Zoznam reštriktívnych kritérií v procese verejného obstarávania

pre

Ministerstvo dopravy, pôšt a telekomunikácií SR

Marec 2010

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Obsah

1 Úvod 3
2 Manažérske zhrnutie 4
3 Verejné obstarávanie 6
3.1 VŠEOBECNÉ VYSVETLENIE ZÁSAD VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA 6
3.1.1 Princíp rovnakého zaobchádzania 8
3.1.2 Princíp transparentnosti 9
3.1.3 Princíp vzájomného uznávania 11
3.2 REŠTRIKTÍVNE OPATRENIA VO FÁZE PLÁNOVANIA A VYHLÁSENIA SÚŤAŽE 12
3.2.1 Požiadavky na spôsob a rozsah zverejnenia 12
3.2.2 Podmienky účasti a ich nezlučiteľnosť s kritériami pre hodnotenie ponúk 16
3.2.3 Príliš obmedzujúce podmienky účasti 19
3.2.4 Všeobecné požiadavky na kritériá hodnotenia ponúk 21
3.2.5 Požiadavky na kritériá pre stanovenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky 23
3.2.6 Vnútroštátne opatrenia obmedzujúce výkon základných slobôd zaručených Zmluvou o ES 26
3.3 REŠTRIKTÍVNE OPATRENIA VO FÁZE VYHODNOTENIA PONÚK 33
3.3.1 Kontakt komisie a uchádzača 33
3.3.2 Ponuky s neobvykle nízkou cenou 36
3.3.3 Povinnosť riadneho odôvodnenia a informovanosť o dôvodoch odmietnutia 37
3.4 REŠTRIKTÍVNE KRITÉRIÁ VO FÁZE UZAVRETIA ZMLUVY 42
3.4.1 Súlad ponuky s uzavretou zmluvou 42
3.4.2 Zákaz uzatvárať dodatky k zmluve vo vymedzených prípadoch 43
3.5 REŠTRIKTÍVNE KRITÉRIÁ PLATNÉ PRE CELÝ PROCES PRÍPRAVY A ZADÁVANIA ZÁKAZKY 47
3.5.1 Povinnosť MDPT SR ako RO participovať na príprave usmernenia k verejnému obstarávaniu pre prijímateľov 47
3.5.2 Povinnosť dodržiavať ustanovenia Systému riadenia a Interného manuálu RO pre OPD vo vzťahu k procesu verejného obstarávania 47
3.5.3 Povinnosť dodržiavať ustanovenia Zmluvy o NFP 48
4 Zoznam skratiek 49
5 História zmien 50

1 Úvod

Za dodržiavanie pravidiel pre spolufinancovanie projektov z fondov Únie je zodpovedný najmä členský štát. Pravidlá pre spolufinancovanie projektov sú stanovené za účelom konzistentnosti s jednotlivými politikami Únie, dosiahnutia adekvátnej hodnoty za vynaložené finančné prostriedky a za účelom náležitého riadenie programov.

Častým nedostatkom predchádzajúceho programového obdobia 2004-2006 bolo práve porušovanie pravidiel verejného obstarávania. Slovenská republika pre odstránenie uvedených nedostatkov prijala viaceré opatrenia a to:

- niekoľko noviel zákona o verejnom obstarávaní,
- podrobnú úpravu kontroly dodržiavania pravidiel verejného obstarávania v Systéme riadenia ŠF a KF,
- ustanovenia v zmluve o NFP týkajúce sa ex ante a ex post kontroly príjemcu pomoci,
- systém kontrolných listov procesu verejného obstarávania obsiahnutý priamo v ITMS,
- zmluvy, ktoré majú jednotlivé riadiace orgány uzatvorené s Úradom pre verejné obstarávanie,
- úpravy v Interných manuáloch jednotlivých RO.

Zámerom tohto dokumentu je identifikovať určité reštriktívne opatrenia v oblasti verejného obstarávania, ktoré je potrebné zohľadniť pri čerpaní finančných prostriedkov zo štrukturálnych fondov a Kohézneho fondu v podmienkach Operačného programu Doprava; upozorňujeme však, že tento dokument nemôže slúžiť ako výhradná a jediná príručka pre všetky očakávané prípady. Nakoľko v žiadnej právnej oblasti nie je možné vyhnúť sa používaniu neurčitých právnych pojmov, ktoré je potrebné vykladať, upozorňujeme na skutočnosť, že rovnako aj v oblasti práva verejného obstarávania je vždy potrebné preskúmať okolnosti každého jednotlivého prípadu.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

2 Manažérske zhrnutie

V programovom období 2007-2013 sú preventívne opatrenia súčasťou celkovej kontrolnej stratégie Únie. MDPT SR ako RO pre Operačný program Doprava má oblasť kontroly postupov prijímateľov v oblasti verejného obstarávania upravenú vo viacerých dokumentoch, a to v Internom manuáli (ktorého súčasťou je aj vzor Zmluvy o vzájomných vzťahoch počas prípravného obdobia projektov v rámci OPD, vzor Zmluvy o NFP), Smernici pre verejné obstarávanie a jednotlivé čiastkové pokyny sú obsiahnuté aj v iných interných dokumentoch MDPT SR.

V rámci zlepšenia kontrolných mechanizmov RO pre OPD prejavil požiadavku pripraviť súbor ďalších reštriktívnych opatrení v procese verejného obstarávania, ktoré by mohli napomôcť predchádzaniu auditných zistení.

Komisia v rámci jednotlivých auditov opakovane poukazuje na skutočnosť, že zákazky pri obstarávaní tovarov, služieb a prác pre projekty spolufinancované zo štrukturálnych fondov sa riadia európskymi smernicami o verejnom obstarávaní, preto sa popri vnútroštátnej právnej úprave musia dodržiavať smernice Únie o verejnom obstarávaní. Mnohé nálezy auditných akcií Komisie, ktoré sa sami o sebe zdajú byť abstraktné, majú širšie súvislosti. Napr. v oblasti príliš reštriktívnych podmienok účasti, ktoré síce nie sú v rozpore so Zákonom o VO a ani nie je v smerniciach o verejnom obstarávaní implicitne zakázané ich použitie, však môžu samotnou aplikáciou v konkrétnom postupe zadávania zákazky obmedziť rozvoj účinnej hospodárskej súťaže a prijímateľ tak nesplní základné podmienky pre poskytnutie pomoci zo štrukturálnych fondov alebo Kohézneho fondu.

V texte tohto dokumentu vymedzujeme reštriktívne opatrenia v nadväznosti na základné zásady práva Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a objasňujeme ich širší kontext, ktorý bol vyložený judikatúrou Súdneho dvora Európskej Únie.

Súdny dvor Európskej únie je súdnym orgánom Únie. Hlavným poslaním Súdneho dvora je skúmanie zákonnosti aktov Únie a zabezpečenie jednotného výkladu a uplatňovania práva Únie.

Súdny dvor v rámci svojej činnosti zaviedol niekoľko významných právnych zásad a to napr:

- zásadu priameho účinku práva Spoločenstva v členských štátoch;

Súdny dvor vo svojej judikatúre vyvodil pre vnútroštátne správne a súdne orgány povinnosť, aby v rámci svojich právomocí v plnom rozsahu uplatňovali právo Únie a chránili práva priznané občanom.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

- zásadu prednosti práva Spoločenstva pred vnútroštátnou právnou úpravou;

Zásada prednosti práva Únie pred vnútroštátnym právom v praxi znamená, že ustanovenia vnútroštátneho práva, ktoré sú v rozpore s právom Únie nemožno použiť.

- zásada zodpovednosti členského štátu voči jednotlivcom za škody, ktoré im spôsobil štát, tým že porušil právo Spoločenstva.

Súdny dvor uznal zásadu zodpovednosti členských štátov za porušenie práva Únie, ktorá jednak rozhodujúcim spôsobom posilňuje práva, ktoré jednotlivcom priznávajú právne normy Únie, a jednak pôsobí ako faktor, ktorý môže prispievať k starostlivejšiemu vykonávaniu týchto noriem členskými štátmi.

Vnútroštátny súd rozhodujúci spor týkajúci sa práva Únie môže a niekedy musí predložiť Súdnemu dvoru prejudiciálne otázky. Súdny dvor tak poskytuje výklad právnych noriem Únie. Prejudiciálne otázky vnútroštátnych súdov sú v spojitosti s verejným obstarávaním zvyčajne zamerané na dodržiavanie smerníc o verejnom obstarávaní a dodržiavanie základných pravidiel stanovených Zmluvou o ES, a ich prípadného porušenia postupom obstarávateľa. Dôsledky práva Spoločenstva sa musia skúmať na základe primárneho práva a najmä v súvislosti so základnými slobodami zakotvenými v Zmluve o ES. Tieto základné pravidlá sa týkajú najmä zásady rovnosti zaobchádzania (článok 12 Zmluvy o ES a nasl.), slobody usadiť sa (článok 43 a nasl. Zmluvy o ES) a slobodného poskytovania služieb (článok 49 a nasl. Zmluvy o ES).

Výpočet reštriktívnych opatrení taxatívny, ale určuje všeobecný rámec úvah, ktorými by sa mal proces prípravy a realizácie zadávania zákazky riadiť.

Čo sa týka samotného primárneho práva, je potrebné zdôrazniť, že i keď sa v ďalšom texte pri vysvetľovaní určitých súvislostí odvolávame na vysvetlenia uvedené v úvode smerníc, z ustálenej judikatúry vyplýva, že preambula aktu Spoločenstva nie je všeobecne záväzným predpisom (rozsudok z 24. novembra 2005, Deutsches Milch-Kontor, C-136/04, bod 32).

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3Verejné obstarávanie

Verejné obstarávanie vychádza obdobne ako súkromné obstarávanie z porovnávania ponuky a dopytu. Obstarávatelia však musia pri uzatváraní zmlúv postupovať zvlášť obozretne, nakoľko predstavujú verejné subjekty financované z verejných prostriedkov. Túto špecifickú obozretnosť vyjadruje orientácia verejného obstarávateľa na cieľ získať za vynaložené finančné prostriedky čo najvyššiu úžitkovú hodnotu pri všetkom, čo obstarávajú.

Získanie najvyššej úžitkovej hodnoty nemusí nevyhnutne znamenať orientáciu na najlacnejšiu ponuku, ale taktiež na najlepšiu ponuku v rámci obstarávateľom stanovených parametrov. To všetko pri dôslednom zachovaní princípov verejného obstarávania, ktoré majú viesť verejného obstarávateľa k čestnému a objektívnemu postupu v procese verejného obstarávania.

3.1 VŠEOBECNÉ VYSVETLENIE ZÁSAD VEREJNÉHO OBSTARÁVANIA

Smernica 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 bola prijatá ako prepracovanie, zjednodušenie a modernizácia smerníc Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb, 93/36/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania dodania tovaru a 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (ďalej len „**smernica 2004/18/ES**“).

S cieľom zaručiť liberalizáciu pri zákazkách verejného obstarávania zadávaných subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb bola prijatá smernica 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 (ďalej len „**smernica 2004/17/ES**“).

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Právna úprava Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania bola v podmienkach SR prevzatá do ustanovení zákona č. 25/2006 Z.z. zo 14. decembra 2005 o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej aj ako **„Zákon o VO"**), v znení zákona č. 503/2009, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov s účinnosťou od 1.januára 2010.

Smernice o verejnom obstarávaní ako aj na nich založená národná legislatíva vychádzajú z princípov vnútorného trhu. Právny názor, že jedným z cieľov pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania je otvorenie čo možno najširšej hospodárskej súťaži a že je v záujme práva Spoločenstva, aby bola zabezpečená čo najširšia možná účasť uchádzačov na verejnom obstarávaní, možno podoprieť aj o judikatúru Súdneho dvora (rozsudok z 19. mája 2009, Assitur, C-538/07, bod 26).

Otvorenie sa čo možno najširšej hospodárskej súťaži je v záujme nielen vzhľadom na cieľ Spoločenstva v oblasti voľného pohybu tovaru a služieb, ale aj vo vlastnom záujme dotknutého verejného obstarávateľa, ktorý tak bude mať širší výber najvýhodnejšej ponuky, ktorá bude najlepšie spĺňať potreby dotknutej verejnosti (rozsudok z 15. mája 2008, SECAP a Santorso, C-147/06 a C-148/06, bod 29).

Úprava obsiahnutá v smerniciach o verejnom obstarávaní vychádza z požiadaviek vyplývajúcich zo Zmluvy o ES a to najmä z dodržiavania zásad:

- rovnakého zaobchádzania, resp. zásady nediskriminácie,
- transparentnosti,
- vzájomného uznávania,
- ako aj primeranosti.

Na uvedené zásady smernica s osobitným dôrazom odkazuje v kapitole III „Všeobecné zásady" v rámci úpravy zásad zadávania zákaziek v tom zmysle, že „obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne".

Obdobne vnútroštátna legislatíva Slovenskej republiky reprezentovaná Zákonom o verejnom obstarávaní zakotvuje v rámci základných povinností verejného obstarávateľa okrem iného i dôsledné dodržiavanie princípu rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie uchádzačov, resp. záujemcov a princípu transparentnosti.

Dodržiavanie princípu transparentnosti, princípu rovnakého zaobchádzania a princípu nediskriminácie je kontrolované a jeho porušenie sankcionované Úradom pre verejné obstarávanie v zmysle § 149 Zákona o VO.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.1.1 Princíp rovnakého zaobchádzania

Princíp rovnakého zaobchádzania je najdôležitejším z horeuvedených princípov. Tento princíp znamená, že všetci účastníci súťaže majú mať rovnakú možnosť uchádzať sa o verejnú zákazku. Dosiahnuť takéto vyrovnané podmienky súťaže nie je možné bez uplatňovania princípu transparentnosti a nediskriminácie.

Zákazky sa musia zadávať na základe objektívnych kritérií, ktoré zabezpečia súlad so zásadami transparentnosti, nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a ktoré zaručia, aby sa ponuky posudzovali v podmienkach efektívnej hospodárskej súťaže. Z toho dôvodu Zákon o VO umožňuje pri zadávaní zákazky použiť iba dve kritériá, a to „najnižšia cena" a „ekonomicky najvýhodnejšia ponuka".

Súdny dvor vo svojej judikatúre týkajúcej sa verejného obstarávania striedavo odkazuje na „zásadu nediskriminácie" a „zásadu rovnosti zaobchádzania". Zároveň konštatuje, že zásada rovnosti zaobchádzania je základným kameňom smerníc o verejnom obstarávaní. Takisto vysvetľuje, že zásada nediskriminácie vo verejnom obstarávaní je špecifickým vyjadrením rovnomennej všeobecnej zásady práva Spoločenstva. Na druhej strane, zásada rovnosti zaobchádzania implikuje povinnosť transparentnosti, ktorou sa riadia všetky verejné obstarávania s cieľom umožniť všetkým prípadným uchádzačom rovnosť príležitostí pri formulovaní ich prihlášok.

Zásadu rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi v oblasti verejného obstarávania Súdny dvor opakovane definoval ako podmienku, aby všetci uchádzači mali rovnaké šance pri vypracovávaní svojich ponúk, a to nezávisle od svojej štátnej príslušnosti (rozsudok z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, C-87/94, body 33 a 54).

Súdny dvor špecifikoval rozsah pôsobnosti zásady rovnosti zaobchádzania v rámci verejných zákaziek v rozsudkoch z 22. júna 1993, Komisia/Dánsko, C-243/89, body 37 až 39 a z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, C-87/94, najmä body 51 až 56 a tiež v rozsudku z 29. apríla 2004, Komisia/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, bod 108.

Cieľom zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi je podporovať rozvoj zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní. Dodržiavanie tejto zásady musí zabezpečiť objektívne porovnanie ponúk a vzťahuje sa na všetky fázy postupu verejného obstarávania. Všetci uchádzači musia mať bez ohľadu na ich štátnu príslušnosť rovnaké možnosti pri formulovaní znenia svojich ponúk. Inak povedané, pravidlá hry musia byť známe všetkým potenciálnym uchádzačom a musia sa uplatňovať na všetkých rovnako.

Podľa Súdneho dvora dodržiavanie zásady rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi predpokladá zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti a povinnosť

transparentnosti, ktorá musí umožniť zadávajúcemu verejnému orgánu uistiť sa o dodržiavaní tejto zásady (rozsudky Komisia/CAS Succhi di Frutta, už citovaný, bod 110 a z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, bod 49).

