

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Petra Mikeše a soudců Milana Podhrázkého a Jitky Zavřelové v právní věci žalobce: **Česká republika – Generální finanční ředitelství**, se sídlem Lazarská 15/7, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 22. 12. 2017, čj. ÚOHS-R0189/2017/VZ-37619/2017/321/HBa, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 31. 5. 2021, čj. 29 Af 26/2018-96,

t a k t o :

I. Soudnímu dvoru Evropské unie se p ř e d k l á d á následující předběžná otázka:

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 jednacímho řízení bez uveřejnění, tedy zda zadavatel nezavinil stav exkluzivity svým jednáním, podle čl. 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?

II. Řízení se p ř e r u š u j e .

O d ů v o d n ě n í :

I. Předmět řízení

[1] Česká republika – Ministerstvo financí uzavřelo 29. 6. 1992 smlouvu o systémové integraci na informační systém ADIS (dále „původní smlouva“) se společností IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Na jejím základě byl vytvořen informační systém ADIS (dále „IS ADIS“), který finanční správa do dnešní doby využívá jako klíčový informační systém pro správu daní v České republice.

[2] Žalobce vznikl v roce 2013 jako samostatná organizační složka státu, která se stará o správu daní. Jde však stále o součást státu. Žalobce vstoupil ohledně otázek správy daní do postavení Ministerstva financí, kterému je i nadále podřízen. Žalobce zahájil 1. 3. 2016

jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, a 20. 5. 2016 v něm zadal veřejnou zakázku „*Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016*“. Učinil tak z technických důvodů a z důvodu ochrany autorských práv společnosti IBM Česká republika, spol. s r. o. (dále „dodavatel“)¹, ke zdrojovému kódu IS ADIS. Technické důvody podle něj spočívají v následujících okolnostech. 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; IS ADIS je vyvinut a rozvíjen dodavatelem, který je vlastníkem licenčních práv a který je s IS ADIS obeznámen; je potřeba technická návaznost, plynulost a rozvoj IS ADIS. Předmětem plnění byla základní pozáruční údržba IS ADIS. Žalobce uzavřel 20. 5. 2016 s dodavatelem smlouvu o dílo na veřejnou zakázku. Cena za veřejnou zakázku činila 33 294 389 Kč bez daně z přidané hodnoty.

[3] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutím ze dne 9. 10. 2017 rozhodl o tom, že se žalobce dopustil přestupku, neboť nebyly splněny podmínky pro možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Neprokázal totiž, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů uskutečnit pouze oslovený dodavatel. Zároveň potřeba ochrany jeho výhradních práv byla zaviněně vytvořena předchozím postupem Ministerstva financí.

[4] Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce rozklad, který předseda žalovaného zamítl. Podle předsedy žalovaného nejde ve své podstatě o technickou nemožnost plnění předmětu zakázky jiným dodavatelem, nýbrž o faktický důsledek exkluzivity autorských práv dodavatele, který neumožňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění. Exkluzivitu autorských práv si žalobce (respektive jeho právní předchůdce) způsobil vlastním jednáním při uzavření původní smlouvy.

[5] Následně podal žalobce proti rozhodnutí předsedy žalovaného u Krajského soudu v Brně žalobu, který ji v záhlaví uvedeném rozsudkem zamítl.

[6] Podle krajského soudu lze výjimečně zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, jsou-li pro to dány důvody podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (formální podmínka), které však zadavatel nemohl předvídat a které mu nejsou přičitatelné (materiální podmínka). Materiální podmínka není naplněna i tehdy, pokud zadavatel přijme při zadání původní veřejné zakázky licenční či jiná smluvní ujednání, která vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným dodavatelem, přestože musel předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek. To byl i tento případ. Služby, které poskytuje dodavatel žalobci (základní údržba IS ADIS v podobě poskytování konzultačních služeb či oprav, které by jinak byly předmětem záruky), představují činnosti, které Ministerstvo financí mohlo rozumně očekávat. Takové činnosti s provozem informačních systémů bezprostředně souvisí a nelze je bez nich využívat. IS ADIS není informační systém, u kterého by se předpokládala krátkodobá životnost. Navíc se týká oblasti daní, která objektivně podléhá neustálým změnám. Potřeba následné technické podpory v průběhu proto musela být zřejmá.

