



**ROZSUDOK**  
**V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY**

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací v senáte zloženom z predsedu senátu Ing. JUDr. Miroslava Gavalca a členov senátu JUDr. Igora Belka a JUDr. Eleny Berthotyovej, PhD., v právnej veci žalobcu: **Ž.**, v skratenej forme „**Ž.**“, IČO: X., so sídlom K., proti žalovanému: **Úrad pre verejné obstarávanie**, so sídlom Dunajská č. 68, 820 04 Bratislava, za účasti:., so sídlom A., zast.: **N. s.r.o.** so sídlom M., o **preskúmanie zákonnosti rozhodnutia** správneho orgánu, na odvolanie žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave zo dňa 21. januára 2009 č. k. 2S 199/2008-96, takto

**r o z h o d o l :**

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave z 21. januára 2009 č. k. 2S 199/08-96 **m e n í** tak, že žalobu **z a m i e t a** .

Žalobcovi právo na náhradu trov konania **n e p r i z n á v a** .

**O d ô v o d n e n i e :**

**I.**

Rozhodnutím zo dňa 10.10.2008 č.: 931-135-7000/2008 žalovaný nariadil zrušiť diskriminačné podmienky III.2.3 (konkrétne uvedené pod položkou „Iné dokumenty“ alebo

„Technická spôsobilosť“), alebo požiadavky (bod 9 časť „E“) žalobcu do 30 dní odo dňa doručenia tohto rozhodnutia uvedené v Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania a v súťažných podkladoch.

Ďalej žalovaný v svojom rozhodnutí načrtol tento skutkový stav. Žalobca vyhlásil verejnú súťaž podľa § 50 ods. 4 písm. a) zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej na účely tohto rozsudku len „zák. č. 25/2006 Z.z.“) na predmet zákazky „Ž. v Úradnom vestníku Európskej únie pod zn. 2008/S 144-194249 dňa 26.07.2008 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 147/2008 dňa 30.07.2008 pod zn. 03448-MSP.

V závislosti od typu kontrolovaného a predpokladanej hodnoty zákazky (**139.587.421 €**) ide o nadlimitnú zákazku. Spoločnosť P., ako uchádzač dňa 01.08.2008 proti podmienkam uvedeným v predmetnom Oznámení o vyhlásení verejného obstarávania podala žiadosť o nápravu, ktorú žalobca zamietol listom č. 248/2008-0244 zo dňa 05.08.2008, doručeným uchádzačovi toho istého dňa. Uchádzač následne listom zo dňa 12.08.2008 podal námietky žalovanému a žalobcovi. Žalobca vydal do doručenia námietok vypracované súťažné podklady 17 záujemcom.

Žalovaný svoje napadnuté rozhodnutie odôvodnil, že spoločnosť P., ako uchádzač hore uvedeným listom namietala proti niektorým podmienkam účasti, nakoľko podľa jeho názoru sú diskriminačné, a preto sú v rozpore s § 9 zák. č. 25/2006 Z.z. Konkrétne išlo o nasledujúce podmienky :

- predložiť oprávnenie na vykonávanie určených činností v zmysle § 55 zákona č. 164/1996 Z.z. o dráhach a o zmene zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní v znení neskorších predpisov (ďalej na účely tohto rozsudku len „zák. č. 164/1996 Z.z.“),
- predložiť oprávnenie podľa § 4 ods. 1 vyhlášky Ministerstva práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky č. 718/2002 Z.z. na zaistenie bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci a bezpečnosti technických zariadení (ďalej na účely tohto rozsudku len „vyhl. č. 718/2002 Z.z.“) alebo oprávnenie podľa § 3 ods. 1 vyhlášky Úradu bezpečnosti práce Slovenskej republiky č. 74/1996 Z.z. na zaistenie bezpečnosti a ochrany zdravia pri práci, bezpečnosti tlakových, zdvíhacích, elektrických a plynových technických zariadení a o odbornej spôsobilosti (ďalej na účely tohto rozsudku len „vyhl. č. 74/1996 Z.z.“),

- predložiť doklad o odbornej spôsobilosti v elektronike v zmysle § 19 a § 25 vyhlášky č. 718/2002 Z.z. alebo § 19 a § 25 vyhlášky č. 74/1996 Z.z., doklad v zmysle úpravy FMD č. 33/1978 Zb. (č. 19 022/78 z 25.09.1978),
- predložiť osobitné oprávnenie o odbornej spôsobilosti pre EPS v zmysle § 11 ods. 9 zákona č. 314/2001 Z.z. o ochrane pred požiarmi v znení neskorších predpisov (ďalej na účely tohto rozsudku len „zák. č. 314/2001 Z.z.“) a
- predložiť doklad – osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení neskorších predpisov (ďalej na účely tohto rozsudku len „zák. č. 138/1992 Zb.“).

Tiež žalovaný vo svojom rozhodnutí vyslovil, že žalobca v oznámení o zamietnutí žiadosti o nápravu uviedol, že uchádzač o zákazku musí byť držiteľom oprávnení alebo osvedčení, ktoré mu umožňujú vykonávať stavbu na dráhe – tak ako je to bežné v každej krajine Európskej únie, pričom požadované potvrdenia národnej legislatívy by mohli pochádzať aj zo zahraničia a boli by v krátkom čase (maximálne do 30 dní) uznané slovenskými inštitúciami.

Avšak spoločnosť P. ako uchádzač namietala, že pre uchádzača neusadeného na Slovensku predstavuje diskrimináciu, keď by si už pre účasť vo verejnej súťaži bez toho, aby vedel, či vôbec s obstarávateľom uzavrie zmluvu, musel zabezpečiť všetky národné oprávnenia a osvedčenia pre prípad možného plnenia zmluvy uzavretej s uchádzačom. Tento jej názor predovšetkým vychádzal z toho, že uvedené kritérium môže byť prirodzene ľahšie splniteľné záujemcami usadenými na Slovensku, tzn. že je pre ňu diskriminačné, lebo pre záujemcov, ktorí sú usadení mimo územia Slovenska, to znamená bariéru ich účasti na súťaži, keď už pri predložení ponuky treba predložiť všetky potvrdenia a dôkazy podľa slovenského práva, pričom získanie požadovaných potvrdení a osvedčení predstavuje podľa uchádzača P. značné administratívne, časové a finančné náklady, ktoré sú spôsobilé zadržať podniky neusadené na Slovensku pred predložením ponuky.

Žalobca na základe výzvy žalovaného prezentoval svoj názor, že vo verejnej súťaži je povinnosťou uchádzača už v ponuke predložiť doklady, ktorými preukáže, že je finančne, ekonomicky, technicky a odborne spôsobilý, a nie až potom, ako zákazku získa, lebo neskoršie preukazovanie splnenie podmienok úspešným uchádzačom až pred podpisom

zmluvy je pre kontrolovaného rizikové, nakoľko sa môže stať, že úspešný uchádzač požadované doklady a oprávnenia nezíska.

