

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	3Sžf/129/2013
Identifikačné číslo spisu:	1012200672
Dátum vydania rozhodnutia:	25.11.2014
Meno a priezvisko:	JUDr. Gabriela Gerdová
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2014:1012200672.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Gabriely Gerdovej a zo sudcov JUDr. Ivana Rumanu a JUDr. Jany Zemkovej PhD. v právnej veci žalobcu: Obec Marianka, Školská 32, 900 33 Marianka, IČO: 00 304 930, zastúpený: Advokátska kancelária JURIKA & KELTOŠ, s.r.o., Mickiewiczova 2, Bratislava, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, Bratislava, za účasti: UNISTAV spol. s r.o., Priemyselná 279, 905 01 Senica, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia a postupu žalovaného č. 1158-6000/2011-ON/379 zo dňa 15. marca 2012, v konaní o odvolaní žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 97/2012-66 zo dňa 19. septembra 2013, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 97/2012-66 zo dňa 19. septembra 2013 p o t v r d z u j e.

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

Ďalšiemu účastníkovi náhradu trov konania n e p r i z n á v a.

Odôvodnenie

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu žalobcu, ktorou sa domáhal preskúmania zákonnosti a zrušenia rozhodnutia žalovaného č. 1158-6000/2011-ON/379 zo dňa 15. marca 2012, ktorým bolo nariadené zrušiť užšiu súťaž na predmet zákazky „Obec Marianka - splašková kanalizácia“, vyhlásenú verejným obstarávateľom Obec Marianka.

Krajský súd z administratívneho spisu zistil, že zo strany kontrolovaného (žalobcu) došlo k porušeniu princípu transparentnosti podľa § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní (ďalej len zákon č. 25/2006 Z.z.), keď obstarávateľ (žalobca) stanovil podmienky účasti týkajúcej sa osobného postavenia uchádzačov, resp. záujemcov, uvedené v § 26 ods. 1 písm. g/ zákona č. 25/2006 Z.z. pri obstarávaní predmetnej zákazky netransparentne. Žalobca uverejnil oznámenie o vyhlásení verejného

obstarávania vo Vestníku verejného obstarávania č. 187/2011 dňa 27. septembra 2011 pod zn. 07548-MUP. Predmetom zákazky boli stavebné práce na stavbe splaškovej kanalizácie spolu so zabezpečením archeologického prieskumu, ak to bude pri realizácii stavebných prác nutné z dôvodu prípadného zistenia archeologického náleziska, a realizácia projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby spolu so zabezpečením si všetkých vstupných podkladov pre realizáciu stavby, ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie a pod. Podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia uchádzačov a záujemcov, vrátane požiadaviek, boli zverejnené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania k predmetnej užšej súťaži tak, že uchádzač musí spĺňať podmienky účasti uvedené v § 26 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. bez toho, aby obstarávateľ uviedol, na ktoré konkrétne podnikateľské činnosti súvisiace s predmetom zákazky žiada predložiť príslušné oprávnenia. V zmysle odborného stanoviska Technickej univerzity v Košiciach zabezpečenie archeologického prieskumu, geologického prieskumu a geodetického zamerania nepatrí pod projekčné činnosti, pre uvedené činnosti vydávajú osvedčenia o odbornej spôsobilosti príslušné stavovské komory. V dôsledku takéhoto konania žalobcu došlo k porušeniu jedného zo základných princípov verejného obstarávania a to princípu transparentnosti tým, že žalobca rovnakým spôsobom nepristúpil k vyhodnoteniu oprávnení na plnenie predmetu zákazky - na uskutočnenie obstarávaných stavebných prác a na poskytnutie obstarávaných služieb, keď navrhovateľa - UNISTAV, spol. s r.o., pre nepreukázanie oprávnenia na plnenie časti predmetu zákazky (oprávnenia na vykonávanie projekčnej činnosti) vylúčil z verejného obstarávania a minimálne ďalších dvoch záujemcov, ktorí v predmete svojho podnikania nemajú oprávnenie na plnenie ďalšej činnosti predmetu zákazky, z predmetnej súťaže nevylúčil.

V danom prípade pri zadaní podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia uchádzačov a záujemcov verejného obstarávania vzťahujúcim sa k užšej súťaži došlo k porušeniu ustanovenia § 9 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. tým, že podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia uchádzačov a záujemcov, vrátane požiadaviek týkajúcich sa zápisu do profesijného alebo obchodného registra, boli žalobcom zverejnené oznámením o vyhlásení verejného obstarávania vo vestníku verejného obstarávania bez uvedenia, na ktoré konkrétne podnikateľské činnosti súvisiace s predmetom zákazky žiada obstarávateľ predložiť príslušné oprávnenia. Následkom toho netransparentne, v rozpore so zásadou rovnakého zaobchádzania, boli pre nepreukázanie oprávnenia na vykonávanie projekčnej činnosti vylúčení z predmetnej užšej súťaže minimálne 18-ti z 24-štyroch záujemcov, vrátane navrhovateľa, pričom aj ďalší záujemcovia nepreukázali oprávnenie na realizáciu archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania, ktoré sú tiež predmetom zákazky.

