

Technické námietky; odborné stanovisko

§ 138 ods. 9, § 139 ods. 4 ZVO

Ak Úrad pre verejné obstarávanie rozhodol o technických námietkach na základe odborného stanoviska znalca, jeho správnu úvahu možno v zásade spochybniť iba oponentným odborným stanoviskom.

(rozsudok Najvyššieho súdu SR z 15. marca 2011, sp. zn. 3 Sžf 33/2010, K., spol. s r. o. proti Úradu pre verejné obstarávanie)

Z odôvodnenia:

Najvyšší súd potvrdil rozsudok krajského súdu, ktorým podanú žalobu zamietol. Žalovaný napadnutým rozhodnutím podľa § 139 ods. 4 ZVO zamietol námietky žalobcu proti vylúčeniu z verejnej súťaže na predmet zákazky „Nákup nových sypačov vozoviek vrátane ich príslušenstva“, vyhlásenie verejným obstarávateľom N., a. s. vo Vestníku verejného obstarávania č. 110 z 9. 6. 2008 pod sp. zn. 02531-MSE.

Krajský súd v odôvodnení rozsudku uviedol, že z dôvodu potreby správneho a objektívneho posúdenia rozhodnutia vo veci námietok podaných žalobcom, komisia úradu 17. 9. 2008 prerušila konanie o námietkach rozhodnutím s cieľom získania odborného stanoviska. Podľa § 138 ods. 9 ZVO úrad môže rozhodnutím prerušiť konanie o námietkach s cieľom získať odborné stanovisko. Od vydania rozhodnutia o prerušení konania o námietkach do doručenia tohto stanoviska úradu lehota podľa § 139 ods. 5 neplynie, najviac však 30 dní.

Určený znalec Ing. M. L. 15. 10. 2008 predložil žiadané stanovisko, v ktorom konštatoval nasledovné:

- uchádzač K. (t. j. žalobca) nepredložil typové schválenie nosiča výmenných nadstavieb, napriek tomu, že je to nevyhnutné na prevádzku takého typu vozidla na pozemných komunikáciách,
- nesplnenie technického parametru, definovaného verejným obstarávateľom v Opise predmetu obstarávania „*výška horného okraja bočnej steny nadstavby zásobníka sypača max. 280 cm od úrovne terénu (v nezaťaženom stave)*“ nie je možné preukázať vzhľadom na rozsah podkladov, ktoré sú uvedené v ponuke uchádzača K.,
- uchádzač K. nepredložil typové schválenie čelnej snehovej radlice s požadovanými technickými parametrami, definovanými verejným obstarávateľom v opise predmetu obstarávania – „*čelná snehová radlica k podvozku 4 x 4 – výška radlice na výstupe vľavo v smere jazdy max. 800 mm*“,

- ponuka uchádzača K. O. obsahuje všetky potrebné doklady preukazujúce splnenie podmienok účasti týkajúcich sa technickej a odbornej spôsobilosti a technických parametrov predmetu obstarávania definovaných v opise predmetu obstarávania.

Krajský súd z obsahu administratívneho spisu nezistil, že by žalobcu, aj napriek nesúhlasu voči odbornému hodnoteniu, žiadal vyhotoviť kontrolný posudok, resp. aby predložil iný dôkaz na podporu svojich tvrdení o splnení podmienok určených obstarávateľom v danej veci. Krajský súd dospel k záveru, že žalovaný pri vyhlasovaní verejnej súťaže, ako aj pri stanovení jej podmienok, resp. vyhodnotení splnenia podmienok účasti a vyhodnocovania ponúk postupoval v súlade so zákonom o verejnom obstarávaní a svoje rozhodnutie riadne a dostatočne odôvodnil.

Proti tomuto rozsudku podal žalobca včas odvolanie. Namietal, že žalobca ako uchádzač vo verejnom obstarávaní bol vylúčený z verejného obstarávania v zmysle § 42 ods. 1 ZVO z dvoch dôvodov. Prvý spočíval v nesplnení požiadavky technickej a odbornej spôsobilosti a druhý sa týkal nesplnenia požiadavky na predmet zákazky.

