

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	8Sžf/15/2014
Identifikačné číslo spisu:	1011201419
Dátum vydania rozhodnutia:	01.07.2015
Meno a priezvisko:	CSc., JUDr. Eva Babiaková
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2015:1011201419.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Evy Babiakovej, CSc. a členov senátu JUDr. Jaroslavy Fúrovej a Mgr. Petra Melichera, v právnej veci žalobcu: Národná diaľničná spoločnosť, a.s., Mlynské Nivy 45, Bratislava, IČO: 35 919 001, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, P.O.BOX 58, Bratislava, za účasti: INFRAM SK s.r.o., Gallayova 11, Bratislava, IČO: 43 864 350, v konaní o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 557-6000/2011-ON/205-R zo dňa 10.08.2011, o odvolaní žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 3S 154/2011 - 65 zo dňa 8. októbra 2013, jednohlasne, takto

rozhodol:

I.

Najvyšší súd Slovenskej republiky návrh žalobcu na prerušenie konania podľa § 109 ods. 1 písm. c/ O. s. p. z a m i e t a .

II.

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 3S 154/2011 - 65 zo dňa 8. októbra 2013, p o t v r d z u j e .

Účastníkom náhradu trov odvolacieho konania n e p r i z n á v a .

Odôvodnenie

Napadnutým rozsudkom krajský súd zamietol žalobu, ktorou sa žalobca domáhal preskúmania zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 557-6000/2011-ON/205-R zo dňa 10.08.2011, ktorým nariadil žalobcovi odstrániť protiprávny stav zrušením rozhodnutia o zrušení použitého postupu zadávania zákazky na predmet zákazky „činnosť stavebného dozoru pre stavbu rýchlostnej cesty R4 Košice - Milhost“.

Krajský súd poukázal, že § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej v texte rozsudku len „ZVO“) je

klúčovým pre postup obstarávateľa podľa zákona ako aj z hľadiska výkladu jednotlivých ustanovení ZVO. Tieto princípy majú zabezpečiť voľnú a efektívnu súťaž dodávateľov o zákazky, ktoré sú financované z verejných zdrojov. Prvotným je záujem na efektívnej konkurencii tým, že záujem na účelnom vynakladaní verejných prostriedkov pristupuje až následne, keď tento cieľ má byť dosiahnutý práve prostredníctvom zabezpečenia nediskriminačného a transparentného zaobchádzania so všetkými dodávateľmi, ktorí sú vzájomnými konkurentmi. Zásada rovnakého zaobchádzania je pritom určitou špecifikáciou všeobecnej zásady nediskriminácie, ktorej podstatou je, že žiadny z dodávateľov, záujemcov alebo uchádzačov nesmie byť priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome zvýhodnený alebo znevýhodnený oproti iným subjektom v rovnakom postavení. Pojem diskriminácia ZVO nevymedzuje, ani nepodáva bližší návod pre jeho interpretáciu, je potrebné vychádzať z obsahu smerníc EÚ, ktoré boli implementované do ZVO. Oprávnenie žalovaného upravené v § 139 ods. 2 písm. g/ ZVO je potrebné vykladať tak, že je povinný pri identifikovaní porušenia zákona a možného zásadného vplyvu na výsledok verejného obstarávania, nariadiť verejnému obstarávateľovi odstrániť protiprávny stav, ktorý sa nedá odstrániť žiadnym iným zásahom žalovaného, ktorý by bol podradený pod výroky podľa § 139 ods. 2 písm. a/ až f/. Výroky rozhodnutí vydaných podľa § 139 ods. 2 písm. a/, b/, g/ ZVO vychádzajú z oprávnení žalovaného nariaďovať zrušiť alebo odstrániť protiprávny stav s tým, že povinnou osobou je vždy kontrolovaný t. j. v danej veci konkrétny verejný obstarávateľ, ktorý je povinný po takomto nariadení vyvinúť svoju procesnú aktivitu a vykonať vydané rozhodnutie úradu. Žalovaný nemôže pri nariadení odstránenia protiprávneho stavu rušiť úkony verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa priamo, ale musí nariadiť odstránenie protiprávneho stavu.

Z § 139 ods. 2 ZVO je zrejmé, že revíznymi výrokmi sa nariaďuje buď revízia, resp. odstránenie protiprávneho stavu t.j. nariaďuje sa vykonanie konkrétnej povinnosti, ktorej splnením sa konvaliduje protiprávny stav alebo úkon kontrolovaného a zároveň nariaďuje konkrétnu povinnosť podľa § 139 ods. 2 písm. c/, d/, e/, f/ ZVO. Právomoc žalovaného vyplýva práve z § 139 ods. 2 písm. g/ ZVO, keďže ak zistí porušenie ZVO, ktoré mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, nariadi odstránenie tohto zisteného porušenia zákona. Ak žalovaný rozhodne podľa § 139 ods. 2 písm. g/ ZVO, priamo neodstraňuje zistené porušenie zákona, ale nariaďuje kontrolovanému jeho odstránenie, a preto postupom žalovaného nedošlo k porušeniu čl. 2 ods. 3 Ústavy SR.

Krajský súd zdôraznil, že meritórnu otázkou konania o námietkach bolo posúdenie skutočnosti, či žalobca zrušil použitý postup zadávania zákazky v súlade s ZVO, ktorý upravuje zrušenie použitého postupu zadávania zákazky v § 46. Pokiaľ žalobca zmenil použitý postup zadávania zákazky, tento prichádza v zmysle § 46 ods. 2 ZVO do úvahy, aj vtedy, ak sa zmenili okolnosti, za ktorých vyhlásilo verejné obstarávanie. Pod zmenou okolností treba rozumieť zmenu pôvodných podmienok a okolností, z ktorých verejný obstarávateľ vychádzal v okamihu vyhlásenia verejného obstarávania, ku ktorých zmene došlo počas priebehu verejného obstarávania do tej miery, že od kontrolovaného nemožno rozumne očakávať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval. Zmenou okolností sa rozumie primárne objektívna zmena okolností, ktoré nastali v čase po vyhlásení postupu zadávania zákazky, nezávisle od rozhodovania, resp. konania verejného obstarávateľa. Zmena okolností, na ktorú sa odvolával žalobca, spočívala v podstate v rozhodnutí realizovať predmetnú zákazku prostredníctvom interných kapacít. Zmena okolností nemôže mať charakter zmeny zapríčinennej rozhodnutím samotného verejného obstarávateľa, nakoľko v opačnom prípade by zrušenie použitého postupu zadávania zákazky spočívalo výlučne na svojvoľi verejného obstarávateľa, ktorý by kedykoľvek v priebehu použitého postupu zadávania zákazky mohol na základe vlastného rozhodnutia meniť okolnosti, za ktorých bolo verejné obstarávanie vyhlásené a svojvoľne zrušiť použitý postup zadávania zákazky.

O trovách konania rozhodol krajský súd tak, že neúspešnému žalobcovi ako ani príbratému účastníkovi ich náhradu nepriznal.

Proti predmetnému rozsudku podal žalobca v zákonnej lehote odvolanie domáhajúc sa jeho zmeny tak, že odvolací súd napadnuté správne rozhodnutie zruší a vec vráti žalovanému na ďalšie konanie, alternatívne zruší rozsudok Krajského súdu v Bratislave a vec mu vráti na ďalšie konanie.

