



ROZSUDOK V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší správny súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Mariána Trenčana a členov senátu JUDr. Eleny Berthotyovej, PhD. a prof. JUDr. Juraja Vačoka, PhD., v právnej veci žalobcu (sťažovateľa): **eng power, s.r.o. v konkurze**, M. R. Štefánika 13, 048 01 Rožňava, IČO 36 194 824, *právne zastúpeného: IURISTICO, s.r.o. advokátske spoločenstvo, Cimborkova 13, 040 01 Košice*, proti žalovanému: **Úrad pre verejné obstarávanie**, za účasti ďalšieho účastníka: **VODOHOSPODÁRSKA VÝSTAVBA, š. p.**, so sídlom Karloveská 2, 842 02 Bratislava, IČO: 00 156 752, *právne zastúpeného: SOUKENÍK – ŠTRPKA, s.r.o., Šoltésovej 14, 811 08 Bratislava*, o kasačnej sťažnosti žalobcu proti právoplatnému rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 2S/267/2022-292 z 26. apríla 2023, ECLI:SK:KSBA:2023:1018201657.1, v konaní o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 10875-9000/2018 zo dňa 9. októbra 2018, **jednohlasne takto**

r o z h o d o l :

- I.** Kasačná sťažnosť sa **z a m i e t a .**
- II.** Účastníkom kasačného konania sa nárok na náhradu trov kasačného konania **n e p r i z n á v a .**

Odôvodnenie

I. Konanie pred orgánmi verejnej správy

1. Vo verejnom obstarávaní na predmet zákazky „Inovácia a modernizácia plavebných komôr pre zvýšenie bezpečnosti a intenzity vodnej dopravy na vodnom diele Gabčíkovo“ (ďalej „zákazka“), ktorá bola vyhlásená zverejnením Oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v Úradnom vestníku Európskej únie č. 207/S 097 – 190834 zo dňa 20.05.2017 a vo Vestníku verejného obstarávania č. 101/2017 zo dňa 23.05.2017 pod zn. 7306 – MSP, oznámil verejný obstarávateľ VODOHOSPODÁRSKA VÝSTAVBA, štátny podnik (ďalej „verejný obstarávateľ“ alebo „kontrolovaný“) uchádzačovi v súťaži ENERGYCO, s.r.o. (od 08.04.2022 podnikajúcemu pod obchodným menom eng power, s.r.o., od 31.08.2022 eng power, s.r.o. v konkurze - ďalej „žalobca“), že bol podľa § 40 ods. 13 písm. a) zákona č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej „ZVO“) vylúčený zo zadávania vyššie uvedenej zákazky. V záveroch odôvodnenia oznámenia verejný obstarávateľ uviedol, že má povinnosť uloženú zákonom v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) a písm. c) ZVO vylúčiť žalobcu z procesu verejného obstarávania pre vyššie uvedenú zákazku z dôvodu, že jeho ponuka nespĺňa podmienky účasti verejného obstarávateľa na predmet zákazky uvedené v súťažných podkladoch.

2. Proti oznámeniu o vylúčení uchádzača podal žalobca žalovanému v zákonnej lehote námietky. Rozhodnutím č.: 8266 - 6000/2018 – OD zo dňa 17.08.2018 odbor dohľadu žalovaného (ďalej aj „prvostupňové rozhodnutie“) zastavil konanie o preskúmanie úkonov kontrolovaného na základe podaných námietok smerujúcich proti podmienkam uvedeným v súťažných podkladoch podľa § 174 ods. 1 písm. c/, j/ ZVO a súčasne zamietol námietky žalobcu smerujúce proti vylúčeniu uchádzača z verejného obstarávania podľa § 175 ods. 3 ZVO. Žalobca podal proti prvostupňovému rozhodnutiu odvolanie, ktoré Rada žalovaného (ďalej „žalovaný“) zamietla a prvostupňové rozhodnutie podľa § 177 ods. 12 ZVO potvrdila.

3. Z odôvodnenia oznámenia verejného obstarávateľa o vylúčení, ďalej z rozhodnutí žalovaného a z pripojených administratívnych spisov vyplynulo, že verejný obstarávateľ v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) a ods. 2 ZVO požadoval, aby uchádzači vo svojich ponukách predložili referencie o zákazkách uskutočnených za predchádzajúcich 7 rokov, ktoré by spĺňali (okrem iného) nasledujúce požiadavky: *„Zoznam zákaziek (referencií) na dodávku a montáž funkčného technologického celku pozostávajúceho najmä z ocelových konštrukcií slúžiacich na zahradzovanie, uzatváranie na vodnom toku s hodnotou priemerného ročného prietoku minimálne 1500 m³/s, minimálne 1 takáto zákazka musí byť realizovaná s minimálnou celkovou hmotnosťou ocelových konštrukcií 1000 (tisíc) ton, pričom minimálna hmotnosť aspoň jedného samostatného pohyblivého celku, ktorého pohyb je zabezpečený funkčným technologickým celkom, musí byť 400 (štyristo) ton na stavbách.“*

