



ROZSUDOK

V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Eleny Kováčovej a členov senátu JUDr. Jozefa Milučkého a JUDr. Aleny Poláčkovej, PhD., v právnej veci žalobcov: **1/ Elektrovod Holding, a.s.**, IČO: 35 834 111, so sídlom Čulenova 5, Bratislava, **2/ FELA Management AG**, IČO: CH-440.3.002.390-4, so sídlom Basadingerstrasse 18, 8253 Diessenhofen, Švajčiarsko, **3/ ASCOM (Schweiz) AG**, IČO: CH-035.3.000.058-6, so sídlom Belpstrasse 37, 3000 Bern 14, Švajčiarsko, **4/ Asseco Slovakia, a.s.**, IČO: 35 760 419, so sídlom Trenčianska 56/A, Bratislava, **5/ TESLA STROPKOV, a.s.**, IČO: 00 474 339, so sídlom Hviezdoslavova 37/46, Stropkov, *právne zastúpených JUDr. Romanom Gorejom*, advokátom so sídlom Žižkova 6, Košice, proti žalovanému: **Úrad pre verejné obstarávanie**, Dunajská 68, Bratislava, za účasti **Národnej diaľničnej spoločnosti, a.s.**, so sídlom Mlynské Nivy 45, Bratislava, *zastúpenej JUDr. Jaroslavom Ružičkom*, advokátom a konateľom Ružička & partners, s.r.o., Kapitulská 15, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 921-133-7000/2008 zo dňa 8.9.2008, o odvolaní žalobcov proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 3 S 180/2008-391 zo dňa 4. augusta 2009, takto

r o z h o d o l :

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 3 S 180/2008-391 zo dňa 4. augusta 2009 **p o t v r d z u j e .**

Žalobcom 1/, 2/, 3/, 4/, 5/ právo na náhradu trov odvolacieho konania **n e p r i z n á v a .**

Ďalšiemu účastníkovi Národná diaľničná spoločnosť, a.s., Bratislava právo na náhradu trov konania **n e p r i z n á v a .**

O d ô v o d n e n i e :

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol podľa § 250j ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len „O.s.p.“) žalobný návrh žalobcov v 1. – 5. rade, ktorým sa domáhali, aby krajský súd zrušil rozhodnutie žalovaného č. 921-133-7000/2008 zo dňa 8.9.2008, ktorým žalovaný zamietol podľa § 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 č. 25/2006 Z. z.“) námietky žalobcov proti úkonu žalovaného v užšej súťaži na predmet zákazky „komplexná služba elektronického výberu mýta“ vyhlásenej Národnou diaľničnou spoločnosťou, a.s. Bratislava (ďalej len „obstarávateľ“). Krajský súd takto rozhodol, keď zistil, že podstatou žaloby žalobcov je námietka porušenia ust. § 9 ods. 2 ZVO spočívajúca v tom, že s ponukou žalobcov sa zaobchádzalo evidentne rozdielnym spôsobom ako s ponukou iného uchádzača a to v neprospech ponuky žalobcu, avšak po preskúmaní rozhodnutia žalovaného krajský súd nezistil, že by zo strany žalovaného došlo k porušeniu § 9 ods. 2 ZVO pri zadávaní zákazky. Z predloženého administratívneho spisu krajský súd zistil, že žalobcovia doručili žalovanému námietky v súlade s § 138 ods. 2 písm. g) ZVO, ktoré smerujú proti úkonu obstarávateľa inému ako uvedenému v písmene a) až f) tohto ustanovenia, kde žalobcovia namietali porušenie princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie a princípu transparentnosti podľa § 9 ods. 1, 2 ZVO, pričom námietky žalobcov smerovali najmä proti:

1. akceptovaniu vysvetlenia a údajov uvedených uchádzačov SanToll – IBERTAX, a.s. v liste označenom ako „Vysvetlenie súťažnej ponuky“ zo dňa 16.4.2008, na základe ktorých obstarávateľ posúdil ponuku tohto uchádzača ako spĺňajúcu požiadavky stanovené obstarávateľom v súťažných podkladoch
2. v nevyžiadaniu vysvetlenia súťažnej ponuky uchádzača v časti týkajúcej sa požiadavky P1.20 súťažných podkladov obstarávateľom
3. rozšíreniu znenia požiadavky obstarávateľa na vysvetlenie návrhu ceny adresovanej

uchádzačovi.

Krajský súd ďalej uviedol, že k námietkam žalobcov sa písomne po ich obdržaní vyjadril dňa 12.8.2008 obstarávateľ, z ktorého vyjadrenia vyplýva, že v žiadnom prípade nezvýhodnil skupinu uchádzačov SanToll – IBERTAX, a.s. a nikdy neporušil oprávnené záujmy iných uchádzačov v užšej súťaži na výber poskytovateľa komplexnej služby elektronického výberu mýta v Slovenskej republike a že po detailnom preštudovaní textu doručeného vysvetlenia vo vzťahu k obsahu technickej časti ponuky predloženej uvedenou skupinou získal jednoznačne dôkazy o splnení technických požiadaviek na predmet zákazky a to vo všetkých otázkach, ktoré sú obsiahnuté v námietke žalobcov.

Krajský súd ďalej dôvodil tým, že porušenie princípu nediskriminácie vidia žalobcovia najmä v tom, že otázka na vysvetlenie nejasnosti ohľadne požiadavky P1.20 absentovala v „Žiadosti o vysvetlení ponuky“ obstarávateľa z 9.4.2008 a rovnako tak bol tento princíp porušený pri rozšírení otázky obstarávateľa na zdôvodnenie neobvykle nízkej ceny. Podľa krajského súdu pojem „diskriminácie“ zákon nijakým spôsobom nevymedzuje a to ani príkladmo. Nakoľko ide o normu, ktorá bola prijatá v súlade s právom Európskych spoločenstiev (§ 156 ZVO) pri interpretácii tohto pojmu je možné vychádzať z obsahu Európskych obstarávacích smerníc, ktoré boli touto cestou implementované do nášho právneho poriadku. Z charakteru povahy uvedenej zákazky pripadajú do úvahy smernice Rady č. 71/304/EHS zo dňa 26.7.1997, č. 93/36/EHS zo dňa 14.6.1993, č. 97/52/ES zo dňa 13.10.1997. Tento postup umožňuje aplikáciou „princípu nepriameho účinku“, ktorý vyplýva z ustálenej judikatúry Európskeho súdneho dvora (napr. vec C-240/98 – C-244/98). Podľa tohto princípu je povinnosťou vnútroštátnych súdov urobiť výklad vnútroštátneho práva tak, aby bol dosiahnutý výsledok uvedený v Smernici; právo je potrebné vykladať „čo možno najviac vo svetle a účelu Smernice“.

Vymedzenie pojmu „diskriminácie“ v kontexte hospodárskej súťaže, kam oblasť zadávania verejných zákaziek svojou povahou prináleží, je možné ju nájsť v inej principiálne priamo aplikovanej norme (čl. 7 ods. 5 Ústavy SR) a síce v Zmluve ES konkrétne v článku 82 písm. c/. Za diskrimináciu je v tejto Zmluve označované konanie spočívajúce v uplatňovaní

rozdielnych podmienok voči jednotlivým účastníkom trhu pri porovnateľnom plnení, ktorým dochádza k ich znevýhodňovaniu v hospodárskej súťaži. Článok 82 Zmluvy ES súd môže použiť *per analogia* aj pre oblasť súťažného práva v širšom ponímaní, teda normu, ktorá definuje jeden z princípov platných pre celú oblasť súťažného práva.

Z výkladu pojmu „diskriminácia“ nie je možné dospieť pri námietke žalobcov týkajúcej sa otázky vysvetlenia nejasnosti ohľadne požiadavky P1.20, ktorá absentovala v „žiadosti o vysvetlenie ponuky“ obstarávateľa z 9.4.2008. Krajský súd ďalej uviedol, že podľa názoru žalovaného ako aj obstarávateľa nebol žiaden dôvod na zaslanie žiadosti o vysvetlenie ponuky SanToll – IBERTAX, a.s. vo vzťahu k požiadavke P1.20, ktorú podľa ich názoru uvedený uchádzač splňal. V tejto súvislosti krajský súd konštatuje, že pri žiadostiach o vysvetlenie ponúk vychádza obstarávateľ z týchto ponúk a preto, keďže ponuky uchádzačov nie sú identické, nemôžu byť ani otázky v žiadostiach o vysvetlenie totožné. Nie je povinnosťou obstarávateľa žiadať o vysvetlenie tých aspektov ponuky, čo v danom prípade ide o ponuku žalobcov, pri ktorých je zrejmé, že ich uchádzač nespĺňa a že k takémuto záveru dospela komisia obstarávateľa a na základe týchto skutočností nie je možné konštatovať, že by žalovaný ako aj obstarávateľ porušil princípy uvedené v § 9 ods. 2 ZVO. Krajský súd taktiež konštatoval, že z administratívneho spisu nevyplýva, že by došlo zo strany žalovaného k porušeniu princípu rovnakého zaobchádzania, pretože komisia obstarávateľa v rámci hodnotenia predložených ponúk vyzvala všetkých uchádzačov v súlade s § 42 ods. 2 ZVO na to, aby vysvetlili niektoré komisiou označené aspekty ponúk. Žalobcovia na žiadosť o vysvetlenie ponuky zo dňa 9.4.2008 reagovali listom zo dňa 16.4.2008, pričom krajský súd sa nestotožnil s názorom žalobcov, že by pri vyhodnocovaní ponuky žalobcov a ponuky SanToll – IBERTAX, a.s. postupoval obstarávateľ a žalovaný rôznym spôsobom.

Krajský súd v dôvodoch rozhodnutia taktiež konštatuje, že nedošlo k porušeniu princípu transparentnosti, ktorý má zaistiť, aby zadávanie verejných zákaziek prebiehalo priehľadným, právne korektným a predvídateľným spôsobom. Konanie žalovaného ako aj obstarávateľa nebolo nečitateľné, nekontrolovateľné alebo horšie kontrolovateľné.

Proti rozsudku krajského súdu podali odvolanie žalobcovia a žiadali, aby Najvyšší súd

Slovenskej republiky napadnutý rozsudok krajského súdu zrušil a vec mu vrátil na ďalšie konanie, alebo aby zmenil rozhodnutie krajského súdu a to tak, že žalobe v celom rozsahu vyhovie. Krajský súd sa nevysporiadal s návrhom žalobcov na ustanovenie nezávislého znalca na posúdenie niektorých odborných otázok súvisiacich s predmetom konania, taktiež sa nezaoberal návrhom na vykonanie dôkazu výsluchom členov výberovej komisie obstarávateľa a tiež sa nezaoberal skutkovými okolnosťami, ktoré vyplynuli z obsahu listinného dôkazu, ktorý predložil žalovaný a to znaleckým posudkom č. 164/2009, a to napriek tomu, že tieto skutočnosti preukazovali, že ponuka uchádzača, ktorá bola predložená skupinou dodávateľov, ktorej členmi boli spoločnosti SanToll, s.r.o. Bratislava a IBERTAX, a.s. Bratislava nespĺňala záväzné podmienky na predmet zákazky v zmysle súťažných podmienok, čo je dôkazom o porušení princípu rovnakého zaobchádzania vo verejnom obstarávaní. Žalobcovia v rámci revízných postupov daných zákonom č. 25/2006 Z. z. si podali žiadosť o nápravu a to proti inému úkonu obstarávateľa v súlade s ust. § 136 ods. 1 písm. g) ZVO a táto žiadosť smerovala proti trom individuálne napádaným úkonom obstarávateľa, a to

- 1) akceptovanie vysvetlenia a údajov uvedených uchádzačom – skupinou dodávateľov SanToll – IBERTAX, a.s., v liste označenom ako Vysvetlenie súťažnej ponuky o dňa 16.4.2008, na základe ktorých Obstarávateľ posúdil ponuku tohto uchádzača ako spĺňajúcu požiadavky stanovené Obstarávateľom v súťažných podkladoch (ďalej aj „Prvý napádaný úkon“);
- 2) nevyžiadanie vysvetlenia súťažnej ponuky uchádzača v časti týkajúcej sa požiadavky P1.20 súťažných podkladov Obstarávateľom (ďalej aj „Druhý napádaný úkon“);
- 3) rozširovanie znenia požiadavky Obstarávateľa na vysvetlenie návrhu ceny adresovanej uchádzačovi (ďalej aj „Tretí napádaný úkon“).

Obstarávateľ na túto žiadosť odmietol reagovať a preto žalobca sformuloval námietky v zmysle ust. § 138 ods. 2 písm. g) ZVO, ktoré adresoval žalovanému a predmetom konania pred žalovaným bolo odsúdenie všetkých troch napádaných úkonov a rovnaký rozsah posúdenia vyplýval aj z podanej žaloby. Krajský súd sa neodôvodnene zameril len na posúdenie druhého a tretieho napádaného úkonu a vôbec sa nezaoberal posúdením prvého napádaného úkonu, pri ktorom napádal a to porušenie princípu rovnakého zaobchádzania a poukazoval na nerovnaké posúdenie ponúk jednotlivých uchádzačov. Na pojednávaní dňa 12. mája 2009 žalovaný krátkou

cestou predložil znalecký posudok č. 164/2009, ktorý si žalovaný objednal u Ústavu súdneho inžinierstva Žilinskej univerzity v Žiline, ktorý obsahuje aj kópie častí ponuky uchádzača SanToll IBERTAX, z ktorých mala mať komisia obstarávateľa za preukázané, že ponuka tohto uchádzača spĺňa tieto podmienky. Obsah týchto častí ponuky uchádzača SanToll IBERTAX však preukazuje opak tvrdenej nediskriminácie a dodržania princípu rovnakého zaobchádzania. K tomuto listinnému dôkazu zaujal žalobca stanovisko v písomnom podaní označenom ako „Stanovisko žalobcu k listinnému dôkazu“ zo dňa 22.6.2009, v ktorom o.i. skonštatoval, že sa jedná o jasné dôkazy, ktoré preukazujú diskriminačné a nerovnaké zaobchádzanie zo strany obstarávateľa ako aj žalovaného. Žalobca ďalej uviedol, že najskôr mal možnosť oboznámiť sa s obsahom ponuky uchádzača SanToll IBERTAX až z obsahu predloženého znaleckého posudku žalovaným v súdnom konaní. Žalobca ďalej uviedol, že z obsahu žaloby ako i z obsahu žiadosti o nápravu adresovanej obstarávateľovi a námietok, ktoré predložil žalovanému vyplýva, že žalobca v rámci prvého napádaného úkonu namietal proti akceptovaniu odpovedí uchádzača SanToll IBERTAX na otázky obstarávateľa č. 6, 7 a 9.

Otázka Obstarávateľa č. 6 adresovaná uchádzačovi SanToll – IBERTAX znela, cit.: „Vysvetlite, na ktorom mieste ponuky je opísané splnenie požiadaviek stanovených v súťažných podkladoch časť B1 čl. 1.2, bod P 2.10 a P 2.25.“. Uchádzač SanToll v odpovedi na uvedenú otázku uviedol nasledovné: „V zmysle súťažných podmienok, konkrétne časť B1 str. 26, budú detailné podmienky výberu mýta, platobné pravidlá i spôsob sankcionovania ich nedodržania, upravené v Mýtnom poriadku, ktorého presné znenie bude navrhnuté Poskytovateľom vo Fáze vybudovania služby. Navrhnuté riešenie je plne v súlade s požiadavkami Obstarávateľa (P 2.10, P 2.25)“. Ako to vyplýva z Rozhodnutia žalovaného, Obstarávateľ k otázke č. 6 uviedol, že cit.: „...splnenie požiadavky P2.10 je opísané v článku 3.3.10 na str. 75 „Generovanie upomienok a súdnych výziev“, schéma na obr. 3.8, krok „Príprava podania písomnej žaloby“ obsahuje aj podanie návrhov na vykonanie exekúcie ako jednu zo špecifických foriem podania. Splnenie požiadavky P2.25 je opísané v článkoch 3.3.6 „Úhrada mýta na kontaktných a distribučných miestach“ a 3.3.7 „Automatická úhrada priamym debetom alebo kartou“ na str. 72 až 74, v schéme na str. 73 krok „Vykonať platbu“ výstupná podmienka „Platba akceptovaná“ rieši požiadavku P2.25 a vyvoláva nasledujúce procesné kroky „Správu o zlyhaní transakcie“ a „Upovedomenie Správcu výberu mýta“. Rovnaký záver si následne po preskúmaní ponuky

uchádzača SanToll – IBERTAX z hľadiska splnenia inkriminovaných požiadaviek osvojil žalovaný, keď konštatoval, že cit.: „Komisia úradu k otázke č. 6, ktorá sa týkala časti B1 článku 11.2 bodov P2.10 a P2.25 konštatuje, že uchádzač SanToll ich riešenie poskytuje a uvádza na stranách 72 až 75 ponuky v kapitolách 3.3.6 „Úhrada mýta na kontaktných miestach a distribučných miestach“, 3.3.7 „Automatická úhrada priamym debetom alebo kartou“, 3.3.8 „Úhrada bankovým prevodom“, 3.3.9 „Spracovanie preplatiek“ a 3.3.10 „Generovanie upomienok a súdnych výziev“.

