

Vec C-376/21

**Zhrnutie návrhu na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 98 ods. 1
Rokovacieho poriadku Súdneho dvora**

Dátum podania:

17. jún 2021

Vnútroštátny súd:

Värchoven administrativen säd

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

28. mäj 2021

Navrhovateľka v konaní o kasačnom opravnom prostriedku:

Zamestnik-ministär na regionalnoto razvitie i blagoustrojstvoto i rakovoditel na Upravliavaštija organ na Operativna programa „Regioni v rastež“ 2014–2020 (štätny tajomník pre regionálny rozvoj a výstavbu infraštruktúry a vedúci riadiaceho orgánu pre operačný program „Rozvoj regiónov“ 2014-2020)

Odporkyňa v konaní o kasačnom opravnom prostriedku:

Obšina Razlog (obec Razlog)

Predmet konania vo veci samej

Kasačná sťažnosť proti rozsudku správneho súdu prvého stupňa, ktorým sa vyhovel žalobe proti rozhodnutiu o určení finančnej opravy, ktoré bolo vydané riadiacim orgánom operačného programu financovaného z prostriedkov Európskej únie

Predmet a právny základ návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Výklad práva Únie; článok 267 ods. 1 písm. b) a ods. 3 ZFEÚ

Prejudiciálne otázky

1. Má sa článok 160 ods. 1 a článok 2 nariadenia 2018/1046, ako aj článok 102 ods. 1 a 2 nariadenia č. 966/2012 vykladať v tom zmysle, že platia aj pre verejných obstarávateľov členských štátov Európskej únie, ak nimi zadané verejné zákazky sú financované z Európskeho štrukturálneho a investičného fondu?

2. V prípade, ak bude odpoveď na prvú prejudiciálnu otázku kladná: Majú sa zásady transparentnosti, proporcionality, rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie upravené v článku 160 ods. 1 nariadenia 2018/1046 a v článku 102 ods. 1 nariadenia č. 966/2012 vykladať v tom zmysle, že nebránia úplnému obmedzeniu hospodárskej súťaže pri zadaní verejnej zákazky prostredníctvom rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia, ak sa predmet verejnej zákazky nevyznačuje osobitosťami, ktoré objektívne vyžadujú, aby bol uskutočnený len hospodárskym subjektom, ktorý bol pozvaný na rokovania? Má sa najmä článok 160 ods. 1 a 2 v spojení s článkom 164 ods. 1 písm. d) nariadenia č. 2018/1046 a článok 102 ods. 1 a 2 v spojení s článkom 104 ods. 1 písm. d) nariadenia č. 966/2012 vykladať v tom zmysle, že nebráni vnútroštátnej úprave dotknutej v konaní vo veci samej, podľa ktorej verejný obstarávateľ po ukončení postupu na zadanie verejnej zákazky kvôli skutočnosti, že jediná predložená ponuka je nevhodná, môže na účasť na rokovacom konaní bez predchádzajúceho uverejnenia pozvať aj len jeden hospodársky subjekt, ak sa predmet verejnej zákazky nevyznačuje osobitosťami, ktoré objektívne vyžadujú, aby bol uskutočnený len hospodárskym subjektom, ktorý bol pozvaný na rokovania?

Právne predpisy a judikatúra Európskej únie

Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) 2018/1046 [z 18. júla 2018] o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie, o zmene nariadení (EÚ) č. 1296/2013, (EÚ) č. 1301/2013, (EÚ) č. 1303/2013, (EÚ) č. 1304/2013, (EÚ) č. 1309/2013, (EÚ) č. 1316/2013, (EÚ) č. 223/2014,

(EÚ) č. 283/2014 a rozhodnutia č. 541/2014/EÚ a o zrušení nariadenia (EÚ, Euratom) č. 966/2012 (Ú. v. EÚ L 193, 2018, s. 1): článok 160 ods. 1 a 2, článok 164 ods. 1 písm. d)

Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) č. 966/2012 z 25. októbra 2012 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie, a zrušení nariadenia Rady (ES, Euratom) č. 1605/2002 (Ú. v. EÚ L 298, 2012, s. 1): článok 102 ods. 1 a 2, článok 104 ods. 1 písm. d)

