

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	3Sžf/16/2012
Identifikačné číslo spisu:	9010010153
Dátum vydania rozhodnutia:	25.09.2012
Meno a priezvisko:	JUDr. Jana Zemková
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2012:9010010153.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Jany Zemkovej PhD. a zo sudcov JUDr. Ivana Rumanu a JUDr. Gabriely Gerdovej v právnej veci žalobcov: 1. Banskobystrický samosprávny kraj, IČO: 37 828 100, Námestie SNP 23, Banská Bystrica, 2. Procurement Partners, s.r.o., IČO: 45 281 793, Starohájska 6, Bratislava, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, Bratislava, za účasti: HRONSTAV 01, spol. s r.o., IČO: 30 225 655 Rázusova 51, Brezno, v konaní o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 685-6000/3/2010 zo dňa 04. októbra 2010, konajúc o odvolaní žalovaného proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S/268/2010-88 zo dňa 26. januára 2012, jednomyseľne

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S/268/2010-88 zo dňa 26. januára 2012 m e n í tak, že žalobu z a m i e t a.

Žalobcom 1, 2 a ďalšiemu účastníkovi spoločnosti HRONSTAV 01, spol. s r.o., Brezno náhradu trov konania n e p r i z n á v a.

Odôvodnenie

Krajský súd v Bratislave napadnutým rozsudkom zrušil napadnuté rozhodnutie žalovaného č. 685/6000/3/2010 zo dňa 04.10.2010, ktorým žalovaný podľa § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom k 04.10.2010 (ďalej len zákon č. 25/2006 Z.z.) v spojení s § 146 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. nariadil žalobcovi 1 (ďalej aj verejný obstarávateľ alebo kontrolovaný) zrušiť použitý postup zadávania zákazky - užšiu súťaž na predmet zákazky „rekonštrukcia a dostavba remeselníckeho domu a mangľovne“ v lehote 30 odo dňa doručenia predmetného rozhodnutia.

Krajský súd v odôvodnení rozsudku uviedol, že postup žalobcu 1 bol v súlade so zákonom č. 25/2006 Z.z. a v tomto prípade nebol dôvod na postup žalovaného podľa § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z., keďže tým, že žalobca 1 ako verejný obstarávateľ požadoval od potenciálnych záujemcov preukázanie technickej spôsobilosti a odbornej spôsobilosti, ako aj preukázanie ekonomického a finančného postavenia, nemohol obmedziť žiadneho z uchádzačov v prístupe do súťaže. Zákon č.

25/2006 Z.z. vo svojom ustanovení § 28 ponecháva obstarávateľovi pomerne široké možnosti pri stanovení podmienok týkajúcich sa preukázania technickej a odbornej spôsobilosti a je teda právom obstarávateľa stanoviť si takú podmienku, aby mohol byť vybraný subjekt, ktorý je nielen spôsobilý podľa predmetu činnosti, ale má aj s realizáciou stavieb rovnakého alebo obdobného charakteru skúsenosti. Stanovenie technickej a odbornej spôsobilosti obstarávateľom v tomto prípade, ktorý vyžadoval zoznam stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov, t.j. stavieb riadne odovzdaných, doplnených o potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác, ktorý by obsahoval identifikačné údaje o odberateľovi, názov stavby, opis predmetu plnenia, z ktorého musí vyplývať, že išlo o zákazku na rekonštrukciu, renováciu, resp. obnovu pozemnej stavby a umiestnenie stavby, dohodnutá zmluvná cena, skutočne fakturovaná cena, nemožno podľa názoru prvostupňového súdu považovať za podmienku obmedzujúcu možnosť účasti potenciálnych záujemcov a nemôže ísť teda v tomto prípade o porušenie podmienok podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. Na zrušenie použitého postupu zadávania zákazky nepostačuje iba samotná skutočnosť, že uchádzač by mohol byť odradený od účasti v súťaži, ale musí byť preukázaná skutočnosť, že porušenie postupu zo strany žalobcu mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania. V konaní musí byť nesporne preukázané, že účasťou iných uchádzačov, ktorí boli diskriminačnou podmienkou odradení, by bola dosiahnutá napr. lepšia cena, alebo by bola súťaž ovplyvnená iným zásadným spôsobom.

Výrok o náhrade trov konania odôvodnil ustanovením § 250k ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len O.s.p.), zásadou úspechu v konaní.

II.

Proti rozsudku krajského súdu podal žalovaný včas odvolanie, v ktorom žiadal, aby odvolací súd odvolaním napadnuté rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S/268/2010-88 zo dňa 26.01.2012 zmenil tak, že žalobu žalobcu zamietne a žalobcovi náhradu trov konania neprizná.

Žalovaný uviedol, že rozhodnutím č. 685-6000/3/2010 zo dňa 04.10.2010 rozhodol vo veci kontroly postupu zadávania zákazky pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu. Išlo o kontrolu užšej súťaže vyhlásenej žalobcom 1 na predmet zákazky „Rekonštrukcia a dostavba remeselníckeho domu a mangľovne“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 101/2010 zo dňa 28.05.2010 pod značkou 03583 - MUP. Podkladom pre vlastný podnet žalovaného bolo podanie právnickej osoby HRONSTAV 01, spol. s r.o., zo dňa 03.08.2010, označené ako „Postúpenie žiadosti o nápravu“. Za účelom preskúmania predmetného postupu zadávania zákazky žalovaný v súlade s § 146 ods. 1, 2 a 4 v nadväznosti na § 138 ods. 13 zákona č. 25/2006 Z.z. vydal rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 685-6000/2/2010 zo dňa 26.08.2010, ktorým pozastavil konanie žalobcu 1 v predmetnom postupe zadávania zákazky odo dňa doručenia rozhodnutia o predbežnom opatrení do doručenia rozhodnutia podľa § 139 alebo 146 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z.z. Žalovaný trvá na správnosti svojej argumentácie a poukazuje na opis predmetu zákazky, ktorý žalobca 1 špecifikoval v bode II.1.5 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, z ktorého jednoznačne vyplýva, že predmetom zákazky je kompletná stavebná rekonštrukcia, renovácia resp. obnova remeselníckeho domu neskorobarokovej dispozície a vo dvore je navrhnutá moderná novostavba galérie ľudových remesiel. Vyjadrenia žalobcu 1 potvrdzujú, že za akceptovateľné referencie neuznáva referencie na „novostavby“. Zákonodarca v § 28 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. kladie dôraz na stavebné práce, nie stavby ukončené, resp. odovzdané. Uvedené vyplýva zo širokej škály stavebných prác, ktoré môžu jednotliví záujemcovia, resp. uchádzači realizovať pre konkrétnych odberateľov. Je pritom otázne, prečo by sa nemali zohľadniť stavebné práce, hoci by išlo o práce ešte neukončené, resp. práce, ktoré nevyhnutne nemožno definovať ako dokončenú stavbu. Zákon č. 25/2006 Z.z. pojmom stavebné práce, za akceptovateľné uznáva aj stavebné práce, ktoré nie sú ukončenou stavbou. Jednou z výhod tohto právneho stavu je aj skutočnosť, že táto právna úprava zohľadňuje aj práce, ktoré vykoná subdodávateľ pre uchádzača, resp. záujemcu ktorý je hlavným dodávateľom stavby. Opak by znamenal, že akceptovateľné by bolo len finálne potvrdenie odberateľa voči zhotoviteľovi, bez možnosti akceptácie konkrétnych stavebných prác od jednotlivých subdodávateľov. Krajský súd sa s predmetnou argumentáciou žalovaného vôbec nevysporiadal. Práve

naopak krajský súd tvrdí, že žalobca nemohol svojou neakceptáciou referencií o novostavbách obmedziť žiadneho uchádzača. V oznámení o vyhlásení verejného obstarávania po redakčnej oprave, oddiel III., v bode III.2.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ je uvedené nasledovné:

„bod 1. Zoznam stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov, t.j. stavieb riadne odovzdaných, doplnených o potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác.

Ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/obstarávateľ podľa zákona, dôkaz o plnení potvrdí tento verejný obstarávateľ/obstarávateľ. Ak odberateľom bola iná osoba ako verejný obstarávateľ/obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak to nie je možné vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení. Potvrdenie odberateľa musí obsahovať minimálne nasledovné údaje/informácie: - názov/ obchodné meno odberateľa, - sídlo/miesto podnikania odberateľa, - názov stavby, opis predmetu plnenia (stavebné objekty), z ktorého musí vyplývať, že šlo o zákazku na rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu pozemnej stavby a umiestnenie stavby - dohodnutá zmluvná cena, skutočne fakturovaná cena, zdôvodnenie tohto rozdielu - zmluvný termín realizácie, skutočný termín realizácie, v prípade rozdielu medzi zmluvným a skutočným termínom realizácie, zdôvodnenie tohto rozdielu - meno, priezvisko, telefónne číslo, resp. e-mail a podpis osoby oprávnenej podpisovať predmetné potvrdenie v mene odberateľa.“

Zároveň kontrolovaný určil minimálnu požadovanú úroveň štandardov: „Minimálne jedno potvrdenie o uspokojivom vykonaní stavebných prác v minimálnom rozpočtovom náklade 800.000 € bez DPH za jednu realizovanú stavbu. Akceptované budú len potvrdenia za zákazky na rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu pozemných stavieb podľa § 43a ods. 2 zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len zákon č. 50/1976 Zb.), ktoré boli podobného charakteru, ako je predmet tejto zákazky“. Žalovaný má za to, že neakceptáciou referencií, ktoré preukazujú vykonanie stavebných prác na novostavbách mohli byť od účasti v predmetnom verejnom obstarávaní odradení práve tí záujemcovia, ktorí majú skúsenosti s realizáciou novostavieb. Navyše vo verejnom obstarávaní sa uplatňujú jednotlivé princípy uvedené v § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. Ide najmä o princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, ktoré sa subsidiárne uplatňujú popri konkrétnych ustanoveniach zákona. Pravidlo akceptácie potvrdení o zákazkách na rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu pozemných stavieb podľa § 43a ods. 2 zákona č. 50/1976 Zb., ktoré boli podobného charakteru, ako je predmet tejto zákazky naráža na samú skutočnosť, že súčasťou predmetnej zákazky je aj realizácia novostavby. Otázne pritom zostáva, prečo žalobca 1 za minimálny štandard určil preukázanie referencie podľa predmetného ustanovenia stavebného zákona, ktoré pozemné stavby definuje ako priestorovo sústredené zastrešené budovy vrátane podzemných priestorov, ktoré sú stavebnotechnicky vhodné a určené na ochranu ľudí, zvierat alebo vecí; nemusia mať steny, ale musia mať strechu. Uvedené pravidlo nijakým spôsobom neodráža činnosti vymedzené v opise predmetu zákazky. Žalovaný má za to, že akceptácia akýchkoľvek pozemných stavieb okrem novostavieb je diskriminačná vzhľadom na to, že predmetom uvedenej zákazky je aj realizácia novostavby. Argumentácia žalobcu 1, že sa rozhodol neuznať referencie na novostavby z dôvodu, že predmetom zákazky bola z väčšej časti rekonštrukcia historickej budovy naráža na definíciu samotného pravidla, ktoré bolo určené ako minimálny štandard, kde sa žalobca zaviazal akceptovať akúkoľvek rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu akejkoľvek pozemnej stavby, t.j. napr. aj stajne. Je potom otázne, prečo by nemala byť akceptovaná referencia na novostavbu a referencia na stavbu, napr. bez stien by akceptovaná naopak bola. Navyše súčasťou predmetu zákazky bola aj realizácia novostavby. Je taktiež otázne, prečo by mala byť obnova, resp. renovácia (napr. obyčajné zateplenie budovy) zložitejšia ako výstavba novostavby. Žalovaný má za to, že argumentácia žalobcu 1 je z tohto pohľadu značne nepresvedčivá.

K argumentácii žalobcu 1 o tom, že bude akceptovať len odovzdané stavby je potrebné opakovane upriamiť pozornosť na dikciu zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý zohľadňuje uskutočnené stavebné práce a nie stavby. Stavebná práca je pritom definovaná v § 43g zákona č. 50/1976 Zb. ako odborná činnosť, ktorou sa uskutočňuje stavba zo stavebných výrobkov. Stavebnými prácami sú aj montážne práce, ak sa nimi trvale a pevne zabudovávajú do stavby alebo sa zo stavby vynímajú stavebné výrobky, najmä prevádzkové zariadenia a zariadenia technického, energetického a technologického vybavenia stavby

alebo sa stavba pripája na verejné dopravné a technické vybavenie územia. Argumentácia žalobcu o možnej realizácii 95% stavebných prác a možnosti nedokončenia stavby naráža na skutočnosť, že ani pri odovzdaní 100% prác, t.j. celej stavby nemusí byť stavba vykonaná bez väd. Vady sa môžu vyskytnúť napr. v záručnej lehote, hoci má subjekt referenciu o riadne vykonaných prácach, ktorú zvyčajne obdrží pri odovzdaní stavby objednávateľovi. Krajský súd absolútne nereflektuje na argumentáciu žalovaného, ale naopak bez presvedčivého odôvodnenia potvrdzuje právo verejného obstarávateľa stanoviť si v podstate akékoľvek podmienky účasti. Uvedené posúdenie podmienok účasti krajským súdom je z pohľadu žalovaného ako ústredného orgánu štátnej správy, ktorý vykonáva dohľad nad transparentnosťou verejného obstarávania s cieľom chrániť verejný záujem a riadnu hospodársku súťaž, absolútne formálne a nepresvedčivé.

Účelom hodnotenia referencií vo verejnom obstarávaní je tieto náležite vyhodnotiť, t.j. zistiť, či sú informácie v referencii pravdivé. Uvedené sa vzťahuje tak na jednotlivé stavebné práce, tak na stavbu ako celok. Argumentácia žalobcu 1 o tom, že referencie nehodnotil „tak striktné“ ako uviedol v oznámení o vyhlásení o verejnom obstarávaní, nakoľko to nie je z kapacitných dôvodov možné, naznačuje, že žalobca 1 nerespektoval ustanovenie § 33 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z., ktoré stanovuje, že verejný obstarávateľ musí posudzovať splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní v súlade s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania a súťažnými podkladmi. Je pritom otázne, ako žalobca 1 postupoval pri vyhodnocovaní podmienok účasti a či vôbec dodržal § 33 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý stanovuje sankciu vylúčenia z verejného obstarávania, ak uchádzač, resp. záujemca nesplnil podmienky účasti, predložil neplatné doklady, nepredložil požadované doklady alebo informácie alebo poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

Postupom žalobcu bola popretá jedna zo základných povinností verejného obstarávateľa - objektívne vyhodnotiť splnenie podmienok účasti. Ak samotný žalobca nie je schopný vyhodnotiť podmienky účasti, ktoré sám stanovil, tieto zrejme nebudú primerané a opodstatnené. Obtiažnosť vyhodnotenia podmienok účasti by v žiadnom prípade nemala viesť k ich neakceptácii, či svojvoľnému zľahčovaniu. Konštatácie žalobcu 1 o tom, že referencie za odovzdané stavby sa mu ľahšie a bez pochybností vyhodnocujú na rozdiel od referencií zo stavebných prác, sú nepresvedčivé. Je otázne, či má hodnotenie odovzdaných stavieb vôbec zmysel. Je zrejme, že každá zrealizovaná stavba je jedinečná a je otázne, či dve stavby je možné porovnať kus za kus. Rozhodujúce by zrejme malo byť porovnanie finančného vyjadrenia zrealizovaných stavebných prác, bez ohľadu na presný charakter stavebných prác. Je predpoklad, že záujemca so statusom podnikateľa v oblasti stavebníctva vie realizovať všeobecné stavebné práce spočívajúce prevažne v rekonštrukciách a renováciách. Je pritom logické, že bez základnej spôsobilosti realizovať rekonštrukciu by sa záujemca o predmetnú zákazku neuchádzal, nakoľko by riskoval uplatnenie prípadných sankcií zo zmluvného vzťahu, stratu dobrej povesti a nakoniec i možné závažné porušenie odborných povinností, ktoré by mohlo vyústiť do zákazu účasti vo verejnom obstarávaní podľa § 26 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z.z.

