Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MICHAL BOBEK
prednesené 28. mája 2020[1]

Vec C-367/19

Tax-Fin-Lex d.o.o.
proti
Ministrstvo za notranje zadeve,
za účasti:
LEXPERA d.o.o.

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podala Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Štátna komisia pre preskúmavanie postupov verejného obstarávania, Slovinsko)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné zákazky na služby – Smernica 2014/24/EÚ – Článok 2 ods. 1 bod 5 – Kvalifikácia ‚verejnej zákazky' – Pojem ‚odplatná zmluva' – Ponuka uchádzača s cenou nula eur – Posúdenie odplatného charakteru plnenia – Neexistencia povinnosti verejného obstarávateľa zaplatiť peňažnú protihodnotu – Odmietnutie ponuky – Právny základ – Článok 69 – Neobvykle nízka ponuka"

I. Úvod

1. Je nula neobvykle nízke (číslo)?

2. Odhliadnuc od vášnivých diskusií, ktoré mohla vyvolať povaha čísla nula v matematickej oblasti,[2] je pravdepodobné, že táto otázka, ak by bola z právneho hľadiska položená laikovi, by ho priviedla k tomu, že by upriamil na právnikov prekvapený pohľad, na aký si už zvykli, keď sa pokúšajú vysvetliť svoje povolanie. Laik im potom možno odpovie, nie bez sarkazmu, že len právnici sú schopní rozširovať sa na mnohých stranách o ničom (doslovne).

3. Ostáva však pravdou, že tak v oblasti verejných obstarávaní, ako aj v matematike sa nula zdá byť osobitným číslom, ktoré je zložité zaradiť do existujúcich postupov analýz. Ak uchádzač ponúka tovary alebo služby za nominálnu cenu nula eur, ide o neobvykle nízku ponuku? Alebo sa uchádzač automaticky vylučuje z pôsobnosti práva v oblasti verejného obstarávania tým, že vo svojej ponuke napíše magické číslo „0" a nie inú sumu, ktorá by bola výrazne nižšia ako skutočné náklady zákazky (ako napríklad 1,5 eura alebo 101 eur), z dôvodu, že „0" sa na rozdiel od všetkých ostatných prirodzených čísel nemôže uvádzať v zmluve o verejnej zákazke?

1 Jazyk prednesu: francúzština.

2 Pokiaľ ide o prístupnejší úvod (chudobný na výpočty a bohatý, pokiaľ ide o dejiny umenia), pozri napríklad KAPLAN, R.: *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*. Oxford: University Press, 1999.

4. To je v skratke problém, o ktorý ide v tejto veci. V rámci postupu verejného obstarávania služieb, ktorý vyhlásilo Ministrstvo za notranje zadeve (Ministerstvo vnútra, Slovinsko), spoločnosť Tax-Fin-Lex d.o.o. predložila ponuku s cenou vo výške nula eur na účely poskytovania jednej z dotknutých služieb. Ministerstvo vnútra zamietlo túto ponuku z dôvodu, že neumožňovala uzavrieť „odplatnú zmluvu" v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24/EÚ[3] a z tohto dôvodu ani uplatniť pravidlá upravujúce verejné obstarávania. Tax-Fin-Lex d.o.o. naopak tvrdí, že plnenie, ktorým sa zaväzuje poskytnúť službu za sumu nula eur, bude vykonané „za odplatu" v zmysle tohto ustanovenia. Domnieva sa totiž, že vykonanie zákazky by jej umožnilo získať hospodársku výhodu z dôvodu referencií, na ktoré by sa mohla následne odvolať na účely zadania nových verejných zákaziek.

II. Právny rámec

5. Smernica 2014/24 stanovuje pravidlá umožňujúce koordináciu vnútroštátnych postupov zadávania verejných zákaziek, ktoré presahujú určitú hodnotu, na účely ich zosúladenia so zásadami voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovania služieb, ako aj so zásadami, ktoré z nich vyplývajú, ako sú rovnaké zaobchádzanie, nediskriminácia, proporcionalita a transparentnosť. Jej cieľom je tiež zabezpečiť účinnú hospodársku súťaž v postupoch verejného obstarávania.

6. Predovšetkým odôvodnenia 4 a 103 smernice 2014/24 stanovujú:

„(4) Vzhľadom na čoraz rozmanitejšie formy verejných činností je potrebné jasnejšie vymedziť pojem samotného obstarávania, pričom by sa však týmto spresnením ako takým nemal v porovnaní so smernicou 2004/18/ES[4] rozšíriť rozsah pôsobnosti tejto smernice. Účelom pravidiel Únie upravujúcich verejné obstarávanie nie je zahrnúť všetky formy čerpania verejných finančných prostriedkov, ale len tie, ktoré sú určené na nadobudnutie stavebných prác, tovaru alebo služieb za odplatu prostredníctvom verejnej zákazky. Malo by sa spresniť, že na takéto nadobudnutia stavebných prác, tovaru alebo služieb by sa mala vzťahovať táto smernica bez ohľadu na to, či sú nadobudnuté na základe kúpy, lízingu alebo inou zmluvnou formou.

Pojem ‚nadobudnutie' by sa mal chápať v širšom zmysle získania úžitkov vyplývajúcich z predmetných stavebných prác, tovaru alebo služieb…

…

(103) Ponuky, ktoré sú z hľadiska práce, tovaru alebo služieb neobvykle nízke, môžu byť založené na technicky, hospodársky alebo právne nesprávnych predpokladoch alebo postupoch. V prípade, že uchádzač nemôže poskytnúť dostatočné vysvetlenie, verejný obstarávateľ by mal byť oprávnený ponuku zamietnuť. Zamietnutie by malo byť povinné v prípadoch, keď verejný obstarávateľ zistil, že neobvykle nízka účtovaná cena alebo navrhnuté náklady vyplývajú z nedodržiavania záväzného práva Únie alebo vnútroštátneho práva, ktoré je s ním v súlade, v oblasti sociálneho, pracovného alebo environmentálneho práva alebo ustanovení medzinárodného pracovného práva."

3 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), v znení zmenenom delegovaným nariadením Komisie (EÚ) 2017/2365 z 18. decembra 2017 (Ú. v. EÚ L 337, 2017, s. 19) (ďalej len „smernica 2014/24").

4 Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

7. V rámci hlavy I smernice 2014/24, nazvanej „Rozsah pôsobnosti, vymedzenie pojmov a všeobecné zásady“, článok 1 ods. 1 a 2 stanovuje:

„1. Touto smernicou sa ustanovujú pravidlá postupov obstarávania vykonávaných verejnými obstarávateľmi, pokiaľ ide o verejné zákazky, ako aj súťaže návrhov, ktorých predpokladaná hodnota nie je nižšia ako finančný limit stanovený v článku 4.

2. Obstarávanie v zmysle tejto smernice znamená nadobudnutie… služieb, a to na základe verejnej zákazky vymedzenej, jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi od hospodárskych subjektov, ktorých si títo verejní obstarávatelia vybrali, bez ohľadu na to, či dané… služby sú určené na verejné účely.“

8. Článok 2 ods. 1 bod 5 smernice 2014/24 definuje „verejné zákazky“ ako „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“.

9. Článok 18 tejto smernice stanovuje „zásady obstarávania“. Spresňuje, že:

„1. 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.

