Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MICHALA BOBKA
přednesené dne 28. května 2020[1]

Věc C-367/19

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

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Državno revizijsko komisijo za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (národní komise pro kontrolu veřejných zadávacích řízení, Slovinsko)]

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky na služby – Směrnice 2014/24/EU – Článek 2 odst. 1 bod 5 – Kvalifikace jako ‚veřejná zakázka' – Pojem ‚úplatná smlouva' – Nabídka uchazeče znějící na nulu eur – Posouzení úplatné povahy plnění – Absence peněžitého protiplnění ze strany veřejného zadavatele – Odmítnutí nabídky – Právní základ – Článek 69 – Mimořádně nízká nabídka"

I. Úvod

1. Je nula neobvykle nízké číslo?

2. Pokud odhlédneme od vášnivých diskuzí, které byla nula schopna vyvolat mezi matematiky[2], je pravděpodobné, že taková právně laděná otázka položená laikovi ho donutí k tomu, aby na právníky vrhl pohled plný úžasu, na který již jsou zvyklí, když se pokoušejí vysvětlit náplň své práce. A tentýž laik je dokonce možná přinutí k nikoliv nesarkastické poznámce, že pouze právníci jsou schopni se na mnoha stranách rozepisovat (doslovně) o ničem.

3. Nic to však nemění na tom, že v oblasti veřejných zakázek stejně jako v oblasti matematiky se nula jeví být zvláštním číslem, na nějž lze jen obtížně aplikovat stávající analytická schémata. Podal uchazeč nabízející zboží nebo služby za nulovou nominální cenu neobvykle nízkou nabídku? Nebo se tento uchazeč tím, že do své nabídky vepíše magické číslo „0", a ne jinou výrazně nižší částku, než jsou skutečné náklady na zakázku (jako například 1,50 nebo 101 eur), automaticky dostane mimo rámec práva veřejných zakázek, a to na základě úvahy, že „0" nemůže na rozdíl od všech ostatních přirozených čísel být ve smlouvě o veřejné zakázce uvedena?

4. Takový je v krátkosti problém, který vyvstává v projednávané věci. V rámci zadávacího řízení na veřejnou zakázku na služby, které vypsalo Ministrstvo za notranje zadeve (ministerstvo vnitra, Slovinsko), předložila společnost Tax-Fin-Lex d.o.o. nabídku na poskytování jedné z uvedených služeb v nulové výši. Ministerstvo vnitra tuto nabídku odmítlo z důvodu, že neumožňuje uzavření „úplatné

1 – Původní jazyk: francouzština.

2 – Jako přístupný úvod do problematiky (skromný na výpočty a bohatý na kulturní historii) je možné uvést například Kaplan, R., *The Nothing that Is: A Natural History of Zero*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

smlouvy“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24/EU[3], a tudíž ani použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek. Tax-Fin-Lex naproti tomu tvrdí, že plnění, v jehož rámci by poskytovala službu za nulu eur, by „za úplatu“ ve smyslu daného ustanovení uskutečňováno bylo. Podle ní by jí totiž plnění zakázky umožnilo získat hospodářskou výhodu na základě referencí, kterých by se mohla následně dovolávat za účelem zadání dalších veřejných zakázek.

II. Právní rámec

5. Směrnice 2014/24 stanoví pravidla umožňující koordinovat vnitrostátní postupy při zadávání veřejných zakázek převyšujících určitou hodnotu tak, aby byly v souladu se zásadami volného pohybu zboží, svobody usazování a volného pohybu služeb, jakož i se zásadami z nich vyplývajícími, jako je rovné zacházení, nediskriminace, přiměřenost a transparentnost. Jejím cílem je rovněž zaručit otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži.

6. Konkrétně body 4 a 103 odůvodnění směrnice 2014/24 uvádějí:

„(4) Vzhledem ke stále rozmanitějším formám činnosti veřejných orgánů je nutné jasněji definovat samotný pojem zadávání veřejných zakázek. Toto vyjasnění by však samo o sobě nemělo rozšiřovat oblast působnosti této směrnice ve srovnání s oblastí působnosti směrnice 2004/18/ES[4]. Cílem pravidel Unie pro zadávání veřejných zakázek není pokrýt všechny formy vynakládání veřejných peněžních prostředků, ale pouze ty, jejichž cílem je pořízení stavebních prací, dodávek nebo služeb za úplatu prostřednictvím veřejné zakázky. Mělo by být vyjasněno, že tato směrnice by se měla vztahovat na pořízení stavebních prací, dodávek nebo služeb bez ohledu na to, zda k němu dochází prostřednictvím nákupu, leasingu nebo jiných smluvních forem.

Pojem pořízení by měl být chápán šířeji ve smyslu získání výhod z příslušných stavebních prací, dodávek nebo služeb […]

[…]

(103) Nabídky na stavební práce, dodávky nebo služby, které se jeví mimořádně nízké, mohou být založeny na technicky, hospodářsky nebo právně nevhodných předpokladech či postupech. Nebude-li uchazeč schopen poskytnout dostatečné vysvětlení, veřejný zadavatel by měl být oprávněn tuto nabídku odmítnout. Odmítnutí by mělo být povinné v případech, kdy veřejný zadavatel zjistí, že mimořádně nízká cena nebo navrhované náklady jsou důsledkem nedodržení imperativních norem práva Unie nebo z nich vyplývajících vnitrostátních právních předpisů v oblastech sociálního nebo pracovního práva nebo práva životního prostředí nebo ustanovení mezinárodního pracovního práva.“

7. V rámci hlavy I směrnice 2014/24, nadepsané „Oblast působnosti, definice a obecné zásady“, čl. 1 odst. 1 a 2 stanoví:

„1. Tato směrnice stanoví pravidla pro zadávání veřejných zakázek a organizování soutěží o návrh veřejnými zadavateli, jejichž odhadovaná hodnota dosahuje alespoň finančních limitů stanovených v článku 4.

3 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65), ve znění nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2017/2365 ze dne 18. prosince 2017 (Úř. věst. 2017, L 337, s. 19) (dále jen „směrnice 2014/24“).

4 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, s. 44; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

2. Zadáváním veřejných zakázek ve smyslu této směrnice je pořízení prostřednictvím veřejné zakázky […] služeb jedním či více veřejnými zadavateli od hospodářských subjektů vybraných těmito veřejnými zadavateli bez ohledu na to, zda tyto […] služby mají sloužit veřejnému účelu, či nikoli."

8. Článek 2 odst. 1 bod 5 směrnice 2014/24 definuje „veřejné zakázky" jako „úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb".

9. Článek 18 směrnice určuje „zásady zadávání veřejných zakázek". Upřesňuje následující:

„1. Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásady rovného zacházení a nediskriminace a postupují transparentním a přiměřeným způsobem.

Zadávací řízení na veřejné zakázky nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž. Hospodářská soutěž se považuje za uměle zúženou, pokud je zadávací řízení na veřejnou zakázku koncipováno se záměrem bezdůvodně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat určité hospodářské subjekty.