Súťažné podklady v časti B1, článok 11.2 na str. B1-27 definujú požiadavku P2.10 tak, že cit.: „Služba Výber mýta musí zabezpečiť podanie návrhov na vykonanie exekúcie do 10 dní od právoplatnosti platobných rozkazov/rozsudkov, ak dovtedy dlžník nezaplatí dobrovoľne“, Návrh plnenia tejto požiadavky má podľa názoru Obstarávateľa ako aj žalovaného vyplývať z popisu nachádzajúceho sa na strane 75 ponuky uchádzača SanToll – IBERTAX. Opis procesov uvedených na strane 75 ponuky však nikde neobsahuje systémový krok „podanie návrhov na vykonanie exekúcie do 10 dní od právoplatnosti platobných rozkazov/rozsudkov“, lež samotný opis a končí systémovým krokom „Doručenie písomnej žaloby (súd)“, Podanie žaloby na súd nemožno v žiadnom prípade zamieňať s podaním, ktorého obsahom je návrh na vykonanie exekúcie. Doručenie žaloby na súd ako systémový výsledok procesov popísaných na strane 75 ponuky uchádzača SanToll – IBERTAX nemožno navyše vôbec označiť ani ako „všeobecnú rovinu“ návrhu takéhoto systémového riešenia! Dôkaz o splnení požiadavky nevyplýva ani z obsahu ďalších strán ponuky, na ktoré sa odvolával žalovaný, ktorý vo svojich vyjadreniach a vo svojom rozhodnutí poukazoval na strany 72 až 75 ponuky uchádzača SanToll – IBERTAX. Záver k otázke splnenia požiadavky P 2.10 je ten, že požiadavka P 2.10 zo strany uchádzača SanToll – IBERTAX nebola splnená!

Súťažné podklady v časti B1, článok 11.2 na str. B 1-27 definujú požiadavku P2.25 tak, že cit.: „Služba Výber mýta nesmie akceptovať platby prostredníctvom Platobných kariet, ktoré sú zablokované alebo nespĺňajú podmienky Zmluvy o užívaní vymedzených úsekov ciest alebo podmienky uvedené v Mýtnom poriadku“. Podľa vyjadrení Obstarávateľa a žalovaného malo byť splnenie tejto požiadavky opísané na stranách 72 až 74 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX. Po oboznámení sa s obsahom tejto časti ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX však možno

konštatovať, že záver o splnení tejto požiadavky nielenže nevyplýva z obsahu ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, ale popis procesov uvedený v tejto časti ponuky priamo neguje zmysel tejto požiadavky, ktorá jednoznačne vyžaduje to, že služba výberu mýta nesmie akceptovať nielen platby prostredníctvom platobných kariet, ktoré sú zablokované, ale aj platby prostredníctvom platobných kariet, ktoré nespĺňajú podmienky Zmluvy o užívaní vymedzených úsekov ciest alebo podmienky uvedené v Mýtnom poriadku. Z obsahu opisov na stranách 72 a 73 jasne vyplýva, že systémové riešenie uvedené v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX je schopné spracovať jedine informáciu od prevádzkovateľa platobnej karty, ktorý buď platbu povolí alebo nepovolí. Odoslaním správy o úspešnej platbe z platobného terminálu na "Back Office console" je vykonanie kroku odmietnutie platby prostredníctvom Platobných kariet, ktoré nespĺňajú podmienky Zmluvy o užívaní vymedzených úsekov ciest alebo podmienky uvedené v Mýtnom poriadku nemožné, nakoľko platba je už uskutočnená! Uchádzač SanToll - IBERTAX krok overenia platobnej karty na základe podmienok zmluvy o užívaní vymedzených úsekov ciest alebo podmienok uvedených v mýtnom poriadku do procesov na stranách 72 a 73 neinkorporoval a teda podmienku P2.25 nespĺnil. Krok takéhoto overenia musí predchádzať kroku vykonanie platby (krok 4b na strane 72, poťážne krok 2 na strane 73), no v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX takýto krok nie je. Záver k otázke splnenia požiadavky P2.25 je ten, že požiadavka P2.25 zo strany uchádzača SanToll - IBERTAX nebola splnená!

Rovnaké skutkové zistenia o nespĺnení záväzných požiadaviek na službu vyplývajú aj z posúdenia ďalších odpovedí a ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX. Otázka obstarávateľa č. 7 adresovaná uchádzačovi SanToll - IBERTAX znela cit.: *"Vysvetlite, na ktorom mieste ponuky je opísané splnenie požiadavky stanovenej v súťažných podkladoch, časť B1, čl. 1.4, bod P 4.1. "*, k čomu uchádzač SanToll - IBERTAX uviedol cit.: *"Opakovaný postih za ten istý mýtny priestupok vyžaduje predovšetkým definíciu časového obdobia, resp. intervalu, ktorý bude spresnený v Mýtnom poriadku. Technicky sa táto požiadavka zabezpečí tak, že pre potreby enforcementu bude vyžadovaná informácia z back - officeu, o predchádzajúcom priestupku. Komparáciou s definovaným časovým údajom, v Mýtnom poriadku sa potvrdí alebo zamietne riešenie zisteného mýtného priestupku. Navrhované riešenie je plne v súlade s požiadavkami Obstarávateľa (P 4.1)".* Uchádzač SanToll - IBERTAX tak opäť neodpovedal na otázku identifikovaním miesta svojej ponuky. Na strane druhej Obstarávateľ následne akceptoval

splnenie tejto požiadavky a konštatoval, že cit.: *"K otázke č. 7 kontrolovaný uvádza, že riešenie bodu P4.1 je opísané na str. 81 v článku 3.5.2 „Validácia mýtného priestupku v Back - office“, resp. v článku 3.5.2.2 „Manuálne overenie záberov“. Kontrolovaný ďalej uvádza, že ako vyplýva z textu ponuky v prípade, že existujú pochybnosti o dôveryhodnosti dôkazných prostriedkov, automatické spracovanie nie je vykonané, ale záznamy mýtnych incidentov postupujú na manuálne spracovanie. Výsledok manuálneho spracovania môže byť navyše kontrolovaný a potvrdený supervízorom".* Rovnaký záver o splnení tejto požiadavky následne prezentoval aj žalovaný, keď konštatoval, že cit.: *"K otázke č. 7, týkajúcej sa časti B1 článku 11.4 bodu P4.1 súťažných podkladov komisia úradu uvádza, že uchádzač SanToll jej riešenie uviedol na stranách 80 až 81 a to v kapitolách 3.5.2 "Validácia mýtného priestupku v Back Office“, 3.5.2.1 "Automatické spracovávanie mýtnych priestupkov", 3.5.2.2 "Manuálne overovanie záberov" a v časti 3.5.3 "Oznámenie o mýtnom priestupku“, 3.5.3.1 "Identifikácia vozidla prostredníctvom prístupu k údajom o registrácii vozidla".*

Súťažné podklady v časti B1, článok 11.4 na str. B1-30 definujú požiadavku P4.1 tak, že cit.: *"Služba Vynucovanie musí byť navrhnutá a vykonávaná takým spôsobom, aby nemohlo dôjsť k opakovanému postihu za ten istý Mýtny priestupok".* Jedná sa o požiadavku, ktorá síce znie triviálne, no akékoľvek pochybenia pri jej plnení môžu so sebou priniesť vážne následky. Oboznámením sa s obsahom ponuky však možno konštatovať, že na žiadnom mieste ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX nie je uvedený návrh systémového riešenia vzájomného porovnávania zaznamenaných mýtnych priestupkov rôznymi zariadeniami služby vynucovanie (napr. zachytenie toho istého vozidla zariadeniami pevného a zariadeniami prenosného enforcementu). Za daných podmienok, ako sú uvedené v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX strana 79 až 83, preto vôbec nie je vylúčené, že konkrétny mýtny priestupok bude postihnutý v blokovaní pri zachytení mýtnou políciou, následne po zachytení zariadením prenosného enforcementu a pridelení referenčného čísla a neskôr po zachytení zariadením pevného enforcementu a pridelení referenčného čísla bude takýto priestupok postihovaný znovu a znovu. Nakoľko v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX nie je uvedené systémové riešenie vzájomného porovnávania zaznamenaných mýtnych priestupkov, nemožno vylúčiť duplicitný alebo dokonca viacnásobný postih za ten istý mýtny priestupok. Žalobca je toho názoru, že práve naopak, podľa časti 3.5.3.1 na strane 81 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX bude špecifické

referenčné číslo pridelené každému zaznamenanému mýtnemu priestupku a každý takto zaznamenaný priestupok bude oznámený platiteľovi mýta. Teda viackrát zaznamenaný ten istý mýtny priestupok bude viackrát oznámený platiteľovi mýta. Sám uchádzač SanToll - IBERTAX vo svojom vysvetlení ponuky zo dňa 16.4.2009 k bodu 7 vôbec neodkazuje na prekladateľmi Posudku citované strany ponuky, nakoľko sa v nich návrh systémového riešenia preukazujúci splnenie požiadavky P4.1 nenachádza.

Žalobca vo svojich námietkach ďalej poukázal na neprípustnosť akceptovania odpovede uchádzača SanToll - IBERTAX na otázku Obstarávateľa č. 9, ktorou ho Obstarávateľ žiadal o vysvetlenie, na ktorom mieste ponuky je opísané splnenie požiadavky stanovenej v súťažných podkladoch časť B1, čl. 11.7, bod P 7.8. Na uvedenú otázku uchádzač SanToll - IBERTAX rozsiahlym opisom popisuje predstavu splnenia požiadavky P 7.8, avšak z jeho odpovede nemožno identifikovať časti súťažnej ponuky, v ktorých sa tento uchádzač s predmetnou problematikou vysporiadal. Uchádzač San Toll - IBERTAX tak neodpovedal ani na túto otázku položenú Obstarávateľom. Obstarávateľ následne akceptoval splnenie tejto požiadavky a konštatoval, že cit.: *"K otázke č. 9 kontrolovaný uvádza, že služba požadovaná pod bodom P7.8 je opísaná na str. 92-93 ponuky, článok 3.8 "Vzťah s verejnosťou", proces "Spracovanie a vydávanie POS materiálov". Organizačná štruktúra je obsahom článku 2.1.1.3, kde sa definuje úloha a rozsah zodpovednosti Oddelenia marketingu a vzťahov s verejnosťou (str. 52). Detailné podmienky poskytovania informácií sú predmetom samostatnej kapitoly 8, naj má článku 8.2 "Návrh PR aktivít v období prevádzkovania Služby" na str. 182 - 185 ponuky, pol. 3 "Tlačoviny - aktualizácie/IS POS materiálov a článku 8.6 "výstupy čiastkovej služby Poskytovanie informácií...". Žalovaný potom konštatoval cit.: "Komisia úradu k otázke č. 9, týkajúcej sa B1 článku 11.7 bodu P7.8 súťažných podkladov uvádza, že uchádzač SanToll jej riešenie ponúkol na stranách 92 až 93 kapitola 3.8 "Vzťahy s verejnosťou" a obrázok č. 3.12 "Poskytovanie služieb PR", ďalej na stranách 182 až 185 kapitola 8.5 "Návrh PR aktivít v období prevádzkovania služby", kapitola 8.6 "Výstupy čiastkovej služby poskytovanie informácií pre správcu výberu mýta".*

Súťažné podklady v časti B1, článok 11.7 na str. B1-35 definujú požiadavku P7.8 tak, že cit.: *"Služba Poskytovanie informácií (PR) musí zabezpečiť informačnú kampaň pred zavedením*

zmeny rozsahu, sadzby mýta alebo princípov spoplatnenia komunikácií v predstihu najmenej dva mesiace pred tým, ako pripravované zmeny nadobudnú účinnosť. Informačná kampaň podlieha predchádzajúcemu schváleniu Verejného obstarávateľa, pričom sa primerane použije postup na schvaľovanie výstupov Fázy vybudovania Služby podľa Časti B.3 týchto Súťažných podkladov "Obchodné podmienky zmluvy". Pokiaľ sa vrátíme k žiadosti Obstarávateľa o vysvetlenie ponuky, tak otázka smerujúca na uchádzača SanToll - IBERTAX znela cit.: *"Vysvetlite na ktorom mieste ponuky je opísané splnenie požiadavky stanovenej v SP, Časť B1, článok 11.7, bod: P7.8".* Uchádzač SanToll - IBERTAX vo svojej odpovedi neoznačuje žiadnu časť svojej ponuky, z ktorej by mala vyplývať pripravenosť splnenia tejto požiadavky, ale otáča zmysel tejto požiadavky do roviny vzťahu medzi poskytovateľom služby a užívateľom, ktorý sa má o informáciách o zmenách rozsahu, sadzby mýta alebo princípov spoplatnenia komunikácií dozvedieť z obsahu a súčasti zmluvy o užívaní vymedzených úsekov ciest, resp. z jej dodatkov. Uchádzač SanToll - IBERTAX sa vo svojej odpovedi nijako ani náznakom nevyjadruje k podstate požiadavky P7.8, ktorá hovorí o informačnej kampani, ktorá týmto zmenám bude predchádzať a rovnako sa nevyjadruje k procesu predchádzajúceho schválenia výstupov tejto kampane Obstarávateľom. Odkaz na systémový popis procesov, ktoré majú predchádzať takejto informačnej kampani nenájdeme ani v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX. Otázne je preto, ako k splneniu tejto požiadavky dospel Obstarávateľ a žalovaný. Ak sa bližšie pozrieme na tvrdenie, že opis splnenia požiadavky P7.8 vyplýva zo strán 178 až 185 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, tak môžeme konštatovať, že *definícia cieľových skupín, stratégia značky, stratégia, ciele a výstupy úvodnej marketingovej kampane, poskytovanie informácií počas prevádzkovania služby a výstupy čiastkovej služby pre správcu mýta*, popísané v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX dokazujú jedine nepripravenosť na splnenie tejto požiadavky. Jednoduchý odkaz na aktualizáciu POS materiálov na strane 183 odsek 3, kde je konštatované cit.: *„3. Tlačoviny - aktualizácie /IS POS“* a pod tým *„Aktualizácia informačno-propagačných materiálov pre distribučné miesta“* nie je dôkazom o splnení požiadavky na zabezpečenie informačnej kampane v súlade s definíciou požiadavky P7.8. Jednoduché konštatovanie, že ponuka cit.: *"počíta s pravidelnou aktualizáciou POS materiálov dvakrát ročne, a to spravidla vo februári a v auguste"* nielenže nevyplýva z obsahu strany 183 ponuky, ale rovnako nie je dôkazom o pripravenosti splniť požiadavku na zabezpečenie informačnej kampane v súlade s definíciou požiadavky P7.8. Rovnako tak dôkaz o splnení tejto požiadavky nevyplýva ani

z obsahu strany 185 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, kde sú uvedené výstupy čiastkovej služby poskytované informácií pre správcu výberu mýta, nakoľko štvrtý odsek bodu 8.6 hovorí len o pripravenosti na "realizáciu informačnej kampane týkajúcej sa napr. rozsahu spoplatnenej siete, zmien v sadzbách mýta alebo princípov stanovenia mýta“. Popis procesu predchádzajúceho schválenia výstupov tejto kampane verejným obstarávateľom nie je v ponuke ani na tomto mieste uvedený! Pokiaľ má pripravenosť na splnenie tejto požiadavky vyplývať zo strany 52 ponuky, tak môžeme konštatovať, že opis úloh oddelenia marketingu a PR uvedený v bode 2.1.1.3 opäť neobsahuje žiadny odkaz na popis procesu predchádzajúceho schválenia výstupov informačnej kampane Obstarávateľom. Splnenie tejto požiadavky rovnako nevyplýva ani z doplnkových informácií uvedených na stranách 92 a 93 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, na ktoré sa zhodne odvolávali Obstarávateľ aj žalovaný. Žalobca preto opätovne zdôrazňuje, že samotná pripravenosť na aktualizáciu informačných materiálov nie je dostačujúcim predpokladom na splnenie požiadavky P7.8, ktorá jasne vyžaduje to, aby informačná kampaň bola schválená Obstarávateľom a zároveň jasne hovorí o tom, že samotné zmeny majú byť cestou informačnej kampane oznámené verejnosti najmenej dva mesiace predtým, než nadobudnú účinnosť. Otázka komisie Obstarávateľa na vysvetlenie toho, na ktorom mieste ponuky je jasne opísané splnenie požiadavky P7.8 bola namieste a v súčasnej dobe je možné jasne konštatovať, že dodnes nebola zodpovedaná. Záver o tom, že skupina dodávateľov SanToll - IBERTAX v predloženej ponuke preukázala splnenie požiadaviek na predmet zákazky uvedených v článku 11.7, bod P7.8 neobstojí a nenachádza oporu v žiadnej časti ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX. Naopak, uchádzač SanToll - IBERTAX vo svojom vysvetlení ponuky zo dňa 16.4.2008 v bode 9 rešpektovanie požiadavky P7.8 odmieta, o čom svedčí časť vysvetlenia cit.: *"V navrhovaných tlačených P.O.S. materiáloch pre zákazníkov Poskytovateľ v súčasnosti neuvažuje s presným uvádzaním rozsahu spoplatnených úsekov ani sadzieb mýta"*