Podľa krajského súdu pochybenie žalobcu v čase, keď už boli predložené a vyhodnotené žiadosti o účasť nebolo možné odstrániť iným spôsobom, ako nariadiť zrušenie užšej súťaže na predmet zákazky v rámci konania o námietkach spoločnosti UNISTAV, spol. s r.o., v zmysle § 139 ods. 2 písm. a/ zákona o verejnom obstarávaní.

Pokiaľ ide o námietku žalobcu, že žalovaný nerozhodol o námietkach v zákonnej lehote od doručenia kompletnej dokumentácie a písomného vyjadrenia k podaným námietkam krajský súd uviedol, že žalovaný rozhodol v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní, pretože námietky UNISTAV, spol. s r.o., boli žalovanému doručené 01. decembra 2011, kompletná dokumentácia kontrolovaného (žalobcu) dňa 23.01.2012 a konanie následne bolo prerušené rozhodnutím z 24.01.2012 za účelom vyžiadania odborného stanoviska, ktoré bolo žalovanému doručené 21.02.2012, a ktorý o námietkach rozhodol napadnutým rozhodnutím. Preskúmané rozhodnutie netrpí vadou, plne rešpektuje základné princípy verejného obstarávania, vychádza z objektívne zisteného skutkového stavu a žalovaný postupoval v súlade s princípom legality.

Proti rozsudku krajského súdu podal v zákonnej lehote odvolanie žalobca a navrhol, aby najvyšší súd rozsudok krajského súdu zmenil tak, že žalobe vyhovie, alternatívne vec zruší a vráti súdu prvého stupňa pre neprávne právne posúdenie, zmatečnosť a nedostatok dôvodov.

V dôvodoch rozsiahleho odvolania namietal, že podľa bodu II.1.5. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania predmetom zákazky sú „Stavebné práce na stavbe splaškovej kanalizácie spolu so

zabezpečením archeologického prieskumu v zmysle zákona, ak to bude pri realizácii stavebných prác nutné z dôvodu prípadného zistenia archeologického náleziska a realizácia projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby spolu so zabezpečením si všetkých vstupných podkladov pre realizáciu dokumentácie pre realizáciu stavby ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie a pod.“ Pozornosti krajského súdu však napriek úplne jasnému opisu predmetu zákazky zjavne uniklo, že archeologický prieskum, geologický prieskum alebo geodetické zameranie je záujemca povinný pri realizácii stavebných prác a projektovej dokumentácie len zabezpečiť. To znamená, že podmienkou osobného postavenia uchádzača je len oprávnenie na realizáciu stavebných prác a projektovej dokumentácie, pričom všetky ďalšie činnosti tak, ako to vyplýva z opisu predmetu zákazky, je povinný len zabezpečiť, t.j. je oprávnený ich vykonávať aj prostredníctvom tretej osoby a teda nie je povinný preukázať oprávnenie na výkon týchto činností ako podmienku osobného postavenia.

Ďalej uviedol, že žiaden zo záujemcov nebol z verejného obstarávania vylúčený z dôvodu, že by nebol oprávnený na uskutočnenie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania. Ako vyplýva z opisu predmetu zákazky, tak oprávnenie na výkon týchto činností záujemca nebol povinný v rámci preukázania splnenia podmienok osobného postavenia preukazovať, keďže tieto činnosti bol záujemca povinný pri realizácii stavebných prác len zabezpečiť a nie „osobne“ realizovať. Napriek tomu, že žalobca nevyvylúčil žiadneho záujemcu z toho dôvodu, že nepreukázal oprávnenie na činnosti, ktoré je povinný v rámci realizácie zákazky zabezpečiť - archeologický prieskum, geologický prieskum alebo geodetické zameranie (záujemcovia boli vylúčení z dôvodu, že nemali oprávnenie na realizáciu projektovej dokumentácie), krajský súd v rozpore so skutkovým stavom odôvodnil rozsudok práve tým, že žalobca nepristúpil rovnakým spôsobom k vyhodnoteniu oprávnení na plnenie predmetu zákazky - na uskutočňovanie obstarávaných stavebných prác a projekčnej činnosti, keď jedného záujemcu pre nepreukázanie oprávnenia na vykonávanie projekčnej činnosti vylúčil z predmetného verejného obstarávania a ďalších záujemcov, ktorí v predmete svojho podnikania nemajú oprávnenie na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania z predmetnej súťaže nevyvylúčil.

Žalobca podotkol, že uvedené opakovane dával do pozornosti krajského súdu a to ako v samotnom žalobnom návrhu, tak aj na ústnom pojednávaní, avšak krajský súd nielenže na tieto fakty vyplývajúce zo spisu neprihliadol, ale sa s nimi ani žiadnym spôsobom nevysporiadal. Keďže žalobca nevyvylúčil žiadneho záujemcu z dôvodu, že nebol oprávnený na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania (ako sa mylne domnieva krajský súd), potom nie je možné konštatovať, že v rámci verejného obstarávania došlo k diskriminácii záujemcov. Z vyššie uvedeného vyplýva, že rozsudok vychádza zo zjavne nesprávne zisteného skutkového stavu a krajský súd svoje rozhodnutie odôvodňuje konštatovaniami, ktoré sú v priamom rozpore so skutkovým stavom vyplývajúcim z obsahu spisu.