2. Členské státy přijmou vhodná opatření k zajištění toho, aby hospodářské subjekty při plnění veřejných zakázek dodržovaly příslušné povinnosti v oblasti práva životního prostředí a sociálního a pracovního práva, jež vyplývají z práva Unie, vnitrostátních právních předpisů, kolektivních smluv nebo z ustanovení mezinárodního sociálního a pracovního práva a práva v oblasti životního prostředí uvedených v příloze X."

10. Článek 69 směrnice 2014/24 je zase věnován „mimořádně nízkým nabídkám". Je součástí hlavy II kapitoly III oddílu 3 směrnice, který je nadepsán „Výběr účastníků a zadání veřejných zakázek". Uvedený článek stanoví:

„1. Veřejní zadavatelé požadují po hospodářských subjektech, aby vysvětlily cenu či náklady navržené v nabídce v případech, kdy se nabídka ve vztahu ke stavebním pracím, dodávkám nebo službám jeví jako mimořádně nízká.

2. Vysvětlení uvedená v odstavci 1 se mohou týkat zejména:

a) ekonomických aspektů výrobního procesu, poskytovaných služeb nebo konstrukčních metod;

b) zvolených technických řešení nebo výjimečně příznivých podmínek, které má uchazeč k dispozici pro dodání výrobků, poskytnutí služeb nebo provedení stavebních prací;

c) originality stavebních prací, dodávek nebo služeb navrhovaných uchazečem;

d) dodržování povinností uvedených v čl. 18 odst. 2;

e) dodržování povinností uvedených v článku 71;

f) možnosti uchazeče získat státní podporu.

3. Veřejný zadavatel posoudí poskytnuté informace konzultací s uchazečem. Zadavatel může nabídku odmítnout pouze v případě, že předložený doklad s ohledem na faktory uvedené v odstavci 2 uspokojivě neodůvodňuje nízkou úroveň navrhovaných cen či nákladů.

Veřejní zadavatelé nabídku odmítnou, pokud dospěli k závěru, že nabídka je mimořádně nízká, jelikož nesplňuje příslušné povinnosti uvedené v čl. 18 odst. 2.

[…]“

III. Spor v původním řízení, předběžné otázky a řízení před Soudním dvorem

11. Dne 7. června 2018 zahájilo ministerstvo vnitra (veřejný zadavatel) zadávací řízení na veřejnou zakázku na služby týkající se přístupu k právnímu informačnímu systému na dobu 24 měsíců. Tato zakázka se skládá ze dvou částí. Ministerstvo vnitra odhadlo hodnotu této zakázky na 39 959,01 eura.

12. Co se týče první části, týkající se přístupu k právnímu informačnímu systému, ve stanovených lhůtách předložily nabídky pouze dva hospodářské subjekty specializované na oblast právních informací, oba se sídlem v Lublani (Slovinsko): Tax-Fin-Lex d.o.o. (žalobkyně) a LEXPERA d.o.o. (vedlejší účastnice).

13. Žalobkyně nabídla, že tuto službu bude poskytovat zdarma.

14. Rozhodnutím ze dne 11. ledna 2019 zadalo ministerstvo vnitra první část veřejné zakázky vedlejší účastnici a nabídku žalobkyně odmítlo z důvodu, že tato nabídka byla v rozporu s pravidly pro zadávání veřejných zakázek.

15. Žalobkyně podala žádost o přezkum uvedeného rozhodnutí. V rámci postupu předcházejícího přezkumu ministerstvo vnitra tuto žádost dne 5. února 2019 zamítlo. Dne 11. února 2019 se žalobkyně obrátila na Državno revizijsko komisijo za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (národní komise pro kontrolu veřejných zadávacích řízení, Slovinsko), která v projednávané věci plní roli předkládajícího soudu, aby rozhodla o legalitě uvedeného rozhodnutí.

16. Žalobkyně tvrdí, že taková nabídka, jako je dotčená nabídka, je přípustná. Tvrdí, že v rámci zadávání veřejné zakázky má uchazeč právo svobodně určit nabídkovou cenu, a v důsledku toho i nabídnout službu bezplatně. To však neznamená, že by žalobkyně přišla o protiplnění za plnění dotčené veřejné zakázky. Má totiž za to, že uzavření smlouvy by jí poskytlo výhodu spočívající v přístupu na nový trh a k novým uživatelům.

17. Ministerstvo vnitra naproti tomu tvrdí, že pojem „veřejná zakázka“ uvedený v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice 2014/24 nemůže zahrnovat smlouvu, kterou hospodářský subjekt nabídl poskytnout veřejnému zadavateli určitou službu bezplatně. Má za to, že výhoda, kterou by měl hospodářský subjekt ze získání zakázky, tedy přístup na nový trh a získání referencí, nepředstavuje protiplnění za plnění veřejné zakázky. Tvrdí totiž, že taková výhoda představuje přidanou hodnotu pro každý hospodářský subjekt, kterou však není možné vyčíslit penězi, a tedy fakturovat veřejnému zadavateli. Ministerstvo vnitra má tudíž za to, že plnění, při němž by byla služba poskytována bezplatně, nemůže vést k uzavření úplatné smlouvy.

18. V žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce předkládající soud uvádí, že ministerstvo vnitra zkoumalo tuto nabídku s ohledem na ustanovení týkající se mimořádně nízkých nabídek. Nabídku však odmítlo nikoli z důvodu, že by byla mimořádně nízká nebo v rozporu se zásadami, jimiž se řídí zadávání veřejných zakázek, ale pouze z důvodu, že zněla na nulu eur.

19. Předkládající soud vyjadřuje pochybnosti ohledně výkladu pojmu „úplatná smlouva“ uvedeného v rámci definice pojmu „veřejné zakázky“ v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice 2014/24. Především uvádí, že jedním ze základních znaků pojmu uvedeného v daném ustanovení je úplatnost smlouvy uzavřené mezi veřejným zadavatelem a hospodářským subjektem. V tomto ohledu upřesňuje, že pojem „veřejná zakázka“ je relevantní nejen před uzavřením smlouvy, kdy veřejnému zadavateli ukládá povinnost dodržovat pravidla definovaná v rámci směrnice 2014/24, ale rovněž po jejím uzavření za účelem posouzení, zda byla smlouva skutečně uzavřena v souladu s uvedenými pravidly.

20. Předkládající soud se dále zabývá tím, zda a případně v jakém rozsahu může být smlouva, kterou se hospodářský subjekt zavazuje poskytovat veřejnému zadavateli službu uvedenou v oznámení o zakázce bezplatně bez jakékoliv jiné výhody než přístupu na nový trh a získání referencí, kvalifikována jako „úplatná“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24. Daný soud připouští, že získání veřejné zakázky a referencí může samo o sobě představovat pro uvedený subjekt výhodu. Tato výhoda není v okamžiku zadání zakázky z hospodářského hlediska vyčíslitelná, avšak může představovat budoucí hospodářskou výhodu spojenou s plněním smlouvy.

