

Zadeva C-578/23**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)
Poslovnika Sodišča****Datum vložitve:**

19. september 2023

Predložitevno sodišče:

Nejvyšší správní soud (Češka republika)

Datum predložitvene odločbe:

12. september 2023

Tožeča stranka:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Tožena stranka:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Predmet postopka v glavni stvari

Predmet spora je vprašanje, ali so bili izpolnjeni pogoji za oddajo javnega naročila po postopku s pogajanjem brez predhodne objave in zlasti, ali se je pravni predhodnik tožeče stranke¹ ob sklenitvi pogodbe o sistemskem vključevanju v informacijski sistem ADIS (v nadaljevanju: prvotna pogodba) zavedal prihodnje potrebe po storitvah osnovnega servisiranja informacijskega sistema ADIS (v nadaljevanju: SI ADIS) in ali je moral razumno pričakovati, da bo do take potrebe prišlo, oziroma ali je predvidel, da bo potrebno zaradi tega naročila oddajati še nadaljnja naročila.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Češka republika – ministrstvo za finance). Tožeča stranka je bila ustanovljena leta 2013 kot samostojna organizacijska enota države in je glede vprašanj davčne uprave stopila na mesto Ministerstvo financí (ministrstvo za finance), ki pa mu je še vedno podrejena.

Predmet predloga za sprejetje predhodne odločbe

Predložitveno sodišče se ukvarja z vprašanjem, ali je treba pri presoji vsebinskega pogoja za postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu upoštevati dejanske okoliščine in pravni položaj v času sklenitve prvotne pogodbe.

Vprašanje za predhodno odločanje

„Ali je treba pri presoji, ali je izpolnjen vsebinski pogoj za uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, to je ali naročnik ni sam s svojim krivdnim ravnanjem ustvaril stanja ekskluzivnosti v skladu s členom 31(1)(b) [Direktive 2004/18]², upoštevati pravne in dejanske okoliščine, v katerih je bilo sklenjeno prvotno naročilo storitev, iz katerega izhajajo nadaljnja javna naročila?“

Navedene določbe prava Unije

Člen 28 Direktive 2004/18 (postopki oddaje javnih naročil).

Člen 31(1)(b) Direktive 2004/18 (postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu).

Upoštevne določbe nacionalnega prava

Člen 21(2) zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (zakon št. 137/2006 o javnih naročilih (v nadaljevanju: zakon o javnih naročilih) je določal, da lahko naročnik odda javno naročilo v odprtem ali omejenem postopku in, če so izpolnjeni določeni pogoji, tudi v postopku s pogajanjem po predhodni objavi obvestila o naročilu ali v postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu.

Člen 23(4)(a) zakona o javnih naročilih je določal, da lahko naročnik odda javno naročilo po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu tudi, če bi zaradi tehničnih ali umetniških razlogov, varstva ekskluzivnih pravic ali na podlagi posebnih predpisov lahko naročilo izvedel le določen ponudnik.

Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari

- 1 Pravna predhodnica tožeče stranke je prvotno pogodbo z družbo IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation sklenila 29. junija 1992. Na podlagi

² Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (v nadaljevanju: Direktiva 2004/18).

te pogodbe je nastal SI ADIS, ki je še danes ključni informacijski sistem davčne uprave v Češki republici (v nadaljnjem besedilu: Češka).