V zmysle Zmluvy o ES sa zakazujú obmedzenia slobody usadiť sa štátnych príslušníkov jedného členského štátu na území iného členského štátu a zakázané sú i obmedzenia slobodného poskytovania služieb v Spoločenstve vo vzťahu k štátnym príslušníkom členských štátov, ktorí sa usadili v niektorom inom štáte Spoločenstva ako príjemca služieb. Zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti je osobitným vyjadrením všeobecnej zásady rovnosti zaobchádzania (rozsudok z 8. októbra 1980, Überschär, 810/79, bod 16).

3.1.2 Princíp transparentnosti

Princíp transparentnosti sa prejavuje v spravodlivom a transparentnom postupe verejného obstarávania, ktorý zaručuje, že sa rešpektuje cieľ slobodnej nenarušenej hospodárskej súťaže a zásada rovnakého zaobchádzania, pričom sa hlavne zabráni tomu, aby jeden súťažiteľ získal nenáležité výhody oproti ostatným.

Z judikatúry vyplýva, že zo zásady rovnosti zaobchádzania vyplýva povinnosť transparentnosti, aby sa mohlo overiť jej dodržiavanie (rozsudky Súdneho dvora z 18. júna 2002, HI, C-92/00, a z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C 470/99, bod 91).

Povinnosť transparentnosti ďalej zabezpečuje pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň uverejnenia umožňujúci sprístupnenie trhu so službami konkurencii. V súvislosti s verejným obstarávaním z tejto povinnosti vyplýva aj to, že obstarávateľský subjekt do dokumentov k verejnému obstarávaniu zahrnie všetky potrebné informácie, pričom musia byť dostatočne podrobné, aby sa zaručila spravodlivá a účinná hospodárska súťaž.

Transparentnosť vyžaduje, aby sa potenciálny uchádzač mohol rozhodnúť na základe uverejnených a ľahko dostupných informácií, či predloží ponuku alebo nie. Nepostačuje, že môže zistiť svoje skutočné postavenie, ak vyvinie iniciatívu a podstúpi ťažkosti a náklady spojené s ďalšími podrobnými otázkami. To platí a fortiori v prípade, keď uverejnené znenie výzvy na predkladanie ponúk výslovne indikuje, že určitá kategória potenciálnych uchádzačov z iných členských štátov, do ktorej patrí, bude vylúčená z posudzovania1.

[1] Návrhy Generálnej advokátky Eleanor Sharpston, prednesené 9. júla 2009 vo veci C-199/07 medzi Komisia Európskych spoločenstiev proti Helénskej republike

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Princíp transparentnosti je zásada stanovujúca, že každá podmienka predložená v písomnej forme, musí byť napísaná jasným a zrozumiteľným jazykom.

Smernica 2004/18/ES vo svojom 39 odôvodnení v súvislosti s konkrétnou aplikáciou princípu transparentnosti uvádza „Overovanie spôsobilosti uchádzačov v otvorených konaniach a záujemcov v užších konaniach a rokovacích konaniach s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania a v súťažnom dialógu a ich výber by sa mali uskutočniť v transparentných podmienkach. Na tento účel by sa mali určiť nediskriminačné kritériá, ktoré verejní obstarávatelia môžu používať pri výbere účastníkov súťaže a prostriedkov, ktoré hospodárske subjekty môžu používať na preukázanie, že tieto kritériá spĺňajú. V rovnakom duchu transparentnosti by sa malo od verejného obstarávateľa vyžadovať, aby uviedol, hneď ako je zákazka daná do súťaže, kritériá výberu účastníkov, ktoré použije a úroveň osobitnej spôsobilosti, ktorú môže, ale nemusí vyžadovať od hospodárskych subjektov pred ich prijatím do konania verejného obstarávania.“ Tejto problematike sa bližšie venujeme v časti 3.2.2 a 3.2.3 tohto dokumentu.

Z ustálenej judikatúry vyplýva, že povinnosť transparentnosti je konkrétnym a osobitným vyjadrením zásady rovnosti zaobchádzania.

Súdny dvor už dávnejšie dospel k záveru, že táto zásada patrí k základným zásadám práva Spoločenstva (rozsudok z 19. októbra 1977, Ruckdeschel a i., 117/76 a 16/77, bod 7), ktoré sú členské štáty povinné dodržiavať, keď konajú v oblasti pôsobnosti práva Spoločenstva. Táto zásada vyžaduje, aby porovnateľné situácie neboli posudzované rozdielne s výnimkou prípadu, keby takéto rozdielne zaobchádzanie bolo možné objektívne odôvodniť.(najmä rozsudky z 25. novembra 1986, Klensch a i., 201/85 a 202/85, bod 9, a z 12. decembra 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, bod 32). Táto zásada patrí k základným právam, ktorých dodržiavanie Súdny dvor zabezpečuje.

Súdny dvor ďalej špecifikoval rozsah pôsobnosti povinnosti transparentnosti v rozsudkoch zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98 a Parking Brixen, už citovaný. Podľa Súdneho dvora je v zásade cieľom tejto povinnosti zabezpečiť absenciu rizika uprednostňovania a svojvôle zo strany obstarávateľa. Táto povinnosť spočíva v zabezpečení adekvátneho stupňa zverejnenia verejného obstarávania pre každého potenciálneho uchádzača, ktoré umožní jeho sprístupnenie uchádzačom a kontrolu jeho nestrannosti. Tiež vyžaduje, aby všetky podmienky a pravidlá verejného obstarávania boli vyjadrené jasne, presne a jednoznačne v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podkladoch. Takýto postup musí umožniť všetkým primerane informovaným a bežne obozretným uchádzačom, aby pochopili presný rozsah týchto podmienok a pravidiel a aby ich vykladali rovnako. Musí tiež umožniť verejnému obstarávateľovi preveriť, či ponuky uchádzačov skutočne zodpovedajú kritériám, ktoré sa vzťahujú na predmetnú zákazku (rozsudky Telaustria a Telefonadress, už citovaný, body 61 a 62, a Parking Brixen, už citovaný, bod 111).

Príklady uplatnenia princípu transparentnosti je možné nájsť v rôznych fázach verejného obstarávania, napr. v ustanoveniach o publicite, povinnosti

obstarávateľov informovať všetkých uchádzačov vo všetkých fázach zadávania zákazky o každej rozhodnej skutočnosti, povinnosť riadne informovať neúspešných uchádzačov o dôvodoch odmietnutia ich ponúk.

3.1.3 Princíp vzájomného uznávania

Podľa 42. odôvodnenia smernice 2004/18/ES sa príslušné predpisy Spoločenstva o vzájomnom uznávaní diplomov, osvedčení alebo iných dokladov o formálnych kvalifikáciách uplatnia v prípade, ak sa od účastníka obstarávacieho konania alebo súťaže návrhov vyžaduje doklad o určitej kvalifikácii.

Týmto predpisom je Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/36/ES zo 7. septembra 2005 o uznávaní odborných kvalifikácií, ktorá nadobudla účinnosti: 20.10.2005. Transpozičná lehota bola stanovená do 20.10.2007.

Tejto problematike sa bližšie venujem v časti 3.2.1 tohto dokumentu.

V súvislosti so základnými zásadami verejného obstarávania dávame do pozornosti pochybenia, ku ktorým bolo zo strany inštitúcií ES, Komisie, resp. ESD alebo Súdu prvého stupňa zaujaté stanovisko, ktorým by bolo potrebné sa riadiť pri aplikácii uvedených zásad v praxi.

V opačnom prípade upozorňujeme na potenciálne riziko pozastavenia alebo zníženia pomoci poskytovanej z fondov Európskej únie.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.2 REŠTRIKTÍVNE OPATRENIA VO FÁZE PLÁNOVANIA A VYHLÁSENIA SÚŤAŽE

3.2.1 Požiadavky na spôsob a rozsah zverejnenia

Počas celého postupu verejného obstarávania musí byť zabezpečená rovnosť zaobchádzania s uchádzačmi, čo znamená, že **kritériá a podmienky, ktoré sa uplatňujú na každú verejnú zákazku, musia obstarávatelia primerane zverejniť** (v tejto súvislosti poskytol výklad ESD v rozsudku z 20. septembra 1988, Beentjes, 31/87, bod 21, rozsudok z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, bod 34, rozsudok z 24. novembra 2005,ATI EAC e Viaggi di Maio a i., C-331/04, bod 22).

Kritériá výberu uchádzačov ako aj hodnotenia ponúk musia byť obsiahnuté v zverejnených dokumentoch tak, aby umožnili všetkým rozumne informovaným a bežne obozretným uchádzačom vykladať ich rovnako, a musí sa uviesť ich zaradenie. Následne **v procese hodnotenia ponúk a výberu uchádzača môže komisia uplatniť len kritériá vopred stanovené obstarávateľom,** s ktorými sa uchádzači riadne oboznámili vďaka transparentnosti konania a verejnosti uvedených kritérií (tento výklad poskytol ESD v rozsudku z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, bod 42; rozsudku zo 4. decembra 2003, EVN a Wienstrom C-448/01; a rozsudku z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99).

S ohľadom na tieto požiadavky, nejasné definovanie podmienok účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania Komisia v rámci auditných kontrol hodnotí ako nedodržanie primeranej publicity a nezabezpečenie primeranej hospodárskej súťaže.

Požiadavku zverejnenia nespĺňa všeobecný odkaz na ustanovenia vnútroštátnych právnych predpisov, ako to uviedol aj ESD vo svojom rozsudku z 20. septembra 1988, vo veci Beentjes, 31/87, bod 35. Problematické sa preto javí aj uvedenie podmienok účasti v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania vo forme odkazov na čísla jednotlivých odsekov Zákona o VO, alebo iného zákona bez toho, aby boli uvedené podmienky účasti. Takéto označenie môže viesť k vyhodnoteniu podmienok účasti ako neúplných a nejasných, a to i napriek tomu, že uchádzač, ktorý predložil ponuku, poskytol dokumenty správne a verejnému obstarávateľovi nebola doručená žiadna žiadosť o vysvetlenie alebo sťažnosť týkajúca sa podmienok účasti uvedených v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania.

Povinnosť transparentnosti zabezpečuje pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň uverejnenia umožňujúci sprístupnenie trhu konkurencii. K naplneniu tohto cieľa je potrebné zabezpečiť objektivitu verejného

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

obstarávania z vecného, ako aj procesného hľadiska. V tomto zmysle je jednak nevyhnutné stanoviť objektívne kritériá účasti na verejnom obstarávaní a uzatvárania zmlúv, a zároveň z procesného hľadiska upraviť transparentnosť konaní.

Na to, aby bola dodržaná rovnosť a vylúčená akákoľvek diskriminácia, musia byť v konaní dodržiavané objektívne pravidlá. Zároveň je potrebné, aby sa uplatnenie týchto objektívnych pravidiel riadilo zverejnením od oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania cez súťažné podklady až po výsledky procesu hodnotenia a výberu víťaznej ponuky.

> Na zabezpečenie rešpektovania zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti je dôležité, **aby v čase prípravy svojich ponúk potenciálni uchádzači poznali všetky prvky, ktoré obstarávateľ zohľadní pri určení ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, a ak to je možné, aj ich vzájomnú dôležitosť** (tento výklad poskytol ESD v rozsudku z 25. apríla 1996, Komisia/Belgicko, C-87/94, bod 88, a rozsudku z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, bod 98).

V súvislosti s horeuvedenými požiadavkami Komisia v rámci auditných kontrol opakovane upozorňovala členské štáty, aby prísnejšie dbali na dôsledné informovanie všetkých potenciálnych uchádzačov o všetkých povinnostiach, resp. podmienkach účasti, a to:

- vopred,
- v dostatočnej lehote pred termínom plnenia povinnosti a
- spôsobom, ktorý nemôže viesť k pochybnostiam ohľadom transparentnosti celého procesu.

Týka sa to jednak poskytnutia informácie o povinnostiach (napr. o povinnom charaktere obhliadky miesta pre záujemcov) a jednak poskytnutia dostatočnej lehoty záujemcom na splnenie určenej povinnosti, tak aby v danej lehote bolo teoreticky umožnené každému potenciálnemu uchádzačovi zariadiť si splnenie uloženej povinnosti.

Vo veci T-345/03, medzi Evropaïki Dynamiki proti Komisii, Evropaïki Dynamiki ako žalobkyňa vytýkala Komisii ako obstarávateľovi, že porušila zásadu rovnosti zaobchádzania z dôvodu údajného oneskoreného poskytnutia niektorých technických informácií iným uchádzačom než vybranému uchádzačovi a Komisia nespochybňovala, že poskytla všetkým potenciálnym uchádzačom technické špecifikácie databáz CORDIS až postupne v priebehu verejného obstarávania. V tejto súvislosti treba zdôrazniť, že i keď z judikatúry (rozsudok Súdneho dvora z 3. marca 2005, Fabricom, C-21/03 a C-34/03) vyplýva to, že zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi nevyžaduje, aby verejný obstarávateľ musel absolútne neutralizovať všetky výhody uchádzača, ktorého subdodávateľom je existujúci zmluvný partner, v danom prípade si v tejto časti v prejednávanej

veci zásada rovnosti zaobchádzania podľa názoru Súdu prvého stupňa vyžadovala neutralizáciu výhod existujúceho zmluvného partnera alebo výhod vybraného uchádzača.

Súd prvého stupňa konštatoval, že nerovnosť zaobchádzania spočívajúca v oneskorenom zaslaní niektorých technických informácií iným uchádzačom než vybranému uchádzačovi predstavuje vadu konania a v rozsudku z 12. marca 2008 vo veci T-345/03 rozhodol, že sa Komisia tým, že neoznámila niektoré technické informácie všetkým uchádzačom, dopustila vady konania spočívajúcej v porušení práva žalobkyne byť informovaný.

Povinnosť transparentnosti vyžaduje od obstarávateľa zabezpečiť, aby všetci prípadní záujemcovia mali prístup k všetkým podmienkam uplatňujúcim sa pri podávaní prihlášok. To zahŕňa informáciu o odbornej spôsobilosti, ktorá je podmienkou účasti uchádzačov.

Ako Súdny dvor rozhodol vo veci Komisia/Francúzsko, C-16/98 rozsudkom z 05. októbra 2000: „… článok 4 ods. 2 smernice tým, že zakazuje akúkoľvek diskrimináciu medzi uchádzačmi, tiež chráni tých, ktorí sú odrádzaní od účasti z dôvodu, že boli postavení do nevýhody konaním realizovaným obstarávateľom". Podľa názoru Súdneho dvora v tejto veci uverejnenie obmedzených informácií v Úradnom vestníku Európskych spoločenstiev predstavuje diskrimináciu, pretože uchádzači, ktorí mali prístup k dodatočným informáciám uverejneným vo vnútroštátnej tlači, boli vo výhode, keďže mali k dispozícii všetky informácie týkajúce sa presného rozsahu plánovaných prác.

Toto pravidlo úzko súvisí s auditnými zisteniami Komisie ohľadne preukazovania odbornej spôsobilosti uchádzačmi rôznymi osvedčeniami podľa vnútroštátnych právnych predpisov.

Slovenské orgány sa bránili vysvetleniami, že neporušili možnosť uchádzačov zúčastniť sa verejných obstarávaní. Títo uchádzači, podľa nich nemali sťažené postavenia, nakoľko sa v prípade záujmu mohli nechať automaticky zapísať v príslušnej národnej inštitúcii bez toho, aby od nich bolo požadované splnenie ďalších dodatočných podmienok. Podstatné však pri posudzovaní tohto kritéria je, že predmetná informácia o možnosti takéhoto zápisu nebola zverejnená.

V súvislosti s možnosťou zahraničných uchádzačov zapísať sa bez väčších prekážok do príslušného národného registra a získať príslušné osvedčenie upozorňujeme na ustálenú judikatúru a to že konkrétne, potenciálne dotknuté osoby sa musia nachádzať v situácii rovnosti, pokiaľ ide o rozsah informácií obsiahnutých v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania. Nebolo by v súlade s týmito zásadami, keby sa jedna kategória týchto dotknutých osôb musela obrátiť na predmetného obstarávateľa s cieľom získania objasnenia a dodatočných informácií o skutočnom zmysle obsahu oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania v situácii, keď formulácia tohto oznámenia u primerane pozorného a obozretného záujemcu nevyvolávala žiadne pochybnosti (tento právny názor vyslovil Súdny dvor v rozsudku z 12. novembra 2009, vo veci C-199/07, Komisia/Grécko, bod 38). Podľa názoru Súdneho dvora nemožno spochybňovať, že

sporné ustanovenie môže mať svojou jasnou formuláciou odradzujúci účinok na zahraničné poradenské spoločnosti a poradcov, ako to bolo napokon aj v predmetnom prípade.

