

Súd: Najvyšší súd SR  
Spisová značka: 1Sžf/75/2015  
Identifikačné číslo spisu: 1013201255  
Dátum vydania rozhodnutia: 14.02.2017  
Meno a priezvisko: JUDr., Ing. Miroslav Gavalec  
Funkcia: sudca  
ECLI: ECLI:SK:NSSR:2017:1013201255.1

## 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. Eleny Berthotyovej, PhD. v právnej veci žalobcu: Power Service IFT s.r.o., IČO: 45 680 086, so sídlom Mliekárenska č. 19, 821 09 Bratislava, zast.: LEGAL & CORP s.r.o., advokátskym spoločenstvom, IČO: 47 237 325, so sídlom Šustekova č. 16, 851 04 Bratislava, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, so sídlom Dunajská č. 68, 820 04 Bratislava, za účasti: Slovenská elektrizačná prenosová sústava, so sídlom Mlynské Nivy 59/A, 824 84 Bratislava, zast.: SOUKENÍK - ŠTRPKA, s.r.o., advokátskym spoločenstvom, IČO: 36 862 711, so sídlom Šoltésovej č. 14, 811 08 Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia správneho orgánu vo verejnom obstarávaní na odvolanie žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave z 10. februára 2015 č.k. 5S/171/2013 - 57, takto

### rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave z 10. februára 2015 č.k. 5S/171/2013 - 57 p o t v r d z u j e .

Účastníkom a zúčastnenej osobe právo na náhradu trov odvolacieho konania n e p r i z n á v a .

### Odôvodnenie

I.  
Konanie na finančnom orgáne

1. Rozhodnutím č. 7074-6000/2013-ON/125 z 20.06.2013 (ďalej na účely rozsudku len „napadnuté rozhodnutie“- č.l. 6) komisia žalovaného ako prvostupňový orgán príslušný podľa § 109 a § 137 ods. 2 písm. a) a písm. b) a § 140 ods. 5 a 7 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej na účely rozsudku len „zák. č.

25/2006 Z.z.") vo veci námietok žalobcu ako záujemcu proti jeho vylúčeniu z užšej súťaže na predmet zákazky „Realizácia stavby „Dial'kové riadenie ESt Rimavská Sobota + výmena transformátora T402" (ďalej na účely rozsudku len „dotknutá zákazka"), vyhlásenej zúčastnenou osobou Slovenská elektrizačná prenosová sústava, a.s., Bratislava (ďalej na účely rozsudku len „obstarávateľ") v Úradnom vestníku Európskej únie dňa 16.02.2013 pod značkou 2013/S 034-054354 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 34/2013 dňa 16.02.2013 pod značkou 2420 - MUP, podľa § 139 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z.z. uvedené námietky zamietla.

Podľa § 109 ods. 1 veta prvá zák. č. 25/2006 Z.z. v znení relevantnom pre preskúvanú vec úrad je ústredným orgánom štátnej správy pre verejné obstarávanie.

Podľa § 1551 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení verejná súťaž, užšia súťaž, rokovacie konanie so zverejnením, rokovacie konanie bez zverejnenia, súťažný dialóg, koncesia, súťaž návrhov alebo postup zadávania podprahovej zákazky, pri ktorých bolo oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania, oznámenie použité ako výzva na súťaž alebo výzva na predkladanie ponúk odoslané na uverejnenie do 17. februára 2013, sa dokončia podľa predpisov účinných do 17. februára 2013.

Podľa § 1551 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení konanie o žiadosti o nápravu a konanie o námietkach, ktoré sa vzťahujú na verejné obstarávanie podľa odseku 1, sa vykonávajú podľa predpisov účinných do 17. februára 2013.

Podľa § 137 ods. 2 písm. a) a b) zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení úrad pri výkone dohľadu  
a) rozhoduje o námietkach uchádzačov, záujemcov, účastníkov alebo osôb, ktorých práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného,  
b) rozhoduje o námietkach orgánu štátnej správy, ak boli kontrolovanému poskytnuté finančné prostriedky na dodanie tovaru, uskutočnenie stavebných prác alebo poskytnutie služieb z Európskej únie.

Podľa § 140 ods. 5 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení úrad rozhoduje v konaní o námietkach v komisiách okrem rozhodnutí podľa § 139 ods. 1.

Podľa § 139 ods. 4 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení platí, že ak úrad v konaní o námietkach nezistí porušenie tohto zákona, na ktoré poukazuje navrhovateľ v podaných námietkach a ktoré by mohlo zásadne ovplyvniť výsledok verejného obstarávania, námietky zamietne.

## 2. Žalobca najmä uviedol

- obstarávateľovi predložil Zmluvu na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti uzavretú medzi žalobcom a spoločnosťou Empower AS, Tallinn, Estónska republika (ďalej na účely rozsudku len „zmluva o technickej spôsobilosti", resp. „Empover AS"), ktorá spoločnosť reálne disponuje odbornými kapacitami na realizáciu dotknutej zákazky (citované: „navrhovateľovi poskytne výkazy, referencie, zdroje a svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu s obstarávateľom"),

o vid' potvrdenie spoločnosti Empower OY o tom, že zákazku, ktorú potvrdil konečný odberateľ, v skutočnosti realizovala spoločnosť Empower AS.