- 2 Tožeča stranka je 1. marca 2016 začela postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu v skladu s členom 23(4)(a) zakona o javnih naročilih in 20. maja 2016 v tem postopku oddala javno naročilo „Základní pozáruční servis aplikacije ADIS v r. 2016“ (osnovni pogarancijski servis aplikacije ADIS v letu 2016). Tožeča stranka je to storila na podlagi poročila izvedenca in pravnega mnenja, pri čemer se je sklicevala na tehnične³ razloge in zaščito avtorskih pravic družbe IBM Česká republika, spol. s.r.o. (v nadaljevanju: izvajalec)⁴ na izvorni kodi sistema SI ADIS. Predmet storitve je bil osnovni pogarancijski servis SI ADIS. Tožeča stranka je 20. maja 2016 z izvajalcem sklenila pogodbo o izvedbi javnega naročila. Cena javnega naročila je znašala 33.294.389 čeških kron (CZK) brez DDV.
- 3 Tožena stranka je v odločbi z dne 9. oktobra 2017 ugotovila, da je tožeča stranka storila kršitev, ker niso bili izpolnjeni pogoji za uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu iz člena 23(4)(a) zakona o javnih naročilih. Tožeča stranka namreč ni dokazala, da bi lahko javno naročilo iz tehničnih razlogov izvedel le zaproseni izvajalec. Hkrati naj bi po mnenju tožene stranke potrebo po varstvu ekskluzivnih pravic tožeče stranke krivdno povzročilo predhodno ravnanje pravnega predhodnika tožeče stranke.
- 4 Tožeča stranka je zoper to odločbo vložila pravno sredstvo, ki ga je predsednik tožene stranke zavrnil. Strinjal se je z ugotovitvami tožene stranke in dodal, da ne gre za vprašanje tehnične nemožnosti, da bi drug izvajalec izvedel predmet naročila, temveč za dejanski učinek ekskluzivnosti⁵ avtorskih pravic izvajalca, ki ne omogoča uporabe postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu.
- 5 Tožeča stranka je zoper odločbo predsednika tožene stranke vložila tožbo na Krajský soud v Brně (regionalno sodišče v Brnu, Češka republika, v nadaljevanju: regionalno sodišče), ki je tožbo zavrnilo. Po mnenju regionalnega sodišča je izjemoma dovoljeno oddati javno naročilo po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, če za to obstajajo razlogi v skladu s

³ Brez povezave s temeljnimi in drugimi moduli ni mogoče samodejno delovanje modulov, njihovo upravljanje in razvoj; modulov ni mogoče ločiti; vsebina javnega naročila posega v obstoječe module; SI ADIS je ustvaril in ga razvija izvajalec, ki je lastnik licenčnih pravic in pozna SI ADIS; zagotoviti je treba tehnično kontinuiteto, vzdrževanje in razvoj SI ADIS.

⁴ Edini partner leta 1992 je bila družba IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

⁵ Stanje ekskluzivnosti je v predložitveni odločbi opredeljeno kot „potreba, da naročilo izvede ekskluzivno določen gospodarski subjekt“.

členom 23(4)(a) zakona o javnih naročilih (formalni pogoj), ki pa jih naročnik ni mogel predvideti in mu jih ni mogoče pripisati (vsebinski pogoj).

- 6 Regionalno sodišče je menilo, da je pomembno, da je pravna predhodnica tožeče stranke s svojim ravnanjem pri sklenitvi prvotne pogodbe krivdno ustvarila stanje ekskluzivnosti izvajalčevih materialnih avtorskih pravic. Sodišče je tudi ugotovilo, da SI ADIS ni informacijski sistem, za katerega bi bilo treba predvideti kratko življenjsko dobo. Poleg tega naj bi šlo za področje obdavčitve, ki se objektivno stalno spreminja. Potreba po nadaljnji tehnični podpori je bila torej očitna.
- 7 Regionalno sodišče je menilo, da tožeča stranka ni dokazala, da je v času sklenitve prvotne pogodbe obstajal samo en možni izvajalec, poleg tega pa je poudarilo, da je treba pogoje za oddajo naročila, ki sledi prvotnemu naročilu, presojati ob upoštevanju pravnih določb, ki so veljale v času oddaje tega poznejšega naročila.
- 8 Tožeča stranka je pri predložitvenem sodišču vložila kasacijsko pritožbo zoper sodbo regionalnega sodišča.