Vnútroštátne predpisy

Zakon za obštestvenite porački (ZOP, zákon o verejnom obstarávaní): článok 2 ods. 1 body 1 a 2, ako aj ods. 2, článok 5 ods. 1 a 2 bod 9, článok 18 ods. 1, 2 a 7, článok 79 ods. 1 bod 1, článok 110 ods. 1 body 1 a 2, článok 182 ods. 1 bod 2, článok 191 ods. 1 bod 1

Zakon za upravljenie na sredstvata ot Evropejskite strukturni i investicionni fondove (ZUSESIF, Zákon o správe finančných prostriedkov z európskych štrukturálnych a investičných fondov): článok 70 ods. 1 bod 9

Pravilnik za prilagane na Zakona za obštestvenite porački (PPZOP, Nariadenie, ktorým sa vykonáva zákon o verejnom obstarávaní): článok 64 ods. 1 a 3

Zhrnutie skutkového stavu a konania

- 1 Dohodou z 9. decembra 2016 medzi obcou Razlog a riadiacim orgánom operačného programu „Rozvoj regiónov 2014–2020“ (ďalej len „operačný program“) bola tejto obci poskytnutá finančná pomoc na uskutočnenie plánovaného projektu BG16RFOP001-3.002-0025 („Uskutočnenie investícií na zlepšenie vzdelávacích infraštruktúr v rámci celkového zlepšenia učebných procesov na gymnáziu mesta Razlog“ so zameraním na mechanizáciu poľnohospodárstva).
- 2 Na vykonanie projektu uskutočnila obec Razlog ako verejný obstarávateľ postup na zadanie verejnej zákazky formou verejnej výzvy s predmetom: „Poskytnutie techniky, vybavenia a zariadení pre potreby gymnázia mesta Razlog so zameraním na mechanizáciu poľnohospodárstva“ so štyrmi časťami.
- 3 Rozhodnutím z 1. novembra 2017 bol postup pre oddelenú časť č. 2 ukončený, keďže bola predložená len jediná ponuka, ktorá nevyhovovala skôr uverejneným podmienkam zákazky.
- 4 Rozhodnutím z 1. decembra 2017 začal verejný obstarávateľ nový postup s rovnakým predmetom, tentokrát však ako „rokovacie konanie bez predchádzajúceho uverejnenia“ podľa článku 79 ods. 1 bodu 1 ZOP. Rozhodnutie pre tento spôsob zadania bolo odôvodnené tým, že v predchádzajúcom

obstarávaní nebola predložená vhodná ponuka a že pre oddelenú časť výzvy sa nezmenili podmienky zákazky, ktoré boli uverejnené pôvodne.