Ak obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v časti pojednávajúcej o osobnom postavení uchádzačov a záujemcov odkáže na splnenie podmienok podľa ustanovenia § 26 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní, ktoré musí každý záujemca priamo zo zákona spĺňať, takýto postup nevykazuje žiadne znaky nezákonnosti. Práve naopak, ide o zákonný postup, ktorým obstarávateľ nevyžaduje od záujemcov predloženie iných dokladov na preukázanie splnenia podmienok osobného postavenia ako len dokladov taxatívne stanovených ust. § 26 citovaného zákona. Označenie takéhoto postupu obstarávateľa za nezákonný je tak v priamom rozpore s platnou a účinnou právnou úpravou. Na preukázanie osobného postavenia v zmysle ust. § 26 ods. 1 písm. h/ v spojení s ust. § 26 ods. 2 písm. e/ zákona bol záujemca povinný predložiť doklad o oprávnení na uskutočňovanie stavebných prác a doklad o oprávnení na realizáciu projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby, pričom žalobca ako obstarávateľ nebol povinný osobitne vymenovať tieto oprávnenia v rámci podmienok osobného postavenia uchádzačov, ak uchádzačov v tejto časti výslovne odkázal na splnenie podmienok podľa § 26 zákona o verejnom obstarávaní.

Podmienky osobného postavenia boli teda formulované identicky, ako v prípade prejednávaneho verejného obstarávania žalobcu. Záver vykonanej kontroly bol, že súťaž prebehla v súlade so zákonom a

zákon porušený nebol. To znamená, že sám žalovaný potvrdil zákonnosť postupu pri zadávaní podmienok osobného postavenia odkazom na ust. § 26 zákona o verejnom obstarávaní, avšak vo verejnom obstarávaní vyhláseným žalobcom takéto zadanie označil za nezákonné z dôvodu údajného rozporu s princípom transparentnosti. V tomto prípade boli v súlade so zákonom stanovené rovnaké podmienky pre každého záujemcu, pričom záujemcom boli tieto podmienky jasné a nežiadali o ich vysvetlenie. Označenie postupu žalobcu za netransparentný nemá oporu v skutkovom stave, nehovoriac o tom, že žalovaný nikde v rozhodnutí neuviedol, akým spôsobom mali byť v dôsledku údajnej netransparentnosti verejného obstarávania zmaŕené práva záujemcu v predmetnom verejnom obstarávaní a žiadnym spôsobom nepreukázal, aký zásadný vplyv mal postup žalobcu na výsledok verejného obstarávania. Krajský súd vec nesprávne právne posúdil, nehovoriac o absencii riadneho odôvodnenia, v ktorom sa nevysporiadal ani s jedným z vyššie uvedených argumentov odôvodňujúcich nezákonnosť rozhodnutia žalovaného a obmedzil sa len na primitívny opis jeho konštatovaní. Krajský súd úplne odignoroval napádajúcu zákonnosť postupu žalovaného v časti týkajúcej sa prerušenia konania o námietkach za účelom vyžiadania odborného stanoviska, ktorej otázke sa vôbec nevenoval.

Rozsudok krajského súdu nielenže vychádza z nesprávnych skutkových zistení a nesprávneho právneho posúdenia veci, ale vydaním takéhoto rozsudku boli porušené práva žalobcu na spravodlivé súdne konanie, od ktorého má ďaleko aj celý priebeh konania. Absencia riadneho odôvodnenia rozsudku je už len logickým vyústením takéhoto stavu priechiaceho sa všetkým základným princípom právneho štátu.

Žalovaný vo vyjadrení k odvolaniu navrhol rozsudok krajského súdu potvrdiť. Poukázal na článok 46 smernice 2004/18/ES s názvom „Spôsobilosť vykonávať odbornú činnosť“ (ďalej aj „profesijná spôsobilosť“), ktorý znie: „Od každého hospodárskeho subjektu, ktorý sa chce zúčastniť verejného obstarávania sa môže vyžadovať, aby preukázal svoju registráciu v jednom z profesijných alebo obchodných registrov, ktorá je predpísaná v členskom štáte, v ktorom má sídlo, alebo aby predložil čestné vyhlásenie alebo potvrdenie, ktoré sú uvedené v prílohe IX A pri verejných zákazkách na práce, v prílohe IX B pri verejných zákazkách na dodávku tovaru a v prílohe IX C pri verejných zákazkách na služby. Pri konaniach pre zadávanie verejných zákaziek na služby, verejný obstarávateľ môže od záujemcov a uchádzačov vyžadovať, aby v prípadoch, ak musia mať záujemcovia alebo uchádzači určité povolenie alebo musia byť členmi určitej organizácie na to, aby mohli vo svojej krajine pôvodu poskytovať príslušné služby, preukázali, že takéto potvrdenie majú, alebo aby preukázali členstvo v takejto organizácii“.

Žalobca poukazuje na bod II. 1.5. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, v zmysle ktorého predmetom zákazky sú stavebné práce na stavbe splaškovej kanalizácie spolu so zabezpečením archeologického prieskumu v zmysle zákona a v tejto súvislosti namieta, že pozornosti súdu zjavne uniklo, že archeologický prieskum, geologický prieskum alebo geodetické zameranie je záujemca povinný pri realizácii stavebných prác a projektovej dokumentácie len zabezpečiť. To znamená, že podmienkou osobného postavenia uchádzača je len oprávnenie na realizáciu stavebných prác a projektovej dokumentácie, pričom všetky ďalšie činnosti tak, ako to vyplýva z opisu predmetu zákazky, je povinný len zabezpečiť a teda nie je povinný preukázať oprávnenie na výkon týchto činností ako podmienku osobného postavenia. Tiež uvádza, že nie je možné konštatovať, že v rámci verejného obstarávania došlo k diskriminácii záujemcov a že v tomto prípade boli v súlade so zákonom stanovené rovnaké podmienky pre každého záujemcu.