21. Předkládající soud však rovněž uznává, že v situaci, kdy veřejný zadavatel neposkytuje hospodářskému subjektu za poskytnutí služby odměnu, je možné, že by uzavřená smlouva nebyla smlouvou na plnění veřejné zakázky, neboť by se jednalo o bezúplatnou smlouvu, která má například formu smlouvy darovací. A konečně se za těchto okolností zabývá tím, zda čl. 2 odst. 1 bod 5 směrnice 2014/24 může představovat právní základ rozhodnutí o odmítnutí nabídky předložené určitým hospodářským subjektem.

22. Za těchto podmínek se Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (národní komise pro kontrolu veřejných zadávacích řízení) rozhodla přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Lze hovořit o ‚úplatné smlouvě‘, jakožto prvku veřejné zakázky ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24, v případě, že veřejný zadavatel není povinen poskytnout jakékoliv protiplnění, nicméně hospodářský subjekt prostřednictvím plnění zakázky získá přístup na nový trh a reference?

2) Je možné nebo nutné vykládat čl. 2 odst. 1 bod 5 směrnice 2014/24 v tom smyslu, že představuje právní základ pro odmítnutí nabídky s cenou ve výši 0 eur?“

23. Žalobkyně, ministerstvo vnitra, rakouská vláda, jakož i Evropská komise předložily písemná vyjádření.

IV. Analýza

24. Moje stanovisko je strukturováno následovně. Začnu přípustností žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce (A). Poté budu zkoumat dosah pojmu „úplatná smlouva“ uvedeného v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice 2014/24 a zvláště související pojem „protiplnění“ (B). A nakonec se budu zabývat otázkou, zda nabídka v nulové výši může být vždy kvalifikována jako „mimořádně nízká nabídka“ k tomu, aby mohla být zkoumána a případně odmítnuta z hlediska ustanovení článku 69 uvedené směrnice (C).

A. K přípustnosti

25. Přípustnost žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle mého názoru nevyvolává žádné otazníky.

26. Pokud jde zaprvé o pravomoc Državne revizijske komisije za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (národní komise pro kontrolu veřejných zadávacích řízení) k podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, připomínám, že Soudní dvůr v rozsudku ze dne 8. června 2017, Medisanus [5], rozhodl, že tato splňuje kritéria k tomu, aby mohla být považována za „vnitrostátní soud“ ve smyslu článku 267 SFEU [6].

5 – C-296/15, EU:C:2017:431.

6 – Viz bod 38 rozsudku.

27. Pokud jde zadruhé o hodnotu zakázky dotčené v původním řízení, je pravda, že je nižší než limit ve výši 144 000 eur stanovený v čl. 4 písm. b) směrnice 2014/24, který se použije na veřejné zakázky zadávané ústředními orgány státní správy.

28. Předkládající soud však uvádí, že při provádění ustanovení směrnice do vnitrostátního práva slovinský zákonodárce rozhodl, že pojem „veřejná zakázka" uvedený v čl. 2 odst. 1 bodu 1 Zakona o javnem naročanju (zákon o zadávání veřejných zakázek)[7] ze dne 30. května 2015 se použije přímo a bezpodmínečně na zakázky, jejichž hodnota je nižší než limit stanovený v článku 4 směrnice a které jsou v zásadě z působnosti směrnice vyloučeny.

29. Podle ustálené judikatury Soudního dvora zvané Dzodzi je výklad ustanovení unijního práva v situacích, které nespadají do jejich působnosti, odůvodněn, jestliže se tato ustanovení stala na základě vnitrostátního práva přímo a bezpodmínečně použitelnými na takové situace, tak aby bylo zajištěno, že s těmito situacemi a situacemi spadajícími do působnosti uvedených ustanovení bude zacházeno stejně[8].

30. V projednávané věci informace poskytnuté předkládajícím soudem, které nejsou zpochybňovány žádným ze zúčastněných, kteří předložili vyjádření, potvrzují, že se vnitrostátní zákonodárce rozhodl rozšířit působnost unijních pravidel v oblasti veřejných zakázek na zakázky s nízkou hodnotou s cílem zajistit právě to, aby situace, na které se vztahuje vnitrostátní právo, a situace upravené unijním právem podléhaly stejným pravidlům. Logika, na níž stojí judikatura Dzodzi, se tak zdá být v projednávané věci plně použitelná.

31. Za těchto okolností může Soudní dvůr na předběžné otázky, které jsou mu položeny, odpovědět.

B. „Úplatná" smlouva?

32. Předkládající soud v podstatě žádá Soudní dvůr, aby upřesnil věcnou působnost směrnice 2014/24. Soudní dvůr má určit, zda a případně v jakém rozsahu může operace, jejímž prostřednictvím se uchazeč zavazuje poskytovat službu za nulu eur, vést k uzavření „úplatné" smlouvy ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice a být tak kvalifikována jako „veřejná zakázka na služby". V tomto ohledu je třeba připomenout, že podle ustálené judikatury Soudního dvora „může být veřejnou zakázkou spadající do směrnice 2004/18 pouze smlouva uzavřená za úplatu"[9].

33. Pro účely odpovědi na první předběžnou otázku je třeba to, zda pojem „úplatná smlouva" může zahrnovat operaci, kterou uchazeč předkládá nabídku za nulu eur, určit na základě doslovného, systematického a teleologického výkladu. Je třeba rovněž zkoumat, zda judikatura Soudního dvora umožňuje v tomto ohledu napomoci diskusi upřesněním základních charakteristik takové smlouvy.

1. „Úplatná smlouva" ve smyslu ustanovení směrnice 2014/24

34. Doslovný obsah čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24 nestačí k poskytnutí jasného výkladu pojmu „úplatná smlouva". Z textové úrovně je naopak již na první pohled patrné, že výkladů a významů pojmu „úplatný" může být celá řada.

7 – Uradni list RS, č. 91/15.

8 – Viz rozsudky ze dne 18. října 1990, Dzodzi (C-297/88 a C-197/89, EU:C:1990:360, dále jen „rozsudek Dzodzi", body 36 až 42), jakož i, nověji, ze dne 14. února 2019, CCC – Consorzio Cooperative Costruzioni (C-710/17, nezveřejněný, EU:C:2019:116, bod 22 a citovaná judikatura), a ze dne 24. října 2019, Belgische Staat (C-469/18 a C-470/18, EU:C:2019:895, body 22 a 23, jakož i citovaná judikatura).

9 – Viz rozsudky ze dne 25. března 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, bod 47), a ze dne 21. prosince 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43). Připomínám, že směrnice 2014/24 směrnici 2004/18 zrušila.

35. Na jedné straně některá jazyková znění odkazují na podmínku úplatnosti [10]. To je založeno na prosté úvaze, že něco musí být poskytnuto výměnou. Na druhé straně se jiná jazyková znění jeví být striktnější: zdá se, že to, co by mělo být zadavatelem výměnou poskytnuto, musí mít specificky peněžitou povahu [11], to znamená, že se musí jednat o peníze. A další jazyková znění podle všeho stojí někde mezi tím [12].

