



**ROZSUDOK**  
**V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY**

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Jany Baricovej a členiek senátu JUDr. Jarmily Urbanovej a JUDr. Eleny Krajčovičovej v právnej veci žalobcov v 1. rade **Kapsch Telematic Services SK, s.r.o.** so sídlom Karadžičova 8, City Bussiness Center, Bratislava, v 2. rade **Kapsch TrafficCom SK Construction & Realization, s.r.o.**, so sídlom Karadžičova 8 City Bussiness Center, Bratislava, v 3. rade **Kapsch TrafficCom AG**, so sídlom Wagenseilgasse 1, Viedeň, Rakúsko, v 4. rade **Kapsch TrafficCom AG**, so sídlom Bataljonsgatan 10, BOX 1063, 55110, Jönköping, Švédsko, v 5. rade **VIA VERDE PORTUGAL-GESTAO DE SISTEMAS ELECTRÓNICOS DE COBRANCA S.A.**, so sídlom QT da Torre da Aquilha, edif.BRISA, 2775 SaO Domingos de Rana, Cascais, Lisabon, Portugalsko, v 6. rade **Kapsch TrafficCom Argentina S.A.**, so sídlom Juana Azurduy 2440-C1429BZJ Nuenos Aires, Argentina, v 7. rade **Kapsch Telematic Seervices GmbH**, so sídlom Wagenseilgasse 1, 1120 Viedeň, Rakúsko, všetci zastúpení *Advokátskou kanceláriou Dedák & Partners, s.r.o.*, so sídlom Mlynské Nivy 45, Bratislava, proti žalovanému **Úradu pre verejné obstarávanie**, Dunajská 68, P. O. BOX 58, Bratislava, za účasti **Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s.** so sídlom Mlynské Nivy 45, Bratislava, zastúpenej *advokátskou kanceláriou Ružička, Csekes, s.r.o.*, so sídlom Vysoká 2/B, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 535-85-7000/2008 zo dňa 2. júla 2008, na odvolanie žalobcov v 1. až 7. rade proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave zo dňa 6. mája 2009 č. k. 2S 122/08-205, takto

**r o z h o d o l :**

Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave zo dňa 6. mája 2009 č. k. 2S 122/08–205 **p o t v r d z u j e .**

Účastníkom náhradu trov odvolacieho konania nepriznáva.

**O d ô v o d n e n i e :**

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave (ďalej aj „krajský súd“) podľa § 250j ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len „OSP“) zamietol žalobu žalobcov v 1. až 7. rade (ďalej len „žalobca“), ktorou sa domáhali preskúmania a zrušenia rozhodnutia žalovaného č. 535-85-7000/2008 zo dňa 2. júla 2008, ktorým boli v zmysle § 139 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) zamietnuté námietky proti vylúčeniu žalobcovej ponuky z verejného obstarávania s názvom „*Komplexná služba elektronického výberu mýta*“ (ďalej len verejné obstarávanie) vyhláseného verejným obstarávateľom - Národnou diaľničnou spoločnosťou, a.s. (ďalej len „obstarávateľ“). Ako dôvody vylúčenia verejný obstarávateľ uviedol:

1/ že v ponuke nie je uvedené, ako bude prebiehať koordinácia spolupráce so zložkami mýtnej polície, na základe čoho uzavrel, že ponuka nespĺňala požiadavky na predmet zákazky stanovené obstarávateľom v súťažných podkladoch v časti B1 „Opis predmetu zákazky“, článku 11.4 „Čiastková služba Vynucovanie (enforcement) pod číslom P4.17 na strane B1-30,

2/ uchádzač neuviedol zásady spolupráce s mýtnou políciou a činnosť mobilných jednotiek enforcementu, čo považoval verejný obstarávateľ za nedodržanie záväzného obsahu technickej časti ponuky „Opis predmetu zákazky“ podľa časti B1 článku 16.5 na strane B1-43,

3/ nemožnosť vypnúť akustický signál na palubných jednotkách, čo považoval obstarávateľ za nepreukázanie splnenia záväznej požiadavky na predmet zákazky podľa časti B1 „Opis predmetu zákazky“, článku 11.1 bod P1.14 na strane B1-24 a článku 11.3 pod písmenom P3.9, na strane B1-29 až B1-30 súťažných podkladov,

4/ že opis procesov v ponuke nie je úplný, nakoľko nezahŕňa rozdiely vyplývajúce z použitia principiálne rôznych palubných jednotiek s rôznym účelom použitia, čo považoval

obstarávateľ za nesplnenie požiadavky na predmet zákazky podľa časti B1 článku 11.3, 11.4 a 11.5.

Svoje rozhodnutie krajský súd odôvodnil tým, že po preskúmaní veci dospel k záveru, že žalovaný postupoval v medziach zákona, keď námietky žalobcu proti vylúčeniu jeho ponuky zo súťaže zamietol, nakoľko zákonné predpoklady pre tento postup boli splnené, hoci nie v celom rozsahu. Pri svojom rozhodovaní krajský súd vychádzal z obsahu spisov žalovaného ako aj obstarávateľa a z ustanovení § 9 ods. 1, § 22 ods. 1, § 33 ods. 1, 4, a § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní.

Krajský súd vyslovil názor, že zo samotnej účasti žalobcu v súťaži, akceptácie súťažných podkladov a predloženia súťažnej ponuky nemožno bez ďalšieho vyvodiť, že žalobca ako uchádzač splnil všetky podmienky účasti a požiadavky stanovené obstarávateľom v rozsahu vymedzenom v súťažných podkladoch. Verejný obstarávateľ v bode 16.3 (Záväzný obsah technickej časti ponuky) stanovil všeobecnú požiadavku na rámcový popis procesov ponúkaného riešenia služby vo fáze jej prevádzkovania, v zmysle ktorej mal uchádzač stručne popísať hlavné procesy, ktoré bude služba zaisťovať vo fáze prevádzkovania služby s tým, že ponúkané riešenie musí rešpektovať funkčné požiadavky definované verejným obstarávateľom v bode 11 časti B1 súťažných podkladov, pričom popis procesov mal byť urobený jednak vo forme textovej, a jednak vo forme Use – case diagramov alebo diagramov EPC. Pre splnenie podmienok účasti v súťaži preto nestačilo deklarovanie záväzku uchádzača poskytnúť verejnému obstarávateľovi službu v rozsahu podľa súťažných podkladov, najmä pokiaľ ide o opis predmetu zákazky, ale vyžadovalo sa popísať a graficky znázorniť hlavné procesy ponúkaného riešenia, ktoré zabezpečia rešpektovanie funkčných požiadaviek stanovených v bode 11 súťažných podkladov. Z dôvodov rozsudku vyplýva, že obstarávateľ, ani žalovaný a ani krajský súd nespochybnili spôsobilosť žalobcu prostredníctvom svojej ponuky poskytnúť verejnému obstarávateľovi službu v rozsahu vymedzenom v súťažných podkladoch, dokonca ani to, že žalobcom ponúkané riešenie nie je v rozpore so súťažnými podkladmi. Pre splnenie podmienok účasti v súťaži a požiadaviek na predmet zákazky však všeobecná akceptácia súťažných podkladov (vrátane technických požiadaviek) na poskytnutie služby a nedeklarovanie rozporu ponúkaného riešenia so súťažnými podkladmi nepostačuje. Krajský súd nepovažoval za správne tvrdenie žalobcu, že iba uchádzač ponúkajúci riešenie, ktoré by bolo v rozpore s technickými požiadavkami obstarávateľa stanovenými v súťažných podkladoch, by predložil ponuku odchyľujúcu sa od zadania obstarávania. Nesúhlasil ani s názorom žalobcu, že odchylenie sa od technických požiadaviek musí byť takej intenzity, aby bolo možné z neho vyvodiť neschopnosť uchádzača

poskytnúť komplexnú službu, pretože úlohou obstarávateľa je hodnotiť splnenie stanovených požiadaviek jednu po druhej, pričom nesplnenie ktorejkoľvek z nich musí v zmysle zásad verejného obstarávania viesť k záveru o nesplnení požiadaviek na predmet zákazky a následnému vylúčeniu ponuky. To platí bez ohľadu na rozsah zákazky a množstvo požiadaviek obstarávateľa, samozrejme za predpokladu, že rovnaký postup bude použitý voči všetkým uchádzačom.

Pokiaľ ide o návrh zmluvy (bod 1.4.2 všeobecných zmluvných podmienok), z ktorého žalobca vyvodil, že v prípade prijatia jeho ponuky by nemal možnosť odchyliť sa pri poskytovaní služby od požiadaviek definovaných obstarávateľom, je krajský súd toho názoru, že obsahom predmetného ustanovenia návrhu zmluvy je určenie poradia prednosti aplikácie dojednaných ustanovení v rámci realizácie zmluvného vzťahu medzi vybraným uchádzačom a obstarávateľom a s dôvodmi vylúčenia žalobcovej ponuky nesúvisí.

Z odôvodnenia napadnutého rozsudku ďalej vyplýva, že v zmysle bodu 16.3 súťažných podkladov bolo úlohou uchádzača uviesť v ponuke rámcový popis procesov ponúkaného riešenia vo fáze prevádzkovania služby (v textovej aj grafickej forme), popísať hlavné procesy, ktoré bude ponúkané riešenie zaisťovať pri rešpektovaní obstarávateľom stanovených funkčných požiadaviek. Jednou z funkčných požiadaviek stanovených obstarávateľom v bode 11 súťažných podkladov bola požiadavka P4.17, týkajúca sa čiastkovej služby enforcement (*vynucovanie*), podľa ktorej táto služba musí zaistiť koordináciu spolupráce aj so zložkami mýtnej polície pri výkone činnosti mobilných jednotiek v teréne. Podľa bodu 16.5 súťažných podmienok mal uchádzač v ponuke okrem iného uviesť zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou a činnosť mobilných jednotiek enforcementu. Zjavným dôvodom uvedených požiadaviek obstarávateľa bola potreba vysvetliť predstavu uchádzača o súčinnosti zástupcov mýtnej polície a poverených osôb (personálu poskytovateľa služby) pri uskutočňovaní mobilného vynucovania, nakoľko spoluprácu týchto zložiek mobilných jednotiek predpokladá zákon č. 25/2007 Z. z. o elektronickom výbere mýta za užívanie vymedzených úsekov pozemných komunikácií a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „o elektronickom výbere mýta“). Takýto popis spolupráce mýtnych policajtov s pracovníkmi poskytovateľa služby z hľadiska zostavovania mobilných jednotiek, ich riadenia, nasadzovania do riešení mýtnych incidentov, prípadne opis ďalších okolností, s ktorými treba počítať pri spolupráci týchto zložiek, sa nenachádza ani v zákone o elektronickom výbere mýta ani v bode 7,3 súťažných podkladov, na ktoré sa žalobca odvoláva. Krajský súd po preskúmaní žalobcovej ponuky, vrátane ním zvýraznených častí, ktorými chcel preukázať splnenie predmetnej požiadavky, krajský súd

skonštatoval, že opis procesov súvisiacich so zaistením koordinácie spolupráce prevádzkovateľa služby so zložkami mýtnej polície pri výkone činnosti mobilných jednotiek spolupráce v teréne, ako aj zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou v súťažnej ponuke žalobcu absentujú. Splnenie tejto požiadavky obstarávateľa nie je v žalobcovej ponuke opísané ani v jednotnej ucelenej časti, ani parciálne na viacerých miestach do tej miery, aby bolo možné z ponuky poznať žalobcovu predstavu o koordinácii spolupráce medzi zložkami mýtnej polície a pracovníkmi poskytovateľa služby vo fáze prevádzkovania služby. Krajský súd sa nestotožnil s názorom žalobcu, že súťažné podklady jednoznačne nevyžadovali detailnejší opis koordinácie spolupráce so zložkami mýtnej polície a je toho názoru, že požiadavka obstarávateľa bola stanovená jasne, najmä v časti upravujúcej záväzný obsah technickej časti ponuky. Krajský súd uviedol, že aj keď obstarávateľ nestanovil podrobnejšie kritéria na opis tohto procesu, nemožno súhlasiť s názorom žalobcu, že obstarávateľ interpretoval nenaplnenie svojich nevyslovených predstáv ako rozpor ponuky žalobcu so súťažnými pokladmi, nakoľko žalobca vo svojej ponuke opomenul opísať procesy spojené so zaistením koordinácie spolupráce uvedených zložiek a špecifikovať zásady pre túto spoluprácu. Podľa názoru krajského súdu preto v tejto časti postupoval obstarávateľ i žalovaný správne, keď nevyhovenie predmetnej požiadavky vyhodnotili ako nesplnenie podmienky pre účasť v súťaži.

