Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prednesené 26. septembra 2024 [1]

Vec C-578/23

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

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Nejvyšší správní soud (Česká republika)]

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania – Verejné obstarávanie – Smernica 2004/18/ES – Článok 31 – Rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania – Podmienky – Ochrana výlučných práv – Situácia výlučnosti, ktorú možno pripísať verejnému obstarávateľovi – Zmluva uzatvorená pred pristúpením členského štátu k Európskej únii – Okamih, v ktorom sa majú posúdiť skutkové a právne okolnosti zmluvy“

1. V roku 1992 Ministerstvo financií Českej republiky [2] priamo zadalo určitej spoločnosti [3] zákazku na zavedenie informačného systému správy daní nazvaného ADIS. IBM bola majiteľom autorských práv k zdrojovému kódu programu, takže používanie a aktualizácia informačného systému záviseli od jej účasti.

2. V roku 2016 sa orgán poverený správou daní v Českej republike rozhodol uzavrieť zmluvu o základnom pozáručnom servise aplikácie ADIS, ktorú tiež zadal spoločnosti IBM prostredníctvom rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

3. Podpísanie tejto novej zmluvy vyvolalo spor medzi dvoma orgánmi Českej republiky: orgánom zodpovedným za správu daní na jednej strane a orgánom príslušným pre dohľad nad zákonnosťou verejného obstarávania na druhej strane. Podľa názoru tohto druhého orgánu je priame zadanie zákazky protiprávne.

4. Súd, ktorý má v poslednom stupni rozhodnúť uvedený spor, pochybuje o tom, či sa na novú zmluvu vzťahuje článok 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18/ES [4], na ktorého výklad sa pýta Súdneho dvora. Chce vedieť, či pri posudzovaní jednej z podmienok použitia rokovacieho

[1] Jazyk prednesu: španielčina.

[2] K rozdeleniu Českej republiky a Slovenskej republiky došlo 1. januára 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. V roku 1992 bola táto spoločnosť jediným spoločníkom spoločnosti IBM Česká republika, spol. s r. o. Ďalej ju budem označovať rovnocennými pojmami „IBM“ alebo „dodávateľ“.

[4] Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania musí posúdiť skutkové a právne okolnosti, ktoré existovali v čase uzavretia pôvodnej zmluvy (v roku 1992) alebo novej zmluvy (v roku 2016).

5. V pozadí sporu vzniká problém, ktorý má všeobecný dosah, týkajúci sa *viazanosti* orgánov verejnej správy, ktoré sú pri využívaní informačných technológií závislé od jedného dodávateľa. Komisia uverejnila v roku 2013 oznámenie[5], v ktorom poukázala na ťažkosti, ktorým čelia uvedené orgány pri zmene dodávateľa.

I. Právny rámec

A. Právo Únie. Smernica 2004/18

6. Článok 28, nazvaný „Použitie otvoreného, užšieho a rokovacieho konania a súťažného dialógu“, stanovuje:

„Pri zadávaní verejných zákaziek verejní obstarávatelia uplatnia vnútroštátne postupy prispôsobené účelom tejto smernice.

Tieto verejné zákazky sa zadávajú prostredníctvom otvoreného alebo užšieho konania. Za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článku 29, môžu verejní obstarávatelia zadávať verejné zákazky prostredníctvom súťažného dialógu. V osobitných prípadoch a za osobitných okolností, ktoré sú výslovne uvedené v článkoch 30 a 31, môžu uplatniť rokovacie konanie s uverejnen[í]m oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania alebo bez neho.“

7. Podľa článku 31 s názvom „Prípady oprávňujúce použiť rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania“:

„Verejní obstarávatelia môžu zadávať verejné zákazky rokovacím konaním bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania v týchto prípadoch:

1. pri verejných zákazkách na práce, verejných zákazkách na dodávku tovaru a verejných zákazkách na služby:

   …

   b) ak sa z technických alebo umeleckých dôvodov alebo z dôvodov súvisiacich s ochranou výlučných práv zákazka môže zadať len určitému hospodárskemu subjektu;

   c) pokiaľ je to nevyhnutné, ak z dôvodov časovej tiesne spôsobenej udalosťami, ktoré príslušní verejní obstarávatelia nemohli predvídať, nie je možné dodržať lehotu pre otvorené, užšie alebo rokovacie konanie s uverejnením oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, ktorá je uvedená v článku 30. Okolnosti použité na odôvodnenie časovej tiesne nesmie byť v žiadnom prípade možné pripísať na vrub verejnému obstarávateľovi;

…“

[5] Oznámenie Komisie z 25. júna 2013, Boj za otvorenosť – budovanie otvorených systémov IKT [informačných a komunikačných technológií] lepším využitím štandardov vo verejnom obstarávaní [COM(2013) 455 final] (ďalej len „oznámenie z roku 2013“).

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

8. Podľa § 21 ods. 2 verejný obstarávateľ môže zadať verejnú zákazku v otvorenom alebo užšom konaní a za určitých podmienok v rokovacom konaní s uverejnením alebo v rokovacom konaní bez uverejnenia.

9. V súlade s § 23 ods. 4 písm. a) verejný obstarávateľ môže zadať verejnú zákazku v rokovacom konaní bez uverejnenia aj vtedy, ak verejnú zákazku môže z technických alebo umeleckých dôvodov, z dôvodu ochrany výhradných práv alebo z dôvodov vyplývajúcich z osobitného právneho predpisu splniť len určitý hospodársky subjekt.