Napokon sa mal žalobca možnosť oboznámiť aj s tou časťou ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, z ktorej malo vyplývať splnenie požiadavky P1.20. Nesplnenie tejto podmienky zo strany žalobcu bolo aj dôvodom na jeho vylúčenie zo súťaže. Súťažné podklady v časti B1, článok 11.1 na str. B1-25 definujú požiadavku P1.20 tak, že cit.: *"Služba Predpis mýta musí umožniť pružné nastavenie parametrov (Sadzieb mýta) pre výpočet Mýta podľa Mýtnych úsekov (alebo ich skupín), podľa ročných období, dní v týždni alebo hodín v rámci dňa"*. Žalobca pritom

poukázal na niektoré skutkové okolnosti, ktoré vyšli najavo napríklad aj v konaní o žalobe vedenej Krajským súdom v Bratislave pod sp.zn. 2S 121/08. Obstarávateľ identifikoval v ponuke uchádzača SanToll - IBERTAX pripravenosť na splnenie požiadavky P1.20, pričom poukázal na znenie článku 4.4.2.1.3 na str. 132 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, kde je uvedené cit.: *"Systém riadenia (manažmentu) sadzieb pozostáva zo všetkých súborov tarifných pravidiel, ktoré sa vzťahujú na mýtny systém. Základná cena za transakciu sa počíta na základe týchto pravidiel a na základe parametrov, ako sú čas, miesto, typ mýtnych úsekov, kategórie vozidla, emisnej triedy vozidla, atď. Systém sleduje históriu cenových tabuliek a má aj modul pre simuláciu sadzieb"*. Uvedená citácia má podľa názoru žalovaného ako aj Obstarávateľa preukazovať, že uchádzač SanToll - IBERTAX spĺňa podmienku P1.20.

Žalobca v konaní poukázal na to, akým spôsobom argumentoval žalovaný v rámci revízií postupov uplatnených žalobcom proti rozhodnutiu Obstarávateľa o vylúčení žalobcu zo súťaže a následnom konaní o žalobe vedenej Krajským súdom v Bratislave pod sp.zn. 2S 121/08. Žalovaný v predmetnom konaní podal vyjadrenie, v ktorom uvádza cit.: *"Podstatou splnenia požiadavky P1.20 súťažných podkladov je umožnenie časovo, prípadne miestne závislej tarifkácie pre zúčtovanie a fakturáciu mýta, ktoré znamená zavedenie komplexnej funkcionality spracovania dát s významným dopadom do algoritmov, funkcií a procesov, ale aj dopadov na zvýšenú zložitosť výstupných účtovných a daňových dokladov. Ide o kvalitatívne vyšší a náročnejší stupeň spracovania dát, ktorý sa odráža aj v nákladoch na poskytovanie služby elektronického výberu mýta"*. V uvedenom konaní žalovaný predložil ako listinný dôkaz *"Znalecký posudok číslo 133/2009"*. Predkladatelia uvedeného posudku v ňom k splneniu požiadavky P1.20 okrem iného konštatujú cit.: *"Funkcie vyrubenia mýta musí rešpektovať čas zaznamenania transakcie (časovú pečiatku) a podľa toho použiť časove platnú sadzbu pre vyrubenie mýta. Funkcie fakturácie musí umožniť vystavenie a tlač dokladov s uvedením príslušných sadzieb, použitých v čase vyrubenia mýta, a tieto doklady musí odpovedajúcim spôsobom aj zúčtovať"*. Svedok Ing. Ľ. W., nar. X., bytom B., X. P., vystupujúci ako technický poradca Obstarávateľa v konaní o žalobe vedenej pod sp.zn. 2S 121/08 vo svojej výpovedi dňa 22.4.2009 uviedol cit.: *„Verejný obstarávateľ očakával, že pripravenosť na zavedenie časovo premenlivých sadzieb mýta bude podrobnejšie opísaná v ponuke v častiach, ktoré obsahovo spĺňajú požiadavky súťažných podkladov podľa bodu P16.3 a P16.4. To znamená, že opis*

procesov ponúkaného riešenia mal obsahovať v popise procesu vyrubenie mýta nástroje, ktoré umožňujú automaticky podľa príslušného času priradiť správnu výšku sadzby mýta a vyrátať mýtnu pre danú transakciu a ďalej že odpovedajúca funkcionálna bude aj zohľadnená v procese fakturácie a zúčtovania mýta tak, aby mýtny systém bol schopný vystaviť aj príslušné daňové doklady a účtovné doklady s rozlíšením príslušných sadzieb“ ... a ďalej cit: „...časová pečiatka je technický údaj, ktorý je určený na celý rad úkonov napr. pre audidát v databáze pre riadenie archivácie dát a pod. Je nutnou podmienkou pre zavedenie časovo premenlivých sadzieb mýta a nie postačujúcou podmienkou. V ponuke chýba funkcionálna, ktorá je určená na to, aby predmetné pečiatky spracovávala a zabezpečila použitie správnej sadzby mýta, pre výpočet výšky mýta a ďalej aby zabezpečila odpovedajúce daňové doklady a podporovala účtovné operácie. Ide o to, že systém nie je pripravený, nakoľko neobsahuje predmetné funkcie a ani funkcie pre správnu administráciu týchto sadzieb, tu sa má na mysli kalendár, ktorý bude riadiť automatické priradenie sadzby mýta v závislosti na dni v týždni, v hodine, v rámci dňa, či je štátny sviatok a pod.“

Žalobca v konaní pred súdom prvého stupňa vytkol, že ak žalovaný trvá na svojich stanoviskách, tak je namieste otázka, ako z citácie článku 4.4.2.1.3 na str. 132 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX vyplýva opis zavedenia komplexnej funkcionality spracovania dát s významným dopadom do algoritmov, funkcií a procesov, ale aj dopadov na zvýšenú zložitosť výstupných účtovných a daňových dokladov, alebo kde je uvedený opis funkcie fakturácie, ktorá umožní vystavenie a tlač dokladov s uvedením príslušných sadzieb, použitých v čase vyrubenia mýta, a kde je uvedený procesný postup, ktorý popisuje zaúčtovanie mýta tak, aby mýtny systém bol schopný vystaviť aj príslušné daňové doklady a účtovné doklady s rozlíšením príslušných sadzieb.

Žalobca priamo poukázal na časti ponuky, ktorú v súťaži na predmet zákazky "Komplexná služba elektronického výberu mýta" predložil, a z popisu ktorých vyplýva schopnosť a pripravenosť ním ponúkaného riešenia splniť požiadavku P1.20 a je toho názoru, že splnenie tejto požiadavky uchádzačom SanToll - IBERTAX v žiadnom prípade nemôže vyplývať z formulácie článku 4.4.2.1.3 na str. 132 ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX cit.: "Systém riadenia (manažmentu) sadzieb pozostáva zo všetkých súborov tarifných pravidiel, ktoré sa

vzťahujú na mýtny systém. Základná cena za transakciu sa počíta na základe týchto pravidiel a na základe parametrov ako sú čas, miesto, typ mýtnych úsekov, kategórie vozidla, emisnej triedy vozidla, atď. Systém sleduje históriu cenových tabuliek a má aj modul pre simuláciu sadzieb“, nakoľko v žiadnom prípade takýto opis neobsahuje to, čo bolo požadované od žalobcu, a teda opis zavedenia komplexnej funkcionality spracovania dát s významným dopadom do algoritmov, funkcií a procesov, ale aj dopadov na zvýšenie zložitosti výstupných účtovných a daňových dokladov a opis funkcie fakturácie, ktorá umožní vystavenie a tlač dokladov s uvedením príslušných sadzieb, použitých v čase vyrubenia mýta, alebo procesný postup, ktorý popisuje zúčtovanie mýta tak, aby mýtny systém bol schopný vystaviť aj príslušné daňové doklady a účtovné doklady s rozlíšením príslušných sadzieb.

Z uvedených dôkazov v prvom rade vyplýva, že ponuka víťazného uchádzača nespĺňala viaceré záväzné požiadavky na predmet zákazky podľa súťažných podmienok, a to najmä vo vzťahu k splneniu požiadaviek P2.10, P2.25, P4.1 a P7.8. Ak Obstarávateľ nevyhlásil uchádzača nespĺňajúceho záväzné požiadavky na predmet zákazky, diskriminoval tým všetkých ostatných uchádzačov, a teda aj žalobcu. V rade druhom je evidentné, že ponuka žalobcu vo vzťahu k splneniu požiadavky P1.20 nebola zo strany Obstarávateľa hodnotená rovnakými kritériami, ako ponuka uchádzača SanToll - IBERTAX, a to v neprospech ponuky žalobcu. Ponuka žalobcu vo vzťahu k splneniu požiadavky P1.20 bola hodnotená s oveľa vyššou mierou prísnosti, pričom takáto miera nebola uplatnená pri posúdení ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX, ba práve naopak, obsah ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX jasne dokazuje, že neobsahuje také skutočnosti, ktoré podľa názoru Obstarávateľa preukazujú splnenie požiadavky P1.20, tak ako to bolo požadované od žalobcu. Takýmto postupom bol evidentne porušený princíp rovnakého zaobchádzania.

Všetky vyššie uvedené skutočnosti vyplývajú z dôkazov predložených v tomto konaní. Všetky vyššie uvedené skutočnosti namietal žalobca v konaní pred súdom prvého stupňa, a to najmä vo svojom podaní označenom ako "Stanovisko žalobcu k listinnému dôkazu" zo dňa 22.6.2009. Všetky vyššie uvedené skutočnosti jasne dokazujú, že ponuka uchádzača SanToll - IBERTAX nespĺňala záväzné požiadavky na predmet zákazky dané súťažnými podmienkami v užšej súťaži na predmet zákazky: "Komplexná služba elektronického výberu mýta" vyhlásenej

Obstarávateľom. Súd prvého stupňa nevykonal dôkazy vo vyššie uvedenom rozsahu a rovnako tak nevykonal ďalšie dôkazy navrhované žalobcom na pojednávaní konanom dňa 12.5.2009, t.j. ustanovenie nezávislého znalca, ktorý by mal zodpovedať otázky splnenia záväzných požiadaviek na predmet zákazky uchádzačom SanToll - IBERTAX v rozsahu vytýkanom žalobcom v *Prvom napádanom úkone*. Rovnako tak nevykonal dôkaz navrhovaný žalobcom, a to výsluch členov výberovej komisie Obstarávateľa, ktorí mali objasniť dôvody rozdielneho postupu pri hodnotení ponúk uchádzačov. Všetky uvedené dôkazy mohli z pohľadu žalobcu ozrejmiť, či zo strany Obstarávateľa a žalovaného bol alebo nebol porušený zákon, najmä v situácii, keď súdu prvého stupňa boli predložené dôkazy o tom, že z ponuky uchádzača SanToll - IBERTAX preukázateľne vyplývalo nesplnenie viacerých záväzných požiadaviek na predmet zákazky daných súťažnými podmienkami.

Žalovaný správny orgán – Úrad pre verejné obstarávanie so sídlom v Bratislave žiadal, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky v odvolacom konaní rozsudok Krajského súdu v Bratislave ako súladný so zákonom potvrdil. Poukázal na to, že krajský súd vyslovil jednoznačný a jasný názor k meritórnym otázkam súdneho konania. Podľa žalovaného krajský súd odôvodnil svoj rozsudok dostatočne reflektujúc relevantnú právnu úpravu, spisovú dokumentáciu k predmetnej užšej súťaži, spisovú dokumentáciu žalovaného a dôkazy predkladané žalobcom a žalovaným v prvostupňovom konaní.

Verejný obstarávateľ – Národná diaľničná spoločnosť, a.s. so sídlom v Bratislave, taktiež žiadala aby Najvyšší súd Slovenskej republiky v odvolacom konaní napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave, ako zákonný potvrdil. Uviedol, že žalobca označil v odvolaní proti rozsudku krajského súdu úkony verejného obstarávateľa, z ktorými malo dôjsť k údajnému diskriminačnému konaniu verejného obstarávateľa a to:

- 1/ prvý napádaný úkon – akceptovanie vysvetlenia a údajov uvedených uchádzačom – skupinou dodávateľov San Toll, s.r.o./ IBERTAX, a.s.,
- 2/ Druhý napádaný úkon – nevyžiadanie vysvetlenia súťažnej ponuky týkajúcej sa požiadavky P1.20,
- 3/ Tretí napádaný úkon – rozširovanie znenia požiadavky na vysvetlenie návrhu ceny.

Čo sa týka prvého napádaného úkonu uviedol, že schémy a opisy v ponuke uchádzača San Toll, s.r.o./IBERTAX, a.s. preukazujú dostatočným spôsobom splnenie požiadaviek na predmet zákazky P7.8. Nejasnosť argumentácie žalobcu vo vzťahu k údajnému nesplneniu požiadavky P7.7, ktorá nebola vôbec predmetom vysvetľovania medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom San Toll, s.r.o./IBERTAX, a.s., iba podporuje tvrdenia účastníka o neopodstatnenosti a bezdôvodnosti žaloby vo vzťahu k údajnému diskriminačnému postupu verejného obstarávateľa pri posudzovaní ponúk jednotlivých uchádzačov, ako i posudzovaní odpovedí uchádzačov v rámci vysvetľovania ponúk.

