Najvyšší súd **5Sžf/44/2011**
Slovenskej republiky

ROZSUDOK
V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Jany Baricovej a členiek senátu JUDr. Jarmily Urbancovej a JUDr. Eleny Krajčovičovej v právnej veci žalobkyne obchodnej spoločnosti **N., s. r. o.,** so sídlom H., *zastúpenej* ***JUDr. K. N.,*** *advokátkou, so sídlom Š.,* proti žalovanému **Úradu pre verejné obstarávanie,** so sídlom Dunajská 68, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 74-6000/2011-ON-14 zo dňa 11. marca 2011, na odvolanie žalovaného proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave zo dňa 09. júna 2011, č. k. 1S/53/2011-58, takto

r o z h o d o l :

Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 09. júna 2011, č. k. 1S/53/2011–58 **p o t v r d z u j e .**

Žalovaný **j e p o v i n n ý** zaplatiť žalobkyni náhradu trov odvolacieho konania v sume 130,91 eura, ktorú náhradu je žalovaný povinný zaplatiť na účet JUDr. K. N., advokátky so sídlom v B. do troch dní.

O d ô v o d n e n i e :

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave (ďalej aj „krajský súd“) podľa § 250j ods. 2 písm. a/ Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len „OSP“) zrušil rozhodnutie žalovaného č. 74-6000/2011-ON-14 zo dňa 11. marca 2011 a vec mu vrátil na ďalšie konanie.

Krajský súd svoje rozhodnutie odôvodnil tým, že po preskúmaní napadnutého rozhodnutia ako aj konania, ktoré mu predchádzalo, dospel k záveru, že žalovaný nesprávne

posúdil postup verejného obstarávateľa uskutočnený podľa § 33 ods. 5 písm. c/ zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“), ktorému predchádzala nesprávna aplikácia a následná interpretácia ustanovenia § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní. Krajský súd uviedol, že pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti. Podľa názoru krajského súdu verejný obstarávateľ, ako aj žalovaný pri zadávaní zákazky porušili princíp transparentnosti a postup verejného obstarávateľa bol v rozpore s uvedeným princípom. Aj keď verejný obstarávateľ môže v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania určiť podmienky na preukázanie finančného a ekonomického postavenia v súlade so Smernicou č. 2004/18/ES a v súlade s ustanovením § 27 ods. 1 a § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní, nie je oprávnený zmeniť alebo doplniť normatívny právny akt, na ktorého dodržanie, ale splnenie podmienok v ňom daných sa výslovne odvoláva. Ak mal verejný obstarávateľ v úmysle uviesť ďalšie podmienky na preukázanie finančného a ekonomického postavenia, mohol tak urobiť určením ďalších podmienok.

O náhrade trov konania rozhodol krajský súd podľa § 250k ods. 1 OSP tak, že žalobcovi priznal náhradu trov konania v sume 327,82 eura, ktorá suma predstavuje náhradu súdneho poplatku vo výške 66 eur, náhradu trov právneho zastúpenia za dva úkony právnej služby po 123,50 eura ako aj dvakrát paušál po 7,41 eura podľa § 11 ods. 4 vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z. z. o odmenách a náhradách advokátov za poskytovanie právnych služieb v znení neskorších predpisov.

Proti tomuto rozsudku podal žalovaný v zákonnej lehote odvolanie, domáhajúc sa, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok zmenil tak, že žalobu zamietne. Uviedol, že ak krajský súd trvá na tom, že odkaz na ustanovenie § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla súvahou alebo výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi z nich, vylučuje akékoľvek dotvorenie tejto podmienky účasti napriek skutočnosti, že toto ustanovenie je dispozitívnej povahy, mal by sa podľa názoru žalovaného zaoberať aj tým, či toto porušenie zákona mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, čo by umožnilo žalovanému aplikovať niektorý z výrokov podľa § 139 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Namiesto presvedčivého odôvodnenia zásadného vplyv na výsledok verejného obstarávania sa krajský súd obmedzil na jednoduchú konštatáciu, že takéto uvedené zmätočné podmienky mali vplyv na výsledok verejného obstarávania. Namietal, že krajský

súd nielenže neskúmal zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, ale svoj názor o „vplyve na výsledok“ vôbec neodôvodnil.

