

Súd:	Najvyšší súd SR
Spisová značka:	3Sžf/117/2013
Identifikačné číslo spisu:	1012200313
Dátum vydania rozhodnutia:	25.11.2014
Meno a priezvisko:	JUDr. Gabriela Gerdová
Funkcia:	sudca
ECLI:	ECLI:SK:NSSR:2014:1012200313.1

ROZSUDOK

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Gabriely Gerdovej a sudcov JUDr. Ivana Rumanu a JUDr. Jany Zemkovej PhD. v právnej veci žalobcu: EURO-BUILDING, a.s., Podunajská 23, Bratislava, IČO: 35 683 066, právne zastúpený: JUDr. Martin Timcsák, advokát, s.r.o., Zámocké schody 2/A, Bratislava, v mene ktorej koná JUDr. Martin Timcsák, konateľ a advokát, proti žalovanému: Úrad pre verejné obstarávanie, Dunajská 68, Bratislava, za účasti: Ministerstvo kultúry Slovenskej republiky, Námestie SNP 33, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 1315-6000/2011-ON/433 zo dňa 03. februára 2012, v konaní o odvolaní žalobcu proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S 70/12-158 zo dňa 12. júna 2013, takto

rozhodol:

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S 70/12-158 zo dňa 12. júna 2013 p o t v r d z u j e.

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

Odôvodnenie

Napadnutým rozsudkom Krajský súd v Bratislave zamietol žalobu žalobcu, ktorou sa domáhal preskúmania zákonnosti a zrušenia rozhodnutia žalovaného č. 1315-6000/2011-ON/433 zo dňa 03. februára 2012, ktorým podľa § 139 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej aj „ZVO“) zamietol jeho námietky proti podmienkam uvedeným v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania v užšej súťaži na predmet zákazky „Rekonštrukcia a modernizácia Malej scény Štátneho divadla v Košiciach“, vyhlásenej verejným obstarávateľom (Ministerstvo kultúry SR) vo Věstníku verejného obstarávania č. 237/2011 zo dňa 07.12.2011 z dôvodu, že kontrolovaný využil zákonnú možnosť obmedzenia počtu záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky.

Krajský súd z obsahu administratívneho spisu zistil, že Ministerstvo kultúry SR ako verejný obstarávateľ

vyhlásilo podľa § 50 ods. 4 písm. a/ v spojení s § 91 ZVO užšiu súťaž na predmet zákazky „Rekonštrukcia a modernizácia Malej scény Štátneho divadla v Košiciach“ vo Vestníku verejného obstarávania č. 237/2011 dňa 07.12.2011 pod značkou 10566-MUP. V závislosti od typu zadávateľa zákazky a predpokladanej hodnoty zákazky ide o podlimitnú zákazku. Žalobca ako záujemca podal žiadosť o nápravu proti podmienkam uvedeným v oznámení v užšej súťaži podľa § 136 ods. 2 písm. a/ ZVO, ktorú obstarávateľ zamietol a preto žalobca následne podal žalovanému námietky, o ktorých rozhodol napadnutým rozhodnutím žalovaný tak, že ich zamietol. Žalobca v súvislosti s kritériami na výber obmedzeného počtu záujemcov, ktorí budú vyzvaní na predloženie ponuky, uvedenými v bode IV. 1.2. oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania uviedol, že obstarávateľ kladie vyšší dôraz finančnému objemu zrealizovaných stavebných prác na úkor počtu týchto prác. Nadradenie finančného objemu (s bodovým hodnotením 70) nad počet zrealizovaných prác - kvalifikovaných referencií (s bodovým hodnotením 30) je podľa jeho názoru diskriminačné, škodiace transparentnému výberu vhodného záujemcu a v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania. Žalobca zároveň uviedol, že jasnosť a zrozumiteľnosť stanovených kritérií a pravidiel ich vyhodnotenia nerozporuje. Žiadal, aby žalovaný nariadil obstarávateľovi zrušiť diskriminačné podmienky účasti nastavením bodového hodnotenia v súlade s princípom nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania (50/50).

