

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	1Sžf/67/2015
Identifikačné číslo spisu:	1014201280
Dátum vydania rozhodnutia:	17.10.2017
Meno a priezvisko:	JUDr., Ing. Miroslav Gavalec
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2017:1014201280.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací v senáte zloženom z predsedu senátu Ing. JUDr. Miroslava Gavalca PhD. a členov senátu JUDr. Igora Belka a JUDr. Mariána Trenčana, v právnej veci žalobcov: 1/ INGSTEEL spol. s r.o., IČO: 17 320 429, so sídlom Tomášikova č. 17, 820 09 Bratislava, 2/ Metrostav, a.s., IČO: 00 014 915, so sídlom Koželužská č. 2450/4, 180 00 Praha 8, Česká republika, obaja zast.: RASLEGAL, s.r.o., advokátskou spoločnosťou, IČO: 36 855 561, so sídlom Františkánske námestie č. 3, 811 01 Bratislava, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, so sídlom Dunajská č. 68, 820 04 Bratislava, za účasti: Slovenský futbalový zväz, IČO: 00 687 308, so sídlom Trnavská cesta č. 100, 821 01 Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia správneho orgánu vo verejnom obstarávaní, na odvolanie žalobcov proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave z 13. januára 2015 č.k. 5S/161/2014 - 58, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave z 13. januára 2015 č. k. 5S/161/2014-58 m e n í tak, že rozhodnutie Rady Úradu pre verejné obstarávanie č. 5660-9000/2014-KR/23 zo 7. júla 2014 spolu s rozhodnutím Úradu pre verejné obstarávanie č. 2423-6000/2014-ON/48 z 09.05.2014 r u š í a vec v r a c í a žalovanému na ďalšie konanie.

Žalovaný je povinný do 30 dní od doručenia rozsudku zaplatiť žalobcom na účet ich spoločného právneho zástupcu náhradu trov konania z titulu právneho zastúpenia vo výške 893,57 € a z titulu náhrady iných trov konania vo výške 140,-- €.

Odôvodnenie

I.

Konanie na finančnom orgáne

1. Rozhodnutím č. 5660-9000/2014-KR/23 zo 07. júla 2014 (ďalej na účely rozsudku len „napadnuté rozhodnutie“ - č.l. 20) Rada Úradu pre verejné obstarávanie ako druhostupňový orgán žalovaného

konajúci podľa § 109 ods. 3 a 111d ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej tiež na účely rozsudku „zák. č. 25/2006 Z.z.“) potvrdila v zmysle § 142 ods. 7 zák. č. 25/2006 Z.z. odvolaním napadnuté rozhodnutie prvostupňového orgánu žalovaného č. 2423-6000/2014-ON/48 z 09.05.2014 (ďalej na účely rozsudku len „prvostupňové rozhodnutie“, resp. „prvostupňový orgán“) a odvolanie zamietla.

Podľa § 109 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v znení relevantnom pre preskúvanú vec orgánmi úradu sú

- a) predseda úradu,
- b) dvaja podpredsedovia úradu,
- c) rada.

Podľa § 111d ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení rada rozhoduje o odvolaní proti rozhodnutiu podľa § 139 ods. 2 až 4 a o proteste prokurátora v prípadoch, v ktorých podľa osobitného predpisu 18b) rozhoduje vedúci ústredného orgánu štátnej správy.

2. Prvostupňovým rozhodnutím bolo v konaní o námietkach žalobcov 1/ a 2/ podľa § 139 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. nariadené Slovenskému futbalovému zväzu ako verejnému obstarávateľovi (ďalej na účely rozsudku tiež „verejný obstarávateľ“) vo verejnej súťaži na predmet zákazky „Rekonštrukcia, modernizácia a budovanie futbalových štadiónov“ (ďalej na účely rozsudku len „zákazka“) vyhlásenej podľa § 50 ods. 4 písm. b) zák. č. 25/2006 Z.z. v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 16.11.2013 pod značkou 2013/S 223-387597 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 225/2013 zo dňa 16.11.2013 pod značkou 18627 - MSP odstrániť protiprávny stav, a to uskutočniť opravu listu „Oznámenie o vylúčení (...)“ zo dňa 20.02.2014 (ďalej na účely rozsudku len „oznámenie o vylúčení“) zrušením dôvodu vylúčenia žalobcov 1/ a 2/ uvedeného v bode 2. oznámenia o vylúčení, ktorý sa v konaní o námietkach preukázal ako neopodstatnený, t.j. vylúčenie žalobcov 1/a 2/ z dôvodu nesplnenia podmienky účasti podľa § 28 ods. 1 písm. b) zák. č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a pokračovať vo verejnom obstarávaní, a to do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti prvostupňového rozhodnutia.

Podľa § 139 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v znení relevantnom pre prejednávajúcu vec platí, že ak porušenie tohto zákona nemohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, úrad môže rozhodnutím nariadiť odstránenie protiprávneho stavu a pokračovanie vo verejnom obstarávaní.

3. Námietkam žalobcov 1/ a 2/ smerujúcim aj proti ich vylúčeniu ako uchádzača z verejnej súťaže za nesplnenie podmienky účasti podľa § 27 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. týkajúcim sa preukázania finančného a ekonomického postavenia prvostupňový orgán nevyhovel.

Podľa § 33 ods. 7 písm. a) a d) zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení verejný obstarávateľ a obstarávateľ vylúči z verejného obstarávania uchádzača alebo záujemcu, ak

- a) nesplnil podmienky účasti,
- d) poskytol nepravdivé informácie alebo skreslené informácie.

Podľa § 27 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla

- a) vyjadrením banky alebo pobočky zahraničnej banky, ktorým môže byť prísľub banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru,
- b) potvrdením o poistení zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone povolenia alebo potvrdením o poistení zodpovednosti za škodu podnikateľa, ak takéto poistenie vyžaduje osobitný zákon,
- c) súvahou alebo výkazom o majetku a záväzkoch alebo údajmi z nich alebo
- d) prehľadom o celkovom obrate alebo prehľadom o dosiahnutom obrate 8a) v oblasti, ktorej sa predmet zákazky týka, najviac za posledné tri hospodárske roky, za ktoré sú dostupné v závislosti od vzniku alebo začatia prevádzkovania činnosti, pričom požiadavka na výšku obratu 8a) za obdobie jedného hospodárskeho roku nesmie presiahnuť trojnásobok predpokladanej hodnoty zákazky vypočítanej na obdobie 12 mesiacov, ak ide o podlimitnú zákazku alebo nesmie presiahnuť predpokladanú hodnotu zákazky vypočítanú na obdobie 12 mesiacov, ak ide o nadlimitnú zákazku.

4. Z odôvodnenia napadnutého rozhodnutia vyplýva, že verejný obstarávateľ listom zo dňa 20.02.2014 oznámil subjektu INGSTEEL, spol. s r.o., Bratislava & Metrostav, a.s., Praha, Česká republika - združenie (ďalej na účely rozsudku tiež „konzorcium“, resp. všeobecne vzhľadom na úlohu žalobcu 1/ v

uvedenom združení len „žalobca“), zastúpenému žalobcom 1/ ako vedúcim členom združenia jeho vylúčenie z predmetnej verejnej súťaže podľa § 33 ods. 7 písm. a) a písm. d) zák. č. 25/2006 Z.z. z dôvodu nesplnenia podmienok účasti podľa § 27 ods. 1 písm. a) a podmienky účasti podľa § 28 ods. 1 písm. b) tohto zákona.

Následne doručil navrhovateľ námietky smerujúce podľa § 138 ods. 2 písm. e) zák. č. 25/2006 Z.z. proti vylúčeniu žalobcov 1/ a 2/ ako uchádzača verejnému obstarávateľovi, ako aj žalovanému dňa 03.03.2014, o ktorých sa rozhodlo hore uvedeným prvostupňovým rozhodnutím (viď body č. 2 a 3).

Podľa § 138 ods. 2 písm. e) zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení 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) môže pred uzavretím zmluvy, koncesnej zmluvy alebo rámcovej dohody podať námietky proti vylúčeniu uchádzača, zájemcu alebo účastníka.

5. Prvostupňové ako aj napadnuté rozhodnutia vychádzajú z nasledujúceho skutkového stavu. V bode III.2.2 „Ekonomická a finančná spôsobilosť“ podbod 1 oznámenia o vyhlásení predmetného verejného obstarávania (ďalej na účely rozsudku len „oznámenie podmienok účasti“, resp. „podmienky účasti“) sa uvádza [citované]:

„§ 27 ods. 1 písm. a) - vyjadrenie banky alebo pobočky zahraničnej banky o poskytnutí úveru hodnote minimálne 3 mil. € v období realizácie zmluvného vzťahu (48 mesiacov). V prípade zákazky, ktorá je nadlimitnou zákazkou s predpokladanou hodnotou najmenej 10 miliónov eur, na účely preukázania finančného a ekonomického postavenia finančnými zdrojmi tretej osoby je zadávateľ zákazky oprávnený akceptovať len doklad podľa § 27 ods. písm. a).

Doklad: potvrdenie banky (úverová zmluva alebo zmluva o budúcej úverovej zmluve), ktorej predmetom je záväzok banky, že uchádzač v prípade úspešnosti jeho ponuky bude schopný finančne zabezpečiť daný predmet zákazky v hodnote minimálne 3 mil. €. Z dokladu musí vyplývať disponibilita finančných prostriedkov uchádzača po uzatvorení zmluvy. Doklad musí byť potvrdený oprávnenou osobou banky.“

6. Ďalej v bode III.2.2 „Ekonomická a finančná spôsobilosť“ oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania verejný obstarávateľ uviedol minimálnu požadovanú úroveň štandardov [citované]:

„Prísľub banky na financovanie predmetu zákazky v minimálnej výške: 3 mil. €.“

(ďalej na účely rozsudku tiež „sporná podmienka účasti“)

7. Tiež žalovaný zdôraznil, že v časti A1 „pokyny pre spracovanie ponuky“ bod 17.3 „Vyhodnotenie splnenia podmienok účasti“ súťažných podkladov sa okrem iného uvádza [citované]:

„Uchádzač je oprávnený nahradiť doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti čestným vyhlásením podľa § 33 ods. 11 zákona [správne má byť uvedené ustanovenie § 32 ods. 11 - poznámka odvolacieho súdu]. Zadávatel' zákazky uzná len také čestné vyhlásenie, ktoré bude obsahovať všetky informácie (údaje), ktoré sú na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti potrebné. Uchádzač je čestným vyhlásením povinný presne deklarovať doklady, ktorými v prípade úspešnosti preukáže plnenie podmienok účasti tak v lehote na predkladanie ponúk ako aj v lehote pred podpisom zmluvy. Vzor čestného prehlásenia sa nachádza v prílohe č. 4 týchto súťažných podkladov.“

Podľa § 32 ods. 11 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení splnenie podmienky účasti možno preukázať čestným vyhlásením uchádzača alebo zájemcu, pričom doklady, preukazujúce splnenie podmienok účasti predkladá verejnému obstarávateľovi a obstarávateľovi úspešný uchádzač podľa § 44 ods. 1 v čase a spôsobom, určeným verejným obstarávateľom a obstarávateľom.

8. V prílohe č. 4 „Čestné vyhlásenie“ súťažných podkladov verejný obstarávateľ k predmetnej podmienke účasti podľa § 27 ods. 1 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z. v bode 2.1 uviedol, [citované z napadnutého rozhodnutia]:

„Uviest' názov banky, ktorá vystaví požadovaný doklad (úverová zmluva alebo zmluva o budúcej úverovej zmluve), v hodnote minimálne 3 mil. €.“

9. Vylúčenie v zmysle nesplnenia požiadavky zabezpečiť zákazku v hodnote minimálne 3.000.000 € prvostupňový orgán odobril tým, že nakoľko konzorcium zmätočne na jednej strane v čestnom vyhlásení doloženom k ponuke (príloha e-mailového vysvetlenia verejného obstarávateľa z 10.12.2013,

resp. z 18.12.2013) tvrdilo, že Tatra banka, a.s., Bratislava (ďalej na účely rozsudku len „dotknutá banka“) mu poskytne požadovaný doklad, avšak na strane druhej čestne vyhlásilo, že poskytne čestné vyhlásenie o disponibilite finančných prostriedkov, tak potom verejný obstarávateľ súladne postupoval v súlade s § 33 ods. 6 zák. č. 25/2006 Z.z., ak požiadal konzorcium o vysvetlenie.

Podľa § 33 ods. 6 veta prvá zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení verejný obstarávateľ a obstarávateľ písomne požiada uchádzača alebo záujemcu o vysvetlenie alebo doplnenie predložených dokladov vždy, keď z predložených dokladov nemožno posúdiť ich platnosť alebo splnenie podmienky účasti.