Žalovaný preto s prihliadnutím na právne podklady, tzn. najmä na ust. § 9 ods. 2, § 137, § 138 ods. 18 a § 139 ods. 2 písm. a) zák. č. 25/2006 Z.z., na čl. 49 a 50 Zmluvy o založení Európskych spoločenstiev, na ods. 9 odôvodnenia, čl. 10, čl. 34 ods. 7, čl. 52 ods. 2, 3 a 5, čl. 53 ods. 8 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, 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, Smernicu Rady 2005/36/ES zo 7. septembra 2005 (Ú.V. EÚ L 255, 30.09.2005) ako aj na rozhodnutia Európskeho súdneho dvora (žalovaný cituje prípady 106/77, Simmenthal z 09.03.1978, Zb. s. 629; č. 14/83 Von Colson a Kamann z 10.04.1984, Zb. s. 1891, bod 26; č. C-453/00 Kühne & Heitz z 13.01.2004, Zb. s. 837, č. C-106/89 Marleasing z 13.11.1990, Zb. s. 1-4135, bod 8; č. C-334/92 Miret zo 16.12.1993, Zb. s. I-6911, body 20 a 21; č. C-185/97 Coote z 22.09.1998 Rec. 1998, s. I-5199, bod 18) konštatoval v svojom odôvodnení, že

- v prípade zahraničných záujemcov usadených v inom členskom štáte získaním oprávnenia na vykonávanie činností podľa § 55 zák. č. 164/1964 Zb. je nemožno podmieňovať poskytovanie služieb, ktoré má charakter dočasného a príležitostného výkonu podnikateľskej činnosti a je typické pre oblasť verejného obstarávania,
- požiadavka na predloženie oprávnenia na výrobu, montáž a rekonštrukciu vyhradených technických zariadení sa od 01. júla 2006 normatívne nevyžaduje, a preto z uvedeného nie je zrejmé, prečo žalobca vyžaduje predložiť tento doklad,
- v prípade dokladov o odbornej spôsobilosti žalobca v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania neuviedol možnosť postupu pre zahraničných záujemcov, pričom vyžadovanie dokladov vydaných len podľa slovenskej legislatívy považuje žalovaný na základe hore uvedených právnych podkladov za diskriminačné. V tejto súvislosti žalovaný zdôraznil, že záujemca sa na základe informácií uvedených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania rozhoduje, či prejaví záujem o účasť v konkrétnom verejnom obstarávaní a požiada o vydanie súťažných podkladov – je preto nevyhnutné, aby už samotné oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania obsahovalo všetky relevantné informácie, na základe ktorých sa záujemca rozhoduje o svojej účasti, a teda aj o vyžiadaní súťažných podkladov spolplatnených sumou 137.858 Sk.

- v prípade požiadaviek na „Technickú spôsobilosť“ sa záujemca následne až po vyžiadaní a zaplatení za súťažné podklady dozvie z bodu 7.3 časti E „Podmienky účasti uchádzačov“ súťažných podkladov, aké doklady požaduje žalobca predložiť na preukázanie splnenia uvedených požiadaviek,
  - v prípade požiadaviek na „Technickú spôsobilosť“ sa záujemca ani po vyžiadaní a zaplatení za súťažné podklady nedozvie kritérium, podľa ktorého sa má hodnotiť splnenie požiadavky predložiť aspoň jednu zmluvu, kde za stavbu bola vyfaktúrovaná suma 450 mil. SKK,
- a preto zrušil podmienky súťaže v uvedených bodoch.

## II.

Proti tomuto rozhodnutiu podal žalobca žalobu z 24.10.2008 (č. 1. 1) na Krajský súd v Bratislave.

Krajský súd v Bratislave ako súd prvého stupňa podľa § 244 a nasl. 3 O.s.p. preskúmal napadnuté rozhodnutie žalovaného v rozsahu dôvodov uvedených v žalobe s poukazom na § 249 ods. 2 O.s.p., ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo a dospel k záveru, že žaloba je čiastočne opodstatnená, nakoľko rozhodnutie správneho orgánu vychádzalo z nesprávneho právneho posúdenia veci a preto súd napadnuté rozhodnutie podľa § 250j ods. 2 písm. a) O.s.p. zrušil a vec vrátil žalovanému na ďalšie konanie po preskúmaní postupu daňových orgánov a zákonnosti napadnutého rozhodnutia zrušil § 250j ods. 2 písm. a) O.s.p. a vec vrátil žalovanému na ďalšie konanie.

Predovšetkým krajský súd poukázal na to, že správne orgány sú podobne ako súdne orgány povinné v rámci svojej pôsobnosti aplikovať komunitárne právo z úradnej moci, pričom národné právo musí vykladať eurokonformným spôsobom.

Ďalej vyslovil, že sa nestotožňuje s tvrdením žalobcu o nepreskúmateľnosti napadnutého rozhodnutia pre jeho nezrozumiteľnosť alebo nedostatok dôvodov.

Avšak krajský súd vyslovil nesúhlas so záverom žalovaného, že nie je možné pri argumentácii využiť smernicu o bezpečnosti železníc, nakoľko táto argumentácia nebola použitá v námietkovom konaní. Krajský súd preto zastáva názor, že medzi Smernicou

2004/49/ES Európskeho parlamentu a Rady o bezpečnosti železníc Spoločenstva a Smernicou č. 2004/17/ES je súvislosť. Práve podľa krajského súdu v bode 13 Smernice č. 2004/17/ES prejavil Európsky parlament a Rada úmysel dosiahnuť určitú vyváženosť medzi hodnotami zákazu diskriminácie (vyjadrená v bode 44) na strane jednej a verejnej bezpečnosti, poriadku, zdravia, života ľudí a zvierat na strane druhej. Žiadnu z týchto hodnôt nemožno absolutizovať a povýšiť nad druhú. Žalobca preto podľa krajského súdu čiastočne správne vytýka žalovanému, že určité predpisy Európskej únie vôbec neaplikoval.

Ďalej krajský súd zdôraznil, že ust. § 55 zákona o dráhach bolo v zákone ponechané aj po transpozícii smerníc, tzn. že nebolo vypustené či pozmenené. Krajský súd preto zastáva názor, že povaha týchto činností je tak osobitná, že na profesionálnom a bezpečnom uskutočňovaní týchto činností je nutné bezpodmienečne trvať. Preto, pokiaľ žalobca trval na predložení oprávnenia k vykonávaniu uvedených činností, krajský súd nemal dôvod pochybovať, že konal v úmysle neohroziť realizáciou zákazky bezpečnosť, zdravie, životy ľudí v spomínaný bod 13 Smernice č. 2004/17/ES.

Navyše krajský súd nemohol ponechať bez povšimnutia skutočnosť, že k § 55 zákona o dráhach nebol vydaný vykonávací predpis. Preto má krajský súd pochybnosť, či by bolo vôbec možné v takomto prípade posúdiť rovnocennosť prípadne predloženého zahraničného dokladu. Potom by žalobcovi nezostala iná možnosť ako toto oprávnenie nepožadovať vôbec, čo by ale vzhľadom k povahe uvedených činností mohlo viesť k ohrozeniu bezpečnosti a ďalších hodnôt uvedených vyššie.

Na základe uvedených skutočností ako aj ust. § 26 ods. 1, odsek 2 písm. e), odsek 3, § 28 a § 29 zák. č. 25/2006 Z.z. sa krajský súd domnieva, že z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania nevyplýva, že by účasť záujemcov z iných členských štátov Európskej únie bola zakázaná z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania rovnako nevyplýva, že by záujemcovia z iných členských krajín Európskej únie nemohli predložiť namiesto dokladov vydaných slovenskými orgánmi podklady, doklady či povolenia vydané v štáte, v ktorom sú usadené. Tomu zodpovedá aj v napadnutom rozhodnutí spomenuté oznámenie žalobcu uchádzačovi, že požadované potvrdenia mohli pochádzať aj zo zahraničia a boli by v krátkom čase uznané slovenskými inštitúciami.

Záverom krajský súd uviedol, že žalobca sa síce o možnosti uznávania dokladov nezmienil, avšak možnosť predloženia dokladov zo zahraničia nezakázal ani nevylúčil. Podľa krajského súdu žalobca síce neuviedol, aký doklad majú zahraniční záujemcovia predložiť ale nemožno očakávať od žalobcu, že bude oboznámený s právnou úpravou všetkých členských štátov Európskej únie a teda mať vedomosť o tom, aký doklad je ekvivalentný k niektorému z požadovaných dokladov, či prípadne vôbec taký druh dokladu v danej členskej krajine existuje, ako je označovaný, aký je jeho rozsah práv a povinností. Práve z tohto dôvodu možným spôsobom vymedzenia obsahových náležitostí príslušného povolenia bolo poukázať na znenie slovenského právneho predpisu.

Za diskriminačnú nemožno podľa krajského súdu považovať požiadavku na úhradu 137.858 Sk za vydanie súťažných podkladov. Táto suma za vydanie súťažných podkladov sa podľa neho nejaví neprimeranou, keď zoberal do úvahy hodnota zákazky vo výške 139.587.421 €.