Žalobca je toho názoru, že splnil podmienky účasti uvedené v oznámení o vyhlásení metódy verejného obstarávania a v súťažných podkladoch podľa časti A.2, bod 3. Žalobca predložil všetky typové schválenia a základný technický opis, ktoré verejný obstarávateľ žiadal podľa časti A.2, bod 3 súťažných podkladov. Základný technický opis na nosiči výmenných nadstavieb v žiadnom bode obstarávateľ nežiadal. V každom prípade žalobca disponuje nosičom výmenných nadstavieb, ktorý bol riadne schválený a žalobca má na tento nosič aj základný technický opis. Ak mal obstarávateľ pochybnosti, mohol žiadať o doplnenie súťažného návrhu. Týmto úkonom by v žiadnom prípade žalobcu ako uchádzača nebol zvýhodnil, pretože, ako sa uvádza v prílohe návrhu kúpnej zmluvy č. 3 a č. 4, uchádzač bol zodpovedný tak za zápis nadstavieb na obvodnom úrade dopravy do Osvedčenia o evidencii tak, ako aj za prihlásenie vozidiel do evidencie na príslušnom dopravnom inšpektoráte.

Žalobca ďalej namietal, že pokiaľ ide o podmienky účasti, týkajúcej sa technickej a odbornej spôsobilosti podľa časti B. 1 súťažných podkladov, konkrétne, že čelná snehová radlica k podvozku 4 x 4 je v rozpore s požadovanými parametrami súťažných podkladov, je toho názoru, že práve naopak podmienky verejnej súťaže splnil, pretože v texte súťažného návrhu potvrdil, že ide o krídlovú radlicu s parametrami, ktorú verejný obstarávateľ požadoval, a to:

- konštrukčná výška radlice v pravom smere jazdy 1510 mm,
- konštrukčná výška radlice v pravom smere jazdy 790 mm.

3. KONANIE PROTI NEČINNOSI ORGÁNU VEREJNEJ SPRÁVY

☞ Povinnosť rozhodnúť o podaných námietkach; konanie proti nečinnosti orgánu verejnej správy

§ 138 ods. 5 ZVO; § 250t a nasl. OSP

Za nedodržanie lehoty uvedenej v uznesení súdu, ktoré bolo vydané podľa § 250t ods. 4 OSP, môže súd na opakovaný návrh účastníka, ak je správny orgán naďalej nečinný, uložiť pokutu do 3 280 eur. Nedôvodne podaný opakovaný návrh súd zamietne.

(uznesenie Najvyššieho súdu SR z 28. augusta 2008, sp. zn. 5 Sžnč 4/2008, P, a. s. proti Úradu pre verejné obstarávanie - žalovaný v 1. rade a proti Ministerstvu vnútra Slovenskej republiky - žalovaný v 2. rade)

Z odôvodnenia:

Podaným návrhom sa navrhovateľka domáhala uloženia povinnosti odporcovi v 1. rade – Úradu pre verejné obstarávanie, konať a rozhodnúť vo veci námietok žalobcu proti vylúčeniu uchádzača z verejnej súťaže na zákazku „N“ vyhlásenej verejným obstarávateľom MV SR, vo Vestníku verejného obstarávania č. 5 dňa 9. 1. 2007 pod značkou 00078 – MST a vedenej pod sp. zn. 446-45-7000/2007-L. Zároveň sa domáhala uloženia povinnosti odporcovi v 2. rade - Ministerstvo vnútra SR, aby v primeranej lehote konal a rozhodol vo veci žiadosti navrhovateľky o nápravu z 21. 3. 2007 spojenú s podaním z 27. 3. 2007 proti oznámeniu o vylúčení navrhovateľky z uvedenej verejnej súťaže.

Odporca v 1. rade vo vyjadrení k návrhu poukázal na to, že navrhovateľka sa podľa § 250t OSP domáhala uloženia povinnosti orgánu verejnej správy vo veci konať a rozhodnúť proti odporcovi v 1. rade už návrhom z 27. 4. 2007. Najvyšší súd SR uznesením, sp. zn. 3 Sžnč 6/2007, zo 4. 12. 2007 v uvedenej veci rozhodol tak, že predmetný návrh proti odporcovi v 1. rade zamietol a zároveň obstarávateľovi (odporcovi v 2. rade) uložil povinnosť konať a rozhodnúť o žiadosti o nápravu navrhovateľky z 21. 3. 2007. Podľa názoru odporcu v 1. rade po doručení uvedeného rozhodnutia Najvyššieho súdu SR odporca v 2. rade žiadosť o nápravu navrhovateľky vybavil listom zo 4. 1. 2008, ktorým podľa § 136 ods. 5 ZVO žiadosť zamietol, pretože bola obstarávateľovi doručená po

vlastných právomocí vlastnou úvahou nahrádzal toto oprávnenie správneho orgánu, pretože by neoprávnenne vstupoval do právomoci orgánu exekutívy, ktorá mu neprináleží. Všeobecné súdy musia preskúmať správne uváženie z pohľadu, či nevybočilo z medzi a hľadísk ustanovených zákonom. Ak zistia, že je v súlade s pravidlami logického uvažovania, ak podmienky takej úvahy boli zistené riadnym procesným postupom, potom súdy nemôžu z tých istých skutočností vyvodzovať iné alebo aj opačné závery, lebo by tým zasiahli do správneho uváženia príslušného správneho orgánu.