10. Hoci žalobca na základe žiadostí o vysvetlenie (22.01.2014 a následne zo 07.02.2014 - vid' body č. 41 až 45 napadnutého rozhodnutia) predložil viacero bankových informácií a čestných vyhlásení v zmysle § 32 ods. 11 zák. č. 25/2006 Z.z. (najmä z 08.01.2014 pre časť II. Podmienky účasti podľa § 27 Ekonomického a finančného postavenie, z toho bod 2.1 - vyjadrenie banky, bod 2.2 - ročný obrat a pre bod 2.3 - výkaz ziskov a strát), že bude v čase realizácie zákazky disponovať požadovanou finančnou sumou, tak túto skutočnosť podľa žalovaného nijakým spôsobom nepreukázal, resp. nezdokladoval, pričom napríklad ku svojej ponuke z 08.01.2014 doložil bankovú informáciu od dotknutej banky, ktorá bola skôr informatívneho charakteru a z ktorej vyplývala jedine skutočnosť, že žalobca má poskytnutý kontokorentný úver vo výške 5.158.000 €.

11. V súvislosti s uvedeným a s meritom preskúmvanej veci žalovaný z odpovedí žalobcu na žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie najmä citoval nasledujúci text (vid' bod č. 44 napadnutého rozhodnutia):

„uviedol, že z jeho viac ako dvadsať ročného pôsobenia na trhu nemá informáciu ani skúsenosť s tým, aby banky, bez ohľadu na to, či ide o verejné obstarávanie alebo iné obchodné súťaže, uzatvárali úverovú zmluvu alebo zmluvu o budúcej úverovej zmluve s uchádzačmi pred tým, ako sa stal víťazným uchádzačom konkrétnej súťaže. Ďalej navrhovateľ uviedol, že z jeho skúseností a dlhoročnej komunikácie s bankami vyplýva, že banky pre poskytnutie takejto „záruky za disponibilitu finančných prostriedkov“ potrebujú všetky konkrétne informácie o predmetnom zmluvnom vzťahu, počnúc presnými údajmi o cene, konkrétnych termínoch plnenia, platobných podmienkach a ďalších informácií na celkové vyhodnotenie podmienok pre poskytnutie úveru a posúdenie prípadného rizika, do ktorého by sa banka mohla dostať“.

12. Ďalej žalovaný zdôraznil, že nakoľko

- verejný obstarávateľ v podmienkach účasti požadoval predložiť vyjadrenie banky (úverová zmluva alebo zmluva o budúcej úverovej zmluve) o poskytnutí úveru v minimálnej hodnote 3 mil. € v období realizácie zmluvného vzťahu (48 mesiacov) a s disponibilitou finančných prostriedkov konzorcia po uzatvorení zmluvy, a

- tiež uviedol, že možno akceptovať aj predloženie iného dokladu podľa § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z., tak verejný obstarávateľ nie je oprávnený akceptovať akýkoľvek iný predložený doklad a konzorcium takto konajúce je zaťažené povinnosťou preukázať, že nastala objektívna nemožnosť preukázať finančné a ekonomické postavenie dokladom určeným v podmienkach účasti.

13. Iba ten doklad, ktorý po obsahovej stránke spĺňa všetky relevantné požadované skutočnosti, je možné podľa názoru žalovaného za taký doklad uznať.

V tejto súvislosti žalovaný zdôraznil, že hoci ustanovenie § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. pojednáva o možnosti verejného obstarávateľa, resp. obstarávateľa uznať aj iný doklad na účely preukázania splnenia finančného a ekonomického postavenia, ako je určený doklad, neznamena to, že verejný obstarávateľ je oprávnený akceptovať akýkoľvek iný predložený doklad (vid' bod č. 58 napadnutého rozhodnutia).

14. Žalovaný početné písomné vyjadrenia a podklady zaslané konzorciom, a spomedzi nich najmä jeho čestné vyhlásenie, že

- dotknutá banka neposkytuje prehlásenia, resp. záväzné prísľuby vopred na poskytnutie úverov v akejkoľvek výške v nejakom časovom trvaní, ale len potvrdenia, ktoré deklarujú súčasný stav žalobcu ako klienta tejto banky, ako aj

- skutočnosť, že žalobca 1/ bude počas celého obdobia realizácie zmluvného vzťahu disponovať s

požadovanými finančnými prostriedkami, čo sa dokladuje potvrdením dotknutej banky o dlhodobu poskytnutú kontokorentnú úveru pre žalobcu 1/ a čestným prehlásením o disponibilite finančných prostriedkov, hodnotil (viď bod č. 62 napadnutého rozhodnutia) na základe toho, že verejný obstarávateľ v spornej podmienke účasti požadoval predloženým dokladom preukázať záväzok banky o poskytnutí úveru na účely realizácie predmetnej zákazky smerujúci do budúcnosti.

15. Z písomných vyjadrení žalobcu vo vzťahu k obsahovým náležitostiam dokladu, ktorý verejný obstarávateľ požadoval predložiť na účely preukázania splnenia spornej podmienky účasti, vyplýva len to, že žalobcovi 1/ bol v tom čase dotknutou bankou poskytnutý kontokorentný úver vo výške 5.158.000 € a že táto spoločnosť si plní všetky záväzky vyplývajúce z úverovej zmluvy riadne a včas. Žalovaný v písomných podkladoch predložených konzorciom však neobjavil záväzok banky (viď závery v bodoch č. 67 a 69 napadnutého rozhodnutia), že konzorcium bude disponovať finančnými prostriedkami v požadovanej výške na účely zabezpečenia daného predmetu zákazky po uzatvorení zmluvy a v období realizácie zmluvného vzťahu, t.j. 48 mesiacov.

16. Naopak, žalovaný (viď závery v bodoch č. 72 a 73 napadnutého rozhodnutia) s poukazom na bankové zistenia verejného obstarávateľa ako aj na to, že konkurujúci uchádzač mal vyhovieť spornej požiadavke účasti, odmietol tvrdenia žalobcu o existencii objektívnych dôvodov nemožnosti získania požadovaného dokladu.

II.

Konanie na prvostupňovom súde

A)

17. Proti tomuto rozhodnutiu podali žalobcovia 1/ a 2/ prostredníctvom právneho zástupcu na Krajský súd v Bratislave žalobu zo 30.07.2014.

18. Krajský súd v Bratislave uznesením zo dňa 18.11.2014 č.k. 5S/161/2014-52 pribral do konania pri aplikácii ustanovenia § 250 ods. 1 O.s.p. subjekt označený ako Slovenský futbalový zväz, s adresou Trnavská cesta č. 100, 821 01 Bratislava z titulu jeho účasti v predchádzajúcom správnom konaní (verejný obstarávateľ).

Súčasne verejného obstarávateľa krajský súd vyzval prípisom zo dňa 26.11.2014, aby sa písomne vyjadril k obsahu žaloby a k vyjadreniu žalovaného, ak to považuje za potrebné.

B)

19. Následne Krajský súd v Bratislave ako prvostupňový súd preskúmal napadnuté rozhodnutie v rozsahu dôvodov uvedených v žalobe (§ 249 O.s.p.) ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo a dospel k záveru, že žaloba nie je dôvodná a preto postupom podľa § 250j ods. 1 O.s.p. žalobu zamietol.

20. S poukazom na relevantné ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku ako aj zák. č. 25/2006 Z.z., a po podrobnej rekapitulácii skutkového stavu zachyteného v spise správcu dane (najmä doklad, ktorým dotknutá banka dňa 09.04.2014 vydala žalobcovi „Záväzný úverový príslub“), žalobných dôvodov a argumentácie žalovaného krajský súd vyslovil právny názor, že žalobca nesplnil podmienky uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania podľa § 27 ods. 1 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z. a preto ani nemohol preukazovať splnenie podmienky podľa § 27 ods. 3 citovaného zákona.

21. V uvedenej súvislosti krajský súd najmä zdôraznil (citované zo str. 17 rozsudku krajského súdu), že: „kontokorentný úver predstavuje spôsob krátkodobého financovania formou stanovenia úverového limitu na bežnom účte klienta, ktorý takto nadobúda kreditnodebetný charakter. Tento úver nemá stanovený plán čerpania ani splácania. Čerpanie sa uskutočňuje na základe platobných príkazov klienta a splácanie sa realizuje priebežne z príjmov prichádzajúcich na bežný účet klienta. Skutočnosť, že žalobca predložil kontokorentný úver v žiadnom prípade nepreukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti. Taktiež nie je splnená podmienka účasti čestným vyhlásením uchádzača bez toho, aby bola preukázaná

objektívna nemožnosť získania záväzného úverového príslubu, preto nepreukázal podmienky účasti podľa § 27 ods. 3 zákona.“

22. Nakoľko bol krajskému súdu predložený žalovaným doklad, ktorým dotknutá banka dňa 09.04.2014 vydala žalobcovi „Záväzný úverový príslub“ na financovanie akcie: „Rekonštrukcia, modernizácia a dostavba areálu Slovenskej národnej galérie v Bratislave“, zadávateľom ktorej je Ministerstvo kultúry Slovenskej republiky vo výške 5.500.000,- €, tak dospel k záveru, že žalobca nesplnil spornú podmienku účasti.

III.

Odvolanie žalobcov 1/ a 2/ - stanoviská

A)

23. Vo včas podanom odvolaní z 30.03.2015 (č.l. 67) proti rozsudku krajského súdu žalobcovia prostredníctvom svojho právneho zástupcu uviedli v zmysle § 205 O.s.p. ako odvolacie dôvody:

- prvostupňový súd dospel k nesprávnym skutkovým zisteniam [Najvyšší súd sa domnieva, že ide o odvolací dôvod v zmysle § 205 ods. 2 písm. d) O.s.p.] a
- rozhodnutie súdu prvého stupňa vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci [aj tu sa Najvyšší súd sa domnieva, že ide o odvolací dôvod v zmysle § 205 ods. 2 písm. f) O.s.p.].

24. Následne odvolací súd sumarizuje odvolacie dôvody žalobcu:

- odôvodnenie rozsudku krajského súdu vykazuje výrazné znaky arbitrárnosti a svojvôle, o v podstate úplne absentuje,
- o samotné odôvodnenie začína v polovici 16. strany rozsudku krajského súdu, ktorý má aj s poučením celkom 17 strán,
- o nález Ústavného súdu Slovenskej republiky publikovaný v Zbierke nálezov a uznesení Ústavného súdu Slovenskej republiky pod č. 58/2010,
- o rozsudky Európskeho súdu pre ľudské práva, najmä vo veci Georiadis v. Grécko (rozhodnutie ESĽP z 29.05.1997),
- nesúhlasí so záverom krajského súdu, že kontokorentný úver nepreukazuje splnenie podmienky účasti, o tento úver nie je účelovo viazaný,
- o predstavuje už existujúci vzťah medzi bankou a klientom a nie iba potenciálny príslub ako by to bolo v prípade záväzného úverového príslubu,
- o pre verejného obstarávateľa predstavuje oveľa menšie riziko a vyššiu mieru zabezpečenia splnenia,
- konzorcium riadne zdôvodnilo nemožnosť získania požadovaného dokladu
- o nahradené potvrdením banky o poskytnutom kontokorentnom úvere a čestným prehlásením o disponovaní s požadovanou sumou,
- o opakovane a nezávisle od seba verejnému obstarávateľovi potvrdili dve bankové inštitúcie,
- nepoužiteľnosť záväzného úverového príslubu z inej zákazky
- o ide o nezáväzný úverový príslub podmienený splnením podmienok,
- o v danom období došlo k výrazným zmenám v praxi niektorých bankových inštitúcií pri vydávaní úverových príslubov,
- neodôvodnenie, prečo konzorcium nemohlo využiť inštitút v ustanovení § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z.

25. Záverom žalobcovia 1/ a 2/, t.j. konzorcium navrhlo, aby bol rozsudok krajského súdu zmenený tak, že Najvyšší súd zruší napadnuté rozhodnutie v zmysle § 250j ods. 2 písm. a/, b/ a d/ O.s.p.) a vráti žalovanému vec na ďalšie konanie spolu s priznaním náhrady trov konania vo vyčíslenej výške 518,76 €. V uvedenej súvislosti si Najvyšší súd dovoľuje upozorniť, že žalobcovia komunitárny rozmer preskúmvanej veci nezdôraznili.

B)

26. Z vyjadrenia verejného obstarávateľa ako zúčastnenej osoby (č.l. 78) zo 16.06.2015 vyplýva, že sa vyjadril ku všetkým odvolacím námietkam žalobcov s výnimkou tvrdenej arbitrárnosti rozsudku krajského súdu.

Zo znenia § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. je zrejmé, že zákon striktné neukladá verejnému obstarávateľovi akceptovať iný doklad, pripúšťa to iba ako možnosť, pričom žiadny zo záujemcov nepodal žiadosť o nápravu ani námietku ani voči jednému z poskytnutých vysvetlení (podľa verejného obstarávateľa bolo celkom 8 vysvetlení poskytnutých verejným obstarávateľom).

Podľa § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení platí, že ak uchádzač alebo záujemca nedokáže z objektívnych dôvodov preukázať finančné a ekonomické postavenie určeným dokladom, verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže uznať aj iný doklad, ktorým sa preukazuje finančné a ekonomické postavenie.

27. Čestné vyhlásenie konzorcia neobsahovalo žiadne relevantne informácie potrebné pre nediskriminačné a rovnoprávne vyhodnotenie splnenia podmienok účasti. Konzorcium ani na základe žiadosti o vysvetlenie ponuky nepreukázalo, aké objektívne dôvody mu bránia predložiť doklad, z ktorého bude vyplývať záväzok banky na financovanie predmetu zákazky.