2. Členské štáty prijmú vhodné opatrenia s cieľom zabezpečiť, aby hospodárske subjekty pri plnení verejných zákaziek plnili uplatniteľné povinnosti v oblastiach environmentálneho, sociálneho a pracovného práva ustanovené v práve Únie, vnútroštátnom práve, kolektívnych zmluvách alebo ustanoveniach medzinárodného environmentálneho, sociálneho a pracovného práva uvedených v prílohe X.“

10. Článok 69 smernice 2014/24 stanovuje „neobvykle nízke ponuky“. Je začlenený do hlavy II kapitoly III oddielu 3 tejto smernice, ktorý má názov „Výber účastníkov a zadávanie zákaziek“. Tento článok stanovuje:

„1. Verejní obstarávatelia od hospodárskych subjektov požadujú, aby vysvetlili cenu alebo náklady, ktoré sa v ponuke navrhujú, ak sa zdá, že ponuky sú vzhľadom na dané práce, tovar alebo služby neobvykle nízke.

2. Vysvetlenia uvedené v odseku 1 sa môžu vzťahovať najmä na:

a) hospodárnosť výrobného procesu, poskytovaných služieb a stavebných postupov;

b) zvolené technické riešenia alebo akékoľvek výnimočne priaznivé podmienky, ktoré má uchádzač k dispozícii na dodávku výrobkov alebo služieb na uskutočnenie práce;

c) originalitu práce, tovaru alebo služieb, ktoré uchádzač navrhuje;

d) dodržiavanie povinností uvedených v článku 18 ods. 2;

e) dodržiavanie povinností uvedených v článku 71;

f) možnosť uchádzača získať štátnu pomoc.

3. Verejný obstarávateľ posúdi poskytnuté informácie konzultáciou s uchádzačom. Ponuku môže zamietnuť len v prípade, ak poskytnuté dôkazy uspokojivo nedokladujú nízku úroveň navrhovaných cien alebo nákladov, pričom sa zohľadnia prvky uvedené v odseku 2.

Verejní obstarávatelia zamietnu ponuku, ak zistia, že ponuka je neobvykle nízka preto, lebo nie je v súlade s uplatniteľnými povinnosťami uvedenými v článku 18 ods. 2.

…“

III. Spor vo veci samej, prejudiciálne otázky a konanie na Súdnom dvore

11. Dňa 7. júna 2018 ministerstvo vnútra (verejný obstarávateľ) vyhlásilo postup verejného obstarávania na poskytovanie služieb týkajúcich sa prístupu do právneho informačného systému na obdobie 24 mesiacov. Táto verejná zákazka má dve časti. Ministerstvo vnútra určilo predpokladanú hodnotu tejto zákazky na 39 959,01 eura.

12. Pokiaľ ide o prvú časť zákazky, ktorá sa týka prístupu do právneho informačného systému, iba dva hospodárske subjekty so sídlom v Ľubľane (Slovinsko) a špecializované v oblasti právneho informačného systému predložili ponuky v stanovených lehotách: Tax-Fin-Lex d.o.o. (žalobkyňa) a LEXPERA d.o.o. (vedľajšia účastníčka konania).

13. Žalobkyňa ponúkla poskytnutie tejto služby za sumu vo výške nula eur.

14. Rozhodnutím z 11. januára 2019 Ministerstvo vnútra zadalo verejnú zákazku pozostávajúcu z prvej časti vedľajšej účastníčke konania a odmietlo ponuku predloženú žalobkyňou z dôvodu, že táto ponuka bola v rozpore s pravidlami verejného obstarávania.

15. Žalobkyňa podala žiadosť o preskúmanie tohto rozhodnutia. V rámci postupu predbežného preskúmania Ministerstvo vnútra zamietlo túto žiadosť 5. februára 2019. Ministerstvo vnútra sa 11. februára 2019 obrátilo na Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Štátna komisia pre preskúmavanie postupov verejného obstarávania, Slovinsko), ktorá je vnútroštátnym súdom v predmetnej veci, aby rozhodla o zákonnosti tohto rozhodnutia.

16. Žalobkyňa tvrdí, že ponuka, o ktorú ide vo veci samej, je prípustná. Uvádza, že uchádzač má v rámci verejného obstarávania právo slobodne určiť navrhovanú cenu a z tohto dôvodu ponúkať službu bezodplatne. To však neznamená, že žalobkyňa by za plnenie predmetnej verejnej zákazky nedostala protihodnotu. Domnieva sa totiž, že uzavretím zmluvy by získala výhodu pozostávajúcu z prístupu na nový trh a k novým používateľom.

17. Ministerstvo vnútra naopak tvrdí, že pojem „verejná zákazka“ stanovený v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24 nemôže zahŕňať zmluvu, v ktorej hospodársky subjekt ponúkol poskytnúť službu verejnému obstarávateľovi bezodplatne. Domnieva sa, že výhoda, ktorú hospodársky subjekt vyvodí zo získania zákazky, a to prípadný prístup na nový trh a referencie, nepredstavuje protihodnotu za plnenie verejnej zákazky. Tvrdí totiž, že táto výhoda predstavuje pridanú hodnotu pre všetky hospodárske subjekty, nie je však možné vyjadriť ju v peňažnej hodnote, a teda vystaviť faktúru verejnému obstarávateľovi. Z tohto dôvodu sa ministerstvo vnútra domnieva, že transakcia, pri ktorej by bola služba poskytnutá bezodplatne, nemôže viesť k uzavretiu odplatnej zmluvy.

18. Vnútroštátny súd vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že ministerstvo vnútra preskúmalo túto ponuku z hľadiska ustanovení týkajúcich sa neobvykle nízkych ponúk. Túto ponuku však nezamietlo z dôvodu, že bola neobvykle nízka alebo v rozpore so zásadami upravujúcimi verejné obstarávanie, ale z jediného dôvodu, že bola ponúknutá za cenu nula eur.

19. Vnútroštátny súd vyjadruje pochybnosti o výklade pojmu „odplatná zmluva“ uvedeného v rámci definície „verejných zákaziek“ v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24. Uvádza predovšetkým, že jeden zo základných znakov pojmu „verejné zákazky“ uvedeného v tomto ustanovení je odplatný charakter zmluvy uzavretej medzi verejným obstarávateľom a hospodárskym subjektom. V tejto súvislosti spresňuje, že pojem „verejné zákazky“ je relevantný nielen pred uzavretím zmluvy, keďže ukladá verejnému obstarávateľovi povinnosť dodržiavať pravidlá definované v rámci smernice 2014/24, ale aj po uzavretí tejto zmluvy, na účely posúdenia toho, či bola zmluva skutočne uzavretá pri dodržaní týchto pravidiel.

20. Vnútroštátny súd sa ďalej pýta, či a prípadne v akom rozsahu môže byť zmluva, ktorou sa hospodársky subjekt zaväzuje bezodplatne poskytnúť verejnému obstarávateľovi službu uvedenú v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania bez inej výhody, než je prístup na nový trh a získanie referencií, kvalifikovaná ako „odplatná zmluva“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24. Tento vnútroštátny súd pripúšťa, že získanie verejnej zákazky a poskytnutie referencií môžu samy osebe predstavovať výhodu pre daný hospodársky subjekt. Táto výhoda nie je vyčísliteľná z hospodárskeho hľadiska v čase zadania zákazky, avšak môže predstavovať budúcu hospodársku výhodu súvisiacu s plnením zmluvy.

21. Vnútroštátny súd však tiež uznáva, že v situácii, keď verejný obstarávateľ neodmení hospodársky subjekt za poskytnutie služby, je možné, že uzavretá zmluva nie je zmluvou na plnenie verejnej zákazky, pretože by išlo o bezodplatnú zmluvu napríklad vo forme darovacej zmluvy. Pýta sa napokon, či za týchto okolností môže článok 2 ods. 1 bod 5 smernice 2014/24 predstavovať právny základ rozhodnutia o odmietnutí ponuky predloženej hospodárskym subjektom.