Žalovaný poukazoval na to, že podľa ustanovenia § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, na ktorého gramaticky presnej recepcii trvá krajský súd, sa môže vyžadovať práve súvaha, t. j. doklad, ktorý v ponuke žalobkyne absentoval. Žalobkyňa teda nesplnila podmienku účasti objektívne, teda nepredložila doklad, ktorý vyžaduje predmetné ustanovenie. V predmetnom prípade teda nedošlo k vylúčeniu pre nepredloženie dokladu požadovaného na základe dispozitívnosti § 27 zákona o verejnom obstarávaní, ale pre nepredloženie dokladu, ktorý sa priamo uvádza v tomto ustanovení. Poukazoval na to, že mu uniká skutočnosť, ako krajský súd vyhodnotil predmetný skutkový stav, nakoľko od začiatku je jasné (odkaz na § 27), že žalovaný požaduje od uchádzačov predloženie súvah. Uviedol, že potom je otázne, ako mohlo mať vyžadovanie súvahy, ktorá je vyslovene uvedená ako jeden z dokladov podľa § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní a ktorej nepredloženie bolo dôvodom vylúčenia žalobkyne z predmetného verejného obstarávania, akýkoľvek vplyv na výsledok verejného obstarávania. Žalobkyňa bola teda z predmetného verejného obstarávania vylúčená v súlade s § 33 ods. 5 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko nepredložila požadovaný doklad.

K argumentácii súdu o odkaze na ustanovenie § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, žalovaný poukazuje na argumentáciu Krajského súdu v Bratislave, v rozsudku sp. zn. 3S/143/09, ktorý v obdobnej veci dôvodil, že nesprávny odkaz na zákonom stanovenú podmienku účasti neznamená porušenie zákona o verejnom obstarávaní, ak je stanovená podmienka súladná s princípmi verejného obstarávania a je primeraná k premetu zákazky.

Žalovaný poukazoval na to, že jeho úlohou v predmetnom konaní o námietkach bolo preskúmanie dôvodov vylúčenia žalobkyne z predmetnej verejnej súťaže. Žalobkyňa práve s dôvodu vylúčenia z predmetnej verejnej súťaže podala žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. e/ a námietky proti vylúčeniu uchádzača podľa § 138 ods. 2 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní. Podľa názoru žalovaného aj žalobkyni bolo pritom zrejmé, že zákon striktne rozlišuje smerovanie námietok podľa § 138 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Uviedol, že úspešné podanie námietok je pritom do značnej miery podmienené aktivitou žalobkyne, t. j. žalobkyňa má v prípade nesúhlasu so stanovenými podmienkami účasti možnosť tieto napadnúť námietkami podľa § 138 ods. 2 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní. Žiadosť o nápravu mala byť doručená do 30. novembra 2010 (do desiatich dní odo dňa uverejnenia oznámenia vo Vestníku Európskej únie), resp. do desiatich dní od dátumu kedy si žalobkyňa prevzala súťažné podmienky. Žalovaný má za to, že žiadosť žalobkyne o nápravu bola jednoznačne žiadosťou o nápravu proti vylúčeniu uchádzača, t. j. krajský súd nemal skúmať

námietky proti podmienkam účasti, ale len postup verejného obstarávateľa súvisiaci s vylúčením žalobkyne z predmetnej verejnej súťaže. Žalovaný súdu objasnil, že v predmetnej veci skúmal vylúčenie žalobkyne z predmetného verejného obstarávania, ktoré spočívalo v nepredložení požadovaných súvah. Ak bolo úmyslom žalobkyne napadnutie stanovených podmienok účasti, mal tak urobiť už v štádiu zverejnenia podmienok účasti.