V tejto súvislosti žalovaný argumentoval, že preukazovanie osobného postavenia je umožnené iba samotným záujemcom/uchádzačom alebo prostredníctvom jednotlivých členov skupiny dodávateľov a nie je možné zabezpečiť ho prostredníctvom tretích osôb odlišných od uchádzača/záujemcu, resp. členov skupiny dodávateľov. Súd prvého stupňa správne konštatoval, že žalobca nepristúpil rovnakým spôsobom k vyhodnoteniu oprávnení na plnenie predmetu zákazky - na uskutočňovanie obstarávaných stavebných prác a projekčnej činnosti, keď jedného záujemcu pre nepreukázanie oprávnenia na vykonávanie projekčnej činnosti vylúčil z predmetného verejného obstarávania a ďalších záujemcov, ktorí v predmete svojho podnikania nemajú oprávnenie na plnenie ďalšej činnosti predmetu zákazky (oprávnenie na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického

zamerania) z predmetnej súťaže nevytlúčil. V zmysle uvedeného žalovaný považuje žalobcove účelové tvrdenia len za snahu odvrátiť pozornosť súdu od merita veci, t.j. že žalobca netransparentne stanovil podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia uchádzačov, resp. záujemcov, teda v rozpore s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, keď neuviedol medzi podmienkami účasti, na ktoré konkrétne činnosti súvisiace s predmetom zákazky, žiada predložiť príslušné oprávnenia.

Po splnení uvedených predpokladov sa takejto zákazky (v prípade postupu užšou súťažou ako v tomto prípade) môžu v súlade s § 26 v nadväznosti na § 13 zákona o verejnom obstarávaní zúčastniť len tí záujemcovia, ktorí v rámci svojho osobného postavenia preukážu, že sú oprávnení realizovať daný predmet zákazky (uskutočňovať obstarávané stavebné práce a aj poskytovať obstarávané služby), pričom požadované činnosti, na vykonávanie ktorých sa vyžaduje príslušné oprávnenie a to najmä vzhľadom na obstarávanie „zmiešaného“ predmetu zákazky, musia byť jasne a transparentne vopred stanovené. V predmetnej veci bolo potrebné v súlade s § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní, konkrétne s princípom transparentnosti, požadované činnosti, na vykonávanie ktorých sa vyžadovalo predložiť oprávnenie, výslovne uviesť medzi podmienky účasti, nakoľko nešpecifikovanie požadovaného predmetu činnosti každého záujemcu medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia nemôže byť na ujmu záujemcu, resp. uchádzača. Vylúčenie navrhovateľa z dôvodu, že nepreukázal žalobcom požadovaný predmet činnosti (tzv. „projekčnú činnosť“), ktorý však nebol výslovne uvedený medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia, mohlo zmariť jeho práva na účasť vo verejnom obstarávaní.

Podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia v predmetnom verejnom obstarávaní neboli jasne, zrozumiteľne a dostatočne formulované a je evidentné, že došlo k porušeniu princípu transparentnosti. Transparentnosť procesu zadávania verejných zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. Účelom stanovenia podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je predovšetkým získať dodávateľa, ktorý je spôsobilý realizovať zákazku, pričom stanovením podmienok môže verejný obstarávateľ/obstarávateľ podstatným spôsobom ovplyvniť okruh možných dodávateľov za predpokladu dodržania základných povinností podľa § 9 zákona o verejnom obstarávaní. Žalobca určil podmienky účasti v rámci preukazovania osobného postavenia podľa § 26 ods. 1 písm. f/ zákona o verejnom obstarávaní v rozpore s § 9 ods. 4 tohto zákona, konkrétne s princípom transparentnosti, keď v prípade obstarávania takejto „zmiešanej zákazky“ v rámci oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania neuviedol oprávnenia na aké konkrétne činnosti požaduje preukázať. Pochybenie žalobcu mohlo mať a malo zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania z dôvodu, že netransparentné uvedenie všetkých činností, na vykonávanie ktorých je potrebné predložiť oprávnenie v rámci podmienok účasti malo vplyv na splnenie, resp. nesplnenie osobného postavenia jednotlivými záujemcami. Konkrétne pre nepreukázanie oprávnenia na vykonávanie tzv. „projekčnej činnosti“ boli vylúčení minimálne 18 z 24 záujemcov, vrátane navrhovateľa, pričom aj ďalší záujemcovia taktiež nepreukázali oprávnenie na realizáciu archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania, ktoré sú taktiež predmetom zákazky.