22. Za týchto podmienok Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Štátna komisia pre preskúmavanie postupov zadávania verejných zákaziek) rozhodla prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Je verejná zákazka ‚odplatná‘ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24 v prípade, ak verejný obstarávateľ nie je povinný poskytnúť akékoľvek protiplnenie, ale hospodársky subjekt získa prostredníctvom plnenia zákazky prístup na nový trh a referencie?

2. Je možné alebo nevyhnutné vykladať článok 2 ods. 1 bod 5 smernice 2014/24 v tom zmysle, že predstavuje právny základ pre odmietnutie ponuky vo verejnom obstarávaní s cenou 0 eur?“

23. Písomné pripomienky predložili žalobkyňa, ministerstvo vnútra, rakúska vláda, ako aj Európska komisia.

IV. Analýza

24. Tieto návrhy majú nasledujúcu štruktúru. Začnem prípustnosťou tohto návrhu na začatie prejudiciálneho konania (A). Potom preskúmam rozsah pojmu „odplatná zmluva“ uvedeného v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24 a predovšetkým súvisiaceho pojmu „protiplnenie“ (B). Napokon pristúpim k otázke, či ponuku s cenou nula eur možno vždy kvalifikovať ako „neobvykle nízku ponuku“ na účely jej preskúmania a prípadne jej odmietnutia z hľadiska ustanovení uvedených v článku 69 tejto smernice (C).

A. O prípustnosti

25. Prípustnosť návrhu na začatie prejudiciálneho konania zahŕňa podľa môjho názoru jeden problém.

26. Po prvé, pokiaľ ide o právomoc Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Štátna komisia pre preskúmavanie postupov zadávania verejných zákaziek) podať návrh na začatie prejudiciálneho konania, pripomínam, že Súdny dvor v rozsudku z 8. júna 2017, Medisanus [5], rozhodol, že tento orgán spĺňa kritériá na to, aby bol považovaný za „súdny orgán“ v zmysle článku 267 ZFEÚ. [6]

27. Po druhé, pokiaľ ide o hodnotu zákazky vo veci samej, je pravda, že je nižšia ako finančný limit 144 000 eur stanovený v článku 4 písm. b) smernice 2014/24, uplatniteľný na verejné zákazky na poskytnutie služieb zadané ústrednými orgánmi štátnej správy.

28. Vnútroštátny súd však uvádza, že slovinský zákonodarca pri preberaní ustanovení tejto smernice do vnútroštátneho práva rozhodol, že pojem „verejná zákazka“ uvedený v § 2 ods. 1 bode 1 Zakon o javnem naročanju (zákon o verejnom obstarávaní) [7] z 30. mája 2015 sa uplatňuje priamo a bezpodmienečne na zákazky, ktorých hodnota je nižšia ako finančný limit stanovený v článku 4 smernice 2014/24 a ktoré sú v zásade vylúčené z pôsobnosti tejto smernice.

29. Podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora, nazývanej Dzodzi, výklad ustanovení aktu Únie v situáciách, ktoré nepatria do jeho pôsobnosti, je odôvodnený, ak sú tieto ustanovenia na základe vnútroštátneho práva priamo a bezpodmienečne uplatniteľné na takéto situácie, aby sa zabezpečilo rovnaké posudzovanie situácií spadajúcich do vnútroštátneho práva a situácií upravených právom Únie. [8]

30. Pokiaľ ide o prejednávanú vec, informácie poskytnuté vnútroštátnym súdom, ktoré nie sú spochybnené žiadnym z účastníkov konania, ktorí predložili pripomienky, potvrdzujú, že vnútroštátny zákonodarca sa rozhodol rozšíriť pôsobnosť pravidiel Únie v oblasti verejných zákaziek na verejné zákazky s nižšou hodnotou práve na účely zabezpečenia, aby situácie spadajúce do vnútroštátneho práva a tie, ktoré sú upravené právom Únie, podliehali rovnakým pravidlám. Aj logika, o ktorú sa opiera rozsudok Dzodzi, sa zdá byť v plnom rozsahu uplatniteľná v prejednávanej veci.

31. Súdny dvor môže za týchto okolností odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré mu boli položené.

B. „Odplatná“ zmluva?

32. Vnútroštátny súd v podstate žiada Súdny dvor, aby spresnil vecnú pôsobnosť smernice 2014/24. Súdny dvor má určiť, či a prípadne v akom rozsahu transakcia, ktorou sa uchádzač zaväzuje poskytnúť službu za sumu nula eur, môže viesť k uzavretiu „odplatnej“ zmluvy v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 tejto smernice a byť tak kvalifikovaná ako „verejná zákazka na poskytnutie služieb“. V tejto súvislosti treba pripomenúť, že podľa ustálenej judikatúry Súdneho dvora „jedine odplatné zmluvy môžu predstavovať verejnú zákazku v zmysle smernice 2004/18“ [9].

33. Na účely odpovede na prvú prejudiciálnu otázku treba určiť, či pojem „odplatná zmluva“ môže zahŕňať transakciu, pri ktorej uchádzač predkladá ponuku za sumu vo výške nula eur, v závislosti od doslovného, systematického a teleologického výkladu. Je potrebné tiež preskúmať, či judikatúra Súdneho dvora umožňuje v tomto smere objasniť diskusiu spresnením základných znakov tejto zmluvy.

5 C-296/15, EU:C:2017:431.

6 Pozri bod 38 tohto rozsudku.

7 Uradni list RS, č. 91/15.

8 Pozri rozsudky z 18. októbra 1990, Dzodzi (C-297/88 a C-197/89, EU:C:1990:360, body 36 až 42; ďalej len „rozsudok Dzodzi“), ako aj novšie rozsudky zo 14. februára 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, neuverejnený, EU:C:2019:116, bod 22 a citovaná judikatúra), a z 24. októbra 2019, Belgische Staat (C-469/18 a C-470/18, EU:C:2019:895, body 22 a 23, ako aj citovaná judikatúra).

9 Pozri rozsudky z 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, bod 47), a z 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43). Pripomínam, že smernica 2014/24 zrušila smernicu 2004/18.

1. „Odplatná zmluva“ v zmysle ustanovení smernice 2014/24

34. Doslovné znenie článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24 nestačí na poskytnutie jasného výkladu pojmu „odplatná zmluva“. Toto znenie poukazuje skôr na množstvo možných výkladov a významov slova „odplatná“.

35. Na jednej strane niektoré jazykové verzie odkazujú na podmienku odplatnosti.[10] Opierajú sa o jednoduché odôvodnenie, že je potrebné dať niečo výmenou. Na druhej strane iné jazykové verzie sa zdajú byť reštriktívnejšie: to, čo by malo byť dané ako protihodnota zo strany verejného obstarávateľa, má zdá sa špecificky peňažnú povahu[11], čiže peniaze. Ďalšie jazykové verzie zastávajú strednú pozíciu.[12]

36. Možno tu však netreba prikladať príliš veľký význam zneniu smernice 2014/24 v miere, v akej niektoré jazykové verzie tejto smernice používajú dokonca rôzne výrazy na účely prekladu pojmu „odplatná zmluva“ podľa toho, či sa nachádza v odôvodneniach 4 a 70, alebo v článku 2 ods. 1 bode 5 tejto smernice.