Ďalej verejný obstarávateľ zotrval na svojom názore, prečo nie je možné zmluvu o kontokorentnom úvere považovať za požadovaný doklad.

28. Navyše verejný obstarávateľ vo vyjadrení zdôraznil svoje zistenie, že banky (vrátane dotknutej banky) poskytujú záväzné bankové prísluby, čím sa jednoznačne preukázalo, že neexistujú objektívne príčiny, pre ktoré by konzorcium nemohlo disponovať požadovaným dokladom.

Toto zistenie podľa verejného obstarávateľa bolo podložené napríklad ponukou víťazného uchádzača SEDASPORT, ktorá obsahovala zmluvu o poskytnutí úveru. Obdobne verejný obstarávateľ poukázal aj na záväzný úverový príslub vydaný dotknutou bankou, a.s., na financovanie akcie: „Rekonštrukcia, modernizácia a dostavba areálu Slovenskej národnej galérie v Bratislave“.

29. Nakoľko verejný obstarávateľ pokračoval vo verejnom obstarávaní a uzavrel Rámcovú dohodu, na základe ktorej boli následne uzatvorené 4 zmluvy o dielo na výstavbu štadiónov v Poprade, v Bardejove, vo Zvolene a v Podbrezovej, tak považuje súčasný právny stav za nezvratný proces, ktorý nie je možné zmeniť ani v prípade rozhodnutia o opätovnom preskúmaní napadnutého rozhodnutia.

Podľa verejného obstarávateľa by mal byť primerane posudzovaný všeobecný ako aj ekonomický záujem na pokračovaní zmluvného vzťahu, deklarovaný v zmluve uzatvorenej medzi Ministerstvom školstva, vedy, výskumu a športu a Slovenským futbalovým zväzom zo dňa 22.5.2013.

30. Procesné riešenie rozhodovania o preskúmvanej veci verejný obstarávateľ nenavrhol a ani k otázke znášania trov konania sa nevyjadril.

C)

31. Z vyjadrenia žalovaného (č.l. 83) z 18.06.2015 vyplýva, že žalovaný sa na základe nasledovných skutočností nestotožňuje s argumentáciou žalobcov 1/a 2/.

Predovšetkým s poukazom na doslovný text oznámenia o vyhlásení predmetného verejného obstarávania (viď bod III.2.2 oznámenia) vyslovil žalovaný názor, že splnenie predmetnej podmienky účasti bolo možné splniť len predložením zmluvy o úvere, resp. zmluvy o budúcej úverovej zmluve obsahujúcej tam uvedené podmienky. Toto však kontokorentný úver predstavujúci podľa žalovaného spôsob krátkodobého financovania nezaručoval.

32. V súvislosti s predmetnou argumentáciou žalobcu dal žalovaný do pozornosti stanoviská bánk (Slovenská sporiteľňa, a.s. a dotknutá banka, a.s.), z ktorých vyplýva ich členenie na záväzne a nezáväzné úverové prísluby.

Po schválení úverového obchodu poskytujú záujemcom v procese verejného obstarávania záväzný úverový príslub preukazujúci skutočnosť, že záujemca splnil všetky požiadavky banky na to, aby bola uzavretá úverová zmluva a bol poskytnutý úver s tým, že podmienky financovania budú uvedené v úverovej zmluve.

33. Tiež sa žalovaný vyjadril k argumentácii konzorcia

- spochybňujúcej „Závazný úverový príslub“ zo dňa 09.04.2014 vydaný dotknutou bankou, a.s. na financovanie akcie: „Rekonštrukcia, modernizácia a dostavba areálu Slovenskej národnej galérie v Bratislave“;

- o nepreukázaní objektívnej nemožnosti získania predmetného potvrdenia banky,

o avšak toto je možné akceptovať len vtedy, ak objektívnu nemožnosť preukáže žalobca,

o nie je možné uznať preukázanie tejto podmienky čestným vyhlásením,

V prílohe k vyjadreniu žalovaný doložil Závazný úverový príslub č. 09/001/11/up - Dexia banka Slovenska.

34. Žalovaný rovnako odkázal na rozhodnutie Krajského súdu v Bratislave vydaného v konaní pod sp.zn. 2S 366/10, v zmysle ktorého ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní je potrebné v sporných situáciách vykladať vždy tak, aby boli rešpektované základné princípy a zásady vyplývajúce práve z jednotlivých smerníc EÚ. V uvedenej súvislosti sa žalovaný vyjadril k zásade nediskriminácie a transparentnosti procesu zadávania verejných zákaziek.

Ďalej žalovaný veľmi podrobne analyzoval odôvodnenie rozsudku krajského súdu ktorý uviedol, že žalobca nesplnil podmienky uvedené v oznámení o vyhlásení podľa § 27 ods. 1 písm. a), a preto nemohol preukazovať ani splnenie obstarávania podľa § 27 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z.

35. Záverom žalovaný požiadal, aby odvolací súd podľa § 219 ods. 1 O.s.p. potvrdil rozsudok krajského súdu ako vecne správny.

IV.

Prejudiciálne konanie a jeho procesné dôsledky

A)

36. Za tejto situácie Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „Najvyšší súd“) po neverejnej porade dospel k záveru, že pre ďalšie konanie vo veci samej je nutné za účelom výkladu dotknutých ustanovení práva Európskej únie (najmä Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 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 na účely rozsudku len „smernica č. 2004/18“) predložiť prostredníctvom prerušujúceho uznesenia zo dňa 28. januára 2016 č.k. 1Sžf/67/2015-16 Súdnemu dvoru nižšie uvedené prejudiciálne otázky:

1. Je možné taký postup vnútroštátneho orgánu, kedy ekonomickú a finančnú situáciu uchádzača vo verejnom obstarávaní na zákazku s predpokladanou hodnotou 3 milióny € na základe ním predloženého čestného prehlásenia a bankovej informácie, že účastník môže čerpať z osobitného bankového úveru bez účelovej viazanosti až do limitného rámca presahujúceho hodnotu zákazky, vyhodnotil ako nepreukázanie súťažnej podmienky o ekonomickej a finančnej situácii uchádzača, vykladať ako súladný s cieľom článku 47, najmä jeho odseku 1 písm. a) a odseku 4 Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 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?

2. Je možné situáciu na trhu s bankovými službami členského štátu, kedy banka vo svojom záväznom úverovom príslube podmieňuje poskytnutie finančných prostriedkov splnením podmienok poskytnutia úveru uvedených v úverovej zmluve, ktoré v čase konania verejného obstarávania nie sú bližšie špecifikované, označiť v zmysle článku 47 ods. 5 citovanej smernice č. 2004/18/ES za opodstatnené dôvody, ktoré neumožňujú uchádzačovi poskytnúť dokumenty požadované verejným obstarávateľom, t.j. že za tejto situácie môže preukázať svoju ekonomickú a finančnú situáciu čestným prehlásením o existencii svojho postačujúceho úverového vzťahu s bankou ?

3. Je možné situáciu pri súdnom prieskume rozhodnutia vnútroštátneho orgánu verejného obstarávania o vylúčení neúspešného uchádzača, kedy už jednotlivé zákazky boli úspešným uchádzačom takmer zrealizované, vyhodnotiť ako objektívnu prekážku, ktorá neumožňuje vnútroštátnemu súdu naplniť obsah ustanovenia čl. 47 ods. 1 a 2 Charty základných práv Európskej únie v spojení s čl. 1 ods. 1 a čl. 2 ods.

3, 6, 7 a 8 Smernice Rady (89/665/EHS) z 21. decembra 1989 o koordinácii zákonov, iných právnych predpisov a správnych opatrení týkajúcich sa uplatňovania postupov preskúmania v rámci verejného obstarávania tovarov a prác ?

37. Súčasne uvedeným uznesením odložil vykonateľnosť tak prvostupňového ako aj napadnutého rozhodnutia až do ukončenia konania na Súdnom dvore o položenej prejudiciálnej otázke.

B)

38. Súdny dvor prejudiciálnu otázku akceptoval a svoju odpoveď prostredníctvom rozsudku sp.zn. C-76/16 z 13.07.2017 zaslal konajúcemu senátu Najvyššieho súdu v nasledujúcom znení:

„1. Článok 47 ods. 1 písm. a) a článok 47 ods. 4 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 na účely rozsudku tiež „smernica č. 2004/18“] sa má vykladať v tom zmysle, že nebráni tomu, aby verejný obstarávateľ vylúčil uchádzača z verejného obstarávania z dôvodu, že tento uchádzač nespĺňa podmienku týkajúcu sa ekonomickej a finančnej situácie stanovenú v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania spočívajúcu v predložení potvrdenia banky, ktorého predmetom je prísľub banky poskytnúť úver v hodnote stanovenej v tomto oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a zabezpečiť tomuto uchádzačovi disponibilitu tejto sumy počas celého obdobia realizácie zmluvy.

2. Článok 47 ods. 5 smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že v prípade, ak oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania vyžaduje predloženie potvrdenia banky, ktorého predmetom je prísľub banky poskytnúť úver v hodnote stanovenej v tomto oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a zabezpečiť tomuto uchádzačovi disponibilitu tejto sumy počas celého obdobia realizácie zmluvy, okolnosť, že banky, ktoré oslovil uchádzač, nie sú schopné dodať uchádzačovi potvrdenie v takomto presnom znení, môže predstavovať „opodstatnené dôvody“ v zmysle tohto článku oprávňujúce, v prípade potreby, uvedenému uchádzačovi preukázať svoju ekonomickú a finančnú situáciu akýmkoľvek iným dokumentom, ktorý verejný obstarávateľ považuje za vhodný, ak tento uchádzač objektívne nemohol poskytnúť dokumenty požadované verejným obstarávateľom, čo prináleží overiť vnútroštátnemu súdu.“

C)

39. Najvyšší súd dlhodobo oceňuje mimoriadne vysokú úroveň spolupráce so Súdny dvorom v konaní podľa čl. 267 Zmluvy o fungovaní Európskej únie ako aj snahu Súdneho dvora napomôcť v tomto konaní vnútroštátnym slovenským súdom po skutkovej stránke zabezpečiť potrebné množstvo podkladov pre euro-konformné rozhodnutie.

Preto, nakoľko Súdny dvor adresoval Najvyššiemu súdu ako vnútroštátnemu súdu nasledujúce pokyny (viď najmä nižšie uvedené marginálne body z rozsudku Súdneho dvora), aby skutkovo overil okolnosti, či

- suma požadovaná v oznámení o vyhlásení je primeraná predmetu zákazky (marginálny bod č. 36 v rozsudku Súdneho dvora),

- zmluva o poskytnutom kontokorentnom úvere spĺňa podmienku, podľa ktorej žalobca musí disponovať prostriedkami počas celého obdobia realizácie zákazky (marginálny bod č. 40),

- žalobca objektívne nemohol poskytnúť dokumenty požadované verejným obstarávateľom, nakoľko banka (banky), ktoré oslovil žalobca ako uchádzač, nebola mu schopná dodať potvrdenie v požadovanom znení (marginálny bod č. 45),

o podmienene, či sa verejný obstarávateľ dôvodne domnieval, že čestné prehlásenie poskytnuté konzorciom nepredstavuje dokument vhodný na preukázanie jeho ekonomickej a finančnej situácie (marginálny bod č. 46),

- rozsah informácií a minimálne požadované úrovne spôsobilosti súvisia s predmetom zákazky a sú tomuto predmetu primerané a či sa kritériá výberu uplatnia nediskriminačným spôsobom (tiež marginálny bod č. 46), ako aj

- konzorcium ako vylúčený uchádzač objektívne nemohol poskytnúť dokumenty požadované verejným obstarávateľom, a ak áno, či sa verejný obstarávateľ dôvodne domnieval, že čestné prehlásenie poskytnuté konzorciom nepredstavuje dokument vhodný na preukázanie jeho ekonomickej a finančnej

situácie,
tak konajúci súd zabezpečil od účastníkov ich vyjadrenia k takto načrtnutým otázkam.

40. Najmä dotknutej banke, ako subjektu oslovenému konzorciom, Najvyšší súd adresoval otázky týkajúce sa vymedzenia pojmov záväzný úverový príslub, resp. zmluva o kontokorentnom úvere. Súčasne Najvyšší súd k položeným otázkam citoval nasledujúci text z listiny zo 07.02.2014 označenej ako banková informácia:

„Je našim klientom od roku 1999. Týmto prehlasujeme, že pre účely splnenia podmienok verejného obstarávania, prípadne obchodných súťaží, poskytujeme našim klientom potvrdenia o ich finančnej situácii, ktoré deklarujú riadne a včasné plnenie si všetkých záväzkov vo vzťahu k našej spoločnosti. Zároveň prehlasujeme, že v štádiu, kedy nie je známe, či bude náš klient záväzne uzatvárať konkrétny zmluvný vzťah, na ktorý by mohol potrebovať úverové krytie, neposkytujeme záväzné prísluby ani neuzatvárame s našimi klientmi úverové zmluvy alebo zmluvy o budúcej úverovej zmluve, nakoľko v tomto čase nie sú známe všetky špecifiká dotknutého zmluvného vzťahu ani konkrétne okolnosti poskytovania úveru. Táto banková informácia sa vydáva na žiadosť klienta a nezakladá Tatra banke, a. s. Bratislava žiadne záväzky.“

41. Verejný obstarávateľ ako zúčastnená osoba na výzvu Najvyššieho súdu podaním z 25.08.2017 uviedol, že trvá na svojich dôvodov vylúčenia žalobcu z verejného obstarávania. Naopak víťazný uchádzač určenú podmienku verejného obstarávania splnil predložením záručnej listiny vystavenej jeho bankou.