36. Možná však v tomto případě není namístě přisuzovat doslovnému znění směrnice 2014/24 přílišný význam, jelikož některé její jazykové verze dokonce používají k překladu pojmu „úplatná smlouva" odlišné výrazy podle toho, zda je tento pojem uveden v bodech 4 a 70 odůvodnění, nebo v čl. 2 odst. 1 bodu 5 uvedené směrnice.

37. Bohužel *intrasystémové argumenty* (z pohledu směrnice 2014/24) rovněž nejsou příliš ku pomoci. V článku 1 odst. 2 směrnice unijní zákonodárce upřesnil, že „zadáváním veřejných zakázek […] je *pořízení* prostřednictvím veřejné zakázky […] služeb jedním či více veřejnými zadavateli od hospodářských subjektů vybraných těmito veřejnými zadavateli bez ohledu na to, zda tyto […] služby mají sloužit veřejnému účelu, či nikoli" [13].

38. Toto ustanovení je třeba vykládat ve světle bodu 4 odůvodnění směrnice 2014/24, v němž unijní normotvůrce uvedl, že „[c]ílem pravidel Unie pro zadávání veřejných zakázek není pokrýt všechny formy vynakládání veřejných peněžních prostředků, ale pouze ty, jejichž cílem je *pořízení* […] služeb za úplatu prostřednictvím veřejné zakázky" [14]. Tentýž normotvůrce kromě toho doplnil, že „tato směrnice by se měla vztahovat na pořízení […] služeb bez ohledu na to, zda k němu dochází prostřednictvím nákupu, leasingu, nebo jiných smluvních forem". Zde je důležité uvést, že pojem „pořízení" musí být podle unijního normotvůrce „chápán šíře ve smyslu získání výhod z příslušných […] služeb".

39. Pokud by hlavním *cílem* práva veřejných zakázek bylo upravit pořizování zboží nebo služeb orgány státní správy, pak systematika a účel směrnice 2014/24 ve skutečnosti neumožňují určit charakteristiky podmínky úplatnosti, na kterou čl. 2 odst. 1 bod 5 směrnice odkazuje. Pojem „pořízení" je dostatečně široký na to, aby byl agnostický, pokud jde o způsoby tohoto pořízení, přičemž hlavní je, aby zboží nebo služby byly v konečném důsledku získány veřejnými zadavateli. Zboží a služby přitom mohou být legálně nabyty různými způsoby.

40. Pouhý doslovný a systematický výklad tak nestačí k pochopení významu pojmu „úplatná smlouva", a zejména klíčového pojmu „protiplnění", který se skrývá za samotným konceptem smlouvy: jaká je konkrétní povaha protiplnění, které musí poskytnout veřejný zadavatel, aby mohla být veřejná zakázka považována za platnou?

10 – Mimo jiné znění španělské („oneroso"), francouzské („à titre onéreux"), italské („a titolo oneroso"), portugalské („a título oneroso") a rumunské („cu titlu oneros").

11 – Mimo jiné znění anglické („for pecuniary interest") a chorvatské („financijski interes").

12 – Jako znění české a slovenské (kde pojmy „úplatné smlouvy" a „odplatné zmluvy" znamenají především zaplacení protiplnění, ale lze je vykládat také tak, že zahrnují nepeněžitá protiplnění), nebo znění švédské, které používá výraz „kontrakt med ekonomiska villkor", odkazující na ekonomickou hodnotu smlouvy.

13 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

14 – Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

2. Výklad pojmu „úplatná smlouva“ v judikatuře

41. Soudní dvůr má za to, že z právně obvyklého smyslu pojmu „úplatná smlouva“, použitého při definování veřejných zakázek, plyne, že se tento pojem vztahuje na smlouvu, jíž se každá ze stran zavazuje provést plnění výměnou za jiné [15]. Existence „protihodnoty“ nebo „protiplnění“ k tíži veřejného zadavatele, a tedy synallagmatického vztahu, představuje pro Soudní dvůr rozhodující prvek pro posouzení existence úplatné smlouvy [16].

42. Tato judikatura zapadá do linie zastávané Soudním dvorem v jiných oblastech práva, zejména v oblasti plnění podléhajících dani z přidané hodnoty (DPH). V rozsudku ze dne 18. ledna 2017, SAWP [17], tak Soudní dvůr rozhodl, že poskytování služeb je uskutečňováno za úplatu ve smyslu směrnice 2006/112/ES [18] jen tehdy, pokud existuje právní vztah mezi poskytovatelem služeb a příjemcem, na jehož základě dochází ke vzájemnému plnění, přičemž odměna přijatá poskytovatelem představuje skutečnou protihodnotu služby poskytnuté příjemci [19]. Soudní dvůr rozhodl, že „tomu tak je, existuje-li přímá souvislost mezi poskytnutou službou a získanou protihodnotou a pokud zaplacené částky představují skutečné protiplnění za individualizovatelnou službu poskytnutou v rámci takového právního vztahu“ [20].

43. Je však třeba uznat, že pokud jde o povahu protiplnění požadovaného ke splnění podmínky úplatnosti, existují vedle sebe dva směry judikatury. Oba tyto směry do jisté míry odrážejí slovní rozpory čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24 [21].

44. První směr upřednostňuje striktní výklad kritéria úplatnosti smlouvy a vyžaduje, aby veřejný zadavatel zaplatil odměnu nebo cenu v penězích.

45. Soudní dvůr tak v rozsudku ze dne 13. července 2017, Malpensa Logistica Europa [22], odmítl kvalifikaci „zakázky na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/17 a použití příslušných pravidel na smlouvu, kterou entita řídící letiště Milán Malpensa (Itálie) službu poskytovanou poskytovatelem nezískala za úplatu [23]. V daném rozsudku Soudní dvůr výslovně odkázal na přístup zastávaný Komisí, podle kterého úplatná povaha smluvního vztahu vzniklého na základě zakázky na služby jasně znamená, že tato zakázka musí zahrnovat odměnu placenou přímo veřejným zadavatelem k tomu, aby „získal“ službu přímo od poskytovatele.

46. Druhý směr judikatury se naproti tomu přiklání k širšímu výkladu podmínky úplatnosti ve smyslu „protiplnění“ [24] nebo „protihodnoty“ [25]. Jedná se o většinový proud, sdílený rovněž Komisí v její zelené knize o partnerství veřejného a soukromého sektoru a právu Společenství v oblasti zadávání veřejných zakázek a koncesí ze dne 30. dubna 2004 [26].

15 – Viz zejména rozsudky ze dne 18. ledna 2007, Auroux a další (C-220/05, EU:C:2007:31, bod 45), a ze dne 18. října 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, bod 28).

16 – Za tímto účelem, ohledně výkladu pojmu „veřejná zakázka“ uvedeného v čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18, viz rozsudek ze dne 21. prosince 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43 a citovaná judikatura).

17 – C-37/16, EU:C:2017:22.