Ďalej podľa súťažných podkladov v časti 11.1. týkajúcej sa čiastkovej služby „Prepis mýta“ verejný obstarávateľ stanovil požiadavku P1.14, v ktorej určil, že palubná jednotka musí indikovať platiteľovi mýta správne zaznamenanie mýtnej udalosti optickým signálom alebo akustickým signálom s možnosťou akustický signál vypnúť. V bode 11.3 súťažných podkladov upravujúcom čiastkovú službu „Distribúcia, správa a údržba palubných jednotiek“ bola stanovená požiadavka P3.9, podľa ktorej služba Distribúcia, správa a údržba palubných jednotiek musí zabezpečiť také palubné jednotky, u ktorých je akustická signalizácia palubnej jednotky vypínateľná. Aj pri tejto požiadavke bolo potrebné v zmysle bodu 16.3 popísať hlavné procesy ponúknutého riešenia, z ktorých by bolo zrejmé rešpektovanie uvedenej funkčnej požiadavky definovanej obstarávateľom. Palubná jednotka teda mala umožniť platiteľovi mýta vypnúť akustickú signalizáciu zaznamenania mýtnej udalosti prostredníctvom používateľského rozhrania palubnej jednotky. Žalobca vo svojej ponuke podrobne opísal ponúknuté palubné jednotky, ich ovládacie prvky a vlastnosti. Z textového popisu ani z grafického znázornenia palubných jednotiek však nevyplývalo, či a akým spôsobom môže platiteľ mýta (vodič) akustickú signalizáciu vypnúť. Túto skutočnosť vyhodnotil obstarávateľ i žalovaný ako nesplnenie záväznej požiadavky na predmet zákazky

v časti týkajúcej sa povinnej vypínateľnosti akustickej signalizácie. Obstarávateľ nevyužil možnosť prostredníctvom žiadosti o vysvetlenie ponuky zistiť, či navrhnuté palubné jednotky uvedenú požiadavku spĺňajú, čo žalobca považoval za nezákonný postup. Až v priebehu súdneho konania žalobca v reakcii na žalovaným predložený posudok Žilinskej univerzity v Žiline, Ústavu súdneho inžinierstva č. 132/2009 podrobnejšie rozviedol možnosti nastavenia palubných jednotiek vrátane spôsobu vypnutia akustickej i optickej signalizácie tvrdiac, že v súťažnej ponuke deklaroval súlad používateľského rozhrania palubných jednotiek s technickou normou EN ISO 14906, z ktorej vyplýva splnenie požiadavky obstarávateľa na vypínateľnosť bzučiaka palubnej jednotky. Toto z ponuky, ktorá bola pre obstarávateľa i žalovaného v súvislosti s posudzovaním splnenia požiadaviek na predmet zákazky rozhodujúca, takýto záver nebolo možné vyvodiť. Krajský súd vyslovil názor, že nemožno očakávať od obstarávateľa, aby splnenie stanovených požiadaviek na vlastnosti palubnej jednotky odvodzoval z obsahu technickej normy, na ktorú súťažná ponuka odkazuje, keď odkaz na technickú normu sám ako kritérium pre splnenie konkrétnej požiadavky nestanovil a výslovne si vymienil, aby uchádzač popísal hlavné procesy ponúkaného riešenia, prostredníctvom ktorých budú stanovené funkčné požiadavky zabezpečené. Dodatočné vysvetlenie vlastností ponúkaných palubných jednotiek nemohol krajský súd vziať do úvahy ako dôkaz o splnení predmetnej požiadavky obstarávateľa už v predloženej súťažnej ponuke, pretože zo samotnej súťažnej

Ďalej krajský súd uviedol, že možno súhlasiť s názorom žalovaného, že žiadosť obstarávateľa o vysvetlenie súťažnej ponuky nie je podmienkou pre vylúčenie ponuky uchádzača, ktorá nespĺňa záväzné požiadavky na predmet zákazky, pretože v zmysle § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je žiadosť o vysvetlenie ponuky možnosťou, nie povinnosťou obstarávateľa. Krajský súd uviedol, že zákon limituje obstarávateľa pri uplatnení tohto práva len tým, že obstarávateľ nesmie vyzvať ani prijať ponuku uchádzača na zmenu, ktorou by sa ponuka zvýhodnila. Pri posudzovaní zákonnosti napadnutého rozhodnutia a jemu predchádzajúceho postupu obstarávateľa, nepovažoval krajský súd za dôležité to, že ponuka žalobcu nedeclarovala nevypínateľnosť akustickej signalizácie na palubných jednotkách, ale skutočnosť, že splnenie predmetných požiadaviek obstarávateľa (či a ako môže platiteľ mýta akustickú signalizáciu na palubnej jednotke vypnúť) z ponuky nevyplývalo. Z týchto dôvodov krajský súd zaujal názor, že vylúčenie žalobcovej ponuky pre nesplnenie predmetnej požiadavky obstarávateľa nemožno hodnotiť ako nezákonné.

Pokiaľ ide o posledný dôvod vylúčenia žalobcovej ponuky spočívajúci v nepreukázaní splnenia záväzných požiadaviek na predmet zákazky stanovených v časti 11.3 (čiastková

služba Distribúcia, správa a údržba palubných jednotiek), v časti 11.4 (čiastková služba Vynucovanie), v časti 11.5 (čiastková služba Zákaznícke služby), odôvodnený tým, že opis procesov spracovaný žalobcom v ponuke nebol úplný, nakoľko nezahŕňal rozdiely vyplývajúce z použitia principiálne rôznych palubných jednotiek, v tejto časti považoval krajský súd napadnuté rozhodnutie za nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť a nedostatok dôvodov. Z obsahu žalobcovej ponuky jasne vyplýva, že ním ponúkaný systém založený na dvoch rôznych palubných jednotkách – OBU typoch (satelitnom a mikrovlnnom) nepočíta s rozdielnymi procesmi pre rôzne OBU typy. Ako opodstatnená sa preto javí argumentácia žalobcu, že obstarávateľ i žalovaný vychádzali z nesprávnej domnienky, že použitie dvoch typov palubných jednotiek nevyhnutne vyžaduje rôzne procesy, ktoré mali byť osobitne popísané v ponuke.

Napriek tvrdeniu o neúplnosti popisu procesov súvisiacich so zabezpečením požiadaviek uvedených v článkoch 11.3, 11.4, 11.5 súťažných podkladov a absencii požadovaných diagramov v žalobcovej ponuke, požiadal obstarávateľ o vysvetlenie ponuky so žiadosťou o spresnenie opisu procesov vyššie uvedených čiastkových služieb s ohľadom na použitie rôznych palubných jednotiek, pričom bez náležitého zdôvodnenia svojho postupu následne vyhodnotil odpoveď žalobcu na žiadosť o vysvetlenie ako snahu napraviť nedostatky ponuky tvrdiac, že prijatie ponuky žalobcu na zmenu, ktorou by sa ponuka zvýhodnila, mu zákon neumožňuje. Inými slovami žiadal o nápravu nedostatku, ktorý neskôr označil za nenapraviteľný. Takýto postup obstarávateľa, ktorý si osvojil aj žalovaný, považoval krajský súd za priečiaci sa zásadám a princípom verejného obstarávania, pričom konštatoval, že v žalobcovi oprávnené vzbudzuje dojem, že ak by neodpovedal na žiadosť o vysvetlenie, bola by jeho ponuka vylúčená z tohto dôvodu a v prípade, že by odpovedal na takúto žiadosť a vysvetlil skutočnosti uvedené v ponuke, bola by jeho odpoveď použitá ako zdôvodnenie neúplnosti ponuky.

Krajskému súdu tiež chýbalo základné zdôvodnenie, prečo za daných okolností obstarávateľ žiadal o vysvetlenie ponuky, aké nové skutočnosti alebo riešenia priniesla odpoveď žalobcu na žiadosť o vysvetlenie, aké diagramy obstarávateľovi chýbali v ponuke pre znázornenie príslušných procesov ponúkaného riešenia a v čom malo spočívať zvýhodnenie ponuky žalobcu v súvislosti s odpoveďou na žiadosť o vysvetlenie. Krajský súd z týchto dôvodov vyhodnotil argumentáciu žalovaného v tejto časti ako nedostatočnú a postup obstarávateľa považoval za nezákonný.

Námietky žalobcu týkajúce sa nesprávne zvoleného postupu zadávania zákazky formou užšej súťaže, krajský súd vyhodnotil ako nedôvodné a predovšetkým uplatnené

v nesprávnom čase a na nesprávnom mieste, nakoľko výber postupu zadávania zákazky bol v zmysle platnej právnej úpravy oprávnený uskutočniť obstarávateľ a v prípade nesúhlasu so zvoleným postupom mohol žalobca využiť zákonom predpokladané revízne postupy už pri vyhlásení verejného obstarávania. To isté krajský súd konštatoval, aj pokiaľ ide o namietaný nedostatok zákonných náležitostí súťažných podkladov, najmä opisu predmetu zákazky, ktorý v danom štádiu verejného obstarávania už súdu skúmať neprináležalo.

Z týchto dôvodov krajský súd dospel k záveru, že žalovaný postupoval v medziach zákona, keď námietky žalobcu proti vylúčeniu jeho ponuky zo súťaže zamietol, nakoľko zákonné predpoklady pre tento postup boli splnené, hoci nie v celom rozsahu.

O náhrade trov konania rozhodol krajský súd podľa § 250k ods. 1 OSP tak, že žalobcovi náhradu trov konania nepriznal pre jeho neúspech v konaní.

Proti tomuto rozsudku podal žalobca v zákonnej lehote odvolanie zotrúvajúc na svojich námietkach uvedených v žalobe. Podľa názoru žalobcu krajský súd nezaujal k argumentácii v žalobe správne stanovisko. Žalobca uviedol, že rozsudok sa prikláňa k čisto formalistickému a striktno pozitivistickému výkladu zákona o verejnom obstarávaní, nezohľadňuje nijakým spôsobom podstatu a zmysel úpravy verejného obstarávania, a pri výklade ustanovení zákona o verejnom obstarávaní sa priklonil k názoru žalovaného a obstarávateľa, ktorí svojim prístupom v rámci užšej súťaže zmarili férovú hospodársku súťaž medzi jednotlivými uchádzačmi. Z rozsudku možno nadobudnúť dojem, že podstatou postupu verejného obstarávania nie je zabezpečiť pri využívaní verejných zdrojov ekonomicky najvýhodnejšiu a technicky zodpovedajúcu dodávku. Žalobca vyslovil názor, že prístupom krajského súdu, žalovaného ako aj obstarávateľa k výkladu ustanovení zákona o verejnom obstarávaní je vo verejnom obstarávaní preferovaný absurdný formalizmus na úkor princípov a zásad verejného obstarávania.

Žalobca vytýkal krajskému súdu, že i keď sa v prvej časti svojho odôvodnenia odvoláva na základné zásady verejného obstarávania, tieto ďalej nerozvádza pri aplikácii na posudzovaný prípad a vo svojej podstate ich neguje rozhodnutím vo veci samej. Namietal, že krajský súd posudzoval jeho ponuku ako neúplnú, ale súťažné podklady, ktoré práve v sporných požiadavkách boli viac ako stručné, nejednoznačné a, dokumentujúc to priebehom verejného obstarávania, umožňujúce mimoriadne extenzívny výklad, v rozsudku vykladá mimoriadne voľne a aplikuje ich spôsobom nezodpovedajúcim ich textácii. Poukazoval na to, že práve tento formalistický prístup aplikovaný v rámci verejného obstarávania krajským súdom, žalovaným ako i obstarávateľom bol listom Európskej komisie z mája 2009, ktorým

v súlade s článkom 226 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva začal formálne proces infringementu (*priestupku*) voči Slovenskej republike za porušenie práva ES pri verejnom obstarávaní (ďalej len list EK) jednoznačne odmietnutý ako nesprávny, i keď sa konanie podľa čl. 226 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva formálne týka iného uchádzača vo verejnom obstarávaní ako žalobcu, pochybnosti Európskej komisie o súlade postupu obstarávateľa s príslušným komunitárnym právom možno aplikovať aj na posudzovaný prípad.

Žalobca ďalej namietal, že rozsudok je miestami nezrozumiteľný a odchyľujúci sa od platného práva. V odôvodnení na strane 11 a 12 rozsudku krajský súd zaujíma stanovisko k splneniu podmienok účasti vo Verejnom obstarávaní zo strany žalobcu, pričom žalobca pripomína, že podmienky účasti splnil, o čom niet pochyb, nakoľko bol obstarávateľom vyzvaný na predloženie ponuky a boli mu v rámci užšej súťaže poskytnuté súťažné podklady. Poukazoval na to, že v tejto časti krajský súd cituje ustanovenie § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, ktoré v spojení s uvádzaním nesplnenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní pôsobí mátaúco. Žalobca tvrdí, že v tomto ohľade je rozsudok zmätočný a nepreskúmateľný a nie je zjavné, čo bolo sledované danou argumentáciou.

Žalobca tvrdil, že krajský súd pri rozhodovaní nevyhodnotil správne dôkazy vykonané na pojednávaniach, a to najmä vo vzájomnej súvislosti. Poukazoval na to, že žalobca v žalobe namietal nesprávne vyhodnotenie nesplnenia technických požiadaviek stanovených v súťažných podkladoch zo strany komisie na vyhodnotenie ponúk, ako aj zo strany komisie žalovaného, ktorá rozhodovala o námietkach žalobcu. Uviedol, že pri dokazovaní vyšlo najavo, že *v rámci komisie pre vyhodnocovanie ponúk pôsobil Ing. L., pri ktorom možno mať pre predpokladaný, minimálne nepriamy blízky vzťah k úspešným uchádzačom pochybnosti o jeho nezaujatosti a nestrannosti, pričom táto skutočnosť predstavuje pre žalobcu prvok diskriminácie a nerovnakého zaobchádzania zo strany obstarávateľa. Ak sú pochybnosti o zákonnosti a nestrannosti procesu verejného obstarávania (napr. preto, že jeden člen komisie je zamestnancom deklarovaneho subdodávateľa jedného z uchádzačov a obstarávateľ túto skutočnosť popiera viac ako rozporuplným spôsobom) nemôže konajúci súd túto skutočnosť pri rozhodovaní o zákonnosti rozhodnutia ako aj postupu Verejného obstarávateľa obísť a nijako nevyhodnotiť.*

Žalobca argumentoval, že porušením princípu spravodlivého procesu je už len zdanie (*appearance*), že takýto proces nie je nestranný a že niektorý z dotknutých subjektov má výhodnejšie postavenie ako iný subjekt. Žalobca tvrdil, že krajský súd v rámci pochybnosti o nestrannosti Ing. W. nevzal do úvahy pochybnosti o jeho nedostatočnej kvalifikácii na

posudzovanie, v čom žalobca vidí porušenie ustanovenia § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, pričom žalobca uviedol, že si je vedomý, že túto skutočnosť nenamietal v rámci konania o námietkach, resp. ani v žalobe, avšak v súlade s OSP a príslušným hmotným právom bol krajský súd povinný namietané skutočnosti (diskriminácia, nerovnaké zaobchádzanie a netransparentnosť verejného obstarávateľa) vyhodnotiť aj s ohľadom na skutočnosti, ktoré vyšli najavo v rámci súdneho konania, čo však krajský súd neurobil.