Krajský súd citoval ustanovenia §§ 9, 24, 32 a § 52 zákona o verejnom obstarávaní, bod II.2.1, III.2.3. a IV.1.2. a uviedol, že obstarávateľ využil zákonnú možnosť obmedzenia počtu záujemcov (na 10), ktorých následne vyzve na predloženie ponuky. Účel hodnotenia podmienok účasti, kritérií pre užší výber a kritérií samotného hodnotenia ponúk je pritom rozdielny. V prípade hodnotenia splnenia podmienok účasti sa hodnotí status uchádzača, resp. záujemcu, t.j. skutočnosť, či je záujemca alebo uchádzač z pohľadu osobného postavenia (§ 26 ZVO), ekonomického a finančného postavenia (§ 27 ZVO) a technickej alebo odbornej spôsobilosti (§ 28 až 30 ZVO) spôsobilý realizovať obstarávanú zákazku. V prípade stanovovania podmienok účasti verejný obstarávateľ, resp. obstarávateľ v zásade stanovuje podľa § 32 ods. 6 ZVO minimálnu úroveň finančného a ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti (napr. vyžaduje, aby uchádzač preukázal určitý objem vykonaných stavebných prác). Účelom stanovenia a hodnotenia kritérií pre výber obmedzeného počtu záujemcov v užšej súťaži je z okruhu záujemcov (ktorí preukázali splnenie podmienok účasti hodnotením kritérií, ktoré sa viažu napr. na status a spôsobilosť záujemcov) vyselektovať záujemcov, ktorí dosahujú najvyššie bodové ohodnotenie a ktorí budú následne vyzvaní na predloženie ponuky. V danom prípade verejný obstarávateľ v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania legitímnym spôsobom určil, že uplatňuje obmedzenie počtu záujemcov. V bode IV. 1.2. určil ich počet na 10 a zároveň určil objektívne kritériá na výber obmedzeného počtu záujemcov. Je zrejmé, že obmedzovanie počtu záujemcov podľa ZVO nemôže byť svojvoľnou činnosťou obstarávateľa, ale naopak, ten je povinný postupovať v súlade so základnými zásadami (princípami) stanovenými v § 9 ods. 4 ZVO a stanoviť objektívne kritériá, na základe ktorých bude pri obmedzovaní počtu záujemcov postupovať. Základnou podmienkou možnosti obmedziť počet záujemcov je, aby to verejný obstarávateľ alebo obstarávateľ uviedol v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania s tým, že cieľom je vylúčenie svojvoľného subjektívneho obmedzovania počtu záujemcov, ktoré vždy môže viesť k diskriminácii niektorých záujemcov. Objektívny výber pre obmedzovanie počtu záujemcov musí byť stanovený s ohľadom na povahu, rozsah a zložitosť predmetu plnenia verejnej zákazky. Uvedené znamená, že obstarávateľ môže obmedzovať počet záujemcov len s odkazom na splnenie, nesplnenie alebo horšie splnenie takých kategórií a skutočností, ktoré nezakladajú nerovnosť dodávateľov, ktoré nie sú voči niektorým dodávateľom diskriminačné a ktoré nie sú stanovené tak, že by to spôsobovalo úplnú alebo čiastočnú netransparentnosť verejného obstarávania. Objektívne kritériá pre výber musia tiež zodpovedať niektorému z ekonomických alebo finančných kvalifikačných predpokladov alebo technických kvalifikačných predpokladov, ktoré verejný obstarávateľ požadoval. Zásadne však platí, že kritéria pre obmedzovanie počtu záujemcov nemôžu byť totožné s hodnotiacimi kritériami, nakoľko týmito sú posudzované až samotné ponuky, ktoré však v okamihu obmedzovania počtu záujemcov ešte nie sú k dispozícii. Vo všeobecnosti možno uviesť, že obstarávateľ môže využiť doklady preukazujúce splnenie kvalifikácie záujemcov ako podklad pre rozhodnutie o obmedzení ich počtu. Kritérium obmedzenia záujemcov môže byť v podobe prísnejšieho požiadavku na preukázanie technickej alebo finančnej a ekonomickej spôsobilosti. Pripustiť možno aj výber takých záujemcov, ktorí majú s obdobnými

zákazkami väčšie skúsenosti, alebo ktorí majú k vykonaniu zákazky napr. vlastné technické vybavenie.

Ak teda verejný obstarávateľ pri preukázaní technickej alebo odbornej spôsobilosti požadoval predložiť zoznam stavebných prác týkajúcich sa rovnakého alebo podobného charakteru ako predmet zákazky, realizovaných za predchádzajúcich 5 rokov, doplnený potvrdeniami o uspokojivom vykonaní stavebných prác s minimálnou celkovou zmluvnou cenou 350 000,- EUR bez DPH za každú stavbu, a v bode IV. 1.2. pri obmedzení počtu záujemcov stanovil kritériá jednak finančného objemu vyjadreného súčtom celkových zmluvných cien (kritérium č. 1 s maximálnym počtom bodov 70) a počtu potvrdení o vykonaní stavebných prác s minimálnou celkovou zmluvnou cenou 350 000,- EUR bez DPH za každú referenciu (kritérium č. 2 s maximálnym počtom bodov 30), postupoval v súlade so zákonom.