Žalovaný namietal, že krajský súd neskúmal dôvod vylúčenia žalobkyne z predmetného verejného obstarávania, ktorý spočíval v nepredložení požadovaných dokladov, konkrétne súvah, ale sa zaoberal koncepciou predmetnej podmienky účasti, t. j. skúmal stanovenie podmienky účasti, ktoré malo byť predmetom žiadosti o nápravu, resp. námietok smerujúcich proti podmienkam uvedeným v oznámení, resp. v súťažných podkladoch.

Žalobkyňa vo svojom písomnom vyjadrení na odvolanie zo dňa 18. augusta 2011 navrhla napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave potvrdiť ako vecne správny. Poukázala na to, že dôvody odvolania považuje za zmätočné s úmyslom zneprehladniť skutkový a právny stav. Poukazovala na to, že odvolanie žalovaného slúži na akúsi konfrontáciu ohľadne aplikácie a postupu samotného Úradu pre verejné obstarávanie pri revíznych a iných postupoch s rozhodnutiami súdov Slovenskej republiky, ktorá sa však absolútne nezaoberá podstatou tejto veci a nie je na mieste, aby žalovaný rozoberal a riešil akési svoje problémy vo vlastnej rozhodovacej činnosti, ktorá s touto vecou nesúvisí.

Uviedla, že krajský súd v plnom rozsahu zdôvodnil, v čom mal za dostatočne preukázané, porušenie zákona zo strany žalovaného. Uviedla, že považuje za absolútne scestné, aby sa ústredný orgán štátnej správy vyjadroval tak, že ustanovenie § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, ktoré má síce dispozitívnu povahu, môže verejný obstarávateľ „akokoľvek dotvoriť“. Poukazovala na to, že znenia jednotlivých písmen ustanovenia § 27 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní si v žiadnom prípade nemožno vykladať ako ich benevolentné použitie v rôznom – zmenenom rozsahu. Predmetná právna norma má síce demonštratívny charakter, avšak nikto nemá právo, keď sa na ňu odvoláva, jej znenie akokoľvek meniť, resp. nie je možné ju dotvárať. Ďalej uviedla, že nesúhlasí s výkladom ustanovenia § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, ktorý si osvojil žalovaný. Podľa názoru žalobkyne bola oprávnená predložiť súvahu alebo výkaz o majetku a záväzkoch alebo údaje z nich. To znamená, že žalobkyňa splnila to, čo jej ukladá príslušné ustanovenie a vybrala si možnosť predložiť práve výkaz o majetku a záväzkoch.

Žalobkyňa uviedla, že súvaha je bežná účtovná listina, ktorú má žalobkyňa automaticky k dispozícii a k predloženiu pre potreby v akomkoľvek úradnom styku, avšak

žalobkyňa vyslovene postupovala podľa ustanovenia § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, na ktoré ho odkázal verejný obstarávateľ. Uviedla, že žalovaný má chybný právny výklad uvedeného ustanovenia. Podľa názoru žalobkyne je súvaha len jeden z dokladov, ktorý môže ale nemusí uchádzač vo verejnej súťaži predložiť, pretože toto ustanovenie mu dávna na výber, práve slovami **„alebo“,** ktorý doklad predloží.

Ďalej žalobkyňa namietala, že argumentácia žalovaného odkazujúca na rozsudky krajského súdu z predošlých období, o ktorých nemá žalobkyňa vedomosť, či sú právoplatné, je právne irelevantná a krajský súd pri rozhodovaní v konkrétnej veci nie je viazaný rozhodnutiami v iných veciach. Súčasne uviedla, že nebolo úmyslom žalobkyne napádať námietkami podmienky účasti, a preto ani nepodala žiadosť o nápravu proti podmienkam účasti do 30. novembra 2010. Žalobkyni boli podmienky účasti jasné a zrozumiteľné a žalobkyňa postupovala v súlade so súťažnými podmienkami. Žalobkyňa podala žiadosť o nápravu proti vylúčeniu zo súťaže u verejného obstarávateľa riadne a včas. Následne, keďže verejný obstarávateľ jej žiadosti o nápravu nevyhovel, podala žalobkyňa námietky podľa § 138 ods. 2 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu žalobkyne. Samotný žalovaný konštatoval, že žalobkyňa podala námietky v súlade s ustanovením § 138 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní a obsahujú všetky náležitosti podľa § 138 ods. 6 a 7 zákona o verejnom obstarávaní.

