Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prednesené 29. januára 2020 [1]

Vec C-796/18

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
proti
Stadt Köln,
za účasti:
Land Berlin

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné zákazky – Smernica 2014/24/EÚ – Pojem odplatná zmluva – Horizontálna spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi – Poskytnutie softvéru na koordináciu hasičských zásahov – Zmluva o spolupráci pri aktualizácii a ďalšom vývoji softvéru – Činnosť súvisiaca so službou vo verejnom záujme – Zákaz zvýhodniť tretie osoby“

1. Prvé európske predpisy týkajúce sa verejného obstarávania pochádzajú zo sedemdesiatych rokov minulého storočia. Odvtedy boli postupne prijaté viaceré predpisy, až do roku 2014, kedy boli prijaté tri predpisy, ktorých cieľom bolo upraviť všetky aspekty tejto problematiky: smernica 2014/24/EÚ [2] (ktorej výklad je predmetom prejednávaného návrhu na začatie prejudiciálneho konania), smernica 2014/23/EÚ [3] a smernica 2014/25/EÚ [4].

2. Súdny dvor už pred nadobudnutím účinnosti smerníc z roku 2014 uznal, že právne predpisy Únie, ktorými sa riadi verejné obstarávanie, sa v zásade neuplatnia, ak za určitých podmienok:

– verejný obstarávateľ poverí právnickú osobu, ktorú ovláda, uskutočnením určitých úloh bez využitia iných externých subjektov (*vertikálna* spolupráca alebo zadávanie zákaziek *in-house*) alebo

– dvaja verejní obstarávatelia vzájomne spolupracujú s cieľom zabezpečiť uskutočnenie spoločnej úlohy služby vo verejnom záujme (*horizontálna* spolupráca).

3. Judikatúra Súdneho dvora vytvorila v súvislosti s touto druhou formou spolupráce medzi orgánmi verejnej moci určitú právnu neistotu [5], ktorú sa smernica 2014/24 pokúsila odstrániť. Nie som si istý, či bol tento pokus taký úspešný, ako sa očakávalo.

1 Jazyk prednesu: španielčina.

2 Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65).

3 Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesií (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 1).

4 Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 243).

5 Táto právna neistota je v odôvodnení 31 smernice 2014/24 označená ako „značná“. V tom istom odôvodnení sa uvádza, že judikatúra v tejto oblasti „sa v jednotlivých členských štátoch, dokonca aj medzi verejnými obstarávateľmi, vykladá rôznymi spôsobmi“.

4. V konaní, v ktorom bol podaný prejednávaný návrh na začatie prejudiciálneho konania, spoločnosť (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, ďalej len „ISE“) napáda na vnútroštátnom súde zmluvy uzavreté medzi mestom Kolín a spolkovou krajinou Berlín, na základe ktorých spolková krajina Berlín prenecháva mestu Kolín počítačový program na riadenie zásahov jeho hasičského zboru, pričom k týmto zmluvám je pripojená dohoda o spolupráci medzi oboma orgánmi verejnej správy.

5. Vnútroštátny súd sa predovšetkým pýta, či vzťah medzi verejnými obstarávateľmi, ktorý tvorí základ tohto sporu, patrí do pôsobnosti pravidiel verejného obstarávania obsiahnutých v smernici 2014/24. Poskytuje tak Súdnemu dvoru príležitosť, aby doplnil svoju predchádzajúcu judikatúru, aj keď so zreteľom na nedávno prijaté ustanovenie (článok 12 ods. 4 smernice 2014/24), v súvislosti s ktorým Súdny dvor doteraz – pokiaľ sa nemýlim – nevydal nijaký rozsudok.

I. Právny rámec

A. Právo Únie. Smernica 2014/24

6. V odôvodnení 5 sa uvádza:

„… nič v tejto smernici členské štáty nezaväzuje, aby dodávateľsky zabezpečili alebo externalizovali poskytovanie služieb, ktoré si želajú poskytovať sami alebo organizovať prostredníctvom iných ako verejných zákaziek v zmysle tejto smernice…“.

7. Odôvodnenie 31 znie:

„Pokiaľ ide o otázku, do akej miery by sa na zmluvy uzavreté medzi subjektmi vo verejnom sektore mali vzťahovať pravidlá verejného obstarávania, existuje značná právna neistota. Príslušná judikatúra Súdneho dvora Európskej únie sa v jednotlivých členských štátoch, dokonca aj medzi verejnými obstarávateľmi, vykladá rôznymi spôsobmi. Z tohto dôvodu je nevyhnutné spresniť, v ktorých prípadoch nepodliehajú zmluvy uzavreté v rámci verejného sektora uplatňovaniu pravidiel verejného obstarávania.

Toto spresnenie by sa malo riadiť zásadami stanovenými v príslušnej judikatúre Súdneho dvora Európskej únie. Samotná skutočnosť, že obe strany dohody sú ako také orgánmi verejnej moci, nevylučuje uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania. Uplatňovanie pravidiel verejného obstarávania by však nemalo byť v rozpore so slobodou orgánov verejnej moci vykonávať úlohy vo verejnom záujme, ktoré boli na ne prenesené, používaním ich vlastných zdrojov, čo zahŕňa možnosť spolupráce s ostatnými orgánmi verejnej moci.

Malo by sa zabezpečiť, aby akákoľvek spolupráca medzi orgánmi verejnej moci, ktorá bola vyňatá z rozsahu pôsobnosti smernice, neviedla v súvislosti so súkromnými hospodárskymi subjektmi k narušeniu hospodárskej súťaže, pokiaľ stavia súkromného poskytovateľa služieb do zvýhodnenej pozície v porovnaní s jeho konkurentmi.“

8. Podľa odôvodnenia 33:

„Verejní obstarávatelia by mali mať možnosť zvoliť si, že svoje verejné služby budú poskytovať spoločne na základe spolupráce a bez toho, aby boli povinní použiť akúkoľvek konkrétnu právnu formu. Takáto spolupráca sa môže týkať všetkých druhov činností súvisiacich s poskytovaním služieb a plnením povinností pridelených zúčastneným orgánom alebo prevzatých zúčastnenými orgánmi, ako sú napríklad povinné alebo dobrovoľné úlohy miestnych či regionálnych orgánov alebo služby prenesené na osobitné orgány na základe verejného práva. Služby poskytované jednotlivými zúčastnenými orgánmi nemusia byť nevyhnutne identické[;] môžu byť aj doplnkové.

Na zmluvy týkajúce sa spoločného poskytovania služieb vo verejnom záujme by sa nemalo vzťahovať uplatňovanie pravidiel stanovených v tejto smernici za predpokladu, že sú uzavreté výlučne medzi verejnými obstarávateľmi, že uskutočňovanie tejto spolupráce sa riadi výlučne so zreteľom na verejný záujem a že žiadny súkromný poskytovateľ služieb nebol zvýhodnený voči svojim konkurentom.

S cieľom splniť tieto podmienky by mala spolupráca vychádzať z koncepcie spolupráce. Takáto spolupráca si nevyžaduje, aby všetky zúčastnené orgány prevzali plnenie hlavných zmluvných povinností, pokiaľ existujú záväzky prispieť k poskytovaniu dotknutých verejných služieb na základe spolupráce. Okrem toho by sa spolupráca vrátane akýchkoľvek finančných prevodov medzi zúčastnenými verejnými obstarávateľmi mala riadiť výlučne so zreteľom na verejný záujem.“

9. Článok 1 ods. 4 stanovuje:

„Táto smernica nemá vplyv na slobodu členských štátov vymedziť v súlade s právom Únie, čo považujú za služby všeobecného hospodárskeho záujmu, ako by sa tieto služby mali organizovať a financovať v súlade s pravidlami štátnej pomoci a aké osobitné povinnosti by sa na ne mali vzťahovať. Rovnako táto smernica nemá vplyv na rozhodnutie orgánov verejnej moci o tom, či, ako a v akom rozsahu chcú plniť verejné funkcie sami podľa článku 14 ZFEÚ a Protokolu 26.“

10. Článok 2 ods. 1 bod 5 vymedzuje verejné zákazky takto:

„… odplatné zmluvy uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je uskutočnenie stavebných prác, dodanie tovaru alebo poskytnutie služieb“.

11. Článok 12 („Verejné zákazky medzi subjektmi v rámci verejného sektora“) v odseku 4 stanovuje:

„Zmluva [zákazka – *neoficiálny preklad*] uzavretá výlučne medzi dvoma alebo viacerými verejnými obstarávateľmi nepatrí do rozsahu pôsobnosti tejto smernice, ak sú splnené všetky z týchto podmienok:

a) zmluvou [zákazkou – *neoficiálny preklad*] sa ustanovuje alebo vykonáva spolupráca medzi zúčastnenými verejnými obstarávateľmi s cieľom zabezpečiť, aby sa služby vo verejnom záujme, ktoré musia poskytovať, poskytovali v záujme dosahovania ich spoločných cieľov;

b) vykonávanie takejto spolupráce sa riadi výlučne aspektmi týkajúcimi sa verejného záujmu a

c) zúčastnení verejní obstarávatelia vykonávajú na otvorenom trhu menej ako 20 % činností, ktorých sa spolupráca týka.“

12. V článku 18 ods. 1 sa uvádza:

„Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentným a primeraným spôsobom.

