

Rozhodnutia Európskeho súdneho dvora (ECJ) v oblasti verejného obstarávania

(prehľad judikatúry)

Zhrnutie: *Keďže slovenská legislatíva vo verejnom obstarávaní kopíruje tú európsku, rozsudky ECJ vysvetľujúce európske zákony by sa mali dať argumentačne využiť aj u nás. Avšak rozsudkov ECJ v tejto oblasti je relatívne málo a len čiastkovo sa dotýkajú najpálčivejších oblastí verejného obstarávania na Slovensku, ako je vyradovanie uchádzačov na základe nadmieru striktných podmienok účasti, vylučovanie kvôli údajne abnormálne nízkym ponúkaným cenám či obchádzanie súťažená pre údajnú ochranu autorských práv doterajších dodávateľov. Preto sa doterajšia judikatúra ECJ dá užitočne aplikovať na Slovensku len minimálne. Najlepšie je rozsudkami ECJ pokryté definovanie povinných obstarávateľov. Najnovším trendom v rozsudkoch je zvýšené akceptovanie sociálnych a environmentálnych kritérií pri vyhodnotení ponúk.*

Úlohou ECJ je dopĺňať a vysvetľovať európske smernice o verejnom obstarávaní, z ktorých dve najnovšie sú:

-2004/18/ES o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, dodávku tovaru a na služby

-2004/17/ES o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb

Smernice sú štruktúrou aj obsahom veľmi podobné nášmu zákonu o verejnom obstarávaní (č. 25/2006 Zb., ďalej ZVO). Určujú postupy a pravidlá obstarávania, často však popisujú skôr princípy a nechávajú široký priestor na samotných obstarávateľoch. ECJ následne dopĺňa tieto medzery práva svojimi rozhodnutiami.

Legislatíva EÚ, a v jej interpretácii aj ECJ si kladú dva hlavné ciele: **neskreslená hospodárska súťaž a efektívny výber uchádzača** (podľa Procházka, Čorba - PČ). Dôvodom je ochrana vnútorného trhu. Riadia sa tromi princípmi: nediskriminácia, rovnosť zaobchádzania a transparentnosť (Bovis).

Kto musí obstarávať

Definícia verejného obstarávateľa (smernica 2004/18/ES, č.1 bod 9): štátne, regionálne či miestne orgány a inštitúcie spravované podľa verejného práva; inštitúcie nimi založené. Pod

orgánom založeným verejným právom sa rozumie **inštitúcia s právnou subjektivitou, založená pre plnenie určitých potrieb vo verejnom záujme** (nemajúca komerčný charakter), **a financovaná z väčšej časti štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi či inými subjektami spravovanými verejným právom, alebo sú manažované takýmito inštitúciami**, alebo ich správny, riadiaci alebo dozorný orgán je z väčšiny menovaný takýmito inštitúciami (v prílohe III smernice sú vymenované príklady z vtedajších členských štátov EÚ)

Obstarávateľ (smernica 2004/ 17/ES, čl.2): buď spĺňa podmienky verejného obstarávateľa (vyššie), akurát že pôsobí v oblasti vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, alebo ide o verejný podnik s väčšinovou kontrolou horeuvedených inštitúcií (väčšina kapitálová, hlasovacích práv alebo menovania manažmentu), alebo pre subjekty, ktoré v daných oblastiach majú osobitné/exkluzívne práva udelené kompetentným orgánom štátu.

Táto úprava je totožná so slovenským ZVO. Podľa PČ (str.459): „z pohľadu judikatúr je pre interpretáciu pojmu verejný obstarávateľ kľúčové funkčné zameranie dotknutého orgánu/inštitúcie, nie formálne označenie či zaradenie.“

Príklady rozsudkov:

Vec C-31/87, body 11, 12: Vládou zriadená holandská Komisia pre konsolidáciu pôdneho fondu tiež patrí pod komunitárne právo, lebo hoci nemá vlastnú právnú subjektivitu, bola vytvorená vládou a poverená vykonávať aktivity vo verejnom záujme. Členovia komisie sú menovaní regionálnymi vládami. Ako píše súd v odôvodnení:

„Pojem „štát“ musí byť interpretovaný z pohľadu funkčného zamerania. Cieľ smernice, ktorým je dosiahnuť ...slobodu uchádzania sa o verejné zákazky by bol ohrozený, ak by ustanovenia smernice neplatili len preto, že verejná zákazka je udeľovaná orgánom, ktorý hoci bol na takéto úlohy poverený legislatívou, nie je sám osebe (formálne) súčasťou štátnej administratívy.“

Vec C-353/96. Štátom založený a vlastnený lesný podnik v Írsku podľa súdu spadá pod komunitárnu legislatívu o verejných zákazkách, lebo hoci sa riadi podľa obchodného registra, je štátom vlastnený, vykonáva zo štátneho poverenia činnosti vo verejnom záujme a je manažovaný cez nominantov štátu.

Kto nemusí obstarávať podľa smerníc:

Cenovo – podprahové zákazky (maximálne 137 tisíc eur - ceny vždy bez DPH - pri tovare a službách od inštitúcií centrálnej vlády, 211 tisíc eur pri tovare a službách od necentrálnej inštitúcie a v prípade istých tovarov v oblasti obrany od centrálnej vlády a v prípade služieb v oblasti výskumu a vývoja, telekomunikácií, hotelov a ubytovania, železničnej a vodnej dopravy, zabezpečovania personálu a tréningov, bezpečnosti a vyšetrovania, niektoré právne, sociálne a zdravotné, rekreačné, kultúrne a športové služby, 422 tisíc eur pri tovare a službách v oblasti vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, a maximálne 5 278 tisíc eur v prípade prác/výstavby).

Stále však podľa ECJ platí povinnosť dodržiavať základné slobody – voľný pohyb tovarov a služieb, usadzovania sa, z čoho vyplývajú zásady transparentnosti a nediskriminácie! (C-6/05).

Delenie hodnoty zákazky – umelé alebo nie?

Vec C -16/98. Francúzske municipálne konzorcium rozdelilo zákazky na elektrifikáciu a výstavbu osvetlenia na menšie časti, čím sa dostali pod EÚ hranicu zverejnenia tendra. Podľa súdu išlo pri elektrifikácii o obsahovo totožné práce, organizované v jednom čase, a preto bol tender nutný – šlo o umelé rozdelenie veľkej zákazky. Pri osvetlení obcí ale podľa súdu nešlo o technicky vzájomne závislé práce, bez nutnosti prepojenia siete ako pri elektrifikácii, preto bolo možné tender rozdeliť legálne.

Pre podprahové zákazky či služby, ktoré smernice vylučujú z povinností však stále má podľa Komisie platiť snaha o transparentnosť a nediskrimináciu. Odporúčané postupy sú zhrnuté v osobitnom oznámení (2006/C 179/02 – kompletne znenie v Prílohe) (PČ)

Obsahovo -objednávky vojenského materiálu či iné utajené nákupy týkajúceho sa štátneho tajomstva (spresňuje to nová direktíva 2009/81/EC), zákazky pri medzinárodných dohodách, nákup či prenájom existujúcich budov, nákup, vývoj a (ko-)produkcia vysielacích programov, arbitrážne a zmierovacie služby, nákup, predaj alebo presun finančných inštrumentov, služby centrálnej banky, zamestnanecké zmluvy, služby výskumu a vývoja, ktoré nepatria exkluzívne centrálnej štátnej autorite alebo ktoré nie sú ňou úplne financované, zákazky na služby udeľované na základe exkluzívneho práva, koncesie na služby

Vec 337/05 (podobne C-157/06). Talianska vláda nakúpila helikoptéry pre svoje agentúry (policajti, daňová polícia, lesná stráž, požiarnici, pobrežná stráž, úrad pre ochranu ústavných činiteľov) priamo od pološtátnych domácich firiem. Podľa súdu mal byť tender jednak že nešlo o čisto štátne firmy, a jednak že nešlo o dodávku na špeciálne vojenské účely. Talianska vláda argumentovala, že helikoptéry sa síce používajú na civilné účely, ale nedajú sa vylúčiť ani účely vojenské. Podľa súdu to nie je dostatočné dôvod na argumentovanie národnou bezpečnosťou.

