

Asunto C-578/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

19 de septiembre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, República Checa)

Fecha de la resolución de remisión:

12 de septiembre de 2023

Parte demandante:

Česká republika — Generální finanční ředitelství (República Checa — Dirección General Tributaria)

Parte demandada:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficina de Defensa de la Competencia, República Checa)

Objeto del procedimiento principal

El litigio tiene por objeto determinar si concurrían los requisitos para la adjudicación de un contrato público mediante un procedimiento negociado sin publicación de anuncio de licitación y, en particular, si en el momento de la celebración del contrato relativo a la integración de sistemas en el sistema informático ADIS (en lo sucesivo, «contrato inicial»), el predecesor legal de la parte demandante ¹ tenía conocimiento de que en el futuro sería necesario un servicio de base del sistema informático ADIS (en lo sucesivo, «SI ADIS») y si de manera razonable debía haberlo previsto, o si anticipó la necesidad de la adjudicación de los contratos ulteriores a dicho contrato.

¹ República Checa — Ministerstvo financí (Ministerio de Hacienda, República Checa). La parte demandante fue instituida en 2013 como unidad organizativa autónoma del Estado y le fue atribuida la competencia en el ámbito de la administración tributaria, hasta entonces competencia del Ministerio de Hacienda, al que no obstante sigue estando subordinada.

Objeto de la petición de decisión prejudicial

El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si a efectos de determinar si concurre el requisito material para poder recurrir a un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación es necesario tener en cuenta las circunstancias de hecho y la situación jurídica existentes en el momento de la celebración del contrato inicial.

Cuestión prejudicial

«¿Al apreciar si se cumple el requisito material para recurrir al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, es decir, si el poder adjudicador no ha creado con su propia actuación una situación de exclusividad, en el sentido del artículo 31, apartado 1, letra b) de la [Directiva 2004/18],² deben tenerse en cuenta las circunstancias jurídicas y fácticas de la celebración del contrato relativo a la prestación inicial, que ha dado lugar a ulteriores contratos públicos?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Artículo 28 de la Directiva 2004/18 (Procedimientos de adjudicación de contratos públicos).

Artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 (Procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación).

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículo 21, apartado 2, de la zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (Ley n.º 137/2006 sobre Contratación Pública; en lo sucesivo, «Ley sobre Contratación Pública»), a tenor del cual el poder adjudicador puede adjudicar un contrato público mediante un procedimiento abierto o restringido y, siempre que se cumplan determinados requisitos, mediante un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación o mediante un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación.

Artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley sobre Contratación Pública, de conformidad con el cual el poder adjudicador puede adjudicar un contrato público mediante el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación también cuando, por razones técnicas o artísticas, de protección de derechos de

² Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en lo sucesivo, «Directiva 2004/18»).

exclusividad o resultantes de una normativa especial, el contrato solo pueda ser ejecutado por un operador económico determinado.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 29 de junio de 1992 el predecesor legal de la parte demandante celebró el contrato inicial con IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Sobre la base de dicho contrato, se creó SI ADIS, que a día de hoy es el sistema informático principal de la administración tributaria de la República Checa.
- 2 El 1 de marzo de 2016 la parte demandante inició un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, de conformidad con el artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley sobre Contratación Pública, y el 20 de mayo de 2016 adjudicó en el marco de dicho procedimiento el contrato «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016» («Servicio postgarantía de base de la aplicación ADIS en 2016»). La parte demandante, basándose a tales efectos en un informe pericial y en un dictamen jurídico, invocó razones técnicas³ y la protección de los derechos de propiedad intelectual de IBM Česká republika, spol. s r.o. (en lo sucesivo, «operador económico»)⁴ sobre el código fuente SI ADIS. El objeto de la prestación era el mantenimiento de base postgarantía de SI ADIS. El 20 de mayo de 2016, la parte demandante celebró con el operador económico un contrato público de obra. El precio del contrato público ascendía a 33 294 389 coronas checas (CZK), excluido el IVA.
- 3 Mediante decisión de 9 de octubre de 2017, la parte demandada estableció que la parte demandante había cometido una infracción, dado que no se cumplían los requisitos necesarios para poder recurrir al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, de conformidad con el artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley sobre Contratación Pública. Consideró que la parte demandante no había acreditado que, por razones técnicas, el contrato público solo podía haber sido ejecutado por el operador económico al que se había adjudicado. Al mismo tiempo, según la parte demandada, la necesidad de proteger los derechos de exclusividad de la parte demandante se debía a la actuación del predecesor legal de esta última.
- 4 La parte demandante interpuso recurso contra dicha decisión, que fue desestimado por el presidente de la parte demandada. Este expresó su acuerdo con las conclusiones de la parte demandada y añadió que no se trataba de una