Žalobca tiež namietal, že z výpovede Ing. W. vyplýva, že verejný obstarávateľ posudzoval nesplnenie požiadaviek žalobcom úplne inak, než ako nakoniec bolo uvedené v samotnom rozhodnutí o vylúčení. Žalobca tvrdil, že z uvedenej výpovede vyplýva, že komisia na vyhodnotenie ponúk sa zaoberala otázkami, ktoré nie sú v súťažných podkladoch obsiahnuté (navrhovaný pomer medzi satelitnými a mikrovláknovými palubnými jednotkami) a z nich dôvodzovala nesplnenie požiadaviek žalobcom.

Žalobca tiež poukazoval na to, že právna zástupkyňa verejného obstarávateľa uvádzala na pojednávaní dňa 18.3.2009 skutočnosti, ktoré spochybňujú činnosť komisie na vyhodnotenie ponúk žalobcu a následnom rozhodnutí o jej vylúčení. Z jej opisu je nepochybné, že komisia žalovaného neskúmala riadne námietky žalobcu, jej činnosť sa obmedzila na formalistické stotožnenie sa s verejným obstarávateľom. Uviedol, že na pojednávaní boli opísané postupy, ktoré sa v skutočnosti nemohli stať. Komisia podľa tvrdení žalovaného preskúmavala veci, ktoré neboli súčasťou ponuky (schéma palubnej jednotky) a na druhej strane neskúmala to, čo skutočne súčasťou ponuky bolo (použitie dvoch druhov palubných jednotiek).

Žalobca vzhľadom na uvedené zastáva názor, že rozsudok krajského súdu je nezákonný, nemá oporu v právnych predpisoch ani vo vykonanom dokazovaní. Rozsudok považuje žalobca za nepreskúmateľný pre zmätočnosť a nedostatok dôvodov.

Ďalej žalobca namietal, že v súťažných podkladoch nie je stanovené, čo sú hlavné procesy, ktoré bude Služba zaisťovať vo fáze prevádzkovania Služby. Túto otázku napriek námietkam žalobcu nevyriešil ani krajský súd, ktorý sa k tejto otázke v rozsudku nevyjadril. Taktiež uviedol, že jeho ponuka spĺňala požiadavku P 4.17, nakoľko bola zaistená koordinácia spolupráce so zložkami mýtnej polície pri výkone činnosti mobilných jednotiek v teréne a v jeho ponuke sa nachádzali zásady spolupráce s mýtnou políciou. Relevantné časti ponuky, kde sa nachádzali určité zásady spolupráce s mýtnou políciou predložil žalobca súdu na pojednávaní dňa 22.4.2009, pričom žalobca nikdy netvrdil, že ide o úplný výpočet zásad spolupráce s mýtnou políciou, alebo výpočet, ktorý zodpovedá písomnej požiadavke verejného obstarávateľa z bodu 16.5 súťažných podkladov, ktorú sa snažil verejný

obstarávateľ skonkretizovať a spraviť určitou až v Oznámení 1. Žalobca tvrdil, že verejný obstarávateľ v Oznámení 1 ako ani v Oznámení 2 nepreukázal, že by táto koordinácia nebola zaistená, a rozhodnutie o vylúčení žalobcu odôvodnili názorom, že zaistenie koordinácie nebolo v ponuke dostatočným a nepochybným spôsobom jednoznačne preukázané. V konaní nebolo preukázané a ani dokazované, že sa v ponuke žalobcu nenachádzali žiadne zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou. V súlade s ustanoveniami bodu 11.4 časti B1 Súťažných podkladov nie je uchádzačom stanovená povinnosť popisovať v ponuke zaistenie koordinácie spolupráce prevádzkovateľa s jednotkami mýtnej polície, preto nie je z rozsudku jasné, ako súd dospel záveru, že požiadavka obstarávateľa bola v tomto ohľade jasne formulovaná. Rovnako v súťažných podkladoch nie je stanovené, či majú byť uvedené všetky zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou, alebo len niektoré týchto zásad. Taktiež žalobca tvrdil, že v súťažných podkladoch absentuje určenie detailnosti opisu zásad spolupráce. Uviedol, že nie je možné pripustiť, aby verejný obstarávateľ mal možnosť formulovať súťažné podklady tak voľne, že bude posúdenie splnenia záväzných požiadaviek postavené výlučne na jeho úvahe, bez možnosti objektívneho preskúmania tejto úvahy. V tomto ohľade sa žalobca vzhľadom na dokazovanie nevie stotožniť s názorom krajského súdu o správnosti postupu verejného obstarávateľa, ako aj žalovaného pri vyhodnotení prvých dvoch dôvodov pre vylúčenie ponuky žalobcu z verejného obstarávania a preto žalobca v tomto zmysle považuje rozsudok ako i napadnuté rozhodnutie za nezákonné, keďže krajský súd ako i žalovaný na základe vykonaného dokazovania urobili nesprávne skutkové závery ohľadne úplnosti žalobcovej ponuky, nesprávne právne posúdili zákonnosť vylúčenia ponuky žalobcu z verejného obstarávania a rozsudok ako aj rozhodnutie žalovaného za javia v tomto bode ako arbitrárne.

Ďalej poukazoval na to, že v Oznámení 1 pod bodom 3/ odôvodnil verejný obstarávateľ vylúčenie ponuky žalobcu z verejného obstarávania nemožnosťou vypnúť akustický signál na palubných jednotkách. V rámci konania pred súdom žalobca preukázal, že zvuková signalizácia na palubnej jednotke je vypínateľná. Krajský súd tento argument uznal, avšak nepochopiteľne uzavrel, že dôvodom pre vylúčenie žalobcu z verejného obstarávania bola skutočnosť, že vypínateľnosť zvukovej signalizácie nebolo možné vyvodiť z ponuky žalobcu. Žalobca poukazoval na to, že súťažné podklady nešpecifikovali, akým spôsobom by mala byť akustická signalizácia vypínateľná.

Podľa žalobcu výkladom zákona o verejnom obstarávaní, ktorý podporil svojim rozsudkom aj krajský súd, bolo dôkazné bremeno v rámci verejného obstarávania presunuté

na uchádzačov. Toto nezodpovedá ustanoveniam zákona o verejnom obstarávaní a ani bežnej ústavno-konformnej praxi pri konaniach v rámci verejnej správy.

Bol toho názoru, že verejný obstarávateľ, rešpektujúc princípy nediskriminácie, mal požiadať žalobcu o vysvetlenie, či palubná jednotka má vypínateľnú akustickú signalizáciu, alebo nie. Tvrdil, že pri tomto bode nie je možné vykladať ustanovenie § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní bez kontextu situácie čisto ako právo obstarávateľa bez praktických konzekvencií pre legalitu realizácie procesu verejného obstarávania. Namietal, že ak verejný obstarávateľ požiadal žalobcu o vysvetlenie v 16 – tich prípadoch, nie je jasné, prečo tak nespravil aj ohľadom akustickej signalizácie, a ak by žalobca odpovedal, že táto nie je vypínateľná, je to dôvod pre vylúčenie v súlade s ustanovením § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní. Ak by žalobca objasnil, že akustická signalizácia na palubných jednotkách, ktoré boli ponúknuté v ponuke je vypínateľná, neprišlo by k neprípustnej zmene ponuky a boli by rešpektované zásady súťaže medzi jednotlivými uchádzačmi. V tejto súvislosti žalobca poukazuje na žiadosť o vysvetlenie ponuky, ktorú obstarávateľ zaslal uchádzačovi **SanToll**. V tejto sa obstarávateľ pýtal na množstvo okolností, ktoré mohli byť podmienkou pre vylúčenie tejto ponuky a obsahovo zodpovedali potencionálnej otázke na možnosť vypnutia akustickej signalizácie palubnej jednotky ponúknutej žalobcom. Ak obstarávateľ argumentuje, že takto voči žalobcovi postupovať mohol, ale nemusel, ide o vážny prípad diskriminácie a nerovnakého zaobchádzania medzi účastníkmi verejného obstarávania. Ďalej tiež poukazoval na skutočnosť, že rovnaký právny názor ako on na otázku vysvetľovania ponúk má v konkrétnom prípade aj Európska komisia, ktorá tento vyjadrila v Liste EK. Opätovne žalobca poukazoval na opis skúmania vypínateľnosti akustickej signalizácie palubnej jednotky ponúknutej žalobcom, ktorý prezentovala na pojednávaní dňa 18.3.2009 právna zástupkyňa žalovaného. Tento podľa názoru žalobcu vzbudzuje značné pochybnosti o spôsobe rozhodovania komisie žalovaného o námietkach žalobcu.

Podľa názoru žalobcu sa krajský súd s pochybnosťami, ktoré vyplynuli z dokazovania nijako nevysporiadal. Skutkový záver nemá oporu v dokazovaní a je v priamom rozpore so súťažnými podmienkami ako i tvrdeniami svedka, člena komisie na vyhodnocovanie ponúk. Rovnako právne závery z rozsudku sú nesprávne, postavené na takej miere formalizmu, ktorá implicitne popiera princípy verejného obstarávania ako aj jeho podstatu a zmysel.

Vytykal krajskému súdu, že mu rozsudkom odňal právo konať pred súdom a považuje rozsudok za nepreskúmateľný pre nedostatok dôvodov. Opätovne poukazoval na článok 6 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd v znení protokolov č. 3,5 a 8 a tvrdil,

že v žalobe namietal viacero skutočností, ktorými sa ani obstarávateľ, žalovaný, ale ani krajský súd nezaoberali. Poukazoval na to, že v zmysle rozhodovacej praxe Ústavného súdu Slovenskej republiky do obsahu základného práva na súdnu a inú ochranu patrí aj právo každého na to, aby sa o jeho veci rozhodovalo podľa relevantnej právnej normy. Tieto princípy pri rozhodovaní neboli rešpektované.

Žalobca tiež napádal formálnu správnosť rozsudku, rozhodnutia a predchádzajúcich rozhodnutí vo Verejnom obstarávaní. Napadnutý rozsudok, ako i napadnuté rozhodnutie považuje žalobca za vydané v rozpore s ustanoveniami Občianskeho súdneho poriadku, zákona o verejnom obstarávaní a tiež v rozpore s Ústavou Slovenskej republiky. Podľa názoru žalobcu sa Krajský súd v Bratislave v odôvodnení rozsudku dostatočne nevysporiadal s argumentáciou žalobcu, nie je z neho zrejmé, prečo súd zastáva určitý právny názor a ako aplikuje hmotné právo. Poukazoval na to, že napadnutým rozsudkom mu bola odňatá možnosť konať pred súdom vzhľadom na jeho nepreskúmateľnosť pre nedostatok dôvodov, súd prvého stupňa nesprávne vec právne posúdil s tým, že nepoužil správne ustanovenie právneho predpisu a nedostatočne zistil skutkový stav. Uviedol, že rozhodnutie obstarávateľa ako aj žalovaného vychádzali z nesprávneho právneho posúdenia veci, zistenie skutkového stavu je nedostačujúce na posúdenie veci, rozhodnutia sú nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť alebo pre nedostatok dôvodov, v konaní správneho orgánu boli vzhľadom na nerešpektovanie práva na spravodlivý proces také vady, ktoré majú vplyv zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

Na základe uvedeného žalobca navrhoval, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok krajského súdu zmenil tak, že napadnuté rozhodnutie žalovaného ako aj rozhodnutie obstarávateľa zruší a vec vráti na ďalšie konanie.

Žalovaný vo svojom písomnom vyjadrení zo dňa 14.8.2009 na odvolanie navrhol napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave potvrdiť ako vecne správny. Uviedol, že žalobca sa ako uchádzač zúčastnil v užšej súťaži na predmet zákazky „Komplexná služba elektronického výberu mýta“, vyhlásenej Verejným obstarávateľom v Úradnom vestníku Európskej únie pod značkou 2007/S 186-227132 zo dňa 27.9.2007 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 188 zo dňa 1.10.2007 pod značkou 04382 –MUS. Ide o nadlimitnú zákazku. Žiadosť o zaradenie do užšej súťaže doručilo 21 záujemcov, z toho doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti v lehote na predkladanie žiadosti o účasť predložilo 8 záujemcov. Obstarávateľ z dôvodu nesplnenia podmienok účasti vylúčil 5 záujemcov, z ktorých dvaja využili revízne postupy a rozhodnutiami úradu č. 1350-189-7000/2007 a č. 1353-190-

7000/2007 boli zrušené rozhodnutia o ich vylúčení z verejného obstarávania a boli zaradení späť do procesu verejného obstarávania. Obstarávateľ listami zo dňa 17.1.2008 vyzval 5 záujemcov na predloženie ponuky. V lehote predložili svoje ponuky štyria uchádzači. Obstarávateľ vylúčil z predmetného verejného obstarávania troch uchádzačov, vrátane žalobcu. Obstarávateľ požiadal listom zo dňa 9.4.2008 žalobcu o vysvetlenie ponuky, na čo odpovedal žalobca listom zo dňa 16.4.2008. Obstarávateľ listom zo dňa 29.4.2008, doručeným žalobcovi dňa 2.5.2008, zaslal oznámenie o vylúčení žalobcu z verejného obstarávania. Listom zo dňa 9.5.2008 doručil obstarávateľovi žiadosť o nápravu, ktorú obstarávateľ listom zo dňa 16.5.2008 zamietol. Následne žalobca dňa 23.5.2008 doručil žalovanému ako aj obstarávateľovi námietky proti vylúčeniu uchádzača podľa § 138 ods. 2 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní. Žalovaný rozhodnutím č. 535-84-7000/2008 zo dňa 2.7.2008 námietky žalobcu proti vylúčeniu zamietol.