Krajský súd sa stotožnil s názorom žalovaného, že účelom stanovenia kritérií na výber obmedzeného počtu záujemcov v užšej súťaži je objektívny výber tých záujemcov, ktorí majú najväčšie skúsenosti s realizáciou rovnakého alebo podobného predmetu zákazky, t.j. v konkrétnom prípade výber záujemcov, ktorí vykonávali zákazky zahrňujúce všetky alebo niektoré z obstarávaných činností a sú z posudzovaného okruhu záujemcov najspôsobilejší realizovať predmet zákazky. Obstarávateľ môže použiť k obmedzeniu len kritériá, ktoré zodpovedajú jednému či viacerým kvalifikačným predpokladom, ktoré zároveň uviedol ako svoju požiadavku na preukázanie kvalifikácie v oznámení o verejnom obstarávaní a pre obmedzenie inú kvalifikačnú požiadavku, než ktorú požadoval od záujemcov za účelom overenia splnenia kvalifikácie, nemôže použiť.

Pokiaľ ide o súlad kritérií použitých obstarávateľom pre obmedzenie počtu záujemcov, je treba podľa krajského súdu vyzdvihnúť najmä požiadavku na ich nediskriminačný charakter. Do ZVO boli prebraté viaceré právne záväzné akty Európskej únie (zoznam týchto aktov je v prílohe č. 7 k zákonu), pričom ide o smernice, ktoré síce nemajú na vnútroštátnej úrovni priamy účinok, ale členské štáty EÚ majú povinnosť zásadám a princípom, ktoré sú v smerniciach obsiahnuté prispôsobiť svoju vnútroštátnu legislatívu a prostredníctvom nej a jej aplikácie dosiahnuť cieľov vyjadrených v smerniciach. Ustanovenie § 9 ods. 4 ZVO je kľúčové pre postup obstarávateľa, ktorého základnou povinnosťou pri zadávaní zákaziek je uplatňovať princíp rovnakého zaobchádzania, princíp nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov, princíp transparentnosti a princíp hospodárnosti a efektívnosti, ktoré musí dodržiavať pri všetkej svojej činnosti v rámci verejného obstarávania. Zásada rovnakého zaobchádzania je pritom určitou špecifikáciou všeobecnejšej zásady nediskriminácie a jej podstatou je pravidlo, že žiadny z dodávateľov, záujemcov alebo uchádzačov nesmie byť priamo alebo nepriamo, vedome alebo nevedome zvýhodnený alebo nezvýhodnený oproti iným subjektom v rovnakom postavení. Pojem diskriminácia nie je definovaný pre účely verejného obstarávania, zákon ho nijako nevymedzuje a ani nepodáva bližší návod pre jeho interpretáciu. Prax tiež ukázala, že výklad tohto pojmu je potrebné urobiť v kontexte predpisov z oblasti ochrany hospodárskej súťaže, nakoľko práve do tejto oblasti právo verejného obstarávania svojou povahou patrí (keďže cieľom zákona je aj zabezpečenie spravodlivej a otvorenej súťaže o verejné zákazky). V priamo aplikovateľnom predpise - ZFEÚ (článku 102, predtým článku 82 Zmluvy ES) je za diskrimináciu označované konanie spočívajúce v uplatňovaní rozdielných podmienok voči jednotlivým účastníkom trhu pri zhodnom (porovnateľnom) plnení, čím dochádza k ich znevýhodňovaniu v hospodárskej súťaži. Aj keď čl. 102 ZFEÚ nedopadá *expressis verbis* na oblasť verejných zákaziek, možno ho pre účely interpretácie pojmu diskriminácia per analógiám použiť i pre túto oblasť. Ide totiž o princíp aplikovateľný pre celú oblasť súťažného práva. Kritériá obmedzenia počtu záujemcov teda nemôžu byť a priori diskriminačné. Samotná konštrukcia užšej súťaže totiž určitú diskrimináciu predpokladá, nakoľko tu dochádza k vylúčeniu záujemcov, ktorí, rovnako ako vybraní záujemcovia, samotnú kvalifikáciu (podmienky účasti) spĺňajú. Na druhej strane však nemožno pripustiť stanovenie takých kritérií, ktoré by viedli k tým najzávažnejším formám diskriminácie („hard core diskriminácia“), napríklad k diskriminácii zahraničných záujemcov, k diskriminácii podľa sídla záujemcov a pod.