V podstate uviedol, že postupoval v duchu základného imperatívu verejného obstarávania, ktorým je čo najúčinnšie využívanie verejných zdrojov. Žalovaný vydaním napadnutého rozhodnutia prekročil právomoc zverenú mu ZVO ako aj smernicou Rady o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania

tovarov a prác 89/665/EHS (ďalej v texte rozsudku len „smernica 89/665/EHS“). V ZVO absentuje možnosť vydať rozhodnutie v konaní o námietkach, ktorým by po zrušení použitého postupu zadávania zákazky nariadil žalovaný zrušiť rozhodnutie o zrušení použitého postupu zadávania zákazky. V prípade vydania rozhodnutia o zrušení použitého postupu zadávania zákazky mal žalovaný konanie o námietkach zastaviť. Odôvodnenosť a opodstatnenosť zrušenia použitého postupu zadávania zákazky môže byť len predmetom kontroly po zrušení zadávania zákazky, nie aj predmetom konania o námietkach, ktorý postup vyplýva z § 139 ods. 1 písm. e/ ZVO. Postup žalovaného bol v rozpore s kogentným ustanovením ZVO, a to aj napriek existencii príslušného revízneho prostriedku - kontroly, ktoré mohol účastník konania na prvom stupni uplatniť. Žalovaný resp. pribratý účastník mal „právne čistú“ a menej rušivú možnosť domôcť sa svojich práv prostredníctvom inštitútu na kontrolu po zrušení použitého postupu zadávania zákaziek v zmysle § 146 až § 146d ZVO. Pokiaľ mal žalovaný vážne pochybnosti o súlade vnútroštátnej normy s právom EÚ, bolo jeho povinnosťou zahájiť konanie o predbežnej otázke na SDEÚ, keďže proti jeho rozhodnutiu nebol prípustný opravný prostriedok. Žalovanému bola založená obligatórna aktívna legitimácia na podanie prejudiciálnej otázky, keďže spĺňa kritéria súdneho orgánu v zmysle práva EÚ, t.j. nezávislosť, výkon verejnej moci, permanentnosť, obligatórna príslušnosť, sporový charakter konania, rozhodovanie na základe práva.

Žalobca tiež namietal, že neexistuje povinnosť, ktorá by ho nútila dokončiť verejné obstarávanie a uzavrieť zmluvu, pričom poukázal na rozhodnutie SDEÚ C-92/00. Ak žalovaný neuvažoval dôvody zrušenia použitého postupu zadávania zákazky a v konaní o námietkach zrušil rozhodnutie o zrušení verejného obstarávania, fakticky núti daného verejného obstarávateľa v ne hospodárnom verejnom obstarávaní pokračovať, čo je v rozpore s princípmi verejného obstarávania a hospodárneho nakladania s verejnými zdrojmi.

Žalovaný vo veci dospel k nesprávnemu právnemu posúdeniu, keďže sa nejednalo o diskriminačné rozhodnutie, nakoľko žiaden z uchádzačov nebol neodôvodnene uprednostňovaný pred inými uchádzačmi. Verejné obstarávanie bolo zrušené a nové sa za účelom dosiahnutia efektívneho nakladania s verejnými prostriedkami realizovať ani nemalo. V súčasnej dobe je predmet plnenia absolútne nemožný, keďže stavba, nad ktorou mal byť stavebný dozor vykonávaný, je už dokončená a odovzdaná do užívania. Žalobca poukázal, že bolo mimoriadne komplikované, administratívne, právne, ale aj finančne, v pokročilej fáze výstavby, kedy došlo k zrušeniu použitého postupu zadávania zákazky, vymeniť interný dozor za externý, ktorá výmena by bola neefektívna a v rozpore s verejným záujmom. V tomto smere je rozhodnutie žalovaného v rozpore s judikatúrou SDEÚ (C-26/03, C-324/07), keď núti verejného obstarávateľa obrátiť sa na tretie subjekty aj napriek tomu, že je schopný realizovať predmet zákazky vlastnými, či už administratívnymi, technickými, alebo personálnymi silami. Interný dozor spĺňal rovnaké požiadavky, aké boli kladené na externý dozor, bol finančne menej nákladný a efektívnejší ako externý stavebný dozor a vykonával svoju činnosť k plnej spokojnosti žalobcu. Na činnosti, ktoré si verejný obstarávateľ realizuje vlastnými silami, ktorými plní úlohy vo verejnom záujme, sa podľa ustálenej judikatúry SDEÚ nevzťahujú predpisy spoločenstva o verejnom obstarávaní.

Pokiaľ žalovaný v odôvodnení napadnutého rozhodnutia poukazoval na rozhodnutie SDEÚ vo veci C-15/04, Koppensteiner, žalobca považoval skutkový stav v danej veci za odlišný od prejednávaneho prípadu, nakoľko dôvodom podania žaloby zo strany spoločnosti Koppensteiner nebol len samotný úkon zrušenia z vážnych, rovnako ako v slovenskom právnom poriadku, nešpecifikovaných dôvodov zrušenia, ale predovšetkým opätovné vyhlásenie verejného obstarávania na fakticky rovnaký predmet zákazky. Navyše žalovanému, na rozdiel od právneho stavu vo veci C-15/04, je daná možnosť zrušenia rozhodnutia o odvolaní vyhlásenia verejného obstarávania priamo v § 146 až § 146d ZVO, a preto bol jeho postup vo veci účelový a nemajúci oporu vo vnútroštátnom ani európskom práve.

Pokiaľ žalovaný vychádzal zo základných princípov verejného obstarávania obsiahnutých v § 9 ods. 3 ZVO, v napadnutom rozhodnutí neuviedol, čo ho viedlo k zisteniu, že žalobca porušil zásadu nediskriminácie, akých spôsobom zvýhodnil ostatných uchádzačov oproti navrhovateľovi v konaní o námietkach. Aj keď žalovaný vo svojom vyjadrení zo dňa 19.10.2011 uviedol, že rozhodnutie žalobcu je potrebné posudzovať aj vo vzťahu k iným princípom verejného obstarávania, žiadne takéto posúdenie napadnuté rozhodnutie neobsahuje, čo možno považovať za nedostatočné odôvodnenie.

Žalobca ďalej namietal svojvoľné použitie klauzuly rebus sic stantibus, ktorá je zásadou súkromnoprávnou a navyše vyžaduje podstatnú zmenu okolností, nie iba zmenu okolností, na rozdiel od § 46 ods. 2 ZVO. Za takéto okolnosti je podľa názoru žalobcu potrebné považovať aj okolnosti, kde

ďalšie pokračovanie v procese zadávania zákazky popiera základný imperatív verejného obstarávania - hospodárnosť a efektívnosť nakladania s verejnými zdrojmi, ak bolo zistené, že verejný obstarávateľ je schopný z dôvodov vonkajších okolností realizovať predmet zákazky vlastnými zdrojmi. Aplikácia súkromnoprávneho pravidla na verejnoprávny vzťah, navyše s odlišnými zákonnými predpokladmi, predstavuje minimálne nesprávne právne posúdenie veci a je v rozpore s právnymi predpismi. Zmysel klauzuly rebus sic stantibus spočíva v tom, že možno odstúpiť od zmluvy v prípadoch, kedy sa okolnosti, za ktorých zmluvné strany vychádzali v okamihu uzavretia zmluvy zmenili natoľko, že nie je možné od jednej z nich alebo od oboch rozumne očakávať, že by za zmenených podmienok zmluvu uzatvorili. Klauzula predstavuje mimoriadnu situáciu v obchodnozáväzkových vzťahoch a predpokladá existenciu súkromnoprávneho vzťahu a uzatvorenej zmluvy, čo v danom prípade nebolo splnené. Postupy verejného obstarávania predstavujú len výber zmluvného partnera, nie uzavretú zmluvu. Žalobca s poukazom na rozhodnutie SDEÚ C-92/00 uviedol, že neexistuje žiadna explicitne stanovená povinnosť verejného obstarávateľa do viesť začaté verejné obstarávanie do konca v podobe uzatvorenia zmluvy a navyše rozhodnutie o zrušení verejnej súťaže nie je ani viazané na existenciu závažných alebo výnimočných okolností, postačujúca je zmena okolností, nie podstatná zmena okolností, za ktorých bolo verejné obstarávanie vyhlásené. Ochrana čestnej hospodárskej súťaže nebola v žiadnom prípade narušená, keďže predmet zákazky nebol ďalej predmetom žiadneho postupu verejného obstarávania; žiadny súťažiteľ pôsobiaci na relevantnom trhu nemohol z rozhodnutia verejného obstarávateľa profitovať na úkor iného súťažiteľa.

