

Vec C-737/22

Návrh na začatie prejudiciálneho konania

Dátum podania:

1. december 2022

Vnútroštátny súd:

Østre Landsret

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

11. november 2022

Žalobkyňa:

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Žalovaná:

BibMedia A/S

.....

ØSTRE LANDSRET

(Východný vyšší súd, Dánsko)

UZNESENIE

z 11. novembra 2022

...

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

...

proti

BibMedia A/S

- 1 ... Žalobu podala Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (obstarávacia služba dánskeho štátu a obcí) (ďalej len „SKI“) proti Audio Visionary Music A/S (ďalej len „AVM“) a týka sa zákonnosti postupu verejného obstarávania, ktorý uskutočnila SKI v súvislosti s rámcovou dohodou o poskytovaní knižničných materiálov a s tým súvisiacich prípravných služieb.
- 2 Østre Landsret (Východný vyšší súd, Dánsko) sa v súlade s článkom 267 ods. 2 Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ) rozhodol podať návrh na Súdny dvor Európskej únie (Súdny dvor) na začatie prejudiciálneho konania vo veci výkladu zákazu rokovaní, ktorý možno vyvodíť z judikatúry Súdneho dvora týkajúcej sa základných zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti vyjadrených v článku 18 ods. 1 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (ďalej len „smernica o verejnom obstarávaní“). Okrem toho sa od Súdneho dvora žiada vyjadrenie k tomu, či skutočnosť, že ide o verejnú súťaž pre samostatné časti (pozri články 27 a 46 smernice o verejnom obstarávaní), má vplyv na rozsah zákazu rokovaní.

OKOLNOSTI A PRIEBEH KONANIA

- 3 Žalobkyňa, SKI, je ústredným obstarávacím orgánom vo vlastníctve dánskeho štátu a Kommunernes Landsforening, ktorá je združením a záujmovou organizáciou dánskych obcí. SKI bola založená s cieľom zefektívniť a profesionalizovať verejné obstarávanie, a to aj prostredníctvom vypracovania, obstarávania a vykonávania rámcových dohôd v mene zákazníkov SKI (štátni a komunálni obstarávatelia).

- 4 V čase obstarávania pôsobila AVM na trhu prípravných služieb pre knižničné materiály. S účinnosťou od 1. marca 2021 nadobudla BibMedia A/S všetky akcie AVM. AVM následne zanikla zlúčením s BibMedia A/S, ktorá je preto účastníkom konania.
- 5 Dňa 4. februára 2020 SKI vyhlásila verejnú súťaž na Rámcovú dohodu 50.05 na knižničné materiály týkajúcu sa poskytovania knižničných materiálov a prípravných služieb. Rámcová dohoda je rozdelená na osem častí a jej celková odhadovaná hodnota je od 748 miliónov DKK do 1,021 miliardy DKK. Časti, ktoré sú relevantné pre túto vec, sú „časť 1 Dánske knihy a noty (východ)“ s odhadovanou hodnotou 253 miliónov DKK a „časť 2 Dánske knihy a noty (západ)“ s odhadovanou hodnotou 475 miliónov DKK.
- 6 Všetky časti zahŕňali rámcovú dohodu s jedným dodávateľom, pričom kritériom na vyhodnotenie ponúk bola najnižšia cena. Ponuky obsahovali informácie o niektorých základných údajoch o uchádzačovi, vyplnený jednotný európsky dokument pre obstarávanie (ESPD) a vyplnený zoznam ponúk s uvedením cien za relatívne skromný počet produktových radov na jednu časť.
- 7 V čase uverejnenia súťažných podkladov sa v bode 3.1 špecifikácie uvádzali tieto údaje týkajúce sa modelu zadávania častí 1 a 2:

„Časti 1 a 2 sú navzájom závislé (pozri bod 3.1.1) a ak uchádzač predloží ponuku na jednu z týchto častí, ponuky sa automaticky predkladajú pre obidve časti. V tomto nie je možné urobiť žiadnu výnimku, a preto nie je možné predložiť ponuku len na jednu z dvoch častí týkajúcich sa dánskych kníh a nôt.