To v praxi znamená, že ak v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania nie je jasne uvedená prijateľnosť rovnocenných osvedčení zo zahraničia alebo nie je uvedené ako, akým spôsobom možno získať zápis do národného registra, Komisia to hodnotí ako skutočnosť, ktorá mohla odradiť uchádzačov od účasti.

Takéto zistenie bolo uvedené aj v audite FC/SK/REGIO/J4/252: Verejné obstarávanie EFRR+KF - november 2006 (2006/SK/REGIO/I3/493/1), problémy pri verejnom obstarávaní T7 -„Rekonštrukcia teplárne Zvolenská teplárenská a.s. 11420200019", kde obstarávateľ požadoval, aby zamestnanci uchádzačov vlastnili rôzne osvedčenia vydané podľa osobitných slovenských predpisov a aby sa predložili ich kópie.

Rovnaké postavenie uchádzačov musí byť zachované počas celého procesu verejného obstarávania.

Uchádzači musia mať rovnaké postavenie tak v čase, keď vyhotovujú svoje ponuky, ako aj v čase hodnotenia týchto ponúk (tento výklad poskytol ESD v rozsudku z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, bod 34).

V zmysle zásady rovnosti zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi a z nej vyplývajúcej povinnosti transparentnosti potenciálnym uchádzačom musí byť už v čase prípravy ich ponúk umožnené oboznámiť sa s existenciou a dosahom všetkých prvkov, ktoré obstarávateľ zohľadní pri výbere ponuky. Preto obstarávateľ nemôže uplatniť pravidlá váženia alebo vedľajšie kritériá pre kritériá hodnotenia ponúk, ak ich predtým nedal k dispozícii uchádzačom (rozsudok z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, bod 99; rozsudok ESD z 24. januára 2008, Emm. G. Lianakis AE, C-532/06). Zásade rovnosti zaobchádzania s hospodárskymi subjektmi a z nej vyplývajúcej povinnosti transparentnosti odporuje, ak v rámci postupu verejného obstarávania obstarávateľ až následne stanoví koeficienty váženia a vedľajšie kritériá pre kritériá hodnotenia ponúk uvedené v súťažných podkladoch alebo v oznámení o ponuke. Z tohto dôvodu je nevyhnutné, aby boli vopred stanovené aj koeficienty váženia a vedľajšie kritériá pre kritériá hodnotenia ponúk uvedené v súťažných podkladoch alebo v oznámení o ponuke.

Obstarávateľ nemôže uplatniť čiastkové kritériá pre kritériá hodnotenia ponúk, ktoré neboli predtým oznámené uchádzačom (rozsudok Lianakis a i., už citovaný, bod 38).

Podľa ustálenej judikatúry je však možné, aby obstarávateľ po uplynutí lehoty na predloženie ponuky určil váhové koeficienty pre čiastkové kritériá skôr stanovených kritérií hodnotenia ponúk, ak sú splnené tri podmienky, a to:

1) neskoršie určenie nemení kritériá hodnotenia ponúk určené v súťažných podkladoch alebo v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania,

2) neobsahuje také prvky, ktoré by, ak by boli známe v čase prípravy ponúk, mohli túto prípravu ovplyvniť, a

3) nebolo prijaté so zohľadnením skutočností, ktoré by mohli byť diskriminačné voči niektorému z uchádzačov,

(túto argumentáciu použil ESD v rozsudku ATI EAC, odvolal sa na ne v rozsudku Lianakis i v rozsudku z 02. marca 2010, vo veci T-70/05, Evropaiki Dynamiki/EMSA).

Zabezpečenie reálnej možnosti uchádzača pripraviť a predložiť ponuku.

Verejný obstarávateľ by pri určovaní lehoty mal prihliadať i na skutočnosť, koľko reálnych pracovných dní spadá do ustanovenej lehoty pre jednotlivé úkony (napr. v dôsledku dní pracovného voľna a štátnych sviatkov). I táto skutočnosť reálne skracuje lehotu na oboznámenie sa záujemcov s podmienkami účasti a najmä zabezpečenie splnenia všetkých povinností, v dôsledku čoho by uložená lehota mohla byť klasifikovaná ako príliš krátka na prípravu a doručenie všetkých dokumentov preukazujúcich splnenie podmienok účasti.

Určovanie lehôt verejným obstarávateľom v podobnom zmysle obmedzuje Zákon o VO v ustanovení § 19 ods. 4.

Opačný postup by mohol niektorých uchádzačov, najmä s ohľadom na potenciálnych uchádzačov zo zahraničia, odradiť od účasti na verejnom obstarávaní. Za problematické Komisia preto označila i skracovanie lehôt vo verejnom obstarávaní, čo by mohlo vo svojich dôsledkoch za určitých okolností viesť k odradeniu potenciálnych záujemcov od účasti vo verejnom obstarávaní.

3.2.2 Podmienky účasti a ich nezlučiteľnosť s kritériami pre hodnotenie ponúk

Kritériá ako skúsenosti, odborná spôsobilosť, referencie alebo finančné zdroje, ktorými disponuje uchádzač, a ktoré sú predmetom hodnotenia vo fáze výberu uchádzačov, sa nemôžu zohľadniť vo fáze vyhodnotenia ponúk.

Dôvod, prečo je nevyhnutné rozlišovať medzi kritériami vyhodnotenia ponúk a podmienkami účasti je ten, že konečná zákazka sa má zadať najlepšej ponuke a nie uchádzačovi, ktorého ponuka sa javí ako najlepšia v závislosti od jeho ekonomického postavenia alebo odborných schopností. Táto zásada sa musí dodržiavať pri všetkých postupoch verejného obstarávania.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Uvedenú podmienku opakovane potvrdzuje aj ESD, ktorý vo svojom rozhodnutiach uvádza, že odborné skúsenosti uchádzačov sa môžu zohľadniť iba v rámci stanovenia ich technickej schopnosti, ale nemôžu sa použiť ako kritérium na vyhodnotenie ponúk. Súdny dvor dôvodí, že technická spôsobilosť kandidátov, je už overovaná vo fáze výberu kandidátov.

Tieto závery sú uvedené v rozsudkoch vydaných v prípadoch Beentjes z 20. septembra 1988, vec 31/87, bod 15, Esedra, T-169/00 z 26. februára 2002, bod 158; TQ3 Travel Solutions, T-148/04 zo 6. júla 2005, bod 86-88; Lianakis C-532/06 z 24. januára 2008 bod 31 a 32.

V rozsudku Lianakis súd vyslovil právny názor, že smernici 92/50/EHS odporuje, ak obstarávateľ v rámci postupu verejného obstarávania zohľadní prax, okruh riadiacich pracovníkov a vybavenie kancelárie uchádzačov, ako aj ich spôsobilosť vyhotoviť projekt v stanovenom období nie na základe „kvalitatívnych kritérií výberu", ale prostredníctvom „kritérií hodnotenia ponúk".

V § 35 Zákona o VO sú rovnako ako vyplýva zo smerníc a judikatúry EÚ upravené podmienky, ktoré musí obstarávateľ dodržiavať pri výbere a vyhodnocovaní jednotlivých kritérií na výber najvýhodnejšej ponuky. V ods.6 je uvedené, že kritériom na vyhodnotenie ponúk nesmie byť dĺžka záruky, podiel subdodávok a lehota splatnosti faktúr, ako ani požiadavky určené na preukázanie finančného a ekonomického postavenia a technickej alebo odbornej spôsobilosti uchádzača alebo záujemcu, čo stanovuje ods. 7.

Kritérium „skúsenosti" pri zadávaní zákaziek v sektore dopravy bolo v programovom období 2004-2006 veľmi často opakovanou chybou.

Bolo použité napr. pre zákazku „Stavebný dozor pre diaľničný úsek D P Mengusovce -Jánovce", hodnota zákazky 3 611 691 EUR. Kritériá na vyhodnotenie ponúk boli stanovené nasledovne: 50 % - cena, 26 % - skúsenosti hlavných odborníkov (merané ako počet podobných služieb určitej veľkosti poskytnutých za posledných 5 rokov), 24 % - skúsenosti spoločnosti (merané ako počet podobných projektov v hodnote nad 1 mld. SKK dokončených za posledných 5 rokov). Vzhľadom na skutočnosť, že týmto neprípustným kritériám bola daná aj značná váhovosť, Komisia v týchto prípadoch trvá na skutočnosti, že potenciálne ohrozenie rozpočtu Spoločenstva je veľké.

Komisia v rámci komunikácie so Slovenskou republikou pristúpila k podrobnému vysvetleniu dôvodov, z akých nie je možné kritériá skúseností v ponímaní používanom zo strany slovenských obstarávateľov používať na vyhodnotenie najlepšej ponuky. Vo všeobecnosti totiž platí, že skúsenosti uchádzača z minulosti majú slúžiť na overenie jeho spôsobilosti na realizáciu zákazky v súčasnosti.

Vo vzťahu k vnútroštátnej právnej úprave platnej v čase týchto sporných verejných obstarávaní a ustálenej praxe slovenských orgánov odkazujeme pre bližšie vysvetlenie na časť 3.2.6 tohto dokumentu.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Upozorňujeme, že existujú rozsudky, v ktorých Súdny dvor vysvetľuje prípustné kritériá hodnotenia kvality ponuky vo vzťahu k schopnostiam uchádzača.

V rozsudku Všeobecného súdu vo veci T-70/05 z 2. marca 2010 Evropaïki Dynamiki proti Európskej námornej bezpečnostnej agentúre (EMSA) Evropaiki Dynamiki ako žalobkyňa namietala kritériá hodnotenia ponúk, namietala nepresnosť týchto kritérií, pričom v žalobe položila otázku, akým spôsobom mohla EMSA objektívne vyhodnotiť kvalitu ponúk vo vzťahu ku každému z týchto kritérií.

Tieto tri kvalitatívne kritéria a ich príslušná váha sú prezentované takto:

„1. navrhovaná metodika projektu – zahŕňa podrobné návrhy na realizáciu projektu, ako aj kľúčové etapy a poskytované služby (ako sú definované v bode 3 [súťažných podkladov]) (40 %);

2. porozumenie špecifikáciám súťažných podkladov a stručná prezentácia potvrdzujúca toto porozumenie (20 %);

3. kvalita operatívnych služieb (helpdesk) (10 %).“

Súd v bode 136 predmetného rozsudku uviedol, že dotknuté kvalitatívne kritériá, ako sú plánovaná organizácia a metodika poskytovania služieb, správne porozumenie špecifikáciám súťažných podkladov a kvalita požadovaných služieb, môžu vo svetle svojho kontextu, a to upresnení uvedených nižšie, podmieňovať riadne poskytovanie požadovaných služieb, a teda samotnú hodnotu ponúk.

Upresnenia súťažných podkladov stanovili, že ponuka musí obsahovať podrobné údaje o pláne realizácie projektu (project implementation structure), pričom musí byť jasne definovaná každá skupina prác (work package), a že tento plán realizácie projektu musí obsahovať (aspoň) tieto údaje: horizontálne činnosti (bod 3.1); opis riadiaceho tímu projektu a rozdelenia zodpovednosti (bod 3.2); kontrola kvality (bod 3.3); služby súvisiace s riadením projektu (deliverables on project management level) (bod 3.4) a opis skupín prác a vzťahov medzi nimi (work package description and relations) (bod 3.5), ako aj ďalšie relevantné informácie o predkladaní správ (bod 3.6).

Podľa názoru Súdu sú horeuvedené kritériá relevantnými kritériami na určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Okolnosť, že tieto kritériá nemajú kvantitatívnu povahu, nestačí sama osebe na vyvodenie záveru, že ich obstarávateľ neuplatnil objektívnym a jednotným spôsobom. Súd zdôrazňuje, že EMSA v súlade s uplatniteľnými ustanoveniami uviedla príslušnú váhu priznanú každému z týchto kvalitatívnych kritérií prostredníctvom percentuálnej hodnoty, čím uchádzačov informovala o význame, ktorý chce priznať každému kritériu pri porovnávacom hodnotení ponúk.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.2.3 Príliš obmedzujúce podmienky účasti

Jedným z častých auditných zistení v predchádzajúcom programovom období 2004-2006 bolo stanovovanie príliš obmedzujúcich podmienok účasti zo strany obstarávateľov.

Z ustálenej praxe verejných obstarávateľov v SR možno konštatovať, že podmienky účasti boli/sú stanovované tak, že sami o sebe sú síce splniteľné ale ich vzájomná kombinácia môže znamenať také prekážky, že odradí niektorých potenciálnych uchádzačov od účasti.

Komisia sa v auditných zisteniach opakovane vyjadrila, že spojenie podmienok účasti a to napr. príliš striktne vymedzeného obratu v spojení s osvedčeniami podľa národného práva je pravdepodobne príliš obmedzujúce. Táto kombinácia podmienok bola často používaná pri projektoch železničnej ako aj cestnej infraštruktúry.

Bližšie vysvetlenie k osvedčeniam podľa národného práva je uvedené v časti 3.2.1 tohto dokumentu.

V rozsudku Súdneho dvora z 23. októbra 2008 vo veci C-286/06 Komisia proti Španielskemu kráľovstvu sa ako argumentácia uvádza, že ak je smernica 89/48 uplatniteľná, verejný orgán členského štátu musí rešpektovať pravidlá stanovené v tejto smernici a nemôže požadovať ako predbežnú podmienku na prístup k danému povolaniu, aby príslušné vnútroštátne orgány nostrifikovali doklady o štúdiu dotknutej osoby (rozsudky z 8. júla 1999, Fernández de Bobadilla, C-234/97, bod 27, a zo 14. júla 2005, Peros, C-141/04, bod 35).

Článok 3 smernice 89/48/EHS, ako Komisia uviedla, vyžaduje, aby diplomy vydávané v niektorom členskom štáte umožňovali ich držiteľom nielen prístup k regulovanému povolaniu v inom členskom štáte, ale rovnako aj výkon tohto povolania za rovnakých podmienok, ako sú podmienky výkonu držiteľov národných diplomov.

Z toho vyplýva, že vnútroštátne orgány sú povinné zabezpečiť, aby držitelia odbornej kvalifikácie získanej v inom členskom štáte mali rovnaké možnosti služobného postupu ako držitelia zodpovedajúcej domácej odbornej kvalifikácie. V tomto spore napriek tomu, že povolanie inžiniera ciest, kanálov a prístavov spravidla v Španielsku vykonávajú držitelia španielskeho diplomu získaného po absolvovaní päťročného štúdia, držiteľovi diplomu vydaného v inom členskom štáte, ktorý oprávňuje záujemcu, prípadne po vykonaní kompenzačných opatrení, na výkon toho istého povolania v Španielsku, sa teda musia priznať rovnaké možnosti služobného postupu ako držiteľom tohto španielskeho diplomu. Pre tieto úvahy je irelevantný počet rokov štúdia, ktoré uvedený držiteľ diplomu musí absolvovať, aby získal príslušný diplom.

Ak totiž diplom vydaný v inom členskom štáte bol uznaný v súlade so smernicou 89/48/EHS, prípadne po uložení kompenzačných opatrení, možno sa domnievať, že potvrdzuje rovnakú odbornú kvalifikáciu ako rovnocenný španielsky diplom.

Za týchto okolností by skutočnosť, že držiteľ diplomu vydaného v inom členskom štáte nemá rovnaké možnosti služobného postupu ako držitelia zodpovedajúceho španielskeho diplomu výlučne z dôvodu, že tento diplom bol získaný po skončení vzdelávania kratšieho trvania, znevýhodňovala držiteľov diplomu iného členského štátu len na základe skutočnosti, že príslušnú kvalifikáciu získali rýchlejšie.

V dôsledku toho nie je požiadavka nostrifikácie zlučiteľná s článkom 3 smernice 89/48/EHS prinajmenšom v rozsahu, v akom táto požiadavka predstavuje predbežnú podmienku účasti na skúškach v rámci interného výberového konania, a to aj pre uchádzačov, ktorí sa odvolávajú iba na diplom vydaný v inom členskom štáte a uznaný podľa smernice 89/48/EHS.