Podľa typu uchádzača - Obstarávanie nie je nutné ani ak verejný orgán vykoná žiadanú službu vlastnými kapacitami – tzv. in-house výnimka. Nutné sú dve podmienky (PČ, str.466):
- „kontrola vykonávaná poverujúcim verejným orgánom nad dodávateľom alebo koncesionárom je analogická kontrole, ktorú tento orgán vykonáva nad svojimi vlastnými organizačnými útvarmi
- predmetný kontrahovaný subjekt vykonáva podstatnú časť svojej činnosti spolu s verejným orgánom, ktorý ho kontroluje (činnosť kontrahovaného subjektu musí byť zameraná hlavne na verejný orgán a akákoľvek iná činnosť musí mať len okrajový význam)“

Vec C-410/04. Talianske mesto Bari vyhlásilo tender na dopravné služby, no po pár mesiacoch ju zrušilo a zákazku dalo firme, ktorú mesto vlastnilo. Podľa súdu nedošlo k porušeniu komunitárnej legislatívy, lebo mesto firmu na 100% vlastní a firma na druhej strane vykonáva podstatnú časť svojej činnosti len pre mesto. Súd tiež pripomenul, že čo len čiastočné súkromné vlastníctvo v dopravnej spoločnosti by znamenalo, že firma by už nebola pod takou kontrolou ako organizačný útvar mesta, a teda by obstarávanie nutné bolo.

Vec C-458/03. Talianske mesto Brixen udelilo koncesiu na parkovisko svojej 100%-tne vlastnene firme. Podľa súdu protirečí legislatíve, lebo mesto nemá nad firmou takú kontrolu ako nad svojimi oddeleniami. Podľa štatútu má totiž manažment firmy široké právomoci oproti akcionárom, napr. na transakcie do 5 mil eur. Firma navyše rozširuje svoje podnikanie do iných častí Talianska a aj do iných služieb, aké pôvodne poskytovali kým sa ešte nezmenili z mestskej firmy na akciovú spoločnosť vlastnenú mestom.

Vec C-29/04. Rakúsky Mödling založil vlastnú firmu na zber odpadu, ktorej 49% akcií neskôr predal súkromnej firme. Väčšinu zákaziek mala firma priamo od Mödlingu, a to bez vypísania

súťaže. Podľa súdu malo mesto súťaž vyhlásiť, lebo po vstupe súkromného kapitálu už mesto nevykonáva rovnako silnú kontrolu nad firmou ako napr. nad svojím oddelením či organizačným útvarom. Ak mesto nevyhlásilo verejnú súťaž, tým vlastne diskriminovalo súkromné firmy okrem tej, ktorá vstúpila do mestského podniku.

Vec C-340/04. Talianske Busto Arsizio udelilo zákazku na dodávku paliva a úpravu tepelných zariadení bez súťaže istej akciovej spoločnosti. Tá je 100%-tná dcéra inej firmy - holdingu, ktorú mesto vlastnilo na 99,98% (zvyšok okolité obce). Podľa súdu šlo o porušenie komunitárneho práva, lebo hoci dominantné vlastnícke podiely naznačujú silnú kontrolu, pri pohľade na stanovky a práva vedenia firiem je jasné, že mesto nemá nad firmami takú kontrolu ako nad svojimi organizačnými zložkami. Jednak ide o nepriamu kontrolu cez holding, jednak je konanie mesta vo firme limitované obchodnou legislatívou.

Podobne - Vec C-107/98. Teckal precedens. Talianska firma bola založená miestnymi samosprávami na zabezpečovanie služieb v energetike a v životnom prostredí. Jedna zo spoluvlastníkov, samospráva, zverila firme manažovanie dodávky tepla bez tendra. Podľa ECJ bol tender nutný, lebo samospráva nemá na firmu dosah ako na „svoje oddelenie“, a ani firma nie je v podstatnej časti svojej činnosti závislá od zákaziek od danej samosprávy.

Ale! C-480/06 (rozsudok v júni 2009). Rozšírenie Teckalu. Štyri nemecké samosprávy sa dohodli s Hamburgom, že využijú jeho spaľovňu odpadu, a naopak že Hamburg môže použiť voľné kapacity ich skládok. Podľa súdu dohoda nepodlieha nutnosti súťaže napriek tomu, že samosprávy nemajú nad Hamburgom kontrolu typickú pre kontrolu nad vlastnými oddeleniami. Podľa súdu ale ide o rámcovú dohodu pre naplnenie verejného záujmu, pričom ani nešlo o zákazku v pravom zmysle, keďže šlo o dohodu bez akýchkoľvek platieb za služby druhej strane. Podľa súdu bolo tiež podstatné, že žiadna súkromná firma nebola dohodou znevýhodnená voči konkurentom.

Vec C-380/98. Musia univerzity obstarávať v tendroch? Podľa súdu sa treba každý rok pozrieť na rozpočet danej univerzity. Ak má aspoň polovicu príjmov v danom roku od štátu či verejných inštitúcií (ako granty a dotácie, no nerátajú sa platby za služby), potom musí robiť tendre.

Ani v prípade podmienok, kedy sa nemusí obstarávať nie je slovenská legislatíva od európskej odlišná.

Používanie postupov – výnimky

Podľa direktívy (18/2004, čl.31) je možné použiť zadanie bez zverejnenia najmä v prípadoch

- ak do tendra sa nik neprihlásil (no pôvodné podmienky sa v zadaní nesmú výrazne meniť),
- ak ide o štandardy technické, umelecké, alebo sa zákazka týka výhradných práv
- ak ide o extrémnu časovú núdzu spôsobenú nepredvídateľnou okolnosťou (ale nikdy nie núdzu spôsobené obstarávateľom, teda jej organizačnými či internými problémami)
- ďalšie možné prípady sa týkajú dodatočných neočakávateľných dodávok, dodávok z komoditných trhov či dodávateľov v likvidácii)

Podľa Bovisa v prípade dodatočných dodávok rovnakých či podobných tovarov a služieb platí, že bez tendra sa môže postupovať maximálne do 3 rokov od podpisu pôvodného kontraktu, a maximálne do výšky 50% pôvodného kontraktu.

Zadávateľ musí vždy vysvetliť, prečo nerobí súťaž. Ak používa argument, že len jedna firma môže z **technických dôvodov** splniť zákazku, musí dokázať, že nik iný by ju urobiť nevedel, čo je podľa Trepteho s výnimkou vysoko špecializovaných trhov takmer nesplniteľná požiadavka súdu. Obstarávatelia tak na ECJ s argumentom nesúťaženia z technických dôvodov prehrávajú na nedostatočné dôkazy výlučnosti (veci C-199/85, 57/94, 385/02, 394/02).

Podobne pri argumente **výhradných práv** musí obstarávateľ ukázať, že neexistujú iné alternatívy, iné firmy, ktoré by vedeli zákazku splniť (Trepte). A navyše že si iné firmy ani od držiteľa práv nemôžu na postup či výrobok kúpiť licenciu.

