sa inštitút subdodávok vo forme „mini súťaží“, ktoré sú ingerované do hlavnej zákazky, takmer vôbec nevyužíva. Problematické vôbec je vo Vestníku verejného obstarávania vyhľadať zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, čo nasvedčuje, že uplatňovanie čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie alebo výnimiek z obrannej smernice/zákona o verejnom obstarávaní je asi časté.

Ako už bolo uvedené, zákon o verejnom obstarávaní predstavuje transpozíciu obrannej smernice, pričom do praxe obstarávania zavádza len minimum odchýlok oproti obrannej smernici. Prečo sa teda nenapĺňa cieľ obrannej smernice spočívajúci vo vytvorení vnútorného trhu Európskej únie v oblasti obrany a bezpečnosti s prihliadnutím na záujmy malých a stredných podnikateľov, ktorí by súperili o dielčie zákazky spojené s hlavnou

zákazkou v prostredí férovej súťaže, ktorá by bola podporená základnými princípmi verejného obstarávania, t.j. princípom nediskriminácie, rovnakého zaobchádzania a transparentnosti? Problém teda neexistuje na úrovni platného práva. Slovenská republika takisto vynakladá značné prostriedky na nákup vojenského materiálu alebo predmetov, ktoré sú subsumovateľné pod režim zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti. Problém teda vzniká v aplikačnej praxi verejných obstarávateľov a obstarávateľov. Neustále pretrváva zneužívanie výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, zneužívanie priamych rokovacích konaní alebo zadanie zákazky bez jej delenia na menšie časti vhodné pre malých a stredných podnikateľov. Problém takisto spočíva v nedostatku príkladov dobrej praxe, ktorú by autorita akou je Úrad pre verejné obstarávanie v súčinnosti s Národným bezpečnostným úradom prezentovala ako správne postupovať pri verejnom obstarávaní v oblasti obrany a bezpečnosti a absentuje tak odporúčaný postup verejného obstarávania pre silové rezorty. Uvedené je dokreslené nedostatkom akýchkoľvek analýz, odborných prác alebo článkov venujúcich sa zadávaniu zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti.

Samotná Komisia Európskej únie v tomto smere nevykonala žiadnu podstatnú činnosť, čím sa ako strážkyňa zmlúv v podstate prizera na tento stav, pričom práve jej úloha pri zneužívaní výnimiek z pravidiel verejného obstarávania je rozhodujúca. Národné authority v očakávaní podpory od Európskeho regulátora váhajú a málokedy sa púšťajú do problematiky obrany a bezpečnosti, nakoľko neexistujú dostatočné procesné záruky ich vzájomnej nezávislosti, ak ide o orgány výkonnej moci, ktoré sa navyše môžu dostávať do vzájomného konfliktu.

Práve európsky regulátor by mal ukázať na dobrú prax vo verejnom obstarávaní a zúročiť poznatky Európskej obrannej agentúry s obstarávaním v tomto segmente.

Neochota členských štátov aplikovať „zložité“ pravidlá verejného obstarávania by mala byť vytlačená na minimum prípadov krajnej národnej bezpečnosti.

V dnešnej modernej Európe je skoro každý vojak alebo policajt vystrojený alebo vyzbrojený výrobkami z rôznych členských štátov. Práve neskreslená hospodárska súťaž by mala tlačiť na ceny výrobkov v oblasti obrany a bezpečnosti pri zachovaní požadovaných parametrov kvality bez potreby využívania čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, na základe ktorého sa častokrát nakupujú výrobky majúce pôvod v iných

členských štátoch EÚ a tieto sú dodávané lokálnym distribútorom, ktorý parazituje na zneužívaní predmetnej výnimky a vytvára si svoje osobitné dodávateľské postavenie, hoci neprináša nakupujúcemu verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi žiadnu pridanú hodnotu a častokrát len distribuuje tento zahraničný tovar alebo vybavenie. Ochrana národných hospodárskych subjektov sa dá realizovať vo forme zadávania subdodávok súťažným postupom. V týchto „mini zákazkách“ môžu súperiť národné hospodárske subjekty a spoločne s hlavným dodávateľom môžu získavať potrebné know-how, aby sa dostali na trhy aj iných členských štátov a prípadne aj mimo Európsku úniu.

Európa v minulosti ukázala, že jej technologická základňa vie zostrojiť výroby svetovej kvality plne konkurencieschopné s výrobkami z USA, Ruska, Číny alebo Japonska. V súčasnosti právny rámec európskeho verejného obstarávania by mal podporiť čestnú hospodársku súťaž, a využiť kapacity európskych hospodárskych subjektov, ktoré sú príznačné pre ten ktorý členský štát, pričom pri správnom využití inštitútu subdodávok by sa dali zachovať aj kapacity malých a stredných podnikateľov, ktorý vo veľkej miere prinášajú práve všade potrebnú inováciu a jedinečné riešenia.

Úloha národných regulátorov v SR vo väzbe na záväzky voči EÚ

Podľa § 31 zákona č. 575/2001 Z. z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v platnom znení (ďalej len „zákon o organizácii“) je Úrad pre verejné obstarávanie ústredným orgánom štátnej správy pre verejné obstarávanie.

Podľa § 34 zákona o organizácii Národný bezpečnostný úrad je ústredným orgánom štátnej správy na ochranu utajovaných skutočností, šifrovú službu a elektronický podpis.

Podľa § 35 ods. 2 zákona o organizácii ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy sa podieľajú na tvorbe jednotnej štátnej politiky v jednotlivých oblastiach, uskutočňujú túto politiku, vykonávajú v rozsahu svojej pôsobnosti štátnu správu a plnia ďalšie úlohy ustanovené v ústavných zákonoch, zákonoch a iných všeobecne záväzných právnych predpisoch.

Podľa § 35 ods. 4 zákona o organizácii ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy v rozsahu vymedzenej pôsobnosti zabezpečujú aj úlohy súvisiace s dojednávaním

a vykonávaním medzinárodných zmlúv, s rozvojom medzištátnych vzťahov a medzinárodnej spolupráce vrátane úloh, ktoré pre Slovenskú republiku vyplývajú z medzinárodných zmlúv, ako aj z jej členstva v medzinárodných organizáciách.

Podľa § 35 ods. 7 zákona o organizácii ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy v rozsahu vymedzenej pôsobnosti plnia voči orgánom Európskej únie informačnú a oznamovaciu povinnosť, ktorá im vyplýva z právne záväzných aktov týchto orgánov.

Podľa § 36 zákona o organizácii ministerstvá a ostatné ústredné orgány štátnej správy skúmajú problematiku vo veciach, ktoré sú v ich pôsobnosti a analyzujú dosahované výsledky. Robia opatrenia na riešenie aktuálnych otázok a spracúvajú koncepcie rozvoja zverených oblastí a riešenia základných otázok, ktoré po zverejnení a po pripomienkovom konaní predkladajú vláde. V prípadoch ustanovených zákonom alebo na základe rozhodnutia vlády sa pripomienkové konanie nemusí uskutočniť.

Podľa čl. 8 ods. 2 ústavného zákona č. 227/2002 Z. z. o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu v platnom znení Bezpečnostná rada Slovenskej republiky v mieri sa ako poradný orgán podieľa na vytváraní a realizácii bezpečnostného systému Slovenskej republiky, plnení medzinárodných záväzkov v oblasti bezpečnosti, vyhodnocuje bezpečnostnú situáciu v Slovenskej republike a vo svete; pripravuje pre vládu návrhy opatrení na zachovávanie bezpečnosti Slovenskej republiky, na predchádzanie krízovým situáciám, ako aj návrhy na riešenie vzniknutej krízovej situácie; podrobnosti jej fungovania v čase mieru ustanoví osobitný zákon.

Podľa § 2 zákona č. 110/2004 Z. z. o fungovaní Bezpečnostnej rady Slovenskej republiky v čase mieru v platnom znení bezpečnostná rada v čase mieru pri:

a) vytváraní a realizácii bezpečnostného systému Slovenskej republiky

1. podieľa sa na koordinácii plánovacích, prípravných a realizačných opatrení v oblasti bezpečnosti Slovenskej republiky,

2. posudzuje návrhy plánovacích, prípravných a realizačných opatrení v oblasti bezpečnosti Slovenskej republiky predkladané ministerstvami, ostatnými ústrednými orgánmi štátnej správy, inými orgánmi štátnej správy a orgánmi územnej samosprávy,

výbormi Bezpečnostnej rady Slovenskej republiky a svoje stanovisko k nim predkladá vláde Slovenskej republiky,

3. posudzuje a raz ročne predkladá vláde na prerokovanie správu o bezpečnosti Slovenskej republiky s návrhmi opatrení na jej zachovanie; túto správu predkladá vždy, ak tak rozhodne vláda,

4. podieľa sa na vypracovaní koncepčných dokumentov medzirezortného charakteru zameraných na zachovanie bezpečnosti Slovenskej republiky, ktoré sa predkladajú na prerokovanie vláde,

5. posudzuje návrhy všeobecne záväzných právnych predpisov a návrhy medzinárodných zmlúv, ktoré sa vzťahujú na bezpečnosť a obranu štátu a svoje stanovisko k nim predkladá vláde.

b) plnení medzinárodných záväzkov v oblasti bezpečnosti

1. posudzuje a predkladá vláde na prerokovanie návrhy súvisiace s plnením medzinárodných záväzkov Slovenskej republiky v oblasti bezpečnosti, najmä návrhy na vysielanie ozbrojených síl Slovenskej republiky mimo územia Slovenskej republiky na účely humanitárnej pomoci, vojenských cvičení, mierových pozorovateľských misií a vojenských operácií a na plnenie záväzkov z medzinárodných zmlúv o spoločnej obrane proti napadnutiu,

2. posudzuje a predkladá vláde na prerokovanie návrhy súvisiace s účasťou Slovenskej republiky na činnosti zameranej na záchranu životov a zdravia osôb a ochranu majetku mimo územia Slovenskej republiky.

c) vyhodnocovaní bezpečnostnej situácie v Slovenskej republike a vo svete vyhodnocuje bezpečnostnú situáciu v Slovenskej republike a vo svete, najmä riziká ohrozenia bezpečnosti štátu, ktoré môžu viesť k vzniku krízovej situácie a predkladá vláde návrhy opatrení na zníženie alebo odstránenie týchto rizík.

d) príprave návrhov opatrení na zachovávanie bezpečnosti Slovenskej republiky, na predchádzanie krízovým situáciám, ako aj návrhov na riešenie vzniknutej krízovej situácie pre vládu

1. spolupracuje s ústredným krízovým štábom pri príprave opatrení na riešenie krízovej situácie,

2. posudzuje návrhy opatrení na riešenie krízovej situácie predkladané ústredným krízovým štábom vláde, ktorej predkladá stanovisko k týmto návrhom,
3. spolupracuje s bezpečnostnými radami krajov v oblasti bezpečnosti Slovenskej republiky; posudzuje návrhy opatrení na zachovanie bezpečnosti kraja a opatrení na predchádzanie krízovej situácie, ktoré jej predkladá bezpečnostná rada kraja a predkladá ich vláde,
4. berie na vedomie informácie o prijatých opatreniach bezpečnostnou radou kraja v období krízovej situácie a predkladá ich vláde; posudzuje ďalšie návrhy na jej riešenie podľa ústavného zákona a predkladá ich vláde; ak hrozí nebezpečenstvo z omeškania, môže bezpečnostná rada kraja predložiť návrhy na riešenie krízovej situácie vláde,
5. posudzuje návrh plánu práce Bezpečnostnej rady na príslušný rok a predkladá ho vláde na schválenie do 30. novembra predchádzajúceho kalendárneho roka.

Z vyššie uvedeného výpočtu kompetencií Úradu pre verejné obstarávanie a Národného bezpečnostného úradu je zrejmé, že práve tieto ústredné orgány štátnej správy sú zodpovedné za oblasť regulácie obranných a bezpečnostných zákaziek. Samotná Bezpečnostná rada Slovenskej republiky je potom orgánom, ktorý však v súčasnosti nezasahuje do oblasti verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti, hoci práve činnosť tohto orgánu by mala byť rozhodujúca najmä pri posudzovaní existencie alebo neexistencie krajných bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky v súvislosti s aplikáciou exempcie podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ a príp. ďalšími výnimkami z pravidiel verejného obstarávania.

Postavenie Úradu pre verejné obstarávanie v systéme zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti je nezastupiteľné z pohľadu orgánu, ktorý okrem iného plní úlohy súvisiace s dohľadom nad verejným obstarávaním, ktorý sa v súčasnosti realizuje prakticky v dvoch formách. Ide o konanie o námietkach, ktoré predstavuje osobitný procesný postup, v ktorom svoje práva a právom chránené záujmy uplatňuje navrhovateľ, ktorý bol dotknutý na svojich právach úkonom verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, ktorí v tomto konaní vystupujú ako kontrolovaní. Druhou formou konania je konanie o kontrole, ktorého výsledok je v prípade identifikácie porušenia zákona o verejnom

obstarávaní protokol o výsledku kontroly a v prípade neidentifikovania porušenia zákona je výsledkom tohto procesu záznam o vykonanej kontrole.

Konanie o kontrole sa realizuje pred uzavretím zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, kde je aktívne legitimovaný na podanie podnetu samotný kontrolovaný (ak ide o kontrolu ním samotným zadávanej zákazky) a Úrad vlády Slovenskej republiky.