Obstarávanie sa nesmie robiť so zámerom vylúčiť ho z rozsahu pôsobnosti tejto smernice ani umelo zúžiť hospodársku súťaž. Hospodárska súťaž sa považuje za umelo zúženú, ak je návrh obstarávania vypracovaný so zámerom neprimerane zvýhodniť či znevýhodniť niektoré hospodárske subjekty.“

B. Vnútroštátne právo

13. Podľa článku 91c ods. 1 nemeckej ústavy „Spolok a spolkové krajiny môžu spolupracovať pri plánovaní, vytváraní a prevádzkovaní počítačových systémov potrebných na plnenie svojich úloh“.

14. V § 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže, ďalej len „GWB“) je prebraté znenie článku 12 smernice 2014/24.

15. Podľa takzvaných „Kielskych uznesení“ prijatých v roku 1979 orgán verejnej správy môže poskytnúť softvér vytvorený alebo nadobudnutý (týmto orgánom alebo v jeho mene) iným nemeckým orgánom verejnej správy, pokaľ je zaručená vzájomnosť. Vzájomnosť je zaručená, ak rozpočtové predpisy alebo rozpočtové zákony alebo stanovy dotknutých subjektov – vlastníka a prijímateľa softvéru – zohľadnili rozpočtové pravidlá, ktoré v roku 1980 odporučila konferencia ministrov financií. Vo všeobecnosti sa zaručenie vzájomnosti nehodnotí z obchodného, ale politického hľadiska. Neposudzuje sa konkrétna vzájomná výmena, ale možnosť uskutočniť ju.[6]

II. Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

16. V septembri 2017 mesto Kolín a spolková krajina Berlín uzavreli zmluvu o prenechaní softvéru, ktorou spolková krajina Berlín bezplatne a trvale umožnila mestu Kolín používanie softvéru na kontrolu zásahov jeho hasičského zboru.

17. Toto prenechanie sa malo uskutočniť za podmienok stanovených v dohode o spolupráci z toho istého dňa, ktorá obsahovala okrem iného nasledujúce ustanovenia:

„§ 1 Účel spolupráce

… Partneri sa rozhodli pre rovnoprávne partnerstvo a v prípade potreby sa budú usilovať dosiahnuť kompromis s cieľom prispôsobiť softvér aktuálnym potrebám partnera a poskytnúť ho spolupracujúcemu partnerovi. …

§ 2 Stanovenie cieľa spolupráce

… Softvérový systém môže byť rozšírený o ďalšie špeciálne funkcie prostredníctvom modulu a poskytnutý ostatným spolupracujúcim partnerom na bezplatné využívanie. …

…

§ 5 Úprava spolupráce

… Prenechanie základného softvéru je bezplatné. Doplňujúce a nadstavbové špeciálne moduly sa ponúknu spolupracujúcim partnerom bezplatne.

…

Dohoda o spolupráci je záväzná len spolu so zmluvou [o prenechaní softvéru] ako jednotný dokument.“

18. ISE, ktorá vyvíja a predáva softvér, podala na Vergabekammer Rheinland (Komora pre verejné obstarávanie v oblasti Porýnia, Nemecko) návrh na preskúmanie zmlúv uzavretých medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín, pričom sa domáhala ich zrušenia. Poukázala na to, že mesto Kolín zadalo verejnú zákazku na dodanie tovaru v hodnote, ktorá prekračuje sumu, do výšky ktorej neplatí

6 Podľa štúdie z roku 2014 sa praktické fungovanie Kielskych uznesení v Nemecku bežne chápe takto: ak sa všeobecná zásada vzájomnosti stanovená v týchto uzneseniach uplatní na konkrétnu spoluprácu, chýba podstatný prvok definície verejnej zákazky na účely GWB. Neexistencia náhrady za prenechanie softvéru podporuje myšlienku, že také prenechanie je z pohľadu GWB bezodplatné. Pri uplatnení všeobecnej zásady vzájomnosti sa prijímateľ služby konkrétne nezaväzuje poskytnúť peňažnú náhradu: len abstraktne stanovil, že v porovnateľnej situácii bezodplatne poskytne rozšírenia softvéru, ak to bude potrebné (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.8.2014, s. 106).

povinnosť uplatniť pravidlá verejného obstarávania. Účasť mesta Kolín na ďalšom vývoji prenechaného softvéru podľa jej názoru predstavovala dostatočnú ekonomickú výhodu. Okrem toho nadobudnutie základného softvéru malo za následok zadanie dodatočných úloh výrobcovi: pre tretiu osobu by ďalší vývoj a údržba uvedeného softvéru predstavovali neprijateľné ekonomické náklady.

19. Vergabekammer Rheinland (Komora pre verejné obstarávanie v oblasti Porýnia) odmietla návrh spoločnosti ISE, pričom rozhodla, že zmluvy medzi mestom Kolín a spolkovou krajinou Berlín nemožno považovať za „verejné zákazky“ na účely práva Únie. Podľa jej názoru obe strany zaviedli len rovnocennú spoluprácu, v rámci ktorej došlo k bezplatnému prenechaniu softvéru.

20. ISE napadla uvedené rozhodnutie odvolaním na Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko). Mesto Kolín vyjadrilo nesúhlas s týmto odvolaním a tvrdilo, že napadnuté rozhodnutie je správne.

21. Za týchto okolností uvedený súd položil Súdnemu dvoru nasledujúce prejudiciálne otázky:

„1. Predstavuje písomne dohodnuté prenechanie softvéru orgánu verejnej správy inému orgánu verejnej správy, ktoré je spojené s dohodou o spolupráci, ‚verejnú zákazku‘ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24/EÚ, resp. zmluvu v zmysle článku 12 ods. 4 smernice, ktorá spadá – prinajmenšom v prvom rade, s výhradou ustanovení uvedených v článku 12 ods. 4 písm. a) až c) – do pôsobnosti smernice, pokiaľ prijímateľ softvéru síce nemusí za softvér ani zaplatiť, ani uhradiť jeho náklady, avšak dohoda o spolupráci spojená s prenechaním softvéru stanovuje, že každý spolupracujúci partner – a teda aj nadobúdateľ softvéru – bezodplatne poskytne druhému spolupracujúcemu partnerovi prípadné budúce vlastné rozšírenia softvéru, ktoré však nemá povinnosť vyvíjať?

Len v prípade kladnej odpovede na prvú otázku:

2. Musia byť podľa článku 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24/EÚ predmetom spolupráce zúčastnených verejných obstarávateľov samotné služby vo verejnom záujme poskytované občanovi, ktoré sa musia poskytovať spoločne, alebo postačuje, keď sa spolupráca vzťahuje na činnosti, ktoré určitým spôsobom slúžia na poskytovanie služieb vo verejnom záujme, ktoré majú byť poskytované rovnako, nie však nevyhnutne spoločne?

3. Platí v rámci článku 12 ods. 4 smernice 2014/24/EÚ tzv. nepísaný zákaz zvýhodnenia a v prípade kladnej odpovede, aký je jeho obsah?“

22. Návrh na začatie prejudiciálneho konania bol doručený do kancelárie Súdneho dvora 19. decembra 2018. Písomné pripomienky predložili mesto Kolín, rakúska vláda a Komisia.

23. Dňa 6. novembra 2019 sa konalo pojednávanie, na ktorom sa zúčastnili zástupcovia spoločnosti ISE, mesta Kolín, rakúskej vlády a Komisie.

III. Analýza

A. Náčrt problematiky a úvodné poznámky

24. Poskytovanie služieb prostredníctvom spolupráce orgánov verejnej správy, ktorá je tiež známa ako „horizontálna“ alebo „verejno-verejná“ spolupráca, bolo výslovne začlenené do právneho poriadku Únie, a to v treťom oddiele („Vylúčenia zákaziek“) kapitoly I hlavy I smernice 2014/24, konkrétne v článku 12 ods. 4 tejto smernice.[7]

25. Podľa uvedeného ustanovenia „zmluva uzavretá výlučne medzi dvoma alebo viacerými verejnými obstarávateľmi nepatrí do rozsahu pôsobnosti“ smernice 2014/24, ak spĺňa všetky podmienky, ktoré sú v tomto ustanovení vymenované.[8]

26. Smernica, ktorá platí v súčasnosti, pripúšťa horizontálnu spoluprácu *vo väčšej miere* než judikatúra Súdneho dvora vydaná pred prijatím smerníc z roku 2014. V tejto judikatúre[9], na ktorú odkazuje odôvodnenie 31 smernice 2014/24[10], boli stanovené určité podmienky na overenie, či poskytovanie služieb vo verejnom záujme možno uskutočňovať bez využitia verejného obstarávania prostredníctvom spolupráce medzi orgánmi verejnej správy.