Správne je preto konštatovanie žalovaného, že v danom prípade kritéria užšieho výberu nemožno hodnotiť v absolútnom ponímaní, nakoľko v podstate každá podmienka účasti diskriminuje určitý okruh záujemcov, t.j. konkrétne tých, ktorí obstarávateľom stanovenú minimálnu úroveň finančného a

ekonomického postavenia alebo technickej spôsobilosti nedosahujú (napr. výšku obratu, minimálny finančný objem stavebných prác...). Výselektovanie užšieho okruhu záujemcov z tých, ktorí preukázali splnenie podmienok účasti, je však základným účelom inštitútu kritéria užšieho výberu v užšej súťaži. Žalovaný tiež správne poukázal na možnú eventualitu, že ak by si obstarávateľ v rámci užšej súťaže stanovil len jedno kritérium, a to finančný objem realizovaných zákaziek (v danom prípade ako kritérium č. 1), v takom prípade by objektívne na základe tohto jediného kritéria užšieho výberu vyselekoval z okruhu uchádzačov, ktorí preukázali splnenie podmienok účasti, minimálne 10 záujemcov s najvyšším finančným objemom zákaziek zrealizovaných za predchádzajúcich 5 rokov. Práve stanovením dvoch kritérií bolo zabezpečené, aby nedochádzalo k zvýhodňovaniu alebo diskriminácii niektorých záujemcov a to tých, ktorí realizovali stavebné práce s dôrazom na počet zmlúv, ale zároveň aj tých, ktorí realizovali stavebné práce s dôrazom na objem stavebných prác. Samotné odlišné bodové ohodnotenie týchto dvoch kritérií nemohlo znamenať porušenie princípov stanovených v § 9 ods. 4 ZVO a nebolo obmedzené právo žalobcu na účasť v užšej súťaži, t.j. žalobcovi nič nebránilo do predmetného postupu zadávania zákazky predložiť žiadosť o účasť spolu so zoznamom stavebných prác a údajmi spĺňajúcimi kritéria užšieho výberu.

Proti rozsudku krajského súdu podal odvolanie žalobca a navrhol, aby najvyšší súd konanie podľa § 109 ods. 1 písm. c/ O.s.p. prerušil z dôvodu potreby polozenia predbežných otázok formulovaných pod bodom 1, 2, 3 na str. 22 odvolania Súdnu dvoru ES a rozsudok krajského súdu zmenil tak, že rozhodnutie žalovaného zruší, vec mu vráti na ďalšie konanie a prizná náhradu trov konania pre nesprávne právne posúdenie veci a nepreskúmateľnosť rozhodnutia pre nedostatok dôvodov.

V dôvodoch rozsiahleho odvolania zhrnul dôvody rozsudku krajského súdu nasledovne:

- a) podľa súdu musia byť kritéria výberu do užšej súťaže objektívne s tým, že v rámci tejto objektivity by mali zodpovedať aj princípu nediskriminácie (str. 9 Rozsudku),
- b) súd na konci výkladu k bodu a) dospel k záveru, že kritéria užšieho výberu boli v danom prípade stanovené v súlade so zákonom (str. 10 ods. 1 Rozsudku),
- c) súd zvýraznil potrebu vykladať ZVO a teda aj princípy rovnakého zaobchádzania, resp. nediskriminácie eurokonformne (str. 10 ods. 3 a 11 ods. 1 Rozsudku),
- d) pravdepodobne v nadväznosti eurokonformný výklad ZVO dospel súd k záveru, že kritéria výberu do užšej súťaže predpokladajú určitú diskrimináciu pričom však podľa súdu nesmie ísť o „hard core diskrimináciu“ (str. 11 ods. 2 Rozsudku),
- e) následne súd akceptoval prípustnosť postupu, pri ktorom by kontrolovaný stanovil iba jedno kritérium užšieho výberu (finančný objem realizovaných zákaziek), pričom by pri jeho uplatnení išlo o legitímnu diskrimináciu záujemcov (str. 12 ods. 1 Rozsudku),
- f) v závere dospel súd k názoru, že k porušeniu princípov uvedených v § 9 ods. 4 ZVO nemohlo v posudzovanom prípade prísť /s dvoma kritériami užšieho výberu avšak s rozdielnymi váhami hodnotenia/ (str. 12 ods. 2 Rozsudku).

Ďalej uviedol, že z ustanovenia § 9 ods. 4 ZVO, ako aj čl. 2 Smernice 18/2004/ES vyplýva, že zásady verejného obstarávania (vrátane princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie) sa uplatňujú počas celého procesu verejného obstarávania. Uvedený záver potvrdzuje aj Súdny dvor Európskych spoločenstiev (ďalej aj SD ES), ktorý ohľadne princípov verejného obstarávania uviedol, že uchádzači musia byť v rovnom postavení ako vo fáze prípravy ponúk, tak aj v priebehu ich hodnotenia. Zásada rovného zachádzania so sebou v tomto smere nesie požiadavku na transparentnosť verejného obstarávania (pozri SIAC Construction Ltd proti County Council of the County od Mayo 18.10.2001, C-19/00).