K druhému napádanému úkonu uviedol, že nebol žiaden dôvod na zaslanie žiadosti o vysvetlenie ponuky uchádzača San Toll, s.r.o./IBERTAX, a.s., vo vzťahu k požiadavke P1.20, ktorú tento uchádzač splňal, keďže verejný obstarávateľ nie je v žiadnom prípade povinný všetkým uchádzačom zasielať identické žiadosti o vysvetlenie, čo je pochopiteľné a logické, keďže ani ponuky uchádzačov nie sú a nemôžu byť totožné. Splnenie, resp. nesplnenie požiadavky P1.20 uchádzača San Toll, s.r.o./IBERTAX, a.s., nebolo predmetom žaloby a teda nemôže byť preto ani predmetom preskúmania odvolacím súdom. Napriek tomu z čiastočného znenia časti ponuky uchádzača, je preukázané splnenie tejto požiadavky : „Systém riadenia (manažmentu) sadzieb pozostáva zo všetkých súborov tarifných pravidiel, ktoré sa vzťahujú na mýtny systém. Základná cena za transakciu sa počíta na základe týchto pravidiel a na základe parametrov ako sú čas, miesto, typ mýtnych úsekov, kategórie vozidla, emisnej triedy vozidla, atď. Systém sleduje históriu cenových tabuliek a má aj modul pre simuláciu sadzieb. To znamená, že ponúkané riešenie ide nad rámec záväznej požiadavky P1.20, nakoľko obsahuje navyše aj modul pre simuláciu sadzieb, ktorý umožňuje vopred modelovať výnosy z mýta pre rôzne variantné scenáre štruktúry a výšky navrhovaných sadzieb. Z uvedeného je zrejmé, že verejný obstarávateľ nepostupoval diskriminačne ani pri posudzovaní splnenia tejto požiadavky P1.20 v ponuke uchádzača San Toll, s.r.o./IBERTAX, a.s.“.

K tretiemu napádanému úkonu uviedol, že žalobca i v tomto prípade poukazuje na skutočnosti, ktoré boli predmetom žaloby vedenej na Krajskom súde v Bratislave pod sp. zn. 2S 121/2008. Keďže je tvrdenie žalobcu identické s argumentáciou uvedenou v už zamietnutej žalobe nemal by sa podľa názoru verejného obstarávateľa s ňou zaoberať.

Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „najvyšší súd“) ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 O.s.p.) preskúmal rozsudok súdu prvého stupňa v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní žalobcov (§ 246c ods. 1 veta prvá O.s.p. v spojení s § 212 ods. 1 O.s.p.) rozsudok verejne vyhlásil (§ 250ja ods. 2 veta prvá O.s.p.) s tým, že miesto a čas verejného vyhlásenia rozsudku boli oznámené najmenej päť dní pred jeho vyhlásením na úradnej tabuli súdu a na webovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk, www.supcourt.gov.sk a dospel k záveru, že odvolanie žalobcov nie je dôvodné.

Podľa § 219 ods. 1 O.s.p. odvolací súd rozhodnutie potvrdí, ak je vo výroku vecne správne.

Podľa § 250i ods. 1 O.s.p. pri preskúvaní zákonnosti rozhodnutia je pre súd rozhodujúci skutkový stav, ktorý tu bol v čase vydania napadnutého rozhodnutia. Súd môže vykonať dôkazy nevyhnutné na preskúmanie napadnutého rozhodnutia.

Podľa Článku 2 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (ďalej len Smernica) verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.

Podľa Článku 51 Smernice verejný obstarávateľ môže hospodárske subjekty vyzvať, aby doplnili alebo objasnili certifikáty a dokumenty predložené podľa článkov 45 až 50.

Podľa Článku 55 Smernice: **1.** ak sa pri určitej zákazke objavia ponuky s neobvykle nízkou cenou vo vzťahu k tovaru, prácam alebo službám, verejný obstarávateľ skôr, ako takéto ponuky zamietne, *pisomne požiada o podrobnosti týkajúce sa základných*

charakteristických parametrov ponuky, ktoré považuje za dôležité. Tieto podrobnosti sa môžu týkať najmä:

- a) hospodárnosti stavebných postupov, výrobného procesu alebo poskytovaných služieb;
- b) zvolených technických riešení a/alebo výnimočne priaznivých podmienok, ktoré má uchádzač k dispozícii na vykonanie práce, dodávky tovaru alebo poskytnutie služieb;
- c) originality prác, dodávok tovaru alebo služieb navrhovaných uchádzačom;
- d) súladu s ustanoveniami týkajúcimi sa ochrany zamestnanosti a pracovných podmienok platnými na mieste, kde sa má práca, služby alebo dodávka tovaru uskutočniť;
- e) možnosti uchádzača získať štátnu pomoc.

2. Verejný obstarávateľ overí tieto základné parametre konzultáciou s uchádzačom, pričom zohľadní predložené dôkazy.

3. Ak verejný obstarávateľ zistí, že ponuka má neobvykle nízku cenu preto, lebo uchádzač získal štátnu pomoc, ponuka nemôže byť odmietnutá len z tohto dôvodu iba po konzultácii s uchádzačom, ak tento nie je schopný v rámci dostatočne dlhej lehoty stanovenej verejným obstarávateľom preukázať, že príslušná pomoc mu bola poskytnutá v súlade s právnymi predpismi. Ak verejný obstarávateľ zamietne ponuku za týchto okolností, informuje o tejto skutočnosti Komisiu.

Podľa § 9 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení účinnom ku dňu vydania napadnutých administratívnych rozhodnutí (ďalej len „zákon č. 25/2006 Z. z.“), verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek postupovať podľa tohto zákona.

Podľa § 9 ods. 2 citovaného zákona *pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.*

Podľa § 9 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. voči uchádzačom a záujemcom z členských štátov sa uplatnia rovnako výhodné podmienky pri zadávaní zákaziek ako tie, ktoré sa uplatnia voči uchádzačom a záujemcom z tretích krajín pri vykonávaní Dohody o vládnom obstarávaní.

Podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. ak verejný obstarávateľ udelí inej osobe, ktorá podľa tohto zákona nie je verejným obstarávateľom, osobitné právo alebo výlučné právo na poskytovanie služieb vykonávaných vo verejnom záujme, v zmluve alebo v inom dokumente si musí vyhradiť, že táto osoba dodrží princíp nediskriminácie z hľadiska štátnej príslušnosti, ak zadáva zákazku na dodanie tovaru tretej osobe.

Podľa § 33 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. 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 č. 25/2006 Z. z. 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 č. 25/2006 Z. z. verejný obstarávateľ a obstarávateľ *môže požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo o doplnenie predložených dokladov.*

Podľa § 33 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak

- a) nespĺnil podmienky účasti,
- b) predložil neplatné doklady,

- c) nepredložil požadované doklady alebo informácie alebo
- d) poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

Podľa § 33 ods. 7 zákona č. 25/2006 Z. z. po posúdení splnenia podmienok účasti sa vyhotovuje zápisnica, ktorá obsahuje najmä zoznam

- a) všetkých uchádzačov alebo záujemcov,
- b) vybratých záujemcov a dôvody ich výberu v užšej súťaži a v rokovacom konaní so zverejnením,
- c) vylúčených uchádzačov alebo záujemcov s uvedením dôvodu ich vylúčenia,
- d) záujemcov, ktorí nebudú vyzvaní na predloženie ponuky alebo na rokovanie, s uvedením dôvodu.

Podľa § 33 ods. 8 zákona č. 25/2006 Z. z. verejný obstarávateľ a obstarávateľ bezodkladne písomne upovedomí uchádzača alebo záujemcu, že

- a) bol vylúčený s uvedením dôvodu,
- b) nebude vyzvaný na predloženie ponuky alebo na rokovanie s uvedením dôvodu.

Podľa § 40 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. *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 č. 25/2006 Z. z. verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže na zabezpečenie transparentnosti vymenovať do komisie aj ďalších členov bez práva vyhodnocovať ponuky.

Podľa § 42 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnocuje ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú požiadavky uvedené

v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž a v súťažných podkladoch. Pri vyhodnocovaní ponuky s variantným riešením postupuje podľa § 37 ods. 3.

Podľa § 42 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. *komisia môže písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky. Nesmie však vyzvať ani prijať ponuku uchádzača na zmenu, ktorou by sa ponuka zvýhodnila.*

Podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. *ak ponuka obsahuje **neobvykle nízku cenu**, komisia písomne požiada uchádzača o vysvetlenie návrhu ceny. Požiadavka má smerovať k podrobnostiam základných charakteristických parametrov ponuky, ktoré komisia považuje za dôležité a týkajú sa najmä*

- a) hospodárnosti stavebných postupov, hospodárnosti výrobných postupov alebo *hospodárnosti poskytovaných služieb*,
- b) technického riešenia alebo osobitne výhodných podmienok, ktoré má uchádzač k dispozícii na dodanie tovaru, na uskutočnenie stavebných prác, na poskytnutie služby,
- c) osobitosti tovaru, osobitosti stavebných prác alebo *osobitosti služby navrhovanej uchádzačom*,
- d) súladu so zákonmi, ktoré sa týkajú ochrany zamestnanosti a pracovných podmienok platných v mieste dodania tovaru, na mieste uskutočnenia stavebných prác alebo v mieste poskytnutia služby,
- e) možnosti uchádzača získať štátnu pomoc.

Podľa § 42 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. *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 č. 25/2006 Z. z. 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 č. 25/2006 Z. z. 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 § 42 ods. 8 zákona č. 25/2006 Z. z. o vyhodnotení ponúk komisia vyhotoví zápisnicu, ktorú podpisujú prítomní členovia komisie. Zápisnica obsahuje najmä

- a) zoznam členov komisie,
- b) zoznam všetkých uchádzačov, ktorí predložili ponuky,
- c) zoznam vylúčených uchádzačov s uvedením dôvodu ich vylúčenia,
- d) dôvody vylúčenia ponúk obsahujúcich neobvykle nízke ceny,
- e) identifikáciu úspešného uchádzača alebo úspešných uchádzačov s uvedením dôvodov úspešnosti ponuky alebo ponúk; podiel subdodávky, ak je známy,
- f) ak ide o verejnú súťaž, informácie o vyhodnotení splnenia podmienok účasti,
- g) dôvody, pre ktoré člen komisie odmietol podpísať zápisnicu alebo podpísal zápisnicu s výhradou.

Podľa § 42 ods. 9 zákona č. 25/2006 Z. z. zápisnica o vyhodnotení ponúk sa odovzdá verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi.

Podľa § 42 ods. 10 zákona č. 25/2006 Z. z. členovia komisie nesmú poskytovať informácie o obsahu ponúk počas vyhodnocovania ponúk. Na člena komisie sa vzťahuje povinnosť podľa § 20.

Podľa § 136 ods. 1 uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom verejného obstarávateľa, obstarávateľa alebo osoby podľa § 7, môže podať *žiadost' o nápravu proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka (písmeno e/)*.

Podľa § 138 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. podaniu námietky musí predchádzať podanie žiadosti o nápravu.

Podľa § 138 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. 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).

Účastníkmi konania sú navrhovateľ a kontrolovaný. Konanie o námietkach je začaté dňom doručenia námietok úradu (§ 138 ods. 3, 4 citovaného zákona).

Podľa § 138 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z. z. námietky v písomnej forme musia byť podané úradu a kontrolovanému

- a) najneskôr do siedmich dní odo dňa doručenia písomného oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu alebo písomného oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu alebo
- b) najneskôr do siedmich dní odo dňa uplynutia lehoty na doručenie písomného oznámenia o výsledku vybavenia žiadosti o nápravu alebo písomného oznámenia o zamietnutí žiadosti o nápravu, ak kontrolovaný nesplnil povinnosti podľa § 136 ods. 6 alebo ods. 7.

Podľa § 139 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. 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.*

Podľa § 145 zákona č. 25/2006 Z. z. rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie. Výrok obsahuje rozhodnutie vo veci s uvedením ustanovenia tohto zákona, podľa ktorého sa rozhodlo. Ak sa v rozhodnutí ukladá kontrolovanému povinnosť na vykonanie úkonu, úrad určí primeranú lehotu. *V odôvodnení rozhodnutia úrad uvedie, ktoré skutočnosti boli podkladom na rozhodnutie, akými úvahami bol vedený pri hodnotení dôkazov vrátane toho, čo uviedli účastníci konania, ako použil správnu úvahu pri použití právnych predpisov, na základe ktorých rozhodol, a na základe akých listinných dôkazov rozhodol.* Poučenie obsahuje údaje, že rozhodnutie je konečné a nemožno proti nemu podať opravný prostriedok a že je preskúmateľné súdom, ak je žaloba podaná do desiatich dní od doručenia rozhodnutia. V písomnom vyhotovení rozhodnutia sa uvedie dátum vydania rozhodnutia a identifikácia účastníkov konania. Rozhodnutie musí mať odtlačok úradnej pečiatky a podpis s uvedením mena, priezviska a funkcie oprávnenej osoby (§ 145 ods. 1, 2, 3, 4, 5 zákona č. 25/2006 Z. z.).

Podľa odseku 6 § 145 zákona č. 25/2006 Z. z. chyby v písaní, v počtoch a iné zrejme nesprávnosti v písomnom vyhotovení rozhodnutia sa považujú za formálne nedostatky, ktoré úrad kedykoľvek aj bez návrhu opraví a upovedomí o tom účastníkov konania. Formálne nedostatky nemajú vplyv na právoplatnosť a vykonateľnosť rozhodnutia.

Podľa § 153 zákona č. 25/2006 Z. z. všeobecné predpisy o správnom konaní 27) - zákon č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov, sa nevzťahujú na konania podľa tohto zákona okrem konania podľa § 116 ods. 9 a 11, § 123 ods. 2, § 125 ods. 2, § 130, § 132 ods. 3, § 134 ods. 2 a § 149.

Dňa 27. septembra 2007 začala NDS, a.s., verejné obstarávanie ako verejný obstarávateľ na výber poskytovateľa **Komplexnej služby elektronického výberu mýta formou užšej súťaže** s predpokladanou celkovou hodnotou zmluvy vo výške 20 miliárd Sk (633.787.377 €) bez DPH, ďalej len „verejné obstarávanie“. Oznámenie o vyhlásení zákazky bolo uverejnené v Úradnom vestníku EÚ/S 186 zo dňa 27.9.2007 pod číslom 227132-2007-SK a vo Vestníku verejného obstarávania č-188/2007 dňa 1.10.2007 pod číslom 04382-MUS.

Na základe zisteného stavu veci (*pri preskúvaní zákonnosti rozhodnutia je pre súd rozhodujúci skutkový stav, ktorý tu bol v čase vydania napadnutého rozhodnutia § 250i ods. 1 O.s.p.*) pristúpil senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky k položeniu prejudiciálnych otázok Súdnemu dvoru Európskej únie (ďalej len „SD EÚ“) podľa § 267 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej len „ZFEÚ“) a to uznesením sp. značka 3Sžf/116/2009, 3Sžf/2/2010 zo dňa 9.11.2010.

Najvyšší súd konštatoval, že ako súd poslednej inštancie je postavený pred otázkou rozporu medzi Smernicou Európskeho parlamentu a Rady č. 2004/18/ES (ďalej len „Smernica“) a vnútroštátnym právnym predpisom - zákonom č. 25/2006 Z. z.

Zároveň je v tejto veci potrebné vyriešiť otázku výkladu súvisiacu s argumentáciou žalobcov, ktorá vyvoláva pochybnosti o správnosti výkladu článku 2 Smernice v spojení s článkom 51 a 45, 46, 47, 48, 49, 50 Smernice, keďže najvyšší súd má pochybnosti, či preskúvané rozhodnutia žalovaného, ako aj prvostupňového orgánu sú zákonné, rešpektujúce aj zásadu zadávania zákaziek tak, aby verejní obstarávatelia zaobchádzali s hospodárskymi subjektmi *rovnako a nediskriminačne, ako aj transparentne*.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako ďalšiu okolnosť na predloženie prejudiciálnej otázky rovnako posúdil aj Odôvodnené stanovisko Európskej komisie (*d'alej len Komisia*) – Porušenie č. 2008/4551 zo dňa 1.10.2010 ako aj Výzvu – Porušenie č.2008/4551 Komisie zo dňa 15.5.2009, Doplňujúcu výzvu Európskej komisie – Porušenie č.2008/4551 zo dňa 22.3.2010, ktorými Komisia oznámila Slovenskej republike, že si nespĺnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo zásad ZFEÚ, ako aj povinnosti obsiahnuté v ustanoveniach článku 2 Smernice, keďže verejný obstarávateľ, ako aj žalovaný konal diskriminačným spôsobom voči uchádzačovi v predmetnom verejnom obstarávaní tým, že ho vylúčili z výberového konania za neuvedenie špecifického výrazu vo svojej ponuke, vylúčením uchádzača z dôvodu neuspokojivého vysvetlenia neobvykle nízkej ceny a zmenením zmluvných podmienok po zadaní verejnej zákazky.

