

Vec C-578/23

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

Dátum doručenia:

19. september 2023

Vnútroštátny súd:

Nejvyšší správní soud

Dátum rozhodnutia vnútroštátneho súdu:

12. september 2023

Žalobca:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Žalovaný:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Predmet konania vo veci samej

Predmetom sporu je otázka, či boli splnené podmienky na zadanie verejnej zákazky na základe rokovacieho konania bez uverejnenia a okrem iného otázka, či právny predchodca žalobcu¹ v čase uzavretia zmluvy o systémovej integrácii informačného systému ADIS (ďalej len „pôvodná zmluva“) vedel o nadväzujúcej potrebe základného servisu informačného systému ADIS (ďalej len „IS ADIS“) a či ju mal rozumne predpokladať, resp. či predpokladal potrebu nadväzujúcich zmlúv.

Predmet návrhu na začatie prejudiciálneho konania

Vnútroštátny súd sa zaoberá otázkou, či je pri posudzovaní hmotnoprávnej podmienky rokovacieho konania bez uverejnenia potrebné zohľadniť skutkový a právny stav v čase uzavretia pôvodnej zmluvy.

Prejudiciálna otázka

„Majú sa pri posudzovaní splnenia hmotnoprávnej podmienky na uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia, teda či verejný obstarávateľ svojím konaním nespôsobil stav exkluzivity podľa článku 31 ods. 1 písm. b) [smernice 2004/18]², zohľadniť právne a skutkové okolnosti, za ktorých bola uzavretá zmluva o pôvodnom plnení, od ktorého sa odvíjajú nadväzujúce zmluvy?“

Uvádzané ustanovenia práva Únie

Článok 28 smernice 2004/18 (Postupy verejného obstarávania).

Článok 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18 (Rokovacie konanie bez uverejnenia).

¹ Česká republika – Ministerstvo financií (Ministerstvo financií). Žalobca vznikol v roku 2013 ako samostatná organizačná zložka štátu a vo veciach správy daní sa dostal do pozície Ministerstva financií, ktorému je však naďalej podriadený.

² Smernica 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 (Ú. v. EÚ L 2004, s. 18; Mim. vyd. 06/007, s. 132, ďalej len „smernica 2004/18“).

Uvádzané vnútroštátne právne predpisy

Podľa § 21 ods. 2 zákona č. 137/2006 Sb. o verejných zakázkách (zákon č. 137/2006 Z.z., ďalej len „zákon o verejnom obstarávaní“) 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.

Podľa § 23 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní 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 plniť len určitý dodávateľ.

Zhrnutie skutkového stavu a konania vo veci samej

- 1 Právny predchodca žalobcu uzavrel 29. júna 1992 pôvodnú zmluvu so spoločnosťou IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Na jej základe vznikol IS ADIS, ktorý je dodnes kľúčovým informačným systémom pre správu daní v Českej republike (ďalej len „ČR“).
- 2 Žalobca začal 1. marca 2016 rokovacie konanie bez uverejnenia podľa § 23 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní a 20. mája 2016 v rámci tohto konania zadal verejnú zákazku „Základný pozáručný servis aplikácie ADIS v roku 2016“. Urobil tak na základe znaleckého posudku a právneho stanoviska, a to z technických dôvodov³ a dôvodu ochrany autorských práv spoločnosti IBM Česká republika, spol. s.r.o. (ďalej len „dodávateľ“)⁴, k zdrojovému kódu IS ADIS. Predmetom plnenia bola základná pozáručná údržba IS ADIS. Dňa 20. mája 2016 žalobca uzavrel s dodávateľom zmluvu o dielo. Cena za verejnú zákazku bola 33 294 389 Kč bez DPH.
- 3 Žalovaný 9. októbra 2017 rozhodol, že žalobca sa dopustila priestupku, pretože neboli splnené podmienky umožňujúce uplatniť rokovacie konanie bez uverejnenia podľa § 23 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní. Nepreukázal, že verejnú zákazku mohol z technických dôvodov realizovať len oslovený dodávateľ. Zároveň sa domnieva, že potreba ochrany výhradných práv žalobcu bola zavinene vyvolaná predchádzajúcim konaním právneho predchodcu žalobcu.