Vec C-328/92. Španielska štátna autorita sa bez súťaže dohodla s miestnou asociáciou farmaceutických firiem na nákupe liekov a pomôcok do štátnych zariadení, argumentujúc exkluzívnymi právami k žiadaným produktom. Podľa súdu patenty na produkty nie sú dostatočným argumentom na exkluzivitu. Musí ísť o prípad, keď aj výroba, aj dodávka daných liekov je uskutočniteľná len jednou firmou. Čo podľa ECJ platilo pri niektorých produktoch, ale zďaleka nie všetkých.

Vec. C-84/03. Súd upresnil „podstatnú“ zmenu podmienok zadania potom, čo sa súťaže nik nezúčastnil. V zadaní sa nesmú meniť obsahové podmienky okrem ceny, a aj tá maximálne o 10%. Za takých podmienok sa už nemusí robiť nová súťaž.

Spojené veci. C-20/01 a C-28/01. Dve nemecké samosprávy v dvoch prípadoch rokovali priamo s firmami bez súťaže v zmluvách na 30 rokov. Zdôvodnili to technickými a environmentálnymi požiadavkami (spracovanie odpadu – len termálne, prevádzka mala byť čo najbližšie k mestu, aby sa odpad nevozil príliš po krajine). Podľa súdu však mestá nemajú nijaké dôkazy na tvrdenie o prínosoch kritérií, ktoré stanovili v zadaniach, a tak nevyhlásením súťaže diskriminujú iné firmy. Podobne C-199/85.

Opäť, slovenský ZVO kopíruje v tomto smere direktívu. Vzhľadom na otázku definície existencie technických štandardov či výhradných práv a prísne rozhodnutia ECJ by sa však dalo odporúčať spresnenie a doplnenie ZVO v duchu horeuvedených rozsudkov.

Časová núdza – pri jej použití musia byť podľa direktívy splnené tri podmienky súčasne (Bovis)

- a. nepredvídateľná udalosť
- b. ide o núdzu, pri ktorej sa nedajú dodržať štandardné postupy
- c. medzi podmienkami a. a b. je príčinná súvislosť

V rovnakom duchu sa na časovú núdzu pozerá aj ZVO.

Vec. C-24/91. Madridská univerzita z časových dôvodov uzavrela vo februári bez súťaže zmluvu o rekonštrukcii školy, lebo inak podľa nej nebude škola pripravená na prijatie zvýšeného počtu študentov od októbra. Podľa súdu ale škola mala vypísať tender, lebo peniaze na rekonštrukciu dostala od vlády v januári, a samotná rekonštrukcia trvá 7,5 mesiaca, a tak bol evidentne dostatočný čas na prípravu a vypísanie tendra, hoci aj v skrátenej lehote. Navyše nárast počtu študentov nie je nepredvídateľná udalosť, ale niekoľkoročný trend.

Vec C-107/92. Talianske ministerstvo dalo v júni 1988 zákazku na postavenie protilavínovej bariéry z časových dôvodov. Podľa súdu mala byť súťaž, lebo nešlo o urgentnú požiadavku. Posledná lavína bola v danom regióne v roku 1975. Bariéra bola robená na základe novej štúdie vedcov zo začiatku júna 1988. Samotná stavba začala v septembri toho roka. Podľa súdu bol dostatok času na vyhlásenie súťaže.

Vec C-318/94. Nemecký úrad pre vodné toky udelil bez súťaže zákazku na dočasnú úpravu dna rieky Ems z urgentných dôvodov po tom, čo miestna samospráva z ekologických

dôvodov neschválila trvalú úpravu toku, a tým pádom ostal krátky čas na projekt, ktorým sa mala zabezpečiť priechodnosť rieky pre dodávku veľkých lodí zákaznikom (pre región ekonomicky významná zákazka). Podľa súdu bol nesúhlas samosprávy jednou z očakávateľných udalostí, a priama zákazka nespĺňa požiadavky legislatívy na takúto výnimku.

Podľa Krügera (2008) argumentom časovej núdze ešte na ECJ nevyhral spor žiadny obstarávateľ.

Primeranosť a relevantnosť kritérií vylučovania zo súťaže

(Bovis) Podľa direktív o obstarávaní sa rozlišujú A. kritériá pre účasť na súťaži a B. kritériá pri hodnotení ponúk (pozri aj veci C-31/87 a C-360/89). Tieto kritériá sa nesmú zamieňať a zmiešavať.

A. *účasť v súťaži* (selection criteria)– ide najmä o ekonomické kritériá (neplatenie daní, nie v likvidácii, nie účasť na hospodárskych trestných činoch) a technickú/odbornú spôsobilosť (vzdelanie, skúsenosť, referencie, certifikáty, zoznam podobných zákaziek)

Technické štandardy

Vec C-45/87. Pri výstavbe kanalizácie v Írsku žiadal zadávateľ o doklad írskej certifikácie (zhodou okolností taký certifikát mala len jedna írska firma). Podľa súdu musí v zadaní vždy ísť nie o názov certifikátu, ale jeho obsah. Teda zadávateľ nemôže žiadať konkrétny írsky certifikát, ale írsky certifikát „alebo jeho ekvivalent.“ Musí sa teda pozrieť, či aj iné certifikáty nespĺňajú obsahovo štandardy írskej certifikácie.

Tento princíp platí podľa direktív ECJ všeobecne pri požadovaní určitých postupov, technológií, vlastníctve patentov či produktov a služieb (rovnako pozri u nás ZVO). Podľa Bovisa súd tiež stanovil, že sa nesmie vyradiť žiadny národný certifikát, ktorý prebral normy EÚ (C-45/87, C-359/93). Súd taktiež stanovil, že samotná firma nemusí vlastniť požadované technické štandardy, ale stačí, keď má dohody o budúcej spolupráci s firmami, ktoré tie štandardy spĺňajú.

Spojené veci C-21/03, C-34/03). Podľa súdu sa nesmú vyradiť uchádzači (alebo uchádzači spojení s osobami), ktorí sa nejakým spôsobom podieľali na prípravných prácach tendra (prípravný výskum, vývoj, experimenty).

Vec C-6/05. Grécka nemocnica žiadala CE certifikát pri dodávke materiálu, no po obdržaní ponúk vyradila jednu z 9 firiem, lebo údajne jej tovar bol nekvalitný (hoci spĺňal štandardy uvedené v podmienkach tendra). Podľa súdu to nesmela urobiť. Ak mala nemocnica pochybnosti, mala sa obrátiť na národného regulátora kvality (hoci produkty firmy formálne štandardy spĺňali) a nechať výrobky overiť, a až po závere šetrenia pokračovať v tendri. Ak bolo nutné tender ukončiť skôr ako by regulátor vedel vo veci rozhodnúť, nemocnica by mohla v tendri pokračovať v súlade s princípom proporcionality.

Vec C-213/07. Podľa gréckej legislatívy sa verejných súťaží nesmú zúčastňovať osoby (alebo ich blízki) či firmy podnikajúce v mediálnej oblasti, a to z dôvodu možného ovplyvňovania tendrov. Podľa ECJ ide o príliš prísne a široké vylučovacie kritérium prezumpcie viny – odporúča legislatívu pozmeniť aspoň do tej miery, že mediálni podnikatelia či ich blízki by mali priestor na vysvetlenie, že v danom tendri nie sú v potenciálnom konflikte záujmov. Súd však tiež potvrdil, že jednotlivé štáty môžu sprísňovať kritéria účasti na tendroch nad rámec direktív únie.

Ekonomické a finančné podmienky

Veci 27-29/86 CEI a Bellini. Podľa súdu je možné, aby obstarávateľ určil horný limit na celkový objem kontraktov, aké práve uchádzači naplňajú. Dôvodom je zabezpečiť sa o voľných kapacitách uchádzača, ako aj zamedziť vytvoreniu prípadného monopolu.