„Zoznam zákaziek (referencií) na projekčné práce na funkčnom technologickom celku hradiacich ocelových konštrukcií na plavebných komorách na vodnom toku s hodnotou priemerného ročného prietoku minimálne 1500 (tisícpäťsto) m³/s, ktorých projektovaná

celková hmotnosť ocelových konštrukcií bola spolu za sledované obdobie minimálne 1000 (tisíc) ton a súčasne z tohto zoznamu musí byť minimálne jedna zákazka (referencia) s minimálnou hmotnosťou aspoň jedného samostatného pohyblivého, ktorého pohyb je zabezpečený funkčným technologickým celkom 400 (štyristo) ton, (funkčným celkom sa rozumie napr. jedno krídlo vrát, hradidlo a pod.). Tento funkčný technologický celok musel byť projektovaný na únavu pre min. počet zaťažovacích cyklov 100 000 (stotisíc). Minimálny rozdiel hornej a dolnej hladiny pre zaťaženie na únavu bol uvažovaný 15 (pätnásť) m.“ (cit. z podmienok účasti uvedených v súťažných podkladoch - body 3.1.1. a 3.1.4. časť 3 Technická alebo odborná spôsobilosť vo Zväzku 4).

Splnenie uvedenej podmienky účasti stanovenej v zmysle § 34 ods. 1 písm. b) ZVO žalobca najprv dokladoval referenciou spoločnosti ATB Riva Calzoni S.p.A., ktorú na základe žiadosti verejného obstarávateľa podľa § 40 ods. 5 ZVO nahradil referenciami nasledovných spoločností:

- GOŠA MONTAŽA AD Beograd, projekt „Návrh a realizácia prác na výmene prevádzkového ventilu hornej časti plavebnej komory na HE Derdap I“,
- GOŠA MONTAŽA AD Beograd, projekt „Služby súvisiace s generálnou opravou rýchločinných turbínových ventilov a generálnou opravou hydromechanického zariadenia pohonnej jednotky prietokovej hrádze HE Derdap II“,
- Corporation for Designing and Engineering PPT INZENJERING AD Beograd, projekt „Komplex zahradzovacích konštrukcií na ochranu pred povodňami Sankt-Peterburga, Komplex priehrad a príslušných hydrotechnických štruktúr prepádov a plavebných komôr“,
- Corporation for Designing and Engineering PPT INZENJERING AD Beograd, projekt „Modernizácia elektro - hydraulických blokov na vodnom diele Derdap II“.

4. K referencii GOŠA MONTAŽA, HE Derdap I žalovaný po preskúmaní veci a na základe vyhodnotení odpovedí žalobcu na žiadosť o vysvetlenie konštatoval, že kontrolovaný postupoval pri vyhodnotení predmetnej referencie v súlade s § 40 ods. 1 ZVO, keď dospel k záveru, že žalobca touto referenciou nepreukázal, že by v období siedmich rokov odo dňa vyhlásenia verejného obstarávania realizoval zákazku, ktorej predmetom bola dodávka a montáž funkčného technologického celku s minimálnou celkovou hmotnosťou ocelových konštrukcií 1000 ton súlade s požiadavkami, ktoré kontrolovaný zadefinoval v podmienke účasti.

5. K referencii GOŠA MONTAŽA, HE Derdap II žalovaný vychádzajúc z dokumentácie k predmetnému verejnému obstarávaniu, najmä z písomnej komunikácie medzi verejným obstarávateľom a investorom projektu a z odpovede investora na žiadosť žalovaného uzavrel, že spoločnosť GOŠA MONTAŽA realizovala generálne opravy na strojných inštaláciách hydromechanických zariadení s celkovou hmotnosťou 6614 ton a vyhotovila, vyrobila a dodala jednu vstupnú mriežku agregátu s hmotnosťou 157 ton, čo je spolu 6771 ton kovových konštrukcií hydromechanických zariadení. Žalovaný sa stotožnil s kontrolovaným v tom, že touto referenciou nebolo preukázané dodanie a zhotovenie funkčného technologického celku pozostávajúceho najmä z ocelových konštrukcií tak, ako to kontrolovaný požadoval, ale tak, ako uviedol investor, teda že spoločnosť GOŠA MONTAŽA realizovala opravy na už existujúcich ocelových konštrukciách (a dodala jednu vstupnú mriežku agregátu s hmotnosťou 157 ton), čo nepreukazuje splnenie požiadaviek,

ktoré kontrolovaný zdefinoval v podmienke účasti.

6. K referencii PPT INZENJERING, projekt Sankt-Peterburg, žalovaný uviedol, že za účelom riadneho posúdenia žalobcom namietaných skutočností požiadal o poskytnutie odborného stanoviska odborníka pôsobiaceho na Katedre hydrotechniky Stavebnej fakulty STU v Bratislave doc. Ing. Ľudovíta Možiešika, PhD., z ktorého odpovedí na žalovaným položené otázky žalovanému vyplynulo, že podmienka účasti uvedená v bode 3.1.4 neumožňovala akceptovať referencie, ktoré by sa týkali projekčných prác na iných funkčných technologických celkoch ako sú hradiace oceľové konštrukcie na plavebných komorách na vodných tokoch. Žalovaný preto súhlasil so záverom kontrolovaného, že predmetná referencia nepreukazuje realizáciu projekčných prác na funkčnom technologickom celku, ktorým sú hradiace oceľové konštrukcie na plavebných komorách na vodných tokoch. Žalovaný nesúhlasil s názorom žalobcu, že táto podmienka účasti nebola formulovaná dostatočne jasne, presne a jednoznačne a že jej znenie umožňovalo predložiť referenciu týkajúcu sa hydraulických motorov. Podľa záveru žalovaného aj v prípade tejto referencie kontrolovaný postupoval v súlade s § 40 ods. 1 ZVO, keď skonštatoval, že referencia nepreukazuje splnenie podmienky účasti uvedenej v bode 3.1.4.