³ Bez prepojenia na jadro a ostatné moduly nie je možné samostatné fungovanie modulov, ich správa a rozvoj; moduly nemožno oddeliť; predmet verejnej zákazky zasahuje do existujúcich modulov; IS ADIS vyvíjal a rozvíjal dodávateľ, ktorý je držiteľom licenčných práv a ktorý pozná IS ADIS; potrebná technická kontinuita, plynulosť a rozvoj IS ADIS.

⁴ Jeho jediným spoločníkom bola v roku 1992 spoločnosť IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

- 4 Žalobca podal proti tomuto rozhodnutiu rozklad, ktorý predseda žalovaného zamietol. Stotožnil sa so závermi žalovaného a dodal, že nejde o technickú nemožnosť plnenia predmetu zákazky iným dodávateľom, ale o faktický dôsledok exkluzivity⁵ autorských práv dodávateľa, ktorý neumožňuje uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia.
- 5 Žalobca podal proti rozhodnutiu predsedu žalovaného žalobu na Krajský súd v Brne (Krajský súd Brno, ďalej len „krajský súd“), ktorý ju zamietol. Podľa krajského súdu výnimočne možno zadať verejnú zákazku v rokovacom konaní bez uverejnenia, ak sú na to dôvody podľa § 23 ods. 4 písm. a) zákona o verejnom obstarávaní (formálna podmienka), ktoré však verejný obstarávateľ nemohol predvídať a ktoré mu nemožno pripísať (hmotnoprávna podmienka).
- 6 Krajský súd považoval za podstatné, že právny predchodca žalobcu svojim konaním pri uzatvorení pôvodnej zmluvy zapríčinil stav exkluzivity autorských práv dodávateľa. Uviedol tiež, že IS ADIS nie je informačný systém, u ktorého sa predpokladá krátkodobá životnosť. Okrem toho ide o oblasť daní, ktorá objektívne podlieha neustálym zmenám. Potreba následnej technickej podpory preto musela byť zrejmá.
- 7 Podľa krajského súdu žalobca nepreukázal, že v čase uzavretia pôvodnej zmluvy šlo o jediného možného dodávateľa, a ďalej uviedol, že podmienky pre nadväzujúce obstarávanie bolo potrebné posudzovať z hľadiska zákonnej úpravy platnej v čase nadväzujúceho obstarávania.
- 8 Žalobca podal proti rozsudku krajského súdu kasačnú sťažnosť na vnútroštátny súd, ktorý podal návrh na začatie prejudiciálneho konania.

Základné tvrdenia účastníkov konania vo veci samej

- 9 Žalobca tvrdí, že dodávateľ bol v čase uzavretia pôvodnej zmluvy jediným dodávateľom, ktorý bol schopný poskytnúť požadované plnenie (dodať servery s vlastným operačným systémom a zabezpečiť servis a monitorovanie na diaľku). Predchodca žalobcu nemohol v čase uzavretia pôvodnej zmluvy rozumne predpokladať, že v budúcnosti bude potrebné zabezpečiť ďalšie činnosti potrebné na ďalšiu prevádzku IS ADIS. Sám žalobca nespôsobil situáciu exkluzivity. Podľa žalobcu podmienka exkluzivity nebola vytvorená ani jeho právnym predchodcom.
- 10 Žalobca sa snažil vymaniť zo závislosti od dodávateľa, keďže nemal prístup ku všetkým zdrojovým kódom ADIS. Ten ho však v roku 2015 informoval, že neuvažuje o prevode autorských práv k IS ADIS. V čase uzavretia pôvodnej zmluvy nebolo ani možné získať úplný prevod autorských práv k IS ADIS, keďže

⁵ Podmienka exkluzivity je v rozhodnutí vnútroštátneho súdu definovaná ako „nevyhnutnosť plnenia zákazky len určitým dodávateľom“.

niektoré komponenty boli na celosvetovej úrovni využívané dodávateľom a jeho partnermi na obchodné účely.