Okrem vyššie uvedeného neexistujú žiadne obmedzenia, pokiaľ ide o počet častí, na ktoré uchádzač môže/mal by predložiť ponuky.

SKI očakáva, že zákazku zadá jednému dodávateľovi na jednu časť. Tomu istému dodávateľovi môže byť zadaných niekoľko častí.

Trh s knižničnými materiálmi sa vyznačuje tým, že existuje len niekoľko špecializovaných dodávateľov a potenciálnych uchádzačov. Dánske knihy a noty predstavujú najväčšiu oblasť produktov z hľadiska obratu a sú pre potenciálnych uchádzačov z komerčného hľadiska dôležité. S cieľom zabezpečiť hospodársku súťaž na trhu v budúcnosti sú dánske knihy a noty geograficky rozdelené na dve časti. Zúčastnení zákazníci sú rozdelení na dve časti, východnú a západnú. V prílohe A a v čiastkových prílohách A.1 a A.2 je uvedené, ktoré obce patria do časti 1 Dánske knihy a noty (východ) a časti 2 Dánske knihy a noty (západ).“

- 8 Z bodu 3.1.1 špecifikácie tiež vyplýva, že:

„Na dánske knihy a noty bola vyhlásená verejná súťaž v rámci takzvaného „modelu východ/západ“, čo znamená, že zámerom je zadať zákazku jednému dodávateľovi vo východnom Dánsku a druhému dodávateľovi v západnom

Dánsku, ale že rovnaké navrhované ceny budú platiť pre všetkých zákazníkov bez ohľadu na to, či sa zákazníci nachádzajú vo východnom alebo západnom Dánsku.

Uchádzači predložia ceny za ziskové rozpätie a prípravu, ktoré musia byť rovnaké – a budú sa uplatňovať – pre časť pre východné Dánsko a takisto pre časť pre západné Dánsko.

Uchádzačovi, ktorý predloží ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, sa zadá zákazka ako dodávateľovi časti 2 Dánske knihy a noty (západ).

Uchádzačovi, ktorý predloží druhú ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, sa zadá zákazka ako dodávateľovi časti 1 Dánske knihy a noty (východ). Tento uchádzač však musí súhlasiť s tým, že zadanie zákazky ako dodávateľovi vo východnom Dánsku od neho vyžaduje, aby dodával výrobky a služby podľa rámcovej dohody zákazníkom vo východnom Dánsku presne za rovnaké ceny, aké ponúkol uchádzač s ekonomicky najvýhodnejšou ponukou a za aké ich bude dodávať v západnom Dánsku.

Ak uchádzač s druhou ekonomicky najvýhodnejšou ponukou nesúhlasí s tým, že bude dodávateľom vo východnom Dánsku, možnosť prechádza na uchádzača s tretou ekonomicky najvýhodnejšou ponukou, ktorý musí rovnako súhlasiť s tým, že zadanie zákazky ako dodávateľovi vo východnom Dánsku vyžaduje, aby uchádzač dodával výrobky a služby podľa rámcovej dohody zákazníkom vo východnom Dánsku presne za rovnaké ceny, aké ponúkol uchádzač s ekonomicky najvýhodnejšou ponukou a za aké ich bude dodávať v západnom Dánsku.

Ak ani tento uchádzač nesúhlasí s tým, že bude dodávateľom vo východnom Dánsku, možnosť prechádza na ďalšieho uchádzača na zozname a tak ďalej. Ak sa zoznam uchádzačov s ponukami, ktoré spĺňajú podmienky zákazky, vyčerpá a nenájde sa medzi nimi žiadny dodávateľ pre východné Dánsko, dodávateľovi, ktorému je zadaná zákazka v západnom Dánsku, bude zadaná aj zákazka vo východnom Dánsku. V takom prípade bude tento dodávateľ dodávateľom v celom Dánsku, t. j. pre obidve časti 1 a 2, a bude dodávať v celej krajine za rovnaké ceny.