Súdny dvor ES tiež konštatoval, že zadávacie konanie musí byť vo všetkých fázach, a osobitne vo fáze obmedzovania počtu záujemcov v užšej súťaži v súlade so zásadou rovného zaobchádzania i zásadou transparentnosti. Požiadavky objektívnosti, ako aj nediskriminácie kritérií pre výber obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže sú samostatné a úplne rovnocenné, preto obstarávatelia musia pri stanovení kritérií výberu do užšej súťaže prihliadať na obe tieto požiadavky rovnako. Ustanovenia ZVO ako ani Smernice č. 18/2004/ES totiž nestanovujú, že by sa na kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov

do užšej súťaže vzťahovala zásada nediskriminácie v inom ponímaní a rozsahu v porovnaní s inými fázami verejného obstarávania. Zároveň z nich nevyplýva, že by kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže mohli byť v určitej (z pohľadu súdu prvého stupňa zrejme „soft“/ miere diskriminačné. Naopak z rozhodnutia Súdneho dvora EÚ vo veci *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft:1/ Hinteregger & Söhne Bauge.m.b.H. Salzburg, 2/ ÖSTÜ-STETTIN Hoch-und Tiefbau GmbH proti Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH/ 12.12.2002, C-470/99* dokonca vyplýva osobitná potreba dodržiavať princípy nediskriminácie práve vo fáze obmedzovania počtu záujemcov v užšej súťaži. Z uvedeného je zjavné, že kritériá pre výber obmedzeného počtu záujemcov (a ani váhy pre ich uplatnenie) nesmú byť diskriminačné a to ani v inej ako „hard core“ podobe. Opačný názor súdu nie je zákonný a ani správny.

Podstatu žalobcom namietanej diskriminácie tvorilo a tvorí stanovenie rozdielnej váhy uplatnených kritérií pre výber obmedzeného počtu záujemcov kontrolovaným. Kritériá na výber obmedzeného počtu záujemcov v užšej súťaži musia byť spravodlivé pre všetkých záujemcov, čo sa dá zabezpečiť iba tak, že budú nastavené tak, že na predloženie ponuky budú vyzvaní skutočne iba tí záujemcovia, ktorí majú najväčšie potrebné predchádzajúce skúsenosti s realizáciou rovnakého alebo podobného predmetu zákazky. V konaní o žalobe mal súd hodnotiť otázku diskriminačného charakteru stanovených kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže (resp. váh ich uplatnenia) práve z tohto hľadiska.

Nastavené kritériá vedú k tomu, že výrazne väčšiu šancu na doručenie výzvy na predloženie ponuky majú po vyhodnotení kritérií záujemcovia, pre ktorých je výhodnejšie kritérium so silnejšou váhou (v danom prípade kritérium finančného objemu zákaziek) v porovnaní so záujemcami, pre ktorých je výhodnejšie kritérium obmedzenia počtu záujemcov s nižšou váhou (v danom prípade počet referencií). Nastavenie kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov (váh ich uplatnenia) malo diskriminačný charakter a odporovalo § 9 ods. 4 ZVO. Žalobca v tejto súvislosti opakovane poukazuje na rozhodnutie žalovaného č. 1229-185-7000/2009 zo dňa 28.12.2009, ktoré sa týkalo práve diskriminačného charakteru kritérií pre výber obmedzeného počtu záujemcov a z ktorého je zjavné, že ním spochybnil postup kontrolovaného, ktorý umožnil stav, v ktorom záujemca spĺňajúci jedno z kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov účasti bude znevýhodnený v porovnaní so záujemcom, pre ktorého je výhodnejšie druhé kritérium výberu obmedzeného počtu záujemcov. Takýto stav nastal aj v posudzovanom prípade avšak žalovaný vo svojom rozhodnutí dospel celkom nepochopiteľne k úplne odlišnému záveru. Z hľadiska stanovovania podmienok účasti podľa § 9 ods. 4 ZVO v zmysle rozhodovacej praxe žalovaného nepochybne platí, že nesmú zvýhodňovať záujemcov s referenciami, ktorí majú vyššie zmluvné ceny na úkor záujemcov, ktorí majú napr. viac zmlúv, avšak s nižšími objemami a naopak (bod 4 nášho vyjadrenia zo dňa 30.05.2013 a napr. rozhodnutie žalovaného č. 466-6000/2012-ON/139 zo dňa 25.05.2012).