¹ Jeho jediným společníkem v roce 1992 byla společnost IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

pokračování

[7] Žalobce neprokázal, že v době uzavření původní smlouvy šlo o jediného možného dodavatele. Ministerstvo financí zavinilo stav exkluzivity majetkových autorských práv. Není podstatné, že tehdy žádný právní předpis nestanovil povinnost výběru dodavatele v zadávacím řízení a v jakém rozsahu mají být upravena autorská práva k IS ADIS. Podmínky pro navazující zadání je třeba posoudit s ohledem na zákonnou úpravu účinnou v době navazujícího zadávání. Není nutné, aby jednání původního zadavatele bylo činěno s nekalým úmyslem budoucího obcházení zákona o veřejných zakázkách. I kdyby se žalobci podařilo prokázat, že neexistuje subjekt odlišný od dodavatele, který by byl schopen veřejnou zakázku uskutečnit, nemění to nic na tom, že stav exkluzivity byl způsoben jednáním jeho právního předchůdce. Prokazování formální podmínky (tj. technických důvodů a důvodu ochrany autorských práv dodavatele) by proto bylo nadbytečné, jestliže nebyla naplněna materiální podmínka. IS ADIS existuje a je provozován již dlouhou dobu.

[8] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále „stěžovatel“) kasační stížnost. Namítá, že Ministerstvo financí v době uzavření původní smlouvy nemohlo rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zajistit další činnosti nezbytné pro další fungování IS ADIS. Sám stěžovatel stav exkluzivity nezavinil. Stav exkluzivity nevytvořil ani jeho právní předchůdce. Dodavatel byl v době uzavření původní smlouvy jediným možným dodavatelem, který byl schopný poskytnout požadované plnění (dodat servery s vlastním operačním systémem a zajistit servis a dálkový dohled). Nebylo proto z technických důvodů možné poplat jiného dodavatele. Majetková autorská práva byla v původní smlouvě nastavena způsobem, který odpovídal dané době a který byl tehdy považován za správný. Požadavek, aby informační systém nebyl vázán pouze na jednoho dodavatele, byl formulován rozhodovací praxí až v nedávné době. V době uzavření původní smlouvy nebylo ani možné dosáhnout úplného postoupení autorských majetkových práv k IS ADIS, neboť část komponent byla dodavatelem a jeho partnery komerčně celosvětově využívána. Jeho právní předchůdce proto v okamžiku uzavírání původní smlouvy postupoval v souladu s tehdejší právní úpravou. Právní stav v době uzavření původní smlouvy je stěžejní i pro posouzení následného postupu stěžovatele. Jestliže právní předchůdce nemohl vědět, jaké právní předpisy má svým jednáním porušit, nemůže se jednat při zachování principu právní jistoty o zavinění.

[9] Právní předchůdce v době uzavření původní smlouvy také nemohl vědět, jakým směrem se bude daňový systém ubírat. Nemohl proto vědět, zda bude nutné do IS ADIS zasahovat a zda tento systém bude dále využívat. Neměl proto důvod, aby byla autorská práva upravena tak, aby byl zcela nezávislý na dodavateli. Pokud by nyní stěžovatel provedl zadávací řízení na dodání nového informačního systému, znehodnotil by tím finance vložené do IS ADIS. Navíc by se vystavil riziku, že by tento postup byl označen za nevhodný a neúčelný.

[10] Stěžovatel se pokusil vymanit ze závislosti na dodavateli. Ten mu však v roce 2015 sdělil, že v současné době a v horizontu tří let neuvažuje o převodu autorských majetkových práv k IS ADIS. Neměl proto jinou možnost než provést jednacím řízením bez uveřejnění. Neměl totiž přístup ke všem zdrojovým kódům IS ADIS, jejichž znalost byla nezbytná. Pokud by oslovil jiného dodavatele, porušil by tím autorský zákon a výhradní práva náležející dodavateli. Pokud by nepřistoupil k jednacím řízením bez uveřejnění, byl by IS ADIS nepoužitelný a nebylo by možné provádět správu daní. Stěžovatel učinil před zahájením zadávacího řízení všechny potřebné kroky k tomu, aby měl jistotu, že postupuje

správně podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Opatřil si proto znalecký posudek a právní stanovisko. Z nich vyplývá, že ho technické důvody a ochrana výhradních práv opravňovaly k jednacímú řízení bez uveřejnění.