Diskriminácia spôsobená predmetnou podmienkou účasti sa mohla dotknúť aj potenciálnych záujemcov. Títo mohli byť od účasti v predmetnom verejnom obstarávaní odradení, nakoľko nemohli predložiť prípadné referencie zo realizovaných stavebných prác na novostavbách. Z dikcie ustanovenia § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z. vyplýva, že predmetná norma je konštruovaná na báze hypotézy. Zákon č. 25/2006 Z.z. od žalovaného nevyžaduje, aby preukázal, že konkrétne pravidlo diskriminuje konkrétneho záujemcu, naopak zákon od žalovaného vyžaduje, aby v rámci správnej úvahy vyhodnotil, či je konkrétne porušenie zákona potenciálne schopné zásadne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania. V tomto prípade nesprávne nastavená podmienka účasti neumožnila záujemcom predložiť referencie na novostavby, čím v prípade subjektu, ktorý realizoval prevažne takúto stavebnú činnosť môže dôjsť k situácii, že sa rozhodne o predmetnú zákazku nesúperiť, nakoľko disponibilita so žalobcovi vyhovujúcimi referenciami mohla byť uvedeným pravidlom obmedzená.

Poukázal tiež na rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S/121/08 zo dňa 06.05.2009, z ktorého

citoval: „Cieľom právnej úpravy verejného obstarávania, ktorá má svoj pôvod v práve Európskej únie, je predovšetkým zabezpečiť voľnú súťaž dodávateľov o zákazky financované z verejných rozpočtov založenú na princípoch efektívnej konkurencie a samozrejme záujem na účelnom vynakladaní verejných prostriedkov. Na dosiahnutie týchto cieľov slúži aj právna úprava základných zásad verejného obstarávania, ktorých základom je najmä nediskriminačné a transparentné zaobchádzanie so všetkými konkurujúcimi si uchádzačmi či záujemcami, pričom tieto zásady sa ďalej premietajú do konkrétnych ustanovení zákona, kde sú rozpracované podrobnejšie. To sa týka hlavne úpravy základných povinností verejného obstarávateľa. Takisto by sa nemalo zabúdať na to, že transparentné postupy zadávania zákaziek sú osvedčenou ochrannou proti korupcii a zvýhodňovaniu (Výkladové oznámenie Európskej komisie o právnych predpisoch Spoločenstva uplatniteľných na zadávanie zákaziek, na ktoré sa úplne alebo čiastočne nevzťahujú smernice o verejnom obstarávaní - 2006/C 179/02). Ak teda má platiť, že postupmi verejného obstarávania sa má zabezpečiť čestná hospodárska súťaž nie je prípustné, aby sa umožnilo akékoľvek nepreskúmateľné konanie verejného obstarávateľa, ktoré môže ovplyvniť výsledok verejného obstarávania. V zákone č. 25/2006 Z.z. sa zabezpečuje uplatňovanie základných princípov verejného obstarávania, ktoré vyplývajú zo smerníc EÚ a judikatúry Európskeho súdneho dvora. Napr. článok 2 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31.03.2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby. Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.“

Je nevyhnutné, aby sa dôsledne uplatňoval princíp transparentnosti. Za transparentné vyhodnotenie žiadosti o účasť nie je možné považovať také vyhodnotenie, ktoré je zo strany orgánu dohľadu absolútne nepreskúmateľné. Tomuto nasvedčujú tvrdenia žalobcu o „zmäkčovaní“ podmienok účasti pri ich vyhodnocovaní. Krajský súd v predmetnom prípade nevenoval uvedeným vyjadreniam žalobcu žiadnu dôležitosť. Je pritom otázne, či je takýmto postupom žalobcu dodržané uplatňovanie základných princípov verejného obstarávania.

Žalovaný nesúhlasí s právnym názorom prvostupňového súdu ohľadne toho, že dikcia § 139 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. neumožňuje zrušiť postup zadávania zákazky v prípade odradenia záujemcu od účasti diskriminačnou podmienkou účasti a že je povinnosťou žalovaného dokázať vplyv na výsledok (napr. nižšia cena odradeného záujemcu). Práve diskriminačná podmienka účasti zverejnená v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania je schopná odradzovať od účasti, nakoľko oznámenie predstavuje publikačný nástroj, prostredníctvom ktorého sa potenciálni záujemcovia dozvedajú o úmysle obstarávateľa, resp. verejného obstarávateľa zadať zákazku. Je nesporné, že diskriminačné podmienky zužujú okruh záujemcov, ktorí sú ochotní prejavíť záujem o účasť. Zákon č. 25/2006 Z.z. pritom stanovuje, že pre aplikáciu výroku stačí identifikovať i len potenciálny zásadný vplyv. Uvedené je v právnej norme vyjadrené slovami „mohlo mať vplyv“. Ak by platila argumentácia prvostupňového súdu, bolo by znenie predmetnej normy vymedzené slovami „malo vplyv“. V takomto prípade by žalovaný musel preukazovať existenciu skutočného vplyvu porušenia zákona na výsledok verejného obstarávania a nie len možnosť vplyvu na výsledok. Žalovaný by nikdy nebol schopný preukázať, že potenciálny uchádzač by napr. v prípade absencie diskriminačnej podmienky účasti predložil lepšiu cenovú ponuku, keďže takýto od účasti odradený uchádzač žiadnu ponuku nepredkladá.

Žalovaný tiež poukázal na smernicu č. 89/668/EHS o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmavania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác (ďalej len revízná smernica). Predmetná smernica bola transponovaná do zákona č. 25/2006 Z.z. a predstavuje model na základe, ktorého boli konštruované dohľadové právomoci žalovaného. V čl. 2 bod 1 písm. b/ revíznej smernice je uvedené, že členské štáty zabezpečia, aby prijaté opatrenia, ktoré sa týkajú postupov preskúmania uvedených v článku 1, zahŕňali ustanovenie o právomoci zrušiť alebo zabezpečiť zrušenie nezákonne prijatých rozhodnutí vrátane odstránenia diskriminačných technických, ekonomických alebo finančných kritérií uvedených vo výzvach na predloženie ponúk, v súťažných podkladoch alebo v akýchkoľvek iných dokumentoch týkajúcich sa postupu zadávania zákazky. Je pritom potrebné uviesť, že predmetná právna úprava nestanovuje povinnosť revíznemu orgánu skúmať akýkoľvek vplyv porušenia predpisov na výsledok verejného

obstarávania. Z uvedeného vyplýva, že žalovaný má povinnosť skúmať zásadný vplyv porušenia na výsledok verejného obstarávania. Potvrdením argumentácie prvostupňového súdu by sa právomoci žalovaného absolútne negovali a zmaril by sa účinný dohľad nad verejným obstarávaním.