³ Sin un vínculo con el núcleo y otros módulos, no es posible el funcionamiento independiente de los módulos, ni su control ni su desarrollo; los módulos no pueden separarse; el objeto de la contratación pública incide en los módulos existentes; SI ADIS fue creado y es desarrollado por el operador económico, que es el titular de los derechos de licencia y está familiarizado con SI ADIS; es necesaria la continuidad técnica, así como el mantenimiento y el desarrollo de SI ADIS.

⁴ Su único socio en 1992 era IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

imposibilidad técnica de que el contrato fuera ejecutado por otro operador económico, sino de la consecuencia fáctica de la exclusividad⁵ de los derechos de propiedad intelectual del operador económico seleccionado, que no permitía recurrir al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación.

- 5 La parte demandante interpuso recurso contra la decisión del presidente de la parte demandada ante el Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa; en lo sucesivo, «Tribunal Regional»), que lo desestimó. Según el Tribunal Regional, con carácter excepcional, es posible adjudicar un contrato público mediante el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación siempre que concurren las razones contempladas a tal efecto en el artículo 23, apartado 1, letra a), de la Ley sobre Contratación Pública (requisito formal), que, no obstante, el poder adjudicador no podía haber previsto y que no le sean atribuibles (requisito material).
- 6 El Tribunal Regional consideró, en esencia, que el predecesor legal de la parte demandante, mediante su actuación al celebrar el contrato inicial, había contribuido a crear una situación de exclusividad respecto de los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial del operador económico seleccionado. Dicho tribunal observó, además, que SI ADIS no es un sistema informático del que cupiera presumir que tendría una corta vida útil. Añadió que ese sistema se utiliza en el ámbito tributario, objetivamente sujeto a constantes cambios. Por tanto, la necesidad de seguir contando con un soporte técnico debería haber sido evidente.
- 7 Según el Tribunal Regional, la parte demandante no había acreditado que en el momento de la celebración del contrato inicial existiese un único operador económico posible. Dicho tribunal señaló, además, que las condiciones de la adjudicación de un contrato ulterior al contrato inicial debían apreciarse teniendo en cuenta las disposiciones legales vigentes en el momento de esa adjudicación posterior.
- 8 La parte demandante interpuso recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente contra la sentencia del Tribunal Regional.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 9 La parte demandante alega que, en el momento de la celebración del contrato inicial, el operador económico seleccionado era el único que podía garantizar la prestación requerida (suministrar servidores dotados de un sistema operativo propio y garantizar un servicio de asistencia y control remoto). Sostiene que en el momento de la celebración del contrato inicial el predecesor de la parte demandante no podía prever razonablemente que en el futuro sería preciso realizar

⁵ La situación de exclusividad se define en la resolución de remisión como «la necesidad de que el contrato sea ejecutado exclusivamente por un determinado operador económico».

actividades adicionales necesarias para que SI ADIS continuara siendo operativo. La parte demandante aduce que ella no creó una situación de exclusividad y que tampoco lo hizo su predecesor legal.