[11] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti uvedl, že stěžovatel na základě exkluzivity původní smlouvy z roku 1992 rozvíjel IS ADIS výhradně formou jednacímú řízení bez uveřejnění přinejmenším do konce roku 2019. Znalecký posudek nedokládá, že by vybraný uchazeč byl jediným možným dodavatelem systému z technických důvodů. Ve správním řízení nebylo postaveno najisto, zda stav exkluzivity ve vztahu k důvodu ochrany výhradních práv vůbec existuje. Stačilo totiž zabývat se tím, zda případný stav exkluzivity vznikl zaviněně. Z textu původní smlouvy je patrné, že předmětem plnění je zavedení systému správy daní, a to ve třech fázích. Na základě původní smlouvy měla být uskutečněna pouze první fáze. Stěžovatel si tedy byl vědom, že na původní smlouvu budou navazovat další. Z popisu a účelu IS ADIS vyplývá, že jde o robustní systém, u kterého byla a je předpokládána dlouhodobá funkčnost. Potřeba přinejmenším technické podpory proto byla zcela evidentní. Právní předchůdce stěžovatele ani sám stěžovatel nijak nereagovali na vývoj právní úpravy a spolehli se na takový výklad zákona o veřejných zakázkách a smlouvy, který umožňoval správu systému s vyloučením soutěže.

II. Použitelné právo Evropské unie a vnitrostátní právní úprava

[12] Podle čl. 28 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 (dále „směrnice 2004/18/ES“) platilo, že *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.*

[13] Podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES platilo, že *veřejní zadavatelé mohou zadávat své veřejné zakázky ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce v těchto případech: V případě veřejných zakázek na stavební práce, na dodávky a na služby: jestliže zakázka může být z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodů spojených s ochranou výlučných práv zadána pouze určitému hospodářskému subjektu.*

[14] Podle § 21 odst. 2 zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacímú řízení s uveřejněním nebo jednacímú řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.*

[15] Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách platilo, že *zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacímú 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.*

III. Rozbor předkládané předběžné otázky

III.1 Předmět sporu a obecná východiska

pokračování

[16] Předmětem sporu v projednávané věci je mj. otázka, zda právní předchůdce stěžovatele v době uzavření původní smlouvy věděl o budoucí potřebě základního servisu IS ADIS a zda jej musel rozumně očekávat, respektive zda předpokládal potřebu zadávání navazujících zakázek. Žalovaný i krajský soud totiž považují za podstatné to, že právní předchůdce stěžovatele svým jednáním při uzavření původní smlouvy zavinil stav exkluzivity majetkových autorských práv dodavatele, neboť již v té době musel předpokládat, že bude potřeba zajistit základní údržbu IS ADIS. Nebyla proto podle nich naplněna materiální podmínka pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Ta je podle nich klíčová. I kdyby totiž stěžovatel prokázal existenci technických důvodů nebo důvodu ochrany výhradních práv, byl stav exkluzivity zaviněn jednáním právního předchůdce stěžovatele. Nemohl proto zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění.

[17] Pro účely vyřešení výše uvedené otázky je nezbytné předně vyjasnit, zda je při posouzení materiální podmínky, tj. zda zadavatel zavinil uzavřením původní smlouvy stav exkluzivity, nezbytné zohlednit skutkové okolnosti a právní stav v době uzavření původní smlouvy. Stěžovatel totiž namítá, že v době uzavření původní smlouvy v roce 1992 neexistoval žádný právní předpis upravující autorská práva a právo veřejných zakázek. Ministerstvo financí tak nemohlo předvídat, jaká bude právní úprava veřejných zakázek a jak se bude rozhodovací praxe vyvíjet. Nebylo proto možné předvídat, že nastavením licenčních podmínek k IS ADIS dojde v budoucnu ke stavu, který bude následně zpochybňován.