Žalovaný v tomto zmysle poukázal na právoplatné rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S/249/2010 zo dňa 05.10.2011, kde krajský súd vyčerpávajúco objasňuje problematiku hypotetického vplyvu na výsledok verejného obstarávania. Krajský súd dospel k nasledovnému záveru, ktorý považuje žalovaný za správny a presvedčivo odôvodnený, cit:

„Ak žalovaný najskôr zrekapituloval závery vykonanej kontroly, potom citoval texty ustanovení zákona č. 25/2006 Z.z. a na záver vyslovil bez bližšieho logického odôvodnenia záver, že porušenia povinností kontrolovaným mohli mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, pričom toto konštatovanie použil taktiež bez bližšej náležitej argumentácie, pri dvoch z ôsmich (vyššie uvedené pod bodmi a/ a c/) zistených porušení zákona č. 25/2006 Z.z., potom takýto prístup žalovaného nebol v súlade s príkazom na presvedčivé odôvodnenie, nakoľko neponúkol žiadne argumenty účastníkom, aby zistili presvedčivé dôvody takéhoto rozhodnutia. Súd uznáva, že rozhodnutie žalovaného neprekročilo zákonom stanovené medze, ba dokonca pripúšťa, že právne hodnotenia zistených skutočností a celkový právny záver o možnom zásadnom ovplyvnení výsledkov verejného obstarávania pre porušenie zákona č. 25/2006 Z.z. kontrolovaným sú správne. Na druhej strane však v súlade s argumentáciou žalobcu súd konštatuje, že v odôvodnení rozhodnutia absentuje odôvodnenie konkrétnych okolností, ktoré mohli zásadným spôsobom verejné obstarávanie a jeho výsledky ovplyvniť. Hoci žalovaný podrobne opísal a vysvetlil porušenia zákona zistené pri kontrole dokumentácie týkajúce sa verejného obstarávania, už sa dostatočne (alebo vôbec) nevenoval otázkam možného zásadného vplyvu na výsledky verejného obstarávania - v čom tento vplyv spočíval alebo mohol spočívať, koho konkrétne alebo určiteľne sa mohlo porušenie zákona kontrolovaným dotknúť a do akej miery mohla ovplyvniť jeho rozhodnutie nezúčastniť sa verejného obstarávania alebo sa ho zúčastniť s hendikepom zavineným kontrolovaným, akým spôsobom konanie kontrolovaného v rozpore s § 9 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. zasiahlo do práv uchádzačov, záujemcov, prípadne potenciálnych záujemcov. Až po vyložení tohto neurčitého právneho pojmu ho možno konfrontovať so skutkovým zistením konkrétneho prípadu a usúdiť, či konanie kontrolovaného spočívajúce v porušení zákona č. 25/2006 Z.z. malo taký charakter, že napĺňa uvedený zákonný znak. Úsudok o obsahu a rozsahu vyššie uvedeného neurčitého právneho pojmu v rozhodnutí žalovaného chýba“.

Možnosť odradiť od účasti diskriminačnými podmienkami účasti a zásadný vplyv tohto porušenia na výsledok verejného obstarávania je pritom už dlhodobo judikovaná tak Krajským súdom v Bratislave, ako aj Najvyšším súdom Slovenskej republiky.

Najvyšší súd Slovenskej republiky napr. v rozsudku 5Sžf/37/2009 jednoznačne ustálil, že diskriminačné podmienky účasti môžu odradiť od účasti vo verejnom obstarávaní potenciálnych záujemcov a že toto porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.

III.

Žalobca 1 v písomnom vyjadrení k odvolaniu navrhol, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len najvyšší súd) napadnutý rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdil a žalobcovi priznal náhradu trov konania. Poukázal na znenie § 3 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z.z., z ktorého vyplýva, že zákazka na uskutočnenie stavebných prác na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác alebo vypracovanie projektovej dokumentácie a uskutočnenie stavebných prác súvisiacich s niektorou z činností uvedených v prílohe č. 1, alebo uskutočnenie stavby. Stavba na účely tohto zákona je výsledok stavebných prác ako celku, ktorý spĺňa ekonomickú funkciu alebo technickú funkciu, a uskutočnenie stavby zodpovedá požiadavkám verejného obstarávateľa alebo

obstarávateľa. Z uvedeného je zrejmé, že v kontexte zákona č. 25/2006 Z.z. sa zákazkou na uskutočnenie stavebných prác myslí nielen zákazka na uskutočnenie stavebných prác, ale aj zákazka na uskutočnenie stavby. Je preto úplne logické a podľa názoru žalobcu aj legitímne, aby uchádzač, ktorý bude realizovať zákazku na uskutočnenie stavebných prác preukázal, že zrealizoval stavebné práce alebo stavby podobného charakteru, aké budú predmetom zadávanej zákazky. Podľa názoru žalobcu 1 nemožno vykladať znenie § 28 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. tak striktnie, ako to robí žalovaný, pretože sa tým úplne stráca logický význam tohto ustanovenia. Samotná referencia o vykonaní určitých stavebných prác nepotvrdzuje skutočnosť, že dodávateľ zrealizoval v požadovanej kvalite celú stavbu. Aj keď, ako tvrdí žalovaný, po odovzdaní celej stavby sa môžu vyskytnúť jej vady (ktoré je dodávateľ povinný odstrániť), pre posúdenie relevantnosti referencie je podľa žalobcov postačujúce, ak dodávateľ predloží potvrdenie o tom, že stavba bola riadne zrealizovaná. Uvedené potvrdenie sa vydáva väčšinou s určitým časovým odstupom po odovzdaní diela (napr. pre účely konkrétneho verejného obstarávania), nie ihneď v deň odovzdania stavby, takže ak by v daný moment odovzdaná stavba vykazovala vady, investor by zrejme nepotvrdil dodávateľovi, že stavba bola odovzdaná v požadovanej kvalite. Skutočnosť, či sa po odovzdaní diela vyskytnú vady, však z pohľadu verejného obstarávateľa nie je relevantná a zákon č. 25/2006 Z.z. mu ju ani neprikazuje skúmať. Z pohľadu verejného obstarávania je podstatné len to, či dodávateľ predloží takú referenciu, ktorá nepochybne preukáže jeho odbornú spôsobilosť. V tomto kontexte je preto tvrdenie žalovaného o tom, že aj po odovzdaní stavby sa môžu vyskytnúť vady, irelevantné.

Žalobca 1 považuje poňatie celého procesu verejného obstarávania žalovaným za vysoko teoretické, pri ktorom absentuje akákoľvek reálna skúsenosť. Nedokáže si vyhodnotiť súvislosti, v dôsledku čoho dochádza k prehnanému formalizmu pri kontrole verejných obstarávaní a následnému neopodstatnenému rušeniu súťaží z dôvodov, ktoré nemali žiaden vplyv na proces verejného obstarávania. Ak by si verejní obstarávatelia mali vykladať zákon č. 25/2006 Z.z. tak rigidne, ako to robí žalovaný, úplne by sa minuli cieľu samotného obstarávania - uspokojeniu svojich potrieb a museli by sa koncentrovať len na to, aby nastavením podmienok účasti ani náhodou nevznikla čo len najmenšia pochybnosť o tom, že podmienky účasti boli nastavené diskriminačne, čo je nereálne.

Žalobca opätovne zdôrazňuje fakt, že v čase vyhlásenia predmetnej zákazky a ani dodnes žalovaný ani iný orgán verejnej správy nevydali záväzný dokument, ktorý by jednoznačne stanovoval, pri akom minimálnom pomere stavebných prác týkajúcich sa novostavieb v porovnaní s rekonštrukčnými prácami musí verejný obstarávateľ uznávať aj referencie z novostavby. Preto tvrdenie žalovaného o nesprávnom postupe žalobcov uvedené v napadnutom rozhodnutí je možné považovať len za subjektívny názor konajúceho kontrolóra na strane žalovaného bez reálnej opory v zákone alebo v norme nižšej právnej sily. Žalobca 1 má za to, že žalovaný nie je odborne spôsobilý na to, aby posudzoval, či mal verejný obstarávateľ vyžadovať referencie za novostavby, za rekonštrukčné práce stavieb alebo ich kombináciu. Rovnako nie je kompetentný posudzovať, pri akom pomere novostavieb voči rekonštrukčným prácam sa už majú vyžadovať aj referencie za novostavby.

