

MUDr. Martin Alföldi
Kukučínova 42
Sládkovičova 2044/47
927 01 Šaľa

Evidenčné číslo žiadosti: 16/I/2005

Šaľa 20.októbra 2005

Vec

Žiadosť o poskytnutie informácie podľa zákona č.211/2000 Z.z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov - poskytnutie informácie

Mesto Šaľa, zastúpené Ing. Tiborom Baranom, primátorom mesta, Vám na základe Vašej žiadosti o poskytnutie informácie podľa zákona č.211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám zo dňa 22. septembra 2005 dáva nasledovnú odpoveď:

VF prílohe Vám zasielame požadované informácie:

- Odvolanie proti rozhodnutiu Úradu verejného obstarávania
- Podnet na preskúmanie Úradu verejného obstarávania
- žalobu na Najvyšší súd SR,

ktoré následne aj zverejňujeme na internetovej stránke mesta.

Ing. Tibor Baran

Úrad pre verejné obstarávanie Páričkova 18
P.O.BOX 76
820 05 Bratislava

Šaľa 15. 08. 2005

Navrhovateľ: Mesto Šaľa
927 15 Šaľa, Námestie Svätej trojice 7
IČO: 00 306 185

Zastúpený: JUDr. Ladislavom Kelemenom, advokátom
927 01 Šaľa, Námestie Svätej Trojice 7

Vec:

**Odvolanie proti rozhodnutiu Úradu verejného obstarávania
(Páričkova 18, P.O.BOX 76, 820 05 Bratislava ďalej len úrad)
z 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005, resp.**

Odôvodnenie:

Úrad verejného obstarávania (ďalej len úrad) rozhodnutím z 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 nariadil obstarávateľovi v lehote 30 dní zrušiť metódu verejného obstarávania: „Koncesia na práce „Správa, prevádzka, údržba, rekonštrukcia a modernizácia majetku mesta“ vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 66/2005 dňa 07. 04. 2005 pod sp. zn. 04123-KOP.

Nakoľko samotný postup úradu možno bez ďalšieho považovať za nezákonný, ako aj z dôvodu samotnej vecnej nezákonnosti rozhodnutia, obstarávateľ napáda rozhodnutie v celom rozsahu a žiada odvolaniu vyhovieť a odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu zrušiť, a to z týchto dôvodov:

I. Prípustnosť opravného prostriedku

V danej veci úrad v poučení o opravnom prostriedku uviedol, že „rozhodnutie je podľa § 11 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní právoplatné dňom doručenia a vykonateľné je uplynutím lehoty na plnenie. Rozhodnutie je konečné a nemožno sa proti nemu odvolať.“.

Uvedené poučenie považujeme za nesprávne, a to z týchto dôvodov:

Podľa § 127 zákona „Na konania, v ktorých rozhoduje úrad, sa vzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní, 21) okrem konania podľa § 82 až 84, konania podľa § 107 až 111 a § 113 až 115 a konania podľa § 117 a 118.“.

21) Zákon č. 71/1967 Zb.

Je pravdou, že v danej veci sa domnievame, že rozhodnutie úradu podlieha preskúmaniu súdom (avšak vzhľadom na možný rôzny výklad právnej úpravy), podávame okrem žaloby na súd, aj odvolanie proti rozhodnutiu v zmysle ustanovení zákona č. 71/1967 Zb.

Poznamenávame, že v tejto súvislosti je potrebné dodať, že vzhľadom na primerané použitie ustanovení § 111 až 115 zákona, pokiaľ by úrad mal za to, že ustanovenie § 115 ods. 4 zákona o súdnom preskúmaní nie je možné použiť, v takom prípade by bolo proti rozhodnutiu o námietkach prípustné odvolanie podľa všeobecných predpisov. Preto z opatrnosti podávame na úrad samostatné odvolanie proti rozhodnutiu.

II. Nezákonnosť postupu

V danej veci úrad vydal dňa 08. 08. 2005 rozhodnutie podľa ustanovenia § 118 ods. 1 písm. a) a nariadil nám zrušiť metódu verejného obstarávania. Týmto postupom však porušil ustanovenie § 118 ods. 3 zákona, ktoré umožňuje úradu vydať takéto rozhodnutie len v lehote 30 dní od doručenia podnetu. Podľa našich poznatkov, **podnet** Občianskeho združenia, Lepšia Šaľa (na základe ktorého konanie začalo) **bol podaný úradu v lehote, od ktorej uplynulo viac ako 30 dní. Úrad teda už nemohol vydať rozhodnutie podľa § 118 ods. 1 zákona, ale mal iba povinnosť postupovať podľa ustanovenia § 118 ods. 5 zákona.**

Uvedená nezákonnosť postupu mala za následok vadu konania ktorá mala vplyv na zákonosť napadnutého rozhodnutia.

(časť III.)

