

**Processo C-578/23****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,  
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

19 de setembro de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo,  
República Checa)**Data da decisão de reenvio:**

12 de setembro de 2023

**Recorrente:**Česká republika – Generální finanční ředitelství (Direção-Geral dos  
Impostos, República Checa)**Recorrida:**Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autoridade da  
Concorrência checa)**Objeto do processo principal**

O litígio tem por objeto a questão de saber se estão preenchidas as condições para a adjudicação de um contrato público no âmbito de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso e, em especial, a questão de saber se, no momento da celebração do contrato de integração dos sistemas no sistema informático ADIS (a seguir «contrato inicial»), a antecessora legal da recorrente <sup>1</sup> tinha conhecimento de que no futuro seria necessário um serviço de base do sistema informático ADIS (a seguir «SI ADIS») e se devia razoavelmente

<sup>1</sup> Česká republika – Ministerstvo financí (Ministério das Finanças, República Checa). A recorrente foi criada em 2013 como entidade organizacional independente do Estado e substituiu, no que respeita às questões de Administração Fiscal, o Ministerstvo financí (Ministério das Finanças), ao qual permanece, contudo, subordinada.

tê-lo previsto, ou se antecipou a necessidade de adjudicação de contratos posteriores.

### **Objeto do pedido de decisão prejudicial**

O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se, ao apreciar a condição material de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, é necessário ter em conta as circunstâncias de facto e a situação jurídica existentes no momento da celebração do contrato inicial.

### **Questão prejudicial**

«Ao apreciar se está preenchida a condição material para recorrer a um procedimento por negociação sem a publicação de anúncio de contrato, isto é, se o comportamento da entidade adjudicante não criou uma situação de exclusividade na aceção do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), [da Diretiva 2004/18<sup>2</sup>], devem ser tidas em conta as circunstâncias de direito e de facto em que foi celebrado o contrato relativo à prestação inicial, no seguimento do qual foram celebrados contratos públicos posteriores?»

### **Disposições de direito da União invocadas**

Artigo 28.º da Diretiva 2004/18 (Procedimento de adjudicação de contratos públicos).

Artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18 (Procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso).

### **Disposições de direito nacional invocadas**

O § 21, n.º 2, da zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (Lei n.º 137/2006 relativa aos Contratos Públicos; a seguir «Lei dos Contratos Públicos») dispõe que a entidade adjudicante pode adjudicar um contrato público num concurso público ou limitado e, se estiverem preenchidas determinadas condições, num procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso ou num procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso.

O § 23, n.º 4, alínea a), da Lei dos Contratos Públicos dispõe que a entidade adjudicante também pode adjudicar um contrato público num procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, quando, por razões técnicas

<sup>2</sup> Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (a seguir «Diretiva 2004/18»).

ou artísticas, a proteção de direitos exclusivos ou de disposições especiais só pudesse ser executada por um operador económico determinado.