II. Skutkový stav, spor vo veci samej a prejudiciálna otázka

10. Dňa 29. júna 1992 Ministerstvo financií Českej republiky uzavrelo so spoločnosťou IBM zmluvu o integrácii informačného systému ADIS na správu daní.

11. Od roku 2013 funkcie ministerstva financií, pokiaľ ide o správu daní, začalo vykonávať Generální finanční ředitelství (Česká republika) (ďalej len „GFR“), ktoré bolo podriadené ministerstvu financií.

12. Dňa 1. marca 2016 GFR začalo rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania na zadanie novej zákazky s názvom „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, ktorej predmetom bolo poskytovanie základného pozáručného servisu aplikácie ADIS [7].

13. GFR využilo tento spôsob zadania zákazky s odvolaním sa na technické dôvody a dôvody ochrany práv duševného vlastníctva dodávateľa k zdrojovému kódu systému ADIS. [8]

14. Dňa 20. mája 2016 GFR zadalo novú zákazku spoločnosti IBM.

15. Dňa 9. októbra 2017 Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Česká republika) (ďalej len „Úrad“) rozhodol, že GFR tým, že použilo rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, porušilo § 23 ods. 4 písm. a) zákona č. 137/2006.

16. Podľa Úradu GFR nepreukázalo, že novú verejnú zákazku mohla z technických dôvodov realizovať len IBM. Okrem toho potreba ochrany výhradných práv tohto dodávateľa bola dôsledkom predchádzajúceho správania ministerstva financií.

17. GFR podalo proti rozhodnutiu z 9. októbra 2017 rozklad, ktorý predseda Úradu zamietol. [9]

[6] Zákon č. 137/2006 o verejných zákazkách (ďalej len „zákon č. 137/2006“) v znení uplatniteľnom na skutkové okolnosti vo veci samej.

[7] Hoci prináleží vnútroštátnemu súdu, aby to overil, zdá sa, že nová zmluva zahŕňala údržbu a prípadnú opravu systému ADIS. Cena zmluvy bola 33 294 389 českých korún (CZK) bez dane z pridanej hodnoty (DPH).

[8] Podľa tvrdení GFR, ktoré sú uvedené v rozhodnutí vnútroštátneho súdu (bod 2), bez prepojenia na jadro a ostatné moduly nie je možné samostatné fungovanie modulov, ich správa a rozvoj, moduly nemožno oddeliť a predmet zákazky zasahuje do existujúcich modulov. Keďže plnením bola základná údržba systému ADIS, ktorý vytvoril a vyvíjal dodávateľ, ktorý bol držiteľom licenčných práv, vzhľadom na požiadavky technickej kontinuity bolo potrebné, aby jeho údržbu a vývoj zabezpečoval dodávateľ.

[9] Rozklad bol zamietnutý preto, lebo ministerstvo financií – právny predchodca GFR – bolo zodpovedné za situáciu výlučnosti (chápanú ako nevyhnutnosť, aby zákazku splnil len dodávateľ), keďže umožnilo, aby dodávateľ zostal majiteľom autorských práv.

18. GFR podalo proti rozhodnutiu predsedu Úradu žalobu na Krajský soud v Brně (Česká republika), ktorý ju zamietol, lebo sa domnieval, že nie sú splnené podmienky stanovené v § 23 ods. 4 písm. a) zákona č. 137/2006, keďže:

– v čase zadania pôvodnej zákazky bolo možné predvídať nevyhnutnosť sústavnej údržby systému ADIS, ktorý bol dlhodobo navrhnutý pre oblasť (dane), ktorá je predmetom sústavných zmien,

– je nepodstatné, že v čase podpísania pôvodnej zmluvy žiadny právny predpis nestanovoval povinnosť vybrať dodávateľa prostredníctvom zadávacieho konania ani to, do akej miery sa mali upraviť autorské práva k systému ADIS. Požiadavky na neskoršie zadanie zákazky sa musia posudzovať z hľadiska právnych predpisov platných v čase zadávania tejto zákazky,

– nie je potrebné, aby pôvodný verejný obstarávateľ konal s úmyslom neskôr obísť zákon č. 137/2006,

– aj keby sa GFR podarilo preukázať, že neexistuje žiadny iný subjekt než IBM, ktorý by bol schopný splniť zmluvu, nemalo by to vplyv na skutočnosť, že situácia výlučnosti vyplýva z úkonov ministerstva financií. Preto by dôkaz o splnení formálnej podmienky (teda technických dôvodov a dôvodu týkajúceho sa ochrany autorských práv dodávateľa) bol zbytočný, lebo by nebola splnená hmotnoprávna podmienka (nevytvorenie situácie výlučnosti samotným verejným obstarávateľom).