Pre uchádzačov model východ/západ znamená, že ak by sa pri vyhodnotení ukázalo, že predložili ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, súhlasia s tým, že ostatným uchádzačom musia poskytnúť úplný prístup k svojim navrhovaným cenám, a to v prvom rade uchádzačovi s druhou ekonomicky najvýhodnejšou ponukou, a ak tento uchádzač nesúhlasí s tým, že bude dodávateľom vo východnom Dánsku, ďalšiemu v poradí atď.

Dôvodom, prečo sa dodávateľovi s ekonomicky najvýhodnejšou ponukou zadáva zákazka v západnom Dánsku, je skutočnosť, že v západnom Dánsku možno očakávať vyšší obrat ako vo východnom Dánsku. Uchádzač, ktorému sa zadáva zákazka vo východnom Dánsku, by si teda mal byť vedomý aj toho, že pri prijímaní podmienok, za ktorých bude dodávateľom vo východnom Dánsku, musí zabezpečiť, aby pri stanovených cenách mohol dosiahnuť ziskový obchod vo

vzťahu k vlastným nákladom, aj keď možno očakávať, že obrat vo východnom Dánsku bude nižší ako v západnom Dánsku. Rozdelenie očakávaného obratu medzi východné a západné Dánsko je uvedené v čiastkovej prílohe A.1.“

- 9 Dňa 3. marca 2020, v deň uplynutia lehoty na predloženie ponúk, SKI dostala ponuky od AVM a BibMedia A/S (jediní dvaja seriózni dodávatelia na trhu). Obaja uchádzači predložili ponuky na všetky časti.
- 10 Vyhodnotením sa zistilo, že BibMedia A/S predložila ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku (najnižšia cena) pre všetky časti, zatiaľ čo AVM predložila druhú ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku pre všetky časti.
- 11 V dôsledku modelu zadávania častí 1 a 2 opísaného v špecifikácii sa SKI obrátila na AVM s ponukou na zadanie časti 1 (východ) za predpokladu, že AVM bude súhlasiť s tým, že bude musieť dodávať za ceny, ktoré predložila BibMedia A/S ako uchádzač s najnižšou cenou a o ktorých bola AVM v čase tohto kontaktu informovaná.
- 12 AVM s uvedeným súhlasila a SKI následne 21. apríla 2020 zaslala oznámenie o rozhodnutí o zadaní zákazky.
- 13 AVM následne 30. apríla 2021 podala sťažnosť na Klagenævnet for Udbud (Rada pre sťažnosti v oblasti verejného obstarávania, Dánsko, ďalej len „rada pre sťažnosti“). Rada pre sťažnosti bola zriadená na účely plnenia povinností Dánska vyplývajúcich zo smerníc o opravných prostriedkoch, pričom jej úlohou je vybavovať sťažnosti týkajúce sa možného porušenia zákona *udbudsloven* (zákon o verejnom obstarávaní), smerníc EÚ o verejnom obstarávaní, Zmluvy o fungovaní Európskej únie (ZFEÚ) a z nich vyplývajúcich zásad rovnosti zaobchádzania a transparentnosti atď. a zákona *tilbudsloven* (zákon o postupoch verejného obstarávania) verejnými obstarávateľmi.
- 14 Dňa 14. januára 2021 rada pre sťažnosti vydala rozhodnutie vo veci C-20/05105: Audio Visionary Music A/S proti Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, v ktorom dospela k tomuto záveru:

„[SKI] porušila zásadu rovnosti zaobchádzania (pozri § 2 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní a § 56 zákona o verejnom obstarávaní) tým, že pri zadávaní častí 1 a 2 uplatnila postup, podľa ktorého uchádzač, ktorý predloží druhú najlepšiu ponuku, môže po uplynutí lehoty na predloženie ponúk zmeniť svoju ponuku a následne mu bude zadaná časť 1.“

- 15 Rada pre sťažnosti svoje rozhodnutie okrem iného odôvodnila takto:

„ide o verejnú súťaž a po predložení ponuky uchádzačom ju v zásade nemožno meniť ani na základe podnetu verejného obstarávateľa, ani na základe podnetu uchádzača.“

Zásady rovnosti zaobchádzania a transparentnosti v súvislosti s verejnou súťažou teda bránia akejkol'vek forme rokovaní medzi verejným obstarávateľom a uchádzačom. Ak je uchádzačovi po oslovení zo strany verejného obstarávateľa poskytnutá možnosť zmeniť (znižiť) ponúknutú cenu na stanovenú nižšiu cenu, znamená to, že uchádzač má možnosť zmeniť podstatnú podmienku svojej ponuky, a to presnú výšku ponuky uvedenú v pôvodnej ponuke spôsobom, ktorý je výhodný pre verejného obstarávateľa a ktorý dáva uchádzačovi možnosť zlepšiť svoju cenu, a tým aj svoju ponuku s cieľom získať zákazku. V súlade so štandardnou praxou by tento druh postupu bol v rozpore so zákazom rokovaní.

Otázkou je, či to, že v tomto konkrétnom verejnom obstarávaní je takýto postup opísaný v špecifikácii, znamená, že postup v tomto prípade možno považovať za postup v súlade so zásadami rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, a teda za zákonný. Rada pre sťažnosti konštatuje, že od zákazu rokovaní vo verejnej súťaži sa nemožno odchyliť len na základe toho, že SKI v špecifikácii opísala model východ/západ, ako to bolo v tomto prípade.“

- 16 Dňa 9. júla 2021 SKI začala súdne konanie pred Retten i Glostrup (Okresný súd Glostrup, Dánsko), okrem iného proti tejto časti rozhodnutia rady pre sťažnosti. Dňa 7. decembra 2021 bola vec postúpená na Østre Landsret (Východný vyšší súd, Dánsko), ktorý rozhodol na prvom stupni.

DÁNSKE PREDPISY O VEREJNOM OBSTARÁVANÍ

- 17 Smernica 2014/24/EÚ (smernica o verejnom obstarávaní) bola implementovaná do dánskeho práva prostredníctvom zákona č. 1564 z 15. decembra 2015 v znení neskorších predpisov (zákon o verejnom obstarávaní).
- 18 § 2 zákona o verejnom obstarávaní implementuje článok 18 ods. 1 smernice o verejnom obstarávaní a týka sa všeobecných zásad zákona. Ustanovenie má toto znenie:

§ 2. Pri postupoch verejného obstarávania verejný obstarávateľ dodržiava zásady rovnosti zaobchádzania, transparentnosti a proporcionality podľa hláv II-IV.

Odsek 2 Verejná súťaž nesmie byť navrhnutá so zámerom vylúčiť ju z pôsobnosti tohto zákona alebo umelo obmedziť hospodársku súťaž. Hospodárska súťaž sa považuje za umelo obmedzenú, ak je návrh obstarávania vypracovaný so zámerom neprimerane zvýhodniť či znevýhodniť jeden alebo niektoré hospodárske subjekty.

- 19 § 49 zákona o verejnom obstarávaní implementuje článok 46 ods. 1 až 3 smernice o verejnom obstarávaní. Odsek 3 tohto ustanovenia sa týka požiadaviek na rozdelenie zákaziek na časti a znie:

§ 49.

...

Odsek 3. Verejný obstarávateľ uvedie tieto údaje v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania:

- (1) či uchádzač môže predložiť ponuky na jednu, viacero alebo všetky časti,*
- (2) či môže byť uchádzačovi zadaná jedna, viacero alebo všetky časti, a ak áno, ako možno časti alebo skupiny častí kombinovať, a*
- (3) objektívne a nediskriminačné kritériá alebo pravidlá, ktorými sa bude riadiť zadávanie častí, vrátane spôsobu zadávania častí, ak by kritériá alebo pravidlá inak viedli k tomu, že by sa jednému uchádzačovi zadalo viac častí, ako je maximálny počet, ktorý sa môže uchádzačovi zadať.*