S prihliadnutím na uvedené a vzhľadom k argumentom predloženým účastníkmi počas konania, a tiež s ohľadom na zavedenú judikatúru Súdneho dvora Európskej únie ohľadne použiteľnosti práva Európskej únie v právnych poriadkoch členských štátov (rozsudok Súdneho dvora ES C-532/06 zo dňa 24.1.2008, C-392/05 zo dňa 26.4.2007, a iné), obrátil sa Najvyšší súd na Súdny dvor Európskej únie s otázkami uvedenými vo výroku citovaného uznesenia, keďže pre rozhodnutie v konaní o preskúmanie zákonnosti napadnutých rozhodnutí žalovaného, konajúc o odvolaniach proti rozsudkom, ktoré vydal prvostupňový súd, bolo potrebné predbežne vyriešiť otázku výkladu únieového práva.

Príslušný senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zvažoval v súvislosti s predložením tejto veci aj použitie existujúcej judikatúry Súdneho dvora Európskej únie, avšak dospel k záveru, že ani jedno z rozhodnutí Súdneho dvora známe senátu, neobsahuje výklad dostačujúci pre posúdenie predmetu sporu.

Verejný obstarávateľ disponuje v procese verejného obstarávania širokou mierou voľnej úvahy čo sa týka skutočností, ktoré je potrebné zohľadniť na účely prijatia rozhodnutia o uzavretí zmluvy v rámci verejného obstarávania (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 49; Esedra, T-169/00, 26.2.2002, Zb. s. II-609, bod 95; TEA-CESGOS, T-376 a 383/05, 14.2.2006, Zb. s. II-205, bod 50).

Ustanovenie § 33 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. nemožno vykladať v tom zmysle, že by *za každých okolností* ukladalo verejnému obstarávateľovi povinnosť požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov (pozri Adia interim, - 19/95, 8.5.1996, Zb. s. II 321, body 43 a 44). Na druhej strane všetky ustanovenia aktov inštitúcií Únie je potrebné vykladať v súlade so všeobecnými zásadami únievého práva (Ordre des barreaux francophones et germanophone, C-305/05, 26.6.2007, Zb. s. I 5305, bod 28; Österreichischer Rundfunk, C-465/00, C-138 a 139/01, 20.5.2003, Zb. s. I 4989, bod 68; Connolly, C-274/99 P, 6.3.2001, Zb. s. I 1611, bod 37). Takže ak ustanovenie Smernice č. 2004/18/ES pripúšťa viacero interpretácií, je potrebné uprednostniť ten výklad, ktorý je v súlade so zakladajúcimi zmluvami alebo so všeobecnými zásadami únievého práva (Rauh, C-314/89, 21.3.1991, Zb. s. I 1647, bod 17; Komisia p. Rade, 218/82, Zb. s. 4063, bod 15), najmä s tými všeobecnými zásadami, ktoré sa uplatňujú v oblasti verejného obstarávania: *zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada hospodárnosti*, a.i. Rovnakým spôsobom je potrebné postupovať pri výklade ustanovení právneho poriadku členského štátu, ktoré patria do pôsobnosti únievého práva (napr. predpisy v oblasti verejného obstarávania), a preto musia byť tieto vnútroštátne predpisy vykladané v súlade s vyššie uvedenými všeobecnými únievými zásadami (C-260/89, ERT, 18.6.1991, Zb. s. I 2925, body 43 až 45; napr. 196 až 198/88, Copall, 11.7.1989, Zb. s. 2309, body 14 a 15).

Všeobecné únievé zásady sa teda uplatnia nielen pri výklade ustanovení Smernice č. 2004/18/ES, ale rovnako aj pri výklade ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, do ktorých bola táto Smernica transponovaná. *Všeobecné zásady práva Únie môžu totiž za určitých okolností založiť povinnosť obstarávateľa požiadať uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov* (pozri Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 55; Adia interim, T 19/95, 8.5.1996, Zb. s. II 321, bod 45). Podľa judikatúry Súdneho dvora sa táto povinnosť uplatní najmä v prípade, keď je znenie ponuky formulované nejasne a okolnosti prípadu, o ktorých obstarávateľ vie, naznačujú, že táto nejasnosť by sa pravdepodobne mohla jednoducho vysvetliť a mohla by byť jednoducho odstránená. V takom prípade by postup obstarávateľa, ktorým by vylúčil ponuku uchádzača bez toho, aby tohto uchádzača pred vylúčením požiadal o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov, bol v rozpore so

zásadou riadnej správy vecí verejných. Ak by sa za takýchto okolností priznala verejnému obstarávateľovi absolútna právomoc voľnej úvahy, bolo by to v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 56; Tideland Signal, T-211/02, 27.9.2002, Zb. s. II 3781, body 37 a 38).

Okrem toho podľa zásady proporcionality akty inštitúcií nesmú prekračovať hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov, čo znamená, že v prípade, ak existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné použiť opatrenie, ktoré je najmenej obmedzujúce, a že spôsobené ťažkosti nesmú byť neprimerané vo vzťahu k sledovaným cieľom (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 55; Adia interim, T-19/95, 8.5.1996, Zb. s. II 321, bod 57; National Farmers' Union, C-157/96, 5.5.1998, Zb. s. I 2211, bod 60). Táto zásada verejnému obstarávateľovi ukladá, aby v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité zamietnutie dotknutej ponuky, aby sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenia, akoby mal čisto a jednoducho zamietnuť jeho ponuku (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 55; Adia interim, T-19/95, 8.5.1996, Zb. s. II-321, bod 57; Tideland Signal, T-211/02, 27.9.2002, Zb. s. II 3781, bod 43). *Samozrejme odpovede uchádzača na žiadosť o vysvetlenie predloženú verejným obstarávateľom nesmú presiahnuť rámec spresnenia obsahu jeho ponuky a meniť obsah tejto ponuky vzhľadom na podmienky stanovené v súťažných podkladoch (pozri Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 59).*

Na základe uvedeného položil Najvyšší súd Slovenskej republiky SD EÚ nasledujúce otázky:

I. Je súladný so Smernicou Európskeho parlamentu a rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby zo dňa 31.03.2004, v znení účinnom v rozhodujúcom období, **výklad**, že podľa článku 51 v spojení s článkom 2 tejto smernice, prihliadnuc na zásadu nediskriminácie a transparentnosti zadávania verejných zákaziek, **je povinnosťou obstarávateľa urobiť žiadosť o vysvetlenie ponuky**, rešpektujúc subjektívne procesné právo jednotlivca **byť**

vyzvaný na doplnenie alebo objasnenie certifikátov a dokumentov predložených podľa článkov 45 až 50 citovanej smernice, v prípade, ak sporné či nejasné pochopenie ponuky účastníka súť až môže viesť k vylúčeniu účastníka zo súť až?

2. Je súladný so Smernicou Európskeho parlamentu a rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby zo dňa 31.3.2004, v znení účinnom v rozhodujúcom období, **výklad**, že podľa článku 51 v spojení s čl. 2 tejto smernice, prihliadnuc na zásadu nediskriminácie a transparentnosti zadávania verejných zákaziek, **nie je povinnosťou obstarávateľa urobiť žiadosť o vysvetlenie ponuky, ak má obstarávateľ za preukázané, že nie sú splnené požiadavky na predmet zákazky?**

3. **Je v súlade** s článkom 51 a s článkom 2 Smernice Európskeho parlamentu a rady 2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby zo dňa 31.3.2004, v znení účinnom v rozhodujúcom období, **ustanovenie vnútroštátneho práva**, podľa ktorého komisia zriadená na vyhodnocovanie ponúk len **môže** písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky?

Je v súlade s článkom 55 Smernice Európskeho parlamentu a rady 2004/18/ES taký postup obstarávateľa, podľa ktorého nie je jeho povinnosťou požiadať uchádzača o vysvetlenie neobvykle nízkej ceny, a či na podklade spôsobu formulácie otázky, ktorú obstarávateľ položil žalobcom v súvislosti s neobvykle nízkou cenou, mali možnosť žalobcovia I. a II. dostatočne vysvetliť základné charakteristické parametre predloženej ponuky?

Dňa 29.3.2012 vyhlásil Súdny dvor Európskej Únie (Štvrtá komora) vo veci C – 599/10 rozsudok v predmetnom prejudiciálnom konaní podľa čl. 267 ZFEÚ, začatom na návrh Najvyššieho súdu Slovenskej republiky zo dňa 9.11.2010.

Súdny dvor Európskej Únie v rozsudku okrem iného uviedol:

1. Ponuka s neobvykle nízkou cenou

- 27 Je potrebné pripomenúť, že podľa článku 55 Smernice 2004/18, ak sa pri určitej zákazke objavia ponuky s neobvykle nízkou cenou vo vzťahu k plneniu, verejný obstarávateľ skôr, ako takéto ponuky zamietne, „písomne požiada o podrobnosti týkajúce sa základných charakteristických parametrov ponuky, ktoré považuje za dôležité“.
- 28 Z týchto ustanovení, ktoré sú formulované záväzne, jasne vyplýva, že normotvorca Únie chcel vyžadovať od verejného obstarávateľa, aby preveril základné charakteristické parametre ponúk, ktoré sú neobvykle nízke, a to tak, že mu uložil na tento účel povinnosť požiadať uchádzačov, aby poskytli potrebné odôvodnenie na preukázanie toho, že tieto ponuky sú seriózne (pozri v tomto zmysle rozsudok z 27. novembra 2001, Lombardini a Mantovani, C-285/99 a C-286/99, Zb. s. I-9233, body 46 až 49).
- 29 Preto existencia takejto účinnej kontradiktórnej diskusie medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom vo vhodnom okamihu v rámci postupu posudzovania ponúk, aby uchádzač mohol preukázať, že jeho ponuka je seriózna, predstavuje základnú požiadavku Smernice 2004/18 na zabránenie svojvoľnému konaniu verejného obstarávateľa a zaistenie poctivej hospodárskej súťaže medzi podnikmi (pozri v tomto zmysle rozsudok Lombardini a Mantovani, už citovaný, bod 57).
- 30 V tejto súvislosti je potrebné na jednej strane pripomenúť, že hoci zoznam uvedený v článku 55 ods. 1 druhom pod odseku Smernice 2004/18 nie je vyčerpávajúci, nie je len ilustratívnym zoznamom, a nenecháva teda verejným obstarávateľom voľnosť určiť, ktoré sú relevantné prvky, ktoré má zohľadniť pred tým, ako vylúči ponuku, ktorá sa javí ako neobvykle nízka (rozsudok z 23. apríla 2009, Komisia/Belgicko, C-292/07, bod 159).
- 31 Na druhej strane na to, aby mal článok 55 ods. 1 Smernice 2004/18 potrebný účinok, prináleží verejnému obstarávateľovi formulovať jasne žiadosť adresovanú dotknutým uchádzačom, aby títo uchádzači boli schopní v plnom rozsahu a účinne odôvodniť serióznosť svojich ponúk.
- 32 *Prináleží však iba vnútroštátnemu súdu, aby preveril vzhľadom na všetky prvky v spise, ktoré mu boli predložené, či žiadosť o objasnenie umožnila dotknutým uchádzačom dostatočne vysvetliť základné charakteristické parametre ich ponuky.*
- 33 Okrem toho vôbec nie je v rozpore s článkom 55 Smernice 2004/18 také ustanovenie vnútroštátneho práva, akým je § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006, ktorý v podstate zakotvuje, že ak

uchádzač navrhne neobvykle nízku cenu, verejný obstarávateľ ho má písomne požiadať o objasnenie ponúkanej ceny, ba naopak, tento článok 55 stanovuje, že takéto ustanovenie musí existovať vo vnútroštátnej právnej úprave verejného obstarávania (pozri v tomto zmysle rozsudok Komisia/Belgicko, už citovaný, bod 161).

34 Článok 55 Smernice 2004/18 teda bráni najmä stanovisku verejného obstarávateľa, ktorý tvrdí, ako uvádza vnútroštátny súd vo svojej tretej otázke, že nemusí žiadať, aby uchádzač vysvetlil neobvykle nízku cenu.

2. Nepresná ponuka alebo ponuka, ktorá nie je v súlade s technickými špecifikáciami v súťažných podkladoch

35 V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že Smernica 2004/18 neobsahuje na rozdiel od situácie neobvykle nízkych ponúk žiadne ustanovenie, ktoré by výslovne stanovovalo, čo sa má vykonať po tom, ako verejný obstarávateľ konštatuje v rámci verejného obstarávania formou užšej súťaže, že ponuka uchádzača je nepresná alebo nie je v súlade s technickými špecifikáciami v súťažných podkladoch.

36 Zo samotnej povahy verejného obstarávania formou užšej súťaže vyplýva, že keď sa raz vykoná výber uchádzačov a jednotliví uchádzači predložia ponuku, táto ponuka sa už v zásade nemôže meniť ani z podnetu verejného obstarávateľa a ani z vlastnej vôle uchádzača. **Zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi a povinnosť transparentnosti, ktorá z toho vyplýva, totiž bráni v rámci tohto postupu akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a ktorýmkoľvek z uchádzačov.**

37 Umožniť verejnému obstarávateľovi, aby požadoval v tejto súvislosti **objasnenie od uchádzača, ktorého ponuku považuje za nepresnú alebo za takú, že nie je v súlade s technickými špecifikáciami v Súťažných podkladoch, by mohlo totiž znamenať riziko, že sa bude zdať, že tento verejný obstarávateľ v prípade, že ponuka tohto uchádzača bude napokon vybratá, tajne vyjednával o tejto ponuke na ujmu ostatných uchádzačov a v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania.**

38 Nakoniec ani z článku 2, ani zo žiadneho iného ustanovenia Smernice 2004/18, ani zo zásady rovnosti zaobchádzania a ani z povinnosti transparentnosti nevyplýva, že by v takejto situácii bol verejný obstarávateľ povinný kontaktovať dotknutých uchádzačov. **Títo uchádzači sa navyše nemôžu sťažovať na to, že verejný obstarávateľ nemá v tejto súvislosti žiadnu povinnosť,**

keďže nedostatok jasnosti ponuky je len a len dôsledkom toho, že si nesplnili svoju povinnosť pozornosti pri vypracovávaní ponuky, ktorú majú takisto ako ostatní uchádzači.