Pokiaľ ide o námietku žalobcu týkajúcu sa vyžiadania odborného stanoviska, žalovaný postupoval v súlade s platnou a účinnou legislatívou SR a právom Európskej únie a štandardným spôsobom vybral zo zoznamu odborníkov odborníka na právo Európskej únie. Úrad môže prerušiť konanie o námietkach (§ 138 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní) s cieľom získať odborné stanovisko alebo znalecký posudok a nie je limitovaný len výberom zo zoznamu znalcov, ktorý vedie Ministerstvo spravodlivosti SR, ale má možnosť vybrať si aj odborníka z iného zoznamu (v tomto prípade zoznamu, ktorý zostavil samotný žalovaný). Zároveň predmetným ustanovením nie je vymedzená ani oblasť, pre ktorú má odborník vypracovať odborné stanovisko.

Ďalší účastník sa k odvolaniu žalobcu nevyjadril.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 O.s.p., § 246c O.s.p.) preskúmal napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa v rozsahu dôvodov uvedených v odvolaní (§ 250ja ods. 2 veta prvá O.s.p.) bez nariadenia odvolacieho pojednávania a po tom, ako bolo verejné vyhlásenie rozhodnutia

oznámené na úradnej tabuli súdu a na webovej stránke Najvyššieho súdu Slovenskej republiky www.nsud.sk najmenej päť dní vopred, rozsudok verejne vyhlásil (§ 156 ods. 3 O.s.p., § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.).

V preskúmvanej právnej veci je predmetom konania posúdenie správnosti aplikácie príslušných ustanovení zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní žalovaným, ako aj krajským súdom ako súdom prvého stupňa.

Z obsahu predloženého súdneho spisu, súčasťou ktorého je administratívny spis žalovaného Úradu pre verejné obstarávanie a žalobkyne Obce Marianka/obstarávateľa, najvyšší súd zistil skutkový stav tak, ako ho podrobne v rozsudku popísal krajský súd, preto pre účastníkov konania známe fakty a skutočnosti nebude nadbytočne opakovat' a len v stručnosti z neho vyberá nasledovné.

Dňa 27.09.2011 bola vo Vestníku verejného obstarávania Slovenskej republiky č. 187/2011 pod značkou 07548-MUP vyhlásená užšia súťaž na predmet zákazky „Obec Marianka - splašková kanalizácia“. V lehote na predkladanie žiadostí o účasť žiadosť predložilo 24 záujemcov, vrátane navrhovateľa. Dňa 08.11.2011 doručil kontrolovaný navrhovateľovi list, v ktorom mu oznámil vylúčenie z verejného obstarávania a ako dôvod uviedol, že predmetom zákazky sú v danom prípade stavebné práce na splaškovej kanalizácii a realizácia projektovej dokumentácie pre realizáciu stavby, pričom k týmto činnostiam, ak to bude potrebné, aj zhotoviteľ zabezpečuje podklady ako napr. geologický prieskum, geodetické zameranie, archeologický prieskum a pod. To znamená, že priamou činnosťou zhotoviteľa bude realizácia stavebných prác a realizácia projektovej dokumentácie, čiže „projekčná činnosť“. Pri kontrole predložených dokladov v rámci žiadosti o účasť bolo zistené, že navrhovateľ nie je oprávnený na projekčnú činnosť, tieto nemôže vykonávať, čím nesplňa podmienky účasti v súťaži.

Navrhovateľ listom zo 16.11.2011 podal žiadosť o nápravu proti vylúčeniu záujemcu z užšej súťaže podľa § 136 ods. 1 písm. e/ zákona o verejnom obstarávaní. Následne doručil kontrolovaný (Obec Marianka) navrhovateľovi (UNISTAV, spol. s r.o.) dňa 22.11.2011 oznámenie o zamietnutí žiadosti o nápravu, na základe čoho podal navrhovateľ námietky úradu dňa 01.12.2011 a dňa 02.12.2011 kontrolovanému.

Napadnutým rozhodnutím č. 1158-6000/2011-ON/379 zo dňa 15. marca 2012 žalovaný podľa § 139 ods. 2 písm. a/ zákona č. 25/2006 Z.z. nariadil zrušiť užšiu súťaž na predmet zákazky „Obec Marianka - splašková kanalizácia“, vyhlásenú verejným obstarávateľom Obec Marianka, Školská 32, Marianka, vo Vestníku verejného obstarávania č. 187/2011 dňa 27.09.2011 pod značkou 07548 - MUP a to do 30 dní od doručenia tohto rozhodnutia.

Základom žaloby je právny stav medzi žalobcom a žalovaným, či situácia, keď podmienky účasti vo verejnom obstarávaní obsahujú povinnosť preukázať osobné postavenie uchádzača bez toho, aby obstarávateľ výslovne uviedol oprávnenia, na aké konkrétne činnosti (podnikateľské činnosti súvisiace s predmetom zákazky) požaduje preukázať, je spôsobilá takýto postup nutne označiť za porušenie zásady nediskriminácie a transparentnosti, ktoré sledujú zabezpečenie plnej účasti všetkým spôsobilým subjektom vo verejnej súťaži.

Úlohou Najvyššieho súdu bolo preskúmať zákonnosť rozhodnutia žalovaného, teda preskúmať, či došlo k vylúčeniu záujemcu z predmetného verejného obstarávania zákonne.

Zákon č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní v ustanovení § 1 ods. 1 upravuje zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaž návrhov a správu vo verejnom obstarávaní.