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

- 1 A antecessora legal da recorrente celebrou, em 29 de junho de 1992, um contrato inicial com a sociedade IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Ao abrigo deste contrato, foi criado o SI ADIS, que é até hoje o principal sistema informático da Administração Fiscal na República Checa.
- 2 Em 1 de março de 2016, a recorrente deu início a um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, em conformidade com o § 23, n.º 4, alínea a), da Lei dos Contratos Públicos e, em 20 de maio de 2016, adjudicou no âmbito desse procedimento um contrato público intitulado «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016» (serviço de garantia de base da aplicação ADIS em 2016). A recorrente fê-lo com base num relatório de um perito e num parecer jurídico, invocando razões técnicas<sup>3</sup> e a proteção dos direitos de autor da sociedade IBM Česká republika, spol. s r.o. (a seguir «operadores económicos»<sup>4</sup>) sobre o código-fonte do SI ADIS. O objeto da prestação era o serviço de base de pós-garantia do SI ADIS. Em 20 de maio de 2016, a recorrente celebrou um contrato de prestação de serviços relativo a um contrato público com o operador económico. O valor do contrato público perfazia 33 294 389 coroas checas (CZK), sem IVA.
- 3 Na sua Decisão de 9 de outubro de 2017, a recorrida declarou que a recorrente cometeu uma infração por não estarem preenchidas as condições para poder recorrer a um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso nos termos do § 23, n.º 4, alínea a), da Lei dos Contratos Públicos. Isto porque a recorrente não demonstrou que, por razões técnicas, o contrato público só podia ser executado pelo operador económico contactado. Simultaneamente, na opinião da recorrida, a necessidade de proteger os direitos de exclusividade da recorrente foi desencadeada por um procedimento anterior levado a cabo pela antecessora legal da recorrente.
- 4 A recorrente interpôs recurso desta decisão, ao qual o presidente da recorrida negou provimento. Concordou com as conclusões da recorrida e acrescentou que a questão de o objeto do contrato ser executado por outro operador económico não

<sup>3</sup> Sem uma relação com o núcleo e outros módulos, não é possível que funcionem autonomamente, sejam geridos e se desenvolvam; os módulos não podem ser separados; o objeto do contrato público interfere com os módulos existentes; o SI ADIS foi criado e está a ser desenvolvido pelo operador económico, que é o titular da licença e conhece o SI ADIS; é necessário haver continuidade técnica, manutenção e desenvolvimento do SI ADIS.

<sup>4</sup> O seu único sócio em 1992 era a sociedade IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

se trata de uma impossibilidade técnica, mas do efeito real da exclusividade<sup>5</sup> dos direitos de autor do operador económico, que não permite recorrer ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso.

- 5 A recorrente interpôs recurso da decisão do presidente da recorrida no Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa, a seguir «Tribunal Regional»), o qual lhe negou provimento. Segundo este tribunal, um contrato público pode ser adjudicado, a título excecional, no âmbito de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, se existirem fundamentos para tal nos termos do § 23, n.º 4, alínea a), da Lei dos Contratos Públicos (condição formal), os quais, no entanto, a entidade adjudicante não podia prever e não lhe são imputáveis (condição material).
- 6 O Tribunal Regional considerou relevante que a antecessora legal da recorrente, ao celebrar o contrato inicial, tivesse criado ilicitamente, com o seu comportamento, a exclusividade dos direitos patrimoniais de autor do operador económico. O tribunal declarou igualmente que o SI ADIS não era um sistema informático relativamente ao qual se devesse presumir um curto período de vida. Além disso, relaciona-se com o domínio fiscal que está objetivamente sujeito a constantes alterações. A necessidade de um apoio técnico suplementar deveria, por conseguinte, ser evidente.
- 7 Na opinião do Tribunal Regional, a recorrente não demonstrou que, no momento da celebração do contrato inicial, era o único operador económico possível e, além disso, indicou que as condições de adjudicação do contrato na sequência do contrato inicial deviam ser apreciadas tendo em conta as disposições jurídicas em vigor no momento da adjudicação do contrato posterior.
- 8 A recorrente interpôs recurso de cassação da sentença do Tribunal Regional no órgão jurisdicional de reenvio.

### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

- 9 A recorrente alega que, no momento da celebração do contrato inicial, o operador económico era o único operador económico possível que estava em condições de assegurar a prestação exigida (fornecer servidores equipados com o seu próprio sistema operativo e prestar o serviço e supervisão à distância). No momento da celebração do contrato inicial, a antecessora da recorrente não podia razoavelmente prever que seria necessário, no futuro, assegurar atividades adicionais necessárias para a continuação do funcionamento do SI ADIS. Não foi a própria recorrente que criou uma situação de exclusividade. Segundo a recorrente, a sua antecessora legal também não criou uma situação de exclusividade.