### III.

Včas podaným odvolaním zo dňa 11.02.2009 (č. l. 109) proti rozsudku prvostupňového súdu spoločnosť P. (ďalej len „spoločnosť P.“), ako osoba zúčastnená na prvostupňovom konaní (uznesenie Krajského súdu v Bratislave z 28.11.2008 č. k. 2S 199/08-49), napadla rozsudok krajského súdu. Svoje odvolanie odôvodnila najmä tým, že súd prvého stupňa

1. nesprávne vec právne posúdil tým, že nepoužil správne ustanovenie právneho predpisu a nedostatočne zistil skutkový stav (§ 205 ods. 2 písm. a/ O.s.p.),
2. dospel na základe vykonaných dôkazov k nesprávnym skutkovým zisteniam (§ 205 ods. 2 písm. d/ O.s.p.) a tiež že
3. rozhodnutie súdu prvého stupňa vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci (§ 205 ods. 2 písm. f/ O.s.p.).

Ďalej spoločnosť P. v svojom odvolaní uviedla, že nasledovné podmienky žalobcu, tzn. predložiť:

1. oprávnenie na vykonávanie určených činností v zmysle § 55 zákona č. 164/1996 Z.z. NR SR o dráhach a o zmene zákona č. 455/1991 Zb. o živnostenskom podnikaní (vydávané na základe preskúmania „Úradom pre reguláciu železničnej dopravy“),
2. oprávnenie podľa § 4 ods. 1 vyhl. č. 718/2002 Z.z. MPSVaR SR alebo oprávnenie podľa § 3 ods. 1 vyhlášky č. 74/1996 Z.z. Úradu bezpečnosti práce Slovenskej republiky,
3. doklad o odbornej spôsobilosti v elektronike v zmysle § 19 a § 25 vyhl. MPSVaR SR č. 718/2002 Z.z. alebo § 19 a § 25 vyhl. č. 74/1996 Z.z. Úradu bezpečnosti práce Slovenskej republiky,
4. doklad v zmysle úpravy FMD 33/1978 Zb. (č. 19 022/78 z 25.09.1978) aj s menovitým zoznamom osôb;
5. osobitné oprávnenie o odbornej spôsobilosti pre EPS v zmysle §11 ods. 9 zákona č. 314/2001 Z.z. o ochrane pred požiarmi a tiež
6. doklad – osvedčenie o vykonaní odbornej skúšky podľa zákona č. 138/1992 Zb. o autorizovaných architektoch a autorizovaných stavebných inžinieroch v znení zákona č. 236/2000 Z.z. aj s menovitým zoznamom osôb

predstavujú diskrimináciu a sú v rozpore s § 9 zák. č. 25/2006 Z.z., a preto proti podmienkam začala namietat' najmä s tým odôvodnením, že pri podmienkach účasti určených žalobcom ako obstarávateľom v oznámení „*nie je uvedená možnosť náhrady požadovaných dokladov, dokladmi adekvátnymi z krajiny zahraničného záujemcu*“. V tomto vidí spoločnosť P. nesprávnosť skutkových zistení krajského súdu.

Ďalej spoločnosť P. s použitím citácie textu odôvodnenia rozsudku krajského súdu zo str. 10 a 12 dospela k záveru, že nakoľko uvedené texty obsahujú protirečivé tvrdenia vo vzťahu k skutočnosti, že nebol vydaný vykonávací predpis k ust. § 55 zák. č. 164/1996 Z.z., ktorý by mohol objasniť rovnocennosť prípadne predložených zahraničných dokladov, je z tohto dôvodu nepreskúmateľný.

Nesprávne právne posúdenie veci vytýka spoločnosť P. krajskému súdu v tom, že napadnutom súdnom rozhodnutí, či zákazka má ešte charakter poskytovania služieb. Podľa spoločnosti P. ide vzhľadom na nutnosť chrániť a rešpektovať komunitárnu slobodu poskytovania služieb v procese verejného obstarávania o predbežnou otázkou mimoriadneho významu. Spoločnosť P. v tomto prípade poukázala na to, že celé verejné obstarávanie predstavuje proces, ktorý smeruje k uzatvoreniu zmluvy podľa obchodného práva. Preto, ak

žalobca počas celého konania vyhlasoval, že budú požadované slovenské povolenia a osvedčenia a že iba s takým uchádzačom bude uzatvorená zmluva, potom si súd nemôže osvojiť abstraktné doslovné znenie oznámenia a tvrdiť, že žalobca uchádzačom od počiatku umožnil, aby predkladali aj zahraničné doklady.

Na podporu svojho záveru spoločnosť P. konštatovala, že v paralelnom konaní „Ž. bola ako uchádzač vylúčená zo súťaže, hoci predložila rovnocenné doklady z Rakúska.

Ďalej sa spoločnosť P. zamýšľala v odvolaní nad tým, aké doklady môže žalobca požadovať, pričom zotrvávala na svojej argumentácii, že zo štruktúry verejného obstarávania jasne vyplýva, že obstarávateľ nesmie skúmať splnenie zmluvy pri podmienkach účasti. Navyše spoločnosť P. s odvolaním sa na § 28 zák. č. 25/2006 Z.z. uviedla, že žalobca na preukázanie technickej spôsobilosti môže požadovať len také doklady, ktoré sú uvedené v § 28 v nadväznosti na § 32 ods. 6 cit. zákona. Toto je tiež v súlade s obidvomi smernicami o verejnom obstarávaní 2004/17/ES a 2004/18/ES, ktoré na preukázanie technickej spôsobilosti stanovujú napríklad len údaje o zmluvách za posledné roky, dodávateľské zmluvy, alebo údaje o odborníkoch atď., ale podľa spoločnosti P. žiadne doklady o povoleniach. Takýto prístup by odporoval nielen základnému princípu zákonnosti európskych kontinentálnych právnych poriadkov vrátane slovenského právneho poriadku, ak by žalobcovi ako obstarávateľovi bolo priznané právo úplne svojvoľne požadovať dodatočné alebo iné podmienky, než sú vymenované v § 28 zák. č. 25/2006 Z.z.

Takisto spoločnosť P. vo svojom odvolaní preložila Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky svoj podnet na predloženie viacerých predbežných otázok postupom podľa čl. 234 Zmluvy o Európskom spoločenstve:

1. Aký je vzťah medzi všeobecnou smernicou 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 a tzv. sektorovej smernice, tzn. smernice 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb. Ide tu o úplne oddelené právne akty alebo možno sektorovú smernicu hodnotiť ako *lex specialis*, voči ktorej smernica 2004/18/ES pôsobí subsidiárne?
2. Umožňuje § 28 zákona o verejnom obstarávaní, ktorý bol vydaný na implementáciu smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii

postupov, obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek naprace, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, v prípade zákazky na stavebné práce vyhlásenej železničným podnikom, vyžadovať iné potvrdenia, podmienky a podklady ako tie, čo sú vymenované v článku 48 smernice 2004/18/ES?

3. Ide v prípade povolenia na vykonávanie špeciálnych stavieb na dráhe v zmysle uvedenej smernice o spôsobilosť vykonávať odbornú činnosť, pri ktorom treba v každom prípade predložiť povolenia a podklady z krajiny sídla záujemcu alebo uchádzača alebo ide o technickú a/alebo odbornú spôsobilosť?
4. Je zlučiteľné so ZES a uvedenými smernicami, ak uchádzač už pri predložení ponuky musí predložiť povolenie podľa § 55 zákona o dráhach, ak takéto povolenie môžu vystaviť len slovenské úrady a iba podnikateľom, ktorí sú usadení na Slovensku?

Záverom navrhol napadnutý rozsudok krajského súdu zrušiť a rozhodnúť, že sa návrhu vyhovie.

Vo včas podanom odvolaní zo dňa 12.02.2009 (č. 1. 134) proti celému rozsudku prvostupňového súdu žalovaný uviedol odvolacie dôvody podľa § 205 ods. 2 písm. a), d) a f) O.s.p.

V úvode svojho odvolania žalovaný zrekapituloval obsah svojho napadnutého rozhodnutia, a v stručnej forme aj závery krajského súdu, najmä týkajúcej sa aplikácie komunitárneho práva.