18 – Směrnice Rady ze dne 28. listopadu 2006 o společném systému daně z přidané hodnoty (Úř. věst. 2006, L 347, s. 1).

19 – Viz rozsudek ze dne 18. ledna 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, bod 25 a citovaná judikatura).

20 – Viz rozsudek ze dne 18. ledna 2017, SAWP (C-37/16, EU:C:2017:22, bod 26 a citovaná judikatura).

21 – Viz bod 35 tohoto stanoviska.

22 – C-701/15, EU:C:2017:545. Uvedený rozsudek se týká výkladu čl. 1 odst. 1 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. 2004, L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19). Podle daného článku „zakázkami na dodávky, stavební práce a služby“ jsou zakázky sjednané „písemně úplatnou smlouvou“.

23 – Viz bod 29 rozsudku.

24 – V tomto ohledu viz rozsudky ze dne 25. března 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, bod 47 až 52), a ze dne 21. prosince 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43).

25 – Rozsudek ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další (C-399/98, EU:C:2001:401, body 77 až 86).

26 – COM(2004) 327 final. V bodě 10 zelené knihy Komise uvádí, že „úplatná povaha dotčené smlouvy nemusí nutně znamenat přímou platbu ceny veřejným partnerem, ale může vyplývat z jakékoli jiné formy hospodářského protiplnění obdrženého soukromým partnerem“.

47. Podle tohoto směru judikatury pojem „úplatnost“ nutně neznamená zaplacení určité částky peněz veřejným zadavatelem. Soudní dvůr má za to, že úplatně mohou být sjednány a pod kvalifikaci „veřejných zakázek“ mohou spadat smlouvy, ve kterých je plnění odměňováno jinými formami protiplnění, jako jsou například náhrada výdajů vynaložených na poskytnutí sjednané služby nebo osvobození od poplatků. Je tomu tak rovněž v případě, kdy poskytnutá protiplnění neumožňují kompenzovat náklady vynaložené uchazečem [27].

48. Dva rozsudky jsou v tomto ohledu zvláště příznačné.

49. V rozsudku ze dne 12. července 2001, Ordine degli Architetti a další [28], tak Soudní dvůr rozhodl, že posouzení prvků, které tvoří definici pojmu „veřejné zakázky na stavební práce“ ve smyslu směrnice 93/37/EHS [29], musí být provedeno způsobem, který zaručí užitečný účinek tohoto předpisu, a zejména podporuje účinnou hospodářskou soutěž zveřejňováním oznámení o zakázce [30]. Připustil tak úplatnost smlouvy a kvalifikaci jako „veřejné zakázky na stavební práce“ v situaci, kdy hospodářský subjekt, držitel stavebního povolení, realizuje stavbu výměnou za *osvobození od příspěvku na náklady vybavení*, který mu ukládají vnitrostátní právní předpisy. V daném případě Soudní dvůr rozhodl, že podmínka týkající se úplatné povahy smlouvy musí být považována za splněnou, jelikož provedením dotčených prací hospodářský subjekt uhradil dluh téže hodnoty, který mu vznikl ve prospěch obce [31].

50. V rozsudku ze dne 18. října 2018, IBA Molecular Italy [32], Soudní dvůr rovněž rozhodl, že „smlouva stanovující vzájemné poskytování plnění […] spadá do pojmu ‚veřejná zakázka‘, i když se stanovená odměna omezuje na *částečnou náhradu nákladů vynaložených na poskytnutí sjednané služby*“ [33]. V daném rozsudku Soudní dvůr zdůraznil, že smlouva, jejímž prostřednictvím se hospodářský subjekt zaváže vyrábět a dodávat různým orgánům veřejné správy určitý výrobek výměnou za financování plně určené na plnění tohoto cíle, spadá pod pojem „úplatná smlouva“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18, a to „i *když náklady na výrobu a distribuci tohoto výrobku nejsou* uvedenou dotací nebo příspěvkem na dopravné, který může být uvedeným správním orgánům účtován, *plně kompenzovány*“ [34].

51. Je třeba poznamenat, že tentýž přístup zastával generální advokát Campos Sánchez-Bordona ve svém stanovisku ve věci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung [35]. V uvedené věci totiž vyvstala zejména otázka, zda poskytnutí programového vybavení sjednané písemně mezi dvěma veřejnými zadavateli má úplatnou povahu ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24, jestliže entita přijímající toto vybavení nemusí zaplatit jeho cenu ani kompenzovat náklady na něj, ale je v zásadě povinna dát protistraně zdarma k dispozici výsledky následného vývoje a adaptace tohoto vybavení.

27 – Viz úvahy Soudního dvora uvedené v rozsudku ze dne 25. března 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168), podle nichž může být kupní smlouva na pozemek veřejnou zakázkou na stavební práce, i když kromě převodu uvedeného pozemku neposkytuje veřejný zadavatel smluvnímu partnerovi žádné protiplnění.

28 – C-399/98, EU:C:2001:401.

29 – Směrnice Rady ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 1993, L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163).

30 – Bod 52 rozsudku.

31 – Je třeba poznamenat, že Soudní dvůr nereflektoval přístup zastávaný generálním advokátem Légerem v jeho stanovisku ve věci Ordine degli Architetti a další (C-399/98, EU:C:2000:671), který měl za to, že kritérium úplatnosti nebylo splněno.

32 – C-606/17, EU:C:2018:843.

33 – Viz bod 29 uvedeného rozsudku a citovaná judikatura. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska. Viz zejména rozsudky ze dne 19. prosince 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a další (C-159/11, EU:C:2012:817, bod 29), ze dne 13. června 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385, bod 31), a ze dne 11. prosince 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino“ a další (C-113/13, EU:C:2014:2440, bod 37).

34 – Bod 31 uvedeného rozsudku. Kurzivou zvýraznil autor stanoviska.

35 – C-796/18, EU:C:2020:47.

52. Ve svém stanovisku měl generální advokát za to, že podmínka úplatnosti byla splněna. Uvedl, že protiplnění, tedy budoucí vývoj a adaptace tohoto vybavení, má hospodářskou hodnotu. Dále měl za to, že toto protiplnění představuje vymahatelný závazek, neboť je nezbytný pro poskytování veřejné služby příslušející uvedeným subjektům [36].

3. Široké chápání pojmu „protiplnění" a jeho meze

53. To, co chápu jako dominantní proud judikatury (s nímž se plně ztotožňuji), lze shrnout následovně.

54. Zaprvé povaha protiplnění, jež je vlastní podmínce úplatnosti a které poskytuje veřejný zadavatel, může mít jiné formy než cenu placenou v penězích. Nemusí tedy nutně dojít k převodu určité peněžní částky. Lze si představit i jiné druhy plateb, tj. nepeněžní.

55. Zadruhé protiplnění musí mít určitou hospodářskou hodnotu, avšak nemusí přesně odpovídat hodnotě dodaného zboží nebo poskytnutých služeb. Veřejný zadavatel a uchazeč se proto mohou dohodnout na možnosti provést platbu v různých formách, pokud tyto mají jasnou hospodářskou hodnotu.