- 5 Na rokovacie konanie bez predchádzajúceho uverejnenia pozval verejný obstarávateľ len jediný hospodársky subjekt, s ktorým uzavrel zmluvu o zadaní verejnej zákazky č. 681 z 29. decembra 2017, ktorej predmetom bolo „Dodanie kovoobrábacích zariadení pre potreby gymnázia mesta Razlog so zameraním na mechanizáciu poľnohospodárstva“ v hodnote 33 907 BGN bez DPH.
- 6 Na Ministerstve pre regionálny rozvoj a výstavbu infraštruktúry bola podaná sťažnosť týkajúca sa porušenia pravidiel v takto uskutočnenom postupe z dôvodu pozvania len jedného hospodárskeho subjektu na rokovania. Štátny tajomník pre regionálny rozvoj a výstavbu infraštruktúry, ktorý je aj vedúcim riadiaceho orgánu operačného programu, informoval príjemcu (obec Razlog) o prijatí sťažnosti a o začatí konania na určenie finančnej opravy.
- 7 Príjemca vo svojom písomnom stanovisku pre tento úrad poukázal na to, že na sporné obstarávanie sa nevzťahuje normatívny zákaz, aby sa uskutočnilo len s jediným hospodárskym subjektom, ale je upravená možnosť, aby verejný obstarávateľ v rámci voľnej úvahy, ktorá mu bola priznaná, rokoval s jednou alebo viacerými presne určenými osobami (článok 18 ods. 7 v spojení s odsekom 1 bodom 8 ZOP). Podľa jej názoru spočíva účel zákona (článok 2 ZOP), ktorý zodpovedá zásade stanovenej v článku 160 nariadenia 2018/1046, v tom, aby sa pri zadaní verejných zákaziek zaručila čo možno najširšia hospodárska súťaž, ale len vtedy, ak je to možné. Urobila čo mohla, aby vybrala aspoň jedného dodávateľa na odovzdanie ponuky zodpovedajúcej podmienkam zákazky, aby sa vykonali práce, ktoré boli plánované pre uskutočnenie projektu financovaného z prostriedkov EŠIF.
- 8 Rozhodnutím z 15. apríla 2020 vedúci riadiaceho orgánu obci Razlog určil finančnú opravu vo výške 10 % oprávnených nákladov zo zmluvy č. 681 z 29. decembra 2017, ktorá bola uzatvorená medzi ňou a hospodárskym subjektom, ktorý pozvala na rokovania. V odôvodnení svojho rozhodnutia vedúci riadiaceho orgánu nepoprel spôsob postupu – rokovacie konanie bez predchádzajúceho uverejnenia, ktorý verejný obstarávateľ uskutočnil – pokiaľ podľa ZPO existujú zákonné podmienky pre uskutočnenie takéhoto postupu. S prihliadnutím na článok 160 nariadenia 2018/1046, na článok 2 ods. 1 body 1 a 2, ako aj na článok 2 ods. 2 ZOP vedúci riadiaceho orgánu však zdôraznil, že pri zadávaní verejných zákaziek je nevyhnutné dodržiavanie zásady slobodnej hospodárskej súťaže. Výnimka z tejto zásady v rokovacom postupe bez predchádzajúceho uverejnenia spočíva v nemožnosti zaručenia „čo možno najširšej hospodárskej súťaže“, to znamená, že obmedzenie hospodárskej súťaže je prípustné a odôvodnené, ale nie tak, že sa hospodárska súťaž úplne vylúči, ako vo veci samej. Pre nedostatok objektívnych skutočností, ktoré vyžadujú rokovania s jediným konkrétnym hospodárskym subjektom, musel verejný obstarávateľ zabezpečiť uskutočnenie postupu za podmienok hospodárskej súťaže pozvaním na rokovania viac ako jednej osoby. Verejný obstarávateľ tým, že na rokovania

pozval len jediný hospodársky subjekt, priznal tomuto hospodárskeho subjektu neoprávnenú výhodu bez toho, aby na to existoval právny alebo skutkový základ. Pre rozhodnutie pozvať na rokovania konkrétnu spoločnosť ako dodávateľku, navyše chýba odôvodnenie a nie je jasné, prečo bolo pozvanie adresované práve jej.