[18] Právní úprava jednacích řízení bez uveřejnění byla a částečně i nadále je na úrovni Evropské unie roztržštěna do řady směrnic, které upravují jednotlivé oblasti zadávání veřejných zakázek. Soudní dvůr však i přes tuto věcnou a historickou roztržštěnost právní úpravy konstantně napříč celou oblastí veřejných zakázek judikuje tak, že jednacím řízením bez uveřejnění představuje výjimku z otevřenějších forem zadávacího řízení. V důsledku jeho použití totiž dochází k omezení či vyloučení hospodářské soutěže. Výjimky, které umožňují jeho použití, je proto třeba vykládat restriktivně. Ten, kdo se výjimky pro konání jednacích řízení bez uveřejnění dovolává, nese důkazní břemeno ohledně skutečné existence výjimečných okolností, které výjimku odůvodňují (rozsudek Soudního dvora ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, EU:C:1987:115, *Komise proti Itálii*, bod 14, rozsudek ze dne 23. 4. 2009 ve věci C-292/07, EU:C:2009:246, *Komise proti Belgii*, bod 106, nebo rozsudek ze dne 11. 9. 2014 ve věci C-19/13, EU:C:2014:2194, *Fastweb*, bod 49). Použití výjimky spočívající v technických důvodech podléhá dvěma kumulativním podmínkám. Musí být dána technická specifičnost plnění, které je předmětem veřejné zakázky, a zároveň tato technická specifičnost musí vést k bezpodmínečné nutnosti zadat veřejnou zakázku konkrétnímu dodavateli (naposledy rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 6. 2005 ve věci C-394/02, EU:C:2005:336, *Komise proti Řecku*, bod 34). Jde-li o ochranu výhradních práv, nepostačí, je-li předmět plnění veřejné zakázky těmito právy chráněn. Musí totiž být zároveň splněna podmínka, že plnění může být dodáno pouze jediným dodavatelem (rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 5. 1994 ve věci C-328/92, EU:C:1994:178, *Komise proti Španělsku*, bod 17).

III.2 Materiální podmínka jednacích řízení bez uveřejnění

[19] Soudní dvůr se dosud ve své judikatuře nezabýval tím, zda je pro použití jednacích řízení bez uveřejnění nezbytné, aby důvod, pro který je třeba, aby byla veřejná zakázka

zadána pouze určitému hospodářskému subjektu podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES, nebyl zaviněn zadavatelem. Tedy zda je podstatné, že stav exkluzivity nevytvořil sám zadavatel (materiální podmínka). Nejvyšší správní soud má však za to, že tato otázka představuje *acte clair*.

[20] Nejvyšší správní soud již v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 43/2012-54, č. 2790/2013 Sb. NSS, *Ministerstvo zemědělství*, dospěl k závěru, že „*jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.*“

[21] V rozsudku ze dne 12. 5. 2016, čj. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, se dále zabýval tím, zda není namístě položit předběžnou otázku, zda se na zadávací řízení podle čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES vztahuje podmínka, že zadavatel nemůže stav exkluzivity způsobit vlastním přičiněním. Dospěl však k závěru, že „*z podmínek upravených v čl. 31 směrnice 2004/18/ES, jakož i v § 23 odst. 4 zákona, lze jednoznačně dovodit závěr, že ‚stav exkluzivity‘ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) nemůže zadavatel sám vytvořit. Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena (tj. zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace).*“ Zároveň poukázal na to, že v bodě 50 recitálu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále „*směrnice 2014/24/EU*“) je již výslovně uvedeno, že „*[...] výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak 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.*“ Směrnice 2014/24/EU tak již počítá s tím, že jednací řízení bez uveřejnění může být použito pouze tehdy, nevytvořil-li stav exkluzivity zadavatel vlastním přičiněním. V čl. 32 odst. 2 písm. b) této směrnice je totiž výslovně uvedeno, že jednací řízení bez uveřejnění může být použito pro veřejné zakázky na stavební práce, dodávky a služby mj. v případě ochrany výhradních práv, včetně práv duševního vlastnictví, jestliže „*neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada*“ a jestliže „*neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky*“. Nejvyšší správní soud proto v této věci předběžnou otázku nepoložil, neboť neměl pochybnosti o podmínkách použití jednacího řízení bez uveřejnění. Na tyto rozsudky navázala další judikatura Nejvyššího správního soudu.

