

U Z N E S E N I E

Najvyšší súd Slovenskej republiky v právnej veci žalobu: **O. S., s. r. o. Š., P.**, Č.R. IČO: X., zastúpený advokátom JUDr. P. M., Advokátska kancelária, D., B., proti žalovanému: **Ú.P.V.O.**, D. B., o návrhu na konanie proti nečinnosti žalovaného vo veci vykonania kontroly dodržiavania zákona č. 523/2003 Z. z. o verejnom obstarávaní v konaní vedenom pred žalovaným na základe podnetu žalobcu zo dňa 6. marca 2006 pod č. 112-6000/1/2006 a 112/6000/2/2006 takto

r o z h o d o l :

Najvyšší súd Slovenskej republiky návrh **z a m i e t a .**

Žalobcovi náhradu trov konania nepriznáva.

O d ô v o d n e n i e :

Žalobca návrhom podaným na Najvyšší súd Slovenskej republiky žiadal, aby súd uložil žalovanému povinnosť vykonať v lehote jedného mesiaca od rozhodnutia kontrolu dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní č. 523/2003 Z.z. v príslušnom znení (ďalej len zákon o verejnom obstarávaní) pri výberovom konaní na výber strategického partnera pre S. P. V. S., a.s. H., P., IČO: X., vyhláseného dňa 20.9.2005 v denníku F.T., v konaní vedenom na základe podnetu zo dňa 6.3.2006 pod č. 112/6000/1/2006 a 112/6000/2/2006.

Žalovaný vo vyjadrení konštatoval, že P. V. S. a.s., ktorá je obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní, vo vyhlásenom výberovom konaní na výber strategického partnera nebola povinná postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní, pretože žiadna časť predmetu uvedeného výberového konania nie je definovaná v zákone o verejnom obstarávaní ako predmet, na ktorého obstarávanie a uzatvorenie zmluvy sa vzťahujú metódy a postupy tohto zákona. V priebehu konania súdu predložil protokol o výsledku kontroly dodržiavania zákona č. 523/2003 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy v znení neskorších predpisov zo dňa 9.10.2006 č. 185-6000/4/2006, zápisnicu zo dňa 16.11.2006 o prerokovaní uvedeného protokolu s obstarávateľom a dodatok č. 1 k protokolu č. 185-6000/6/2006 z 9.10.2006, ktorú kontrolu vykonal na základe upozornenia prokurátora.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd vecne príslušný podľa § 246 ods. 2, písm. b/ O.s.p. preskúmal vec v zmysle §§ 250t a nasl. a dospel k záveru, že návrh na konanie o nečinnosti žalovaného nie je dôvodný.

Zo spisového materiálu v danej veci vyplýva, že žalobca dňa 6.3.2006 podal na Ú.P.V.O. – žalovaný, podnet na kontrolu výberového konania, ktoré vykonala P. V. S., a. s. na základe uverejnenia oznámenia v denníku F.T. dňa 20.9.2005, ktorého sa zúčastnil aj žalobca, vzhľadom k tomu, že P. V. S., a.s. porušila pri tomto výberovom konaní ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní, ako aj vzhľadom na akcionársku štruktúru, z ktorej vyplýva, že sa v danom prípade jedná o majetok obcí a FNM SR, a v neposlednom rade vzhľadom na verejný záujem na zákonnosť výberového konania, s poukazom na to, že žalovaný má kompetencie vo veci konať podľa § 116 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Žalovaný v oznámení zo dňa 21.3.2006 č. 112-6000/1/2006 adresovanom žalobcovi potvrdil, že P. V. S., a. s. je obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní, avšak predmetom výberového konania podľa jeho názoru nie je uzatváranie verejných zmlúv na dodanie tovaru, uskutočnenie prác a poskytnutie služieb, a preto nie je možné uskutočnenie kontroly pre absenciu kompetencie. Žalobca s týmto názorom nesúhlasil a podaniami zo dňa 23.3.2006 a 4.4.2006 trval na vykonaní kontroly. Žalovaný v oznámení adresovanom žalobcovi zo dňa 19.4.2006 č. 112/6000/2/2006 opätovne konštatoval, že P. V. S., a. s. je obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní, avšak na postup pri vyhlásení výberového konania na výber strategického zmluvného partnera sa nevzťahujú metódy a postupy zákona o verejnom obstarávaní a úrad nemá kompetencie vykonať kontrolu tohto postupu a ani vydať rozhodnutie o predbežnom opatrení pozastaviť postup tejto spoločnosti v predmetnom výberovom konaní. Žalobca považoval takýto výklad žalovaného za neprípustný.