Po uzavretí zmluvy, rámcovej dohody alebo koncesnej zmluvy, ukončení súťaže návrhov alebo po zrušení postupu zadávania zákazky alebo súťaže návrhov môže podnet na výkon kontroly podať fyzická alebo právnická osoba, ktorá nebola oprávnená podať námietky alebo orgán štátnej správy, ktorý osvedčí právny záujem v danej veci, ak boli kontrolovanému poskytnuté finančné prostriedky na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb z Európskej únie.

Samotný Úrad pre verejné obstarávanie môže začať obe formy kontroly v konaní zo svojej úradnej moci – ex officio.

Úrad pre verejné obstarávanie zriadil vo svojej organizačnej štruktúre útvar krízového riadenia, ochrany utajovaných skutočností a ochrany osobných údajov a vyčlenil určité kapacity osôb, ktoré disponujú previerkou personálnej bezpečnosti Národného bezpečnostného úradu. Tu je však potrebné uviesť, že úrad v súčasnosti nie je pripravený na oboznamovanie sa s utajovanými skutočnosťami na úrovni „Prísne tajné“. V prípade potreby zabezpečenia fyzickej a objektivej bezpečnosti v tomto smere je možné využiť chránené priestory Národného bezpečnostného úradu.

Do budúcnosti je preto potrebné, aby Úrad pre verejné obstarávanie prostredníctvom svojich vnútorných predpisov vytvoril podmienky a predpoklady na ochranu utajovaných skutočností do najvyššieho stupňa ochrany utajovaných skutočností a zabezpečil uplatňovanie princípu „Need to know“ vo väzbe na potrebu oboznamovania sa s utajovanými skutočnosťami určitých osôb pracujúcich na vymedzených útvaroch. Ďalším problematickým aspektom ochrany utajovaných skutočností z pohľadu Úradu pre verejné obstarávanie je to, že na členov druhostupňového orgánu úradu – rady úradu, ktorý okrem iného rozhoduje o odvolaniach proti prvostupňovým rozhodnutiam v konaní o námietkach, nie sú kladené žiadne nároky ohľadne potreby disponovať previerkou Národného bezpečnostného úradu personálnej bezpečnosti. Táto nesystémovosť v zákonom kladených požiadavkách na členov tohto druhostupňového orgánu priamo

ohrozuje ochranu utajovaných skutočností vo väzbe na verejné obstarávanie v oblasti obrany a bezpečnosti, čo môže skomplikovať výkon dohľadu nad takýmto verejným obstarávaním. Je preto úlohou legislatívy pro futuro, aby sa pri požiadavkách na jednotlivé osoby zodpovedné za rozhodovanie o zákazkách v oblasti obrany a bezpečnosti stanovila požiadavka disponovať príslušnou previerkou Národného bezpečnostného úradu.

Z uvedeného teda vyplýva, že v podmienkach Úradu pre verejné obstarávanie je potrebné venovať náležitú pozornosť vytvoreniu systému ochrany utajovaných skutočností tak, aby tento zabezpečoval, že pri riešení dohľadu nad verejným obstarávaním sa s utajovanou skutočnosťou budú oboznamovať len oprávnené osoby s príslušnými previerkami, vrátane členov rady úradu. Ako už bolo naznačené fyzická a objektová bezpečnosť si v prípade Úradu pre verejné obstarávanie nevyžaduje značné finančné prostriedky, nakoľko na účely oboznamovania sa s utajovanou skutočnosťou je možné využiť chránené priestory Národného bezpečnostného úradu.

Zároveň je možné konštatovať, že v súčasnosti Úrad pre verejné obstarávanie nemá skúsenosť s výkonom dohľadu v oblasti obrany a bezpečnosti, čo je zrejme determinované využívaním exempcie podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie a s obrannými a bezpečnostnými zákazkami v aplikačnej praxi verejných obstarávateľov a obstarávateľov sa v podstate nestretáva. Je však možné predpokladať, že táto situácia sa môže zmeniť prakticky zo dňa na deň, napr. v prípade, že určitý záujemca o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti sa začne zaujímať o jej zadanie a bude sa dovolávať súťažných postupov podľa obrannej smernice. Uvedené je o to pravdepodobnejšie, že v súčasnosti sa z pohľadu geopolitických problémov spôsobených migračnou krízou súvisiacou s krízou v Sýrii a po zvýšení hrozby terorizmu v Európe vynakladá na oblasť obrany a bezpečnosti čoraz viac finančných prostriedkov.

Ak by nastala takáto situácia a v rámci výkonu dohľadu nad verejným obstarávaním bude potrebné posúdiť napr. relevanciu výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie alebo bude potrebné posúdiť, či sa vo veci má postupovať podľa pravidiel verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti, bude potrebné, aby sa vecou zaoberali útvary úradu, ktoré budú obsadené osobami disponujúcimi príslušným stupňom oprávnenia oboznamovať sa s utajovanými skutočnosťami (nie je možné vylúčiť, že utajovaná skutočnosť v predmetnom prípade bude označená stupňom utajenia „Prísne tajné“).

Z tohto pohľadu bude ďalej zaujímavá koncepcia štruktúry a obsahu rozhodnutia úradu pri výkone dohľadu. Podľa § 112 písm. j) zákona o verejnom obstarávaní Úrad pre verejné obstarávanie zverejňuje všetky svoje metodické usmernenia pre účastníkov procesu verejného obstarávania a všetky svoje rozhodnutia o námietkach vrátane odôvodnenia. Prakticky sa preto všetky výstupy z rozhodovacej činnosti úradu majú publikovať na internete. Ustanovenie § 153 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní potom predurčuje klasickú štruktúru rozhodnutí Úradu pre verejné obstarávanie v konaní o námietkach. Ustanovenie § 47 ods. 3 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v platnom znení predurčuje, že v odôvodnení rozhodnutia správny orgán uvedie, ktoré skutočnosti boli podkladom na rozhodnutie, akými úvahami bol vedený pri hodnotení dôkazov, ako použil správnu úvahu pri použití právnych predpisov, na základe ktorých rozhodoval, a ako sa vyrovnal s návrhmi a námietkami účastníkov konania a s ich vyjadreniami k podkladom rozhodnutia.

Pri výkone kontroly je v prípade identifikovania porušenia zákona o verejnom obstarávaní výsledným materiálom z kontroly protokol podľa § 146c zákona o verejnom obstarávaní, ktorý má okrem iného obsahovať preukázané kontrolné zistenia, označenie ustanovení zákona, ktoré boli porušené a údaj, či zistené porušenie zákona malo, mohlo mať alebo nemalo vplyv na výsledok verejného obstarávania.

V tomto kontexte je potrebné vyvážiť potrebu ochrany utajovaných skutočností s právom dotknutých subjektov na spravodlivý proces. V tomto smere bude potrebné, aby Úrad pre verejné obstarávanie vo svojich rozhodnutiach neprezradil utajovanú skutočnosť, ale predmet sporu opísal s odkazom na čísla príp. utajovaných skutočností, tak ako to vo svojich rozhodnutiach robí Národný bezpečnostný úrad.

Z pohľadu právnej istoty účastníkov konania v nadväznosti na princíp presvedčivosti správnych a súdnych rozhodnutí však nie je dostatočné, aby sa celé rozhodnutie obmedzilo iba na konštatovanie, že v predmetnom verejnom obstarávaní je prítomná utajovaná skutočnosť. Úrad pre verejné obstarávanie bude musieť zaviesť systém, ktorý umožní dotknutým subjektom uplatniť aspoň elementárnu ochranu ich práv a právom chránených záujmov vo väzbe na ich procesné postavenie v dohľadovom konaní.

Istým problémom previerok personálnej bezpečnosti vykonávaných Národným bezpečnostným úradom vo vzťahu k Úradu pre verejné obstarávanie môže byť argumentácia Ústavného súdu v náleze PL. ÚS 17/08-238 zo dňa 20. mája 2009. V predmetnom náleze Ústavný súd Slovenskej republiky okrem iného posudzoval ústavnosť aspektov previerok personálnej bezpečnosti vo vzťahu k princípom nezávislosti súdnej moci.

Tu je možné argumentovať, že Úrad pre verejné obstarávanie nie je v Slovenskej republike kreovaný ako súčasť súdnej moci, je však potrebné pripomenúť, že smernica Európskej únie 89/665/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (ďalej len „revízia smernica“) od členských štátov Európskej únie vyžaduje, aby orgány zodpovedné za preskúvanie porušenia pravidiel verejného obstarávania mali buď súdnu povahu alebo ak nie, aby ich rozhodnutia boli písomne odôvodnené. Ďalej v prípade nesúdnych orgánov treba v takom prípade zabezpečiť, aby každé údajné protiprávne opatrenie prijaté preskúvacím orgánom, alebo akýkoľvek údajný nedostatok pri uplatňovaní právomoci z neho vyplývajúcej, mohli byť predmetom súdneho preskúmania alebo preskúmania iným orgánom, ktorý sa považuje za súd a ktorý je nezávislý od verejného obstarávateľa, ako aj od preskúvacieho orgánu.

Členovia takého nezávislého orgánu majú byť menovaní a zastávať funkciu za tých istých podmienok ako sudcovia, pokiaľ ide o orgán príslušný pre ich menovanie, funkčné obdobie a ich odvolanie. Aspoň predseda tohto nezávislého orgánu má mať rovnakú právnu a profesionálnu kvalifikáciu ako sudcovia. Nezávislý orgán má prijímať rozhodnutia podľa postupu, pri ktorom sú vypočuté obe strany sporu, a tieto rozhodnutia sú právne záväzné spôsobom stanoveným každým členským štátom.

Z tohto vyplýva, že orgán zodpovedný za preskúmanie, akým je v podmienkach Slovenskej republiky Úrad pre verejné obstarávanie, nemusí byť výlučne orgánom súdnej moci. Jeho rozhodnutia však musia podliehať preskúvajúcej právomoci súdu alebo obdobného nezávislého orgánu.

Z uvedeného potom vyplýva, že v teoretickej rovine je možné predpokladať možný konflikt Úradu pre verejné obstarávanie a Národného bezpečnostného úradu, ktorý môže súvisieť s výkonom dohľadu nad verejným obstarávaním a potrebou osôb

vykonávajúcich dohľad nad verejným obstarávaním disponovať personálnou previerkou Národného bezpečnostného úradu. V tejto rovine by bolo potrebné zákonnou normou ošetriť tento možný konflikt v podobe garancie istej nezávislosti osôb vykonávajúcich dohľad nad verejným obstarávaním v konkrétnej veci od možného odobratia previerky personálnej bezpečnosti v priebehu výkonu dohľadu nad verejným obstarávaním. Uvedené je potrebné riešiť o to viac, že Národný bezpečnostný úrad je podľa právnej úpravy verejným obstarávateľom, ktorý pri verejnom obstarávaní podlieha dohľadovej právomoci Úradu pre verejné obstarávanie.

Je pritom veľmi pravdepodobné, že Národný bezpečnostný úrad bude obstarávať zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti a v prípade dohľadu nad takýmto verejným obstarávaním bude z pohľadu Úradu pre verejné obstarávanie kontrolovaným subjektom. Je potom pravdepodobné, že Národný bezpečnostný úrad môže odobratím previerky personálnej bezpečnosti oprávneným osobám vykonávajúcim dohľad nad verejným obstarávaním zmariť vykonanie dohľadu a tým zmariť aj celé revízne postupy, čo môže vyústiť v porušenie práv hospodárskych subjektov súperiach o zadanie predmetnej zákazky.

Vzhľadom na uvedené je potrebné vysloviť záver, že súčasná právna regulácia vzťahov medzi oboma orgánmi výkonnej moci je nedostatočná a v prípade opísanej kolízie sa vec dostane do neriešiteľnej situácie, nakoľko Úrad pre verejné obstarávanie prostredníctvom osôb vykonávajúcich dohľad nad konkrétnym verejným obstarávaním môže byť v dohľadovej činnosti paralyzovaný zásahom Národného bezpečnostného úradu, ktorý môže uvedeným osobám odňať previerku personálnej bezpečnosti. V tomto kontexte je potom ťažko predstaviteľné splnenie cieľa revíznej smernice, ktorá vyžaduje, aby členské štáty zabezpečili, aby prijaté opatrenia týkajúce sa postupov preskúmavania verejných obstarávaní zahŕňali právomoc:

- a) prijať pri najbližšej príležitosti a formou predbežných konaní, dočasných opatrení s cieľom nápravy údajného porušenia, alebo prevencie voči ďalšiemu poškodeniu príslušných záujmov, vrátane opatrení na zastavenie alebo na zabezpečenie zastavenia pokračovania verejného obstarávania, alebo vykonávania akéhokoľvek rozhodnutia prijatého obstarávateľom;
- b) zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie rozhodnutí prijatých protiprávne, vrátane odstránenia diskriminačných technických, hospodárskych alebo finančných kritérií uvedených vo

výzvach na predkladanie ponúk, zmluvných dokumentoch alebo v ktorýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa postupu verejného obstarávania.

Vyriešenie tejto v zásade kruciálenej otázky je úlohou legislatívy pro futuro pritom na jej riešenie je možné využiť mechanizmy a poznatky z riešenia obdobnej problematiky v súdnictve.