Žalobkyňa uviedla, že sa plne stotožňuje s názorom krajského súdu, keď preskúmal skutočnosti, ktoré namietala v žalobe na preskúmanie zákonnosti rozhodnutia.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§10 ods. 2 OSP) preskúmal napadnutý rozsudok, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, odvolanie prejednal bez nariadenia odvolacieho pojednávania (§250ja ods. 2 OSP), keď deň vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne päť dní vopred na úradnej tabuli a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk (§ 156 ods. 1 a 3 OSP v spojení s § 211 ods. 2 OSP a § 246c ods. 1 veta prvá) a dospel k záveru, že odvolaniu žalovaného nie je možné priznať úspech.

Predmetom konania v danej veci bolo preskúmanie rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie č. 74-6000/2011-ON-14 zo dňa 11. marca 2011, ktorým žalovaný zamietol námietky žalobkyne proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet zákazky „Chemický posypový materiál – dodávka priemyselnej soli a rozmrazovacieho prostriedku na báze chloridu horečnatého“ podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní.

Rozhodujúcim v danej veci je posúdenie, či žalobkyňa ako účastníčka verejnej súťaže na vyššie označený predmet zákazky predložila doklady požadované verejným obstarávateľom, alebo požadované doklady nepredložila, a preto bola zo súťaže v súlade so zákonom vylúčená.

V správnom súdnictve prejednávajú súdy na základe žalôb prípady, v ktorých fyzická alebo právnická osoba tvrdí, že bola na svojich právach ukrátená rozhodnutím a postupom správneho orgánu a žiada, aby súd preskúmal zákonnosť tohto rozhodnutia a postupu (§ 247 ods. 1 OSP).

Podľa § 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákazky postupovať podľa tohto zákona.

Podľa § 9 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní zákazky sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 27 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla:

a/ vyjadrením banky alebo pobočky zahraničnej banky, ktorým môže byť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru,

b/ potvrdením o poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone povolania alebo potvrdením zodpovednosti za škodu podnikateľa, ak sa takéto poistenie vyžaduje,

c/ súvahou alebo výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi v nich alebo,

d/ prehľadom o celkovom obrate alebo prehľadom o dosiahnutom obrate, ktorej sa predmet zákazky týkam najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti.

Podľa § 32 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uvedie:

a/ podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia podľa § 26,

b/ rozsah požiadaviek určený na finančné a ekonomické postavenie a doklady na ich preukázanie,

c/ rozsah požiadaviek na technickú alebo odbornú spôsobilosť a doklady na ich preukázanie.

Podľa § 32 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní rozsah požiadaviek, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia

a technickej alebo odbornej spôsobilosti, musí byť primeraný a musí súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti.

Podľa § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi. Ak sú podmienky účasti uvedené aj súťažných podkladoch, nesmú byť v rozpore s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania.

Podľa § 33 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní (v znení účinnom do 31. marca 2011) verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak:

a/ nesplnil podmienky účasti,

b/ predložil neplatné doklady,

c/ nepredložil požadované doklady alebo informácie alebo

d/ poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

Podľa § 136 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorá sa domnieva, že jej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 7, môže podať žiadosť o nápravu:

a/ proti podmienkam uvedeným v oznámení podľa § 50 ods. 4, § 77 alebo § 105 ods. 5,

b/proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 7 v lehote na predkladanie ponúk alebo proti podmienkam uvedeným v súťažných podmienkach v súťaži návrhov poskytnutých v lehote na predkladanie návrhov,

c/ proti podmienkam uvedeným vo výzve na predkladanie ponúk alebo návrhov,

d/ proti výberu záujemcov v užšej súťaži podľa § 52 ods. 1 a § 82 ods. 1, v rokovacom konaní so zverejnením podľa § 56 ods. 1 a § 85 ods. 1 alebo v súťaži návrhov podľa § 105 ods. 2,

e/ proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka,

f/ proti výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov.