Žalovaný poukazoval na to, že žalobca opätovne v rámci argumentácie opomína skutočnosť, že proces verejného obstarávania vzhľadom na jeho signifikantný verejnoprávny rozmer predstavuje prísne formalizovaný proces, ktorý má exaktne stanovené inštitúty, procesné štádia a procesnú formu. Podľa jeho názoru krajský súd v rozsudku zaujal taký výklad zákona o verejnom obstarávaní, ktorý plne reflektuje jeho normatívnu úpravu. Ďalej poukazoval na to, že úlohou krajského súdu nebolo posúdenie otázky, či je podstatou postupu verejného obstarávania zabezpečiť pri využívaní verejných zdrojov ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku a technický zodpovedajúcu dodávku, ale preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného. Poukazoval i na to, že v zmysle § 9 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je princíp hospodárnosti jedným z princípov uplatňovaných v procese verejného obstarávania, avšak tento princíp nemožno v procese verejného obstarávania aplikovať tak, že obstarávateľ vyberie ponuku s najnižšou cenou bez toho, aby vyhodnotil splnenie podmienok účasti a požiadaviek na predmet zákazky, nakoľko ide o obligatórne procesné štádia verejného obstarávania, ktoré predchádzajú hodnoteniu ekonomickej výhodnosti ponúk na základe návrhov na plnenie kritérií. Vzhľadom na skutočnosť, že ponuka žalobcu bola z dôvodu nesplnenia požiadaviek na predmet zákazky vylúčená, nemohol obstarávateľ v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní hodnotiť ekonomickú výhodnosť žalobcom predloženej ponuky. Toto je podľa žalovaného premietnuté aj v rozsudku krajského súdu na strane 11, kde krajský súd konštatuje, že zo samotnej účasti žalobcu v súťaži, akceptácie súťažných podkladov a predloženia ponuky nemožno bez ďalšieho vyvodit', že žalobca splnil podmienky účasti a požiadavky na predmet zákazky. Žalovaný ďalej vo svojom vyjadrení uviedol, že z napadnutého rozsudku jednoznačne vyplýva, že žalobca v predloženej ponuke

nesplnil konkrétne technické požiadavky na predmet zákazky stanovené obstarávateľom, čo je základný predpoklad dodania technicky zodpovedajúcej dodávky. Poukazoval ďalej na to, že obstarávateľ v procese verejného obstarávania hodnotí uchádzačom predloženú ponuku a nie dodávku konkrétnej služby alebo tovaru, ktorá je až predmetom zmluvy s úspešným uchádzačom ako výsledku verejného obstarávania.

Žalovaný ďalej **poukázal** na to, že z pohľadu aplikácie princípov upravených v ustanovení § 9 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ich aplikáciou nemožno obchádzať zákonom o verejnom obstarávaní upravené obligatórne procesné štádiá verejného obstarávania, konkrétne hodnotenie podmienok účasti a požiadaviek na predmet zákazky. Uvedené princípy verejného obstarávania teda nemožno aplikovať *contra legem* a podľa jeho názoru odôvodnenie napadnutého rozsudku plne rešpektuje základné princípy upravené v § 8 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní.

K bodu II. 1 odvolania žalovaný uviedol, že predmetom súdneho konania bolo preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného. Predmetom rozhodnutia žalovaného boli námietky žalobcu proti vylúčeniu jeho ponuky. Krajský súd preto preskúmaval zákonnosť jednotlivých dôvodov vylúčenia ponuky žalobcu a nie zákonnosť podmienok stanovených obstarávateľom v súťažných podkladoch. Ak mal žalobca pochybnosti o zákonnosti koncepcie súťažných podkladov, konkrétne jednotlivých obstarávateľom stanovených požiadaviek na predmet zákazky, mal v procese verejného obstarávania možnosť využiť revízne postupy a podať žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní a následne námietky podľa § 138 ods. 2 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch. Rovnako mal žalobca k dispozícii v zmysle § 38 zákona o verejnom obstarávaní inštitút vysvetľovania, t.j. mal možnosť sa obstarávateľa dopytovať na koncepciu jednotlivých požiadaviek na predmet zákazky, ktoré boli podľa žalobcu vágne, nezrozumiteľné, resp. umožňujúce príliš extenzívny výklad. Žalobca mal k dispozícii procesné inštitúty, využitím ktorých mal možnosť rozptýliť svoje pochybnosti, týkajúce sa koncepcie súťažných podkladov.

K listu Európskej komisie z mája 2009, na ktorý žalobca poukazuje, žalovaný **uviedol**, že tento dokument sa žalobcu netýka, nepojednáva o dôvodoch vylúčenia jeho ponuky z predmetnej užšej súťaže. Predmetný dokument, ktorým sa začalo konanie voči Slovenskej republike vo veci porušenia Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva sa týka iného uchádzača v rámci predmetnej užšej súťaže a skutkovo pojednáva o dôvodoch vylúčenia ponuky, ktoré nie sú totožné s dôvodmi vylúčenia ponuky žalobcu. Poukazoval na to, že predmetný dokument nemá povahu záväzného individuálneho správneho aktu a nemožno

ho považovať za prameň komunitárneho práva. Závery predmetného listu nezohľadňujú argumenty uvedené v liste Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky zo dňa 7.7.2009, adresované komisárovi Európskej komisie pre vnútorný trh a služby, ktorý je reakciou na predmetný list Európskej komisie. Predmetný list Európskej komisie predstavuje počiatočné štádium „infringementu“, v ktorom sú v rámci procesných úkonov Európskej komisie zohľadnené predovšetkým argumenty sťažovateľa. Argumenty predložené Slovenskou republikou uvedený list Európskej komisie nezohľadňuje. Z týchto dôvodov nemá a nemôže mať uvedený list Európskej komisie relevantný právny a dôkazný vzťah k tomuto konaniu.

K bodu II.2 odvolania žalovaný uviedol, že krajský súd v odôvodnení rozhodnutia v žiadnom prípade nekonštatuje, že by žalobca nesplnil podmienky účasti. Citácia ustanovenia § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní má priamy súvis so všeobecnou právnou premisou uvedenou v poslednom odseku na strane 11 rozsudku. Touto premisou krajský súd len všeobecne konštatoval vo väzbe na hodnotenie splnenia podmienok účasti a požiadaviek na predmet zákazky, že ich splnenie nemožno preukázať akceptáciou súťažných podkladov a predložením ponuky, ale len spôsobom stanoveným zákonom o verejnom obstarávaní a obstarávateľom. Vzhľadom na to, že túto všeobecnú premisu krajský súd vzťahol nielen na hodnotenie splnenia požiadaviek na predmet zákazky, ale aj na hodnotenie splnenia podmienok účasti (bez toho, aby konštatoval nesplnenie podmienok účasti zo strany žalobcu), má citácia ustanovenia § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní upravujúca hodnotenie podmienok účasti svoje opodstatnenie.

K bodu II.3 odvolania v súvislosti so žalobcom prezentovaným nepriamym vzťahom svedka Ing. W. s úspešným uchádzačom, žalovaný uviedol, že táto pochybnosť bola plne rozptýlená v rámci dokazovania na ústnom pojednávaní konanom dňa 22.4.2009, kde právny zástupca vedľajšieho účastníka k tvrdeniam žalobcu spochybňujúcim svedka založil do spisu čestné vyhlásenie spoločnosti SkyToll, a. s. o tom, že táto spoločnosť so spoločnosťou LOGICA CMG Slovakia, s.r.o. nemala žiadny právny vzťah. Rovnako samotný svedok uviedol, že ani on ani jeho zamestnávateľ nemá žiaden pomer so spoločnosťou SkyToll, a. s.. Žalovaný uviedol, že svedok Ing. W. nebol v predmetnej užšej súťaži členom hodnotiacej komisie v zmysle § 40 zákona o verejnom obstarávaní a v súvislosti s predmetnou súťažou poskytoval poradenské služby technickému tímu pri Ministerstve dopravy, pôšt a telekomunikácií Slovenskej republiky, ktoré sa týkali prípravy technickej časti súťažných podkladov. Tento svedok uviedol, že sa zúčastňoval prác v technickom tíme obstarávateľa ohľadne prípravy súťažných podkladov a hodnotenia ponúk sa priamo nezúčastňoval, avšak

bol po predložení ponúk dopytovaný na konkrétne otázky ako technický poradca. V tejto súvislosti žalovaný uviedol, že tvrdenia žalobcu ohľadom diskriminácie a nerovnakého zaobchádzania zo strany obstarávateľa nemajú relevantný skutkový základ.

Žalovaný ďalej poukazoval na to, že tvrdenie žalobcu, že princípy verejného obstarávania je potrebné aplikovať aj v rámci revízných postupov, je opäť tvrdením, ktoré nemá právny základ. Základné princípy verejného obstarávania upravené v § 9 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní sa vzťahujú výlučne na proces verejného obstarávania (nakoľko predstavujú základné povinnosti verejného obstarávateľa), a teda ich nemožno aplikovať na konanie o námietkach, ktoré predstavuje postup subsumovaný pod ustanovenie § 2 zákona o verejnom obstarávaní. Žalovaný má v tejto súvislosti za to, že v predmetnom konaní o námietkach aplikoval všetky záväzné princípy, vyplývajúce predovšetkým v Ústavy Slovenskej republiky.

Ďalej žalovaný uviedol, že žalobcom prezentované pochybnosti ohľadom nedostatočnej kvalifikácie na posudzovanie predmetu zákazky, a tým podľa žalobcu súvisiace porušenie ust. § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, nemá podľa žalovaného absolútne žiadnu právnu relevanciu, keďže toto ustanovenie sa vzťahuje na členov hodnotiacej komisie. Ing. W. v predmetnej užšej súťaži nevystupoval v pozícii člena hodnotiacej komisie v zmysle § 40 zákona o verejnom obstarávaní.

K tvrdeniu žalobcu, že z výpovede tohto svedka vyplýva, že komisia na vyhodnotenie ponúk sa zaoberala otázkami, ktoré nie sú v súťažných podkladoch, konkrétne pokiaľ ide o navrhovaný pomer medzi satelitnými a mikrovlnnými palubnými jednotkami, žalovaný uviedol, že toto konštatovanie je vytrhnuté z kontextu a právne bezvýznamné. Z obsahu zápisnice z pojednávania zo dňa 22.4.2009 je zrejmé, že svedok uviedol, že „skupina uchádzačov Kapsch vo svojej ponuke navrhla riešenie založené na použití dvoch typov palubných jednotiek, prvý typ označovaný ako **Kapsch area OBU** je hybridnou palubnou jednotkou, teda dvojsystémovou jednotkou, ktorá je schopná pracovať aj so satelitným systémom, ako aj s mikrovlnným systémom. Druhý typ palubnej jednotky je určený iba pre mikrovlnný systém, pričom sám uchádzač uviedol, že ide o lacné a jednoduché zariadenie. Celý mýtny systém je koncipovaný tak, že rýchlostné cesty a diaľnice budú pokryté iba mikrovlnným systémom a cesty prvej triedy budú pokryté satelitným systémom. Na základe uvedených skutočností požiadal verejný obstarávateľ o vysvetlenie, nakoľko mu nebolo zrejmé, koľko palubných jednotiek ktorého typu zamýšľa uchádzač dodať. Vo svojom vyjadrení v procese vysvetľovania ponuky spoločnosť Kapsch uviedla, že v prvom roku počíta s dodaním 49% hybridných palubných jednotiek a 51% lacných mikrovlnných jednotiek. Toto

riešenie je z pohľadu verejného obstarávateľa veľmi otáznе, pretože jednoduché palubné jednotky neoprávňujú vodičov užiť cesty prvej triedy. Verejný obstarávateľ požadoval vysvetlenie, ako budú riešené dotknuté procesy najmä pri vydávaní a pridelo vaní palubných jednotiek, pri vynucovaní mýtnej povinnosti, pri poskytovaní zákazníc k ych služieb, zúčtovaní a fakturácii. Skupina Kapsch vo svojej odpovedi jednoduchým spôsobom upravila procesné diagramy, ale nevenovala sa podstate problému. Podstatou problému je riešenie pravidiel, ako budú palubné jednotky pridelo vané, podľa akého kľúča a kto a za akých podmienok dostane palubnú jednotku oprávňujúcu použiť iba diaľnice a cesty prvej triedy a akým spôsobom budú riešené problémy napr. pri odklone dopravy z diaľnic. Použitie týchto jednoduchých palubných jednotiek je do určitej miery diskriminujúce pre takéto vozidlá, pretože tieto vozidlá nebudú oprávnené použiť cesty prvej triedy. Odpoveď skupiny Kapsch na otázky týkajúce sa vplyvov dvoch typov palubných jednotiek na procesy distribúcie palubných jednotiek, vynucovanie, zákazníc k e služby a ako aj stratégia vynucovania, boli posudzované ako doplnenie alebo rozšírenie ponuky a ako také toto doplnenie nebolo v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní“. Z uvedeného teda podľa žalovaného jednoznačne vyplýva, že hodnotiacia komisia v rámci komplexného preskúmania žalobcovej ponuky využitím inštitútu vysvetlenia ponuky v zmysle § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní požiadala žalobcu o vysvetlenie konkrétnej časti ponuky. Pomer medzi satelitnými a mikrovlnnými palubnými jednotkami komisia nehodnotila ako požiadavku na predmet zákazky, t.j. žalobcova ponuka nebola vylúčená z dôvodu nevhodného pomeru medzi satelitnými a mikrovlnnými palubnými jednotkami. V danom prípade teda išlo zo strany obstarávateľa o zákonný postup v zmysle § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, ktorého cieľom bolo bližšie vysvetlenie žalobcovej ponuky.