- hoci vylúčenie žalobcu má základ v § 33 ods. 7 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z., tak žalobca zdokladoval, že spoločnosť Empower AS je 100 % dcérskou spoločnosťou spoločnosti Empower OY,

- nesúhlasí s aplikáciou záverov rozsudku Európskeho súdneho dvora zo dňa 18.10.2012 vo veci C-218/11 na jeho vylúčenie, nakoľko ide o prepojenie troch subjektov navzájom

o právo, ktorým sa riadia, je od práva, ktorým sa spravuje holding spoločností Empower OY a Empower AS, odlišné

o je nutné aplikovať naopak rozsudky Akzo Nobel a spol./Komisia sp.zn. C-97/08 alebo General Química a spol./Komisia sp.zn. 90/09 a pod.

3. Podľa žalovaného skutkový stav zistený v správnom konaní bol nasledujúci. Obstarávateľ vyhlásil

užšiu súťaž podľa § 50 ods. 4 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z. na predmet dotknutej zákazky. Príslušné informácie uverejnil v obidvoch vestníkoch s tým, že ide o nadlimitnú zákazku. Následne uverejnil rovnakým spôsobom aj dodatočné informácie (redakčné opravy) k predmetnému verejnému obstarávaniu.

Z dokumentu „Zápisnica z pracovného zasadnutia KRO č. 5" z 18.04.2013 vyplýva, že obstarávateľ vylúčil listom z 18.04.2013 z predmetnej užšej súťaže žalobcu (celkom 2 záujemcov).

4. Na žiadosť žalobcu z 03.05.2013 o nápravu proti svojmu vylúčeniu podľa § 136 ods. 1 písm. e) zák. č. 25/2006 Z.z. obstarávateľ reagoval oznámením z 10.05.2013 o zamietnutí žiadosti o nápravu.

Následne žalobca podal námietky podľa § 138 ods. 2 písm. e) zák. č. 25/2006 Z.z.

5. V napadnutom rozhodnutí žalovaný vychádzal najmä z bodu III.2.3 „Technická spôsobilosť" oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, prostredníctvom ktorého požaduje obstarávateľ:

„Informácie a formálne náležitosti nevyhnutné na vyhodnotenie splnenia podmienok:

3.1 Záujemca v žiadosti o účasť predloží nasledovné doklady (v origináli, resp. ich úradne osvedčené kópie), preukazujúce technickú alebo odbornú spôsobilosť:

3.1.1 Potvrdený zoznam stavebných prác, ktorých predmetom sú práce rovnakého alebo podobného charakteru a zložitosti pre zariadenia 220kV a 400kV a vyššie ako plánovaná zmluva na dodanie požadovaného predmetu obstarávania (napr. rekonštrukcia, výstavba nových ESt 400 a 220kV) uskutočnených v rokoch 2008 až 2012, doplneným potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác. Záujemca v zozname preukáže vykonanie stavebných prác pre minimálne dve rôzne stavby, pričom jedna z nich musí mať predmet plnenia vyšší ako 8 000 000 EUR a druhá musí mať predmet plnenia vyšší ako 5 000 000 EUR s uvedením cien, miest a lehôt uskutočnenia prác a zhodnotenia uskutočnených prác podľa obchodných podmienok, ak odberateľom:

3.1.1.1 bol verejný obstarávateľ podľa zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní, dôkaz o plnení zmluvy potvrdí tento verejný obstarávateľ,

3.1.1.2 bola iná osoba ako verejný obstarávateľ, dôkaz o plnení potvrdí odberateľ.

Zdôvodnenie podmienky účasti: Splnením tejto podmienky účasti preukáže záujemca schopnosť a spôsobilosť realizovať rovnaké, alebo podobne náročné stavebné práce v požadovanom rozsahu a v požadovanej kvalite."

6. V súvislosti s uvedeným ďalej žalovaný uviedol, že listom z 28.03.2013 vyzval žalobcu o vysvetlenie podielu spoločností Fingrit a Empower OY na realizácii transformovni 220kV, resp. 400kV vo Fínsku.

Žalobca odpovedal, že ním predložený zoznam stavebných prác obsahuje zoznam stavieb realizovaných spoločnosťou Empower (ako 100 % dodávateľa prác) pre investora Fingrid.

7. Listom z 09.04.2013 opätovne obstarávateľ požiadal žalobcu o vysvetlenie ním predložených dokladov s tým, že vzhľadom na obdobnosť obchodných mien spoločností Empower (Aktsiaseits, AS alebo OY) nie je jasné, s kým žalobca uzatvoril zmluvu a v akom právnom vzťahu je spoločnosť Empower Aktsiaseits so spoločnosťou Empower OY.