<sup>5</sup> A exclusividade é definida na decisão de reenvio como «a necessidade de o contrato ser executado exclusivamente por um determinado operador económico».

- 10 A recorrente tentou tornar-se independente do operador económico, porque não tinha acesso a todos os códigos-fonte do SI ADIS. No entanto, em 2015, o operador económico informou-a de que não tencionava transferir os direitos patrimoniais de autor do SI ADIS. No momento da celebração do contrato inicial, nem sequer era possível obter uma transferência completa dos direitos patrimoniais de autor sobre o SI ADIS, visto que certos componentes eram explorados comercialmente em todo o mundo pelo operador económico e pelos seus parceiros.
- 11 No momento da celebração do contrato inicial, não existiam disposições jurídicas que regulassem os direitos de autor e os contratos públicos. A situação jurídica no momento da celebração do contrato inicial reveste importância primordial para apreciar o comportamento posterior da recorrente.
- 12 Se a recorrente tivesse agora de levar a cabo um processo de adjudicação de um contrato público para o fornecimento de um novo sistema informático, estaria a desperdiçar os fundos investidos no SI ADIS, expondo-se assim ao risco de esse procedimento ser considerado contrário aos princípios da economia e da finalidade.
- 13 A recorrida refere que, com base na exclusividade do contrato inicial de 1992, a recorrente desenvolvia o SI ADIS exclusivamente através de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso pelo menos até ao final de 2019 e não resulta da peritagem que o operador económico selecionado era, por razões técnicas, o único operador económico possível desse sistema.
- 14 No processo administrativo não ficou demonstrado se existia sequer uma situação de exclusividade relativamente à condição de proteção dos direitos exclusivos. Isto porque teria bastado examinar se tinha contribuído para criar uma eventual situação de exclusividade.
- 15 Resulta claramente do conteúdo do contrato inicial que o objeto da prestação é a implementação de um sistema de administração fiscal em três etapas. Com base no contrato inicial, só foi executada a primeira fase. Por conseguinte, presumia-se que o SI ADIS estaria em funcionamento durante um longo período de tempo.

### **Análise da questão prejudicial**

- 16 O órgão jurisdicional de reenvio apreciou, em primeiro lugar, a condição material do procedimento por negociação sem a publicação de anúncio de concurso em causa. O órgão jurisdicional de reenvio considera que decorre da jurisprudência do Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa) que «se pode recorrer ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso se os fundamentos para tal forem objetivos, ou seja, independentes da

vontade da entidade adjudicante<sup>6</sup> e, simultaneamente, que «com base nas condições enunciadas no artigo 31.º da Diretiva [2004/18] e também no § 23, n.º 4, da Lei [dos contratos públicos], se pode concluir inequivocamente que a “situação de exclusividade” (ou seja, a necessidade de o contrato ser executado apenas por um determinado operador económico) não pode ser criada pela própria entidade adjudicante»<sup>7</sup>.

- 17 O órgão jurisdicional de reenvio também chamou a atenção para o facto de o considerando 50 da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, referir que «[a] exclusividade pode também ter outros fundamentos, mas só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso». O artigo 32.º, n.º 2, alínea b), dessa diretiva dispõe também que um contrato público pode ser adjudicado através de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, nomeadamente no caso de proteção de direitos exclusivos, quando «não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição artificial dos parâmetros do concurso». Embora o prazo de transposição desta diretiva ainda não tenha expirado até ao momento da abertura do processo de adjudicação, o órgão jurisdicional de reenvio considera que se tratava apenas de enunciar explicitamente um princípio já preexistente<sup>8</sup>.
- 18 Embora o Tribunal de Justiça ainda não tenha analisado, na sua jurisprudência, a questão de saber se, para recorrer a um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, é necessário que o fundamento pelo qual um contrato público deva ser adjudicado exclusivamente a um determinado operador económico nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18 não seja imputável à entidade adjudicante, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a interpretação do direito da União a este respeito reveste a natureza de *acte clair*.
- 19 No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à questão de saber se ao apreciar esta condição material é necessário ter em conta as circunstâncias de facto e a situação jurídica no momento em que a entidade

<sup>6</sup> Acórdão do Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) de 11 de janeiro de 2013, número do processo 5 Afs 43/2012-54, número 2790/2013 Sb. NSS [Coletânea do Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo)], *Ministerstvo zemědělství* (Ministério da Agricultura, República Checa).

