

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	3Sžf/120/2013
Identifikačné číslo spisu:	1012200312
Dátum vydania rozhodnutia:	07.10.2014
Meno a priezvisko:	JUDr. Ivan Rumana
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2014:1012200312.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Ivana Rumanu a sudkýň JUDr. Gabriely Gerdovej a JUDr. Jany Zemkovej PhD. v právnej veci žalobcu: EURO - BUILDING, a.s., IČO: 35 683 066, so sídlom Podunajská 23, 821 06 Bratislava, právne zastúpený: JUDr. Martin Timcsák, advokát, s.r.o. so sídlom Zámocké schody 2/A, 811 01 Bratislava, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, so sídlom Dunajská 68, 820 04 Bratislava, v konaní o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 1318-6000/2011-ON/432 zo dňa 03.02.2012, o odvolaní žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 50/2012-236 zo dňa 05.09.2013, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 50/2012-236 zo dňa 05.09.2013 p o t v r d z u j e.

Žalobcovi náhradu trov odvolacieho konania n e p r i z n á v a.

Odôvodnenie

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu žalobcu o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 1318-6000/2011-ON/432 zo dňa 03.02.2012, ktorým žalovaný námietky záujemcu EURO-BUILDING, a.s. proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v užšej súťaži na predmet zákazky „Rekonštrukcia a modernizácia ZpS a DSS Trebišov“, vyhlásenej verejným obstarávateľom Košický samosprávny kraj (ďalej „kontrolovaný“) vo Vestníku verejného obstarávania

č. 233/2011 dňa 01.12.2011 pod značkou 10343-MUP zamietol podľa § 139 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní, v znení účinnom ku dňu vyhlásenia súťaže (ďalej len zákon č. 25/2006 Z.z.) s odôvodnením, že Komisia úradu má za to, že kontrolovaný si v nadväznosti na predmet zákazky a predpokladanú hodnotu zákazky stanovil kritéria na výber obmedzeného počtu záujemcov primerane a nediskriminačne podľa svojich odôvodnených požiadaviek a v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní. Konštatovala preto, že námietky žalobcu vo výberovom konaní boli neopodstatnené.

Krajský súd v odôvodnení rozsudku uviedol, že kritériá obmedzenia počtu záujemcov teda nemôžu byť a

priori diskriminačné. Samotná konštrukcia užšej súťaže totiž určitú diskrimináciu predpokladá, nakoľko tu dochádza k vylúčeniu záujemcov, ktorí rovnako ako vybraní záujemcovia samotnú kvalifikáciu (podmienky účasti) spĺňajú. Na druhej strane však nemožno pripustiť stanovenie takých kritérií, ktoré by viedli k tým najzávažnejším formám diskriminácie („hard core diskriminácia“), napríklad k diskriminácii zahraničných záujemcov, k diskriminácii podľa sídla záujemcov a pod. V súvislosti s koncepciou podmienok účasti a teda v tomto prípade predovšetkým kritérií užšieho výberu, teda nemožno hodnotiť ich zákonnosť spôsobom, ako to uviedol žalobca. Správne žalovaný uviedol, že kritéria užšieho výberu v danom prípade nemožno hodnotiť v absolútnom ponímaní, nakoľko v podstate každá podmienka účasti diskriminuje určitý okruh záujemcov, t.j. konkrétne tých, ktorí obstarávateľom stanovenú minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti nedosahujú (napr. výšku obratu, minimálny finančný objem stavebných prác...). Je logické, že každé kritérium užšieho výberu zvýhodňuje tých záujemcov, ktorí dosahujú v konkrétnom kritériu (napr. finančný objem zrealizovaných zákaziek) vyššie hodnoty v porovnaní s ostatnými záujemcami, ktorých zároveň konkrétne kritérium užšieho výberu z uvedeného dôvodu znevýhodňuje. Vyselektovanie užšieho okruhu záujemcov z tých, ktorí preukázali splnenie podmienok účasti, je však základným účelom inštitútu kritéria užšieho výberu v užšej súťaži.

Obstarávateľ tým, že stanovil popri kritériu užšieho výberu „finančný objem“ vyjadrený súčtom celkových zmluvných cien aj kritérium užšieho výberu „počet potvrdení o uskutočnení stavebných prác“, ktorému v porovnaní s kritériom č. 1 stanovil nižší počet bodov, nemohol porušiť princíp nediskriminácie v zmysle § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. Krajský súd bol toho názoru, že práve stanovením dvoch kritérií bolo zabezpečené, aby nedochádzalo k zvýhodňovaniu alebo diskriminácii niektorých záujemcov, a to tých, ktorí realizovali stavebné práce s dôrazom na počet zmlúv, ale zároveň aj tých, ktorí realizovali stavebné práce s dôrazom na objem stavebných prác. Samotné odlišné bodové ohodnotenie týchto dvoch kritérií vzhľadom na vyššie uvedené nemohlo znamenať porušenie princípov stanovených v § 9 ods. 4. zákona č. 25/2006 Z.z. Stanovením predmetných kritérií užšieho výberu nebolo obmedzené právo žalobcu na účasť v užšej súťaži, t.j. žalobcovi nič nebránilo do predmetného postupu zadávania zákazky predložiť žiadosť o účasť spolu so zoznamom stavebných prác a údajmi spĺňajúcimi kritéria užšieho výberu.