- 20 § 56 zákona o verejnom obstarávaní sa týka procesných pravidiel verejného obstarávania a implementuje časť článku 27 smernice o verejnom obstarávaní. Ustanovenie má toto znenie:

§ 56. V prípade verejnej súťaže môže každý hospodársky subjekt, ktorý má záujem, reagovať na oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania predložením ponuky. Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania obsahuje informácie uvedené v časti C prílohy V k smernici Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65). Verejný obstarávateľ použije štandardný formulár (pozri § 128 ods. 3).

UPLATNITEĽNÉ USTANOVENIA PRÁVA EURÓPSKEJ ÚNIE

- 21 Ustanovenia práva EÚ, ktorých sa táto vec týka, sú najmä základné zásady rovnosti zaobchádzania a transparentnosti stanovené v článku 18 smernice o verejnom obstarávaní a rozsah zákazu rokovaní v súvislosti s časťami (pozri článok 46 smernice o verejnom obstarávaní a postup obstarávania „verejná súťaž“ podľa článku 27 smernice o verejnom obstarávaní).

TVRDENIE ŽALOBKYNE

- 22 SKI spochybňuje, že by použitým modelom východ/západ porušila zásadu rovnosti zaobchádzania podľa článku 18 ods. 1 smernice o verejnom obstarávaní. Zvolený návrh obstarávania je napriek použitiu postupu obstarávania „verejná súťaž“ zákonný a je v súlade s ustanoveniami zákona o verejnom obstarávaní vrátane zásady rovnosti zaobchádzania a zásady transparentnosti a z nich vyplývajúceho zákazu rokovaní, ako aj s judikatúrou v oblasti verejného obstarávania.
- 23 Hlavným dôvodom modelu východ/západ bolo želanie zabezpečiť hospodársku súťaž v oblasti tých služieb, ktoré sú zahrnuté v časti 1 a 2, keďže časť 2 bola z hľadiska obratu najväčšou oblasťou produktov vo verejnom obstarávaní. V tejto

súvislosti je nevyhnutné poznamenať, že neexistuje súkromný trh s podobnými službami a že neexistujú iné obstarávateľské subjekty, ktoré by ponúkali podobné zákazky. Rámcová dohoda SKI preto v skutočnosti predstavuje celý trh. Hospodárskym subjektom na trhu, ktorým nie je zadaná časť preto hrozí, že zostanú na okraji záujmu alebo dokonca ukončia svoju činnosť. Trh v tejto oblasti produktov tak už mnoho rokov trpí obdobiami s malou alebo dokonca žiadnou konkurenciou, čo môže byť veľmi škodlivé pre zákazníkov SKI a v konečnom dôsledku aj pre daňových poplatníkov. Preto sa SKI počas konania o rámcovej dohode výrazne zamerala na to, aby v čo najväčšej miere zabezpečila hospodársku súťaž, a to aj prostredníctvom rozdelenia tejto časti obstarávania na dve časti (východ a západ) a použitím modelu, ktorý v zásade umožňuje dvoch rôznych dodávateľov, čo je v súlade so základnými cieľmi článku 46 smernice o verejnom obstarávaní (pozri odôvodnenie 79 uvedenej smernice). V tomto odôvodnení sa uvádza, že *„Ak sa zákazka rozdelí na viaceré časti, verejní obstarávatelia by mali, napríklad v záujme zachovania hospodárskej súťaže alebo zaistenia spoľahlivosti dodávok, mať možnosť obmedziť počet častí, na ktoré môže hospodársky subjekt predložiť ponuku; mali by mať tiež možnosť obmedziť počet častí, ktoré možno zadať ktorémukoľvek uchádzačovi.“* Tým, že SKI zároveň stanovila, že obidve časti musia byť dodané za rovnaké ceny, aké ponúkol uchádzač, ktorý predložil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, sa zároveň snažila zabrániť špekuláciám spočívajúcim v ponúknutí vysokých cien za jednu z častí na úkor zákazníkov SKI a v konečnom dôsledku daňových poplatníkov. Ak by mal uchádzač takto zaručenú aspoň jednu zákazku, mohol by špekulovať predložením ponúk s vysokými cenami pre obidve časti. Proti tomu bola stanovená požiadavka, aby uchádzač musel dodávať za rovnakú cenu ako úspešný uchádzač pre časť 1.