<sup>7</sup> Acórdão do Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) de 12 de maio de 2016, número do processo 1 As 256/2015-95, número 3436/2016 Sb. NSS [Coletânea do Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo)], *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (empresa de transportes de Praga-Capital, República Checa).

<sup>8</sup> O órgão jurisdicional de reenvio refere, a título de exemplo, o considerando 51 da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

adjudicante terá criado a situação de exclusividade. No caso em apreço, tratar-se-ia, por conseguinte, de saber se a antecessora legal da recorrente, ao regular os direitos patrimoniais de autor no contrato inicial relativo ao SI ADIS em 1992, criou, com o seu comportamento, uma situação de exclusividade a favor do operador económico, o que exclui o recurso a um procedimento por negociação sem publicação de um anúncio de concurso para um contrato público na sequência de um contrato anterior em 2016 (ou seja 24 anos mais tarde).

- 20 No que diz respeito às circunstâncias de facto e à situação jurídica no momento da celebração do contrato inicial, a República Checa (então República Federal Checa e Eslovaca) não era, à época, membro da União Europeia (então Comunidade Económica Europeia). Ao mesmo tempo, não existia regulamentação nacional relevante em matéria de adjudicação de contratos públicos; existiam apenas regras concisas de adjudicação de contratos públicos estabelecidas pelo Governo, em vigor desde 1 de julho de 1992, ou seja, só relativamente muito tempo depois do início do processo de adjudicação do contrato inicial. A primeira regulamentação jurídica abrangente só foi estabelecida por força da *zákon č. 199/1994 Sb.*, o *zadávání veřejných zakázek* (Lei n.º 199/1994 relativa à adjudicação de contratos públicos), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 1995. No que respeita à regulamentação das condições de licença para o SI ADIS, no momento da celebração do contrato inicial, estavam em vigor as disposições da *zákon č. 35/1965 Sb.*, o *dílech literárních, vědeckých a uměleckých* (autorský zákon) [Lei n.º 35/1965 relativa às Obras Literárias, Científicas e Artísticas (Lei relativa aos Direitos de Autor)], na sua versão em vigor até 31 de dezembro de 1993. Tendo em conta o que precede, a afirmação da recorrente de que não existiam quaisquer disposições jurídicas em matéria de direitos de autor é falsa, ainda que não se possa ignorar que, à época, a prática contratual relativa aos direitos de autor sobre sistemas complexos como o SI ADIS era completamente diferente.
- 21 Assim, no momento da celebração do contrato inicial, a antecessora legal da recorrente podia, portanto, razoavelmente supor que também seria possível adjudicar contratos na sequência do contrato inicial ao mesmo operador económico sem que fosse necessário assegurar igualmente a outros operadores económicos a possibilidade de concorrerem à adjudicação da prestação necessária. Na opinião da recorrente, no momento da celebração do contrato inicial, o operador económico era o único operador económico possível, pelo que não devia presumir, sem mais, que o contrato posterior ao contrato inicial podia igualmente ser executado por outros operadores económicos.
- 22 Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, existe uma clara divergência na jurisprudência nacional no que respeita à resposta à questão prejudicial.
- 23 Com efeito, no seu Acórdão de 30 de novembro de 2021, número do processo 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno* (cidade estatutária de Brno, República Checa), o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) concluiu que era necessário apreciar a criação de uma situação de exclusividade da perspetiva do momento da criação da relação em causa, tendo em conta a