19. GFR podalo proti rozsudku prvostupňového súdu kasačnú sťažnosť na Nejvyšší správní soud (Česká republika), pričom v podstate tvrdilo, že:

– dodávateľ bol v čase uzavretia pôvodnej zmluvy jediným dodávateľom, ktorý bol schopný zrealizovať požadované plnenie (dodať servery s vlastným operačným systémom a zabezpečiť servis a monitorovanie na diaľku). Z technických dôvodov nebolo možné nájsť iného dodávateľa,

– ministerstvo financií nemohlo rozumne predpokladať, že sa neskôr budú vyžadovať ďalšie činnosti potrebné na zabezpečenie ďalšej prevádzky systému ADIS,

– v pôvodnej zmluve boli autorské práva vymedzené primerane. V tom čase nebolo možné dosiahnuť úplný prevod týchto práv k systému ADIS, keďže niektoré jeho prvky boli na celosvetovej úrovni využívané dodávateľom a jeho partnermi na obchodné účely. Preto boli dodržané právne predpisy, ktoré platili. Ak ministerstvo financií nemohlo vedieť, ktoré budúce právne predpisy poruší svojimi úkonmi, zásada právnej istoty bráni konštatovaniu, že došlo k pochybeniu, ktoré možno pripísať GFR,

– ministerstvo financií pri uzavretí pôvodnej zmluvy tiež nemohlo vedieť, ako sa bude vyvíjať daňový systém. Preto nevedelo, či bude potrebné zasahovať do systému ADIS a či ho bude ďalej využívať. Nemalo dôvod upraviť autorské práva, aby bolo úplne nezávislé od dodávateľa,

– ak by GFR teraz uskutočnilo verejné obstarávanie na dodávku nového informačného systému, znehodnotilo by finančné prostriedky investované do systému ADIS a dopustilo by sa nehospodárnej a neefektívnej správy prostriedkov,

– v roku 2015 sa GFR pokúsilo zbaviť závislosti od dodávateľa získaním autorských práv k systému ADIS. Dodávateľ ich odmietol previesť vtedy a v nasledujúcich troch rokoch, a preto

GFR nemalo inú možnosť než začať rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. V opačnom prípade by bol ADIS nepoužiteľný a daňová správa by nemohla plniť svoju funkciu,

– stručne povedané, pred začatím postupu zadávania novej zákazky GFR prijalo všetky opatrenia potrebné na náležité dodržanie postupu stanoveného v § 23 ods. 4 písm. a) zákona č. 137/2006, čo potvrdili viaceré znalecké, technické a právne posudky.

20. Úrad vo vyjadrení ku kasačnej sťažnosti uviedol, že:

– GFR na základe výlučnosti pôvodnej zmluvy z roku 1992 vyvíjalo systém ADIS prostredníctvom rokovacích konaní bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania minimálne do konca roka 2019,

– znalecký posudok nepreukazuje, že vybraný subjekt bol z technických dôvodov jediným možným dodávateľom systému. Nebola preukázaná existencia situácie výlučnosti, ktorá by bola odôvodnená ochranou autorských práv,

– predmetom plnenia bolo zavedenie systému správy daní v troch fázach, pričom pôvodná zmluva sa týkala len prvej fázy. GFR vedelo, že po pôvodnej zmluve budú nasledovať ďalšie zmluvy,

– v opise a predmete systému ADIS sa uvádza, že ide o stabilný systém, ktorý mal byť dlhodobo funkčný. Bolo teda zrejmé, že si bude vyžadovať minimálne technickú podporu,

– ministerstvo financií a neskôr ani GFR nereagovali na vývoj právnych predpisov, ale použili výklad zmluvy a zákona č. 137/2006, ktorý umožňoval zachovať systém bez vyhlásenia zadávacieho konania.

21. Vnútroštátny súd pochybuje, či je splnená jedna z podmienok, ktoré označuje ako *hmotnoprávne* (teda že situáciu výlučnosti nespôsobil samotný verejný obstarávateľ), na použitie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. Pýta sa, či na tento účel má posúdiť skutkové a právne okolnosti, ktoré existovali v čase uzavretia pôvodnej zmluvy.

22. Za týchto okolností Nejvyšší správní soud kladie Súdnemu dvoru nasledujúcu prejudiciálnu otázku:

„Majú sa pri posudzovaní splnenia hmotnoprávnej podmienky na uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia, teda či verejný obstarávateľ svojím konaním nespôsobil situáciu výlučnosti podľa článku 31 ods. 1 písm. b) [smernice 2004/18], zohľadniť právne a skutkové okolnosti, za ktorých bola uzavretá zmluva o pôvodnom plnení, od ktorého sa odvíjajú nadväzujúce verejné zákazky?“

III. Konanie na Súdnom dvore

23. Návrh na začatie prejudiciálneho konania bol doručený do kancelárie Súdneho dvora 19. septembra 2023.

24. Česká a slovenská vláda, ako aj Európska komisia predložili písomné pripomienky.

25. Súdny dvor nepovažoval za nevyhnutné nariadiť pojednávanie.

IV. Posúdenie

26. Spor, ktorý má rozhodnúť vnútroštátny súd, je založený na zmluve o dodávke informačných systémov, ktorá bola uzavretá bez postupu verejného obstarávania v roku 1992 pred tým, ako Česká republika pristúpila k Európskej únii, keď bol taký postup podľa vnútroštátneho práva oprávnený.

27. V uvedenej pôvodnej zmluve boli dodávateľovi priznané práva, v dôsledku ktorých získal postavenie výlučnosti, pokiaľ ide o vývoj a údržbu zavedeného informačného systému.

28. Podľa GFR po vstupe Českej republiky do Únie výhradné autorské práva dodávateľa odôvodňovali, aby sa v roku 2016 na účely podpísania novej zmluvy [10] o základnom pozáručnom servise informačného systému použilo rokovacie konanie bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, ktoré je upravené v článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18.

A. Uplatniteľná smernica

29. Vnútroštátny súd žiada o výklad smernice 2004/18, a nie smernice 2014/24/EÚ [11], ktorou bola táto smernica zrušená.

30. V zásade je relevantné uplatnenie smernice účinnej v deň, keď si verejný obstarávateľ zvolí druh konania, ktoré zamýšľa uskutočniť. [12]

31. V rozhodnutí vnútroštátneho súdu sa konštatuje, že GFR začalo postup na zadanie novej zákazky 1. marca 2016. Tento dátum teda predchádzal uplynutiu lehoty na prebratie smernice 2014/24, ktoré je v jej článku 90 ods. 1 stanovené na 18. apríla 2016.