Táto kompetencia prináleží v zmysle § 32 zákona č. 25/2006 Z.z. výlučne verejnému obstarávateľovi, u ktorého je predpoklad, že na jeho strane sú odborníci, ktorí dokážu adekvátne posúdiť, aký druh referencie sa bude požadovať vzhľadom na charakter stavby, ktorá sa bude realizovať.

Žalovaný v odvolaní tvrdí, že jednotlivé princípy uvedené v § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z., ktoré sú najčastejším argumentom žalovaného pre rušenie súťaží, sa subsidiárne uplatňujú popri konkrétnych ustanoveniach zákona. Žalobca má za to, že takéto konštatovanie je neprípustné bez toho, aby bolo v zákone jasne uvedené, popri ktorých konkrétnych ustanoveniach zákona sa majú tieto princípy uplatňovať. Žalovaný si toto ustanovenie zákona osvojil ako všeobecný dôvod, na základe ktorého môže prakticky nariadiť zrušenie akejkoľvek súťaže. Žalobca sa s takýmto prístupom nestotožňuje a je toho názoru, že každý následok musí mať jasne definovanú príčinu. Inak povedané, rozhodnutie žalovaného o porušení alebo o možnom porušení niektorého z princípov podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. musí vychádzať z nesporného a presne pomenovaného faktu, že sa tak naozaj stalo. Neobstoí preto všeobecné odvolávanie sa na § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý je abstraktný. Pojmy ako napr. nediskriminácia alebo transparentnosť nie sú v zákone ani v žiadnom inom vykonávacom predpise k zákonu definované. Z pohľadu zákona č. 25/2006 Z.z. sú to len názvy bez konkrétneho obsahu. Je preto

otázne, na základe čoho môže žalovaný konštatovať, že bol porušený niektorý z uvedených princípov, ak neexistuje záväzný výklad týchto pojmov. Ešte otáznejšie je, ako môže žalovaný konštatovať, že porušenie zákona mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania (§ 139 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z.). Žalobca má za to, že odhliadnuc od toho, že právna norma je na tomto mieste koncipovaná ako hypotéza, musí byť aj v tomto prípade preukázané, že porušenie zákona naozaj mohlo mať zásadný vplyv na výsledok súťaže. Dôkazom môže byť napr. žiadosť o nápravu od niektorého zo záujemcov alebo stanovisko nezávislého odborníka. Určite však nemôže byť podkladom pre takéto rozhodnutie voľná úvaha žalovaného bez reálneho preukázania tejto skutočnosti. Žalobca akceptuje tvrdenie žalovaného, že „právna úprava obsiahnutá v smernici č. 89/668/EHS nestanovuje žalovanému povinnosť skúmať akýkoľvek vplyv porušenia predpisov na výsledok verejného obstarávania.“ Uvedená právna úprava však ale neumožňuje žalovanému rušiť verejné obstarávania na základe svojich domnienok a nepreukázaných skutočností.

IV.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 O.s.p. v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.) preskúmal napadnutý rozsudok krajského súdu, ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo v rozsahu dôvodov uvedených v odvolaní (§ 212 ods. 1 O.s.p.) bez nariadenia odvolacieho pojednávania (§ 250ja ods. 2 O.s.p.) a po tom, ako bolo oznámenie o verejnom vyhlásení rozhodnutia zverejnené najmenej 5 dní vopred na úradnej tabuli súdu a na internetovej stránke najvyššieho súdu www.nsud.sk, hlasovaním členov senátu v pomere 3:0 (§ 3 ods. 9 zákona 757/2004 Z.z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v znení účinnom od 01.05.2011) rozsudok verejne vyhlásil (§ 156 ods. 1, 3 O.s.p.).

Z obsahu pripojeného administratívneho spisu Najvyšší súd Slovenskej republiky zistil, že dňa 28.05.2010 bola vo Věstníku verejného obstarávania Slovenskej republiky č. 101/2010 pod sp. zn. 03583-MUP vyhlásená užšia súťaž na predmet zákazky: Rekonštrukcia a dostavba remeselníckeho domu a mangľovne, ktorú zadával žalobca 1 ako verejný obstarávateľ podľa § 6 ods. 1 písm. c/ zákona č. 25/2006 Z.z. V časti IV.1.2 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania žalobca 1 určil, že na predloženie ponuky vyzve vybraných záujemcov, ktorí sa umiestnili na 1. až 5. mieste.

Objektívne kritériá na výber obmedzeného počtu záujemcov sú: 1. Počet stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov, t.j. stavieb riadne odovzdaných, doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní predmetných stavebných prác v minimálnom rozpočtovom náklade 800.000 € bez DPH za jednu realizovanú stavbu, 2. Výška celkových rozpočtových (stavebných) nákladov stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov, t.j. stavieb riadne odovzdaných, doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní predmetných stavebných prác v minimálnom rozpočtovom náklade 800.000 € za jednu realizovanú stavbu.

V rámci daného verejného obstarávania predložilo žiadosť o účasť osem záujemcov, z ktorých šiesti splnili podmienky účasti a dvaja ich nespĺnili, resp. boli vylúčení. Šiestemu uchádzačovi v poradí - spoločnosti HRONSTAV 01, spol. s r.o., (ďalší účastník) bolo dňa 16.07.2010 zaslané oznámenie, že nebude vyzvaný na predloženie ponuky, pretože v rámci bodového hodnotenia predložených referencií nezískal dostatočný počet bodov potrebných na umiestnenie na 1. až 5. mieste. Ďalší účastník podal dňa 21.07.2010 žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v predmetnej súťaži, ako aj proti výberu záujemcov v užšej súťaži, ktorú odôvodnil tým, že považuje podmienky užšej súťaže za diskriminačné, keďže ako miestna firma pozná charakter predmetných prác a reštaurátorské práce nie sú takej povahy a rozsahu, aby ich so svojimi referenciami nezvládla. Preto navrhol zrušenie predmetnej súťaže a zriadenie navrhovanej nápravy. Uvedená žiadosť o nápravu bola verejným obstarávateľom zamietnutá ako neopodstatnená. Odôvodnil ju tým, že jeho referencie, ako aj referencie ostatných uchádzačov boli hodnotené podľa bodu IV.1.2 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vo vzťahu k referenciám záujemcu, ktorý predložil najvyšší počet referencií, resp. referencie v najvyššom objeme prác, na základe čoho v súčte oboch kritérií získal ďalší účastník 8,57 bodov. K aspektu žiadosti o nápravu, smerujúcemu voči podmienkam uvedeným v predmetnej súťaži, ktoré sú podľa ďalšieho účastníka

diskriminačné, žalobca 1 poukázal na § 136 ods. 3 písm. a/ bod 3. zákona č. 25/2006 Z.z. Keďže v stanovenej lehote ďalší účastník nepodal žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení, naopak riadne predložil žiadosť o účasť, akceptoval tak podmienky stanovené verejným obstarávateľom.

Dňa 04.08.2010 bolo žalovanému doručené podanie označené ako „Postúpenie žiadosti o nápravu“ v užšej súťaži vyhlásenej vo Věstníku verejného obstarávania zo dňa 28.05.2010 pod sp.zn. 03586-MUP-Rekonštrukcia a dostavba remeselného domu a mangľovne v Brezne s prílohami: Oznámenie o vyhodnotení splnenia podmienok účasti, Žiadosť o nápravu, Oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu. Z dôvodu vzniknutých pochybností žalovaného o súlade postupu žalobcu 1 so zákonom č. 25/2006 Z.z. pri obstarávaní predmetu zákazky, žalovaný začal z vlastného podnetu kontrolu postupu zadávania zákazky pred uzatvorením zmluvy podľa § 146 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z.

