

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	3Sžf/59/2012
Identifikačné číslo spisu:	1008201606
Dátum vydania rozhodnutia:	01.08.2013
Meno a priezvisko:	JUDr. Ivan Rumana
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2013:1008201606.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Ivana Rumanu a členiek senátu JUDr. Gabriely Gerdovej a JUDr. Jany Zemkovej PhD. v právnej veci žalobcu: Železnice Slovenskej republiky, Klemensova 8, Bratislava, IČO: 31 364 501, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, P.O.BOX 58, Bratislava, za účasti: Porr Technobau und Umwelt Aktiengesellschaft, so sídlom Absberggasse 47, 1103 Viedeň, Rakúska republika, právne zastúpeného NH Hager Niederhuber Advokáti s.r.o. so sídlom Cintorínska 3/a, Bratislava, v konaní o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č.: 990-147-7000/2008 zo dňa 15.10.2008, o odvolaní žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 4S 135/2008-143 zo dňa 11.05.2012, jednomyseľne

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 4S 135/2008-143 zo dňa 11.05.2012 p o t v r d z u j e.

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

Odôvodnenie

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu žalobcu o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 990-147-7000/2008 zo dňa 15.10.2008, ktorým žalovaný podľa § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov nariadil zrušiť verejnú súťaž vyhlásenú na predmet zákazky: „ŽSR, Modernizácia železničnej trate Nové Mesto nad Váhom - Púchov, žkm 100, 500-159, 100 pre traťovú rýchlosť do 160 km/hod. - I. etapa a II. etapa (úsek Nové Mesto nad Váhom - Zlatovce)“ vyhlásenej obstarávateľom Železnice Slovenskej republiky vo Vestníku verejného obstarávania č. 89 zo dňa 09.05.2008 pod zn. 02092 - MSP a v úradnom Vestníku Európskej únie pod č. 2008/S 85-115813 zo dňa 02.05.2008. Krajský súd v odôvodnení rozsudku uviedol, že z obsahu súdneho, ako aj administratívneho spisu je nesporné, že žalobca ako verejný obstarávateľ vyhlásil verejnú súťaž na predmet zákazky „ŽSR, Modernizácia železničnej trate Nové Mesto nad Váhom - Púchov, žkm 100,

500-159, 100 pre traťovú rýchlosť do 160 km/hod. - I. etapa a II. etapa (úsek Nové Mesto nad Váhom - Zlatovce)“. Spoločnosť Porr Technobau und Umwelt Aktiengesellschaft dňa 06.08.2008 prevzala oznámenie o vylúčení z verejnej súťaže z dôvodu nesplnenia podmienok účasti č. 18602008 - 0244/2412 zo dňa 01.08.2008, proti ktorému dňa 13.08.2008 podala žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní. Oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu bolo doručené spoločnosti dňa 20.08.2008. Dňa 28.08.2008 spoločnosť proti zamietnutiu žiadosti o nápravu týkajúcej sa jej vylúčenia ako uchádzača z verejnej súťaže podala námietky podľa § 138 ods. 2 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní, v ktorých namietala, že predložila požadovaný zoznam údajov, týkajúcich sa tretej osoby, konkrétne spoločnosti European Trans Energy GmbH Viedeň, pričom práve na základe právnej záväznosti prísľubu tejto spoločnosti a zmluvy o budúcej zmluve medzi navrhovateľom Porr Technobau und Umwelt Aktiengesellschaft a spoločnosťou ELZA - Elektromontážny závod Bratislava a.s. je zabezpečené, že sú požadované kapacity a povolenia spolu k dispozícii a trval na tom, že prostredníctvom spoločnosti European Trans Energy GmbH Viedeň bola splnená podmienka účasti pre trakčné vedenie.