- 11 V čase uzavretia pôvodnej zmluvy neexistovali právne predpisy upravujúce autorské práva a právo verejného obstarávania. Právny stav v čase uzavretia pôvodnej zmluvy je kľúčový pre posúdenie následného postupu žalobcu.
- 12 Ak by žalobca teraz uskutočnil verejné obstarávanie na dodávku nového informačného systému, znehodnotil by finančné prostriedky investované do IS ADIS a riskoval by, že by bol tento postup označený za nehospodárny a neefektívny.
- 13 Žalovaný uvádza, že žalobca na základe exkluzivity pôvodnej zmluvy z roku 1992 vyvinul IS ADIS výlučne prostredníctvom rokovacieho konania bez uverejnenia minimálne do konca roka 2019, pričom znalecký posudok nepreukazuje, že vybraný uchádzač bol jediným možným dodávateľom systému z technických dôvodov.
- 14 V správnom konaní nebolo zistené, či podmienka exkluzivity vo vzťahu k dôvodu ochrany výhradných práv vôbec existuje. Stačilo totiž len preskúmať, či prípadný stav exkluzivity bol vytvorený zavinene.
- 15 Z textu pôvodnej zmluvy je zrejme, že predmetom zmluvy je zavedenie systému správy daní, a o v troch fázach. Podľa pôvodnej zmluvy sa mala realizovať len prvá fáza. Predpokladalo sa teda, že systém IS ADIS bude dlhodobo funkčný.

Analýza prejudiciálnej otázky

- 16 Vnútroštátny súd najprv preskúmal hmotnoprávnu podmienku uvedeného rokovacieho konania bez uverejnenia. Podľa vnútroštátneho súdu z judikatúry Najvyššieho správneho súdu vyplýva, že „*rokovacie konanie bez uverejnenia možno uplatniť, ak sú dôvody na jeho uplatnenie objektívne, teda nezávislé od vôle obstarávateľa*“⁶, a zároveň, že „*z podmienok upravených v článku 31 smernice [2004/18], ako aj v § 23 ods. 4 [o verejných zákazkách], možno jednoznačne vyvodiť záver, že ‚stav exkluzivity‘ (t. j. potreba plnenia zákazky len určitým dodávateľom) nemôže obstarávateľ sám zapríčiniť*“⁷.
- 17 Zároveň poukázal na to, že v bode 50 odôvodnenia smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES sa uvádza, že „... *výlučnosť môže vyplývať aj z iných dôvodov, ale využitie rokovacieho konania bez zverejnenia, keď situáciu*

⁶ Rozsudok Najvyššieho správneho súdu z 11. januára 2013, číslo konania 5 Afs 43/2012-54, č. 2790/2013 Sb. NSS, *Ministerstvo zemědělství*.

⁷ Rozsudok Najvyššieho správneho súdu z 12. mája 2016, číslo konania 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*.

výlučnosti nevytvoril samotný verejný obstarávateľ so zreteľom na budúci postup obstarávania, môžu odôvodniť len situácie objektívnej výlučnosti.“ Článok 32 ods. 2 písm. b) tejto smernice totiž stanovuje, že rokovacie konanie bez predchádzajúceho zverejnenia môže byť použité pre verejné zákazky okrem iného v prípade ochrany výlučných práv, keď „neexistuje žiadna primeraná alternatíva alebo náhrada“ a ak „chýbajúca hospodárska súťaž nie je výsledkom umelého zúženia parametrov obstarávania“. Hoci v čase začatia verejného obstarávania ešte neuplynula lehota na prebratie smernice, vnútroštátny súd vychádza z toho, že ide len o výslovné vyjadrenie už existujúceho pravidla⁸.