Po zaslaní objasňujúceho listu zo 16.04.2013 obstarávateľ listom z 18.04.2013 podľa § 33 ods. 7 písm.

a) zák. č. 25/2006 Z.z. vylúčil žalobcu z procesu verejného obstarávania s odôvodnením, že:

„Materská spoločnosť a dcérska spoločnosť sú právne samostatné obchodné subjekty a nie je možné na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity spoločnosti pre Vašu spoločnosť prostredníctvom ďalšej osoby pre tretiu osobu. Z uvedeného vyplýva, že nespĺňate splnenie podmienky účasti podľa bodu II.2.3 Technická spôsobilosť, bod 3.1.1 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania." "

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

8. Žalovaný ďalej zistil, že súčasťou žiadosti o účasť žalobcu sú 3 referencie o uspokojivom vykonaní

stavebných prác potvrdené odberateľom, spoločnosťou Fingrid OY, ktorých dodávateľom bola spoločnosť Empower OY, Helsinky.

Hoci z ustanovenia § 28 ods. 2 zák. č. 25/2006 Z.z. vyplýva, že na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti môže záujemca využiť aj technické a odborné kapacity inej osoby, tak podľa žalovaného toto musí záujemca preukázať písomnou zmluvou uzavretou s touto spoločnosťou. Navyše uvedená osoba musí spĺňať podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) zák. č. 25/2006 Z.z. vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity žalobcovi zmluvne poskytnuté.

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

a) zoznamom dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov; ak odberateľom

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

Podľa § 28 ods. 2 zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení uchádzač alebo záujemca môže na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti využiť technické a odborné kapacity inej osoby, bez ohľadu na ich právny vzťah. V takomto prípade musí uchádzač alebo záujemca verejnému obstarávateľovi alebo obstarávateľovi preukázať, že pri plnení zmluvy bude môcť reálne disponovať s kapacitami osoby, ktorej spôsobilosť využíva na preukázanie technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti. Túto skutočnosť preukazuje záujemca alebo uchádzač písomnou zmluvou uzavretou s touto osobou, obsahujúcou záväzok osoby, ktorej technickými a odbornými kapacitami mieni preukázať svoju technickú spôsobilosť alebo odbornú spôsobilosť, že táto osoba poskytne svoje kapacity počas celého trvania zmluvného vzťahu. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti, musí spĺňať podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f) vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté.

Podľa § 26 ods. 1 písm. f) zák. č. 25/2006 Z.z. v citovanom znení verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia: je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu.

9. Napriek tomu, že žalobca predložil za účelom preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti v zmysle zákonných ustanovení a podmienky účasti zadaných v bode III.2.3 zoznam zmlúv, tak písomná zmluva uzavretá medzi žalobcom a spoločnosťou Empower OY, ktorá predmetnými referenciami disponuje, a na ktoré sa žalobca vo svojej žiadosti o účasť odvoláva, absentuje.

Navyše žalovaný zdôrazňuje, že napriek skutočnosti, že spoločnosť Empower AS je 100%-nou dcérskou spoločnosťou firmy Empower OY, ide súčasne v zmysle obchodného práva a judikatúry Európskeho súdneho dvora (odkaz na rozsudok ESD vo veci Holst Italia z 02.decembra 1999, sp.zn. C-176/98 ako aj rozsudok ESD vo veci Siemens ARGE Telekom z 18.marca 2004, sp.zn. C-314/01; bod 44) o dva samostatne právne subjekty s vlastnou samostatnou právnou subjektivitou, samostatným spôsobom konania a vystupovania v právnych vzťahoch medzi nimi a tretími osobami. V takomto prípade žalovaný nepovažoval podmienku účasti na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti zo strany žalobcu za splnenú.

## II.

Konanie na prvostupňovom súde

### A)

10. Proti tomuto rozhodnutiu podal žalobca prostredníctvom právneho zástupcu na Krajský súd v Bratislave žalobu z 03.07.2013.

11. Krajský súd v Bratislave ako prvostupňový súd preskúmal napadnuté rozhodnutie na nariadenom pojednávaní v rozsahu dôvodov uvedených v žalobe (§ 249 ods. 2 O.s.p.) ako aj konanie, ktoré jeho vydaniu predchádzalo, a dospel k záveru, že žalobu je podľa § 250j ods. 1 O.s.p. potrebné zamietnuť, pretože napadnuté rozhodnutie i postup žalovaného z pohľadu vymedzenia žaloby boli v súlade so zákonom.

12. Po rekapitulácii skutkového stavu zachyteného v administratívnom spise a citácii dotknutých ustanovení Občianskeho súdneho poriadku a zák. č. 25/2006 Z.z. krajský súd konštatoval, že [odvolací súd vzhľadom na nižšie uvedený odvolaciu argumentáciu cituje podstatnú časť spochybňovaného odôvodnenia krajského súdu]:

„Žalobca predložil kontrolovanému zmluvu na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti uzavretú so spoločnosťou Empower AS a zároveň mu predložil poskytnuté referencie spoločnosti Empower OY. V zmysle uvedenej zmluvy sa na poskytnutie finančných výkazov a referencií zaviazala iba spoločnosť Empower AS, pričom v zmluve sa žiadne prepojenie na spoločnosť Empower OY neuvádza. Žalobca využil na preukázanie splnenie ust. § 28 ods. 1 písm. b/ ZVO kapacity inej osoby v zmysle ust. § 28 ods. 2 ZVO. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti musí spĺňať podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f ZVO vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté, čo v danom prípade žalobca vo svojej žiadosti nepreukázal. Súd sa stotožnil so závermi kontrolovaného ako aj žalovaného, že napriek skutočnosti, že spoločnosť Empower AS je 100% dcérskou spoločnosťou spoločnosti Empower OY, ide súčasne o dva samostatné subjekty s vlastnou samostatnou právnou subjektivitou, samostatným spôsobom konania a vystupovania v právnych vzťahoch medzi nimi a tretími osobami.