[22] Předkládající senát s výše uvedeným souhlasí. Uvedené vyplývá dále také z bodu 51 recitálu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. února 2014 o udělování koncesí a bodu 60 recitálu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES. Ačkoliv v době zahájení zadávacího řízení ještě neuplynula lhůta pro implementaci směrnice č. 2014/24/EU, Nejvyšší správní soud vychází z toho, že šlo jen o výslovné vyjádření již dříve přítomného pravidla. Ostatně proto je uvedeno jen v recitálu těchto směrnic. Odpovídá to i požadavkům judikatury Soudního dvora, podle kterých

pokračování

jednací řízení bez uveřejnění představuje výjimku z otevřenějších forem zadávacího řízení, přičemž výjimky, které umožňují jeho použití, je třeba vykládat restriktivně (bod [18] výše).

[23] Předkládající senát má proto za to, že 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/ES, nebyl zaviněn zadavatelem. Výklad unijního práva v tomto ohledu považuje za *acte clair*.

III.3 K předběžné otázce

[24] Nejvyšší správní soud má však pochybnosti o tom, zda je při posouzení této materiální podmínky nezbytné zohlednit skutkové okolnosti a právní stav v době, kdy měl zadavatel stav exkluzivity způsobit.

[25] Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 30. 11. 2021, čj. 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno*, dospěl k závěru, že, je nezbytné, aby se vznik exkluzivity posuzoval se zřetelem na dobu vzniku takového vztahu, relevantní právní úpravu (včetně toho, že ČR nebyla v dané době členem EU) a obchodní zvyklosti v dané době. V této věci měl zadavatel stav exkluzivity způsobit v roce 1998 ujednáním licenčních podmínek ve smlouvě o dílo na informační systém. V rozsudku ze dne 12. 3. 2020, čj. 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí*, však dospěl k opačnému závěru, že „rozumnému pohledu na zadavatelské prostředí by se přičíla ,akceptace stavu exkluzivity, »navždy« (po několik desetiletí) trvajících, jen proto, že nově vznikající smlouvy navazují na smlouvy uzavřené »kdysi dávno«“. Rovněž v této věci měl zadavatel stav exkluzivity způsobit uzavřením smlouvy na informační systém, a to v roce 1995. Zjevně tak existuje rozpor v judikatuře Nejvyššího správního soudu stran této otázky.

[26] Předkládající senát by za této situace byl běžně povinen věc postoupit rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu podle § 17 odst. 1 s. ř. s. Nejvyšší správní soud, a tedy i předkládající senát, je však podle čl. 267 písm. b) Smlouvy o fungování Evropské unie povinen obrátit se na Soudní dvůr, vyvstane-li v řízení před soudem otázka, týkající se platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie. V nyní projednávané věci jde o výklad institutu jednacího řízení bez uveřejnění, který vychází z unijního práva [čl. 31 odst. 1 písm. b) směrnice 2004/18/ES]. Otázka, zda je při posouzení materiální podmínky nezbytné zohlednit skutkové okolnosti a právní stav v době, kdy měl zadavatel stav exkluzivity způsobit, zároveň dosud nebyla řešena v judikatuře Soudního dvora, přičemž správné použití unijního práva není předkládajícímu senátu natolik zřetelné, že neponechává prostor pro jakoukoliv důvodnou pochybnost.

[27] Soudní dvůr v rozsudku ze dne 6. 10. 2021 ve věci C-561/19, *EU:C:2021:799, Consorzio Italian Management a Catania Multiservizi SpA v. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, bod 48, uvedl, že „pouhá možnost vyložit určité ustanovení unijního práva jiným způsobem nebo několika dalšími způsoby – jestliže se žádný z těchto jiných výkladů nejeví dotyčnému vnitrostátnímu soudu jako dostatečně hodnověrný, zejména s ohledem na kontext a účel uvedeného ustanovení a rovněž s ohledem na normativní systém, jehož je součástí – však sama o sobě nedovoluje se domnívat, že o správném výkladu tohoto ustanovení panuje rozumná pochybnost“. Soudní dvůr však v bodě 49 dodal, že „pokud je však na existenci rozdílných směrů judikatury – v rámci soudů jednoho a téhož členského státu nebo mezi soudy různých členských

států – týkající se výkladu ustanovení unijního práva použitelného na spor v původním řízení upozorněn vnitrostátní soud rozhodující v posledním stupni, musí být tento soud zvlášť ostražitý při posuzování případné neexistence rozumné pochybnosti o správném výkladu daného unijního ustanovení a musí brát v úvahu zejména cíl řízení o předběžné otázce, kterým je zajistit jednotný výklad unijního práva“. Přestože tak třetí a desátý senát Nejvyššího správního soudu zjevně považovaly spornou otázku za *acte clair*, neboť samy předběžnou otázku nepoložily, předkládající senát není přesvědčen o tom, že některou z variant výkladu, jež přicházejí v úvahu, lze považovat za jasnou, hodnověrnou a bez rozumných pochyb zjevně přesvědčivější než varianty jiné. Je proto namístě položit níže uvedenou předběžnou otázku.