- 24 Pred obstarávaním sa uskutočnila konzultácia s trhom. Zo spätnej väzby od trhu vyplynulo, že trh vo všeobecnosti považuje model za spravodlivý a zlučiteľný s hospodárskou súťažou, a to hmatateľne a aj z dlhodobého hľadiska. Odpoveď na konzultáciu prijatú od BibMedia A/S, ktorá tiež predložila ponuku počas následného verejného obstarávania (pozri vyššie), obsahovala nižšie uvedené:

„Návrh SKI rozdeliť časť 1 Dánske knihy a prípravu do modelu východ/západ, ako je opísaný, sa nám zdá byť primeraný, pretože uvedený model bude stále motivovať uchádzačov, aby predložili najatraktívnejšiu ponuku s cieľom, aby získali najväčší podiel z hľadiska objemu. Existencia viacerých dodávateľov pre časť 1 zaručuje silnú konkurenciu v nasledujúcich rokoch a to, že sa budú naďalej vyvíjať riešenia a služby, ktoré budú prínosom pre knižnice.“

- 25 SKI preto tvrdí, že tento model je úplne v súlade s úvahami založenými na kvalite, ktoré sú navyše ústredným prvkom práva verejného obstarávania, konkrétne s potrebou zabezpečiť efektívne využívanie verejných finančných prostriedkov (pozri odôvodnenie 2 smernice o verejnom obstarávaní), ako aj účinnú hospodársku súťaž (pozri jej odôvodnenia 90 a 69), a to tak v predmetnom konkrétnom postupe, ako aj v budúcnosti s ohľadom na konkrétnu situáciu v oblasti hospodárskej súťaže špecifickú pre tento trh.

26 Preto sa na podporu zákonnosti modelu uvádza:

- že skutočnosť, že druhý najlacnejší uchádzač má možnosť súhlasiť s dodávkami za rovnaké ceny, aké ponúkol najlacnejší uchádzač, a teda mu môže byť zadaná časť 1, neznamená „rokovanie“ v rozpore so zákazom rokovaní podľa zákona o verejnom obstarávaní, vrátane princípov a úvah, ktoré sú základom tohto zákazu a § 56 zákona o verejnom obstarávaní.
- že model východ/západ naopak predstavuje objektívny, mechanický postup zadávania zákazky, ktorý sa použije po určení poradia ponúk a bez akejkoľvek inej interakcie medzi SKI a uchádzačom, ktorý predložil druhú najlepšiu ponuku, okrem jeho súhlasu s dodávkami za podmienok vopred stanovených v súťažných podkladoch a za rovnaké ceny, aké ponúkol uchádzač, ktorý predložil najlepšiu ponuku.
- že ide aj o postup zadávania zákazky na časti, ktorý je jasne a transparentne opísaný v súťažných podkladoch. V žiadnom prípade neumožňuje SKI slobodnú voľbu v súvislosti so zadávaním zákaziek v rozpore so zásadou transparentnosti podľa článku 18 smernice o verejnom obstarávaní, ani neumožňuje uchádzačovi, ktorý predložil druhú najlepšiu ponuku, svojvoľne zmeniť svoju ponuku po uplynutí lehoty na predloženie ponúk, čím by sa dostal do lepšieho postavenia, než na aké mal nárok podľa podmienok špecifikácie, navyše v rozpore so zásadami rovnosti zaobchádzania a transparentnosti. Naopak, zadávanie zákaziek prebieha v rámci vopred stanovených parametrov pre zadávanie častí zákazky opísaných v súťažných podkladoch a v rámci parametrov článku 46 smernice o verejnom obstarávaní, a to na základe procesu, na ktorý SKI alebo dotknutí uchádzači nemajú žiadny vplyv.
- že zadávanie zákaziek podľa modelu východ/západ sa teda uplatňuje jednotne, na základe predchádzajúceho vyhodnotenia predložených ponúk podľa stanoveného kritéria „najnižšej ceny“ a podľa vopred stanoveného a jasne opísaného postupu zadávania častí zákazky. Okrem toho, keďže sa tento model používa aj v čase, keď je už zostavené poradie ponúk (t. j. po vyhodnotení), nehrozí žiadne riziko narušenia hospodárskej súťaže medzi uchádzačmi vo forme nespravodlivej diskriminácie.

