



## Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA  
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY  
přednesené dne 29. ledna 2020<sup>1</sup>

Věc C-796/18

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

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo)]

„Předběžná otázka – Veřejné zakázky – Směrnice 2014/24/EU – Pojem ‚úplatná smlouva‘ – Horizontální spolupráce mezi veřejnými zadavateli – Poskytnutí softwaru pro operační střediska hasičů – Dohoda o spolupráci při aktualizaci a dalším vývoji softwaru – Doplňková činnost k veřejné službě – Zákaz zvýhodňování třetích osob“

1. První evropská pravidla pro zadávání veřejných zakázek sahají do sedmdesátých let. Od té doby byly postupně přijaty rozličné předpisy, až do přijetí, v roce 2014, třech předpisů, jejichž záměrem bylo upravit tuto oblast ve všech jejích aspektech: směrnice 2014/24/EU<sup>2</sup> (jejíhož výkladu se týká projednávaná žádost o rozhodnutí o předběžné otázce), směrnice 2014/23/EU<sup>3</sup> a směrnice 2014/25/EU<sup>4</sup>.

2. Před vstupem uvedených směrnic z roku 2014 v platnost již Soudní dvůr připustil, že předpisy unijního práva upravující zadávání veřejných zakázek se v zásadě neuplatňují, pokud za určitých podmínek:

- veřejný zadavatel pověří právníckou osobu, kterou ovládá, prováděním určitých úkolů, aniž se obrátí na jiné externí entity (*vertikální* spolupráce nebo *in-house* zadávání); nebo
- dva veřejní zadavatelé vzájemně spolupracují, aby zajistili provedení úkolu veřejné služby společného pro oba (*horizontální* spolupráce).

3. V souvislosti s touto druhou modalitou spolupráce mezi veřejnými zadavateli vyvolala judikatura Soudního dvora určitou právní nejistotu<sup>5</sup>, kterou se směrnice 2014/24 pokusila vyřešit. Nejsm si jistý, zda byl tento pokus úspěšný tak, jak se očekávalo.

1 – Původní jazyk: španělština.

2 – 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).

3 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí (Úř. věst. 2014, L 94, s. 1).

4 – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (Úř. věst. 2014, L 94, s. 243).

5 – Označena za „značnou“ ve třicátém prvním bodě odůvodnění směrnice 2014/24. V témže bodě odůvodnění je uvedeno, že judikatura v této oblasti „je v jednotlivých členských státech, a dokonce i jednotlivými veřejnými zadavateli vykládána odlišně“.

4. Ve sporu, v jehož rámci byla podána projednávaná předběžná otázka, jedna společnost (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, dále jen „ISE“) napadá před předkládajícím soudem smlouvy uzavřené mezi městem Kolín nad Rýnem a Land Berlin (spolkovou zemí Berlín), podle kterých Land Berlin poskytuje městu Kolín nad Rýnem počítačový program pro řízení zásahů hasičského sboru, které doplňuje dohoda o spolupráci mezi oběma správami.

5. Předkládající soud potřebuje především vědět, zda vztah mezi veřejnými zadavateli, který je základem dotčeného sporu, spadá do rámce pravidel pro zadávání veřejných zakázek podle směrnice 2014/24, či nikoli. Poskytuje tak Soudnímu dvoru příležitost doplnit předchozí judikaturu, i když s ohledem na nové pravidlo (čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24), o kterém dosud, pokud se nemýlím, nebylo rozhodováno.

## I. Právní rámec

### A. Unijní právo. Směrnice 2014/24

6. Pátý bod odůvodnění uvádí:

„[...] žádné ustanovení této směrnice nezavazuje členské státy zadat subdodávky na poskytování služeb, jež si přejí poskytovat samy nebo organizovat jiným způsobem než prostřednictvím veřejných zakázek ve smyslu této směrnice, nebo poskytování těchto služeb externalizovat [...]“

7. V bodě 31 odůvodnění je uvedeno:

„Existuje značná právní nejistota ohledně toho, do jaké míry by se na smlouvy uzavřené mezi subjekty v rámci veřejného sektoru měla pravidla pro zadávání veřejných zakázek vztahovat. Příslušná judikatura Soudního dvora Evropské unie je v jednotlivých členských státech, a dokonce i jednotlivými veřejnými zadavateli vykládána odlišně. Je proto nezbytné vyjasnit, ve kterých případech se na smlouvy uzavřené v rámci veřejného sektoru nevztahují pravidla pro zadávání veřejných zakázek.“

Mělo by se přitom vycházet ze zásad stanovených v příslušné judikatuře Soudního dvora Evropské unie. Skutečnost, že obě strany dohody jsou samy veřejnými orgány, sama o sobě nevyklučuje použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek. Použití pravidel pro zadávání veřejných zakázek by nicméně nemělo veřejným orgánům bránit svobodně vykonávat úkoly veřejné služby, jež jsou jim svěřeny, s využitím vlastních zdrojů, jež zahrnují možnost spolupráce s jinými veřejnými orgány.

Mělo by být zajištěno, aby spolupráce mezi orgány veřejné správy vyjmutá z oblasti působnosti této směrnice nevedla ve vztahu k soukromým hospodářským subjektům k narušení hospodářské soutěže, pokud se díky takové spolupráci dostává soukromý poskytovatel služeb do výhodnějšího postavení vůči svým konkurentům.“

8. Podle bodu 33 odůvodnění:

„Veřejní zadavatelé by měli mít možnost rozhodnout se pro společné poskytování svých veřejných služeb prostřednictvím spolupráce, aniž by byli nuceni využívat určitou konkrétní právní formu. Taková spolupráce může zahrnovat všechny druhy činností spojených s prováděním služeb a povinností uložených zúčastněným orgánům nebo jimi nabytých, jako jsou povinné či dobrovolné úkoly místních nebo regionálních orgánů nebo služby svěřené konkrétním subjektům veřejným právem. Služby poskytované jednotlivými zúčastněnými orgány nemusí být nutně totožné; mohou se rovněž doplňovat.“

Na smlouvy na společné poskytování veřejných služeb by se neměly vztahovat pravidla stanovená v této směrnici, jsou-li uzavírány výlučně mezi veřejnými zadavateli, řídí-li se provádění uvedené spolupráce pouze ohledy spojenými s veřejným zájmem a nedostává-li se žádný soukromý poskytovatel služeb do výhodnějšího postavení vůči svým konkurentům.

Za účelem splnění těchto podmínek by měla daná spolupráce vycházet z konceptu spolupráce. Tato spolupráce nevyžaduje, aby všechny zúčastněné orgány plnily hlavní smluvní závazky, pokud existují závazky přispívat ke společnému plnění dané veřejné služby. Provádění této spolupráce včetně jakýchkoli finančních převodů mezi zúčastněnými veřejnými zadavateli se navíc musí řídit pouze ohledy spojenými s veřejným zájmem.“

9. Článek 1 odst. 4 stanoví:

„Touto směrnicí není dotčena možnost členských států stanovit v souladu s právem Unie, co považují za služby obecného hospodářského zájmu, jakým způsobem by tyto služby měly být organizovány a financovány, v souladu s pravidly pro státní podpory, a jakým zvláštním povinnostem by měly podléhat. Touto směrnicí rovněž není dotčeno rozhodnutí veřejných orgánů, zda, jak a do jaké míry chtějí samy vykonávat veřejné funkce podle článku 14 Smlouvy o fungování EU a Protokolu č. 26.“

10. Článek 2 odst. 1 bod 5 definuje veřejné zakázky takto:

„[...] 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.“

11. Článek 12 („Veřejné zakázky mezi subjekty ve veřejném sektoru“) odst. 4 stanoví:

„Smlouva uzavřená výlučně mezi dvěma nebo více veřejnými zadavateli nespadá do působnosti této směrnice, pokud jsou splněny všechny tyto podmínky:

- a) daná smlouva zakládá nebo provádí spolupráci mezi zúčastněnými veřejnými zadavateli s cílem zajistit, aby veřejné služby, které mají poskytovat, byly poskytovány za účelem dosahování jejich společných cílů;
- b) uskutečnění uvedené spolupráce se řídí pouze ohledy souvisejícími s veřejným zájmem a
- c) zúčastnění veřejní zadavatelé vykonávají na otevřeném trhu méně než 20 % činností, kterých se spolupráce týká.“

12. Článek 18 odst. 1 uvádí:

„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.“

## ***B. Vnitrostátní právo***

13. Podle čl. 91c odst. 1 německé ústavy „Federace a spolkové země mohou spolupracovat při plánování, vytváření a řízení informačních systémů potřebných k plnění svých povinností“.

14. Ustanovení § 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zákon proti omezování hospodářské soutěže, dále jen „GWB“) přebírá článek 12 směrnice 2014/24.

15. Podle takzvaných „Kielských usnesení“ (Kieler Beschlüsse), přijatých v roce 1979, může orgán veřejné správy poskytnout vyvinutý nebo získaný (jím samotným nebo jeho jménem) software jiným orgánům veřejné správy v Německu, pokud je zajištěna reciprocita. Reciprocita je dána, pokud rozpočtová pravidla nebo rozpočtové zákony nebo stanovy dotčených subjektů – vlastníka software a subjektu, kterému je poskytován – zohledňují rozpočtová pravidla doporučená v roce 1980 konferencí ministrů financí. Obecně není reciprocita hodnocena z obchodního, nýbrž z politického hlediska. Není nutná konkrétní vzájemná výměna, ale možnost tak učinit<sup>6</sup>.

## II. Původní spor a předběžné otázky

16. V září 2017 uzavřely město Kolín nad Rýnem a spolková země Berlín smlouvu o poskytnutí softwaru, kterou tato spolková země umožnila uvedenému městu, a to bezplatně a na dobu neurčitou, používání softwaru pro řízení zásahů jeho hasičského sboru.

17. Poskytnutí mělo být v souladu s podmínkami stanovenými v dohodě o spolupráci z téhož dne, která obsahovala mimo jiné tyto články:

### „§ 1 Účel spolupráce

[...] Smluvní strany se rozhodly pro rovnoprávné partnerství, a bude-li třeba, budou usilovat o dosažení kompromisu, aby dotčený software přizpůsobily aktuálním potřebám druhé smluvní strany a poskytly ho spolupracující smluvní straně. [...]

### § 2 Stanovení cíle spolupráce

[...] Dotčený softwarový systém lze prostřednictvím modulů rozšířit o další speciální funkce a poskytnout jej ostatním spolupracujícím smluvním stranám k bezplatnému užívání. [...]

[...]

### § 5 Forma spolupráce

[...] Základní software je poskytován bezplatně. Doplnkové a nástavbové speciální moduly budou spolupracujícím smluvním stranám nabízeny bezplatně.

[...]

Dohoda o spolupráci je závazná pouze společně se smlouvou o poskytnutí softwaru, s níž tvoří jeden celek.“

18. ISE, která se zabývá vývojem a prodejem softwaru, napadla smlouvy uzavřené mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem u Vergabekammer Rheinland (úřad pro zadávání veřejných zakázek v Porýní, Německo) a požadovala jejich zrušení. Uvedla, že město Kolín nad Rýnem zadalo veřejnou zakázku na dodávky v hodnotě, která překračuje částku osvobozenou od povinnosti uplatnit pravidla

<sup>6</sup> – Podle studie z roku 2014 je praktické fungování Kielských usnesení obecně v Německu chápáno takto: pokud se zásada obecné reciprocity, stanovená v těchto usneseních, uplatní na konkrétní spolupráci, chybí podstatný prvek definice veřejné zakázky pro účely GWB. Neexistence náhrady za poskytnutí softwaru podporuje ideu, že takové poskytnutí je z hlediska GWB bezplatné. Při uplatnění zásady obecné reciprocity se příjemce služby nezavazuje konkrétně k peněžité náhradě: jen abstraktně stanovil, že ve srovnatelné situaci poskytne bezplatně rozšíření softwaru, pokud to bude třeba (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20. srpna 2014, s. 106).

pro zadávání veřejných zakázek. Účast města Kolín nad Rýnem na vývoji poskytnutého softwaru podle ní představuje dostatečnou hospodářskou výhodu. Kromě toho nabytí základního softwaru znamená nové zakázky pro výrobce: pro třetí osobu by další vývoj a údržba uvedeného softwaru představovaly nepřijatelné ekonomické náklady.

19. Vergabekammer Rheinland (úřad pro veřejné zakázky v Porýní) zamítl návrh společnosti ISE, přičemž odmítl, že dohody města Kolín nad Rýnem se spolkovou zemí Berlín mohou být kvalifikovány jako „veřejné zakázky“ ve smyslu evropské právní úpravy. Podle jeho názoru se obě strany omezily na zavedení spravedlivé spolupráce, v rámci níž byl bezplatně poskytnut software.

20. Společnost ICE napadla toto rozhodnutí u Oberlandesgericht Düsseldorf (vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo). Město Kolín nad Rýnem s touto žalobou nesouhlasí a tvrdí, že napadené rozhodnutí je správné.

21. Za těchto okolností uvedený soud položil následující předběžné otázky:

- „1) Představuje písemně sjednané poskytnutí softwaru ze strany subjektu veřejné správy jinému subjektu veřejné správy, které je spojeno s dohodou o spolupráci, v případě, kdy nabyvatel softwaru sice za dotčený software nemusí uhradit ani cenu, ani náhradu nákladů, ale dohoda o spolupráci spojená se smlouvou o poskytnutí softwaru stanoví, že každá spolupracující strana – a tedy i nabyvatel softwaru – druhé straně bezplatně poskytne případné budoucí vlastní nově vyvinuté verze předmětného softwaru, k jejichž vývoji však není zavázána, „veřejnou zakázku“ ve smyslu čl. 2 odst. 1 bodu 5 směrnice 2014/24/EU, respektive – alespoň zprvu, s výhradou čl. 12 odst. 4 písm. a) až c) – smlouvu spadající do oblasti působnosti této směrnice ve smyslu čl. 12 odst. 4 této směrnice?
- 2) Musí být podle čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24/EU předmětem spolupráce zúčastněných veřejných zadavatelů samotné veřejné služby, které mají být poskytovány společně občanům, nebo postačuje, pokud se spolupráce vztahuje na činnosti, které určitým způsobem slouží srovnatelným veřejným službám, které však nemusí být nutně poskytovány společně?
- 3) Platí v rámci čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24/EU nepsaný zákaz zvýhodňování, a pokud ano, jaký má obsah?“

22. Předkládací usnesení došlo kanceláři Soudního dvora dne 19. prosince 2018. Město Kolín nad Rýnem, rakouská vláda a Komise předložily písemná vyjádření.

23. Dne 6. listopadu 2019 se konalo jednání, kterého se účastnili zástupci společnosti ISE, města Kolín nad Rýnem, rakouské vlády a Komise.

### III. Analýza

#### A. Nastínění problematiky a úvodní poznámky

24. Poskytování služeb prostřednictvím spolupráce mezi orgány veřejné správy, zvané rovněž „horizontální“ nebo „veřejno-veřejná“, bylo výslovně začleněno do unijních právních předpisů v oddíle 3 („Výjimky“) kapitoly 1 hlavy I směrnice 2014/24. Konkrétně do jejího čl. 12 odst. 4<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> – Podobná formulace je obsažena v článku 17 směrnice 2014/23 a v článku 28 směrnice 2014/25.



25. Podle tohoto ustanovení „[s]mlouva uzavřená výlučně mezi dvěma nebo více veřejnými zadavateli nespadá do působnosti“ směrnice 2014/24, pokud splňuje všechny podmínky v něm uvedené<sup>8</sup>.

26. Platný právní předpis připouští horizontální spolupráci *velkoryseji* než judikatura Soudního dvora předcházející směrnicím z roku 2014. V této judikatuře<sup>9</sup>, na kterou odkazuje bod 31 odůvodnění směrnice 2014/24<sup>10</sup>, byly stanoveny některé podmínky pro ověření, zda poskytování veřejných služeb lze provádět bez vyhlášení zakázky, prostřednictvím spolupráce mezi orgány veřejné správy.

27. Kromě toho, že subjekty uzavírající dohodu musí mít postavení veřejného zadavatele, tyto podmínky vyžadovaly, aby dohoda mezi veřejnými subjekty:

- měla za cíl zajistit plnění úkolu veřejné služby, který mají tyto subjekty společný;
- byla uzavřena výhradně veřejnoprávními entitami bez účasti soukromého podniku;
- nezvýhodňovala žádného soukromého poskytovatele ve vztahu k jeho konkurentům;
- zaváděla spolupráci, která se řídí pouze důvody a požadavky charakteristickými pro dosahování cílů veřejného zájmu.

28. Směrnice 2014/24 se však neomezuje na kodifikaci toho, co již existovalo, ale některou či některé z těchto podmínek přeformulovaná, specifikuje, odstraňuje a doplňuje. Takže při jejím výkladu není vždy relevantní či účelné vracet se bez dalšího k předchozí judikatuře.

29. Ustanoveními, která jsou nyní relevantní, jsou čl. 12 odst. 4 a body 31 a 33 odůvodnění směrnice 2014/14. Jejich kombinace zavádí právní režim, který spojuje dva protichůdné cíle: na jedné straně vůli nezasahovat členským státům do organizace vnitřní správy; na druhé straně to, aby vyloučení nevedlo k porušení zásad, kterými se řídí zadávání veřejných zakázek v unijním právu.

30. Směrnice 2014/24 zdůrazňuje skutečnost, že členské státy nejsou povinny využít trhu k zásobování nebo k získání služeb nezbytných k výkonu jejich činnosti<sup>11</sup>.

31. Vynětí tohoto druhu smluv mezi veřejnými subjekty z postupů zadávání veřejných zakázek však může být na úkor cíle zavést vnitřní trh i v této oblasti. Čím více smluv je vyňatých, tím menší je prostor pro vytvoření a rozvoj vnitřního trhu veřejného zadávání.

8 – Členské státy se svobodně rozhodnou, zda na tyto vztahy uplatní svá vlastní pravidla pro zadávání veřejných zakázek, či nikoli.

9 – Rozsudek ze dne 9. června 2009, Komise v. Německo (C-480/06, EU:C:2009:357; dále jen „rozsudek Komise v. Německo“); rozsudek ze dne 19. prosince 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce a Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a další (C-159/11, EU:C:2012:817; dále jen „rozsudek ASL“); usnesení ze dne 16. května 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia a další (C-564/11, nezveřejněné, EU:C:2013:307); rozsudek ze dne 13. června 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; dále jen „rozsudek Piepenbrock“); usnesení ze dne 20. června 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, nezveřejněné, EU:C:2013:416; dále jen „usnesení Consiglio Nazionale“); rozsudek ze dne 8. května 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; dále jen „rozsudek Datenlotsen“). Odkazy na horizontální spolupráci lze nalézt i v jiných rozsudcích týkajících se vertikální spolupráce.

10 – V souladu s tímto bodem odůvodnění by se při upřesnění toho, na které smlouvy mezi subjekty veřejného sektoru se nevztahuje směrnice 2014/24, „mělo vycházet ze zásad stanovených v příslušné judikatuře Soudního dvora Evropské unie“.

11 – Diskreční povaha rozhodnutí o tom, zda využít trhu, či nikoliv, byla opakovaně konstatována v judikatuře Soudního dvora ohledně vertikální spolupráce: v rozsudku ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, bod 48); v rozsudku ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, bod 48); a nedávno v rozsudku ze dne 3. října 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; dále jen „rozsudek Irgita“, bod 50 a výrok 2). Pokud jde o horizontální spolupráci, v rozsudku Komise v. Německo, bod 45.

32. Soběstačnost veřejnoprávních subjektů, ať již formou spolupráce „*in-house*“ nebo „horizontální“ spolupráce, s sebou nese určitá rizika pro volný pohyb zboží a služeb<sup>12</sup>. Legitimní jsou i pochyby o jeho důsledcích pro volnou hospodářskou soutěž, přičemž nejde jen o případ výslovně uvedený v druhém pododstavci bodu 33 odůvodnění, *in fine*, směrnice 2014/24, který zakazuje spolupráci, jež dostává určitý hospodářský subjekt do výhodnějšího postavení vůči ostatním konkurentům.

33. Nevhodné použití těchto mechanismů spolupráce by skutečně mohlo vyvolat „zmenšení“ trhu na straně poptávky a snížení počtu poskytovatelů, který tento trh může snést. Teoreticky si lze představit i zneužití (kolektivního) dominantního postavení, kterého by veřejní zadavatelé mohli dosáhnout.

34. Z jiného úhlu pohledu je rovněž pravda, že zvýšená flexibilita přiznaná směrnicí 2014/24 horizontální spolupráci mezi veřejnými zadavateli (v důsledku politického rozhodnutí evropského normotvůrce) může mít rovněž pozitivní účinky na hospodářskou soutěž, ve smyslu podněcení soukromých subjektů k nabízení lepších smluvních podmínek.

35. Rozhodnutí členského státu o tom, jak bude poskytovat veřejnou službu (což může být právě tak, že nevyužije trhu, ale správní spolupráce), musí respektovat základní pravidla Smlouvy o FEU, zejména pravidla týkající se volného pohybu zboží, svobody usazování a volného pohybu služeb, jakož i zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace, vzájemného uznávání, proporcionality a transparentnosti<sup>13</sup>. Tato pravidla a zásady je třeba zohlednit rovněž při výkladu článku 12 směrnice 2014/24.

36. Tyto úvahy v souhrnu vysvětlují existenci článku 12 směrnice 2014/24 a odůvodňují podmínky pro „veřejno-veřejnou“ spolupráci, které jsou výslovně uvedeny v jeho odstavci 4.

37. Nakonec je třeba uvést, že *vyloučení* těchto mechanismů spolupráce mezi veřejnými zadavateli z působnosti směrnice 2014/24 neodpovídá binární logice pravidlo/výjimka, nýbrž jinému chápání oblasti, v níž platí tato směrnice.

38. Vzhledem k tomu, že spolupráce mezi veřejnými zadavateli uvedená v čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24 „nespadá“<sup>14</sup> do působnosti směrnice, jde o to, vymezit hranice této směrnice, jejíž ostatní pravidla jednoduše nelze na uvedené vztahy použít. Striktně vzato se tedy nedomnívám, že konstatování uvedená v předchozích rozsudcích ohledně výkladového (restriktivního) přístupu, který platí pro výjimky, na rozdíl od obecného pravidla, jsou automaticky použitelná při výkladu tohoto *vyloučení*<sup>15</sup>.

## **B. První předběžná otázka. Poskytnutí softwaru a působnost směrnice 2014/24/EU**

### **1. Předběžné poznámky: skutkové okolnosti článku 12**

39. Předkládající soud se zaprvé táže, zda takové poskytnutí softwaru, ke kterému došlo mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem, spadá do působnosti směrnice 2014/24: buď jako „smlouva na veřejnou zakázku“ (podle znění čl. 2 odst. 1 bodu 5), nebo jako prostá „smlouva“ (ve smyslu čl. 12 odst. 4).

12 – Rizika jsou podobná rizikům, o kterých hovoří směrnice 2014/24 v souvislosti se soustředěním a centralizací nákupů, které by podle bodu 59 jejího odůvodnění „měly být pečlivě sledovány, aby se zabránilo nadměrnému soustředění kupní síly a nekalé soutěži a aby byla zachována transparentnost, hospodářská soutěž a rovněž možnosti malých a středních podniků ohledně jejich přístupu na trh“.

13 – Rozsudek Irgita, body 48, 50 a výrok 2 ohledně výkladu čl. 12 odst. 1 směrnice 2014/24.

14 – To je výraz použitý v čl. 12 odst. 4 prvním pododstavci směrnice 2014/24.

15 – Viz v souvislosti s vertikální spoluprací stanovisko generálního advokáta G. Hogana ve věci Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, bod 45). Tatáž myšlenka se objevuje v rozsudcích ze dne 11. ledna 2005, Stadt Halle a RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, bod 46); ze dne 13. října 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, bod 63); a ze dne 11. května 2006, Carbotermo a Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, bod 45); a v rozsudku Datenlotsen, bod 23.

40. Otázka – jak byla položena – vyvstává s ohledem na (zdánlivou) bezplatnost poskytnutí. Z jejího znění plyne, že podle předkládajícího soudu není působnost směrnice 2014/24 vymezena pouze v článku 2. Nepřítomnost přídavného jména „veřejná“ v čl. 12 odst. 4 ve spojení s výrazem „smlouva“ by mohla znamenat, že na některé smlouvy neodpovídající definici v čl. 2 odst. 1 bodě 5 by se rovněž mohla vztahovat pravidla Unie pro zadávání veřejných zakázek.

41. Namísto podrobné analýzy jednotlivých pojetí výrazu smlouva a přívlastků, které jsou s ním spojeny, podle různých ustanovení směrnice 2014/24<sup>16</sup>, se zaměřím na výklad jejího čl. 12 odst. 4 s cílem určit, zda se vztahuje na takový vztah, jaký sjednaly spolková země Berlín a město Kolín nad Rýnem. První předběžnou otázkou se tedy budu zabývat ve světle specifčnosti tohoto ustanovení.

42. Slovo „smlouva“, které je uvedeno v odstavci 4 článku 12, lze vysvětlit nikoli na základě jeho systematického vztahu k článku 2 směrnice 2014/24, nýbrž vztahu k ostatním odstavcům samotného článku 12. V této souvislosti odráží rozdíl od vertikální spolupráce (odstavce 1 až 3 tohoto ustanovení), kde jsou vztahy mezi zúčastněnými organizovány na základě vnitřní kontroly. Ve skutečnosti slouží k vyjádření toho, že musí existovat dohoda nebo smlouva, která stanoví základ a právní rámec vztahů mezi stranami, cíl spolupráce a kroky (příspěvky), které musí každá z nich učinit<sup>17</sup>.

43. V témže smyslu hovoří bod 33 druhý pododstavec odůvodnění směrnice 2014/24, když zmiňuje „smlouvy na společné poskytování veřejných služeb“, a poté ve třetím pododstavci „závazky přispívat ke společnému plnění [...] služby“, které nemusí nutně znamenat, že všechny smluvní strany budou plnit hlavní smluvní povinnosti.

44. Vyjdeme-li z tohoto předpokladu, článek 12 směrnice 2014/24 upravuje na dva druhy situací, u nichž zřejmě obvyklé pojetí výrazu „smlouva na veřejnou zakázku“ není velmi vhodný, protože jde spíše o alternativy této kategorie.

45. Tento článek na jedné straně připouští „vertikální spolupráci“ (odstavce 1, 2 a 3 tohoto ustanovení), při níž, jak jsem již uvedl na jiném místě, „[v] rámci režimu zakázek in house nedochází z funkčního hlediska k tomu, že veřejný zadavatel uzavírá smlouvu s jiným samostatným subjektem, neboť vzhledem ke vztahům, které jej vážou k formálně odlišnému subjektu, uzavírá tuto smlouvu ve skutečnosti sám se sebou. Přísně vzato zde nelze hovořit o zadání zakázky, nýbrž o pouhém pověření nebo objednávce, které druhá ‚smluvní strana‘ nesmí odmítnout bez ohledu na to, jakou konkrétní podobu budou mít“<sup>18</sup>.

46. Na druhé straně připouští rovněž „horizontální spolupráci“, tedy spolupráci mezi veřejnými zadavateli, kteří využijí k jejímu vyjádření smluvní formy, s cílem zaměřit poskytování veřejných služeb, které jim přísluší, na dosažení společného cíle, v rámci vymezeném pouze veřejným zájmem a při respektování volné hospodářské soutěže (čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24).

16 – Existují argumenty pro podporu jednotného chápání výrazu „smlouva“: samotný nadpis článku 12 („Veřejné zakázky mezi subjekty ve veřejném sektoru“); okolnost, že tento výraz se nachází na různých místech směrnice 2014/24 a jiných směrnic, jako zkrácená forma výrazu „smlouva na veřejnou zakázku“; doplnění přídavného jména „veřejný“ jako přívlastku připojeného k podstatnému jménu „smlouva“ se liší podle jazykové verze posuzovaného předpisu: v článku 12 (konkrétně v jeho odstavci 1) je uvedeno v některých verzích, jako je německá, francouzská, anglická nebo italská, ale v jiných, jako je španělská, nikoliv.

17 – Článek 11 odst. 4 návrhu směrnice ze dne 20. prosince 2011, COM(2011) 896 final, obsahoval tuto formulaci: „Dohoda uzavřená mezi dvěma nebo více veřejnými zadavateli není považována za veřejnou zakázku ve smyslu čl. 2 bodu 6 této směrnice [...]“ (v originále bez zvýraznění).

18 – Stanovisko ve věci LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, bod 70).



47. Do působnosti směrnice 2014/24 samozřejmě nespadá, třebaže to její znění výslovně neuvádí, rovněž další typ vztahů mezi orgány veřejné správy, jako jsou vztahy vyplývající z přenesení nebo delegování pravomoci<sup>19</sup>, a to i v případě vytvoření konsorcia subjektů, které je právnickou osobou veřejného práva. Tyto situace se v zásadě považují za „nepodléhající právu veřejných zakázek“<sup>20</sup>.

48. Při horizontální spolupráci se veřejný zadavatel, který by mohl uspokojit své potřeby (zboží, stavebních prací nebo služeb) tím, že se prostřednictvím zadávacího řízení obrátí na soukromé podnikatele, rozhodne nevyužít tohoto způsobu a nahradit jej spoluprací s jiným veřejnoprávním subjektem, která může tyto potřeby uspokojit.

49. Z objektivního hlediska spočívá specifičnost tohoto typu spolupráce mezi veřejnoprávními subjekty na třech skutečnostech: koncepcie spolupráce, kterou se řídí vztah mezi stranami; společný cíl, který tento vztah sleduje, a účel veřejného zájmu, kterým se musí tato spolupráce řídit.

50. Spolupráce obvykle předpokládá příspěvky od všech stran a následné vynaložení veřejných prostředků. Vztah mezi těmito dvěma stranami však není omezen na zásadu *do ut des* charakteristickou pro synallagmatické smlouvy, kterou se podle judikatury Soudního dvora vyznačuje veřejná zakázka spadající pod směrnice o veřejných zakázkách<sup>21</sup>.

51. O právní akt s plněními všech zúčastněných stran, vzájemně vymahatelnými, totiž jde, pokud jejich příslušné příspěvky sledují dosažení společného pozdějšího cíle. Právním důvodem příspěvků je právě tento společný cíl, který musí být ve veřejném zájmu.

## 2. Úplatnost či bezplatnost ve vztahu mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem

52. Pro určení, zda se vztah mezi městem Kolín nad Rýnem a spolkovou zemí Berlín řídí pravidly směrnice 2014/24, je třeba zohlednit nejen smlouvu o poskytnutí (kterou se software dává k dispozici prvně uvedenému), ale rovněž dohodu o spolupráci, která ji doprovází<sup>22</sup>.

53. Samy zúčastněné strany koncipovaly tento vztah jako jeden celek a článek 5 smlouvy o spolupráci výslovně hovoří o neoddělitelnosti této smlouvy od smlouvy o poskytnutí softwaru<sup>23</sup>.

54. Jak jsem již uvedl, pochybnosti předkládajícího soudu vyvolává zdánlivá bezplatnost ve vztahu mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem.

55. Úplatnost je součástí definice „veřejné zakázky“ v čl. 2 odst. 1 bodě 5 směrnice 2014/24. Podle mého názoru ji lze považovat rovněž za charakteristický prvek vztahu mezi veřejnými zadavateli, o kterém hovoří čl. 12 odst. 4, který, jak jsem již uvedl, se neshoduje nutně s obvyklým významem „veřejné zakázky“.

19 – K podmínkám, za kterých přenesení pravomocí týkajících se výkonu veřejné funkce nespadá do působnosti pravidel pro zadávání veřejných zakázek (v té době směrnice 2004/18), viz rozsudek ze dne 21. prosince 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; dále jen „rozsudek Remondis“, bod 41 a násl.).

20 – Rozsudek Remondis, bod 53.

21 – Tamtéž, bod 43.

22 – V obdobném smyslu viz rozsudek Remondis, bod 37: „Za účelem možné kvalifikace operace [...] jako veřejné zakázky z hlediska této definice musí být tato operace posouzena jako celek a s ohledem na její účel.“

23 – Bylo by možné i jiné uspořádání, jak uvedla na jednání zástupkyně města Kolín nad Rýnem s odkazem na smlouvu o poskytnutí softwaru mezi spolkovou zemí Berlín a městem Hamburk, bez připojené dohody o spolupráci.

56. Pokud jde o význam tohoto pojmu, připomínám, že pojem „úplatnost“ byl v judikatuře Soudního dvora vyložen extenzivně<sup>24</sup>.

57. Ve vztahu mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem je poskytnutí programového vybavení podáno jako bezplatné a jako nástroj spolupráce, za účelem jeho vývoje a přizpůsobení potřebám řízení příslušných hasičských sborů.

58. Jak uvádí předkládající soud<sup>25</sup>, tento následný vývoj má hospodářskou hodnotu, která může dosáhnout značné výše<sup>26</sup>. V rámci popisu skutkových okolností město Kolín nad Rýnem uvádí, že software mu byl poskytnut proto, aby se mohlo podílet na spolupráci. Předtím uznalo, že zajišťování služeb hasičů – ke kterému je, jak uvedlo na jednání, povinno ze zákona – není proveditelné bez optimálního systému řízení zásahu, který je třeba neustále přizpůsobovat potřebám výkonu služby, což vyžaduje efektivní software.

59. Je tedy legitimní mít za to, jak uvádí i Komise, že i když smlouva neobsahuje *stricto sensu* povinnost software vyvíjet, není pravděpodobné, že k takovému dalšímu vývoji, a případně následným úpravám počítačového vybavení nedojde. Jak bylo zdůrazněno na jednání, bude prakticky nevyhnutelné tento program v dohledné době i následně aktualizovat<sup>27</sup>.

60. Lze proto důvodně předpokládat, že město Kolín nad Rýnem bude software dále vyvíjet a rozšiřovat o další moduly. Tento faktor má roli protiplnění za poskytnutí programu spolkovou zemí Berlín, neboť pokud by tomu tak nebylo, nebyla by smlouva o poskytnutí spojena s dohodou o spolupráci.

61. V konečném důsledku z pohledu města Kolín nad Rýnem je protihodnotou, která umožňuje mluvit o úplatnosti ve vztahu ke spolkové zemi Berlín, její podíl na spolupráci způsobilý přinést uvedené spolkové zemi prospěch v podobě úprav softwaru (článek 1 dohody o spolupráci) a dalších specializovaných modulů (článek 5 uvedené úmluvy). K těmto úpravám, jež mají určitou ekonomickou hodnotu, nepochybně dojde, protože operační střediska hasičů nemohou fungovat jinak.

62. Protiplnění tedy nezávisí na čistě fakultativní podmínce: je jen otázkou času, kdy k němu dojde. Nejedná se o pouhé prohlášení záměru spolupracovat, ale o závazek, který bude vymahatelný, přičemž záleží na tom *kdy* (jakmile dojde k aktualizaci), a nikoliv na to *zda* (zda dojde k aktualizaci).

63. Je pravda, že dohoda o spolupráci stanoví, že software mohou vyvíjet obě strany a že teoreticky by kterákoliv z nich mohla zůstat nečinná a očekávat příspěvek druhé strany. To, že k tomu dojde, je však – opakuji – vysoce nepravděpodobné, jelikož by to mohlo ohrozit poskytování veřejné služby, k němuž je povinna každá z nich. Takový přístup by činil samotnou dohodu o spolupráci, formálně mezi nimi uzavřenou, bezpředmětnou.

64. Shrnuto, smluvní vztah mezi veřejnými zadavateli, kteří se dohodli na poskytnutí počítačového programu a podmínkách své spolupráce za účelem jeho vývoje, spadá do působnosti čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24.

24 – Usnesení Consiglio Nazionale, bod 38; rozsudek Remondis, bod 43; rozsudek ze dne 18. října 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, bod 31). Ve stanovisku ve věci Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a další (C-159/11, EU:C:2012:303, bod 32), generální advokátka V. Trstenjak uvedla, že „lze zastávat také názor, že jen široký výklad pojmu ‚úplatnost‘ odpovídá cíli směrnice o zadávání veřejných zakázek, kterým je otevření trhů k zajištění skutečné hospodářské soutěže“, a zmínila konkrétně jiné formy úplaty, jako je směnný obchod nebo upuštění smluvních stran od vzájemných nároků.

25 – Bod 29 předkládacího usnesení.

26 – A překročit hodnotu samotného softwaru. ISE na jednání zdůraznila tuto skutečnost v souvislosti s třetí předběžnou otázkou.

27 – Zástupkyně města Kolín nad Rýnem rozlišuje mezi důležitými a jinými, méně významnými aktualizacemi. První jsou nezbytné třikrát nebo čtyřikrát ročně a jsou uskutečňovány po konzultaci s další (nebo dalšími) účastníky spolupráce, aby byly v co největší míře zohledněny jejich potřeby. Jiné aktualizace, které spočívají v odstranění drobných chyb, takovou konzultaci nevyžadují.

### C. Druhá předběžná otázka. Předmět spolupráce

#### 1. Nástin

65. Poskytování veřejné služby hasičského sboru, které přísluší subjektům v této věci spolupracujícím, není společné: nemůže být už jen kvůli zeměpisné vzdálenosti mezi územími, na kterých každý z nich působí.

66. Z tohoto důvodu předkládající soud pochybuje, zda se na spolupráci vztahuje čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24, a táže se, zda pro to, aby tomu tak bylo, „postačuje, pokud se spolupráce vztahuje na činnosti, které určitým způsobem slouží srovnatelným veřejným službám, které však nemusí být nutně poskytovány společně“.

67. Otázka vyžaduje samostatné posouzení dvou skutečností: a) společného provozování veřejné služby, za jejímž účelem dochází ke spolupráci, a b) povahy „veřejné služby“ činnosti, kterou je spolupráce uskutečňována.

a) *Ke společnému poskytování veřejné služby. Od „společného úkolu veřejné služby“ ke „společným cílům veřejného zájmu“*

68. V souladu s judikaturou Soudního dvora předcházející směrnici 2014/24 byla přípustnost horizontální spolupráce mimo jiné podmíněna požadavkem, aby její strany uskutečňovaly společné poslání veřejné služby. Soudní dvůr však nemusel řešit to, zda je tento *společný charakter* vyžadován od samotného poskytování služby.

69. Modelovým příkladem horizontální spolupráce vyloučené z evropských pravidel o zadávání veřejných zakázek byla věc C-480/06, Komise v. Německo, kde tato spolupráce, vyjádřená úkony a závazky rozdílnými co do povahy a rozsahu, zaručovala v konečném důsledku plnění úkolů veřejné služby, která náležela do pravomoci všech veřejných zadavatelů. Uvedená věc se týkala odstraňování odpadů, což je činnost, na které se podíleli všichni zúčastnění, neboť provozovali zařízení na zpracování tohoto odpadu.

70. Otázka, kterou se nyní zabýváme, nebyla zvlášť řešena v tomto rozsudku ani v pozdějších věcech, v nichž chyběl *společný charakter* veřejné služby, jako předpoklad jejího společného poskytování<sup>28</sup>.

71. Podle čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24 k tomu, aby spolupráce mezi správními orgány nespadala do působnosti této směrnice, musí se smlouva vztahovat na cíle společné zúčastněným veřejným zadavatelům. Každý z nich zajišťuje „veřejné služby, které mají poskytovat“<sup>29</sup>, „za účelem dosahování jejich *společných* cílů“. Smlouva nebo dohoda upřesní formu poskytování s cílem zaručit, aby tomu tak bylo. Podle doslovného chápání mají být nyní *společné* cíle, a nikoli konkrétním úkoly veřejné služby.

72. Přípravné práce na předpise ukazují, že úmyslem normotvůrce bylo zvýšit flexibilitu spolupráce z hlediska jejího předmětu<sup>30</sup>.

28 – Rozsudek ASL, bod 37. Pozdější rozhodnutí Soudního dvora se řídila judikaturou vyplývající z rozsudku ASL ve věcech téměř totožných, pokud jde o povahu aktérů a věc samotnou: viz usnesení ze dne 16. května 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia a další (C-564/11, nezveřejněné, EU:C:2013:307), a Consiglio Nazionale. Tento přístup byl uplatněn i na další oblasti v rozsudcích Piepenbrock, bod 39, a Datenlotsen, bod 35.

29 – Mám za to, že požadavek, že služby *mají* poskytovat, znamená, že veřejní zadavatelé měli povinnost poskytovat službu i před uzavřením dohody o spolupráci. Tento výraz může zahrnovat také veřejnou službu, která má být poskytována v rámci specifické spolupráce.

30 – Tato flexibilita je patrná rovněž v souvislosti se subjekty: viz bod 32 odůvodnění o horizontální spolupráci mezi veřejnými zadavateli s účastí soukromého kapitálu. Návrh Komise naopak tuto možnost v čl. 11 odst. 4 písm. e) vylučoval.

73. Návrh směrnice předložený Komisí se zmiňuje také „společný výkon úkolů veřejné služby [veřejných zadavatelů]“. Při projednávání v Radě a Parlamentu byl předpis opakovaně přeformulován až do současné podoby. Byl měněn i bod 33 odůvodnění, souběžně se změnami uvedeného článku a v témže smyslu otevřenosti.

74. Během konečných vyjednávání vypadl z čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24 odkaz na společný výkon úkolů, který se však stále nachází ve stávajícím bodě 33 odůvodnění. Zmínka o společných cílech byla doplněna na návrh Parlamentu, přičemž byl současně z příslušného bodu odůvodnění (tehdejší bod 14) vypuštěn popis koncepce spolupráce jako zahrnující „společné řízení a rozhodování, sdílení odpovědnosti za rizika a synergické účinky“<sup>31</sup>.

75. Konstatování bodu 33 odůvodnění první pododstavec *in fine* v tom smyslu, že veřejné služby poskytované spolupracujícími subjekty nemusí být totožné, ale mohou se doplňovat, potvrzuje upuštění od požadavku společného úkolu veřejné služby.

76. V této souvislosti je třeba uvést, že zmínka o *společném* poskytování služeb, která se v témže bodě odůvodnění objevuje opakovaně, pravděpodobně znamená, že veřejné služby, ať již totožné nebo doplňující se, které má poskytovat každý ze zúčastněných zadavatelů, musí být zajišťovány „ve spolupráci“, tedy každým veřejným subjektem s podporou druhého nebo koordinovaně.

77. Mohlo by se zdát, že jde o sémantické odchylky, ale jako je tomu v právu, právní důsledky spojené s volbou toho či onoho výrazu se mohou značně lišit. Opakují, že podstatné je, že (nová) norma odkazuje na cíle společné veřejným zadavatelům, kteří spolupracují.

*b) „Veřejná služba“ a „činnosti na podporu veřejné služby“*

78. Druhá předběžná otázka vyžaduje rovněž posouzení povahy činnosti, při které veřejní zadavatelé spolupracují: zda sama musí být „veřejnou službou“<sup>32</sup> nebo zda může jít o podpůrnou činnost, tedy činnost na podporu veřejné služby<sup>33</sup>.

79. V rámci judikatury předcházející směrnici 2014/24 rozsudek Komise v. Německo poněkud osvětlil druh činností, které mohou být předmětem „veřejno-veřejné“ spolupráce, na kterou se nevztahují pravidla zadávání veřejných zakázek<sup>34</sup>.

80. Podle tohoto rozsudku bylo možné akceptovat jako předmět spolupráce činnosti, které jako takové nebo samy o sobě nejsou veřejnou službou, ale s takovou službou, za účelem jejíhož plnění se veřejní zadavatelé dohodli na spolupráci, přímo souvisí.

31 – Viz sdělení Rady Evropské unie ze dne 26. června 2013, číslo 11644/13.

32 – Připomínám, že čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24 hovoří výslovně o „veřejn[ých] služb[ách], které mají [veřejní zadavatelé poskytovat]“. Tato kategorie je uvedena pouze v článku 93 SFEU. Jeho ekvivalentem je do značné míry „služba obecného zájmu“ (SOZ), která může či nemusí mít hospodářský obsah. Svobodě členských států stanovit, organizovat a financovat služby obecného hospodářského zájmu (SOHZ) se věnuje čl. 1 odst. 4 směrnice 2014/24, který odkazuje na článek 14 SFEU a na Protokol č. 26 připojený k SFEU a SEU. V tomto ohledu viz stanovisko generálního advokáta G. Hogana ve věci Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

33 – Směrnice 2014/24 nekonkretizuje rozsah, kvalitu nebo povahu (hlavní nebo pomocná; povinná nebo fakultativní; s hospodářským obsahem, či nikoliv) veřejných služeb, kterých se může týkat horizontální spolupráce. Bod 33 odůvodnění naznačuje v tomto smyslu velkou flexibilitu. Je tedy vyloučeno, že spolupráce musí být omezena na činnosti odpovídající klíčové (hlavní) pravomoci veřejného zadavatele, jak podle všeho vyplývalo z rozsudku ASL, bod 37 první věta.

34 – V této věci jeden z příspěvků spočíval v poskytnutí infrastruktury, v níž dochází k využití odpadů shromážděných zúčastněnými stranami, každým v zeměpisné oblasti jeho pravomoci. Součástí spolupráce bylo rovněž poskytnutí nadbytečných kapacit: skládkovací kapacity nevyužitá jednou ze stran mohly vyrovnat nedostatek skládkovacích kapacit jiné strany. Další z příspěvků spočíval v závazku technických služeb jednoho ze zadavatelů hájit práva ostatních vůči majiteli zařízení v případě, že jim toto zařízení způsobí škodu.

81. Výše uvedené však nedává odpověď na otázku, zda se spolupráce může týkat *vylučně* činnosti, která jako taková nebo sama o sobě není veřejnou službou, v takovém kontextu, o jaký se jedná v projednávaném sporu. Je třeba připomenout, že v tomto případě zúčastnění veřejní zadavatelé poskytují na svůj účet a samostatně tutéž veřejnou službu (službu hasičského sboru), zatímco spolupráce je omezena na podpůrnou činnost (počítačové řízení tísňového operačního střediska).

82. V rámci směrnice 2014/24 hovoří bod 33 odůvodnění ve prospěch kladné odpovědi na tuto otázku, když zdůrazňuje, že spolupráce může zahrnovat „*všechny druhy činností spojených s prováděním služeb a povinností* uložených zúčastněným orgánům nebo jimi nabytých [...]“<sup>35</sup>. Legislativní práce opět ukazují vůli tento aspekt, který v původním návrhu Komise nebyl obsažen, zdůraznit<sup>36</sup>.