Ďalej spoločnosť Porr namietala, že podmienka na predloženie povolení, ktoré musia vystaviť slovenské úrady v rámci podmienky účasti v bode 7.3 súťažných podkladov časti „E“ „Podmienky účasti uchádzačov“ je diskriminujúca, keďže ide o kritérium, ktoré jednoduchšie a rýchlejšie splní uchádzač so sídlom na Slovensku, pretože získanie požadovaných potvrdení pre všetky stroje je spojené so značnými administratívnymi, časovými a finančnými nákladmi, ktoré sú spôsobilé zadržať záujemcov neusadených na Slovensku pred predložením ponuky. Ďalej namietala, že v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku WÚ/S S 58, č. 2008/S 85 - 115813 - SK žalobca požadoval v zmysle § 28 ods. 1 písm. j/ zákona o verejnom obstarávaní údaje o strojnom a technickom vybavení rôznych zariadení, avšak predmetné oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania neobsahuje žiadny odkaz na povinnosť predloženia požadovaných povolení (osvedčení o vykonaní technickej prehliadky) a teda tieto podmienky sú neprípustné na základe § 33 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a nesúhlasil so žalobcom, že ustanovenia § 28 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sú uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania je možné v rámci súťažných podkladov rôzne dopĺňať, pretože v tomto prípade sa nejedná o doplnenie, ale o dodatočné súťažné podmienky. Taktiež namietala, že podľa § 54 a § 55 zákona o dráhach jednoznačne vyplýva, že stavebné objekty, na ktoré sa žalobca odvoláva v oznámení o vylúčení nie sú technickými zariadeniami, a preto ani žalovaný nemôže od neho žiadať oprávnenie na výrobu, montáž a rekonštrukciu určených technických zariadení uvedených v § 54 zákona o dráhach, určené technické zariadenia (plynové a tlakové) sa ani v celom projekte nenachádzajú, na vyhlásené plynové technické zariadenia predložil oprávnenie podnikateľa Ing. R. F. - F. súkromná firma a upozornil, že v dokumentácii k verejnej súťaži a v technických špecifikáciách pre uvedené stavebné objekty je jasne stanovené, že predmetné technické zariadenia sú vyhradenými technickými zariadeniami. Krajský súd po preskúmaní spisového materiálu, ako aj administratívneho spisu nezistil žiadne skutočnosti, ktoré by odôvodňovali zrušenie napadnutého rozhodnutia.

Proti tomuto rozsudku podal včas odvolanie žalobca. Uviedol, že prvostupňový súd sa obmedzil na to, že podľa jeho názoru preskúmané rozhodnutie žalovaného bolo v súlade s princípom hospodárnosti a žalovaný v postavení Úradu pre verejné oprávnenie bol oprávnený prekročiť návrh uchádzača a rozhodnúť fakticky arbitrárne. S týmto tvrdením prvostupňového súdu sa nemožno stotožniť. Žalobca namietal, že žalovaný rozhodol o návrhu uchádzača tak, ako to uchádzač nežiadal. Nebolo v záujme uchádzača zrušiť verejnú súťaž, ale prinavrátiť ho do súťaže s tým, že podmienky účasti budú aplikované nediskriminačným spôsobom. Pokiaľ žalovaný argumentoval tým, že doklad „osvedčenie o vykonaní technickej prehliadky poverenou osobou“ vydaný iba slovenskými orgánmi mohli uchádzača odradiť od predloženia ponuky, potom žalobca poukazuje na inštitút vysvetľovania zakotvený v zákone o verejnom obstarávaní, kedy záujemca môže od obstarávateľa sa domáhať odpovedí na otázky ohľadom akýchkoľvek nejasností alebo pochybností s prebiehajúcim procesom verejného obstarávania. Súčasne poukazuje na Smernicu č. 2004/49/ES Európskeho parlamentu a Rady o bezpečnosti železníc, najmä na článok 8 a článok 16 ods. 3 o národných bezpečnostných predpisoch, ako aj Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 2008/57/ES o interoperabilite systému železníc, najmä na kapitolu V. články 21, 23, 25. Ďalej namietal tvrdenie žalovaného, že predloženie dokladov vydaných podľa slovenských

predpisov je možné vyžadovať iba od podnikateľov usadených v Slovenskej republike, keďže usadenie sa považuje za trvalý a pravidelný výkon podnikateľskej činnosti. Toto tvrdenie je v rozpore so Smernicou 2004/49/ES Európskeho parlamentu a Rady o bezpečnosti železníc, najmä s článkom 8 a článkom 16 ods. 3 o národných bezpečnostných predpisoch, ako aj so Smernicou Európskeho parlamentu a Rady č. 2008/57/ES o interoperabilite systému železníc a rovnako aj so Smernicou č. 2004/50/ES Európskeho parlamentu a Rady, ako aj so Smernicou Európskeho parlamentu a Rady č. 2001/16/ES o interoperabilite systému transeurópskych konvenčných železníc. Žalovaný vychádzal a vychádza z toho, že žalobca bol povinný neaplikovať slovenské zákony a dodržiavať ustanovenia Európskej únie. Namietal, že v danom prípade nemožno aplikovať priamo články 49 a 50 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva, o voľnom poskytovaní služieb, ktorých podstatu tvorí povinnosť rovnakého zaobchádzania a zákazu nediskriminácie, pretože tieto práva boli konkretizované smernicami a pritom práve so zreteľom na Zmluvu o založení Európskeho spoločenstva, najmä na čl. 71 ods. 1 Európsky parlament a Rada Európskej únie prijali dňa 29. apríla 2004 smernicu o bezpečnosti železníc spoločenstva a o zmene a doplnení smernice Rady č. 95/18/ES o udeľovaní licencií železničným podnikom a smernice 2001/14/ES. Ďalej poukazoval na smernicu č. 2005/36/ES o uznávaní odborných kvalifikácií reglementujúcu aj tzv. regulované povolania. Žalobca ďalej namietal, že vyššie uvedené predpisy komunitárneho práva jednak vynímajú oblasť dopravy spod pôsobnosti antidiskriminačného článku 49 a článku 50 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva a zároveň inak osobitným spôsobom reglementujú oblasť dopravy, najmä pokiaľ ide o železnice. V tomto kontexte sú závery obsiahnuté v rozhodnutí Európskeho súdneho dvora číslo C-225/98 neaplikovateľné na daný skutkový stav.

