

Cauza C-578/23**Rezumatul cererii de decizie preliminară întocmit în temeiul articolului 98 alineatul (1) din Regulamentul de procedură al Curții de Justiție****Data depunerii:**

19 septembrie 2023

Instanța de trimitere:

Nejvyšší správní soud (Republica Cehă)

Data deciziei de trimitere:

12 septembrie 2023

Reclamantă:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Pârât:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Obiectul procedurii principale

Obiectul litigiului constă în a se stabili dacă au fost îndeplinite condițiile pentru atribuirea unui contract de achiziție publică în cadrul unei proceduri de negociere fără publicarea unui anunț de participare și, în special, dacă predecesorul legal al reclamantei¹ la momentul încheierii contractului privind integrarea sistemului în sistemul informatic ADIS (denumit în continuare „contractul inițial”) a cunoscut necesitatea viitoare de a achiziționa serviciul de întreținere de bază a sistemului informatic ADIS (denumit în continuare „SI ADIS”) și dacă, acționând în mod rezonabil, a trebuit să o anticipateze sau, eventual, dacă a luat în considerare necesitatea atribuirii contractelor subsecvente contractului respectiv.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Republica Cehă – Ministerul Finanțelor, Republica Cehă). Reclamanta a fost înființată în 2013 ca o unitate organizatorică independentă a statului și, în domeniul chestiunilor de administrare fiscală, a înlocuit Ministerstvo financí (Ministerul Finanțelor, Republica Cehă) căruia, totuși, îi rămâne subordonată.

Obiectul cererii de decizie preliminară

Instanța de trimitere abordează chestiunea dacă în cadrul aprecierii condiției de fond a procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare este necesară luarea în considerare a circumstanțelor de fapt și de drept de la momentul încheierii contractului inițial.

Întrebarea preliminară

„În vederea aprecierii dacă a fost îndeplinită condiția de fond pentru a recurge la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, și anume dacă autoritatea contractantă nu a condus la situația de exclusivitate prin comportamentul său culpabil, potrivit articolului 31 alineatul (1) litera (b) [din Directiva 2004/18]², trebuie să se țină seama de circumstanțele de drept și de fapt care au condus la încheierea contractului inițial, în urma căruia au fost încheiate contracte subsecvente de achiziții publice?”

Dispoziții de drept al Uniunii invocate

Articolul 28 din Directiva 2004/18 (Proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice)

Articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18 (Procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare)

Dispoziții naționale invocate

Articolul 21 alineatul (2) din zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (Legea nr. 137/2006 privind achizițiile publice, denumită în continuare „Legea privind achizițiile publice”) prevede că autoritatea contractantă poate atribui un contract de achiziții publice printr-o procedură deschisă sau restrânsă și, de asemenea, sub rezerva respectării anumitor condiții, printr-o procedură de negociere cu publicarea unui anunț de participare sau printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare.

Articolul 23 alineatul (4) litera (a) din Legea privind achizițiile publice prevede că autoritatea contractantă poate atribui contractul de achiziții publice printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare și în cazul în care, din motive tehnice, artistice, sau referitoare la protecția dreptului de exclusivitate sau a celui care rezultă din dispoziții specifice, contractul poate fi atribuit numai unui anumit operator economic.

² Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (denumită în continuare „Directiva 2004/18”).