Úlohy Národného bezpečnostného úradu na úseku ochrany utajovaných skutočností sú stanovené zákonom o ochrane utajovaných skutočností, avšak špecifické úlohy tento orgán nadobudol po transpozícii obrannej smernice, pričom nie je zrejmé, či boli na úrovni Národného bezpečnostného úradu prijaté vhodné mechanizmy na riešenie týchto úloh. Okrem už spomenutej problematiky značnej autonómnosti pôvodcov utajovaných skutočností, ktorí nepodliehajú dohľadu Národného bezpečnostného úradu v zmysle, že tento by preveril alebo by bol oprávnený preveriť, či nedochádza k účelovému zneužívaniu utajovania (túto úlohu by mal rovnako plniť vo väzbe na exepmcie z verejného obstarávania Úrad pre verejné obstarávanie) je úloha Národného bezpečnostného úradu nezastupiteľná pri preverovaní opatrení na ochranu utajovaných skutočností pri zahraničných hospodárskych subjektoch z iných členských štátov Európskej únie alebo z štátov s ktorými má Slovenská republika medzinárodnými zmluvami kontrahované vzájomné záväzky súvisiace s recipročným uznávaním ich bezpečnostných opatrení na úseku ochrany utajovaných skutočností.

V bode 9 preambuly obrannej smernice sa k uvedenému konštatuje, že neexistencia režimu ochrany utajovaných skutočností pre celú Úniu, je v týchto oblastiach prekážkou otvorenosti obranných a bezpečnostných trhov medzi členskými štátmi. Táto situácia si vyžaduje okamžitú nápravu. Jednotný režim pre celú Úniu zameraný na bezpečnosť informácií, ktorý zahŕňa vzájomné uznávanie národných bezpečnostných previerok a umožňuje výmenu utajovaných skutočností medzi verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi a európskymi spoločnosťami, by bol mimoriadne výhodný.

Bod 68 preambuly obrannej smernice následne uvádza, že vzhľadom na chýbajúci systém Spoločenstva týkajúci sa bezpečnosti informácií, je úlohou verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov alebo členských štátov, aby definovali úroveň technickej kapacity, ktorá sa požaduje v tomto ohľade na účasť na postupe zadávania zákazky, a aby posúdili, či záujemcovia dosahujú požadovanú úroveň bezpečnosti. V mnohých prípadoch majú

členské štáty dvojstranné bezpečnostné dohody s pravidlami o vzájomnom uznávaní vnútroštátnych bezpečnostných povolení. Aj v prípade, že takéto dohody existujú, kapacity hospodárskych subjektov z iných členských štátov s ohľadom na bezpečnosť informácií možno preveriť a takáto previerka by sa mala uskutočniť v súlade so zásadami nediskriminácie, rovnakého zaobchádzania a proporcionality.

Predmetný text preambuly smernice je potom bližšie právne precizovaný v čl. 22 tretí pododsek obrannej smernice, kde je uvedené, že pri absencii harmonizácie vnútroštátnych systémov na úrovni Spoločenstva na povolenie vlastniť utajované skutočnosti môžu členské štáty stanoviť, že opatrenia a požiadavky uvedené v druhom pododseku musia byť v súlade s ich vnútroštátnymi ustanoveniami o vlastníctve utajovaných skutočností. Členské štáty uznajú povolenia vlastniť utajované skutočnosti, ktoré považujú za rovnocenné s povoleniami vydanými v súlade so svojím vnútroštátnym právom, bez ohľadu na možnosť viesť a zohľadniť ďalšie vlastné vyšetrovania, ak to považujú za potrebné.

Predmetné ustanovenie obrannej smernice bolo transponované do § 108d ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, kde je uvedené, že ak je to v súlade s medzinárodnou zmluvou, ktorou je Slovenská republika viazaná, verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzná oprávnenie vydané príslušným orgánom členského štátu, ak je rovnocenné s oprávnením vydaným podľa osobitného predpisu. Tým nie sú dotknuté ustanovenia podľa osobitného predpisu.

Výklad predmetného ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní je však sporný, nakoľko z textu predmetného ustanovenia vyplýva, že orgánom rozhodujúcim o uznaní alebo neuznaní cudzieho oprávnenia, ktoré oprávňuje hospodársky subjekt zúčastňujúci sa verejného obstarávania oboznámiť sa s utajovanou skutočnosťou má byť konkrétny verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ a nie priamo Národný bezpečnostný úrad. Pôsobnosť Národného bezpečnostného úradu by sa podľa názorov, ktoré boli uvedené pri tvorbe predmetného ustanovenia mala odvodzovať z poslednej vety tohto ustanovenia a odkazu na zákon o ochrane utajovaných skutočností.

V súčasnosti bol prijatý návrh nového zákona o verejnom obstarávaní⁶. V § 129 ods. 4 je predmetné ustanovenie prepracované do nasledovnej podoby: Oprávnenie vydané

⁶ Zákon č. 343/2015 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorého nosná časť nadobudne účinnosť dňa 18. apríla 2016.

príslušným orgánom členského štátu verejný obstarávateľ a obstarávateľ uznajú po predchádzajúcom overení platnosti oprávnenia podľa osobitného predpisu, ak medzinárodná zmluva neustanovuje inak.

Z novonakoncipovaného znenia predmetného ustanovenia je jasné, že subjektom vykonávajúcim preverenie rovnocennosti cudzieho oprávnenia súvisiaceho s ochranou utajovaných skutočností je Národný bezpečnostný úrad, ak niečo iné neustanoví medzinárodná zmluva.

Je teda jednoznačné, že Národný bezpečnostný úrad bude jednotlivým verejným obstarávateľom a obstarávateľom poskytovať súčinnosť pri vyhodnocovaní ekvivalentnosti cudzích osvedčení na úseku ochrany utajovaných skutočností, pričom sa nevyklučuje, že napriek existencii takéhoto ekvivalentného oprávnenia bude potrebné vykonať preverenie bezpečnostných opatrení v inom štáte.

Uvedené musí Národný bezpečnostný úrad a ostatné orgány Slovenskej republiky zohľadňovať pri uzatváraní medzinárodných zmlúv alebo dohovorov na úseku ochrany utajovaných skutočností.

Ďalšie úlohy Národného bezpečnostného úradu v procese verejného obstarávania možno odvodiť z ustanovenia bodu 65 preambuly obrannej smernice, kde je okrem iného uvedené, že by malo byť možné vylúčiť z verejného obstarávania hospodárske subjekty v prípade, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ disponuje informáciami (v danom prípade poskytnuté chránenými zdrojmi), ktoré potvrdzujú, že tieto subjekty nie sú dostatočne spoľahlivé, aby sa vylúčili riziká pre bezpečnosť členského štátu. Takéto riziká by mohli vyplývať z určitých vlastností výrobkov, ktoré dodáva záujemca, alebo z akcionárskej štruktúry záujemcu.

Predmetné ustanovenie bolo do zákona o verejnom obstarávaní transponované v § 26 ods. 3 nasledovne: Ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči uchádzača alebo záujemcu, o ktorom má preukázateľné informácie alebo údaje vrátane informácií alebo údajov pochádzajúcich z chránených zdrojov, že nie je natoľko spoľahlivý, aby sa vylúčili riziká spojené s ochranou bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky.

Súčinnosť Národného bezpečnostného úradu poskytovaná v tejto oblasti verejným obstarávateľom a obstarávateľom sa javí taktiež ako nevyhnutná.

Vojenský materiál a citlivé nákupy

Citlivým nákupom obranná smernica rozumie obstarávanie v osobitnej oblasti nevojenskej bezpečnosti, ktoré má podobné črty ako obranné obstarávanie. Môže tomu tak byť najmä v oblastiach spolupráce vojenských a nevojenských zložiek na plnení rovnakých misií alebo v prípade, ak je účelom obstarávania ochrana bezpečnosti Európskej únie alebo členských štátov na ich vlastnom území alebo mimo neho pred hrozbami zo strany nevojenských alebo mimovládnych aktérov. Takéto prípady môžu zahŕňať napríklad ochranu hraníc, policajné činnosti a misie krízového riadenia. Podľa čl. 1 ods. 7 obrannej smernice citlivé vybavenie, práce citlivého charakteru a služby citlivého charakteru predstavujú vybavenie, práce a služby na účely bezpečnosti, ktoré sú spojené s utajovanými skutočnosťami, vyžadujú si takéto skutočnosti a/alebo ich obsahujú. Utajovanými skutočnosťami sú potom akékoľvek informácie alebo materiál bez ohľadu na formu, charakter alebo spôsob ich prenosu, ktorým bola prisúdená určitá úroveň bezpečnosti alebo úroveň ochrany a ktoré si v záujme národnej bezpečnosti a v súlade so zákonmi, predpismi alebo administratívnymi opatreniami platnými v príslušnom členskom štáte vyžadujú ochranu pred odcudzením, zničením, odstránením, odhalením, stratou alebo prístupom akejkoľvek nepovolanej osoby alebo pred akýmkoľvek iným druhom kompromitovania.

V slovenskom zákone o verejnom obstarávaní je v ustanovení § 3 ods. 6 zákazka v oblasti obrany a bezpečnosti definovaná ako zákazka na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác alebo na poskytnutie služby, ktorej predmetom je

- a) dodanie vojenského vybavenia vrátane jeho častí, zložiek alebo montážnych celkov,
- b) dodanie citlivého vybavenia vrátane jeho častí, zložiek alebo montážnych celkov,
- c) uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, ktoré priamo súvisia s dodávkou vybavenia podľa písmena a) alebo písmena b) pre akúkoľvek fázu jeho životného cyklu; životný cyklus na účely tohto zákona sú všetky postupné fázy výrobku ako výskum a vývoj, priemyselný vývoj, výroba, oprava, modernizácia, úprava, údržba, logistika, školenie, testovanie, stiahnutie a likvidácia,

d) uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb na osobitné vojenské účely alebo

e) uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb, ktoré majú citlivý charakter.

Vojenské vybavenie je vybavenie osobitne navrhnuté alebo prispôsobené na vojenské účely a určené na použitie ako zbraň, munícia alebo vojenský materiál a citlivým na účely zákona o verejnom obstarávaní rozumie vybavenie, stavebné práce a služba na účely bezpečnosti, ktorá je spojená s utajovanou skutočnosťou, vyžaduje si utajovanú skutočnosť alebo obsahuje utajovanú skutočnosť.

Prvým znakom determinujúcim zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti od civilnej zákazky je práve identifikovanie prvku citlivosti v súvislosti s potrebou obstarania určitého tovaru, poskytnutia služby alebo uskutočnenia stavebných prác. Ak teda verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ v súvislosti s pripravovaným verejným obstarávaním identifikuje potrebu ochrany utajovanej skutočnosti, či už vo forme jej priameho výskytu v zákazke, napr. opis predmetu zákazky alebo jeho časť je utajovanou skutočnosťou alebo isté aspekty zmluvy, ktorá je súčasťou súťažných podkladov sú utajovanou skutočnosťou, napr. miesto dodania, realizácie stavebných prác je utajované, alebo utajovaná skutočnosť súvisí s verejným obstarávaním len nepriamo, napr. dodaný výrobok je utajovaná skutočnosť alebo hospodársky subjekt pre verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa počas plnenia zákazky vytvorí utajovanú skutočnosť, ide vždy o determinujúci znak zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti.

Ako už bolo uvedené vojenským materiálom, ktorý patrí medzi ďalší zo znakov významných pre zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, sa rozumejú typy výrobkov uvedené na zozname zbraní, munície a vojenského materiálu prijatom rozhodnutím Rady 255/58 z 15. apríla 1958. Na tomto zozname sa nachádzajú iba zariadenia navrhnuté, vyvinuté a vyrobené osobitne na vojenské účely. Zoznam je však všeobecný a má sa chápať v širších súvislostiach vzhľadom na vyvíjajúci sa charakter technológií, politiky verejného obstarávania a vojenské požiadavky vedúce k vývoju nových typov zariadení, napríklad na základe spoločného zoznamu vojenského materiálu Európskej únie. Na účely obrannej smernice by sa „vojenské zariadenia“ mali vzťahovať aj na výrobky, ktoré sa napriek pôvodnému civilnému určeniu neskôr prispôsobili vojenským účelom a používajú sa ako zbrane, munícia alebo vojenský materiál. V osobitnej oblasti

nevojenskej bezpečnosti – napr. pri činnosti polície by sa pravidlá obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti mali uplatňovať na obstarávania na účely obrany, ktoré majú podobné črty ako obranné obstarávania a sú rovnako citlivé. Môže tomu tak byť najmä v oblastiach spolupráce polície s ozbrojenými silami na plnení rovnakých misií alebo v prípade, ak je účelom obstarávania ochrana hraníc Európskej únie alebo členských štátov na ich vlastnom území alebo mimo neho pred hrozbami zo strany nevojenských alebo mimovládnych aktérov, ako je to napr. v prípade teroristických skupín akou je aj organizácia označovaná ako Islamský štát alebo Alkáida. Takéto prípady môžu zahŕňať napríklad ochranu hraníc, policajné činnosti a misie krízového riadenia, ochranu a výstroj príslušníkov špeciálnych policajných jednotiek, špeciálnych monitorovacích a komunikačných nástrojov a pod.