Zúčastnená osoba ďalej uviedla, že nemala

„dôvod akceptovať zmluvu o kontokorentnom úvere ani čestné prehlásenie poskytnuté uchádzačom ako dokument vhodný na preukázanie jeho ekonomickej a finančnej situácie, keďže tieto dokumenty sú vo väzbe na finančnú štruktúru projektu, ktorý sa realizuje z prostriedkov štátneho rozpočtu, nepostačujúce.

Týmto zdôrazňujeme, že opodstatnenosť stanovenia podmienky účasti na verejnom obstarávaní vyplývala zo skutočnosti, že celý projekt je väčšinou financovaný z prostriedkov štátneho rozpočtu, na nakladanie s ktorými sa okrem iného vzťahuje aj zákon č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o rozpočtových pravidlách“). Citovaný zákon okrem prísnych zásad čerpania a používania verejných prostriedkov ako účelovosť, hospodárnosť, efektívnosť a účinnosť používania verejných prostriedkov determinuje aj časové hľadisko možnosti ich použitia. Porušenie pravidiel a podmienok pri používaní finančných prostriedkov poskytnutých zo štátneho rozpočtu je následne spojené s uložením závažných sankcií za porušenie finančnej disciplíny pri naplnení skutkových podstatí porušenia finančnej disciplíny v rámci sankčného mechanizmu podľa § 31 zákona o rozpočtových pravidlách.

....

Slovenský futbalový zväz mal ako subjekt zodpovedný za realizáciu projektu povinnosť čo najviac eliminovať riziko insolventnosti dodávateľa v priebehu realizácie projektu, ktorá by ohrozila možnosť plynulého financovania projektu z prostriedkov štátneho rozpočtu.“

42. Ďalej sa verejný obstarávateľ vyjadril k výsledkom svojho hospodárenia a majetkovej stability za účtovné roky 2013 až 2015, ktoré boli overené nezávislým audítorom v rámci správy audítora bez uvedenia výhrad.

43. Žalobcovia 1/ a 2/ prostredníctvom svojho právneho zástupcu vo vyjadrení z 28.08.2017 zaujali postoj k

- problematike kontokorentného úveru

- o pričom v prílohe doložil tak úverovú zmluvu z 18.03.2005 vrátane jej dodatku č. 11, a

- o zmluvu o kontokorentnom úvere z 19.10.2004,

- ďalej k žiadostiam o vysvetlenie a márnej snahe žalobcu ako uchádzača o získanie podrobnejších informácií o požadovaných dokladoch a

- k záväznosti úverového príslubu.

44. Tiež žalobcovia predložili v prílohe množstvo listinných dôkazných prostriedkov ako aj rozhodnutie žalovaného č. záznamu 71580/2016, č. spisu 7645-9000/2016-KR/9 z 02.06.2016 (ďalej len „nové rozhodnutie z roku 2016“), ktorým bolo nariadené prvostupňovému orgánu zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vyhodnotení častí ponúk označených ako „Ostatné“, ďalej zrušiť rozhodnutie kontrolovaného o vylúčení navrhovateľa č. 1 z predmetného verejného obstarávania a pokračovať vo verejnom obstarávaní zaradením tohto vylúčeného uchádzača do procesu verejného obstarávania a znovu vyhodnotiť časti ponúk označené ako „Ostatné“, do 30 dní od doručenia tohto rozhodnutia.

45. Podstatou uvedeného vylúčenia uchádzača bolo to, že uchádzač tým, že predložil kontrolovanému dokument označený ako „Potvrdenie o disponibilnom zostatku vo výške viac ako 7 mil. € na svojom účte“, tak nesplnil podmienky účasti týkajúcej sa finančného a ekonomického postavenia. Žalovaný konštatoval, že zák. č. 25/2006 Z.z. nestanovuje bližšie, aký doklad je v zmysle § 33 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z.z. potrebné považovať za rovnocenný.

V tejto súvislosti však poukázal na to, že pojem rovnocennosť v predmetnom prípade podľa jeho názoru nie je možné vykladať ako synonymum pojmu rovnaký, resp. obsahovo rovnaký, ale s prihliadnutím na účel, ktorý sa má touto podmienkou dosiahnuť, t.j. priniesť v prostredí čestnej hospodárskej súťaže za jasných a nediskriminačných podmienok objektívne najlepšiu ponuku. Na tomto základe sa v uvedenom konaní žalovaný stotožnil s názorom navrhovateľa č. 1, že disponibilný zostatok na jeho bankovom účte v uvedenej sume aj vo vzťahu k výške predpokladanej hodnoty zákazky dáva dostatočnú garanciu o finančnej a ekonomickej stabilite navrhovateľa č. 1 pre účely bezproblémového čiastočného financovania realizácie .

46. Dotknutá banka v podaní zo dňa 04.09.2017 (značka 44/OPPUO/2017) najmä zdôraznila, že pojem „záväzný prísľub“, resp. „záväzný úverový prísľub“ nie je pojem zadaný všeobecne záväznými právnymi predpismi, a preto jeho význam môže byť vykladaný viacerými spôsobmi. Ďalej uviedla, že „pri výkone svojej činnosti postupuje v súlade so všeobecne záväznými právnymi predpismi a štandardne nevydáva potvrdenia, ktoré by zaväzovali [dotknutú] banku, a.s. poskytnúť úver bez toho, aby boli splnené stanovené, resp. dohodnuté podmienky. Z tohto pohľadu teda nie je možné vo všeobecnosti chápať záväzné ponuky [dotknutej] banky, a.s. ako ponuky bezpodmienečné a práve z tohto dôvodu záväzok poskytnúť úver v zmysle takýchto ponúk je podmienený splnením určitých podmienok. Preto informácia o neposkytovaní záväzných prísľubov v bankovej informácii zo dňa 07.02.2014 bola poskytnutá v uvedenom kontexte, tzn. Že [dotknutá] banka, a.s. štandardne neposkytuje prísľuby, ktoré by obsahovali záväzok [dotknutej] banky, a.s. poskytnúť úver bez toho, aby pred tým museli byť splnené nejaké podmienky (napr. schválenie príslušnými orgánmi, splnenie podmienok poskytnutia úveru uvedených v úverovej zmluve a iné). V dokumente zo dňa 09.04.2014 [dotknutá] banka, a.s. skonštatovala, že je pripravená poskytnúť klientovi úverové zdroje vo výške 5.500.000,- EUR v prípade, ak budú splnené určité podmienky (napr. splnenie podmienok bežných pre poskytovanie úverov, uzavretie úverovej zmluvy, splnenie podmienok uvedených v záväznej úverovej ponuke a úverovej zmluve), čo je v súlade so stanoviskom [dotknutej] banky, a.s. uvedeným v bankovej informácii zo dňa 07.02.2014, teda že štandardne [dotknutá] banka, a.s. vystavuje taký prísľub financovania, ktorý je podmienený splnením nejakých podmienok a nie bezpodmienečne záväzný prísľub (t.j. obsahujúci záväzok poskytnúť úver bez splnenia určitých podmienok).“

47. Ďalej dotknutá banka vo zvyšných odpovediach naznačila, že Najvyšší súd od nej požaduje presné odpovede na nepresne položené otázky.

V súvislosti s uvedeným sa musí Najvyšší súd stotožniť s argumentáciou žalobcu uvedenou napríklad v jeho liste z 10.02.2014 (Vysvetlenie uchádzača), že hoci sa prísne riadil termínmi a slovnými spojeniami uvedenými v oznámení o vyhlásení, tak dotknutá banka mu nič iné okrem nejasných a všeobecných odpovedí založených na zodpovednosti žiadateľa (v tomto prípade Najvyššieho súdu) o bankovú informáciu si urobiť vlastný výklad termínov uvedených v oznámení o vyhlásení, tak sa nič bližšie nedozvedel.

48. Žalovaný vo svojom vyjadrení zo 14.08.2017 najskôr zrekapituloval položené prejudiciálne otázky a aj odpovede na ne. Vo vzťahu k prvej prejudiciálnej otázke žalovaný zaujal názor, že výklad Súdneho

dvora korešponduje s vyjadrením a právnym posúdením v napadnutom rozhodnutí, t.j. v doklade predloženom žalobcom 1/ absentuje prehlásenie o disponibilite finančných prostriedkov po celú dobu realizácie zmluvného vzťahu od uzavretia zmluvy a neobsahuje ani záväzok banky, že konzorcium v prípade úspešnosti jeho ponuky bude schopné finančne zabezpečiť daný predmet zákazky v hodnote minimálne 3 mil. €.

49. V druhej prejudiciálnej otázke je podľa žalovaného zdôraznená existencia objektívnej nemožnosti a jej preukázanie vnútroštátnym súdom (najmä marginálne body č. 46 a 47 rozsudku Súdneho dvora). Samotný žalobca 1/ tým, že predložil „záväzný úverový príslub“ vystavený dotknutou bankou, preukázal to, že záväzný úverový príslub je možné vystaviť a štandardne sa aj vystavuje v lehote na predkladanie ponúk.

50. Taktiež žalovaný zdôraznil, že tvrdeniu žalobcu o nemožnosti získania záväzného úverového príslubu odporuje skutočnosť, že iný [vítaný] uchádzač vo svojej ponuke predložil na preukázanie predmetnej podmienky účasti „Zmluvu o financovaní...“ uzatvorenú medzi ním a Sberbank Slovensko, a. s., v ktorej je okrem iného uvedené, že sa banka ako veriteľ zaväzuje poskytnúť klientovi v prípade jeho úspešnosti ako dlžníkovi úver vo výške 3 mil. €, pričom účelom tohto úveru je jeho použitie výlučne na financovanie predmetnej zákazky.

Obdobne aj z judikatúry správnych súdov vyplýva, že konzorcium ako uchádzač je priamo zák. č. 25/2006 Z.z. nútený primárne urobiť úkony za účelom získania predmetného potvrdenia banky a tým získava dôkaz na podporu svojho tvrdenia o objektívnej nemožnosti získania záväzného úverového príslubu.

D)

51. Právo nahliadnuť do súdneho spisu pred dátumom pojednávania využil iba právny zástupca žalobcov dňa 05.10.2017.

52. Následne Najvyšší súd na nariadenom pojednávaní dňa 17. októbra 2017 vykonal v danom smere dokazovanie najmä ako podklad pre prijatie relevantného právneho názoru, či uvedená okolnosť môže predstavovať „opodstatnené dôvody“ oprávňujúce žalobcu preukázať svoju ekonomickú a finančnú situáciu akýmkoľvek iným dokumentom, ktorý by mal verejný obstarávateľ považovať za vhodný. Účastníci sa najmä vyjadrovali k relevantnosti nového rozhodnutia z roku 2016, a to k jeho bodom č. 48 ako aj č. 56 až 58.

53. V bode 48 nového rozhodnutia z roku 2016 je uvedený nasledujúci text:

„Navrhovateľ č. 1 ďalej na podporu svojich tvrdení o možnosti predložiť v predmetnom verejnom obstarávaní aj iný doklad, ako bol požadovaný kontrolovaným, poukazuje na § 33 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní (bod 41 tohto rozhodnutia). Po posúdení tohto bodu rada uvádza, že z prvej vety predmetného ustanovenia vyplýva pre verejného obstarávateľa povinnosť uznať rovnocenné potvrdenie vydané orgánom z iného členského štátu, ak ho uchádzač alebo záujemca predloží, z druhej vety vyplýva pre neho povinnosť prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom alebo záujemcom. V predmetnom prípade sa navrhovateľ č. 1 domáha toho, aby mu bol uznaný ním predložený doklad (potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte prevyšujúcom 7 mil. eur) ako rovnocenný k požadovanému dokladu (príslub banky o poskytnutí úveru v min. hodnote 100 000 eur). Z uvedeného je zrejmé, že je nevyhnutné v predmetnom prípade posúdiť, či je možné posúdiť/uznať navrhovateľom č. 1 predložený doklad za rovnocenný k dokladu, ktorý bol kontrolovaným vyžadovaný.“

54. Právny zástupca žalobcov na pojednávaní zotrval na svojich argumentoch, že pojem záväzný bankový príslub ani v spornej podmienke účasti uvedený nebol, a vzhľadom k hore uvedeným bodom nového rozhodnutia z roku 2016 má preukázané, že ani žalovaný tento pojem vo svojej rozhodovacej praxi nedodržiava. Podľa bodov 56. až 58 nového rozhodnutia z roku 2016 je:

„56. K uvedenému rada dodáva, že tak, ako potvrdenie banky o disponibilnom zostatku na účte, ktoré vyjadruje momentálnu finančnú situáciu uchádzača, pričom negarantuje ich dostatok aj v čase realizácie predmetu zákazky, tak ani príslub banky o poskytnutí úveru uvedenú skutočnosť nedokáže úplne

garantovať, a to z dôvodu, že banky dané prísluby poskytujú ako nezáväzné, keď si už v samotných prísluboch vyhradzuje právo preveriť situáciu uchádzača ešte pred poskytnutím úveru. Rada v tejto súvislosti uvádza, že doklady na preukázanie splnenia podmienok účasti sú vyžadované za účelom preukázania, či uchádzači majú predpoklad úspešne zvládnuť plnenie zákazky, ich účelom však nie je poskytnúť úplnú záruku. V prípade, ak bolo zámerom kontrolovaného vybrať zmluvného partnera, pri ktorom bude mať úplnú istotu, že bude schopný sám čiastočne prefinancovať plnenie zákazky, mal si takúto požiadavku výslovne uviesť v rámci zmluvných požiadaviek, v prípade jej neplnenia i pod hrozbou sankcií, napr. ukončenia zmluvného vzťahu.