32. V takom prípade by sa *ratione temporis* uplatnila smernica 2004/18. Táto okolnosť však nebráni zohľadneniu pravidiel stanovených v smernici 2014/24 ako prvku, ktorý slúži na porovnanie alebo potvrdenie, pri výklade ustanovení smernice 2004/18.

B. Článok 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 a situácia výlučnosti spôsobená verejným obstarávateľom

33. V súlade s článkom 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 musia byť na použitie priameho konania, ktoré je v ňom upravené, splnené dve kumulatívne podmienky: a) existujú technické alebo umelecké dôvody alebo dôvody súvisiace s ochranou výlučných práv a b) tieto dôvody nevyhnutne vyžadujú zadanie zákazky určitému podniku.

[10] Nešlo teda len o predĺženie alebo zmenu pôvodnej zmluvy.

[11] Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65).

[12] Rozsudok zo 14. januára 2021, RTS infra a Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, bod 23).

34. Formulácia podobná tej, ktorá sa nachádza v uvedenom článku, bola použitá už v iných smerniciach o verejnom obstarávaní, ktoré predchádzali smernici 2004/18.[13] Súdny dvor ich vyložil v konaniach o žalobách o nesplnenie povinnosti podaných Komisiou proti individuálnym aktom členských štátov týkajúcich sa zmlúv, na ktoré sa vzťahovala smernica 71/305[14] alebo smernica 93/37[15] a ktoré boli uzavreté prostredníctvom rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

35. V judikatúre, v ktorej bol podaný výklad uvedených dvoch a neskorších smerníc, sa opakovane zdôraznilo, že ustanovenia týkajúce sa rokovacích konaní bez uverejnenia sa musia vykladať striktne a že dôkazné bremeno, pokiaľ ide o mimoriadne okolnosti, ktoré odôvodňujú uplatnenie výnimky, nesie verejný obstarávateľ.[16]

36. Vnútroštátny súd rozlišuje medzi „formálnymi podmienkami“ a „hmotnoprávnymi podmienkami“, ktoré musia byť splnené na použitie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. Podľa jeho názoru:

– formálne podmienky vyžadujú, aby existoval dôvod súvisiaci s ochranou výlučných práv a aby sa z tohto dôvodu zákazka mohla zadať len určitému hospodárskemu subjektu,

– hmotnoprávne podmienky vyžadujú, aby verejný obstarávateľ nemohol predvídať uvedené formálne dôvody a aby nezapríčinil ich existenciu.

37. Podmienky, ktoré vnútroštátny súd označuje ako *formálne podmienky*, sú v skutočnosti podmienky, ktoré zodpovedajú doslovnému obsahu článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18. Podmienky, ktoré označuje ako *hmotnoprávne podmienky*, prekračujú rámec tohto ustanovenia, keďže sa týkajú podmienok, ktoré v ňom výslovne nie sú uvedené.

38. Diskusia sa sústredila na *hmotnoprávnu podmienku* spočívajúcu v tom, že situáciu výlučnosti nespôsobil verejný obstarávateľ. Subjekty, ktoré vstúpili do prejudiciálneho konania, vyjadrili odlišné názory na túto otázku:

– podľa českej vlády sa výnimka, ktorú povoľuje článok 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18, uplatní už vtedy, keď sú splnené objektívne podmienky, ktoré sú v tomto ustanovení uvedené,[17]

– podľa Komisie a slovenskej vlády sa na uplatnenie uvedenej výnimky navyše vyžaduje, aby verejný obstarávateľ nespôsobil situáciu výlučnosti.

[13] Smernica Rady 71/305/EHS z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, 1971, s. 5) a smernica Rady 93/37/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác (Ú. v. ES L 199, 1993, s. 54; Mim. vyd. 06/002, s. 163).

[14] Rozsudok z 18. mája 1995, Komisia/Taliansko (C-57/94, EU:C:1995:150, bod 23).

[15] Rozsudok zo 14. septembra 2004, Komisia/Taliansko (C-385/02, EU:C:2004:522, body 19 a 20).

[16] Pozri napríklad rozsudok zo 14. septembra 2004, Komisia/Taliansko (C-385/02, EU:C:2004:522, bod 19): „Ustanovenia článku 7 ods. 3 smernice [93/37], ktoré povoľujú výnimky z pravidiel na zabezpečenie účinnosti práv uznaných Zmluvou ES v oblasti verejných zmlúv na zhotovenie prác, musia byť vykladané striktne a je na tom, kto sa ich dovoláva, aby preukázal, že výnimočné okolnosti odôvodňujúce výnimku aj skutočne existujú“. Ako príklady tohto výkladu sú v ňom uvedené rozsudky z 18. mája 1995, Komisia/Taliansko (C-57/94, EU:C:1995:150, bod 23), a z 28. marca 1996, Komisia/Nemecko (C-318/94, EU:C:1996:149, bod 13).

[17] Tak to uvádza v prvom zo šiestich argumentačných celkov, z ktorých sa skladajú jej písomné pripomienky predložené Súdnemu dvoru.