Podľa žalovaného najmä záver krajského súdu o nepochybne „správnej a včasnej“ implementácii smerníc vylúčil eurokonformný výklad práva a jeho neakceptovanie žiadosti žalovaného využiť inštitút predbežnej otázky na Európsky súdny dvor (ESD) je nesprávny. Žalovaný v svojej argumentácii zdôraznil význam relevantnej judikatúry ESD a eurokonformného výkladu s odvolaním sa na čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky a čl. 220 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva, resp. aj na rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 7Sžso 18/2007.

Žalovaný navyše zdôraznil tú skutočnosť, že nespočetné množstvo právne neurčitých pojmov (napríklad inštitút „závažného porušenia odborných povinností“), ktoré sú obsiahnuté v predpisoch o verejnom obstarávaní, nútia osoby a orgány zapojené do procesu verejného obstarávania využiť eurokonformný výklad týchto pojmov. Takisto žalovaný podčiarkol tú skutočnosť, že vnútroštátny súd musí v súlade s vyššie uvedenou judikatúrou ESD „*ex officio*“ posúdiť, či bola smernica transponovaná správne.

Napriek tomu, že krajský súd sám konštatuje, že žalovaný v konaní o námietkach rozhodol podľa § 139 ods. 2 písm. b) zák. č. 25/2006 Z.z. (tzn. nariadil zrušiť diskriminačné podmienky alebo požiadavky uvedené v súťažných podkladoch), ďalej uviedol, že „*Úrad nemohol nariadiť zrušenie samotnej súťaže, pretože podľa § 139 ods. 2 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní zrušenie súťaže pripadá do úvahy iba v prípade súťaže návrhov.*“ Avšak žalovaný je opačného názoru, lebo potom, ako nadobudol presvedčenie o porušení zákona o verejnom obstarávaní, postupoval podľa cit. ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní a nariadil iba zrušenie podľa žalovaného diskriminačných podmienok. Na základe aplikácie § 2 a § 24 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. preto žalovaný označil uvedený hodnotiaci úsudok prvostupňového súdu o nemožnosti aplikácie výroku podľa § 139 ods. 2 písm. a) cit. zákona v svojom odvolaní za nesprávny a že nemá oporu v platnom práve.

K možnosti aplikovať Smernicu č. 2004/49/ES Európskeho parlamentu a Rady o bezpečnosti železníc spoločenstva žalovaný vyslovil svoj nesúhlas s názorom krajského súdu, že v konaní pred správnym orgánom sa uplatňuje argumentácia založená na tejto smernici. Naopak, podľa žalovaného táto argumentácia nebola žalobcom uplatnená v konaní o námietkach a správny orgán sa preto k uvedenej argumentácii žalobcu vo svojom rozhodnutí nemohol vyjadriť.

Navyše krajský súd ani v svojom rozsudku nerefletoval, že žalovaný práve v napadnutom rozhodnutí objasnil, prečo je vyžadovanie slovenských dokladov od záujemcov z iných členských štátoch Európskej únie (viď uvedené neodkladné dôvody všeobecného záujmu - napr. ochrana verejného poriadku, verejnej bezpečnosti, verejného zdravia) zo strany žalobcu nepreukázané. Pri tom žalovaný si aj vyžiadaval odborné stanoviská príslušných správnych orgánov, ktoré nepotvrdili závery odôvodňujúce konštatovanie podmienok pripúšťajúcich nepriamu diskrimináciu, tak ako judikuje ESD k čl. 49 Zmluvy. Preto sa žalovaný sa domnieva, že požiadavka žalobcu vyžadovať oprávnenie na vykonávanie

určených činností podľa § 55 zák. č. 164/1996 Z. z. je oprávnená len od záujemcov, ktorí sú usadení v Slovenskej republike.

Žalovaný v odvolaní tiež vyslovil nesúhlas s formuláciou krajského súdu „Pokiaľ mal žalovaný na mysli, že žalobca posudzuje ekvivalentnosť zahraničných dokladov sám v tom zmysle, že sám tieto predloží na uznanie slovenským orgánom, čím sa stanú doklady rovnocennými, súd by sa s jeho názorom stotožnil.“

Obdobne, ako hore uvedená spoločnosť P., aj žalovaný vo svojom odvolaní (str. 22 odvolania) predložil Najvyššiemu súdu Slovenskej republiky svoj podnet na predloženie predbežnej otázky postupom podľa čl. 234 Zmluvy o Európskom spoločenstve v nasledovnom informatívnom znení:

Je postup obstarávateľa, na ktorého sa vzťahuje smernica Európskeho parlamentu a vlády 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (ďalej len „smernica 2004/17“), ktorý v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania na stavebné práce ani v súťažných podkladoch v rámci preukazovania podmienok účasti neuvedie možnosť uznávania rovnocenných zahraničných dokladov predložených zahraničnými uchádzačmi z členských štátov Európskej únie, ale výslovne požaduje od všetkých uchádzačov predloženie dokladov vydaných slovenskými inštitúciami podľa slovenských predpisov, v rozpore so zásadou nediskriminácie uvedenou v článku 10 smernice 2004/17 ako aj v článkoch 49 a 50 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva?

Záverom žalovaný požiadal o zmenu napadnutého rozsudku tak, že žaloba žalobcu sa zamietá a žalobcovi sa náhrada trov nepriznáva.

Doplnením zo dňa 13.03.2009 (č. l. 158) svojho odvolania žalovaný odkázal na argumentáciu ESD vyslovenou dňa 26.09.2000 vo veci C-225/98 Komisia Európskych spoločenstiev v Francúzska republika.

Najmä upozornil, že Súdny dvor Európskych spoločenstiev v predmetnom rozsudku konštatuje, že členský štát, ktorý v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadoval predloženie konkrétnych národných certifikátov, porušil článok 59 (teraz článok 49) Zmluvy

o založení Európskeho spoločenstva, tzn. že konal v rozpore so slobodou poskytovania služieb a súčasne so smernicou č. 71/305/EHS (predchádzajúca právna úprava v súčasnosti platných smerníc o verejnom obstarávaní). Súdny dvor Európskych spoločenstiev ďalej konštatuje, že vyžadovanie členstva v národných profesných organizáciách, komorách, resp. registroch môže mať odradzujúci účinok na záujemcov alebo uchádzačov z iných členských štátov. Predmetné konanie označuje Súdny dvor Európskych spoločenstiev za nepriamu diskrimináciu a za prekážku voľného poskytovania služieb.

Z vyjadrenia žalobcu zo dňa 16.03.2009 (č. l. 159) vyplýva, že s názorom krajského súdu vysloveným v jeho rozsudku sa v celom rozsahu stotožňuje. Ďalej žalobca v svojom odvolaní označil za zarážajúce tie skutočnosti, že žalovaný dlhodobo koná v súlade so záujmami spoločnosti P., vyhovuje všetkým jej podnetom, návrhom, námietkam. Spoločnosť P. označená žalobcom ako vedľajší účastník napríklad krátko po začatí súdneho konania vedel, že kedy bola podaná žaloba, akú má konanie spisovú značku, t. j. informácie ktoré sa mohol podľa žalobcu dozvedieť iba od žalovaného.

K rozhodnutiam Európskeho súdu citovaným žalovaným žalobca uviedol, že pochádzajú z obdobia pred rokom 2004, ich obsah a princípy boli preto zapracované do Smerníc č. 2004/17/ES, č. 2004/18/ES a č. 2004/49/ES, s ktorými navyše žalobca argumentoval. Obdobne žalobca vyjadril nesúhlas s argumentáciou žalovaného vo vzťahu k § 55 zák. č. 164/1996 Z.z., ktorý bol dovtedy 6 x novelizovaný so zohľadnením európskych smerníc. Takisto uviedol k svojim argumentom u § 55, že Bezpečnosť železničnej prevádzky predstavuje pre každý členský štát Európskej únie absolútnu prioritu.