57. Rada v tejto súvislosti poukazuje na to, že je potrebné zo strany kontrolovaného venovať zvýšenú pozornosť pri stanovení podmienok účasti, dokladov na ich preukázanie, ako aj ostatných informácií uvedených v samotnej výzve na predkladanie ponúk a v súťažných podkladoch. Celý proces verejného obstarávania totižto musí spĺňať požiadavku transparentnosti, ktorá v sebe zahŕňa požiadavku na jasné a jednoznačné stanovenie všetkých požiadaviek verejného obstarávateľa, ako aj pravidiel ich vyhodnotenia. Uvedené je pritom dôležité najmä pre samotných záujemcov, ktorí sa na základe týchto informácií rozhodujú o svojej účasti v danom verejnom obstarávaní, pričom tieto informácie sú pre nich podstatné aj z hľadiska jasného poznania pravidiel, ktorými sa dané verejné obstarávanie bude riadiť, aby tomu vedeli prispôsobiť obsah a zostavenie svojich ponúk. Uvedené pritom zodpovedá požiadavke na zabezpečenie právnej istoty a legitímnych očakávaní, ktorých sa dovoľáva navrhovateľ č. 1. V neposlednom rade sú tieto informácie dôležité aj pre kontrolné orgány, aby mohli následne overiť, či verejný obstarávateľ dodržiaval podmienky a postup, ktorý si sám stanovil.

58. Z tohto pohľadu rada uvádza, že pokiaľ kontrolovaný vo výzve na predkladanie ponúk uvedie, že prijíma aj iné rovnocenné doklady (bod 30 tohto rozhodnutia), pričom bližšie nestanoví, nevysvetlí, z akého pohľadu bude túto rovnocennosť vyhodnocovať, je možné, že niektorí záujemcovia pochopia toto pravidlo tak, ako navrhovateľ č. 1. Rada v tejto súvislosti uvádza, že nemožno dávať na ujmú uchádzačovi, ktorý postupoval v zmysle znenia výzvy na predkladanie ponúk, ktorou sa samotný kontrolovaný zaviazal prijať aj iný rovnocenný doklad predložený uchádzačom. Rada k uvedenému poukazuje na svoje obdobné posúdenia uvedenej skutočnosti v rozhodnutiach rady č. 108-9000/2014-KR/2 (body 42 až 44), 4533-9000/2014-KR/20 (body 37 a 38) a 2139-9000/2015-KR/5 (body 37 a 8). Uvedený výklad pritom rada v žiadnom prípade nepovažuje za rozporný s princípom nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania so všetkými záujemcami alebo uchádzačmi.“

55. Žalovaný na pojednávaní nevyslovil súhlas s možnosťou aplikácie týchto právnych názorov na preskúmanú vec a naopak zdôraznil, že skutkové okolnosti uvedené v novom rozhodnutí z roku 2016 sú diametrálne odlišné od preskúmanej veci.

56. Nakoľko sa verejný obstarávateľ ako zúčastnená osoba pojednávania vytýčeného za účelom vykonania dokazovania aj s využitím prítomnosti všetkých účastníkov nezúčastnil, nebolo možné zabezpečiť jeho vyjadrenie k otázke Súdneho dvora týkajúcej sa pochybností, či suma požadovaná v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania je primeraná predmetu zákazky (marginálny bod č. 36 posledná veta) ako aj odstrániť pochybnosti Najvyššieho súdu týkajúce sa v tejto súvislosti nielen jeho platobnej schopnosti ako verejného obstarávateľa (samotné konštatovanie verejného obstarávateľa o výroku audítora v bode č. 42 je nepostačujúce) ale aj dôsledky verejne dostupnej informácie o reštrukturalizačnom konaní týkajúceho sa víťazného uchádzača a vyhodnotenie jeho dôsledkov verejným obstarávateľom.

V.

Právne názory odvolacieho súdu

57. Najvyšší súd ako odvolací súd (§ 10 ods. 2 O.s.p.) v intenciách právnych názorov vyslovených v rozsudku Súdneho dvora sp.zn. C-89/16, po oboznámení sa s obsahom písomných pripomienok členských štátov zaslaných v prejudiciálnom konaní a v medziach čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii a čl. 267 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie vyhodnotil listinné dôkazy obsiahnuté v súdnom ako aj v priloženom administratívnom spise, ďalej preskúmal rozsudok krajského postupom nielen podľa zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok

(v texte rozsudku ďalej len „O.s.p.“) ale aj tiež s prihliadnutím na ustanovenie § 492 ods. 2 zákona č. 162/2015 Z.z. Správny súdny poriadok v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní, a po vykonaní nariadeného dokazovania a po neverejnej porade senátu jednomyseľne (§ 3 ods. 9 zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch) dospel k nižšie odôvodnenému záveru, že odvolanie je dôvodné, pretože napadnuté rozhodnutie vychádzalo z nesprávneho právneho posúdenia veci (§ 250j ods. 2 písm. a/ O.s.p.), a preto postupom podľa § 250ja ods. 3 O.s.p. rozsudok krajského súdu zmenil tak, že v zmysle hore uvedeného zrušovacieho dôvodu napadnuté rozhodnutie zrušil a vrátil žalovaného späť na ďalšie konanie v zmysle nasledujúcich záverov.

Podľa § 492 ods. 2 zákona č. 162/2015 Z.z. v citovanom znení odvolacie konania podľa Piatej časti Občianskeho súdneho poriadku začaté pred dňom nadobudnutia účinnosti tohto zákona sa dokončia podľa doterajších predpisov.

Podľa § 250ja ods. 3 veta prvá O.s.p. v citovanom znení platí, že ak odvolací súd dospel k záveru, že napadnuté rozhodnutie správneho orgánu v medziach žaloby nie je v súlade so zákonom a súd prvého stupňa žalobu zamietol, môže rozsudok súdu prvého stupňa zmeniť tak, že zruší rozhodnutie správneho orgánu a vráti veci žalovanému správneho orgánu na ďalšie konanie.

58. Na prvom mieste Najvyšší súd zdôrazňuje, že zákonodarca výkon správneho súdnictva (najmä čl. 46 a čl. 142 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky) založil iba na návrhovej slobode účastníka (v preskúmvanej veci žalobcov), t.j. zodpovednosti za obranu svojich práv (*vigilantibus leges sunt scriptae*) v medziach čl. 13 Dohovoru o ochrane základných práv a ľudských slobôd (obdobne aj čl. 19 Zmluvy o Európskej únii) ako aj čl. 47 ods. 1 a 2 Charty základných práv Európskej únie, vybrať si podľa Občianskeho súdneho poriadku z prostriedkov súdnej ochrany ten najvhodnejší proti rozhodnutiu či postupu žalovaného.

59. V takto vymedzenom rámci prieskumu a po preverení riadnosti podmienok vykonávania súdneho prieskumu rozhodnutí správneho orgánu (tzn. najmä splnenia podmienok konania a okruhu účastníkov) Najvyšší súd celkom zdôrazňuje, že podstatou súdneho odvolania proti rozsudku krajského súdu ako aj žaloby, ktorou sa žalobcovia domáhajú preskúmania napadnutého rozhodnutia, je právna otázka týkajúca sa vylúčenia konzorcia ako neúspešného uchádzača, a to či na základe podkladov získaných verejným obstarávateľom od žalobcu v jeho ponuke je možné vysloviť právny názor, že z jeho strany neboli splnené súťažné podmienky vo vzťahu k ekonomickej a finančnej spôsobilosti konzorcia ako uchádzača. Práve tento právny rámec aj vymedzuje potrebné medze skutkového zistenia.

1) K riadnosti zistenia skutkového stavu:

60. Na prvom mieste musí Najvyšší súd zdôrazniť, že žalobca svoje odvolanie okrem iného oprel o nasledujúci odvolací dôvod (viď bod č. 23), ktoré spochybňujú riadnosť zistenia skutkového stavu prvostupňovým správnym súdom, a to že :

- súd prvého stupňa dospel na základe vykonaných dôkazov k nesprávnym skutkovým zisteniam [§ 205 ods. 2 písm. d) v spojení s § 246c ods. 1 O.s.p.].

61. V súvislosti s uvedeným musí Najvyšší súd zdôrazniť, že v zmysle § 250i ods. 1 O.s.p. a s prihliadnutím na prieskumný (nie nachádzajúci) charakter správneho súdnictva je správny súd pri súdnom prieskume zákonnosti napadnutého rozhodnutia striktnie viazaný skutkovým stavom, ktorý zistil („a contrario“ § 250j ods. 2 písm. c/ O.s.p.) správny orgán a riadne („a contrario“ písmeno b/ O.s.p.) zachytil v administratívnom spise s výnimkou (§ 250i ods. 2 O.s.p.), ktorá má svoj základ v povinnosti postupovať pri preverovaní skutkového stavu podľa zásad úplnej apelácie v súlade s čl. 6 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, resp. čl. 19 ods. 1 Zmluvy o Európskej únii.

Podľa § 250i ods. 1 v citovanom znení pri preskúmvaní 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 § 250i ods. 2 v citovanom znení platí, že ak správny orgán podľa osobitného zákona rozhodol o spore alebo o inej právnej veci vyplývajúcej z občianskoprávných, pracovných, rodinných a obchodných vzťahov (§ 7 ods. 1) alebo rozhodol o uložení sankcie, súd pri preskúmvaní tohto rozhodnutia nie je viazaný skutkovým stavom zisteným správnym orgánom. Súd môže vychádzať zo skutkových zistení správneho orgánu, opätovne vykonať dôkazy už vykonané správnym orgánom alebo

vykonať dokazovanie podľa tretej časti druhej hlavy.

62. Nakoľko v preskúmvanej veci však krajský súd v súdnom prieskume k aplikácii ustanovenia § 250i ods. 2 O.s.p. nepristúpil, dokazovanie z iného dôvodu nevykonával - viď zápisnica o pojednávaní na č.l. 55 (na základe ustanovenia § 250f ods. 1 O.s.p. krajský súd iba za neprítomnosti účastníkov vyhlásil rozsudok) a ani Najvyšší súd z charakteru preskúmvanej veci (na rozhodnutie o vylúčení účastníka z verejného obstarávania nie je možné nazerať ako na správne trestanie) nezistil nutnosť tejto aplikácie v preskúmvanej veci, preto nemohol ako odvolací súd na tento odvolací dôvod žalobcov v celosti prihliadnuť. Preto sa s ním ani nezaoberal.

2) K právnomu posúdeniu veci:

63. Následne sa preto Najvyšší súd zamerail na preskúmanie dôvodnosti druhého odvolacieho dôvodu, t.j. vytýkaného nesprávneho právneho posúdenia preskúmvanej veci krajským súdom. V súvislosti s hore uvedenou námietkou žalobcov musí Najvyšší súd zdôrazniť predovšetkým ideu právneho štátu, ktorá zakotvená v článku 1 ods. 1 veta prvá Ústavy Slovenskej republiky vyžaduje nielen od orgánov súdnej moci ale aj moci výkonnej, aby ich výklad práva v konkrétnej veci nepochybne smeroval (princíp právnej istoty) k tomu výsledku, ktorý mal, resp. mal mať na mysli zákonodarca pri jeho tvorbe.

64. Na základe uvedeného potom pre sudcu spočíva význam interpretácie v tom, že zákonodarcom všeobecne sformulované pravidlo (je nutné mať na mysli najmä jeho dispozíciu) musí úradná osoba transformovať prostredníctvom jazykových prostriedkov na, pre podmienky konkrétneho skutkového stavu, aplikácie schopné pravidlo, a toto porovnáva s reálnou situáciou, dejom, resp. postojom či iným druhom správania jednotlivca v prejednávanej veci.

65. Následne úradná osoba vykonávajúca výklad svojich úvah, ktoré ju abstraktne vedeným spôsobom viedli k prijatiu takéhoto výsledku výkladu, musí v zmysle § 46 a 47 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok), resp. v prípade sudcu podľa § 157 ods. 2 v spojení s § 246c ods. 1 O.s.p. objasniť bez toho, aby sa vystavil nebezpečenstvu nesprávneho právneho výkladu.