TVRDENIE ŽALOVANEJ

- 27 Žalovaná tvrdí, že rozhodnutie a odôvodnenie rady pre sťažnosti sú správne a mali by byť potvrdené.
- 28 Zásada rovnosti zaobchádzania uvedená v článku 18 smernice o verejnom obstarávaní a § 2 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní, ako aj z neho vyplývajúci zákaz rokovaní znamená, že verejný obstarávateľ nemôže vo verejnej súťaži rokovať s jediným uchádzačom. V tejto súvislosti nie je podstatné, že verejný obstarávateľ opísal možnosť rokovať v súťažných podkladoch.

- 29 Žalovaná tvrdí, že poskytnutie možnosti jednému z uchádzačov zmeniť svoju ponuku po uplynutí lehoty na predloženie ponúk tak, aby zodpovedala cene najnižšieho uchádzača, predstavuje rokovanie.
- 30 Podľa názoru žalovanej táto situácia, keď je jednému z uchádzačov umožnené znížiť cenu vo svojej ponuke tak, aby cena zodpovedala najnižšej ponuke, predstavuje zmenu ponuky, ktorú nie je možné povoliť po uplynutí lehoty na predloženie ponúk.
- 31 Preto model východ/západ, ktorý používa SKI, predstavuje rokovanie v zmysle smernice o verejnom obstarávaní.
- 32 Žalovaná tiež tvrdí, že takýto postup nemožno zákonne použiť v súvislosti s „verejnou súťažou“ ako postupom verejného obstarávania v súlade s článkom 27 smernice o verejnom obstarávaní (pozri § 56 zákona o verejnom obstarávaní). Tento druh postupu zadávania zákazky teda neposkytuje možnosť rokovať, a to ani tým, že by sa jednému uchádzačovi poskytla možnosť zmeniť svoju ponuku po uplynutí lehoty na predloženie ponúk.
- 33 SKI mala namiesto toho uskutočniť verejné obstarávanie v rámci parametrov stanovených v smernici o verejnom obstarávaní, pričom existuje možnosť použiť zákonné postupy, ktoré do značnej miery splňajú ciele, ktoré chce SKI dosiahnuť modelom východ/západ. Verejný obstarávateľ tak môže rozdeliť zákazku na časti, pričom je zákonné obmedziť možnosť toho istého uchádzača vyhrať všetky časti, aby bola v budúcnosti zabezpečená hospodárska súťaž. V rámci postupov stanovených v smernici o verejnom obstarávaní však nie je možné získať viacero možných dodávateľov a zároveň ich mať za rovnaké ceny. Verejní obstarávatelia si preto musia vybrať medzi jedným uchádzačom, ktorý získa všetky časti s rovnakou cenou, alebo medzi tým, že časti budú zadané niekoľkým rôznym uchádzačom, ale s rôznymi cenami. Ak sa verejný obstarávateľ rozhodne obmedziť možnosť pre toho istého uchádzača, aby mu boli zadané všetky časti, musí potom akceptovať druhú najnižšiu cenu uchádzača za menšiu časť.