56. Zatřetí povaha a obsah protiplnění, které musí zadavatel poskytnout, musí vyplývat ze smlouvy jakožto jí založená přímá a vynutitelná právní povinnost. Právě do tohoto rámce zasazuji odkaz Soudního dvora, jakož i odkaz generálního advokáta Mengozziho na *synallagmatickou povahu* veřejné zakázky, která se projevuje ve vzniku *právně závazných povinností* pro obě strany smlouvy [37].

57. Ohledně určení, zda smlouva obsahuje protiplnění (a tedy zda je splněna podmínka úplatnosti stanovená v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice 2014/24), jsem tedy toho názoru, že ústředním bodem analýzy není konkrétní částka peněz uvedená ve smlouvě. Jedná se spíše o to, zda jsou na základě této smlouvy obě smluvní strany vázány vzájemnými právními závazky, jejichž splnění si může každá z nich na druhé smluvní straně vynutit a v jejichž rámci zadavatel poskytne alespoň jedno jasné a konkrétní protiplnění hospodářské povahy.

58. Takový přístup záměrně posouvá obsah diskuse z přesné povahy požadovaného „protiplnění" k širší otázce definice přesného obsahu vzájemných povinností každé ze stran. I když je možné, že chápání pojmu „protiplnění" se v jednotlivých zemích v Evropě značně liší [38], existuje podle všeho široká shoda na tom, že vznik smlouvy vyžaduje, aby se smluvní strany dohodly dostatečně přesně na znění smlouvy, což předpokládá jasnost vzájemných práv a povinností každé z nich, tak aby mohla být smlouva plněna [39]. Z určitého úhlu pohledu se tato diskuze vrací k původnímu římskému právu a k rozlišování mezi synallagmatickými (například smlouvami) a jednostrannými (například dary a poskytnutí k bezplatnému užívání) právními vztahy stále platnému v občanskoprávních systémech.

36 – V tomto ohledu viz úvahy v bodech 52 až 63 uvedeného stanoviska.

37 – Viz rozsudek ze dne 21. prosince 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, bod 43), který se přitom ztotožnil se stanoviskem generálního advokáta Mengozziho předneseným v téže věci (C-51/15, EU:C:2016:504, bod 36). Viz poznámka pod čarou 16 tohoto stanoviska.

38 – Pro ilustraci toho, že právní režimy smluv se vyznačují velkou rozmanitostí, viz mj. Kötz, H., „Comparative Contract Law" v Reimann, M., a Zimmermann, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. vyd., Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 902 až 932, zejména s. 910 až 912, nebo Chloros, A. G., „The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract: A Comparative Analysis", *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, Londýn, 1968, sv. 17, č. 1, s. 137 až 166.

39 – Viz zejména články 2:101 (Conditions for the Conclusion of a Contract) a 2:103 (Sufficient Agreement) v „Principles of European Contract Law" (Zásady evropského smluvního práva) (viz Lando, O., a Beale, H., *Principles of European contract law, Parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000); nebo články II.-I:101(I) (definice smlouvy) a III.-I:102(4) (ke vzájemnosti povinností) v *Draft Common Frame of Reference* (návrh společného referenčního rámce) (viz von Bar, C., a další, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, draft Common Frame of Reference: outline edition, Sellier European Law Publishers, Mnichov, 2009). V tomto smyslu viz rovněž *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune*, Société de législation comparée, řada „Droit comparé et européen", Paříž, 2008, sv. 6, s. 25, vypracovaný Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française a Société de législation comparée.

59. Úplatná smlouva je tedy především synallagmatickou smlouvou, což znamená, že se smluvní strany navzájem zavazují poskytovat plnění, která jsou konkrétní a vzájemná. Povaha těchto plnění musí být určena již při vzniku smlouvy. Daná plnění musí být na základě této smlouvy vynutitelná. Naproti tomu forma poskytovaného protiplnění je flexibilnější. Nemusí nutně spočívat v peněžité kompenzaci. Rozhodující je, aby toto protiplnění bylo jasné, konkrétní a vynutitelné na základě uzavřené smlouvy.

4. Použití na projednávanou věc

60. Úvodem je třeba poznamenat, že na rozdíl od věcí, jichž se týkala judikatura uvedená výše v tomto stanovisku, neexistuje v projednávané věci žádná smlouva uzavřená mezi veřejným zadavatelem a uchazečem, neboť věc byla vnitrostátnímu soudu předložena ve fázi, kdy uchazečem formulovaná nabídka byla odmítnuta. V této fázi řízení tedy neexistuje smluvní ujednání, které by případně svědčilo o existenci jakékoli formy protiplnění ze strany veřejného zadavatele.

61. Otázkou, na kterou musí Soudní dvůr odpovědět, tedy je, zda v situaci, kdy nabídka uchazeče neobsahuje žádnou přímou odměnu za služby ze strany veřejného zadavatele, může výhoda, kterou může uchazeč očekávat na základě zadání samotné zakázky, představovat „protiplnění“, které může umožnit uzavření úplatné smlouvy ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24.

62. S ohledem na skutkové okolnosti projednávané věci, tak jak byly vylíčeny předkládajícím soudem, mi skutečně není jasné, v čem by takové protiplnění mohlo spočívat, a to i když bych přijal velmi široký výklad tohoto pojmu, tak jak je uveden v předchozím oddílu. V kontextu projednávané věci by bylo možné uvažovat o třech potenciálních výhodách: zaprvé získání relevantních zkušeností, zadruhé získání referencí pro budoucí zakázky a zatřetí získání dobrého jména pro budoucí zadávací řízení, která mohou být vypsána týmž veřejným zadavatelem pro další části zakázky.

63. Pokud jde o první aspekt, získání relevantní praxe má pro nové účastníky trhu nebo malé a střední podniky, které se chtějí rozvíjet, jistě význam. Zcela jistě se však nejedná o protiplnění, které by zadavatel poskytoval výměnou. Je to pouhá právní skutečnost vyplývající ze zadání zakázky.

64. Zadruhé je rovněž nesporné, že výhodu může představovat získání referencí. Ty mohou hrát strategickou roli při budoucím zadávání veřejných zakázek. Je však nutno konstatovat, že poskytnutí referencí nestačí k prokázání synallagmatické povahy zamýšlené smlouvy. Nepředstavuje totiž povinnost veřejného zadavatele, takže není na něm vymahatelným protiplněním. Tato výhoda je podmínkou, jejíž naplnění je nahodilé a nejisté, neboť reference, kterých se bude společnost moci v budoucnu dovolávat, ve skutečnosti závisejí na skutkových okolnostech souvisejících s řádným plněním zakázky. Ohledně referencí, jichž se uchazeč bude moci dovolávat, tedy neexistuje žádná záruka. Jedná se o pouhou spekulaci spojenou se smlouvou.