Obdobne žalobca vo svojom stanovisku uviedol, že ani on ani krajský súd nikdy nespochybnili platnosť Ústavy Slovenskej republiky, existenciu európskeho práva, potrebu eurokonformného výkladu či potrebu zohľadnenia judikatúry Európskeho súdneho dvora. Podľa neho krajský súd v svojom rozsudku správne poukázal na to, ako žalovaný vychádza zo slovenských predpisov ako aj európskych smerníc nesystematicky a selektívne. Napríklad žalovaný mal vytknúť v napadnutom rozhodnutí žalobcovi, že nevzal pri svojom rozhodovaní do úvahy Smernicu 2004/17/ES o koordinácii postupov vo verejnom obstarávaní. Keď však žalobca poukázal v žalobe na Smernicu 2004/49/ES o bezpečnosti železníc, žalovaný uviedol vo svojom vyjadrení k žalobe, že žalobca touto smernicou neargumentoval v námietkovom konaní (str. 14 vyjadrenia žalovaného). Potom si však žalobca kladie otázku, či z toho má

vyplývať, že niektoré európske smernice je potrebné vziať do úvahy ex offo a iné iba na návrh účastníka?

V súvislosti s týmito námietkami sa žalobca stotožnil s názorom krajského súdu, že text európskej smernice je potrebné vziať do úvahy vtedy, pokiaľ je daná pochybnosť o jej riadnej a včasnej transpozícii do slovenského práva. Navyše žalobca zdôraznil, že výklad slovenskej právnej normy, do ktorej bolo európske právo riadne a včas transponované je eurokonformným výkladom.

Súčasne žalovaný vyslovil názor, že nevidí dôvod na polozenie predbežnej otázky Európskemu súdnemu dvoru. Táto otázka je žalovaným sugestívne formulovaná a nezodpovedá, skutkovému stavu. Otázka nezohľadňuje špecifickosť predmetného verejného obstarávania, ktoré sa týka výstavby železničných dráh. Osobitosť tejto problematiky je zrejmá aj z toho, že boli schválené osobitné európske smernice o bezpečnosti železníc (predovšetkým 2004/49/ES). Samotná európska smernica o koordinácii postupov vo verejnom obstarávaní zdôrazňuje, že žiadne ustanovenie tejto smernice nemôže ísť na úkor verejnej bezpečnosti, života a zdravia ľudí. Mimoriadne nebezpečný charakter činností, vykonávaných pri výstavbe železničných dráh je zrejmý z § 55 zák. 164/1996 Z.z. Podľa žalobcu takto sformulovaná otázka pre Európsky súdny dvor komplexne nezohľadňuje skutkový stav.

K odvolaniu spoločnosti P. (zotrúvajúc na jej označení ako vedľajšieho účastníka) sa žalobca odmietol vyjadriť, lebo nie je presvedčený, že ide o osobu na to oprávnenú. Obdobne sa vyjadril k spôsobu zastupovania tejto spoločnosti P. spoločnosťou s ručením obmedzeným vrátane podpisu, ktorý žalobca označil za nečitateľný.

Záverom žalobca navrhol, aby Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok krajského súdu potvrdil.

### III.a

Najvyšší súd Slovenskej republiky vyzval prípisom z 09.04.2009 účastníkov, aby zaujali podrobné stanovisko iba k otázke efektívnosti predložených predbežných otázok, či tieto otázky neboli podľa ich mienky už raz predložené a či napriek argumentácii protistrán naďalej účastníci trvajú na ich texte alebo na svojich námietkach a argumentom k nim.

Žalovaný listom z 20.04.2009 upozornil na časť uvedenú na str. 6 Správy z rokovaní k Operačnému programu doprava: „Zástupcovia DG TREN informovali, že Smernica 49/2004 (transponovaná od r. 2006) sa nezaobrá certifikáciou a bezpečnosťou firiem budujúcich infraštruktúrne projekty. Smernica je výhradne platná pre prevádzku na železničiach a je určená pre poskytovateľov dopravných služieb (operátorov) a pre správcov železničnej dopravnej cesty. Ďalšie formy národnej certifikácie by sa v odvolaniach nemali opierať o Smernicu 49/2004. Rovnako smernice o interoperabilite a TSI sa nezaobierajú bezpečnosťou pri budovaní infraštruktúry, ale určujú požadované technické parametre železničných prvkov...“.

Listom z 11.05.2009 žalovaný uviedol spolu so stručným odôvodnením, že polozenie predbežnej otázky Súdnemu dvoru Európskych spoločenstiev pokladá za účelné.

Listom z 10.09.2009 žalobca vyjadril svoj názor, že navrhované predbežné otázky v podstate smerujú mimo oblasť pôsobnosti Súdneho dvora. Niektoré z nich označil za zavádzajúce, pričom nekorešpondujú s tým, o čo v danej veci išlo a ide.

Právny zástupca spoločnosti P. sa k výzve Najvyššieho súdu Slovenskej republiky nevyjadril (list z 29.06.2009), iba sa stručne zaoberal niektorými námietkami žalobcu.

Ďalej Najvyšší súd Slovenskej republiky listom zo dňa 26.11.2009 vyzval žalobcu na objasnenie jeho ďalšieho postupu pri zákazke „Ž. - zverejnenej v ÚV Európskej únie pod značkou 2008/S 144-194249.

Na túto výzvu reagoval žalobca listom z 21.12.2009. Žalobca uviedol, že skutočne zrušil predmetné verejné obstarávanie a následne vyhlásil novú verejnú súťaž (v ÚV Európskej únie dňa 29.01.2009) s predpokladanou hodnotou zákazky 123.580.766 € bez DPH, tzn. že opäť išlo o zákazku nadlimitnú na uskutočnenie stavebných prác, pričom ako postup verejného obstarávania zvolil verejnú súťaž. Zmluva o dielo s úspešným uchádzačom bola uzatvorená dňa 19.06.2009. Ďalej žalobca vyslovil nesúhlas s vyjadrením žalovaného, ktoré Najvyšší súd Slovenskej republiky vo výzve citoval s tým, že žalobca toto tvrdenie označil ako vecne i právne nesprávne.

Najmä poukázal na to, že ak by si Najvyšší súd Slovenskej republiky osvojil názor žalovaného o odpadnutí dôvodu konania, zostalo by nielen naďalej v platnosti podľa žalobcu nezákonné rozhodnutie žalovaného, splnenie ktorého by žalovaný mohol vynucovať napr. ukladaním pokút, ale tiež by ho mohol žalovaný využívať ako precedentné rozhodnutie aj v iných prípadoch. Navyše žalobca zdôraznil celospoločenský záujem na meritórnom rozhodnutí veci.

V prílohe listu z 05.02.2010 žalovaný predložil súdu rozsudok Súdneho dvora Európskych spoločenstiev vo veci C-199/07 Komisia Európskych spoločenstiev v. Helénska republika zo dňa 12.11.2009. Žalovaný v súvislosti s týmto rozsudkom vyzdvihol, že v predmetnej veci išlo o verejné obstarávanie, ktoré sa týkalo realizácie štúdie v súvislosti so stavebnými a elektromechanickými projektmi v rámci výstavby železničnej stanice. Podľa argumentácie Súdneho dvora obsiahnutej v bode 35. a nasl. zásada rovnosti zaobchádzania implikuje zásadu transparentnosti. Tieto zásady, ktoré predstavujú základ smerníc Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, znamenajú najmä, že uchádzači, hoci aj potenciálni, sa musia vo všeobecnosti nachádzať v rovnakom postavení a musia mať takú istú šancu pri formulovaní znenia svojich prihlášok alebo ponúk.

Na pojednávaní vykonanom dňa 27.04.2010 účastníci zotrvali na svojich argumentoch a po objasnení súčasného stavu verejného obstarávania v predmetnej zákazke vyslovili záujem na ďalšom konaní vo veci, lebo rozhodnutie súdu sa im javí dôležité vzhľadom riešenia obdobných problémov pri budúcich zákazkách.

Na tomto pojednávaní ďalej žalovaný krátkou cestou súdu súbor dokumentov (Stanovisko Slovenskej republiky k oznámeniu o začatí procedúry podľa článku H prílohy II Nariadenia Rady /ES/ č. 1164/1994 /zmenenom a doplnenom nariadeniami ES/ č. 1264/1999 a 1265/1999) a podľa Nariadenia Komisie /ES/ č. 1386/2002 k auditorským misiám realizovaných na Slovensku) so sprievodným listom z 27.04.2010.