Záver súdu, ktorý pri kritériách výberu obmedzeného počtu záujemcov pripúšťa inú ako „hard core“ diskrimináciu, umožňuje v tejto fáze obstarávania realizovať diskriminačné praktiky, ktoré žalovaný nepripúšťa vo fáze stanovenia podmienok účasti (zvýhodňovať záujemcov s referenciami, ktorí majú vyššie zmluvné ceny na úkor záujemcov, ktorí majú napr. viac zmlúv, avšak s nižšími objemami a naopak), čo nepochybne navádza k masívnemu obchádzaniu a v konečnom dôsledku aj k porušovaniu § 9 ods. 4 ZVO (teda pokiaľ ide o dodržiavanie princípov rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie). Názor súdu o prípustnosti inej ako „hard core“ diskriminácie v procese výberu obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže, ako aj názor o prípustnosti uplatnenia iba jedného kritéria výberu obmedzeného počtu záujemcov (finančného objemu zákaziek) nemôže byť správny. Ak v odôvodnení rozsudku, či uznesenia súdu chýbajú skutočnosti uvedené v § 157 ods. 2 O.s.p. je takéto rozhodnutie nepreskúmateľné pre nedostatok dôvodov a musí dôjsť k jeho zrušeniu (napr. uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky z 24. marca 1998 sp. zn. 2 Obo 8/98).

Zásadnou právnou otázkou v predmetnom súdnom konaní je, či kontrolovaným stanovené odlišné bodové ohodnotenie kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov malo diskriminačný charakter a súd pri riešení tejto otázky dospel k záveru, že „odlišné bodové hodnotenie týchto dvoch kritérií vzhľadom

na vyššie uvedené nemohlo znamenať porušenie princípov stanovených v § 9 ods. 4 ZVO“ (teda ani princípov nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania), avšak z rozsudku nevyplýva, že by požiadavka na objektivitu kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže mala znamenať, že uplatnený systém bodovania jednotlivých kritérií bol v súlade s § 9 ods. 4 ZVO. Skutočnosť, že výber záujemcov na vyzvanie na predloženie ponuky sa v užšej súťaži riadi podľa výsledkov splnenia stanoveného kritéria výberu nevrať nič o tom, aké váhy sa majú priradiť jednotlivým kritériám, ak sa ich uplatní viac. Súd mal z hľadiska posudzovania dodržania princípu nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania hodnotiť, či kontrolovaným stanovené bodové hodnotenie uplatnených kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov (pomer 70:30) zabezpečovalo výber skutočne iba tých záujemcov, ktorí majú najväčšie potrebné predchádzajúce skúsenosti s realizáciou rovnakého alebo podobného predmetu zákazky. Až na základe vyhodnotenia tejto okolnosti mohol dospieť k relevantnému záveru o tom, či dané bodové hodnotenie uvedených kritérií výberu obmedzeného počtu záujemcov bolo alebo nebolo v súlade s § 9 ods. 4 ZVO. Záver žalovaného v otázke prípustnosti stanoveného bodového hodnotenia považoval žalobca vo svojej žalobe za arbitrárny s tým, že predstavuje prejav svojvôle žalovaného pri výklade a aplikácii ZVO. Keďže sa táto námietka týkala posúdenia rozhodujúce právnej otázky mal sa s ňou súd relevantne vysporiadať. Súd síce uviedol na akých princípoch majú byť formulované kritériá výberu obmedzeného počtu záujemcov do užšej súťaže, avšak v rozsudku nie je konštatované a ani odôvodnené, či kritériá výberu určené kontrolovaným zodpovedali základným princípom. Je neprípustné, aby súd v jednom a tom istom rozsudku tvrdil, že kritériá užšieho výberu nemajú zakladateľ nerovnosť dodávateľov a ktoré nie sú voči niektorým dodávateľom diskriminačné a zároveň tvrdil, že tieto kritériá môžu do istej miery byť (resp. sú) diskriminačné. Takéto odôvodnenie rozsudku je zmätočné a nepreskúmateľné.

Žalobca a príbratý účastník sa k odvolaniu žalovaného nevyjadrili.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 O.s.p.) preskúmal odvolaním napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa v rozsahu a z dôvodov uvedených v odvolaní (§ 212 ods. 1 O.s.p., § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.) bez nariadenia pojednávania (§ 250ja ods. 2 veta prvá O.s.p.) 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 pred jeho vyhlásením, rozsudok verejne vyhlásil (§ 156 ods. 3 O.s.p., § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p.).

Predmetom odvolacieho konania bol rozsudok krajského súdu, ktorým zamietol žalobu, ktorou sa žalobca domáhal preskúmania a zrušenia rozhodnutia žalovaného a vrátenia mu veci na ďalšie konanie. Odvolací súd preskúmal rozsudok krajského súdu a v rámci odvolacieho konania skúmal napadnuté rozhodnutie žalovaného a konanie mu prechádzajúce najmä z pohľadu, či sa súd prvého stupňa vysporiadal so všetkými námietkami uvedenými v žalobe a z takto vymedzeného rozsahu či správne posúdil zákonnosť a správnosť napadnutého rozhodnutia.