27. Okrem toho, že subjekty, ktoré uzavrú dohodu, musia mať postavenie verejného obstarávateľa, uvedené podmienky vyžadovali, aby dohoda medzi orgánmi verejnej správy:

– mala za cieľ zaručiť uskutočnenie úlohy služby vo verejnom záujme, ktorú musia tieto subjekty vykonávať,

– bola uzavretá výlučne medzi verejnoprávnymi subjektmi, bez účasti súkromného podniku,

– nezvýhodňovala nijakého súkromného poskytovateľa v porovnaní s jeho konkurentmi,

– zavádzala spoluprácu, ktorá sa riadi výlučne úvahami a požiadavkami charakteristickými pre dosahovanie cieľov verejného záujmu.

28. Smernica 2014/24 sa však neobmedzuje na kodifikáciu predchádzajúceho právneho stavu, ale nanovo formuluje, spresňuje, vypúšťa a dopĺňa jednu alebo viaceré z týchto požiadaviek. Preto pri jej výklade nie je vždy relevantné alebo užitočné sa automaticky vrátiť k skoršej judikatúre.

29. Ustanoveniami, ktoré sú v tomto prípade dôležité, sú článok 12 ods. 4 a odôvodnenia 31 a 33 smernice 2014/14. Tieto ustanovenia vo vzájomnej súvislosti zavádzajú právny režim, ktorý spája dva odporujúce si ciele: na jednej strane zámer nezasahovať do usporiadania vnútornej správy členských štátov a na druhej strane cieľ, aby vylúčenie nevyústilo do porušovania zásad, ktorými sa riadi verejné obstarávanie v práve Únie.

7 Podobná formulácia sa nachádza v článku 17 smernice 2014/23 a v článku 28 smernice 2014/25.

8 Členské štáty sa slobodne rozhodnú, či na tieto vzťahy uplatnia svoje vlastné pravidlá verejného obstarávania.

9 Rozsudok z 9. júna 2009, Komisia/Nemecko (C-480/06, EU:C:2009:357; ďalej len „rozsudok Komisia/Nemecko“); rozsudok z 19. decembra 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce a Università del Salento/Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a i. (C-159/11, EU:C:2012:817; ďalej len „rozsudok ASL“); uznesenie zo 16. mája 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia a i. (C-564/11, neuverejnené, EU:C:2013:307); rozsudok z 13. júna 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; ďalej len „rozsudok Piepenbrock“); uznesenie z 20. júna 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, neuverejnené, EU:C:2013:416, ďalej len „uznesenie Consiglio Nazionale“), a rozsudok z 8. mája 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; ďalej len „rozsudok Datenlotsen“). Odkazy na horizontálnu spoluprácu sa nachádzajú aj v ďalších rozsudkoch týkajúcich sa vertikálnej spolupráce.

10 Podľa uvedeného odôvodnenia by sa spresnenie, ktoré zmluvy medzi subjektmi v rámci verejného sektora nepatria do pôsobnosti smernice 2014/24, „malo riadiť zásadami stanovenými v príslušnej judikatúre Súdneho dvora Európskej únie“.

30. Smernica 2014/24 zdôrazňuje, že nič členské štáty nezaväzuje, aby na obstarávanie alebo získavanie služieb potrebných na výkon svojej činnosti využívali verejné obstarávanie. [11]

31. Vyňatie tohto typu zmlúv uzavretých medzi orgánmi verejnej správy z pôsobnosti postupov verejného obstarávania však môže narušiť cieľ spočívajúci vo vytvorení vnútorného trhu aj v tejto oblasti. Čím viac zmlúv je vyňatých, tým menší je priestor na vytvorenie a rozvoj vnútorného trhu verejného obstarávania.

32. Samozásobovanie verejnoprávnych subjektov – či už v podobe spolupráce *in-house*, alebo v podobe „horizontálnej" spolupráce – vyvoláva určité riziká pre voľný pohyb tovaru a služieb. [12] Opodstatnené sú aj pochybnosti o dôsledkoch tohto samozásobovania pre voľnú hospodársku súťaž, pričom nejde len o prípad výslovne spomenutý v odôvodnení 33 druhom odseku *in fine* smernice 2014/24, ktoré zakazuje spoluprácu, ktorá zvýhodní jeden hospodársky subjekt v porovnaní s jeho konkurentmi.

33. Nevhodné použitie týchto mechanizmov spolupráce by skutočne mohlo vyvolať „zmenšenie" trhu na strane dopytu a zníženie počtu poskytovateľov, ktorých by tento trh mohol zniesť. Teoreticky si možno prestaviť aj zneužitie (kolektívneho) dominantného postavenia, ktoré by verejní obstarávatelia mohli získať.

34. Z iného hľadiska je tiež pravda, že väčšia pružnosť pre horizontálnu spoluprácu medzi verejnými obstarávateľmi, ktorú poskytuje smernica 2014/24 (výsledok politického rozhodnutia európskeho normotvorcu), môže mať aj priaznivé dôsledky pre hospodársku súťaž v tom zmysle, že motivuje súkromné subjekty, aby ponúkali lepšie zmluvné podmienky.

35. Rozhodnutie členského štátu o tom, ako bude poskytovať službu vo verejnom záujme (ktoré môže spočívať práve v tom, že nevyužije verejné obstarávanie, ale administratívnu spoluprácu), musí rešpektovať základné pravidlá ZFEÚ, najmä pravidlá týkajúce sa voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, ako aj zásady rovnosti zaobchádzania, zákazu diskriminácie, vzájomného uznávania, proporcionality a transparentnosti. [13] Tieto pravidlá a zásady treba zohľadniť aj pri výklade článku 12 smernice 2014/24.

36. Tieto úvahy ako celok vysvetľujú existenciu článku 12 smernice 2014/24 a odôvodňujú podmienky „verejno-verejnej" spolupráce, ktoré sú výslovne spomenuté v odseku 4 tohto článku.

37. Napokon je vhodné uviesť, že *vylúčenie* týchto mechanizmov spolupráce medzi verejnými obstarávateľmi z pôsobnosti smernice 2014/24 nezodpovedá dvojzložkovému vzťahu medzi pravidlom a výnimkou, ale chápaniu, ktoré je odlišné od oblasti, v ktorej platí uvedená smernica.

11 Skutočnosť, že členské štáty sa môžu slobodne rozhodnúť, či využijú verejné obstarávanie, bola zopakovaná v judikatúre Súdneho dvora v súvislosti s vertikálnou spoluprácou: bolo to tak v rozsudku z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, bod 48); v rozsudku z 13. novembra 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, bod 48), a nedávno v rozsudku z 3. októbra 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; ďalej len „rozsudok Irgita", bod 50 a bod 2 výroku). Pokiaľ ide o horizontálnu spoluprácu, táto skutočnosť bola zopakovaná v bode 45 rozsudku Komisia/Nemecko.

12 Tieto riziká sú podobné tým, ktoré sú v smernici 2014/24 uvedené v súvislosti so spájaním a centralizáciou obstarávania, pričom tieto operácie by sa podľa odôvodnenia 59 tejto smernice „mali dôkladne monitorovať, aby sa zamedzilo nadmernej koncentrácii kúpnej sily a tajným dohodám a aby sa zachovala transparentnosť a hospodárska súťaž, ako aj príležitosti na prístup na trh pre MSP".

13 Rozsudok Irgita, body 48 a 50 a bod 2 výroku, v ktorých bol podaný výklad článku 12 ods. 1 smernice 2014/24.

38. Skutočnosť, že vzťahy založené na spolupráci medzi verejnými obstarávateľmi uvedenej v článku 12 ods. 4 smernice 2014/24 „nepatria“ [14] do pôsobnosti tejto smernice, má totiž zabezpečiť vymedzenie hraníc uvedenej smernice, pričom ostatné jej ustanovenia jednoducho nemožno uplatniť na uvedené vzťahy. Preto si – v pravom zmysle slova – nemyslím, že konštatovania uvedené v predchádzajúcich rozsudkoch v súvislosti s (reštriktívnym) výkladovým kritériom, ktoré platí pre výnimky, na rozdiel od všeobecného pravidla automaticky slúžia na výklad tohto *vylúčenia*. [15]

B. Prvá prejudiciálna otázka. Prenechanie softvéru a pôsobnosť smernice 2014/24/EÚ

1. Úvodná úvaha: situácia upravená v článku 12

39. Vnútroštátny súd sa v prvom rade pýta, či prenechanie softvéru, k akému došlo medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín, spadá do pôsobnosti smernice 2014/24, a to buď ako „verejná zákazka“ (podľa článku 2 ods. 1 bodu 5), alebo len ako „zmluva“ (v zmysle článku 12 ods. 4).