Napadnuté rozhodnutie považoval žalobca za nedostatočne odôvodnené, nakoľko žalovaný sa vôbec nevenoval otázke možného zásadného vplyvu na výsledok sporného verejného obstarávania. Až po odôvodnení tohto neurčitého právneho pojmu ho možno konfrontovať so skutkovými zisteniami prejednávanej veci a usúdiť, či konanie žalobcu spĺňalo tento zákonný znak. Odôvodnenie musí byť presvedčivé; právo na riadne odôvodnenie zodpovedá ústavnému i zákonnému rámcu, jeho absencia má za následok nepreskúmateľnosť rozhodnutia. Nedostatok dôvodov vo vzťahu k posúdeniu zásadného vplyvu na práva uchádzačov je jednoznačne porušením ústavou garantovaných základných práv žalobcu. Na túto skutočnosť upozornil žalobca už v podaní zo dňa 01.10.2013, kde poukázal len na tie skutočnosti, pre ktoré bol prvostupňový súd v duchu zásady iura novit curia ako aj podľa § 250j ods. 3 O. s. p. rozhodnutie správneho orgánu zrušiť, pričom nebol viazaný ani rozsahom a dôvodmi podanej žaloby. V tejto časti považoval žalobca za nezákonné aj rozhodnutie krajského súdu, porušujúce princípy legitímnych očakávaní a práva na súdnu a inú právnu ochranu, kde napriek zhodnej skutkovej a dôkaznej situácii, t.j. už len v dôsledku samej skutočnosti, a to nedostatku posúdenia neurčitého právneho pojmu - zásadného vplyvu, prišlo k nezákonnosti správneho rozhodnutia, napriek tomu krajský súd žalobu zamietol bez čí i len formálneho posúdenia rovnakej veci. Rozsudok prvostupňového súdu tak napĺňa všetky znaky arbitrárnosti, pričom sa jedná o rozhodnutie prekvapivé. V tejto súvislosti žalobca poukázal na skoršie rozhodnutia Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 5S 263/2012 zo dňa 11.06.2013 a sp. zn. 2S 249/2010, kde boli rozhodnutia žalovaného zrušené pre nedostatok odôvodnenia. Zákon ustanovuje, že účastníci by nemali byť zaskočení možným iným právnym posúdením veci súdom bez toho, aby im bolo umožnené tvrdiť skutočnosti významné z hľadiska sudcovho právneho názoru a navrhnúť na ich preukázanie dôkazy, pričom v rovnakých podmienkach sa musí dať rovnaká odpoveď.

Záverom žalobca žiadal, aby sa odvolací súd obrátil na SDEÚ vo veci výkladu smernice 89/665/EHS, s otázkami: 1. Je verejný obstarávateľ povinný do viesť už vyhlásené zadávacie konanie do konca, a to aj napriek tomu, že v priebehu verejného obstarávania zistil, že je spôsobilý realizovať pôvodný predmet zákazky vlastnými silami? 2. Zahŕňa povinnosť orgánov členských štátov zodpovedných za preskúmanie rozhodnutí verejného obstarávateľa v zmysle smernice 89/665/EHS aplikovať právo Európskej únie v záujme dosiahnutia ochrany práv uchádzačov vo verejnom obstarávaní „as far as possible“, a to aj „contra legem“ v prípadoch, ak uchádzač z vlastnej procesnej chyby neuplatnil správny alebo alternatívny prostriedok nápravy a v tomto dôsledku si sám privodil znemožnenie preskúmania rozhodnutia verejného obstarávateľa. 3. Je v duchu zásad rovnosti zaobchádzania a nediskriminácie v rozpore s právom EÚ, ak verejný obstarávateľ zruší použitý postup zadávania zákazky po jeho započatí v prípade, ak sa rozhodne, že zadaný predmet zákazky bude ďalej realizovať vlastnými silami. 4. Bola by situácia iná, ak by k zmene rozhodnutia zadávať zákazku prišlo v dôsledku skutočnosti, že počas samotného procesu verejného obstarávania sa zadanie zákazky stalo neefektívnym a nevhodným.

K podanému odvolaniu sa písomným podaním zo dňa 31.01.2014 vyjadril žalovaný tak, že navrhol napadnutý rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdiť.

Uviedol, že z čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice 89/665/EHS je zrejmé, že je povinnosťou členského štátu v rámci vnútroštátnej právnej úpravy prijať normu zabezpečujúcu právomoc dohľadovej inštitúcie zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie nezákonne prijatých rozhodnutí verejnými obstarávateľmi. ZVO v § 139 jednoznačne upravuje právomoc žalovaného zrušiť nezákonné rozhodnutie verejného obstarávateľa a rovnako právomoc zabezpečiť zrušenie nezákonne prijatých rozhodnutí prostredníctvom rozhodnutia, ktorým nariadi kontrolovanému derogovať protiprávny stav. Týmto postupom sa zabezpečuje zrušenie nezákonne prijatých rozhodnutí, vrátane odstránenia diskriminačných technických, ekonomických alebo finančných kritérií uvedených vo výzvach na predloženie ponúk, v súťažných podkladoch alebo v akýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa postupu zadávania zákazky. V zmysle § 139 ods. 2 písm. g/ ZVO je žalovaný povinný pri identifikovaní porušenia zákona a možného zásadného vplyvu na výsledok verejného obstarávania nariadiť verejnému obstarávateľovi, resp. odstrániť akýkoľvek protiprávny stav, ktorý sa nedá odstrániť žiadnym iným zásahom žalovaného, ktorý by bol subsumovateľný pod výroky podľa písm. a/ až f/.

Vo vzťahu k tvrdenej povinnosti zastaviť konanie o námietkach žalovaný uviedol, že § 138 ods. 2 ZVO upravuje skutočnosti, proti ktorým môže aktívne legitimovaný subjekt podať námietky, pričom podľa § 138 ods. 2 písm. g/ ZVO je možné podať námietky proti úkonu obstarávateľa inému ako uvedenému v § 138 ods. 2 písm. a/ až f/ ZVO. Bol by v rozpore s logickým a eurokonformným výkladom záver, že ZVO sice na jednej strane umožňuje aktívne legitimovanému subjektu podať námietky proti nezákonnosti zrušenia použitého postupu zadávania zákazky, avšak zároveň prikazuje žalovanému konanie o námietkach zastaviť z dôvodu zrušenia použitého postupu zadávania zákazky, ktoré je v rozpore so ZVO, pričom tento záver odobril aj Krajský súd v Bratislave v konaní vedenom pod sp. zn. 2S 131/2011. Rozhodnutie verejného obstarávateľa o zrušení verejného obstarávania je jedným z rozhodnutí, ohľadne ktorých sú členské štáty povinné zaviesť revízne postupy na ich preskúmanie, aby sa zabezpečil ich súlad s úniou normami v oblasti verejného obstarávania ako aj s vnútroštátnymi normami, ktoré ich implementujú (C-15/04, C-92/00, C-C-26/03). Žalovaný tiež poukázal, že v zmysle § 146 ods. 6 ZVO aktívne vecne legitimovanou osobou pre podanie podnetu na vykonanie kontroly sú fyzické a právnické osoby, ktoré neboli vecne aktívne legitimované na podanie námietok, a preto víťazný uchádzač nebol oprávnený na podanie podnetu podľa § 146 ods. 6 ZVO.