V prípade akceptovania žalobcovej ponuky kontrolovaným v žiadosti o účasť došlo by k rozporu s ust. § 9 ods. 4 zákona ZVO konkrétne s princípom rovnakého zaobchádzania a princípom nediskriminácie záujemcov, nakoľko predloženou ponukou nebolo preukázané splnenie podmienok účasti."

13. Na základe vyššie citovaného krajský súd v po preskúmaní veci dospel k záveru, že námietky žalobcu neodôvodňovali zrušenie napadnutého rozhodnutia, preto bolo potrebné žalobu zamietnuť podľa § 250j ods. 1 O.s.p.

### III.

Odvolanie žalobcu/ stanoviská

A)

14. Vo včas podanom odvolaní zo dňa 06.05.2015 (č.l. 62) proti rozsudku prvostupňového súdu žalobca prostredníctvom právneho zástupcu v súlade s ustanovením § 205 O.s.p. uviedol nasledujúce dôvody odvolania:

súd prvého stupňa dospel na základe vykonaných dôkazov k nesprávnym skutkovým zisteniam [§ 205 ods. 2 písm. d) O.s.p.] a

rozhodnutie súdu prvého stupňa vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci [§ 205 ods. 2 písm. f) O.s.p].

15. Následne odvolací súd rekapituluje odvolacie námietky žalobcu v stručnom prehľade:

- s poukazom na § 28 ods. 1 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z. je možné technickú alebo odbornú spôsobilosť preukazovať potvrdením (vyhlásením) zo strany odberateľa žalobcu ako uchádzača,

- obstarávateľovi predložil zmluvu o technickej spôsobilosti so spoločnosťou Empower AS, ktorá reálne disponuje odbornými kapacitami na realizáciu dotknutej zákazky,

o spoločnosť Fingrid ako odberateľ (§ 28 ods. 1 písm. a/) vystavila referencie, v ktorých označila ako hlavného dodávateľa spoločnosť Empower OY,

o spoločnosť Empower OY zároveň potvrdila, že zákazka pre spoločnosť Fingrid bola zrealizovaná prostredníctvom spoločnosti Empower AS,

o v zmysle ust. § 28 ods. 1 a 2 zák. č. 25/2006 Z.z. nie je pritom prípustné obmedzovať možnosť uchádzačov (záujemcov) preukazovať svoju technickú/ odbornú spôsobilosť povinnosťou predložiť

referencie, kde vystupoval ako hlavný dodávateľ,

o zák. č. 25/2006 Z.z. neupravuje presnú formu potvrdení,

- prvostupňový súd sa nijakým spôsobom nevysporiadal s existenciou písomného potvrdenia spoločnosti Empower OY, že zákazku pre Fingrid zrealizovala spoločnosť Empower AS, ako aj

- porušenie ustanovenia § 157 ods. 2 O.s.p.

o o absencii riadneho odôvodnenia napadnutého rozsudku svedčí aj skutočnosť, že po zosumarizovaní tvrdení účastníkov a skutkového stavu sa právny záver a posúdenie prvostupňového súdu nachádza iba na str. 9 - spodná polovica strany.

16. Záverom žalobca navrhol zmeniť rozsudok krajského súdu tak, že zruší napadnuté rozhodnutie a vráti vec žalovanému na ďalšie konanie spolu s priznaním náhrady trov v neskôr vyčíslenej výške. Žalobca tiež alternatívne navrhol, aby odvolací súd rozsudok krajského súdu zrušil a vrátil vec prvostupňovému súdu na ďalšie konanie.

B)

17. Z vyjadrenia žalovaného z 27.07.2015 vyplýva, že nesúhlasí tak s odvolacími dôvodmi, ako aj ich odôvodnením. Žalovaný charakterizoval žalobcovu argumentáciu ako protirečivú, vychádzajúcu z nesprávneho pochopenia inštitútov zák. č. 25/2006 Z.z. s cieľom za každú cenu sanovať nedostatky jeho ponuky.

Ďalej upozornil, že žalobca pri citácii relevantných ustanovení vychádzal zo znenia, ktoré nie je pre prejednávajúcu vec relevantné.

18. Následne žalovaný opätovne zdôraznil svoju doterajšiu argumentáciu, že preukázanie reálneho disponovania s kapacitami tretej osoby sa zakladá na písomnej zmluve uzavretej s týmto subjektom, pričom táto zmluva nevyhnutne musí obsahovať aj záväzok o poskytnutí kapacít počas celého trvania zmluvného vzťahu. Bremeno preukazovania leží na uchádzačoch/záujemcoch a zároveň kapacity musí poskytovať totožná osoba, prostredníctvom ktorej sa preukazuje aj daná podmienka účasti.