Podľa právneho názoru vysloveného v rozsudku zo 07. októbra 2004, vo veci C-255/01, Panagiotis Markopoulos článok 43 Zmluvy o ES zaväzuje členský štát zaoberajúci sa žiadosťou o udelenie povolenia na výkon povolania, prístup ku ktorému je podľa vnútroštátnej právnej úpravy závislý na držaní diplomu alebo odbornej spôsobilosti, aby vzal do úvahy diplomy, certifikáty a iné osvedčenia spôsobilosti, ktoré záujemca získal s cieľom výkonu toho istého povolania v inom členskom štáte, a to porovnaním spôsobilosti osvedčenej týmito diplomami a znalostí a spôsobilosti požadovaných vnútroštátnou právnou úpravou (rozsudky zo 7. mája 1991, Vlassopoulou, C-340/89, bod 16; zo 16. mája 2002, Komisia/Španielsko, C-232/99, bod 21, a z 13. novembra 2003, Morgenbesser, C-313/01, bod 57). Ak toto porovnanie povedie k zisteniu, že znalosti a spôsobilosti osvedčené zahraničným diplomom zodpovedajú tým, ktoré požaduje vnútroštátna právna úprava, je členský štát povinný uznať, že tento diplom spĺňa ním stanovené podmienky. Ak sa naopak ukáže, že znalosti a spôsobilosti zodpovedajú tým, ktoré požaduje vnútroštátna právna úprava len čiastočne, má hostiteľský členský štát právo požadovať, aby záujemca preukázal, že chýbajúce znalosti a spôsobilosti získal. V tomto prípade musia príslušné vnútroštátne orgány posúdiť, či znalosti získané v hostiteľskom členskom štáte buď v rámci študijného cyklu, alebo praktickou skúsenosťou postačujú ako dôkaz získania chýbajúcich znalostí.

Podmienka účasti a jej primeranosť vo vzťahu k tomu, čo je potrebné na dosiahnutie zamýšľaného cieľa najmä vo vzťahu:

- k časovému okamihu preukázania istej skutočnosti ako aj
- vlastníctva/iného právneho vzťahu k zariadeniam potrebným na plnenie predmetu zákazky

sú bližšie opísané v časti 3.2.6 tohto dokumentu.

V návrhu generálneho advokáta Mengozziho vo veci C-341/05 Laval un Partneri Ltd proti Svenska Byggnadsarbetareförbundet, generálny advokát pod bodom 234 vyslovil právny názor, že ak je totiž poskytovateľ služieb podobne ako vo veci samej nakoniec prinútený upustiť od plnenia verejnej zmluvy na uskutočnenie

prác z dôvodu neschopnosti pokračovať vo svojej činnosti, pokiaľ nepristúpil na podmienky kolektívnej zmluvy, ktorej uplatnenie sa od neho požaduje, musí tento poskytovateľ v zásade znášať všetky náklady súvisiace s neplnením tejto zmluvy. Systémová povaha takéhoto mechanizmu, ktorú povoľuje švédske vnútroštátne právo, môže tiež odradiť podniky usadené v iných členských štátoch od výkonu slobodného poskytovania svojich služieb vo Švédskom kráľovstve.

Treba však pripomenúť, že na jednej strane podľa judikatúry členský štát nie je oprávnený požadovať pri poskytovaní služieb na svojom území dodržiavanie všetkých podmienok požadovaných pre podniky a tým pozbaviť ustanovenia Zmluvy o založení ES zabezpečujúce slobodné poskytovanie služieb akéhokoľvek potrebného účinku.

Skutočnosť, že za splnenia určitých podmienok môže poskytovateľ služieb pokračovať vo výkone svojej hospodárskej činnosti na území hostiteľského štátu, nijako neznižuje reštriktívnu povahu podmienok, ktoré sú mu uložené

Zákaz podmienky účasti práve prebiehajúceho plnenia zmluvy s rovnakým alebo obdobným predmetom ako má zadávaná zákazka

Podmienka účasti vymedzená ako napr. „v súčasnosti prebiehajúca rekonštrukcia dráhy" alebo iné prebiehajúce plnenia zmluvy s rovnakým alebo obdobným predmetom ako má zadávaná zákazka bola v predchádzajúcom programovom období často používaná v projektoch železničnej infraštruktúry. Takáto podmienka je neprípustná vzhľadom na skutočnosť, že diskriminuje všetkých potenciálnych uchádzačov, ktorí práve nerealizujú žiadnu zmluvu, ale sú v štádiu hľadania ďalšieho zmluvného partnera.

3.2.4 Všeobecné požiadavky na kritériá hodnotenia ponúk

Samotná smernica 2004/18/ES v súvislosti s kritériami pre zadávanie zákaziek vo svojom prvom odôvodnení uvádza „Táto smernica vychádza z judikatúry Súdneho dvora, konkrétne z judikatúry o kritériách pre zadanie zákazky, ktorá objasňuje možnosti verejných obstarávateľov tak, aby spĺňali potreby dotknutej verejnosti, vrátane environmentálnej a/alebo sociálnej oblasti, za predpokladu, že takéto kritériá súvisia s predmetom zákazky, nedávajú verejnému obstarávateľovi neobmedzenú slobodu výberu, sú výslovne uvedené a sú v súlade so základnými zásadami uvedenými v bode 2 odôvodnenia."

V zmysle judikatúry Súdneho dvora samotné kritériá hodnotenia ponúk určené obstarávateľom:

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

musia byť spojené s predmetom obstarávania,

obstarávateľovi nesmú priznávať neobmedzenú slobodu rozhodovania/výberu,

musia byť výslovne uvedené v súťažných podkladoch alebo **v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania** (pozri podrobne uvedené pod bodom 3.1.2. vyššie) a

musia rešpektovať najmä základné zásady rovnosti zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti (pozri podrobne uvedené pod bodom 3.1.1 a 3.1.2 vyššie).

Tento výklad poskytol ESD v rozsudku zo 17. septembra 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, bod 64.

Smernica 2004/18/ES vo svojom 46. odôvodnení stanovuje, že zákazky by sa mali zadávať na základe objektívnych kritérií, ktoré zabezpečia súlad so zásadami transparentnosti, nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania a ktoré zaručia, aby sa ponuky posudzovali v podmienkach efektívnej hospodárskej súťaže. Z toho dôvodu by bolo vhodné umožniť, aby sa pri zadávaní zákazky použili iba dve kritériá: "najnižšia cena" a "ekonomicky najvýhodnejšia ponuka".

Obdobná úprava sa premietla i do vnútroštátnej legislatívy v podobe príslušných ustanovení § 35, resp. 42 Zákona o VO.

Ad) spojenie kritérií s predmetom obstarávania

Spojenie kritérií s predmetom obstarávania je potrebné skúmať v každom jednotlivom prípade osobitne a to na základe ich vecnej a logickej súvislosti s predmetom obstarávania.

V citovanom rozsudku Concordia Bus Finland Súdny dvor uviedol, že „je potrebné najskôr konštatovať, že kritériá, ktoré súvisia s úrovňou emisie oxidu dusičitého a s úrovňou hlučnosti autobusov, ako vo veci samej, sa musia považovať za súvisiace s predmetom verejného obstarávania, ktorým je poskytovanie služieb mestskej autobusovej dopravy."

Ad) neobmedzená/nepodmienená sloboda rozhodovania/výberu obstarávateľa

Kritériá, ktoré obstarávateľ určí, mu nemôžu zverovať neobmedzenú slobodu výberu. To znamená, že musia byť objektívne, riadne zverejnené, merateľné a opakovateľné.

Súd v rámci posudzovania skutkového stavu v konkrétnom prípade uviedol, že kritériá spočívajúce v pridelení dodatočných bodov ponukám zodpovedajúcim

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

konkrétnym špecifickým požiadavkám súvisiacim s ochranou životného prostredia, ktoré sú objektívne vyčísliteľné, nemôžu dať obstarávateľovi nepodmienenú slobodu výberu.

Rovnako súd uviedol skutočnosť, že sa dodatočné kritériá pre zadanie zákazky týkajú tvrdenia, ktorá bude presne známe až v období po udelení zákazky (bezpečnosť dodávok), nevymedzuje verejnému obstarávateľovi samému pre seba, žiadnu takúto neobmedzenú slobodu.

3.2.5 Požiadavky na kritériá pre stanovenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky

Pri formulovaní kritérií, na základe ktorých bude vybraná ekonomicky najvýhodnejšia ponuka je okrem toho, aby sa vzťahovali na predmet danej zákazky a boli vopred jasne a zrozumiteľne zverejnené, potrebné dbať hlavne na to, aby:

sa vylúčili z kritérií hodnotenia ponúk kritériá, ktorých cieľom nie je zistiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, ale sú spojené výlučne s posúdením spôsobilosti uchádzačov vykonať dotknutú zákazku;

boli primerane konkrétne a objektívne merateľné;

boli efektívne verifikovateľné;

umožnili hodnotenie ponúk na základe ich ekonomických a kvalitatívnych kritérií ako celku a výber ponuky, ktorá ponúka za danú cenu najvýhodnejšiu ponuku2 a

rešpektovali legislatívu ES.

Keď sa verejní obstarávatelia rozhodnú zadať zákazku na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, posúdia ponuky s cieľom určiť, ktorá z nich ponúka najlepšiu hodnotu za vynaložené peniaze. Na účely tohto posúdenia musia určiť ekonomické a kvalitatívne kritériá, ktoré ako celok musia umožniť určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky pre verejného obstarávateľa.

[2] V tejto súvislosti pozri čl. 46 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

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.

Určenie týchto kritérií závisí od predmetu zákazky, pretože kritériá musia umožňovať posúdenie úrovne plnenia ponúkanej každým z uchádzačov z hľadiska predmetu zákazky, ktorý je definovaný v technických špecifikáciách, a zmerať úžitok za vynaložené peniaze pre každú ponuku. Na zabezpečenie súladu so zásadou rovnakého zaobchádzania pri zadávaní zákaziek je potrebné stanoviť povinnosť ktorá umožní, aby všetci uchádzači boli primerane informovaní o kritériách a spôsoboch, ktoré sa budú uplatňovať na zistenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.

Článok 53 smernice 2004/18/ES obsahuje konkrétnejšiu úpravu kritérií pre zadanie zákazky. V ods. 1. ustanovuje, že bez toho, aby boli dotknuté vnútroštátne zákony, iné právne predpisy alebo správne opatrenia o odmeňovaní za určité služby, sú kritériami, na základe ktorých verejní obstarávatelia zadávajú verejné zákazky, buď:

a) pri zadávaní zákazky na základe ekonomicky najvýhodnejšej ponuky z pohľadu verejného obstarávateľa, rozličné kritériá súvisiace s predmetom príslušnej verejnej zákazky, napríklad kvalita, cena, technické prevedenie, estetické a funkčné charakteristiky, environmentálne charakteristiky, prevádzkové náklady, efektívnosť nákladov, pozáručný servis a technická pomoc, dátum dodania tovaru alebo termín dokončenia, alebo

b) len najnižšia cena.

V prípade, že sa verejný obstarávateľ rozhodne zadať zákazku na základe kritéria ekonomicky najvýhodnejšej ponuky, v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v zadávacích podkladoch, alebo v prípade súťažného dialógu v informatívnom dokumente presne určí relatívne váhy, ktoré priradí každému z kritérií zvolených na určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Tieto váhy sa môžu vyjadriť stanovením intervalu s príslušným maximálnym rozpätím.

Ak podľa názoru verejného obstarávateľa nie je možné z preukázateľných dôvodov stanoviť váhy, verejný obstarávateľ uvedie v oznámení o vyhlásení zadávacieho konania alebo v zadávacích podkladoch alebo v prípade súťažného dialógu v informatívnom dokumente kritériá v klesajúcom poradí podľa významu.

Kritériá stanovené obstarávateľom na zistenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky nemusia mať nevyhnutne kvantitatívnu povahu alebo byť orientované výlučne na cenu.

Z príslušnej judikatúry k článku 36 ods.1 písmeno a) smernice 92/50/EHS vyplývala skutočnosť, že kritériá na vyhodnotenie ponúk nie sú určené taxatívne (rozsudok z 18. októbra 2001, SIAC Construction, C-19/00, bod 35) a preto nemožno vylúčiť, že hodnotu ponuky z pohľadu verejného obstarávateľa môžu ovplyvniť rôzne činitele, ktoré nemajú len čisto ekonomický charakter. Toto konštatovanie bolo potvrdené aj formuláciou samotného ustanovenia článku

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

36 ods.1 písmeno a) smernice 92/50/EHS, ktoré výslovne uvádza kritérium súvisiace s estetickými vlastnosťami ponuky.

Aj keď sú v súťažných podkladoch uvedené kritéria hodnotenia ponúk, ktoré nie sú vyjadrené kvantitatívne, môžu byť použité objektívnym a jednotným spôsobom tak, aby mohli byť ponuky porovnané, ak sú jednoznačne relevantné na určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky (rozsudok Súdu prvého stupňa z 25. februára 2003, Renco/Rada, T-4/01, body 67 a 68).

Súdny dvor napríklad v rozsudku C-324/93 Evans Medical a MacFarlane Smith v bode 44 rozhodol, že spoľahlivosť dodávok je jedným z kritérií, ktoré môžu byť zohľadnené ako determinujúce pre určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.

Súdny dvor v rozsudku z 2. marca 2010, vo veci T-70/05, Evropaïki Dynamiki/EMSA, bod 136 uviedol, že dotknuté kvalitatívne kritériá, ako sú plánovaná organizácia a metodika poskytovania služieb, správne porozumenie špecifikáciám súťažných podkladov a kvalita požadovaných služieb, môžu vo svetle svojho kontextu, podmieňovať riadne poskytovanie požadovaných služieb, a teda samotnú hodnotu ponúk. Sú teda relevantnými kritériami na určenie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky.

Okolnosť, že tieto kritériá nemajú kvantitatívnu povahu, nestačí sama osebe na vyvodenie záveru, že ich obstarávateľ neuplatnil objektívnym a jednotným spôsobom. Nakoniec Súdny dvor v predmetnej veci uviedol, že EMSA v súlade s uplatniteľnými ustanoveniami uviedla príslušnú váhu priznanú každému z týchto kvalitatívnych kritérií prostredníctvom percentuálnej hodnoty, čím uchádzačov informovala o význame, ktorý chce priznať každému kritériu pri porovnávacom hodnotení ponúk.

Určené kritériá musia byť objektívne overiteľné zo strany verejného obstarávateľa.

Dôležitou súčasťou určených kritérií, ktoré sú požadované od uchádzačov, musí byť možnosť overenia údajov (verifikácie) obstarávateľom.

Túto požiadavku ESD vyjadril v rozsudku zo 4.decembra 2003 vo veci C-448/01 EVN AG a Wienstrom GmbH proti Rakúsku, kde uviedol, že kritérium, ktoré vyžaduje, aby uchádzač uviedol koľko energie môže dodať z obnoviteľných zdrojov energie pre istú skupinu spotrebiteľov, možno považovať za jedno z kritérií pre hodnotenie ponúk, zároveň však stanovil, že takéto kritérium nebude prípustné, pokiaľ nebude spojené s požiadavkou umožňujúcou overenie údajov uvedených uchádzačmi v ponukách.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Pravidlom pre výklad podmienok stanovených v súťažných podkladoch je, že sa musia vykladať na základe ich predmetu, systému a znenia.

Súdny dvor stanovil, že verejný obstarávateľ je síce povinný stanoviť podmienky verejného obstarávania presne a jednoznačne, nie je však povinný predpokladať všetky možné prípady akokoľvek zriedkavé, ktoré by sa mohli v praxi vyskytnúť. Tento výklad bol prijatý v uznesení Súdneho dvora z 20. apríla 2007 vo veci TEA CESGOS a Stg/Komisia, bod 30. V takomto prípade Súdny dvor určil horeuvedené pravidlo pre výklad podmienok.

3.2.6 Vnútroštátne opatrenia obmedzujúce výkon základných slobôd zaručených Zmluvou o ES

Následné odstránenie nezrovnalostí vyplývajúcich z nesprávneho prebratia smerníc EÚ do vnútroštátneho práva, ani ukončenie uplatňovania ustálenej správnej praxe, ktorá je založená na vnútroštátnom zákone, ktorý nie je v súlade so smernicami EÚ, neznamená, že Komisia nepostihne samotné protiprávne uplatnenie smernice v predmetnom verejnom obstarávaní.

Touto problematikou sa zaoberal ESD vo svojom rozsudku vo veci C-199/07 medzi Komisiou proti Helénskej republike, kedy Komisia podala žalobu proti Helénskej republike, ktorá tým, že zaviedla de facto v neprospech zahraničných poradenských spoločností dodatočné kritérium na automatické vylúčenie okrem tých, ktoré boli upravené v článku 31 ods. 2 smernice Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore a tým, že nerozlišovala v spornom verejnom obstarávaní medzi kvalitatívnymi kritériami výberu a kritériami hodnotenia ponúk, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z právnej úpravy Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, a to najmä z článku 4 ods. 2, článku 31 ods. 1 a 2 a článku 34 ods. 1 písm. a) tejto smernice, tak ako ich vykladá Súdny dvor, zo zásady vzájomného uznávania odbornej spôsobilosti, ktorou sa riadi právo Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, ako aj z článkov 12 ES a 49 ES.

