

Súd: Najvyšší súd SR
Spisová značka: 3Sžfk/55/2017
Identifikačné číslo spisu: 1014201864
Dátum vydania rozhodnutia: 21.11.2018
Meno a priezvisko: JUDr. Ivan Rumana
Funkcia: sudca
ECLI: ECLI:SK:NSSR:2018:1014201864.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Ivana Rumanu a členiek senátu JUDr. Sone Langovej a JUDr. Anny Peťovskej PhD. v právnej veci sťažovateľa (pôvodne žalobcu): EURO-ŠTUKONZ, a.s., IČO: 35 972 297, Podunajská 23, 821 06 Bratislava, v zastúpení: MST PARTNERS, s.r.o., advokátska kancelária, Laurinská 3, 811 01 Bratislava, proti pôvodnému žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Ružová dolina 10, 821 09 Bratislava, o preskúmanie zákonnosti postupu a rozhodnutia žalovaného č. 9363-9000/2014-KR/36 zo dňa 06.10.2014, v konaní o kasačnej sťažnosti sťažovateľa proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 6S/241/2014-57 zo dňa 08.02.2017, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky kasačnú sťažnosť sťažovateľa (pôvodne žalobcu) proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 6S/241/2014-57 zo dňa 08.02.2017

z a m i e t a.

Účastníkom konania nárok na náhradu trov kasačného konania n e p r i z n á v a.

Odôvodnenie

1. Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu žalobcu o preskúmanie zákonnosti postupu a rozhodnutia Rady žalovaného č. 9363-9000/2014-KR/36 zo dňa 06.10.2014, ktorým Rada odvolanie navrhovateľa EURO-ŠTUKONZ, a.s. zamietla a rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie č. 6823-6000/2014-ON/1 83 zo dňa 11.08.2014 potvrdila podľa § 142 ods. 7 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s odôvodnením, že v predmetnom verejnom obstarávaní sa dňa 17.04.2014 uskutočnila e-aukcia, pričom v jej priebehu kontrolovaný uplatňoval pravidlo, v zmysle ktorého uchádzačom nebolo umožnené v e-aukcii zmeniť svoju cenu, ak by ich nová cena nebola zo všetkých cien najnižšia. Rada konštatovala, že navrhovateľ EURO-ŠTUKONZ, a.s. priebeh e-aukcie v desaťdňovej lehote od jej uskutočnenia nenamietal, čo možno zo strany navrhovateľa považovať za akceptovanie spôsobu, akým daná e-aukcia prebehla. Zároveň ani žiadny z ďalších šiestich uchádzačov, ktorí sa predmetnej e-aukcii zúčastnili, nedoručil Úradu ani kontrolovanému námietky smerujúce proti priebehu e-aukcie. Z uvedeného možno vyvodit' záver, že aj zo strany ostatných uchádzačov bol priebeh e-aukcie akceptovaný ako súladný so zákonom o verejnom obstarávaní. Kontrolovanému teda nič nebránilo v tom, aby naplnil účel samotnej

e-aukcie stanovený v § 43 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní a zostavil na jej základe poradie ponúk jednotlivých uchádzačov.