7. K referencii PPT INZENJERING, projekt Djerdap II, žalovaný uviedol, že tu je uvedená celková hmotnosť oceľových konštrukcií 900 ton, pričom kontrolovaný v podmienke účasti požadoval min. 1000 ton. Ďalej sa v predmetnej referencii uvádza, že hmotnosť jedného samostatného pohyblivého celku bola 225 ton, pričom v podmienkach účasti kontrolovaný uviedol požiadavku na hmotnosť jedného samostatného pohyblivého celku min. 400 ton. Podľa údajov v referencii bol minimálny rozdiel hornej a dolnej hladiny 12,70 metrov, zatiaľ čo kontrolovaným požadovaný minimálny rozdiel mal byť 15 metrov. Podľa referencie bol funkčný technologický celok projektovaný na únavu pre minimálny počet zaťažovacích cyklov v počte 10 000, v podmienke účasti však kontrolovaný požadoval počet zaťažovacích cyklov min. 100 000. Na základe uvedeného žalovaný konštatoval, že kontrolovaný pri vyhodnotení tejto referencie postupoval v súlade s § 40 ods. 1 ZVO, keď dospel k záveru, že nepreukazuje splnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní.

8. K námietkam žalobcu o potrebe opakovaného použitia inštitútu nahradenia inej osoby žalovaný uzavrel, že inštitút nahradenia inej osoby podľa § 40 ods. 5 ZVO, rovnako ako inštitút vysvetlenia podľa § 40 ods. 4 tohto zákona, je verejný obstarávateľ povinný v procese v verejného obstarávania uplatniť len jeden krát a preto bol postup a kontrolovaného v súlade so zákonom.

9. Dôvod vylúčenia žalobcu z verejného obstarávania pre nesplnenie podmienky účasti stanovenej na základe § 34 ods. 1 písm. b) ZVO považoval žalovaný za opodstatnený a preto nenašiel podklad pre zmenu prvostupňového rozhodnutia. Ďalšiu argumentáciu žalovaného obsiahnutú v odôvodnení preskúmaného rozhodnutia (okrem už uvedenej) kasačný súd na tomto mieste nespomína, pretože s ohľadom na obsah sťažnostných bodov opísaných nižšie sa nestala predmetom kasačného konania.

II. Konanie pred správnym súdom

10. Proti rozhodnutiu žalovaného podal žalobca všeobecnú správnu žalobu na Krajský súd v Bratislave (ďalej „krajský súd“ alebo „správny súd“) a navrhol odvolacie aj prvostupňové

rozhodnutie žalovaného zrušiť. V žalobných bodoch namietal, že kontrolovaný ho vylúčil z verejného obstarávania na predmet zákazky z dôvodov podľa § 40 ods. 6 písm. a), písm. c) ZVO, nie však z dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO. Mal za to, že žalovaný mal postupovať podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO a nie je podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO. Závery žalovaného o správnosti a zákonnosti postupu kontrolovaného vychádzajú podľa žalobcu z nesprávnych skutkových zistení a nemajú podklad v spisoch, čoho dôsledkom je nesprávne právne posúdenie veci.

11. Žalobca tvrdil, že možnosť vylúčenia uchádzača zo súťaže z dôvodu nesplnenia podmienok účasti preukazovaných uchádzačom prostredníctvom inej osoby je podmienená zo strany verejného obstarávateľa prednostného aplikáciou inštitútu „nahradenia inej osoby“ podľa § 40 ods. 5 ZVO. Mal za to, že verejný obstarávateľ je tak povinný postupovať aj opakovane, ak sú splnené podmienky hypotézy právnej normy uvedené v ustanovení § 40 ods. 5 ZVO. Absencia výslovného legislatívneho príkazu ukladajúceho opakovanú povinnosť takto postupovať je v danom prípade podľa žalobcu irelevantná. Žalobca poukazoval na princíp proporcionality tvrdiac, že ak ZVO dáva verejnému obstarávateľovi vo všeobecnosti nástroje smerujúce k zachovaniu ponuky v procese verejného obstarávania, tak využitie týchto nástrojov, a to aj opakovane, by malo mať prioritu pred vylúčením uchádzača z verejného obstarávania.