Dňa 30.08.2010 bolo žalobcovi 1 oznámené začatie kontroly postupu zadávania zákazky pred uzatvorením zmluvy.

Rozhodnutím o predbežnom opatrení č. 685-6000/2/2010 zo dňa 26.08.2010 žalovaný pozastavil konanie kontrolovaného v predmetnej zákazke verejného obstarávania podľa § 146 ods. 1, 2, 4 v nadväznosti na § 138 ods. 13 zákona č. 25/2006 Z.z. odo dňa doručenia rozhodnutia o predbežnom opatrení do doručenia rozhodnutia žalovaného podľa § 139 alebo § 146 ods. 5 zákona č. 25/2006 Z.z.

Rozhodnutím č. 685-6000/3/2010 zo dňa 04.10.2010 žalovaný nariadil podľa § 139 ods. 2 písm. a/ v spojení s § 146 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. žalobcovi 1 zrušiť použitý postup zadávania zákazky - užšiu súťaž na predmet zákazky „Rekonštrukcia a dostavba remeselníckeho domu a mangľovne“ v lehote 30 dní od doručenia predmetného rozhodnutia. Žalovaný vo svojom rozhodnutí okrem iného poukázal na bod II.1.5. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, z ktorého vyplýva, že predmetom zákazky je kompletná stavebná rekonštrukcia, renovácia, resp. obnova remeselníckeho domu a vo dvore je navrhnutá moderná novostavba galérie ľudových remesiel. Žalobca 1 pritom akceptoval len potvrdenia za zákazky na rekonštrukciu, renováciu, resp. obnovu pozemných stavieb, čím podľa názoru žalovaného obmedzil účasť takých záujemcov, ktorí by predložili zoznam stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky, teda vrátane novostavieb. Vo väzbe na predmet zákazky mal žalobca 1 akceptovať aj referencie - potvrdenia na zákazky na rekonštrukciu, renováciu, resp. obnovu pozemných stavieb, vrátane novostavieb. Žalobca 1 tak vylúčil potenciálnych záujemcov, ktorí by predložili referencie zoznamom stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky a obmedzil sa len na preukazovanie referencií za zákazky na rekonštrukciu, renováciu, resp. obnovu pozemných stavieb, čím žalobca 1 nepostupoval v súlade s princípom nediskriminácie záujemcov v predmetnom verejnom obstarávaní. Žalobca 1 mal za účelom preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti akceptovať aj zoznam stavebných prác za zákazky aj novostavby. Podľa názoru žalovaného žalobca 1 postupoval tiež v rozpore s § 28 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. a súčasne konal v rozpore s princípom nediskriminácie podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. Za účelom preukazovania splnenia technickej alebo odbornej spôsobilosti mal žalobca 1 umožniť záujemcom predkladať aj zoznam stavebných prác, t.j. aj len ich časti, ak boli už zrealizované a ak boli uskutočnené v požadovanom období, a to bez ohľadu na skutočnosť, kedy boli tieto stavebné práce začaté a ukončené.

Podľa § 3 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z.z. zákazka na uskutočnenie stavebných prác na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie stavebných prác alebo vypracovanie projektovej dokumentácie a uskutočnenie stavebných prác súvisiacich s niektorou z činností uvedených v prílohe č. 1, alebo uskutočnenie stavby. Stavba na účely tohto zákona je výsledok stavebných prác ako celku, ktorý spĺňa ekonomickú funkciu alebo technickú funkciu, a uskutočnenie stavby zodpovedá požiadavkám verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa.

Podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 28 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb jedným alebo niekoľkými z týchto dokladov:

b) zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom

1. bol verejný obstarávateľ podľa tohto zákona, dôkaz o plnení potvrdí tento verejný obstarávateľ,
2. bola iná osoba ako verejný obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak to nie je možné, vyhlásením uchádzača alebo záujemcu o ich uskutočnení.

Podľa § 32 ods. 6 zákona č. 25/2006 Z.z. podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ a obstarávateľ určí na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže vyžadovať od uchádzačov alebo od záujemcov minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti.

Podľa § 136 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. 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 žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch alebo v iných dokumentoch poskytnutých verejným obstarávateľom, obstarávateľom alebo osobou podľa § 7 v lehote na predkladanie ponúk alebo proti podmienkam uvedeným v súťažných podmienkach v súťaži návrhov poskytnutých v lehote na predkladanie návrhov.

Podľa § 136 ods. 3 písm. a/ bod 3. zákona č. 25/2006 Z.z. písomná žiadosť o nápravu musí byť doručená verejnému obstarávateľovi, obstarávateľovi alebo osobe podľa § 7 do desiatich dní odo dňa uverejnenia oznámenia podľa § 50 ods. 4, § 67 ods. 2 písm. b/ vo vestníku, ak ide o zadávanie podlimitnej zákazky a koncesiu na služby a ak žiadosť o nápravu smeruje proti podmienkam uvedeným v oznámení.

Podľa § 136 ods. 6 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. verejný obstarávateľ, obstarávateľ alebo osoba podľa § 7 doručí do siedmich dní od doručenia úplnej žiadosti o nápravu podanej v lehote podľa odseku 3 žiadateľovi písomné oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu s odôvodnením.

Podľa § 138 ods. 2 písm. d/ zákona č. 25/2006 Z.z. uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného alebo orgán štátnej správy podľa § 137 ods. 2 písm. b) (ďalej len "navrhovateľ") môže pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody podať námietky 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.

Podľa § 146 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. úrad vykonáva kontrolu postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody a pred ukončením súťaže návrhov z vlastného podnetu, na základe podnetu kontrolovaného na výkon kontroly ním zadávanej zákazky alebo na základe podnetu Úradu vlády Slovenskej republiky.

Podľa § 146 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. pri výkone kontroly podľa odseku 2 úrad postupuje primerane podľa § 138 až 145.

Podľa § 138 ods. 10 zákona č. 25/2006 Z.z. kontrolovaný je povinný doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnú dokumentáciu v origináli do štyroch pracovných dní odo dňa doručenia námietok. Doručením kompletnej dokumentácie v origináli úradu sa v prípade elektronickej komunikácie rozumie sprístupnenie elektronickej podoby dokumentácie prostredníctvom nástrojov a zariadení použitých na elektronickú komunikáciu. Ak

kontrolovaný nedoručí úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnú dokumentáciu v origináli v uvedenej lehote, úrad vydá rozhodnutie o prerušení konania o námietkach, ktorým kontrolovanému nariadi doručiť úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnú dokumentáciu v origináli v dodatočnej lehote určenej úradom. Prerušenie konania o námietkach trvá, až kým nepominú prekážky, pre ktoré sa toto konanie prerušilo. Od vydania rozhodnutia o prerušení konania o námietkach do doručenia písomného vyjadrenia a kompletnej dokumentácie v origináli úradu lehota podľa § 139 ods. 5 neplynie. Kontrolovaný môže nahliadať do kompletnej dokumentácie v origináli doručenej úradu na účely plnenia si povinností pri uplatnení revízných postupov. Ak kontrolovaný nedoručí úradu písomné vyjadrenie k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky a kompletnú dokumentáciu v origináli ani v dodatočnej lehote určenej úradom, úrad rozhodne podľa § 139 ods. 2 písm. a/.

Podľa § 138 ods. 13 zákona č. 25/2006 Z.z. úrad do rozhodnutia o námietkach podľa odseku 2 písm. g/ môže vydať predbežné opatrenie, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného najdlhšie do doručenia rozhodnutia úradu o námietkach. Proti rozhodnutiu úradu o predbežnom opatrení nemožno podať opravný prostriedok. Ak úrad nevydá rozhodnutie o predbežnom opatrení, ktorým pozastaví konanie kontrolovaného, upovedomí o tom účastníkov konania.