Žalovaný uviedol, že rozhodnutie o zrušení použitého postupu zadávania zákazky nemôže spočívať výlučne na svojvoli verejného obstarávateľa, ale musí spĺňať všetky zákonné predpoklady na to, aby verejný obstarávateľ bol oprávnený zrušiť už vyhlásenú verejnú súťaž. Zo strany žalobcu nedošlo k dostatočnému preukázaniu zmeny okolností, za ktorých bola súťaž vyhlásená natoľko, aby mohol podľa § 46 ods. 2 ZVO zrušiť použitý postup zadávania zákazky z uvedeného dôvodu. Skutočnosť, že žalobca sa v priebehu verejnej súťaže rozhodol realizovať predmetnú zákazku internými kapacitami nepredstavuje objektívnu zmenu okolností, ktorá by ho oprávňovala zrušiť použitý postup zadávania zákazky. Za legitímny postup, ktorý by umožňoval žalobcovi v rámci použitého postupu zadávania zákazky zohľadniť potrebu uskutočnenia dozoru internými kapacitami možno považovať napr. úpravu rozvázovacej podmienky, na základe ktorej by si žalobca v zmluve vymienil, že v prípade uvoľnenia vnútorných personálnych kapacít v čase po uzavretí zmluvy bude dozor realizovaný interne, pričom v takom prípade dôjde k rozviazaniu zmluvného vzťahu. Tento postup by bol v súlade s princípom transparentnosti a predvídateľnosti postupu verejného obstarávateľa, nakoľko by uvedená eventualita vyplývala zo súťažných podkladov a každý uchádzač by mal vedomosť o tom, že v čase po uzavretí zmluvy môže byť z uvedeného dôvodu zmluvný vzťah rozviazaný.

Vo vzťahu k tvrdenému porušeniu princípov efektívneho a hospodárneho nakladania s verejnými žalovaný poukázal na rozsudok Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 188/2011 zo dňa 23.10.2013, z ktorého je zrejmé, že transparentnosť procesu zadávania verejných zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. V rozpore s touto zásadou je akékoľvek konanie obstarávateľa, ktoré by robilo verejné obstarávanie nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné. Až pri zabezpečení nediskriminačného a transparentného zaobchádzania so všetkými uchádzačmi môže byť zároveň zabezpečený aj predpoklad účelného vynakladania verejných prostriedkov.

Ďalej žalovaný poukázal, že smernica 89/665/EHS z pohľadu účelu sleduje zabezpečenie možnosti

účastníkov procesu verejného obstarávania účinne namietať akékoľvek porušenie pravidiel verejného obstarávania. Toto porušenie však nemusí spočívať len v porušení princípu nediskriminácie uchádzačov, nakoľko proces verejného obstarávania predstavuje široký diapazón reglementovaných pravidiel. V predmetnom postupe zadávania zákazky uchádzač, ktorý bol vyhodnotený ako úspešný, využitím revízných postupov namietať nezákonnosť postupu žalobcu. Žalovaný žalobcu nenúti obrátiť sa na tretie osoby, ale „núti“ ho postupovať pri zadávaní zákazky v súlade so zákonom a dodržiavať základné princípy verejného obstarávania. Všetky okolnosti, ktoré žalobca uviedol v odôvodnení rozhodnutia o zrušení verejnej súťaže boli okolnosťami, s ktorými musel a mohol objektívne počítať ešte v čase prípravy verejného obstarávania, inak ignoroval pri svojom postupe princípy transparentnosti, hospodárnosti a efektívnosti. Rozsudky SDEÚ, na ktoré poukazoval žalobca (C-26/03, C-15/04) nie sú aplikovateľné na prejednávajúcu vec. Rozhodnutie žalobcu bolo potrebné posudzovať vo vzťahu k iným princípom verejného obstarávania, nakoľko tieto nemožno uplatňovať separátne, ale kumulatívne s tým, že každý z princíпов dopĺňa a ovplyvňuje ostatné princípy. Žalobca pri svojom postupe nebral do úvahy legitímne očakávanie účastníkov predmetnej verejnej súťaže, ktorým princípom sa zaoberal aj Krajský súd v Bratislave v rozhodnutí sp. zn. 4S 133/2011 zo dňa 26.04.2013. Žalobca zrušil proces verejného obstarávania v záverečnej fáze, t. j. pred uzavretím zmluvy, kedy už boli ponuky uchádzačov vyhodnotené. Žalobca zasiahol do legitímneho očakávania úspešného uchádzača vo výrazne väčšej miere, ako by tomu bolo v prípade počiatočnej fázy. Zrušenie postupu zadávania zákazky v jeho finálnom štádiu a z dôvodov aké uviedol žalobca, vzbudzuje dôvodné pochybnosti o špekulatívnom konaní verejného obstarávateľa, keďže k zrušeniu použitého postupu dochádza v štádiu, kedy verejný obstarávateľ pozná ponukové ceny, resp. úspešného uchádzača.

Z § 46 ods. 2 ZVO vyplýva, že dôvodom zrušenia použitého postupu zadávania zákazky je zmena okolností, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo. Pod zmenou okolností treba v súlade s klauzulou rebus sic stantibus rozumieť zmenu pôvodných podmienok a okolností, z ktorých verejný obstarávateľ vychádzal v okamihu vyhlásenia verejného obstarávania, ku ktorých zmene došlo počas priebehu verejného obstarávania do tej miery, že od kontrolovaného nemožno rozumne očakávať, aby vo verejnom obstarávaní pokračoval. Takýmito okolnosťami môže byť napríklad neposkytnutie prisľúbených finančných prostriedkov na predmet zákazky, mimoriadna udalosť (napr. živelná pohroma), z dôvodu ktorej je verejný obstarávateľ nútený použiť finančné prostriedky na odstránenie jej následkov a pod. Zmena okolností, na ktoré sa odvolával žalobca spočívala v podstate v rozhodnutí žalobcu realizovať predmetnú zákazku prostredníctvom interných kapacít, čo v súlade s princípom transparentnosti nepredstavuje objektívnu zmenu okolností, ktorá by ho oprávňovala použiť postup zadávania zákazky zrušiť. Takýto prístup je v rozpore s účelom normatívnej úpravy zrušenia použitého postupu zadávania zákazky, ktorej zmyslom je predovšetkým zrušenie použitého postupu limitovať exemplifikatívne upravenými dôvodmi. Klauzula rebus sic stantibus sa používa aj v medzinárodnom práve, ale aj v oblasti správneho práva, a preto nejedná sa výlučne o súkromnoprávny pojem, ako to uvádzal žalobca.