Predmetom preskúmavacieho konania v danej veci je rozhodnutie a postup žalovaného, ktorý podľa § 139 ods. 4 zákona č. 25/2006 Z.z. s konečnou platnosťou rozhodol o zamietnutí námietok žalobcu, ktorými namietal zákonnosť verejného obstarávania vyhláseného obstarávateľom - Ministerstvo kultúry SR na predmet zákazky: „Rekonštrukcia a modernizácia Malej scény Štátneho divadla v Košiciach“.

Najvyšší súd dáva do pozornosti, že úlohou súdu pri preskúmaní zákonnosti rozhodnutia a postupu správneho orgánu podľa piatej časti druhej hlavy Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len O.s.p.) upravujúcej „Rozhodovanie o žalobách proti rozhodnutiam a postupom správnych orgánov - §§ 247 a nasl. O.s.p. je posudzovať, či správny orgán príslušný na konanie si zadovážil dostatok skutkových podkladov pre vydanie rozhodnutia, či zistil vo veci skutočný stav, či konal v súčinnosti s účastníkom konania, či rozhodnutie bolo vydané v súlade so zákonmi a inými právnymi predpismi a či obsahovalo zákonom predpísané náležitosti, teda či rozhodnutie správneho orgánu bolo vydané v súlade s hmotnoprávnymi, ako aj s procesnoprávnymi predpismi. Zákonnosť rozhodnutia správneho orgánu je podmienená zákonnosťou postupu správneho orgánu predchádzajúcemu vydaniu napadnutého rozhodnutia.

Z obsahu administratívneho spisu najvyšší súd zistil skutkový stav tak, ako ho podrobne uviedol v napadnutom rozsudku krajský súd, jeho dôvody považuje za úplné, a presvedčivé (§ 157 ods. 2 O.s.p.), reagujúce na všetky námietky žalobcu.

Podľa § 219 ods. 1, 2 O.s.p. odvolací súd rozhodnutie potvrdí, ak je vo výroku vecne správne. Ak sa odvolací súd v celom rozsahu stotožňuje s odôvodnením napadnutého rozhodnutia, môže sa v odôvodnení obmedziť len na skonštatovanie správnosti dôvodov napadnutého rozhodnutia, prípadne doplniť na zdôraznenie správnosti napadnutého rozhodnutia ďalšie dôvody.

Odvolací súd po vyhodnotení odvolacích dôvodov vo vzťahu k napadnutému rozsudku krajského súdu a vo vzťahu k obsahu súdneho a pripojeného administratívneho spisu v zmysle ustanovenia § 219 ods. 2 O.s.p. konštatuje, že nezistil dôvod na to, aby sa odchýlil od logických argumentov a relevantných právnych záverov vo veci samej spolu so správnou citáciou dotknutých právnych noriem uvedených v odôvodnení napadnutého rozsudku krajského súdu, ktoré vytvárajú dostatočné právne východiská pre vyslovenie výroku napadnutého rozsudku. Senát odvolacieho súdu považuje právne posúdenie preskúmvanej veci krajským súdom za správne a súladné so zákonom. Vzhľadom k tomu, aby najvyšší súd v preskúmvanej veci nadbytočne neopakoval pre účastníkov známe skutočnosti spolu s právnymi závermi krajského súdu, vo svojom odôvodnení sa obmedzil len na skonštatovanie správnosti dôvodov napadnutého rozhodnutia.

Podľa čl. 1 ods. 1 veta prvá Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“) Slovenská republika je zvrchovaný, demokratický a právny štát.

Štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon (čl. 2 ods. 2 ústavy).

Podľa čl. 152 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s touto ústavou.

Z uvedeného článku ústavy vyplýva, že výklad a uplatňovanie všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s ústavou. Vplyvom ústavy dochádza k vsunutiu jej obsahovo-hodnotových vlastností do všeobecných pojmov zákona tak, aby bol zabezpečený ústavne konformný výklad. Požiadavka na ústavne konformnú aplikáciu a výklad zákona je súčasťou zákonnosti rozhodnutia ako individuálneho správneho aktu. Práve tu je ťažisko činnosti správneho súdnictva, pretože dikcia zákona nemôže byť interpretovaná izolovane, mimo zmyslu a účelu zákona, cieľa právnej regulácie, ktorý zákon sleduje. Orgány štátu realizujú svoju rozhodovaciu právomoc sú pri výkone svojej moci povinné postupovať v zmysle čl. 2 ods. 2 ústavy, s prihliadnutím na to, že súčasne sú viazané aj právnou úpravou obsiahnutou v medzinárodných zmluvách, ktorými je Slovenská republika viazaná (čl. 7 Ústavy SR) a po vstupe Slovenskej republiky do Európskeho spoločenstva, Európskej únie postupovať tiež v súlade s právne záväznými predpismi Európskeho spoločenstva, Európskej únie.