Takýto prístup k výkladu práva v súdnej praxi je naplnením princípu právnej istoty v spoločnosti a súčasne eliminuje ľudskú omylnosť a ovplyvniteľnosť.

66. V súvislosti s uvedeným Ústavný súd Slovenskej republiky prostredníctvom nálezu sp.zn. III. ÚS 341/07 k otázke riadnej interpretácie všeobecného práva uviedol, že

„pri výklade a aplikácii ustanovení právnych predpisov je nepochybne potrebné vychádzať prvotne z ich doslovného znenia. Súd však nie je doslovným znením zákonného ustanovenia viazaný absolútne. Môže, ba dokonca sa musí od neho (od doslovného znenia právneho textu) odchýliť v prípade, keď to zo závažných dôvodov vyžaduje účel zákona, systematická súvislosť alebo požiadavka ústavne súladného výkladu zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov (čl. 152 ods. 4 ústavy). Samozrejme, že sa v takýchto prípadoch musí zároveň vyvarovať svojvôle (arbitrárnosti) a svoju interpretáciu právnej normy musí založiť na racionálnej argumentácii.

V prípadoch nejasnosti alebo nezrozumiteľnosti znenia ustanovenia právneho predpisu (umožňujúceho napríklad viac verzií interpretácie) alebo v prípade rozporu tohto znenia so zmyslom a účelom príslušného ustanovenia, o ktorého jednoznačnosti niet pochybností, možno uprednostniť výklad „e ratione legis“ pred doslovným gramatickým (jazykovým) výkladom.“

67. Na základe uvedených právnych názorov je potrebné uviesť, že Súdny dvor vo svojom rozsudku zdôraznil okrem iného, že čl. 47 ods. 1 smernice č. 2004/18 vymenúva spôsoby a dokumenty, akými sa vo všeobecnosti môže od uchádzača (terminologicky označený ako hospodársky subjekt) požadovať preukázanie jeho ekonomickej a finančnej situácie, t.j. preukázať, že uchádzač má k dispozícii zdroje potrebné na vykonanie konkrétnej zákazky. Medzi tieto dokumenty patria „príslušné výpisy z bánk“.

Avšak slovo „spravidla“, ktoré je použité v článku 47 smernice č. 2004/18, je nutné podľa Súdneho dvora (marginálny bod č. 32) vykladať v tom zmysle, že uvedené ustanovenie ponecháva verejným obstarávateľom značne široký priestor.

68. Ďalej z rozsudku Súdneho dvora (marginálny bod č. 33) s prihliadnutím na čl. 44 ods. 2 druhého pododseku smernice č. 2004/18 vyplýva, že

„minimálne úrovne spôsobilosti vyžadované pri určitej zákazke musia súvisieť s predmetom zákazky a musia byť primerané tomuto predmetu. Potom požiadavky týkajúce sa úrovne ekonomickej a finančnej situácie musia byť objektívne vhodné na poskytnutie informácie o tejto situácii hospodárskeho subjektu a tieto musia byť prispôsobené významu dotknutej zákazky v tom zmysle, že objektívne predstavujú pozitívny ukazovateľ existencie dostatočného ekonomického a finančného zázemia na riadne plnenie tejto zákazky, pričom nejdú nad rámec toho, čo je v tejto súvislosti rozumne nevyhnutné.“

Podľa Najvyššieho súdu nielen citovaný čl. čl. 44 ods. 2 ale aj s ním interpretačne spojené ustanovenia čl. 47 smernice č. 2004/18 majú významný vplyv na preskúmanú vec.

Podľa čl. 44 ods. 2 smernice č. 2004/18 v citovanom znení verejní obstarávatelia môžu od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby spĺňali minimálnu úroveň spôsobilosti podľa článkov 47 a 48. Rozsah informácií uvedených v článkoch 47 a 48 a minimálne úrovne spôsobilosti, ktoré sa vyžadujú pri určitej zákazke, musia súvisieť s predmetom zákazky a musia byť primerané tomuto predmetu. Tieto minimálne úrovne sa uvedú v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.

Podľa čl. 47 ods. 1 písm. a) smernice č. 2004/18 v citovanom znení ekonomickú a finančnú situáciu hospodárskeho subjektu možno spravidla preukázať jedným alebo viacerými z týchto spôsobov:

a) príslušnými výpismi z bánk alebo, ak to prichádza do úvahy, dôkazom o príslušnom poistení náhrady škôd vyplývajúcich z podnikateľského rizika;

...

Podľa čl. 47 ods. 4 smernice č. 2004/18 v citovanom znení verejní obstarávatelia môžu v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo vo výzve na predloženie ponuky bližšie určiť, ktorý spôsob alebo spôsoby uvedené v odseku 1 si zvolili a aké iné dokumenty im musia byť poskytnuté.

Podľa čl. 47 ods. 5 smernice č. 2004/18 v citovanom znení platí, že ak z akýchkoľvek opodstatnených dôvodov hospodársky subjekt nie je schopný poskytnúť dokumenty požadované verejným obstarávateľom, môže preukázať svoju ekonomickú a finančnú situáciu akýmkoľvek iným dokumentom, ktorý verejný obstarávateľ považuje za vhodný.

69. Tento právny názor Súdneho dvora podporuje mienku o existencii výnimky z aplikácie ustanovení článku 47 smernice č. 2004/18, ktoré, ako bolo vyššie uvedené (viď bod č. 67), ponecháva verejným obstarávateľom značne široký priestor.

Na druhej strane však Súdny dvor (odkaz najmä na rozsudok Súdneho dvora zo 14. januára 2016, Ostas celtnieks, sp.zn. C-234/14) ponúkol konajúcemu Najvyššiemu súdu aj niektoré svoje ďalšie závery o účele preukázania finančnej a ekonomickej spôsobilosti uchádzačom, pričom listiny toto preukazujúce by mali najmä podporiť predpoklad, že verejný obstarávateľ v nich má záruku, že počas určenej doby, na ktorú sa vzťahuje zákazka, bude uchádzač skutočne môcť využívať všetky zdroje, s ktorými sa pri zákazke počíta. S rovnakým úmyslom aj disponibilitu požadovanej sumy počas realizácie zmluvného vzťahu označil Súdny dvor za užitočný prvok na účely konkrétneho posúdenia ekonomickej a finančnej situácie konzorcia ako uchádzača, pokiaľ ide o jeho záväzky.

70. Nakoľko Súdny dvor zveril Najvyššiemu súdu oprávnenie posúdiť relevantnosť dôkazov, ktoré v tejto súvislosti predložil uchádzač a medzi ktoré patrí zmluva o poskytnutom kontokorentnom úvere, konajúci súd vyhodnotil poznatky zistené z písomných odpovedí účastníkov ako aj z ich prejavov na pojednávaní nasledovne.

71. Základnou otázkou pre Najvyšší súd je preverenie možnosti splnenia a dôvodnosti zakomponovania spornej podmienky účasti pre žalobcu (viď jej obsahové vymedzenie v bodoch č. 5 a 6) predložiť verejnému obstarávateľovi iba prísľub banky na financovanie predmetu zákazky, ktorý podľa argumentácie verejného obstarávateľa musí mať iba takú formu záväzného prísľubu v tom duchu, že žalobca (konzorcium) v prípade úspešnosti jeho ponuky bude schopný finančne zabezpečiť daný predmet zákazky v hodnote minimálne 3 mil. €. Z tohto dokladu ďalej musí vyplývať disponibilita finančných prostriedkov konzorcia po uzatvorení zmluvy.

72. Na prvom mieste musí Najvyšší súd vyjadriť svoje pochybnosti o jednoznačnosti sformulovania podmienok účasti, z ktorých má nielen podľa verejného obstarávateľa ale aj podľa žalovaného vyplývať nezvratný záver, že uchádzač má predložiť okrem iného aj záväzný prísľub banky.

Ved' ako uviedol aj žalovaný v bodoch 60. a 61. napadnutého rozhodnutia s dôrazom na posúdenie predkladaného dokladu po obsahovej stránke:

„60. Rada má za to, že z predmetných princípov verejného obstarávania vyplýva, že verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ je pri aplikácii ustanovenia § 27 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní oprávnený uznať len taký doklad, ktorý, hoci nie je dokladom, ktorý ním bol výslovne určený ako doklad požadovaný na účely preukázania splnenia finančného a ekonomického postavenia, je však dokladom, ktorý po obsahovej stránke spĺňa všetky relevantné požadované skutočnosti.

61. Ako už bolo uvedené, kontrolovaný v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovil, že vyžaduje predložiť doklad,

a) ktorý je vyjadrením, resp. potvrdením banky,

b) ktorý bude obsahovať záväzok banky, že uchádzač v prípade úspešnosti jeho ponuky bude schopný finančne zabezpečiť daný predmet zákazky v hodnote minimálne 3 mil. eur a súčasne

c) z ktorého musí vyplývať disponibilita finančných prostriedkov uchádzača po uzatvorení zmluvy, ako aj v období realizácie zmluvného vzťahu, t.j. 48 mesiacov.“

73. Naopak, nejednoznačnosť formulácie podmienok účasti spojená s pripustením čestného prehlásenia verejným obstarávateľom (viď bod č. 7), a to aj potvrdil žalobca, viedla k vydaniu viacerých žiadostí o vysvetlenie (body 41. a 43. napadnutého rozhodnutia ako aj vysvetlenie č. 2 a v ňom obsiahnutá otázka č. 1), na ktoré mal verejný obstarávateľ odpovedať spôsobom, ktorý nič podľa žalobcu neobjasňoval, t.j. že iba doslovne zopakoval text uvedený v podmienkach z výzvy s následným dovetkom: „Z vyššie uvedeného je jednoznačné, aký doklad je potrebné predložiť na preukázanie splnenia tejto podmienky účasti“.

Na tomto základe je pre Najvyšší súd celkom logická reakcia žalobcu, keď vo svojom liste z 10.02.2014 zdôraznil [citované odvolacím súdom z bodu č. 44 napadnutého rozhodnutia], že

„z jeho viac ako dvadsať ročného pôsobenia na trhu nemá informáciu ani skúsenosť s tým, aby banky, bez ohľadu na to, či ide o verejné obstarávanie alebo iné obchodné súťaže, uzatvárali úverovú zmluvu alebo zmluvu o budúcej úverovej zmluve s uchádzačmi pred tým, ako sa stal víťazným uchádzačom konkrétnej súťaže. Ďalej navrhovateľ uviedol, že z jeho skúseností a dlhoročnej komunikácie s bankami vyplýva, že banky pre poskytnutie takejto „záruky za disponibilitu finančných prostriedkov“ potrebujú všetky konkrétne informácie o predmetnom zmluvnom vzťahu, počnúc presnými údajmi o cene, konkrétnych termínoch plnenia, platobných podmienkach a ďalších informácií na celkové vyhodnotenie podmienok pre poskytnutie úveru i posúdenie prípadného rizika, do ktorého by sa banka mohla dostať“.

74. Ďalej nielen z podkladov zaslaných dotknutou bankou ale aj z vyjadrenia žalobcu v jeho žiadosti o vysvetlenie (viď bod č. 11) ako aj z úradnej praxe (§ 121 v spojení s § 246c ods. 1 O.s.p.) pre Najvyšší súd vyplýva, že príslub na poskytnutie finančných prostriedkov sa nespravuje objektívnymi skutočnosťami platnými v čase vydania bankového príslubu alebo inej formy záväzku ale v čase jeho naplnenia. Obdobné závery musel vysloviť žalovaný aj v hore uvedenom texte nového rozhodnutia z roku 2016 (viď bod č. 54 rozsudku, resp. najmä bod č. 56 nového rozhodnutia z roku 2016).

Pritom je nepochybné, že akékoľvek porušenie platobnej disciplíny žiadateľom je bankou vyhodnotené ako jeho negatívne správanie, lebo aj dotknutá banka musí pri svojom podnikaní zohľadňovať pravidlá obozretného správania sa bánk v Slovenskej republike (viď napríklad oprávnenia Národnej banky Slovenska podľa § 2 zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov znení neskorších predpisov alebo nástroje Jednotného mechanizmu dohľadu Európskej centrálnej banky).

Podľa § 121 O.s.p. v citovanom znení netreba dokazovať skutočnosti všeobecne známe alebo známe súdu z jeho činnosti, ako aj právne predpisy uverejnené alebo oznámené v Zbierke zákonov Slovenskej republiky a právne záväzné akty, ktoré boli uverejnené v Úradnom vestníku Európskych spoločenstiev a v Úradnom vestníku Európskej únie.