- 9 Obec Razlog podala proti tomuto rozhodnutiu žalobu na Administrativen sád Blagoevgrad (Správny súd Blagoevgrad, Bulharsko). Ten rozhodnutie kvôli porušeniu hmotného práva zrušil.
- 10 Administrativen sád Blagoevgrad (Správny súd Blagoevgrad) totiž zastával názor, že rozhodnutie príjemcu zadať zákazku spôsobom „rokovacieho postupu bez predchádzajúceho uverejnenia“ po ukončení predchádzajúcom verejnom obstarávaní s rovnakým predmetom a bez zmeny pôvodne uverejnených podmienok zákazky, je v súlade so zákonom (článok 79 ods. 1 bod 1 ZOP). Rozhodnutie sporu preto závisí od toho, či verejný obstarávateľ v tomto neskoršom postupe má možnosť pozvať na rokovania len jednu osobu, alebo či ide o porušenie zásad rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie a slobodnej hospodárskej súťaže podľa [ZOP] a podľa článku 160 ods. 1 a 2 nariadenia 2018/1046. Podľa názoru súdu prvého stupňa je pri zadaní verejných zákaziek v určitých prípadoch, ku ktorým patrí aj predmetný, dovolená výnimka zo zásady slobodnej hospodárskej súťaže. Výnimka zo zásady zabezpečenia čo možno najširšej hospodárskej súťaže má svoje vyjadrenie v rokovacom konaní bez predchádzajúceho uverejnenia, ktorého podmienky vykonania vo všeobecnosti predpokladajú, že je fakticky nemožné, aby sa táto zásada uplatnila, buď z dôvodu špecifického predmetu zákazky alebo z nedostatku vhodných ponúk (bod 11.1 odseku „Verejné obstarávanie“ prílohy I nariadenia 2018/1046). Podľa názoru Administrativen sád Blagoevgrad (Správny súd Blagoevgrad) priznáva ZOP verejným obstarávateľom priestor na voľnú úvahu, aby v každom jednotlivom prípade posúdili počet osôb, s ktorými podľa konkrétnych požiadaviek na predmet zákazky dohodli lehotu na uskutočnenie zákazky a iné okolnosti, ktoré sú relevantné pre úspešné ukončenie postupu. V tejto súvislosti dospel súd k záveru, že voľba jednej alebo inej rovnocennej možnosti, ktorá je v súlade so zákonom, nepredstavuje porušenie predpisov o určení dodávateľa podľa ZOP, takže nezrovnalosti v zmysle článku 70 ods. 1 bodu 9 ZUSEŠIF neexistujú.
- 11 Varchoven administrativen sád (Najvyšší správny súd, Bulharsko) sa momentálne zaoberá kasačnou sťažnosťou, ktorú podal vedúci riadiaceho orgánu voči rozsudku Administrativen sád Blagoevgrad (Správny súd Blagoevgrad).

Základné argumenty účastníkov konania vo veci samej

- 12 V konaní vo veci samej navrhovateľka v konaní o kasačnom opravnom prostriedku potvrdzuje stanovisko uvedené v odôvodnení správneho aktu, ktorý vydala, a dopĺňa, že výkon voľnej úvahy verejného obstarávateľa nesmie odporovať účelu zákona a základným zásadám vnútroštátneho práva a práva Únie.

Medzi dvoma alebo viacerými možnosťami, ktoré sú v súlade so zákonom, si verejný obstarávateľ musí zvoliť takú, ktorá je realizovateľná čo najhospodárnejšie a najvýhodnejšie pre štát a spoločnosť.

- 13 Odporkyňa v konaní o kasačnom opravnom prostriedku, prijímajúca obec, uviedla, že kasačná sťažnosť je nedôvodná. Odhliadnuc od argumentov, ktoré už uviedla riadiacemu orgánu a na súde prvého stupňa, citovala niektoré rozhodnutia Varchoven administrativen sąd (Najvyšší správny súd) v podobných právnych veciach, v ktorých bolo rozhodnuté, že verejný obstarávateľ v prípadoch [preskúmaných Najvyšším správnym súdom] môže na rokovania pozvať len jeden hospodársky subjekt a nariadenie 2018/1046 sa neuplatňuje, keďže neupravuje verejné obstarávanie, ktoré je vykonávané vnútroštátnymi verejnými obstarávateľmi.
- 14 Prokurátor Varchovna administrativna prokuratura (Prokuratúra na Najvyššom správnom súde, Bulharsko), ktorý sa zúčastnil konania, vyvodil záver, že rozhodnutie súdu prvého stupňa je správne, poukázal však na to, že je nevyhnutné predložiť otázku o výklade článku 160 ods. 2 a článku 164 ods. 1 písm. d) nariadenia 2018/1046 a článku 32 ods. 2 až 5 smernice 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).