Vecná stránka – nezákonnosť rozhodnutia

Obstarávateľ zrušujúce rozhodnutie odôvodnil tým, že návrh koncesnej zmluvy, ktorý je súčasťou podkladov pre verejnú súťaž je v rozpore s ustanovením § 10 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len zákon). Vo svojom rozhodnutí cituje ustanovenia § 10 ods. 6 zákona a v súvislosti s tým zdôrazňuje, že v koncesnej zmluve môže obstarávateľ s koncesionárom iba dohodnúť dobu, po ktorú má koncesionár právo **užívať stavbu** za účelom návratnosti finančných prostriedkov, ktoré na uskutočnenie prác poskytol. Podľa odôvodnenia rozhodnutia, že obstarávateľ pod pojem majetok zaradil školské zariadenia, administratívne budovy ..., s požiadavkou rekonštrukcie a modernizácie objektov, revitalizáciu zelene ... atď. **Úrad z uvedeného robí záver, že obstarávateľ preto nemôže poskytnúť reciprocitu v plnení spočívajúce v práve užívať stavbu.**

Uvedený záver úradu považujeme za formálny a prinajmenej za hrubo skresľujúci, v rozpore so zmyslom zákona, a to z týchto dôvodov:

Z obsahu odôvodnenia rozhodnutia je zrejmé, že jeho autor vyložil obsah koncesionárskej zmluvy v rozpore so zmyslom koncesionárskej zmluvy v jej všeobecnom chápaní. Obsah koncesionárskej zmluvy nemožno totiž vykladať len gramatickým výkladom ustanovenia § 10 ods. 6 zákona, t. j., že odplata za poskytnuté práce a služby môže byť

dohodnutá len formou práva užívať stavbu. Všeobecne totiž pod koncesionársku zmluvu je možné zaradiť nielen koncesiu na stavebné práce, ale aj koncesiu na služby. Nakoľko právny poriadok Slovenskej republiky všeobecnú definíciu pojmu služby nepozná, pre výklad uvedeného pojmu pre účely verejného obstarávania treba okrem právnej úpravy obsiahnutej v konkrétnych ustanoveniach zákona a vykonávacej vyhlášky upravujúcej verejné obstarávanie, aplikovať aj príslušné ustanovenia smerníc Európskej únie.

Nevyhnutnosť rešpektovania Smerníc Európskej únie vyplýva z ustanovenia čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý citujeme:

Čl.7

*(2) Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takej zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. **Právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.** Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2.*

Problematiku verejného obstarávania pôvodne upravovali Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 93/37/EHS, z ktorej vychádza aj teraz platná právna úprava Zákona o verejnom obstarávaní, pričom výklad uvedenej smernice nad všetky pochybnosti zahrňoval (a umožňoval) aj koncesiu na služby. Treba zdôrazniť, že smernica je špecifickým komunitárnym aktom, čo umožňuje členským štátom určitú voľnosť čo do voľby prostriedkov na dosiahnutie cieľa sledovaného smernici, avšak členské štáty sú smernicou viazané čo do dosiahnutia výsledku, a to bez zreteľa na to, či došlo alebo nedošlo k jej plnej transpozícii a implementácii. To v konečnom dôsledku znamená, že úrad je povinný smernicu vykladať v súlade s výsledkom sledovaným smernicou. Úradom uskutočnený výklad je preto v rozpore s výsledkom sledovaným smernicou.

V uvedených súvislostiach však zrejme ušlo pozornosti úradu, že Európsky parlament a Rada dňa 31. marca 2004 prijala smernicu 2004/17/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, smernicou 2004/18/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov pri zadávaní verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.

Na tom základe v záujme zosúladenia právnej úpravy, v súčasnej dobe prebiehajú prípravy novej právnej úpravy, ktorá bola predmetom rokovania legislatívnej rady vlády konanej dňa 07. 06. 2005, pričom si dovoľíme poukázať na niektoré ustanovenia navrhovanej právnej úpravy zosúladiť právnou úpravu s platnou smernicou. V záujme prehľadnosti niektoré ustanovenia návrhu citujeme:

Vymedzenie niektorých pojmov

§ 5 Zákazka

(1) Zákazka na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, zadávaná jedným alebo viacerými verejnými

obstarávateľmi, alebo jedným alebo viacerými obstarávateľmi. Zákazka sa uskutočňuje na základe písomnej zmluvy s peňažným plnením, ktorá je uzavretá s jedným alebo viacerými uchádzačmi.

(4) Zákazka na poskytnutie služby na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je poskytnutie služby uvedenej v prílohe č. 2 alebo v prílohe č. 3, s výnimkou zákaziek uvedených v odseku 2 alebo 3. Zákazka, ktorej predmetom je služba podľa prílohy č. 2 alebo prílohy č. 3 a ktorá zahŕňa, ako vedľajšiu, činnosť podľa prílohy č. 1, sa považuje za zákazku na poskytnutie služby. Zákazka sa považuje za zákazku na poskytnutie služby, ak hodnota služby prevyšuje hodnotu tovaru.