39. Ak by sa spor mal rozhodnúť na základe ustanovení smernice 2014/24, bezpochyby by bolo potrebné prikloniť sa k názoru Komisie a slovenskej vlády. Tak v odôvodnení 50 uvedenej smernice, ako aj v jej článku 32 ods. 2 písm. b) je vyjadrená požiadavka, aby výlučnosť nespôsobil verejný obstarávateľ:

– v odôvodnení 50 smernice 2014/24 sa uvádza, že „… využitie rokovacieho konania bez zverejnenia, keď situáciu výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti…“, [18]

– v článku 32 ods. 2 písm. b) bode iii) smernice 2014/24 sa konštatuje, že rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia sa môže použiť, ak práce, tovar alebo služby dokáže dodať iba jeden konkrétny hospodársky subjekt, a to z dôvodu ochrany „výlučných práv vrátane práv duševného vlastníctva“. Táto výnimka však platí len vtedy, „keď neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada a chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania“.

40. V článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 naopak nebolo výslovne uvedené, aký vplyv môže mať skutočnosť, že výlučnosť spôsobil verejný obstarávateľ. [19] Neexistencia takej zmienky v tomto ustanovení však neznamená, že verejný obstarávateľ je oprávnený sám vytvoriť situáciu výlučnosti.

41. Ako totiž správne zdôrazňuje vnútroštátny súd, v smernici 2014/24 bolo v tejto súvislosti len výslovne vyjadrené pravidlo, ktoré bolo implicitne obsiahnuté v predchádzajúcich smerniciach týkajúcich sa tejto problematiky. [20] Podľa jeho názoru preto „… právo Únie vyžaduje, aby dôvod, pre ktorý je nevyhnutné zadať verejnú zákazku určitému hospodárskemu subjektu v rámci rokovacieho konania bez uverejnenia podľa článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18, *nebol zapríčinený verejným obstarávateľom…*“. [21]

42. Budem vychádzať z rovnakého predpokladu, z akého vychádza vnútroštátny súd, pokiaľ ide o vplyv verejného obstarávateľa na okolnosti, ktoré spôsobili situáciu výlučnosti. Podľa môjho názoru tento záver podporujú viaceré dôvody.

43. V prvom rade v širšom kontexte je všeobecným cieľom pravidiel Únie v oblasti verejného obstarávania „zabezpečiť voľný pohyb služieb a otvorenie neskreslenej hospodárskej súťaže vo všetkých členských štátoch“. [22] Použitie rokovacieho konania bez uverejnenia je práve správaním verejného obstarávateľa, ktoré najzávažnejšie porušuje otvorenie verejných zákaziek hospodárskej súťaži.

[18] Uvedenej formulácii predchádzajú tieto odôvodnenia: „Vzhľadom na škodlivý vplyv na hospodársku súťaž by sa rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania malo využívať len vo veľmi výnimočných prípadoch. Táto výnimka by sa mala obmedziť na prípady, keď uverejnenie nie je možné z dôvodov mimoriadnej naliehavosti v dôsledku udalostí, ktoré verejný obstarávateľ nemohol predvídať a za ktoré ani nenesie zodpovednosť, alebo keď je od začiatku jasné, že toto uverejnenie by nepodnietilo väčšiu hospodársku súťaž alebo neprinieslo lepšie výsledky obstarávania, v neposlednom rade preto, že z objektívneho hľadiska existuje len jeden hospodársky subjekt, ktorý môže túto zákazku realizovať. … Výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov…“.

[19] Toto opomenutie sa líši od znenia samotného článku 31 ods. 1 písm. c) smernice 2004/18: rokovacie konanie bez uverejnenia je povolené v prípade časovej tiesne, pokiaľ okolnosti použité na jej odôvodnenie nie je v žiadnom prípade možné „*pripísať na vrub verejnému obstarávateľovi*“.

[20] Bod 22 rozhodnutia vnútroštátneho súdu.

[21] Bod 23 rozhodnutia vnútroštátneho súdu (kurzívou zvýraznil generálny advokát). Vnútroštátny súd sa domnieva, že „výklad práva Únie v tomto ohľade má povahu *acte clair*“, čo je tvrdenie, ktoré považujem za prehnané.

[22] Rozsudok zo 7. decembra 2023, Obština Razgrad (C-441/22 a C-443/22, EU:C:2023:970, bod 61).

44. V druhom rade je v rozpore s uvedeným cieľom, aby verejní obstarávatelia sami vytvárali okolnosti, ktoré uvedú s cieľom použiť postupy výberu dodávateľov, v ktorých nie je povolená účasť konkurentov.

45. V treťom rade, ako som už uviedol, mimoriadne okolnosti, ktoré povoľujú rokovacie konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania, sa musia vykladať striktne, a to na základe reštriktívnych kritérií. [23]

46. V štvrtom rade, ak by sa pripustilo, že verejný obstarávateľ by sa mohol odvolávať na situáciu výlučnosti, ktorú sám spôsobil, došlo by k obráteniu logiky článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18. Podľa tejto logiky okolnosti, ktoré odôvodňujú nemožnosť použiť štandardné konanie (so zverejnením), nezávisia od verejného obstarávateľa, a nie sú to okolnosti, ktoré spôsobil.