12. Žalobca osobitne vo vzťahu k referencii spoločnosti PPT INZENJERING projekt Sankt – Peterburg poukazoval na účelovosť postupu žalovaného, tvrdiac, že nejednoznačnosť znenia podmienok účasti a negatívne dôsledky z toho plynúce preniesol na žalobcu ako uchádzača. Žalobca mal za nepochybné, že predmetná referencia sa týka plavebných komôr a projekčné práce sa týkali funkčného technologického celku v časti hydraulických systémov. Kontrolovaným uvedená definícia funkčného celku (s uvedením spojenia „a pod.“) nevylučovala, že funkčným celkom môže byť aj hydraulický motor, resp. to neznamenovalo, že hydraulický motor nebude na účely súťaže považovaný za funkčný celok. Uvedená pochybnosť a nezrozumiteľnosť musí byť podľa žalobcu vykladaná v neprospech žalovaného, teda v tom zmysle, že funkčným celkom je aj hydraulický motor. Skutočnosť, že hydraulické pohony samé o sebe nie sú funkčným technologickým celkom hradiacich oceľových konštrukcií na plavebných komorách na vodnom toku, nie sú podľa žalobcu ničím odôvodnené a takéto závery nepotvrďuje ani odborné vyjadrenie, na ktoré poukazoval žalovaný. Žalobca tvrdil, že hydraulické pohony sú ako samostatný celok pravidelnou súčasťou hradiacich oceľových konštrukcií, ktoré zabezpečujú pohyblivosť celého systému. V tejto súvislosti žalobca poukázal na nejednoznačnosť znenia podmienok účasti vo vzťahu ku kľúčovému odborníkovi č. 7, kde žalovaný posúdil námietky žalobcu ako opodstatnené.

13. Žalovaný v písomnom vyjadrení k obsahu správnej žaloby zopakoval svoju argumentáciu uvedenú v odôvodnení preskúmaného rozhodnutia a navrhol správnu žalobu zamietnuť. Uviedol, že ustanovenie § 40 ods. 6 písm. k) ZVO upravuje veľmi špecifický prípad nesplnenia podmienok účasti za presne stanovených okolností, zatiaľ čo ustanovenie § 40 ods. 6 písm. a) ZVO je koncipované široko a zahŕňa všetky prípady nesplnenia podmienok účasti, teda osobné postavenie, finančné a ekonomické postavenie a technická a odborná spôsobilosť. Jedným konaním môžu byť podľa žalovaného naplnené viaceré dôvody na vylúčenie uchádzača a je na kontrolovanom, ktorý dôvod pre vylúčenie uplatní. K otázke, či podmienka účasti uvedená v bode 3.1.4 súťažných podkladov bola nejednoznačná alebo nie, poukázal

na stanovisko odborníka z oblasti hydrotechniky, o ktoré sa v rozhodnutí oprel.

14. Kontrolovaný sa v písomnom stanovisku stotožnil s posúdením veci zo strany žalovaného a navrhol žalobu zamietnuť.

15. Krajský súd po prejednaní veci na nariadenom pojednávaní vyhlásil dňa 26.04.2023 rozsudok, ktorým žalobu zamietol a žalovanému a ďalšiemu účastníkovi nepriznal právo na náhradu trov konania.

16. V odôvodnení rozsudku krajský súd uviedol, že dôvod vylúčenia z procesu verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO v sebe konzumuje aj dôvod vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písmeno k), pretože ak uchádzač nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej preukazuje splnenie podmienok účasti, ďalšou osobou, ktorá určené požiadavky spĺňa, taktiež nesplnil podmienky účasti. Jedným konaním môžu byť podľa krajského súdu naplnené viaceré dôvody na vylúčenie uchádzača a kontrolovaný má na výber, ktorý dôvod pre vylúčenie uplatní, ak svoje rozhodnutie formuluje zrozumiteľne a tak ho aj odôvodní. Nesplnenie podmienok účasti vo verejnom obstarávaní je totiž podľa krajského súdu širším pojmom ako nesplnenie povinnosti nahradiť nevyhovujúceho subdodávateľa vyhovujúcim. Žalobný bod ohľadom nesprávnej aplikácie ustanovenia § 40 ods. 6 písm. a) ZVO žalovaným považoval krajský súd za nedôvodný.

17. K ďalším žalobným bodom krajský súd uviedol, že pokiaľ by verejný obstarávateľ opakovane vyzýval žalobcu podľa § 40 ods. 5 ZVO na nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej preukazuje finančné a ekonomické postavenie alebo technickú alebo odbornú spôsobilosť, konal by v rozpore s princípom rovnakého zaobchádzania a s princípom nediskriminácie hospodárskych subjektov, pretože by zvýhodnil uchádzača, ktorý nepripravil korektnú ponuku, oproti ostatným uchádzačom alebo záujemcom, ktorí podmienky účasti riadne splnili.

18. Krajský súd ďalej konštatoval, že rozhodnutie žalovaného sa opiera o odborné posúdenie poskytnuté expertom z oblasti hydrotechniky, ktorý zaujal stanovisko, že hydraulické motory nemožno považovať za funkčný technologický celok. Argumentácia žalovaného v rozhodnutí nebola podľa krajského súdu tvrdením bez náležitého odôvodnenia a nejde ani o svojvoľný výklad bez odbornej opory. Z tohto hľadiska napadnuté rozhodnutie nepovažoval krajský súd za nepreskúmateľné pre nedostatok dôvodov.