Prezentare pe scurt a situației de fapt și a procedurii principale

- 1 Predecesorul legal al reclamantei a încheiat contractul inițial cu societatea IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation la 29 iunie 1992. Pe baza acestui acord, a fost creată SI ADIS, care până în prezent constituie sistemul informatic principal al administrației fiscale din Republica Cehă (denumită în continuare „RC”).
- 2 La 1 martie 2016, reclamanta a inițiat procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, în conformitate cu articolul 23 alineatul (4) litera (a) din Legea privind achizițiile publice și, la 20 mai 2016 a atribuit, în cadrul acestei proceduri, contractul de achiziție publică denumit „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016” (Serviciul de întreținere postgaranție de bază a aplicației ADIS pentru anul 2016). Reclamanta a procedat astfel pe baza opiniei expertului și a opiniei juridice, invocând motive tehnice³ și protecția drepturilor de autor ale societății IBM Česká republika, spol. s r.o. (denumită în continuare „operatorul economic”)⁴ asupra codului sursă SI ADIS. Obiectul prestației îl constituia serviciul de întreținere postgaranție de bază pentru SI ADIS. La 20 mai 2016, reclamanta a încheiat cu operatorul economic un contract de antrepriză privind achiziție publică. Prețul contractului de achiziție publică a fost de 33 294 389 de coroane cehe (CZK) fără TVA.
- 3 În decizia din 9 octombrie 2017, pârâtul a considerat că reclamanta a săvârșit o încălcare deoarece nu erau îndeplinite condițiile de aplicare a procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare în temeiul articolului 23 alineatul (4) litera (a) din Legea privind achizițiile publice, întrucât reclamanta nu ar fi demonstrat că, din motive tehnice, contractul de achiziție publică putea fi atribuit numai operatorului economic abordat. În același timp, potrivit pârâtului, necesitatea de a proteja drepturile exclusive ale reclamantei a fost declanșată în mod culpabil de comportamentul anterior al predecesorului legal al reclamantei.
- 4 Reclamanta a formulat recurs împotriva acestei decizii, care a fost respins de către președintele pârâtului. Acesta a admis concluziile pârâtului și a adăugat că nu este vorba despre o imposibilitate tehnică de a executa obiectul contractului de către un alt operator economic, ci de efectul real al caracterului exclusiv⁵ al drepturilor de autor acordate operatorului economic, ce nu permite adoptarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare.

³ Fără conectarea cu nucleul dur și cu alte module, funcționarea autonomă a modulelor, administrarea lor și dezvoltarea lor nu sunt posibile, modulele nu pot fi separate, obiectul contractului de achiziție publică interferează cu modulele existente. SI ADIS a fost creat și este dezvoltat de operatorul economic care deține drepturile de licență și care este familiarizat cu SI ADIS. Sunt necesare asigurarea continuității tehnice, întreținerea și dezvoltarea SI ADIS.

⁴ Asociatul său unic în 1992 a fost societatea IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

⁵ Situația de exclusivitate este definită în decizia de trimitere ca „o necesitate de a executa contractul exclusiv de către un anumit operator economic”.

- 5 Reclamanta a introdus o acțiune împotriva deciziei președintelui pârâtului la Krajský soud v Brně (Curtea Regională din Brno, Republica Cehă, denumită în continuare „instanța regională”) care a respins această acțiune. În opinia instanței regionale, atribuirea unui contract de achiziții publice printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare se permite în mod excepțional în cazul în care există motive în acest sens în temeiul articolului 23 alineatul (4) litera (a) din Legea privind achizițiile publice (condiție de formă), pe care totuși autoritatea contractantă nu ar fi putut să le prevadă și care nu îi pot fi imputabile (condiție de fond).
- 6 Instanța regională a considerat semnificativ faptul că, prin comportamentul său la încheierea contractului inițial, predecesorul legal al reclamantei a creat în mod culpabil o situație de exclusivitate a drepturilor patrimoniale de autor ale operatorului economic. Instanța a observat, de asemenea, că SI ADIS nu este un sistem informatic prevăzut pentru o durată scurtă de viață. Mai mult, acesta se referă la domeniul fiscal, care obiectiv este în mod constant supus schimbărilor. Prin urmare, nevoia de asistență tehnică continuă trebuia să fie evidentă.
- 7 În opinia instanței regionale, reclamanta nu a reușit să dovedească faptul că la momentul încheierii contractului inițial a existat un singur operator economic posibil și, în plus, instanța a indicat că condițiile de atribuire a contractului subsecvent contractului inițial trebuiau să fie apreciate ținând seama de dispozițiile legale în vigoare la momentul atribuirii acestui contract subsecvent.
- 8 Împotriva hotărârii instanței regionale, reclamanta a formulat un recurs în casație în fața instanței de trimitere.