regulamentação jurídica aplicável (incluindo o facto de a República Checa não ser, à data, membro da União Europeia) e a prática económica então em vigor. No caso em apreço, a entidade adjudicante terá criado uma situação de exclusividade em 1998, acordando os termos da licença num contrato de serviços relativo a um sistema informático. Milita a favor desta solução a circunstância de que o comportamento entidade adjudicante na adjudicação do contrato inicial deveria ser determinante para se considerar que condição material estava preenchida, sendo muito difícil aplicar retroativamente as disposições atuais em matéria de contratos públicos através de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso. Neste contexto, importa igualmente ter em conta a proibição da retroatividade e da segurança jurídica. Outra razão para ter em conta a circunstâncias de facto e a situação jurídica no momento da adjudicação do contrato inicial é que a entidade adjudicante seria simultaneamente obrigada a recorrer a uma das formas mais abertas de adjudicação dos contratos, apesar de, por razões técnicas ou pela proteção de direitos exclusivos que surgiram numa altura em que as disposições jurídicas aplicáveis não estavam em vigor, apenas um determinado operador económico poder executar a prestação.

- 24 No entanto, no Acórdão de 12 de março de 2020, processo n.º 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí* (Ministério das Finanças), o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) chegou à conclusão oposta de que «uma visão razoável do domínio dos contratos públicos opor-se-ia a aceitar uma situação de exclusividade que dura “para sempre” (durante várias décadas) simplesmente porque os contratos celebrados recentemente retomam contratos celebrados “há muito tempo”». Também neste processo, a entidade adjudicante tinha criado uma situação de exclusividade através da celebração de um contrato para um sistema informático, e isto em 1995. Esta solução é corroborada pelo facto de, segundo o Tribunal de Justiça, as exceções que permitem recorrer ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso deverem ser interpretadas de forma restritiva. A recorrente adjudicou o contrato público na sequência do contrato inicial durante o período de vigência da Lei dos Contratos Públicos e da Diretiva 2004/18. Por conseguinte, estava sujeita à condição de que a criação de uma situação de exclusividade não lhe fosse imputável. De 1992 a 2016, a recorrente (ou a sua antecessora legal) podia ter negociado novas condições contratuais em matéria de direitos patrimoniais de autor de forma a poder adjudicar contratos públicos num dos procedimentos de adjudicação de contratos mais abertos, ou começar a adjudicar contratos para um novo sistema informático, mesmo com um aumento temporário das despesas, o que poderia ter gerado poupanças a longo prazo. Por conseguinte, não se pode invocar uma situação semelhante à existente no momento da celebração do contrato inicial quando a situação de exclusividade perdurou após a adoção das disposições jurídicas pertinentes em matéria de adjudicação de contratos públicos. Com efeito, para determinar se é possível recorrer ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, há que ter em conta a data em que foi tomada a decisão de adjudicar o contrato no âmbito desse procedimento. Assim, para determinar se se pode recorrer ao procedimento por negociação sem a publicação de anúncio de

concurso importa, em princípio, ter em consideração o momento em que a decisão de adjudicação do contrato foi adotada no âmbito desse procedimento <sup>9</sup>.

- 25 O órgão jurisdicional de reenvio não está convencido de que qualquer uma das variantes de interpretação possa ser considerada clara, credível e sem dúvidas razoáveis, mais convincente do que as outras variantes. Além disso, na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, a questão de saber se é necessário, para efeitos da apreciação de uma condição material, ter em conta as circunstâncias de facto e a situação jurídica no momento em que a entidade adjudicante terá criado uma situação de exclusividade, questão essa que ainda não foi resolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, reveste importância primordial não apenas no caso em apreço mas também para outras entidades adjudicantes em processos semelhantes.

<sup>9</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de outubro de 2000, Comissão/França, C-337/98, EU:C:2000:543, n.º 37.