K bodu III.1 odvolania žalovaný uviedol, že zo súťažných podkladov vyplýva, že obstarávateľ stanovil ako jednu z požiadaviek na predmet zákazky aj požiadavku na súčinnosť zamestnancov mýtnej polície a poverených osôb (personálu poskytovateľa služby). Túto požiadavku mal uchádzač stručne popísať. Z uvedeného vyplýva, že túto požiadavku nestačilo len akceptovať, ale premietnuť jej rámcový popis do ponuky. Žalovaný v súvislosti s týmto dôvodom vylúčenia má za to, že žalobca vo svojej ponuke dostatočne nepreukázal svoju pripravenosť navrhnuť a realizovať nielen procesy mobilného enforcementu v súčinnosti s mýtnou políciou, ale aj všeobecne všetky procesy tvoriace komplexnú službu ako z pohľadu koordinácie, tak aj personálu.

Žalovaný uviedol, že požiadavka obstarávateľa smerovala k uvedeniu základných zásad spolupráce medzi poskytovateľom služby a mýtnou políciou a tiež k uvedeniu popisu

koordinácie a personálneho zabezpečenia. Tieto údaje a riešenia, resp. návrhy, ako bude zabezpečená spolupráca s mýtnou políciou, v ponuke žalobcu chýbajú. Odkaz v ponuke žalobcu na ich neskoršie riešenie nie je dostatočný a nezodpovedá požiadavke obstarávateľa uvedenej v súťažných podkladoch. Žalovaný má za to, že žalobca mal vo svojej ponuke uviesť základné zásady spolupráce s mýtnou políciou a tiež spôsob koordinácie spolupráce so zložkami mýtnej polície. Žalobca vo svojej ponuke v čl. 1.4 používa pojem „*pracovníci mobilného vynucovateľa*“, z ktorého nie je zrejmé, či ide o mýtného policajta, alebo poverenú osobu poskytovateľa, pričom žalobca vo svojej ponuke nerieši vzájomný vzťah týchto zložiek, ich spoluprácu a základné zásady, ktorými sa pri výkone predmetnej činnosti majú spravovať, organizovať a ako zabezpečia riadny výkon povinností pri prevádzke obstarávanej služby, a to ani všeobecne, aby preukázal splnenie požiadavky obstarávateľa v bode 16.5 súťažných podkladov.

Žalovaný ďalej poukázal na to, že pokiaľ žalobca tvrdí, že v súťažných podkladoch nie je stanovené, čo sú hlavné procesy, ktoré bude služba zaisťovať vo fáze prevádzkovania služby, mal v rámci postupu zadávania zákazky k dispozícií inštitút vysvetľovania v zmysle § 38 zákona o verejnom obstarávaní. To znamená, že v čase, keď na základe súťažných podkladov koncipoval svoju ponuku, mal možnosť všetky nejasnosti a pochybnosti rozptýliť využitím inštitútu vysvetlenia. Žalobca však túto zákon danú možnosť nevyužil a až v konaní pred súdom prvého stupňa začal argumentovať tým, že súťažné podklady sú v tomto smere nejasné, vágne, resp. umožňujúce extenzívny výklad. Žalobca mal možnosť podmienky uvedené v súťažných podkladoch napadnúť prostredníctvom revízných postupov, t.j. podať žiadosť o nápravu v zmysle § 136 ods. 1 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní a následne námietky podľa § 138 ods. 2 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní, ktorú možnosť žalobca opätovne nevyužil.

K bodu III.2 odvolania žalovaný uviedol, že z technického hľadiska sa v opise ponúkaného riešenia žalobcu nenachádza žiaden dôkaz o splnení požiadaviek P1.14, P3.9 súťažných podkladov. Z riešenia, ktoré ponúkol žalobca, nevyplýva možnosť akustický signál vypnúť. Žalobca vo svojej ponuke ponúkol palubné jednotky, ktoré majú k dispozícii akustickú signalizáciu, avšak táto signalizácia pre Službu Distribúcia, správa a údržba palubných jednotiek nie je vypínateľná tak, ako si to vyžaduje bod P3.9. Používateľské rozhranie palubných jednotiek nespĺňa záväzné požiadavky na predmet zákazky podľa požiadaviek P1.14 a P3.9 súťažných podkladov.

Vzhľadom na uvedené žalovaný uviedol, že žalobca vo svojej ponuke nepreukázal splnenie predmetnej požiadavky na predmet zákazky. V súvislosti s dôkazným bremenom,

ktoré bolo podľa žalobcu naňho presunuté, žalovaný uviedol, že zákon o verejnom obstarávaní v rámci úpravy procesu verejného obstarávania dokazovanie neupravuje. Obstarávateľ má v súvislosti s podmienkami účasti a požiadavkami na predmet zákazky povinnosť ich v oznámení, resp. v súťažných podkladoch stanoviť a následne v procese verejného obstarávania hodnotiť, či konkrétny uchádzač tieto podmienky splnil. Zákon o verejnom obstarávaní neukladá obstarávateľovi povinnosť, aby preukazoval splnenie podmienok účasti, resp. požiadaviek na predmet zákazky za uchádzača. Výlučne samotný uchádzač je zodpovedný za to, či do svojej ponuky premietne všetky obstarávateľom stanovené požiadavky na predmet zákazky.

Žalovaný tiež uviedol, že obstarávateľ neporušil zákon o verejnom obstarávaní, ak v nadväznosti na vyššie uvedenú požiadavku na predmet zákazky nepožiadal žalobcu o vysvetlenie ponuky, pretože v zmysle § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, je plne v kompetencii a na zvážení komisie obstarávateľa, či požiadala uchádzača o vysvetlenie ponuky. Ďalej uviedol, že poukazovanie na to, že obstarávateľ zaslal žiadosť o vysvetlenie uchádzačovi Santoll je absolútne bezpredmetné, keďže sa týka ponuky iného uchádzača. Zdôraznil však, že obstarávateľ využil inštitút vysvetľovania ponuky aj vo vzťahu k ponuke žalobcu, t.j. požiadal žalobcu o vysvetlenie ponuky, teda v intenciách argumentácie žalobcu sa obstarávateľ pýtal žalobcu na množstvo okolností, ktoré mohli byť podmienkou pre vylúčenie ponuky žalobcu. Uvedené tvrdenie žalobcu nie je celkom zrozumiteľné, keďže v zmysle § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je plne v kompetencii a na zvážení komisie obstarávateľa, či komisia obstarávateľa požiadala uchádzača o vysvetlenie ponuky a na aké skutočnosti v rámci uchádzačovej ponuky bude požiadavka na vysvetlenie zameraná.

Pokiaľ ide o bod IV. odvolania žalovaný uviedol, že rozsudok krajského súdu je odôvodnený dostatočne, súd vyslovil jednoznačný a jasný názor k jednotlivým dôvodom vylúčenia ponuky žalobcu a z pohľadu formy rozsudku, má žalovaný za to, že rozsudok obsahuje všetky formálne náležitosti upravené v Občianskom súdnom poriadku.

K odvolaniu žalobcu sa vyjadril obstarávateľ – Národná diaľničná spoločnosť, a.s. písomne dňa 7.8.2009 tak, že žiadal, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave potvrdil.

K bodu II. 1 odvolania obstarávateľ uviedol, že podľa jeho názoru krajský súd až na niekoľko nezrovnalostí uvedených v odôvodnení rozsudku správne vyhodnotil predložené dôkazy, spisovú dokumentáciu, ako aj argumentáciu sporových strán, ktoré ho viedli k zamietnutiu žaloby. Nesúhlasil s tým, že by sa krajský súd nebol zaoberal princípmi

a ich dodržiavaním v predmetnom verejnom obstarávaní, ktoré sa premietajú do všetkých štádií konania verejného obstarávania a ktoré sa v rámci odôvodnenia rozsudku odzrkadľujú aj v názoroch súdu. Odmietol argumentáciu žalobcu o tom, že krajský súd posudzoval ponuku žalobcu prísnejšie než súťažné podklady verejného obstarávateľa. Uviedol, že takéto zdôvodnenie vychádza z neznalosti ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, ale aj ustanovení Občianskeho súdneho poriadku. Predmetom žaloby bolo preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného, ktorým bolo potvrdené rozhodnutie o vylúčení z verejného obstarávania na predmet zákazky Komplexná služba elektronického výberu mýta. Krajský súd teda posudzoval zákonnosť tohto rozhodnutia ako aj zákonnosť postupu žalovaného a verejného obstarávateľa, ktoré predchádzalo vydaniu rozhodnutia. Predmetom žaloby nebolo a v súlade s platnou právnou úpravou ani nemohlo byť posudzovanie súťažných podkladov verejného obstarávateľa. V štádiu odvolacieho konania žalobca označuje súťažné podklady ako údajne „*stručné a nejednoznačné*“, pričom v čase, kedy prebiehalo verejné obstarávanie a kedy mu bola daná zákonná možnosť, nepodal žiadosť o nápravu podľa § 136 ods. 1 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní. Preto v štádiu konania pred súdom nemôže už nesplnenie požiadaviek verejného obstarávateľa na predmet zákazky zastierať údajnou nejasnosťou súťažných podkladov.

Pokiaľ ide o List Európskej komisie z mája 2009, ktorým táto začala konanie voči Slovenskej republike vo veci porušenia Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva, odhliadnuc od skutočnosti, že tento list reaguje na sťažnosť iného uchádzača z tohto verejného obstarávania, a teda sa zaoberá dôvodmi vylúčenia, ktoré nie sú relevantné pre žalobcovu postavenie v tomto konaní, týmto listom Európska komisia zatiaľ konštatuje iba domnienky, ktoré podľa jej názoru mohli viesť k porušeniu práva Spoločenstva. V rámci procesu „*infringementu*“ má Slovenská republika možnosť svoje konanie vysvetliť, čo spravidla vedie k zastaveniu tohto procesu. Obstarávateľ uviedol, že v žiadnom prípade nemôže takéto oznámenie Európskej komisie predstavovať *acquis communautaire*, ktoré je v skutočnosti súhrnom predpisov a noriem právneho charakteru, dokonca podľa mylného názoru žalobcu priamo aplikovateľné na jeho prípad.

K bodu II. 2 odvolania obstarávateľ uviedol, že argumentácia krajského súdu, ktorú žalobca označil ako nezrozumiteľnú a nejasnú, je naopak veľmi správna a plne v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a zaužívanou praxou. Krajský súd iba opomenul skutočnosť, že užšia súťaž je podľa § 52 a nasl. zákona o verejnom obstarávaní rozdelená z pohľadu vyhodnocovania potrieb verejného obstarávateľa na dve fázy, a to :

1. vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti a

## 2. vyhodnocovanie ponúk.

Podľa obstarávateľa žalobca síce splnil podmienky účasti, avšak vo fáze predloženia ponuky nespĺnil požiadavky na predmet zákazky podľa súťažných podkladov. Krajský súd správne zhodnotil podstatu samotného vyhodnocovania ponúk, keď odmietol všeobecnú akceptáciu súťažných podkladov, ktorú sa v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní snažil podsúvať žalobca, podľa ktorého samotné predloženie ponuky a deklarovany súhlas s požiadavkami obsiahnutými v súťažných podkladoch ako aj s návrhom zmluvy, ktorá bola ich súčasťou, postačuje na to, aby bola ponuka hodnotená ako úspešná.

K bodu II.3 a II. 4 odvolania obstarávateľ uviedol, že i keď sa nestotožňuje s názorom súdu na výsluch svedka Ing. W. a predložený znalecký posudok Ústavu súdneho inžinierstva Žilinskej univerzity v Žiline č. 132/2009 zo dňa 20.4.2009, podľa jeho názoru sa krajský súd v rámci dokazovania a odôvodnenia rozsudku vysporiadal so všetkými argumentmi strán, a preto nemôže byť rozsudok krajského súdu nepreskúmateľný pre zmätočnosť a nedostatok dôvodov. Zastával názor, že označený znalecký posudok síce odpovedal na otázky položené žalovaným, avšak zameriaval sa predovšetkým na technickú stránku žalobcovej ponuky vo vzťahu ku konštatácii, či technické požiadavky kladené verejným obstarávateľom na predmet zákazky sú v ponuke žalobcu preukázané. Ústav súdneho inžinierstva Žilinskej univerzity v znaleckom posudku teda neodpovedal na právne, ale na technické otázky.