Podľa § 138 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. uchádzač, záujemca, účastník alebo osoba, ktorá sa domnieva, že jej práva alebo právom chránené záujmy boli alebo mohli byť dotknuté postupom kontrolovaného alebo orgán štátnej správy podľa § 137 ods. 2 písm. b) môže pred uzavretím zmluvy alebo rámcovej dohody podať námietky

e) proti vylúčeniu uchádzača, záujemcu alebo účastníka.

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

Úlohou žalovaného v konaní o námietkach je len preverovať jednotlivé úkony obstarávateľa a v konaní o námietkach môže rozhodnúť len spôsobom, ktorý mu umožňuje ustanovenie § 139 zákona č. 25/2006 Z.z.

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

Podľa čl. 2 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31.03.2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne. Vo vzťahu k vyššie uvedenej Smernici EP a Rady treba poznamenať, že v Prílohe č. 7 k zákonu o verejnom obstarávaní Zoznam preberaných právne záväzných aktov Európskej únie je uvedená okrem iných aj táto smernica, t.j. jej ustanovenia boli transponované do ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, vrátane tých ustanovení zákona o verejnom obstarávaní, ktoré sa týkajú užšej súťaže.

Súdny dvor Európskej únie vyvinul súbor základných zásad pre prideľovanie verejných zákaziek, ktoré sú odvodené z pravidiel a základných zásad Zmluvy o fungovaní Európskej únie. Základnou povinnosťou obstarávateľa je postupovať pri zadávaní zákaziek v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie, transparentnosti, hospodárnosti a efektívnosti.

Z vyššie citovaného ustanovenia vyplýva, že základnou povinnosťou obstarávateľa pri zadávaní zákaziek podľa § 9 ods. 4 zákona o verejnom obstarávaní je uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti, ktoré musí obstarávateľ dodržiavať pri všetkej svojej činnosti v rámci verejného obstarávania.

Pre postup obstarávateľa podľa zákona, ako aj z hľadiska výkladu jeho jednotlivých ustanovení je uvedené ustanovenie kľúčové. Transparentnosť procesu zadávania verejných zákaziek je nielen podmienkou existencie účinnej konkurencie medzi dodávateľmi, ale aj predpokladom účelného vynakladania verejných prostriedkov. Z hľadiska zachovania princípu transparentnosti nie je podstatné aký bol motív verejného obstarávateľa pri vyhodnocovaní ponúk jednotlivých uchádzačov, ale dôležité je to, ako sa javí celý proces verejného obstarávania navonok.

Princípy verejného obstarávania sú navzájom poprepájané. Princíp transparentnosti obsahuje celú škálu povinností, ktoré ukladá samotná Zmluva o fungovaní Európskej únie a z nej vyplývajúca judikatúra ESD.

Podľa § 26 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia uvedené v písmenách a/ až g/.

Uchádzač alebo záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti podľa ods. 1 dokladom o oprávnení dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu (§ 26 ods. 2 písm. e/ zákona č. 25/2006 Z.z.).

Podľa § 26 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z. verejného obstarávania sa môže zúčastniť len ten, kto spĺňa tieto podmienky účasti týkajúce sa osobného postavenia:

f/ je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu vo vzťahu aspoň k jednému predmetu zákazky, na ktorú predkladá uchádzač ponuku alebo žiadosť o účasť.

Ustanovenie § 26 definuje v súlade s článkami 45 a 46 smernice 2004/18/ES minimálne kritéria na posúdenie osôb, ktoré sa môžu zúčastniť verejného obstarávania a vyjadruje tak verejný záujem na tom, aby sa verejného obstarávania zúčastňovali a mali príjem z verejných zdrojov len osoby bezúhonné, ktoré sú schopné riadne a včas plniť svoje záväzky, súčasne sú oprávnené podľa príslušných právnych predpisov na dodanie tovaru, poskytnutie služby alebo uskutočnenie stavebných prác a svoju podnikateľskú činnosť vykonávajú riadne a v súlade s odborným a kvalitatívnym štandardom v danom odvetví.

Podmienky účasti v zmysle § 26 sú minimálne nároky a nepreukázanie ich splnenia, bez ohľadu na to, či k tomu došlo z objektívnych príčin alebo len z nedbanlivosti, má za následok vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania. Rovnako a bez výnimky je vždy potrebné požadovať preukázanie splnenia podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia.

Podľa § 32 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z. obstarávateľ môže určiť podmienky účasti vo verejnom obstarávaní a doklady, ktorými ich možno preukázať; ak ich určí, uvedie ich v oznámení použitom ako výzva na súťaž. Podmienky účasti sa môžu týkať

- a) osobného postavenia podľa § 26,
- b) finančného a ekonomického postavenia podľa § 27,
- c) technickej spôsobilosti alebo odbornej spôsobilosti podľa § 28 až 30.

Z uvedeného vyplýva povinnosť v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania uviesť podmienky týkajúce sa osobného postavenia. Zákon neumožňuje preukázať splnenie podmienok účasti uchádzačov, resp. záujemcov týkajúcich sa osobného postavenia prostredníctvom tretích osôb, ale ich musí preukázať každý uchádzač, resp. záujemca v procese verejného obstarávania sám.

Z oznámenia žalobcu o vyhlásení verejného obstarávania vo Věstníku verejného obstarávania Slovenskej republiky č. 187/2011 pod značkou 07548-MUP, ktorým bola vyhlásená užšia súťaž na predmet zákazky „Obec Marianka - splašková kanalizácia“, vyvstávajú zrejme pochybnosti pre splnenie podmienky účasti a predloženie dokladov preukazujúcich osobné postavenie uchádzača.