Žalovaný vo vyjadrení zo dňa 06.08.2011 k odvolaniu žalobcu navrhoval, aby najvyšší súd napadnutý rozsudok ako vecne správny potvrdil. Namietal, že akceptovaním argumentácie žalobcu, t.j. viazanosťou žalovaného v konaní o námietkach, návrhom petitu, ktorý uchádzač v námietkach uviedol by v praxi dochádzalo k situáciám, kedy by žalovaný musel aplikovať aj zjavne nelogicky, neprimerane a v danej situácii absolútne nevhodný výrok rozhodnutia, ktorý uchádzač uviedol vo svojich námietkach. Viazanosť žalovaného návrhom petitu v uvedených námietkach by viedla až k nevykonateľným výrokom. Žalovaný ďalej uviedol, že ku skutočnému naplneniu princípu nediskriminácie, rovnakého zaobchádzania a transparentnosti dôjde až v tých prípadoch, keď sú uvedené princípy reálne naplnené a aplikované vo vzťahu ku všetkým záujemcom a uchádzačom. Súťaž z týchto dôvodov zrušil i keď vylúčený uchádzač explicitne takýto návrh ak by žalovaný nezrušil verejnú súťaž, vrátil by žalobcu do konania, ktoré bolo nezákonné z dôvodu preukázateľnej diskriminácie jedného z účastníkov verejnej súťaže, konkrétne spoločnosti Porr Technobau und Umwelt Aktiengesellschaft a teda verejnú súťaž vyhlásenie v rozpore so zákonom.

Žalovaný v súlade s právnou úpravou verejného obstarávania obsiahnutou v Smerniciach Európskej únie pre oblasť verejného obstarávania, ako aj v súlade s príslušnou ustálenou judikatúrou Súdneho dvora EÚ, ktorá túto právnú oblasť ďalej dopĺňa vychádzal z toho, že slovenské právne predpisy je potrebné vykladať v súlade s právom EÚ a teda má byť uznané aj každé oprávnenie, ktoré zodpovedá obsahu požadovaného oprávnenia, aj keď bolo získané v inom členskom štáte. Uchádzačom bola v predmetnom prípade právnická osoba so sídlom mimo územia Slovenskej republiky, ktorá vzhľadom na právnú úpravu obsiahnutú v Smerniciach Európskej únie, ako aj na konštantnú judikatúru Súdneho dvora EÚ predložila svoju ponuku vo verejnej súťaži, pričom zrejme nepredpokladala, že žalobca bude jej ponuku vyhodnocovať, nerešpektujúc princíp nediskriminácie, ktorý zakazuje nielen bezprostrednú otvorenú diskrimináciu, pri ktorej formálnym kritériom rozdielnosti je štátna príslušnosť, ale aj sprostredkovanú (skrytú) diskrimináciu, kedy kritérium rozdielnosti je sformulované inak ako štátna príslušnosť, v skutočnosti však znamená zhoršenie postavenia obyvateľov iných členských krajín a nerešpektujúc zásadu vzájomného uznávania.