- 39 V rozpore s článkom 2 smernice 2004/18 teda nie je to, že vo vnútroštátnej právnej úprave neexistuje ustanovenie, ktoré by stanovilo povinnosť verejnému obstarávateľovi žiadať uchádzačov v prípade užšej súťaže, aby objasnili svoje ponuky vzhľadom na technické špecifikácie v Súťažných podkladoch pred tým, ako tieto ponuky odmietnu z dôvodu, že sú nepresné alebo nie sú v súlade s týmito špecifikáciami.
- 40 Tento článok 2 však nebráni konkrétne tomu, aby výnimočne údaje týkajúce sa ponuky mohli byť presne opravené alebo doplnené, najmä preto, že si vyžadujú zjavne jednoduché vysvetlenie, alebo aby sa odstránili zjavne podstatné chyby, za predpokladu, že táto zmena nebude viesť v skutočnosti k tomu, že sa predloží nová ponuka. Uvedený článok teda nebráni tomu, aby sa vo vnútroštátnej právnej úprave vyskytovalo ustanovenie, akým je § 42 ods. 2 zákona č. 25/2006, podľa ktorého verejný obstarávateľ v podstate môže žiadať písomne od uchádzačov, aby objasnili svoju ponuku, avšak bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky.
- 41 Pri výkone povinnosti posúdenia, ktorú má teda verejný obstarávateľ, mu prináleží, aby zaobchádzal s rôznymi uchádzačmi rovnako a lojálne, tak, aby sa na konci výberového konania a vzhľadom na jeho výsledok nezdalo, že žiadosť o objasnenie neoprávnene zvýhodnila alebo znevýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola adresovaná táto žiadosť.
- 42 S cieľom poskytnúť užitočnú odpoveď vnútroštátnemu súdu je potrebné dodať, že žiadosť o objasnenie ponuky možno zaslať až po tom, ako sa verejný obstarávateľ oboznámil so všetkými ponukami (pozri v tomto zmysle rozsudok Lombardini a Mantovani, už citovaný, body 51 a 53).
- 43 Okrem toho táto žiadosť musí byť adresovaná rovnakým spôsobom všetkým podnikom, ktoré sa nachádzajú v tej istej situácii, ak neexistuje objektívne overiteľný dôvod, ktorý by v tejto súvislosti odôvodňoval rozdielne zaobchádzanie s uchádzačmi, čo je najmä prípad, keď ponuka musí byť v každom prípade odmietnutá vzhľadom na ostatné prvky.
- 44 Ďalej sa táto žiadosť musí týkať všetkých bodov ponuky, ktoré sú nepresné alebo nie sú v súlade s technickými špecifikáciami v súťažných podkladoch, pričom verejný obstarávateľ nemôže odmietnuť ponuku z dôvodu nedostatku jasnosti takého aspektu tejto ponuky, ktorý nebol predmetom tejto žiadosti.
- 45 Vzhľadom na všetky predchádzajúce úvahy treba na otázky vnútroštátneho súdu odpovedať tak, že:

- článok 55 Smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že vyžaduje, aby vnútroštátna právna úprava obsahovala ustanovenie, akým je § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z., ktorý v podstate zakotvuje, že ak uchádzač navrhne neobvykle nízku cenu, verejný obstarávateľ ho má písomne požiadať o objasnenie ponúkanej ceny. Prináleží vnútroštátnemu súdu, aby preveril vzhľadom na všetky údaje v spise, ktorý mu bol predložený, či žiadosť o objasnenie umožnila dotknutému uchádzačovi dostatočne vysvetliť základné charakteristické parametre jeho ponuky,
- článok 55 smernice 2004/18 bráni stanovisku verejného obstarávateľa, ktorý tvrdí, že nemusí žiadať, aby uchádzač vysvetlil neobvykle nízku cenu,
- článok 2 smernice 2004/18 nebráni tomu, aby sa vo vnútroštátnej právnej úprave vyskytovalo ustanovenie, akým je § 42 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z., podľa ktorého verejný obstarávateľ v podstate môže žiadať písomne od uchádzačov, aby objasnili svoju ponuku, avšak bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky. Pri výkone povinnosti posúdenia, ktorú má teda verejný obstarávateľ, mu prináleží, aby zaobchádzal s rôznymi uchádzačmi rovnako a lojálne, tak, aby sa na konci výberového konania a vzhľadom na jeho výsledok nemohlo zdať, že žiadosť o objasnenie neoprávnene zvýhodnila alebo znevýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola adresovaná táto žiadosť.

Z týchto dôvodov Súdny dvor Európskej Únie (Štvrtá komora) rozhodol takto:

Článok 55 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby sa má vykladať v tom zmysle, že vyžaduje, aby vnútroštátna právna úprava obsahovala ustanovenie, akým je § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní v znení uplatniteľnom vo veci samej, ktorý v podstate zakotvuje, že *ak uchádzač navrhne neobvykle nízku cenu, verejný obstarávateľ ho má písomne požiadať o objasnenie ponúkanej ceny*. Prináleží vnútroštátnemu súdu, aby preveril vzhľadom na všetky prvky v spise, ktorý mu bol predložený, či žiadosť o objasnenie umožnila dotknutému uchádzačovi dostatočne vysvetliť základné charakteristické parametre jeho ponuky.

Článok 55 smernice 2004/18 bráni stanovisku verejného obstarávateľa, ktorý tvrdí, že nemusí žiadať, aby uchádzač vysvetlil neobvykle nízku cenu.

Článok 2 smernice 2004/18 nebráni tomu, aby sa vo vnútroštátnej právnej úprave vyskytvalo ustanovenie, akým je § 42 ods. 2 uvedeného zákona č. 25/2006 Z. z., podľa ktorého verejný obstarávateľ v podstate môže žiadať písomne od uchádzačov, aby objasnili svoju ponuku, avšak bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky. Pri výkone povinnosti posúdenia, ktorú má teda verejný obstarávateľ, mu prináleží, aby zaobchádzal s rôznymi uchádzačmi rovnoprávne a lojálne, tak, aby sa na konci výberového konania a vzhľadom na jeho výsledok nemohlo zdať, že žiadosť o objasnenie neoprávnene zvýhodnila alebo znevýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola adresovaná táto žiadosť.

Ústava Slovenskej republiky zaručuje každému právo na súdnu a inú právnu ochranu na neustrannom a nezávislom súde alebo inom orgáne Slovenskej republiky. Z ustanovenia čl. 46 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky vyplýva, že podmienky a podrobnosti o súdnej a inej právnej ochrane ustanoví zákon, ktorým je Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov a ktorý v piatej časti upravuje správne súdnictvo. Všeobecná právomoc správneho súdnictva vyplýva z čl. 142 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, podľa ktorého súdy preskúmavajú aj zákonnosť rozhodnutí orgánov verejnej správy a zákonnosť rozhodnutí, opatrení alebo iných zásahov orgánov verejnej moci, ak tak ustanoví zákon.

V zmysle ust. § 245 ods. 2 O.s.p. pri rozhodnutí, ktoré správny orgán vydal na základe zákonom povolenej voľnej úvahy (správneho uváženia), preskúmava súd iba, či také rozhodnutie nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. Súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho rozhodnutia.

Súd v správnom súdnictve preskúmava rozhodnutia a postupy orgánov verejnej správy predovšetkým v rozsahu a z dôvodov uvedených v žalobe. Rozsahom tvrdení uvedených v žalobe je súd viazaný a nemôže ho prekročiť, keďže správne súdnictvo je ovládané tzv. koncentračnou zásadou, keď žalobca môže žalobné dôvody síce meniť, avšak rozširovať ich môže len do konca lehoty na podanie žaloby. Po uplynutí tejto lehoty už nie je možné v priebehu konania vznášať ďalšie námietky a výhrady proti žalobou napadnutému rozhodnutiu, to ani v duplike na vyjadrenie žalovaného, a ani na pojednávaní. To znamená, že k žalobným dôvodom

uplatneným po uplynutí lehoty na podanie žaloby súd v rámci správneho súdnictva už nemôže prihliadnuť.

Z dispozičnej zásady, ktorou sa súd v správnom súdnictve riadi vyplýva žalobcovi z ustanovenia § 249 ods. 2 O.s.p. zákonná povinnosť uviesť v žalobe okrem všeobecných náležitostí žaloby (§ 42 ods. 3 O.s.p. a 79 ods. 1 O.s.p.) aj označenie rozsahu, v ktorom sa rozhodnutie napáda, v čom vidí žalobca nezákonnosť rozhodnutia a aký konečný návrh robí. Podľa ustanovenia § 247 ods. 1 O.s.p. treba považovať za osobitnú náležitosť žaloby aj konkrétne tvrdenie žalobcu, že bol ukrátený na svojich právach nezákonným rozhodnutím správneho orgánu, pričom musí ísť o subjektívne právo vyplývajúce z právneho predpisu. Nestačí iba všeobecné tvrdenie, že zákon bol porušený. Žalobca musí poukázať na konkrétne skutočnosti, z ktorých vyvodzuje porušenie zákona. Absencia tvrdenia žalobcu, že vydaním napadnutého rozhodnutia bol porušený konkrétny zákon, je vadou žaloby, ktorá bráni jej vecnému vybaveniu (R 64/1998).

Súd nevyhľadáva za účastníka konkrétne dôvody nezákonnosti rozhodnutia správneho orgánu, ktoré podľa § 249 ods. 2 O.s.p. majú tvoriť obsah žaloby a určovať rozsah preskúmania zákonnosti rozhodnutia súdom, ktorým je súd podľa § 250h O.s.p. viazaný (R 58/2001).

Poukazujúc na zásadu dispozičnú a koncentračnú, ktorými je ovládané správne súdnictvo, považuje senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky za potrebné zdôrazniť, že napadnuté rozhodnutie žalovaného ako i prvostupňové rozhodnutie verejného obstarávateľa môže preskúmať len z dôvodov, ktoré boli obsiahnuté v žalobe. V žalobe i v odvolaní (§ 212 ods. 1 O.s.p.) vo vzťahu k rozhodnutiu žalovaného č. 536-86-7000/2008 zo dňa 2.7.2008 v zásade boli uplatnené dva druhy žalobných dôvodov:

1. nedostatky procesného charakteru v konaní pred žalovaným v procese rozhodovania o podaných námietkach.

Podľa čl. 48 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky každý má právo, aby sa jeho vec verejne prerokovala bez zbytočných prietahov a v jeho prítomnosti a aby sa mohol vyjadriť ku všetkým vykonávaným dôkazom. Verejnosť možno vylúčiť len v prípadoch ustanovených zákonom.

Z obsahu ustanovenia § 145 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z., ktorý upravuje náležitosti rozhodnutia v konaní o námietkach, vyplýva, že rozhodnutie musí obsahovať výrok, odôvodnenie a poučenie. Výrok obsahuje rozhodnutie vo veci s uvedením ustanovenia tohto zákona, podľa ktorého sa rozhodlo. Ak sa v rozhodnutí ukladá kontrolovanému povinnosť na vykonanie úkonu, úrad určí primeranú lehotu.

Podľa ods. 3 citovaného ustanovenia zákona v odôvodnení rozhodnutia úrad uvedie, ktoré skutočnosti boli podkladom na rozhodnutie, akými úvahami bol vedený pri hodnotení dôkazov vrátane toho, čo uviedli účastníci konania, ako použil správnu úvahu pri použití právnych predpisov, na základe ktorých rozhodol, a na základe akých listinných dôkazov rozhodol.

Najvyšší súd na inom mieste rozsudku konštatoval, že z ustanovenia § 153 zákona č. 25/2006 Z. z. vyplýva, že všeobecné predpisy o správnom konaní sa nevzťahujú na konanie podľa tohto zákona s výnimkami tam uvedenými. Keďže ani jedna zo zákonných výnimiek sa nevzťahuje na konanie podľa piatej časti štvrtej hlavy (Revízne postupy) zákona č. 25/2006 Z. z. nie je možné priznať právnu relevanciu odvolacím dôvodom žalobcov, týkajúcich sa porušenia práva žalobcov na oboznámenie sa s odborným stanoviskom, ktoré malo byť dôvodom na prerušenie konania o námietkach podľa § 138 ods. 9 zákona č. 25/2006 Z. z. pred vydaním napadnutého rozhodnutia žalovaného. Nahliadanie do spisu vedeného v konaní o revíznych postupoch zákon č.25/2006 Z. z. v znení účinnom v rozhodujúcom období, neupravoval.

Z ustanovení zákona o verejnom obstarávaní vzťahujúcich sa na konanie o námietkach nevyplýva povinnosť žalovaného pred tým, ako vydá rozhodnutie, oboznámiť žalobcu s listinami, ktoré sa nachádzajú v administratívnom spise, ktorý je založený v rámci revízneho postupu podľa zákona č. 25/2006 Z. z. pretože na uvedené konanie nemožno aplikovať ustanovenia obsiahnuté v správnom poriadku. (Pokiaľ by správny poriadok bolo možné na takéto konanie o námietkach

aplikovať, uvedená argumentácia žalobcu by bola dôvodná, čo však nie je možné v tomto prípade, keďže procesný postup je upravený priamo v zákone č. 25/2006 Z. z. ako *lex specialis*).

Podľa článku 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon.

Poukazujúc na citované ustanovenia Ústavy Slovenskej republiky ako aj zákona č. 25/2006 Z. z. možno uvedený právny záver odvolacieho súdu aplikovať i na tvrdenie žalobcov, že im nebol umožnený prístup do administratívneho spisu v takom rozsahu a frekvencii ako požadovali. Najvyšší súd Slovenskej republiky uvádza, že zo zákona č. 25/2006 Z. z. oprávnenie pre uchádzačov nahliadať do spisu, ktorý je založený v administratívnom konaní v režime štvrtej hlavy zákona č. 25/2006 Z. z. v konaní o revíziách postupov, teda aj v konaní o podaných námietkach, nevyplýva. Zákon o verejnom obstarávaní výslovne postup o nahliadnutí do spisu neupravuje. Keďže v tejto časti nie je možné ani aplikovať správny poriadok z dôvodu, že uvedené revízne postupy podliehajú osobitnej procesnej úprave obsiahnutej priamo v zákone o verejnom obstarávaní, nemožno v súlade s týmto zákonom priznať právnu relevanciu argumentácii žalobcov. Z predloženého administratívneho spisu vyplýva, tak ako to vecne správne konštatoval i Krajský súd v Bratislave v napadnutom rozsudku, že žalobcovia požadovali informácie resp. prístup do uvedeného spisu. Na takýto postup mali použiť iné zákonné inštitúty napr. zákon o slobodnom prístupe k informáciám č. 211/2000 Z. z. Žalobcovia aj napriek tomu, že požadovali sprístupnenie spisu, **nevyužili opravné prostriedky**, v zmysle právneho poriadku Slovenskej republiky, či už v procese administratívneho konania alebo v rámci preskúmania zákonnosti rozhodnutia, resp. fiktívneho rozhodnutia v správnom súdnictve.

2. skupina odvolacích dôvodov – nezákonnosť dôvodov vylúčenia ponuky žalobcov z procesu verejného obstarávania:

2.1. nesplnenie technickej požiadavky,

2.2. neprimerane nízka cena ponuky žalobcov.

Oznámením o vylúčení ponuky z verejného obstarávania, ktoré vydala NDS, a.s., dňa 29.4.2008, ktoré bolo doručené žalobcom dňa 02.05.2008 je preukázané, že dôvodom na vylúčenie ponuky žalobcov z verejného obstarávania bolo:

2.1. V zmysle § 42 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z. z. predložená ponuka nespĺnila požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v Súťažných podkladoch, časť B.1 „Opis predmetu zákazky“, článok 11.1 funkčné požiadavky na čiastkovú službu „Predpis mýta“, bod P 1.20, pretože z ich ponuky v časti 9.3 „Technický popis – Rámcový popis procesov“ na str. 52 – 147 je zrejmé, že nespĺnila požiadavku verejného obstarávateľa konkrétne na str. 58, 94 – 96, ďalej nespĺnenie uvedenej požiadavky vyplýva z časti 9.4.1 „Technický popis – Prehľad systému“ ponuky, str. 148 – 189, z časti 9.4.2 „Technický popis – Systémová architektúra“ str. 190-219 a z časti 9.10 „Požiadavky na čiastkové služby“ čl. 3.1 na str. 345. Konkrétne technické riešenie požiadavky P1.20 malo byť explicitne uvedené v ponuke žalobcov, avšak v ich ponuke sa nenachádza. Aplikácia časovej pečiatky v dátovom telegrame rozhrania OBE2CS nie je preukázaním splnenia požiadavky P1.20, nakoľko ide iba o popis dátovej štruktúry primárnych dát, posielaných ďalej na spracovanie z palubných jednotiek do centrálného systému. Táto dátová štruktúra je iba nutnou, avšak nie postačujúcou podmienkou pre splnenie predmetnej požiadavky. V ďalšom technickom opise chýba opis funkcií a procesov predpisu a výberu mýta umožňujúcim zúčtovanie a fakturácie mýta s použitím časovo premenných taríf.

Podstatou splnenia požiadavky P1.20 Súťažných podkladov je umožnenie časovo a prípadne miestne závislej tarifikácie pre zúčtovanie a fakturáciu mýta, ktoré znamená zavedenie komplexnej funkcionality spracovania dát s významným dopadom do algoritmov, funkcií a procesov, ale aj dopadov na zvýšenú zložitosť výstupných účtovných a daňových dokladov. Ide o kvalitatívne vyšší a náročnejší stupeň spracovania dát, ktorý sa odráža aj v nákladoch na poskytovanie služby elektronického výberu mýta.