Žalovaný najmä vyzdvihol význam bodu 2. „Audit verejného obstarávania EFRR + KF v dňoch 27. novembra – 1. decembra 2006“ zo str. 7 a nasl. uvedeného stanoviska a ďalej bod 2.B „Zistenie č. 16: Problémy pre verejnom obstarávaní T 10 – „Stavebný dozor pre modernizačné práce na traťovom úseku Piešťany – Nové Mesto nad Váhom 47,55 100,50 km“ zo str. 13 a nasl. citovaného stanoviska.

## IV.

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 žalobe podľa zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok (ďalej v texte rozsudku len „O.s.p.“). 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 O.s.p. odvolanie prípustné, nariadil vo veci pojednávanie (§ 250g ods. 1 O.s.p.) a po jeho verejnom vykonaní dospel na k záveru, že odvolanie je dôvodné, pretože napadnutý rozsudok vychádzal z nesprávneho právneho posúdenia veci, a preto postupom podľa § 220 ods. 1 v spoj. s § 246c ods. 1 O.s.p. rozsudok zmenil tak, že podľa § 250j ods. 1 O.s.p. žalobu zamietol (rozhodnutie a postup žalovaného ako správneho orgánu v medziach žaloby sú v súlade so zákonom).

Na prvom mieste sa Najvyšší súd musel zaoberať otázkou, či za situácie, kedy žalobca v zmysle svojho listu z 21.12.2009 potvrdil, že skutočne zrušil predmetné verejné obstarávanie a následne vyhlásil novú verejnú súťaž (v ÚV Európskej únie dňa 29.01.2009), je vôbec z hľadiska čl. 46 Ústavy Slovenskej republiky potrebné poskytnúť súdnu ochranu žalobcovi pri rozhodnutí správneho orgánu, ktoré sa svojim obsahom a dopadom viaže iba na zrušené predmetné verejné obstarávanie. Nakoľko súd dospel k záveru, že aj za súčasného stavu napadnuté rozhodnutie predstavuje zásah do práv jednotlivca, a iba ukončený súdny prieskum je spôsobilý zodpovedať žalobcovu otázku, či tento zásah bol legálny, a iný postup súdu by znamenal popretie zákazu „*denegatio iustitiae*“, preto Najvyšší súd v zmysle čl. 46 a nasl. v spoj. s čl. 152 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky v konaní pokračoval.

Takisto Najvyšší súd pri hodnotení efektivity súdnej ochrany za tejto situácie nemohol prehliadnuť argumentáciu žalobcu, že samotné rozhodnutie má nielen pre neho ale aj pre celú Slovenskú republiku zásadný význam (str. 52 súdneho spisu), nakoľko:

- je to zákazka, ktorá je financovaná z prostriedkov Európskej únie, a preto podlieha prísny auditom príslušných orgánov Európskej únie,
- nie je možné vylúčiť požiadavku zo strany orgánov Európskej únie na vrátenie 56 miliónov €, poprípade 810 miliónov Sk štátnej pomoci.

Základom žaloby je právny spor medzi žalobcom a žalovaným, či situácia, keď podmienky účasti vo verejnom obstarávaní obsahujú povinnosť predložiť národné licencie, osvedčenia alebo iné listiny preukazujúce splnenie technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzača bez toho, aby obstarávateľ výslovne uviedol, že obdobné licencie, osvedčenia alebo iné listiny predložené uchádzačom na základe národnej legislatívy iného členského štátu Európskej únie budú uznané ako národné, je spôsobilá natoľko odradiť týchto zahraničných uchádzačov, že takýto postup obstarávateľa je nutné označiť za porušenie princípu nediskriminácie na národnom princípe a zásady rovnakého zaobchádzania. Pre vyriešenie tohto sporu sú podľa názoru Najvyššieho súdu významné tak vnútroštátne predpisy ako aj relevantná judikatúra Súdneho dvora Európskej únie.

*Podľa § 28 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z. v znení platnom v čase vyhlásenia súťaže technickú alebo odbornú spôsobilosť možno preukázať dokladom alebo dokladmi podľa druhu, množstva, dôležitosti alebo využitia dodávky tovaru, stavebných prác alebo služieb spravidla c) údajmi o technikoch alebo technických orgánoch, tých, ktorí sú zodpovední za kontrolu kvality (písm. c) alebo údajmi o vzdelaní a odbornej praxi alebo o odbornej kvalifikácii riadiacich zamestnancov, osobitne osôb zodpovedných za riadenie stavebných prác alebo za poskytnutie služby (písm. g).*

*Podľa § 9 ods. 2 zák. č. 25/2006 Z.z. v hore citovanom znení pri zadávaní zákaziek sa musí uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti.*

Najvyšší súd nedospel na základe argumentácie účastníkov verejného obstarávania a následného súdneho prieskumu k záveru, že by text zák. č. 25/2006 Z.z. mal byť v rozpore s príslušným komunitárnym právom (najmä smernicami ES citovanými žalobcom a žalovaným).

Preto je celkom jednoznačné, že obsah hore uvedeného a iba vo všeobecnej rovine zachyteného pojmu nediskriminácie uchádzačov vo vzťahu k vyhodnoteniu splnenia podmienky technickej alebo odbornej spôsobilosti v procese verejného obstarávania sa musí na národnej úrovni vykladať súladne so závermi judikatúry Súdneho dvora Európskych spoločenstiev a následne tieto poznatky aplikovať na jednotlivé odlišnosti konkrétneho prípadu. Iba týmto spôsobom sa národný súd môže vyhnúť interpretačnému problému medzi

národným, hoc ústavnokonformným výkladom a eurokonformným výkladom zásad a inštitútov procesu verejného obstarávania, ktoré sú spoločné tak slovenskému ako aj komunitárnemu poriadku.

Naopak názor krajského súdu (citované zo str. 7 rozsudku krajského súdu) *„Keď sa žalobca dôsledne riadil ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní, nemohol tým porušiť ustanovenia smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES.“* riadne nezohľadňuje interpretačný monopol Súdneho dvora Európskych spoločenstiev v oblasti komunitárneho práva (pôv. čl. 220 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva). Takisto nesúhlasná argumentácia žalobcu (3. ods. na str. 7 súdneho spisu) *„pokiaľ ide o rôzne rozsudky Európskeho súdneho dvora hojne citované namietateľom, ktoré žalovaný prevzal“*, nie je správna, lebo skutočne, ako už Najvyšší súd zdôraznil, tieto rozsudky tvoria jeden z právnych základov napadnutého rozhodnutia.

K otázke nediskriminácie v procese verejného obstarávania, ako počas súdneho konania viackrát žalovaný zdôraznil, sa vyjadril Súdny dvor Európskych spoločenstiev napríklad vo veci vo veci C-225/98 Komisia Európskych spoločenstiev v Francúzska republika alebo vo veci C-199/07 Komisia Európskych spoločenstiev v. Helénska republika zo dňa 12.11.2009. Na tomto mieste nie je možné prehliadnuť právne závery Súdneho dvora Európskych spoločenstiev vo veci C-225/98, kedy označil prístup členského štátu, ktorý v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania požadoval predloženie konkrétnych národných certifikátov, za porušenie súčasného čl. 49 Zmluvy o založení Európskeho spoločenstva. Navyše Súdny dvor Európskych spoločenstiev v tomto svojom rozhodnutí ďalej konštatuje, že vyžadovanie členstva v národných profesijných organizáciách, komorách, resp. registroch môže mať odradzujúci účinok na záujemcov alebo uchádzačov z iných členských štátov, a takéto konanie Súdny dvor Európskych spoločenstiev následne označil za nepriamu diskrimináciu a za prekážku voľného poskytovania služieb.