37. Nanešťastie ani vnútro-systémové tvrdenia (z hľadiska smernice 2014/24) tu nie sú veľmi nápomocné. Normotvorca Únie v článku 1 ods. 2 tejto smernice spresnil, že „obstarávanie v zmysle tejto smernice znamená nadobudnutie… služieb, a to na základe verejnej zákazky vymedzenej jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi od hospodárskych subjektov, ktorých si títo verejní obstarávatelia vybrali, bez ohľadu na to, či… služby sú určené na verejné účely“[13].

38. Toto ustanovenie treba vykladať so zreteľom na odôvodnenie 4 smernice 2014/24, v ktorom normotvorca Únie uviedol, že „účelom pravidiel Únie upravujúcich verejné obstarávanie nie je zahrnúť všetky formy čerpania verejných finančných prostriedkov, ale len tie, ktoré sú určené na *nadobudnutie*… služieb za odplatu prostredníctvom verejnej zákazky“[14]. Tento normotvorca okrem toho dodal, že „na takéto nadobudnutia… služieb by sa mala vzťahovať táto smernica bez ohľadu na to, či sú nadobudnuté na základe kúpy, lízingu alebo inou zmluvnou formou“. Je podstatné tu uviesť, že pojem „nadobudnutie“ treba podľa normotvorcu Únie „chápať v širšom zmysle získania úžitkov vyplývajúcich z predmetných… služieb“.

39. Ak by hlavným *cieľom* práva verejného obstarávania mala byť úprava nadobudnutia tovarov alebo služieb orgánmi verejnej moci, kontext a účel smernice 2014/24 potom neumožňujú naozaj určiť znaky podmienky odplatnosti, na ktorú odkazuje článok 2 ods. 1 bod 5 tejto smernice. Pojem „nadobudnutie“ je dostatočne široký na to, aby bol agnostický z hľadiska spôsobov tohto nadobudnutia, keďže podstatné je, že tovary alebo služby sú v konečnom dôsledku získané verejnými obstarávateľmi. Tovary a služby však môžu byť zákonne nadobudnuté rôznymi spôsobmi.

40. Bežný doslovný a systematický výklad teda nestačí na pochopenie významu „odplatnej zmluvy“ a najmä kľúčového pojmu „protihodnota“, ktorý sa skrýva za samotným konceptom tejto zmluvy: aká je konkrétne povaha protihodnoty, ktorú musí dať verejný obstarávateľ, aby sa verejná zákazka mohla považovať za platnú?

10 Najmä verzie v španielskom jazyku („oneroso“), francúzskom jazyku („à titre onéreux“), talianskom jazyku („a titolo oneroso“), portugalskom jazyku („a título oneroso“) a rumunskom jazyku („cu titlu oneros“).

11 Najmä verzie v anglickom jazyku („for pecuniary interest“) a chorvátskom jazyku („financijski interes“).

12 Ako česká a slovenský jazyková verzia (v ktorých pojem „úplatné smlouvy“ alebo pojem „odplatné zmluvy“ znamená predovšetkým platbu ako protihodnotu, ale môžu byť tiež vykladané tak, že zahŕňajú nepeňažné protihodnoty), alebo tiež švédska jazyková verzia, ktorá používa výraz „kontrakt med ekonomiska villkor“ odkazujúci na hospodársku hodnotu zmluvy.

13 Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

14 Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

2. Výklad pojmu „odplatná zmluva“ v judikatúre

41. Súdny dvor rozhodol, že v súlade s obvyklým právnym významom pojmu „odplatná zmluva“ použitého na účely definície verejných zákaziek tento pojem označuje zmluvu, podľa ktorej sa každá zo strán zaväzuje poskytnúť plnenie výmenou za iné plnenie.[15] Existencia povinnosti verejného obstarávateľa dať „protihodnotu“ alebo „protiplnenie“, a teda existencia synalagmatického vzťahu, predstavujú pre Súdny dvor podstatné vlastnosti na účely posúdenia existencie odplatnej zmluvy.[16]

42. Táto judikatúra sa radí do línie sledovanej Súdnym dvorom v iných oblastiach práva, najmä v oblasti plnení podliehajúcich dani z pridanej hodnoty (DPH). Súdny dvor tak v rozsudku z 18. januára 2017, SAWP[17], pripomenul, že poskytovanie služieb sa vykonáva za protihodnotu v zmysle smernice 2006/112/ES[18], len ak existuje medzi poskytovateľom a príjemcom právny vzťah, v rámci ktorého sa vymieňajú recipročné plnenia, pričom odmena prijatá poskytovateľom predstavuje skutočnú protihodnotu za službu poskytnutú príjemcovi.[19] Súdny dvor rozhodol, že „je to tak v prípade, ak existuje priama súvislosť medzi poskytnutou službou a prijatou protihodnotou, pričom zaplatené sumy predstavujú skutočnú protihodnotu individualizovateľnej služby poskytnutej v rámci takého právneho vzťahu“[20].

43. Treba však uznať, že v judikatúre existujú vedľa seba dve línie, pokiaľ ide o povahu protiplnenia vyžadovaného na účely toho, aby bola splnená podmienka odplatnosti. Tieto dve línie v určitej miere odrážajú rozdiely v doslovnom znení článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24.[21]

44. Prvá línia uprednostňuje reštriktívny výklad kritéria odplatnosti zmluvy, požadujúc od verejného obstarávateľa zaplatenie odmeny alebo ceny vyjadrenej v peniazoch.

45. V rozsudku z 13. júla 2017, Malpensa Logistica Europa[22], tak Súdny dvor vylúčil kvalifikáciu „zákazky na služby“ v zmysle článku 1 ods. 1 písm. a) smernice 2004/17 a uplatnenie súvisiacich pravidiel na zmluvu, ktorou poskytovateľ poskytol službu riadiacemu orgánu letiska Miláno Malpensa (Taliansko) bez odmeny.[23] Súdny dvor v tomto rozsudku výslovne odkázal na prístup sledovaný Komisiou, podľa ktorého odplatný charakter zmluvného vzťahu, ktorý vznikol zo zákazky na služby, jasne znamenal, že táto zákazka musí obsahovať odmenu zaplatenú priamo verejným obstarávateľom na účely „nadobudnutia“ služby priamo od poskytovateľa.

15 Pozri najmä rozsudky z 18. januára 2007, Auroux a i. (C-220/05, EU:C:2007:31, bod 45), a z 18. októbra 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, bod 28).

16 Pozri na tento účel rozsudok z 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43 a citovaná judikatúra), v súvislosti s výkladom pojmu „verejné zákazky“ uvedeného v článku 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18.

17 C-37/16, EU:C:2017:22.

18 Smernica Rady z 28. novembra 2006 o spoločnom systéme dane z pridanej hodnoty (Ú. v. EÚ L 347, 2006, s. 1).

19 Pozri rozsudok z 18. januára 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, bod 25 a citovaná judikatúra).

20 Rozsudok z 18. januára 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, bod 26 a citovaná judikatúra).

21 Pozri bod 35 vyššie.

22 C-701/15, EU:C:2017:545. Tento rozsudok sa týka výkladu článku 1 ods. 1 písm. a) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19). Podľa tohto článku sa „zákazky na dodávky tovaru, na práce a na služby“ uskutočňujú „na základe zmlúv s peňažným plnením uzatvorených písomne“.