Zhrnutie odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania

- 15 Doterajšia judikatúra Varchoven administrativen sąd (Najvyšší správny súd) zastávala pre výklad uvedených ustanovení vnútroštátneho práva a práva Únie dve opačné stanoviská.
- 16 Podľa jedného názoru predstavuje rokovanie len s jedným konkrétnym hospodárskym subjektom v prípade článku 79 ods. 1 bodu 1 ZOP porušenie predpisov o zadaní zákazky, keďže odporuje článku 2 ods. 1 bodu 2 a ods. 2 ZOP, čo vedie k neodôvodnenému obchádzaniu hospodárskej súťaže a možnosť výberu hospodárskeho subjektu bráni tomu, aby sa dosiahla najvyššia kvalita vykonania [zákazky] za najvýhodnejšiu cenu. Na podporu tohto stanoviska sa poukazuje na to, že zásada slobodnej hospodárskej súťaže je relevantná pre všetky postupy na zadanie verejných zákaziek. Keďže úprava v článku 18 ods. 7 ZOP vyzdvihuje všeobecnú možnosť verejného obstarávateľa, aby v rámci rokovacieho konania bez predchádzajúceho uverejnenia viedol rokovania s jednou alebo viacerými presne určenými osobami. Rokovania s jediným hospodárskym subjektom sú však upravené ako dovolené len vo výnimke podľa článku 79 ods. 1 bodu 3 ZOP, ak účel zákazky spočíva vo vytvorení alebo nadobudnutí jedinečného umeleckého alebo tvorivého diela; z technických dôvodov neexistuje hospodárska súťaž; ak ide o výlučné práva, vrátane práv duševného vlastníctva. Odhliadnuc od krízovej situácie, mimoriadnych okolností, špecifického účelu, jedinečného predmetu zákazky alebo iných osobitných vlastností zákazky, ktoré odôvodňujú pozvanie jediného dodávateľa na rokovania, je rokovanie len s jednou osobou protiprávne.

Pozvanie len jediného hospodárskeho subjektu je v rozpore s ustanovením článku 160 ods. 2 nariadenia 2018/1046, podľa ktorého sa všetky zákazky zadávajú na základe čo možno najširšej hospodárskej súťaže, pričom upravená výnimka (článok 164 ods. 1 písm. d) tohto nariadenia) sa v prípade článku 79 ods. 1 bodu 1 ZOP neuplatní. Využitie možnosti, aby sa ustanovenia zmluvy na uskutočnenie zákazky vyrokovali s jediným hospodárskym subjektom, ak zadané činnosti nemajú žiadne osobitosti, vytvára podmienky pre zneužitie právomoci zo strany verejného obstarávateľa a pre zneužitie zo strany hospodárskeho subjektu a následne môže viesť k závažným následkom v rozpore s hospodárskou súťažou a znemožniť dosiahnutie cieľa zákona, aby sa verejné financie míňali efektívne (článok 1 ZOP).

- 17 Tomuto názoru odporuje opačný pohľad, podľa ktorého rokovania s jediným hospodárskym subjektom sú za podmienok článku 79 ods. 1 bodu 1 ZOP zákonné. K tomu sa uvádza, že zákonodarca v prípade článku 79 ods. 1 bodu 1 ZOP považoval za dovoľené obmedzenie zásad, podľa ktorých sa musí vykonať verejná zákazka, keďže skutočnosti a okolnosti, ktoré verejný obstarávateľ neovplyvní (nedostatočný záujem hospodárskych subjektov alebo nevhodné ponuky), vytvorili objektívnu situáciu, v ktorej verejný obstarávateľ nemôže uskutočniť zákazku a uspokojiť zodpovedajúci verejný záujem. Obmedzenie je dovoľené, ak sa zásady pri pôvodnom uverejnení verejnej výzvy riadne dodržali, ale pre chýbajúcu osobu, ktorá by zodpovedala požiadavkám a zúčastnila sa postupu, sa dodávateľ nemohol vybrať. Ak by zákonodarca pre zaručenie právnych zásad v takomto prípade považoval za nevyhnutné, aby verejný obstarávateľ na rokovania pozval viac ako jeden hospodársky subjekt, zákonodarca by to výslovne upravil. V prípade článku 79 ods. 1 ZOP nemá predmet verejnej zákazky ako taký žiaden právny význam a ani skutočnosť, či predmet mohol byť objektívne vykonaný iným hospodárskym subjektom, ktorý nebol pozvaný na rokovania. V opačnom prípade je vždy možné konštatovať porušenie zásady slobodnej hospodárskej súťaže, napríklad vtedy, ak verejný obstarávateľ pozval na rokovania len dva z potencionálnych dvesto hospodárskych subjektov, ktorí by mohli vykonať zákazku. Nariadenie 2018/1046 sa navyše neuplatní, keďže sa netýka právnych vzťahov týkajúcich sa vykonania verejných zákaziek v členských štátoch, ale právnych vzťahov týkajúcich sa vypracovania a vykonania rozpočtu Únie. Ustanovenia článku 160 a nasl. nariadenia 2018/1046, ktoré obsahujú požiadavky v oblasti verejného obstarávania, nepredstavujú požiadavky pre vnútroštátnych verejných obstarávateľov. Na vnútroštátnych obstarávateľov sa vzťahujú ustanovenia smernice 2014/24, ktoré boli prebraté do ZOP.
- 18 Vzhľadom na chýbajúcu jednotnosť vnútroštátnej judikatúry by vnútroštátny súd chcel k spornej veci uviesť nasledovné.
- 19 Výnimka zo zásady čo možno najširšej hospodárskej súťaže sa má zohľadniť, keďže je výslovne upravená. Zároveň sa táto výnimka, keďže predstavuje výnimku zo základnej zásady, má vykladať reštriktívne.