2. Žalobca tvrdil, že sa z pozície uchádzača zúčastnil podlimitnej zákazky, predmetom ktorej bola „Rekonštrukcia a modernizácia zdravotníckeho zariadenia SENIUM MEDICA“. Táto zákazka bola vyhlásená osobou podľa § 7 ZVO, a to Senium Medica, s.r.o. (ďalej len „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania č. 214/2013 zo dňa 01.11.2013 pod značkou 18069-WYP. Kontrolovaný zverejnil vo Vestníku verejného obstarávania výzvu na predkladanie ponúk (podlimitné zákazky), pričom kritériom na ich vyhodnotenie bola najnižšia cena s tým, že sa mala použiť elektronická aukcia. Ponuky boli predložené 12 subjektmi a súťažné kolo aukcie sa konalo dňa 17.04.2014. Kontrolovaný listom zo dňa 02.05.2014 (doručený dňa 05.05.2014) žalobcu informoval o výsledku vyhodnotenia súťaže, ktorým mu oznámil, že jeho ponuku neprijíma. Hodnotiaca komisia na základe výsledku elektronickej aukcie určila za víťaza súťaže spoločnosť SOAR, s.r.o., ktorá ponúkla najnižšiu cenu vo výške 337.876,50 Eur bez DPH. Následne listom zo dňa 03.06.2014 (doručený dňa 05.06.2014) kontrolovaný žalobcovi oznámil, že po elektronickej aukcii vylúčil dvoch uchádzačov. Dôvodom bolo neposkytnutie súčinnosti pri podpise zmluvy a odstúpenie od ponuky uchádzača. Listom zo dňa 06.06.2014 (doručený dňa 09.06.2014) kontrolovaný žalobcovi oznámil zmenu víťazného uchádzača. Týmto uchádzačom sa stal uchádzač umiestnený na 3. mieste, a to spoločnosť OKBPlus, a.s., Stavebná 6, 974 01 Banská Bystrica, ktorý v rámci elektronickej aukcie ponúkol cenu za predmet zákazky vo výške 903.333 Eur bez DPH. Z uvedeného listu kontrolovaného zároveň vyplýva, že úspešný uchádzač na prvom mieste (spoločnosť SOAR, s.r.o.) neposkytol súčinnosť a spoločnosť UNIOS, s.r.o., ktorá skončila na 2. mieste, od svojej ponuky odstúpila. Voči uvedenému postupu kontrolovaného uplatnil žalobca dňa 16.06.2014 námietky v zmysle § 138 ods. 2 písm. f/ ZVO, konkrétne proti výsledku vyhodnotenia ponúk. Žalobca predmetnými námietkami napadol nezákonnosť (z hľadiska základných zásad verejného obstarávania) vyhodnotenia ponúk v súvislosti so zmenou víťazného uchádzača a postupu kontrolovaného, keďže po skončení elektronickej aukcie nepožiadaval prvých dvoch uchádzačov o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky v zmysle § 42 ods. 3 ZVO. V tejto súvislosti žalobca v žalobe poukázal na obsah odôvodnenia prvostupňového rozhodnutia, s ktorým nesúhlasil a tiež na dôvody odvolania proti tomuto rozhodnutiu.

3. Krajský súd z obsahu odôvodnenia rozhodnutia žalovaného vydaného v prvom stupni zistil, že kontrolovaný využil možnosť danú § 45 ods. 9 ZVO, keď potom, ako uchádzač č. 1 odmietol poskytnúť súčinnosť pri podpise zmluvy vyzval na uzavretie zmluvy uchádzača č. 2, ktorý sa umiestnil ako druhý v poradí. Keďže uchádzač č. 2 odstúpil od svojej ponuky, kontrolovaný postupoval v súlade s uvedeným zákonným ustanovením, keď na uzavretie zmluvy následne vyzval uchádzača č. 3, ktorý sa umiestnil po elektronickej aukcii na treťom mieste. Na základe toho žalovaný konštatoval, že kontrolovaný postupoval v súlade s § 45 ods. 9 ZVO, a preto považoval námietky žalobcu v tejto časti za neopodstatnené. K časti námietok žalobcu týkajúcej sa priebehu elektronickej aukcie a nevyužitia inštitútu žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky uchádzača č. 1 a č. 2 sa žalovaný v odôvodnení rozhodnutia vydaného v prvom stupni vyjadril tak, že o tejto časti námietok nie je možné meritórne rozhodnúť z dôvodu uplynutia prekluzívnej lehoty na doručenie námietok. Tieto závery vyslovené v rozhodnutí vydanom v prvom stupni boli prevzaté aj do napadnutého rozhodnutia. V konaní o námietkach, na ktoré sa v zmysle § 153 ods. 2 ZVO vzťahuje všeobecný právny predpis o správnom konaní (Správny poriadok), správny orgán v prvom rade skúma, či sú splnené procesné podmienky pre vydanie meritórneho rozhodnutia vo veci. Vyplýva to aj zo systematického výkladu ust. § 139 ZVO, ktorý hovorí o spôsoboch rozhodnutia žalovaného v konaní o námietkach. Jedným z dôvodov, pre ktoré je žalovaný povinný konanie o námietkach zastaviť je skutočnosť, že námietky boli správnomu orgánu doručené po zákonom stanovenej lehote podľa § 138 ods. 5 ZVO. Smernica Rady 89/665/EHS z 21.12.1989 stanovila princíp preskúmateľnosti každého úkonu verejného obstarávateľa a tento princíp bol premietnutý do § 138 ods. 2 písm. g/ ZVO. V zmysle eurokonformného výkladu ZVO musí teda byť každý úkon verejného obstarávateľa preskúmateľný príslušným orgánom (v danom prípade žalovaným). Pri uplatňovaní princípu preskúmateľnosti každého úkonu verejného obstarávateľa však podľa názoru súdu nie je možné vykladať zákon absolútne. Tento názor súdu vychádza z konštantnej judikatúry Súdneho dvora EÚ (viď rozsudok z 12.12.2002, *Universale-Bau a i.*, C-470/99, Zb. s. 1-11617, tiež rozsudok z 11.10.2007, *Lämmerzahl*, C-241/06, Zb. s. 1-8415, ako aj rozsudok z 28.01.2010, *Uniplex UK*, C-406/08, Zb. s. 1-817). Podľa judikatúry uvedenej v prechádzajúcej vete predmetná smernica nevyklučuje takú vnútroštátnu