[28] V nyní projednávané věci právní předchůdce stěžovatele uzavřel původní smlouvu 29. 6. 1992. Kontraktační proces musel být zjevně zahájen s ohledem na složitost předmětu plnění ještě výrazně dříve. V té době Česká republika (respektive Česká a Slovenská Federativní Republika) nebyla členem Evropské unie (respektive Evropského hospodářského společenství). Zároveň neexistovala relevantní tuzemská právní úprava zadávání veřejných zakázek na dodávky. V roce 1992 existovaly pouze vládou stanovené stručné zásady zadávání veřejných zakázek ze dne 25. 6. 1992, které se odkazovaly na použití veřejné obchodní soutěže, která však byla institutem soukromého práva. Podle nich se mělo postupovat až od 1. 7. 1992 a byly přijaty zjevně až relativně dlouho poté, kdy již bylo zahájeno jednání o uzavření původní smlouvy. První komplexní právní úpravu zadávání veřejných zakázek stanovil až zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, a to s účinností od 1. 1. 1995. Jde-li o úpravu licenčních podmínek k IS ADIS, v době uzavření původní smlouvy byl účinný zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon), ve znění účinném do 31. 12. 1993. Ten za předmět ochrany podle § 2 odst. 1 tohoto zákona považoval i programy počítačů, pokud splňují pojmové znaky děl podle tohoto zákona. V tomto ohledu je liché tvrzení stěžovatele, že neexistoval žádný právní předpis upravující autorská práva. Na druhou stranu nelze přehlédnout, že v dané době byly naprosto jiné zkušenosti s uzavíráním smluv, které se týkaly autorských práv k počítačovým programům, a to zejména složitým systémům, jako byl nepochybně i v době svého vzniku IS ADIS.

[29] V době uzavření původní smlouvy však jednoznačně neexistovala tuzemská právní úprava zadávání veřejných zakázek. Právní předchůdce stěžovatele proto mohl uzavřít původní smlouvu přímo s konkrétním dodavatelem, aniž by tomu musel předcházet určitý formalizovaný postup. To se zjevně muselo promítnout do obsahu původní smlouvy a nastavení majetkových autorských práv ke zdrojovému kódu IS ADIS, neboť právní předchůdce stěžovatele mohl 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. Stěžovatel zároveň tvrdí, že v době uzavření původní smlouvy byl dodavatel jediným možným dodavatelem, který byl schopný poskytnout požadované plnění. Nemusel proto bez dalšího předpokládat, že navazující plnění budou schopni poskytnout i jiní dodavatelé.

[30] Je proto otázka, zda je třeba tyto skutkové okolnosti a právní stav v době uzavření původní smlouvy vzít v úvahu při posouzení, zda právní předchůdce stěžovatele nastavením majetkových autorských práv v původní smlouvě k IS ADIS založil zaviněně stav exkluzivity ve prospěch dodavatele, který vylučuje použití jednacímho řízení bez uveřejnění na navazující veřejnou zakázku v roce 2016 (tj. o 24 let později).