- 18 Hoci sa Súdny dvor vo svojej judikatúre zatiaľ nezaoberal otázkou, či je pre uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia nevyhnutné, aby dôvod, pre ktorý je nevyhnutné zadať zákazku len určitému hospodárskemu subjektu podľa článku 31 ods. 1 písm. b) smernice 2004/18, nebol zapríčinený obstarávateľom, vnútroštátny súd považuje výklad práva Únie v tomto ohľade za *acte clair*.
- 19 Vnútroštátny súd má však pochybnosti o tom, či je pri posudzovaní tejto hmotnoprávnej podmienky potrebné zohľadniť skutkový a právny stav v čase, keď mal verejný obstarávateľ zapríčiniť stav exkluzivity. V tomto prípade by teda bolo potrebné sa pýtať, či právny predchodca žalobcu zriadením vlastníctva autorských práv v pôvodnej zmluve k IS ADIS v roku 1992 zavinené vytvoril stav exkluzivity v prospech dodávateľa, ktorý vylučuje uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia pre nadväzujúcu verejnú zákazku v roku 2016 (t. j. po 24 rokoch).
- 20 Pokiaľ ide o skutkový a právny stav v čase uzavretia pôvodnej zmluvy, Česká republika (resp. Česká a Slovenská federatívna Republika) v tom čase nebola členom Európskej únie (resp. Európskeho hospodárskeho spoločenstva). Zároveň neexistovala žiadna relevantná vnútroštátna legislatíva o verejnom obstarávaní, platili len stručné zásady vlády o verejnom obstarávaní k 1. júlu 1992, t. j. relatívne dlho po začatí rokovaní o uzavretí pôvodnej zmluvy. Prvá komplexná úprava bola stanovená až zákonom č. 199/1994 Sb. o zadávaní verejných zakázok (zákon č. 199/1994 Z. z. o verejnom obstarávaní), a to s účinnosťou od 1. januára 1995. Pokiaľ ide o úpravu licenčných podmienok k IS ADIS, v čase uzavretia pôvodnej zmluvy bol v účinnosti zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárnych, vedeckých a umeleckých (autorský zákon) [zákon č. 35/1965 Z. z. o literárnych, vedeckých a umeleckých dielach (autorský zákon)], v znení platnom do 31. decembra 1993. V tejto súvislosti je nepravdivé tvrdenie žalobcu, že neexistovala žiadna právna úprava autorského práva, hoci nemožno prehliadnuť, že skúsenosti s uzatváraním zmlúv o autorských právach v komplexných systémoch, akým je IS ADIS, boli v tom čase veľmi odlišné.
- 21 V čase uzavretia pôvodnej zmluvy sa teda právny predchodca žalobcu mohol oprávnene domnievať, že aj nadväzujúcu zmluvu bude možné zadať tomu istému

⁸ Vnútroštátny súd odkazuje napríklad na odôvodnenie 51 smernice Európskeho parlamentu a Rady 2014/23/EÚ z 26. februára 2014 o udeľovaní koncesii.

dodávateľovi bez toho, aby bolo potrebné zabezpečiť, aby sa o dodanie požadovaného plnenia mohli uchádzať aj iní dodávatelia. Podľa žalobcu bol dodávateľ v čase uzavretia pôvodnej zmluvy jediným možným dodávateľom, takže nemusel bez ďalšieho predpokladať, že ďalší dodávatelia budú schopní plniť nadväzujúce plnenia.