Bistvene trditve strank postopka v glavni stvari

- 9 Tožeča stranka trdi, da je bil ob sklenitvi prvotne pogodbe izvajalec edini možni izvajalec, ki je lahko zagotovil zahtevano storitev (dobava strežnikov z lastnim operacijskim sistemom ter vzdrževanje in nadzor na daljavo). Ob sklenitvi prvotne pogodbe predhodnik tožeče stranke ni mogel razumno domnevati, da bo v prihodnosti obstajala potreba po zagotavljanju dodatnih dejavnosti, potrebnih za nadaljnje delovanje ADIS SI. Sama tožeča stranka naj ne bi krivdno ustvarila stanja ekskluzivnosti. Po mnenju tožeče stranke tudi njen pravni predhodnik ni ustvaril stanja ekskluzivnosti.
- 10 Tožeča stranka je skušala postati neodvisna od izvajalca – ni namreč imela dostopa do vseh izvornih kod sistema SI ADIS. Vendar jo je izvajalec leta 2015 obvestil, da ne razmišlja o prenosu materialnih avtorskih pravic na SI ADIS. Ob sklenitvi prvotne pogodbe tudi ni bilo mogoče pridobiti popolnega prenosa materialnih avtorskih pravic za aplikacijo ADIS SI, saj so izvajalec in njegovi partnerji nekatere komponente komercialno uporabljali po vsem svetu.
- 11 V času sklenitve prvotne pogodbe ni bilo pravnih predpisov, ki bi urejali avtorske pravice in pravo javnih naročil. Pravni položaj ob sklenitvi prvotne pogodbe je ključnega pomena za presojo poznejšega ravnanja tožeče stranke.
- 12 Če bi tožeča stranka zdaj začela postopek javnega naročanja za zagotovitev novega informacijskega sistema, bi izgubila finančna sredstva, vložena v sistem ADIS SI, in tako tvegala, da bi se tak postopek štel za neskladen z načeloma gospodarnosti in smotrnosti.
- 13 Tožena stranka poudarja, da je tožeča stranka na podlagi ekskluzivnosti prvotne pogodbe iz leta 1992 sistem SI ADIS razvijala izključno po postopku s pogajanj

brez predhodne objave obvestila o naročilu vsaj do konca leta 2019, iz izvedenskega poročila pa ne izhaja, da bi bil izbrani izvajalec iz tehničnih razlogov edini možni izvajalec za ta sistem.

- 14 V upravnem postopku se ni ugotavljalo, ali je stanje ekskluzivnosti glede pogoja varstva ekskluzivnih pravic sploh obstajalo. Zadoščala naj bi namreč preučitev, ali je bilo morebitno stanje ekskluzivnosti povzročeno krivdno.
- 15 Iz besedila prvotne pogodbe je jasno razvidno, da je predmet storitve uvedba sistema davčne uprave v treh fazah. Na podlagi prvotne pogodbe je bilo treba izvesti le prvo fazo. Zato se je domnevalo, da bo sistem SI ADIS deloval dlje časa.

Analiza vprašanja za predhodno odločanje

- 16 Predložitveno sodišče je najprej obravnavalo vsebinski pogoj za zadevni postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu. Po mnenju predložitvenega sodišča iz nacionalne sodne prakse Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče, Češka republika) izhaja, da „se lahko postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu uporabi, če so razlogi za njegovo uporabo objektivni, torej neodvisni od volje naročnika“⁶, in da je „na podlagi pogojev iz člena 31 Direktive [2004/18] in člena 23(4) zakona [o javnih naročilih] mogoče nedvoumno sklepati, da ‚stanja ekskluzivnosti‘ (tj. potrebe, da naročilo izvede ekskluzivno določen izvajalec) ne more ustvariti naročnik sam.“⁷
- 17 Hkrati je predložitveno sodišče poudarilo, da je v uvodni izjavi 50 Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES navedeno, da so „[z]a ekskluzivnost [...] lahko tudi drugi razlogi, a uporabo postopka s pogajanjem brez objave lahko upraviči le objektivna ekskluzivnost, če ekskluzivnosti ni ustvaril javni naročnik sam zaradi prihodnjega postopka javnega naročanja.“ Člen 32(2)(b) te direktive tudi določa, da se lahko javno naročilo odda po postopku s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, med drugim v primeru varstva ekskluzivnih pravic, če „ni ustrezne alternative ali nadomestila in če odsotnost konkurence ni posledica umetnega omejevanja parametrov javnega naročila“. Čeprav rok za prenos te direktive v času začetka postopka za dodelitev še ni

⁶ Sodba Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče) z dne 11. januarja 2013, zadeva številka 5 Afs 43/2012-54, številka 2790/2013 Sb. NSS [zbirka odločb Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče)], *Ministerstvo zemědělství* (ministrstvo za kmetijstvo, Češka republika).