K bodu III.1 odvolania obstarávateľ uviedol, že žalobca sa snaží zastierať nenaplnenie požiadaviek na predmet zákazky nezrozumiteľnosťou súťažných podkladov. Uviedol, že konkrétne požiadavky v súťažných podkladoch formuloval jasne. Konkrétne požiadavky v článku 11.4 na strane B1-29 v zozname požiadaviek P4-17, zabezpečenie koordinácie spolupráce so zložkami mýtnej polície a v čl. 16, ods. 16.5, zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou a činnosť mobilných jednotiek. O tom, že žalobcovi bolo zrejmé, že je nevyhnutné preukázať splnenie týchto požiadaviek, svedčí, že sám označil časť textu svojej ponuky, ktorá mala preukázať splnenie predmetnej požiadavky P4.17. Samotnou zmienkou mýtnej polície a pracovníkov enforcementu nemožno preukazovať splnenie týchto dôležitých požiadaviek, ktoré si kládli za cieľ riešenie udalosti a súčinnosti medzi pracovníkmi mýtnej polície a preverenými osobami podľa § 7 vtedy platného a účinného zákona č. 25/2007 Z. z. o elektronickom výbere mýta za užívanie vymedzených úsekov pozemných komunikácií a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len zákon o elektronickom výbere mýta). Požiadavka teda smerovala ku koordinácii spolupráce medzi týmito funkčne a organizačne rozdielnymi subjektmi, pričom existenciu zákona

o elektronickom výbere mýta ani jeho text nepotrebuje mať v procese verejného obstarávania verejný obstarávateľ za preukázané.

Ďalej sa obstarávateľ plne stotožnil s názorom krajského súdu, ktorý vyslovil, že „*opis procesov súvisiacich so zaistením koordinácie spolupráce prevádzkovateľa služby so zložkami mýtnej polície pri výkone činnosti mobilných jednotiek v teréne, ako aj zásady pre spoluprácu s mýtnou políciou v súťažnej ponuke absentujú*“. Súhlasil tiež s názorom krajského súdu, ktorý konštatoval, že opisy naplňajúce splnenie požiadaviek verejného obstarávateľa na predmet zákazky sa nenachádzajú v ponuke žalobcu ani v „*jednotnej ucelenej časti ani parciálne*“ a že žalobca jednoducho „*opomenul opísať procesy spojené so zaistením koordinácie uvedených zložiek*“.

K bodu III.2 odvolania obstarávateľ uviedol, že žalobca nepreukázal, iba popísal a deklaroval, že akustická signalizácia je vypínateľná, čo si však ani jeden z účastníkov nemohol reálne overiť. Skutočnosť, či akustická signalizácia je, alebo nie je vypínateľná však nie je pre toto konanie relevantná, keďže, ako krajský súd správne v rozsudku uviedol, „*z textového popisu ani z grafického znázornenia palubných jednotiek však nevyplývalo, či a akým spôsobom môže platiteľ mýta (resp. vodič) akustickú signalizáciu vypnúť*“, čiže verejný obstarávateľ a žalovaný postupovali zákonným spôsobom, keď uvedené vyhodnotili ako nesplnenie predmetnej požiadavky. Verejný obstarávateľ trvá naďalej na svojich predchádzajúcich stanoviskách o nevypínateľnosti akustického signálu palubnej jednotky. Hypotetické konštrukcie žalobcu o možnom postupe verejného obstarávateľa pri kladení otázok nič nemenia na skutočnosti, že v ponuke absentovalo preukázanie tejto vypínateľnosti a samotné konštatovanie žalobcu v rámci vysvetľovania by na tejto skutočnosti nič nezmenilo.

Verejný obstarávateľ sa nestotožnil s argumentáciou krajského súdu, ktorý neprijal posledný dôvod vylúčenia, ktorý vyplýval z rozdielnosti procesov aplikovaných pri použití dvoch typov palubných jednotiek, keď krajský súd uviedol, že v tejto časti je rozhodnutie žalovaného nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť. Uviedol, že žalobca vo svojej ponuke ponúkol dva typy palubných jednotiek a to hybridné a mikrovlnné. Zatiaľ čo hybridné palubné jednotky boli určené pre použitie spoplatnenej cestnej siete v plnom rozsahu podľa zákona o elektronickom výbere mýta, jednoduché a lacné mikrovlnné palubné jednotky boli podľa ponuky žalobcu určené iba pre tranzitnú dopravu na diaľniciach a rýchlostných cestách. Satelitný systém, ktorý mal v súlade s ponukou žalobcu pokrývať iba cesty I. triedy nevie zaznamenať pohyb mikrovlnných palubných jednotiek, nakoľko pracujú v odlišnom (mikrovlnnom) technickom princípe. To znamená, že vozidlá vybavené iba mikrovlnnými

palubnými jednotkami by mali zásadným spôsobom obmedzené právo užívať spoplatnené úseky ciest. Vozidlo s mikrovlnnou palubnou jednotkou by nesmeli užívať spoplatnené úseky ciest I. triedy. V súvislosti s týmito skutočnosťami mal obstarávateľ pochybnosti, akým spôsobom by boli zabezpečené procesy distribúcie palubných jednotiek a zákazníckych služieb, najmä akým spôsobom by mali byť palubné jednotky pridelované. Obstarávateľ očakával vysvetlenie, podľa akých pravidiel by bolo posudzované pridelovanie plnohodnotnej hybridnej alebo „obmedzujúcej“ jednoduchej mikrovlnnej palubnej jednotky a či by v súvislosti s tým nedochádzalo k diskriminácii niektorých platiteľov mýta. Žalobca tieto skutočnosti vo svojej ponuke vôbec neopísal a napokon ani v procese vysvetľovania ponúk uspokojivo nevysvetlil.

Verejný obstarávateľ tiež poukazoval na to, že žalobca v rámci opisov procesov vynucovania (enforcementu) v ponuke nevenoval žiadnu pozornosť skutočnosti, že vodiči vozidiel s mikrovlnnými palubnými jednotkami by sa pri užívaní spoplatnených ciest I. triedy pravdepodobne dopúšťali mýtného priestupku. Ešte závažnejším nedostatkom ponuky žalobcu je to, že v opisoch procesov enforcementu nebola venovaná žiadna pozornosť riešeniu mýtnych priestupkov, ktoré by boli spôsobené vozidlami s mikrovlnnými palubnými jednotkami užívajúcimi cesty I. triedy v prípade výskytu výnimočných udalostí. Obstarávateľ uviedol, že žalobca sa problematikou vplyvu rôznych palubných jednotiek nezaoberal dostatočne podrobne a s odbornou starostlivosťou, keďže ani v rámci vysvetlení ponuky nenaznačil systémové a procesné opatrenia prevádzky enforcementu v hybridnej sieti palubných jednotiek s rôznym rozsahom oprávnenosti užívať spoplatnené úseky ciest. Preštudovaním vysvetlenia žalobcu komisia verejného obstarávateľ vyhodnotila, že žalobca doplnil opis predmetu zákazky o nové, v ponuke chýbajúce časti, v snahe odstrániť chyby ponuky. Prijatím doplnenia ponuky a umožnením dodatočného odstránenia týchto chýb by došlo k porušeniu ustanovenia § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého nemôže dôjsť k zmene ponuky a k diskriminácii ostatných účastníkov verejného obstarávania zvýhodnením žalobcovej ponuky, čím by došlo aj k porušeniu princípov verejného obstarávania.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP) preskúmal napadnutý rozsudok, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo v rozsahu a z dôvodov podaného odvolania (§ 212 ods. 1 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP) bez nariadenia pojednávania (§ 250ja ods. 2 OSP), keď deň verejného vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne päť dní vopred na úradnej tabuli

a na internetovej stránke Najvyššieho súdu SR [www.nsud.sk](http://www.nsud.sk) (§ 156 ods. 1 a 3 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá a § 211 ods. 2 OSP) a dospel k záveru, že odvolaniu žalobcu nie je možné priznať úspech.

Predmetom konania v danej veci bolo preskúmanie rozhodnutia Úradu pre verejné obstarávanie č. 535-85-7000/2008 zo dňa 2. júla 2008, ktorým boli v zmysle § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní zamietnuté námietky proti vylúčeniu žalobcovej ponuky z verejného obstarávania s názvom „*Komplexná služba elektronického výberu mýta*“ vyhláseného verejným obstarávateľom - Národnou diaľničnou spoločnosťou, a.s. (ďalej len „obstarávateľ“), pričom rozhodujúcim v danej veci je posúdenie, či žalovaný postupoval v súlade so zákonom, keď rozhodol o zamietnutí námietok proti vylúčeniu ponuky žalobcu predmetného z verejného obstarávania.

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

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

Podľa § 9 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní pri zadávaní zákazky sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

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

Podľa § 33 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní obstarávateľ posudzuje splnenie podmienok účasti v súlade s pravidlami, ktoré určil. Pri určení alebo aktualizácii pravidiel na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti podľa § 32 ods. 2 v užšej súťaži a v rokovacom

konaní so zverejnením nesmie vyžadovať od niektorých záujemcov také požiadavky, ktoré nevyžadoval od ostatných záujemcov, alebo opakovane doklady, ktoré už má k dispozícii.

Podľa § 33 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže požiadať uchádzača alebo zájemcu o vysvetlenie alebo o doplnenie predložených dokladov.

Podľa § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača alebo zájemcu, ak

a/ nespĺnil podmienky účasti,

b/ predložil neplatné doklady,

c/ nepredložil požadované doklady alebo informácie alebo

d/ poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

Podľa § 34 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní súťažné podklady sú písomné, grafické alebo iné podklady obsahujúce podrobné vymedzenie predmetu zákazky. Uvedú sa v nich všetky okolnosti, ktoré budú dôležité na plnenie zmluvy a na vypracovanie ponuky. Predmet zákazky musí byť opísaný jednoznačne, úplne a nestranne na základe technických požiadaviek podľa prílohy č. 5. Technické požiadavky

a/ zohľadnia požiadavky dostupnosti pre osoby so zdravotným postihnutím a riešenia vhodné pre všetkých užívateľov, ak je to možné,

b/ musia byť určené tak, aby bol zabezpečený rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov alebo záujemcov a zabezpečená čestná hospodárska súťaž.

Podľa § 40 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ je povinný na vyhodnotenie ponúk zriadiť najmenej trojčlennú komisiu. Členovia komisie musia mať odborné vzdelanie alebo odbornú prax zodpovedajúcu predmetu zákazky. Komisia je spôsobilá vyhodnocovať predložené ponuky, ak je súčasne prítomná väčšina jej členov, najmenej však traja.

Podľa § 40 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže na zabezpečenie transparentnosti vymenovať do komisie aj ďalších členov bez práva vyhodnocovať ponuky.

Podľa § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnocuje ponuky z hľadiska splnenie požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú požiadavky uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávateľa alebo v oznámení použitom alebo výzva na súťaž a v súťažných podkladoch. Pri vyhodnocovaní ponuky s variantným riešením postupuje podľa § 37 ods. 3.

Podľa § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní komisia môže písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmých chýb v písaní a počítaní.

Podľa § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní komisia vezme do úvahy vysvetlenie ponuky alebo neobvykle nízkej ceny a dôkazy poskytnuté uchádzačom. Komisia vylúči ponuku, ak

a/ uchádzač nepredloží písomné vysvetlenie v lehote troch pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti o vysvetlenie, ak komisia neurčí dlhšiu lehotu alebo

b/ predložené vysvetlenie nie je v súlade s požiadavkou podľa odseku 2 alebo 3.

Podľa § 42 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní komisia bezodkladne oznámi verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi zoznam vylúčených ponúk s uvedením dôvodu ich vylúčenia. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ je povinný písomne oznámiť uchádzačovi vylúčenie jeho ponuky s uvedením dôvodu.

Podľa § 42 ods. 7 zákona o verejnom obstarávaní komisia vyhodnocuje ponuky, ktoré neboli vylúčené, podľa kritérií určených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž alebo v súťažných podkladoch a na základe pravidiel ich uplatnenia určených v súťažných podkladoch, ktoré sú nediskriminačné a podporujú čestnú hospodársku súťaž.

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

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

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

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

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

e/ proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka,

f/ proti výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov.

Podľa § 138 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní podaniu námietky musí predchádzať podanie žiadosti o nápravu.

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

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

b/ proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch poskytnutých v lehote na predkladanie ponúk alebo podmienkam uvedeným v súťažných podmienkach v súťaži návrhov poskytnutých v lehote na predkladanie návrhov,

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

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

e/ proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka,

f/ proti výsledku vyhodnotenia ponúk alebo návrhov,

g/ proti úkonu kontrolovaného inému ako uvedenému v písmenách a) až f).

Podľa § 138 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní účastníkmi konania sú navrhovateľ a kontrolovaný.

Podľa § 138 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní konanie o námietkach je začaté dňom doručenia námietok úradu.

Podľa § 139 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní ak úrad v konaní o námietkach nezistí také porušenie zákona, ktoré by mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania a úrad nepostupoval podľa ods. 3 námietky zamietne.