Oznámenie, ktorým Helénska republika vyhlásila verejné obstarávanie, zverejnil obstarávateľ v súlade s vnútroštátnymi právnymi požiadavkami účinnými v danom čase. Helénska republika sa proti žalobe podanej Komisiou bránila argumentom, že v prvom rade vnútroštátny zákon, ktorý predstavoval základ sporného oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania, bol zrušený novým zákonom pred dátumom uplynutia lehoty uloženej v odôvodnenom stanovisku. Ďalej Helénska republika tvrdila, že článok 2 ods. 6 smernice 92/13/EHS bol prebratý do gréckeho práva článkom 4 ods. 2 zákona č. 2252 z roku 1997, podľa ktorého zmluvu po uzatvorení už nemožno spochybňovať. Komisia na pojednávaní pred Súdnym dvorom potvrdila, že predmetom žaloby nie je neúplné alebo nesprávne prebratie smernice 93/38/EHS do vnútroštátneho práva ani samotná ustálená správna prax založená na zákone č. 716 z roku 1977, ktorý nebol

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

v súlade s touto smernicou, ale týka sa protiprávneho uplatnenia tejto smernice v predmetnom verejnom obstarávaní.

Komisia na základe svojej diskrečnej právomoci môže Súdnemu dvoru navrhnúť aby určil, že došlo k nesplneniu povinnosti, ktoré spočíva v tom, že v určitom prípade nebol dosiahnutý výsledok zamýšľaný smernicou (rozsudok z 10. apríla 2003, Komisia/Nemecko, C-20/01 a C -8/01, bod 30).

Súdny dvor preto rozhodol, že zrušenie vnútroštátneho zákona a prijatie nového zákona pred uplynutím lehoty stanovenej v odôvodnenom stanovisku nezbavuje túto žalobu predmetu. Rovnako ani skutočnosť, že sporná zmluva už nemôže byť prípadne zrušená, nezbavuje konanie o nesplnení povinnosti jeho predmetu.

Porovnateľná situácia, ako v prípade Helénskej republiky, nastala aj v prípade Slovenskej republiky. V zisteniach z auditov, ktoré prebehli počas programového obdobia 2000-2006 Komisia opakovane upozorňovala, že verejný obstarávateľ pri hodnotení ponúk použil kritériá výberu (kritérium skúseností), ktoré nie sú v súlade so smernicami Spoločenstva o verejnom obstarávaní.

Slovenská republika sa v odpovedi adresovanej Komisii odvolávala na vnútroštátne právne predpisy Slovenskej republiky platné v tom čase, ktoré nezakazovali použitie určitých výberových kritérií ako kritérií na vyhodnotenie ponúk. Ako argument, obdobne ako Helénska republika, poukázala na skutočnosť, že vo vnútroštátnom zákone o verejnom obstarávaní platnom v čase predmetných verejných obstarávaní sa výslovne neuvádzalo, že kritérium skúsenosti sa nemôže použiť vo fáze hodnotenia ponúk a preto obstarávateľ neporušil zákon platný v čase verejného obstarávania (vnútroštátny zákon o verejnom obstarávaní č. 523/2003). Ďalej Slovenská republika na svoju obranu uvádza, že podľa metodickej príručky Úradu pre verejné obstarávanie, takéto kritériá už nie sú v súčasnosti povolené a konečný príjemca prestal používať kritérium skúsenosti ako kritérium pre vyhodnotenie ponúk. Slovenská republika sa teda bráni argumentáciou, že odstránila nezrovnalosti, ktoré boli predmetom zistenia Komisie.

Komisia, rovnako ako v prípade Helénskej republiky, poukázala na skutočnosť, že predmetná zákazka sa riadila európskymi smernicami o verejnom obstarávaní a preto sa musia dodržiavať pravidlá, ktoré sú v nej obsiahnuté a ich nerešpektovanie vzhľadom na dopady na rozpočet Spoločenstva bude sankcionované.

Vnútroštátne opatrenie, ktoré môže mať odstrašujúci účinok na hospodárske subjekty usadené v ostatných členských štátoch, predstavuje obmedzenie v zmysle článkov 43 a 49 Zmluvy o ES (tento výklad poskytol ESD v rozsudku z 1.júla 2004, Komisia/Belgicko, C-65/03 bod 29).

Smernica 2004/18/ES v odôvodnení č. 2, stanovuje, že zadávanie zákaziek v členských štátoch podlieha rešpektovaniu základných zásad Zmluvy o ES,

najmä zásady voľného pohybu tovaru (článok 28 a 29 Zmluvy o ES), zásady slobody usadiť sa (článok 43 Zmluvy o ES) a zásady slobody poskytovať služby (článok 49 Zmluvy o ES), ako aj zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásady rovnakého zaobchádzania, zásady nediskriminácie, zásady vzájomného uznávania, zásady proporcionality a zásady transparentnosti. V zmysle odôvodnenia č. 2 smernice 2004/18/ES verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.

Články 43 a 49 Zmluvy o ES sú osobitným vyjadrením zásady zákazu diskriminácie.

Obdobne Zákon o VO zaväzuje verejného obstarávateľa zabezpečiť rovnaké zaobchádzanie so všetkými uchádzačmi i potenciálnymi. V tomto smere je neprípustné poskytovať informácie diskriminačným spôsobom, ktorý by zvýhodnil niektorých záujemcov, resp. uchádzačov.

Pokiaľ ide o zásady rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, členským štátom je priznaná určitá miera voľnej úvahy na účely prijatia opatrení na zabezpečenie dodržiavania týchto zásad, ktoré musia verejní obstarávatelia zachovávať pri každom takomto zadávacom konaní (rozsudok zo 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, bod 44).

Zákon o VO obmedzuje uchádzača v tom zmysle, že je oprávnený predložiť vo verejnom obstarávaní iba jednu ponuku.

V zmysle § 39 ods. 5 Zákona o VO uchádzač taktiež nemôže byť v tom istom postupe zadávania zákazky členom skupiny dodávateľov, ktorá predkladá ponuku. Uchádzača, ktorý je súčasne členom skupiny dodávateľov, verejný obstarávateľ v zmysle zákona vylúči. Súdny dvor vo svojich rozhodnutiach však opakovane konštatoval, že opatrenie automatického vylúčenia, ktoré je spojené len s právnou formou trvalého združenia a v ňom združených podnikov uplatnené v prípade predloženia konkurenčných ponúk bez ohľadu na skutočnosť, či sa združenie zúčastňuje na dotknutom zadávacom konaní samostatne alebo na účet a v záujme podnikov predkladajúcich konkurenčnú ponuku, predstavuje diskriminačné zaobchádzanie na úkor tejto formy združenia, a preto nie je v súlade so zásadou rovnosti zaobchádzania. Takéto pravidlo totiž obsahuje nevyvrátiteľnú domnienku vzájomného ovplyvňovania v prípade, že združenie a jeden alebo viaceré podniky, ktoré sú v ňom združené, predložili v rámci toho istého zadávacieho konania konkurenčné ponuky, napriek tomu, že dané združenie sa nezúčastnilo tohto zadávacieho konania na účet a v záujme týchto podnikov, pričom nebola daná možnosť ani tomuto združeniu, ani dotknutým podnikom dokázať, že ich ponuky boli vypracované úplne samostatne, a že medzi uchádzačmi teda neexistuje žiadne nebezpečenstvo ovplyvnenia hospodárskej súťaže(rozsudok z 16. decembra 2008, Michaniki, C-213/07, bod 67; rozsudok Assitur, už citovaný, bod 30).

Judikatúra uviedla, že právo Spoločenstva sa má vykladať v tom zmysle, že bráni vnútroštátnej právnej úprave, ktorá stanovuje pre zadávacie konanie automatické vylúčenie z účasti na konaní trvalého združenia, ako aj podnikov, ktoré sú jeho členmi, ak tieto podniky predložia v tom istom zadávacom konaní ponuky, ktoré konkurujú ponuke združenia, hoci ponuka uvedeného združenia nebola predložená na účet a v záujme týchto podnikov. Tento výklad poskytol

ESD v rozsudku z 23. decembra 2009 vo veci C-376/08 Serrantovi Srl, Consorzio stabile edili Scrl proti Comune di Milano.

V tomto smere by preto verejný obstarávateľ mal pred rozhodnutím o vylúčení uchádzača zvážiť, či vzťahy existujúce medzi dotknutými subjektmi majú vplyv na ich postup v rámci verejného obstarávania. Automatické vylúčenie by totiž bolo v rozpore so záujmom práva Spoločenstva zabezpečiť čo najširšiu možnú účasť uchádzačov na verejnom obstarávaní a podľa názoru Súdneho dvoru by šlo nad rámec toho, čo je potrebné na zabezpečenie uplatnenia zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti (rozsudok Assitur, už citovaný, body 26 až 29, rozsudok ESD z 23. decembra 2009 Serrantovi Srl, C-376/08).

Napriek tomu judikatúra ES nevylúčila uplatnenie obdobného obmedzenia, ktoré môže byť prípadne i odôvodnené, ak sleduje legitímny cieľ všeobecného záujmu, je vhodné na zabezpečenie dosiahnutia sledovaného cieľa a nejde nad rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie tohto cieľa (rozsudok ESD z 23. decembra 2009 Serrantovi Srl, C-376/08).

Vnútroštátne opatrenia spôsobilé sťažiť alebo urobiť menej príťažlivým výkon základných slobôd zaručených Zmluvou musia podľa ustálenej judikatúry na to, aby boli v súlade s článkami 43 a 49 Zmluvy o ES, spĺňať štyri podmienky:

musia sa uplatňovať nediskriminačným spôsobom,

byť odôvodnené naliehavými dôvodmi verejného záujmu,

zabezpečovať realizáciu sledovaného cieľa a

nesmú ísť nad rámec toho, čo je nevyhnutné na jeho dosiahnutie.

Tento výklad prijal Súdny dvor v rozsudkoch z 31. marca 1993, Kraus, C-19/92, bod 32; z 30. novembra 1995, Gebhard, C-55/94, bod 37, zo 6. novembra 2003, Gambelli a i., C-243/01, body 64 a 65 a z 27. októbra 2008, Contse, C-234/03, bod 25).

Ad) uplatnenie nediskriminačným spôsobom,

Podľa ustálenej judikatúry zásada rovnosti, ktorej osobitným vyjadrením je článok 49 ES, zakazuje nielen zjavnú diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti, ale aj akúkoľvek skrytú formu diskriminácie, ktorá pri uplatňovaní iných kritérií rozlišovania v konečnom dôsledku smeruje k rovnakému výsledku (rozsudky z 29. októbra 1980, Boussac Saint-Frère, 22/80, bod 9, a z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, C-3/88, bod 8).

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Nediskriminačné uplatnenie kritéria na vyhodnotenie ponúk znamená, že sa bez rozdielu uplatní na všetkých uchádzačov.

Podmienka účasti, ktorá sa uplatňuje bez rozdielu na všetkých uchádzačov, ktorí majú záujem zúčastniť sa verejného obstarávania, avšak ktorú v praxi splnia domáci poskytovatelia podstatne ľahšie ako poskytovatelia usadení v inom členskom štáte, porušuje zásadu nediskriminačného uplatňovania. V rozsudku ESD Contse, už citovaný, bod 38 Súd vo vzťahu medzi podmienkou účasti a zjavnou alebo skrytou diskrimináciou konštatoval, že „vzhľadom na neexistenciu obmedzení slobody usadiť sa, samotná povinnosť disponovať kanceláriou prístupnou verejnosti v hlavnom meste provincie, kde sa bude služba poskytovať, nepredstavuje pre cudzozemských poskytovateľov väčšiu prekážku."

Ad) naliehavý dôvod verejného záujmu,

Súdny dvor uznal, že medzi naliehavé požiadavky všeobecného záujmu, ktoré môžu odôvodniť obmedzenia základných slobôd zaručených Zmluvou o ES, patria:

- zaistenie ochrany života a zdravia;
- ochrana životného prostredia (rozsudok z 20. septembra 1988, Komisia/Dánsko, 302/86, bod 9, a zo 14. decembra 2004, Radlberger Getränkegesellschaft a S. Spitz, C-309/02, bod 75);
- ochrana pracovníkov (rozsudok Arblade a i., C-369/96, bod 36, Finalarte a i., bod 33, Portugaia Construções, C-164/99, bod 20, a Wolff & Muller, C-60/03, bod 35);
- boj proti sociálnemu dumpingu (z 19. januára 2006, Komisia/Nemecko, C-244/04, bod 61;
- ciele bezpečnosti cestnej premávky (rozsudok z 5. októbra 1994, van Schaik, C-55/93, bod 19, a z 15. marca 2007, Komisia/Fínsko, C-54/05, bod 40);
- ochrana spotrebiteľa (rozsudok z 5. októbra 2004, CaixaBank France, C-442/02, bod 21, ako aj z 29. novembra 2007, Komisia/Rakúsko, C-393/05, bod 52).

Negatívne vymedzenie, t.j. aké dôvody nie je možné považovať za naliehavé dôvody všeobecného záujmu, ktoré by mohli odôvodniť obmedzenie základných slobôd zaručených Zmluvou o ES sú uvedené napríklad v rozsudku zo 17. marca 2005, Kranemann, C-109/04, bod 34 a takýmto neprípustným dôvodom sú „čisto ekonomické dôvody".

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Ad) realizácia sledovaného cieľa vo vzťahu k tomu, čo je nevyhnutné na jeho dosiahnutie

- **Časové hľadisko preukazovania splnenie podmienok účasti**

V tejto časti poukazujeme na časové hľadisko preukazovania splnenie podmienok účasti, t.j na význam toho, v ktorom okamihu vyžaduje obstarávateľ splnenie stanovených podmienok účasti.

Vo veci Contse, bod 42 a 43 Súdny dvor konštatoval, že podmienka účasti - disponovanie kanceláriou prístupnou verejnosti v hlavnom meste danej provincie už v čase predloženia ponuky je vo vzťahu k cieľu, ktorým je lepšie zaistenie ochrany života a zdravia pacientov, zjavne neprimeraná. Takáto kancelária podľa posúdenia súdom nie je základným predpokladom pre poskytnutie predmetnej služby a to poskytnutie služieb domácich respiračných terapií a iných techník asistovanej ventilácie na území provincií Cacéres a Badajoz.

- **Vlastníctvo/iný právny vzťah k zariadenia na plnenie predmetu zákazky**

Ďalej podľa názoru ESD plnenie niektorých podmienok už v čase predkladania ponúk, keď nie je zrejmé, či predmetný uchádzač dostane uvedenú zákazku sa javí ako neprimerane ekonomicky zaťažujúce.

Vo veci Contse v tejto súvislosti Súdny dvor uviedol, že podmienka účasti – vlastníctvo určitých zariadení vytvára pre podniky množstvo nákladov, ktorých amortizácia bude možná len za predpokladu uzavretia zmluvy, čo následne robí predloženie ponuky menej príťažlivým. To isté platí aj o kritériu na vyhodnotenie ponúk, podľa ktorého sa dodatočné body udelia za predpokladu, že v mestách uvedených vo verejných obstarávaniach existuje otvorená kancelária.

Verejné obstarávania vo veci Contse v rámci podmienok na predloženie ponuky stanovovalo, že uchádzač je povinný disponovať viac ako jedným zdrojom na výrobu a plnenie a byť spôsobilý vyrobiť aspoň 400 000 m3 ročne pri verejnom obstarávaní týkajúcom sa provincie Cáceres a 550 000 m3 ročne pri verejnom obstarávaní týkajúcom sa provincie Badajoz. Zo spisu vyplýva, že tieto hodnoty jednotlivo predstavujú okolo 75 % a 80 % spotreby stanovenej pre prvý rok trvania danej zmluvy. Súdny dvor rozhodol, že vzhľadom na to, že maximálny počet bodov sa pridelí uchádzačom, ktorých výrobná kapacita ďaleko prevyšuje očakávanú spotrebu v sporných verejných obstarávaniach, hoci už prvý prah sa zdá byť primeraný na to, aby v rámci možností zaistil určitú disponibilitu plynu, kritériá na vyhodnotenie ponúk stanovené v prejednávanej veci, v rozsahu týkajúcom sa pridelenia dodatočných bodov v prípade prekročenia druhého a tretieho prahu celkovej ročnej výroby, nie sú zlučiteľné s požiadavkami práva Spoločenstva v tejto oblasti (analogicky rozsudok EVN a Wienstrom, už citovaný, bod 71).