§ 6

Koncesia, súťaž návrhov

(1) Koncesia na práce je zákazka rovnakého typu ako zákazka na uskutočnenie práce s tým rozdielom, že úhrada za práce, ktoré sa majú uskutočniť je kompenzovaná právom užívať dielo na dohodnutý čas. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za práce, ktoré sa majú uskutočniť.

(2) Koncesia na služby je zákazka rovnakého typu ako zákazka na poskytnutie služby s tým rozdielom, že úhrada za služby, ktoré sa majú poskytnúť je kompenzovaná právom užívať služby. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za služby, ktoré sa majú poskytnúť.

Čo návrh zákona v zmysle § 5 zákona považuje za službu ako zákazku, vo väzbe na koncesiu na služby v zmysle § 6 ods. 2 zákona, je zrejmé z prílohy č. 2 návrhu. Uvedené prílohy, okrem iného sa napr. považujú za služby:

- **upratovanie budov a správa nehnuteľností (príloha č. 2 bod 14)**
- údržbárske a opravárenské práce
- služby pozemnej dopravy
- účtovníctvo, audit a vedenie účtovných kníh
- hotelové a reštauračné služby
- zdravotnícke a sociálne služby
- služby rekreačných a športových zariadení

Z uvedeného je zrejmé, že výklad možného obsahu koncesionárskej zmluvy iba vo väzbe na bezplatné užívanie stavby **je v hrubom rozpore s výsledkom sledovaným pôvodnou smernicou, ale aj teraz platnou smernicou** a navyiac záver úradu je v rozpore aj s legislatívnym návrhom zákona, ktorý sa usiluje o zosúladenie vnútroštátnej právnej úpravy so smernicami, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Výklad, podľa ktorého je možná odplatnosť len vo väzbe na bezplatné užívanie stavby, je v zrejmom rozpore s uvedenými právnymi úpravami, ale aj v rozpore so zmyslom verejného obstarávania, a to do takej miery, že popiera filozofické základy právnej úpravy zjednocujúcej sa Európy v čase prijímania právnych úprav, zosúladiujúcich právny poriadok Slovenskej republiky s uvedenými úpravami.

S poukazom na obsah koncesnej zmluvy, ktorá tvorí prílohu súťažných podmienok zdôrazňujeme, že obsah koncesnej zmluvy je v plnom súlade so zákonom a aktami Európskych spoločenstiev a Európskej únie, ktoré majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.

Z dôvodov uvedených vyššie sú naplnené predpoklady pre zrušenie napadnutého rozhodnutia nielen z dôvodov porušenie postupu správneho orgánu podľa § 250j ods. 2 písm.

e) OSP, ale aj z dôvodu uvedeného v ustanovení § 250j ods. 2 písm. a) OSP, nakoľko ako vyplýva z vyššie uvedeného, rozhodnutie vychádzalo z nesprávneho právneho posúdenia veci. Preto žiadame, aby, po preskúmaní rozhodnutia bolo vydané rozhodnutie tohto znenia:

Odvolací orgán podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. zrušuje rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 a v zmysle ustanovenia § 118 ods. 5 zákona č. 523/2003 Z.z. ukladá tomuto orgánu povinnosť oznámiť autorovi podnetu, že úrad nezistil porušenie zákona.

Ing. Tibor Baran
primátor mesta Šaľa

Úrad pre verejné obstarávanie
Páričkova 18
P.O.BOX 76
820 05 Bratislava

Šaľa 15. 08. 2005

Navrhovateľ: Mesto Šaľa
927 15 Šaľa, Námestie Svätej trojice 7
IČO: 00 306 185

Zastúpený: JUDr. Ladislavom Kelemenom, advokátom
927 01 Šaľa, Námestie Svätej Trojice 7

Vec:

Podnet na preskúmanie rozhodnutia Úradu verejného obstarávania z 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 mimo odvolacieho konania v zmysle ustanovenia § 65 ods. 1 a nasl. zákona č. 71/1967 Zb.

Odôvodnenie:

Úrad verejného obstarávania (ďalej len úrad) rozhodnutím z 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 nariadil obstarávateľovi v lehote 30 dní zrušiť metódu verejného obstarávania: „Koncesia na práce „Správa, prevádzka, údržba, rekonštrukcia a modernizácia majetku mesta“ vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 66/2005 dňa 07. 04. 2005 pod sp. zn. 04123-KOP.

Nakoľko samotný postup úradu možno bez ďalšieho považovať za nezákonný, ako aj z dôvodu samotnej vecnej nezákonnosti rozhodnutia, obstarávateľ napáda rozhodnutie v celom rozsahu a žiada odvolaniu vyhovieť a odvolaním napadnuté rozhodnutie úradu zrušiť, a to z týchto dôvodov:

I. Prípustnosť opravného prostriedku

V danej veci úrad v poučení o opravnom prostriedku uviedol, že „rozhodnutie je podľa § 11 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní právoplatné dňom doručenia a vykonateľné je uplynutím lehoty na plnenie. Rozhodnutie je konečné a nemožno sa proti nemu odvolať.“.