40. Táto otázka – tak ako bola položená – vzniká vzhľadom na (zdanlivú) bezodplatnosť tohto prenechania. Z jej znenia vyplýva, že podľa vnútroštátneho súdu pôsobnosť smernice 2014/24 nie je vymedzená len v článku 2. Skutočnosť, že v článku 12 ods. 4 sa spolu s pojmom „zmluva“ nenachádza aj prídavné meno „verejná“, by mohla znamenať, že na niektoré zmluvy, ktoré nezodpovedajú definícii uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 5, by sa tiež vzťahovali pravidlá Únie týkajúce sa verejného obstarávania.

41. Namiesto podrobného rozboru jednotlivých významov pojmu zmluva a prívlastkov, ktoré sú s ním spojené, podľa jednotlivých ustanovení smernice 2014/24 [16] sa zameriam na výklad článku 12 ods. 4 tejto smernice s cieľom určiť, či sa uvedená smernica uplatní na vzťah, aký vznikol medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín. Prvou prejudiciálnou otázkou sa teda budem zaoberať z hľadiska špecifickej povahy uvedeného ustanovenia.

42. Slovo „zmluva“, ktoré sa nachádza v článku 12 ods. 4, možno vysvetliť na základe jeho systematického vzťahu skôr s ostatnými odsekmi tohto článku 12 než s článkom 2 smernice 2014/24. V tomto kontexte vyjadruje rozdiel oproti vertikálnej spolupráci (odseky 1 až 3 tohto ustanovenia), pri ktorej sú vzťahy medzi partnermi vybudované na základe vnútornej kontroly. V skutočnosti je jeho účelom vyjadriť, že musí existovať určitá dohoda alebo zmluva, ktorou sa stanoví základ a právny rámec vzťahov medzi stranami, cieľ spolupráce a činnosti (príspevky), ktoré má každá z nich vykonať. [17]

43. V tom istom zmysle vyznieva odôvodnenie 33 druhý odsek smernice 2014/24, v ktorom sú spomenuté „zmluvy týkajúce sa spoločného poskytovania služieb vo verejnom záujme“ a následne v treťom odseku „záväzky prispieť k poskytovaniu… služieb na základe spolupráce“, ktoré nemusia byť nevyhnutne formulované tak, že hlavné zmluvné povinnosti plnia všetci partneri.

14 Tento výraz je použitý v článku 12 ods. 4 prvom pododseku smernice 2014/24.

15 Pozri v súvislosti s vertikálnou spoluprácou návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Hogan vo veci Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, bod 45). Tá istá myšlienka je vyjadrená v rozsudkoch z 11. januára 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, bod 46); z 13. októbra 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, bod 63), a z 11. mája 2006, Carbotermo a Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, bod 45), ako aj v bode 23 rozsudku Datenlotsen.

16 Existujú argumenty na podporu jednotného chápania pojmu „zákazka“: samotný názov článku 12 („Verejné zákazky medzi subjektmi v rámci verejného sektora“); skutočnosť, že tento pojem je použitý na viacerých miestach smernice 2014/24 a iných smerníc ako skrátený tvar slovného spojenia „verejná zákazka“; doplnenie prídavného mena „verejná“ ako prívlastku pripojenému k podstatnému menu „zákazka“ sa mení podľa jazykového znenia posudzovaného ustanovenia: toto prídavné meno je uvedené v článku 12 (konkrétne v jeho odseku 1) v niektorých zneniach, ako je nemecké, francúzske, anglické alebo talianske znenie, ale nie v iných zneniach, ako je napríklad španielske znenie.

17 V článku 11 ods. 4 návrhu smernice z 20. decembra 2011, KOM(2011) 896 v konečnom znení, bola použitá táto formulácia: „Dohoda uzatvorená medzi dvoma alebo viacerými verejnými obstarávateľmi *sa nepovažuje za verejnú zákazku v zmysle článku 2 bodu 6 tejto smernice* …“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

44. Vychádzajúc z tohto predpokladu, článok 12 smernice 2014/24 upravuje dva druhy situácií, v prípade ktorých by bežný význam pojmu „verejná zákazka“ zrejme nebol veľmi vhodný, lebo tieto situácie sú skôr alternatívami uvedenej kategórie.

45. Uvedený článok na jednej strane pripúšťa „vertikálnu spoluprácu“ (odseky 1, 2 a 3 tohto článku), pri ktorej, ako som už uviedol inde, „v režime ‚in house‘ obstarávateľ z funkčného hľadiska nezadáva zákazku inému odlišnému subjektu, ale v skutočnosti ju zadáva sám sebe, a to vzhľadom na jeho väzbu s týmto formálne odlišným subjektom. Prísne vzaté, nemožno hovoriť o zadaní zákazky, ale len o objednávke alebo úlohe, ktorú druhá ‚strana‘ nemôže odmietnuť, a to bez ohľadu na formu tejto objednávky alebo úlohy“. [18]

46. Na druhej strane pripúšťa tiež „horizontálnu spoluprácu“, teda spoluprácu medzi verejnými obstarávateľmi, ktorí na jej úpravu využívajú zmluvnú formu, s cieľom dosiahnuť, aby poskytovanie služieb vo verejnom záujme, ktoré títo obstarávatelia musia poskytovať, bolo zamerané na uskutočnenie spoločného cieľa v rámci, ktorý sa riadi výlučne verejným záujmom, a v medziach rešpektovania voľnej hospodárskej súťaže (článok 12 ods. 4 smernice 2014/24).

47. Samozrejme, do pôsobnosti smernice 2014/24 – aj keď to v jej ustanoveniach nie je výslovne uvedené – nepatria ani iné druhy vzťahov medzi orgánmi verejnej správy, ako sú vzťahy založené na prenose alebo delegovaní právomocí, [19] a to aj s vytvorením združenia subjektov, ktoré je právnickou osobou verejného práva. Tieto situácie sa posudzujú tak, že v zásade „ nepodliehajú právu verejného obstarávania“. [20]

48. Pri horizontálnej spolupráci sa verejný obstarávateľ, ktorý by mohol pokryť svoje potreby (týkajúce sa dodania tovaru, stavebných prác alebo služieb) tak, že by prostredníctvom verejného obstarávania využil služby súkromných podnikateľov, rozhodne, že nepoužije tento postup a nahradí ho spoluprácou s iným verejnoprávnym subjektom, ktorý môže uspokojiť uvedené potreby.

49. Z objektívneho hľadiska osobitná povaha tohto druhu spolupráce medzi verejnoprávnymi subjektmi spočíva v troch prvkoch: koncepcia spolupráce, ktorou sa riadi vzťah medzi stranami; spoločný cieľ, ktorý tento vzťah sleduje, a účel verejného záujmu, ktorým sa má táto spolupráca riadiť.

50. Táto spolupráca zvyčajne predpokladá plnenia všetkých strán a následné vynaloženie verejných výdavkov. Vzťah medzi týmito stranami však nie je obmedzený na zásadu *do ut des*, charakteristickú pre synalagmatickú zmluvu, ktorou sa podľa judikatúry Súdneho dvora vyznačuje verejná zákazka, na ktorú sa vzťahujú smernice o verejnom obstarávaní. [21]

51. Právny úkon s plneniami všetkých partnerov, ktorých sa môžu všetci partneri domáhať, totiž vznikne, pokiaľ ich jednotlivé príspevky smerujú k dosiahnutiu spoločného neskoršieho cieľa. Právnym dôvodom plnení je práve tento spoločný cieľ, ktorý musí byť cieľom verejného záujmu.

18 Návrhy, ktoré som predniesol vo veci LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, bod 70).

19 Pokiaľ ide o podmienky, za ktorých prenos právomocí v súvislosti s plnením úloh verejnej služby nespadá do pôsobnosti pravidiel verejného obstarávania (vtedy smernice 2004/18), pozri rozsudok z 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; ďalej len „rozsudok Remondis“, bod 41 a nasl.).

20 Rozsudok Remondis, bod 53.

21 Tamže, bod 43.

2. Odplatnosť alebo bezodplatnosť vo vzťahu medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín

52. Pri rozhodovaní o tom, či sa vzťah medzi mestom Kolín a spolkovou krajinou Berlín riadil ustanoveniami smernice 2014/24, treba vziať do úvahy nielen zmluvu o prenechaní (na základe ktorej bol softvér poskytnutý mestu Kolín), ale aj dohodu o spolupráci, ktorá je súčasťou tejto zmluvy. [22]

53. Samotné dotknuté subjekty upravili tento vzťah ako jeden celok, pričom v článku 5 dohody o spolupráci uviedli, že táto dohoda a zmluva o prenechaní softvéru sú neoddeliteľné. [23]

54. Ako som už uviedol, pochybnosti vnútroštátneho súdu vyplývajú zo zdanlivej bezodplatnosti vo vzťahu medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín.