Proti tomuto rozsudku podal žalobca v zákonnej lehote odvolanie. Žalobca predložil rozsahu argumentáciu, že stanovenie kritérií obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže bol v danom prípade diskriminačný. Namietal, že kritéria pre výber obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže v zmysle § 52 ods. 1, 2 zákona č. 25/2006 Z.z., teda aj váhy ich uplatnenia musia byť v súlade so zásadami verejného obstarávania (§ 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z., teda aj v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania, ako aj nediskriminácie, ktoré sa musia aplikovať aj vo fáze prípravy ponúk a vo fáze obmedzovania počtu záujemcov v užšej súťaži. Kritéria pre výber obmedzeného počtu uchádzačov nesmú byť diskriminačné a to ani v inej ako „hard core“ podobe. Opačný názor súdu nie je zákonný a správny. Podstatou žalobcom namietanej diskriminácie je stanovenie rozdielnej váhy uplatnených kritérií pre výber obmedzeného počtu záujemcov kontrolovaný. Ďalej namietal porušenie práva na súdnu ochranu, keďže rozsudok podľa jeho názoru „otrocky“ kopíroval odôvodnenie rozsudku Krajského súdu v Bratislave sp. zn. 2S 70/2012 zo dňa 12.06.2013. Z napadnutého rozsudku nijako nevyplýva, prečo stanovené odlišné bodové hodnotenie jednotlivých uplatnených kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov) pomer 70:30 nezakladalo v danom prípade porušenie princípov nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Neodôvodnenie takého záveru súdom zakladá nepreskúmateľnosť rozsudku. Žalobca súčasne navrhol, aby najvyšší súd prerušil konanie a požiadal Súdny dvor Európskej únie o rozhodnutie o prejudiciálnych otázkach, ktoré sformulovala ohľadne výkladu článku 44 ods. 3 Smernice č. 2004/18/ES, či môžu byť kritéria pre výber obmedzeného počtu uchádzačov do určitej miery diskriminačné, za predpokladu, že nie sú diskriminačné v „hard core“ podobe.

Žalovaný vo vyjadrení zo dňa 31.10.2013 k odvolaniu žalobcu navrhoval, aby odvolací súd napadnutý rozsudok ako vecne správny potvrdil. Uviedol, že koncepciu podmienok účasti, ako aj kritérií užšieho výberu nemožno hodnotiť spôsobom prezentovaným žalobcom v odvolaní. Princíp nediskriminácie, na ktorý v súvislosti s koncepciou kritérií užšieho výberu stanovených v bode IV.1.2 oznámenia o

vyhlásení verejného obstarávania poukazuje žalobca, nemožno hodnotiť v absolútnom ponímaní, keďže v podstate každá podmienka účasti, týkajúca sa či už finančného, alebo ekonomického postavenia, technickej a odbornej spôsobilosti diskriminuje určitý okruh záujemcov, t.j. konkrétne tých, ktorí obstarávateľom stanovenú minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia, alebo technickej spôsobilosti nedosahujú resp. nedosiahli (napr. výšku obratu, minimálny finančný objem stavebných prác realizovaný v predchádzajúcich piatich rokoch a pod.). Analogicky je potrebné posudzovať aj kritéria užšieho výberu, keďže každé kritérium užšieho výberu zvýhodňuje tých záujemcov, ktorí dosahujú v konkrétnom kritériu (napr. finančný objem realizovaných zákaziek) vyššej hodnoty v porovnaní s ostatnými záujemcami, ktorých zároveň konkrétne kritérium užšieho výberu z uvedeného dôvodu znevýhodňuje. Výselektovanie užšieho okruhu záujemcov z tých, ktorí preukázali splnenie podmienok účasti je primárnym účelom inštitútu kritéria užšieho výberu v užšej súťaži. V absolútnom meradle každá podmienka účasti, ako aj každé kritérium užšieho výberu pôsobí voči niektorému subjektu diskriminujúco, čo žalobca odmieta uznať. Najväčším problémom z pohľadu žalobcu bola skutočnosť, že obstarávateľ si zvolil dve selekčné kritéria s rozdielnou váhou (70:30), pričom sa domnieva, že kritérium počtu referencií malo disponovať vyššou váhou ako 30%, a to na úkor kritéria celkovej hodnoty vykonaných stavebných prác.