Z obsahu súdneho ako aj pripojeného administratívneho spisu žalovaného mal Najvyšší súd Slovenskej republiky za preukázané, že dňa 27.9.2007 začala Národná diaľničná spoločnosť, a. s. ako verejný obstarávateľ výber poskytovateľa **Komplexnej služby elektronického výberu mýta** formou užšej súťaže. K zverejneniu užšej súťaže prišlo dňa 27.9.2007 vo Vestníku EÚ/S 186 pod číslom 227/132-2007-SK a dňa 1.10.2007 vo Vestníku verejného obstarávania č. 188/2007 pod číslom 04383-MUS. Ďalej mal najvyšší súd za preukázané, že žiadosť o zaradenie do užšej súťaže doručilo obstarávateľovi 21 záujemcov. Obstarávateľ listami zo dňa 17.1.2008 vyzval piatich záujemcov na predloženie ponuky. V lehote stanovenej na predkladanie ponúk predložili svoje ponuky štyria uchádzači. Listom zo dňa 9.4.2008 požiadal obstarávateľ žalobcu o vysvetlenie ponuky. Na tento list žalobca reagoval listom zo dňa 16.4.2008. Následne obstarávateľ listom zo dňa 29.4.2008, doručeným žalobcovi dňa 2.5.2008 oznámil žalobcovi vylúčenie jeho ponuky z predmetného verejného obstarávania a to z dôvodu, že komisia jeho ponuku v zmysle ustanovenia § 42 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní vylúčila, pretože jeho ponuka nespĺnila požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v súťažných požiadavkách Ako dôvody vylúčenia boli uvedené nasledovné skutočnosti:

1/ v ponuke nie je uvedené, ako bude prebiehať koordinácia spolupráce so zložkami mýtnej polície, na základe čoho uzavrel, že ponuka nespĺňala požiadavky na predmet zákazky stanovené obstarávateľom v súťažných podkladoch v časti B1 „Opis predmetu zákazky“, článku 11.4 „Čiastková služba Vynucovanie (enforcement) pod číslom P4.17 na strane B1-30,

2/ uchádzač neuviedol zásady spolupráce s mýtnou políciou a činnosť mobilných jednotiek enforcementu, čo považoval verejný obstarávateľ za nedodržanie záväzného obsahu

technickej časti ponuky „Opis predmetu zákazky“ podľa časti B1 článku 16.5 na strane B1-43,

3/ nemožnosť vypnúť akustický signál na palubných jednotkách, čo považoval obstarávateľ za nepreukázanie splnenia záväznej požiadavky na predmet zákazky podľa časti B1 „Opis predmetu zákazky“, článku 11.1 bod P1.14 na strane B1-24 a článku 11.3 pod písmenom P3.9, na strane B1-29 až B1-30 súťažných podkladov,

4/ opis procesov v ponuke nie je úplný, nakoľko nezahŕňa rozdiely vyplývajúce z použitia principiálne rôznych palubných jednotiek s rôznym účelom použitia, čo považoval obstarávateľ za nesplnenie požiadavky na predmet zákazky podľa časti B1 článku 11.3, 11.4 a 11.5.

Ďalej mal najvyšší súd za preukázané, že žalobca listom doručeným obstarávateľovi dňa 9.5.2008 požiadal o nápravu. Túto žiadosť o nápravu obstarávateľ listom zo dňa 16.5.2008 zamietol. Následne žalobca doručil žalovanému ako aj obstarávateľovi dňa 23.5.2008 námietky v zmysle § 138 ods. 2 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní proti vylúčeniu z užšej súťaže. O týchto námietkach rozhodol žalovaný preskúmaným rozhodnutím č. 535-85-7000/2008 zo dňa 2.7.2008 tak, že tieto námietky zamietol.

Vychádzajúc z ustanovení § 9 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní je verejné obstarávanie založené na princípe rovnakého zaobchádzania, na princípe nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, na princípe transparentnosti, hospodárnosti a efektívnosti. Princíp nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania spočíva predovšetkým v tom, že verejný obstarávateľ postupuje voči všetkým uchádzačom rovnako, nemôže žiadneho z uchádzačov priamo alebo nepriamo zvýhodňovať. Princíp transparentnosti predstavuje požiadavku, aby proces verejného obstarávania bol priehľadný a prebiehal predvídateľným spôsobom.

V súvislosti s námietkou žalobcu uvedenou v odvolaní proti rozsudku krajského súdu, že *sa krajský súd pri výklade zákona o verejnom obstarávaní priklonil k názoru žalovaného a verejného obstarávateľa, ktorí svojim postupom zmarili v rámci užšej súťaže férovú hospodársku súťaž medzi uchádzačmi a že prístupom krajského súdu, žalovaného ako aj verejného obstarávateľa bol preferovaný absurdný formalizmus na úkor princípov a zásad verejného obstarávania*, najvyšší súd poukazuje na to, že proces verejného obstarávania je prísne formalizovaný proces, ktorý má presne zákonom stanovené inštitúty, procesné štádia a formu. Podľa názoru najvyššieho súdu je výklad zákona o verejnom obstarávaní, ktorý

v napadnutom rozsudku zaujal krajský súd správny. Nemožno súhlasiť s námietkou žalobcu, že krajský súd posudzoval prísnejšie ponuku žalobcu ako súťažné podklady verejného obstarávateľa. Predmetom žaloby bolo preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného, ktorým boli zamietnuté námietky žalobcu proti jeho vylúčeniu z verejného obstarávania. V zmysle ustanovenia § 247 ods. 1 OSP bolo povinnosťou krajského súdu preskúmať zákonnosť napadnutého rozhodnutia a postupu, ktorý tomuto rozhodnutiu predchádzal, t.j. povinnosťou krajského súdu bolo preskúmať zákonnosť jednotlivých dôvodov vylúčenia ponuky žalobcu, čo aj krajský súd správne urobil. Krajský súd sa nezaoberal a ani nemohol zaoberať posudzovaním podmienok v súťažných podkladoch verejného obstarávateľa, keďže tieto neboli predmetom súdneho preskúmacieho konania. Pokiaľ žalobca v štádiu odvolania proti rozsudku krajského súdu namieta stručnosť a nejednoznačnosť podmienok uvedených v súťažných podkladoch, na túto námietku nie je možné prihliadnuť. Žalobca mal možnosť v zmysle ustanovenia § 136 ods. 1 písm. b/ zákona o verejnom obstarávaní, podať proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch v priebehu verejného obstarávania žiadosť o nápravu. Žalobca však takúto žiadosť o nápravu nepodal, a preto už v štádiu súdneho preskúmacieho konania je takáto námietka právne irelevantná.

Pokiaľ žalobca v tejto súvislosti poukazuje na list Európskej komisie z mája 2009, najvyšší súd dáva do pozornosti, že tento list reaguje na sťažnosť iného uchádzača z predmetného verejného obstarávania, a teda sa zaoberá inými dôvodmi vylúčenia tohto uchádzača z verejného obstarávania. Navyše týmto listom Európska komisia zatiaľ konštatuje iba „domnienky“, ktoré mohli viesť k porušeniu práva Spoločenstva, pričom v rámci procesu „infringementu“ má Slovenská republika možnosť svoje konanie vysvetliť.

Najvyšší súd sa nemohol stotožniť ani s námietkou žalobcu, že napadnutý rozsudok je miestami nezrozumiteľný a odchyľujúci sa od platného práva, považujúc argumentáciu krajského súdu, ktorý uviedol, že *„zo samotnej účasti žalobcu v súťaži, akceptácie súťažných podkladov a predloženia súťažnej ponuky nemožno bez ďalšieho vyvodiť, že žalobca ako uchádzač splnil všetky podmienky účasti a požiadavky stanovené obstarávateľom v rozsahu vymedzenom v súťažných podkladoch“* za správnu. Ako správne uviedol verejný obstarávateľ je užšia súťaž rozdelená z pohľadu vyhodnocovania na dve štádiá, a to **a/** vyhodnocovanie splnenia podmienok účasti a **b/** vyhodnocovanie ponúk účastníkov. V danom prípade nebolo sporné, že žalobca splnil podmienky účasti, avšak nesplnil požiadavky na predmet zákazky podľa súťažných podkladov.

Pokiaľ žalobca v odvolaní namieta, že v rámci komisie pre vyhodnocovanie ponúk pôsobil Ing. L.W., pri ktorom možno mať pre predpokladaný, minimálne nepriamy blízky vzťah s úspešným uchádzačom pochybnosti o jeho nezaujatosti a nestrannosti, ktorá skutočnosť pre žalobcu predstavuje prvok diskriminácie a nerovnakého zaobchádzania, pričom súčasne vyslovil pochybnosti o jeho nedostatočnej kvalifikácii na posudzovanie predmetu zákazky, v tejto súvislosti najvyšší súd poukazuje na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sžf/2/2010, 3Sžf/18/2012 z 25.5.2012 vo veci **Autostrade per l'Italia S.p.A.**, so sídlom via Alberto Bergamini 50, Rím, Taliansko, a spol., ktorý bol tiež účastníkom totožnej užšej súťaže, kde jednou z námietok bola i námietka odborného vzdelania a odbornej praxe zodpovedajúcej predmetu zákazky členov komisie na vyhodnocovanie ponúk. Najvyšší súd Slovenskej republiky vo vyššie citovanom rozsudku k námietkam žalobcov k splneniu zákonnej podmienky stanovenej pre členov komisie na vzdelanie alebo odbornú prax zodpovedajúcu predmetu zákazky uviedol, že „výlučným právom a zároveň povinnosťou verejného obstarávateľa je, aby komisiu na vyhodnotenie ponúk zostavil tak, aby jednotliví členovia spĺňali požiadavku zákona. Zároveň je však potrebné dodať, že pokiaľ žalobca mal výhrady a námietky k vymenovaným členom a ich odbornosti i nezaujatosti mal o nich verejného obstarávateľa informovať, len čo sa o nich dozvie. Základné zákonné náležitosti podania uchádzača sú upravené v § 136 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. (žiadost' o nápravu) a v § 138 ods. 6 zákona č. 25/2006 Z. z. (námietky). Podanie musí byť adresované príslušnému subjektu, ktorý vo veci koná a rozhoduje. Aj napriek tomu, že zákon č. 25/2006 Z. z. vyslovene neupravuje špecifikáciu ďalších obsahových náležitostí podania tohto druhu, je nevyhnutné, aby dostatočne konkretizovalo, v čom spočíva podstata žiadosti o nápravu, aby obsahovalo rozhodujúce skutočnosti a označenie dôkazov nasvedčujúcich tomu prečo konkrétna osoba nemôže byť členom komisie z vyššie uvedených dôvodov. Podľa názoru odvolacieho súdu takýmito skutočnosťami nie je argumentácia životopisnými a pracovnými skúsenosťami členov komisie rovnako ani tvrdenie, že členovia komisie nemajú adekvátne pozadie a predpoklady zhodnotiť a vyhodnotiť požiadavky predmetného obstarávania. V záujme dodržania zásady objektívnosti rozhodovania je nevyhnutné, aby uchádzač informoval verejného obstarávateľa o skutočnostiach nasvedčujúcich vylúčenie člena komisie okamžite, bez zbytočného odkladu, teda len čo sa o nich dozvie a verejný obstarávateľ musí o tejto skutočnosti rozhodnúť čo najrýchlejšie. Takú žiadosť je možné podať v priebehu konania kedykoľvek až do uzavretia zmluvy. Samotný zákon č. 25/2006 Z.z. neviaže túto povinnosť účastníka konania na moment začatia konania

vo veci, pretože o takejto skutočnosti sa môže účastník konania dozvedieť až v jeho priebehu, a to napr. uplatnením svojho zákonného práva na prístup k informáciám v zmysle zákona č. 211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám. V každom prípade je potrebné rátať s aktivitou účastníka konania, prirodzene musí namietat' takúto skutočnosť. Právna teória aj súdna judikatúra vo všeobecnosti uznávajú, že vydanie rozhodnutia vylúčenou osobou je procesnou vadou, ktorá môže mať vplyv na zákonnosť rozhodnutia.“ S týmto názorom sa Najvyšší súd Slovenskej republiky stotožňuje i v danej veci a naň v súlade s ustanovením § 250ja ods. 7 OSP poukazuje.

V prejednávanom prípade žalobca námietku týkajúcu sa osoby Ing. W. žiadosťou o nápravu (§ 136 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní) ani v námietkach (§ 138 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní) nevzniesol a nevzniesol ju napokon ani v žalobe o preskúmanie rozhodnutia, ale až v rámci odvolania proti rozsudku krajského súdu. Ani v rámci odvolania proti rozsudku krajského súdu žalobca nepredložil žiadne dôkazy preukazujúce minimálne nepriamy blízky vzťah s úspešným uchádzačom, ktoré by boli spôsobilé vzbudiť pochybnosti o jeho nezaujatosti a nestrannosti, ale ani dôkazy preukazujúce jeho nedostatočnú kvalifikáciu na posudzovanie predmetu zákazky, a preto najvyšší súd túto námietku nepovažuje za relevantnú. V takom prípade je potrebné vychádzať z premisy, že členovia komisie splnili podmienky dostatočného a odborného vzdelania a odbornej praxe. Na základe uvedeného možno konštatovať, že žalobca dôkazné bremeno na vyvrátenie domnienky o jeho nedostatočnej kvalifikácii na posudzovanie predmetu zákazky a na preukázanie jeho nepriameho blízkeho vzťahu s úspešným uchádzačom neuniesol.