právnú úpravu, v rámci ktorej návrh na preskúmanie rozhodnutia verejného obstarávateľa musí byť pod sankciou preklúzie podaný v stanovenej lehote. V tej istej lehote je potrebné namietať akúkoľvek nezrovnalosť v postupe verejného obstarávania a po uplynutí tejto lehoty už nie je možné napadnúť príslušné rozhodnutie verejného obstarávateľa, ani namietať prípadnú nezrovnalosť. Naplnenie cieľa predmetnej smernice by bolo ohrozené, ak by záujemcovia a uchádzači mohli v ktoromkoľvek štádiu verejného obstarávania tvrdiť porušenie pravidiel verejného obstarávania a donútiť tak verejného obstarávateľa, aby začal celý proces od začiatku a odstránil prípadné porušenia. Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora EÚ musia členské štáty stanoviť opravné prostriedky umožňujúce dosiahnuť zrušenie rozhodnutia.

4. Krajský súd ďalej zistil, že žalobca podanými námietkami napadol nezákonnosť vyhodnotenia ponúk zo strany kontrolovaného, a to v súvislosti so zmenou víťazného uchádzača. Napadol tiež postup kontrolovaného, keďže po skončení elektronickej aukcie nepožiadaval prvých dvoch uchádzačov o vysvetlenie mimoriadne nízkej ponuky v zmysle § 42 ods. 3 ZVO. Smerodajnou skutočnosťou mal byť rozpor základných zásad verejného obstarávania s postupom kontrolovaného. Bolo nepochybne preukázané, že žalobca doručil predmetné námietky podľa § 138 ods. 2 písm. f/ ZVO žalovanému dňa 18.06.2014 ako reakciu na úkon kontrolovaného, a to oznámenie zmeny víťazného uchádzača doručené žalobcovi dňa 09.06.2014.

5. V danom prípade je však nepochybné, že žalobca v predmetných námietkach namietať aj vyhodnotenie ponúk zo strany žalovaného a tiež pravidlá priebehu elektronickej aukcie. O výsledku elektronickej aukcie sa žalobca dozvedel dňa 05.05.2014, kedy mu kontrolovaný oznámil, že úspešným uchádzačom sa stala spoločnosť SOAR, s.r.o. (uchádzač č. 1) s ponukou vo výške 337.876,50 Eur bez DPH (viď bod 14 tohto rozsudku). Z uvedeného vyplýva, že už od tohto okamihu mal žalobca možnosť podať námietky proti úkonu kontrolovaného (vyhodnoteniu ponúk podľa § 138 ods. 2 písm. f/ ZVO), v ktorých mohol namietať, že kontrolovaný nevyužil inštitút žiadosti o vysvetlenie mimoriadne nízkej ceny podľa § 42 ods. 3 ZVO. To isté platí aj v prípade, ak žalobca podanými námietkami rozporoval pravidlá priebehu elektronickej aukcie. O týchto pravidlách bol žalobca upovedomený najneskôr v deň uskutočnenia tejto aukcie, a to dňa 17.04.2014. Krajský súd dospel k záveru, že napadnuté rozhodnutie je vecne správne a preto žalobu podľa § 190 SSP zamietol.