55. Odplatnosť je súčasťou definície pojmu „verejná zákazka“ uvedenej v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24. Domnievam sa, že ju tiež možno považovať za prvok, ktorým sa vyznačuje vzťah medzi verejnými obstarávateľmi uvedený v článku 12 ods. 4, ktorý sa – ako som už vysvetlil – nevyhnutne nezhoduje s bežným významom pojmu „verejná zákazka“.

56. Pokiaľ ide o význam pojmu odplatnosť, pripomínam, že Súdny dvor ho vo svojej judikatúre vyložil široko. [24]

57. Vo vzťahu medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín je dodanie počítačového programu opísané ako bezodplatné plnenie uskutočnené v rámci spolupráce na účely ďalšieho vývoja a prispôsobenia tohto programu prevádzkovým potrebám príslušných hasičských zborov.

58. Ako uvádza vnútroštátny súd [25], tento neskorší vývoj má ekonomickú hodnotu, ktorá môže byť veľmi vysoká [26]. V opise skutkového stavu mesto Kolín uvádza, že program sa mu poskytuje na to, aby sa mohlo podieľať na spolupráci. Predtým uznalo, že poskytovanie hasičských služieb – ktoré je, ako mesto Kolín uviedlo na pojednávaní, povinné poskytovať podľa zákona – nie je možné bez optimálneho systému na riadenie zásahov, ktorý treba sústavne prispôsobovať služobným potrebám, čo si vyžaduje efektívny softvér.

59. V nadväznosti na to, čo uviedla Komisia, je teda legitímne domnievať sa, že aj keď zmluva *stricto sensu* nestanovuje povinnosť ďalej vyvíjať softvér, je nepravdepodobné, že k takému ďalšiemu vývoju a prípadne k postupným úpravám počítačového programu nedôjde. Ako bolo zdôraznené na pojednávaní, bude prakticky nevyhnutné v krátkodobom aj dlhodobom horizonte aktualizovať tento softvér. [27]

60. Preto možno dôvodne očakávať, že mesto Kolín bude prostredníctvom modulov ďalej vyvíjať a rozširovať softvér. Tento faktor je protihodnotou za poskytnutie programu spolkovou krajinou Berlín, lebo ak by to nebolo tak, súčasťou zmluvy o prenechaní by nebola dohoda o spolupráci.

22 Pozri analogicky rozsudok Remondis, bod 37: „Na účely možnej kvalifikácie transakcie, ktorá zahŕňa viacero fáz, ako verejnej zákazky… treba túto transakciu preskúmať ako celok a so zreteľom na jej účel“.

23 Zástupkyňa mesta Kolín na pojednávaní uviedla, že do úvahy prichádza aj iná možnosť, pričom spomenula zmluvu o prenechaní softvéru medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Hamburg, ktorej súčasťou nie je dohoda o spolupráci.

24 Uznesenie Consiglio Nazionale, bod 38; rozsudok Remondis, bod 43, a rozsudok z 18. októbra 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, bod 31). Generálna advokátka Trstenjak v návrhoch, ktoré predniesla vo veci Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a i. (C-159/11, EU:C:2012:303, bod 32), uviedla, že „možno zastávať aj názor, že len extenzívny výklad pojmu odplatnosť zodpovedá cieľu smerníc o zadávaní verejných zákaziek, ktorým je otvorenie trhu na zaistenie skutočnej hospodárskej súťaže“, a osobitne spomenula iné formy odplaty, ako napríklad výmenný obchod alebo vzdanie sa vzájomných nárokov zmluvných strán.

25 Bod 29 návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

26 Táto hodnota môže byť vyššia ako hodnota samotného softvéru. ISE na pojednávaní v súvislosti s treťou prejudiciálnou otázkou zdôraznila túto skutočnosť.

27 Zástupkyňa mesta Kolín rozlišovala medzi dôležitými aktualizáciami a inými, menej významnými aktualizáciami. Dôležité aktualizácie sa musia vykonávať tri alebo štyri razy do roka a uskutočňujú sa po predchádzajúcej konzultácii s druhým účastníkom (alebo inými účastníkmi) spolupráce s cieľom zohľadniť v rámci možností jeho, resp. ich potreby. Iné, menej významné aktualizácie, ktoré spočívajú v odstránení malých chýb, si nevyžadujú uvedenú konzultáciu.

61. Protihodnotou, ktorá umožňuje hovoriť o odplatnosti vo vzťahu so spolkovou krajinou Berlín, je z pohľadu mesta Kolín v konečnom dôsledku jej účasť na spolupráci, ktorá umožňuje spolkovej krajine Berlín získať prospech v podobe úprav softvéru (§ 1 dohody o spolupráci) a doplňujúcich a nadstavbových špeciálnych modulov (§ 5 uvedenej dohody). Uvedené úpravy, ktoré majú určitú ekonomickú hodnotu, sa nepochybne vykonajú, lebo hasičské operačné strediská nemôžu fungovať inak.

62. Protiplnenie teda nezávisí od podmienky viazanej výlučne na vôľu zmluvných strán: jeho poskytnutie je len otázkou času. Nejde tu len o vyjadrenie zámeru spolupracovať, ale o záväzok, ktorý bude vymožiteľný a ktorý nezávisí od toho, *či* sa aktualizácia uskutoční, ale od toho, *kedy* sa uskutoční.

63. Je pravda, že dohoda o spolupráci stanovuje, že softvér môžu ďalej vyvíjať obe strany, a teoreticky by ktorákoľvek z nich mohla zostať nečinná a len čakať na plnenia druhej strany. Pripomínam však, že je veľmi nepravdepodobné, že k tomu dôjde, lebo by to znamenalo ohrozenie poskytovania služby vo verejnom záujme, ktorú musí poskytovať každá z nich. Tento postup by spôsobil, že samotná dohoda o spolupráci, ktorú obe strany dobrovoľne uzavreli, by sa stala bezpredmetnou.

64. Stručne povedané, zmluvný vzťah medzi verejnými obstarávateľmi, ktorí sa dohodli na prenechaní počítačového programu a na podmienkach svojej spolupráce pri jeho ďalšom vývoji, spadá pod článok 12 ods. 4 smernice 2014/24.

C. Druhá prejudiciálna otázka. Predmet spolupráce

1. Náčrt problematiky

65. Poskytovanie hasičských služieb vo verejnom záujme, ktoré musia poskytovať subjekty, ktoré v prejednávanej veci spolupracujú, sa neuskutočňuje spoločne: nemôže byť spoločné, a to už len z dôvodu geografickej vzdialenosti medzi územiami, na ktorých každý z týchto subjektov pôsobí.

66. Preto vnútroštátny súd pochybuje, či sa na túto spoluprácu vzťahuje článok 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24, a pýta sa, či v prípade, ak je to tak, „postačuje, keď sa spolupráca vzťahuje na činnosti, ktoré určitým spôsobom slúžia na poskytovanie služieb vo verejnom záujme, ktoré majú byť poskytované rovnako, nie však nevyhnutne spoločne“.

67. Na zodpovedanie tejto otázky je potrebné samostatne rozobrať dva prvky: a) spoločné prevádzkovanie služby vo verejnom záujme, ktorá je predmetom spolupráce, a b) otázku, či má činnosť, v ktorej spočíva spolupráca, povahu „služby vo verejnom záujme“.

a) O spoločnom poskytovaní služby vo verejnom záujme. Od „spoločnej úlohy služby vo verejnom záujme“ k „spoločným cieľom verejného záujmu“

68. Podľa judikatúry Súdneho dvora vydanej pred nadobudnutím účinnosti smernice 2014/24 bola uskutočniteľnosť horizontálnej spolupráce podmienená okrem iného požiadavkou, aby strany plnili *spoločnú* úlohu služby vo verejnom záujme. Súdny dvor sa však nemusel zaoberať otázkou, či samotné poskytovanie služby bolo *spoločné*.

69. Modelom horizontálnej spolupráce vyňatej z pôsobnosti európskych pravidiel verejného obstarávania bola vec C-480/06, Komisia/Nemecko, v ktorej táto spolupráca, vyjadrená v podobe činností a záväzkov, ktoré sa líšili svojou povahou a rozsahom, v konečnom dôsledku zaručovala uskutočňovanie úlohy služby vo verejnom záujme, ktorá patrila do pôsobnosti všetkých verejných obstarávateľov. Uvedený prípad sa týkal zneškodňovania odpadu, teda činnosti, na ktorej sa podieľali všetci partneri, lebo prevádzkovali zariadenie na spracovanie tohto odpadu.