Dôležitosť správneho subsumovania predmetu zákazky pod vojenský materiál je možné demonštrovať na praktickom prípade, ktorý riešil Súdny dvor Európskej únie vo veci C - 615/10 v rámci prejudiciálneho konania na podnet fínskeho Najvyššieho správneho súdu. V prejednáwanej veci išlo o zákazku na dodanie zariadenia otočného stola, ktorý mal slúžiť ako podstavec na predmety určené na elektromagnetické merania. Technický skúšobný ústav fínskych obranných síl zadával v roku 2008 zákazku na dodanie predmetného otočného stola, pričom sa pri jej zadaní odvolával na čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ (pôvodne čl. 296 ZES). Je treba uviesť, že v tom čase ešte neexistovala obranná smernica a oblasť verejného obstarávania bola regulovaná smernicou 2004/18/ES. Súdny dvor Európskej únie v predmetnom rozsudku zdôraznil, že je potrebné pripomenúť, že verejný obstarávateľ sa nemôže odvolávať na článok 296 ods. 1 písm. b) ZES, aby odôvodnil odchylné opatrenie pri kúpe zariadenia, ktoré má nesporne civilné využitie a je prípadne určené na vojenské účely. Konštatuje však, že na druhej strane, aj keby výrobok patril do niektorej z kategórií zariadení uvedených v zozname Rady z 15. apríla 1958, možno ho, ak v jeho prípade existuje široká možnosť podobného technického využitia v civilnom sektore, považovať za zariadenie, ktoré je určené výlučne na vojenské účely v zmysle článku 296 ZES, len ak takéto použitie je nielen použitím, ktoré má verejný obstarávateľ v úmysle mu priznať, ale aj, ako uviedla generálna advokátka v bode 48 svojich návrhov, použitím, ktoré vyplýva zo samotných vlastností určitého špeciálne koncipovaného, vyvinutého alebo podstatne upraveného zariadenia na takéto účely. V tejto súvislosti treba podľa súdneho dvoru totiž uviesť, že výrazy „na

vojenské účely“ použité v bode 11 uvedeného zoznamu, ako aj výrazy „pokiaľ sú vojenskej povahy“ alebo „určené výhradne“ použité v bodoch 14 a 15 tohto istého zoznamu znamenajú, že výrobky uvedené v týchto bodoch musia mať z objektívneho hľadiska výlučne vojenskú povahu. Napokon súdny dvor vo väzbe na prijatie obrannej smernice a plynutie času (hoci zákazka sa zadávala v čase pred prijatím obrannej smernice) pripomína, že normotvorca Únie nedávno v odôvodnení bodu 10 obrannej smernice spresnil, že „vojenské zariadenia“ by sa na účely obrannej smernice mali vzťahovať aj na výrobky, ktoré sa napriek pôvodnému civilnému určeniu neskôr prispôbili vojenským účelom a používajú sa ako zbrane, munícia alebo vojenský materiál.

Zariadenie, akým je dotknuté zariadenie otočného stola vo veci samej, má podľa informácií, ktoré boli poskytnuté Súdnemu dvoru, umožniť uskutočnenie elektromagnetických meraní a simuláciu bojových operácií. Podľa súdu ho preto možno kvalifikovať ako súčasť vojenského zariadenia určeného na testovanie a kontrolu zbraní v zmysle bodu 15 zoznamu Rady z 15. apríla 1958 v spojení s bodmi 11 a 14 tohto zoznamu, pričom vnútroštátnemu súdu prináleží preskúmať tieto skutočnosti. Takéto zariadenie otočného stola, ktoré má verejný obstarávateľ v úmysle využiť len na vojenské účely, možno považovať za zariadenie určené výlučne na takéto účely v zmysle článku 296 ods. 1 písm. b) ES, len ak sa na rozdiel od podobných zariadení určených na civilné účely, na ktoré poukázala žalobkyňa vo veci samej, preukáže, že uvedené zariadenie možno na základe jeho vlastností považovať za zariadenie, ktoré bolo špeciálne vytvorené a vyvinuté, aj v dôsledku podstatných úprav, na takéto účely, čo tiež prináleží preskúmať vnútroštátnemu súdu.

Súdny dvor v zásade teda akceptoval návrh generálnej advokátky Juliane Kokott, ktorá na bližšie objasnenie zatriedenia otočného stola ako vojenského vybavenia uviedla, že musí ísť o tovar, ktorý má okrem svojej spôsobilosti na prípadné vojenské použitie určenie na osobitný vojenský účel, a to tak zo subjektívneho, ako aj z objektívneho hľadiska. Dotknutý predmet musí byť určený nielen podľa svojho konkrétneho použitia definovaného verejným obstarávateľom (teda subjektívne), ale aj podľa svojej koncepcie a svojich vlastností (teda objektívne) na osobitné vojenské účely. V prípade niektorých tovarov môže byť takéto osobitné vojenské určenie zrejmé. Stačí si pripomenúť protitankové zbrane, bomby a vojenské lode uvedené v zozname z roku 1958. Tieto sú koncipované ako čisto vojenské zariadenia (objektívne určenie účelu) a verejní

obstarávatelia ich nadobúdajú výlučne na vojenské účely (subjektívne určenie účelu). V prípade iných tovarov, ako sú napríklad vozidlá, lietadlá, výbušniny, munícia a diaľkomery uvedené v zozname z roku 1958, sa naopak musí konkrétne preukázať určenie na osobitný vojenský účel, keďže do úvahy prichádza aj civilný účel použitia. S určitosťou možno povedať, že sporný otočný stôl mal zo subjektívneho hľadiska slúžiť na účel osobitného vojenského použitia: podľa vôle verejného obstarávateľa sa mal použiť pri simulácii vojenských operácií a pri nácviku zamerania cieľa finskymi obrannými silami. V tomto smere sa prejednávajúca vec líši od veci Agusta C - 337/05, v ktorej nebolo možné určiť osobitný vojenský účel nadobudnutých tovarov. Súdny dvor vo veci Agusta rozhodol, že vrtuľníky, ktoré Taliansko v dlhoročnej praxi nadobúdalo bez dodržania pravidiel verejného obstarávania, nepatria do pôsobnosti článku 296 ods. 1 písm. b) ES, keďže v každom prípade boli nakúpené so zámerom použitia na civilné účely a iba za určitých okolností mohli slúžiť vojenským účelom.

Ako je možné vidieť na prípade nákupu otočného stola verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ je pred realizáciou konkrétneho verejného obstarávania povinný vykonať posúdenie zodpovedajúce na otázku, aký charakter predmet zákazky v podstate má. Po transpozícii obrannej smernice je jasné, že prípadná nesprávna kvalifikácia medzi zákazkou v oblasti obrany a bezpečnosti a civilnou zákazkou nepredstavuje závažné pochybenie v prípade, ak sa použijú súťažné postupy zadávania zákaziek, či už v oblasti obranných a bezpečnostných zákaziek alebo v oblasti civilných zákaziek. Vo väzbe na možné použitie exempcie podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní EÚ je však správna kvalifikácia vojenského zariadenia podstatná. Tu je však okrem vojenského charakteru obstarávaného zariadenia potrebné navyše skúmať, či je nevyhnutné odchyliť sa od zadávacieho konania stanoveného právom únie v záujme ochrany základných záujmov bezpečnosti členského štátu. Čisté odvolanie sa členského štátu na svoje bezpečnostné záujmy preto ešte neodôvodňuje možnosť odchyliť sa od práva únie. Dôkazné bremeno na splnenie podmienok exempcie nesú vnútroštátne orgány.

Zásady zmluvy o založení EÚ, najmä voľný pohyb tovaru, sloboda usadiť sa a sloboda poskytovať služby a zásady z nich vyplývajúce - zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada vzájomného uznávania, zásada proporcionality a zásada transparentnosti v kontexte obranných a bezpečnostných zákaziek

Verejné obstarávanie v oblasti obrany a bezpečnosti podlieha rešpektovaniu zásad zmluvy, najmä voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby a zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásady rovnakého zaobchádzania, zásady nediskriminácie, zásady vzájomného uznávania, zásady proporcionality a zásady transparentnosti. Uvedené potvrdzuje okrem bodu 15 aj bod 69 preambuly obrannej smernice z ktorého vyplýva, že obranné zákazky by sa mali zadávať na základe objektívnych kritérií, ktoré zabezpečia súlad so zásadami transparentnosti, nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a ktoré zaručia, aby sa ponuky posudzovali transparentným a objektívnym spôsobom v podmienkach efektívnej súťaže. Článok 4 obrannej smernice in concreto stanovuje povinnosť pre verejných obstarávateľov a obstarávateľov zaobchádzať s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačným spôsobom a konať transparentne.

Predmetné zásady alebo princípy práva verejného obstarávania sú teda odvodené zo zakladajúcich zmlúv a ich primárnym cieľom je vytvorenie vnútorného trhu Európskej únie. Tieto princípy majú zabezpečiť voľnú a účinnú súťaž hospodárskych subjektov o zákazky, ktoré sú financované z verejných zdrojov, t.j. prvotný záujem predstavuje efektívna konkurencia, ktorá by mala zabezpečiť účelné hospodárne vynakladanie verejných prostriedkov. Tento cieľ sa zabezpečuje prostredníctvom zabezpečenia nediskriminácie a transparentného zaobchádzania so všetkými hospodárskymi subjektami, ktorí sú konkurentami. Zásada rovnakého zaobchádzania predstavuje potom špecifickú podobu zásady nediskriminácie. Podstatou tejto zásady je že, žiadny z hospodárskych subjektov nesmie byť priamo alebo nepriamo zvýhodnený alebo nevýhodnený oproti iným subjektom v rovnakom postavení.

Výklad predmetných princípov alebo zásad je potrebné skúmať ad hoc v nadväznosti na osobitosti každého prípadu. V rozsudku zo dňa 07.12.2000 vo veci C-324/98, Telaustria Verlags GmbH a Telefonadress GmbH proti Telekom Austria AG Súdny dvor Európskej únie stanovil, že princíp transparentnosti spočíva v zárukách poskytovaných všetkým potenciálnym uchádzačom o verejnú zákazku ohľadne zodpovedajúceho stupňa publicity umožňujúceho otvorenie zadávacieho konania konkurencii, rovnako ako kontroly nestrannosti priebehu zadávacieho konania. K zhodným záverom dospel Súdny dvor aj v rozsudku zo dňa 13. 11. 2008 vo veci C-324/07, Coditel Brabant SA proti Commune d'Uccle a Région de BruxellesCapitale. Význam zásady transparentnosti v prvom rade smeruje k cieľu samotného práva verejných zákaziek, ktorým je zabezpečenie hospodárnosti, efektívnosti a účelnosti nakladania s verejnými prostriedkami. (rozsudok NSS ČR zo dňa 05.6.2008, čj. 1 Afs 20/2008 - 152, vo veci Lumius, spol. s r. o., publ. pod č. 1771/2009 Sb. NSS, prípadne obdobne stanovisko generálnej advokátky Christine Stix-Hackl zo dňa 12. 04. 2005 vo veci C-231/03, Coname, bod 92, podľa ktorej „transparentnosť má zaručiť nenarušenú hospodársku súťaž a prispieť k otvoreniu vnútroštátnych trhov“). Z rozsudku Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 366/10-352 vyplýva, že v rozpore s princípom transparentnosti, a teda aj v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní, je akékoľvek konanie kontrolovaného, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. K porušeniu princípu transparentnosti môže dôjsť vtedy, ak sa v postupe verejného obstarávateľa vyskytujú také prvky, ktoré by verejné obstarávanie robili nekontrolovateľným, resp. horšie kontrolovateľným, nečitateľným, neprehľadným, alebo ktoré by vzbudzovali pochybnosti o pravých dôvodoch jednotlivých krokov verejného obstarávateľa. Nevyhnutnou súčasťou riadneho uplatnenia princípu transparentnosti je teda taký postup kontrolovaného, ktorým je zabezpečená náležitá preskúmateľnosť každého úkonu kontrolovaného vykonaného v súvislosti so zadávaním zákazky. Obdobne podľa rozsudku Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 123/11-136, pokiaľ sa má postupom verejného obstarávateľa zabezpečiť čestná hospodárska súťaž, nie je prípustné, aby sa umožnilo akékoľvek nepreskúmateľné či nekontrolovateľné konanie verejného obstarávateľa, ktoré môže ovplyvniť výsledok verejného obstarávania.

Z uvedeného krátkeho výpočtu možnej aplikácie základných princípov verejného obstarávania vyplýva, že tieto predstavujú základný interpretačný kľúč pri výklade akéhokoľvek ustanovenia smerníc o verejnom obstarávaní alebo právnych predpisov, do ktorých boli tieto smernice transponované. To platí aj pre oblasť zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti.

Isté špecifikum v tejto oblasti sa ale môže vynárať v nadväznosti na princíp transparentnosti, z ktorého vyplýva povinnosť verejných obstarávateľov, obstarávateľov konať transparentne, predvídateľne a zdokumentovateľne. Tento princíp môže kolidovať práve s povinnosťou zachovávať mlčanlivosť pri ochrane utajovaných skutočností. V takomto prípade bude úlohou konkrétneho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, aby pri konkrétnom úkone v rámci realizácie verejného obstarávania dostal povinnosti konať transparentne a zároveň konal tak, aby ochránil prípadnú utajovanú skutočnosť.