Predmetom výberového konania vykonaného P. V. S., a. s. bolo:

- a) predaj 100% akcií dcérskej P. S. P. V. P. S., a. s. H., P., IČO X. (ďalej len P.) vybranému strategickému partnerovi,
- b) zabezpečenie spolupráce vybraného strategického partnera a P. V. S., a. s. prostredníctvom P. zmluvy uzatvorenej medzi P. V. S., a. s. a P. na obdobie min. 20 rokov,
- c) v budúcnosti možnom odkúpení P. hnutel'ného majetku S. P. ako kupujúcim od S. P. V. S., a. s. ako predávajúcim.

Výberová komisia dňa 2.2.2006 rozhodla o víťazovi výberového konania. Konečná ponuka žalobcu, ktorý sa zúčastnil tohto výberového konania, bola posúdená ako neúspešná.

Vo veci - P. V. S., a. s. výberové konanie na výber strategického partnera, zaujala stanovisko Generálna prokuratúra Slovenskej republiky a súčasne vydala upozornenie prokurátora podľa § 28 zákona č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov, ktoré doručila žalovanému listom zo dňa 15.8.2006 č. VI/1 Gd 2109/06-41. Generálna prokuratúra Slovenskej republiky v liste konštatuje, že postup žalovaného, ktorým odmietol žiadosť žalobcu listom zo dňa 19.4.2006 a súčasne nerozhodol o námietkach podaných podľa § 107 ods. 1 zákona č. 523/2003 Z. z. nie je v súlade s platnou úpravou týkajúcou sa dohľadu nad verejným obstarávaním podľa uvedeného zákona, ktorý treba podľa § 155 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z. z.

aplikovať na predmetnú problematiku, i keď sa konanie začalo po 1.2.2006 z dôvodu, že proces obstarávania začal pred 31.1.2006. Potvrdila, že je nesporné, že P. je obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní. Stotožnila sa s tvrdením žalovaného, že na odpredaj 100% akcií dcérskej spoločnosti P. sa ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní nevzťahujú, nakoľko v danom prípade sa nejedná o uzatváranie verejnej zmluvy na dodanie tovaru, uskutočnenie prác alebo poskytnutie služby. Ďalej potvrdila, že ustanovenia tohto zákona taktiež neupravujú postupy a metódy pri uzatváraní dodatkov k platne uzatvoreným zmluvám a súčasne, že mimo postupov a metód verejného obstarávania však nemožno riešiť uzatváranie zmluvy o poskytovaní služieb dodávok pitnej vody, so subjektom, ktorý v žiadnom prípade nie je totožný s tým, ktorý tu bol pred predajom 100% jeho akcií. Poukázala na to, že v prípade P. a P. sa metódy a postupy podľa zákona o verejnom obstarávaní na uzatváranie zmlúv na poskytovanie služieb nepoužívali, pretože P. bol pridruženým podnikom P., keďže P. ako dcérska spoločnosť P. bola z hľadiska tohto zákona pridruženým podnikom k obstarávateľovi, čo však už nemožno tvrdiť v prípade predaja 100% akcií obstarávateľa inému subjektu, ktorou skutočnosťou prestáva mať P. štatút pridruženého podniku, a preto sa na uzatváranie zmlúv o poskytovaní služieb, ktoré P. po predaji 100% akcií inému subjektu, v zmysle zákona o verejnom obstarávaní, obstarávateľovi poskytuje bezozvyšku, vzťahujú postupy a metódy verejného obstarávania bez ohľadu na to, ako budú tieto zmluvy nazvané, pretože na nové právne postavenie zmluvných strán, obstarávateľa P. a poskytovateľa P. po predaji akcií sa jedná o nové zmluvy, ktorých uzatváranie podlieha režimu verejného obstarávania. Konštatovala, že vychádzajúc z vecného obsahu a dopadu výberového konania na strategického partnera pre P. sa javí preto bod b/ časti I listu P. z 20.12.2005 ako obchádzanie zákona o verejnom obstarávaní z dôvodu, že v prípade tohto bodu sa jednalo o postup verejného obstarávania, z ktorých dôvodov, žalovaný s odkazom na ustanovenia §§ 106 až 123 zákona o verejnom obstarávaní môže buď na základe podnetu iného subjektu alebo z vlastného podnetu kontrolovať, či obstarávateľ v procese verejného obstarávania dodržiava metódy a postupy verejného obstarávania, ktoré sa na tento proces vzťahujú. V závere sa stotožnila s tvrdením žalovaného vyplývajúcim z jeho listov zo dňa 21.3.2006 a 19.4.2006, že na postup pri vyhlásení výberového konania na strategického zmluvného partnera sa nevzťahujú metódy a postupy zákona o verejnom obstarávaní (bod a/ časti I listu P. z 20.12.2005), avšak sa nemožno stotožniť s jeho tvrdením, že nemá kompetenciu vykonávať kontrolu postupu obstarávateľa v časti týkajúcej sa uzatvárania zmlúv o poskytovaní služieb v súvislosti s dodávkou pitnej vody, bod b/ časti I listu P. z 20.12.2005, nakoľko predajom akcií P. na iný subjekt na uzatváranie zmlúv v tejto oblasti medzi P. a P. sa aplikuje v celosti zákon č. 523/2003 Z.z. v spojení s § 155 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z. z. Na zistený protiprávny stav podľa § 28 ods. 1 zákona o prokuratúre žalovaného upozornila.