B. kritériá pri hodnotení ponúk (award criteria) – sú len dve formy: buď podľa najnižšej ceny alebo podľa ekonomicky najvýhodnejšej ponuky (okrem ceny je teda viac kritérií)

Abnormálne nízke ponuky – súd ich jasne nedefinuje (Bovis). V týchto prípadoch si ale obstarávateľ musí vyžiadať písomnú dokumentáciu časti ponuky, ktoré sa zdajú podrozpočtované. Ide najmä o spôsob výroby, technické riešenia, dodržiavanie zákonných podmienok pre zamestnancov či legálnosť prípadnej štátnej pomoci. Rovnako voľnú úpravu má ZVO.

Vec C-103/88. V ponukách na opravu štadióna mesto Miláno vyradilo uchádzača, ktorého cena bola nižšia o viac ako 10% priemeru všetkých ponúk (ako to určoval taliansky zákon). Podľa ECJ to bolo nezákonné, lebo bolo treba uchádzača najprv požiadať o preukázanie

detailov ponuky a následne ju zvážiť. Automatické matematické vzorce na vyradovanie sa podľa súdu nezhodujú s európskym právom. Pre prácu komisie môžu byť vzorce použité, ale samotné rozhodnutia musia prísť až po konzultácii s uchádzačom.

Veci C-285/99 a C-286/99. Taliansky diaľničný obstarávateľ ANAS (obdoba našej Národnej diaľničnej spoločnosti) vylúčil z dvoch tendrov firmy, ktoré ponúkli mierne nižšiu cenu, ako tú, ktorú si ANAS interne, bez zverejnenia, stanovil ako absolútne minimálnu. Podľa súdu to mohol spraviť, ale pred samotným vylúčením musí daných účastníkov požiadať o dodatočné vysvetlenie a následne prípadne zvážiť svoj výpočet minimálnej možnej ceny.

Veci 147/06 a 148/06. Pri podprahových zákazkách súd pripúšťa automatické vylúčovanie ponúk po zvážení, že ponúk je veľa, času (kvôli objektívnej nutnosti implementácie projektu) a administratívnej kapacity na vyhodnotenie málo, a ponúk z iných krajín, kde by teoreticky mohli byť ďaleko nižšie náklady, je tiež minimálne (rozhodnutie presne termíny nedefinuje).

Definovanie ekonomicky najvýhodnejšej ponuky

Podľa Bovisa majú zadávatelia široké pole pôsobnosti pri definovaní kritérií. Hlavnými podmienkami sú relevantnosť kritérií k obsahu tendra, a nutnosť ich oznámenia potenciálnym účastníkom.

Smernica 2004/18/EC (č.53) stanovuje takúto definíciu :

„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“

Oznámenie kritérií:

„verejný obstarávateľ 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... kritériá v klesajúcom poradí podľa významu.“

Slovenský ZVO definíciu a kritériá kopíruje.

Vec C-331/04: Tender na miestnu dopravu v Taliansku obsahoval 4 kritériá aj s váhou v bodoch. Po prijatí prihlášok komisia jedno z kritérií s váhou 25% ešte definovala podrobnejšie – rozdelila ho na niekoľko podkritérií, každé tiež s vlastnou váhou. Neúspešný kandidát sa sťažoval, že to urobila neskoro a netransparentne. Podľa súdu je ďalšia špecifikácia kritérií komisiou v poriadku ak 1.sa tým nemenia vopred oznámené kritériá 2.ak takéto dodatočné špecifikovanie kritérií by nemalo vplyv na prípravu prihlášok do tendra účastníkmi, 3. ak dodatočná špecifikácia nebola robená s dôsledkom diskriminovania niektorých účastníkov

Podobne Vec C-532/06. Grécka samospráva robila tender na prípravu územného plánu, pričom ako kritériá hodnotenia ponúk uviedla len tri kritériá bez váh: minulé skúsenosť s podobnými projektmi, množstvo zamestnancov a vybavenie firmy, a schopnosť firmy splniť úlohy do zadaného termínu. Po prijatí ponúk od uchádzačov kritériám priradila výberová komisia váhy a ešte aj ďalšie podkritériá. Podľa súdu sa to priečilo princípom transparentnosti a nediskriminácie. Navyše, grécka samospráva zle určila aj hodnotiace kritériá („z kritérií hodnotenia ponúk sú vylúčené kritériá, ktorých cieľom nie je zistiť ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, ale sú spojené výlučne s posúdením spôsobilosti uchádzačov vykonať dotknutú zákazku“).

Sociálne a environmentálne kritériá

V zákazkách môžu byť preferované firmy s tzv. chránenými dielňami, brané do úvahy môžu byť aj sociálne a environmentálne aspekty (PČ, str.468), a to definovaním ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Tieto aspekty by však mali byť (Bovis) objektívne, relevantné k predmetu obstarávania, univerzálne aplikovateľné a v konečnom dôsledku ekonomicky prínosné. Takéto jasnejšie definovanie vhodnosti kritérií v slovenskom ZVO chýba. Ten sa odvoláva na bližšie nedefinovanú „vhodnosť“ podmienok, ako aj na potrebu nediskriminačných pravidiel, ktoré „musia podporovať spravodlivú súťaž“ (par.34, čl.5 a 9).

Veci C-31/87, C-360/89. Podľa súdu stanoviť podiel zamestnávania domácich/miestnych obyvateľov nemôže byť súčasťou kritérií pre vylúčenie kandidátov z účasti na tendri, ale môže byť súčasťou hodnotenia ponúk. Podobne súd uvažuje o environmentálnych kritériách

(a opačne to platí napríklad pri skúsenosti – tá môže byť kritériom účasti, ale už nie hodnotenia – v zmysle viac skúsenosti, viac bodov).

Ale! Vec C-21/88. Taliansky zákon v záujme podpory chudobnejších južných regiónov stanovil, že 30% kontraktov verejných inštitúcií majú dostať firmy z juhu Talianska. Podľa súdu to protirečí legislatíve EÚ, lebo ide o diskrimináciu zahraničných, ale aj talianskych firiem z ostatných častí Talianska.

Vec C-448/01. Rakúsky úrad stanovil v súťaži výberu dodávky elektriny ako kritériá cenu ako aj podiel využitia obnoviteľných energií na výrobe elektriny. Podľa súdu boli takéto kritériá v súlade s legislatívou.

Vec. 513/99. Helsinki kupovali autobusy súťažou metódou ekonomicky najvýhodnejšej ponuky. Body sa udeľovali uchádzačom aj za objem emisií a hluku autobusov. Vyhral uchádzač, ktorý nemal najnižšiu cenu, ale bol najlepší v „zelených“ kritériách. Podľa súdu bola súťaž s environmentálnymi kritériami v poriadku.

Vec C315/01. Pri nákupe čistiaceho stroja na diaľnice rakúsky úrad žiadal, aby pre účely inšpekcie mal uchádzač stroj prístupný do 300 km od sídla úradu. Uchádzač, ktorý to nespĺnil, bol vyradený. Podľa súdu protiprávne, lebo takáto podmienka nemôže byť kritériom hodnotenia ponúk.

Prístup k informáciám o obstarávaní

ECJ berie do úvahy potrebu transparentnosti, ale aj ochranu dôverných informácií, ktoré uchádzači poskytli vo svojich ponukách. Princípom je (PČ, str. 465) „adekvátny“ prístup k informáciám, aby potenciálni uchádzači mali rovnaké šance, dôležité je zachovať nestrannosť. Na jednej strane teda „predmet každej zmluvy, ako aj kritériá jej uzavretia musia byť vopred jasne vymedzené.“ Na strane druhej „je dôležité, aby verejní obstarávatelia nezverejňovali informácie týkajúce sa zadávacieho konania, ktoré by mohli narušiť hospodársku súťaž, či už v prebiehajúcim konaní, alebo v neskorších konaniach.“ (pozri Vec C-450/06). Podrobnosti necháva ECJ na verejných obstarávateľoch.