Uvedené poučenie považujeme za nesprávne, a to z týchto dôvodov:

Podľa § 127 zákona „Na konania, v ktorých rozhoduje úrad, sa vzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní, 21) okrem konania podľa § 82 až 84, konania podľa § 107 až 111 a § 113 až 115 a konania podľa § 117 a 118.“.

21) Zákon č. 71/1967 Zb.

Je pravdou, že v danej veci sa domnievame, že rozhodnutie úradu podlieha preskúmaniu súdom, avšak vzhľadom na možný rôzny výklad právnej úpravy, podávame okrem žaloby na súd, aj podnet na preskúmanie rozhodnutia v zmysle ustanovení zákona č. 71/1967 Zb.

Poznamenávame, že v tejto súvislosti je potrebné dodať, že vzhľadom na primerané použitie ustanovení § 111 až 115 zákona, pokiaľ by úrad mal za to, že ustanovenie § 115 ods. 4 zákona o súdnom preskúmaní nie je možné použiť, v takom prípade by bolo proti rozhodnutiu o námietkach prípustné odvolanie podľa všeobecných predpisov. Preto z opatrnosti podávame na úrad aj samostatné odvolanie proti rozhodnutiu.

II. Nezákonnosť postupu

V danej veci úrad vydal dňa 08. 08. 2005 rozhodnutie podľa ustanovenia § 118 ods. 1 písm. a) a nariadil nám zrušiť metódu verejného obstarávania. Týmto postupom však porušil ustanovenie § 118 ods. 3 zákona, ktoré umožňuje úradu vydať takéto rozhodnutie len v lehote 30 dní od doručenia podnetu. Podľa našich poznatkov, **podnet Občianskeho združenia, Lepšia Šaľa (na základe ktorého konanie začalo) bol podaný úradu v lehote, od ktorej uplynulo viac ako 30 dní. Úrad teda už nemohol vydať rozhodnutie podľa § 118 ods. 1 zákona, ale mal iba povinnosť postupovať podľa ustanovenia § 118 ods. 5 zákona.**

Uvedená nezákonnosť postupu mala za následok vadu konania ktorá mala vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

III. Vecná stránka – nezákonnosť rozhodnutia

Obstarávateľ zrušujúce rozhodnutie odôvodnil tým, že návrh koncesnej zmluvy, ktorý je súčasťou podkladov pre verejnú súťaž je v rozpore s ustanovením § 10 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len zákon). Vo svojom rozhodnutí cituje ustanovenia § 10 ods. 6 zákona a v súvislosti s tým zdôrazňuje, že v koncesnej zmluve môže obstarávateľ s koncesionárom iba dohodnúť dobu, po ktorú má koncesionár právo **užívať stavbu** za účelom návratnosti finančných prostriedkov, ktoré na uskutočnenie prác poskytol. Podľa odôvodnenia rozhodnutia, že obstarávateľ pod pojem majetok zaradil školské zariadenia, administratívne budovy ..., s požiadavkou rekonštrukcie a modernizácie objektov, revitalizáciu zelene ... atď. **Úrad z uvedeného robí záver, že obstarávateľ preto nemôže poskytnúť reciprocitu v plnení spočívajúce v práve užívať stavbu.**

Uvedený záver úradu považujeme za formálny a prinajmenej za hrubo skresľujúci, v rozpore so zmyslom zákona, a to z týchto dôvodov:

Z obsahu odôvodnenia rozhodnutia je zrejmé, že jeho autor vyložil obsah koncesionárskej zmluvy v rozpore so zmyslom koncesionárskej zmluvy v jej všeobecnom chápaní. Obsah koncesionárskej zmluvy nemožno totiž vykladať len gramatickým výkladom

ustanovenia § 10 ods. 6 zákona, t. j., že odplata za poskytnuté práce a služby môže byť dohodnutá len formou práva užívať stavbu. Všeobecne totiž pod koncesionársku zmluvu je možné zaradiť nielen koncesiu na stavebné práce, ale aj koncesiu na služby. Nakoľko právny poriadok Slovenskej republiky všeobecnú definíciu pojmu služby nepozná, pre výklad uvedeného pojmu pre účely verejného obstarávania treba okrem právnej úpravy obsiahnutej v konkrétnych ustanoveniach zákona a vykonávacej vyhlášky upravujúcej verejné obstarávanie, aplikovať aj príslušné ustanovenia smerníc Európskej únie.

Nevyhnutnosť rešpektovania Smerníc Európskej únie vyplýva z ustanovenia čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý citujeme:

Čl. 7

(2) Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takej zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. Právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky. Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2.