Najvyšší súd Slovenskej republiky v tejto súvislosti poukazuje aj to, že z obsahu pripojeného administratívneho spisu ako aj z rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky vo veci sp. zn. 3Sžf/ 2/2010, 3Sžf/18/2012 z 25.5.2012 mal za preukázané, že verejný obstarávateľ vydal 21.2.2008 rozhodnutie o zriadení komisie na vyhodnocovanie ponúk, ktorá mala 15 členov, z ktorých piati členovia komisie mali právo vyhodnocovať ponuky, a to: Ing. M., Dr.h.c. Prof. Ing. F., CSc., Ing. R., Ing. R., JUDr. A. a ďalší desiatich členovia boli bez práva vyhodnocovať ponuky, a to: Ing. L., Ing. Mgr. J., Mgr. P., JUDr. J., Ing. L., JUDr. M., Mgr. K., Mgr. L., Ing. T., JUDr. M.. Z uvedeného vyplýva, že Ing. L.W. (ktorý bol v konaní pred krajským súdom vypočutý ako svedok), bol členom komisie obstarávateľa ako technický expert, avšak bez práva vyhodnocovať ponuky. Zo svedeckej

výpovede menovaného ako aj z čestného vyhlásenia spoločnosti SkyToll, a. s. bola rozptýlená akákoľvek pochybnosť o vzťahu tohto svedka k úspešnému uchádzačovi.

K jednotlivým dôvodom vylúčenia žalobcu z predmetnej užšej súťaže najvyšší súd konštatuje, že sa v celom rozsahu stotožňuje s odôvodnením napadnutého rozsudku krajského súdu (§ 219 ods. 2 OSP v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP), pokiaľ ide o prvé tri dôvody vylúčenia žalobcu z predmetnej užšej súťaže, a preto ani tieto prvé tri dôvody vylúčenia nebude už podrobne rozvádzať.

Z obsahu súťažných podkladov v časti B1 článku 11.4 vyplýva, že obstarávateľ stanovil ako jednu z požiadaviek na predmet zákazky požiadavku na zaistenie spolupráce so zložkami mýtnej polície a poverených osôb (personálu poskytovateľa služby), pri výkone činnosti mobilných jednotiek v teréne, v časti B1 článku 16.5 súťažných podkladov mal uchádzač povinnosť uviesť zásady spolupráce s mýtnou políciou a činnosť mobilných zložiek enforcementu a v časti B1 bod 16.3 súťažných podkladov mal žalobca popísať hlavné procesy, ktoré bude služba zaisťovať vo fáze prevádzkovania služby, pričom ponúkané riešenie musí rešpektovať funkčné požiadavky definované obstarávateľom v bode 11, pričom popis procesov mal byť urobený jednak vo forme textovej, a tiež vo forme Use – case diagramov alebo diagramov EPC. Z uvedeného vyplýva, že obstarávateľ stanovil v súťažných podkladoch na predmet zákazky požiadavku na súčinnosť zamestnancov polície a poverených osôb (personálu poskytovateľa služby), pričom túto požiadavku mal uchádzač popísať. Pre splnenie účasti v súťaži nestačilo deklarovanie tohto záväzku uchádzača poskytnúť obstarávateľovi službu v rozsahu podľa súťažných podkladov, ale vyžadovalo sa popísať a graficky znázorniť hlavné procesy ponúkaného riešenia, ktoré zabezpečia rešpektovanie funkčných požiadaviek stanovených v súťažných podkladoch.

Podľa názoru najvyššieho súdu boli požiadavky obstarávateľa formulované v súťažných podkladoch zrozumiteľné a jednoznačné. Žalobca vo svojej ponuke nepreukázal pripravenosť navrhnuť a realizovať nielen procesy mobilného enforcementu v súčinnosti s mýtnou políciou, ale aj všeobecne všetky procesy tvoriace komplexnú službu ako z pohľadu koordinácie, tak aj personálu. Najvyšší súd sa stotožnil s názorom krajského súdu, že pre splnenie požiadaviek na predmet zákazky všeobecná akceptácia súťažných podkladov (vrátane technických požiadaviek) na poskytovanie služby a nedeklarovanie rozporu ponúkaného riešenia so súťažnými podkladmi nepostačuje. Aj podľa názoru najvyššieho súdu

bolo povinnosťou žalobcu vo svojej ponuke uviesť základné zásady spolupráce a spôsob koordinácie tejto spolupráce s mýtnou políciou. Odkaz žalobcu na ich neskoršie riešenie nie je dostatočný a nezodpovedá požiadavke obstarávateľa uvedenej v súťažných podkladoch. Žalobca vo svojej ponuke nerieši vzájomný vzťah týchto zložiek, ich spoluprácu a základné zásady, ktorými sa pri výkone predmetnej činnosti majú spravovať, organizovať a ako zabezpečiť riadny výkon povinnosti pri prevádzke obstarávanej služby a to ani všeobecne, aby preukázal splnenie požiadavky obstarávateľa v súťažných podkladoch. Zo súťažných podkladov mal uchádzač v ponuke okrem iného uviesť zásady spolupráce s mýtnou políciou a činnosť mobilných jednotiek enforcementu. Zo žalobcovej ponuky aj podľa názoru najvyššieho súdu nevyplýva splnenie predmetnej požiadavky, keďže opis procesov súvisiacich so zaistením koordinácie spolupráce prevádzkovateľa služby so zložkami mýtnej polície pri výkone činnosti mobilných jednotiek v teréne ako aj zásady spolupráce s mýtnou políciou v súťažnej ponuke žalobcu absentujú.

Čo sa týka ďalšieho dôvodu vylúčenia žalobcu z verejného obstarávania - *nesplnenia požiadavky uvedenej v časti B1 článku 11.1 v bode P1.14 súťažných podkladov, v ktorej obstarávateľ stanovil požiadavku určujúcu, že palubná jednotka musí indikovať platiteľovi mýta správne zaznamenanie mýtnej udalosti optickým signálom alebo akustickým signálom s možnosťou akustický signál vypnúť*, v časti B1 článku 11.3 bode P3.9 súťažných podkladov je uvedené, že čiastková služba „Distribúcia, správa a údržba palubných jednotiek“ musí zabezpečiť také palubné jednotky, u ktorých je akustická signalizácia Palubnej jednotky vypínateľná. V opise ponúkaného riešenia žalobcu sa nenachádza žiaden odkaz o splnení požiadaviek P1.14 a P3.9 súťažných podkladov. Žalobca vo svojej ponuke opísal ponúkané palubné jednotky, ich ovládanie prvky a vlastnosti, z textového popisu ani z grafického znázornenia palubných jednotiek však nevyplývalo, či a akým spôsobom môže platiteľ mýta (vodič) akustickú signalizáciu vypnúť, čiže aj podľa názoru najvyššieho súdu verejný obstarávateľ a žalovaný postupovali správne, keď túto požiadavku vyhodnotili ako nesplnenú.

Ak v súvislosti týmto dôvodom vylúčenia poukazuje žalobca na to, že *súťažné podklady nešpecifikovali, akým spôsobom by mala byť akustická signalizácia vypínateľná, a preto je dostatočná aj možnosť vypínania akustickej signalizácie prostredníctvom rozhrania, ktoré popisuje EN ISO 14906*, najvyšší súd zhodne s názorom krajského súdu zastáva názor, že nemožno od obstarávateľa očakávať, aby splnenie stanovených požiadaviek na vlastnosti palubnej jednotky odvodzoval z obsahu technickej normy, na ktorú súťažná

ponuka odkazuje, keď si v súťažnej ponuke vymienil, aby uchádzač popísal hlavné procesy ponúkaného riešenia prostredníctvom ktorých budú stanovené funkčné požiadavky zabezpečené.

K námietke žalobcu týkajúcej sa *povinnosti obstarávateľa v zmysle § 42 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní požiadať žalobcu o vysvetlenie ponuky, teda či palubná jednotka má vypínateľnú akustickú signalizáciu, alebo nie*, najvyšší súd poukazuje na to, že žiadosť obstarávateľa o vysvetlenie súťažnej ponuky je *možnosťou*, ale nie *povinnosťou* obstarávateľa. Je len na úvahu obstarávateľa a plne v jeho kompetencii, či požiada uchádzača o vysvetlenie ponuky. Obstarávateľ však nesmie vyzvať ani prijať ponuku uchádzača na zmenu, ktorou by sa jeho ponuka zvýhodnila. V danom prípade obstarávateľ zákon o verejnom obstarávaní neporušil, keď žalobcu nepožiadal o vysvetlenie ponuky na vyššie uvedenú požiadavku. Pokiaľ žalobca v odvolaní poukazuje na žiadosť o vysvetlenie ponuky, ktorú verejný obstarávateľ poslal uchádzačovi SanToll, najvyšší súd poukazuje na to, táto námietka je právne irelevantná, keďže sa týka ponuky iného uchádzača a ako je vyššie uvedené ide o možnosť, ale nie povinnosť obstarávateľa. Tým, že žalobcu o vysvetlenie k vypínateľnosti verejný obstarávateľ nepožiadal neporušil princíp nediskriminácie

V prípade posledného dôvodu vylúčenia žalobcu z verejného obstarávania *spočítavajúceho v neúplnosti opisu procesov v ponuke, nakoľko nezahrňa rozdiely vyplývajúce z použitia principiálne rôznych palubných jednotiek s rôznym účelom použitia, čo považoval obstarávateľ za nesplnenie požiadavky na predmet zákazky podľa časti B1 článku 11.3, 11.4 a 11.5.*, krajský súd v tejto časti považoval napadnuté rozhodnutie za nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť a nedostatok dôvodov.

Najvyšší súd po preskúmaní napadnutého rozhodnutia aj v časti tohto štvrtého dôvodu vylúčenia žalobcovej ponuky dospel k záveru rozdielnemu od záveru krajského súdu, prikloniac sa k názoru verejného obstarávateľa. Je nepochybné, že žalobca vo svojej ponuke ponúkol dva typy palubných jednotiek, a to hybridné a mikrovlnné. Hybridné jednotky boli určené na použitie spoplatnenej cestnej siete v plnom rozsahu podľa zákona o elektronickom výbere mýta. Lacné mikrovlnné palubné jednotky boli určené iba pre tranzitnú dopravu na diaľniciach a rýchlostných cestách. Satelitný systém, ktorý mal pokrývať cesty I. triedy, nevie zaznamenať pohyb mikrovlnných palubných jednotiek, nakoľko pracuje na inom (mikrovlnnom) technickom princípe. To znamená, že vozidlá vybavené iba mikrovlnnými

palubnými jednotkami by mali zásadným spôsobom obmedzené právo užívať spoplatnené úseky ciest. V súvislosti s týmito skutočnosťami mal obstarávateľ pochybnosti, akým spôsobom by boli zabezpečené procesy distribúcie palubných jednotiek a zákazníckych služieb, najmä akým spôsobom by mali byť palubné jednotky pridelované. Obstarávateľ očakával vysvetlenie, podľa akých pravidiel by bolo posudzované pridelovanie plnohodnotnej hybridnej alebo „obmedzujúcej“ jednoduchej mikrovlnnej palubnej jednotky a či by v súvislosti s tým nedochádzalo k diskriminácii niektorých platiteľov mýta. Aj podľa názoru najvyššieho súdu žalobca tieto skutočnosti vo svojej ponuke vôbec neopísal a napokon ani v procese vysvetľovania ponúk uspokojivo nevysvetlil. Žalobca sa problematikou vplyvu rôznych palubných jednotiek nezaoberal dostatočne, keďže ani v rámci vysvetlení ponuky nenaznačil systémové a procesné opatrenia prevádzky enforcementu v hybridnej sieti palubných jednotiek s rôznym rozsahom oprávnenosti užívať spoplatnené úseky ciest. Žalobca doplnil opis predmetu zákazky o nové, v ponuke chýbajúce časti, ktoré však správne verejný obstarávateľ už prijať nemohol. Prijatím doplnenia ponuky a umožnením dodatočného odstránenia týchto chýb by došlo k porušeniu ustanovenia § 42 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého nemôže dôjsť k zmene ponuky a k diskriminácii ostatných účastníkov verejného obstarávania zvýhodnením žalobcovej ponuky, čím by došlo aj k porušeniu princípov verejného obstarávania.

Najvyšší súd Slovenskej republiky v konaní žalovaného správneho orgánu nezistil ani takú vadu, ktorá mohla mať vplyv na zákonnosť napadnutého správneho rozhodnutia (§ 250j ods. 3 OSP), v dôsledku čoho nemožno konštatovať, že napadnuté rozhodnutie správneho orgánu nie je v súlade so zákonom. Nepochybil preto krajský súd, ak žalobu zamietol. Pritom žalobca ani v odvolaní neuviedol žiadne právne relevantné námietky, s ktorými by sa nebol krajský súd vyporiadal a ktoré by spochybňovali vecnú správnosť jeho rozhodnutia.

S poukazom na závery uvedené vyššie považoval Najvyšší súd Slovenskej republiky námietky žalobcu uvedené v odvolaní proti rozsudku krajského súdu za nedôvodné, ktoré nemohli ovplyvniť posúdenie danej veci, a preto napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave podľa § 250ja ods. 3 veta druhá OSP a § 219 ods. 1 OSP potvrdil, stotožniac sa v zásade aj s dôvodmi jeho rozhodnutia (§ 219 ods. 2 v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá OSP).

O náhrade trov odvolacieho konania odvolací súd rozhodol podľa § 250k ods. 1 OSP a s poukazom na § 246c ods. 1 veta prvá a § 224 ods. 1 OSP, nakoľko žalobca v odvolacom konaní úspech nemal a žalovanému ani účastníkom náhrada trov konania zo zákona neprislúcha.

Toto rozhodnutie prijal Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte pomerom hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 1. mája 2011).

**P o u č e n i e : Proti tomuto rozsudku nie je prípustný opravný prostriedok.**

V Bratislave 23. augusta 2012

**JUDr. Jana Baricová, v. r.**  
**predsedníčka senátu**

Za správnosť vyhotovenia:

Lubica Kavivanovová