65. Zatřetí předkládací rozhodnutí uvádí, že v daném případě se zakázka skládala ze dvou částí[40]. Zadávací řízení dotčené v projednávané věci se týkalo pouze první části. Nebyly předloženy žádné dodatečné informace o případném vztahu mezi první a druhou částí. Je však jen velmi těžko myslitelné, že by taková situace hrála roli při definici protiplnění ve smyslu právní povinnosti, kterou by měl veřejný zadavatel vůči uchazeči v souvislosti s oběma částmi. Jistě není žádoucí přijmout nebo podporovat výslovnou nebo implicitní politiku, na jejímž základě by podnik předložil nabídku značně nižší, než jsou náklady, tedy včetně bezplatné nabídky, v rámci jedné části a doufal, že tyto náklady později promítne při zadávání druhé části zakázky.

40 – Viz bod 11 tohoto stanoviska.

66. Stručně řečeno, žádný ze tří scénářů odpovídajících potenciálním „výhodám“, které by mohly být uplatněny jako protiplnění obdržené uchazečem nabízejícím určité služby bezplatně, nespadá pod pojem „úplatná smlouva“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24. V žádném z těchto případů neexistuje protiplnění, jehož poskytnutí by mohlo být od veřejného zadavatele v rámci smlouvy legálně vymáháno. Společný jmenovatel těchto výhod se omezuje na to, že všechny jsou sázkou na budoucnost.

67. Závěrem lze dodat, že tato posledně uvedená skutková okolnost umožňuje jasně odlišit projednávanou věc od ještě pružnějšího přístupu k protiplnění a úplatnosti, který byl zvolen například generálním advokátem Campos Sánchez-Bordonou v jeho stanovisku ve věci Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung[41]. Především ve spíše dynamickém odvětví, jakým je odvětví vývoje IT, je totiž možné si představit řadu dosti atypických protiplnění. První software by tak mohl být poskytnut zdarma, na rozdíl od jeho budoucího vývoje; veřejný zadavatel může provést platbu v naturáliích předáváním svých vlastních dat, tak aby je programátor mohl využívat ve svých budoucích aplikacích; veřejný zadavatel může přislíbit pravidelnou zpětnou vazbu, což vývojáři umožní zdokonalit svůj produkt a zvýšit jeho prodej atd. Všechny tyto situace by mohly vést k uzavření úplatných smluv, jelikož tyto povinnosti by jasně vyplývaly ze smlouvy uzavřené s veřejným zadavatelem a obnášely by právně vynutitelné protiplnění, jakkoliv není vždy snadné každé konkrétní protiplnění vyjádřit penězi.

68. Naproti tomu v projednávané věci z žádné jasné a vymahatelné povinnosti plynoucí ze smlouvy, jejíž uzavření bylo zamýšleno, nevyplývá jakékoliv konkrétní protiplnění ze strany veřejného zadavatele. První „výhoda“ je pouze automatickou právní skutečností. Druhá je čistě spekulativní a nejistá. Pokud jde o třetí, i kdybychom o ní uvažovali, byla by vysoce problematická. V případě absence protiplnění ze strany veřejného zadavatele proto nemůže být budoucí smlouva kvalifikována jako „úplatná“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24.

C. Je nabídka znějící na nulu eur mimořádně nízkou nabídkou?

69. Pro odpověď na druhou předběžnou otázku je zapotřebí určit právní základ pro odmítnutí takové nabídky, jako je dotčená nabídka znějící na nulu eur.

70. Předkládající soud sice svou otázku soustředí na ustanovení čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24, avšak připomínám, že podle informací, které předložil, ministerstvo vnitra posuzovalo dotčenou nabídku z hlediska ustanovení týkajících se „mimořádně nízkých nabídek“, obsažených v článku 69 směrnice. To však nabídku žalobkyně odmítlo nikoli proto, že by byla mimořádně nízká nebo že by nesplňovala požadavky a povinnosti uvedené v oznámení o zakázce, ale proto, že zněla na nulu eur.

71. Druhá otázka položená předkládajícím soudem tak má procesní povahu: pokud veřejný zadavatel obdrží nabídku, která má v kolonce „cena“ uvedeno nula eur, i) musí zadavatel nabídku automaticky vyloučit přímo na základě čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24, jelikož žádná nabídka tohoto druhu nemůže nikdy vést k uzavření platné smlouvy o veřejné zakázce, nebo ii) taková nabídka musí být posuzována také v souladu s postupem týkajícím se mimořádně nízkých nabídek stanoveným v článku 69 směrnice 2014/24?

72. S ohledem na navrženou odpověď na první otázku předkládajícího soudu (protiplnění poskytované v rámci veřejné zakázky nemusí nutně zahrnovat přímý peněžní transfer, ale může být naturální povahy, pokud má alespoň nějakou hospodářskou hodnotu) je logickou odpovědí na druhou předběžnou otázku odpověď navržená již v rámci vlastní otázky ii): s nabídkou znějící na nulu eur musí být rovněž zacházeno jako s mimořádně nízkou nabídkou.

41 – C-796/18, EU:C:2020:47. Viz body 51 a 52 tohoto stanoviska.

73. Zaprvé postup podle článku 69 směrnice 2014/24 se týká jednotlivých fází předkládání nabídky a vyjednávání o ní. V daném článku totiž unijní normotvůrce vyžaduje, aby veřejný zadavatel nabídl uchazeči možnost osvětlit výši své nabídky a doložit, že ji myslí vážně. Dále vyžaduje, aby veřejný zadavatel přihlédl nejen k poskytnutým vysvětlením, zejména těm, která odkazují na hospodárnost plnění, zvolené technické řešení nebo výjimečně příznivé podmínky, které má uchazeč k dispozici při poskytování smluvené služby [42], ale rovněž ke všem relevantním skutečnostem souvisejícím s dotčeným plněním a povinnostmi spojenými s jeho realizací [43].

74. Pokud tedy z povahy zakázky nebo ze samotné nabídky jednoznačně nevyplývá, že nemůže existovat jiné představitelné protiplnění a že je následně zbytečné umožňovat uchazeči podat vysvětlení ke své nabídce, nelze vyloučit, že budoucí smlouva může být v konečném důsledku „úplatnou smlouvou“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24.

75. To vše poněkud připomíná paradox Schrödingerovy kočky. Dokud nedojde k otevření krabice a prozkoumání jejího obsahu, nelze vyloučit, že kočka, která se v ní nachází, je živá. Stejně tak dokud veřejný zadavatel na základě článku 69 směrnice 2014/24 nenabídne uchazeči příležitost vysvětlit logiku a strukturu nákladů, kterými se řídí jeho nabídka, nelze vyloučit, že dotčená nabídka může vést k zadání veřejné zakázky, aniž je tím v konečném důsledku dotčena možnost odmítnutí nabídky zadavatelem. Takové odmítnutí však nemůže být prostě a jednoduše založeno na skutečnosti, že nabídka ve výši nula eur nesplňuje podmínku úplatnosti stanovenou v čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice.