Žalobca však uvedenú zákonnú požiadavku napriek výzvam obstarávateľa nebol podľa žalovaného schopný preukázať.

19. S tým súvisí aj názor žalovaného, že referencie vystavené hlavnému dodávateľovi nemožno za žiadnych okolností aplikovať aj na subdodávateľov.

Pripustením takéhoto ponímania by podľa súčasnej právnej úpravy bolo možné v zmysle § 149 ods. 3 písm. b) body 1 a 3 zák. č. 25/2006 Z.z. uložiť zákaz účasti vo verejnom obstarávaní naviazaný práve na vyhotovenie negatívnych referencií.

20. S námietkou žalobcu na nevyužitie inštitútu vysvetľovania žalovaný tiež vyslovil nesúhlas. Posudzovanie splnenia podmienok účasti nie je podľa žalovaného riadené vyhľadávacou zásadou, ale naopak je limitované koncentračnou zásadou, kedy verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ vychádza z dokladov predložených uchádzačmi alebo záujemcami v lehote na predkladanie ponúk, resp. žiadostí o účasť.

Ďalej žalovaný nesúhlasil s tvrdeniami žalobcu ohľadom formalistického prístupu.

21. Záverom žalovaný navrhol, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok krajského súdu potvrdil a v tejto súvislosti zároveň žalobcovi uplatňovaný nárok na náhradu trov konania nepriznal.

C)

22. Podaním z 15.07.2015 (č.l. 75) právne zastúpený obstarávateľ ako zúčastnená osoba zaslal svoje vyjadrenie k odvolaniu.

Po citácii dotknutých ustanovení zák. č. 25/2006 Z.z. obstarávateľ zotrval na svojej argumentácii, že referencie, ktoré žalobca predložil k žiadosti, ako zhotoviteľa stavebných prác označovali spoločnosť Empower OY. Avšak jeho referencie vôbec neodkazovali na spoločnosť Empower AS, ktorá bola žalobcom vo vyššie uvedenom verejnom obstarávaní uvedená ako tzv. tretia osoba, prostredníctvom ktorej žalobca preukazoval technickú a odbornú spôsobilosť a ktorej technické a odborné kapacity mal záujem využiť.

23. Aj v prípade, ak by mala uvedená referencia spĺňať náležitosti zák. č. 25/2006 Z.z., musel by mať podľa obstarávateľa uzatvorenú zmluvu priamo so spoločnosťou Empower OY. Na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti bolo preto potrebné predložiť referencie vystavené výlučne pre spoločnosť Empower AS.

Na to, že v obdobnej právnej veci rozhodol aj Súdny dvor Európskej únie v rozsudku z 18.10.2013, vo veci sp.zn. C - 218/11, upozornil obstarávateľ citujúc jeho relevantnú časť nasledovne:

V tejto súvislosti má uvedená dcérska spoločnosť k dispozícii iba možnosť stanovenú v článku 47 ods. 2 smernice 2004/18, ktorá jej umožňuje preukázať ekonomické a finančné postavenie inej osoby predložením záväzku tejto osoby dať jej k dispozícii potrebné kapacity. Treba konštatovať, že táto možnosť je zvlášť prispôbená na takúto situáciu, lebo materská spoločnosť tak môže prekryť nemožnosť splniť minimálnu úroveň spôsobilosti, do ktorej uviedla svoju dcérsku spoločnosť."

24. Záverom obstarávateľ navrhol, aby odvolací súd rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdil a navrhovateľovi nepriznal náhradu trov konania.

#### IV.

##### Právne názory odvolacieho súdu

25. Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len „Najvyšší súd“) ako odvolací súd (§ 10 ods. 2 O.s.p.) preskúmal napadnutý rozsudok v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní podľa § 212 v spojení s § 246c ods. 1 zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok (ďalej v texte rozsudku tiež „O.s.p.“) v spojení s § 492 ods. 1 zákona č. 162/2015 Z.z. Správny súdny poriadok. Po zistení, že odvolanie bolo podané oprávnenou osobou v zákonnej lehote (§ 204 ods. 1 O.s.p.) a že ide o rozsudok, proti ktorému je podľa ustanovenia § 201 v spoj. s ust. § 250ja ods. 1 O.s.p. odvolanie prípustné, vo veci v zmysle dôvodov uvedených v § 250ja ods. 2 O.s.p. nenariadil pojednávanie a po neverejnej porade senátu jednomyseľne (§ 3 ods. 9 zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch v znení neskorších predpisov) dospel k záveru, že odvolanie nie je dôvodné, pretože napadnutý rozsudok je vo výroku vecne správny, a preto ho po preskúmaní dôležitosti odvolacích dôvodov postupom uvedeným v § 219 ods. 1 O.s.p. potvrdil ako vo výroku vecne správny.