Ak žiadateľ požiadal o sprístupnenie informácií o súkromí alebo o sprístupnenie osobných údajov (resp. dokumentov obsahujúcich tieto informácie), povinná osoba ich podľa § 9 ods. 1 a 2 zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov sprístupní len vtedy, ak to ustanovuje osobitný zákon alebo na základe predchádzajúceho písomného súhlasu dotknutej osoby (osoby, ktorej sa týka informácia o súkromí alebo osobný údaj).

☞ **Princíp nediskriminácie; nesplnenie podmienok uvedených v súťažných podkladoch; neobvykle nízka cena; prejudiciálna otázka**

§ 9, § 33, § 42, § 136 ods. 1, § 138, §139 ods. 4, § 145 ZVO; čl. 2, 51, 55 smernice európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES

Limitom súdneho prieskumu je zákonnosť.

(rozsudok Najvyššieho súdu SR z 9. októbra 2012, sp. zn. 3 Sžf 116/2009, S., a. s. a spol. proti Úradu pre verejné obstarávanie)

Z odôvodnenia:

Ponuka žalobcov bola N., a. s. **vylúčená z verejného obstarávania** rozhodnutím z nasledovných dôvodov:

- a) v zmysle § 42 ods. 1 ZVO – predložená ponuka nesplnila požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v súťažných podkladoch,
- b) v zmysle § 42 ods. 4 ZVO – predložené vysvetlenie k ponuke nie je v súlade s požiadavkou verejného obstarávateľa podľa § 42 ods. 3 ZVO.

Rozhodnutiu verejného obstarávateľa o vylúčení ponuky žalobcu predchádzala **žiadosť verejného obstarávateľa o vysvetlenie ponuky**. Žalobca listom zo 16. 4. 2008 predložil verejnému obstarávateľovi odpovede k otázkam zo žiadosti o vysvetlenie ponuky. Žalobca 9. 5. 2008 doručil N., a. s. žiadosť o nápravu proti vylúčeniu uchádzača zo 7. 5. 2008. N., a. s. zamietla rozhodnutím zo 16. 5. 2008 žiadosť žalobcu o nápravu.

Žalobcovia listom z 22. 5. 2008, ktorý bol Úradu pre verejné obstarávanie (odvolací správny orgán) osobne doručený 23. 5. 2008, podali v zákonom stanovenej lehote **pisomné námietky proti vylúčeniu uchádzača podľa § 138 ods. 2 písm. e) ZVO**. Vo svojom podaní uviedli, že N., a. s. vylúčila ich ponuku za údajné nesplnenie § 42 ods. 1 a § 42 ods. 4 ZVO z dôvodu, že predložená ponuka nespĺnila požiadavky verejného obstarávateľa uvedené v súťažných podkladoch a predložené vysvetlenie k ponuke nie je v súlade s požiadavkou obstarávateľa. Záver verejného obstarávateľa o nesplnení záväznej požiadavky, stanovenej pod bodom P1.20 v zozname požiadaviek [je vyjadrená ako povinná náležitosť služby Predpis mýta, ktorá musí umožniť pružné nastavenie parametrov (Sadzieb mýta) pre výpočet mýta podľa mýtnych úsekov (alebo ich skupín), podľa ročných období, dní v týždni alebo hodín v rámci dňa], sa nezakladá podľa žalobcu na pravde, a preto táto skutočnosť nemôže byť podkladom pre vylúčenie jeho ponuky. Pokiaľ však verejný obstarávateľ dospel k pochybnostiam, bolo namieste požiadať žalobcu o **vysvetlenie** v súlade s § 33 ods. 3 ZVO. Žalobca uviedol, že si je vedomý, že ide o právo, nie o povinnosť verejného obstarávateľa.