Podľa § 136 ods. 3 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní žiadosť o nápravu musí byť doručená verejnému obstarávateľovi do desiatich dní odo dňa prevzatia oznámenia

o vylúčení uchádzača, záujemcu alebo účastníka, ak žiadosť o nápravu smeruje proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka.

Podľa § 136 ods. 8 zákona o verejnom obstarávaní doručenie písomného oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu, písomného oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu alebo nesplnenie povinnosti podľa § 6 alebo ods. 7 oprávňuje žiadateľa podať námietky v danej veci.

Podľa § 138 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietky musí predchádzať podanie žiadosti o nápravu okrem námietok podľa odseku 2 písm. g/. Zloženie kaucie podľa odseku 17 je podmienkou na postup úradu v konaní o námietkach. Tieto povinnosti sa nevzťahujú na orgán štátnej správy, ktorý podá námietky podľa § 137 ods. 2 písm. b/.

Podľa § 138 ods. 2 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorá sa domnieva, že jej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného alebo orgán štátnej správy podľa § 137 ods. 2 písm. b/ môže pred uzavretím zmluvy alebo rámcovej dohody podať námietky proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka.

Podľa § 138 ods. 5 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní námietky v písomnej podobe musia byť podané úradu a kontrolovanému najneskôr do desiatich dní odo dňa doručenia písomného oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu alebo písomného oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu, ak kontrolovaný splnil povinnosť podľa § 136 ods. 6 alebo 7.

Vychádzajúc z citovaných zákonných ustanovení ako aj z obsahu administratívneho i súdneho spisu, Najvyšší súd Slovenskej republiky si nemôže osvojiť argumentáciu žalovaného, že žalobkyňa ako uchádzač verejnej súťaže na predmet zákazky „Chemický posypový materiál – dodávka priemyselnej soli a rozmrazovacieho prostriedku na báze chloridu horečnatého“ nepredložila požadované doklady v zmysle § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní, a preto nesplnila podmienky účasti týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia.

Z obsahu administratívneho spisu žalovaného mal najvyšší súd za preukázané, že verený obstarávateľ Banskobystrická regionálna správa ciest, a. s., so sídlom v B. vyhlásila vo Vestníku verejného obstarávania č. 223/2010 dňa 23. novembra 2010 zn. 07310-MTS

a v Úradnom vestníku Európskej únie pod číslom 2010/S 226-345579 dňa 20. novembra 2010 verejnú súťaž na predmet zákazky s názvom „Chemický posypový materiál – dodávka priemyselnej soli a rozmrazovacieho prostriedku na báze chloridu horečnatého“, v ktorom vyhlásení verejnej súťaže pod bodom III.2.2) Ekonomické a finančné postavenie verejný obstarávateľ požadoval informácie a formálne náležitosti nevyhnutné na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti.

Uchádzač v ponuke predloží nasledovné doklady, ktorými preukazuje svoje finančné a ekonomické postavenie:

a/ podľa § 27 ods. 1 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z. z. - vyjadrenie banky o schopnosti plniť finančné záväzky,

b/ podľa § 27 ods. 1 písm. c/ zákona č. 25/2006 Z. z. - súvahu, výkaz ziskov a strát ***alebo*** výkaz o príjmoch a výdavkoch, výkaz o majetku a záväzkoch za predchádzajúce tri roky, t. j. 2007, 2008, 2009 za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti – originál, resp. úradne overenú kópiu potvrdenú daňovým úradom. Ak uchádzač nemá sídlo v Slovenskej republike a krajina jeho sídla nevydáva niektorý z uvedených dokladov, verejný obstarávateľ uzná aj rovnocenný doklad vydaný podľa predpisov platných v krajine jeho sídla,

c/ podľa § 27 ods. 1 písm. d/ zákona č. 25/2006 Z. z. - prehľad o dosiahnutom obrate v oblasti ktorej sa predmet zákazky týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, a to minimálne vo výške 6.000.000,- eur bez DPH spolu za posledné tri hospodárske roky, t. j. 2007, 2008, 2009. Dôkazný prostriedok – čestné vyhlásenie.