III. Kasačná sťažnosť žalobcu, stanovisko účastníkov

19. Proti rozsudku krajského súdu podal žalobca (ďalej „sťažovateľ“) včas kasačnú sťažnosť z dôvodov podľa § 440 ods. 1 písm. f), g) SSP, namietajúc, že krajský súd vec nesprávne právne posúdil a porušil procesné práva sťažovateľa spôsobom, ktorý viedol k porušeniu práva na spravodlivý proces. Navrhol rozsudok krajského súdu zmeniť tak, že sa zruší rozhodnutie Rady žalovaného aj prvostupňové rozhodnutie, alebo sa zruší rozsudok krajského súdu a vec sa vráti správneému súdu na ďalšie konanie.

20. K nedostatkom v právnom posúdení sťažovateľ uviedol, že ak právny predpis obsahuje konkrétne dôvody pre vylúčenie uchádzača (v danom prípade spočívajúce v nenahradení subdodávateľa, ktorý nesplňa požiadavky určené verejným obstarávateľom, novým subdodávateľom, ktorý určené požiadavky spĺňa), nie je možné uchádzača vylúčiť z iného dôvodu, ospravedlňujúc taký postup tým, že ide o ešte všeobecnejšie ustanovenie

konzumujúce ustanovenie konkrétnejšie. Podľa sťažovateľa je v rozpore s logikou a technikou tvorby právnych predpisov, aby bola pripustená ignorácia konkrétne špecifikovaných dôvodov pre vylúčenie uchádzačov vo verejnom obstarávaní a zjednodušenie postupu verejného obstarávateľa spočívajúce v možnosti subsumovania dôvodu vylúčenia pod všeobecnejšie ustanovenie ZVO. Argumentácia krajského súdu, že dôvod vylúčenia uchádzača podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO v sebe konzumuje aj dôvod vylúčenia podľa § 440 ods. 6 písm. k) ZVO, je podľa jeho názoru neprípustným obchádzaním zákona, kedy správny súd nezákonným výkladom právnych predpisov napráva zjavné pochybenia žalovaného a kontrolovaného. Prijatie argumentácie správneho súdu by viedlo k záveru, že dôvod pre vylúčenie uchádzača z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO (uchádzač nesplnil podmienky účasti) v sebe zahŕňa aj ostatné dôvody pre vylúčenie uvedené v § 40 ods. 6 písm. b) až m) ZVO, keďže každé z tam uvedených ustanovení predstavuje vo svojej podstate nesplnenie podmienok účasti. V prejednávanej príhode bolo podľa sťažovateľa povinnosťou kontrolovaného označiť ako dôvod vylúčenia ustanovenie § 40 ods. 6 písm. k) ZVO, keďže z oznámenia o vylúčení jednoznačne vyplynulo, že práve v tomto ustanovení uvedené okolnosti sú skutočným dôvodom jeho vylúčenia. Iný postup je podľa sťažovateľa nezákonný a rozhodnutie je zmatečné a nepreskúmateľné.

21. Sťažovateľ ďalej s poukazom na judikatúru Ústavného súdu SR namietal, že napadnutý rozsudok je zároveň popretím jeho práva na spravodlivý proces a na súdnu ochranu podľa článku 46 ods. 1 Ústavy SR podľa článku 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, nakoľko výklad relevantných ustanovení ZVO popiera ich účel a zmysel, nemá racionálny rozmer, nedáva odpoveď na všetky nastolené otázky a je nekonzistentný. Sťažovateľ tvrdil, že ak má verejný obstarávateľ vo všeobecnosti k dispozícii aj iné možnosti dané mu zákonom ako vylúčiť ponuku uchádzača, mal by najprv aplikovať tieto možnosti a to aj opakovane. V opačnom prípade je konanie verejného obstarávateľa v rozpore s hospodárskou súťažou a princípmi verejného obstarávania.

22. Sťažovateľ tvrdil, že definícia funkčného celku koncipovaná kontrolovaným v súťažných podmienkach (s uvedením spojenia „a pod.“) nevylučovala, že funkčným celkom môže byť hydraulický motor, resp. z nich nevyplýva, že hydraulický motor nebude na účely súťaže považovaný za funkčný celok. Trval na tom, že ide o pochybnosť a nezrozumiteľnosť v súťažných podmienkach, ktorá musí byť vykladaná v neprospech kontrolovaného, teda v tom zmysle, že funkčným celkom je aj hydraulický motor. Závery žalovaného i krajského súdu v tomto ohľade nie sú podľa sťažovateľa ničím odôvodnené a nepotvrďuje ich ani odborné vyjadrenie opísané v preskúmvanom rozhodnutí žalovaného.

23. Žalovaný navrhol kasačnú sťažnosť zamietnuť, pričom v písomnom vyjadrení k nej zopakoval svoju argumentáciu uvedenú v písomnom vyjadrení k správnej žalobe.

24. Kontrolovaný taktiež navrhol kasačnú sťažnosť zamietnuť, keď sa stotožnil so závermi súdu aj s argumentáciou žalovaného.