Obdobný záver je obsiahnutý v správach audítorov (dôkazný prostriedok predložený žalovaným na pojednávaní), kde v 1. odrážke na str. 3 Stanoviska Slovenskej republiky bolo konštatované: *„Uchádzači musia byť držiteľmi osvedčení podľa slovenského zákona č. 164/1996 o dráhach, ktoré im umožnia realizovať stavbu dráhy. Podľa názoru audítorov, ak nebola uvedená prijateľnosť rovnocenných osvedčení zo zahraničia (alebo spôsob,*

*ako môže zahraničná spoločnosť získať slovenské osvedčenie), táto podmienka mohla niektoré zahraničné spoločnosti odradiť od účasti. “.*

Zhora uvedených textov jednoznačne Najvyššiemu súdu vyplýva, že najmä Súdny dvor Európskych spoločenstiev poukazuje na tú skutočnosť, že súťažná podmienka preukázania technickej alebo odbornej spôsobilosti spočívajúca v držbe národných odborných osvedčení alebo licencií je spôsobilá privodiť diskriminačné zaobchádzanie so zahraničnými súťažiteľmi vo verejnom obstarávaní. Táto situácia sa v ich neprospech navyše zhoršuje tým, že obstarávateľ výslovne neuvedie v súťažných podmienkach, že obdobné licencie, osvedčenia alebo iné listiny predložené uchádzačom na základe národnej legislatívy iného členského štátu Európskej únie budú uznané ako národné. Oba hore uvedené orgány sa za tejto situácie zhodli, že takéto zhoršenie sa môže prejavovať tým, že je spôsobilé odradiť týchto zahraničných uchádzačov, a preto takýto postup obstarávateľa je nutné označiť za porušenie princípu nediskriminácie na národnom princípe a zásady rovnakého zaobchádzania.

Preto sa Najvyšší súd nemôže stotožniť s konštatovaním krajského súdu (str. 11 rozsudku krajského súdu), že *„Z oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania rovnako nevyplýva, že by záujemcovia z iných členských krajín Európskej únie nemohli predložiť namiesto dokladov vydaných slovenskými orgánmi podklady, doklady či povolenia vydané v štáte, v ktorom sú usadené. Tomu zodpovedá aj v napadnutom rozhodnutí spomenuté oznámenie žalobcu uchádzačovi, že požadované potvrdenia mohli pochádzať aj zo zahraničia a boli by v krátkom čase uznané slovenskými inštitúciami.“* Takýto záver krajského súdu nevychádza z dostatočne zisteného skutkového stavu veci (samotná domnienka krajského súdu /str. 11 rozsudku/, že súťažné podklady boli vydané 17 záujemcom nie je dostatočná) ale naopak vychádza z dodatočného tvrdenia žalobcu, ktoré však spôsobuje neistotu zahraničným uchádzačom, či skutočne v ich prípade dôjde k tomuto postupu. Iba výslovné zakotvenie kritérií v oznámení alebo samotných súťažných podmienkach objasňujúcich splnenie podmienky technickej a odbornej spôsobilosti uchádzačov pri predložení zahraničných odborných licencií, dokladov či povolení je spôsobilé odstrániť stav neistoty uchádzača z inej krajiny a naplňa princíp nediskriminácie uchádzačov (§ 9 ods. 2 zák. č. 25/2006 Z.z.).

Opačný prístup, tzn. výklad smerujúci k tomu, že obstarávateľ je oprávnený pri určitých uchádzačoch dodatočne objasňovať svoj úmysel uvedený v podmienkach účasti, nie je v súlade so základnými požiadavkami na podmienky účasti v procese verejného obstarávania, a to najmä na podmienku transparentnosti, s ktorou nie je v súlade situácia, kedy sa musí zahraničný súťažiteľ domnievať (tzn. obávať), že azda niektoré podmienky súťaže budú mu v budúcnosti osobitne dovysvetlené. Pritom podmienky súťaže individualizujú ustanovenia zákona o verejnom obstarávaní pre danú zákazku tým, že vytvárajú konkrétny právny rámec (viď § 33 ods. 1 zák. č. 25/2006 Z.z.).

V tomto duchu musí Najvyšší súd súhlasiť s argumentáciou krajského súdu zo str. 12 napadnutého rozsudku (str. 107 súdneho spisu) potiaľ, že žalobca mal uviesť v oznámení možnosť postupu pre zahraničných záujemcov. Avšak už nemôže súhlasiť s krajským súdom, že samotná neznalosť právnej úpravy členských štátov (tzn. znalosť, ktorý doklad zahraničného záujemcu je ekvivalentný s dokladom požadovaným podľa slovenského práva) umožňuje žalobcovi sa vyhnúť výslovnému zakotveniu kritéria ekvivalencie do oznámenia alebo súťažných podkladov. Polemizovanie krajského súdu (str. 12), či a najmä ako mal žalobca formulovať rozsah a obsah požadovanej spôsobilosti, je nad rozsah súdnej ochrany v správnom súdnictve, lebo súdy vykonávajú iba súdny prieskum a nie sú tvorcami a ani nedotvárajú napadnuté rozhodnutia (čl. 1 ods. 1 ústavy Slovenskej republiky).

Najvyšší súd za tejto situácie tiež nemôže opomenúť argument spoločnosti P., ktorá v svojom odvolaní zo dňa 11.02.2009 (str. 11) upozornila na správanie žalobcu, kedy v paralelnom konaní „Ž. bola ako uchádzač vylúčená z tejto súťaže, hoci predložila rovnocenné doklady z Rakúska. S týmto argumentom je však tvrdenie žalobcu uvedené v konaní pred správnym orgánom o tom, že *„tam, kde to umožňuje legislatíva, sú uznávané aj doklady vydávané v zahraničí.“*, v úplnom rozpore a navyše Najvyšší súd musí konštatovať, že toto tvrdenie bolo podané zo strany žalobcu oneskorene, lebo malo byť v jasnej forme naopak zakomponované do podmienok účasti.

Uvedený argument spoločnosti P. iba potvrdzuje Najvyšším súdom vyslovený záver o nutnosti odstrániť stav neistoty uchádzača už pred prihlásením sa do verejnej súťaže.

Už samotná myšlienka, že zotrvávanie žalobcu na požiadavke predloženia osobitných oprávnení, odborných osvedčení alebo licencií o odbornej spôsobilosti vystavených

na základe slovenských právnych predpisov, odôvodňujúc takéto konanie v úmysle neohroziť realizáciou zákazky bezpečnosť, zdravie, životy ľudí (bod 13 Smernice č. 2004/17/ES), je nepostačujúci a diskriminačný. Je diskriminačný najmä v tom smere, že aj v iných členských štátoch Európskej únie sú štátne orgány vedené rovnakou snahou pri zavádzaní licencií a povinných osobitných profesijných certifikátov v železničnej preprave a železničnom staviteľstve. Bolo by predčasné tvrdiť (argumenty žalobcu v tomto smere prevzal aj krajský súd), že iné členské štáty nielen pre oblasť železničného staviteľstva ale aj pre jeho výsledky nevyžadujú splnenie ekvivalentne bezpečnostných a iných opatrení.

Preto podľa Najvyššieho súdu v žiadnom prípade nie je daný dôvod na znižovanie, poprípade iným spôsobom vyzdvihovanie úrovne vnútroštátnych oprávnení oproti úrovni obdobných zahraničných licencií a povinných osobitných profesijných certifikátov. Opačný prístup nutne vedie k záveru, že zahraničné kontrolné a dozorné orgány pre železničnú prepravu zabezpečujú nižšiu úroveň bezpečnosti tohto druhu prepravy. Už tento záver by sa musel odmietnuť v duchu výkladového kritéria „*reductio ad absurdum*“.

Pre Najvyšší súd je na jednej strane nepochybné, že posudzovanie splnenia podmienky technickej a odbornej spôsobilosti uchádzačom, ktorá je požadovaná na základe § 28 zák. č. 25/2006 Z.z., je posudzovaním osobitej profesijnej odbornosti, v danom prípade odbornosti vyžadovanej pri revitalizačnej výstavbe nedokončenej stavby – železničnej stanice. Toto je jediná možnosť pre obstarávateľa, aby v procese verejného obstarávania zistil, či konkrétny uchádzač disponuje elementárnymi znalosťami alebo technickými predpokladmi, ktoré mu umožnia v prípade úspechu v súťaži záväzok realizovať zákazku prevzatý uzavretím zmluvy aj reálne splniť.