Slovenský ZVO tiež zdôrazňuje transparentnosť podmienok a „ochranu dôverných a osobných údajov“ z ponúk. Podľa nášho zákona sú obstarávatelia „povinní zachovávať mlčanlivosť o informáciách označených ako dôverné, ktoré im uchádzač...poskytol“ a

zároveň „informácie označené ako dôverné sú najmä obchodné tajomstvo a dôverné aspekty ponúk“ (par.19 a 20). V tomto smere sa ZVO javí prísnejší ako rozsudky ECJ, keďže definíciu dôvernosti necháva na uchádzačoch bez nutnosti preukázania, či prípadné zverejnenie informácií naozaj poškodzuje subjekt v hospodárskej súťaži.

Vec C-340/02. Francúzsky Le Mans vypísal súťaž na opravu kanalizácie v troch fázach – štúdiá uskutočniteľnosti, hodnotiaca štúdiá s dopadom na životné prostredia, samotná oprava. Podľa oznámenia víťaz prvej fázy „mohol“ dostať aj zákazky na ďalšie fázy. Víťaz z prvej súťaže návrhov napokon aj dostal zákazku na ďalšie dve fázy, no bez osobitnej súťaže. Podľa súdu to protirečí komunitárnej legislatíve, lebo v oznámení sa písalo o troch osobitných súťažiach a tým pádom boli prípadní konkurenční uchádzači v ďalších fázach diskriminovaní.

Vec C-450/06. V tendri na súčasti tankových pásov s dvoma uchádzačmi sa neúspešná firma obrátila na súd o posúdenie správnosti tendra. Víťazná firma však odmietla poskytnúť časť svojej dokumentácie s odvolaním sa na obchodné tajomstvo (a obstarávateľ argumentoval nesúhlasom firmy) – na súde by sa totiž spis so všetkými informáciami dostal k obojstranám. Podľa neúspešnej firmy sa však bez všetkých informácií nedajú posúdiť ponuky a ani postup obstarávateľa. ECJ argumentuje, že tajnosť istých informácií je pre nepoškodenie hospodárskej súťaže dôležitá, ale podobne aj transparentné posúdenie tendra. Podľa európskeho súdu teda má belgický súd zvážiť, ktoré informácie potrebuje a prípadne zaručiť firme tajnosť citlivých dokumentov.

Použitá literatúra:

Rozhodnutia ECJ – EUR-Lex, súbor práva EÚ, <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

Radoslav Procházka, Juraj Čorba, **Právo Európskej únie**, Poradca podnikateľa, 2006

Susan Arrowsmith, **A guide to the procurement cases of the Court of Justice**, Earlsgate Press, 1992

Christopher Bovis, **EC Public Procurement: Case Law and Regulation**, Oxford University Press, 2006

Kai Krüger, **Urgent needs – derogatory procurement law scenarios: reflections over ius necessitatis in the area of public contracting**, paper presented at 3rd International Public Procurement conference, August 2008, Amsterdam

Peter Trepte, **Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide**, Oxford University Press, 2007

Príloha:**Výkladové oznámenie Komisie o právnych predpisoch Spoločenstva uplatniteľných na zadávanie zákaziek, na ktoré sa úplne alebo čiastočne nevzťahujú smernice o verejnom obstarávaní**

(2006/C 179/02)

ÚVOD

Európske spoločenstvo nedávno prijalo nové smernice týkajúce sa zadávania verejných zákaziek na práce, dodávky tovaru a služby [1]. Stanovujú sa v nich podrobné pravidlá súťažných postupov verejného obstarávania v rámci celej EÚ.

Smernice o verejnom obstarávaní sa však neuplatňujú na všetky verejné zákazky. Existuje celý rad zákaziek, na ktoré sa smernice nevzťahujú alebo vzťahujú iba čiastočne, napríklad:

- zákazky pod prahovými hodnotami pre uplatňovanie smerníc o verejnom obstarávaní [2];
- zákazky na služby uvedené v prílohe II B k smernici 2004/18/ES a v prílohe XVII B k smernici 2004/17/ES, ktoré presahujú prahové hodnoty pre uplatňovanie týchto smerníc.

Tieto zákazky predstavujú významné príležitosti pre podniky na vnútornom trhu, najmä pre malé a stredné podniky a začínajúce spoločnosti. Otvorené a súťažné metódy zadávania zároveň pomáhajú verejným správam získavať viac možných uchádzačov o takéto zákazky a ťažiť z výhodnejších ponúk. Vzhľadom na rozpočtové problémy, s ktorými sa stretáva mnoho členských štátov, je mimoriadne dôležité zabezpečenie čo najefektívnejšieho využívania verejných zdrojov. Takisto by sa nemalo zabúdať na to, že transparentné postupy zadávania zákaziek sú osvedčenou ochranou proti korupcii a zvyhodňovaniu.

Takéto zákazky sa však stále v mnohých prípadoch zadávajú priamo miestnym poskytovateľom bez žiadnej verejnej súťaže. Európsky súdny dvor (ďalej len "ESD") vo svojej judikatúre potvrdil, že pravidlá Zmluvy o ES týkajúce sa vnútorného trhu sa uplatňujú takisto na zákazky mimo rozsahu smerníc o verejnom obstarávaní. Členské štáty a zainteresované strany žiadali pri rôznych príležitostiach Komisiu o usmernenie, akým spôsobom by mali uplatňovať základné zásady vyplývajúce z tejto judikatúry.

Toto výkladové oznámenie sa zaoberá dvomi uvedenými skupinami zákaziek, na ktoré sa smernice o verejnom obstarávaní nevzťahujú alebo sa vzťahujú iba čiastočne [3]. Komisia objasňuje svoje chápanie judikatúry ESD a navrhuje osvedčené postupy s cieľom pomôcť členským štátom ťažiť z celkového prínosu vnútorného trhu. Týmto výkladovým oznámením sa netvoria nové legislatívne pravidlá. Je potrebné poznamenať, že v každom prípade je výklad právnych predpisov Spoločenstva vo výlučnej pôsobnosti ESD.

1. PRÁVNY ZÁKLAD**1.1. Pravidlá a zásady Zmluvy o ES**

Verejní obstarávatelia [4] z členských štátov sú povinní vždy dodržiavať pravidlá a zásady Zmluvy o ES pri zadávaní verejných zákaziek patriacich do rozsahu pôsobnosti tejto zmluvy.

K týmto zásadám patrí voľný pohyb tovaru (článok 28 Zmluvy o ES), právo usadiť sa (článok 43), sloboda poskytovať služby (článok 49), nediskriminácia a rovnaké zaobchádzanie, transparentnosť, proporionalita a vzájomné uznávanie.

1.2. Základné normy pri zadávaní zákaziek

ESD vypracoval súbor základných noriem pre zadávanie zákaziek, ktoré vyplývajú priamo z pravidiel a zásad Zmluvy o ES. Zo zásad rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie na základe štátnej príslušnosti vyplýva povinnosť transparentnosti, ktorá podľa judikatúry ESD [5] "zabezpečuje pre každého potenciálneho uchádzača adekvátny stupeň zverejnenia, umožňujúci prístupnosť trhu služieb konkurencii, ako aj kontrolu nestrannosti postupov" [6].

Tieto normy sa uplatňujú na udeľovanie koncesií na poskytovanie služieb, na zákazky pod prahovými hodnotami [7] a na zákazky na služby uvedené v prílohe II B k smernici 2004/18/ES a v prílohe XVII B k smernici 2004/17/ES v súvislosti so záležitosťami, ktoré týmito smernicami nie sú upravené [8]. ESD výslovne uviedol, že "hoci sú určité zmluvy vylúčené z pôsobnosti smerníc Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania, obstarávateľa, ktorí ich uzatvárajú, sú povinní dodržiavať základné pravidlá Zmluvy" [9].