S argumentáciou žalobcu, ktorou poukazuje na Smernicu Európskeho parlamentu a Rady č. 2004/49/ES o bezpečnosti železníc, Smernicu Európskeho parlamentu a Rady č. 2008/57/ES a interoperabilite systému železníc a Smernicu Európskeho parlamentu a Rady č. 2001/16/ES o interoperabilite systému transeurópskych konvenčných železníc, ktoré podľa názoru žalobcu vynímajú oblasť dopravy spod pôsobnosti „antidiskriminačného“ čl. 49 a čl. 50 Zmluvy o založení ES a zároveň inak osobitným

spôsobom reglementujú oblasť dopravy, najmä pokiaľ ide o železnice, sa žalovaný nemôže stotožniť, keďže má za to, že predmetná argumentácia absolútne popiera základné princípy, ako aj hierarchiu práva EÚ, z ktorých vyplýva, že zmluva o založení ES predstavuje primárne právo únie a smernice sú prameňom sekundárneho práva, vydávaného na základe a v súlade s primárnym právom. Uvedený názor potvrdzuje aj odborná literatúra. Z uvedeného je zrejmé, že Smernice Európskeho parlamentu a Rady ako akty sekundárneho práva nie sú spôsobilé vyňať žalobcu resp. oblasť dopravy spod pôsobnosti antidiskriminačných článkov Zmluvy o založení ES. Ďalej uviedol svoju argumentáciu článkom 49, článkom 50 a článkom 51 Zmluvy o založení ES.

K otázke nediskriminácie v procese verejného obstarávania sa vyjadril Súdny dvor Európskych spoločenstiev napr. vo veci C-225/98 Komisia Európskych spoločenstiev v. Francúzska republika alebo vo veci C-199/07 Komisia Európskych spoločenstiev v. Helénska republika zo dňa 12.11.2009. Poukazuje sa na právne závery Súdneho dvora vo veci C-225/98, kedy Súdny dvor označil postup členského štátu, ktorý v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadoval predloženie konkrétnych národných certifikátov za porušenie čl. 49 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva. Súdny dvor v tomto prípade uviedol, že vyžadovanie členstva v národných profesijných organizáciách, komorách, resp. registroch môže mať odradzujúci účinok na záujemcov alebo uchádzačov z iných členských štátov a takéto konanie Súdny dvor Európskych spoločenstiev následne označil za nepriamu diskrimináciu a za prekážku voľného poskytovania služieb.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku) preskúmal odvolaním napadnuté rozhodnutie súdu prvého stupňa v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní žalobcu (§ 212 ods. 1 O.s.p., § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.) bez nariadenia pojednávania (§ 250ja ods. 2 veta prvá O.s.p.) a následne po tom, ako bolo verejné vyhlásenie rozsudku oznámené na úradnej tabuli súdu na webovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk najmenej päť pred jeho vyhlásením, najvyšší súd vyhlásil vo veci rozsudok, ktorým podľa § 250ja ods. 3 veta druhá O.s.p. v spojení s § 219 ods. 1 O.s.p. z iných právnych dôvodov potvrdil rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 4S 135/2008-143 zo dňa 11.05.2012.

Preskúmaním veci najvyšší súd zistil, že už v čase vyhlásenia preskúmaného rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 4S 135/2008-143 zo dňa 11.05.2012 bolo na ten istý predmet zákazky: „ŽSR, Modernizácia železničnej trate Nové Mesto nad Váhom - Púchov, žkm 100, 500-159, 100 pre traťovú rýchlosť do 160 km/hod. I. etapa a II. etapa (úsek Nové Mesto nad Váhom - Zlatovce)“ vyhlásené nové verejné obstarávanie, ktoré bolo uverejnené vo Věstníku č. 63/2009-02.04/2009 podľa oznámenia vo Věstníku Úradu pre verejné obstarávanie č. 172/2009 zo dňa 08.09.2009 uverejnené oznámenie o uzatvorení zmluvy na predmet zákazky, zmluva o dielo č. SOD 001030 (900W677), dátum uzavretia zmluvy 26.08.2009, počet prijatých ponúk 4, dodávateľ, ktorý získal zákazku: združenie „Nové mesto - Zlatovce 2009“ - vedúci združenia OHL ŽS, a.s., IČO 46 342 796 so sídlom v Českej republike, Burešove 938/17, Brno - střed. Najvyšší súd zistil, že predmet zákazky bol v čase rozhodovania najvyššieho súdu už ukončený. Vec bola najvyššiemu súdu predložená 10.08.2012.

Z uvedeného je zrejmé, že žalobca v súlade s napadnutým rozhodnutím Úradu pre verejné obstarávanie č. 990-147-7000/2008 zo dňa 15.10.2008 zrušil vyhlásenú verejnú súťaž a vo veci vyhlásil novú verejnú súťaž. Na základe uvedeného senát najvyššieho súdu konštatuje, že žalobca vyhovel požiadavkám žalovaného Úradu pre verejné obstarávanie a v novom vyhlásenom verejnom obstarávaní uverejnenom vo Věstníku č. 63/2009 zo dňa 02.04.2009 špecifikoval podmienky technickej spôsobilosti spôsobom, ktorý zohľadňoval už aj postupy voči uchádzačom, ktorí neboli držiteľmi potrebných povolení na území Slovenskej republiky.