Na základe upozornenia prokurátora podľa § 28 ods. 1 zákona o prokuratúre vo veci - P. V. S., a. s., výberové konanie na výber strategického partnera, žalovaný vykonal v čase od 28.4.2006 do 29.9.2006 podľa ustanovení §§ 112, 137 a 146 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v spojení s ust. § 155 ods. 5 tohto zákona kontrolu postupu obstarávateľa P. V. S., a. s., na dodržiavanie zákona o verejnom obstarávaní (zákona č. 523/2003 Z. z.), o výsledku ktorej spísal protokol zo dňa 9.10.2006 č. 185-6000/4/2006 a dodatok č.1 zo dňa 16.11.2006 č. 185-6000/6/2006 k protokolu, ktoré dňa 16.11.2006

zápisnične prerokoval s uvedeným obstarávateľom podľa § 11 ods. 2, písm. g/ zákona č. 10/1996 Z. z. o kontrole v štátnej správe znení neskorších predpisov. Výsledky vykonanej kontroly úrad oznámil Generálnej prokuratúre Slovenskej republiky listom zo dňa 6.9.2007 a súčasne Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky listom zo dňa 20.12.2007. Konštatoval, že P. V. S., a. s., ktorá je obstarávateľom podľa zákona o verejnom obstarávaní, vo vyhlásenom výberovom konaní na výber strategického partnera nebola povinná postupovať podľa zákona o verejnom obstarávaní, nakoľko žiadna časť predmetu tohto výberového konania nie je definovaná ako predmet, na ktorého obstarávanie a uzatváranie zmluvy sa vzťahujú metódy a postupy zákona o verejnom obstarávaní.

V danej veci žalovaný správne postupoval, keď skúmal svoju pôsobnosť konať vo veci podľa § 112 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v spojení s § 137 a s § 146, keďže oznámenie žalobcu mu bolo doručené dňa 19.4.2006, teda za účinnosti tohto zákona (od 1.2.2006), a súčasne posudzoval svoju pôsobnosť k predmetu oznámenia žalobcu - „kontrola dodržiavania zákona o verejnom obstarávaní č. 523/2003 Z. z. v príslušnom znení pri výberovom konaní na výber strategického partnera pre S. P. V. S., a. s., H, P., IČO: X., vyhláseného dňa 20.9.2005 v denníku F.T.“, podľa § 155 uvedeného zákona a v zmysle predchádzajúceho platného právneho predpisu, ktorým bol zákon č. 523/2003 Z. z. o verejnom obstarávaní platného do 31.1.2006.