⁷ Sodba Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče) z dne 12. maja 2016, zadeva št. 1 As 256/2015-95, številka 3436/2016 Sb. NSS [zbirka odločb Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče)], *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (prometno podjetje glavnega mesta Prage, Češka republika).

potekel, predložitveno sodišče meni, da je šlo zgolj za izrecno izražanje prej obstoječega načela.⁸

- 18 Čeprav Sodišče v svoji sodni praksi še ni obravnavalo vprašanja, ali je za uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu potrebno, da razlog, zaradi katerega je treba v skladu s členom 31(1)(b) Direktive 2004/18 javno naročilo oddati ekskluzivno določenemu gospodarskemu subjektu, ni na strani naročnika, predložitveno sodišče meni, da je razlaga prava Unije v zvezi s tem *acte clair*.
- 19 Vendar pa predložitveno sodišče dvomi o tem, ali je treba pri presoji tega vsebinskega pogoja upoštevati dejanske in pravne okoliščine v času, ko naj bi naročnik ustvaril stanje ekskluzivnosti. V obravnavani zadevi naj bi se posledično zastavilo vprašanje, ali je pravni predhodnik tožeče stranke z ureditvijo avtorskih pravic v prvotni pogodbi SI ADIS iz leta 1992 krivdno ustvaril stanje ekskluzivnosti v korist izvajalca, kar bi onemogočilo uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu za javno naročilo, ki je posledica prejšnjega naročila, leta 2016. (tj. 24 let pozneje).
- 20 Kar zadeva dejansko stanje in pravni položaj ob sklenitvi prvotne pogodbe, Češka republika (v tistem času Češka in slovaška federativna republika) takrat ni bila članica Evropske unije (v tistem času Evropske gospodarske skupnosti). Hkrati ni bilo ustrezne nacionalne zakonodaje o oddaji javnih naročil; obstajala so le kratka pravila o javnih naročilih, ki jih je določila vlada in so začela veljati 1. julija 1992, torej šele razmeroma dolgo po začetku postopka za sklenitev prvotne pogodbe. Prva celovita pravna ureditev je bila določena šele z zakon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (zakon št. 199/1994 Sb. o oddaji javnih naročil), ki je začel veljati 1. januarja 1995. Kar zadeva ureditev licenčnih pogojev za SI ADIS, so v času sklenitve prvotne pogodbe veljale določbe zakon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) (zakon št. 35/1965 Sb., o literarnih, znanstvenih in umetniških delih (avtorski zakon)), v različici, ki je veljala do 31. decembra 1993. Glede na navedeno je trditev tožeče stranke, da ni bilo zakonskih določb, ki bi urejale avtorske pravice, napačna, čeprav ni mogoče prezreti, da je takrat obstajala povsem drugačna praksa sklepanja pogodb, ki so zadevale avtorske pravice na kompleksnih sistemih, kot je SI ADIS.
- 21 Ob sklenitvi prvotne pogodbe je torej pravni predhodnik tožeče stranke lahko upravičeno domneval, da bo tudi naročila, ki sledijo prvotni pogodbi, mogoče oddati istemu izvajalcu, ne da bi bilo treba dati tudi drugim gospodarskim subjektom možnost, da se potegujejo za izvajanje potrebnih storitev. Po mnenju tožeče stranke je bil ta izvajalec v času sklenitve prvotne pogodbe edini možni

⁸ Predložitveno sodišče se na primer sklicuje na uvodno izjavo 51 Direktive 2014/23/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb.

izvajalec, zato tožeči stranki brez nadaljnjih analiz ni bilo treba domnevat, da bi naročilo, ki sledi prvotni pogodbi, lahko izvedli tudi drugi izvajalci.