Problematiku verejného obstarávania pôvodne upravovali Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 93/37/EHS, z ktorej vychádza aj teraz platná právna úprava Zákona o verejnom obstarávaní, pričom výklad uvedenej smernice nad všetky pochybnosti zahrňoval (a umožňoval) aj koncesiu na služby. Treba zdôrazniť, že smernica je špecifickým komunitárnym aktom, čo umožňuje členským štátom určitú voľnosť čo do voľby prostriedkov na dosiahnutie cieľa sledovaného smernicou, avšak členské štáty sú smernicou viazané čo do dosiahnutia výsledku, a to bez zreteľa na to, či došlo alebo nedošlo k jej plnej transpozícii a implementácii. To v konečnom dôsledku znamená, že úrad je povinný zákon vykladať v súlade s výsledkom sledovaným smernicou. Úradom uskutočnený výklad je v rozpore s výsledkom sledovaným smernicou.

V uvedených súvislostiach však zrejme ušlo pozornosti úradu, že Európsky parlament a Rada dňa 31. marca 2004 prijala smernicu 2004/17/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, smernicou 2004/18/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov pri zadávaní verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.

Na tom základe v záujme zosúladenia právnej úpravy, v súčasnej dobe prebiehajú prípravy novej právnej úpravy, ktorá bola predmetom rokovania legislatívnej rady vlády konanej dňa 07. 06. 2005, pričom si dovoľíme poukázať na niektoré ustanovenia navrhovanej právnej úpravy zosúladujúcej právnu úpravu s platnou smernicou. V záujme prehľadnosti niektoré ustanovenia návrhu citujeme:

Vymedzenie niektorých pojmov

§ 5 ***Zákazka***

(1) *Zákazka na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, zadávaná jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, alebo jedným alebo viacerými obstarávateľmi. Zákazka sa uskutočňuje na základe písomnej zmluvy s peňažným plnením, ktorá je uzavretá s jedným alebo viacerými uchádzačmi.*

(4) *Zákazka na poskytnutie služby na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je poskytnutie služby uvedenej v prílohe č. 2 alebo v prílohe č. 3, s výnimkou zákaziek uvedených v odseku 2 alebo 3. Zákazka, ktorej predmetom je služba podľa prílohy č. 2 alebo prílohy č. 3 a ktorá zahŕňa, ako vedľajšiu, činnosť podľa prílohy č. 1, sa považuje za zákazku na poskytnutie služby. Zákazka sa považuje za zákazku na poskytnutie služby, ak hodnota služby prevyšuje hodnotu tovaru.*

§ 6

Koncesia, súťaž návrhov

(1) *Koncesia na práce je zákazka rovnakého typu ako zákazka na uskutočnenie práce s tým rozdielom, že úhrada za práce, ktoré sa majú uskutočniť je kompenzovaná právom užívať dielo na dohodnutý čas. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za práce, ktoré sa majú uskutočniť.*

(2) *Koncesia na služby je zákazka rovnakého typu ako zákazka na poskytnutie služby s tým rozdielom, že úhrada za služby, ktoré sa majú poskytnúť je kompenzovaná právom užívať služby. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za služby, ktoré sa majú poskytnúť.*

Čo návrh zákona v zmysle § 5 zákona považuje za službu ako zákazku, vo väzbe na koncesiu na služby v zmysle § 6 ods. 2 zákona, je zrejmé z prílohy č. 2 návrhu. Uvedené prílohy, okrem iného sa napr. považujú za služby:

- **upratovanie budov a správa nehnuteľností (príloha č. 2 bod 14)**
- údržbárske a opravárenské práce
- služby pozemnej dopravy
- účtovníctvo, audit a vedenie účtovných kníh
- hotelové a reštauračné služby
- zdravotnícke a sociálne služby
- služby rekreačných a športových zariadení

Z uvedeného je zrejmé, že výklad možného obsahu koncesionárskej zmluvy iba vo väzbe na bezplatné užívanie stavby je v hrubom rozpore s výsledkom sledovaným pôvodnou smernicou, ale aj teraz platnou smernicou a navyše záver úradu je v rozpore aj s legislatívnym návrhom zákona, ktorý sa usiluje o zosúladenie vnútroštátnej právnej úpravy so smernicami, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Výklad, podľa ktorého je možná odplatnosť len vo väzbe na bezplatné užívanie stavby, je v zrejmom rozpore s uvedenými právnymi úpravami, ale aj v rozpore so zmyslom verejného obstarávania, a to do takej miery, že popiera filozofické základy právnej úpravy zjednocujúcej sa Európy v čase, prijímania právnych úprav, zosúladňujúcich právny poriadok Slovenskej republiky s uvedenými úpravami.

S poukazom na obsah koncesnej zmluvy, ktorá tvorí prílohu súťažných podmienok zdôrazňujeme, že obsah koncesnej zmluvy je v plnom súlade so zákonom a aktmi Európskych spoločenstiev a Európskej únie, ktoré majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.