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Požiadavka na právny vzťah k zariadeniam potrebným na plnenie predmetu zákazky musí byť funkčne nevyhnutne spojená so schopnosťou uchádzača plniť zákazku a v spojitosti s ostatnými podmienkami účasti nemôže odradzovať potenciálneho uchádzača od účasti na verejnom obstarávaní. V prípade iného právneho vzťahu, napríklad zmluvy o budúcej zmluve je žiaduce uvádzať ako odkladaciu podmienku uzavretie zmluvy až na základe získania zákazky uchádzačom.

- **Kritérium množstva**

Kritériá na vyhodnotenie ponúk, ktoré sa vzťahuje iba na množstvo elektriny z obnoviteľných zdrojov energie, ktorá presahuje očakávanú ročnú spotrebu v rámci zadávanej verejnej zákazky z očakávanej, nemožno považovať za súvisiace s predmetom zákazky (rozsudok EVN a Wienstrom, už citovaný, bod 68).

Podľa názoru súdu môže takéto kritérium viesť k neoprávnenej diskriminácii voči uchádzačovi, ktorého ponuka môže úplne spĺňať požiadavky vzťahujúce sa k predmetu zákazky, pretože poskytuje výhodu uchádzačom, ktorý sú kvôli ich väčšej výrobnej alebo dodávacej kapacite schopní dodávať väčšie množstvo elektrickej energie ako ostatní.

Aj za predpokladu, že by tieto kritériá boli určované snahou zaistiť bezpečnosť zásobovania a že by teda súviseli s cieľom sledovaným spornými verejnými obstarávaniami a boli by spôsobilé dosiahnuť ho, treba zdôrazniť, že nie je prijateľné povýšiť kapacitu účastníka dodať najväčšie možné množstvo výrobku na kritérium hodnotenia (rozsudok EVN a Wienstrom, už citovaný, bod 70).

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.3 REŠTRIKTÍVNE OPATRENIA VO FÁZE VYHODNOTENIA PONÚK

V Zmysle § 40 Zákona o VO na vyhodnotenie ponúk je verejný obstarávateľ a obstarávateľ povinný zriadiť najmenej trojčlennú komisiu, ktorej členovia musia mať odborné vzdelanie alebo odbornú prax zodpovedajúcu predmetu zákazky. Verejný obstarávateľ a obstarávateľ môže na zabezpečenie transparentnosti vymenovať do komisie aj ďalších členov bez práva vyhodnocovať ponuky.

Verejný obstarávateľ je povinný umožniť účasť na otváraní ponúk všetkým uchádzačom, ktorí predložili ponuku v lehote na predkladanie ponúk.

Zároveň je povinný vyhotoviť z procesu otvárania ponúk zápisnicu, ktorú najneskôr do piatich dní odo dňa otvárania ponúk pošle všetkým uchádzačom, ktorí predložili ponuky v lehote na predkladanie ponúk. Zápisnica musí obsahovať všetky zákonom stanovené údaje v zmysle § 41 odseku 1 Zákona o VO.

Vyhodnocovanie ponúk komisiou je neverejné. Komisia vyhodnotí ponuky z hľadiska splnenia požiadaviek verejného obstarávateľa alebo obstarávateľa na predmet zákazky a vylúči ponuky, ktoré nespĺňajú požiadavky na predmet zákazky uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v oznámení použitom ako výzva na súťaž a v súťažných podkladoch.

3.3.1 Kontakt komisie a uchádzača

V prípade, ak sa po otvorení súťažných návrhov vyžaduje určité vysvetlenie v súvislosti so súťažným návrhom alebo ak sa musia opraviť vecné chyby, ktoré vznikli pri zostavovaní ponuky, môže verejný obstarávateľ písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie danej ponuky.

Tento výklad poskytol Všeobecný súd v rozsudku z 10. decembra 2009 vo veci T 195/08 Antwerpse Bouwwerken NV proti Európskej komisii.

Z článku 148 nariadenia Komisie (ES, EURATOM) č. 2342/2002 z 23. decembra 2002, ktorým sa ustanovujú podrobné pravidlá na vykonávanie nariadenia Rady (ES, EURATOM) č. 1605/2002 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet ES (ďalej len „nariadenie 2342/2002") vyplýva, že kontakt medzi verejným obstarávateľom a uchádzačmi sa v priebehu verejného obstarávania môže uskutočniť iba výnimočne a za podmienok stanovených v ods. 2 a 3. Ods. 3 umožňuje verejnému obstarávateľovi nadviazať spojenie s uchádzačom, avšak takéto spojenie nemôže viesť k žiadnej zmene podmienok

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

verejnej súťaže a ani k zmene ponuky. Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmých chýb v písaní a počítaní.

Podľa úvah Všeobecného súdu ustanovenie článku 148 nariadenia 2342/2002 ale nemožno vykladať v tom zmysle, že by za výnimočných a vymedzených okolností, ktoré stanovuje, ukladalo inštitúciám povinnosť iniciovať kontakt s uchádzačmi (rozsudok všeobecného súdu z 10. decembra 2009 vo veci T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV proti Európskej komisii, bod 54; ako aj rozsudok Súdu prvého stupňa z 8. mája 1996, Adia interim/Komisia vo veci T-19/95, body 43 a 44).

Inak by tomu mohlo byť len vtedy, ak by na základe všeobecných zásad práva táto možnosť mohla založiť komisii povinnosť kontaktovať určitého uchádzača (analogicky rozsudok Adia interim/Komisia, už citovaný, bod 45). Išlo by najmä o taký prípad, keď je znenie ponuky formulované nejasne a okolnosti prípadu, o ktorých komisia vie, naznačujú, že táto nejasnosť by sa pravdepodobne mohla jednoducho vysvetliť a mohla by byť jednoducho odstránená. V takom prípade je v zásade v rozpore so zásadou riadnej správy vecí verejných, aby komisia zamietla túto ponuku bez toho, aby využila svoju možnosť požiadať o vysvetlenie. Ak by sa za takýchto okolností komisii priznala absolútna diskrečná právomoc, bolo by to v rozpore so zásadou rovnosti zaobchádzania (rozsudok Súdu prvého stupňa z 27. septembra 2002, Tideland Signal/Komisia, T-211/02, body 37 a 38).

V citovanom rozsudku všeobecný súd rozoberá myšlienku, že v prejednávanej veci treba najskôr stanoviť, či sa v prípade, že určitý uchádzač opomenul uviesť v súhrnnej kalkulácii, ktorá je súčasťou jeho ponuky, cenu ponúkanú za jednu položku musí vykladať v tom zmysle, že sa táto ponuka musí nevyhnutne zamietnuť, ako to tvrdila žalobkyňa, alebo že sa nemá zamietnuť, ak dotknuté vecné opomenutie možno jednoducho vysvetliť a chýbajúcu cenu možno jednoducho a s určitosťou vyvodiť z ceny ponúknutej za inú položku vyššie uvedenej súhrnnej kalkulácie, ako to tvrdí Komisia.

V konečnom dôsledku prináleží Súdu, aby stanovil, či odpovede určitého uchádzača na žiadosť o vysvetlenie predloženú verejným obstarávateľom možno označiť za spresnenia obsahu ponuky tohto uchádzača, alebo či presahujú tento rámec a menia obsah tejto ponuku vzhľadom na podmienky stanovené v súťažných podkladoch (pozri v tomto zmysle rozsudok Esedra/Komisia, už citovaný, bod 52).

V tomto ohľade treba zdôrazniť, že súťažné podklady, ktoré boli zaslané záujemcom, vo svojom bode 25 administratívnej prílohy stanovili, že dotknutá verejná zmluva sa uzavrie na základe ponuky s najnižšou cenou, pričom spresňujú, že: „všetky ceny požadované v súhrnnej kalkulácii musia byť uvedené pod hrozbou vylúčenia. To platí aj pre prípadné zmeny kalkulácie v nadväznosti na včas predložené pripomienky uchádzačov".

Všeobecný súd však vo svojom rozsudku uviedol, že pokiaľ ide o podmienku stanovenú v bode 25 administratívnej prílohy súťažných podkladov, nie je táto nijako spochybnená takým výkladom tohto ustanovenia, aký prijala Komisia, podľa ktorého ponuka nie je neúplná a nemusí byť zamietnutá, ak chýbajúca cena za určitú položku môže byť s istotou vyvodená z ceny uvedenej za inú položku tejto istej súhrnnej kalkulácie, alebo aspoň po získaní spresnení týkajúcich sa obsahu tejto ponuky od jej autora (rozsudok Všeobecného súdu z 10. decembra 2009 vo veci T 195/08 Antwerpse Bouwwerken NV proti Európskej komisii, bod 63).

V záujme právnej istoty je dôležité, aby komisia bola schopná presne sa ubezpečiť o obsahu ponuky predloženej v rámci verejného obstarávania a najmä o jej súlade s podmienkami stanovenými v súťažných podkladoch. Preto v prípade, keď je ponuka nejasná a komisia nemá možnosť rýchlo a účinne stanoviť, čomu skutočne zodpovedá uvedená ponuka, nemá na výber a musí túto ponuku zamietnuť (rozsudok Tideland Signal/Komisia, už citovaný, bod 34).

Podľa § 16 ods. 1 Zákona o VO sa komunikácia uskutočňuje spôsobom, ktorý zabezpečí úplnosť a obsah údajov uvedených v ponuke, v návrhu a v žiadosti o účasť a zaručí ochranu dôverných a osobných údajov uvedených v týchto dokumentoch. Nikto nesmie preskúmavať ich obsah pred uplynutím lehoty určenej na ich predloženie.

Zásada, že v prípade existencie voľby medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu, a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom.

Táto zásada verejnému obstarávateľovi ukladá, v prípade, ak sa stretne s nejasnou ponukou a žiadosť o spresnenie obsahu uvedenej ponuky by bola schopná zabezpečiť právnu istotu rovnako ako okamžité zamietnutie dotknutej ponuky, aby sa skôr rozhodol požiadať dotknutého uchádzača o spresnenia, akoby mal čisto a jednoducho zamietnuť jeho ponuku (tento výklad poskytol ESD v rozsudku Tideland Signal/Komisia, už citovaný, bod 43).

Zásada proporcionality si vyžaduje, aby akty inštitúcií neprekračovali hranice toho, čo je vhodné a potrebné na dosiahnutie sledovaných cieľov, čím sa rozumie, že v prípade, kde existuje voľba medzi viacerými primeranými opatreniami, je potrebné prikloniť sa k tomu najmenej obmedzujúcemu, a spôsobené ťažkosti nesmú byť neúmerné vo vzťahu k sledovaným cieľom (tento výklad poskytol rozsudok Súdneho dvora z 5. mája 1998, National Farmers' Union a i., C-157/96, bod 60).

Povinnosť zdokumentovať kontakt medzi komisiou a uchádzačom

Akýkoľvek kontakt medzi komisiou a uchádzačom je potrebné riadne zdokumentovať.

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

V zmysle čl. 148 ods. 4 nariadenia 2342/2002 sa musí v každom prípade pri nadviazaní kontaktu medzi komisiou a uchádzačom uviesť „poznámka do spisu".

3.3.2 Ponuky s neobvykle nízkou cenou

Generálny advokát k rozsudku Lombardini a Mantovani v bodoch 32 a 35 dôvodil, že pojem „ponuka s neobvykle nízkou cenou" nie je vymedzený abstraktne, ale definuje sa odkazom na dotknutú zmluvu, ktorá sa má uzavrieť, a vo vzťahu k prácam, ktoré sa majú vykonať. Má teda charakter neurčitého právneho pojmu, a priori nepresného, ale predvídateľného na základe osobitostí predmetu verejného obstarávania. Neobvykle nízka ponuka nie je abstraktným pojmom, ale veľmi presným pojmom, ktorý treba vymedziť pre každú zákazku osobitne podľa konkrétneho predmetu plnenia tejto zákazky.

> **Obstarávateľ môže brať do úvahy najmä vysvetlenia odôvodnené objektívnymi príčinami, akými sú napr. hospodárnosť stavebných postupov, výrobného procesu alebo poskytovaných služieb, zvolených technických riešení a/alebo akýchkoľvek výnimočne priaznivých podmienok, ktoré má uchádzač k dispozícii na vykonanie práce alebo dodávky tovaru alebo poskytnutie služieb, originality prác, dodávok tovaru alebo služieb navrhovaných uchádzačom, súladu s ustanoveniami týkajúcimi sa ochrany zamestnanosti a pracovných podmienok platnými na mieste, kde sa má práca, služby alebo dodávka tovaru uskutočniť, prípadne možnosti uchádzača získať štátnu pomoc.**

Toto ustanovenie je uvedené v článku 49 Smernice Európskeho parlamentu a Rady 2009/81/ES o koordinácii postupov pre zadávanie určitých zákaziek na práce, zákaziek na dodávku tovaru a zákaziek na služby verejnými obstarávateľmi alebo obstarávateľmi v oblastiach obrany a bezpečnosti a o zmene a doplnení smerníc 2004/17/ES a 2004/18/ES, z 13. júla 2009.

Postup komisie pri vyhodnotení ponúk je neverejný (§ 42 ods. 1 Zákona o VO) a zároveň je upravený tak, aby umožnil komisii písomne požiadať uchádzačov o vysvetlenie ponúk s neobvykle nízkou cenou, smerujúce k podrobnostiam základných charakteristických parametrov ponuky, ktoré komisia považuje za dôležité. Ide najmä o parametre obsiahnuté v už citovaných článkoch Smerníc. Vysvetlením ponuky nemôže dôjsť k jej zmene, nakoľko takýto prístup je v rozpore s princípmi verejného obstarávania, pretože ponuku možno meniť len pred otváraním ponúk, a teda pred zverejnením návrhov na plnenie kritérií predložených uchádzačmi (rozsudok Krajského súdu v Bratislave zn. 2S 32/06). Za zmenu ponuky sa nepovažuje odstránenie zrejmých chýb v písaní a počítaní (§42 ods. 2, Zákona o VO).

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Na základe ustanovení §42 ods. 4 Zákona o VO komisia, berúc do úvahy vysvetlenie a dôkazy týkajúce sa neobvykle nízkej ceny poskytnuté uchádzačom, ponuku vylúči, ak uchádzač v lehote do troch pracovných dní odo dňa doručenia žiadosti(komisia môže túto lehotu predĺžiť) nepredloží písomné vysvetlenie alebo predložené vysvetlenie nie je v súlade s požiadavkou podľa odseku 2 alebo 3.

Ak sú pri zohľadnení vysvetlení ponúkanej ceny, brané do úvahy len tie, ktoré uchádzači mali pripojiť k ponuke, bez toho aby bola uchádzačom daná možnosť po otvorení obálok svoju cenu vysvetliť, takáto prax nie je v súlade s právom Spoločenstva. Rovnako nie je v súlade so smernicou vnútroštátna úprava či prax, ktorá vyžaduje, aby pri vysvetľovaní dôvodov neobvykle nízkej ceny bral zadávateľ do úvahy vysvetlenia založené výlučne na taxatívne vymedzených okolnostiach.

V rozpore so smernicou však nie je prax, ktorá pre účely zisťovania a vysvetľovania príčin neobvykle nízkej ceny umožňuje po uchádzačoch pod sankciou vylúčenia zo zadávacieho konania vyžadovať, aby k ponuke priložili vysvetlenie svojich ponúkaných cien. Rovnako nie je v rozpore použitie metódy spočívajúcej vo výpočte odchýlky od priemernej hodnoty všetkých ponúkaných cien, s tým, že výsledok dosiahnutý použitím tejto metódy musí byť preskúmateľný zadávateľom (stanovisko ESD z 27. novembra 2001, Lombardini – Mantovani, C-285/99 a C-286/99).

3.3.3 Povinnosť riadneho odôvodnenia a informovanosť o dôvodoch odmietnutia

Odôvodnenie rozhodnutia musí umožniť súdu Spoločenstva preskúmať jeho zákonnosť a poskytnúť dotknutej osobe všetky informácie nevyhnutné na to, aby mohla zistiť, či je rozhodnutie dôvodné.

Nedostatok alebo neexistencia odôvodnenia, ktoré bránia výkonu tohto súdneho preskúmania, sú opatreniami verejného poriadku, ktoré musia byť skúmané súdom Spoločenstva aj bez návrhu (tento výklad poskytol Súd prvého stupňa v rozsudku z 20. februára 1997, Komisia/Daffix, C-166/95 P, body 23 a 24, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 10. septembra 2008, Evropaïki Dynamiki/Súdny dvor, T-272/06, body 27 a 28).