- 20 V tejto súvislosti vznikajú otázky o hraniciach a obsahu výnimky upravenej v článku 160 ods. 2 nariadenia č. 2018/1046 v spojení s jej článkom 164 ods. 1 písm. d) (Bráni pozvaniu na rokovania len jedného hospodárskeho subjektu, a v prípade kladnej odpovede, platí to pre všetky prípady rokovaní bez predchádzajúceho uverejnenia a najmä pre taký prípad ako je upravený v článku 79 ods. 1 bod 1 ZOP? Je relevantný aj predmet verejnej zákazky a skutočnosť, že objektívne môže byť vykonaný viac než jedným hospodárskym subjektom? Má sa rozhodnutie pozvať konkrétneho uchádzača na rokovania odôvodniť?) a pýta sa, na základe akých kritérií verejný obstarávateľ pozval celkom určitý hospodársky subjekt, pokiaľ sú aj iné hospodárske subjekty, ktoré majú kapacitu a možnosti vykonať zákazku.
- 21 V predmetnom prípade je relevantné aj preskúmanie otázky, v čom spočíva vznik výnimky upravenej v článku 160 ods. 2 nariadenia 2018/1046 – v úplnom vynechaní hospodárskej súťaže alebo len na úrovni hospodárskej súťaže, ktorá sa v porovnaní s najvyššou možnou mierou nachádza nižšie. Inými slovami: Predstavuje úplné obmedzenie hospodárskej súťaže v postupe ako tento pre nedostatok osobitosti predmetu zákazky dovolenú výnimku zo zásady zadania verejných zákaziek pri čo možno najširšej hospodárskej súťaži v zmysle nariadenia?
- 22 Je potrebné zohľadniť aj okolnosť, že ustanovenie článku 160 ods. 2 nariadenia 2018/1046 výnimočne dovoľuje odchýlenie sa od zásady zadania verejných zákaziek pri čo možno najširšej hospodárskej súťaži, ale neupravuje odchýlenie sa od zásady rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie (článok 160 ods. 1 tohto nariadenia, článok 2 bod 1 ZOP), ktoré sa v rozhodnutí vedúceho riadiaceho orgánu o určení finančnej opravy považuje za porušené. Tým sa otázka, či je podľa práva Únie odôvodnené v predmetnom prípade pozvať na uzatvorenie zmluvy len konkrétnu určitú osobu, má posúdiť nielen z hľadiska zásady slobodnej hospodárskej súťaže, ale aj z hľadiska zásad rovnakého zaobchádzania a nediskriminácie.
- 23 Vo vnútroštátnom zákone, v článku 18 ods. 7 ZOP, sa v zásade odráža možnosť verejného obstarávateľa, aby v rokovacom postupe vykonal rokovania na určenie zmluvných podmienok s jednou alebo viacerými presne určenými osobami bez toho, aby sa v tomto predpise, ktorý je podľa svojho charakteru všeobecný, rozlišovalo medzi jednotlivými podmienkami, za ktorých je dovolené zadanie podľa tohto výnimočne vykonaného postupu. Konkrétne prípady, na ktoré sa vzťahuje pôsobnosť výnimky, sú upravené na príslušnom mieste v rámci systematiky zákona – v článku 79 („rokovacie konanie bez predchádzajúceho uverejnenia“), v článku 182 („priame rokovanie s určitou osobou“) a v článku 191 („pozvanie určitých osôb [na rokovania]“).
- 24 Pre odpoveď na otázku položenú v konaní vo veci samej je potrebné porovnať rôzne podmienky, ktoré odôvodňujú uplatnenie rokovacieho konania, aj bez predchádzajúceho uverejnenia. Článok 164 ods. 4 prvá veta nariadenia 2018/1046 znie: „Vo všetkých konaniach s rokovaním rokuje verejný obstarávateľ