IV. Právne posúdenie veci kasačným súdom

25. Najvyšší správny súd Slovenskej republiky ako súd kasačný (ďalej „kasačný súd“) preskúmal napadnutý rozsudok v medziach sťažnostných bodov (§ 438 ods. 2, § 445 ods. 1 písm. c/, ods. 2 SSP), pričom po zistení, že kasačná sťažnosť bola podaná oprávnenou osobou

v zákonnej lehote (§ 442 ods. 1, § 443 ods. 1 SSP) a že ide o rozhodnutie, proti ktorému je kasačná sťažnosť prípustná (§ 439 ods. 1 SSP), zohľadniac § 455 SSP nenariadil pojednávanie a po neverejnej porade senátu jednomyseľne dospel k záveru, že kasačná sťažnosť nie je dôvodná, a preto ju podľa § 461 SSP zamietol týmto rozsudkom, ktorý po predchádzajúcom zverejnení termínu verejne vyhlásil 29. februára 2024.

26. Kasačný súd pripomína, že v odôvodnení oznámenia kontrolovaného o vylúčení sťažovateľa zo súťaže na predmet zákazky sa uvádza ako právny dôvod vylúčenia ustanovenie § 40 ods. 6 písm. a) ZVO (uchádzač nesplnil podmienky účasti v súťaži), a tiež ustanovenie § 40 ods. 6 písm. c) ZVO (uchádzač poskytol informácie alebo doklady, ktoré sú nepravdivé alebo pozmenené tak, že nezodpovedajú skutočnosti). Uplatnenie dôvodu vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. c) ZVO sťažovateľ v kasačnej sťažnosti nenapáda, preto ani kasačný súd nemá dôvod sa k tejto otázke vyjadrovať. S ohľadom na vymedzenie sťažnostných bodov tak bol kasačný súd postavený pred otázkou, či krajský súd posúdil vec po právnej stránke správne, keď považoval za súladný so zákonom postup žalovaného opierajúci vylúčenie sťažovateľa zo súťaže o všeobecný dôvod podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO, namiesto konkrétneho dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO, ku ktorému smerujú skutkové zistenia kontrolovaného i právne závery žalovaného. Predmetom kasačného konania bola aj sťažovateľom namietaná nesprávnosť v postupe kontrolovaného „pri nahradení inej osoby“ podľa § 40 ods. 5 ZVO a tiež sťažovateľom tvrdené nedostatočné zdôvodnenie záverov ohľadom zrozumiteľnosti definície funkčného celku obsiahnutej v podmienkach účasti, ktorú objasňoval žalovaný najmä prostredníctvom stanoviska odborníka z oblasti hydrotechniky.

27. Pre potreby rekapitulácie zistených skutočností kasačný súd uvádza, že na preukázanie technickej a odbornej spôsobilosti stanovil verejný obstarávateľ v súťažných podkladoch podmienky účasti spočívajúce v predložení zoznamu zákaziek (referencií) na dodávku a montáž technologického celku a na projekčné práce na funkčnom technologickom celku so zadanými technickými parametrami. Sťažovateľ deklaroval technickú spôsobilosť prostredníctvom inej osoby (referenciou spoločnosti ATB Riva Calzoni S. p. A.), ktorú na žiadosť kontrolovaného postupom podľa § 40 ods. 5 ZVO nahradil inými osobami (referenciami spoločností GOŠA MONTAŽA a PPT INZENJERING). Kontrolovaný všetky štyri dodatočne predložené referencie vyhodnotil ako nepreukazujúce splnenie stanovených podmienok účasti. Z hľadiska časovej postupnosti namietaných krokov kontrolovaného vo verejnom obstarávaní sa kasačný súd pristaví najprv pri použití inštitútu nahradenia inej osoby podľa § 40 ods. 5 ZVO.

28. Kasačný súd súhlasí so záverom žalovaného i správneho súdu, že tento inštitút je vo verejnom obstarávaní možné uplatniť len jedenkrát (nie opakovane), hoci to zákon explicitne neustanovuje. Vyžaduje si to predovšetkým zachovanie princípov verejného obstarávania upravených v § 10 ods. 2 ZVO, najmä princípov rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie hospodárskych subjektov, a tiež princípu hospodárnosti a efektívnosti verejného obstarávania. Opakovaním žiadosti o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej niektorý (niektorí) z uchádzačov preukazuje (preukazujú) požiadavky technickej spôsobilosti, ak ani nahradená iná osoba nespĺňa stanovené podmienky účasti, by podľa názoru kasačného súdu verejný obstarávateľ mohol porušiť princíp rovnakého zaobchádzania a diskriminovať tých uchádzačov, ktorí vyžadované podmienky riadne a včas splnili. V tomto sa kasačný súd stotožnil s názorom krajského súdu. Opakovaním postupu podľa § 40 ods. 5 ZVO by sa naviac

bez primeraných dôvodov predlžoval proces verejného obstarávania možným reťazením žiadostí o nahradenie inej osoby, čím by dochádzalo k narušovaniu hospodárnosti a efektívnosti celého procesu. Platí, že zadávanie zákaziek je prísne formalizovaný proces s jasnými pravidlami a lehotami, v ktorom nie je priestor pre individuálny prístup či zhovievavosť zo strany obstarávateľa voči niektorému z uchádzačov, pretože každý takýto prístup sa nutne dotýka ostatných uchádzačov. Preto je kasačný súd toho názoru, že ak ani po jedinom pokuse o nahradenie inej osoby, prostredníctvom ktorej uchádzač preukazuje splnenie podmienok technickej spôsobilosti, tento uchádzač naďalej nespĺňa určené požiadavky, sú splnené zákonné dôvody pre jeho vylúčenie z verejného obstarávania podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO.