V praxi napr. môže nastať situácia, že pri konkrétnom verejnom obstarávaní bude vo vzťahu k záujemcovi alebo uchádzačovi uplatnený § 26 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči uchádzača alebo zájemcu, o ktorom má preukázateľné informácie alebo údaje vrátane informácií alebo údajov pochádzajúcich z chránených zdrojov, že nie je natoľko spoľahlivý, aby sa vylúčili riziká spojené s ochranou bezpečnostných záujmov Slovenskej republiky, ktorý predstavuje transpozíciu čl. 39 ods. 2 písm. e) obrannej smernice, podľa ktorého každý hospodársky subjekt môže byť z účasti v zadávacom konaní vylúčený, ak sa na základe akýchkoľvek dôkazných prostriedkov vrátane chránených zdrojov preukázalo, že nie je natoľko spoľahlivý, aby sa vylúčili riziká pre bezpečnosť členského štátu.

Uvedené bude potom znamenať, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ bude musieť takémuto uchádzačovi oznámiť jeho vylúčenie z verejného obstarávania v súlade s ustanovením § 33 ods. 10 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní podľa ktorého, verejný obstarávateľ a obstarávateľ bezodkladne písomne upovedomí uchádzača alebo zájemcu, že bol vylúčený s uvedením dôvodu a lehoty, v ktorej môže byť podaná námietka proti vylúčeniu.

Z predmetného ustanovenia vyplýva, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ musí dotknutému uchádzačovi alebo záujemcovi uviesť zdôvodnenie, prečo došlo k jeho vylúčeniu z procesu verejného obstarávania. V situácii, kedy informácia odôvodňujúca

vylúčenie uvedeného hospodárskeho subjektu pochádza zo spravodajského prostredia, je možné predvídať, jej utajenie príslušným stupňom utajenia, čo dostáva verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa do úlohy, kedy musí zachovať obsah utajovanej skutočnosti v tajnosti a zároveň uviesť dotknutému hospodárskemu subjektu, prečo bol z verejného obstarávania vylúčený. V predmetnej situácii teda dochádza ku konfliktu princípu transparentnosti v zmysle jasnosti, predvídateľnosti a kontrolovateľnosti vylúčenia z procesu verejného obstarávania s ochranou utajovaných skutočností, ktorú zohľadňujú zakladajúce zmluvy ako aj obranná smernica. V uvedenom prípade je potrebné k zdôvodneniu vylúčenia pristupovať obzvlášť citlivo tak, aby hospodársky subjekt bol oboznámený z dôvodom jeho vylúčenia a zároveň, aby bola ochránená prípadná utajovaná skutočnosť.

Tu narážame na problém načrtnutý už v skoršej časti tejto práce a to problém výlučného diskrečného oprávnenia pôvodcu utajovanej skutočnosti rozhodnúť o utajení určitej skutočnosti bez reálnej kontroly tohto rozhodnutia iným nestranným subjektom. Uvedené potom môže spôsobiť problém, keď informácia zo spravodajského prostredia bola označená za utajovanú v celom rozsahu, napr. že operatívnymi činnosťami sa podarilo zistiť, že hospodársky subjekt je podozrivý z podporovania terorizmu vo forme obchodovania s nebezpečnými subjektami. Takáto informácia je potom následne poskytnutá v podobe utajovanej skutočnosti konkrétnemu verejnemu obstarávateľovi, odlišnému od pôvodcu predmetnej utajovanej skutočnosti a tento by mal na základe tejto utajovanej skutočnosti pristúpiť k vylúčeniu podozrivého hospodárskeho subjektu. V takomto prípade je pri dodržaní ochrany utajovanej skutočnosti celkom predstaviteľné, že verejný obstarávateľ sa obmedzí pri vylúčení hospodárskeho subjektu na konštatovanie existencie utajovanej skutočnosti a pristúpi k vylúčeniu s odôvodnením, že informácia, na ktorej je vylúčenie založené pochádza zo spravodajskej činnosti a je klasifikovaná ako utajovaná skutočnosť, t.j. dotknutému hospodárskemu subjektu ju nemožno sprístupniť v snahe ochrániť jej obsah. Nie je potom nepredstaviteľné, že dotknutý hospodársky subjekt sa v takomto prípade obráti s revíznym postupom vo forme námietok proti vylúčeniu na Úrad pre verejné obstarávanie a následne prípadne na radu úradu, ktorá predstavuje druhostupňový odvolací orgán voči rozhodnutiu o námietkach. Bremono posúdenia zákonnosti vylúčenia dotknutého hospodárskeho subjektu potom prejde na Úrad pre verejné obstarávanie.

Ako už bolo načrtnuté v Slovenskej republike momentálne absentuje orgán oprávnený rozhodnúť o príp. prílišnom, t.j. neoprávnenom utajení určitej skutočnosti zo strany pôvodcu utajovanej skutočnosti. V tomto smere bude zaujímavé sledovať rozhodovacia prax Úradu pre verejné obstarávanie a následne súdov, vo vzťahu k vyriešeniu kolízie princípu transparentnosti s požiadavkou kladenou na ochranu utajovaných skutočností. Je možno predpokladať, že časom sa vytvorí požiadavka na riešenie súčasnej situácie, kedy bez dohľadu nad rozhodovaním pôvodcu utajovanej skutočnosti o jej utajení, môže dôjsť k vylúčeniu hospodárskych subjektov z procesu verejného obstarávania bez toho, aby sa mohli dozvedieť dôvody takéhoto zásadného zásahu do ich súperenia o zadanie zákazky. Táto problematika pritom súvisí s právom na súdnu a inú právnu ochranu, ktorú reflektuje článok 46 Ústavy Slovenskej republiky ako aj čl. 47 Charty základných práv Európskej únie.

Povinnosť členského štátu rešpektovať cezhraničný záujem o zákazku.

Európskym pravidlám regulácie zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti podliehajú zákazky, ktorých predpokladaná hodnota bez dane z pridanej hodnoty sa rovná alebo je vyššia ako tieto prahové hodnoty:

- a) 412 000 EUR pre zákazky na dodávku tovaru a na služby;
- b) 5 150 000 EUR pre zákazky na práce.

Vyššie uvedené prahové hodnoty sú periodicky v lehote dvoch rokov prehodnocované Komisiou Európskej únie, ktorá ich upravuje vykonávacími nariadeniami k smerniciam podľa vývoja kurzu eura.

V bode 15 preambuly obrannej smernice je vyjadrené, že povinnosti v oblasti transparentnosti a súťaže, pokiaľ ide o zákazky pod vyššie uvedenými prahovými hodnotami, by mali určiť členské štáty v súlade so zásadami voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby a zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásady rovnakého zaobchádzania, zásady nediskriminácie, zásady vzájomného uznávania, zásady proporcionality a zásady transparentnosti a zohľadniť najmä prípady

cezhraničných záujmov. Predovšetkým členské štáty majú určiť najvhodnejší spôsob pre zadávanie takýchto zákaziek. Pri zákazkách, ktoré presahujú určitú hodnotu, sa odporúča vypracovať predpisy pre koordináciu vnútroštátnych postupov pri zadávaní takýchto zákaziek Spoločenstvom, založené na týchto zásadách s cieľom zaručiť ich účinky a zabezpečiť liberalizáciu obstarávania. Tieto ustanovenia o koordinácii by sa preto mali vykladať v súlade s uvedenými pravidlami a zásadami, ako aj s inými pravidlami zmluvy.

Novela zákona o verejnom obstarávaní 91/2012 Z. z. ktorou sa pôvodne transponovala obranná smernica určila nasledovné finančné limity pre zadávanie zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti:

O nadlimitnú zákazku išlo, ak predpokladaná hodnota zákazky sa rovnala alebo bola vyššia ako:

- a) 400 000 eur, ak išlo o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorej predmetom bolo dodanie tovaru alebo poskytnutie služby zadávanú verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom,
- b) 5 000 000 eur, ak išlo o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti na uskutočnenie stavebných prác.

O podlimitnú zákazku išlo, ak predpokladaná hodnota zákazky bola nižšia ako vyššie uvedený finančný limit a súčasne rovnaká alebo vyššia ako

- a) 40 000 eur, ak išlo o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorej predmetom je dodanie tovaru alebo poskytnutie služby zadávanú verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom,
- b) 200 000 eur, ak išlo o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác zadávanú verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.

V prípade nadlimitných zákaziek sa teda plne aplikovali pravidlá vyplývajúce z obrannej smernice. Pre podlimitné zákazky bol v podmienkach Slovenskej republiky stanovený podlimitný postup zadávania zákazky, ktorý v podstate kopíroval nadlimitný postup s výnimkou, že oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania sa zasielalo na uverejnenie

iba do Vestníku verejného obstarávania a nie aj do Úradného vestníka Európskej únie, ako tomu bolo pri nadlimitných zákazkách.

Zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti pod finančnými limitmi podlimitnej zákazky neboli striktné regulované a pri ich zadávaní bolo potrebné dodržať základné princípy verejného obstarávania pri zohľadnení možného cezhraničného záujmu o takéto zákazky.

Novelou zákona o verejnom obstarávaní zákonom č. 95/2013 Z. z., ktorým sa menil a dopĺňal zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov, ktorú pripravilo Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky sa podstatným spôsobom zmenilo triedenie podlimitných zákaziek podľa výšky predpokladanej hodnoty zákazky.

Po novom sa za podlimitnú zákazku považovala zákazka zadávaná verejným obstarávateľom, ktorej predpokladaná hodnota bola v priebehu kalendárneho roka alebo počas platnosti zmluvy, ak sa zmluva uzatvára na dlhšie obdobie ako jeden kalendárny rok nižšia ako finančný limit nadlimitnej zákazky a išlo o zákazku:

a) na dodanie tovaru bežne dostupného na trhu, okrem potravín, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služby bežne dostupných na trhu a jej predpokladaná hodnota bola rovnaká alebo vyššia ako 1 000 eur,

b) ktorá nie je zákazkou podľa písmena a) a jej predpokladaná hodnota bola:

1. rovnaká alebo vyššia ako 20 000 eur, ak ide o zákazku na dodanie tovaru, okrem potravín, alebo o zákazku na poskytnutie služby alebo

2. rovnaká alebo vyššia ako 30 000 eur, ak ide o zákazku na uskutočnenie stavebných prác,

c) na dodanie tovaru, ktorým sú potraviny, ak predpokladaná hodnota zákazky je rovnaká alebo vyššia 40 000 eur.“.

Uvedené triedenie je založené na správnej kvalifikácii predmetu zákazky, t. j. rozhodnutí, či zadávaná zákazka je bežne dostupnou na trhu alebo nie.

Ustanovenie § 9b zákona o verejnom obstarávaní sériou neurčitých právnych pojmov definuje bežnú dostupnosť na trhu nasledovne:

Bežne dostupné tovary, stavebné práce alebo služby na trhu sú na účely tohto zákona také tovary, stavebné práce alebo služby, ktoré

a) nie sú vyrábané, poskytované alebo uskutočňované na základe špecifických a pre daný prípad jedinečných požiadaviek,

b) sú ponúkané v podobe, v ktorej sú bez väčších úprav ich vlastností alebo prvkov aj dodané, poskytnuté alebo uskutočnené a zároveň

c) sú spravidla v podobe, v akej sú dodávané, poskytované alebo uskutočňované pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa, dodávané, poskytované alebo uskutočňované aj pre spotrebiteľov a iné osoby na trhu.

Ods. 2 predmetného ustanovenia ďalej spresňuje, že bežne dostupnými tovarmi, stavebnými prácami alebo službami podľa odseku 1 sú najmä tovary, stavebné práce alebo služby, určené na uspokojenie bežných prevádzkových potrieb verejného obstarávateľa a obstarávateľa.

Ods. 3 tohto ustanovenia dodáva, že bežne dostupnými tovarmi alebo službami podľa odseku 1 sú najmä tovary a služby spotrebného charakteru.

Právno-aplikačná prax sa s predmetnou klasifikáciou zákaziek v podstate pasuje až dodnes, pričom je potrebné uviesť, že uvedené rozlišovanie zákaziek spôsobuje problémy aj v oblasti civilných zákaziek.

Uvedené triedenie a rozlišovanie zákaziek v podstate súviselo so zavedením nového spôsobu zadávania podlimitných zákaziek postupom cez elektronické trhovisko pričom zákazky na nebežne dostupné tovary, služby alebo stavebné práce sa mali i naďalej zadávať postupom bez využitia elektronického trhoviska s využitím publikácie výzvy na predkladanie ponúk vo Vestníku verejného obstarávania.

Čo sa týka zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti zákon v § 91 ods. 1 písm. b) bod 2 stanovil, že verejný obstarávateľ má pri podlimitnej zákazke v oblasti obrany a bezpečnosti postupovať podľa § 100 až 102 zákona o verejnom obstarávaní.