- 10 La parte demandante alega que su intención era dejar de depender del operador económico; de hecho, no tenía acceso a todos los códigos fuente de SI ADIS. Sin embargo, en 2015 este último le comunicó que no se planteaba la cesión de los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial sobre SI ADIS. En el momento de la celebración del contrato inicial ni siquiera era posible obtener la cesión completa de tales derechos sobre SI ADIS, ya que algunos componentes eran explotados comercialmente en todo el mundo por el operador económico y sus socios.
- 11 En el momento de la celebración del contrato inicial no existían disposiciones legales que regularan los derechos de propiedad intelectual y los contratos públicos. La situación jurídica en el momento de la celebración del contrato inicial es esencial para apreciar la posterior actuación de la parte demandante.
- 12 Si la parte demandante incoase ahora a un procedimiento de licitación para el suministro de un nuevo sistema informático, malbarataría los recursos financieros invertidos en SI ADIS y, en consecuencia, correría el riesgo de que dicho procedimiento se considerase contrario a los principios de economía y oportunidad.
- 13 La parte demandada alega que, sobre la base de la exclusividad del contrato inicial de 1992, la parte demandante desarrolló SI ADIS de manera exclusiva mediante un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación hasta al menos finales de 2019 y que del informe pericial no se desprende que el operador económico seleccionado fuera, por razones técnicas, el único operador posible en relación con ese sistema.
- 14 En el procedimiento administrativo no se determinó si existía una situación de exclusividad respecto al requisito de protección de los derechos exclusivos en alguna medida. Era suficiente apreciar si se había contribuido a crear una posible situación de exclusividad.
- 15 De los términos del contrato inicial se desprende claramente que el objeto de la prestación es la implementación de un sistema de administración tributaria en tres fases. Sobre la base del contrato inicial solo debía implementarse la primera fase. Por tanto, se presumía que SI ADIS estaría operativo durante mucho tiempo.

Análisis de la cuestión prejudicial

- 16 El órgano jurisdiccional remitente examinó en primer lugar el requisito material del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación de que se trata. Según el órgano jurisdiccional remitente, de la jurisprudencia nacional del Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo,

República Checa) se desprende que «puede recurrirse a un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación cuando existan a tal efecto razones objetivas, es decir, independientes de la voluntad del poder adjudicador»⁶ y, al mismo tiempo, que «sobre la base de los requisitos enumerados en el artículo 31 de la Directiva [2004/18], así como en el artículo 23, apartado 4, de la Ley [sobre Contratación Pública], se puede inferir inequívocamente que la “situación de exclusividad” (es decir, la necesidad de que el contrato sea ejecutado exclusivamente por un determinado operador económico) no puede ser creada por el propio poder adjudicador».⁷

- 17 Al mismo tiempo, el órgano jurisdiccional remitente señaló que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, indica que «la exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación». El artículo 32, apartado 2, letra b), de dicha Directiva establece, asimismo, que un contrato público puede adjudicarse mediante un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, entre otros, en el supuesto de que deban protegerse derechos exclusivos «cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación». Si bien en el momento en que se inició el procedimiento de adjudicación aún no había expirado el plazo para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva, el órgano jurisdiccional remitente considera que se trataba meramente de la expresión explícita de una norma preexistente.⁸
- 18 Aunque el Tribunal de Justicia aún no ha abordado en su jurisprudencia la cuestión de si, para utilizar el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, es necesario que la razón por la que se deba adjudicar un contrato público exclusivamente a un operador económico determinado con arreglo al artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 no sea atribuible al poder adjudicador, el órgano jurisdiccional remitente considera que la interpretación del Derecho de la Unión a este respecto reviste la naturaleza de *acte clair*.

⁶ Sentencia del Nejvyšší správní soud de 11 de enero de 2013, asunto n.º 5 Afs 43/2012-54, n.º 2790/2013 Sb. NSS [repertorio de jurisprudencia del Nejvyšší správní soud], Ministerstvo zemědělství (Ministerio de Agricultura, República Checa).

⁷ Sentencia del Nejvyšší správní soud de 12 de mayo de 2016, asunto n.º 1 As 256/2015-95, n.º 3436/2016 Sb. NSS [repertorio de jurisprudencia del Nejvyšší správní soud], Dopravní podnik hl. m. Prahy (empresa de transportes de la ciudad de Praga, República Checa).