s uchádzačmi o pôvodných a všetkých následných ponukách alebo ich častiach, okrem konečných ponúk, s cieľom zlepšiť ich obsah.“ Vo formulácii uvedených ustanovení je nápadné, že slovo „uchádzač“ je použité len v množnom čísle – „uchádzačmi“. Podobný prístup zvolil vnútroštátny zákonodarcia aj v článku 64 ods. 1 a 3 PPZOP, v článku 182 ods. 1 ZOP a čiastočne v článku 191 ods. 1 ZOP. Preto posúdenie, či sú v predmetnom prípade dovolené rokovania s jediným uchádzačom, vyžaduje porovnávajúcu analýzu všetkých prípadov rokovania.

- 25 Odpoveď na tieto otázky je podstatná, aby sa s konečnou platnosťou objasnila sporná otázka, či ide o porušenie zásad rovnakého zaobchádzania, nediskriminácie a slobodnej hospodárskej súťaže, respektíve pravidiel o zadaní zákazky verejným obstarávateľom, ak v rokovacom postupe bez predchádzajúceho uverejnenia smeruje pozvanie na uzatvorenie zmluvy len na jedinú osobu, pokiaľ predchádzajúci postup, v ktorom mohli ponuku odovzdať všetci záujemcovia, bol ukončený z dôvodu nedostatku primeraných ponúk a nedošlo k zmene podmienok zákazky, ktorej predmet však nemá žiadne osobitosti, ktoré ho predurčujú k tomu, aby sa vykonal výlučne hospodárskym subjektom, ktorý bol pozvaný na rokovania.
- 26 V súvislosti s protirečiacimi stanoviskami účastníkov konania v súvislosti s aplikovaním článku 160 ods. 1 a 2 nariadenia 2018/1046 na vnútroštátneho verejného obstarávateľa zastáva vnútroštátny súd názor, že je možné, aby sa ustanovenia v tomto nariadení vykládali v dvojakom význame, čo robí objasnenie jeho presného významu v konaní o návrhu na začatie prejudiciálneho konania bezpodmienečne nevyhnutným. Na jednej strane je logické predpokladať, že uplatniteľnosť uvedeného ustanovenia nezávisí od povahy verejného obstarávateľa (inštitúcie Únie alebo vnútroštátny obstarávateľ), ale od špecifického charakteru použitých verejných finančných prostriedkov, rozpočtu Európskej únie, to znamená predpisy nariadenia sa uplatnia vždy vtedy, ak sa majú použiť prostriedky z rozpočtu Únie. Nariadenie je vo všetkých svojich častiach záväzné a priamo platí v každom členskom štáte. Keďže členské štáty vykonávajú rozpočet spoločne a sprostredkovane, vzťahujú sa na nich aj pravidlá obstarávania upravené v nariadení. Na druhej strane tomu bráni definícia verejného obstarávateľa v článku 2 bode 51 nariadenia, ktorý zahŕňa len verejných obstarávateľov v zmysle článku 174 a 178 nariadenia, to znamená inštitúcie Únie. Opísané nejasnosti v súvislosti s pôsobnosťou článku 160 ods. 1 a 2 nariadenia na obstarávania, ktoré z prostriedkov EŠIF vykonávajú príjemcovia vo svojom postavení vnútroštátnych verejných obstarávateľov, môžu byť odstránené výkladom tohto ustanovenia Súdny dvorom Európskej únie.
- 27 Pri zohľadnení časovej platnosti predpisov berie vnútroštátny súd zreteľ na okolnosť, že právne okolnosti, ktoré sú smerodajné vo veci, sa odohrali pred účinnosťou nariadenia 2018/1046, to znamená počas platnosti nariadenia č. 966/2012. Je potrebné poukázať na to, že rozhodnutie o určení finančnej opravy bolo vydané po účinnosti nariadenia 2018/1046, respektíve po zrušení nariadenia č. 966/2012. Pokiaľ sa však ustanovenie článku 160 nariadenia 2018/1046, ktoré vedúci riadiaceho orgánu považoval za porušené, obsahovo zhoduje