76. Zadruhé je nutno konstatovat, že směrnice 2014/24 pojem „mimořádně nízká nabídka“ nedefinuje ani neupřesňuje částku, do jejíž výše by nabídka spadala pod tento pojem [44]. Znění použité unijním normotvůrcem je obecné, přičemž Soudní dvůr používá rovněž pojem „nízká cena v […] nabídce“ [45].

77. Z judikatury Soudního dvora však vyplývá, že tato brání zavedení matematického kritéria pro vyloučení. Soudní dvůr usiluje o podporu účinné hospodářské soutěže v souladu s cíli pravidel pro zadávání veřejných zakázek. V rozsudku ze dne 22. června 1989, Costanzo [46], Soudní dvůr rozhodl, že matematické kritérium vyloučení zbavuje uchazeče, kteří předložili zvláště nízké nabídky, možnosti prokázat, že tyto nabídky jsou myšleny vážně, a je v důsledku toho v rozporu s cílem směrnice 71/305/EHS [47], kterým je podpořit rozvoj účinné hospodářské soutěže v oblasti veřejných zakázek.

78. S ohledem na tyto skutečnosti se tedy jeví, že nic nebrání tomu, aby pojem „mimořádně nízká nabídka“ mohl zahrnovat nabídku znějící na nulu eur. Částka „nula eur“ zajisté představuje určitou psychologickou hranici. Nicméně z ekonomického hlediska nic neodůvodňuje, aby byla odlišována od nabídky ve výši 10 nebo 100 eur, pokud jsou všechny tyto nabídky nižší než tržní náklady.

79. Zatřetí a závěrem je nepochybné, že několik dalších argumentů by mohlo svědčit ve prospěch odmítnutí zkoumat nabídky znějící na nulu eur. Umožnění takových nabídek by totiž mohlo být v rozporu s cílem *transparentnosti* při nakládání s veřejnými prostředky a boje proti korupci: skutečné náklady a následné platby by byly pouze odsunuty a skryty v jiných souběžných transakcích. Stejně tak, třebaže by se na první pohled takový postup jevil být příznivý pro *veřejné rozpočty*, veřejná zakázka

42 – Tato vysvětlení jsou uvedena v čl. 69 odst. 2 směrnice 2014/24.

43 – Viz rozsudek ze dne 16. května 2019, Transtec v. Komise (T-228/18, EU:T:2019:336, bod 69 a citovaná judikatura).

44 – V rozsudku ze dne 18. prosince 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466), tak Soudní dvůr připomněl, že členským státům, a zejména pak veřejným zadavatelům přísluší, aby určili způsob výpočtu hranice anomálie představované „mimořádně nízkou nabídkou“ (bod 49 a citovaná judikatura).

45 – V tomto ohledu viz rozsudek ze dne 18. prosince 2014, Data Medical Service (C-568/13, EU:C:2014:2466, bod 46).

46 – 103/88, EU:C:1989:256, bod 18.

47 – Směrnice Rady ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 1971, L 185, s. 5).

zadaná za nominální cenu nula eur by se v konečném důsledku mohla ukázat být spíše nákladnou a obtížně proveditelnou pro veřejného zadavatele, a mohla by tak vést k vyšším nákladům než v případě jednoduchého zaplacení přiměřené ceny hned na počátku. Mimoto by praxe predátorských cen dotovaná veřejnými zadavateli mohla vyvolat určité obavy z hlediska *práva hospodářské soutěže*.

80. V každém případě bez ohledu na legitimitu těchto obav by tytéž argumenty mohly být použity v opačném smyslu, tedy ve prospěch zkoumání takových nabídek [48]. Všechny tyto argumenty by ale především mohly být použity dokonce proti jakémukoliv přezkumu mimořádně nízkých nabídek. Tytéž úvahy, jaké jsou nastíněny v předchozím bodě tohoto stanoviska, by se použily bez rozdílu na každou mimořádně nízkou nabídku: bylo by tomu tak například u zakázky v odhadované hodnotě 150 000 eur v případě nabídek ve výši 1 000, 101 i symbolického jednoho eura. I kdyby všechny tyto nabídky byly mnohem nižší než skutečné náklady, zadavatel by je nemohl automaticky odmítnout. Musí je zkoumat postupem zvláště stanoveným za tímto účelem v článku 69 směrnice 2014/24.

81. Pokud unijní normotvůrce provedl takovou legislativní volbu v kontextu práva veřejných zakázek poté, co zvážil všechny výhody a nevýhody mimořádně nízkých nabídek, nevidím žádný logický argument, který by umožňoval z takového schématu vyloučit nabídky znějící na nulu eur. Musí tedy s nimi být zacházeno týmž způsobem. Pokud by tak Soudní dvůr přijal můj návrh ohledně první otázky („úplatná smlouva“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24 nutně nevyžaduje zaplacení peněžité částky, ale může ze strany veřejného zadavatele zahrnovat naturální protiplnění), pak výše částky uvedené v nabídce smlouvy není rozhodující.

82. V důsledku toho se domnívám, že veřejný zadavatel musí nabídku v nulové výši posoudit právě na základě podmínek stanovených v článku 69 směrnice 2014/24, tak aby ji případně odmítl například z důvodu, že nemůže vést k uzavření úplatné smlouvy ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice z důvodu, že by veřejný zadavatel v rámci plnění zakázky neposkytl žádné protiplnění hospodářské povahy.

V. Závěry

83. Navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Državno revizijsko komisijo za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (národní komise pro kontrolu veřejných zadávacích řízení, Slovinsko) odpověděl následovně:

„1) Pojem ‚úplatná smlouva‘ uvedený v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, ve znění nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) 2017/2365 ze dne 18. prosince 2017, musí být vykládán v tom smyslu, že neumožňuje kvalifikovat jako ‚veřejnou zakázku na služby‘ operaci, v jejímž rámci uchazeč navrhuje veřejnému zadavateli poskytovat mu službu za nulu eur, pokud se smluvní strany nedohodnou na protiplnění ze strany veřejného zadavatele, které by mělo hospodářskou hodnotu.

2) Nabídka znějící na nulu eur musí být posouzena v souladu s ustanoveními článku 69 směrnice 2014/24, ve znění nařízení v přenesené pravomoci 2017/2365, který se týká mimořádně nízkých nabídek, a to případně poté, co jsou od uchazeče získány doplňující informace o přesné povaze protiplnění majícího hospodářskou hodnotu, které má poskytnout veřejný zadavatel. Taková

48 – Mimo jiné, co se týče hospodářské soutěže, bylo by možné tvrdit, že tato pravidla jsou ve skutečnosti pro ni příznivá: je pravděpodobné, že malé a střední podniky, jakož i *start-ups* mají nižší fixní náklady a mohou u určitých smluv počítat s nulovými maržemi. Za takových okolností se nabídky v nulové výši mohou ukázat být v souladu s hospodářskou soutěží, jelikož těmto malým podnikům umožní vstoupit na trh.

nabídka musí být odmítnuta v případě, že by ve specifickém rámci zadávacího řízení neumožňovala dospět k uzavření ‚úplatné smlouvy' ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 uvedené směrnice."