23 Pozri bod 29 tohto rozsudku.

46. Druhá línia v judikatúre smeruje naproti tomu k podpore širšieho výkladu podmienky odplatnosti v zmysle „protihodnoty“ [24] alebo „protiplnenia“ [25]. Ide o väčšinový prúd, ktorý zastáva aj Komisia vo svojej Zelenej knihe o verejno-súkromných partnerstvách a práve Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania a koncesií z 30. apríla 2004 [26].

47. Podľa tejto línie v judikatúre pojem „odplatnosť“ neznamená nevyhnutne zaplatenie peňažnej sumy verejným obstarávateľom. Súdny dvor sa preto domnieva, že zmluvy, v ktorých sa za plnenie poskytujú iné formy protihodnoty, ako je náhrada nákladov vynaložených na účely poskytnutia dohodnutej služby alebo oslobodenie od poplatkov, možno uzavrieť ako odplatné zmluvy a môžu spadať pod kvalifikáciu „verejnej zákazky“. Platí to aj v prípade, keď zaplatené protihodnoty neumožňujú nahradiť náklady vynaložené uchádzačom. [27]

48. V tejto súvislosti sú osobitne názorné dva rozsudky.

49. Súdny dvor v rozsudku z 12. júla 2001, Ordine degli Architetti a i. [28], rozhodol, že posúdenie znakov tvoriacich definíciu pojmu „verejné obstarávanie prác“ v zmysle smernice 93/37/EHS [29] malo byť uskutočnené spôsobom, ktorý zabezpečí potrebný účinok tohto dokumentu a predovšetkým podporí efektívnu hospodársku súťaž uverejňovaním oznámení o verejných obstarávaniach. [30] Uznal tým odplatný charakter zmluvy a kvalifikáciu „verejného obstarávania prác“ v situácii, v ktorej hospodársky subjekt, ktorý je držiteľom stavebného povolenia, vykoná prácu za *oslobodenie od povinnosti platiť príspevok na náklady urbanizácie*, ktorú mu stanovuje vnútroštátna právna úprava. Súdny dvor v danej veci rozhodol, že znak týkajúci sa odplatného charakteru zmluvy mal byť považovaný za splnený v miere, v akej hospodársky subjekt vykonaním predmetných prác splatil dlh rovnakej hodnoty, ktorý existoval v prospech obce. [31]

50. Súdny dvor tiež v rozsudku z 18. októbra 2018, IBA Molecular Italy [32], rozhodol, že „zmluva stanovujúca vzájomnú výmenu plnení teda spadá pod pojem verejná zákazka aj vtedy, keď sa dohodnutá odplata obmedzuje len na *čiastočnú náhradu nákladov vynaložených na poskytnutie dohodnutej služby*“ [33]. Súdny dvor v tomto rozsudku zdôraznil, že zmluva, ktorou sa hospodársky subjekt zaväzuje vyrábať a dodávať tovar rôznym orgánom verejnej správy výmenou za poskytnutie finančných prostriedkov určených v plnom rozsahu na uskutočnenie tohto cieľa, spadá pod pojem „odplatná zmluva“ v zmysle článku 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18, a to *„aj v prípade*, že tento uvedený grant alebo náklady na dodanie tovaru, ktoré môžu byť účtované uvedeným orgánom verejnej správy, *v plnom rozsahu nepokryjú náklady na výrobu a distribúciu uvedeného tovaru*“ [34].

24 Pozri v tejto súvislosti rozsudky z 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, body 47 až 52), ako aj z 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43).

25 Rozsudok z 12. júla 2001, Ordine degli Architetti a i. (C-399/98, EU:C:2001:401, body 77 až 86).

26 KOM(2004) 327 v konečnom znení. Komisia v bode 10 tejto Zelenej knihy uvádza, že „odplatný charakter predmetnej zmluvy neznamená nevyhnutne zaplatenie ceny verejnoprávnym partnerom, ale môže vyplynúť z akejkoľvek inej formy hospodárskeho protiplnenia nadobudnutého súkromnoprávnym partnerom“ [*neoficiálny preklad*].

27 Pozri závery uvedené Súdnym dvorom v rozsudku z 25. marca 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), podľa ktorých zmluva o predaji pozemku môže predstavovať verejnú zákazku na práce aj v prípade, keď verejný obstarávateľ neposkytne zmluvnému partnerovi okrem prevodu daného pozemku žiadnu protihodnotu.

28 C-399/98, EU:C:2001:401.

29 Smernica Rady zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, 1993, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163).

30 Bod 52 tohto rozsudku.

31 Treba uviesť, že Súdny dvor nesledoval prístup, ktorý zastával generálny advokát Léger vo svojich návrhoch vo veci Ordine degli Architetti a i. (C-399/98, EU:C:2000:671), ktorý sa domnieval, že kritérium odplatnosti nebolo splnené.

32 C-606/17, EU:C:2018:843.

33 Bod 29 tohto rozsudku a citovaná judikatúra. Kurzívou zvýraznil generálny advokát. Pozri tiež rozsudky z 19. decembra 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a i. (C-159/11, EU:C:2012:817, bod 29); z 13. júna 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, bod 31), a z 11. decembra 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a i. (C-113/13, EU:C:2014:2440, bod 37).

34 Bod 31 uvedeného rozsudku. Kurzívou zvýraznil generálny advokát.

51. Treba uviesť, že ten istý prístup zastával generálny advokát Campos Sánchez-Bordona vo svojich návrhoch vo veci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. Táto vec sa totiž zakladá najmä na otázke, či poskytnutie softvéru dohodnuté písomne medzi dvoma verejnými obstarávateľmi má odplatný charakter v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24, pokiaľ prijímateľ softvéru nemusí zaplatiť za softvér ani uhradiť jeho náklady, ale je v zásade povinný bezodplatne poskytnúť druhej strane budúce rozšírenia a úpravy tohto softvéru.

52. Generálny advokát sa vo svojich návrhoch domnieval, že podmienka odplatnosti je splnená. Na jednej strane uviedol, že protihodnota, teda budúce rozšírenia a úpravy softvéru, má hospodársku hodnotu. Na druhej strane sa domnieval, že táto protihodnota predstavuje splatnú pohľadávku, pretože je nevyhnutná na poskytnutie služby vo verejnom záujme, ktorú majú poskytovať dané subjekty. [36]

3. Široký pojem „protihodnota“ a jeho hranice

53. To, čo chápem ako prevládajúci prúd v judikatúre (ku ktorému sa v plnom rozsahu hlásim), možno zhrnúť takto.

54. Po prvé povaha protihodnoty, neoddeliteľná súčasť podmienky odplatnosti, ktorá je poskytnutá verejným obstarávateľom, môže mať iné formy ako cena zaplatená v peniazoch. Nie je teda nevyhnutne potrebný prevod peňažnej sumy. Iné druhy platby, vrátane platby nepeňažnej povahy, sú tiež možné.

55. Po druhé protihodnota musí predstavovať určitú hospodársku hodnotu, ale bez toho, aby musela presne zodpovedať hodnote dodaných tovarov alebo služieb. Verejný obstarávateľ a uchádzač sa preto musia dohodnúť na možnosti zaplatenia rôznymi formami pod podmienkou, že majú jasnú hospodársku hodnotu.