Nedostatok alebo neexistencia odôvodnenia neumožňuje poskytnúť dotknutej osobe všetky informácie nevyhnutné na to, aby mohla zistiť, či je rozhodnutie dôvodné a rovnako neumožňujú následne súdu Spoločenstva preskúmať, či skutkové a právne skutočnosti, na ktorých závisí výkon jeho voľnej úvahy, boli naplnené (rozsudok ESD z 21. novembra 1991, Technische Universität Munchen vo veci C-269/90, bod 14; rozsudok Súdu prvého stupňa z 5. marca 2002, Le Canne/Komisia vo veci T-241/00, body 53 a 54; rozsudok z 10. septembra 2008 Evropaiki Dynamiki/Komisia vo veci T-465/04, bod 54).

Odôvodnenia, ktorá sa vyžadujú, v zmysle článku 253 Zmluvy o ES musia byť prispôsobené povahe dotknutého aktu a musia z neho jasne a jednoznačne vyplývať úvahy inštitúcie, ktorá akt prijala tak, aby dotknutým osobám umožnili pochopiť dôvody prijatia opatrenia a príslušnému súdu preskúmať toto opatrenie.

Požiadavka, aby bol z odôvodnenia jasný a jednoznačný aj postup, ktorým sa komisia riadila a aby boli výslovne uvedené úvahy, na ktorých je odôvodnenie založené je ustálená v judikatúre a to napr. v rozsudkoch Súdneho dvora z 2. apríla 1998, Komisia/Sytraval a Brink's France, C-367/95 P, bod 63; rozsudky Súdu prvého stupňa zo 14. júla 1995, Koyo Seiko/Rada, T-166/94, bod 103, a z 8. mája 1996, Adia Interim/Komisia, T-19/95, bod 32).

V rozsudku Súdneho dvora zo 14. februára 1990, Delacre a i./Komisia, C 350/88, Zb. s. I 395, body 15 a 16, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 9. apríla 2003, Forum des migrants/Komisia, T 217/01, Zb. s. II 1563, bod 68 je uvedené, že dosah povinnosti odôvodnenia závisí od povahy príslušného aktu a od kontextu, v akom bol prijatý. Odôvodnenie musí jasne a nepochybne vyjadrovať úvahy inštitúcie takým spôsobom, že na jednej strane umožní dotknutým osobám oboznámiť sa s dôvodmi prijatého opatrenia, aby mohli brániť svoje práva a preskúmať, či rozhodnutie je, alebo nie je dôvodné, a na druhej strane umožní súdu Spoločenstva, aby vykonal príslušné preskúmanie zákonnosti.

Verejný obstarávateľ si plní svoju povinnosť odôvodnenia, pokiaľ:

- okamžite oznámi všetkým neúspešným uchádzačom dôvody zamietnutia ich ponuky;
- z neho jasne a jednoznačne vyplývajú úvahy verejného obstarávateľa, aby dotknutým osobám umožnili poznať dôvody prijatia opatrenia a umožnili preskúmať toto rozhodnutie súdu;
- uchádzačom, ktorí predložili prípustnú ponuku a ktorí o to výslovne žiadajú, poskytne v lehote do 15 kalendárnych dní odo dňa doručenia písomnej žiadosti charakteristiky výhod týkajúce sa úspešnej ponuky, ako aj meno úspešného uchádzača.

V zmysle § 42 ods. 8 Zákona o VO a v záujme zvýšenia transparentnosti úvah komisie na vyhodnotenie ponúk o vybratí či vylúčení ponuky, komisia vyhotoví zápisnicu. **Je žiaduce, aby zápisnica obsahovala podrobnú špecifikáciu, v rámci ktorej komisia vysvetlí, ako presne boli posudzované jednotlivé stanovené požiadavky a uvedie presné nedostatky predložených ponúk.** V tomto smere by napríklad všeobecné konštatovanie, že komisia hodnotila splnenie podmienok uchádzačmi bez podrobnejšieho zdokumentovania uplatnenia jednotlivých podrobných kritérií, ktoré sa v danom prípade používali, bolo ponímané ako narušenie transparentnosti procesu verejného obstarávania. Zároveň je opodstatnená povinnosť uchovávať všetku dokumentáciu vzťahujúcu sa i na dokumentáciu týkajúcu sa akýchkoľvek predchádzajúcich kôl verejného obstarávania, tak aby bol z verejného obstarávania k dispozícii úplný audit trail.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

V záujme transparentnosti odporúčame dokumentáciu z procesu hodnotenia ponúk vypracovať takým spôsobom, aby nad rámec Zákona o VO, ktorý vyžaduje iba podpísanie zápisnice z vyhodnotenia ponúk členmi komisie, bolo z dokumentácie možné zistiť taktiež ako posúdili splnenie kritérií uchádzačmi jednotliví členovia komisie (napr. podpisom hodnotiacich tabuliek). Verejný obstarávateľ **musí mať k dispozícii a predložiť za účelom kontroly všetky podporné dokumenty, ktoré by zdokumentovali rozhodnutia jednotlivých členov komisie týkajúce sa posúdenia všetkých kritérií v súvislosti s každým uchádzačom, aby bolo možné overiť spravodlivosť procesu hodnotenia.**

Uchádzači, ktorí predložili prípustnú ponuku a ktorí o to výslovne požiadajú, majú právo dozvedieť sa charakteristiky a výhody týkajúce sa vybranej ponuky.

Z judikatúry vyplýva, že verejný obstarávateľ splní svoju povinnosť odôvodnenia, ak najskôr okamžite informuje vylúčených uchádzačov o dôvodoch odmietnutia ich ponuky a následne uchádzačom, ktorí predložili prípustnú ponuku a ktorí o to výslovne požiadajú, poskytne charakteristiky a výhody týkajúce sa vybranej ponuky ako aj meno úspešného uchádzača v lehote pätnásť dní od prijatia písomnej žiadosti (rozsudok Súdu prvého stupňa z 9. septembra 2009 vo veci T-437/05 Brink`s Security Luxembourg SA proti Komisii Európskych spoločenstiev; rozsudok Súdu prvého stupňa z 10. septembra 2008, Evropaïki Dynamiki/Komisia, T-465/04, bod 47 a tam citovanú judikatúru).

V zmysle § 42 ods.8 Zákona o VO o vyhodnotení ponúk komisia vyhotoví zápisnicu, ktorú podpisujú prítomní členovia komisie. Zápisnica obsahuje najmä:

a) zoznam členov komisie,

b) zoznam všetkých uchádzačov, ktorí predložili ponuky,

c) zoznam vylúčených uchádzačov s uvedením dôvodu ich vylúčenia,

d) dôvody vylúčenia ponúk obsahujúcich neobvykle nízke ceny,

e) identifikáciu úspešného uchádzača alebo úspešných uchádzačov s uvedením dôvodov úspešnosti ponuky alebo ponúk; podiel subdodávky, ak je známy,

f) ak ide o verejnú súťaž, informácie o vyhodnotení splnenia podmienok účasti,

g) dôvody, pre ktoré člen komisie odmietol podpísať zápisnicu alebo podpísal zápisnicu s výhradou.

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Povinnosť odôvodnenia je podstatnou formálnou náležitosťou.

Povinnosť odôvodnenia je podstatnou formálnou náležitosťou, ktorú treba odlišovať od otázky dôvodnosti odôvodnenia, ktorá sa týka meritórnej zákonnosti sporného aktu (rozsudok Súdneho dvora z 22. marca 2001, Francúzsko/Komisia, C-17/99, bod 35, a rozsudok Súdu prvého stupňa z 12. novembra 2008, Evropaïki Dynamïki/Komisia, T-406/06, bod 47).

Takto judikovanú skutočnosť však nemožno vykladať v tom zmysle, že je v poriadku, ak verejný obstarávateľ iba informuje o zamietnutí ponuky a oznámení mena úspešného uchádzača, bez toho, aby poskytol akúkoľvek informáciu o výhodách a charakteristikách týkajúcich sa úspešnej ponuky.

Povinnosť zdokumentovania rozhodnutí prijatých komisiou na vyhodnotenie ponúk.

Zákon o VO dáva neúspešnému uchádzačovi právo byť oboznámený s dôvodmi neprijatia jeho ponuky, vrátane identifikácie úspešného uchádzača a informácií o charakteristikách a výhodách prijatej ponuky (§ 44 ods. 1 Zákona o VO) v záujme podpory dodržiavania zásady nediskriminácie, zásady transparentnosti a čestnej hospodárskej súťaže. Zároveň zákon zaväzuje komisiu v záujme možnosti následnej verifikácie dodržania pravidiel hodnotenia ponúk vyhotoviť o priebehu vyhodnocovania ponúk zápisnicu, ktorú podpisujú všetci prítomní členovia komisie. (§ 42 ods. 8 Zákona o VO)

Vzhľadom na horeuvedené požiadavky je povinnosť zdokumentovať rozhodnutia týkajúce sa posúdenia, či záujemcovia splnili podmienky účasti na verejnom obstarávaní a hodnotenia všetkých kritérií v súvislosti s výberom ponuky voči každému jednému uchádzačovi potrebné zabezpečiť v takom rozsahu, aby bolo možné jednoznačne overiť spravodlivosť celého procesu hodnotenia. V opačnom prípade sa slovenské orgány vystavujú riziku uplatneniu finančných opráv zo strany Komisie.

Častým pochybením v procese verejného obstarávania je práve nedostatočné zdôvodnenie a zdokumentovanie procesu verejného obstarávania, najmä etapy vyhodnotenia splnenia podmienok účasti a hodnotenia ponúk komisiou.

Verejný obstarávateľ je povinný zabezpečiť dokumenty, ktorými by opodstatnili zákonnosť, správnosť a transparentnosť celého postupu verejného obstarávania. Zákon o VO síce ukladá verejnému obstarávateľovi evidovať všetky doklady a dokumenty z použitého postupu verejného obstarávania (§ 21 ods. 1 Zákona o VO), napriek tomu môže byť existujúca dokumentácia zo strany Komisie vyhodnotená ako nedostatočná.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Neposkytnutie informácií výlučne z vymedzených dôvodov.

Verejný obstarávateľ a obstarávateľ neposkytne informácie týkajúce sa zadávania zákazky, uzavierania rámcových dohôd alebo zaradenia do dynamického nákupného systému len v prípade, ak by ich poskytnutie bolo v rozpore so zákonom, s verejným záujmom alebo by mohlo poškodiť oprávnené záujmy iných osôb, alebo by bránilo čestnej hospodárskej súťaži (§ 44, ods.2 Zákona o VO).

Rozsudkom z 20. mája 2009 vo veci T-89/07 VIP Car Solutions SARL proti Európskemu parlamentu Súd prvého stupňa zrušil rozhodnutie, ktorým Parlament nezadal spoločnosti VIP Car Solutions SARL zákazku, ktorá bola predmetom verejného obstarávania. V danom verejnom obstarávaní mala byť zákazka, zadaná ekonomicky najvýhodnejšej ponuke, ktorá sa posudzovala v zmysle definovaných vyvážených kritérií. V danom prípade žalobca požiadal o poskytnutie charakteristík a výhod týkajúcich sa úspešnej ponuky ako aj o informáciu o cene, ktorú ponúkla spoločnosť, ktorá uspela. Verejný obstarávateľ napriek jeho povinnosti neposkytol účastníkovi žiadnu informáciu o charakteristikách a výhodách týkajúcich sa úspešnej ponuky, s výnimkou toho, že cena, ktorú ponúkol víťaz bola mierne nižšia. V rámci svojej povinnosti informovať na základe žiadosti neúspešného uchádzača je verejný obstarávateľ povinný poskytnúť i informáciu o cene ponúknutej úspešným uchádzačom, ktorá je jednou z charakteristík a jednou z výhod úspešnej ponuky.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.4 REŠTRIKTÍVNE KRITÉRIÁ VO FÁZE UZAVRETIA ZMLUVY

3.4.1 Súlad ponuky s uzavretou zmluvou

Podľa § 45 ods. 1 Zákona o VO:

„Verejný obstarávateľ a obstarávateľ uzavrie zmluvu alebo rámcovú dohodu v lehote viazanosti ponúk. Uzavretá zmluva nesmie byť v rozpore so súťažnými podkladmi a s ponukou predloženou úspešným uchádzačom alebo uchádzačmi."

RO v rámci kontroly verejného obstarávania kontroluje ešte pred uzatvorením zmluvy s úspešným uchádzačom súlad ponuky úspešného uchádzača so súťažnými podkladmi a súlad ponuky úspešného uchádzača so zmluvou. Nakoľko predmetom realizácie je schválený projekt je z hľadiska oprávnenosti výdavkov podstatné, aby predmetom realizácie boli výlučne schválené aktivity projektu, tak ako sú uvedené v príslušnom rozhodnutí.

V tomto kontexte treba pripomenúť ustálenú judikatúru, podľa ktorej vzhľadom na samotnú povahu finančnej pomoci udeľovanej Spoločenstvom predstavuje povinnosť dodržiavať finančné podmienky uvedené v rozhodnutí o udelení, spoločne s povinnosťou predmetný projekt vecne plniť, jeden zo základných záväzkov príjemcu pomoci a z toho dôvodu je podmienkou pre udelenie pomoci Spoločenstva (rozsudok Súdneho dvora z 19. januára 2006, Comunità montana della Valnerina/Komisia, C-240/03 P, bod 86; rozsudky Súdu prvého stupňa z 26. septembra 2002, Sgaravatti Mediterranea/Komisia, T-199/99, bod 130).

Rozsiahle odôvodnenie účelu pomoci Spoločenstva, cieľa, ktorý je touto pomocou sledovaný a súvislosti podanej žiadosti a rozhodnutia poskytol Súd prvého stupňa v rozsudku z 18. októbra 2005 vo veci T-60/03 Regione Siciliana proti Komisii. Predmetom tohto konania bolo zrušenie rozhodnutia Komisie K (2002) 4905 z 11. decembra 2002, týkajúceho sa zrušenia pomoci poskytnutej Talianskej republike rozhodnutím Komisie K (87) 2090 026 a to pomoci z Európskeho fondu pre regionálny rozvoj na investovanie do infraštruktúry sumy rovnajúcej sa alebo prevyšujúcej 15 miliónov eur v Taliansku (región Sicília), a vrátenia zálohy vyplatenej Komisiou z titulu tejto pomoci.

Ad) Účel štrukturálnych fondov s súvislosti s podporovaným projektom

Podľa odôvodnenia uvedeného v rozsudku vo veci T-60/03, aby sa zabezpečilo riadne fungovanie systému štrukturálnych fondov Spoločenstva a ich bezpečné finančné spravovanie, realizácia akéhokoľvek projektu spolufinancovaného

v tomto rámci musí smerovať k sprevádzkovaniu uvedeného projektu, pretože táto požiadavka sa nachádza v rozhodnutí o poskytnutí financovania Spoločenstvom.

Súd uviedol, že je správne odôvodnenie zo strany Komisie, že nestačí, aby bola informovaná o zmenách účelu diela, ktorého výstavba je spolufinancovaná EFRR, ale že ešte musí prejaviť súhlas s týmito zmenami.

V analogickom prípade vo veci Conserve Italia/Komisia, bod 92 súd rozhodol, že Komisia môže zrušiť pomoc v prípade nezrovnalostí, najmä v prípade významnej zmeny akcie ovplyvňujúcej jej povahu, alebo podmienky jej vykonania, ak nebolo vyžiadané predbežné schválenie Komisiou.

Ad) súvislosť žiadosti a rozhodnutia o poskytnutí pomoci

Súd uviedol, že rozhodnutie o poskytnutí pomoci Spoločenstva musí byť vykladané v kontexte príslušnej žiadosti o jej poskytnutie. V predmetnej veci zo spisu, najmä zo žiadosti o poskytnutie pomoci podanej Talianskou republikou, vyplývalo, že uvedená žiadosť, na základe ktorej bolo prijaté rozhodnutie o poskytnutí pomoci, uvádzala, že tretia etapa prác na priehrade Gibbesi má viesť k prevádzke diela. Účel predmetného diela je uvedený v žiadosti o pomoc z EFRR predloženej Talianskou republikou. Súd prvého stupňa vzhľadom na uvedené odôvodnenie rozhodol, že keďže jednak rozhodnutie o poskytnutí pomoci a príslušnú žiadosť o financovanie treba vykladať spoločne, ako je uvedené v bode 81 vyššie, a jednak účel diela bol významne zmenený bez predchádzajúceho schválenia Komisie, lebo rozhodujúci cieľ zásobovania vodou priemyselnej zóny Licata nebol dosiahnutý, je opodstatnené vyvodiť záver, že zrušenie pomoci je so zreteľom na článok 24 nariadenia č. 4253/88 odôvodnené.