Z dôvodov uvedených vyššie sú naplnené predpoklady pre zrušenie napadnutého rozhodnutia nielen z dôvodov porušenie postupu správneho orgánu podľa § 250j ods. 2 písm. e) OSP, ale aj z dôvodu uvedeného v ustanovení § 250j ods. 2 písm. a) OSP, nakoľko ako vyplýva z vyššie uvedeného, rozhodnutie vychádzalo z nesprávneho právneho posúdenia veci.

Preto žiadame, aby, po preskúmaní rozhodnutia bolo vydané rozhodnutie tohto znenia:

Predseda Úradu pre verejné obstarávanie, ako orgán oprávnený v zmysle § 65 ods. 1 zákona č. 71/1967 Zb. na preskúmanie rozhodnutí Úradu pre verejné obstarávanie, podľa § 65 ods. 2 zákona č.71/1967 Zb. zrušuje rozhodnutie Úradu pre verejné obstarávanie zo dňa 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 a v zmysle ustanovenia § 118 ods. 5 zákona č. 523/2003 Z.z. ukladá tomuto orgánu povinnosť oznámiť autorovi podnetu, že úrad nezistil porušenie zákona.

Ing. Tibor Baran
primátor mesta Šaľa

Najvyšší súd Slovenskej republiky
Župné nám. 13
814 90 Bratislava

Šaľa 15. 08. 2005

Žalobca: Mesto Šaľa,
Námestie Svätej Trojice 7, 927 15 Šaľa
IČO: 00 306 185

Žalovaný: Úrad pre verejné obstarávanie
Páričkova 18, P.O.BOX 76, 820 05 Bratislava

Žaloba

podľa § 247 a nasl. Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len OSP), na preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného zo dňa 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005

Odôvodnenie:

Úrad verejného obstarávania (ďalej len úrad) rozhodnutím z 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 nariadil obstarávateľovi v lehote 30 dní zrušiť metódu verejného obstarávania: „Koncesia na práce „Správa, prevádzka, údržba, rekonštrukcia a modernizácia majetku mesta“ vyhlásenej vo Vestníku verejného obstarávania č. 66/2005 dňa 07. 04. 2005 pod sp. zn. 04123-KOP.

Nakoľko samotný postup úradu možno bez ďalšieho považovať za nezákonný, ako aj z dôvodu samotnej vecnej nezákonnosti rozhodnutia, žalobca napáda rozhodnutie v celom rozsahu a žiada rozhodnúť v zmysle petitu navrhovaného v závere tejto žaloby, a to z týchto dôvodov:

I. Prípustnosť opravného prostriedku

V danej veci úrad v poučení o opravnom prostriedku uviedol, že „rozhodnutie je podľa § 11 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní právoplatné dňom doručenia a vykonateľné je uplynutím lehoty na plnenie. Rozhodnutie je konečné a nemožno sa proti nemu odvolať.“.

Uvedené poučenie považujeme za nesprávne, a to z týchto dôvodov:

Podľa § 127 zákona „*Na konania, v ktorých rozhoduje úrad, sa vzťahujú všeobecné predpisy o správnom konaní, 21) okrem konania podľa § 82 až 84, konania podľa § 107 až 111 a § 113 až 115 a konania podľa § 117 a 118.*“.

21) Zákon č. 71/1967 Zb.

V danej veci úrad vykonával kontrolu v zmysle ustanovení § 117 a nasl. zákona (t. j. pred uzavretím zmluvy). Podľa § 118 ods. 6 zákona sa pri výkone kontroly pred podpisom zmluvy primerane použijú ustanovenia § 111 až 115. Toho dôsledkom je, že rozhodnutie o námietkach, je rozhodnutie o námietkach v zmysle ustanovenia § 111 ods. 3 zákona preskúmateľné súdom. Preto bolo povinnosťou úradu (napriek zneniu ustanovenia § 115 ods. 4 zákona) poskytnúť poučenie v uvedenom zmysle.

II. Dôvody prípustnosti preskúmania:

Podľa § 247 ods. 1 OSP „Podľa ustanovení tejto hlavy sa postupuje v prípadoch, v ktorých fyzická alebo právnická osoba tvrdí, že bola na svojich právach ukrátená rozhodnutím a postupom správneho orgánu, a žiada, aby súd preskúmal zákonnosť tohto rozhodnutia a postupu.“

Podľa § 247 ods. 3 OSP „Predmetom preskúmania môže byť za podmienok ustanovených v odsekoch 1 a 2 aj rozhodnutie, proti ktorému zákon nepripúšťa opravný prostriedok, ak sa stalo právoplatným.“

Podľa tvrdenia samotného žalovaného úradu uvedeného v poučení, že proti jeho rozhodnutiu nie je prípustný žiadny opravný prostriedok, je zrejme naplnenie ustanovenia § 247 ods. 2 OSP. Z toho je zrejme, že **prípustnosť preskúmania jeho rozhodnutia je daná aj v zmysle § 247 ods. 3 OSP, pričom existencia dôvodov uvedených v § 247 ods. 1 OSP, je zrejماً z dôvodov uvedených v časti IV. tejto žaloby.**