- 22 Po mnenju predložitvenega sodišča je v nacionalni sodni praksi očitno razhajanje glede odgovora na vprašanje za predhodno odločanje.
- 23 Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče) je namreč v sodbi z dne 30. novembra 2021, zadeva št. 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno* (statutarno mesto Brno, Češka republika), ugotovilo, da je treba nastanek stanja ekskluzivnosti oceniti z vidika časa nastanka zadevnega razmerja, pri čemer je treba upoštevati ustrezno pravno ureditev (vključno z dejstvom, da Češka republika takrat ni bila članica Evropske unije) in takrat veljavno gospodarsko prakso. V obravnavanem primeru naj bi naročnik leta 1998 ustvaril stanje ekskluzivnosti s tem, da se je v podjemni pogodbi, ki se je nanašala na informacijski sistem, dogovoril o pogojih licence. V prid taki rešitvi govori dejstvo, da bi bilo, če bi bila za mnenje, da je bil vsebinski pogoj izpolnjen, odločilna napaka naročnika pri oddaji prvotnega naročila, zelo težko retroaktivno uporabiti sodobna pravila javnega naročanja s postopkom s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu. V tem okviru je treba upoštevati tudi prepoved retroaktivnosti in pravno varnost. Drugi razlog za upoštevanje dejanskih in pravnih okoliščin v času oddaje prvotnega naročila je, da bi bil naročnik prisiljen uporabiti eno od bolj odprtih oblik javnega naročanja, kljub temu da bi zaradi tehničnih razlogov ali varstva ekskluzivnih pravic, ki izvirajo iz časa, ko ustrezna zakonodaja še ni veljala, storitev lahko opravil le en določen izvajalec.
- 24 Vendar je Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče) v sodbi z dne 12. marca 2020, zadeva št. 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí* (ministrstvo za finance), prišlo do nasprotne ugotovitve, da „razumni pogled na področje javnih naročil nasprotuje“ sprejetju stanja ekskluzivnosti, ki traja „za vedno“ (več desetletij), samo zato, ker novo sklenjene pogodbe sledijo pogodbam, sklenjenim „že dolgo tega“. Tudi v tej zadevi naj bi naročnik ustvaril stanje ekskluzivnosti s sklenitvijo pogodbe za informacijski sistem, in to leta 1995. V prid taki rešitvi govori dejstvo, da je treba po mnenju Sodišča izjeme, ki omogočajo uporabo postopka s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, razlagati ozko. Tožeča stranka je oddala naknadno javno naročilo v obdobju veljavnosti zakona o javnih naročilih in Direktive 2004/18. Zato je zanjo veljala zahteva, da s svojim krivdnim ravnanjem ne ustvari stanja ekskluzivnosti. Od leta 1992 do leta 2016 bi se lahko tožeča stranka (ali njen pravni predhodnik) pogajal o novih pogodbenih pogojih za premoženjske pravice tako, da bi lahko oddala naročila po enem od bolj odprtih postopkov javnega naročanja, ali pa bi lahko začela oddajati naročila za nov informacijski sistem tudi na račun začasno povečanih stroškov, kar bi lahko dolgoročno prineslo prihranke. Zato se ni mogoče sklicevati na stanje v času sklenitve prvotnega naročila, če se je stanje ekskluzivnosti nadaljevalo tudi po sprejetju ustrezne zakonodaje o javnih naročilih. Pri ugotavljanju, ali je mogoče uporabiti postopek s pogajanjem brez predhodne objave obvestila o naročilu, je treba

namreč upoštevati trenutek, ko je bila sprejeta odločitev o oddaji naročila po tem postopku.⁹

- 25 Predložitveno sodišče ni prepričano, da je mogoče katero koli od razlag šteti za jasno, zanesljivo in brez razumnega dvoma bolj prepričljivo od drugih različic. Poleg tega je po mnenju predložitvenega sodišča vprašanje, ali je treba pri presoji vsebinskega pogoja upoštevati dejanske in pravne okoliščine v času, ko naj bi naročnik ustvaril stanje ekskluzivnosti, ki je vprašanje, ki v sodni praksi Sodišča še ni bilo rešeno, bistvenega pomena ne le v obravnavani zadevi, temveč tudi za druge naročnike v podobnih primerih.

DELOVNI DOKUMENT

⁹ Sodba Sodišča z dne 5. oktobra 2000, Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:1991:543, točka 37).