1.3. Význam pre vnútorný trh

Normy vyplývajúce zo Zmluvy o ES sa uplatňujú iba na zadávanie zákaziek, ktoré dostatočne súvisia s fungovaním vnútorného trhu. V tejto súvislosti sa ESD domnieval, že v jednotlivých prípadoch by zadávanie zákazky nebolo pre hospodárske subjekty so sídlom v iných členských štátoch zaujímavé "vzhľadom na osobitné okolnosti, ako je napríklad veľmi nepatrný hospodársky význam". V takom prípade "sa účinky na základné slobody [...] majú pokladať za príliš náhodné a príliš nepriame", aby bolo uplatňovanie noriem odvodených z primárnych právnych predpisov Spoločenstva oprávnené [10].

Je povinnosťou jednotlivých verejných obstarávateľov rozhodnúť, či by plánované zadanie zákazky mohlo byť pre hospodárske subjekty so sídlom v iných členských štátoch prípadne zaujímavé. Podľa názoru Komisie musí byť toto rozhodnutie založené na vyhodnotení konkrétnych okolností príslušného prípadu, ako je napríklad predmet zákazky, jej odhadovaná hodnota, osobitosti príslušného odvetvia (veľkosť a štruktúra trhu, obchodné zvyklosti a pod.) a zemepisná poloha miesta realizácie zákazky.

Ak verejný obstarávateľ dospeje k záveru, že príslušná zákazka je významná pre vnútorný trh, musí ju zadať v súlade so základnými normami vyplývajúcimi z právnych predpisov Spoločenstva.

Keď sa Komisia dozvie o možnom porušení základných noriem zadávania verejných zákaziek, na ktoré sa nevzťahujú smernice o verejnom obstarávaní, posúdi význam príslušnej zákazky pre vnútorný trh vzhľadom na konkrétne okolnosti každého prípadu. Konanie o porušení práva podľa článku 226 Zmluvy o ES sa začne iba v prípadoch, keď to bude primerané vzhľadom na závažnosť porušenia a jeho účinku na vnútorný trh.

2. ZÁKLADNÉ NORMY PRE ZADÁVANIE ZÁKAZIEK, KTORÉ MAJÚ VÝZNAM PRE VNÚTORNÝ TRH

2.1. Uverejnenie

2.1.1. Povinnosť zabezpečiť primerané uverejnenie oznámenia

Podľa ESD [11] zo zásad rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie vyplýva povinnosť transparentnosti, ktorá spočíva v zabezpečení zodpovedajúceho stupňa zverejnenia umožňujúceho otvorenie trhu hospodárskej súťaži v prospech každého potenciálneho uchádzača.

Povinnosť transparentnosti vyžaduje, aby mal podnik nachádzajúci sa na území iného členského štátu prístup k zodpovedajúcim informáciám týkajúcim sa zákazky predtým než bude zadaná, a to tak, aby tento podnik mohol dať najavo svoj záujem o získanie tejto zákazky [12].

Komisia je toho názoru, že kontaktovanie rôznych možných uchádzačov nie je v tejto súvislosti postačujúce, aj keď verejný obstarávateľ nevynechá podniky z ostatných členských štátov alebo sa pokúsi osloviť všetkých možných dodávateľov. Takýmto selektívnym prístupom sa nedá vylúčiť diskriminácia možných uchádzačov z ostatných členských štátov, najmä nových subjektov na trhu. To isté platí aj o všetkých formách "pasívneho" uverejnenia, keď verejný obstarávateľ neuverejní oznámenie aktívne, ale iba odpovedá na žiadosti o informácie od žiadateľov, ktorí sa vlastnými prostriedkami dozvedeli o úmysle zadať zákazku. Podobne sa za primerané uverejnenie oznámenia nepokladajú ani informácie prostredníctvom jednoduchých odkazov na správy masovokomunikačných prostriedkov, parlamentné či politické rokovania alebo iné udalosti, ako napríklad kongresy.

Jediný spôsob, ako je možné splniť požiadavky stanovené Európskym súdnym dvorom, je preto uverejniť dostatočne prístupné oznámenie pred zadaním zákazky. Toto oznámenie by mal uverejniť verejný obstarávateľ s cieľom otvoriť zadanie zákazky hospodárskej súťaži.

2.1.2. Spôsoby uverejnenia oznámenia

Verejní obstarávatelia sú zodpovední za výber najvhodnejšieho masovokomunikačného prostriedku na uverejnenie svojich zákaziek. Ich výber by sa mal riadiť posúdením významu zákazky pre vnútorný trh, najmä vzhľadom na jej predmet, hodnotu a bežnú prax v danom odvetví.

Čím väčší je o zákazku záujem možných uchádzačov z ostatných členských štátov, tým širší by mal byť dosah média. Najmä v prípade zákaziek na služby uvedené v prílohe II B k smernici 2004/18/ES a v prílohe XVII B k smernici 2004/17/ES, ktoré presahujú prahové hodnoty pre uplatňovanie týchto smerníc, sa na dosiahnutie primeranej transparentnosti zvyčajne vyžaduje uverejnenie v masovokomunikačnom prostriedku so širokým dosahom.

Medzi vhodné a bežne používané prostriedky uverejňovania patria:

- Internet

Široká dostupnosť a jednoduché používanie celosvetových internetových stránok znamená, že zákazky uverejnené na internetových stránkach sú oveľa prístupnejšie, najmä pre podniky z iných členských štátov a pre malé a stredné podniky hľadajúce menšie zákazky. Internet ponúka veľký výber možností zverejnenia verejných zákaziek:

Oznámenia na vlastnej internetovej stránke verejného obstarávateľa sú pružné a hospodárne. Mali by sa uverejňovať takým spôsobom, aby sa možní uchádzači o informáciách ľahko dozvedeli. Verejní obstarávatelia môžu zväziť aj uverejnenie informácie o budúcom zadávaní zákaziek, na ktoré sa nevzťahujú smernice o verejnom obstarávaní, v rámci ich profilu kupujúceho prostredníctvom internetu [13].

Portálové internetové stránky osobitne vytvorené na uverejňovanie zákaziek sú viditeľnejšie môžu ponúknuť rozšírené možnosti vyhľadávania. V tejto súvislosti je vytváranie osobitných platforiem pre zákazky nízkej hodnoty, s možnosťou zasielať oznámenia o zákazke prostredníctvom e-mailu, najlepším postupom, pričom sa plne využívajú možnosti internetu s cieľom zvýšiť transparentnosť a účinnosť [14].

- Vnútroštátne úradné vestníky, vnútroštátne časopisy zamerané na oznámenia o verejnom obstarávaní, noviny s celoštátnym alebo regionálnym dosahom alebo odborné publikácie.

- Miestne prostriedky uverejnenia

Verejní obstarávatelia môžu aj naďalej využívať miestne prostriedky uverejnenia, ako sú miestne noviny, obecné vestníky alebo dokonca informačné tabule. Tieto prostriedky však zabezpečujú iba miestne uverejnenie, ktoré môže byť primerané v osobitných prípadoch, ako napríklad pri veľmi malých zákazkách určených len pre miestny trh.

- Úradný vestník Európskej únie/internetové stránky TED (Tenders Electronic Daily)

Uverejnenie v úradnom vestníku nie je povinné, ale môže byť zaujímavou voľbou, najmä v prípade väčších zákaziek.