Predmetné riešenie zadávania podlimitných zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti je pritom absolútne nevhodné, nakoľko postup obstarávania podľa § 100 až 102 zákona o verejnom obstarávaní predstavuje obdobu verejnej súťaže tak ako ju poznajú smernice Európskej únie upravujúce zadávanie civilných zákaziek. Tu je potrebné podotknúť, že obranná smernica práve z uvedeného dôvodu vylúčila verejnú súťaž z postupov zadávania zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti ako jediný nevhodný postup v porovnaní s postupmi platnými pre zadávanie civilných zákaziek. Uvedená legislatívna zmena bola a je o to zarážajúcejšia, že gestorom predmetnej zákonnej úpravy bolo práve Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky, ktoré by mohlo mať a malo mať skúsenosti so zadávaním zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti.

Uvedený nepriaznivý stav pre zadávanie podlimitných zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti v podstate trvá až dodnes, pričom riešením tejto situácie by malo byť prijatie návrhu nového zákona o verejnom obstarávaní, ktorý je v súčasnosti predložený na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky, čo bolo spomenuté už v skoršej časti tejto rigorózneho práce.

Úrad pre verejné obstarávanie k tejto neutešenej situácii vydal niekoľko stanovísk, kedy verejným obstarávateľom pri zadávaní podlimitných zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti odporúča používať postupy pre zadávanie nadlimitných zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti. Napr. vo vyjadrení Úradu pre verejné obstarávanie č. 9498-5000/2013 zo dňa 22.08.2013 sa konštatuje nasledovné, cit.: „Zadávanie zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti je upravené v piatej časti zákona o verejnom obstarávaní. Podľa ustanovenia § 108a zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ postupuje pri zadávaní zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti podľa prvej časti a druhej časti prvej hlavy a druhej hlavy, ak nie je v tejto časti ustanovené inak; nepoužijú sa § 9 ods. 7, § 22 ods. 3, § 24 ods. 1 a 2, § 28 ods. 1, § 32, § 47, § 49 ods. 5, § 50, § 51, § 55, § 58, § 59, § 64 ods. 1 a 2, § 65 až 108. V tretej časti zákona o verejnom obstarávaní (Postupy pri podlimitných zákazkách) je v § 91 ods. 1 písm. b) druhom bode tohto zákona ustanovené, že verejný obstarávateľ pri podlimitných zákazkách postupuje podľa § 100 až 102, ak ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti. Z uvedeného vyplýva, že daná právna úprava nie je súladná. Zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti sa vyznačujú osobitnými požiadavkami z hľadiska zložitosti, bezpečnosti informácií alebo bezpečnosti zásobovania, pričom majú často citlivý charakter. Povinnosti v oblasti transparentnosti a hospodárskej súťaže, pokiaľ ide o podlimitné zákazky v oblasti obrany

a bezpečnosti, by mali byť stanovené a aplikované v súlade s týmito zásadami a mali by zohľadňovať najmä prípady cezhraničných záujmov. Postupy pri podlimitných zákazkách v oblasti obrany a bezpečnosti by mali byť založené na týchto zásadách s cieľom zaručiť ich účinky a zabezpečiť liberalizáciu obstarávania. Vzhľadom na osobitné požiadavky pri daných zákazkách a berúc do úvahy aj mnohokrát citlivý charakter týchto zákaziek je nevyhnutné pri ich zadávaní použiť užšiu súťaž/rokovacie konanie so zverejnením/súťažný dialóg/priame rokovacie konanie, čo nie je možné v plnej miere zabezpečiť aplikáciou, resp. postupom ustanoveným v § 100 až 102 zákona o verejnom obstarávaní. Z vyššie uvedeného odporúčame pri zadávaní podlimitnej zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti postupovať podľa piatej časti zákona o verejnom obstarávaní. V § 108b zákona o verejnom obstarávaní je stanovené, že ak ide o podlimitnú zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti, oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania pošle verejný obstarávateľ a obstarávateľ na uverejnenie. Na tento účel je potrebné použiť formulár pre nadlimitné zákazky oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania pre zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, čím je možné zabezpečiť aj vyššiu mieru transparentnosti.“.

Ako už bolo uvedené, ak ide o zákazky nedosahujúce finančný limit nadlimitnej zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti verejný obstarávateľ a obstarávateľ z pohľadu práva Európskej únie musí rešpektovať základné princípy práva únie v oblasti verejného obstarávania, najmä ak ide o zákazku, kde je možné predpokladať cezhraničný záujem.

Cezhraničný záujem o konkrétnu zákazku sa posudzuje vždy ad hoc, vo väzbe na geografickú lokalitu verejného obstarávateľa, ponuku týkajúcu sa obstarávaného predmetu zákazky a iné faktory, ktoré môžu robiť zákazku prítiažlivú pre subjekty z iných členských štátov, ako je sídlo verejného obstarávateľa.

Je opätovne na pleciach verejných obstarávateľov a obstarávateľov, aby sa riadne zaoberali možným cezhraničným záujmom o zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, ktoré nepodliehajú formálnym postupom obstarávania podľa zákona o verejnom obstarávaní. Spoločným znakom možného cezhraničného záujmu o zákazku by mohla byť vedomosť verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa o produkte, službe alebo stavebných prácach, ktoré ponúkajú zahraniční uchádzači podporená vykonaním prieskumu trhu.

Výnimky z aplikácie súťažných pravidiel a ich výklad v zmysle judikatúry Súdneho dvora Európskej únie

Je prirodzené, že obranná smernica zavádza celý rad exempcií z povinnej aplikácie súťažných postupov verejného obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti nad rámec základnej výnimky podľa čl. 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Tieto výnimky sú obsiahnuté v kapitole II oddiel 3 obrannej smernice, pričom v čl. 11 je *expressis verbis* uvedené, že žiadne pravidlá, postupy, programy, dohody, úpravy alebo zákazky uvedené v tomto oddiele sa nesmú použiť na účely obchádzania ustanovení obrannej smernice.

Medzi dovolené výnimky z verejného obstarávania teda patria tieto zákazky, ktoré sú regulované:

- a) osobitnými procesnými pravidlami na základe medzinárodnej dohody alebo dohovoru uzatvorenými medzi jedným alebo viacerými členskými štátmi a jednou alebo viacerými tretími krajinami;
- b) osobitnými procesnými pravidlami na základe uzavretej medzinárodnej dohody alebo dohovoru o umiestnení cudzích vojsk a týkajúcich sa podujatí členského štátu alebo tretej krajiny;
- c) osobitnými procesnými pravidlami medzinárodnej organizácie, ktorá nakupuje na svoje vlastné účely, alebo na zákazky, ktoré musia byť zadávané členským štátom v súlade s týmito pravidlami.

Postupy verejného obstarávania sa takisto nevzťahujú na:

- a) zákazky, pri ktorých by uplatnenie verejného obstarávania zaviazovalo členský štát poskytovať informácie, ktorých sprístupnenie považuje za odporujúce základným záujmom jeho bezpečnosti;
- b) zákazky na účely spravodajských činností;
- c) zákazky zadávané v rámci programu spolupráce vychádzajúceho z výskumu a vývoja, ktorý spoločne vykonávajú aspoň dva členské štáty pri vývoji nového výrobku a prípadne v neskorších etapách všetkých alebo niektorých častí životného cyklu výrobku. Pri uzatváraní takeého programu spolupráce iba medzi členskými štátmi oznámia členské štáty Komisii podiel nákladov na výskum a vývoj vzhľadom na celkové náklady programu

spolupráce, dohodu o zdieľaní nákladov, ako aj zamýšľaný podiel na prípadných nákupoch jednotlivých členských štátov;

d) zákazky uzatvorené v tretej krajine vrátane zákaziek na civilné nákupy uskutočňované v čase nasadenia ozbrojených síl mimo územia Únie, ak operácie vyžadujú, aby boli zadané hospodárskymi subjektmi nachádzajúcimi sa v oblasti operácií;

e) zákazky na služby v rámci akýchkoľvek finančných dohovorov, ktorých predmetom je nadobudnutie alebo prenájom pozemkov, existujúcich stavieb alebo iných nehnuteľností, alebo príslušných práv s nimi spojených;

f) zákazky zadávané vládou inej vláde, ktoré sa týkajú:

i) dodávok vojenského alebo citlivého vybavenia;

ii) prác a služieb priamo spojených s takýmto vybavením alebo

iii) prác a služieb na osobitne vojenské účely, alebo prác a služieb citlivého charakteru;

g) rozhodcovské a zmierovacie služby;

h) finančné služby s výnimkou poisťovacích služieb;

i) pracovné zmluvy;

j) iné služby pri výskume a vývoji ako služby, z ktorých má prospech výhradne verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ pri ich využívaní na plnenie vlastných úloh, pod podmienkou, že poskytnutú službu v plnom rozsahu uhradza verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.

Základný interpretačný kľúč vo väzbe na tieto exempcie je, že sa musia aplikovať v ich doslovnom znení. V tejto súvislosti treba pripomenúť, že uvedené vyplýva z ustálenej judikatúry Súdneho dvora EÚ (napr. rozsudky č. C-57/94, C-385/02, C-20/01, C-394/02) týkajúcej sa výnimiek zo základných slobôd, ktoré sa majú vykladať doslovne.

Ako už bolo v tejto práci viackrát zdôraznené ďalším základným znakom exempcií je to, že preukázať ich oprávnenú aplikáciu je povinný subjekt, ktorý sa tej ktorej výnimky dovoľáva.

Výnimky a požiadavky na ich odôvodnenie zo strany verejného obstarávateľa.

Ako už bolo v tejto práci takisto uvedené iba dôsledné odôvodnenie použitia konkrétnej exempcie zo strany dovolávajúceho sa verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a unesenie dôkazného bremena jej dôvodnosti je zárukou toho, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ neporušuje záväzky voči Európskej únii spočívajúce v snahe vytvoriť spoločný vnútorný trh aj na úseku obranných a bezpečnostných zákaziek. Pri aplikácii konkrétnej výnimky preto musí byť in concreto zodpovedané na nasledovné otázky:

Ktoej výnimky stanovenej v zákone o verejnom obstarávaní sa zamýšľaná exempcia týka?

Je exempcia stanovená slovenským zákonom dovoľená aj obrannou smernicou?

Aké je spojenie medzi týmto záujmom bezpečnosti a konkrétnym rozhodnutím o obstarávaní?

Prečo je neuplatňovanie smernice o verejnom obstarávaní/zákona o verejnom obstarávaní v tomto konkrétnom prípade dôležité pre ochranu príslušného základného záujmu bezpečnosti a ktorá výnimka tento prípad doslovne reflektuje?

Medzi jednu z výnimiek z povinnosti uskutočniť verejné obstarávanie patrí výnimka podľa čl. 12 písm. c) obrannej smernice podľa ktorého sa pravidlá verejného obstarávania neaplikujú, ak sa zákazka spravuje osobitnými procesnými pravidlami medzinárodnej organizácie, ktorá nakupuje na svoje vlastné účely, alebo na zákazky, ktoré musia byť zadávané členským štátom v súlade s týmito pravidlami. Táto výnimka bola transponovaná do § 1 ods. 2 písm. c) zákona o verejnom obstarávaní.

Na prvý pohľad je význam tejto výnimky jasný, avšak pri aplikácii tejto výnimky v praxi vystala otázka, či nakupovanie vojenského vybavenia členskými štátmi od organizácií ako je, napr. NATO Supply Agency (dnes NATO Support and Procurement Agency) spadá pod predmetnú výnimku alebo nie. V odpovedi na vyjasnenie predmetnej

exempcie⁷ Komisia Európskej únie odpovedá Úradu pre verejné obstarávanie nasledovne: NATO Supply Agency je súčasťou NATO, čo vo všeobecnosti znamená, že medzinárodné organizácie akou je i samotné NATO nemusia aplikovať pravidlá obstarávania vyplývajúce z obrannej smernice. Príklad aplikácie predmetnej exempcie sa dá demonštrovať na príklade, keď členský štát nakupuje na účet medzinárodnej organizácie alebo dostáva finančné prostriedky od tejto medzinárodnej organizácie na realizáciu určitého nákupu. V takýchto prípadoch sa teda aplikujú pravidlá tejto medzinárodnej organizácie a nie pravidlá verejného obstarávania v zmysle obrannej smernice. Predmetná výnimka taktiež stanovuje, že od pravidiel verejného obstarávania sú oslobodené nákupy medzinárodnej organizácie, ak táto nakupuje na svoje vlastné účely. Podstatným v tomto zmysle je slovné spojenie „svoje účely“. Ak teda NATO nakupuje vybavenie pre členský štát, je táto zákazka vyňatá z postupov verejného obstarávania iba za predpokladu, že nákup sa uskutočňuje na účely NATO. Táto výnimka preto neznamena, že členský štát sa jej môže dovolať len na základe holého faktu, že NATO je obranná medzinárodná organizácia a ide o zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti. To znamená, že ak ide o zákazku „na účely NATO“ musí to byť jasné a konkrétne.

Ide napríklad o situáciu, kedy NATO kupuje vybavenie pre členský štát, aby tento štát mohol spolupracovať v špecifickej operácii NATO. Ak však zákazka nie je priamo spojená so špecifickou misiou NATO, členský štát musí aplikovať európske pravidlá obstarávania prostredníctvom svojich verejných obstarávateľov alebo centrálnej obstarávacej organizácie.

Podľa čl. 12 písm. a) obrannej smernice sú z pravidiel verejného obstarávania vyňaté zákazky realizované osobitnými procesnými pravidlami na základe medzinárodnej dohody alebo dohovoru uzatvorenými medzi jedným alebo viacerými členskými štátmi a jednou alebo viacerými tretími krajinami.