70. Otázka, o ktorú ide v prejednávanej veci, nebola osobitne posúdená v uvedenom rozsudku ani v iných neskorších rozsudkoch, v ktorých úloha služby vo verejnom záujme nemala *spoločný* charakter, ktorý je predpokladom spoločného poskytovania tejto služby. [28]

71. Z článku 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24 vyplýva, že spolupráca orgánov verejnej moci nepatrí do pôsobnosti uvedenej smernice len vtedy, ak sa zmluva vzťahuje na spoločné ciele zúčastnených verejných obstarávateľov. Každý z nich bude poskytovať „služby vo verejnom záujme, ktoré musia poskytovať“ [29], „v záujme dosahovania ich *spoločných* cieľov“. V zmluve alebo dohode sa spresní forma poskytovania s cieľom zaručiť, aby to bolo tak. Z doslovného hľadiska majú byť v súčasnosti *spoločnými* ciele, a nie konkrétna úloha služby vo verejnom záujme.

72. Prípravné dokumenty týkajúce sa tejto smernice svedčia o tom, že zámerom normotvorcu bolo dosiahnuť, aby bola spolupráca z hľadiska jej predmetu pružnejšia. [30]

73. V návrhu smernice predloženom Komisiou sa ešte hovorilo o „spoločn[om] vykonávan[í] ich [verejných obstarávateľov] úloh služby vo verejnom záujme“. Znenie smernice bolo po prerokovaní v Rade a v Parlamente viackrát preformulované, kým nedostalo súčasnú podobu. Aj súčasné odôvodnenie 33 sa menilo súbežne so zmenami v znení uvedeného článku, a to v tom istom zmysle otvorenosti.

74. Pri záverečných rokovaniach bol z článku 12 ods. 4 smernice 2014/24 vypustený odkaz na spoločné vykonávanie úloh, ktorý sa však ešte stále nachádza v súčasnom odôvodnení 33. Zmienka o spoločných cieľoch bola doplnená na návrh Parlamentu, pričom bol zároveň z príslušného odôvodnenia (vtedajšieho odôvodnenia 14) vypustený opis koncepcie spolupráce v tom zmysle, že zahŕňa „spoločné riadenie a rozhodovanie, zdieľajúc zodpovednosť za riziká a synergické účinky“. [31]

75. Skutočnosť, že v odôvodnení 33 prvom odseku *in fine* sa uvádza, že služby vo verejnom záujme poskytované subjektmi, ktoré spolupracujú, nemusia byť identické, ale môžu byť doplnkové, potvrdzuje upustenie od požiadavky týkajúcej sa spoločnej úlohy služby vo verejnom záujme.

76. V tomto kontexte zmienka o *spoločnom* poskytovaní služieb, ktorá sa viackrát objavuje v uvedenom odôvodnení, pravdepodobne znamená, že služby vo verejnom záujme – či už identické, alebo doplnkové –, ktoré má poskytovať každý zo zúčastnených orgánov, sa musia uskutočňovať „v rámci spolupráce“, teda každý verejnoprávny subjekt ich má poskytovať s podporou iného verejnoprávneho subjektu alebo koordinovane.

28 Rozsudok ASL, bod 37. Súdny dvor sa vo svojich neskorších rozhodnutiach riadil judikatúrou vyplývajúcou z rozsudku ASL v takmer totožných veciach, pokiaľ ide o povahu aktérov a meritórnu otázku: pozri uznesenia zo 16. mája 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia a i. (C-564/11, neuverejnené, EU:C:2013:307), a Consiglio Nazionale. Uvedená judikatúra bola v bode 39 rozsudku Piepenbrock a v bode 35 rozsudku Datenlotsen uplatnená aj na iné oblasti.

29 Domnievam sa, že požiadavka, aby verejní obstarávatelia *museli* poskytovať predmetné služby, vyžaduje, aby verejní obstarávatelia boli poverení poskytovaním služby ešte pred uzavretím dohody o spolupráci. Tento výraz by sa mohol vzťahovať aj na službu vo verejnom záujme, ktorá sa musí poskytovať v rámci osobitnej spolupráce.

30 Táto pružnosť je zrejmá, aj pokiaľ ide o subjekty: pozri odôvodnenie 32 týkajúce sa horizontálnej spolupráce medzi verejnými obstarávateľmi so súkromnou kapitálovou účasťou. V článku 11 ods. 4 písm. e) návrhu Komisie bola táto možnosť naopak vylúčená.

31 Pozri oznámenie Rady Európskej únie č. 11644/13 z 26. júna 2013.

77. Mohlo by sa zdať, že ide o analýzu drobných významových odchýlok, ale – ako to býva v práve – právne dôsledky spojené s výberom takých či onakých pojmov sa môžu značne líšiť. Pripomínam, že podstatné je, že (nový) predpis odkazuje na spoločné ciele verejných obstarávateľov, ktorí navzájom spolupracujú.

b) „Služba vo verejnom záujme“ a „činnosti určené na podporu služby vo verejnom záujme“

78. Druhá prejudiciálna otázka si tiež vyžaduje analyzovať povahu činnosti, ktorá je predmetom spolupráce verejných obstarávateľov: treba určiť, či samotná táto činnosť musí byť „službou vo verejnom záujme“ [32], alebo môže ísť o vedľajšiu činnosť, teda o činnosť určenú na podporu služby vo verejnom záujme [33].

79. V rámci judikatúry vydanej pred nadobudnutím účinnosti smernice 2014/24 rozsudok Komisia/Nemecko do určitej miery objasnil druh činností, ktoré môžu byť predmetom „verejno-verejnej“ spolupráce vyňatej z pôsobnosti pravidiel verejného obstarávania. [34]

80. Znenie uvedeného rozsudku umožnilo uznať ako predmet spolupráce činnosti, ktoré ako také alebo samy osebe neboli službami vo verejnom záujme, ale priamo súviseli so službou vo verejnom záujme, pri poskytovaní ktorej sa verejní obstarávatelia dohodli spolupracovať.

81. Z vyššie uvedeného však nevyplýva odpoveď na otázku, či sa spolupráca za okolností, akými sú okolnosti tohto sporu, môže týkať *výlučne* činnosti, ktorá ako taká alebo sama osebe nie je službou vo verejnom záujme. Pripomínam, že v tomto prípade každý zo zúčastnených verejných obstarávateľov vo svojom mene samostatne poskytuje tú istú službu vo verejnom záujme (služby hasičského zboru), zatiaľ čo spolupráca je obmedzená na vedľajšiu činnosť (počítačové riadenie tiesňového operačného strediska).

82. Odôvodnenie 33 v rámci smernice 2014/24 svedčí v prospech kladnej odpovede na uvedenú otázku, keďže sa v ňom zdôrazňuje, že spolupráca sa môže týkať *„všetkých druhov činností súvisiacich s poskytovaním služieb a plnením povinností* pridelených zúčastneným orgánom alebo prevzatých zúčastnenými orgánmi…“. [35] Prípravné dokumenty opäť ukazujú, že zámerom bolo zdôrazniť tento aspekt, ktorý v pôvodnom návrhu Komisie nebol uvedený. [36]

83. Správnosť uvedenej kladnej odpovede potvrdzuje pružnosť, ktorú som označil ako charakteristickú črtu horizontálnej spolupráce v smernici 2014/24 a ktorá je zrejmá pri porovnaní tejto smernice s predchádzajúcou právnou úpravou, s predchádzajúcou judikatúrou Súdneho dvora a s návrhom Komisie.

32 Pripomínam, že v článku 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24 sú výslovne uvedené „služby vo verejnom záujme, ktoré [verejní obstarávatelia] musia poskytovať“. Táto kategória je uvedená len v článku 93 ZFEÚ. Do veľkej miery jej zodpovedá „služba všeobecného záujmu“ (SVZ), ktorá môže, no nemusí mať ekonomický obsah. Slobodu členských štátov vymedziť, organizovať a financovať služby všeobecného hospodárskeho záujmu (SVHZ) upravuje článok 1 ods. 4 smernice 2014/24, ktorý zasa odkazuje na článok 14 ZFEÚ a na Protokol č. 26 pripojený k ZFEÚ a k ZEÚ. Pozri v tejto súvislosti návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Hogan vo veci Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 Smernica 2014/24 nekonkretizuje rozsah, kvalitu alebo povahu *služieb vo verejnom záujme* (hlavné alebo vedľajšie, povinné alebo dobrovoľné, s ekonomickým obsahom alebo bez neho), ktorých sa môže týkať horizontálna spolupráca. Z odôvodnenia 33 vyplýva v tomto smere veľká miera pružnosti. Nemožno teda tvrdiť, že spolupráca je obmedzená na činnosti, ktoré zodpovedajú kľúčovej (základnej) právomoci verejného obstarávateľa, ako to podľa všetkého vyplývalo z bodu 37 prvej vety rozsudku ASL.