Podľa § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z. ak úrad v konaní o námietkach zistí, že postupom kontrolovaného bol porušený tento zákon a porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania, rozhodnutím nariadi zrušiť použitý postup zadávania zákazky alebo súťaž návrhov.

Podľa § 139 ods. 5 písm. c/ zákona č. 25/2006 Z.z. úrad rozhodne o námietkach podľa odsekov 2 až 4 do 30 dní od doručenia kompletnej dokumentácie a písomného vyjadrenia k podaným námietkam s uvedením predpokladanej hodnoty zákazky úradu.

Spornými zostali naďalej stanovené podmienky súťaže týkajúce sa neakceptácie tých referencií záujemcov, ktoré preukazujú vykonanie stavebných prác na novostavbách. Uvedeným konaním mohli byť od účasti odradení práve tí záujemcovia, ktorí majú skúsenosti s realizáciou novostavieb. Spornou zostala aj argumentácia žalobcu 1 o tom, že bude akceptovať len odovzdané stavby, pričom žalovaný v napadnutom rozhodnutí zdôraznil, že zákon č. 25/2006 Z.z. zohľadňuje uskutočnené stavebné práce a nie stavby. Žalobca 1 namietal, že žalovaný a ani nikto iný nevydal záväzný dokument, ktorý by stanovoval, pri akom minimálnom pomere stavebných prác týkajúcich sa novostavieb v porovnaní s rekonštrukčnými prácami musí verejný obstarávateľ uznávať aj referencie za novostavby. Napokon namietal tiež postup žalovaného pri výkone kontroly postupu zadávania zákazky pred uzavretím zmluvy.

Senát odvolacieho súdu z obsahu pripojených spisov zistil, že žalovaný začal dňa 30.08.2010 v súlade s § 146 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. kontrolu postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu zaslaním oznámenia o začatí kontroly žalobcovi 1. V uvedenom oznámení žalovaný oznámil žalobcovi 1 začiatok kontroly a požiadal ho o doručenie kompletnej dokumentácie z predmetného verejného obstarávania do štyroch pracovných dní odo dňa doručenia oznámenia.

Pri výkone kontroly podľa § 146 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. sa postupuje primerane podľa § 138 až § 145 zákona č. 25/2006 Z.z. Žalobca 1 v žalobe i v odvolaní poukázal na § 146 ods. 6 zákona č. 25/2006 Z.z. s tým, že žalovaný mal postupovať podľa § 146a až § 146d zákona č. 25/2006 Z.z. Senát odvolacieho súdu k tejto námietke žalobcu 1 uvádza, že odkaz na postup podľa § 146a až § 146d zákona č. 25/2006 Z.z. je systematicky zaradený do ods. 6 § 146 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý sa týka kontroly zadávania zákaziek po uzavretí zmluvy, čo nie je tento prípad. Žalovaný začal však kontrolu podľa § 146 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý sa týka kontroly postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy, keď sa primerane postupuje podľa § 138 až § 145 zákona č. 25/2006 Z.z. Úrad môže začať kontrolu postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy z vlastného podnetu. Úrad môže

začať kontrolu buď na základe vlastných zistení, rovnako na základe tzv. kvalifikovaných podnetov, ktoré sú v právnych predpisoch upravené a po splnení predpísaných náležitostí sa nimi musia správne orgány zaoberať. Podnet od spoločnosti HRONSTAV 01, spol. s r.o., považoval žalovaný za skutočnosť, na podklade ktorej po zvážení okolností mohol, ale nemusel začať kontrolu postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy. Takýto postup, teda podanie podnetu žalovanému, keď mal účastník konania v danom momente možnosť podať žiadosť o nápravu (ako to bolo v tomto prípade podľa § 136 ods. 3 písm. a/ bod 3. zákona č. 25/2006 Z.z.), prípadne, keď mal možnosť podať námietky (ako to bolo v prejednávacom prípade podľa § 138 ods. 2 písm. d/ zákona č. 25/2006 Z.z.) nie je úplne štandardný, aj keď na druhej strane je v súlade so zákonom č. 25/2006 Z.z. (K postupu podľa § 136 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. sa Najvyšší súd Slovenskej republiky už vyjadril, pozri bližšie napr. v rozhodnutí sp. zn. 3Sžf/47/2010 zo dňa 08.02.2011 str. 9, 10.)

Keďže žalovaný začal kontrolu postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy, postupoval v súlade so zákonom, primerane podľa ustanovení § 138 až § 145 zákona č. 25/2006 Z.z., procesne nepochybil.

Žalovaný vydal dňa 26.08.2010 podľa § 146 ods. 1, 2, 4 v nadväznosti na § 138 ods. 13 zákona č. 25/2006 Z.z. rozhodnutie o predbežnom opatrení č. 685-6000/2/2010, kde poukázal aj na § 139 ods. 5 písm. c/ zákona č. 25/2006 Z.z. Z uvedeného ustanovenia vyplýva, že úrad má rozhodnúť o námietkach (pri výkone kontroly postupu zadávania zákaziek pred uzavretím zmluvy) do 30 dní od doručenia kompletnej dokumentácie a písomného vyjadrenia k podaným námietkam. Z ustanovení § 138 ods. 10 zákona č. 25/2006 Z.z. vyplýva, že kontrolovaný je povinný doručiť písomné vyjadrenie k podaným námietkam a rovnako môže nahliadať do kompletnej dokumentácie.

K námietke týkajúcej sa stanovenej podmienky súťaže o neakceptácii tých referencií, ktoré preukazujú vykonanie stavebných prác na novostavbách senát odvolacieho súdu uvádza, že predmetom zákazky bola z väčšej časti rekonštrukcia historickej budovy. Žalobca 1 podľa názoru odvolacieho súdu zohľadnil § 32 ods. 6 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý uvádza, že podmienky účasti, ktoré verejný obstarávateľ určí, musia byť primerané a musia súvisieť s predmetom zákazky. Na realizáciu novostavby pripadalo len 8,5 % (75.179,13 € s DPH) objemu zákazky, pričom rekonštrukčné práce mali predstavovať až 91,5 % z rozpočtu projektu. Rekonštrukčné práce sú dominantou predmetnej zákazky, preto sa verejný obstarávateľ rozhodol zabezpečiť takého dodávateľa, ktorý má dostatočné skúsenosti predovšetkým s rekonštrukciou stavieb. Skúsenosti dodávateľa, ktorý realizoval len novostavby, nepovažoval verejný obstarávateľ za dostatočné. V zákone č. 25/2006 Z.z. nie je určené a ani žalovaný nestanovil pri akom minimálnom pomere stavebných prác, majú byť podmienky súťaže stanovené tak, aby neboli považované za diskriminačné.

Rekonštrukcia je súbor stavebných úprav, ktoré pri zachovaní vonkajšieho pôdorysného a výškového ohraničenia objektu, zasahujú do stavebných konštrukcií. Tieto zásahy menia technické parametre (napr. dispozičné riešenie, únosnosť, tepelnú priepustnosť), prípadne aj účel stavebného objektu.

Novostavba je od základov novovybudovaný stavebný objekt.

Z odbornej literatúry všeobecne vyplýva názor, že novostavba nie je tak technicky náročná ako rekonštrukcia, vzhľadom na to, že pri novostavbe si stavebník sám určuje podmienky, rozmery, priestorové a tvarové riešenie, pričom pri rekonštrukcii sa napriek dostatočnej príprave môžu vyskytnúť neočakávané skutočnosti, ktoré pri zameraní a obhliadke stavby nebolo možné odhaliť, či predvídať. Keďže išlo o rekonštrukciu národnej kultúrnej pamiatky, kde rekonštrukčné práce tvoria viac ako 90 % z rozpočtu projektu, je i podľa názoru odvolacieho súdu, stotožniac sa s názorom prvostupňového súdu vysloveného v tejto časti odôvodnenia rozsudku, najvhodnejší postup na výber skúseného dodávateľa ten, ktorý stanovil verejný obstarávateľ v užšej súťaži. Pri stanovení tejto podmienky žalobca 1 nepostupoval diskriminačne. V tejto časti zadania podmienok užšej súťaže preto žalobca 1 zákon neporušil.