Argumentele esențiale ale părților din procedura principală

- 9 Reclamanta susține că, la momentul încheierii contractului inițial, operatorul economic era singurul operator economic posibil, capabil să presteze serviciul solicitat (să furnizeze servere cu propriul sistem de operare și să asigure întreținerea și monitorizarea la distanță). La momentul încheierii contractului inițial, predecesorul reclamantei nu putea presupune în mod rezonabil că în viitor va fi nevoie să furnizeze serviciile suplimentare, necesare pentru menținerea funcționării SI ADIS. Nici măcar reclamanta nu a creat situația de exclusivitate în mod culpabil. Potrivit reclamantei, nici predecesorul legal al acesteia nu a creat situația de exclusivitate.
- 10 Reclamanta a încercat să înceteze dependența față de operatorul economic, deoarece nu avea acces la toate codurile sursă SI ADIS. Cu toate acestea, în anul 2015 operatorul economic a informat-o că nu avea în vedere transferul drepturilor de autor asupra SI ADIS. La momentul încheierii contractului inițial, nu a fost nici măcar posibil să se obțină transferul integral al drepturilor patrimoniale de autor asupra SI ADIS, întrucât unele componente erau utilizate în scop comercial la nivel mondial de către operatorul economic și partenerii săi.

- 11 La momentul încheierii contractului inițial, nu existau dispoziții legale care să reglementeze drepturile de autor și dreptul privind achizițiile publice. Situația de drept la momentul încheierii contractului inițial este esențială pentru aprecierea comportamentului ulterior al reclamantei.
- 12 Dacă reclamanta ar urma să desfășoare în prezent o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice pentru furnizarea unui nou sistem informatic, fondurile financiare investite în SI ADIS ar fi pierdute și, prin urmare reclamanta s-ar expune riscului ca această procedură să fie considerată contrară, principiilor economiei și oportunității.
- 13 Pârâțul arată că, pe baza exclusivității contractului inițial din anul 1992, reclamanta a dezvoltat SI ADIS exclusiv printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare, cel puțin până la sfârșitul anului 2019, iar din raportul expertului nu reiese că operatorul economic selectat era, din motive tehnice, singurul operator economic posibil al sistemului.
- 14 În cadrul procedurii administrative nu s-a stabilit dacă a existat efectiv o situație de exclusivitate în ceea ce privește condițiile de protecție a drepturilor exclusive. De fapt, era suficient să se analizeze dacă o eventuală situație de exclusivitate a fost creată în mod culpabil.
- 15 Din formularea contractului inițial reiese clar că obiectul prestației constituie punerea în aplicare a sistemului de administrare fiscală în trei etape. Pe baza contractului inițial, doar prima fază trebuia să fie pusă în aplicare. Prin urmare, s-a presupus că SI ADIS va fi operațional pentru o perioadă îndelungată.

Analiza întrebării preliminare

- 16 Instanța de trimitere s-a ocupat mai întâi de condiția de fond a procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare în cauză. În opinia instanței de trimitere, din jurisprudența națională a Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă, Republica Cehă) rezultă că „o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare poate fi utilizată în cazul în care motivele pentru care se recurge la aceasta sunt obiective, și anume, independente de voința autorității contractante”⁶ și, în același timp, că „pe baza condițiilor enumerate la articolul 31 din Directiva [2004/18], precum și la articolul 23 alineatul (4) din Legea [privind achizițiile publice], se poate deduce fără echivoc că „situația de

⁶ Hotărârea Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă) din 11 ianuarie 2013, dosarul nr. 5 Afs 43/2012-54, numărul 2790/2013 Sb. NSS [ansamblul hotărârilor Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă)], *Ministerstvo zemědělství* (Ministerul Agriculturii, Republica Cehă).

exclusivitate” (adică necesitatea de a executa contractul exclusiv de către un anumit operator economic) nu poate fi creată de autoritatea contractantă însăși”⁷.