3.4.2 Zákaz uzatvárať dodatky k zmluve vo vymedzených prípadoch

Uzatváranie dodatkov k zmluvám v rozpore s pravidlami verejného obstarávania bolo v predchádzajúcom programovom období 2004-2006 najväčším problémom projektov a spôsobovalo najvyššie neoprávnené výdavky. Tento problém sa riešil na úrovni Slovenskej republiky úpravou zákona o verejnom obstarávaní.

Zákon o Vo v znení platnom do 31.12.2009 upravoval prípady, kedy môže byť rozšírený predmet plnenia z pôvodného verejného obstarávania a to spôsobom obdobným, ako je to vyjadrené v smernici 2004/18/ES.

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Podľa § 9 ods. 3 Zákona o verejnom obstarávaní, v znení novely č. 503/2009 Z.z., ktoré je účinné od 01. januára 2010 je priamo v zákone upravený zákaz uzatvoriť dodatok k zmluve vo vymedzených prípadoch a to nasledovne:

„Verejný obstarávateľ a obstarávateľ nesmú uzavrieť dodatok k zmluve uzavretej podľa § 45 vtedy, ak by sa jeho obsahom

a) menil podstatným spôsobom pôvodný predmet zákazky,

b) dopĺňali alebo menili podstatným spôsobom podmienky, ktoré by v pôvodnom postupe zadávania zákazky umožnili účasť iných záujemcov alebo uchádzačov, alebo ktoré by umožnili prijať inú ponuku ako pôvodne prijatú ponuku,

c) menila ekonomická rovnováha zmluvy v prospech úspešného uchádzača spôsobom, s ktorým pôvodná zmluva nepočítala."

Dôvodová správa k predmetnému zákonu sa tejto vykonanej zmene vôbec nevenuje. Vzhľadom na ďalej uvedené možno konštatovať, že zákonodarca zrejme vychádzal z právneho názoru Súdneho dvora, nakoľko je zrejmé takmer identické znenie právnych viet rozsudku Pressetext Nachrichtenagentur /Republik Österreich a uvedenej novely Zákona o VO.

Výklad ESD k podmienkam, za ktorých dochádza k zmene zmluvy možno nájsť najmä v rozsudku z 19. júna 2008 vo veci C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur /Republik Österreich. V predmetnej veci Bundesvergabeamt predbežnými otázkami zisťoval, za akých podmienok možno zmeny existujúcej zmluvy medzi verejným obstarávateľom a poskytovateľom služieb považovať za nové uzavretie verejnej zmluvy na poskytnutie služieb v zmysle smernice 92/50 a za akých podmienok je možné považovať zmenu existujúcej zmluvy za nové uzavretie verejnej zmluvy na poskytnutie služieb, ktoré by si prípadne vyžadovalo vykonanie postupu verejného obstarávania a zabezpečenie právnej ochrany podnikom, ktoré neboli vo verejnom obstarávaní úspešné. Ako konštatuje vo svojom návrhu k predmetnej veci generálna advokátka Julianne Kokott, táto otázka zatiaľ nebola v judikatúre Súdneho dvora komplexne rozpracovaná. Ako ďalej generálna advokátka uvádza je zjavné, že v praxi nie je vždy jednoduché rozlíšiť medzi podstatnými a nepodstatnými zmenami zmlúv, pretože na toto rozlíšenie je potrebné preskúmať okolnosti každého prípadu. V žiadnej právnej oblasti však nie je možné vyhnúť sa používaniu neurčitých právnych pojmov, ktoré je potrebné vykladať. To platí aj v oblasti práva verejného obstarávania.

V tejto veci k zmene zmluvy rozhodol ESD takto:

„1. Výraz „obstarávanie" použitý v článku 3 ods. 1 a výraz „uzatváranie zmlúv" použitý v článku 8 a 9 smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb treba vykladať tak, že nezahŕňajú skutkový stav, o aký ide vo veci samej, keď dôjde k presunu služieb, ktoré verejnému obstarávateľovi poskytoval pôvodný poskytovateľ,

na iného poskytovateľa služieb založeného vo forme kapitálovej spoločnosti, ktorého jediným vlastníkom je pôvodný poskytovateľ služieb, ktorý ho kontroluje prostredníctvom vydávania inštrukcií, pokiaľ pôvodný poskytovateľ naďalej zodpovedá za dodržiavanie zmluvných povinností.

2. Výraz „obstarávanie" použitý v článku 3 ods. 1 a výraz „uzatváranie zmlúv" použitý v článkoch 8 a 9 smernice 92/50/EHS treba vykladať tak, že nezahŕňajú prispôsobenie pôvodnej zmluvy zmeneným vonkajším okolnostiam, akým je napríklad prepočet cien pôvodne vyjadrených v národnej mene na eurá, len minimálne zníženie týchto cien na účely ich zaokrúhlenia a odkaz na nový index cien, ktorého použitie namiesto predtým určeného indexu bolo zakotvené v pôvodnej zmluve.

3. Výraz „obstarávanie" použitý v článku 3 ods. 1 a výraz „uzatváranie zmlúv" použitý v článkoch 8 a 9 smernice 92/50/EHS treba vykladať tak, že nezahŕňajú takú situáciu, o akú ide vo veci samej, keď sa verejný obstarávateľ s úspešným uchádzačom prostredníctvom dodatku k zmluve počas platnosti zmluvy na poskytnutie služieb, ktorú s ním uzavrel na dobu neurčitú, dohodne na tom, že na tri roky obnovia ustanovenie o vzdaní sa práva vypovedať zmluvu, ktoré stratilo účinnosť v čase, keď bolo dohodnuté nové ustanovenie, pričom sa s ním dohodne na stanovení výraznejšej zľavy oproti zľavám pôvodne stanoveným z určitých cien, ktoré sa v konkrétnej oblasti určujú v závislosti od množstva."

Pri posudzovaní predmetnej veci sa Súdny dvor riadil ďalej uvedenými úvahami. Podľa názoru Súdneho dvora smernica 92/50/EHS neponúka výslovnú odpoveď na tieto otázky, ale prináša viacero relevantných usmernení, ktoré treba situovať
do všeobecného rámca predpisov Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania.

➢ Podstatná zmena zmluvy

Podľa rozsudku z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko, C-337/98, body 44 a 46, na účely zabezpečenia transparentnosti postupov a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi sa zmeny ustanovení verejnej zmluvy vykonané počas doby jej platnosti považujú za nové uzavretie zmluvy v zmysle smernice 92/50/EHS vtedy, ak majú znaky podstatne odlišné od pôvodnej zmluvy, a teda preukazujú vôľu strán nanovo sa dohodnúť na podstatných náležitostiach tejto zmluvy.

Podľa názoru Súdneho dvora zmenu verejnej zmluvy počas doby jej platnosti možno považovať za podstatnú, ak zavádza podmienky, ktoré ak by figurovali v pôvodnom postupe verejného obstarávania, umožnili by pripustiť iných uchádzačov, než ktorí boli pripustení, alebo vybrať inú ponuku než tú, ktorá bola pôvodne vybratá (predmetný rozsudok Pressetext Nachrichtenagentur /Republik Österreich, bod 35).

Zmenu pôvodnej zmluvy možno považovať za podstatnú aj vtedy, ak zmluvu vo významnej miere rozširuje aj na služby, ktoré v nej pôvodne neboli

zahrnuté. Tento výklad potvrdzuje aj článok 11 ods. 3 písm. e) a f) smernice 92/50/EHS, ktorý pri verejných zmluvách na poskytnutie služieb, ktorých predmetom sú výlučne alebo hlavne služby uvedené v prílohe I A tejto smernice, ukladá obmedzenia, pokiaľ ide o rozsah, v akom môžu verejní obstarávatelia použiť rokovacie konanie na zadanie doplnkových služieb k službám tvoriacim predmet pôvodnej zmluvy (predmetný rozsudok Pressetext Nachrichtenagentur /Republik Österreich, bod 36).

Zmenu tiež možno považovať za podstatnú, ak mení ekonomickú rovnováhu zmluvy v prospech úspešného uchádzača spôsobom, s ktorým nepočítali ustanovenia pôvodnej zmluvy (predmetný rozsudok Pressetext Nachrichtenagentur /Republik Österreich, bod 37).

- Zmena zmluvného partnera

Nahradenie zmluvného partnera, s ktorým verejný obstarávateľ pôvodne uzavrel zmluvu, novým zmluvným partnerom, treba vo všeobecnosti považovať za zmenu podstatných náležitostí dotknutej verejnej zmluvy, ibaže by sa s ním počítalo už v pôvodnej zmluve, napríklad vo forme subdodávok.

Taká zmena zmluvného partnera, ktorá v podstate predstavuje vnútornú reorganizáciu zmluvného partnera, podstatným spôsobom nemení podmienky pôvodnej zmluvy. Ak by však obchodné podiely v reorganizovanej spoločnosti boli prevedené na tretiu osobu (zmena vlastníctva) išlo by o skutočnú zmenu zmluvného partnera, čo by v zásade predstavovalo zmenu podstatnej náležitosti zmluvy. Špecifický je prípad akciových spoločností, nakoľko verejné zmluvy sa bežne uzatvárajú s právnickými osobami. Ak je právnická osoba založená vo forme akciovej spoločnosti kótovanej na burze, zo samotnej jej povahy vyplýva, že zloženie jej akcionárov sa môže v každej chvíli zmeniť. Takáto situácia v zásade nespochybňuje platnosť uzavretia verejnej zmluvy s takouto spoločnosťou. Inak by to mohlo byť vo výnimočných prípadoch, napríklad pri úkonoch zameraných na obídenie právnych predpisov Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania.

- Zmena ceny

V rozsudku Komisia/CAS Succhi di Frutta, už citovaný, bod 117 je uvedené, že je jasné, že cena je dôležitou podmienkou verejnej zmluvy.

Zmena tejto podmienky počas doby platnosti zmluvy za absencie výslovného splnomocnenia v ustanoveniach pôvodnej zmluvy v tomto zmysle by mohla spôsobiť porušenie zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi (predmetný rozsudok Komisia/CAS Succhi di Frutta, už citovaný, bod 121).

Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
EURÓPSKA ÚNIA
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

3.5 REŠTRIKTÍVNE KRITÉRIÁ PLATNÉ PRE CELÝ PROCES PRÍPRAVY A ZADÁVANIA ZÁKAZKY

3.5.1 Povinnosť MDPT SR ako RO participovať na príprave usmernenia k verejnému obstarávaniu pre prijímateľov

Komisia vo svojich auditných zisteniach opakovane upozorňuje, že usmernenia poskytnuté príjemcom v rámci verejného obstarávania napriek opakovaným zisteniam v tejto oblasti nie sú dostatočné.

Podľa názoru Komisie by cieľom tohto usmernenia by malo byť najmä vysvetlenie osvedčených postupov verejného obstarávania v súlade so zásadami Zmluvy o ES a smernicami o verejnom obstarávaní prijímateľom (vysvetlenie zásad hospodárskej súťaže
s cieľom dosiahnuť čo najlepšiu hodnotu za vynaložené peniaze, predchádzanie diskriminácii, zabezpečenie primeranej transparentnosti postupu verejného obstarávania, identifikácia akceptovateľných podmienok účasti a kritérií na vyhodnotenie ponúk). Takéto usmernenie má najmä predchádzať opakovaniu tých istých chýb.

3.5.2 Povinnosť dodržiavať ustanovenia Systému riadenia a Interného manuálu RO pre OPD vo vzťahu k procesu verejného obstarávania

Povinnosť dodržiavať ustanovenia Systému riadenia a Interného manuálu RO pre OPD vo vzťahu k procesu verejného obstarávania sa špecificky vzťahuje na samotný Riadiaci orgán (ďalej aj ako "RO").

Nakoľko na úrovni Slovenskej republiky je v Systéme riadenia pre RO stanovený súbor povinností, je RO povinný pre riadnu implementáciu projektu tieto aj

dodržiavať. RO v rámci procesu verejného obstarávania vykonáva komplexnú kontrolu priebehu procesu verejného obstarávania u prijímateľa.

Priebeh procesu verejného obstarávania dokumentuje RO okrem predpísanej písomnej formy aj formou vkladania údajov do ITMS.

Častým nedostatkom v postupoch RO je, že napriek vykonanej kontrole:

- chýbajú záznamy o procese kontroly verejného obstarávania,
- chýba príslušná dokumentáciu z procesu verejného obstarávania,
- dokumentácie nie je riadne archivovaná.

Takéto nedôsledné dodržiavanie povinností zo strany RO môže viesť k neodhaleniu pochybení v procese verejného obstarávania zo strany prijímateľov.

3.5.3 Povinnosť dodržiavať ustanovenia Zmluvy o NFP

Riadiaci orgán je povinný zabezpečiť a kontrolovať plnenie ustanovení Zmluvy o NFP
na príslušný projekt vo vzťahu k plneniu povinností príjemcu pomoci, v tomto kontexte najmä vo vzťahu k verejnému obstarávaniu.

V rámci kontroly je potrebné zamerať sa tak na včasné ako i na riadne plnenie týchto povinností, t.j. aby príjemca pomoci dodržal lehoty uvedené v zmluve o NFP na plnenie príslušnej povinnosti, ako aj na skutočnosť, aby túto povinnosť splnil spôsobom a v rozsahu vymedzenom Zmluvou o NFP.

V opačnom prípade sa budú auditné zistenia opakovane dotýkať aj neplnenia povinností upravených Zmluvou o NFP.

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

4 Zoznam skratiek

Skratka	Význam skratky
ESD	Európsky súdny dvor (s platnosťou Lisabonskej zmluvy od 01.12.2009 Súdny dvor Európskej Únie)
Komisia	Komisia Európskych spoločenstiev
MDPT SR	Ministerstvo dopravy, pôšt a telekomunikácii Slovenskej republiky
NFP	Nenávratný finančný príspevok
RO	Riadiaci orgán
Spoločenstvo	Európske spoločenstvo (s platnosťou Lisabonskej zmluvy od 01.12.2009 nahradené pojmom Únia)
Únia	s platnosťou Lisabonskej zmluvy od 01.12.2009 nahrádza pôvodný pojem Spoločenstvo

5 História zmien

Dátum	Verzia	Autor	Popis
31.03.2010	01	Jana Arpášová, Sylvia Paičková	Verzia k akceptácii
08.04.2010	02	Jana Arpášová, Sylvia Paičková	Verzia po zapracovaní pripomienok v verzii 01

EURÓPSKA ÚNIA
Operačný program Doprava je spolufinancovaný z Európskeho fondu regionálneho rozvoja a z Kohézneho fondu.
OPD DOPRAVA 2007-2013 operačný program

Názov Deloitte zahŕňa jeden alebo viac subjektov organizácie Deloitte Touche Tohmatsu, asociácie Swiss Verein, a jej sieť členských firiem, z ktorých každá predstavuje samostatnú a nezávislú právnickú osobu. Detailnejší prehľad právnej štruktúry Deloitte Touche Tohmatsu a jej členských firiem nájdete na internetovej adrese: www.deloitte.com/sk/o-nas.

Deloitte poskytuje audítorské, daňové a konzultačné služby a služby finančného poradenstva verejným a súkromným klientom pôsobiacim v rôznych odvetviach. Prostredníctvom globálne prepojenej siete členských firiem v 140 krajinách Deloitte prináša odborné schopnosti na svetovej úrovni a široké lokálne znalosti, aby pomohol klientom dosahovať úspechy, kdekoľvek pôsobia. 165 000 odborných pracovníkov spoločnosti Deloitte je odhodlaných stať sa štandardom dokonalosti.

Odborných pracovníkov spoločnosti Deloitte zjednocuje kultúra spolupráce, ktorá podporuje integritu, jedinečnú hodnotu pre trhy a klientov, vzájomnú angažovanosť a silu kultúrnej rozmanitosti. Pracujú v prostredí, ktoré sa vyznačuje nepretržitým vzdelávaním, zaujímavými skúsenosťami a bohatými príležitosťami pre ich kariéru. Odborní pracovníci Deloitte sú pripravení posilňovať spoločnú zodpovednosť, budovať dôveru verejnosti a pozitívne pôsobiť v spoločnosti, v ktorej žijú

Member of Deloitte Touche Tohmatsu

© 2010 Deloitte Slovensko