Žalovaný záverom uviedol, že tvrdenia žalobcu o nedostatočnom odôvodnení napadnutého rozhodnutia a vo vzťahu k zásadnému vplyvu na výsledok sporného verejného obstarávania neboli obsahom podanej žaloby a poukázal na koncentračnú zásadu v zmysle § 250h ods. 1 O. s. p. Žalobca až v podanom odvolaní rozšíril dôvody, pre ktoré považuje rozhodnutie žalovaného za nezákonné a na tieto nemôže odvolací súd prihliadať. Napriek uvedenému považoval žalovaný napadnuté rozhodnutie ako aj rozsudok súdu prvého stupňa za dostatočne odôvodnené, nakoľko námietky pribratého účastníka smerovali proti samotnému výsledku verejného obstarávania, v dôsledku čoho bolo logické a zrejmé, že ak samotný akt, resp. úkon zrušenia použitého postupu zadávania zákazky bol v rozpore so zákonom, je implicitne daný zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania. Je rozdiel, či námietky smerujú napr. v úvodnej fáze verejného obstarávania proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, kedy je dôvodné, aby žalovaný vyčerpávajúco zdôvodnil aj existenciu zásadného vplyvu zisteného porušenia ZVO na výsledok verejného obstarávania alebo námietky smerujú proti zrušeniu použitého postupu zadávania zákazky ako samotného výsledku verejného obstarávania, kedy sa v konaní o námietkach posudzuje, či úkon verejného obstarávateľa v procese verejného obstarávania determinujúci jeho výsledok je v súlade so ZVO.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 v spojení s § 246c ods. 1 O. s. p.)

preskúmal odvolaním napadnutí rozsudok ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, a dospel k záveru, že odvolanie žalobcu nie je dôvodné. Rozhodol bez nariadenia odvolacieho pojednávania v zmysle § 250ja ods. 2, § 214 ods. 2 O. s. p. s tým, že termín verejného vyhlásenia rozsudku bol zverejnený minimálne päť dní vopred na úradnej tabuli súdu a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk. Rozsudok bol verejne vyhlásený dňa 01.07.2015 (§ 156 ods. 1 a ods. 3 O. s. p.).

Podľa § 219 ods. 1, 2 O. s. p., odvolací súd rozhodnutie potvrdí, ak je vo výroku vecne správne. Ak sa odvolací súd v celom rozsahu stotožňuje s odôvodnením napadnutého rozhodnutia, môže sa v odôvodnení obmedziť len na skonštatovanie správnosti dôvodov napadnutého rozhodnutia, prípadne doplniť na zdôraznenie správnosti napadnutého rozhodnutia ďalšie dôvody.

Predmetom súdneho prieskumu je zákonnosť rozhodnutia žalovaného č. 557-6000/2011-ON/205-R zo dňa 10.08.2011, ktorým nariadil žalobcovi ako verejnému obstarávateľovi vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Činnosť stavebného dozoru pre stavbu rýchlostnej cesty R4 Košice - Milhost“ odstrániť protiprávny stav, a to zrušením rozhodnutia verejného obstarávateľa o zrušení použitého postupu zadávania zákazky, ktoré bolo zaslané uchádzačom listom č. 10800/34420/2011 zo dňa 13.06.2011.

Žalobca listom č. 10800/34420/2011 zo dňa 13.06.2011 oznámil pribratému účastníkovi (a ostatným uchádzačom), že ruší použitý postup zadávania zákazky v zmysle § 46 ods. 2 ZVO, z dôvodu že sa zmenili okolnosti, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie. Dôvodmi zmeny uvedenými žalobcom v predmetom liste bolo to, že predpokladal že externý stavebný dozor začne poskytovať službu 01.03.2011 a verejnému obstarávateľovi sa v období po otvorení ponúk uvoľnili ľudské zdroje, ktorými v čase vyhlásenia predmetného verejného obstarávania nedisponoval, čo umožnilo kreovanie tímu stavebného dozoru v požadovanej kvalite a forme. Žalobca zároveň poukázal na vysoký stupeň technologickej rozpracovanosti projektu R4 Košice - Milhost a finančné, právne, administratívne a technické nároky, ktoré by si vyžiadala výmena interného dozoru za externý dozor.

Odvolací v zmysle ustanovenia § 219 ods. 2 O. s. p. konštatuje, že nezistil dôvod na to, aby sa odchýlil od logických argumentov a relevantných právnych záverov spolu so správnou citáciou dotknutých právnych noriem uvedených v odôvodnení napadnutého rozsudku krajského súdu, ktoré vytvárajú dostatočné právne východiská pre vyslovenie výroku napadnutého rozsudku, z ktorých dôvodov sa s ním stotožňuje v celom rozsahu.

Podľa § 9 ods. 4 ZVO, pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 46 ods. 2, 3 ZVO, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže zrušiť použitý postup zadávania zákazky aj vtedy, ak sa zmenili okolnosti, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ je povinný bezodkladne upovedomiť všetkých uchádzačov alebo záujemcov o zrušení použitého postupu zadávania zákazky s uvedením dôvodu a oznámiť postup, ktorý použije pri zadávaní zákazky na pôvodný predmet zákazky.

Podľa § 139 ods. 2 ZVO, ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím

- a) nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo súťaž návrhov,
- b) nariadi zrušiť diskriminačné podmienky alebo požiadavky kontrolovaného uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v oznámení o vyhlásení súťaže návrhov, v súťažných podkladoch, v súťažných podmienkach alebo v inom dokumente týkajúcom sa verejného obstarávania,
- c) zruší rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení uchádzača, záujemcu alebo účastníka a nariadi zaradiť vylúčeného uchádzača, záujemcu alebo účastníka do procesu verejného obstarávania,
- d) zruší rozhodnutie kontrolovaného o výbere záujemcov alebo účastníkov a nariadi zopakovať výber,

- e) zruší rozhodnutie kontrolovaného o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov a nariadi znovu vyhodnotiť ponuky alebo návrhy,
- f) zruší rozhodnutie o výsledku vyhodnotenia splnenia podmienok účasti, a ak je to potrebné aj rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení uchádzača, záujemcu alebo účastníka, rozhodnutie kontrolovaného o výbere záujemcov alebo účastníkov alebo rozhodnutie kontrolovaného o výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov a súčasne nariadi znovu vyhodnotiť splnenie podmienok účasti.
- g) nariadi odstrániť protiprávny stav.

Podľa smernice 89/665/EHS čl. 1 ods. 1, členské štáty prijímajú potrebné opatrenia týkajúce sa postupov verejného obstarávania v rámci pôsobnosti smerníc 71/305/EHS a 77/62/EHS, ktoré umožnia účinne a čo možno najskôr preskúmať rozhodnutia prijaté obstarávateľmi, v súlade s podmienkami uvedenými v nasledovných článkoch, najmä v čl. 2 ods. 7 z dôvodov, že také rozhodnutia porušili právo spoločenstva v oblasti verejného obstarávania alebo vnútroštátne právne predpisy, ktoré ho vykonávajú.

Podľa čl. 1 ods. 2 smernice 89/665/EHS, členské štáty zabezpečia, aby neexistovala žiadna diskriminácia medzi podnikmi, ktoré sa domnievajú, že boli poškodené v súvislosti s postupom verejného obstarávania, čo vyplýva z rozlišovania medzi vnútroštátnymi právnymi predpismi, ktoré vykonávajú právo spoločenstva, a ostatnými vnútroštátnymi právnymi predpismi v tejto smernici.

Podľa čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice 89/665/EHS, členské štáty zabezpečia, aby prijaté opatrenia týkajúce sa postupov preskúmania uvedených v článku 1 zahŕňali právomoc 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.

Žalobca prvotne namietal, že žalovaný vydaním napadnutého rozhodnutia prekročil právomoc zverenú mu ZVO ako aj smernicou 89/665/EHS a že pribratý účastník sa mal domáhať svojich práv prostredníctvom inštitútu na kontrolu v zmysle § 146 až § 146d ZVO.