Zákonodarca pôsobnosť úradu ustanovil v § 112 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov tak, že úrad vypracúva koncepcie verejného obstarávania a pripravuje programy odbornej prípravy a preškolovania, **vykonáva štátnu správu v oblasti verejného obstarávania, vykonáva dohľad nad verejným obstarávaním**, spolupracuje s Európskou komisiou a zabezpečuje plnenie informačných povinností voči Európskej komisii v pôsobnosti tohto zákona, predkladá najmenej raz ročne správu o výsledkoch verejného obstarávania a fungovaní verejného obstarávania vláde a na požiadanie aj výboru Národnej rady Slovenskej republiky, vydáva neperiodické publikácie, vedie zoznam podnikateľov, vydáva preukazy o odbornej spôsobilosti a vedie zoznam odborne spôsobilých osôb, registruje osoby podľa § 116 ods. 3 a vedie zoznam registrovaných osôb, metodicky usmerňuje účastníkov procesu verejného obstarávania, zverejňuje všetky svoje metodické usmernenia pre účastníkov procesu verejného obstarávania a všetky svoje rozhodnutia o námietkach vrátane odôvodnenia, ukladá pokuty za správne delikty, vedie a verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi sprístupňuje na svojej internetovej stránke vzory elektronických dokumentov, špeciálne programové vybavenie spĺňajúce podmienky podľa § 18 ods. 4 a iné náležitosti potrebné na zabezpečenie elektronickej komunikácie pri obstarávaní tovarov podľa § 25 ods. 3, § 91 ods. 3 a § 99 ods. 2, vykonáva ďalšie činnosti podľa tohto zákona.

Podľa § 137 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov úrad vykonáva dohľad nad dodržiavaním povinností verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 7. Úrad pri výkone dohľadu rozhoduje o námietkach uchádzačov, záujemcov, účastníkov alebo osôb, ktoré sa domnievajú, že ich práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného, rozhoduje o námietkach orgánu štátnej

správy, ak boli kontrolovanému poskytnuté finančné prostriedky na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb z Európskych spoločenstiev, vykonáva kontrolu postupu zadávania zákaziek a kontrolu súťaže návrhov organizovaných kontrolovaným, ukladá pokuty za správne delikty, vykonáva iné činnosti podľa tejto hlavy.

Podľa § 155 ods. 1, 2, 3, 5 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov verejná súťaž, užšia súťaž, rokovacie konanie so zverejnením alebo súťaž návrhov, ktorá sa vyhlásila do 31. januára 2006, sa dokončí podľa doterajších predpisov. Rokovacie konanie bez zverejnenia, ktoré sa preukázateľne začalo do 31. januára 2006, sa dokončí podľa doterajších predpisov. Rokovacím konaním bez zverejnenia možno uzavrieť čiastkové zmluvy na základe platnej rámcovej zmluvy uzavretej podľa doterajších predpisov najneskôr do 31. decembra 2007. V konaní, ktoré začne úrad po 1. februári 2006 a vzťahuje sa na verejné obstarávanie podľa odsekov 1 až 3, sa postupuje podľa doterajších predpisov.

Podľa § 1 ods. 1, 2 zákona o verejnom obstarávaní, platného do 31.1.2006, tento zákon ustanovuje metódy a postupy verejného obstarávania používané obstarávateľmi pri uzavieraní verejných zmlúv na dodanie tovaru, zmlúv na uskutočnenie prác alebo zmlúv na poskytnutie služieb a pôsobnosť Úradu pre verejné obstarávanie. Pri verejnom obstarávaní sa uplatňuje princíp priehľadnosti, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov a záujemcov, hospodárskej súťaže pri dodržiavaní zásad hospodárnosti pri vynakladaní finančných prostriedkov.