34 V uvedenej veci jedno z plnení spočívalo v poskytnutí zariadenia, v ktorom dochádzalo k zhodnocovaniu odpadu, ktorý každý z partnerov zozbieral na území, za ktoré zodpovedal. Súčasťou spolupráce bolo aj poskytovanie nadbytočnej kapacity: kapacita skládky odpadu, ktorú niektorá zo strán nevyužívala, sa mohla použiť na zmiernenie nedostatku skládkových kapacít druhej strany. Ďalší z príspevkov spočíval v záväzku technických a komunálnych služieb jedného z verejných obstarávateľov brániť práva iných verejných obstarávateľov voči prevádzkovateľovi zariadenia v prípade, ak im zariadenie spôsobí škodu.

35 Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

36 Pozri na porovnanie medziinštitucionálny dokument č. 12167/13.

84. Vyššie uvedené však neznamená, že takto dovolená horizontálna spolupráca je neobmedzená. Prirodzene, stále platí požiadavka, aby táto spolupráca bola zameraná na poskytovanie služieb vo verejnom záujme, ktoré patria do pôsobnosti partnerov.[37] Ak predmetom spolupráce nie je samotná služba vo verejnom záujme, ale činnosť „súvisiaca“ s touto službou, uvedená súvislosť musí vyplývať z funkčného zamerania činnosti na poskytovanie tejto služby.

85. Rovnováha medzi odporujúcimi si cieľmi, ktorou som sa zaoberal vyššie[38], si navyše vyžaduje rozlíšiť pri posudzovaní uvedenej súvislosti jednotlivé činnosti v závislosti od miery ich prepojenia so službou, k poskytovaniu ktorej prispievajú. Podľa môjho názoru článok 12 ods. 4 smernice 2014/24 dovoľuje uznať okrem iného podporné činnosti, ktoré sú bezprostredne a neoddeliteľne spojené so službou vo verejnom záujme, teda činnosti, ktorých podporný význam je taký veľký, že od nich závisí poskytovanie samotnej služby ako takej služby vo verejnom záujme.

86. Okrem toho musí spolupráca spĺňať ostatné podmienky stanovené v článku 12 ods. 4 (pokiaľ ide o subjekty, účel spolupráce a zásady, ktorými sa musí spolupráca riadiť), na ktoré som poukázal vyššie.

2. Spolupráca medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín

87. Ako som už spomenul, obaja verejní obstarávatelia v prejednávanej veci nevykonávajú spoločne hlavnú činnosť služby vo verejnom záujme, teda činnosť týkajúcu sa hasičských služieb. Cieľom ich spolupráce je naopak vytvoriť a sústavne aktualizovať počítačový program, ktorý je nevyhnutný na to, aby každý z nich optimálne riadil zásahy svojho hasičského zboru na území, za ktoré zodpovedá.

88. Podľa opisu softvéru a jeho aktualizácie, ktorý sa nachádza v spise, doplneného zhodnými vyhláseniami uskutočnenými na pojednávaní, tento počítačový program bol a je nevyhnutný na poskytovanie uvedenej služby vo verejnom záujme.

89. Spolupráca medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín teda spĺňa požiadavku uvedenú v článku 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24, keďže sa týka činnosti, ktorá je nevyhnutná pre efektívne poskytovanie služby vo verejnom záujme, ktorú musia poskytovať obaja verejní obstarávatelia.

D. Tretia prejudiciálna otázka. O zvýhodnení tretích osôb

90. Voči dohode medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín boli vznesené ďalšie námietky založené na rozpore horizontálnej spolupráce s právom hospodárskej súťaže. Vnútroštátny súd sa nimi zaoberá vo svojej tretej otázke, v ktorej sa pýta, či z článku 12 ods. 4 smernice 2014/24 nepriamo vyplýva nepísaný zákaz zvýhodnenia, a ak áno, aký je obsah tohto zákazu.

1. Horizontálna spolupráca a právo hospodárskej súťaže

91. Podmienka, aby nijaký súkromný subjekt nebol v dôsledku horizontálnej spolupráce zvýhodnený v porovnaní so svojimi konkurentmi, nie je výslovne a samostatne uvedená v článku 12 smernice 2014/24. Naopak bola uvedená v predchádzajúcej judikatúre.[39]

37 Súdny dvor to v bode 16 rozsudku Datenlotsen (prostredníctvom odkazu uvedeného v bode 34) v rámci predchádzajúcej judikatúry sformuloval takto: „… univerzita ani HIS nie sú orgánmi verejnej moci a HIS nie je priamo poverená výkonom činnosti vo verejnom záujme“.

38 Pozri vyššie, bod 29 a nasl.: zámer nezasahovať do usporiadania vnútornej správy členských štátov treba zosúladiť s požiadavkou, aby vylúčenie z pôsobnosti práva Únie neviedlo k porušovaniu zásad verejného obstarávania a voľnej hospodárskej súťaže.

39 Rozsudok Komisia/Nemecko, bod 47; rozsudok ASL, body 35, 38 a výrok, a uznesenie Consiglio Nazionale, bod 44 a výrok).

92. Na účely posúdenia, či napriek neexistencii tejto výslovnej zmienky táto požiadavka stále platí, na úvod pripomínam, že členské štáty majú širokú mieru voľnej úvahy pri rozhodovaní o tom, či budú poskytovať služby samy, alebo ich poskytovaním poveria iné subjekty.

93. Pokiaľ sú splnené určité požiadavky, v prvom z týchto dvoch prípadov (samozásobovanie v širšom zmysle) členské štáty nie sú povinné dodržiavať pravidlá a postupy verejného obstarávania stanovené právom Únie. Sú však naďalej viazané inými pravidlami [40], ku ktorým patria pravidlá týkajúce sa voľnej hospodárskej súťaže stanovené v článku 106 ods. 2 ZFEÚ.

94. Preto článok 18 ods. 1 druhý pododsek smernice 2014/24 v súvisiacej oblasti stanovuje, že „obstarávanie sa nesmie robiť so zámerom vylúčiť ho z rozsahu pôsobnosti tejto smernice ani umelo zúžiť hospodársku súťaž“.

95. Obmedzenie, ktoré stanovujú pravidlá týkajúce sa voľnej hospodárskej súťaže, má teda vplyv aj na horizontálnu spoluprácu medzi verejnými obstarávateľmi. Tento vplyv je prinajmenšom dvojaký:

– na jednej strane toto obmedzenie má rozhodujúci význam vo vzťahu verejných obstarávateľov so všetkými súkromnými subjektmi ako konkurentmi na trhu,

– na druhej strane určuje, ako majú postupovať verejnoprávne subjekty, aby ich spolupráca v prípade, že sa nejakým spôsobom dotýka aj súkromných subjektov, nenarúšala hospodársku súťaž medzi nimi.

96. Článok 12 ods. 4 smernice 2014/24 má za cieľ predovšetkým zabrániť skresleniu voľnej hospodárskej súťaže, keďže vyžaduje, aby sa táto spolupráca uskutočňovala výlučne medzi verejnými obstarávateľmi. [41] Zároveň stanovuje určité obmedzenia, ktoré vychádzajú z toho istého cieľa:

– spolupráca musí byť obmedzená na poskytovanie služieb vo verejnom záujme, ktoré musia poskytovať zúčastnení verejní obstarávatelia, teda nemôže sa týkať výkonu ich bežných ekonomických činností [písmeno a)],

– musí sa riadiť výlučne dôvodmi verejného záujmu, a nie trhovými dôvodmi [písmeno b)].

– ak subjekty, ktoré navzájom spolupracujú, pôsobia aj na „otvorenom trhu“, nemôžu prekročiť 20 % činností, ktorých sa táto spolupráca týka.

97. Nemožno sa domnievať – ako tvrdí mesto Kolín –, že povinnosť dodržiavať voľnú hospodársku súťaž platí len v situácii, keď verejní obstarávatelia súťažia na trhu so všetkými súkromnými subjektmi.

98. Naopak, ako som už uviedol, všeobecná povinnosť nenarušiť hospodársku súťaž je stanovená v primárnom práve (článok 106 ods. 2 ZFEÚ) a v osobitnom rámci verejného obstarávania v článku 18 ods. 1 druhom pododseku smernice 2014/24.

40 Pozri body 30 až 35 vyššie.

41 Aj keď smernica 2014/24 v súlade s režimom spolupráce in-house dovoľuje určitú súkromnú kapitálovú účasť vo verejnoprávnych subjektoch: pozri vyššie, poznámka pod čiarou 30 vyššie.

2. Zadávanie zákaziek tretím osobám

a) Všeobecné úvahy

99. Odôvodnenia 31 a 33 smernice 2014/24 potvrdzujú, že spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi nemôže viesť „k narušeniu hospodárskej súťaže“ tým, že postaví súkromného poskytovateľa služieb do zvýhodnenej pozície v porovnaní s jeho konkurentmi.[42] Treba zdôrazniť, že uvedené odôvodnenia v skutočnosti nestanovujú ďalšie normatívne prvky nad rámec znenia smernice: len usmerňujú výklad článku 12 ods. 4 smernice.