2.1.3. Obsah zverejnenia

ESD výslovne uviedol, že z požiadavky transparentnosti nemusí nevyhnutne vyplývať povinnosť formálne vyhlásiť verejnú súťaž [15]. Oznámenie sa preto môže obmedziť na stručný opis podstatných bodov obstarávanej zákazky a metódy jej zadania spolu s výzvou na kontaktovanie verejného obstarávateľa. V prípade potreby sa môže doplniť o ďalšie informácie, ktoré sú prístupné prostredníctvom internetu, alebo sa dajú získať od verejného obstarávateľa na základe žiadosti.

Uverejnenie oznámenia a všetka dodatočná dokumentácia by mala obsahovať všetky informácie, ktoré podnik z iného členského štátu bude odôvodnene potrebovať na to, aby sa rozhodol, či prejaví záujem o získanie zákazky.

Ako je ďalej uvedené v bode 2.2.2, verejný obstarávateľ môže prijať opatrenia na obmedzenie počtu žiadateľov, ktorých vyzve na predloženie ponuky. V takomto prípade by mal verejný obstarávateľ poskytnúť primerané informácie o mechanizmoch zaradenia žiadateľov do užšieho výberu.

2.1.4. Konania bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia

Smernice o verejnom obstarávaní obsahujú vymedzené výnimky, ktoré umožňujú za určitých podmienok konanie bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia [16]. Najdôležitejšie prípady sa týkajú mimoriadne naliehavých situácií spôsobených nepredvídateľnými

udalosťami, ako aj zákaziek, ktoré môže z technických alebo umeleckých dôvodov či z dôvodov súvisiacich s ochranou výhradných práv vykonať iba určitý hospodársky subjekt.

Podľa názoru Komisie sa príslušné výnimky môžu uplatniť na zadávanie zákaziek, na ktoré sa smernice nevzťahujú. Verejní obstarávatelia môžu preto zadávať tieto zákazky bez predchádzajúceho uverejnenia oznámenia, pokiaľ splnia podmienky niektorej z výnimiek ustanovených v smerniciach [17].

2.2. Zadávanie zákazky

2.2.1. Zásady

ESD vo veci Telaustria určil, že povinnosť transparentnosti pozostáva zo zabezpečenia primeraného stupňa zverejnenia umožňujúceho otvorenie trhu hospodárskej súťaži v prospech každého potenciálneho uchádzača, ako aj kontroly nestrannosti postupov. Záruka spravodlivého a nestranného konania je nevyhnutným dôsledkom povinnosti zabezpečiť transparentné uverejnenie oznámenia.

Na základe toho musí byť zákazka zadaná v súlade s pravidlami a zásadami Zmluvy o ES, aby pre všetky hospodárske subjekty, ktoré majú záujem o danú zákazku, platili spravodlivé podmienky hospodárskej súťaže [18]. V praxi sa to dá najlepšie dosiahnuť týmito nástrojmi:

- Nediskriminačný opis predmetu zákazky

Opis požadovaných vlastností tovaru alebo služby by sa nemal odvolávať na konkrétnu výrobnú značku alebo zdroj, alebo na určitý postup alebo na ochranné známky, patenty, typy alebo určitý pôvod alebo výrobu, ak takýto odkaz nie je odôvodnený predmetom zákazky a doplnený slovným spojením "alebo rovnocenný" [19]. V každom prípade by bolo vhodnejšie použiť všeobecnejší opis realizácie alebo funkcií.

- Rovnocenný prístup hospodárskych subjektov zo všetkých členských štátov

Verejní obstarávatelia by nemali stanovovať podmienky, ktorými sa spôsobuje priama alebo nepriama diskriminácia možných uchádzačov z ostatných členských štátov, ako je napríklad požiadavka, že podniky, ktoré majú záujem o zákazku, musia mať sídlo v rovnakom členskom štáte alebo regióne ako verejný obstarávateľ [20].

- Vzájomné uznávanie diplomov, osvedčení a iných dokladov o dosiahnutej kvalifikácii

Ak musia žiadatelia alebo uchádzači predložiť osvedčenia, diplomy alebo iné druhy písomných dokladov, dokumenty z ostatných členských štátov poskytujúce rovnocennú úroveň záruky sa musia akceptovať v súlade so zásadou vzájomného uznávania diplomov, osvedčení a ostatných dôkazov o dosiahnutej kvalifikácii.

- Primerané lehoty

Lehoty na prejavenie záujmu a predloženie ponúk by mali byť dostatočne dlhé na to, aby podniky z ostatných členských štátov mohli zákazku dôkladne posúdiť a vypracovať svoje ponuky.

- Transparentný a objektívny prístup

Všetci účastníci musia vopred poznať uplatniteľné pravidlá a musia mať istotu, že tieto pravidlá platia pre každého rovnako.

2.2.2. Obmedzenie počtu žiadateľov vyzvaných na predloženie ponuky

Verejní obstarávatelia môžu prijať opatrenia na obmedzenie počtu žiadateľov na primeranú úroveň, pokiaľ to urobia transparentným a nediskriminačným spôsobom. Napríklad môžu stanoviť objektívne faktory, ako sú skúsenosti žiadateľov v príslušnom odvetví, veľkosť a infraštruktúra ich podniku, ich technické a odborné schopnosti alebo iné podmienky. Dokonca sa môžu rozhodnúť aj pre žrebovanie, a to buď ako jediné kritérium alebo v kombinácii s inými kritériami výberu. V každom prípade musí byť počet žiadateľov zaradených do užšieho výberu taký, aby sa zohľadnila potreba zabezpečiť primeranú hospodársku súťaž.

Verejní obstarávatelia môžu ako alternatívu zvážiť uplatnenie kvalifikačných systémov, pri ktorých sa zoznam spôsobilých subjektov zostaví prostredníctvom dostatočne uverejneného, transparentného a otvoreného konania. Neskôr pre zadanie jednotlivých zákaziek v rámci systému môže verejný obstarávateľ zo zoznamu spôsobilých subjektov nediskriminačným spôsobom vybrať subjekty, ktoré vyzve na predloženie ponuky (napríklad striedavým žrebovaním subjektov uvedených v zozname).

2.2.3. Rozhodnutie o zadaní zákazky

Je potrebné, aby bolo konečné rozhodnutie o zadaní zákazky v súlade s procesnými pravidlami stanovenými na začiatku a aby sa úplne dodržiavali zásady nediskriminácie a rovnakého zaobchádzania. Týka sa to predovšetkým konaní spočívajúcich v rokovaní s uchádzačmi zaradenými do užšieho výberu. Tieto rokovania by sa mali organizovať tak, aby všetci uchádzači mali prístup k rovnakému množstvu informácií a aby sa vylúčilo akékoľvek neoprávnené zvýhodnenie jednotlivých uchádzačov.

2.3. Súdna ochrana

2.3.1. Zásady

ESD v rozsudku vo veci Telaustria zdôraznil dôležitosť možnosti preskúmať nestrannosť konania. Bez primeraného mechanizmu preskúmania nie je možné účinne zaručiť dodržiavanie základných noriem spravodlivosti a transparentnosti.

2.3.2. Smernice o postupoch preskúmania

Smernice o postupoch preskúmania [21] sa vzťahujú iba na zákazky, ktoré patria do rozsahu pôsobnosti smerníc o verejnom obstarávaní [22]. To znamená, že v týchto súvislostiach sa uplatňujú iba na zákazky na poskytnutie služieb uvedených v prílohe II B k smernici 2004/18/ES a v prílohe XVII B k smernici 2004/17/ES, ktoré presahujú prahové hodnoty pre uplatňovanie týchto smerníc. Postupy preskúmania pri týchto zákazkách musia byť v súlade so smernicami o postupoch preskúmania a príslušnou judikatúrou. V nedávno prijatom návrhu novej smernice o postupoch preskúmania zostávajú tieto zásady nezmenené [23].