29. Pokiaľ ide o sťažnostný bod týkajúci sa sťažovateľom namietanej nezrozumiteľnosti podmienky účasti citovanej v bode 3 tohto rozsudku (bod 3.1.4, časť 3 súťažných podkladov), ktorá podľa jeho názoru nevyklúčovala, že funkčným technologickým celkom môže byť aj hydraulický motor, z čoho sťažovateľ usudzoval, že pri posudzovaní referencie spoločnosti PPT INZENJERING, projekt Sankt – Peterburg mala byť ním tvrdená nezrozumiteľnosť súťažnej podmienky vyhodnotená v jeho prospech, vychádzal kasačný súd aj na základe zhodných vyjadrení a stanovísk sťažovateľa, žalovaného i krajského súdu z toho, že otázka zrozumiteľnosti obsahu danej súťažnej podmienky pre uchádzača (teda či ide o skutočne o nejasnú podmienku umožňujúcu rôznu interpretáciu) je primárne odbornou otázkou, o ktorej si možno urobiť právny záver len na základe relevantnej odbornej expertízy.

30. Stanovisko odborníka z oblasti hydrotechniky ([REDACTED] pôsobiaceho na Katedre hydrotechniky Stavebnej fakulty Slovenskej technickej univerzity v Bratislave) si ako podklad pre svoje rozhodnutie vyžiadal žalovaný, pričom v preskúmanom rozhodnutí opísal kladené otázky, odpovede odborníka aj s príslušným komentárom. Na základe tohto stanoviska žalovaný sformuloval svoj záver k danej otázke, z ktorého plynie, že formulácia predmetnej podmienky účasti bola dostatočne jasná a zrozumiteľná, aby jej subjekt, ktorý pôsobí v oblasti predmetu zákazky, porozumel v tom zmysle, že je potrebné predložiť zoznam zákaziek (referencií) na projekčné práce na funkčnom technologickom celku hradiacich oceľových konštrukcií na plavebných komorách na vodnom toku. Žalovaný v preskúmanom rozhodnutí citoval názor menovaného odborníka, ktorý považoval za správne, že bod 3.1.4 podmienok účasti neumožňuje dokladovať splnenie podmienok referenciami, ktoré by sa týkali iných konštrukcií a technologických celkov, ako sú hradiace oceľové konštrukcie na plavebných komorách na vodnom toku, tak ako to umožňujú body podmienok účasti 3.1.1, 3.1.2 a 3.1.3, ktoré sa týkajú dodávky a montáže oceľových konštrukcií, pohonných a riadiacich systémov.

31. Na záver žalovaného, že predmetná referencia nepreukazuje podmienky účasti - realizáciu projekčných prác na funkčnom technologickom celku, ktorým sú hradiace oceľové konštrukcie na plavebných komorách na vodných tokoch, poukázal i krajský súd, keď konštatoval, že táto argumentácia žalovaného nebola len tvrdením bez náležitého odôvodnenia a nejde ani o svojvoľný výklad bez opory právne relevantnom odbornom stanovisku. Kasačný súd sa stotožňuje so záverom krajského súdu, že rozhodnutie žalovaného nemožno považovať z posudzovaného hľadiska za nepreskúmateľné pre nedostatok dôvodov. Z rozhodnutí totiž dostatočne jasne vyplýva, že subjekt v postavení uchádzača v predmetnej súťaži si musel byť vedomý, že pod hradiacimi oceľovými konštrukciami na plavebných komorách na vodnom toku v zmysle bodu 3.1.4 podmienok účasti nebolo možné

rozumieť hydraulické motory či iné pohonné systémy. Tu je naopak potrebné poznamenať, že nie závery žalovaného a správneho súdu, ale argumentácia sťažovateľa v tomto sťažnostnom bode postráda akýkoľvek vecný základ pre spochybnenie stanoviska menovaného odborníka z oblasti hydrotechniky a stojí len na jednoduchom popretí vyslovených záverov a poukazovaní na ich dôkaznú nedostatočnosť. Uvedený sťažnostný bod preto považoval kasačný súd za neopodstatnený.