47. V poslednom rade pravidlo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* bráni možnosti, aby účastník získal výhody zo svojho vlastného protiprávneho správania. [24]

C. Posúdenie výlučnosti v súvislosti so sporom

1. Pôvodná zmluva (z roku 1992)

48. Podľa názoru GFR, ktorý je opísaný v rozhodnutí vnútroštátneho súdu, v čase uzavretia pôvodnej zmluvy (v roku 1992) žiadny vnútroštátny predpis neupravoval autorské práva ani verejné obstarávanie. Preto nebolo možné predvídať budúcu právnu úpravu uplatniteľnú v tejto oblasti ani vývoj vnútroštátnej judikatúry. Tiež nebolo predvídateľné, „že nastavením licenčných podmienok týkajúcich sa systému ADIS dôjde v budúcnosti k stavu, ktorý bude následne spochybňovaný…“. [25]

49. Vnútroštátny súd – v podstate a s výnimkou niektorých detailov – súhlasí s týmto stanoviskom. Uznáva, že v roku 1992 neexistovala žiadna vnútroštátna právna úprava týkajúca sa zadávania verejných zákaziek [26], čo umožnilo ministerstvu financií podpísať zmluvu týkajúcu sa systému ADIS za podmienok, ktoré boli v tom čase dohodnuté. Dodáva, že verejný obstarávateľ sa dokonca „mohol oprávnene domnievať, že aj zákazku nadväzujúcu na pôvodnú zmluvu bude možné zadať tomu istému dodávateľovi bez toho, aby bolo potrebné zabezpečiť, aby sa o dodanie požadovaného plnenia mohli uchádzať aj iní dodávatelia“. [27]

50. Vôbec nespochybňujem uvedené konštatovania, ktoré sa týkajú okamihu v minulosti, keď sa jednoducho neuplatňovalo právo Únie, ktorej členom Česká republika ešte nebola. Prináleží vnútroštátnemu súdu vymedziť skutkové okolnosti a právny rámec uzavretia pôvodnej zmluvy.

51. Za týchto podmienok je nepodstatné, či výlučnosť, na základe ktorej bola v roku 1992 podpísaná pôvodná zmluva, spôsobil alebo nespôsobil verejný obstarávateľ.

[23] Rozsudok z 11. septembra 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, bod 49): „… rokovacie konanie možno využiť iba za obmedzených okolností uvedených v článkoch 30 a 31 smernice 2004/18 a… toto konanie má s porovnaní s otvorenými a vyhranenými konaniami výnimočný charakter“.

[24] Súdny dvor je citlivý voči pripísaniu nepriaznivých dôsledkov vlastnému nesplneniu povinnosti. Pozri rozsudok z 15. júna 2023, Bank M. (Dôsledky vyhlásenia zmluvy za neplatnú) (C-520/21, EU:C:2023:478, bod 81).

[25] Bod 17 rozhodnutia vnútroštátneho súdu.

[26] Vnútroštátny súd opisuje vývoj vnútroštátnej právnej úpravy, ktorý spočíval v prijatí zákona o autorských právach (pričom tento zákon sa uplatňoval na počítačové programy) v roku 1965 a zákona o verejnom obstarávaní v roku 1994.

[27] Bod 29 rozhodnutia vnútroštátneho súdu.

2. Nová zmluva (z roku 2016)

52. Situácia je odlišná, ak sa vezme do úvahy, že zmluvný vzťah medzi českými daňovými orgánmi [28] a dodávateľom trval mnoho rokov (v rozsahu relevantnom pre prejednávanú vec od roku 1992 do roku 2016).

53. V uvedenom období sa zmenil právny rámec, najmä od vstupu Českej republiky do Únie v roku 2004. Od jej pristúpenia existovala povinnosť dodržiavať smernice o verejnom obstarávaní „v súlade so zásadou okamžitého a úplného uplatnenia ustanovení práva Únie na nové členské štáty“. [29]

54. Vnútroštátny súd zdôrazňuje význam tohto nového rámca a zmenu povinností verejného obstarávateľa: poukazuje na to, že keď GFR zadalo zákazku z roku 2016, v platnosti boli zákon č. 137/2006 a smernica 2004/18. GFR teda bolo povinné zabezpečiť, aby jeho úkony nevyvolali situácie výlučnosti s cieľom odôvodniť potrebu rokovacích konaní bez uverejnenia.

55. Na základe tohto konštatovania a po preskúmaní oboch sporných názorov vnútroštátny súd v bode 32 svojho rozhodnutia konštatuje:

– „… od roku 1992 do roku 2016 moh[lo GFR] (prípadne jeho právny predchodca) buď dohodnúť nové zmluvné podmienky týkajúce sa majetkových autorských práv tak, aby moh[lo] zadávať verejné zákazky týkajúce sa systému ADIS v jednej z otvorenejších foriem verejného obstarávania, alebo začať obstarávať nový informačný systém, aj za cenu dočasne zvýšených nákladov, čo by však mohlo z dlhodobého hľadiska viesť k úsporám…[,]

– preto sa nemožno odvolávať na stav v čase uzavretia pôvodnej zmluvy, ak situácia výlučnosti trvala aj po prijatí príslušnej právnej úpravy verejného obstarávania v Českej republike. Pri určovaní, či možno použiť rokovacie konanie bez uverejnenia, treba zohľadniť čas prijatia rozhodnutia o zadaní zákazky v tejto forme…“ [30].

56. Pokiaľ ide o posúdenie skutkových okolností rozhodujúcich pre spor a vnútroštátneho právneho stavu, Súdny dvor nemá dôvod spochybňovať tieto úvahy vnútroštátneho súdu. Pokiaľ ide o úvahy uvedené v záverečnej časti bodu 32 rozhodnutia vnútroštátneho súdu, ktoré som citoval vyššie, domnievam sa, že obsahujú správny výklad smernice 2004/18.