K námietke žalovaného týkajúcej sa nemožnosti preukázania odbornej spôsobilosti zoznamom stavebných prác uskutočnených za posledných päť rokov, doplnených potvrdeniami o uspokojivom

vykonaní stavebných prác, ale len zoznamom stavieb riadne odovzdaných, doplnených o potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác, senát odvolacieho súdu uvádza:

Kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania po redakčnej oprave, oddiel III., v bode III.2.3. „Technická alebo odborná spôsobilosť“ určil informácie a formálne náležitosti nevyhnutné na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti nasledovne:

„bod 1. Zoznam stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov, t.j. stavieb riadne odovzdaných, doplnených o potvrdenia o uspokojivom vykonaní prác. Ak odberateľom bol verejný obstarávateľ/obstarávateľ podľa zákona, dôkaz o plnení potvrdí tento verejný obstarávateľ/obstarávateľ, bola iná osoba ako verejný obstarávateľ/obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ; ak to nie je možné vyhlásením uchádzača o ich uskutočnení. Potvrdenie odberateľa musí obsahovať minimálne nasledovné údaje /informácie: - názov/ obchodné meno odberateľa, - sídlo/miesto podnikania odberateľa, - názov stavby, opis predmetu plnenia (stavebné objekty), z ktorého musí vyplývať, že šlo o zákazku na rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu pozemnej stavby, a umiestnenie stavby, - dohodnutá zmluvná cena, skutočne fakturovaná cena, zdôvodnenie tohto rozdielu, - zmluvný termín realizácie, skutočný termín realizácie, v prípade rozdielu medzi zmluvným a skutočným termínom realizácie, zdôvodnenie tohto rozdielu, - meno, priezvisko, telefónne číslo, resp. e-mail a podpis osoby oprávnenej podpisovať predmetné potvrdenie v mene odberateľa“.

Zároveň kontrolovaný určil minimálnu požadovanú úroveň štandardov: „Minimálne potvrdenie o uspokojivom vykonaní stavebných prác v minimálnom rozpočtovom náklade 800.000 € bez DPH za jednu realizovanú stavbu. Akceptované budú len potvrdenia za zákazky na rekonštrukciu, renováciu resp. obnovu pozemných stavieb podľa § 43a ods. 2 zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, ktoré boli podobného charakteru, ako je predmet tejto zákazky“.

Z ustanovenia § 28 ods. 1 písm. b/ zákona č. 25/2006 Z.z. jednoznačne vyplýva podmienka, ktorú sú povinní uchádzači splniť na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti.

Vychádzajúc zo znenia citovaného ustanovenia § 28 zákona č. 25/2006 Z.z. senát odvolacieho súdu dospel k záveru, že napadnuté rozhodnutie žalovaného je v časti týkajúcej sa stanovenia podmienok súťaže nezákonné, keďže je nesporné, že žalobca 1 sa pri zadávaní predmetu verejného obstarávania dôsledne neriadil ustanovením § 28 ods. 1 písm. b/ citovaného zákona, podľa ktorého technická alebo odborná spôsobilosť uchádzača mu byť preukázaná zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien.

Zákon stanovuje, že technická alebo odborná spôsobilosť uchádzača musí byť preukázaná jedným alebo viacerými dokladmi zoznamom stavebných prác uskutočnených za predchádzajúcich päť rokov doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác. V tomto prípade žalobca 1 stanovil prísnejšie kritériá na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti uchádzačov než stanovuje zákon o verejnom obstarávaní.

Žalobca 1 v časti III.2.3 „Technická a odborná spôsobilosť“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania stanovil podmienku, ktorá nerešpektuje zákon, je s ním v rozpore, preto žalovaný správne konštatoval, že žalobca 1 konal v rozpore s § 9 ods. 4 citovaného zákona, porušil jednu zo základných zásad verejného obstarávania a to zásadu nediskriminácie záujemcov, najmä tých, ktorí mohli predložiť zoznam uskutočnených prác za predchádzajúcich päť rokov bez podmienky, že by požadovaný rozsah stavebných prác musel byť už ukončený, ako aj tých, ktorí boli dodávateľmi stavebných prác bez toho, že by boli dodávateľmi stavieb, ako to stanovil žalobca 1 v súťažných podmienkach.

Najvyšší súd dospel k záveru, že žalovaný sa v napadnutom rozhodnutí dostatočne vysporiadal so splnením zákonnej podmienky na zrušenie súťaže v zmysle § 139 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z., podľa ktorej je žalovaný povinný zisťovať, či v danom prípade porušenie mohlo mať zásadný vplyv na

výsledok verejného obstarávania. Žalovaný v rozhodnutí konštatuje, že žalobca 1 svojím zadefinovaním požiadavky na preukázanie minimálnych štandardov v bode III.2.3, bod 1 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania vylúčil potenciálnych záujemcov, ktorí by predložili referencie zoznamom stavebných prác rovnakého alebo obdobného charakteru ako predmet zákazky. Stanovením tejto súťažnej podmienky žalobca 1 postupoval v rozpore s princípom nediskriminácie záujemcov v predmetnom verejnom obstarávaní. (§ 9 ods. 2 citovaného zákona). Od účasti na verejnom obstarávaní mohla potenciálnych záujemcov odradiť požiadavka na predloženie zoznamu stavieb riadne odovzdaných, pričom záujemcovia v posudzovanom období mohli vykonávať požadovaný rozsah stavebných prác, avšak k ich odovzdaniu v priebehu daného obdobia ešte nedošlo, avšak k ich uskutočneniu prišlo. Takto zadefinovanými podmienkami mohli byť odradení aj prípadní súťažitelia, ktorí síce už dodali alebo práve dodávali v požadovanom rozsahu stavebné práce (napr. ako subdodávatelia) bez toho, že by boli zhotovitelia celých stavieb ako to vyžaduje žalobca 1 v podmienkach užšej súťaže.

Takto formulované podmienky užšej súťaže sú podľa názoru senátu odvolacieho súdu v rozpore so zákonom a môžu mať zásadný vplyv na výsledok užšej súťaže, keďže na ich základe bolo možné odradiť prípadných záujemcov o účasť v užšej súťaži, ktorí by boli schopní zdokladovať svoju technickú a odbornú spôsobilosť zoznamom stavebných prác uskutočnených bez ohľadu na to, či boli stavebné práce už riadne odovzdané, teda v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, čo im takto stanovené súťažné podmienky neumožňovali.

Poukazujúc na vyššie uvedené senát najvyššieho súdu zmenil rozsudok Krajského súdu v Bratislave podľa § 220 O.s.p. v spojení s § 250ja ods. 3 veta druhá O.s.p. a žalobu žalobcov 1 a 2 zamietol, keďže žalobou napadnuté rozhodnutie žalovaného bolo vydané v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní.

O náhrade trov konania odvolací súd rozhodol podľa § 224 ods. 1 O.s.p. v spojení s § 246c veta prvá O.s.p. a § 250k ods. 1 O.s.p. tak, že žalobcom 1, 2 trovy konania na náhradu nepriznal, keďže v konaní neboli úspešní.

O trovách ďalšieho účastníka súd rozhodol tak, že mu náhradu trov konania nepriznal, keďže v konaní podľa druhej hlavy piatej časti O.s.p. je možné priznať náhradu trov len žalobcovi.

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku opravný prostriedok nie je prípustný.