26. Najvyšší súd sa sčasti stotožňuje so skutkovými závermi krajského súdu v tom rozsahu, ako si ich osvojil zo zistení uvedených žalovaným správnym orgánom, ktoré sú obsiahnuté v administratívnom spise. Na druhej strane podstatou súdneho odvolania proti rozsudku krajského súdu ako aj žaloby, ktorou sa žalobca domáha preskúmania rozhodnutia žalovaného, je právna otázka, či je možné preukázať zákonnú podmienku technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti záujemcu aj prostredníctvom technickej a odbornej kapacity inej osoby na základe zmluvy o technickej spôsobilosti s treťou osobou a ak áno, potom za akých podmienok.

Práve tento právny rámec aj vymedzuje potrebné medze skutkového zistenia.

27. Na prvom mieste odvolací súd preveril splnenie podmienok konania ako aj správne vymedzený okruh účastníkov. Nesplnenie podmienok konania (§ 103 O.s.p.) ako aj odňatie možnosti niektorému z účastníkov zúčastniť sa na konaní predstavujú závažné pochybenia pri poskytovaní súdnej ochrany v zmysle čl. 46 a nasl. Ústavy Slovenskej republiky, na ktoré musí súd vždy prihliadnuť.

28. Žalobca svoje odvolanie oprel o viacero námietok. Za účelom riadneho prieskumu zákonnosti

napadnutého rozhodnutia sa musí Najvyšší súd primárne vysporiadať s námietkami, ktoré žalobca využil na spochybnenie zákonnosti postupu správneho orgánu smerujúceho k vysloveniu napadnutého rozhodnutia. Až po vyslovení ich nedôvodnosti súdom vzniká žalobcovi na prieskum zákonnosti samotného rozhodnutia (meritórne námietky).

29. V súvislosti s hore položenou otázkou Najvyšší súd vopred avizuje, že po vyhodnotení závažnosti odvolacích dôvodov vo vzťahu k napadnutému rozsudku krajského súdu a vo vzťahu k obsahu súdneho a pripojeného administratívneho spisu Najvyšší súd s prihliadnutím na ust. § 219 ods. 2 v spoj. s § 246c ods. 1 O.s.p. konštatuje, že nezistil dôvod na to, aby sa odchýlil od argumentov a právnych záverov spolu s citáciou dotknutých právnych noriem obsiahnutých v odôvodnení napadnutého rozsudku krajského súdu, ktoré vytvárajú dostatočné právne východiská pre vyslovenie výroku napadnutého rozsudku. Preto sa s ním stotožňuje v prevažujúcom rozsahu a aby nadbytočne neopakoval pre účastníkov známe fakty prejednávanej veci spolu s právnymi závermi krajského súdu, Najvyšší súd sa v svojom odôvodnení následne obmedzí iba na rekapituláciu niektorých vybraných bodov odôvodnenia napadnutého rozsudku a doplnenia svojich odlišných, resp. doplňujúcich zistení a záverov zistených v odvolacom konaní (§ 219 ods. 2 v spoj. s § 250l ods. 2 O.s.p. umožňuje odvolaciemu súdu doplniť odôvodnenie prvostupňového súdu o ďalšie dôvody) najmä vo vzťahu k hore vymedzenej právnej otázke.

30. Na tomto mieste Najvyšší súd dáva do pozornosti viazanosť odvolacieho súdu v zmysle § 212 ods. 1 v spojení s § 205 ods. 2 predvetie O.s.p. rozsahom a dôvodmi odvolania s výnimkami uvedenými v odseku 2 alebo plynutím času v zmysle § 205 ods. 3 O.s.p.

Preto musí v poradí prvý uvedený odvolací dôvod, t.j. že súd prvého stupňa dospel na základe vykonaných dôkazov k nesprávnym skutkovým zisteniam [viď § 205 ods. 2 písm. d) O.s.p.], odmietnuť, nakoľko tento odvolací dôvod pre správne súdnictvo je takmer nepoužiteľný vzhľadom na viazanosť správneho súdu skutkovým stavom riadne zisteným správnym orgánom (viď § 250i ods. 1 a § 250j ods. 2 písm. b/ a c/ O.s.p.).

Podľa § 212 ods. 1 O.s.p. v citovanom znení odvolací súd je rozsahom a dôvodmi odvolania viazaný.

31. Ďalej sa žalobca dovoľával nesprávneho právneho posúdenia veci pri aplikácii ustanovenia § 28 zák. č. 25/2006 Z.z., t.j. vymedzení pojmu technická alebo odborná spôsobilosť spolu so spôsobmi ich preukázania pre účely verejného obstarávania zákazky, ktorá bola vymedzená v 3.1 oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania (viď bod č. 5).

V tejto súvislosti je pre preskúvanú vec významná zákonom pripustená možnosť v ustanovení § 28 ods. 2 zák. č. 25/2006 Z.z. preukázať uvedenú spôsobilosť využitím technických alebo odborných kapacít osoby odlišnej od osoby uchádzača/ záujemcu bez prihliadnutia na ich právny vzťah.