Ďalej mal najvyšší súd z obsahu pripojeného administratívneho spisu za preukázané, že oznámením zo dňa 14. januára 2011 verejný obstarávateľ oznámil žalobkyni, že je z verejnej súťaže vylúčená, pretože predložila len výkaz ziskov a strát za roky 2007, 2008 a 2009 a nepredložila v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania súvahy za roky 2007, 2008 a 2009. Následne žalobkyňa dňa 24. januára 2011 doručila verejnému obstarávateľovi žiadosť o nápravu proti vylúčeniu uchádzača z verejnej súťaže podľa § 136 ods. 1 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní. Oznámením zo dňa 27. januára 2011 verejný obstarávateľ oznámil žalobkyni, že jej žiadosť o nápravu zamieta, pretože nesplnila podmienky účasti podľa § 33 ods. 5 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní. Žalobkyňa preto dňa 04. februára 2011 v súlade s ustanovením § 138 ods. 5 zákona o verejnom obstarávaní doručila žalovanému ako aj verejnému obstarávateľovi námietky proti vylúčeniu z verejnej

súťaže. Napadnutým rozhodnutím žalovaný námietky žalobkyne podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zamietol, keď sa stotožnil s názorom verejného obstarávateľa.

S prihliadnutím na citované zákonné ustanovenia ako aj na obsah administratívneho i súdneho spisu možno sa stotožniť s právnym názorom žalobkyne, ako aj krajského súdu uvedeným v odôvodnení napadnutého rozsudku, že nebol dôvod na vylúčenie žalobkyne z predmetnej verejnej súťaže.

Podľa názoru najvyššieho súdu z obsahu administratívneho spisu vyplýva bez akýchkoľvek pochybností, že nebolo úmyslom žalobkyne podávať námietky proti podmienkam účasti. Je nepochybné, že žalobkyňa v konaní podala žiadosť o nápravu proti vylúčeniu zo súťaže v zmysle § 136 ods. 1 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní a následne námietky proti oznámeniu o zamietnutí žiadosti o nápravu v zmysle § 138 ods. 2 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní, pričom obidva úkony vykonala žalobkyňa v zákonom stanovenej lehote (§ 136 ods. 3 písm. e/ a § 138 ods. 5 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní).

Pokiaľ ide o skutočnosť, či žalobkyňa splnila podmienky účasti vo vyhlásení verejnej súťaže pod bodom III.2.2) Ekonomické a finančné postavenie s poukazom na ustanovenie § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní sa najvyšší súd priklonil k názoru krajského súdu ako aj žalobkyne. Najvyšší súd Slovenskej republiky zastáva názor, že pokiaľ je citované ustanovenie formulované tak, ako formulované je, teda, že finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla súvahou ***alebo*** výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi v nich a takto boli formulované aj podmienky účasti vyhlásené verejným obstarávateľom, je nepochybné, že uchádzač mal na výber, či svoje ekonomické a finančné postavenie preukáže súvahou alebo výkazom o majetku a záväzkoch. Bolo teda na rozhodnutí uchádzača (žalobkyne), či svoje ekonomické a finančné postavenie preukáže súvahou za roky 2007, 2008 a 2009 alebo výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi z nich za roky 2007, 2008 a 2009. Pokiaľ sa žalobkyňa ako účastník predmetnej verejnej súťaže rozhodla že svoje finančné a ekonomické postavenie preukáže potvrdením banky o platobnej schopnosti, notársky overenými kópiami výkazov ziskov a strát za roky 2007, 2008 a 2009 potvrdených daňovým úradom a čestným vyhlásením o výške obratu za roky 2007, 2008 a 2009 a tieto doklady verejnému obstarávateľovi predložila, splnila tak podmienky ustanovenia § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní ako aj podmienky vyhlásené verejným obstarávateľom vo Vestníku verejného obstarávania č. 223/2010 dňa 23. novembra 2010 zn. 07310-MTS a v Úradnom vestníku Európskej únie pod číslom 2010/S 226-345579 dňa