s článkom 102 ods. 1 a 2 v spojení s článkom 104 ods. 1 písm. d) nariadenia č. 966/2012, ktoré sa na zistený skutkový stav skutočne aplikuje, bol by pre rozhodnutie sporu relevantný výklad uvedených ustanovení zrušeného nariadenia Súdny dvorom Európskej únie vo svetle predmetného prípadu z analogických dôvodov ako boli uvedené vyššie.

- 28 Vyššie položené otázky k hraniciam, obsahu a vzniku spornej výnimky sa týkajú aj výkladu článku 102 ods. 1 a 2 v spojení s článkom 104 ods. 1 písm. d) nariadenia č. 966/2012. V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že delegované nariadenie Komisie (EÚ) č. 1268/2012 z 29. októbra 2012 o pravidlách uplatňovania nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (EÚ, Euratom) č. 966/2012 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie (zrušené) výslovne stanovuje minimálny počet troch uchádzačov (článok 128) na zabezpečenie vykonania postupu upraveného v článku 134 ods. 1 písm. a) delegovaného nariadenia, ktoré je v súlade s právom a ktoré zodpovedá prípadu uvedenému v článku 79 ods. 1 bode 1 ZOP. Podľa článku 128 delegovaného nariadenia musí byť na predloženie ponuky vyzvaný dostatočný počet záujemcov, aby bola zabezpečená skutočná hospodárska súťaž.
- 29 Argument, ktorý hovorí v prospech prípustnosti žiadaného výkladu článku 160 ods. 1 a 2 nariadenia 2018/1046 v spojení s jeho článkom 164 ods. 1 písm. d) a článku 102 ods. 1 a 2 nariadenia č. 966/2012 v spojení s jeho článkom 104 ods. 1 písm. d), sa dá odvodiť z úpravy článku 281 ods. 3 nariadenia 2018/1046, podľa ktorého odkazy na zrušené nariadenie sa považujú za odkazy na toto nariadenie a znejú v súlade s tabuľkou zhody uvedenou v prílohe II. Z tabuľky zhody v prílohe II je zrejmé, že článku 102 zrušeného nariadenia zodpovedá článok 160 a zrušenému článku 104 zodpovedá článok 164. Obe nariadenia v rôznych obdobiach upravujú jednu a tú istú materiu, a síce rozpočtové pravidlá, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Únie. V článku 281 ods. 3 nariadenia 2018/1046 sa odráža právno-logická a historická súvislosť, ktorá existuje medzi zrušenými a platnými predpismi v súvislosti s určenými obdobiami a podobnosťou rozhodnutí, ktoré sa nimi prijali, vzhľadom na právne vzťahy, na ktoré sa vzťahuje ich identický predmet úpravy.
- 30 Nevyhnutnosť výkladu príslušných ustanovení zrušeného nariadenia č. 966/2012 a nariadenia č. 2018/1046, je spôsobená aj tým, že subjekty považované za „verejných obstarávateľov“ v zmysle jedného a druhého nariadenia, sú rôzne vymedzené. V predmetnom prípade bola zákazka, na ktorej financovanie sa poskytli prostriedky EŠIF, v postupe podľa ZOP zadaná starostom obce Razlog, ktorý má postavenie verejného obstarávateľa v zmysle článku 5 ods. 2 bodu 9 ZOP.
- 31 V súvislosti so smernicou 2014/24/EÚ vnútroštátny súd zastáva názor, že sa na konanie na vnútroštátnom súde neuplatní, keďže hodnota spornej verejnej zákazky sa nachádza pod finančným limitom tejto smernice.