Odvolací súd v danej veci zistil, že spor o zákonnosť napadnutého rozhodnutia žalovaného medzi účastníkmi konania spočíva práve v ústavnej konformnosti výkladu právnej úpravy ustanovujúcej zákonné podmienky v obmedzení počtu záujemcov, uplatňovaní princípu rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie uchádzačov alebo záujemcov v kontinuálnej súvislosti na zákonnosť procesu verejného obstarávania na predmetnú zákazku.

Účelom zákona o verejnom obstarávaní je upraviť zadávanie zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaž návrhov a správu vo verejnom obstarávaní (§ 1 ods. 1 zákona č. 25/2006 Z.z.).

Podľa § 9 ods. 4 ZVO 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.

Verejný obstarávateľ môže obmedziť počet záujemcov, ktorých vyzve na predloženie ponuky, a to najmenej na 10 a najviac na 20, tak aby umožnil hospodársku súťaž (§ 52 ods. 1 cit. zákona).

Podľa § 52 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní, v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania verejný obstarávateľ určí najmä

- a) lehotu na predloženie žiadostí o účasť,
- b) obmedzenie počtu záujemcov, ak sa uplatňuje,
- c) pravidlá na vyhodnotenie splnenia podmienok účasti.

Podľa § 138 ods. 5, 6, 7, zákona o verejnom obstarávaní

Účastníkmi konania sú navrhovateľ a kontrolovaný.

Konanie o námietkach je začaté dňom doručenia námietok úradu.

Najvyšší súd konštatuje, že ide o obdobnú vec, ktorá bola predmetom konania pred odvolacím súdom (v konaní toho istého senátu vedenom pod sp. zn. 3Sžf/120/2013), a v ktorom rovnako ako v tejto veci (sp. zn. 3Sžf/119/2013) žalobca i žalovaný je totožný.

Je potrebné zdôrazniť, že povinnosťou všetkých orgánov štátnej moci je svojou činnosťou naplňovať legitímne očakávanú predstavu jednotlivca o právnom štáte, ktorého neoddeliteľnou súčasťou je právna istota a s princípom právnej istoty logicky korešponduje zásada rozhodovať v obdobných veciach rovnako.

Uvedená zásada je pre oblasť správneho súdnictva legislatívne zakotvená prostredníctvom ustanovenia § 250ja ods. 7 O.s.p., podľa ktorého ak Najvyšší súd Slovenskej republiky rozhoduje ako odvolací súd v obdobnej veci, aká už bola predmetom konania pred odvolacím súdom, môže v odôvodnení poukázať už len na podobné rozhodnutie, ktorého celý text v odôvodnení uvedie.

Na základe citovaného ustanovenia senát najvyššieho súdu poukazuje na dôvody uvedené v rozsudku Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 3Sžf/120/2013 zo dňa 06. októbra 2014, s ktorými sa v plnom rozsahu stotožňuje a zároveň v súlade s ustanovením § 250ja ods. 7 O.s.p. uvádza text jeho odôvodnenia nasledovne:

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

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

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

Explicitné oprávnenie verejného obstarávateľa obmedziť počet uchádzačov je prejavom princípov hospodárnosti a efektívnosti. Zákon explicitne ustanovuje, že počet záujemcov možno obmedziť. Princípy rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie v tomto prípade nachádzajú svoje vyjadrenie v

druhej časti ustanovenia, kde sa stanovuje minimálny počet uchádzačov, najmenej 10, aby umožnil hospodársku súťaž. Uvedené princípy znamenajú, že v rámci obmedzeného počtu uchádzačov nie je prípustné, aby jednotliví uchádzači mali stanovené rozdielne podmienky. To v danom prípade naplnené nebolo.

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

Najvyšší súd Slovenskej republiky zhodne ako krajský súd považuje preskúmané rozhodnutie žalovaného za súladné so zákonom a dostatočne odôvodnené na to, aby dalo žalobcovi odpoveď na skutkové a právne významné otázky a to všetko v medziach zákona č. 25/2006 Z.z., ktorého účelom je upraviť postup zadávania zákaziek na dodanie tovaru, zákaziek na uskutočnenie stavebných prác, zákaziek na poskytnutie služieb, súťaž návrhov a správu vo verejnom obstarávaní.

O trovách konania rozhodol odvolací súd podľa § 250k ods. 1 O.s.p. v spojení s § 224 ods. 1 O.s.p. a § 246c ods. 1 veta prvá O.s.p. tak, že žalobcovi právo na náhradu trov konania nepriznal, pretože v konaní nebol úspešný.

Toto rozhodnutie prijal Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte pomerom hlasov 3:0 (§ 3 ods. 9 veta tretia zákona č. 757/2004 Z.z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov).

Poučenie:

Proti tomuto rozsudku opravný prostriedok nie je prípustný.