III. Nezákonnosť postupu

V danej veci úrad vydal dňa 08. 08. 2005 rozhodnutie podľa ustanovenia § 118 ods. 1 písm. a) a nariadil nám zrušiť metódu verejného obstarávania. Týmto postupom však porušil ustanovenie § 118 ods. 3 zákona, ktoré umožňuje úradu vydať takéto rozhodnutie len v lehote 30 dní od doručenia podnetu. Podľa našich poznatkov, **podnet Občianskeho združenia, Lepšia Šaľa (na základe ktorého konanie začalo) bol podaný úradu v lehote, od ktorej uplynulo viac ako 30 dní. Úrad teda už nemohol vydať rozhodnutie podľa § 118 ods. 1 zákona, ale mal iba povinnosť postupovať podľa ustanovenia § 118 ods. 5 zákona.**

Uvedená nezákonnosť postupu mala za následok vadu konania v zmysle ustanovenia § 250i ods. 3 OSP, ktorá nielenže mohla, ale mala vplyv na zákonnosť napadnutého rozhodnutia.

IV. Nezákonnosť rozhodnutia

Obstarávateľ zrušujúce rozhodnutie odôvodnil tým, že návrh koncesnej zmluvy, ktorý je súčasťou podkladov pre verejnú súťaž je v rozpore s ustanovením § 10 ods. 6 zákona o verejnom obstarávaní (ďalej len zákon). Vo svojom rozhodnutí cituje ustanovenia § 10 ods. 6 zákona a v súvislosti s tým zdôrazňuje, že v koncesnej zmluve môže obstarávateľ s koncesionárom iba dohodnúť dobu, po ktorú má koncesionár právo **užívať stavbu** za účelom návratnosti finančných prostriedkov, ktoré na uskutočnenie prác poskytol. Podľa odôvodnenia rozhodnutia, že obstarávateľ pod pojem majetok zaradil školské zariadenia, administratívne budovy ..., s požiadavkou rekonštrukcie a modernizácie objektov, revitalizáciu zelene ... atď. Úrad z uvedeného robí záver, že **obstarávateľ preto nemôže poskytnúť reciprocitu v plnení, spočívajúcom v práve užívať stavbu.**

Uvedený záver úradu považujeme za formálny a prinajmenej za hrubo skresľujúci, v rozpore so zmyslom zákona, a to z týchto dôvodov:

Z obsahu odôvodnenia rozhodnutia je zrejmé, že jeho autor vyložil obsah koncesionárskej zmluvy v rozpore so zmyslom koncesionárskej zmluvy v jej všeobecnom chápaní. Obsah koncesionárskej zmluvy nemožno totiž vykladať len gramatickým výkladom ustanovenia § 10 ods. 6 zákona, t. j., že odplata za poskytnuté práce a služby môže byť dohodnutá len formou práva užívať stavbu. Všeobecne totiž pod koncesionársku zmluvu je možné zaradiť nielen koncesiu na stavebné práce ale aj koncesiu na služby. Nakoľko právny poriadok Slovenskej republiky všeobecnú definíciu pojmu služby nepozná, pre výklad uvedeného pojmu pre účely verejného obstarávania treba okrem právnej úpravy obsiahnutej v konkrétnych ustanoveniach zákona a vykonávacej vyhlášky upravujúcej verejné obstarávanie, aplikovať aj príslušné ustanovenia smerníc Európskej únie.

Nevyhnutnosť rešpektovania Smerníc Európskej únie vyplýva z ustanovenia čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý citujeme:

Čl.7

*(2) Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takej zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. **Právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.** Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2.*

Problematiku verejného obstarávania pôvodne upravovali Smernice Európskeho parlamentu a Rady č. 93/37/EHS, z ktorej vychádza aj teraz platná právna úprava Zákona o verejnom obstarávaní, pričom výklad uvedenej smernice nad všetky pochybnosti zahrňoval (a umožňoval) aj koncesiu na služby. Treba zdôrazniť, že smernica je špecifickým komunitárnym aktom, čo umožňuje členským štátom určitú voľnosť čo do voľby prostriedkov na dosiahnutie cieľa sledovaného v smernici, avšak členské štáty sú smernicou viazané čo do dosiahnutia výsledku, a to bez zreteľa na to, či došlo alebo nedošlo k jej plnej transpozícii a implementácii. To v konečnom dôsledku znamená, že úrad je povinný smernicu vykladať

v súlade s výsledkom sledovaným smernicou. Úradom uskutočnený výklad je preto v rozpore s výsledkom sledovaným smernicou.

V uvedených súvislostiach však zrejme ušlo pozornosti úradu, že Európsky parlament a Rada dňa 31. marca 2004 prijala smernicu 2004/17/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, smernicou 2004/18/ES Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov pri zadávaní verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby.