Podľa § 2 ods. 1, 4 zákona o verejnom obstarávaní, platného do 31.1.2006, obstarávateľia sú povinní pri uzavieraní zmlúv používať metódy a postupy verejného obstarávania podľa tohto zákona. Povinnosť obstarávateľov podľa odseku 1 sa vzťahuje na obstarávanie:

- a) výrobkov, zariadení a iných vecí ponúkaných na trhu a určených na predaj,
- b) stavebných prác a s nimi súvisiacich dodávateľských prác potrebných na zhotovenie stavby v pozemnom staviteľstve alebo v inžinierskom staviteľstve,
- c) finančných služieb, právnych služieb, projektových služieb, inžinierskych služieb, remeselných služieb a ďalších služieb.

Žalovaný úrad v rozsahu svojej pôsobnosti bol oprávnený v rámci dohľadu vykonať kontrolu v S. – P. V. S., a. s., len na dodržiavanie metód a postupov verejného obstarávania používaných obstarávateľom pri uzavieraní verejných zmlúv na dodanie tovaru, zmlúv na uskutočnenie prác alebo zmlúv na poskytnutie služieb. Z obsahu výberového konania vykonaného touto spoločnosťou na základe uverejnenia oznámenia v denníku F.T. dňa 20.9.2005 však nevyplýva, že by predmetom tohto výberového konania bolo uzatváranie verejných zmlúv na dodanie tovaru, zmlúv na uskutočnenie prác alebo zmlúv na poskytnutie služieb, v dôsledku čoho možno dôvodne dospieť k záveru, že žalovaný úrad nemal pôsobnosť podľa § 112 v spojení s § 137 a s § 155 zákona č. 25/2006 Z. z. na vykonanie kontroly na dodržiavanie zákonnosti v zmysle ustanovení zákona o verejnom obstarávaní (zákon

č. 523/2003 Z.z.) vo vyššie uvedenom výberovom konaní, vykonanie ktorej žalobca žiadal úrad vo svojom podnete zo dňa 6.3.2006.

Vzhľadom na uvedené skutočnosti, keďže žalovaný úrad nemal pôsobnosť na vykonanie kontroly na dodržiavanie zákonnosti v zmysle zákona o verejnom obstarávaní vo výberovom konaní vykonaným P. V. S., a. s. nie je dôvod mu vytýkať, že nekonal vo veci podnetu žalobcu bez vážneho dôvodu spôsobom ustanoveným príslušným právnym predpisom (zákon o verejnom obstarávaní) a teda bol v konaní nečinný.

Podľa § 250t ods. 1 O.s.p. fyzická alebo právnická osoba, ktorá tvrdí, že orgán verejnej správy nekoná bez vážneho dôvodu spôsobom ustanoveným príslušným právnym predpisom tým, že je v konaní nečinný, môže sa domáhať, aby súd vyslovil povinnosť orgánu verejnej správy vo veci konať a rozhodnúť. Návrh nie je prípustný, ak navrhovateľ nevyčerpal prostriedky, ktorých použitie umožňuje osobitný predpis.

Z uvedených dôvodov, keďže žalovaný úrad nemal pôsobnosť na vykonanie kontroly na dodržiavanie zákonnosti v zmysle zákona o verejnom obstarávaní vo výberovom konaní, ktoré vykonala P. V. S., a. s. nie je dôvod mu vytýkať, že nekonal vo veci podnetu žalobcu bez vážneho dôvodu spôsobom ustanoveným príslušným právnym predpisom (zákon o verejnom obstarávaní) a teda bol v konaní nečinný.

Najvyšší súd Slovenskej republiky na základe uvedených skutočností podľa § 250t ods. 4 O.s.p. návrh ako nedôvodný zamietol.

Žalobcovi náhradu trov konania nepriznal podľa § 250t ods. 8 O.s.p. v spojení s § 250k ods. 1, pretože bol v tomto konaní neúspešný.

P o u č e n i e : Proti tomuto uzneseniu odvolanie nie je prípustné.

V Bratislave, dňa 25. marca 2008

**JUDr. Igor Belko, v. r.
predseda senátu**

Za správnosť vyhotovenia :
Ľubica Kavivanovová