Z obsahu zápisnice vyplýva, že komisia sa zaoberala posúdením dôvodov a so splnením zákonnej podmienky na zrušenie súťaže v zmysle § 139 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z., podľa ktorej je žalovaný povinný zisťovať, či v danom prípade porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania.

Po posúdení uvedených skutočností a vychádzajúc z odborného stanoviska žalovaný dospel k záveru, že kontrolovaný nevyhodnocoval splnenie podmienok účasti týkajúcich sa osobného postavenia v súlade s princípom rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie záujemcov/uchádzačov a to z dôvodu, že nepristúpil k vyhodnoteniu oprávnení na plnenie predmetu zákazky - na uskutočňovanie obstarávaných stavebných prác a na poskytnutie obstarávaných služieb rovnakým spôsobom, keď navrhovateľa pre nepreukázanie oprávnenia na plnenie „časti“ predmetu zákazky (oprávnenia na vykonávanie „projekčnej činnosti“) vylúčil z predmetného verejného obstarávania a minimálne dvoch ďalších záujemcov, ktorí v predmete svojho podnikania nemajú oprávnenie na plnenie „ďalšej časti“ predmetu zákazky (oprávnenie na uskutočňovanie archeologického prieskumu, geologického prieskumu alebo geodetického zamerania) z predmetnej súťaže nevylúčil.

Z odborného stanoviska vyžiadaného žalovaným z dôvodu jednoznačnosti a zachovania istoty v právnych vzťahoch na objasnenie otázky preukazovania osobného postavenia vyplýva, že zákon o verejnom obstarávaní umožňuje preukazovať oprávnenie na uskutočňovanie stavebných prác a na poskytovanie služieb samotným záujemcom/uchádzačom alebo skupinou dodávateľov, pričom v tomto

pripade je postačujúce, ak oprávnenie na príslušnú „časť“ predmetu zákazky preukáže ten člen skupiny dodávateľov, ktorý bude danú „časť“ predmetu zákazky zabezpečovať. Uvedenou úpravou je zákon o verejnom obstarávaní plne kompatibilný so smernicou 2004/18/ES, ktorá v predmetnom prípade umožňuje členským štátom upraviť si možnosti preukazovania „profesijnej spôsobilosti“ aj širším, voľnejším spôsobom (úprava § 31 ods. 3 ZVO), v žiadnom prípade však nie je možné priznať možnosť preukazovať túto spôsobilosť prostredníctvom tretej osoby len na základe smernice bez toho, aby to zákon o verejnom obstarávaní umožňoval.

Inak povedané, preukazovanie osobného postavenia je umožnené iba samotným záujemcom/uchádzačom alebo prostredníctvom jednotlivých členov skupiny dodávateľov a nie je možné zabezpečiť ho prostredníctvom tretích osôb odlišných od uchádzača/zájemcu, resp. členov skupiny dodávateľov.

Podmienkou dodržania zásady transparentnosti je priebeh verejného obstarávania takým spôsobom, ktorý je prehľadný, právne korektný, predvídateľný, kontrolovateľný a férový. Porušenie zásady transparentnosti nastáva nezávisle na tom, či sa podarí preukázať konkrétne porušenie niektorej zákonnej povinnosti (rozsudok NSS ČR č.j. 1 Afs 45/2010-159 z 15.09.2010).

Zásadou transparentnosti a rovnakého zaobchádzania sa riadia všetky postupy verejného obstarávania a v ich zmysle musia byť vecné a procesné podmienky účasti na verejnom obstarávaní jasne a vopred definované a vyžadujú aby bolo zverejnené tak, aby mohli dotknuté osoby presne poznať obmedzenia postupu a aby si boli isté, že rovnaké obmedzenia platia pre všetkých konkurentov.

Pokiaľ teda verejný obstarávateľ/obstarávateľ požaduje, aby bol záujemca oprávnený vykonávať viaceré konkrétne (podnikateľské) činnosti súvisiace s predmetom zákazky, musí v súlade s princípom transparentnosti tieto činnosti výslovne uviesť medzi podmienkami účasti. Nešpecifikovanie požadovaného predmetu činnosti záujemcu/uchádzača medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia nemôže byť na ujmu záujemcu/uchádzača a v takom prípade postačí, ak záujemca/uchádzač preukáže, že má oprávnenie aspoň na jednu činnosť súvisiacu s predmetom zákazky. Ochranu záujemcu/uchádzača v takomto prípade možno navyše odôvodniť aj tým, že v prípade, ak verejný obstarávateľ/obstarávateľ záujemcu/uchádzača z verejného obstarávania vylúči z dôvodu, že nepreukázal údajne požadovaný predmet činnosti, ktorý však nebol výslovne uvedený medzi podmienkami účasti v rámci osobného postavenia, dochádza tým k zmareniu práva záujemcu/uchádzača podať proti takejto neuvedenej podmienke účasti prípadné námietky (napr. z dôvodu jej neprimeranosti vo vzťahu k predmetu zákazky).