2.3.3. Základné normy odvodené z primárneho práva Spoločenstva

Pri zákazkách, ktoré nedosahujú prahovú hodnotu pre uplatňovanie smerníc o verejnom obstarávaní, sa musí zohľadňovať skutočnosť, že podľa judikatúry ESD [24] majú jednotlivci právo na účinnú súdnu ochranu práv, ktoré sú odvodené z právneho poriadku Spoločenstva. Právo na takúto ochranu je jednou zo všeobecných právnych zásad vychádzajúcich z ústavných tradícií, ktoré majú členské štáty spoločné. Ak neexistujú príslušné ustanovenia právnych predpisov Spoločenstva, musia členské štáty samy ustanoviť potrebné pravidlá a postupy na zabezpečenie účinnej súdnej ochrany.

Na splnenie požiadavky účinnej súdnej ochrany musia byť aspoň rozhodnutia, ktoré majú nepriaznivý účinok na osobu, ktorá má alebo mala záujem získať zákazku, ako napríklad akékoľvek rozhodnutie o vylúčení žiadateľa alebo uchádzača, podliehať preskúmaniu možných porušení základných noriem vyplývajúcich z primárneho práva Spoločenstva. Aby sa umožnilo účinné vykonávanie práva na takéto preskúmanie, verejní obstarávatelia by mali uvádzať odôvodnenie rozhodnutí, ktoré sú preskúmateľné, a to priamo v danom rozhodnutí alebo na žiadosť po oznámení rozhodnutia [25].

V súlade s judikatúrou týkajúcou sa súdnej ochrany nesmú byť dostupné opravné prostriedky menej účinné ako opravné prostriedky, ktoré sa uplatňujú pri podobných nárokoch na základe vnútroštátnych všeobecne záväzných právnych predpisov (zásada rovnocennosti) a nesmú byť takej povahy, aby sa nimi prakticky znemožňovalo alebo neprimerane sťažilo získanie súdnej ochrany (zásada účinnosti) [26].

[1] Smernica 2004/18/ES, Ú. v. EÚ L 134, 30.4.2004, s. 114 a smernica 2004/17/ES, Ú. v. EÚ L 134, 30.4.2004, s. 1. ("smernice o verejnom obstarávaní").

[2] Prahové hodnoty sú uvedené v článku 7 smernice 2004/18/ES a v článku 16 smernice 2004/17/ES.

[3] Treťou skupinou zákaziek, na ktoré sa smernice nevzťahujú alebo sa vzťahujú iba čiastočne, sú koncesie. Pre koncesie na služby pozri článok 17 smernice 2004/18/ES a článok 18 smernice 2004/17/ES a pre koncesie na práce články 56 až 65 smernice 2004/18/ES a článok 18 smernice 2004/17/ES. Tieto však nie sú predmetom tohto oznámenia, pretože budú súčasťou opatrení nadväzujúcich na Zelenú knihu o verejno-súkromných partnerstvách.

[4] V tomto oznámení sa pojem "verejný obstarávateľ" vzťahuje na verejných obstarávateľov v zmysle článku 1 ods. 9 smernice 2004/18/ES a verejných obstarávateľov v zmysle článku 2 smernice 2004/17/ES.

[5] Rozsudok Súdneho dvora zo 7.12.2000 vo veci C-324/98 Telaustria, Zb. rozh. ESD s. I-10745, bod 62, rozsudok z 21.7.2005 vo veci C-231/03 Coname, body 16 až 19 a rozsudok z 13.10.2005 vo veci C-458/03 Parking Brixen, bod 49.

[6] Pozri vec Telaustria, bod 62, a vec Parking Brixen, bod 49 (zvýraznené autorom).

[7] Pozri vec C-59/00 Bent Moustén Vestergaard, Zb. rozh. ESD s. I-9505, bod 20, a rozsudok z 20.10.2005 vo veci C-264/03 Komisia/Francúzsko, body 32 a 33.

[8] Rozsudek Súdneho dvora z 27.10.2005 vo veci C-234/03 Contse, body 47 až 49. Smernicou o verejnom obstarávaní sa pre tieto zákazky stanovuje iba obmedzený súbor pravidiel, pozri článok 21 smernice 2004/18/ES a článok 32 smernice 2004/17/ES.

[9] Vec Bent Moustén Vestergaard, bod 20 (zvýraznené autorom).

[10] Vec Coname, bod 20 (zvýraznené autorom).

[11] Vec Telaustria, bod 62 a vec Parking Brixen, bod 49.

[12] Vec Coname, bod 21.

[13] Pozri prílohu VIII k smernici 2004/18/ES a prílohu XX k smernici 2004/17/ES.

[14] Pozri napríklad novovytvorený portál príležitostí na zákazky nízkej hodnoty v Spojenom kráľovstve, www.supply2.gov.uk.

[15] Vec Coname, bod 21.

[16] Článok 31 smernice 2004/18/ES a článok 40 ods. 3 smernice 2004/17/ES.

[17] Pozri stanovisko generálneho advokáta Jacobsa vo veci C-525/03 Komisia/Taliansko, body 46 až 48.

[18] Pozri rozsudok Súdneho dvora z 12.12.2002 vo veci C-470/99 Universale-Bau AG, Zb. rozh. ESD s. I-11617, bod 93.

[19] Pozri vec Bent Moustén Vestergaard, body 21 až 24 a výkladové oznámenie Komisie o zabezpečení prístupu výrobkov na trhy v ostatných členských štátoch, Ú. v. EÚ C 265, 4.11.2003, s. 2. Zákazky na poskytnutie služieb uvedených v prílohe II B k smernici 2004/18/ES a v prílohe XVII B k smernici 2004/17/EC musia byť v súlade s pravidlami o technických špecifikáciách v článku 23 smernice 2004/18/EC a v článku 34 smernice 2004/17/EC, ak presahujú prahové hodnoty pre uplatňovanie týchto smerníc. Technické špecifikácie týchto zákaziek sa musia stanoviť pred výberom dodávateľa a musia sa oznámiť alebo sprístupniť možným predkladateľom ponúk takými prostriedkami, ktoré zabezpečujú transparentnosť a rovnocenné postavenie všetkých možných predkladateľov, pozri stanovisko generálneho advokáta Jacobsa vo veci C-174/03 Impresa Portuale di Cagliari, body 76 až 78.

[20] Úspešného uchádzača však možno požiadať, aby v mieste realizácie zákazky vytvoril určitú podnikovú infraštruktúru, pokiaľ to vyžadujú osobitné okolnosti zákazky.

[21] Smernica 89/665/EHS, Ú. v. ES L 395, 30.12.1989, s. 33 a smernica 92/13/EHS, Ú. v. ES L 76, 23.3.1992, s. 14.

[22] Pozri článok 72 smernice 2004/17 a článok 81 smernice 2004/18.

[23] Návrh Komisie na prijatie smernice Európskeho parlamentu a Rady, ktorou sa menia smernice 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokiaľ ide o zlepšenie účinnosti postupov preskúmania v súvislosti so zadávaním verejných zákaziek, KOM(2006) 195, konečné znenie.

[24] Pozri rozsudok Súdneho dvora z 25.7.2002 vo veci C-50/00 Unión de Pequeños Agricultores, Zb. rozh. ESD s. I-6677, bod 39 a rozsudok z 15.10.1987 vo veci 222/86 Heylens, Zb. rozh. ESD s. 4097, bod 14.

[25] Pozri vec Heylens, bod 15.

[26] V súvislosti s touto zásadou pozri rozsudok Súdneho dvora z 5.3.1996 v spojených veciach C-46/93 a C-48/93 Brasserie du Pêcheur, Zb. rozh. ESD s. I-1029, bod 83 a rozsudok z 27.2.2003 vo veci C-327/00 Santex, Zb. rozh. ESD s. I-1877, bod 55.