100. Postupy verejných obstarávateľov, ktoré skresľujú hospodársku súťaž tým, že znevýhodňujú súkromného poskytovateľa služieb v porovnaní s jeho konkurentmi, by teda neboli v súlade so smernicou 2014/24. „Zvýhodnenie“, na ktoré poukazuje vnútroštátny súd, je preto zakázané, pokiaľ zvýhodňuje jeden súkromný subjekt na úkor ostatných súkromných subjektov.

101. V tejto súvislosti môžu vzniknúť dve situácie, ktoré nie sú úplne rovnaké:

– horizontálna spolupráca, pri ktorej verejný obstarávateľ poskytne inému verejnému obstarávateľovi určitý tovar alebo určité služby, ktoré prvý uvedený obstarávateľ nadobudol od súkromného subjektu bez toho, aby dodržal pravidlá verejného obstarávania. Pokiaľ by sa uvedené pravidlá mali uplatniť (z dôvodu predmetu, hodnoty zákazky atď.), tretie subjekty by boli *opäť* a takpovediac *dvojako* znevýhodnení, keďže by boli dvakrát opomenutí;

– horizontálna spolupráca, ktorej budúce uskutočnenie si vyžaduje účasť iných hospodárskych subjektov, než sú verejní obstarávatelia. Ak sa niektorým z týchto súkromných subjektov diskriminačne alebo arbitrárne znemožní vstup do mechanizmu budúceho dodávania tovaru a služieb, dotknuté subjekty budú znevýhodnené.

102. V druhom z uvedených prípadov, ak sa začne postup verejného obstarávania na doplnenie alebo pokračovanie spolupráce, nie je opodstatnené tvrdiť, že určitý jednotlivec je *de iure* alebo *de facto* nevyhnutne zvýhodnený v porovnaní s jeho konkurentmi, lebo sa podieľa na činnostiach, v ktorých spočíva spolupráca orgánov verejnej správy.

b) Zadávanie zákaziek tretím osobám na účely spolupráce medzi spolkovou krajinou Berlín a mestom Kolín

103. V spise sa nenachádza dostatok informácií na to, aby bolo možné zistiť, za akých podmienok spolková krajina Berlín pôvodne nadobudla počítačový program, ktorý neskôr prenechala mestu Kolín. Tiež nie je úplne jasné, či si spolková krajina Berlín obstaráva nové softvérové moduly mimo spolupráce s mestom Kolín a nadobúda ich verejným obstarávaním alebo mimo neho.[43] Je úlohou vnútroštátneho súdu overiť tieto skutočnosti.

42 Možno si, samozrejme, predstaviť aj iné formy narušenia hospodárskej súťaže: napríklad ak by nadobudnutie softvéru a následných údržbových alebo doplnkových operácií bolo predmetom samostatných zmlúv s cieľom vyhnúť sa jedinej zákazke, ktorej hodnota by prekračovala prahovú hodnotu, po dosiahnutí ktorej je verejné obstarávanie povinné. Pozri rozsudok z 18. januára 2007, Auroux a i. (C-220/05, EU:C:2007:31, bod 67), a rozsudok Komisia/Nemecko, v ktorom Súdny dvor spomenul „formu, ktorej účelom bolo obísť právnu úpravu v oblasti verejného obstarávania“ (bod 48).

43 Na pojednávaní zástupca ISE uviedol, že v júli 2018 spolková krajina Berlín zverejnila predbežné oznámenie na obstaranie ďalšieho vývoja programu v hodnote 3 500 000 eur.

104. Naopak sa zdá, že budúce uskutočnenie spolupráce si vyžaduje účasť tretích osôb, keďže mesto Kolín zverejnilo oznámenie o vyhlásení (užšej) súťaže na úpravu, sprevádzkovanie a údržbu softvéru, ktorý jej prenechala spolková krajina Berlín. [44]

105. Rozšírenia a aktualizácie softvéru, ktorý spolková krajina Berlín prenechala mestu Kolín na účely spolupráce, sa vyznačujú vysokou ekonomickou hodnotou. Je teda logické, že záujem trhových subjektov [45] sa zameriava na nadväzujúce zmluvy týkajúce sa jeho úpravy, údržby a ďalšieho vývoja.

106. ISE zastáva názor, že vzhľadom na technickú zložitosť týchto operácií nie je možné, aby ich bol schopný vykonať niekto iný než výrobca softvéru. Ak by to bolo tak, rozhodnutie o prvotnom nadobudnutí softvéru by mohlo mať značný význam pri zadávaní neskorších verejných zákaziek a *de facto* zablokovať účasť iných subjektov, než je tvorca programu.

107. V uvedenej situácii (ktorú musí overiť vnútroštátny súd) by požiadavka nezvýhodniť trhové subjekty v porovnaní s ich konkurentmi [46] vyžadovala, aby sa pri vyhlasovaní verejného obstarávania týkajúceho sa následných plnení postupovalo obzvlášť obozretne. Najmä by sa mali všetkým potenciálnym záujemcom poskytnúť informácie, ktoré sú nevyhnutné na to, aby sa mohli zúčastniť na tomto postupe. [47]

108. Toto opatrenie by však mohlo byť nedostatočné, čo by svedčilo o tom, že problém vznikol skôr, teda pri samotnom nadobudnutí softvéru. Prináleží vnútroštátnemu súdu určiť, či prvotné nadobudnutie z technických dôvodov vytvára výhradné postavenie, ktoré má vplyv na neskoršie postupy verejného obstarávania, a v takom prípade stanoviť relevantné opatrenia na nápravu jeho účinkov. [48]

IV. Návrh

109. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré položil Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší krajinský súd Düsseldorf, Nemecko), takto:

1. Článok 12 ods. 4 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sa má vykladať v tom zmysle, že prenechanie softvéru, na ktorom sa písomne dohodli dvaja verejní obstarávatelia, spojené s dohodou o spolupráci medzi nimi predstavuje „zmluvu“ v zmysle uvedeného ustanovenia.

   Uvedený zmluvný vzťah je odplatný aj v prípade, ak prijímateľ softvéru nemusí zaplatiť za softvér ani uhradiť jeho náklady, pokiaľ sa každá zo strán (a teda aj prijímateľ) zaviaže poskytovať druhej strane budúce úpravy a rozšírenia tohto softvéru a tieto úpravy a rozšírenia sú nevyhnutné na poskytovanie služby vo verejnom záujme, ktorú musia poskytovať obaja verejní obstarávatelia, takže je nevyhnutné vytvoriť ich.

44 Na pojednávaní bolo vysvetlené, že toto oznámenie (referenčné číslo 2019-0040-37-3) bolo uverejnené v Ú. v. EÚ 2019/S 160-394603 a ekonomická hodnota zákazky predstavuje 2 000 000 eur.

45 Na pojednávaní zástupca ISE vyhlásil, že ekonomický záujem nespočíva v nadobudnutí základného softvéru alebo v jeho predaji, ale v nadväzujúcich operáciách týkajúcich sa úpravy, údržby a ďalšieho rozvoja počítačového programu.

46 Ale aj cieľ, aby zákazku získal uchádzač, ktorý predložil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku.

47 Na pojednávaní sa diskutovalo o tom, či stačilo v neskorších postupoch verejného obstarávania uviesť, že úspešný uchádzač získa prístup k zdrojovému kódu softvéru. Mesto Kolín zdôraznilo, že postupovalo takto, aj keď podľa spoločnosti ISE to nestačí vzhľadom na praktické ťažkosti spojené s bezpečným vývojom úprav na základe základného programu.

48 Možnosť vzniku blokujúceho účinku po nadobudnutí pôvodného softvéru sa mala ideálne posúdiť v okamihu jeho nadobudnutia. Ak k tomu nedošlo, za súčasného stavu uvedené posúdenie už nebolo možné a prostriedky nápravy by mohli mať len kompenzačný charakter. Na pojednávaní Komisia navrhla požiadať výrobcu softvéru, aby sa zaviazal spolupracovať so subjektmi, ktorým budú zadané zákazky na poskytovanie neskorších plnení.

2. Spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi v súlade s článkom 12 ods. 4 písm. a) smernice 2014/24 sa nemusí nevyhnutne vzťahovať na samotné služby vo verejnom záujme, ktoré sa majú poskytovať občanom. Spolupráca, ktorej predmetom sú činnosti určené na podporu týchto služieb, spadá pod článok 12 ods. 4 smernice 2014/24 okrem iného v prípade, keď je vedľajšia činnosť nevyhnutným nástrojom na poskytovanie služby vo verejnom záujme, takže jej poskytovanie závisí od uvedenej činnosti.

3. Spolupráca medzi verejnými obstarávateľmi, ktorá zvýhodňuje súkromný subjekt v porovnaní s jeho konkurentmi na trhu, nemôže spadať pod článok 12 ods. 4 smernice 2014/24.