75. Preto je pre Najvyšší súd pochopiteľné, že dotknutá banka sa najmä vo svojej bankovej informácii z 20.11.2013 vydanéj v prospech žalobcu 1/ vyjadrila k jeho finančnej a ekonomickej spôsobilosti s tým záverom, že

„Táto banková informácia sa vydáva na žiadosť klienta a nezakladá Tatra banke, a.s. Bratislava,

zapísanej v Obchodnom registri okresného súdu Bratislava I., odd Sa, vložka č. 71/B, žiadne záväzky.“ Na druhej strane verejným obstarávateľom predložené vyjadrenia (viď bod 48. napadnutého rozhodnutia) vydané tak dotknutou bankou alebo Slovenskou sporiteľňou nepredstavujú potvrdenie záverov prezentovaných verejným obstarávateľom, lebo jednoznačne zdôrazňujú viazanosť existencie záväzného úverového príslubu na časový okamih poskytnutia úveru a uzavretia úverovej zmluvy, v ktorej sú dohodnuté podmienky financovania. Preto pre Najvyšší súd tieto listiny nepredstavujú relevantný dôkazný prostriedok a ako také ich aj vyhodnotil.

3) K forme príslubu:

76. Predovšetkým Najvyšší súd v súlade s argumentáciou dotknutej banky poukazuje na to, že požiadavka verejného obstarávateľa na predloženie záväzného bankového (resp. úverového) príslubu po stránke formálnej (t.j. ako určitý unifikovaný bankový formulár známy bankám z ich praxe) a ani po stránke obsahovej (t.j. ako konkrétny záväzok bez ohľadu na budúcu finančnú situáciu a správanie klienta) nie je možné z vyššie uvedeného textu bez ďalších pochybností dohľadať.

Aj dotknutá banka, hoci bola Najvyšším súdom upozornená na existenciu jej pôvodného písomného záväzného úverového príslubu, ktorý bol vyslovený na listine z 09.04.2014 (t.j. 2 mesiace po tom, čo 07.02.2014 toto rovnakému subjektu, t.j. žalobcovi 1/ nevystavila) pri zákazke označenej: „Rekonštrukcia, modernizácia a dostavba areálu Slovenskej národnej galérie v Bratislave, ktorej zadávateľom je Ministerstvo kultúry Slovenskej republiky, tak na základe výzvy Najvyššieho súdu zo dňa 07. augusta 2017 odpovedala v tom duchu, že nakoľko pojem „záväzný príslub“, resp. „záväzný úverový príslub“ nie je pojem zadaný všeobecne záväznými právnymi predpismi, môže byť jeho význam vykladaný viacerými spôsobmi (viď aj bod č. 46).

„Z tohto pohľadu teda nie je možné vo všeobecnosti chápať záväzné ponuky [dotknutej] banky, a.s. ako ponuky bezpodmienečné a práve z tohto dôvodu záväzok poskytnúť úver v zmysle takýchto ponúk je podmienený splnením určitých podmienok. Preto informácia o neposkytovaní záväzných príslubov v bankovej informácii zo dňa 07.02.2014 bola poskytnutá v uvedenom kontexte, tzn. že [dotknutá] banka, a.s. štandardne neposkytuje prísluby, ktoré by obsahovali záväzok [dotknutej] banky, a.s. poskytnúť úver bez toho, aby pred tým museli byť splnené nejaké podmienky (napr. schválenie príslušnými orgánmi, splnenie podmienok poskytnutia úveru uvedených v úverovej zmluve a iné).“

77. Samotná hore načrtnutá skúsenosť Najvyššieho súdu (viď bod č. 46 v spojení s bodom č. 40) v komunikácii s dotknutou bankou jednoznačne preukazuje, že dotknutá banka neakceptuje pojem „záväzný príslub“, resp. „záväzný úverový príslub“ ako právne vymedzený pojem a požaduje po žiadateľovi, aby si sám najskôr predefinoval tento pojem.

Z uvedených dôvodov musí Najvyšší súd prisvedčiť argumentácii žalobcu 1/, že za týchto okolností nebolo v jeho možnostiach iný dokument, ako mu bol aj dotknutou bankou zaslaný, si obstať.

78. Ďalej v uvedenej súvislosti konajúci súd zdôrazňuje, že aj vnútroštátna úprava platná v Slovenskej republike (viď bod č. 4) naznačuje pre uchádzača postup predkladania dokumentov a iných listín zákonom schváleným postupom [viď slovné spojenie „finančné a ekonomické postavenie možno preukázať spravidla“], ktorý však nemôže byť interpretovaný účastníkmi verejného obstarávania izolovane, ale iba v súvislosti so základnými princípmi zadávania zákaziek, ktoré sa premietajú aj do určenia podmienok v zmysle § 32 ods. 6 zák. č. 25/2006 Z.z. na preukázanie finančného a ekonomického postavenia.

Zákonodarcia kladie na verejného obstarávateľa nielen dôraz na primeranosť určených podmienok k zákazke ale aj na jeho povinnosť túto primeranosť odôvodniť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania (obdobne aj text rozsudku Súdneho dvora citovaný v bode č. 68).

Podľa § 32 ods. 6 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení 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. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania odôvodní primeranosť každej určenej podmienky účasti vo vzťahu k predmetu zákazky a potrebu jej zahrnutia medzi podmienky účasti.

79. Preto slovné spojenie „možno spravidla“, ktoré sa vyskytuje tak v texte slovenského zákona (viď § 27 ods. 1 písm. a/ a odseku 3 zák. č. 25/2006 Z.z.) ako aj v práve Európskej únie (viď čl. 47 ods. 1 písm. a/ smernice č. 2004/18), je nutné podľa Najvyššieho súdu v súlade so základnými zásadami (princípmi) procesu zadávania zákaziek (viď § 9 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z.) ako aj s prihliadnutím na nasledujúce ustanovenia (najmä viď čl. 47 ods. 5 smernice č. 2004/18, ktorý vychádza z prekážky legislatívne vymedzenej ako „akékoľvek opodstatnené dôvody“) vysvetľovať ako vôľu zákonodarcu pripúšťajúcu demonštratívny (neuzavretý) výpočet prostriedkov preukazujúcich finančné a ekonomické postavenie uchádzača vo verejnom obstarávaní. Z uvedeného je nutné toto slovné spojenie chápať ako príklad (avšak nie jediný) ponúkajúci napríklad prísľub banky alebo dosiahnutý obrat uchádzača. Podľa § 9 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

80. Z obsahu dotknutých bodov (najmä body III.2.2, podbod 1) uvedených v oznámení o vyhlásení predmetného verejného obstarávania pre Najvyšší súd vyplýva, že verejný obstarávateľ bez bližšieho odôvodnenia zvolil iba možnosť podľa § 27 ods. 1 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z., pričom ako doklad požadoval predloženie potvrdenia banky (úverová zmluva alebo zmluva o budúcej úverovej zmluve), ktorej predmetom je záväzok banky, že uchádzač v prípade úspešnosti jeho ponuky bude schopný finančne zabezpečiť daný predmet zákazky v hodnote minimálne 3 mil. €. Z dokladu, ktorý musí byť potvrdený oprávnenou osobou banky, musí vyplývať disponibilita finančných prostriedkov uchádzača po uzatvorení zmluvy.

Ďalej požadoval prísľub banky na financovanie predmetu zákazky v minimálnej výške: 3 mil. €.

81. Najvyšší súd nemohol v zmysle hore uvedeného (viď body č. 69 a 70) výkladu § 27 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. hodnotiť iba samotnú zmluvu o kontokorentnom úvere (viď zásada viazaného hodnotenia dôkazov) ale musel pristúpiť spolu s bankovou informáciou z 20.11.2013 k posúdeniu jej jednotlivých dodatkov, z ktorých zatiaľ vyplýva neporušenie bankovej disciplíny, t.j. schopnosti žalobcu si plniť svoje záväzky k dotknutej banke takým spôsobom, ktorý nevzbudzuje pochybnosti o tom, že aj v budúcnosti sa takto bude žalobca správať.

82. Preto odvolací súd za situácie objektívnej nemožnosti pre žalobcu 1/ získať doklad požadovaný verejným obstarávateľom má z obsahu hore uvedených dokladov a predložených žalobcom 1/ jednoznačne preukázané, že už tieto ako celok sú spôsobilé splniť spornú podmienku účasti, nakoľko po stránke ich obsahu ako aj časovej limitácie obsahujú primeranú záruku dotknutej banky, že aj v čase po uzatvorení zmluvy bude disponibilita finančných prostriedkov žalobcu 1/ v požadovanej minimálnej výške. Navyše žalobca 1/ v tom čase disponoval aj inou úverovou zmluvou (viď str. 4 až 5 vyjadrenia žalobcu z 28.08.2017), ku ktorej bola poskytnutá banková referencia z 18.03.2013 od ČSOB banky, ktoré tiež neboli žalovaným vyhodnotené.

83. Pritom je pre Najvyšší súd nepochybné, že dotknutá banka nevyhodnocuje iba informácie zo svojich bankových obchodov so žalobcom, ale aj jeho ekonomické ukazovatele, medzi ktoré na prvom mieste patria aj v § 27 ods. 1 písm. d) zák. č. 25/2006 Z.z. označené prehľady o celkovom obrate alebo prehľady o dosiahnutom ročnom obrate. Samotný žalobca 1/ vo svojich vyjadreniach tvrdí, že v roku 2010 dosiahol približne výšku ročného obratu 82.000.000,-- € a tiež v roku 2011 hodnota ročného obratu bola na úrovni 50.000.000,-- € (viď str. 6 vyjadrenia žalobcu z 28.08.2017), ktoré hodnoty minimálne u Najvyššieho súdu nevyvolávajú pochybnosti o finančnej a ekonomickej nespôsobilosti žalobcu 1/, a to aj do budúcnosti pri plnení zákazky samotným konzorciom.

Z obsahu oznámenia a ani z iných podkladov však pre Najvyšší súd nie je objasnené, prečo tieto evidentne relevantné údaje verejný obstarávateľ nepožadoval, resp. ak ich mal k dispozícii, prečo ich nevyhodnotil.

84. Navyše z ustanovenia § 27 ods. 1 písm. a) a nasl. zák. č. 25/2006 Z.z. však pre Najvyšší súd vôbec nevyplýva záver prezentovaný tak žalovaným ako verejným obstarávateľom, že písomný prísľub banky

musí súčasne vykazovať znaky záväznosti.

85. Pre Najvyšší súd je aj zrejmé, že žalobca 1/ v tom čase bol v zmluvnom vzťahu s dotknutou bankou, mal uzavretú zmluvu o úvere v zmysle § 497 až § 507 Obchodného zákonníka s úverovým rámcom presahujúcim požiadavku v podmienkach účasti, čo aj dotknutá banka nepriamo potvrdila v bankovej informácii z 20.11.2013. V tejto súvislosti sa Najvyšší súd nemôže stotožniť s právnym názorom krajského súdu (viď bod č. 12), že kontokorentný úver nepreukazuje splnenie predmetnej podmienky účasti.

86. Uvedený záver potom nevylučuje ale naopak podporuje názor o možnosti predloženia aj iných relevantných dokladov preukazujúcich dostatok finančných prostriedkov uchádzača nielen v čase, keď má realizovať zákazku, ale aj v čase predkladania ponúk.

Na uvedenom základe Najvyšší súd dospel k záveru, že je nutné napadnuté ako aj rozhodnutie zrušiť a vec vrátiť žalovanému na ďalšie konanie.

4) K zásade nediskriminácie:

87. Najvyšší súd sa musí ďalej zaoberať so skutočnosťou, že Súdny dvor vo svojom rozsudku (marginálny bod č. 34) tiež poukázal na to, že

„Okrem toho je potrebné pripomenúť, že na jednej strane zásada rovnosti zaobchádzania znamená, že všetci uchádzači majú mať rovnaké príležitosti pri formulovaní znenia svojich ponúk, a preto vyžaduje, aby tieto ponuky podliehali rovnakým podmienkam pre všetkých uchádzačov. Na druhej strane cieľom povinnosti transparentnosti, ktorá je jej priamym dôsledkom, je vylúčiť riziko uprednostňovania a svojvoľnosti zo strany verejného obstarávateľa. Táto povinnosť vyžaduje, aby všetky podmienky a podrobnosti verejného obstarávania boli v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch jasne, presne a jednoznačne formulované tak, aby po prvé všetci riadne informovaní a primerane obozretní uchádzači chápali ich presný význam a mohli ich vykladať rovnako, a po druhé, aby bol verejný obstarávateľ schopný skutočne overiť, či ponuky uchádzačov spĺňajú kritériá, ktorými sa riadi predmetné obstarávanie (rozsudok z 2. júna 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, bod 36, ako aj citovaná judikatúra).“

88. Je nepochybné, že v súdnom prieskume na základe argumentácie účastníka konania bolo zistené, že víťazný uchádzač, spoločnosť SEDASPORT, s.r.o., so sídlom Staromyjavská č. 1031/14, 907 01 Myjava bola v čase od 28.01.2011 do 12.12.2011 v procese reštrukturalizácie na základe uznesenia Okresného súdu Trenčín zo dňa 29.12.2010 č.k. 29R/7/2010-164.

Práve proces reštrukturalizácie je jednou z významných skutočností, ktoré oslabujú finančnú a ekonomickú spôsobilosť uchádzača zásadným spôsobom. Verejný obstarávateľ však tejto skutočnosti nevenoval dostatočnú pozornosť (viď aj bod č. 56) rovnako ako ani nevenoval dostatočnú pozornosť výške svojho vlastného imania.