Právomoc žalovaného vydať napadnuté rozhodnutie nepochybne vyplýva z § 139 ods. 2 písm. g/ ZVO. Na prejednávanú vec nemožno aplikovať § 139 ods. 1 písm. e/ ZVO, ako sa toho domáhal žalobca, nakoľko uvedené ustanovenie nedopadá na skutkový stav o aký sa jednalo vo veci samej. § 138 ods. 2 ZVO vymedzuje, proti ktorým konkrétnym úkonom je možné podať námietky, pričom § 138 ods. 2 písm. g/ ZVO umožňuje podať námietky proti úkonu obstarávateľa inému ako uvedenému v § 138 ods. 2 písm. a/ až f/ ZVO. Zastavenie konania o námietkach preto prichádza do úvahy, pokiaľ by boli námietky podané v priebehu verejného obstarávania, v ktorom až následne, teda po ich podaní, kontrolovaný zrušil použitý postup zadávania zákazky, nie pokiaľ námietky smerujú proti samotnému zrušeniu použitého postupu zadávania zákazky. Navyše pribratý účastník bol osobou oprávnenou podať námietky, čo žalobca ani nespochybňoval, a teda v zmysle § 146 ods. 6 ZVO a contrario nemohol podať podnet na kontrolu po zrušení použitého postupu zadávania zákazky. Postupom navrhovaným žalobcom by sa v konečnom dôsledku zabránilo preskúmaniu rozhodnutia o zrušení použitého postupu zadávania zákazky, čo je v rozpore s judikatúrou SDEÚ.

Súdny dvor EÚ v rozsudku C-92/00 uviedol, že rozhodnutie o odvolaní vyhlásenia verejného obstarávania pri verejnom obstarávaní služieb patrí medzi rozhodnutia, pre ktoré sú členské štáty na základe smernice 89/665 povinné vytvoriť postupy preskúmania s možnosťou ich zrušenia, aby sa zabezpečilo dodržiavanie pravidiel práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ako aj vnútroštátnych pravidiel, ktoré toto právo preberajú (bod 54). Úplné splnenie cieľa sledovaného touto smernicou by bolo spochybnené, ak by bolo obstarávateľom dovolené odvolať oznámenie verejného obstarávania pre verejné obstarávanie služieb bez súdnej kontroly, ktorej cieľom je zabezpečiť v každom ohľade účinné dodržiavanie smerníc stanovujúcich hmotnoprávne pravidlá verejného obstarávania a zásad, na ktorých sa tieto pravidlá zakladajú (bod 53). V tom istom rozsudku SD vyslovil, že čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice 89/665/EHS vyžadujú, aby rozhodnutie obstarávateľa o odvolaní vyhlásenia verejného obstarávania mohlo byť predmetom postupu preskúmania, a prípadne byť zrušené z dôvodu, že porušuje právo Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania alebo vnútroštátne predpisy, ktoré toto právo preberajú.

V rozsudku C-15/04 SD poukázal, že v rozsahu, v akom na základe vnútroštátneho práva - aj keď sa vykladá v súlade s požiadavkami práva Spoločenstva - uchádzač nemá možnosť napadnúť rozhodnutie o odvolaní vyhlásenia verejného obstarávania pre jeho rozpor s právom Spoločenstva a domáhať sa z tohto dôvodu jeho zrušenia, vnútroštátne právo nespĺňa požiadavky čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice 89/665/EHS (bod 31). SD tak dospel k záveru, že príslušný súd má povinnosť neuplatniť vnútroštátne predpisy, ktoré prekážajú dodržaniu povinnosti vyplývajúcej z čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice Rady 89/665/EHS z 21.12.1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác, v znení zmien a doplnení smernice Rady 92/50/EHS z 18.06.1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb.

Smernica 89/665/EHS ponecháva členským štátom voľnosť pri stanovení konkrétneho procesného postupu na zabezpečenie cieľov vyplývajúcich z čl. 1 ods. 1, pokiaľ tieto postupy zabezpečia možnosť zrušenia alebo rozhodnutia prijatého protiprávne. Orgány príslušné na preskúmanie nemusia mať súdnu povahu, pričom v takom prípade každé údajné protiprávne opatrenie prijaté preskúmacím orgánom, alebo akýkoľvek údajný nedostatok pri uplatňovaní právomoci z neho vyplývajúcej, môžu byť predmetom súdneho preskúmania alebo preskúmania iným orgánom, ktorý sa považuje za súd v zmysle čl. 177 zmluvy o EHS a ktorý je nezávislý od obstarávateľa, ako aj od preskúmacieho orgánu (čl. 2 ods. 8 dotknutej smernice).

Z uvedeného je nepochybné, že aj pokiaľ by sa odvolací súd stotožnil so závermi žalobcu o nedostatku právomoci žalovaného, v súlade s rozsudkami SDEÚ by stále existovala povinnosť orgánov členského štátu preskúmať rozhodnutie o zrušení použitého postupu zadávania zákazky; vnútroštátna úprava by sa takomto v prípade neuplatnila, nakoľko by prekážala dodržaniu povinnosti vyplývajúcej z čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods. 1 písm. b/ smernice 89/665/EHS.

Vo vzťahu k tvrdenej povinnosti žalovaného zahájiť konanie o predbežnej otázke, najvyšší súd poukazuje, že žalovaný nie je orgánom, ktorý by mohol predkladať predbežné otázky, nakoľko nie je vnútroštátnym súdom. Obsah pojmu „vnútroštátny súd“ je potrebné vykladať autonómne, t. j. ako samostatný pojem práva EÚ a jeho výklad preto musí vychádzať z porovnania právnych poriadkov členských štátov a z cieľa a účelu prejudiciálneho konania. Výklad termínu „súd“ je zrejмый z judikatúry SDEÚ, pričom jeho kritériá SD zhrnul vo veci C-61/65: 32nezávislosť, výkon verejnej moci, permanentnosť, obligatórna príslušnosť, sporový charakter konania, rozhodovanie na základe práva. Žalovaný je podľa § 31 v spojení s § 39 ods. 1 zákona č. 575/2001 Z. z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov, ústredným orgánom štátnej správy pre verejné obstarávanie, ktorého činnosť prostredníctvom štatutárneho orgánu riadi, koordinuje a kontroluje vláda. Žalovaný tak nepochybne nespĺňa podmienku nezávislosti v zmysle požiadaviek na vnútroštátny súd v zmysle judikatúry SDEÚ.