Najvyšší súd SR pri preskúmaní zákonnosti rozhodnutia žalovaného ako i prvostupňového orgánu (verejného obstarávateľa) skúmal zákonnosť samotných rozhodnutí ako i zákonnosť postupu, ktorý vydaniu rozhodnutí predchádzal. Zaoberal sa i obsahom *Žiadosti NDS, a.s., o vysvetlenie ponuky č. 1220/14217/07/41 zo dňa 9.4.2008* a preveril, či súčasťou žiadosti

verejného obstarávateľa boli otázky na vysvetlenie ponuky žalobcov aj v tejto časti. Odvolací súd zistil z obsahu administratívneho spisu ako i zo samotnej Žiadosti NDS, a.s., o vysvetlenie ponuky č. 1220/14217/07/41 zo dňa 9.4.2008, že v uvedenej žiadosti o vysvetlenie ponuky žalobcov otázky na objasnenie uvedenej technickej požiadavky neboli obsiahnuté.

Podľa § 42 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. komisia môže písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponuky. Vysvetlením ponuky **nemôže** dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmych chýb v písaní a počítaní.

V tomto prípade je podľa názoru najvyššieho súdu možné vyvodiť jednoznačný záver, že komisia uplatnila svoje oprávnenie, požiadala žalobcov o vysvetlenie ponuky, žalobcovia na žiadosť komisie o vysvetlenie ponuky odpovedali dňa 16.4.2008. Z obsahu listinných dôkazov je preukázané, že dôvodom vylúčenia ponuky žalobcov bola i skutočnosť, na ktorú sa verejný obstarávateľ vo svojej žiadosti o vysvetlenie návrhu žalobcov *nespýtal*. Odvolací súd aplikujúc výklad únieového práva na základe rozsudku Súdneho dvora Európskej únie Štvrtej komory zo dňa 29. marca 2012 sp. zn. C-599/10 konštatuje, že verejný obstarávateľ v podstate môže žiadať písomne od uchádzačov, aby objasnili svoju ponuku, avšak bez toho, aby požadoval alebo prijal akúkoľvek zmenu ponuky. Pri výkone povinnosti posúdenia, ktorú má teda verejný obstarávateľ, mu prináleží, aby zaobchádzal s rôznymi uchádzačmi rovnoprávne a lojálne tak, aby sa na konci výberového konania a vzhľadom na jeho výsledok nemohlo zdať, že žiadosť o objasnenie neoprávnene zvýhodnila alebo nezvýhodnila uchádzača alebo uchádzačov, ktorým bola adresovaná táto žiadosť. Žiadosť by sa mala týkať všetkých bodov ponuky, ktoré sú nepresné alebo nie sú v súlade s technickými špecifikáciami v Súťažných podkladoch, pričom verejný obstarávateľ nemôže odmietnuť ponuku z dôvodu nedostatku jasnosti takéhoto aspektu ponuky žalobcov.

Najvyšší súd Slovenskej republiky dospel k záveru, že verejný obstarávateľ v tejto časti nepostupoval v súlade so zákonom č. 25/2006 Z. z., ako aj s čl. 6 Smernice 2004/18/ES zo dňa 31.3.2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, ktorá bola uverejnená v úradnom vestníku EÚ pod č. L 134, str. 114; Mim.vyd.06/07, s.132 a konštatuje, že pokiaľ verejný obstarávateľ

v tomto prípade a v rámci procesu vyhodnocovania ponuky žalobcov zistil, že ich ponuka je nepresná a nie je v súlade s technickými špecifikáciami uvedenými v Súťažných podkladoch, potom podľa rozsudku Súdneho dvora Európskej únie C-599/10 zo dňa 29.3.2012, ktorým zodpovedal prejudiciálne otázky Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, mal požiadať žalobcov z dôvodu nedostatku jasnosti splnenia technickej požiadavky v žiadosti o vysvetlenie ponuky aj o vysvetlenie akým spôsobom bola splnená predmetná technická požiadavka - elektronický mýtny systém musí byť napojený na dva nezávislé prívody elektrickej energie a byť vybavený záložným napájacím dieselagregátom. Až po doručení odpovede na žiadosť o vysvetlenie ponuky, mal verejný obstarávateľ posúdiť, či odpoveď na vysvetlenie ponuky podaná v čase, keď žalobcovia ako aj iní uchádzači predložili ponuku a uplynula i lehota na predloženie ponúk a je ukončený výber uchádzačov, je len objasnením alebo vysvetlením podanej ponuky alebo ide o zmenu samotnej ponuky. Samotnú ponuku už nemožno meniť a to ani z podnetu verejného obstarávateľa, rovnako ani z vlastnej vôle uchádzača (§ 42 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z.). Takémuto postupu bráni zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi a povinnosť transparentnosti, ktorá z toho vyplýva a zároveň bráni v rámci tohto postupu, akémukoľvek vyjednávaniu medzi verejným obstarávateľom a ktorýmkoľvek z uchádzačov.

Najvyšší súd Slovenskej republiky preto poukazuje na obsah administratívneho spisu, ako aj na stanoviská žalobcov, ktoré boli predkladané v procese konania o námietkach, ktoré boli podané v tomto prípade po tom, ako bola zamietnutá žiadosť žalobcov o nápravu a podané námietky smerujúce proti dôvodom vylúčenia žalobcu z predmetného verejného obstarávania. V súlade s § 42 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z. z. vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene. Za zmenu ponuky sa nepovažuje len odstránenie zrejmých chýb v písaní a počítaní.

2.2. K druhému dôvodu vylúčenia ponuky žalobcov z verejného obstarávania z dôvodu, t.j. že predložili ponuku, ktorá podľa § 42 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z. z. aj napriek predloženému vysvetleniu, nebola v súlade s požiadavkou verejného obstarávateľa, Najvyšší súd Slovenskej republiky uvádza nasledovné:

Podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z., t.j. verejný obstarávateľ požiadal žalobcov o vysvetlenie neobvykle nízkej ponukovej ceny a to v Žiadosti o vysvetlenie ponuky

č. 1220/14217/07/41 zo dňa 9.4.2008 a to konkrétne otázkami č. 1 a 2, pričom verejný obstarávateľ formuloval otázky o vysvetlenie ponuky v tejto časti takto:

1. žiadame o vysvetlenie údajov uvedených v ponuke vo formulári „Návrh na plnenie kritérií“ Tabuľka 1, „Celková cena za predmet zákazky“:

a. Tabuľka 1, riadok (3) obsahuje nesprávne spočítanú sumu v medzisúčte, stĺpec (o) riadok (3) má byť správne 1.540.579.875,--Sk bez DPH, v ponuke Uchádzača je uvedený nesprávny súčet 1.540.669.876,--Sk bez DPH.

b. Tabuľka 1, riadok (5) obsahuje nesprávne spočítanú sumu v medzisúčte, stĺpec (o) riadok (5) má byť správne 1.387.463.983,--Sk bez DPH, v ponuke Uchádzača je uvedený nesprávny súčet 1.387.499.983,--Sk bez DPH.

c. Tabuľka 1, riadky (1), (2), (6); I, (6), (8), (9), (10) obsahujú v medzisúčtoch v stĺpci (o) chyby zaokrúhľovania v rozmedzí -1,--Sk až +2,--Sk.

d. s prihliadnutím ku skutočnostiam, uvedeným vyššie, má byť celková cena bez dane z pridanej hodnoty uvedená Uchádzačom vo formulári „Návrh na plnenie kritérií“ Tabuľka 1, riadok (12) správne 16.487.295.671,--Sk bez DPH, v ponuke Uchádzača je uvedené nesprávne číslo 6.487.421.671,--Sk bez DPH.

e. Potom daň z pridanej hodnoty uvedená Uchádzačom vo formulári „Návrh na plnenie kritérií“ Tabuľka 1, riadok (13) má byť správne 3.132.586.177,--Sk, v ponuke Uchádzača je uvedené nesprávne číslo 3.132.610.117,--Sk.

f. Celková cena vrátane dane z pridanej hodnoty uvedená Uchádzačom vo formulári „Návrh na plnenie kritérií“ Tabuľka 1, riadok (14) má byť správne 19.619.881.848,--Sk, v ponuke Uchádzača je uvedené nesprávne číslo 19.620.031.788,--Sk.

g. Verejný obstarávateľ podľa čl. 24.2 Časti A1 SP požaduje predloženie písomného súhlasu Uchádzača s vykonanou opravou chybných údajov.

2. Podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. Vás žiadame o vysvetlenie neobvykle nízkej ponukovej ceny Vašej ponuky, a to najmä s ohľadom na skutočnosť, že Vami ponúkaná hodnota Efektívnosti výberu mýta $E=0,9980$ výrazne prekračuje hodnoty Efektívnosti výberu mýta bežne dosahované v okolitých stredoeurópskych krajinách.

3. Potvrďte prosím, že s ohľadom na Vami ponúkanú hodnotu Efektívnosti výberu mýta $E=0,9980$ zaručuje to, že iba 0,2% všetkých povinných Platiteľov mýta v príslušnom sledovanom

období nebude plniť svoju mýtnu povinnosť, a to ani priamo, ani nepriamo prostredníctvom vynucovania/alebo prostredníctvom doplatku.

Z oznámenia o vylúčení ponuky žalobcov v procese verejného obstarávania vyplýva, že NDS, a.s., neakceptovala vysvetlenie žalobcov, pretože:

1. miera porušovania Mýtnej povinnosti vodičmi vozidiel v Rakúsku sa pohybuje medzi 1,2% až 1,5% (podľa údajov ASFINAG),

2. miera porušovania Mýtnej povinnosti vodičmi vozidiel v Českej republike sa pohybuje medzi 1,5% až 3,3% (podľa údajov ŘSD ČR),

3. pre zjednodušenie verejný obstarávateľ ďalej ráatal s minimálnou mierou porušovania Mýtnej povinnosti $V=1,2\%$ a ďalej uvažoval, že ideálnu technickú účinnosť predpisu mýta ponúkaného riešenia ideálnu t.j. rovnú 100% (tzn. žiadna Palubná jednotka nezlyhá, nedôjde k strate ani jednej mýtnej udalosti a v mýtnom systéme budú zachytené prejazdy všetkých vozidiel vybavených Palubnými jednotkami príslušnými vymedzenými úsekmi ciest a mýtny systém bude ako celok trvalo dostupný bez výpadkov), a ďalej je možné uvažovať o ideálnej účinnosti zachytávania vozidiel porušujúcich mýtnu povinnosť, t.j. prostriedky Enforcementu zachytia na tých vymedzených úsekoch ciest, kde budú rozmiestnené všetky vozidlá porušujúce mýtnu povinnosť a ponúkané riešenie spĺňa zároveň podmienku stanovenú verejným obstarávateľom v Súťažných podkladoch v časti B1, čl. 8, str. B1 - 16, písm. Z.12, tzn. „Rozsah pokrytia celkového objemu prevádzky vozidiel, ktorých sa týka Mýtna povinnosť na Vymedzených úsekoch ciest systematickou kontrolou, uskutočňovanou službou Vynucovanie („Enforcement“) s pomocou zariadení pevného alebo prenosného Enforcementu je minimálne 15% ($Q=15\%$) a zároveň platí definícia Efektívnosti výberu mýta stanovená verejným obstarávateľom v Súťažných podkladoch v časti A2, čl.3.5, str. A2 - 4, A2 - 5.

Verejný obstarávateľ následne na podklade uvedených skutočností stanovil jednoduchým výpočtom percento vozidiel, ktoré nedodržiavajú Mýtnu povinnosť a nie je možné ich zachytiť prostriedkami Enforcementu ako $X = V \times (1-Q) = 1,2\% \times (1-0,15) = 1,0200\%$, čo podľa verejného obstarávateľa znamená, že pri dodržaní ponúkaného rozsahu pokrytia celkového objemu prevádzky prostriedkami systematickej kontroly Enforcementu bude najvyššia ideálne teoreticky dosiahnuteľná hodnota Efektívnosti výberu mýta $E=1-X=100\%-1,02\%=98,98\%$, pričom žalobcovia vo svojej ponuke deklarovali Efektívnosť výberu mýta $E=99,80\%$ resp. $E=0,9980$.

Zároveň verejný obstarávateľ konštatoval rozdiel ceny čiastkovej služby Vynucovanie (Enforcement) uvedenej v ponuke žalobcov, časť 6, str. 20, tabuľka 1, riadok (5) zodpovedá $Q=15\%$, ktoré žalobcovia potvrdili v ponuke na str. 395 ods. 6 písmeno Z.12, táto cena je 1.387.499.983,--Sk bez DPH. Uvedenú cenu verejný obstarávateľ extrapoloval v pomere $Q_{0,998}/Q$ získal číslo na úrovni 7,7 mld. Sk bez DPH, a uviedol, že rozdiel ceny ponúkanej žalobcami na základe uvedených výpočtov je 6,3 miliardy Sk, čo je na základe kvalifikovaného odhadu verejného obstarávateľa a pri rešpektovaní vyššie uvedených zjednodušení celková cena zákazky na úrovni 22,8 mld. Sk, a preto považoval celkovú cenu za predmet obstarávania za neprimerane nízku.

Podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. ak ponuka obsahuje neobvykle nízku cenu, komisia písomne požiada uchádzača o vysvetlenie návrhu ceny. Požiadavka má smerovať k podrobnostiam základných charakteristických parametrov ponuky, ktoré komisia považuje za dôležité.

Odvolačný súd konštatuje, že podľa čl. 55 Smernice 2004/18/ES, ak sa pri určitej zákazke objavia ponuky s neobvykle nízkou cenou, vo vzťahu k plneniu je povinnosťou obstarávateľa skôr než takúto ponuku zamietne, aby uchádzača písomne požiadal o podrobnosti týkajúce sa základných charakteristických parametrov ponuky, ktoré považuje za dôležité.

Z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie jednoznačne vyplýva, že je potrebné, aby bolo od verejného obstarávateľa požadované, skôr než vylúči ponuku z dôvodu neobvykle nízkej ceny, aby preveril základné charakteristické parametre ponuky a to takým spôsobom, aby uložil na tento účel povinnosť pre uchádzača, aby poskytol potrebné odôvodnenie na preukázanie, že táto ponuka je seriózna (rozsudok ESD zo dňa 27.11.2001, Lombardini a Mantovani, C-285/99, C-286/99).

Povinnosťou verejného obstarávateľa je umožniť, aby v procese verejného obstarávania po tom, ako je predložená ponuka s neobvykle nízkou cenou mohol uchádzač preukázať, že táto ponuka je seriózna, čo má zabrániť svojvoľnému konaniu verejného obstarávateľa v tom smere, aby takúto ponuku bez ďalšieho mohol vylúčiť. Zároveň, aby bola ochránená a zabezpečená aj

poctivá hospodárska súťaž medzi podnikmi. Úniové právo rovnako ani právny poriadok Slovenskej republiky neumožňuje verejnému obstarávateľovi slobodu a voľnosť určiť relevantné prvky, ktoré majú byť zohľadnené predtým, ako bude vylúčená ponuka, ktorá sa javí ako neobvykle nízka (rozsudok z 23. apríla 2009, komisia/Belgicko, C-292/07, bod 159). Povinnosťou verejného obstarávateľa je však v súlade s čl. 55 ods. 1 Smernice 2004/18 tak, ako to konštatoval v bode 31 Súdny dvor Európskej únie v rozsudku C- 599/10, ktorý bol vydaný v tejto veci, povinnosť, aby verejný obstarávateľ formuloval jasne žiadosť adresovanú dotknutému uchádzačovi a aby títo uchádzači boli schopní v plnom rozsahu a účinne odôvodniť serióznosť svojich ponúk.