- 22 Podľa vnútroštátneho súdu sa zdá, že pokiaľ ide o prejudiciálnu otázku, vo vnútroštátnej judikatúre existuje rozpor.
- 23 V rozsudku z 30. novembra 2021, č. k. 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno*, Najvyšší správny súd totiž dospel k záveru, že vznik exkluzivity je potrebné posudzovať s ohľadom na dobu vzniku takéhoto vzťahu, relevantnú právnu úpravu (vrátane skutočnosti, že Česká republika v tom čase nebola členom EÚ) a vtedajšie obchodné zvyklosti. V prejednávanej veci mal obstarávateľ vytvoriť podmienku exkluzivity v roku 1998 tým, že v zmluve o dielo na informačný systém stanovil licenčné podmienky. V prospech tohto riešenia hovorí skutočnosť, že ak by zavinenie verejného obstarávateľa pri zadávaní pôvodnej zákazky bolo relevantné pre naplnenie hmotnoprávnej stránky, ťažko by bolo možné spätne aplikovať súčasnú právnu úpravu verejného obstarávania v rokovacom konaní bez uverejnenia. V tejto súvislosti je potrebné zohľadniť aj zákaz retroaktivity a právnu istotu. Ďalším dôvodom na zohľadnenie skutkového a právneho stavu v čase zadávania pôvodnej zákazky je skutočnosť, že obstarávateľ by bol zároveň nútený uplatniť jednu z otvorenejších foriem postupu obstarávania, hoci z technických dôvodov alebo z dôvodov ochrany výhradných práv, ktoré majú pôvod v neexistencii príslušnej právnej úpravy, mohol dodávať tovar len jeden konkrétny dodávateľ.
- 24 V rozsudku z 12. marca 2020, č.k. 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí*, však Nejvyšší správní soud (Najvyšší správny súd) dospel v k opačnému záveru, že „rozumnému pohľadu na zmluvné prostredie by odporovalo „akceptovanie stavu exkluzivity, ktorý trvá «navždy» (niekoľko desaťročí) len preto, že nové zmluvy, ktoré vznikajú, nadväzujú na zmluvy «uzavreté dávno»“. Aj v tomto prípade mal verejný obstarávateľ vytvoriť stav exkluzivity uzavretím zmluvy na informačný systém, a to v roku 1995. V prospech tohto riešenia hovorí skutočnosť, že podľa Súdneho dvora sa výnimky umožňujúce uplatnenie rokovacieho konania bez uverejnenia musia vykladať reštriktívne. Žalobca zadal nadväzujúcu zákazku podľa zákona o verejnom obstarávaní a smernice 2004/18. Preto sa na neho vzťahovala požiadavka, aby stav exkluzivity nezapríčinil vlastným konaním. Od roku 1992 do roku 2016 mohol žalobca (prípadne jeho právny predchodca) buď rokovať o nových zmluvných podmienkach týkajúcich sa autorských práv, aby mohol zadávať zákazky v jednej z otvorenejších foriem verejného obstarávania, alebo mohol 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 stav exkluzivity trval aj po prijatí príslušnej právnej úpravy verejného obstarávania. Pri

určovaní, či možno použiť rokovacie konanie bez uverejnenia, treba zohľadniť čas prijatia rozhodnutia o zadaní zákazky v tejto forme.⁹

- 25 Vnútroštátny súd nie je presvedčený o tom, že niektorý z variantov výkladu možno považovať za jasný, hodnoverný a zjavne presvedčivejší bez akýchkoľvek pochybností ako ostatné. Okrem toho považuje otázku, či je pri posudzovaní hmotnoprávnej podmienky potrebné zohľadniť skutkový a právny stav v čase, keď mal verejný obstarávateľ zapríčiniť stav exkluzivity, ktorá ešte nebola v judikatúre Súdneho dvora riešená, za zásadnú nielen na účely prejednávanej veci, ale aj pre iných verejných obstarávateľov v podobných prípadoch.

PRACOVNÝ DOKUMENT

⁹Rozsudok Súdneho dvora z 5. októbra 2000, Komisia/Francúzsko, C-337/98, EU:C:2000:543, bod 37.