V tejto súvislosti je však nevyhnutné zdôrazniť osobitný charakter podmienok odbornej spôsobilosti na vykonávanie činnosti na určených technických zariadeniach v zmysle § 55 zákona č. 164/1996 Z.z. o dráhach a o zmene zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) v znení neskorších predpisov. V konaní išlo o zásadnú právnu otázku, či určené - vyhradené činnosti na dráhach na základe, na ktoré sa vyžaduje odborná spôsobilosť a oprávnenie na vykonávanie určených činností, ktoré vydáva a odníma príslušný dráhový správny orgán majú univerzálny charakter v Európskej únii,

alebo tieto oprávnenia vzhľadom na svoje špecifické podmienky a znalosť systému dráh a ich technických prvkov vydáva vždy iba príslušný dráhový správny úrad.

V súvislosti s touto otázkou bola nastolená zásadná otázka diskriminácie, s poukazom na všeobecné predpisy o verejnom obstarávaní a s poukazom na čl. 49 a 50 Zmluvy o Európskych spoločenstvách. Senát najvyššieho súdu konštatuje, že závery krajského súdu i Úradu pre verejné obstarávanie o existencii diskriminačných podmienok vyhláseného obstarávania možno hodnotiť ako predčasné, pretože právna otázka diskriminácie v týchto špecifických okolnostiach závisela od výkladu prameňov práva Európskej únie, ktorá otázka vo vzťahu k odbornej spôsobilosti na dráhach, t.j. v súvislosti s bezpečnosťou železničnej prepravy nebola rozsudkami Súdneho dvora Európskej únie explicitne riešená, teda nešlo o otázku tzv. *acte éclairé*, súčasne túto právnu otázku nemožno považovať za zjavnú ako otázku tzv. *acte claire* a preto v tomto prípade bolo na mieste položiť prejudiciálnu otázku Súdному dvoru Európskej únie, ktorý by bol záväzným právnym názorom mohol vysloviť, či došlo v tejto špecifickej oblasti ku diskriminácii, resp. vysloviť vzťah článkov 49 a 50 Zmluvy o Európskom spoločenstve k špecifickým určeným činnostiam na národných dráhach, ktoré môžu vykonávať podnikatelia, ktorí majú na túto činnosť oprávnenie a odbornú spôsobilosť vydanú príslušným dráhovým úradom. V tejto súvislosti je nevyhnutné zdôrazniť, že išlo odbornú spôsobilosť v súvislosti s bezpečnosťou cestujúcich na dráhach.

Najvyšší súd ako súd poslednej inštancie prejudiciálnu otázku Súdному dvoru Európskej únie nepredkladal z toho dôvodu, že na predmet zákazky bolo vyhlásené nové výberové konanie, výsledkom tohto výberového konania bola uzatvorená zmluva a v čase súdneho konania najvyššieho súdu už bol predmet zákazky zrealizovaný. Z tohto dôvodu by polozenie prejudiciálnej otázky nemalo priamy vzťah k materiálnemu predmetu konania.

Najvyšší súd napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa potvrdil z dôvodu, že výrokom napadnutého rozhodnutia bola zrušená súťaž, ktorá bola v nejasných okolnostiach aplikácie právnych predpisov EÚ. V tejto časti najvyšší súd uznáva princíp hospodárnosti, kedy nejasnosti vo verejnom obstarávaní, ktorých rozsah v súvislosti s diskrimináciou by mohol byť ustálený až rozsudkom Súdneho dvora Európskej únie boli odstránené výrokom napadnutého rozhodnutia tak, aby vo veci bola umožnená a vyhlásená nová súťaž s precizovanými podmienkami. Otázku diskriminácie založenú na európskych právnych predpisoch však súdy neboli oprávnené vykladať samostatne a podľa názoru najvyššieho súdu zostala v konaní nevyjasnená.

O trovách odvolacieho konania odvolací súd rozhodol podľa § 250k ods. 1 veta prvá O.s.p. v spojení s § 224 ods. 1 O.s.p. a § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p. tak, že účastníkom konania náhradu trov odvolacieho konania nepriznal. Dôvody osobitného zreteľa spočívajú v tom, že v priebehu odvolacieho konania materiálne zanikol predmet odvolacieho konania, zákazka, ktorá bola zrealizovaná. Otázky diskriminácie neboli jednoznačne preukázané.

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 zmenách doplnených niektorých zákonov v znení účinnom od 01.05.2011).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku opravný prostriedok nie je prípustný.