- 17 În același timp, instanța de trimitere a atras atenția asupra faptului că considerentul (50) al Directivei 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE are următorul cuprins: „Exclusivitatea poate apărea, de asemenea, din alte motive, dar utilizarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare poate fi justificată numai de o situație de exclusivitate obiectivă, în care exclusivitatea nu a fost creată de către autoritatea contractantă însăși în vederea viitoarei proceduri de atribuire a contractului de achiziție publică”. Articolul 32 alineatul (2) litera (b) din această directivă prevede, de asemenea, că un contract de achiziții publice poate fi atribuit printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare, printre altele în cazul protecției unor drepturi exclusive, dacă „nu există o alternativă sau un substitut rezonabil, iar absența concurenței nu este rezultatul unei restrângeri artificiale a parametrilor achiziției”. Deși termenul de transpunere a acestei directive nu expirase încă la momentul inițierii procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, instanța de trimitere consideră că era vorba doar despre exprimarea expresă a unui principiu deja în vigoare⁸.
- 18 Deși Curtea de Justiție nu a abordat încă în jurisprudența sa dacă, pentru a recurge la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, este necesar ca motivul pentru care trebuie să se atribuie un contract de achiziții publice exclusiv unui anumit operator economic, în conformitate cu articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18, să nu fie imputabil autorității contractante, instanța de trimitere consideră că interpretarea dreptului Uniunii în această privință este *acte clair*.
- 19 Cu toate acestea, instanța de trimitere are îndoieli cu privire la faptul dacă la evaluarea acestei condiții de fond este necesar să se ia în considerare circumstanțele de fapt și de drept existente la momentul în care autoritatea contractantă era să creeze situația de exclusivitate. În speță, s-ar pune întrebarea dacă, prin urmare, predecesorul legal al reclamantei, la stabilirea drepturilor patrimoniale de autor în contractul inițial privind SI ADIS din anul 1992, a creat în mod culpabil o situație de exclusivitate în favoarea operatorului economic, care se opune utilizării procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare în privința unui contract de achiziții publice pentru anul 2016, subsecvent contractului anterior (adică 24 de ani mai târziu).

⁷ Hotărârea Nejvyšší správní soud (a Curții Administrative Supreme) din 12 mai 2016, dosarul nr. 1 As 256/2015-95, numărul 3436/2016 Sb. NSS [ansamblul hotărârilor Nejvyšší správní soud (ale Curții Administrative Supreme)], Dopravní podnik hl. m. Prahy (Societatea de transport a capitalei Praga, Republica Cehă).

⁸ Instanța de trimitere se referă, de exemplu, la considerentul (51) al Directivei 2014/23/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind atribuirea contractelor de concesiune.

- 20 În ceea ce privește circumstanțele de fapt și de drept la momentul încheierii contractului inițial, RC (denumită atunci Republica Federală Cehă și Slovacă) nu era membră a Uniunii Europene (denumită atunci Comunitatea Economică Europeană) la acea vreme. În același timp, nu exista o legislație națională relevantă privind atribuirea contractelor de achiziții publice; existau doar norme concise de atribuire a contractelor de achiziții publice reglementate de guvern, în vigoare de la 1 iulie 1992, adică la o perioadă destul de lungă după inițierea procedurii de încheiere a contractului inițial. Prima reglementare juridică cuprinzătoare a fost instituită numai în temeiul zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (al Legii nr. 199/1994 privind atribuirea contractelor de achiziții publice), care a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1995. În ceea ce privește reglementarea condițiilor licenței pentru SI ADIS, la momentul încheierii contractului inițial, erau în vigoare prevederile zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) [ale Legii nr. 35/1965 privind operele literare, științifice și artistice (Legea privind drepturile de autor)], în versiunea în vigoare până la 31 decembrie 1993. În lumina celor de mai sus, afirmația reclamantei potrivit căreia nu existau dispoziții legale care să reglementeze drepturile de autor este incorectă, deși nu poate fi ignorat faptul că practica încheierii contractelor privind drepturile de autor pentru sisteme [informatic] complexe, cum ar fi SI ADIS, era pe atunci cu totul diferită.
- 21 Prin urmare, la momentul încheierii contractului inițial, predecesorul legal al reclamantei a putut presupune în mod legitim că atribuirea contractelor subsecvente contractului inițial va fi posibilă către același operator economic, fără necesitatea de a asigura unor alți operatori economici procedura competitivă de ofertare pentru prestația cerută. În opinia reclamantei, la momentul încheierii contractului inițial, operatorul economic era singurul operator economic posibil și, prin urmare, reclamanta nu trebuia să presupună, fără analize suplimentare, că contractul subsecvent contractului inițial va putea fi executat și de alți operatori economici.
- 22 Potrivit instanței de trimitere, în jurisprudența națională există o divergență clară în ceea ce privește răspunsul la întrebarea preliminară.
- 23 Întrucât în hotărârea din 30 noiembrie 2021, cauza nr. 3 As 60/2020-64, Statutární město Brno (Orașul statutar Brno, Republica Cehă), Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă, Republica Cehă) a concluzionat că este necesar să se evalueze crearea situației de exclusivitate în raport cu momentul în care a luat naștere, ținând seama de reglementarea juridică relevantă (inclusiv faptul că RC nu era membră a Uniunii Europene la acea vreme) și de practica economică atunci în vigoare. În speță, autoritatea contractantă ar fi creat situația de exclusivitate în anul 1998, convenind într-un contract de antrepriză termenii licenței pentru sistemul informatic. Această soluție este susținută de faptul că, în ipoteza în care condiția de fond a fost îndeplinită, culpa autorității contractante în atribuirea contractului inițial ar trebui să fie decisivă, astfel încât ar fi foarte dificil să se aplice retroactiv normele moderne privind achizițiile publice printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare. În acest context, trebuie, de