57. Odpoveďou na prejudiciálnu otázku, ktorá vyplýva z vyššie uvedeného, je, že na účely prejednávanej veci je nepodstatné, že pôvodná zmluva bola podpísaná pred pristúpením Českej republiky k Únii. Naopak rozhodujúce sú úkony verejného obstarávateľa uskutočnené od roku 2004 do roku 2016. Spomedzi týchto úkonov je logicky kľúčové podpísanie novej zmluvy v roku 2016.

58. Česká vláda sa však pokúša vylúčiť svoju zodpovednosť pri vytvorení výlučnej závislosti, pričom sa opiera o to, že posúdenie sa musí týkať okamihu podpísania pôvodnej zmluvy. Ak vtedy neexistovali námietky voči zákonnosti jej správania, neexistuje ani úmyselné konanie, ktoré by bolo možné pripísať verejnému obstarávateľovi.

[28] Predpokladám, že zmena verejného obstarávateľa (ministerstvo financií v roku 1992 a GFR v roku 2016) je čisto formálna: oba orgány sú súčasťou štátnej správy a druhý z nich je závislý od prvého. GFR vstúpilo do práv a povinností ministerstva financií.

[29] Rozsudok zo 6. decembra 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, bod 37).

[30] Vnútroštátny súd na podporu tohto tvrdenia uvádza rozsudok z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko (C-337/98, EU:C:2000:543, bod 37).

59. S uvedeným prístupom nesúhlasím:

– ako som už uviedol, povinnosť členského štátu zosúladiť svoj postup s právnym poriadkom Únie vzniká jeho pristúpením k Únii. Od tohto okamihu verejný obstarávateľ ako štátny orgán prevzal povinnosť zaručiť dodržiavanie právnych predpisov Únie týkajúcich sa verejného obstarávania vrátane smernice 2004/18. V tomto kontexte je nepodstatné, či nesplnenie povinnosti zo strany daňových orgánov štátu vyplýva z konania alebo opomenutia, [31]

– pri posudzovaní správania verejného obstarávateľa nemožno vyžadovať *priamy úmysel* vytvoriť situáciu výlučnosti. [32] Stačí, aby verejný obstarávateľ, ktorý ignoruje svoju povinnosť ukončiť existujúcu výlučnosť (ktorú vytvoril on sám alebo jeho právny nástupca) v čase podpísania novej zmluvy, vylúčil túto zmluvu, tak ako to bolo v prípade pôvodnej zmluvy, z hospodárskej súťaže.

60. Z iného hľadiska česká vláda – aj keď uznáva, že v prípade situácií, ako je situácia, o ktorú ide v prejednávanej veci, musí prijať rozhodnutia, ktoré jej umožnia zbaviť sa závislosti od konkrétneho dodávateľa – navrhuje prijať *primerané riešenie*, pričom pod takým riešením rozumie najhospodárnejšie riešenie, ktoré zabezpečí stabilné fungovanie kľúčových informačných systémov vnútroštátnych orgánov verejnej správy. Podľa jej názoru tieto faktory odôvodňujú v tejto veci použitie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania. [33]

61. Nesúhlasím ani s týmto tvrdením, aj keď chápem problémy, ktorým verejný obstarávateľ *de facto* čelil v roku 2016. Daňové orgány – tak ako ostatné štátne orgány – sa nemôžu odvolávať na praktické, administratívne alebo ekonomické ťažkosti [34], aby tým odôvodnili nedodržanie povinností stanovených smernicou, keďže členské štáty ich majú prekonať prijatím primeraných opatrení [35].

62. Iná argumentácia, ktorú česká vláda uvádza na obranu postupu verejného obstarávateľa, spočíva v tvrdení, že verejný obstarávateľ sa pokúsil ukončiť situáciu závislosti od dodávateľa nadobudnutím autorských práv, čo sa mu nepodarilo z dôvodu nesúhlasu dodávateľa. [36]

63. Také tvrdenie nemôže uspieť, ak sa vezme do úvahy, že verejný obstarávateľ mal od roku 2004 dostatok času (do roku 2016) na to, aby prekonal nesúhlas spoločnosti IBM. Vzhľadom na situáciu výlučnosti, ktorá trvala desaťročia, mal prijať kroky, ktoré by viedli k tomu, že by sa zbavil závislosti od dodávateľa, prostredníctvom vyhľadávania ponúk iných subjektov, čo podľa všetkého neurobil. Tvrdí to vnútroštátny súd [37], s ktorého tvrdením opäť súhlasím.

[31] Česká vláda vo svojich písomných pripomienkach opakovane odkazuje na *pozitívne konania* verejného obstarávateľa (správanie, úkony, vytvorená situácia, spôsobená výhradnosť, vymedzenie podmienok novej zmluvy vo vzťahu k pôvodnej zmluve). Naopak nepoukazuje na svoje *nekonanie* na účely uzatvorenia nových zmlúv v súlade s právom Únie.

[32] Česká vláda opakovane zdôrazňuje, že správanie verejného obstarávateľa v súvislosti so situáciou výlučnosti musí byť *úmyselné* (body 11, 12, 14, 15, 16, 17 a 18 jej písomných pripomienok).

[33] Bod 30 písomných pripomienok českej vlády.