Avšak kritériá na posúdenie technickej a odbornej spôsobilosti uchádzača nie sú v zákone (§ 28 ods. 1) vymenované demonštratívne ale naopak taxatívne, čo pre súd značí, že nie je možné ich rozširovať. Toto rozšírenie nemohol žalobca v súdnom prieskume (uvedené námietky v správnom konaní podľa mienky súdu žalobca neuplatnil) vykonať ani s odôvodnením, že požiadavky na zvýšenú bezpečnosť pri prevádzke železničnej prepravy, napríklad s odkazom na Smernicu 2004/48/ES o bezpečnosti železníc si toto vyžadujú – vid' aj stanovisko žalovaného k podanej žalobe alebo obdobné vyjadrenie predstaviteľov DG Tren prezentované listom žalovaného z 20.04.2010, podľa ktorého „*zástupcovia DG TREN informovali, že smernica 49/2004 (transponovaná od r. 2006)*

*sa nezaoberá certifikáciou a bezpečnosťou firiem budujúcich infraštruktúrne projekty. Smernica je výhradne platná pre prevádzku na železničiach a je určená pre poskytovateľov dopravných služieb (operátorov) a pre správcov železničnej dopravnej cesty. Ďalšie formy národnej certifikácie by sa v odvolaniach nemali opierať o smernicu 49/2004.“ Preto krajský súd nesprávne objasnil vzťah bodu 13 preambuly Smernice 2004/17/ES v prospech smernice o bezpečnosti železníc, a túto od žalovaného požadoval vo výberovom konaní aplikovať.*

Tiež sa Najvyšší súd nestotožnil s podpornou argumentáciou založenou v zmysle § 26 zák. č. 25/2006 Z.z. na osobitostiach predmetu výberového konania, tzn. prestavbe železničnej stanice. Naopak, ako poukázal žalovaný, ust. § 26 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. je potrebné vykladať v spojení s ust. § 9 ods. 2 cit. zákona.

*Podľa § 26 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v znení platnom v čase vyhlásenia predmetného oznámenia (júl 2008) platí, že ak uchádzač alebo záujemca nemá sídlo v Slovenskej republike a krajina jeho sídla nevydáva niektoré z dokladov uvedených v odseku 2 alebo nevydáva ani rovnocenné doklady, možno ich nahradiť čestným vyhlásením podľa predpisov platných v krajine jeho sídla*

*Podľa § 26 ods. 2 písm. e) [relevantné pre prejednávajúcu vec] zák. č. 25/2006 Z.z. v hore cit. znení platí uchádzač alebo záujemca preukazuje splnenie podmienok účasti podľa odseku 1 písm. f) [tzn. je oprávnený dodávať tovar, uskutočňovať stavebné práce alebo poskytovať službu] dokladom o oprávnení podnikat' alebo dokladom o zapísaní v profesijnom zozname vedenom profesijnou organizáciou,*

Hore citované ustanovenie § 26 zák. č. 25/2006 Z.z. sa vzťahuje na zahraničných uchádzačov v tom duchu, že z ich strany zákon predpokladá nakladanie s dokladmi preukazujúcimi ich odbornú spôsobilosť na národnostnom princípe (princíp rovnocennosti), a až v prípade, že tieto doklady ich krajina v materiálnej forme nevystavuje (vid' formulácia „nevydáva niektoré z dokladov uvedených v odseku 2 alebo nevydáva ani rovnocenné doklady“) sa pripúšťa zákonná substitúcia vo forme deklarácií, tzn. čestného prehlásenia.

Vzhľadom na hore uvedené sa Najvyšší súd nemohol stotožniť s právnym názorom žalobcu a krajského súdu, že ak žalobca ako obstarávateľ vyžadoval predloženia národných licencií, osobitných oprávnení a osvedčení v zmysle oznámenia v bode III. 2.3) Technická

spôsobilosť, tak tento postup podľa § 28 zák. č. 25/2006 Z.z., je s poukazom na § 26 ods. 3 zák. č. 25/2006 Z.z. v súlade so zákonom.

Na základe uvedených skutočností ako aj ust. § 26 ods. 1, odsek 2 písm. e), odsek 3, § 28 a § 29 zák. č. 25/2006 Z.z. Najvyšší súd usudzuje, že z oznámenia žalobcu o vyhlásení verejného obstarávania (zn. 2008/S 144-194249 zo dňa 26.07.2008, resp. č. 147/2008 zo dňa 30.07.2008 pod zn. 03448-MSP) vyvstávajú zrejme pochybnosti, či je záujemcom z iných členských krajín Európskej únie umožnené, aby mohli predložiť namiesto dokladov vydaných slovenskými orgánmi podklady, doklady či povolenia vydané v štáte, v ktorom sú usadení. Takýto postup vo verejnom obstarávaní je potom v rozpore najmä so zásadou nediskriminácie účastníkov a transparentnosti, ktoré sledujú v zmysle hore uvedených záverov zabezpečenie plnej účasti všetkým spôsobilým subjektom vo verejnej súťaži bez ohľadu na to, či sú domicilované v Slovenskej republike, v štáte Európskeho spoločenstva, či v tretích krajinách. Preto neobstoja argumenty žalobcu (str. 3 a nasl. súdneho spisu), ktoré si osvojil aj krajský súd, že v tomto prípade k porušeniu zásad verejného obstarávania nedošlo.

Najvyšší súd k nutnosti predložiť alebo nepredložiť predbežné otázky na Súdny dvor Európskych spoločenstiev konštatuje, že ich predloženie vo vzťahu k prevereniu podmienok účasti by bolo potiaľ zmysluplné a odpovede na ne zaslané by boli využiteľné v ďalšom správnom konaní iba vtedy, ak by verejné obstarávanie pokračovalo. Avšak z vyjadrenia žalobcu zo dňa 21.12.2009 vyplynulo, že žalobca zrušil predmetné verejné obstarávanie a následne vyhlásil novú verejnú súťaž v tejto zákazke. Za týchto skutkových okolností, hoci význam odpovedí pre budúce verejné obstarávania je nepopierateľný, Najvyšší súd nemohol k ich položeniu, vzhľadom na ich nevyužiteľnosť v tomto súdnom konaní, pristúpiť. Takýto záver podporuje aj judikatúra Súdneho dvora Európskych spoločenstiev, najmä La Pyramide (bod č. 1 ECR I-3999) alebo Meilicke (bod č. 25 ECR I-4871), podľa ktorej sledovaným účelom nie je zasielanie hypotetických vyjadrení alebo právnych posudkov Súdnym dvorom na adresu národných súdov, ale naopak ako pomoc (podklad rozhodnutia) národnému sudcovi pri riešení konkrétneho právneho problému s právne - efektívnym dopadom na vzťahy účastníkov súdneho konania.

Najvyšší súd Slovenskej republiky neuviedol vo výroku zrušujúceho rozsudku zákonné ustanovenie, podľa ktorého bolo rozhodnutie správneho orgánu zrušené (§ 250j ods. 4 prvá veta O.s.p.), nakoľko dôvodom podania tejto informácie súdom je v zmysle § 250j ods. 4 veta druhá O.s.p. poskytnúť podklady účastníkom pre posúdenie prípustnosti možného odvolania proti rozsudku súdu. Nakoľko proti rozhodnutiam Najvyššieho súdu vydaným v správnom súdnictve sú nielen generálne (§ 246c ods. 1 O.s.p.) ale aj špeciálne (§ 250ja ods. 6 O.s.p.) prípustné opravné prostriedky, potom nie je možné ust. § 250j ods. 4 O.s.p. na výroky rozhodnutí Najvyššieho súdu aplikovať.

Na základe zisteného skutkového stavu, uvedených právnych skutočností, po vyhodnotení odvolacích námietok žalovaného ako aj protiargumentov žalobcu Najvyšší súd rozhodol tak, ako je uvedené vo výroku rozsudku.

O trovách odvolacieho súdneho konania rozhodol Najvyšší súd podľa § 224 ods. 1 v spojitosti s § 250k ods. 1 O.s.p., podľa ktorého iba úspešný žalobca má právo na úplnú náhradu trov tohto konania.

**P o u ě n i e** : Proti tomuto rozhodnutiu **n i e j e** prípustný opravný prostriedok (§ 246c ods. 1 O.s.p.).

V Bratislave 04. mája 2010

**Ing. JUDr. Miroslav Gavalec, v. r.**  
**predseda senátu**

Za správnosť vyhotovenia:

Lubica Kavivanovová