O oprávnené použitie predmetnej exempcie však nejde v prípade ak medzinárodná zmluva alebo dohovor nestanovuje žiadne pravidlá ohľadne verejného obstarávania. Ide o prípad keď napr. členský štát a tretia krajina uzatvorí memorandum o porozumení o vytvorení alebo zdieľaní určitých spôsobilostí, ktoré sa ešte len budú musieť obstarat'.

⁷ List Komisie Európskej únie sp. zn. MARK.C.3/PS/JK (2013)1761265 zo dňa 13. júna 2013

Tieto obstarávania budú spadať pod výnimku podľa čl. 12 písm. a) obrannej smernice len za predpokladu, že členský štát v memorande kontrahoval záväzok postupovať podľa určitých postupov verejného obstarávania. Ak tomu tak nie je a otázka verejného obstarávania zostala nedoriešená, členský štát musí na predmetný nákup aplikovať pravidlá verejného obstarávania stanovené obrannou smernicou.

Predmetná interpretácia je súladná s čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii, ktorý stanovuje, že podľa zásady lojálnej spolupráce sa Únia a členské štáty vzájomne rešpektujú a vzájomne si pomáhajú pri vykonávaní úloh, ktoré vyplývajú zo zmlúv. Členské štáty prijímú všetky opatrenia všeobecnej alebo osobitnej povahy, aby zabezpečili plnenie záväzkov vyplývajúcich zo zmlúv alebo z aktov inštitúcií Európskej únie. Členské štáty pomáhajú Európskej únii pri plnení jej úloh a neprijímú žiadne opatrenie, ktoré by mohlo ohroziť dosiahnutie cieľov únie.

Podľa čl. 12 písm. b) obrannej smernice z pravidiel verejného obstarávania sú ďalej vyňaté zákazky spravujúce sa osobitnými procesnými pravidlami na základe uzavretej medzinárodnej dohody alebo dohovoru o umiestnení cudzích vojsk a týkajúcich sa podujatí členského štátu alebo tretej krajiny.

V zásade ide o výnimku, ktorá je len istým precizovaním základnej výnimky podľa čl. 12 písm. a) obrannej smernice. Rozdiel je len v tom, že písm. b) zdôrazňuje umiestnenie cudzích vojsk, či už z členského štátu v tretej krajine alebo vojsk tretej krajiny v členskom štáte. Samozrejme výnimka sa týka aj vojsk jedného členského štátu v inom členskom štáte a to bez ohľadu na to, že ide o umiestnenie trvalé alebo dočasné.

Čl. 13 písm. b) obrannej smernice transponovaný v § 1 ods. 2 písm. b) zákona o verejnom obstarávaní predstavuje osobitnú výnimku z pravidiel verejného obstarávania v prípade, ak ide o zákazku súvisiacu so spravodajskými činnosťami. Ide o výnimku zahŕňajúcu jednak zákazky súvisiace so spravodajskými činnosťami samotnej tajnej služby alebo iných oprávnených subjektov, ale aj zákazky, kedy verejní obstarávatelia nakupujú určité predmety zákaziek priamo tajným službám alebo iným oprávneným subjektom ako napr. ochrana vládnych IT sietí realizovaná tajnou službou. Samozrejme táto výnimka neznamena, že akýkoľvek nákup realizovaný tajnou službou je vyňatý z pravidiel

verejného obstarávania, musí ísť o nákup spojený so spravodajskou činnosťou (vojenskou, bezpečnostnou, realizovanou v rámci vyšetrovania, špionáže alebo kontrašpionáže, vrátane družicového alebo iného sledovania).

Ďalšiu špecifickú exempciu z oblasti obstarávania v oblasti obrany a bezpečnosti predstavuje ustanovenie čl. 13 písm. c) obrannej smernice, ktorý je transponovaný v § 1 ods. 2 písm. u) zákona o verejnom obstarávaní. Z verejného obstarávania sú teda vyňaté zákazky zadávané v rámci programu spolupráce vychádzajúceho z výskumu a vývoja, ktorý spoločne vykonávajú aspoň dva členské štáty pri vývoji nového výrobku a prípadne v neskorších etapách všetkých alebo niektorých častí životného cyklu výrobku. Pri uzatváraní takeého programu spolupráce iba medzi členskými štátmi oznámia členské štáty Komisii podiel nákladov na výskum a vývoj vzhľadom na celkové náklady programu spolupráce, dohodu o zdieľaní nákladov, ako aj zamýšľaný podiel na prípadných nákupoch jednotlivých členských štátov.

Táto výnimka má za cieľ poukázať na dôležitosť spoločných programov výskumu a vývoja medzi členskými štátmi, aby sa posilňovala európska obranná technologická a priemyselná základňa, nakoľko práve výskumné a vývojové programy napomáhajú vzniku nových technológií a znižujú vysoké výskumné a vývojové náklady na komplexné zbraňové systémy. V rámci predmetnej výnimky ide teda o programy spolupráce týkajúce sa nových produktov. Nejde teda o prípad oprávnenej výnimky, ak by sa použila na nákup už súčasnej techniky, hoci by táto bola menená alebo modernizovaná. Programy spolupráce musia vykonávať minimálne dva členské štáty Európskej únie, pričom účasť tretích krajín na programe nie je vylúčená. O programe spolupráce by nešlo, ak by členský štát na tento program poskytoval len finančné prostriedky alebo sa zaviazal odobrať výsledok z programu spolupráce, predpokladá sa aktívna účasť na programe v podobe zdieľania informácií, poznatkov, odporúčaného zdieľania technických a finančných rizík programu, účasť na riadení a manažovaní programu a pod.

Výnimka podľa čl. 13 písm. d) obrannej smernice transponovaná v § 1 ods. 2 písm. e) zákona o verejnom obstarávaní umožňuje neaplikáciu pravidiel verejného obstarávania na zákazky uzatvorené v tretej krajine vrátane zákaziek na civilné nákupy uskutočňované v čase nasadenia ozbrojených síl mimo územia Únie, ak operácie vyžadujú, aby boli

zadané hospodárskymi subjektmi nachádzajúcimi sa v oblasti operácií. Na rozdiel od čl. 12 písm. b) obrannej smernice, ktorý predpokladá existenciu medzinárodnej dohody alebo dohovoru, špecifikum spočíva v tom, že ozbrojené sily, či už vojenské alebo policajné sú nasedené v krízovej oblasti na plnenie špeciálnych operácií. Ide o prípady, kedy by obstarávanie vykonané v súlade s pravidlami obrannej smernice a zadanie zákazky európskym hospodárskym subjektom mohlo prerušiť zásobovanie alebo vyvolať neproporčné dopravné náklady alebo ak by účasť európskych hospodárskych subjektov v oblasti operácie zvyšovala potrebu dodatočných bezpečnostných opatrení, čo by oslabovalo vojenské kapacity v oblasti operácie.

Ďalšiu špecifickú výnimku predstavuje výnimka podľa čl. 13 písm. f) obrannej smernice, ktorá bola transponovaná do § 1 ods. 2 písm. v) zákona o verejnom obstarávaní. Predmetom tejto exempcie sú zákazky zadávané vládou inej vláde, ktoré sa týkajú:

- i) dodávok vojenského alebo citlivého vybavenia;
- ii) prác a služieb priamo spojených s takýmto vybavením alebo
- iii) prác a služieb na osobitne vojenské účely, alebo prác a služieb citlivého charakteru.

Špecifickosť tejto výnimky v podobe slovenskej transpozície v podobe, že zákon o verejnom obstarávaní sa nevzťahuje na zákazku v oblasti obrany a bezpečnosti zadávanú ústredným orgánom štátnej správy, vyšším územným celkom alebo obcou orgánu verejnej moci iného členského štátu alebo orgánu verejnej moci tretej krajiny spočíva v osobitosti výkonu „vládnej“ moci, ktorá je v Slovenskej republike de facto rozdelená medzi štátnu moc a samosprávu. V praxi môže ísť o situáciu, kedy jeden členský štát poskytne druhému členskému štátu službu spočívajúcu vo výcviku pilotov bojových stíhačiek alebo môže ísť o predaj materiálu, ktorý má jeden štát na sklade a poskytne ho kupujúcemu štátu. Nemôže samozrejme ísť o prevod materiálu, ktorý ešte nie je na sklade a má sa len obstarat'. V takomto prípade sa plne uplatňujú pravidlá verejného obstarávania.

Obranná smernica zavádza aj ďalšie výnimky, avšak tieto sú zhodné aj pre oblasť civilných nákupov a nie je ich potrebné špecificky komentovať.

Subjekty z tretích krajín a ich oprávnenia vyplývajúce z Dohody o vládnom obstarávaní.

Zákazky na zbrane, muníciu a vojenský materiál, ktoré zadávajú verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia pôsobiaci v oblasti obrany, sú vylúčené z rozsahu pôsobnosti Dohody o vládnom obstarávaní (GPA) uzatvorenej v rámci Svetovej obchodnej organizácie. Ostatné zákazky upravené obranou smernicou sú tiež vyňaté z uplatňovania GPA na základe jej článku XXIII.

Podľa čl. XXIII ods. 1 Dohody o vládnom obstarávaní ustanovenia tejto dohody nezabraňujú stranám podniknúť všetky opatrenia a zamlčať informácie v rozsahu, ktorý považujú za potrebný pre ochranu svojich základných bezpečnostných záujmov vo vzťahu na obstarávanie zbraní, munície, výstroja a výzbroje alebo vo vzťahu na obstarávanie, ktoré je nepostrádateľné z hľadiska národnej bezpečnosti a národnej obrany.

Podľa čl. XXIII ods. 2 Dohody o vládnom obstarávaní s výhradou, že nižšie uvedené opatrenia nebudú použité spôsobom, ktorý by predstavoval prostriedky svojvoľnej alebo neoprávnenej diskriminácie medzi krajinami, v ktorých prevládajú rovnaké podmienky alebo by predstavoval prostriedky skrytého obmedzovania medzinárodného obchodu, ustanovenia tejto dohody nezabraňujú žiadnej strane prijímať alebo uplatňovať opatrenia potrebné na ochranu verejnej morálky, poriadku a bezpečnosti alebo bezpečného života a zdravia ľudí, zvierat alebo rastlín alebo na ochranu duševného vlastníctva alebo vo vzťahu na výrobky alebo služby poskytované hendikepovanými osobami, dobročinnými zariadeniami alebo ako sú tieto výsledkom práce väzňov.

Článok 346 (pôvodne 296 ZES) zmluvy o fungovaní Európskej únie a článok XXIII ods. 1 GPA majú rozdielny rozsah pôsobnosti a podliehajú rôznym štandardom súdneho preskúmania. Členské štáty môžu naďalej využívať článok XXIII ods. 1 GPA v

situáciách, keď nie je možné uplatňovať článok 346 Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Uvedené dve ustanovenia preto musia spĺňať rozdielne podmienky na uplatňovanie.

Toto vyňatie tiež znamená, že v špecifickom kontexte obranných a bezpečnostných trhov si členské štáty ponechávajú právomoc rozhodovať o tom, či ich verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia môžu umožniť hospodárskym subjektom z tretích krajín zapojiť sa do postupov zadávania zákazky. Toto rozhodnutie by mali prijať na základe zásady najlepšieho pomeru ceny a kvality, pričom si treba uvedomiť potrebu európskej technologickej a priemyselnej základne obrany, ktorá by bola konkurencieschopná v celosvetovom meradle, význam otvorených a spravodlivých trhov a získavanie vzájomných výhod. Členské štáty by sa mali usilovať o čoraz otvorenejšie trhy. Ich partneri by na základe medzinárodných dohôd takisto mali preukázať otvorenosť, najmä pokiaľ ide o otvorenú a spravodlivú súťaž. Je teda na rozhodnutí slovenských verejných obstarávateľov alebo obstarávateľov, aby sa ešte v prípravnej fáze zadávania zákazky rozhodli, či budú uplatňovať čl. XXIII Dohody o vládnom obstarávaní alebo umožnia hospodárskym subjektom zo signatárskych krajín dohody predloženie ponuky do európskeho verejného obstarávania. V tomto zmysle je ešte v realizačnej fáze verejného obstarávania vhodné konzultovať s Národným bezpečnostným úradom možné otázky súvisiace s ochranou príp. utajovaných skutočností a otázky porovnateľnosti systémov ochrany utajovaných skutočností signatárskych štátov GPA vo väzbe na legislatívne požiadavky slovenskej legislatívy na úseku ochrany utajovaných skutočností a medzinárodné záväzky Slovenskej republiky v tejto oblasti.

Nástroje podpory subdodávateľov a malých a stredných podnikateľov.

Uvedomujúc si dominantné postavenie niekoľkých hospodárskych subjektov, ktoré ovládajú medzinárodný obchod v oblasti obrany a bezpečnosti, obranná smernica v snahe udržať rozmanitosť európskej priemyselnej a obrannej technologickej základne, ktorá je dislokovaná v niekoľkých členských štátoch, zavádza nástroje na podporu malých a stredných podnikateľov, ktorí prostredníctvom transparentného a nediskriminačného

verejného obstarávania majú príležitosť súperiť o zadanie zákazky, pričom nemusia súperiť o celú zákazku, ale hoci len o jej časti, kde môžu najlepšie použiť svoje know-how v špecifickej oblasti, ktoré sa prostredníctvom hlavného dodávateľa integruje v komplexné riešenie, ktoré môže vyniknúť práve inovatívnymi prístupmi viacerých zúčastnených dodávateľov.