Pokiaľ žalobca poukazoval na rozsudok SDEÚ C-92/00 (citovaný vyššie), z ktorého vyplýva, že neexistuje povinnosť, ktorá by ho nútila dokončiť verejné obstarávanie a uzavrieť zmluvu, pričom žalovaný ho fakticky núti k takémuto postupu, najvyšší súd uvádza:

SDEÚ v rozsudku C-92/00 spolu s neexistenciou povinnosti verejného obstarávateľa do viesť verejné obstarávanie do konca uviedol, že dôvody takéhoto odvolania oznámenia verejného obstarávania má verejný obstarávateľ oznámiť záujemcom a uchádzačom čo najskôr. Súdny dvor predsa len zdôraznil, že požiadavka oznámenia dôvodov, na ktorých sa zakladá rozhodnutie o upustení od výzvy na predloženie ponuky, vyplýva z cieľa zabezpečiť minimálnu úroveň transparentnosti v zadávacích konaniach verejných zákaziek, na ktoré sa uplatňujú právne predpisy Únie, a následne dodržiavania zásady rovnosti zaobchádzania, ktorá je základom týchto predpisov (body 45 a 46). Súdny dvor tiež rozhodol, že čl. 1 ods. 1 smernice 89/665 vyžaduje, aby sa voči rozhodnutiu verejného obstarávateľa o zrušení výzvy na predloženie ponuky na verejnú zákazku mohlo odvolať a aby toto rozhodnutie mohlo byť prípadne zrušené z dôvodu porušenia práva Únie v oblasti verejného obstarávania alebo vnútroštátnych predpisov, ktorými sa toto právo Únie transponuje. Okrem toho sa Súdny dvor domnieval, že aj v prípadoch, keď má verejný obstarávateľ podľa uplatniteľnej vnútroštátnej právnej úpravy široké právomoci týkajúce sa

zrušenia výzvy na predloženie ponuky, vnútroštátne súdy musia podľa smernice 89/665 overiť súlad rozhodnutia o zrušení s príslušnými pravidlami práva Únie (body 55 a 62).

SDEÚ v rozsudku C-440/13 (body 30, 31, 32, 35, 36) dospel k záveru, že:

Rozhodnutie o zrušení výzvy na predloženie ponuky na verejnú zákazku musí byť v súlade s čl. 41 ods. 1 a čl. 43 smernice 2004/18. Článok 41 ods. 1 smernice 2004/18 ukladá povinnosť čo najskôr informovať o takomto rozhodnutí záujemcov a uchádzačov, ako aj uviesť dôvody tohto rozhodnutia a čl. 43 tejto smernice ukladá povinnosť uviesť tieto dôvody v zápisnici, ktorá musí byť vyhotovená pre každú verejnú zákazku. Smernica 2004/18 však neobsahuje žiadne ustanovenie týkajúce sa hmotnoprávných alebo formálnych podmienok takéhoto rozhodnutia. V tomto ohľade je potrebné pripomenúť judikatúru Súdneho dvora, podľa ktorej čl. 8 ods. 2 smernice Rady 93/37/EHS zo 14.06.1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, s. 54; Mim. vyd. 06/002 s. 163), ustanovenie podobné čl. 41 ods. 1 smernice 2004/18, neupravuje, že zrušenie konania pre zadanie verejnej zákazky verejným obstarávateľom sa obmedzí na výnimočné prípady, alebo musí byť nevyhnutne založené na závažných dôvodoch (rozsudok *Fracasso a Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, body 23 a 25). Súdny dvor určil, že čl. 12 ods. 2 smernice Rady 92/50/EHS z 18.06.1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322), ustanovenie tiež podobné čl. 41 ods. 1 smernice 2004/18, tým, že ukladá verejnému obstarávateľovi povinnosť oznámiť záujemcom a uchádzačom dôvody svojho rozhodnutia v prípade, keď sa rozhodne zrušiť výzvu na predloženie ponuky týkajúcej sa verejnej zákazky, nezaväzuje verejného obstarávateľa finalizovať zadávacie konanie (pozri rozsudok *HI*, C-92/00, EU:C:2002:379, bod 41). Právo Únie nebráni tomu, aby členské štáty stanovili vo svojich právnych poriadkoch možnosť prijatia rozhodnutia o zrušení výzvy na predloženie ponuky. Motívy takéhoto rozhodnutia o zrušení tak môžu byť založené na dôvodoch, ktoré sa týkajú najmä posúdenia, či je vzhľadom na verejný záujem účelné finalizovať zadávacie konanie, okrem iného vzhľadom na prípadné zmeny v hospodárskom kontexte alebo na skutkové okolnosti, alebo potreby dotknutého verejného obstarávateľa. Takéto rozhodnutie môže byť taktiež zdôvodnené nedostatočnou úrovňou hospodárskej súťaže zapríčinenou tým, že ku koncu dotknutého zadávacieho konania ostal spôsobilým na vykonanie zákazky len jediný uchádzač. Následne pri dodržaní zásady transparentnosti a zásady rovnosti zaobchádzania nebude verejný obstarávateľ povinný finalizovať začaté zadávacie konanie a zadať predmetnú zákazku, a to ani v prípade, keď ostal v súťaži len jediný uchádzač.

Je potrebné zdôrazniť, že skúmanie zákonnosti nemôže byť obmedzené na skúmanie povahy rozhodnutí verejných obstarávateľov (pozri v tomto zmysle rozsudok *HI*, EU:C:2002:379, bod 63). Cieľom týchto preskúmaní je preto výkon skúmania zákonnosti a nie skúmanie účelnosti. Pri absencii konkrétnych predpisov Únie v tejto oblasti musia byť spôsoby súdneho preskúmavania stanovené vnútroštátnymi procesnými pravidlami pri dodržaní zásad ekvivalencie a efektivity (pozri v tomto zmysle rozsudok *HI*, EU:C:2002:379, bod 68). Vnútroštátny zákonodarcu tak môže priznať príslušným vnútroštátnym súdom širšie právomoci na účely preskúmania účelnosti. Na štvrtú otázku treba preto odpovedať tak, že právo Únie v oblasti verejného obstarávania a najmä čl. 1 ods. 1 tretí pododsek smernice 89/665 sa má vykladať v tom zmysle, že skúmanie stanovené v tomto ustanovení predstavuje skúmanie zákonnosti rozhodnutí prijatých verejnými obstarávateľmi, ktorých cieľom je zabezpečiť dodržiavanie príslušných pravidiel práva Únie alebo vnútroštátnych ustanovení, ktorými sa preberajú tieto pravidlá bez toho, aby bolo toto skúmanie obmedzené na svojvoľné skúmanie povahy rozhodnutí verejných obstarávateľov. V každom prípade to nevylučuje možnosť vnútroštátneho zákonodarcu priznať príslušným vnútroštátnym súdom širšie právomoci na účely preskúmania účelnosti (body 43 až 46).

Z uvedeného je zjavné, že vnútroštátna úprava v jednotlivých členských štátoch stanoví pri zachovaní zásady transparentnosti a rovnakého zaobchádzania, možnosť prijatia rozhodnutia o aké šlo vo veci samej. ZVO umožňuje zrušenie použitého postupu zadávania zákazky, okrem iného z dôvodu zmeny okolností, za ktorých sa vyhlásilo verejné obstarávanie. Takéto rozhodnutie však v žiadnom prípade nesmie byť svojvoľné a zároveň musí byť založené na relevantných skutočnostiach zodpovedajúcim dôvodu uvádzanému verejným obstarávateľom, čo v prejednávanej veci splnené nebolo. Najvyšší súd považuje za potrebné zdôrazniť, že žalobca v priebehu konania žiadnym spôsobom nepreukázal, že sa u neho zmenili okolnosti, za ktorých verejné obstarávanie vyhlasoval. V súvislosti a uvedeným sa odvolací súd v ďalšom nezaoberal námietkami žalobcu týkajúcimi sa použitia klauzuly *rebus sic stantibus*,

nakoľko zmena okolností nebola preukázaná. Podklady predložené v konaní pred žalovaným svedčia už o zabezpečovaní pracovných podmienok pre interný dozor, nevyplýva z nich, akým spôsobom u žalobcu došlo k tvrdenému uvoľneniu kapacít.