32. Reálnu schopnosť dispozície uchádzača s týmito kapacitami zákonodarca podriadil pod jeho povinnosť predložiť písomnú zmluvu, ktorá preukáže takýto záväzok počas celej existencie zmluvného vzťahu. V uvedenej súvislosti žalobca predložil (viď bod č. 2) zmluvu o technickej spôsobilosti uzavretú medzi žalobcom a spoločnosťou Empower AS, v zmysle ktorej uvedená spoločnosť reálne disponuje odbornými kapacitami na realizáciu dotknutej zákazky.

V nasledujúcej objasňujúcej komunikácii (výzva obstarávateľa z 28.03.2013 a s tým spojená odpoveď z 08.04.2013) žalobca uviedol, že

„V ponuke predložený zoznam stavebných prác obsahuje zoznam stavieb realizovaných spoločnosťou Empower pre investora Fingrid (viď predložené doklady, kde je uvedené: „Týmto potvrdzujeme, že Fingrid najala spoločnosť Empower OY, ako hlavného zhotoviteľa na výstavbu ...“ to znamená, že spoločnosť Empower bola 100 %-ným dodávateľom prác pre spoločnosť Fingrid ako investora. Poznámka spoločnosti Fingrid o vykonaní prác spoločnosťou Empower vo vysokej kvalite, v dojednaných termínoch a v požadovanom rozsahu spolu so subdodávateľmi a spoločnosťou Fingrid iba

dokladuje dobrú spoluprácu „hlavného zhotoviteľa“ - spoločnosť Empower a objednávateľa (investora) - spoločnosť Fingrid."

33. Rovnako ako krajský súd, aj Najvyšší súd si osvojil na základe tejto a nasledujúcej komunikácie (ďalšie výzva obstarávateľa z 09.04.2013 na objasnenie právnych vzťahov medzi zahraničnými spoločnosťami Empower AS, Fingrid Oy a Empower OY a s tým spojená odpoveď žalobcu zo 16.04.2013) názor, že žalobca predložil na preukázanie splnenie podmienky technickej alebo odbornej spôsobilosti využitie technickej a odbornej kapacity inej spoločnosti (t.j. Empower OY, Helsinki, Fínska republika) ako tú, s ktorou mal žalobca uzavretú zmluvu (t.j. Empower AS, Tallin, Estónska republika).

Uvedenú skutočnosť správne krajský súd opísal v rozsudku nasledujúcim textom:

„Žalobca predložil kontrolovanému zmluvu na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti uzavretú so spoločnosťou Empower AS a zároveň mu predložil poskytnuté referencie spoločnosti Empower OY. V zmysle uvedenej zmluvy sa na poskytnutie finančných výkazov a referencií zaviazala iba spoločnosť Empower AS, pričom v zmluve sa žiadne prepojenie na spoločnosť Empower OY neuvádza. Žalobca využil na preukázanie splnenie ust. § 28 ods. 1 písm. b/ ZVO kapacity inej osoby v zmysle ust. § 28 ods. 2 ZVO. Osoba, ktorej kapacity majú byť použité na preukázanie technickej alebo odbornej spôsobilosti musí spĺňať podmienky účasti podľa § 26 ods. 1 písm. f/ ZVO vo vzťahu k tej časti predmetu zákazky, na ktorú boli kapacity záujemcovi alebo uchádzačovi poskytnuté, čo v danom prípade žalobca vo svojej žiadosti nepreukázal. "

35. Za tejto situácie sa Najvyšší súd rovnako ako krajský súd stotožnil so závermi obstarávateľa ako aj žalovaného, že napriek skutočnosti, že spoločnosť Empower AS je 100% dcérskou spoločnosťou spoločnosti Empower OY, ide súčasne o dva odlišné subjekty zriadených podľa národného práva, ktoré majú samostatnú právnu subjektivitu so samostatným spôsobom konania a vystupovania v právnych vzťahoch medzi nimi a tretími osobami.

Práve tieto jednoznačné odlišnosti uvedených zahraničných spoločností jednoznačne nepodporujú argumentáciu žalobcu, že vzťah medzi dcérskou spoločnosťou spoločnosti Empower OY, kde uvedená spoločnosť Empower OY je výlučným 100 % vlastníkom spoločnosti Empower AS, dopĺňa zmluvu o technickej spôsobilosti tým spôsobom, že vyhovuje zákonným podmienkam zakotveným v hore uvedenom ustanovení § 28 zák. č. 25/2006 Z.z. Uvedenú argumentáciu nepodporujú ani rozsudky Súdneho dvora Európskej únie, ktoré žalobca v tejto súvislosti uviedol v žalobe.

36. K odvolaciemu dôvodu, že spoločnosť Fingrid ako odberateľ (viď ustanovenie § 28 ods. 1 písm. a/ zák. č. 25/2006 Z.z. poukazujúce na zoznam dodávok tovaru alebo poskytnutých služieb za predchádzajúce tri roky doplnený referenčným potvrdením o kvalite dodania tovaru alebo poskytnutia služieb s uvedením cien, lehôt dodania a odberateľov) vystavila referencie, v ktorých označila ako hlavného dodávateľa spoločnosť Empower OY, musí Najvyšší súd naopak v súvislosti s vyššie uvedenými právnymi názormi konštatovať že zák. č. 25/2006 Z.z. prostredníctvom ustanovenia § 28 ods. 1 písm. a) bod 2. nepripúšťa iné potvrdenie, ako potvrdenie odberateľa, kto realizoval zákazku, pričom dôkaz o plnení potvrdí odberateľ.