56. Po tretie povaha a obsah protihodnoty, ktorú musí zaplatiť verejný obstarávateľ, musí byť v zmluve uvedená ako priama a vymožiteľná povinnosť vyplývajúca z tejto zmluvy. V tomto rámci chápem odkaz, ktorý urobil Súdny dvor, ako aj generálny advokát Mengozzi, na *synalagmatickú povahu* verejnej zákazky, ktorá sa prejavuje *vznikom právne záväzných povinností* pre obe zmluvné strany. [37]

57. Napokon sa domnievam, že na účely určenia, či zmluva obsahuje protihodnotu (a na základe toho, či je splnená podmienka odplatnosti stanovená v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24), sa analýza nemá zameriavať na presnú peňažnú sumu stanovenú v zmluve. Ide skôr o to, aby sa zistilo, či sa obe zmluvné strany na základe tejto zmluvy nachádzajú uzavreté vo vzťahu vzájomných právnych povinností, výkonu ktorých sa môže každá z nich domáhať voči druhej a v rámci ktorých verejný obstarávateľ poskytuje prinajmenšom jasnú a presnú protihodnotu hospodárskej povahy.

58. Tento prístup zámerne presúva podmienky diskusie o presnej povahe požadovanej „protihodnoty“ na širšiu otázku definície presného obsahu vzájomných povinností každej zo zmluvných strán. Hoci je možné, že pojem „protihodnota“ je veľmi odlišný v jednotlivých krajinách Európy, [38] zdá sa, že existuje široký konsenzus v súvislosti so skutočnosťou, že vznik zmluvy vyžaduje, aby sa strany dostatočne

35 C-796/18, EU:C:2020:47.

36 Pozri v tejto súvislosti úvahy uvedené v bodoch 52 vyššie a 53 až 63 nižšie.

37 Pozri rozsudok z 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43), ktorý samotný sledoval návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Mengozzi vo veci Remondis (C-51/15, EU:C:2016:504, bod 36). Pozri poznámku pod čiarou 16 vyššie.

38 Ako ukážku, že právne režimy upravujúce zmluvy sa vyznačujú výraznými odlišnosťami, pozri najmä KÖTZ, H.: Comparative Contract Law. In: REIMANN, M., ZIMMERMANN, R.: *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 902 až 932, predovšetkým s. 910 až 912, alebo CHLOROS, A. G.: The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis. In: *International and Comparative Law Quarterly*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 1968, zv. 17, č. 1, s. 137 až 166.

presným spôsobom dohodli na podmienkach zmluvy, čo predpokladá jasnosť vzájomných práv a povinností na účely vykonania zmluvy.[39] Z určitého hľadiska táto diskusia vedie k pôvodnému rímskemu právu a k základnému rozlišovaniu, ktoré stále platí v právnych systémoch občianskeho práva, medzi synalagmatickými právnymi vzťahmi (napríklad zmluvy) a jednostrannými právnymi vzťahmi (napríklad darovania a donácie).

59. Odplatná zmluva je teda predovšetkým synalagmatickou zmluvou, čo znamená, že zmluvné strany sa zaväzujú poskytnúť si navzájom plnenia, ktoré sú konkrétne a vzájomné. Povaha týchto plnení musí byť určená hneď pri vzniku zmluvy. Uvedené plnenia musia byť vykonateľné na základe tejto zmluvy. Naproti tomu, splatná protihodnota je flexibilnejšia. Nemusí nevyhnutne pozostávať z peňažnej kompenzácie. Podstatné je, aby táto protihodnota bola jasná, presná a vykonateľná na základe uzavretej zmluvy.

4. Uplatnenie v prejednávanej veci

60. Na úvod treba uviesť, že na rozdiel od vecí, ktorých sa týkala vyššie citovaná judikatúra, v prejednávanej veci neexistuje zmluva uzavretá medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom, keďže vec bola predložená vnútroštátnemu súdu v štádiu, kedy bola ponuka uchádzača odmietnutá. V tomto štádiu konania teda neexistujú zmluvné ustanovenia, ktoré by prípadne svedčili o existencii protihodnoty, ktorú má poskytnúť verejný obstarávateľ, a to v akejkoľvek forme.

61. Súdny dvor teda musí odpovedať na otázku, či v situácii, v ktorej ponuka uchádzača predpokladá neexistenciu akejkoľvek priamej odmeny od verejného obstarávateľa za službu, môže výhoda, ktorú uchádzač môže očakávať z dôvodu zadania samotnej zákazky, predstavovať „protihodnotu“ umožňujúcu uzavretie odplatnej zmluvy v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24.

62. So zreteľom na skutkové okolnosti prejednávanej veci, tak ako boli uvedené vnútroštátnym súdom, neviem, z čoho by táto protihodnota mohla pozostávať, a to aj pri sledovaní veľmi širokého významu tohto pojmu, tak ako bol uvedený v predchádzajúcej časti. V kontexte predmetnej veci by mohli prichádzať do úvahy tri potenciálne výhody: predovšetkým rozvoj relevantnej skúsenosti; následne získanie referencií pre budúce zákazky, a napokon vybudovanie renomé pre budúce verejné obstarávania, ktoré by mohli byť vyhlásené tým istým verejným obstarávateľom pre iné časti.

63. Po prvé rozvoj relevantnej skúsenosti je určite dôležitý pre nové subjekty vstupujúce na trh alebo pre malé a stredné podniky snažiace sa rozrásť. Nejde však jednoznačne o protihodnotu, ktorú dáva verejný obstarávateľ výmenou. Ide len o právnu skutočnosť, ktorá vyplýva zo zadania zákazky.

64. Po druhé je tiež nepopierateľné, že získanie referencií môže predstavovať výhodu. Tieto referencie môžu zohrávať strategickú úlohu pri budúcom zadávaní verejných zákaziek. Treba však konštatovať, že poskytnutie referencií nestačí na preukázanie synalagmatického charakteru plánovanej zmluvy. Nepredstavuje totiž povinnosť pre verejného obstarávateľa, na základe čoho nepredstavuje protihodnotu, ktorá by bola voči nemu vymáhateľná. Táto výhoda je podmienkou, ktorej uskutočnenie je náhodné a neisté, pretože referencie, ktoré podnik bude môcť využiť v budúcnosti, v skutočnosti závisia od skutkových okolností súvisiacich s riadnym plnením zákazky. Neexistuje teda žiadna záruka, pokiaľ ide o referencie, ktoré bude môcť uchádzač využiť. Ide len o špekuláciu v súvislosti so zmluvou.

39 Pozri najmä články 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract), a 2:103 (Sufficient Agreement) v *Principles of European Contract Law* (*Zásady európskeho zmluvného práva*) (pozri LANDO, O., BEALE, H.: *Principles of European contract law, Parts I and II*. La Haye: Kluwer Law International, 2000); alebo články II.–I:101(I) (definícia zmluva), a III.–I:102(4) (o vzájomnom vzťahu záväzkov) v *Draft Common Frame of Reference* (návrh spoločného referenčného rámca) (pozri von BAR, C. a i.: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference*: *outline edition*. Mníchov: Sellier European Law Publishers, 2009). Pozri v tomto zmysle tiež *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, collection *Droit comparé et européen*. Paríž: Société de législation comparée, 2008, zv. 6, s. 25, ktorý vypracovala Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française a Société de législation comparée.

65. Po tretie návrh na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že v prejednávanej veci sa zákazka skladala z dvoch častí.[40] Verejné obstarávanie, o ktoré tu ide, sa týkalo iba prvej časti. Nebola predložená žiadna doplňujúca informácia o možnom vzťahu medzi prvou a druhou časťou. Je však nemysliteľné, aby táto situácia zohrávala úlohu pri definícii protihodnoty v zmysle právnej povinnosti, ktorú by mal verejný obstarávateľ voči uchádzačovi v súvislosti s dvoma časťami. Určite nie je vhodné prijať alebo podporiť politiku, explicitnú alebo implicitnú, v rámci ktorej by podnik v prípade jednej časti zákazky predložil ponuku výrazne nižšiu než náklady, čo zahŕňa sumu nula eur, dúfajúc, že tieto náklady následne prenesie pri zadaní druhej časti tvoriacej zákazku.