32. K tvrdeniam sťažovateľa o nesprávne aplikovanom o dôvode vylúčenia podľa § 40 ods. 6 písm. a) ZVO namiesto dôvodu podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO kasačný súd dáva za pravdu sťažovateľovi v tom, že postup kontrolovaného, ktorý uplatnil inštitút nahradenia inej osoby podľa § 40 ods. 5 ZVO a následne vyhodnotil a neakceptoval referencie spoločností GOŠA MONTAŽA a PPT INZENJERING, logicky viedol k uplatneniu dôvodu vylúčenia sťažovateľa zo súťaže podľa § 40 ods. 6 písm. k) ZVO. Ide o samostatný dôvod pre prípad špecifickej situácie, v ktorej verejný obstarávateľ postupom podľa § 40 ods. 5 ZVO dáva uchádzačovi šancu napraviť nedostatok v preukazovaní podmienky účasti (tu technickej spôsobilosti) prostredníctvom inej osoby jej nahradením ďalšou „inou osobou“. Možno konštatovať, že hypotéza právnej normy obsiahnutej v § 40 ods. 6 písm. k) ZVO bola naplnená, keďže sťažovateľ podľa záverov kontrolovaného skutočne nenahradil inú osobu, prostredníctvom ktorej neúspešne preukazoval splnenie podmienok účasti, inou osobou, ktorá by stanovené požiadavky spĺňala.

33. Skutočnosť, že kontrolovaný neuplatnil v oznámení o vylúčení (aj) tento dôvod, považuje kasačný súd na rozdiel od krajského súdu za chybu v právnom posúdení, pretože jeho procesný postup k aplikácii § 40 ods. 6 písm. k) ZVO skutočne smeroval. Pri uvažovaní o odpovedi na otázku, či tento nedostatok mohol mať za následok nezákonnosť vylúčenia sťažovateľa zo súťaže a bol tak spôsobilý zasiahnuť do jeho práv, je dôležité si uvedomiť, že neúspešné nahradenie inej osoby postupom podľa § 40 ods. 5 ZVO vedie znova len k záveru, že sťažovateľ nesplnil podmienky účasti. Pokiaľ práve nesplnenie podmienok účasti v súťaži v zmysle § 40 ods. 6 písm. a) ZVO bolo dôvodom pre vylúčenie sťažovateľa, nie je možné konštatovať, že toto vylúčenie je v rozpore so zákonom, ani to, že ide o rozhodnutie zmätočné, pochybné alebo nepreskúmateľné. V dôsledku uvedenej chyby nebol sťažovateľ nijako obmedzený na svojich právach a ani zneistený pokiaľ ide o možnosti a prostriedky právnej obrany proti postupu kontrolovaného.

34. Kasačný súd z uvedených dôvodov dospel k záveru, že neuvedenie ustanovenia § 40 ods. 6 písm. k) ZVO v záveroch odôvodnenia oznámenia kontrolovaného o vylúčení, popri všeobecnejšom dôvode § 40 ods. 6 písm. a) ZVO alebo namiesto neho, nemalo v okolnostiach daného prípadu vplyv na zákonnosť vylúčenia sťažovateľa zo súťaže. Hoci ide o nedostatok v presnej identifikácii právneho dôvodu vylúčenia, vzal kasačný súd do úvahy, že oznámeniu o vylúčení predchádzal zákonom stanovený postup podľa § 40 ods. 5 ZVO, pričom ani na jeho konci sťažovateľ nespĺňal podmienky účasti vedúce k jeho vylúčeniu zo súťaže. Kasačný súd za daných okolností nevidel dôvod vyhodnotiť rozhodnutia žalovaného i krajského súdu za nezákonné či nepreskúmateľné a i napriek čiastočnému odchýleniu sa v právnej argumentácii od krajského súdu považoval jeho právne posúdenie veci v zásade za správne.

35. Vzhľadom na to, že žiaden sťažnostný bod nebol dôvodný, kasačnému súdu nezostalo iné, ako kasačnú sťažnosť postupom podľa § 461 SSP zamietnuť.

36. O náhrade trov kasačného konania rozhodol kasačný súd tak, že sťažovateľovi, ktorý v tomto konaní nemal úspech, ich náhradu nepriznal (§ 467 ods. 1 SSP a analogicky podľa § 167 ods. 1 SSP). Žalovanému ani ďalšiemu účastníkovi konania náhradu trov konania taktiež nepriznal, pretože to vo vzťahu k žalovanému nemožno spravodlivo požadovať (§ 467 ods. 1 SSP a analogicky podľa § 168 SSP), a ďalšiemu účastníkovi v kasačnom konaní nebola uložená povinnosť, s plnením ktorej by mu trovy kasačného konania vznikli a nevzhliadol ani dôvody osobitného zreteľa, ktoré by odôvodňovali priznanie náhrady trov konania (§ 467 ods. 1 SSP v spojení s § 169 SSP).

37. Toto rozhodnutie prijal senát Najvyššieho správneho súdu Slovenskej republiky pomerom hlasov 3 : 0 (§ 139 ods. 4 prvá veta SSP).

P o u č e n i e : Proti tomuto rozhodnutiu opravný prostriedok **n i e j e** prípustný.

V Bratislave, dňa 29. februára 2024

JUDr. Marián T r e n č a n

predseda senátu

podpísané elektronicky

JUDr. Elena B e r t h o t y o v á , PhD.

členka senátu

podpísané elektronicky

prof. JUDr. Juraj V a č o k, PhD.

člen senátu

podpísané elektronicky

Za správnosť vyhotovenia:
