Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
MANUELA CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONY
přednesené dne 26. září 2024[1]

Věc C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
proti
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce, kterou podal Nejvyšší správní soud (Česká republika)]

„Řízení o předběžné otázce – Veřejné zakázky – Směrnice 2004/18/ES – Článek 31 – Vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce – Podmínky – Ochrana výlučných práv – Situace výlučnosti přičitatelná veřejnému zadavateli – Smlouva uzavřená před přistoupením členského státu k Evropské unii – Okamžik, ke kterému musí být posouzeny skutkové a právní okolnosti smlouvy“

1. V roce 1992 zadalo Ministerstvo financí České republiky[2] přímo konkrétnímu podniku[3] zakázku na zavedení informačního systému pro správu daní nazvaného ADIS. IBM byla vlastníkem autorských práv ke zdrojovému kódu programu, takže používání a aktualizace informačního systému záviselo na její účasti.

2. V roce 2016 se orgán pověřený správou daní v České republice rozhodl uzavřít smlouvu na základní pozáruční servis aplikace ADIS, kterou rovněž zadala společnosti IBM v jednacím řízení bez uveřejnění.

3. Podpis této nové smlouvy vyvolal spor mezi dvěma orgány České republiky: orgánem odpovědným za správu daní na jedné straně a orgánem odpovědným za kontrolu řádnosti veřejných zakázek na straně druhé. Podle posledně uvedeného orgánu je přímé zadání zakázky protiprávní.

4. Soud, který má v tomto sporu rozhodnout v posledním stupni, má pochybnosti o tom, zda nová zakázka spadá pod čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES[4], na jehož výklad se táže Soudního dvora. Táže se, zda při posouzení jedné z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění má zohlednit skutkové a právní okolnosti existující v době původní zakázky (1992) nebo v době nové zakázky (2016).

[1] – Původní jazyk: španělština.

[2] – K rozdělení na Českou republiku a Slovenskou republiku došlo dne 1. ledna 1993.

[3] – IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. V roce 1992 byla tato společnost jediným společníkem společnosti IBM Česká republika, spol. s r.o. Dále ji budu označovat jako „IBM“ nebo „dodavatel“.

[4] – Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. 2004, L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).

5. Na pozadí sporu stojí obecný problém *uzamčení* („vendor lock-in“) orgánů veřejné správy, které jsou při využívání informačních technologií závislé na dodavateli. Komise zveřejnila v roce 2013 sdělení [5], ve kterém poukázala na obtíže těchto orgánů při změně dodavatele.

I. Právní rámec

A. Unijní právo. Směrnice 2004/18

6. Článek 28 („Použití otevřených, omezených a vyjednávacích řízení a soutěžního dialogu“) stanoví:

„Při zadávání svých veřejných zakázek veřejní zadavatelé použijí vnitrostátní řízení upravená pro účely této směrnice.

Zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení. Za zvláštních okolností, výslovně uvedených v článku 29, mohou veřejní zadavatelé zadat své veřejné zakázky prostřednictvím soutěžního dialogu. Ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených v článcích 30 a 31, mohou použít vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho“.

7. Článek 31 („Případy, které odůvodňují použití vyjednávacího řízení bez zveřejnění oznámení o zakázce“):

„Veřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v těchto případech:

1) V případě veřejných zakázek na stavební práce, na dodávky a na služby:

   […]

   b) jestliže zakázka může být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu;

   c) pokud je to nezbytně nutné, nelze-li z důvodů krajní naléhavosti způsobené událostmi, které veřejní zadavatelé nemohli předvídat, dodržet lhůty stanovené pro otevřená, omezená nebo vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce, jak je uvedeno v článku 30. Okolnosti, které se uvádějí pro odůvodnění krajní naléhavosti, nesmějí být v žádném případě způsobeny veřejným zadavatelem.

[…]“

[5] – Sdělení Komise ze dne 25. června 2013. Prevence závislosti na poskytovateli: budování otevřených systémů informačních a komunikačních technologií prostřednictvím lepšího využití standardů při zadávání veřejných zakázek [COM (2013) 455 final] (dále jen „sdělení z roku 2013“).

B. České právo. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách[6]

8. Podle § 21 odst. 2 platilo, že zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za určitých podmínek rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

9. Podle § 23 odst. 4 písm. a) platilo, že zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

II. Skutkový stav, spor a předběžná otázka

10. Dne 29. června 1992 uzavřelo Ministerstvo financí České republiky se společností IBM smlouvu o systémové integraci na informační systém ADIS pro správu daní.

11. Od roku 2013 přešly funkce Ministerstva financí v oblasti správy daní na Českou republiku – Generální finanční ředitelství (Česká republika; dále jen „GFŘ“), které je podřízeno Ministerstvu financí.

12. Dne 1. března 2016 zahájilo GFŘ jednací řízení bez uveřejnění za účelem zadání nové zakázky nazvané „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, jejímž předmětem bylo poskytování základního pozáručního servisu aplikace ADIS[7].

13. GFŘ použilo tento způsob zadání s odvoláním na technické důvody a ochranu práv duševního vlastnictví dodavatele ke zdrojovému kódu informačního systému ADIS[8].

14. Dne 20. května 2016 zadalo GFŘ společnosti IBM novou zakázku.

15. Dne 9. října 2017 konstatoval Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Česká republika; dále jen „Úřad“), že GFŘ tím, že použilo jednací řízení bez uveřejnění, porušilo § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb.

16. Podle Úřadu GFŘ neprokázalo, že by novou veřejnou zakázku mohla z technických důvodů uskutečnit pouze IBM. Kromě toho potřeba ochrany výhradních práv tohoto dodavatele byla důsledkem předchozího postupu Ministerstva financí.

17. GFŘ podalo proti rozhodnutí ze dne 9. října 2017 rozklad k předsedovi Úřadu, který jej zamítl[9].

6 – Dále jen „zákon č. 137/2006 Sb.“, ve znění platném v rozhodné době.

7 – Nová zakázka podle všeho zahrnovala údržbu a případné opravy ADIS, avšak to přísluší ověřit předkládajícímu soudu. Cena za zakázku činila 33 294 389 korun českých (CZK) bez daně z přidané hodnoty (DPH).

8 – Podle tvrzení GFŘ reprodukovaných v předkládacím usnesení (bod 2) bez vazby na jádro a ostatní moduly není možné samostatné fungování modulů, jejich správa a vývoj; moduly nelze oddělit; předmět veřejné zakázky zasahuje do stávajících modulů. Vzhledem k tomu, že plnění spočívalo v základním servisu informačního systému ADIS, vyvinutého a rozvíjeného dodavatelem, který je vlastníkem licenčních práv, vyžadovala nutnost technické návaznosti, aby dodavatel zajistil údržbu a rozvoj tohoto systému.

9 – Rozklad byl zamítnut z důvodu, že za stav exkluzivity (chápaný jako nezbytnost plnění zakázky pouze určitým dodavatelem), je odpovědné Ministerstvo financí, předchůdce GFŘ, které umožnilo, aby dodavateli zůstalo vlastnictví autorských práv.

18. GFŘ podalo proti rozhodnutí předsedy Úřadu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (Česká republika), který žalobu zamítl s odůvodněním, že nejsou splněny požadavky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., neboť:

– ke dni zadání původní zakázky byla předvídatelná potřeba průběžné údržby informačního systému ADIS, jenž je koncipován dlouhodobě pro oblast (daní), která podléhá neustálým změnám;

– není podstatné, že v době podpisu původní smlouvy žádný právní předpis nestanovil povinnost výběru dodavatele v zadávacím řízení ani v jakém rozsahu mají být upravena autorská práva k informačnímu systému ADIS; podmínky pro navazující zadání je třeba posoudit s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době tohoto zadávání;

– není nutné, aby původní zadavatel jednal s úmyslem budoucího obcházení zákona č. 137/2006 Sb.;

– i kdyby se GFŘ podařilo prokázat, že neexistuje žádný jiný subjekt než IBM, který by byl schopen zakázku uskutečnit, nemění to nic na tom, že stav exkluzivity byl způsoben jednáním Ministerstva financí. Prokazování formální podmínky (tj. technických důvodů a důvodu ochrany autorských práv dodavatele) by proto bylo nadbytečné, jestliže nebyla naplněna materiální podmínka (nevyvolání stavu exkluzivity samotným veřejným zadavatelem).

19. Proti tomuto rozsudku podalo GFŘ k Nejvyššímu správnímu soudu (Česká republika) kasační stížnost, v níž v podstatě tvrdilo, že:

– v době uzavření původní smlouvy byl dodavatel jediným, kdo byl schopen poskytnout požadované plnění (dodat servery s vlastním operačním systémem a zajistit servis a dálkový dohled). Z technických důvodů nebylo možné poptat jiného dodavatele;

– Ministerstvo financí nemohlo rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zajistit další činnosti nezbytné pro další fungování informačního systému ADIS;

– autorská práva byla v původní smlouvě nastavena odpovídajícím způsobem. V té době nebylo možné dosáhnout úplného postoupení těchto práv k informačnímu systému ADIS, neboť část komponent byla dodavatelem a jeho partnery komerčně celosvětově využívána. Tehdejší právní úprava byla tedy dodržena. Jestliže Ministerstvo financí nemohlo vědět, jaké budoucí právní předpisy má svým jednáním porušit, nemůže se jednat při zachování zásady právní jistoty o zavinění přičitatelné GFŘ;

– Ministerstvo financí také nemohlo v době uzavření původní smlouvy vědět, jakým směrem se bude daňový systém ubírat. Nemohlo proto vědět, zda bude nutné do informačního systému ADIS zasahovat a zda jej bude dále využívat. Nemělo důvod, aby byla autorská práva upravena tak, aby bylo zcela nezávislé na dodavateli;

– pokud by GFŘ nyní provedlo zadávací řízení na dodání nového informačního systému, znamenalo by to pro něj riziko znehodnocení financí vložených do informačního systému ADIS, jakož i nehospodárného a neúčelného postupu;

– v roce 2015 se GFŘ pokusilo vymanit ze závislosti na dodavateli získáním autorských práv k informačnímu systému ADIS. Vzhledem k tomu, že dodavatel sdělil, že v tehdejší době ani

v horizontu tří následujících let neuvažuje o převodu těchto práv, nemělo GFŘ jinou možnost než provést jednací řízení bez uveřejnění. Jinak by byl informační systém ADIS nepoužitelný a nebylo by možné provádět správu daní;

– stručně řečeno, GFŘ učinilo před zahájením nového zadávacího řízení všechny potřebné kroky k tomu, aby postupovalo správně podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., což potvrzují různé znalecké posudky a právní stanoviska.

20. Úřad ve svém vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že:

– GFŘ na základě exkluzivity původní smlouvy z roku 1992 rozvíjelo informační systém ADIS formou jednacího řízení bez uveřejnění přinejmenším do konce roku 2019;

– znalecký posudek nedokládá, že by vybraný uchazeč byl jediným možným dodavatelem systému z technických důvodů. Nebylo postaveno najisto, zda stav exkluzivity ve vztahu k důvodu ochrany autorského práva vůbec existuje;

– předmětem plnění bylo zavedení systému správy daní ve třech fázích, z nichž na základě původní smlouvy měla být uskutečněna pouze první fáze. GFŘ si tedy bylo vědomo, že na původní smlouvu budou navazovat další;

– z popisu a účelu informačního systému ADIS vyplývá, že jde o robustní systém, u kterého byla předpokládána dlouhodobá funkčnost. Potřeba přinejmenším technické podpory proto byla zcela evidentní;

– Ministerstvo financí ani následně GFŘ nijak nereagovala na vývoj právní úpravy a spolehla se na takový výklad smlouvy a zákona č. 137/2006 Sb., který umožňoval správu systému s vyloučením soutěže.

21. Předkládající soud má pochybnosti o tom, zda je splněna jedna z podmínek, které kvalifikuje jako *materiální* (a sice to, že stav exkluzivity nebyl způsoben samotným veřejným zadavatelem), pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Táže se, zda má za tímto účelem zohlednit skutkové okolnosti a právní stav v době uzavření původní smlouvy.

22. Za těchto okolností Nejvyšší správní soud pokládá Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Má být zohledněno, za jakých právních a skutkových okolností byla uzavřena smlouva na původní plnění, od něhož se odvíjí navazující veřejné zakázky, při posouzení, zda je splněna materiální podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tedy zda zadavatel nezavinil stav exkluzivity svým jednáním, podle čl. 31 odst. 1 písm. b) [směrnice 2004/18]?“

III. Řízení před Soudním dvorem

23. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla zapsána do rejstříku Soudního dvora dne 19. září 2023.

24. Písemná vyjádření předložily česká vláda, slovenská vláda a Evropská komise.

25. Soudní dvůr nepovažoval za nezbytné, aby se konalo jednání.

IV. Posouzení

26. Spor, v němž má předkládající soud rozhodnout, má původ ve smlouvě o poskytování služeb informačních technologií, která byla bez soutěžního řízení uzavřena v roce 1992, před tím, než Česká republika přistoupila k Evropské unii, a kdy takový postup byl podle vnitrostátního práva legitimní.

27. V této původní smlouvě byla dodavateli přiznána práva, v jejichž důsledku získal výlučné postavení, pokud jde o vývoj a údržbu zavedeného informačního systému.

28. GFŘ má za to, že po přistoupení České republiky k Unii byla výhradní autorská práva dodavatele důvodem k tomu, aby bylo v roce 2016 za účelem uzavření nové smlouvy[10] na základní pozáruční servis informačního systému použito vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18.

A. Použitelná směrnice

29. Předkládající soud žádá o výklad směrnice 2004/18, a nikoli směrnice 2014/24/EU[11], která ji zrušila.

30. V zásadě se použije směrnice platná k datu, kdy zadavatel zvolí druh řízení, které má být uskutečněno[12].

31. V předkládacím usnesení se uvádí, že GFŘ zahájilo řízení o zadání nové zakázky dne 1. března 2016. Toto datum tedy předchází uplynutí lhůty pro provedení směrnice 2014/24, kterou čl. 90 odst. 1 této směrnice stanoví na 18. dubna 2016.

32. Vzhledem k tomu je *ratione temporis* použitelná směrnice 2004/18. Tato okolnost však nebrání tomu, aby byl při výkladu pravidel směrnice 2004/18 zohledněn režim směrnice 2014/24 jako kontrastní nebo potvrzující prvek.

B. Článek 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18 a stav exkluzivity způsobený veřejným zadavatelem

33. Podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18 musí být pro použití přímého zadání, které toto ustanovení upravuje, splněny dvě kumulativní podmínky: a) musí existovat technické či umělecké důvody nebo důvody spojené s ochranou výlučných práv a b) tyto důvody naprosto nutně vyžadují zadání zakázky jednomu určitému podniku.

[10] – Nejednalo se tedy o pouhé prodloužení nebo změnu původní smlouvy.

[11] – 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).

[12] – Rozsudek ze dne 14. ledna 2021, RTS infra a Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, bod 23).

34. Podobná formulace jako v tomto článku již byla obsažena v jiných směrnicích o zadávání veřejných zakázek, které předcházely směrnici 2004/18 [13]. Soudní dvůr je vyložil při rozhodování o žalobách pro nesplnění povinnosti podaných Komisí proti individuálním aktům členských států týkajícím se zakázek spadajících pod směrnici 71/305 [14] nebo směrnici 93/37 [15], které byly zadány ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce.

35. Judikatura vydaná v rámci výkladu těchto dvou a následných směrnic soustavně zdůrazňuje, že ustanovení týkající se vyjednávacích řízení bez předchozího zveřejnění musí být vykládána restriktivně a že důkazní břemeno ohledně existence výjimečných okolností odůvodňujících výjimku nese veřejný zadavatel [16].

36. Předkládající soud rozlišuje mezi „formálními podmínkami“ a „materiálními podmínkami“ vyžadovanými pro použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce. Podle jeho názoru:

– formální podmínky vyžadují, aby byl dán důvod spojený s ochranou výlučných práv, a aby z tohoto důvodu mohla být zakázka zadána pouze určitému hospodářskému subjektu;

– materiální podmínky vyžadují, aby veřejný zadavatel nemohl tyto formální důvody předvídat, ani nezavinil jejich existenci.

37. Podmínky, které předkládající soud označuje za *formální podmínky*, ve skutečnosti odpovídají doslovnému obsahu čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18. *Podmínky*, které označuje za *materiální*, jdou dále, jelikož odkazují na podmínky, které nejsou v tomto ustanovení výslovně obsaženy.

38. Diskuse byla zaměřena na *materiální podmínku* spočívající v tom, že stav exkluzivity nebyl způsoben veřejným zadavatelem. Stanoviska, která vyjádřili zúčastnění v řízení o předběžné otázce, jsou rozdílná:

– Podle české vlády se výjimka povolená v čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18 uplatní, jakmile jsou splněny objektivní podmínky, které toto ustanovení uvádí [17].

– Podle Komise a slovenské vlády tato výjimka kromě toho vyžaduje, aby veřejný zadavatel stav exkluzivity nezpůsobil.

[13] – Směrnice Rady 71/305/EHS ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 1971, L 185, s. 5) a směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce (Úř. věst. 1993, L 199, s. 54; Zvl. vyd. 06/02, s. 163).

[14] – Rozsudek ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie (C-57/94, EU:C:1995:150, bod 23).

[15] – Rozsudek ze dne 14. září 2004, Komise v. Itálie (C-385/02, EU:C:2004:522, body 19 a 20).

[16] – Viz například rozsudek ze dne 14. září 2004, Komise v. Itálie (C-385/02, EU:C:2004:522, bod 19): „Ustanovení čl. 7 odst. 3 směrnice [93/37], která povolují výjimky z pravidel směřujících k zajištění efektivity práv zaručených Smlouvou o ES v odvětví veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává“. Jako příklady tohoto výkladu uvádí rozsudky ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie (C-57/94, EU:C:1995:150, bod 23), a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo (C-318/94, EU:C:1996:149, bod 13).

[17] – To česká vláda uvádí v prvním ze šesti bloků argumentace, které obsahuje její písemné vyjádření k Soudnímu dvoru.

39. Pokud by měl být spor rozhodnut podle režimu směrnice 2014/24, teze Komise a slovenské vlády by nepochybně převážila. V bodě 50 odůvodnění této směrnice je uveden a v jejím čl. 32 odst. 2 písm. b) stanoven požadavek, aby výlučnost nevytvořil veřejný zadavatel:

– v bodě 50 odůvodnění směrnice 2014/24 se uvádí, že „[…] k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení […]“ [18];

– čl. 32 odst. 2 písm. b) bod iii) směrnice 2014/24 stanoví, že jednací řízení bez předchozího uveřejnění může být použito, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být dodány jen konkrétním hospodářským subjektem z důvodu ochrany „výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví“. Tato výjimka však platí jen „v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky“.

40. Naproti tomu směrnice 2004/18 v čl. 31 odst. 1 písm. b) nezmiňovala výslovně, jaký dopad by mohlo mít přičtení výlučnosti veřejnému zadavateli [19]. Její mlčení však neznamená, že by veřejný zadavatel směl situaci výlučnosti sám vytvořit.

41. Jak totiž správně zdůrazňuje předkládající soud, směrnice 2014/24 v tomto ohledu jen výslovně vyjádřila pravidlo, které bylo implicitně přítomno v předchozích směrnicích v dané oblasti [20]. Podle něj proto „[…] z unijního práva vyplývá požadavek, aby důvod, pro který je třeba, aby byla veřejná zakázka zadána pouze určitému hospodářskému subjektu v jednacím řízení bez uveřejnění podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18[…], *nebyl zaviněn zadavatelem* […]“ [21].

42. Zaujmu stejné východisko jako předkládající soud, pokud jde o vliv veřejného zadavatele na okolnosti rozhodující pro stav exkluzivity. To podle mého názoru podporují různé důvody.

43. Zaprvé, pokud jde o širší kontext, obecným cílem unijních pravidel v oblasti veřejných zakázek je „zajistit volný pohyb služeb a otevření nenarušené hospodářské soutěži ve všech členských státech“ [22]. Použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění je právě chováním veřejného zadavatele, které nejzávažněji narušuje otevření veřejných zakázek hospodářské soutěži.

44. Zadruhé je v rozporu s tímto cílem, aby zadavatelé sami vytvořili okolnosti, kterých se budou dovolávat za účelem použití postupů pro výběr dodavatelů, jež nepřipouštějí účast konkurentů.

[18] – Tomuto konstatování předcházejí následující úvahy: „S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. […] Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností […]“.

[19] – Toto opomenutí je v kontrastu s tím, co stanoví samotný čl. 31 odst. 1 písm. c) směrnice 2004/18: vyjednávací řízení bez předchozího zveřejnění je povoleno v případě krajní naléhavosti, pokud okolnosti, které se uvádějí pro její odůvodnění, nejsou v žádném případě *způsobeny veřejným zadavatelem*.

[20] – Bod 22 předkládacího usnesení.

[21] – Bod 23 předkládacího usnesení (kurzivou zvýraznil autor stanoviska). Předkládající soud považuje „výklad unijního práva v tomto ohledu […] za *acte clair*“, což považuji za přehnané.

[22] – Rozsudek ze dne 7. prosince 2023, Obština Razgrad (C-441/22 a C-443/22, EU:C:2023:970, bod 61).

45. Zatřetí, jak jsem již uvedl, výjimečné okolnosti, které umožňují využít vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce, musí být předmětem striktního výkladu založeného na restriktivních kritériích [23].

46. Začtvrté připustit, že se veřejný zadavatel může dovolávat situace výlučnosti, k níž sám přispěl, by znamenalo zvrátit logiku čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18. Podle této logiky jsou okolnostmi, které odůvodňují nemožnost použít obvyklé řízení (se zveřejněním), okolnosti nesouvisející se zadavatelem, a nikoli ty, které sám vyvolá.

47. A nakonec zásada *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* brání možnosti některé ze stran získat prospěch z vlastního protiprávního jednání [24].

C. Posouzení výlučnosti ve vztahu ke sporu

1. Původní smlouva (1992)

48. Podle tvrzení GFŘ uvedeného v předkládacím usnesení neexistoval v době uzavření původní smlouvy (v roce 1992) žádný vnitrostátní právní předpis upravující autorská práva a právo veřejných zakázek. Nebylo proto možné předvídat, jaká bude v této oblasti právní úprava a jak se bude vyvíjet rozhodovací praxe. Nebylo možné ani předvídat, „že nastavením licenčních podmínek k [informačnímu systému] ADIS dojde […] ke stavu, který bude následně zpochybňován“ [25].

49. Předkládající soud se až na několik nuancí s tímto názorem v podstatě ztotožňuje. Uznává, že v roce 1992 neexistovala žádná vnitrostátní právní úprava zadávání veřejných zakázek [26], což Ministerstvu financí umožňovalo uzavřít smlouvu na informační systém ADIS za tehdy sjednaných podmínek. Dodává, že veřejný zadavatel mohl dokonce „legitimně vycházet z toho, že i navazující plnění na původní smlouvu bude možné zadat stejnému dodavateli, aniž by bylo nezbytné zajistit i jiným dodavatelům možnost ucházet se o dodání požadovaného plnění“ [27].

50. Proti těmto závěrům, které odkazují na dobu, kdy unijní právo prostě nehrálo roli, jelikož Česká republika ještě nebyla členem Unie, nemohu nic namítat. Je na předkládajícím soudu, aby vymezil skutkový stav a právní rámec uzavření původní smlouvy.

51. Za těchto podmínek je bezvýznamné, zda výlučnost, na jejímž základě byla v roce 1992 podepsána původní smlouva, byla, či nebyla vyvolána zadavatelem.

[23] – Rozsudek ze dne 11. září 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, bod 49): „[…] vyjednávajícího řízení lze využít pouze za okolností, které jsou taxativně uvedeny v článcích 30 a 31 směrnice 2004/18, a […] toto řízení má ve vztahu k otevřenému a omezenému řízení výjimečný charakter“.

[24] – Soudní dvůr je citlivý vůči připisování nepříznivých důsledků vlastnímu nesplnění povinnosti. Viz rozsudek ze dne 15. června 2023, Bank M. (Důsledky zrušení smlouvy) (C-520/21, EU:C:2023:478, bod 81).

[25] – Bod 17 předkládacího usnesení.

[26] – Předkládající soud popisuje vývoj vnitrostátní právní úpravy, který spočíval v přijetí autorského zákona (vztahujícího se i na počítačové programy) v roce 1965 a zákona o veřejných zakázkách v roce 1994.

[27] – Bod 29 předkládacího usnesení.

2. Nová smlouva (2016)

52. Tato perspektiva se mění, vezme-li se v úvahu skutečnost, že smluvní vztah českých daňových orgánů [28] s dodavatelem trval řadu let (pro účely projednávané věci od roku 1992 do roku 2016).

53. V tomto období došlo ke změně právního rámce, zejména od roku 2004, kdy Česká republika vstoupila do Unie. Ode dne přistoupení bylo nezbytné dodržovat směrnice o zadávání veřejných zakázek „v souladu se zásadou okamžitého a úplného použití ustanovení unijního práva na nové členské státy“ [29].

54. Předkládající soud klade důraz na význam nového rámce a změnu povinností veřejného zadavatele: zdůrazňuje, že GFŘ zadalo zakázku z roku 2016 za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb. a směrnice 2004/18. K legitimnímu použití vyjednávacího řízení bez předchozího zveřejnění proto muselo GFŘ splnit požadavek, aby stav exkluzivity nezavinilo vlastním jednáním.

55. Na základě tohoto konstatování a po posouzení obou rozdílných názorů předkládající soud v bodě 32 předkládacího usnesení uvedl:

– „[…] [GFŘ] (případně jeho právní předchůdce) mohl[o] od roku 1992 do roku 2016 buď sjednat novou smluvní úpravu majetkových autorských práv tak, aby mohl[o] veřejné zakázky týkající se [informačního systému] ADIS zadat v některé z otevřenějších forem zadávacího řízení, nebo začít zadávat nový informační systém i za cenu dočasně zvýšených nákladů, které by ale mohly vést z dlouhodobého hlediska k úsporám[;]

– [n]elze se proto dovolávat situace v době uzavření původní smlouvy, jestliže stav exkluzivity trval i po přijetí relevantní právní úpravy zadávání veřejných zakázek v České republice. Při určení, zda lze použít jednací řízení bez uveřejnění, je totiž třeba zohlednit okamžik, kdy bylo přijato rozhodnutí zadat veřejnou zakázku touto formou […]“ [30].

56. Vzhledem k tomu, že jde o posouzení skutečností rozhodných pro spor a vnitrostátní právní situace, není namístě, aby Soudní dvůr proti těmto úvahám předkládajícího soudu cokoliv namítal. A pokud jde o úvahy uvedené v závěrečné části bodu 32 předkládacího usnesení, kterou jsem právě citoval, mám za to, že obsahují správný výklad směrnice 2004/18.

57. Odpovědí na předběžnou otázku, která vyplývá z výše uvedeného, je irelevantnost skutečnosti, že původní smlouva byla podepsána před přistoupením České republiky k Unii, pro účely rozhodné v této věci. Rozhodující jsou naproti tomu úkony veřejného zadavatele, které byly uskutečněny v letech 2004 až 2016. Z těchto úkonů je logicky klíčové uzavření nové smlouvy v roce 2016.

58. Česká vláda se však snaží vyloučit svou odpovědnost za vznik výlučné závislosti, přičemž vychází z toho, že posouzení se musí vztahovat k době podpisu původní smlouvy. Pokud tehdy nebylo možné nic namítat proti legalitě jednání zadavatele, neexistuje ani důvod přičítat mu záměrné jednání.

[28] – Předpokládám, že nástupnictví smluvních orgánů (Ministerstvo financí v roce 1992 a GFŘ v roce 2016) je čistě formální: oba jsou součástí stejné vládní struktury a druhý je podřízen prvnímu. GFŘ vstoupilo do právního postavení Ministerstva financí.

[29] – Rozsudek ze dne 6. prosince 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, bod 37).

[30] – Předkládající soud na podporu tohoto závěru cituje rozsudek ze dne 5. října 2000, Komise v. Francie (C-337/98, EU:C:2000:543, bod 37).

59. S tímto přístupem se neztotožňuji:

– Jak jsem již uvedl, povinnost členského státu uvést svou činnost do souladu s unijním právním řádem vzniká jeho přistoupením k Unii. Od tohoto okamžiku má veřejný zadavatel jako státní orgán povinnost zajistit dodržování unijních pravidel pro zadávání veřejných zakázek, včetně směrnice 2004/18. V této souvislosti není podstatné, zda je nesplnění povinnosti ze strany státních daňových orgánů důsledkem komisivního nebo omisivního jednání [31].

– Při posouzení chování veřejného zadavatele není vyžadován *přímý záměr* vytvořit stav exkluzivity [32]. Stačí, aby veřejný zadavatel při zadání nové zakázky nedbal své povinnosti vymanit se ze stávající exkluzivity (vytvořené jím samotným nebo jeho právním předchůdcem) a zadávání této zakázky uzavřel hospodářské soutěži, jako tomu bylo i u původní zakázky.

60. Z jiného úhlu pohledu česká vláda sice uznává, že v takových situacích, jako je situace dotčená v původním řízení, je třeba přijmout rozhodnutí, která umožní vymanit se ze závislosti na konkrétním dodavateli, vyzývá však k přijetí *rozumného řešení*, přičemž tím rozumí nejekonomičtější řešení, které zároveň zajistí stabilní fungování kritických informačních systémů státní správy. Tyto faktory podle ní v projednávaném případě odůvodňují použití jednacího řízení bez uveřejnění [33].

61. Ani s tímto argumentem se neztotožňuji, i když chápu problémy, kterým fakticky čelil veřejný zadavatel v roce 2016. Daňové orgány se stejně jako ostatní státní orgány nemohou dovolávat praktických, správních nebo finančních obtíží [34], aby odůvodnily nedodržení povinností stanovených směrnicí, neboť členské státy musí takové obtíže překonat přijetím vhodných opatření [35].

62. Další linie obhajoby chování veřejného zadavatele, kterou Česká republika uplatňuje, spočívá v tvrzení, že zadavatel se snažil vymanit ze závislosti na dodavateli získáním autorských práv, což se mu nepodařilo z důvodu nesouhlasu dodavatele [36].

63. Takové tvrzení nemůže obstát, pokud se vezme v úvahu, že veřejný zadavatel měl od roku 2004 dostatek času (až do roku 2016) na to, aby na odmítnutí ze strany společnosti IBM reagoval. Vzhledem ke stavu exkluzivity, trvajícímu již desetiletí, měl podniknout kroky vedoucí k tomu, aby se vymanil ze závislosti na dodavateli hledáním nabídek od jiných subjektů, což podle všeho neučinil. To uvádí předkládající soud [37], s jehož právním názorem se opět ztotožňuji.

[31] – Česká vláda ve svém písemném vyjádření opakovaně odkazuje na *aktivní činnost* veřejného zadavatele (jednání, úkony, vytvořená situace, způsobená výlučnost, vymezení podmínek nové zakázky ve vztahu k původní zakázce). Naopak nezmiňuje jeho *nečinnost* u uzavírání nových smluv v souladu s unijním právem.

[32] – Česká vláda opakovaně zdůrazňuje, že jednání veřejného zadavatele v souvislosti se stavem exkluzivity musí být *záměrné* (body 11, 12, 14, 15, 16, 17 a 18 jejího písemného vyjádření).

[33] – Bod 30 písemného vyjádření české vlády.

[34] – Překážky namítané českou vládou jsou převážně finanční (body 26 a 27 jejího písemného vyjádření). Předkládající soud naopak uvádí, že případné bezprostřední zvýšení nákladů by mohlo z dlouhodobého hlediska vést k úsporám vyplývajícím z hospodářské soutěže mezi uchazeči. Ve sdělení z roku 2013 poukazuje Komise na nevýhody spojené se závislostí na jediném poskytovateli informačních technologií. Zdůrazňuje, že taková výlučnost kromě toho, že vyvolává další problémy (hrozí riziko, že se dodavatel rozhodne ukončit podporu systému nebo některých jeho funkcí), může mít dopad na inovace a vést k přemrštěným cenám, které nejsou vystaveny konkurenčnímu tlaku jiných subjektů v odvětví.

[35] – Rozsudek ze dne 18. října 2012, Komise v. Spojené království (C-301/10, EU:C:2012:633, bod 66).

[36] – Bod 31 písemného vyjádření české vlády, který odkazuje na tvrzení GFŘ před soudem rozhodujícím o kasační stížnosti, jež jsou uvedena v bodě 10 předkládacího usnesení.

[37] – Bod 32 předkládacího usnesení, uvedený v bodě 55 tohoto stanoviska.

64. Z předkládacího usnesení ani nevyplývá, že by veřejný zadavatel podnikl *skutečné* pokusy nalézt nové dodavatele, již by mu umožnili dostat se ze stavu závislosti, ve kterém se nacházel. V souladu s judikaturou Soudního dvora musí veřejný zadavatel „náležitě zjistit“, zda existují podniky, které jsou na evropské úrovni schopny dodat (nebo případně nahradit) určitý software [38].

65. Při vyložení problému *závislosti na poskytovateli* v oblasti systémů informačních technologií navrhuje Komise veřejným zadavatelům určité alternativy [39] k překonání omezení hospodářské soutěže při takovém zadávání veřejných zakázek, jako je nyní posuzované zadání.

66. Ačkoli české orgány tvrdí, že zavedly postupy kontroly *ex ante* za účelem předcházení závislosti na poskytovateli, o které hovoří sdělení z roku 2013 [40], smlouva, která je předmětem této žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, potvrdila již existující stav exkluzivity a nijak jej nezměnila. Veřejnému zadavateli tak lze přičítat, že v roce 2016 trval, na základě jednání nebo opomenutí, stav exkluzivity vytvořený jeho právním předchůdcem, což mu mělo zabránit v použití jednacího řízení bez uveřejnění.

67. Nakonec je třeba připomenout, že Soudní dvůr se již vyjádřil k nutnosti otevřít zakázky podobné nyní dotčené zakázce hospodářské soutěži za předpokladu, že se na ně vztahují obecná pravidla pro zadávání veřejných zakázek: „[…] pokud veřejný zadavatel zamýšlí zorganizovat zadávací řízení na veřejné zakázky s cílem zajistit údržbu, úpravu nebo vývoj softwaru nabytého od určitého hospodářského subjektu, musí dbát na to, aby sdělil potenciálním zájemcům a uchazečům dostatek informací, aby umožnil rozvoj účinné hospodářské soutěže na odvozeném trhu údržby, úpravy nebo vývoje uvedeného softwaru“ [41].

V. Závěry

68. S ohledem na výše uvedené navrhuji odpovědět Nejvyššímu správnímu soudu (Česká republika) následovně:

„Článek 31 odst. 1 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby

musí být vykládán v tom smyslu, že

veřejný zadavatel nemůže svým vlastním jednáním vytvořit stav exkluzivity, kterým hodlá odůvodnit použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[38] – Viz rozsudek ze dne 15. října 2009, Komise v. Německo (C-275/08, EU:C:2009:632, bod 63). Tehdy se jednalo o software pro centrální správu registrace motorových vozidel.

[39] – Sdělení z roku 2013, bod 3, uvádí, že „[p]oužívání systémů [informačních a komunikačních technologií] založených na standardech namísto proprietárních technologií (technologií, které vlastník považuje za obchodní tajemství a poskytuje za restriktivních podmínek) napomůže k otevření restriktivních postupů při zadávání veřejných zakázek, neboť standardy zpřístupňují nezbytné informace o systému komukoliv, takže systém mohou udržovat nebo vyvíjet další potenciální dodavatelé za konkurenceschopnějších podmínek“.

[40] – Tak to vyjadřuje česká vláda, konkrétně v bodech 32 až 35 svého písemného vyjádření, když uvádí, že zřídila specializovaný útvar a pracovní skupinu pro řešení problematiky výlučné závislosti ve smlouvách o poskytování služeb informačních technologií. Dodává, že tato „systémová opatření“ byla při uzavření smlouvy z roku 2016 realizována.

[41] – Rozsudek ze dne 28. května 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, bod 74).

Pokud veřejný zadavatel uzavře novou smlouvu, na kterou se vztahuje směrnice 2004/18, je nepodstatné, že stav exkluzivity vyplývá z původní smlouvy uzavřené orgány členského státu před jeho přistoupením k Evropské unii. Při posuzování chování zadavatele ve vztahu k nové smlouvě je třeba vycházet ze skutkového a právního kontextu v době uzavření této nové smlouvy.“