66. V skratke, na žiaden z troch scenárov zodpovedajúcich prípadným „výhodám“, ktoré by mohli byť uvádzané ako protihodnota získaná uchádzačom ponúkajúcim poskytnutie určitých služieb bezodplatne, sa nevzťahuje pojem „odplatná zmluva“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24. V žiadnej z týchto hypotéz nie je protihodnota, ktorej vykonanie by mohlo byť zákonne požadované od verejného obstarávateľa v rámci zmluvy. Spoločný menovateľ týchto výhod sa dá zhrnúť tak, že všetky sú stávkou do budúcnosti.

67. Na záver možno dodať, že táto posledná skutková okolnosť umožňuje jasne odlíšiť prejednávanú vec od ešte voľnejšieho prístupu k protihodnote a odplatnosti, ktorý sledoval napríklad generálny advokát Campos Sánchez-Bordona vo svojich návrhoch vo veci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41]. Predovšetkým v odvetví, ktoré je skôr dynamické, akým je odvetvie vývoja softvérov, je totiž možné navrhnúť niekoľko dosť netypických protihodnôt. Prvý softvér by tak mohol byť poskytnutý bezodplatne, na rozdiel od jeho budúcich úprav: verejný obstarávateľ môže zaplatiť v naturáliách, výmenou svojich vlastných údajov na účely toho, aby ich programátor mohol použiť v neskorších aplikáciách; verejný obstarávateľ môže sľúbiť, že bude pravidelne poskytovať spätnú väzbu, aby tým vývojárovi umožnil vylepšiť svoj produkt a zvýšiť jeho komercializáciu atď. Všetky tieto situácie by mohli viesť k uzavretiu odplatných zmlúv, pokiaľ tieto povinnosti jasne vyplývajú zo zmluvy uzavretej s verejným obstarávateľom a definujú právne vymáhateľnú protihodnotu, aj keď nie je vždy ľahké určiť cenu každej konkrétnej protihodnoty.

68. Naproti tomu, pokiaľ ide o prejednávanú vec, zo zmluvy, ktorá má byť uzavretá, nevyplýva žiadna samostatná protihodnota stanovená jasnou a vymáhateľnou povinnosťou, ktorú by mal poskytnúť verejný obstarávateľ. Prvá „výhoda“ je len automatická právna skutočnosť. Druhá výhoda je čisto špekulatívna a neistá. Pokiaľ ide o tretiu výhodu, ak by vôbec mala byť vzatá do úvahy, bola by veľmi problematická. Preto v prípade neexistencie protihodnoty, ktorú by mal poskytnúť verejný obstarávateľ, nemožno zmluvu, ktorá bude uzavretá, kvalifikovať ako „odplatnú zmluvu“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24.

C. Je ponuka s cenou nula eur neobvykle nízkou ponukou?

69. Druhá prejudiciálna otázka vyžaduje určenie právneho základu, na ktorom je možné založiť odmietnutie takej ponuky, o akú ide vo veci samej, s cenou nula eur.

70. Hoci vnútroštátny súd zameriava svoju otázku na ustanovenia uvedené v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice 2014/24, napriek tomu pripomínam, že podľa informácií, ktoré uviedol, ministerstvo vnútra preskúmalo predmetnú ponuku z hľadiska ustanovení týkajúcich sa „neobvykle nízkych ponúk“ uvedených v článku 69 tejto smernice. Toto ministerstvo však neodmietlo ponuku žalobkyne z dôvodu, že bola neobvykle nízka, alebo preto, že nemohla splniť požiadavky a povinnosti uvedené v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania, ale z dôvodu, že išlo o ponuku s cenou nula eur.

40 Pozri bod 11vyššie.

41 C-796/18, EU:C:2020:47. Pozri body 51 a 52 vyššie.

71. Druhá otázka položená vnútroštátnym súdom má teda procesnú povahu: ak je verejnému obstarávateľovi predložená ponuka so sumou nula eur v stĺpci „cena“, i) musí verejný obstarávateľ automaticky vylúčiť ponuku priamo na základe článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24, keďže žiadna ponuka tohto druhu by nemohla nikdy viesť k uzavretiu platnej verejnej zmluvy, alebo ii) má byť táto ponuka preskúmaná aj v súlade s postupom týkajúcim sa neobvykle nízkych ponúk stanoveným v článku 69 smernice 2014/24?

72. Vzhľadom na odpoveď navrhovanú na prvú otázku vnútroštátneho súdu (protihodnota splatná v rámci verejnej zákazky nevyhnutne nevyžaduje priamy prevod peňazí, ale môže byť protihodnotou v naturáliách, pokiaľ má aspoň určitú hospodársku hodnotu), logická odpoveď na druhú prejudiciálnu otázku je odpoveď navrhovaná v ii): s ponukou navrhujúcou cenu nula eur treba tiež zaobchádzať ako s neobvykle nízkou ponukou.

73. Po prvé postup podľa článku 69 smernice 2014/24 sa týka štádia ponuky a rokovania. Normotvorca Únie v tomto článku totiž vyžaduje, aby verejný obstarávateľ ponúkol uchádzačovi možnosť vysvetliť cenu svojej ponuky a odôvodniť jej opodstatnenosť. Vyžaduje ďalej, aby verejný obstarávateľ vzal do úvahy nielen poskytnuté odôvodnenia, najmä tie, ktoré sa týkajú hospodárnosti poskytovaných služieb, zvolených technických riešení alebo výnimočne priaznivých podmienok, ktoré má uchádzač k dispozícii na dodávku dohodnutých služieb,[42] ale aj všetky skutočnosti relevantné z hľadiska predmetného poskytnutia služieb a povinnosti súvisiace s jeho uskutočnením.[43]

74. Okrem prípadu, že by povaha zákazky alebo samotná ponuka jednoznačne naznačovali, že tu nie je možná iná mysliteľná protihodnota a že z tohto dôvodu je zbytočné umožniť uchádzačovi, aby predložil vysvetlenia ku svojej ponuke, nemožno vylúčiť, že zmluva, ktorá sa má uzavrieť, môže byť v konečnom dôsledku „odplatnou“ zmluvou v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24.

75. To všetko pripomína paradox Schrödingerovej mačky. Kým sa škatuľa neotvorí a jej obsah nebude preskúmaný, nemožno vylúčiť, že mačka nachádzajúca sa vnútri škatule žije. Rovnako, kým verejný obstarávateľ neponúkne uchádzačovi na základe článku 69 smernice 2014/24 možnosť, aby vysvetlil logiku a štruktúru nákladov svojej ponuky, nemožno vylúčiť, že predmetná ponuka môže viesť k uzavretiu verejnej zmluvy, bez toho, aby to malo v konečnom dôsledku vplyv na odmietnutie ponuky verejným obstarávateľom. Toto odmietnutie by však nemohlo byť jednoducho založené na skutočnosti, že ponuka s cenou nula eur nespĺňa podmienku odplatnosti stanovenú v článku 2 ods. 1 bode 5 tejto smernice.

76. Po druhé treba konštatovať, že smernica 2014/24 nedefinuje pojem „neobvykle nízka ponuka“, ani nespresňuje sumu, ktorú táto ponuka zahŕňa.[44] Pojmy použité normotvorcom Únie sú všeobecné, pričom Súdny dvor používa tiež pojem „navrhovaná nízka cena ponuky“[45].