89. Žalovaný je v zmysle § 9 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. viazaný z úradnej povinnosti prihliadnúť pri prieskume zákonnosti procesu verejného obstarávania na základe námietok k tomu, či proces zadávania zákaziek vyhovuje aj princípom uvedeným v ustanovení § 9 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z., t.j. aj princípu nediskriminácie.

Skutočnosť, že v prípade žalobcu vyhodnotil ako oprávnený postup verejného obstarávateľa týkajúci sa vylúčenia z verejnej súťaže (nepreukázanie podmienky finančnej a ekonomickej spôsobilosti) avšak, že nevyvodil vôbec žiadne dôsledky zo skutočnosti, že iný účastník bol v období pred verejným obstarávaním v procese reštrukturalizácie svedčí o tom, že žalobcu diskriminoval. O to viac sa táto situácia po vylúčení konzorcia z procesu verejného obstarávania zmenila, lebo víťazný uchádzač, t.j. spoločnosť SEDASPORT, s.r.o. zostal ako jediný uchádzač v súťaži. Tým sa nepochybne charakter súťaže potlačil.

Podľa § 9 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení verejný obstarávateľ a obstarávateľ sú povinní pri zadávaní zákaziek postupovať podľa tohto zákona.

Podľa § 9 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp

transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.

Podľa § 108 ods. 1 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov v citovanom znení platí, že ak dlžníkovi hrozí úpadok alebo je v úpadku, môže poveriť správcu vypracovaním reštrukturalizačného posudku na účely zistenia, či sú splnené predpoklady na jeho reštrukturalizáciu. Tým nie je dotknutá povinnosť dlžníka včas podať návrh na vyhlásenie konkurzu.

5) K posúdeniu skupiny dodávateľov:

90. Opätovne musí Najvyšší súd zopakovať, že jeho pozornosti ani neuniklo, že verejný obstarávateľ sa pri svojom hodnotení uchádzača, ktorý vystupoval ako skupina dodávateľov v zmysle § 31 zák. č. 25/2006 Z.z. (t.j. v preskúmvanej veci ako konzorcium), zamerail iba na vyhodnotenie žalobcu 1/, avšak čo sa týka finančnej a ekonomickej spôsobilosti žalobcu 2/, to celkom opomenul vykonať.

Z ustanovenia § 31 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. pritom jednoznačne vyplýva, že podmienky účasti vzhľadom k finančnej a ekonomickej spôsobilosti účastníka - konzorcia sa preukazujú posúdením nie ich jednotlivých (t.j. oddelene vyhodnotených) finančných možností a budúcich spôsobilostí, ale so sumarizovaním (synergický efekt v zmysle odseku 4) ich finančných možností, v ktorom sa premietnu nielen ich pozitívne ale aj negatívne majetkové charakteristiky.

Podľa § 31 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení skupina dodávateľov preukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúcich sa osobného postavenia za každého člena skupiny osobitne a splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní týkajúce sa finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti preukazuje spoločne. Splnenie podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) preukazuje člen skupiny len vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, ktorú má zabezpečiť.

Podľa § 31 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení skupina dodávateľov skupina dodávateľov môže využiť finančné zdroje účastníkov skupiny dodávateľov alebo iných osôb podľa § 27 ods. 2, technické a odborné kapacity účastníkov skupiny dodávateľov alebo iných osôb podľa § 28 ods. 2.

6) K výroku prvostupňového rozhodnutia:

91. Prvostupňové rozhodnutie o prikázaní pokračovať v procese verejného obstarávania opierajúc sa o ustanovenie § 139 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. vnieslo do preskúmvanej veci značnú právnu neistotu tak pre víťazného uchádzača ako aj pre žalobcov. Neprehliadnuteľný pokyn do 30 dní odo dňa nadobudnutia právoplatnosti prvostupňového rozhodnutia pokračovať vo verejnom obstarávaní za implicitného súhlasu žalovaného vytvára závažnú prekážku pre účinnú vnútroštátnu súdnu ochranu zakotvenú do čl. 19 Zmluvy o Európskej únii, t.j. že sa nevyčkal na výsledok možného súdneho prieskumu.

Podľa § 139 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v znení relevantnom pre prejednávajúcu vec platí, že ak porušenie tohto zákona nemohlo ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, úrad môže rozhodnutím nariadiť odstránenie protiprávneho stavu a pokračovanie vo verejnom obstarávaní.

Podľa čl. 19 ods. 2 Zmluvy o Európskej únii v citovanom znení členské štáty ustanovia v oblastiach, na ktoré sa vzťahuje právo Únie, prostriedky nápravy potrebné na zabezpečenie účinnej právnej ochrany.

92. Navyše v prvostupňovom rozhodnutí nie je žiadna zmienka o tom, že by sa prvostupňový orgán právne korektným (preskúmateľným) spôsobom vysporiadal so zákonnou podmienkou pre nariadenie ďalšieho pokračovania vo verejnom obstarávaní. Najvyšší súd práve v poradí treťou prejudiciálnou otázkou (viď bod č. 36) sa musel vysporadúvať s právnou námietkou verejného obstarávateľa, ktorý poukazujúc na rozbehnuté činnosti s víťazným uchádzačom spochybňoval akúkoľvek efektívnosť súdneho prieskumu v tak nastavenej veci a v dotknutom čase (náznak iba hypotetickej súdnej ochrany bez možnosti zmeny pozície vylúčeného uchádzača).

93. Súdny dvor bol naopak prekvapený tým, že zo slovenského právneho poriadku takéto riešenie priamo samo o sebe nevyplýva, čo zdôraznil nasledovne:

„52 V prejednávanej veci rozhodnutie vnútroštátneho súdu neobsahuje žiadny odkaz na vnútroštátne ustanovenia, ktoré by preberali ustanovenia smernice 89/665 týkajúce sa postupov preskúmvania a ich účinkov, zmenenej a doplnenej smernicou 2007/66. V rozhodnutí vnútroštátneho súdu sa predovšetkým neuvádza, či Slovenská republika upravila, ako to stanovuje článok 2 ods. 6 tejto smernice, že napadnuté

rozhodnutie treba najprv zrušiť na to, aby sa mohla požadovať náhrada škody, alebo či, ako to umožňuje článok 2 ods. 7 druhý pododsek uvedenej smernice, upravila, že právomoci orgánu, ktorý je zodpovedný za postupy preskúmania, sa po uzavretí zmluvy o dielo obmedzujú na priznanie náhrady škody.

53 V rozhodnutí vnútroštátneho súdu navyše chýba spresnenie, pokiaľ ide o skutkové okolnosti sporu vo veci samej, o predmete opravného prostriedku podaného vylúčeným uchádzačom, ako aj o dôvodoch, pre ktoré postup verejného obstarávania pokračoval napriek skutočnosti, že proti rozhodnutiu verejného obstarávateľa bol podaný opravný prostriedok.

54 Z dôvodu absencie týchto informácií nemôže Súdny dvor poskytnúť užitočnú odpoveď na tretiu položenú otázku, ktorá je v dôsledku toho neprípustná.“

94. Hoci Najvyšší súd ponúkal žalovanému, aby sa k právnym záverom rozsudku Súdneho dvora vyjadril (viď bod č. 39), tak toto žalovaný vo vzťahu k otázke právnej ochrany prostredníctvom následného súdneho prieskumu rozhodnutia o vylúčení neúspešného uchádzača neobjasnil.

95. Na základe hore uvedených nesprávnych právnych posúdení preskúmvanej veci Najvyšší súd dospel k záveru o nutnosti zrušiť napadnuté rozhodnutie.

VI.

96. Odvolací súd vzhľadom na námietky uplatnené žalobcami ako konzorciom uvádza, že napadnuté rozhodnutie nemá všetky formálne i obsahové náležitosti rozhodnutia v zmysle § 47 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok). Uvedené rozhodnutie správneho orgánu nevychádza z dostatočne zisteného skutkového stavu, u ktorého absentuje riadne právne posúdenie vecí. Odvolací súd sa nestotožňuje so skutkovými zisteniami a právnymi závermi zistenými v predchádzajúcich konaniach o tom, že konzorcium nesplnilo spornú podmienku účasti.

Nakoľko počas konania Najvyšší súd z dostupných zdrojov dospel k záveru, že sa vyskytli prekážky pre konanie z dôvodov potreby výkladu únievého práva, a to hore uvedených aplikovaných právnych predpisov a súvisiacich právnych aktov orgánov Európskej únie, preto súdny prieskum prerušil s výsledkom hore opísaným.

97. Na základe zisteného skutkového stavu, uvedených právnych skutočností, po vyhodnotení námietok žalobcov a stanoviska žalovaného ako aj s prihliadnutím na závery obsiahnuté vo vyššie uvedenom rozhodnutí Súdneho dvora (čl. 7 ods. 2 ústavy v spojení s čl. 4 ods. 3 Zmluvy o Európskej únii), na rozdiel od argumentácie krajského súdu postupom podľa § 220 v spojení s § 250ja ods. 3 O.s.p. s oznámením termínu vyhlásenia rozsudku postupom podľa § 156 ods. 1 a 3 O.s.p. rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku rozsudku.

98. O trovách odvolacieho súdneho konania rozhodol Najvyšší súd podľa § 224 ods. 1 v spojitosti s § 250k ods. 1 a § 246c ods. 1 O.s.p., podľa ktorého iba úspešný žalobca má právo na náhradu trov tohto konania, čo v tomto súdnom prieskume nastalo.

Podmienkou pre priznanie náhrady trov právneho zastúpenia je ich doloženie do spisu počas konania alebo dovyčíslenie v 3 - dňovej lehote po vyhlásení rozsudku. V prípade iných trov konania úspešného žalobcu/ odporcu mu prizná náhradu trov konania vyplývajúcich zo spisu ku dňu vyhlásenia rozhodnutia s výnimkou trov právneho zastúpenia.

Podľa § 151 ods. 1 O.s.p. v citovanom znení o povinnosti nahradiť trovy konania rozhoduje súd na návrh spravidla v rozhodnutí, ktorým sa konanie končí. Účastník, ktorému sa prisudzuje náhrada trov konania, je povinný trovy konania vyčísliť najneskôr do troch pracovných dní od vyhlásenia tohto rozhodnutia.

Podľa § 151 ods. 2 O.s.p. v citovanom znení platí, že ak účastník v lehote podľa odseku 1 trovy nevyčísli, súd mu prizná náhradu trov konania vyplývajúcich zo spisu ku dňu vyhlásenia rozhodnutia s výnimkou trov právneho zastúpenia; ak takému účastníkovi okrem trov právneho zastúpenia iné trovy zo spisu nevyplývajú, súd mu náhradu trov konania neprizná a v takom prípade súd nie je viazaný rozhodnutím o prisúdení náhrady trov konania tomuto účastníkovi v rozhodnutí, ktorým sa konanie

končí.

99. Výška priznaných náhrad trov konania sa skladá :

1. Z náhrady trov právneho zastúpenia, ktoré právny zástupca žalobcov listom zo 17. októbra 2017 v zmysle vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z.z. o odmenách a náhradách advokátov za poskytovanie právnych služieb vyčíslil a voči správnosti ktorých neboli vznesené námietky :

1.1. Trovy právneho zastúpenia na krajskom súde

1.1.1. prevzatie a príprava zastúp. (14) - 1 úkon práv. služby 134,-- €

1.1.1.1. prislúchajúca náhrad rež. paušálu 8,04 €

1.1.2. podanie žaloby (14) - 1 úkon práv. služby 134,-- €

1.1.2.1. prislúchajúca náhrad rež. paušálu 8,04 €

1.2. Trovy právneho zastúpenia na odvolacom súde

1.2.1. podanie odvolania (15) 1 úkon práv. služby 139,83 €

1.2.1.1. prislúchajúca náhrad rež. paušálu 8,39 €

1.2.2. písomné podanie (17) 1 úkon práv. služby 147,33 €

1.2.2.1. prislúchajúca náhrad rež. paušálu 8,84 €

1.2.3. pojednávanie (17) 1 úkon práv. služby 147,33 €

1.2.3.1. prislúchajúca náhrad rež. paušálu 8,84 €

t.j. celkom náhrada trov PZ s DPH: 893,57 €

2. z náhrady súdneho poplatku za žalobu 70,-- €

2.1. z náhrady súdneho poplatku za odvolanie 70,-- €

3. z náhrady 20 % DPH

t.j. celkom iné náhrady: 140,-- €

100. Nakoľko úspešný žalobca bol zastúpený advokátom, je nutné podľa § 149 ods. 1 v spoj. s § 246c ods. 1 O.s.p. zaplatiť mu priznanú náhradu trov. Bližšie podrobnosti o spôsobe platby a účte právneho zástupcu nie sú obsiahnuté v súdnom spise.

Čo sa týka náhrad vyvolaných účasťou žalobcov v konaní o prejudiciálnych otázkach, najvyšší súd sa s nimi nezaoberal, nakoľko si ich úspešní žalobcovia neuplatnili.

Poučenie:

Proti tomuto rozhodnutiu n i e j e prípustný opravný prostriedok (§ 246c ods. 1 O.s.p.).