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 spolu s konaním, ktoré mu predchádzalo v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní žalobcu (§ 212 ods. 1 O.s.p. v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.), vec prejednal bez nariadenia pojednávania (§ 250ja ods. 2 veta prvá O.s.p.), pričom deň vyhlásenia rozhodnutia bol zverejnený minimálne päť dní vopred na úradnej tabuli a na internetovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk (§ 156 ods. 1 a 3 O.s.p. v spojení s § 246c ods. 1 veta prvá a § 211 ods. 2 O.s.p.) a podľa § 250ja ods. 3 druhá veta O.s.p. v spojení s ustanovením § 219 ods. 1, 2 O.s.p. napadnutý rozsudok ako vecne správny potvrdil.

Preskúmaním veci najvyšší súd zistil, že spor medzi účastníkmi konania spočíva vo výklade ustanovenia § 52 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z., ktorý umožňuje verejnému obstarávateľovi obmedziť počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky. Žaloba spornou urobil právnu otázku, či i v procese obmedzenia počtu záujemcov sa uplatňujú základné princípy pri zadávaní zákaziek, a to najmä princíp rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov a princíp transparentnosti (§ 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z.).

Senát najvyššieho súdu potvrdzuje, že zmienené princípy rovnakého zaobchádzania a princíp nediskriminácie sa uplatňujú i v procese obmedzenia počtu záujemcov. Rozhodujúce je však správne určenie medzí a limitov uplatnenia týchto princípov. Ustanovenie § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. kogentne vymedzuje princípy pri zadávaní zákaziek a neustanovuje hierarchiu jednotlivých princípov. Sú rovnocenné a navzájom sa obmedzujú. Vymenované princípy musia byť pri aplikácii ustanovenia § 52 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. vo vzájomnej rovnováhe. Vymenované princípy nachádzajú svoje vyjadrenie v explicitných ustanoveniach zákona.

Podľa § 52 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. v znení účinnom ku dňu vyhlásenia súťaže verejný obstarávateľ môže obmedziť počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky, a to najmenej na 10 a najviac na 20 tak, aby umožnil hospodársku súťaž.

Explicitné oprávnenie verejného obstarávateľa obmedziť počet uchádzačov je prejavom princípov hospodárnosti a efektívnosti. Zákon explicitne ustanovuje, že počet záujemcov možno obmedziť. Princípy rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie v tomto prípade nachádzajú svoje vyjadrenie v druhej časti ustanovenia, kde sa stanovuje minimálny počet uchádzačov, najmenej 10, aby umožnil hospodársku súťaž. Uvedené princípy znamenajú, že v rámci obmedzeného počtu uchádzačov nie je prípustné, aby jednotliví uchádzači mali stanovené rozdielne podmienky. To v danom prípade naplnené nebolo.

Aplikácia princípov vždy vyžaduje použitie správnej úvahy u aplikujúceho správneho orgánu. V prípade

súdneho preskúmania rozhodnutí vydaných na základe povolnej správnej úvahy sa uplatňuje ustanovenie § 245 ods. 2 O.s.p. „Pri rozhodnutí, ktoré správny orgán vydal na základe zákonom povolenej voľnej úvahy (správne uváženie), preskúmava súd iba, či také rozhodnutie nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. Súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho rozhodnutia“. Senát najvyššieho súdu dospel k záveru, že správna úvaha komisie úradu v napadnutom rozhodnutí nevybočila z medzí a hľadísk ustanovených zákonom. V konaní bolo preukázané, že ani jedno z dvoch kritérií pre obmedzenie počtu uchádzačov nebolo a priori diskriminačné. Túto skutočnosť nespochybňoval ani žalobca. Záver senátu je, že stanovenie pomeru medzi kritériami (ktoré samy o sebe netrpia znakmi diskriminácie) nie je spôsobilé pre vznik diskriminácie. Správny je preto záver komisie úradu, že v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a aj s princípmi je aj prípad stanovenia bodového hodnotenia v pomere 30/70, t.j. tak ako ho stanovil kontrolovaný. Komisia úradu správne uviedla, v súlade s princípmi hospodárnosti a efektivity, že aj keby kontrolovaný stanovil rovnomerné bodové hodnotenie kritérií v pomere 50/50, môže nastať situácia, kedy viacerí záujemcovia by mali rovnaký počet bodov a teda kontrolovaný by musel znova pristúpiť k zvýhodneniu jedného z dvoch kritérií a musel by určiť, ktorému kritériu dáva väčšiu váhu a ktoré je teda dôležitejšie.

O trovách konania rozhodol odvolací súd podľa § 250k ods. 1 veta prvá O.s.p. v spojení s § 224 ods. 1 O.s.p. a § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p. tak, že žalobcovi ako neúspešnému účastníkovi nevznikol nárok na náhradu trov odvolacieho konania.

Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho súdu Slovenskej republiky v pomere hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 veta tretia zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom od 01.05.2011).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku nie je prípustný opravný prostriedok.