Predmetný procesný postup pri výbere subdodávateľa úspešného uchádzača reguluje najmä článok 21 obrannej smernice, pričom sa zdôrazňuje, že svojich subdodávateľov si uchádzač vyberá sám, tak ako je tomu aj pri civilných zákazkách s odchýlkami, ktoré predpokladá obranná smernica. Samozrejme je neprípustné, aby verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ svojimi požiadavkami na subdodávateľov porušoval princíp nediskriminácia a vybral subdodávateľov podľa štátnej príslušnosti hospodárskych subjektov.

Obranná smernica stanovuje, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže požadovať alebo členský štát môže od verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa požadovať, aby od uchádzača vyžadoval:

— uviesť vo svojej ponuke podiel zákazky, ktorý má v úmysle zadať tretím osobám a navrhovaných subdodávateľov, ako aj predmet subdodávok, na ktoré ich navrhuje, a/alebo

— uviesť každú zmenu, ku ktorej dochádza na úrovni subdodávateľov počas plnenia zákazky.

Členský štát môže požiadať verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, aby zaviazal úspešného uchádzača, alebo ho môže zaviazat' verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, aby uplatňoval ustanovenia stanovené v hlave III na všetky alebo niektoré subdodávky, ktoré má úspešný uchádzač v úmysle zadať tretím osobám.

Hlava III obrannej smernice následne rozlišuje situáciu, ak sa úspešným uchádzačom stane hospodársky subjekt, ktorý nie je verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.

Na zadávanie subdodávateľskej zákazky je úspešný uchádzač povinný konať transparentne a zaobchádzať so všetkými potenciálnymi subdodávateľmi rovnakým a nediskriminačným spôsobom.

Ak úspešný uchádzač, ktorý nie je verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom udelí subdodávku, ktorej odhadovaná hodnota bez DPH nie je nižšia⁸ než prahové hodnoty nadlimitnej zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti, oznámi svoj úmysel zadať subdodávateľskú zákazku prostredníctvom oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.

Ide teda o transparentné postupy zadávania subdodávok, ktoré v oblasti obrany a bezpečnosti zadával samotný úspešný uchádzač, pričom aplikuje súťažné pravidlá verejného obstarávania stanovené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom.

Pri udeľovaní subdodávok, ktorých odhadovaná hodnota bez DPH je nižšia než prahové hodnoty nadlimitných zákaziek, úspešní uchádzači uplatňujú zásady zmluvy týkajúce sa transparentnosti a súťaže.

V oznámení o zadaní subdodávky úspešný uchádzač uvedie kvalitatívne výberové kritéria určené verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom, ako aj ostatné kritéria, ktoré bude uplatňovať pri kvalitatívnom výbere subdodávateľov. Všetky tieto kritériá musia byť objektívne, nediskriminačné a zosúladené s kritériami uplatňovanými verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom na výber uchádzačov pre hlavnú zákazku. Požadované schopnosti musia byť priamo spojené s predmetom subdodávky a požadované úrovne spôsobilosti musia byť tomuto predmetu primerané.

Úspešný uchádzač nemá povinnosť zadať subdodávku, ak súhlasne s verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom dokáže, že žiadny zo subdodávateľov, ktorí sa zúčastnili verejnej súťaže, alebo ich ponuky nespĺňajú kritériá uvedené vo vyhlásení subdodávky, čím by sa zabránilo úspešnému uchádzačovi splniť požiadavky uvedené v hlavnej zákazke.

⁸ V slovenskej jazykovej mutácii obrannej smernice – čl. 52 ods. 1 sa nesprávne uvádza „...udelí subdodávku, ktorej odhadovaná hodnota bez DPH je nižšia než prahové hodnoty...“, pričom v českej jazykovej mutácii smernice je uvedené „...subdodávku, jejíž odhadovaná hodnota bez DPH není nižší, než prahové hodnoty...“ a v anglickej jazykovej mutácii obrannej smernice je v súlade s českou verzou uvedené „... subcontract which has a value, excluding VAT, estimated not to be lower than the thresholds...“.

Obranná smernica počíta aj so situáciou, ak sú úspešnými uchádzačmi verejní obstarávatelia alebo obstarávatelia. Títo musia pri zadávaní subdodávok konať v súlade s ustanoveniami pre hlavné zákazky, tak ako ich stanovuje obranná smernica.

Členské štáty môžu stanoviť, že verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ môže požiadať alebo je povinný požiadať úspešného uchádzača, aby zadal tretím osobám časti jeho zákazky. Verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ, ktorý vyžaduje zadanie zákazky tretím osobám, vyjadrí tento minimálny percentuálny podiel formou rozsahu hodnôt s minimálnou a maximálnou percentuálnou hodnotou. Maximálny podiel nesmie presiahnuť 30 % hodnoty zákazky. Tento rozsah je úmerný predmetu a hodnote zákazky a charakteru príslušného priemyselného odvetvia vrátane úrovne konkurencie na príslušnom trhu a príslušným technickým kapacitám priemyselnej základne.

Slovenský zákon o verejnom obstarávaní v medziach dovolenej transpozície ponecháva výber subdodávok podľa vyššie uvedených pravidiel na konkrétneho verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa, t.j. Slovenská republika neurčila striktné povinné uplatňovanie inštitútu subdodávok a tento inštitút je pre verejného obstarávateľa a obstarávateľa fakultatívny, okrem prípadov, ak by úspešným uchádzačom bol práve verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ.

Napriek novej komplikovanosti stanoviť požiadavky na zadávanie subdodávok by si každý verejný obstarávateľ a obstarávateľ na úseku obrany a bezpečnosti mal uvedomiť, že práve inštitút subdodávok má zmysel v snahe napomôcť aj malým a stredným podnikateľom súperiť o subdodávateľské zmluvy, ktoré sa zadávajú spolu s hlavným kontraktom, čo umožňuje, aby popri nadnárodných zbrojárskych koncernoch mohli svoje tovary, služby a príp. stavebné práce dodať aj lokálni dodávatelia alebo dodávatelia, ktorí sa pri určitej špecifickej časti zákazky dokážu presadiť svojou kvalitou alebo inovatívnym prístupom a technológiou. Snahou verejných obstarávateľov a obstarávateľov by preto malo byť určenie požiadaviek na subdodávky, tak ako to predvída ustanovenia § 108k zákona o verejnom obstarávaní po vzore obrannej smernice. Iba takýmto prístupom je možné eliminovať v minulosti zaužívané offsetové obchody, kedy členský štát od dodávateľa v oblasti obrany a bezpečnosti vyžadoval, aby v rámci subdodávok využíval kapacity jeho vlastných hospodárskych subjektov alebo, aby ako výmenu za zákazku odobral od štátu určité komodity, ktoré vyrábali hospodárske subjekty nakupujúceho štátu. Offsety sú vzhľadom na ich netransparentný a nesúťažný charakter zakázané

a cesta ako s nimi bojovať je vytvorenie účinnej súťaže na úrovni jednotlivých subdodávateľov, ktorí sú následne integrovaní prostredníctvom hlavného dodávateľa do dodania celého kompaktného predmetu zákazky. Ustanovenia o subdodávkach sa dajú použiť v akomkoľvek postupe obstarávania, či už ide o užšiu súťaž, rokovacie konanie so zverejnením, súťažný dialóg alebo priame rokovacie konanie.

Postupy verejného obstarávania, nevhodnosť použitia verejnej súťaže v oblasti obranných a bezpečnostných zákaziek.

Ako už bolo v tejto práci uvedené, postup verejnej súťaže nepatrí medzi postupy verejného obstarávania, ktoré by pre oblasť obrany a bezpečnosti stanovovala obranná smernica. Rovnako tak, aj zákon o verejnom obstarávaní nepočíta s eventualitou, že by sa verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ rozhodol aplikovať tento postup verejného obstarávania na obstaranie zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti. Predmetné je spôsobené tým, že vo verejnej súťaži chýba fáza tzv. predkvalifikácie, kde by overila spôsobilosť záujemcu z pohľadu zabezpečenia ochrany utajovaných skutočností alebo overenia jeho kapacít prostredníctvom podmienok účasti alebo pravidiel užšieho výberu. Uvedený prístup bol narušený až novelami z dielne Ministerstva vnútra Slovenskej republiky, ktoré v roku 2013 predpísali pre podlimitné zákazky v oblasti obrany a bezpečnosti využitie postupu zadávania podlimitných zákaziek bez využitia elektronického trhoviska, ktoré v podstate kopírujú procesné štádiá verejnej súťaže. Tento stav je možné napraviť prijatím návrhu zákona o verejnom obstarávaní⁶, ktorý je v súčasnosti v legislatívnom procese.

Právny vývoj zadávania zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti pro futuro a závery rigorózne práce

Ako už bolo uvedené v súčasnosti bol prijatý nový zákon o verejnom obstarávaní č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ktorý má nahradiť dosluhujúci zákon č. 25/2006 Z. z. a ktorý predstavuje transpozíciu nových

smerníc Európskej únie o verejnom obstarávaní: smernicu Európskeho Parlamentu a Rady 2014/23/EÚ o udeľovaní koncesíí, smernicu Európskeho Parlamentu a Rady 2014/24/EÚ o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES a smernicu Európskeho Parlamentu a Rady 2014/25/EÚ o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES.

Nové smernice Európskej únie nechávajú obrannú smernicu v podstate nedotknutú pričom stanovujú pravidlá, ktoré riešia zmiešané zákazky, ktoré by obsahovali aj prvky civilných zákaziek alebo koncesíí aj prvky zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti.

Z uvedeného vyplýva, že vo verejnom obstarávaní v oblasti obrany a bezpečnosti nedôjde v najbližšom období zo strany Európskej únie k podstatným zmenám. Uvedený záver korešponduje so závermi obsiahnutými v tejto práci, kedy je možné konštatovať, že pravidlá zadávania zákaziek v oblasti obrany a bezpečnosti sú nastavené optimálne, hoci v praxi absentuje ich aplikácia, čo je determinované slabým záujmom regulátorov tejto oblasti, najmä čo sa týka Európskej komisie a národných dohľadových orgánom, akým je v Slovenskej republike Úrad pre verejné obstarávanie. Netreba opomenúť aj úlohu Najvyššieho kontrolného úradu Slovenskej republiky, ktorý by sa vo svojej činnosti mohol zaoberať efektívnosťou vynakladanie verejných finančných prostriedkov súvisiacich s obstarávaním na úseku obrany a bezpečnosti. Je možné predpokladať, že absentujúca hospodárska súťaž spôsobená neaplikáciou súťažných pravidiel spôsobuje predraženie jednotlivých nákupov. Na záver je možné zhodnotiť, že v slovenskej právnoaplikačnej praxi absentujú rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie, ktoré by naznačili príklady dobrej praxe vo verejnom obstarávaní v oblasti obrany a bezpečnosti, čo určite nepôsobí motivujúco na verejných obstarávateľov a obstarávateľov, pre ktorých je uzatvorenie zmluvy bez náročných postupov obstarávania určite jednoduchšie ako realizácia súťaží s využitím inštitútov subdodávok, tak aby podnietili k aktivite aj malých a stredných podnikateľov. Pro futuro je teda úlohou Európskej komisie ako aj národných regulátorov, aby poukázali na správnu aplikačnú prax pravidiel verejného obstarávania. Máme za to, že by postačovalo niekoľko príkladov, kedy by bolo neoprávnené použitie výnimiek potrestané a toto potrestanie by bolo transparentne komunikované, čo by podnietilo verejných obstarávateľov a obstarávateľov napraviť súčasný stav v tejto oblasti. Je možné uzavrieť, že následne by na prax verejného obstarávania mohli reagovať aj súdy, čím by sa v tejto oblasti vytvárala judikatúra, ako je tomu v segmente civilných

zákaziek. Autor tejto rigorózneho práce sa snažil analyzovať súčasný stav právnej úpravy Európskej únie ako aj Slovenskej republiky v oblasti obranných a bezpečnostných zákaziek, pričom konštatoval niektoré systémové pochybenia súvisiace s vybudovaním a kompetenciami dohľadových orgánov, pričom je potrebné zdôrazniť, že práve sektor obrany a bezpečnosti má vzhľadom na súčasnú geopolitickú situáciu, kedy je celá Európska únia vystavená migračným tlakom a hrozbe terorizmu, veľmi dôležitú funkciu. Je zároveň možné konštatovať, že narastajúce náklady súvisiace s obranou a bezpečnosťou sa dajú znížiť práve prostredníctvom súťažných postupov zadávania zákaziek, kde by sa popri cene mohla presadiť aj tá najlepšia kvalita a rozmanité technické prístupy, nakoľko Európa ešte stále disponuje dostatočnou technologickou a výskumnou kapacitou. Produkty, služby a technické riešenia získané prostredníctvom verejného obstarávania by následne mohli oživiť priemyselný a technologický „motor“ Európy, ktorá by sa mohla vrátiť na svoje niekdajšie pozície v porovnaní s USA a Ruskou federáciou a príp. aj s Čínou.