Odvolací správny orgán, **Úrad pre verejné obstarávanie (ďalej aj „úrad“) rozhodol o námietkach žalobcu po oboznámení sa s dôkaznými prostriedkami a na základe zistených skutočností rozhodnutím z 2. 7. 2008 tak, že námietky zamietol** z nasledovných dôvodov:

1. K nesplneniu záväznej požiadavky podľa časti B.1 článku (ďalej aj „odsek“ alebo „bod“, ide o rôzne pomenovanie tých istých číselných označení súťažných podkladov) 11.1, P1.20 súťažných podkladov, ktoré tvorilo jeden z troch dôvodov vylúčenia ponuky žalobcu, konštatoval, že neuvedenie vety žalobcom k bodu P1.20 „*Odpoveď: Požiadavku sme pochopili, rešpektujeme ju a bude realizovaná*“, je formálnym nedostatkom, ktorý sám osebe nezakladá dôvod na vylúčenie ponuky žalobcu, no nie je ani jediným dôvodom, pre ktorý bola ponuka žalobcu vylúčená pre nesplnenie požiadavky P1.20, ako vyplýva z oznámenia o vylúčení.
2. Druhým dôvodom vylúčenia ponuky žalobcu verejným obstarávateľom bolo nesplnenie požiadavky uvedenej v časti B.1 článku 16.9 „Záväzný obsah technickej časti ponuky“. Úrad považuje dôvod vylúčenia ponuky zo súťaže na základe nepredloženia kópií certifikátov, osvedčení a atestov na zariadenia, ktoré neboli ešte typovo schválené, za neopodstatnený a kontrolovaný tak postupoval neoprávnene a v rozpore s § 42 ods. 1 ZVO (uvedený dôvod vylúčenia nie je predmetom súdneho prieskumu zákonnosti rozhodnutia žalovaného).

Rozsudkom zo 6. 5. 2009, sp. zn. 2 S 121/08-250, Krajský súd v B. žalobu žalobcu zamietol.

Najvyšší súd nariadil v odvolacom konaní pojednávanie 10. 6. 2010, na ktorom mali účastníci možnosť objasniť právne stanoviská vzhľadom na rozsah súdneho aj administratívneho spisu.

Na základe zisteného stavu veci (pri preskúvaní zákonnosti rozhodnutia je pre súd rozhodujúci skutkový stav, ktorý tu bol v čase vydania napadnutého rozhodnutia § 250i ods. 1 OSP) pristúpil senát Najvyššieho súdu SR k položeniu prejudiciálnych otázok Súdnemu dvoru Európskej únie (ďalej aj „SD EÚ“) podľa § 267 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ďalej aj „ZFEÚ“), a to uznesením z 9. 11. 2010.

Najvyšší súd konštatoval, že ako súd poslednej inštancie je postavený pred otázku výkladu smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES (ďalej aj „smernica“) vo vzťahu k vnútroštátnym právnym predpisom – zákonu č. 25/2006 Z. z.

Zároveň bolo v tejto veci potrebné vyriešiť otázku výkladu súvisiacu s argumentáciou žalobcov, ktorá vyvoláva pochybnosti o správnosti výkladu článku 2 smernice v spojení s článkom 51 a 45, 46, 47, 48, 49, 50 smernice, keďže najvyšší súd mal pochybnosti, či preskúvané rozhodnutia žalovaného, ako aj prvostupňového orgánu sú zákonné, rešpektujúce zásadu zadávania zákaziek tak, aby verejní obstarávatelia zaobchádzali s hospodárskymi subjektmi **rovnako a nediskriminačne, ako aj transparentne.**

Najvyšší súd SR ako ďalšiu okolnosť na predloženie prejudiciálnej otázky rovnako posúdil aj Odôvodnené stanovisko Európskej komisie (ďalej aj „komisia“) – Porušenie č. 2008/4551 z 1. 10. 2010, ako aj Výzvu – Porušenie č. 2008/4551 komisie z 15. 5. 2009, Doplnujúcu výzvu Európskej komisie – Porušenie č. 2008/4551 z 22. 3. 2010, ktorými komisia oznámila Slovenskej republike, že si nespĺnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú zo zásad ZFEÚ, ako aj povinnosti obsiahnuté v ustanoveniach článku 2 smernice, keďže verejný obstarávateľ, ako aj žalovaný mali konať diskriminačným spôsobom voči uchádzačovi v predmetnom verejnom obstarávaní tým, že ho vylúčili z výberového konania za neuvedenie špecifického výrazu vo svojej ponuke, vylúčením uchádzača z dôvodu neuspokojivého vysvetlenia neobvykle nízkej ceny a zmenením zmluvných podmienok po zadaní verejnej zákazky.

S prihliadnutím na uvedené a vzhľadom na argumenty predložené účastníkmi počas konania, a tiež s ohľadom na existujúcu judikatúru Súdného dvora Európskej únie ohľadom použiteľnosti práva Európskej únie v právnych poriadkoch členských štátov (rozsudok Súdného dvora ES, vo veci C-532/06