[34] Prekážky, ktoré uvádza česká vláda, sú prevažne ekonomické (body 26 a 27 jej písomných pripomienok). Vnútroštátny súd naopak tvrdí, že prípadné okamžité zvýšenie nákladov bude kompenzované dlhodobou úsporou vyplávajúcou zo zavedenia hospodárskej súťaže medzi uchádzačmi. Komisia v oznámení z roku 2013 poukazuje na ťažkosti vyplývajúce zo závislosti od jediného poskytovateľa informačných riešení. Poukazuje na to, že taká výhradnosť – okrem toho, že spôsobuje iné problémy (existuje riziko, že poskytovateľ sa môže rozhodnúť ukončiť podporu systému alebo niektorých jeho prvkov) – môže ovplyvniť inováciu a spôsobiť neprimerane vysoké ceny, ktoré nepodliehajú konkurenčnému tlaku iných subjektov pôsobiacich v odvetví.

[35] Rozsudok z 18. októbra 2012, Komisia/Spojené kráľovstvo (C-301/10, EU:C:2012:633, bod 66).

[36] Bod 31 písomných pripomienok českej vlády, ktorý odkazuje na tvrdenia GFR uvedené v konaní na kasačnom súde, citované v bode 10 rozhodnutia vnútroštátneho súdu.

[37] Bod 32 rozhodnutia vnútroštátneho súdu, ktorý je citovaný v bode 55 vyššie.

64. Okrem toho z rozhodnutia vnútroštátneho súdu nevyplýva, že došlo k *serióznym* pokusom verejného obstarávateľa nájsť nových dodávateľov, ktoré by mu umožnili vymaniť sa zo situácie závislosti, v ktorej sa nachádzal. Podľa judikatúry Súdneho dvora verejný obstarávateľ musí „seriózne skúmať“, či existujú spoločnosti na európskej úrovni, ktoré sú schopné dodať (alebo prípadne nahradiť) určitý počítačový program. [38]

65. Pri opisovaní problému *viazanosti* v oblasti systémov informačných technológií Komisia navrhuje verejným obstarávateľom určité alternatívy [39] na prekonanie obmedzení hospodárskej súťaže pri verejnom obstarávaní, ako je obmedzenie posudzované v prejednávanej veci.

66. Napriek tomu, že české orgány tvrdia, že zaviedli postupy predbežnej kontroly na boj proti viazanosti, ktorá je spomenutá v oznámení z roku 2013 [40], zmluvou, ktorá je predmetom prejednávaného návrhu na začatie prejudiciálneho konania, bola bez zmeny potvrdená situácia výlučnosti, ktorá predtým existovala. Možno teda konštatovať, že verejný obstarávateľ konaním alebo opomenutím zapríčinil, že v roku 2016 pretrvávala situácia výlučnosti vytvorená jeho právnym predchodcom, ktorá mu mala zabrániť v použití rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

67. Napokon musím pripomenúť, že Súdny dvor sa už vyjadril k potrebnému otvoreniu zmlúv podobných zmluve, o ktorú ide v prejednávanej veci, hospodárskej súťaži, pričom vychádzal z toho, že sa na ne uplatnia všeobecné pravidlá verejného obstarávania: „… ak verejný obstarávateľ plánuje vyhlásiť verejné obstarávanie s cieľom zabezpečiť údržbu, prispôsobenie alebo vývoj softvéru získaného od hospodárskeho subjektu, musí zabezpečiť, aby potenciálnym záujemcom a uchádzačom poskytol dostatok informácií umožňujúcich rozvoj efektívnej hospodárskej súťaže na sekundárnom trhu údržby, prispôsobovania alebo vývoja uvedeného softvéru“. [41]

V. Návrh

68. Vzhľadom na vyššie uvedené navrhujem odpovedať na prejudiciálne otázky, ktoré položil Nejvyšší správní soud (Česká republika), takto:

Článok 31 ods. 1 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby

sa má vykladať v tomto zmysle:

Verejný obstarávateľ nemôže vlastným konaním vytvoriť situáciu výlučnosti, ktorou chce odôvodniť použitie rokovacieho konania bez uverejnenia oznámenia o vyhlásení zadávacieho konania.

[38] Pozri rozsudok z 15. októbra 2009, Komisia/Nemecko (C-275/08, EU:C:2009:632, bod 63). V tomto rozsudku išlo o počítačový program na centralizovanú správu registrácie vozidiel.

[39] V bode 3 oznámenia z roku 2013 sa uvádza, že „používanie systémov IKT založených na štandardoch namiesto proprietárnej technológie pomôže sprístupniť reštriktívne postupy verejného obstarávania, pretože štandardy sprístupňujú základné poznatky o systéme každému, čo znamená, že ďalší potenciálni dodávatelia by mohli vykonávať údržbu alebo vývoj systému za konkurencieschopnejších podmienok“.

[40] Česká vláda to uvádza najmä v bodoch 32 až 35 svojich písomných pripomienok, pričom tvrdí, že vytvorila špecializovaný útvar a pracovnú skupinu na boj proti výhradnej závislosti v rámci zmlúv o informačných službách. Dodáva, že tieto „systémové opatrenia“ boli uvedené do praxe v čase uzavretia zmluvy z roku 2016.

[41] Rozsudok z 28. mája 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, bod 74).

Ak verejný obstarávateľ podpíše novú zmluvu, na ktorú sa uplatňuje smernica 2004/18, je nepodstatné, že situácia výlučnosti vyplýva z pôvodnej zmluvy podpísanej orgánmi členského štátu pred jeho pristúpením k Európskej únii. Pri posudzovaní správania verejného obstarávateľa v súvislosti s novou zmluvou treba vychádzať zo skutkových a právnych okolností, ktoré existovali v čase uzavretia tejto novej zmluvy.