Pokiaľ žalobca poukazoval na rozsudok SDEÚ C-26/03, z ktorého je zrejmé, že ho nemožno nútiť obrátiť sa na tretie subjekty, aj napriek tomu, že je schopný realizovať predmet zákazky vlastnými silami, uvedený rozsudok vychádzal zo skutkového stavu odlišného ako v prejednávanej veci v tom zmysle, že mesto Halle po rokovaní mestskej rady zadalo RPL

Lochau vypracovanie projektu týkajúceho sa úpravy odpadu pred zhodnotením a zneškodnením bez toho, aby formálne začalo postup verejného obstarávania, pričom RPL Lochau je spoločnosťou s ručením obmedzeným, 75,1 % jej obchodného imania je vo vlastníctve Stadtwerke Halle GmbH, ktorej jediný akcionár je v 100 % vlastníctve mesta Halle. 24,9 % obchodného imania je vo vlastníctve súkromnej spoločnosti s ručením obmedzeným. Súdny dvor tak riešil otázku, či existuje v práve spoločenstva povinnosť verejných orgánov, ktoré plnia úlohy vo verejnom záujme vystupovať ako verejní obstarávatelia. SD uviedol (body 48, 49), že verejný orgán, ktorý je verejným obstarávateľom, má možnosť plniť jemu zverené úlohy vo verejnom záujme svojimi vlastnými prostriedkami, či už administratívnymi, technickými alebo inými bez toho, aby bol nútený obrátiť sa na vonkajšie subjekty, ktoré nepatria do jeho organizačnej štruktúry. V takom prípade neprichádza do úvahy odplatná zmluva uzatvorená so subjektom, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako daný verejný obstarávateľ. Predpisy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania sa teda nepoužijú. V súlade s judikatúrou Súdneho dvora nie je vylúčené, že by nemohli nastať iné okolnosti, za akých nie je povinné verejné obstarávanie, aj keď je druhou zmluvnou stranou subjekt, ktorý je z právneho hľadiska inou osobou ako daný verejný obstarávateľ. Je tomu tak za predpokladu, že verejný orgán, ktorý je verejným obstarávateľom, má nad daným samostatným subjektom podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi a tento subjekt vykonáva zásadnú časť svojej činnosti s verejným orgánom alebo orgánmi, v ktorých vlastníctve je (pozri v tomto zmysle rozsudok Teckal, bod 50). Je potrebné pripomenúť, že v citovanom prípade bol samostatný subjekt úplne vo vlastníctve verejných orgánov. Naproti tomu, podiel, hoci aj menšinový, súkromnej spoločnosti na obchodnom imaní spoločnosti, na ktorej sa podieľa aj verejný obstarávateľ v danej veci, v každom prípade vylučuje, aby verejný obstarávateľ mohol mať nad touto spoločnosťou podobnú kontrolu ako nad svojimi vlastnými útvarmi. Za predpokladu, že verejný obstarávateľ zamýšľa uzavrieť odplatnú zmluvu o poskytnutí služieb, na ktoré sa vzťahuje vecná pôsobnosť smernice 92/50, zmenenej a doplnenej smernicou 97/52, so spoločnosťou, ktorá je z právneho hľadiska inou osobou ako tento verejný obstarávateľ a na ktorej obchodnom imaní sa verejný obstarávateľ podieľa spolu s jednou alebo viacerými súkromnými spoločnosťami, musia sa vždy použiť postupy verejného obstarávania stanovené v tejto smernici.

Sám žalobca (na rozdiel od mesta Halle vo veci C-26/03) dospel k záveru, že pre zabezpečenie predmetu zákazky je potrebné vyhlásiť výberové konanie, teda mal za to, že nebude mať možnosť tento zabezpečiť vlastnými prostriedkami. Pre zrušenie takéhoto postupu však nepreukázal zákonom predpokladanú zmenu okolností, za ktorých sa verejné obstarávanie vyhlásilo.

Pokiaľ žalobca namietal nedostatok dôvodov v napadnutom rozhodnutí vo vzťahu k zásadnému vplyvu na výsledok verejného obstarávania, odvolací súd prvotne poukazuje na koncentračnú zásadu ovládajúcu správne súdnictvo. Žalobca túto vadu v podanej žalobe ani v lehote na jej podanie nenamietal, pričom v odvolaní poukázal na zásadu iura novit curia. Uvedená zásada však nezahŕňa povinnosť súdu, ktorý je viazaný obsahom podanej žaloby, vyhľadávať za účastníka dôvody nezákonnosti napadnutého rozhodnutia. Krajský súd nemohol v tomto smere pochybiť, pokiaľ sa týmto pochybením nezaoberal, nakoľko ho žalobca ani nenamietal. Na uvedenú vadu sa nevzťahuje § 250j ods. 3 O. s. p., nakoľko nedošlo ani k jednej z tam uvedených situácií. Navyše nejedná sa o vadu, ktorá by mala vplyv na zákonnosť rozhodnutia, nakoľko je nepochybné a vyplýva to aj z podstaty veci, že pokiaľ bol zrušený postup zadávania zákazky, takýto úkon má v každom prípade zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Vo vzťahu k návrhu žalobcu na prerušenie konania a žiadosti o podanie prejudiciálnej otázky odvolací súd uvádza, že nevzhliadol dôvod, pre ktorý by bol uvedený postup potrebný.

Prvá otázka nemá pre rozhodnutie vo veci význam, nakoľko predmetom preskúmania je zákonnosť rozhodnutia žalovaného, ktorým nariadil žalobcovi odstrániť protiprávny stav, a to zrušením rozhodnutia verejného obstarávateľa o zrušení použitého postupu zadávania zákazky, v tomto konaní sa nerieši ďalší postup žalobcu ani sa nekoná o uložení povinnosti uzavrieť konkrétnu zmluvu. Pri druhej otázke vychádzal žalobca z nesprávneho záveru o procesnom pochybení zo strany pribratého účastníka, ku ktorej skutočnosti sa odvolací súd vyjadril vyššie. Pokiaľ sa jedná o tretiu otázku, žalobca uvádza ako dôvod zrušenia použitého postupu zadávania zákazky vlastné rozhodnutie, že zadávaný predmet bude realizovať vlastnými silami. V prejednávanej veci však žalobca mal zrušiť použitý postup zadávania zákazky z dôvodu zmeny okolností, za ktorých bolo verejné obstarávanie vyhlásené, a preto by ani odpoveď na túto otázku nemala na prejednávanú vec vplyv. Zároveň odpoveď na tretiu ako aj štvrtú otázku je zrejmá z vyššie citovaných rozsudkov súdneho dvora (najmä vec C-440/13).

Odvolací súd zároveň poukazuje, že žalobca pri zrušení použitého postupu zadávania zákazky nepostupoval v súlade so zásadami zdôrazňovanými v judikatúre SD (najmä zásadou transparentnosti), pričom až v priebehu súdneho konania uvádzal skutočnosti, ktoré mali odôvodňovať jeho postup, avšak tieto neboli žiadnym spôsobom preukázané.

Najvyšší súd Slovenskej republiky sa na základe vyššie uvedených dôvodov stotožnil s rozsudkom krajského súdu a nepovažujúc námietky žalobcu vznesené v odvolaní za dôvodné, napadnutý rozsudok postupom podľa § 219 ods. 1 a 2 O. s. p. ako vecne správny potvrdil.

O trovách odvolacieho konania rozhodol najvyšší súd podľa § 224 ods. 1 O. s. p. v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá O. s. p. a § 250k ods. 1 O. s. p. tak, že účastníkom ich náhradu nepriznal, keďže žalobca úspešný nebol a žalovanému ako ani pribratému účastníkovi v takomto konaní náhrada trov neprináleží.

Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky v pomere hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 veta tretia zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 01.05.2011).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku nie je prípustný opravný prostriedok.