Najvyšší súd z obsahu Oznámenia o vylúčení ponuky žalobcu z verejného obstarávania zo dňa 29.4.2008, str. 4, zistil, že verejný obstarávateľ uviedol, že v danom prípade platí definícia efektívnosti výberu mýta stanovená verejným obstarávateľom v súťažných podkladoch v Časti A2, čl.3.5 str. A2 - 4, A2 - 5, pričom z uvedeného čl. 3.5 Súťažných podkladov časť A.2 kritériá na vyhodnotenia ponúk možno konštatovať, že uvedený článok obsahuje Definíciu Efektívnosti výberu mýta tak, že na účely týchto súťažných podkladov je efektívnosť výberu mýta definovaná vzorcom:

$$E = \frac{1}{N} \sum_{u=1}^N \frac{P_1(u) + P_2(u) + P_3(u)}{P_{100}(u)}$$

$U=1/P1(U)+P2(U)+P3(U)/P/U$. Pričom verejný obstarávateľ bez ďalšieho v oznámení o vylúčení ponuky žalobcov z verejného obstarávania použil vzorec, podľa ktorého ako uvádza, jednoduchým výpočtom môže stanoviť percento vozidiel, ktoré nedodržiavajú mýtnu povinnosť a nie je možné zachytiť ich prostriedkami Enforcementu ako $X=Vx(1-Q)=1,2\% \times (1-0,15)=1,0200\%$ a zároveň odkazuje na bod Z.12 v časti B1, čl. 8 str. B1 a 16 tak, že rozsah pokrytia celkového objemu prevádzky vozidiel, ktorých sa týka Mýtna povinnosť na Vymedzených úsekoch ciest systematickou kontrolou, uskutočňovanou službou vynucovanie („Enforcement“) s pomocou zariadení pevného alebo prenosného Enforcementu stanovuje požadovanú hodnotu minimálne $Q=15\%$. Na podklade uvedeného verejný obstarávateľ dospel k záveru, že pri dodržaní ponúkané rozsahu pokrytia celkového objemu prevádzky prostriedkami systematickej kontroly Enforcementu bude najvyššia ideálne teoreticky dosiahnuteľná hodnota efektívnosti výberu mýta daná vzorcom $E=1-X=100\%-1,02\%$, čo sa rovná 98,98%, pričom

vo svojej ponuke časť 6 „Návrh na plnenie kritérií“ str. 20, tabuľka 1, riadok (5), ktorú potvrdili v ponuke na str. 395 ods. 6 písm. Z.12, deklarovali Efektívnosť výberu $E=0,9980$ resp. $E=99,80\%$.

V odpovedi na vysvetlenie ponuky na otázku 2. žalobcovia dňa 16. apríla 2008 okrem iného uviedli:

„Nemôžeme potvrdiť konštatovanie, že „Efektívnosť výberu mýta $E=0,9980$ výrazne prekračuje hodnoty Efektívnosti výberu mýta bežne dosahované v okolitých stredoeurópskych krajinách. Prevádzkovatelia týchto systémov publikovali hodnoty bližšie sa k hore uvedenej hodnote. Zároveň odkazujeme na súvisiacu Odpoveď na otázku 3. (vid' nižšie).“

V odpovedi na tretiu otázku žalobcovia okrem iného potvrdili Efektívnosť výberu mýta $E=0,9980$, respektíve $99,80\%$, čo vypočítali presne podľa Súťažných podmienok, časť A2, bod 3.5, čo zodpovedá „Neefektívnosti“ $E=0,002$, respektíve $0,2\%$. Podľa žalobcov v súčasnosti existujú na svete dva celoštátne mýtné systémy využívajúce GPS – nemecký a švajčiarsky. V oboch systémoch je použitá palubná jednotka, ktorá je do vozidiel montovaná špecializovanými certifikovanými strediskami. Jeden z dôvodov pre takúto montáž je optimálna inštalácia antény GPS. Veľká časť spoplatnenej siete v Slovenskej republike sú cesty nižšej kategórie. Palubná jednotka je povinná, teda musí byť zabudovateľná vodičom auta behom krátkeho času. Štandardné riešenie len s DSRC bránami je pre cesty nižšej kategórie nevhodné. Z týchto požiadaviek vyplýva, že ak je nevyhnutné dosiahnuť vysokú Efektívnosť a akceptovateľné prevádzkové náklady, potrebujú pre celú spoplatnenú cestnú sieť dva zdroje dát, DSRC aj GPS. Palubná jednotka len s GPS s jednoduchou montážou nemôže dosiahnuť dostatočne vysokú efektivitu, nakoľko anténa GPS je pri samomontáži vždy v nie ideálnej prevádzkovej polohe.

Súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho rozhodnutia. Správna úvaha predstavuje ponechanie možnosti správneho orgánu v rámci určitého tolerančného pásma formulovať svoje závery autonómne. Práve tolerančno–úvahové pásmo obmedzuje súd pri súdnom prieskume. Na vstup do tohto pásma by mal žalobca jednoznačne vyvrátiť právne východiská žalovaného správneho orgánu, pretože pre zrušenie rozhodnutia žalovaného nepostačuje, keď vec zostáva

v polohe rovnako závažných argumentov (bližšie pozri rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. značka 3Sžhuv/5/2008).

Z ustálenej judikatúry Ústavného súdu Slovenskej republiky možno rovnako vyvodit', že rozhodovanie o určitých otázkach je predmetom správneho uváženia a preto súdu neprislúcha, aby nad rámec vlastných právomocí vlastnou úvahou nahrádzal toto oprávnenie správneho orgánu, pretože by neoprávnene vstupoval do právomoci orgánu exekutívy, ktorá mu neprináleží. Všeobecné súdy musia preskúmať správne uváženie z pohľadu, či nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. Ak zistia, že je v súlade s pravidlami logického uvažovania, ak podmienky takej úvahy boli zistené riadnym procesným postupom, potom súdy nemôžu z tých istých skutočností vyvodzovať iné, alebo aj opačné závery, lebo by tým zasiahli do správneho uváženia príslušného správneho orgánu.

Nezákonnosť rozhodnutia žalovaného z uvedeného dôvodu, ktorý namietali žalobcovia v žalobe, odvolacím súdom nebola zistená a v tejto časti sa najvyšší súd nestotožnil s dôvodmi obsiahnutými v napadnutom rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S/121/08-250, stotožnil sa len s výrokom rozsudku (§ 219 ods.1 O.s.p), ktorý bol vecne správny.

Z obsahu Žiadosti o vysvetlenie ponuky žalobcov zo dňa 09.04.2008 je podľa odvolacieho súdu nesporné, že otázky verejného obstarávateľa č. 2 a 3 smerovali k ponúknukej cene obstarávania, ktorú posúdil ako neobvykle nízku ponukovú cenu. Verejný obstarávateľ postupoval v súlade s čl. 55 smernice 2004/18, keďže skôr než o ponuke žalobcov rozhodol, písomne žalobcov požiadal o písomné vysvetlenie neobvykle nízkej ponukovej ceny najmä s ohľadom na základný parameter ponuky - *Efektívnosť výberu elektronického mýta*, zároveň žiadal o porovnanie ponúknukej hodnoty Efektívnosti s okolitými stredoeurópskymi štátmi, kde sa mýtny systém už realizoval, keďže ponúknutá hodnota Efektívnosti výberu mýta prevyšovala známe hodnoty Efektivity výberu v okolitých krajinách. Zároveň v druhej otázke verejný obstarávateľ požadoval posúdenie ponúknukej hodnoty Efektívnosti výberu mýta $E=0,9980$.

Odvolací súd je názoru, že takýto postup verejného obstarávateľa umožnil žalobcom dostatočne vysvetliť základné charakteristické parametre ich ponuky. Žalobcovia v odpovedi

na otázku 2 uviedli, že nemôžu potvrdiť konštatovanie, že nimi ponúkaná Efektívnosť výberu mýta výrazne prekračuje hodnoty bežne dosahované v okolitých stredoeurópskych krajinách. Ďalej uviedli odpovede v zmysle § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z., kde sa zamerali na hospodárnosť, technické riešenie, jeho osobitosť, súlad so zákonmi a možnosti uchádzača získať štátnu pomoc. K otázke č. 3 uviedli, že Efektívnosť výberu mýta vypočítali presne podľa Súťažných podkladov, časť A2 bod 3.5. Ďalej uviedli, že nimi navrhované riešenie (DSRC a GPS) sa opiera o dva nezávislé zdroje dát a tým geometricky narastá Efektívnosť výberu mýta.

Po preskúmaní otázok položených žalobcom v Žiadosti o vysvetlenie ponuky žalobcov zo dňa 9.4.2008, ako aj z odpovede žalobcov dospel najvyšší súd k záveru, že napriek tomu, že žalobcovia mali možnosť vysvetliť výšku ponukovej ceny najmä v kontexte deklarovanej výšky hodnoty Efektívnosti výberu mýta, ktorá bola parametrom ovplyvňujúcim cenu služby a s tým spojené náklady na zabezpečenie a dosiahnutie deklarovanej Efektívnosti, možno konštatovať rovnako ako uviedol žalovaný v preskúmanom rozhodnutí, že vysvetlenie žalobcov smerovalo len k všeobecným údajom a tvrdeniam, ktorými chceli žalobcovia predovšetkým preukázať reálnosť výšky hodnoty Efektívnosti výberu mýta bez zohľadnenia a odrazu k výške ponúkanej ceny. Verejnému obstarávateľovi neboli žalobcami poskytnuté konkrétne argumenty, vysvetlenie ponuky v spornej otázke bolo všeobecné a nepresvedčivé, a preto vysvetlenie žalobcov nebolo v súlade s požiadavkou kontrolovaného podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z.

Verejný obstarávateľ disponuje v procese verejného obstarávania širokou mierou voľnej úvahy čo sa týka skutočností, ktoré je potrebné zohľadniť na účely prijatia rozhodnutia o uzavretí zmluvy v rámci verejného obstarávania (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 49; Esedra, T-169/00, 26.2.2002, Zb. s. II-609, bod 95; TEA-CESGOS, T-376 a 383/05, 14.2.2006, Zb. s. II-205, bod 50).

Vzhľadom na uvedené skutočnosti dospel najvyšší súd k záveru, že jeden z uvedených dôvodov vylúčenia ponuky žalobcov (predložené vysvetlenie k ponuke nebolo v súlade s požiadavkou verejného obstarávateľa podľa § 42 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z.) bol oprávnený a preto žalobcov už nebolo možné zaradiť späť do procesu verejného obstarávania.

Najvyšší súd Slovenskej republiky konštatuje, že ponuku uchádzačov, ktorá je nepresná alebo nejasná a ktorá zároveň nie je v súlade s technickými požiadavkami a špecifikáciami uvedenými v Súťažných podkladoch je možné vylúčiť z verejného obstarávania v zásade až vtedy, ak v žiadosti verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky uchádzača je i otázka smerujúca k vyjasneniu a vysvetleniu ponuky. Verejný obstarávateľ nemôže vylúčiť predloženú ponuku z dôvodu nedostatku jasnosti takého aspektu, ktorý nebol predmetom žiadosti o vysvetlenie ponuky. Zásada proporcionality ako jedna zo všeobecných zásad únieho práva, verejnému obstarávateľovi ukladá, aby v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité zamietnutie dotknutej ponuky, *aby sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenie, akoby mal čisto a jednoducho zamietnuť jeho ponuku* (Antwerpse Bouwwerken, T-195/08, 10.12.2009, bod 55; Adia interim, T-19/95, 8.5.1996, Zb. s. II-321, bod 57; Tideland Signal, T-211/02, 27.9.2002, Zb. s. II 3781, bod 43).

V tomto prípade verejný obstarávateľ nepožiadaval žalobcov o vysvetlenie vyššie uvedených technických nejasností ponuky prv než ich ponuku vylúčil, preto možno konštatovať, že verejný obstarávateľ postupoval v rozpore so všeobecnými zásadami únieho práva, ktoré vyjadrujú základné ponímanie práva a ktoré musia byť dodržiavané nielen v únievom právnom poriadku, ale aj v právnych poriadkoch členských štátov.

Keďže v ďalšom sa Najvyšší súd SR nestotožnil s argumentáciou žalobcov uvedenou v podanom odvolaní a to z vyššie uvedených dôvodov, dospel k záveru, že napadnuté rozhodnutie žalovaného č. 534-84-7000/2008 zo dňa 2.7.2008 v rozsahu ďalších žalobných i odvolacích dôvodov vychádzalo zo správneho právneho posúdenia veci, ako i z dostatočne zisteného skutkového stavu veci, k zamietnutiu námietok žalobcov prišlo na základe existujúceho zákonného dôvodu – predložené vysvetlenie ponuky žalobcov v otázkach neobvykle nízkej ponukovej ceny v kontexte a na základe *Efektívnosti výberu mýta* smerovalo len k všeobecným údajom a tvrdeniam bez poskytnutia konkrétnych argumentov a dôkazov. Napadnuté rozhodnutie bolo vydané na základe zákonom povolenej voľnej úvahy - správne uváženie (§ 245 ods. 2 O.s.p. v spojení s § 145 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z.), žalovaný sa v ňom rovnako i NDS, a.s., v prvostupňovom rozhodnutí, zaoberali vysvetlením ponuky žalobcov, ktoré bolo podané.

V prípade, ak preskúmané rozhodnutie žalovaného je vydané na základe zákonom povolenej voľnej úvahy, preskúmava súd iba to, či takéto rozhodnutie nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. Súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho – administratívneho rozhodnutia. Na vstup súdu do úvahového pásma žalovaného v ďalšom dôvode, na základe ktorého prišlo k vylúčeniu ponuky žalobcov v procese verejného obstarávania, nepredložili žalobcovia podľa názoru odvolacieho súdu jednoznačné právne východiská, ktoré by mohli spochybniť závery obsiahnuté v napadnutom rozhodnutí žalovaného, ako i v rozhodnutí prvého stupňa. Judikatúra najvyššieho súdu v zásade vyžaduje na zrušenie rozhodnutia žalovaného vydaného na základe správneho uváženia, aby predložená argumentácia žalobcu nezostala len v rovine rovnako závažných argumentov. Limitom súdneho prieskumu je zákonnosť. Neboli zistené v súdnom preskúmvacom konaní také vady konania pred správnym orgánom, ktoré mohli mať vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia (§ 250i ods. 3 O.s.p.).

Najvyšší súd SR zdôrazňuje, že krajský súd ani odvolací súd sa nezaoberali, ani zaoberať nemohli v tomto súdnom konaní, posudzovaním podmienok stanovených v Súťažných podkladoch, keďže žalobca mal možnosť podľa § 136 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z. z. proti podmienkam uvedeným v Súťažných podkladoch v priebehu procesu verejného obstarávania podať žiadosť o nápravu.

Na základe uvedeného dospel Najvyšší súd Slovenskej republiky v súlade s ustanovením § 219 ods. 1 O.s.p. k záveru, že napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 3 S 180/2008-391 zo dňa 4.8.2008 je súladný so zákonom a preto bolo potrebné ho potvrdiť.

O trovách odvolacieho konania rozhodol Najvyšší súd Slovenskej republiky podľa § 224 ods. 1 O.s.p. v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p., keďže ustanovenia o trovách konania pred súdom prvého stupňa platia i pre odvolacie konanie, v spojení s § 250k ods. 1 veta prvá O.s.p., podľa ktorého ak mal žalobca úspech celkom alebo sčasti súd mu proti žalovanému prizná právo na úplnú alebo čiastočnú náhradu trov konania.

Žalobcovia úspech v odvolacom konaní nemali, a preto súd žalobcom právo na náhradu trov odvolacieho konania nepriznal.

V konaní podľa druhej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku má právo na náhradu trov konania len úspešný žalobca, preto o prípadných trovách konania žalovaného alebo ďalšieho účastníka súd rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku rozsudku, keďže ich náhrada v tomto prípade podľa zákona (O.s.p.), ako i podľa konštantnej judikatúry Najvyššieho súdu Slovenskej republiky nie je prípustná.

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

V Bratislave 19. decembra 2012

JUDr. Elena Kováčová, v.r.
predsedníčka senátu

Za správnosť vyhotovenia :

Dagmar Bartalská