83. Opodstatněnost této kladné odpovědi podporuje flexibilita, kterou jsem zmínil jako charakteristickou pro horizontální spolupráci ve směrnici 2014/24 a která je zřejmá při srovnání s předchozí právní úpravou, předchozí judikaturou Soudního dvora a návrhem Komise.

84. To však neznamená, že takto dovořená horizontální spolupráce je neomezená. Stále platí požadavek, aby byla zaměřena na poskytování veřejné služby spadající do pravomoci zúčastněných stran<sup>37</sup>. Není-li předmětem spolupráce samotná veřejná služba, nýbrž činnost s ní „související“, musí být tato souvislost dána funkčním zaměřením činnosti na výkon služby.

85. Rovnováha mezi protichůdnými cíli, kterou jsem se zabýval výše<sup>38</sup>, kromě toho vyžaduje při posuzování této souvislosti rozlišovat mezi různými činnostmi v závislosti na jejich míře spojení se službou, k jejímuž poskytování přispívají. Podle mého názoru čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24 umožňuje akceptovat mimo jiné podpůrné činnosti spojené bezprostředně a neoddělitelně s veřejnou službou, tj. činnostmi, jež jsou natolik nezbytné, že na nich závisí samotné poskytování služby jakožto veřejné služby.

86. Spolupráce musí kromě toho splňovat ostatní podmínky stanovené v čl. 12 odst. 4 (pokud jde o subjekty, účel spolupráce a zásady, kterými se má řídit), na které jsem poukázal výše.

## 2. Spolupráce mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem

87. Jak jsem již uvedl, oba veřejní zadavatelé v této věci nevykonávají hlavní činnost veřejné služby, to znamená vlastní hasičské služby, společně. Cílem jejich spolupráce je naopak zavést a průběžně udržovat software nezbytný k tomu, aby každý z nich optimálním způsobem řídil zásahy svých hasičských sborů na svých územích.

88. Podle popisu softwaru a jeho aktualizace uvedeného ve spise, doplněného souhlasnými prohlášeními na jednání, počítačový program byl a je nezbytný k poskytování této veřejné služby.

89. Spolupráce mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem v rozsahu, v němž se týká činnosti nezbytné k účinnému výkonu veřejné služby, kterou oba veřejní zadavatelé musí poskytovat, tak splňuje požadavek uvedený v čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24.

35 – V originále bez zvýraznění.

36 – Pro srovnání viz interinstitucionální dokument číslo 12167/13.

37 – V rámci předchozí judikatury konstatoval rozsudek *Datenlotsen*, bod 16 (prostřednictvím odkazu v bodě 34), toto: „[...] jak univerzita, tak HIS nejsou veřejnými orgány a HIS není přímo pověřena vykonáváním úkolu v rámci veřejné služby“.

38 – Bod 29 a násl. výše: vůli nezasahovat členským státům do organizace jejich vnitřní správy je třeba sladit s požadavkem, aby vyloučení z působnosti unijního práva nevedlo k porušování zásad zadávání veřejných zakázek a volné hospodářské soutěže.



### **D. Třetí předběžná otázka. Ke zvýhodnění třetích osob**

90. Dohoda mezi spolkovou zemí Berlín a město Kolín nad Rýnem naráží na další námitky vycházející z rozporu mezi horizontální spoluprací a právem hospodářské soutěže. Předkládající soud se jimi zabývá ve své třetí otázce, přičemž si klade otázku, zda čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24 s sebou nese nepsaný zákaz zvýhodňování a pokud ano, jaký je jeho obsah.

#### **1. Horizontální spolupráce a právo hospodářské soutěže**

91. Podmínka, aby žádný soukromý subjekt nebyl v důsledku horizontální spolupráce zvýhodněn vůči svým soutěžitelům, není v článku 12 směrnice 2014/24 výslovně a samostatně uvedena. Naopak v předchozí judikatuře uvedena byla<sup>39</sup>.

92. Za účelem posouzení, zda – navzdory neexistenci zmínky v textu – tento požadavek nadále platí, připomenu nejprve, že členské státy mají značný prostor při rozhodování, zda budou služby poskytovat samy, nebo zvolí externalizaci.

93. V prvním z těchto dvou případů (samozásobování v širokém slova smyslu), a jsou-li splněny určité požadavky, nemají členské státy povinnost řídit se pravidly a postupy unijního práva v oblasti veřejných zakázek. Vztahují se na ně však nadále jiná pravidla<sup>40</sup>, mezi něž patří pravidla týkající se volné hospodářské soutěže podle čl. 106 odst. 2 SFEU.

94. Proto čl. 18 odst. 1 druhý pododstavec směrnice 2014/24 v související oblasti konstatuje, že „Zadávací řízení na veřejné zakázky nelze koncipovat se záměrem vyloučit je z oblasti působnosti této směrnice nebo uměle zúžit hospodářskou soutěž“.

95. Omezení dané pravidly volné hospodářské soutěže má tedy dopad rovněž na horizontální spolupráci mezi veřejnými zadavateli. Děje se tak přinejmenším dvěma způsoby:

- zaprvé je toto omezení rozhodující v jejich vztazích se všemi soukromými hospodářskými subjekty jako soutěžiteli na trhu;
- zadruhé určuje, jak mají postupovat veřejné subjekty, aby jejich spolupráce, jsou-li do ní nějakým způsobem zapojeny rovněž soukromé subjekty, nenarušovala hospodářskou soutěž mezi nimi.

96. Článek 12 odst. 4 směrnice 2014/24 má na první pohled bránit narušení volné hospodářské soutěže, když vyžaduje, aby ke spolupráci docházelo výlučně mezi veřejnými zadavateli<sup>41</sup>. A současně stanoví určitá omezení, která jsou vedena stejným záměrem:

- spolupráce musí být omezena na poskytování veřejných služeb, které mají poskytovat zúčastnění veřejní zadavatelé, tedy nikoli určena k výkonu jejich běžné hospodářské činnosti [písm. a)];
- musí se řídit pouze důvody veřejného zájmu, a nikoliv trhu [písm. b)];
- jestliže jsou subjekty, které mezi sebou spolupracují, činné rovněž na „otevřeném trhu“, nemohou překročit 20 % činností, které jsou předmětem této spolupráce.

39 – Rozsudky Komise v. Německo, bod 47; ASL, body 35, 38 a výrok; usnesení Consiglio Nazionale, bod 44 a výrok.

40 – Body 30 až 35 výše.

41 – Třebaže směrnice 2014/24 v souladu s režimem spolupráce „in-house“ připouští určitou účast soukromého kapitálu na veřejnoprávních korporacích: viz poznámka pod čarou 30 tohoto stanoviska.

97. Nelze mít za to, jak tvrdí město Kolín nad Rýnem, že povinnost respektovat volnou hospodářskou soutěž je omezena na případ, kdy veřejní zadavatelé soutěží na trhu se soukromými hospodářskými subjekty jako celkem.

98. Naopak, jak jsem již uvedl, obecná povinnost nenarušovat hospodářskou soutěž je dána primárním právem (čl. 106 odst. 2 SFEU) a ve specifickém rámci zadávání veřejných zakázek článkem 18 odst. 1 druhým pododstavcem směrnice 2014/24.

## 2. Zadávání zakázek třetím osobám

### a) Obecné úvahy

99. Bod 31 a 33 odůvodnění směrnice 2014/24 potvrzují, že spolupráce mezi veřejnými zadavateli nemůže „vést k narušení hospodářské soutěže“ tím, že dostane soukromého poskytovatele služeb do výhodnějšího postavení vůči jeho konkurentům<sup>42</sup>. Je třeba zdůraznit, že tyto body odůvodnění ve skutečnosti nedoplňují nové normativní prvky k textu směrnice: pouze usměrňují výklad jejího čl. 12 odst. 4.