pokračování

[31] Ve prospěch řešení, které zaujal Nejvyšší správní soud v rozsudku *Statutární město Brno* (bod [25] výše), hovoří to, že pokud by bylo pro naplnění materiální stránky podstatné zavinění zadavatele při zadávání původní zakázky, tak by šlo jen těžko retroaktivně vztahovat soudobou právní úpravu zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Tedy například i na právní vztahy, které vznikly v době, kdy v České republice neexistovala relevantní právní úprava zadávání veřejných zakázek. Nelze totiž dnešním pohledem hodnotit, zda měl zadavatel předvídat, že mu v budoucnu vznikne potřeba zadat veřejné zakázky na navazující plnění, jestliže v době zadání původního plnění mohl bez dalšího sjednat jeho dodání s konkrétním dodavatelem. V této souvislosti je třeba uvažovat i o zákazu retroaktivity a právní jistotě. Tyto zásady jsou součástí právního řádu Evropské unie (rozsudek Soudního dvora ze dne 21. 9. 1983 ve věcech C-205/82 až C-215/82, EU:C:1983:233, *Deutsche Milchkontor*, bod 19, a ze dne 14. 7. 1983 ve věci C-224/82, EU:C:1983:219, *Meiko*, bod 12). Dalším důvodem, proč zohlednit skutkové okolnosti a právní stav v době zadávání původní zakázky, je to, že by zadavatel byl zároveň nucen použít některou z otevřenějších forem zadávacího řízení, přestože by mu s ohledem na technické důvody nebo důvod ochrany výlučných práv, které mají původ v době, kdy neexistovala relevantní právní úprava, mohl plnění poskytnout pouze jeden konkrétní dodavatel. Jak také poukazuje stěžovatel, použití jednacím řízení bez uveřejnění může být často výrazně levnější možností, než použití otevřeného či užšího řízení. Zatímco v jednacím řízení bez uveřejnění může zadat původnímu dodavateli jen služby omezeného rozsahu, jedinou další alternativou může být zadání zcela nového informačního systému, pokud původní poskytovatel služeb odmítne poskytnout nezbytná autorská práva pro přístup k původnímu. Tento postup také bude výrazně časově náročnější. Navíc samotné vytvoření nového informačního systému pro celostátní správu daní může být otázkou několika let, po které by stejně musel fungovat i původní systém, který nepůjde udržovat jinak, než za pomoci původního dodavatele, kterému nepůjde zakázku zadat v jiném řízení, než v jednacím řízení bez uveřejnění.

[32] Naopak ve prospěch řešení, které zaujal Nejvyšší správní soud v rozsudku *Ministerstvo financí* (bod [25] výše), hovoří to, že podle Soudního dvora je třeba výjimky, které umožňují použití jednacím řízení bez uveřejnění, vykládat restriktivně, přičemž taxativní výjimky nelze rozšiřovat o nové, méně přísné podmínky (viz bod [18] výše). Stěžovatel zadal navazující veřejnou zakázku za účinnosti zákona o veřejných zakázkách a směrnice 2004/18/ES. Vztahoval se proto na něj požadavek, aby stav exkluzivity nezavinil vlastním jednáním. Stěžovatel (případně jeho právní předchůdce) mohl od roku 1992 do roku 2016 buď sjednat novou smluvní úpravu majetkových autorských práv tak, aby mohl veřejné zakázky týkající se IS 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. Nelze 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 jednacím řízení bez uveřejnění, je totiž třeba zohlednit okamžik, kdy bylo přijato rozhodnutí zadat veřejnou zakázku touto formou (rozsudek Soudního dvora ze dne 5. 10. 2000 ve věci C-337/98, EU:C:2000:543, *Komise proti Francii*, bod 37).

[33] Nejvyšší správní soud má proto za to, že je namístě položit následující předběžnou otázku Soudnímu dvoru: *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 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?

[34] Vyřešení této předběžné otázky považuje Nejvyšší správní soud za zásadní nejen pro nyní řešenou věc a s ní související některé další věci téhož stěžovatele, ale i pro další zadavatele, kteří obdobně jako v nyní projednávané věci zadávají navazující veřejné zakázky na úpravy či údržbu počítačových programů, ke kterým nemají majetková autorská práva v potřebném rozsahu, protože jejich pořízení nebylo v době zadání veřejné zakázky nutné, případně minimálně nebylo obvyklé a mohlo být i velmi nákladné.

IV. Závěr

[35] Nejvyšší správní soud proto pokládá Soudnímu dvoru předběžnou otázku vymezenou ve výroku I. tohoto usnesení.

[36] V návaznosti na položení předběžné otázky Nejvyšší správní soud dle § 48 odst. 1 písm. b) s. ř. s. přerušil řízení. Poté, co Soudní dvůr o předložené otázce rozhodne, bude v řízení Nejvyšší správní soud pokračovat (§ 48 odst. 6 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto usnesení **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně 12. září 2023

Petr Mikeš
předseda senátu