ODÔVODNENIE OTÁZOK

- 34 Judikatúra Súdneho dvora týkajúca sa zásady rovnosti zaobchádzania a zásady transparentnosti v smernici o verejnom obstarávaní a rozsahu pôsobnosti z nej vyplývajúceho zákazu rokovaní sa okrem iného týka obmedzení súvisiacich s vysporiadaním sa verejného obstarávateľa s výhradami v ponuke a obmedzení súvisiacich so spätným zhromaždením a zahrnutím informácií zo strany verejného obstarávateľa (pozri okrem iného rozsudok Súdneho dvora z 10. októbra 2013, Manova A/S, C-336/12, EU:C:2013:647 a z 11. mája 2017, Archus and Gama, C-131/16, EU:C:2017:358), alebo zhromaždením chýbajúcich alebo nepresných informácií v predloženej ponuke (pozri rozsudok z 29. marca 2012, SAG ELV Slovensko a i., C-599/10, EU:C:2012:191).

- 35 Okrem toho sa zdá, že sa Súdny dvor zaoberal rozsahom zákazu rokovaní v súvislosti s nahradením podnikov, na ktorých kapacitu má uchádzač v úmysle sa spoliehať (pozri okrem iného rozsudok z 3. júna 2021, Rad Service Sri Unipersonale a i./Del Debbio SpA a i., C-210/20, EU:C:2021:445).
- 36 Spoločným znakom predchádzajúcej praxe sa zdá byť skutočnosť, že rozsah zákazu rokovaní sa vykladá vo vzťahu k možnosti verejného obstarávateľa napraviť to, že záujemca/uchádzač nespĺňa požiadavky uvedené v súťažných podkladoch, a teda sa týka situácií, keď záujemca/uchádzač potenciálne nadobudne právne postavenie, na ktoré podľa súťažných podkladov nemal nárok, a ktoré je v dôsledku toho v rozpore so základnými zásadami práva EÚ (pozri rozsudok z 22. júna 1993, Komisia Európskych spoločenstiev/Dánske kráľovstvo, C-243/89, EU:C:1993:257; rozsudok z 25. apríla 1996, Komisia Európskych spoločenstiev/Belgické kráľovstvo, C-87/94, EU:C:1996:161 a rozsudok zo 7. apríla 2016, Partner Apelski Dariusz/Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, EU:C:2016:214).
- 37 Súdny dvor však zrejme nemal možnosť zaoberať sa tým, v akom rozsahu zákaz rokovaní v súvislosti s otvorením súťaže na časti zákazky v rámci postupu zadávania zákazky typu „verejná súťaž“ bráni tomu, aby bola uchádzačovi, ktorý nepredložil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, daná možnosť po uplynutí lehoty na predloženie ponuky a v súlade s vopred stanovenými podmienkami v špecifikácii súhlasiť s poskytnutím navrhovaných služieb pre jednu časť zákazky za rovnakú cenu ako uchádzač, ktorý predložil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku, a preto mu bola zadaná iná časť zákazky.
- 38 Østre Landsret (Východný vyšší súd, Dánsko), ktorý je v tejto veci súdom prvého stupňa, na tomto základe konštatuje, že je potrebné predložiť Súdnemu dvoru nižšie uvedenú otázku.

NARIAĐUJE SA, ABY:

- 39 Bol Súdny dvor požiadaný o odpoveď na túto otázku:

Bránia zásady transparentnosti a rovnosti zaobchádzania uvedené v článku 18 smernice o verejnom obstarávaní a z nich vyplývajúci zákaz rokovaní tomu, aby bola uchádzačovi, ktorý predložil druhú ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku v rámci verejnej súťaže pre samostatné časti (pozri články 27 a 46 smernice o verejnom obstarávaní), daná možnosť po uplynutí lehoty na predloženie ponuky a v súlade s vopred stanovenými podmienkami v špecifikácii dodať navrhované služby v rámci časti za rovnakých podmienok ako uchádzač, ktorý predložil ekonomicky najvýhodnejšiu ponuku a ktorému preto bola zadaná iná časť, na ktorú bola vyhlásená verejná súťaž v rovnakom čase?

...