37. K ďalšej odvolacej námietke žalobcu týkajúcej sa porušenia ustanovenia § 157 ods. 2 O.s.p. krajským súdom musí Najvyšší súd uviesť, že pre túto námietku chýba povinné uvedenie odvolacieho dôvodu. Nie je a ani nemôže byť povinnosťou odvolacieho súdu, aby na základe odvolacích námietok uvedených účastníkom súdneho konania odhadoval, ktorý z prípustných odvolacích dôvodov taxatívne uvedených v § 205 ods. 2 v spojení s § 221 O.s.p. mal asi účastník konania na mysli.

Žalobca síce svoju námietku špecifikoval, že ide o absenciu riadneho odôvodnenia napadnutého rozsudku v zmysle § 157 O.s.p., o čom má svedčiť aj skutočnosť, že po zosumarizovaní tvrdení účastníkov a skutkového stavu sa právny záver a posúdenie prvostupňového súdu nachádza iba na str. 9 - spodná polovica strany, avšak Najvyšší súd nazerá na rozsudok ako na jednotný celok, t.j. aj úvahy správnych orgánov, pokiaľ ich správny súd implicitne neodmieta, sa stávajú súčasťou odôvodnenia

rozsudku.

V.

38. Odvolací súd vzhľadom na odvolacie námietky uplatnené žalobcom uvádza, že napadnuté rozhodnutie má všetky formálne i obsahové náležitosti rozhodnutia požadované v zmysle zák. č. 25/2006 Z.z. Uvedené rozhodnutie žalovaného vychádza z dostatočne zisteného skutkového stavu, ktoré je logicky vyhodnotené a riadne právne posúdené. Odvolací súd sa stotožňuje so skutkovými zisteniami a právnymi závermi zistenými v predchádzajúcich konaniach o tom, že žalobca v prejednávanej veci nespĺnil zákonné podmienky pre účasť vo verejnom obstarávaní.

Počas konania Najvyšší súd z dostupných zdrojov nezistil a ani mu nebolo účastníkmi naznačené, resp. nedospel k záveru, že by sa vyskytli prekážky pre konanie z dôvodov neústavnosti alebo potreby výkladu komunitárneho práva aplikovaných právnych predpisov a súvisiacich právnych aktov orgánov Európskej únie, pre ktoré je potrebné konanie prerušiť, poprípade výskyt skoršej judikatúry, od ktorej by sa tento rozsudok odkláňal.

39. Na základe zisteného skutkového stavu, uvedených právnych skutočností, po vyhodnotení námietok žalobcu a stanoviska žalovaného ako aj s prihliadnutím na závery obsiahnuté vo vyššie uvedených právnych názoroch (čl. 1 ods. 1 ústavy), pri ktorých Najvyšší súd nezistil žiaden relevantný dôvod, aby sa od nich obsahu a vyslovených právnych názorov (viď účinky sledované v § 250ja ods. 4 a contrario odsek 7 O.s.p. spolu s čl. 144 ods. 1 ústavy) s prihliadnutím na ústavný princíp právnej istoty odchytil (napríklad zásadná zmena právneho prostredia, zistenie odlišného skutkového stavu alebo prijatie protichodného zjednocovacieho stanoviska v zmysle záverov judikatúry Európskeho súdu pre ľudské práva v oblasti zjednocovania alebo zamedzovania vydávania protirečivých rozsudkov, najmä vec Zielinsky, Pradal a spol. v. Francúzska republika č. A- 24846/94, 34165/96 až 34173/96, poprípade vec Borovská a Forrai v. Slovenská republika č. A- 48554/10 z 25.11.2014), s osvojením si argumentácie krajského súdu postupom podľa § 219 ods. 2 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.

40. Najvyšší súd v preskúmvanej veci v súlade s ust. § 250ja ods. 2 O.s.p. rozhodol bez pojednávania, lebo nezistil, že by týmto postupom bol porušený verejný záujem (vo veci prebehlo na prvom stupni súdne pojednávanie, pričom účastníkom bola daná možnosť sa ho zúčastniť), a hoci išlo o vec v zmysle § 250i ods. 2 O.s.p. (úprava vecí verejného obstarávania je spojená s verejnoprávnymi vzťahmi), tak v odvolacom konaní na základe mu dostupných informácií z pripojeného priestupkového spisu Najvyšší súd dospel k záveru, že nebolo potrebné v súlade s ust. § 250i ods. 1 O.s.p. vykonať dokazovanie a z iných dôvodov nevznikla potreba pojednávania nariadiť.

41. O trovách odvolacieho súdneho konania za situácie účastníkov s plným právnym zastúpením (žalobca a zúčastnená osoba) 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 nenastalo. Analogické uplatnenie tejto procesnej zásady na zúčastnenú osobu neprichádza do úvahy, nakoľko táto si výslovne právo na náhradu trov konania neuplatnila.

Podľa § 151 ods. 1 O.s.p. 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. 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.

**Poučenie:**

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