Na tom základe v záujme zosúladenia právnej úpravy, v súčasnej dobe prebiehajú prípravy novej právnej úpravy, ktorá bola predmetom rokovania legislatívnej rady vlády konanej dňa 07. 06. 2005, pričom si dovoľíme poukázať na niektoré ustanovenia navrhovanej právnej úpravy zosúladujúcej právnou úpravu s platnou smernicou. V záujme prehľadnosti niektoré ustanovenia návrhu citujeme:

Vymedzenie niektorých pojmov

§ 5

Zákazka

(1) Zákazka na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je uskutočnenie prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb, zadávaná jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, alebo jedným alebo viacerými obstarávateľmi. Zákazka sa uskutočňuje na základe písomnej zmluvy s peňažným plnením, ktorá je uzavretá s jedným alebo viacerými uchádzačmi.

(4) Zákazka na poskytnutie služby na účely tohto zákona je zákazka, ktorej predmetom je poskytnutie služby uvedenej v prílohe č. 2 alebo v prílohe č. 3, s výnimkou zákaziek uvedených v odseku 2 alebo 3. Zákazka, ktorej predmetom je služba podľa prílohy č. 2 alebo prílohy č. 3 a ktorá zahŕňa, ako vedľajšiu, činnosť podľa prílohy č. 1, sa považuje za zákazku na poskytnutie služby. Zákazka sa považuje za zákazku na poskytnutie služby, ak hodnota služby prevyšuje hodnotu tovaru.

§ 6

Koncesia, súťaž návrhov

(1) Koncesia na práce je zákazka rovnakého typu ako zákazka na uskutočnenie práce s tým rozdielom, že úhrada za práce, ktoré sa majú uskutočniť je kompenzovaná právom užívať dielo na dohodnutý čas. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za práce, ktoré sa majú uskutočniť.

(2) Koncesia na služby je zákazka rovnakého typu ako zákazka na poskytnutie služby s tým rozdielom, že úhrada za služby, ktoré sa majú poskytnúť je kompenzovaná právom užívať služby. Toto právo môže byť spojené s čiastočnou finančnou úhradou za služby, ktoré sa majú poskytnúť.

Čo návrh zákona v zmysle § 5 zákona považuje za službu ako zákazku, vo väzbe na koncesiu na služby v zmysle § 6 ods. 2 zákona, je zrejme z prílohy č. 2 návrhu. Uvedené prílohy, okrem iného sa napr. považujú za služby:

- **upratovanie budov a správa nehnuteľností (príloha č. 2 bod 14)**
- údržbárske a opravárenské práce
- služby pozemnej dopravy
- účtovníctvo, audit a vedenie účtovných kníh
- hotelové a reštauračné služby
- zdravotnícke a sociálne služby
- služby rekreačných a športových zariadení

Z uvedeného je zrejmé, že výklad možného obsahu koncesionárskej zmluvy iba vo väzbe na bezplatné užívanie stavby **je v hrubom rozpore s výsledkom sledovaným pôvodnou smernicou, ale aj teraz platnou smernicou** a navyše záver úradu je v rozpore aj s legislatívnym návrhom zákona, ktorý sa usiluje o zosúladienie vnútroštátnej právnej úpravy so smernicami, ktorými je Slovenská republika viazaná.

Výklad, podľa ktorého je možná odplatosť len vo väzbe na bezplatné užívanie stavby, je v zrejmom rozpore s uvedenými právnymi úpravami, ale aj v rozpore so zmyslom verejného obstarávania, a to do takej miery, že popiera filozofické základy právnej úpravy zjednocujúcej sa Európy v čase prijímania právnych úprav, zosúladujúcich právny poriadok Slovenskej republiky s uvedenými úpravami.

S poukazom na obsah koncesnej zmluvy, ktorá tvorí prílohu súťažných podmienok zdôrazňujeme, že obsah koncesnej zmluvy je v plnom súlade so zákonom a aktmi Európskych spoločenstiev a Európskej únie, ktoré majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.

Z dôvodov uvedených vyššie sú naplnené predpoklady pre zrušenie napadnutého rozhodnutia nielen z dôvodov porušenia postupu správneho orgánu podľa § 250j ods. 2 písm. e) OSP, ale aj z dôvodu uvedeného v ustanovení § 250j ods. 2 písm. a) OSP, nakoľko ako vyplýva z vyššie uvedeného, rozhodnutie vychádzalo z nesprávneho právneho posúdenia veci.

Preto žiadame, aby súd po preskúmaní rozhodnutia a vyslovení záväzného právneho názoru rozhodol

takto:

Súd podľa § 250j ods. 2 písm. a) OSP a podľa § 250j ods. 2 písm. e) OSP zrušuje rozhodnutie žalovaného zo dňa 08. 08. 2005 č. 310-6000/4/2005 a vec mu vracia na ďalšie konanie.

Žalovaný je povinný nahradiť žalobcovi náhradu trov konania.

Ing. Tibor Baran
primátor mesta