asemenea, luate în considerare principiul neretroactivității și securitatea juridică. Un alt motiv pentru a lua în considerare circumstanțele de fapt și de drept la momentul atribuirii contractului inițial este că autoritatea contractantă ar fi fost deopotrivă obligată să utilizeze una dintre cele mai deschise forme de achiziții publice, în pofida faptului că, din motive tehnice, sau pentru protecția drepturilor exclusive formate în momentul în care legislația relevantă nu era în vigoare, doar un singur operator economic a putut furniza serviciul.

- 24 Cu toate acestea, în hotărârea din 12 martie 2020, cauza nr. 10 As 372/2019-56 Ministerstvo financí (Ministerul Finanțelor), Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă), a ajuns la concluzia contrară, potrivit căreia „o viziune rezonabilă asupra domeniului de achiziții publice s-ar opune «acceptării situației de exclusivitate care durează „pentru totdeauna” (timp de câteva decenii) numai pentru că noile contracte încheiate sunt subsecvente contractelor încheiate „acum mult timp”»”. Și în cealaltă cauză, autoritatea contractantă urma să creeze o situație de exclusivitate prin încheierea contractului pentru un sistem informatic, încă din anul 1995. O astfel de soluție este susținută de faptul că, potrivit Curții de Justiție, excepțiile care permit utilizarea procedurii de negociere fără publicarea unui anunț de participare trebuie interpretate restrictiv. Reclamanta a atribuit contractul de achiziție publică rezultat din contractul inițial în perioada acoperită de Legea privind achizițiile publice și de Directiva 2004/18. Prin urmare, i se aplica condiția de a nu crea o situație de exclusivitate prin propria conduită culpabilă. Din anul 1992 până în anul 2016, reclamanta (sau predecesorul său legal) ar fi putut fie să negocieze noile condiții contractuale privind drepturile patrimoniale de autor, astfel încât să poată atribui contracte de achiziții publice în cadrul uneia dintre cele mai deschise proceduri de atribuire a contractelor de achiziții publice, fie să înceapă să atribuie achizițiile pentru un nou sistem informatic, chiar și în detrimentul unor cheltuieli majorate temporar, ceea ce ar fi putut duce la economii pe termen lung. Așadar, situația de la momentul încheierii contractului inițial nu poate fi invocată în cazul în care exclusivitatea a continuat chiar și după adoptarea legislației relevante în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice. Pentru a stabili dacă procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare poate fi utilizată, trebuie însă să se ia în considerare momentul în care a fost luată decizia de atribuire a contractului în cadrul acestei proceduri⁹.
- 25 Instanța de trimitere nu este convinsă dacă oricare dintre variantele de interpretare poate fi considerată clară, plauzibilă și lipsită de îndoieli întemeiate, care este mai convingătoare decât celelalte variante. În plus, în opinia instanței de trimitere, soluționarea chestiunii, care nu a fost analizată până în prezent în jurisprudența Curții de Justiție, dacă în cadrul aprecierii condiției de fond este necesar să se ia în considerare circumstanțele de fapt și de drept existente la momentul în care autoritatea contractantă a creat situația de exclusivitate, are o importanță

⁹ Hotărârea Curții de Justiție din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța, C-337/98, EU:C:2000:543, punctul 37.

fundamentală nu numai în speță, ci și pentru alte autorități contractante în cauze similare.

DOCUMENT DE LUCRU