6. Proti tomuto rozsudku podal žalobca v zastúpení advokátom včas kasačnú sťažnosť, obsahovo zhodnú so žalobou, na základe ktorej začalo konanie pred krajským súdom. V merite veci namietať, že UVO, ako aj Rada UVO mali posúdiť súlad rozhodnutia kontrolovaného o zmene víťazného uchádzača s princípmi verejného obstarávania upravenými ZVO (ako aj európskou legislatívou). Úkon kontrolovaného, spočívajúci v zmene víťazného uchádzača bolo preto potrebné posúdiť z hľadiska jeho súladu s princípmi verejného obstarávania bez ohľadu na to, kedy sa kontrolovaný dozvedel o poradí uchádzačov v elektronickej aukcii a či žalobca výsledky e-aukcie napadol námietkami. Okolnosť, že sa žalobca dozvedel o výsledkoch e-aukcie už dňa 5.5.2014 (ktoré nenapadol námietkami) preto nič nemení na tom, že aj následný úkon zmeny víťazného uchádzača mal byť v súlade s princípmi verejného obstarávania. Skutočnosť, že žalobca a ani iný uchádzač nenapadol zákonnosť elektronickej aukcie, nezaložila kontrolovanému oprávnenie postupovať pri zmene víťazných uchádzačov v zmysle § 45 ods. 9 ZVO tak, aby boli porušené princípy verejného obstarávania. Sťažovateľ namietať, že skutočnosť, že nenapadol výsledky e-aukcie námietkami v lehote 10 dní po tom, čo sa o nich dozvedel preto neznamená, že UVO, resp. Rada UVO mali rezignovať na posúdenie súladu následnej zmeny víťazného uchádzača so základnými princípmi verejného obstarávania a odmietnuť, v tejto súvislosti prihliadnuť na fakt, že cena navrhnutá uchádzačom na treťom mieste v poradí nebola v e-aukcii riadne vysúťažená. Okrem toho žalobca opakovane zdôraznil, že z námietok je zrejmé, že napadol nezákonnosť elektronickej aukcie v spojitosti s prijatím ponuky OKBplus, a.s. kontrolovaným ako víťaznej.

7. Sťažovateľ uviedol, že problematickosť elektronickej aukcie uplatnenej v danom prípade (keď bolo možné znižovať ponukovú cenu iba oproti uplatnenej najnižšej ponukovej cene) totiž nastáva až vo fáze, keď kontrolovaný neuzavrie zmluvu s víťazom elektronickej aukcie (napr. z dôvodu neposkytnutia súčinnosti) a následne si vyberie ako zmluvného partnera uchádzača, ktorý skončil v elektronickej aukcii na druhom, resp. treťom mieste (§ 45 ods. 9 ZVO). Až týmto postupom dochádza k protiprávnemu stavu z hľadiska princípov verejného obstarávania, nakoľko uplatnením legálneho spôsobu výberu ďalších zmluvných partnerov v poradí (§ 45 ods. 9 ZVO) dochádza k výberu takých ponúk uchádzačov, ktoré neboli riadne vysúťažené (keďže nebolo možné uplatňovať nižšie ponukové ceny

oproti nim, ktoré by boli zároveň vyššie ako najnižšia uplatnená ponuková cena). Z toho je tiež zrejmé, že až v tom momente zároveň nastane aj priama príčinná súvislosť medzi porušením zákona a vyhodnotením ponúk (§ 139 ods. 2 ZVO) /víťaznou sa stáva riadne nevysúťažená ponuka, čo odporuje princípom verejného obstarávania/. Rozhodnutie Rady je nepreskúmateľné a arbitrárne a porušuje § 139 ods. 7 ZVO, § 47 ods. 3 ZVO, ako aj čl. 46 ods. 1 Ústavy SR. Sťažovateľ navrhoval, aby najvyšší súd napadnutý rozsudok zmenil tak, že napadnuté rozhodnutie Rady Úradu, aj prvostupňové rozhodnutie Úradu zrušil a vec vrátil Úradu na ďalšie konanie.

8. Pôvodný žalovaný vo vyjadrení zo dňa 25.05.2017 ku kasačnej sťažnosti sťažovateľa uviedol, že nesúhlasí s tvrdením sťažovateľa (pôvodného žalobcu), že lehota na podanie námietok žalobcu, ktorým sa spochybňoval priebeh elektronickej aukcie vo väzbe na prijatie ponuky OKBplus, a.s. začala v predmetnom prípade plynúť až po tom, čo sa dozvedel o tom, že úspešným uchádzačom sa vo verejnom obstarávaní stala spoločnosť OKBplus, a.s. (dňa 9. 6. 2014). Predmetné tvrdenie možno kvalifikovať ako špekulatívne prekrúcanie zmyslu a účelu ustanovení ZVO. Sťažovateľ priebeh e-aukcie v desaťdňovej lehote od jej uskutočnenia nenamietal a zároveň nenamietal ani konečné poradie uchádzačov, ktoré mu boli oznámené dňa 5. 5. 2014. Tým, že nedošlo k poskytnutiu súčinnosti víťazného uchádzača, kontrolovaný aplikoval postup reglementovaný v § 45 ods. 9 ZVO, a teda úspešným uchádzačom sa stal uchádzač č. 3, ktorý sa v predmetnom verejnom obstarávaní umiestnil na treťom mieste. Kontrolovaný túto skutočnosť oznámil následne aj sťažovateľovi. Oznámenie odoslané sťažovateľovi, že kontrolovaný uzatvára zmluvu s uchádzačom č. 3 nie je zákonnou povinnosťou, ale v danom prípade ide iba o poskytnutie informácie kontrolovaným čisto na dobrovoľnej báze a snahu kontrolovaného zabezpečiť princíp transparentnosti až do záverečnej fázy verejného obstarávania. Táto informácia nielenže nie je povinnosťou kontrolovaného, ale nezakladá ani medzník, od ktorého by mala začať plynúť lehota na podanie námietok proti vyhodnoteniu ponúk, resp. nezakladá nový začiatok plynutia tejto lehoty. Navrhoval, aby najvyšší súd kasačnú sťažnosť ako nedôvodnú zamietol.