20. novembra 2010 na verejnú súťaž na predmet zákazky s názvom „Chemický posypový materiál – dodávka priemyselnej soli a rozmrazovacieho prostriedku na báze chloridu horečnatého“, pod bodom III.2.2) Ekonomické a finančné postavenie. Pokiaľ mal verejný obstarávateľ úmysel požadovať preukázanie ekonomického a finančného postavenia uchádzača okrem iného aj súvahou, mal možnosť predloženie súvahy požadovať vo vyhlásení verejnej súťaže ako jednu z podmienok. Pokiaľ však verejný obstarávateľ formuloval podmienky preukázania ekonomického a finančného postavenia uchádzača tak, ako ich formuloval, teda poukazom na ustanovenie § 27 ods. 1 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní s jeho doslovnou citáciou, mohol sa uchádzač dôvodne domnievať, že je na jeho slobodnom rozhodnutí, či svoje ekonomické a finančné postavenie preukáže súvahou ***alebo*** výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi z nich.

Vychádzajúc z citovaných zákonných ustanovení ako aj z obsahu administratívneho i súdneho spisu možno sa stotožniť s právnym názorom žalobkyne i krajského súdu uvedeným v odôvodnení napadnutého rozsudku, že verejný obstarávateľ nepostupoval správne, keď s poukazom na ustanovenia § 33 ods. 5 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní v znení účinnom do 31. marca 2011 vylúčil žalobkyňu z predmetného verejného obstarávania, keďže aj podľa názoru najvyššieho súdu nad takýto postup nebol zákonný dôvod.

Najvyšší súd Slovenskej republiky s poukazom na závery uvedené vyššie považoval námietky žalovaného uvedené v odvolaní proti rozsudku krajského súdu za nedôvodné, ktoré nemohli ovplyvniť posúdenie danej veci. Preto napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave ako vecne správny podľa § 250ja ods. 3 veta druhá OSP a § 219 ods. 1 OSP potvrdil, stotožniac sa v zásade aj s dôvodmi jeho rozhodnutia (§ 219 ods. 2 v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP), nakoľko pri nedostatku žalobných dôvodov pre zrušenie napadnutého rozhodnutia nezistil ani okolnosti, ku ktorým by musel prihliadať z úradnej povinnosti.

O náhrade trov odvolacieho konania najvyšší súd rozhodol podľa § 224 ods. 1 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP a § 250k ods. 1 OSP tak, že v odvolacom konaní úspešnej žalobkyni priznal podľa § 11 ods. 4, § 14 ods. 1 písm. b/ a § 16 ods. 3 vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z. z. o odmenách a náhradách advokátov za poskytovanie právnych služieb v znení platnom od 01. júna 2010 náhradu trov odvolacieho konania za jeden úkon právnej pomoci (vyjadrenie k odvolaniu) v sume 123,50 eura a jeden režijný paušál v sume 7,41 eura, spolu 130,91 eura.

Náhradu trov odvolacieho konania je žalovaný povinný zaplatiť na účet právnej zástupkyne JUDr. K. N. (§ 149 ods. 1 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP) do troch dní.

Toto rozhodnutie prijal Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte pomerom hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 01. mája 2011).

P o u č e n i e : Proti tomuto rozsudku n i e j e prípustný opravný prostriedok.

V Bratislave 15. decembra 2011

JUDr. Jana Baricová, v. r.
predsedníčka senátu

Za správnosť vyhotovenia:
Petra Slezáková