100. Se směrnicí 2014/24 tedy není v souladu jednání veřejných zadavatelů, které narušuje hospodářskou soutěž, tím, že znevýhodňuje soukromého poskytovatele služeb v porovnání s jeho konkurenty. „Zvýhodňování“, na které odkazuje předkládající soud, pokud upřednostňuje jeden soukromý subjekt na úkor ostatních, je tedy zakázáno.

101. V tomto ohledu mohou nastat dvě ne zcela rovnocenné situace:

- horizontální spolupráce, při níž veřejný zadavatel dá k dispozici jinému zadavateli zboží nebo služby, které prvně uvedený zadavatel nabyt od soukromého subjektu, aniž dodrží pravidla pro zadávání veřejných zakázek. Kdyby tato pravidla byla použitelná (z důvodu předmětu, hodnoty zakázky atd.), byly by třetí subjekty *opětovně* a dá se říci *podruhé* znevýhodněny, jelikož by byly napoprvé i napodruhé opomenuty;
- horizontální spolupráce, která pro svůj budoucí průběh vyžaduje účast jiných hospodářských subjektů, než jsou veřejní zadavatelé. Kdyby některé z těchto subjektů byly zbaveny, diskriminačně nebo svévolně, možnosti zapojit se do mechanismu budoucího poskytování zboží nebo služeb, byli by dotčení znevýhodnění.

102. V druhém z těchto případů, je-li zahájeno zadávací řízení k doplnění nebo pokračování spolupráce, není důvod tvrdit, že určitý jednotlivec nevyhnutelně zůstává, *de iure* nebo *de facto*, v lepší postavení než jeho konkurenti proto, že přispívá k plnění úkolů, v nichž spočívá spolupráce mezi správními orgány.

42 – Lze si samozřejmě představit jiné způsoby narušení: kdyby nabytí softwaru a následná údržba a doplnění byly předmětem samostatných smluv s cílem vyhnout se jediné smlouvě, jejíž hodnota by překračovala prahovou hodnotu, od níž je zadání veřejné zakázky povinné. Viz rozsudek ze dne 18. ledna 2007, Auroux a další (C-220/05, EU:C:2007:31, bod 67); a rozsudek Komise v. Německo, ve kterém Soudní dvůr hovoří o „konstrukci, jejímž účelem by bylo obejít pravidla v oblasti veřejných zakázek“ (bod 48).

*b) Využití třetích osob ke spolupráci mezi spolkovou zemí Berlín a městem Kolín nad Rýnem*

103. Ve spise neexistuje dostatek informací, aby bylo možné zjistit, za jakých podmínek spolková země Berlín původně nabyla software, který později poskytla městu Kolín nad Rýnem. Není ani zcela jasné, zda si spolková země Berlín pořizuje nové moduly softwaru, mimo spolupráci s městem Kolín nad Rýnem, a to mimo trh nebo jeho prostřednictvím<sup>43</sup>. Tyto skutkové okolnosti musí ověřit předkládající soud.

104. Zdá se naopak, že budoucí průběh spolupráce vyžaduje účast třetích osob, a to do té míry, že město Kolín nad Rýnem vyhlásilo (omezené) zadávací řízení pro úpravu, uvedení do provozu a údržbu softwaru postoupeného spolkovou zemí Berlín<sup>44</sup>.

105. Rozšíření a aktualizace softwaru poskytnutého spolkovou zemí Berlín městu Kolín nad Rýnem pro účely spolupráce se vyznačují vysokou hospodářskou hodnotou. Je tedy logické, že na následné smlouvy na jeho úpravu, údržbu a další vývoj se zaměřuje zájem tržních subjektů<sup>45</sup>.

106. Podle společnosti ISE technická složitost těchto operací neumožňuje, aby je byl schopen provádět někdo jiný než výrobce softwaru. Kdyby tomu tak bylo, rozhodnutí o původním nabytí programového vybavení by mohlo mít významnou váhu při zadávání následných veřejných zakázek, jelikož *de facto* brání vstupu jiných subjektů než tvůrce programu.

107. V takovém případě (jehož ověření přísluší předkládajícímu soudu) by podmínka nezvýhodňovat tržní subjekty v porovnání s jejich konkurenty<sup>46</sup> vyžadovala zvláštní obezřetnost při nastavení zadávacího řízení na následná plnění. Především by všem potenciálním zájemcům musely být poskytnuty informace nezbytné k účasti na tomto řízení<sup>47</sup>.

108. Toto opatření by však mohlo být nedostatečné, což by znamenalo, že problém vznikl dříve: to znamená při samotném nabytí softwaru. Je věcí předkládajícího soudu, aby určil, zda původní nabytí vedlo k výhradnímu postavení, z technických důvodů, které předurčuje následná zadávací řízení, a v takovém případě stanovit vhodná opatření k nápravě jeho účinků<sup>48</sup>.

#### IV. Závěry

109. Vzhledem k výše uvedenému navrhuji odpovědět na předběžné otázky položené Oberlandesgericht Düsseldorf (Vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo) následovně:

„1) Článek 12 odst. 4 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES musí být vykládán v tom smyslu, že písemně sjednané poskytnutí softwaru mezi dvěma veřejnými zadavateli, spojené s dohodou o spolupráci mezi nimi, představuje ‚smlouvu‘ ve smyslu tohoto ustanovení.

43 – Na jednání zástupce ISE uvedl, že v červenci 2018 zveřejnila spolková země Berlín předběžné oznámení zakázky na další vývoj programu ve výši 3 500 000 eur.

44 – Na jednání bylo uvedeno, že oznámení (referenční číslo: 2019-0040-37-3) bylo zveřejněno v Úř. věst. 2019/S 160-394603 a hospodářská hodnota zadávacího řízení činí 2 000 000 eur.

45 – Na jednání zástupce ISE uvedl, že není hospodářský zájem na nabytí základního programového vybavení nebo na jeho prodeji, nýbrž na návazných činnostech úpravy, údržby a dalšího vývoje počítačového programu.

46 – Ale i cíl, aby zvítězila ekonomicky nejvýhodnější nabídka.

47 – Na jednání bylo diskutováno, zda by při pozdějších zadávacích řízeních stačilo, aby měl úspěšný uchazeč přístup ke zdrojovému kódu softwaru. Město Kolín nad Rýnem zdůraznilo, že tak postupovalo, i když podle společnosti ISE to nebylo dostačující vzhledem k praktickým obtížím s bezpečným vyvíjením úprav na základě základního programu.

48 – Možnost zablokování po nabytí původního softwaru měla být ideálně zvážena při jeho pořízení. Jelikož k tomu nedošlo, za současného stavu to již není možné a nápravné prostředky mohou pouze zmírňující. Komise na jednání navrhla požádat výrobce softwaru o závazek spolupracovat s úspěšnými uchazeči, kterým budou zadána následná plnění.

Uvedený smluvní vztah je úplatný, i když nabyvatel softwaru nemusí za software platit ani nahradit náklady na něj, pokud se každá ze stran (tedy i nabyvatel) zaváže poskytovat druhé straně budoucí úpravy a rozšíření uvedeného softwaru a tyto úpravy a rozšíření jsou nezbytné k poskytování veřejné služby, které musí zajišťovat oba veřejní zadavatelé, takže je nevyhnutelné, že k nim dojde.

- 2) Spolupráce mezi zadavateli podle čl. 12 odst. 4 písm. a) směrnice 2014/24 se nemusí nutně vztahovat na samotné veřejné služby, které mají být poskytovány občanům. Spolupráce, jejímž předmětem jsou činnosti podporující tyto služby, spadá pod čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24 kromě jiného pokud je podpůrná činnost nezbytným nástrojem veřejné služby, takže na ní plnění této služby závisí.
- 3) Spolupráce mezi zadavateli, která staví soukromý subjekt do výhodnějšího postavení v porovnání s jeho konkurenty na trhu, nemůže spadat pod článek čl. 12 odst. 4 směrnice 2014/24.“