9. Najvyšší súd Slovenskej republiky konajúci ako kasačný súd (§ 438 ods. 2 Správneho súdneho poriadku, ďalej len „SSP“) preskúmal napadnutý rozsudok, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo v medziach dôvodov podanej kasačnej sťažnosti v zmysle § 440 SSP, kasačnú sťažnosť prejednal bez nariadenia pojednávania (§ 455 SSP), keď deň vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne 5 dní vopred na úradnej tabuli a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk <. (§ 137 ods. 2 a 3 SSP).

10. Podľa § 45 ods. 9 zák. č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní v znení účinnom ku dňu 17.04.2014, deň súťažného kola aukcie úspešný uchádzač alebo uchádzači sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzatvorené do 30 dní odo dňa uplynutia lehoty podľa odsekov 2 až 7, ak boli na ich uzatvorenie písomne vyzvaní. Ak úspešný uchádzač alebo uchádzači odmietnu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu alebo nesplnia povinnosť podľa prvej vety, verejný obstarávateľ a obstarávateľ ich môže uzatvoriť s uchádzačom alebo uchádzačmi, ktorí sa umiestnili ako druhí v poradí. Ak uchádzač alebo uchádzači, ktorí sa umiestnili druhí v poradí odmietnu uzavrieť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu alebo neposkytnú verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť, potrebnú na ich uzavretie tak, aby mohli byť uzatvorené do 30 dní odo dňa, keď boli na ich uzavretie písomne vyzvaní, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže uzatvoriť zmluvu, koncesnú zmluvu alebo rámcovú dohodu s uchádzačom alebo uchádzačmi, ktorí sa umiestnili ako tretí v poradí. Uchádzač alebo uchádzači, ktorí sa umiestnili tretí v poradí sú povinní poskytnúť verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi riadnu súčinnosť, potrebnú na uzavretie zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody tak, aby mohli byť uzatvorené do 30 dní odo dňa, keď boli na ich uzavretie písomne vyzvaní. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania pri zadávaní zákazky určiť, že lehota podľa prvej, tretej a štvrtej vety je dlhšia než 30 dní.

11. Kasačný súd sa stotožnil so žalovaným i s krajským súdom, že procesný postup podľa § 45 ods. 9 ZVO vychádza už zo záväzne určeného poradia uchádzačov v skončenom procese. Preto v rámci následnej aplikácie ust. § 45 ods. 9 ZVO nemožno prehodnocovať už uzavretý proces určenia poradia uchádzačov, ktorí sa v záväznom poradí stali úspešnými uchádzačmi. Sťažovateľ v podstate namieta kvalitu právnej úpravy, ktorá úspešnému uchádzačovi umožňovala „ľahké“ odstúpenie od vysúťaženej ponuky, čo v skutočnosti môže vyvolávať pochybnosti o vážnosti vôle úspešného uchádzača aj víťaznú ponuku realizovať. Ide o nedostatky právnej úpravy, ktoré sa nedajú preklenúť výkladom správnych

súdov.

12. O náhrade trov kasačného konania rozhodol kasačný súd podľa § 167 ods. 1 SSP v spojení s § 175 ods. 1 a 2 SSP a § 467 ods. 1 SSP tak, že pôvodnému žalobcovi nevznikol voči sťažovateľovi nárok na náhradu trov kasačného konania v plnom rozsahu, keďže v konaní nebol úspešný. Žalovanému trovy kasačného konania nevznikli.

13. Toto rozhodnutie prijal Najvyšší súd SR v senáte pomerom hlasov 3:0.

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku opravný prostriedok nie je prípustný.