Postupom obstarávateľa a nesporne aj v rozpore so základnými zásadami verejného obstarávania došlo k tomu, že okrem princípu transparentnosti mohlo byť dotknuté aj právo navrhovateľa/uchádzača na nediskrimináciu a zachovanie čestnej hospodárskej súťaže, ktorých porušenie samo osebe implikuje možnosť zásadného vplyvu na výsledok verejného obstarávania. Žalobcom formulované podmienky ako aj samotný proces vyhodnocovania ponúk uchádzačov sú aj podľa odvolacieho súdu v rozpore so zákonom a môžu mať zásadný vplyv na výsledok užšej súťaže.

Odvolacie dôvody žalobcu týkajúce sa nedodržania lehoty na rozhodnutie o námietkach, vyžiadania odborného stanoviska a nedostatku dôvodov v rozsudku krajského súdu najvyšší súd vyhodnotil ako nedôvodné.

Pokiaľ ide o námietku nedodržania lehoty pri rozhodovaní o námietkach (§ 139 ods. 5 písm. c/ zákona o verejnom obstarávaní - úrad rozhodne o námietkach podľa ods. 2 až 4 do 30 dní od doručenia kompletnej dokumentácie a písomného vyjadrenia k podaným námietkam) ak by úrad aj rozhodol po uplynutí zákonnej lehoty, ide o procesnú lehotu (majúcu len poriadkový charakter), účelom ktorej je vec vybaviť bez zbytočných prieťahov. Nedodržanie lehoty na vydanie rozhodnutia nemožno teda považovať za takú vadu, ktorá by mohla mať vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia a v zásade jej nedodržanie nepredstavuje ani taký zásah do práv a právom chránených záujmov, ktorým by vznikla

ujma.

Procesný postup konania o námietkach (prerušenie konania) je upravený v § 138 ods. 11 zákona o verejnom obstarávaní, podľa ktorého Úrad môže prerušiť konanie o námietkach s cieľom získať odborné stanovisko alebo znalecký posudok. Od vydania rozhodnutia o prerušení konania o námietkach do doručenia odborného stanoviska alebo znaleckého posudku úradu lehota podľa § 139 ods. 5 neplynie, najviac však 30 dní.

K námietke žalobcu o nesprávnom odôvodnení rozhodnutia žalovaného Najvyšší súd Slovenskej republiky uvádza, že podľa súčasnej právnej úpravy pri preskúmvaní zákonnosti a postupu správneho orgánu súd prihliadne len na tie vady konania pred správnym orgánom, ktoré mohli mať vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia (§ 250i ods. 3 O.s.p.). Preto dôvodom zrušenia rozhodnutia má byť len také porušenie zákona, ktoré má alebo by mohlo mať vplyv na zákonnosť preskúmvaného rozhodnutia (§ 250j ods. 1 písm. e/ O.s.p.). Rozhodnutie sa nezrušuje preto, aby sa zopakoval proces a odstránili formálne vady, ktoré nemôžu privodiť vecne iné, či výhodnejšie rozhodnutie pre účastníka (k tomu bližšie napr. R 122/2003).

Napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave je riadne odôvodnený, podrobne odpovedal na všetky pre vec dôležité argumenty žalobcu, jeho odôvodnenie je v súlade s ustanovením § 157 ods. 2 O.s.p. a podľa senátu odvolacieho súdu nedošlo k porušeniu práva žalobcu na prístup k súdu a nebola mu ani odňatá možnosť konať pred súdom. Žalovaný sa v napadnutom rozhodnutí dostatočne vysporiadal so splnením zákonnej podmienky na zrušenie súťaže v zmysle § 139 ods. 2 zákona č. 25/2006 Z.z., podľa ktorej je povinný zisťovať, či v danom prípade porušenie mohlo mať zásadný vplyv na výsledok verejného obstarávania. Uvedené ustanovenie predpokladá opodstatnenosť podaných námietok a ak to Úrad v rámci konania o námietkach zistí, t.j. že postupom kontrolovaného pri zadávaní zákazky alebo jej časti bol porušený zákon, určí povinnosť zrušiť použitý spôsob zadávania zákazky alebo jej časti alebo súťaž návrhov, ak došlo ku konaniu, ktoré je v rozpore so zákonom už v spojení s oznámením o vyhlásení verejného obstarávania. Zrušenie použitého spôsobu zadávania zákazky sa nariaďuje obligatórne z dôvodu, že ak dôjde k závažnému porušeniu predpisov verejného obstarávania už samotným oznámením o vyhlásení verejného obstarávania, nápravu tohto porušenia (napr. voči záujemcom, ktorí z dôvodu diskriminačných alebo iných nezákonných podmienok vôbec nepodali ponuku do verejného obstarávania) nie je možné zabezpečiť iným spôsobom, ako zrušením použitého spôsobu zadávania zákazky a použitím nového zadávacieho postupu.

Vychádzajúc z uvedených skutočností najvyšší súd napadnutý rozsudok krajského súdu ako vecne správny potvrdil (§ 219 ods. 1, 2 O.s.p.).

O náhrade trov odvolacieho konania rozhodol odvolací súd podľa ustanovenia § 224 ods. 1 v spojení s § 250k ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku tak, že neúspešnému žalobcovi ich náhradu nepriznal a žalovanému v tomto konaní náhrada trov neprináleží.

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhodol v senáte pomerom hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch v znení neskorších predpisov v znení účinnom od 01. mája 2011).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku opravný prostriedok nie je prípustný.