42 Tieto odôvodnenia sú uvedené v článku 69 ods. 2 smernice 2014/24.

43 Pozri rozsudok zo 16. mája 2019, Transtec/Komisia (T-228/18, EU:T:2019:336, bod 69 a citovaná judikatúra).

44 Súdny dvor tak v rozsudku z 18. decembra 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), pripomenul, že prináleží členským štátom a konkrétne verejným obstarávateľom, aby určili spôsob výpočtu prahu neobvyklosti, ktorý zakladá „ponuku s neobvykle nízkou cenou“ (bod 49 a citovaná judikatúra).

45 Pozri v tejto súvislosti rozsudok z 18. decembra 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, bod 46).

77. Z judikatúry Súdneho dvora však vyplýva, že tento nesúhlasí so zavedením kritéria matematického vylúčenia. Súdny dvor má tendenciu uprednostňovať účinnú hospodársku súťaž v súlade s cieľmi pravidiel verejného obstarávania. Súdny dvor vo svojom rozsudku z 22. júna 1989, Costanzo [46], rozhodol, že kritérium matematického vylúčenia zbavilo uchádzačov, ktorí predložili neobvykle nízke ponuky, možnosti preukázať, že tieto ponuky boli seriózne, a z tohto dôvodu bolo v rozpore s cieľom smernice 71/305/EHS [47], ktorý spočíval v podpore rozvoja účinnej hospodárskej súťaže v oblasti verejného obstarávania.

78. Vzhľadom na tieto skutočnosti sa teda zdá, že nič nebráni tomu, aby pojem „neobvykle nízka ponuka“ mohol zahŕňať ponuku vo výške nula eur. Suma „nula eur“ je nepochybne podobná istému druhu psychologickej bariéry. Napriek tomu z hospodárskeho hľadiska nič neodôvodňuje, aby sme ju odlišovali od ponuky vo výške 10 eur alebo 100 eur, pokiaľ sú všetky tieto ponuky nižšie než trhové náklady.

79. Napokon po tretie je nepochybné, že niekoľko doplňujúcich argumentov by mohlo svedčiť v prospech zamietnutia preskúmať ponuky vo výške nula eur. Povoliť tieto ponuky by totiž mohlo odporovať cieľu *transparentnosti* v oblasti verejných financií a boja proti korupcii: skutočné náklady a neskoršie platby by boli jednoducho prenesené a ukryté v iných paralelných transakciách. Rovnako, zatiaľ čo by sa tento postup zdal na prvý pohľad prospešný pre *verejné rozpočty*, uzavretie verejnej zmluvy za nominálnu cenu nula eur by sa v konečnom dôsledku mohlo ukázať skôr drahé a náročné na vykonanie pre verejného obstarávateľa a viesť tak skôr ku zvýšeniu nákladov namiesto jednoduchého zaplatenia primeranej ceny hneď na začiatku. Okrem toho prax predátorských cien podporovaná verejnými obstarávateľmi by mohla vyvolať určité obavy z hľadiska *práva hospodárskej súťaže*.

80. V každom prípade bez ohľadu na legitímnosť týchto obáv by rovnaké tvrdenia mohli byť použité v opačnom zmysle, teda v prospech preskúmania týchto ponúk. [48] Predovšetkým by sa však všetky tieto tvrdenia mohli použiť aj proti akémukoľvek preskúmaniu neobvykle nízkych ponúk. Rovnaké úvahy ako tie, ktoré boli načrtnuté vyššie v predchádzajúcom bode, by sa uplatňovali bez rozlíšenia na každú neobvykle nízku ponuku: bol by to napríklad prípad zákazky ohodnotenej na 150 000 eur, ponuky vo výške 1 000 eur, 101 eur alebo symbolického 1 eura. Hoci by všetky tieto ponuky boli podstatne nižšie ako skutočné náklady, verejný obstarávateľ by ich nemohol automaticky odmietnuť. Musí ich preskúmať podľa postupu, ktorý je špecificky stanovený na tento účel v článku 69 smernice 2014/24.

81. Hoci normotvorca Únie urobil túto legislatívnu voľbu v kontexte práva verejného obstarávania po tom, ako zvážil všetky výhody a nevýhody súvisiace s neobvykle nízkymi ponukami, nenachádzam logický argument umožňujúci vylúčiť ponuky vo výške nula eur z tejto schémy. Má sa s nimi teda zaobchádzať rovnakým spôsobom. Pokiaľ by mal Súdny dvor prijať môj návrh v súvislosti s prvou otázkou („odplatná zmluva“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 smernice 2014/24 nevyhnutne nevyžaduje zaplatenie peňažnej sumy, ale môže znamenať povinnosť verejného obstarávateľa poskytnúť protihodnotu v naturáliách), potom výška nominálnej sumy uvedená v ponuke na uzatvorenie zmluvy nie je určujúca.

82. Z tohto dôvodu sa domnievam, že verejný obstarávateľ v súlade s podmienkami uvedenými v článku 69 smernice 2014/24 musí preskúmať ponuku s cenou vo výške nula eur, aby ju prípadne zamietol najmä preto, že nemôže viesť k uzavretiu odplatnej zmluvy v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 tejto smernice, z dôvodu, že verejný obstarávateľ v rámci postupu verejného obstarávania neposkytne žiadnu protihodnotu hospodárskeho významu.

46 103/88, EU:C:1989:256, bod 18.

47 Smernica Rady z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, 1971, s. 5).

48 Najmä, pokiaľ ide o hospodársku súťaž, mohlo by sa uviesť, že tieto pravidlá v skutočnosti podporujú hospodársku súťaž: je pravdepodobné, že malé a stredné podniky, ako aj začínajúce podniky majú nižšie fixné náklady a môžu pre určitú zmluvu započítať nulové marže. Za týchto okolností sa ponuky s cenou nula eur môžu prejaviť ako konkurenčné s tým, že umožnia týmto malým podnikom vstúpiť na trh.

V. Návrh

83. Navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky, ktoré mu položila Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Štátna komisia pre preskúmavanie postupov zadávania verejných zákaziek, Slovinsko), takto:

1. Pojem „odplatná zmluva“ uvedený v článku 2 ods. 1 bode 5 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a zrušení smernice 2004/18/ES, zmenenej delegovaným nariadením Komisie (EÚ) 2017/2365 z 18. decembra 2017, sa má vykladať v tom zmysle, že neumožňuje kvalifikovať ako „verejnú zákazku na poskytnutie služieb“ transakciu, ktorou uchádzač ponúka verejnému obstarávateľovi poskytnutie služby za cenu nula eur, pokiaľ sa zmluvné strany nedohodli na protihodnote hospodárskej povahy, ktorú musí poskytnúť verejný obstarávateľ.

2. Ponuka s cenou nula eur musí byť preskúmaná v súlade s ustanoveniami článku 69 smernice 2014/24, zmenenej delegovaným nariadením 2017/2365, týkajúcimi sa neobvykle nízkych ponúk, prípadne po získaní doplňujúcich informácií od uchádzača o presnej povahe protihodnoty hospodárskeho významu, ktorú musí poskytnúť verejný obstarávateľ. Táto ponuka musí byť odmietnutá v prípade, že v špecifickom rámci postupu verejného obstarávania neumožňuje dospieť k uzavretiu „odplatnej zmluvy“ v zmysle článku 2 ods. 1 bodu 5 tejto smernice.