⁸ El órgano jurisdiccional remitente hace referencia, a modo de ejemplo, al considerando 51 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

- 19 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si, a efectos de la apreciación de este requisito material, es necesario tener en cuenta las circunstancias de hecho y la situación jurídica del momento en el que el poder adjudicador supuestamente creó una situación de exclusividad. De ser así, a su juicio, en el presente asunto se trataría de determinar si el predecesor legal de la parte demandante, al regular los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial en el contrato inicial relativo a SI ADIS en 1992, creó con su actuación una situación de exclusividad a favor del operador económico, lo que impediría el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación para la adjudicación del ulterior contrato público en 2016 (es decir, 24 años después).
- 20 Por lo que respecta a las circunstancias de hecho y a la situación jurídica en el momento de la celebración del contrato inicial, la República Checa (entonces República Federal Checa y Eslovaca) no era todavía miembro de la Unión Europea (entonces Comunidad Económica Europea). Al mismo tiempo, no existía una normativa nacional pertinente en materia de adjudicación de contratos públicos; solo existían sucintas normas de contratación pública dictadas por el Gobierno, que habían entrado en vigor el 1 de julio de 1992, es decir, una vez transcurrido un período de tiempo relativamente largo desde el inicio del procedimiento que condujo a la celebración del contrato inicial. La primera regulación de carácter exhaustivo no fue introducida hasta la *zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Ley n.º 199/1994 sobre Contratación Pública)*, que entró en vigor el 1 de enero de 1995. En cuanto atañe a la regulación de las condiciones de la licencia para SI ADIS, en el momento de la celebración del contrato inicial eran de aplicación las disposiciones de la *zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) [Ley n.º 35/1965 o dziełach literackich, naukowych i artystycznych (Ley relativa a las Obras Literarias, Científicas y Artísticas –Ley de Propiedad Intelectual–)]*, en la versión vigente hasta el 31 de diciembre de 1993. A la vista de lo anterior, la alegación de la parte demandante de que no existía una normativa que regulara los derechos de propiedad intelectual carece de fundamento, si bien no se puede ignorar que en esa época la práctica en el ámbito de la adjudicación de contratos respecto a los derechos de propiedad intelectual sobre sistemas complejos, como SI ADIS, era completamente diferente.
- 21 Por tanto, en el momento de la celebración del contrato inicial, el predecesor legal de la parte demandante podía suponer legítimamente que era posible que los contratos ulteriores al contrato inicial se adjudicaran al mismo operador económico, sin que fuera necesario garantizar que otros operadores económicos pudieran competir también por la prestación requerida. Según la parte demandante, en el momento de la celebración del contrato inicial el operador económico seleccionado era la única opción posible y, por tanto, ella no tenía por qué presumir *a priori* que los contratos ulteriores podrían ser ejecutados también por otros operadores económicos.

- 22 Según el órgano jurisdiccional remitente, en la jurisprudencia nacional existen posturas claramente divergentes en cuanto a la respuesta que debe darse a la cuestión prejudicial.
- 23 En efecto, en su sentencia de 30 de noviembre de 2021, asunto n.º 3 As 60/2020-64, Statutární město Brno (Ciudad estatutaria de Brno, República Checa), el Nejvyšší správní soud concluyó que es necesario apreciar la situación de exclusividad en consideración al momento en el que nazca tal relación, teniendo en cuenta el régimen jurídico aplicable (incluido el hecho de que la República Checa no era entonces miembro de la Unión Europea) y los usos comerciales entonces vigentes. En el presente asunto, se alega que el poder adjudicador creó una situación de exclusividad en 1998, al establecer las condiciones de la licencia en un contrato de obra relativo a un sistema informático. Tal postura se ve respaldada por el hecho de que, si se considera que para que concurra el requisito material es determinante la actuación del poder adjudicador en la adjudicación del contrato inicial, resultaría muy difícil aplicar retroactivamente la normativa actual de contratación pública por el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación. En este contexto, también deben tomarse en consideración la prohibición de retroactividad y la seguridad jurídica. Otra razón para tener en cuenta las circunstancias de hecho y la situación jurídica existentes en el momento de la adjudicación del contrato inicial es que el poder adjudicador podría verse obligado al mismo tiempo a recurrir a una de las formas más abiertas de adjudicación de los contratos, aun cuando, por razones técnicas o de protección de derechos de exclusividad nacidos en un momento en el que no existía una normativa específica aplicable, solo un operador económico concreto podría ejecutar la prestación.
- 24 Sin embargo, en su sentencia de 12 de marzo de 2020, asunto n.º 10 As 372/2019-56, Ministerstvo financí, el Nejvyšší správní soud llegó a la conclusión opuesta de que «una postura razonable en el ámbito de la contratación pública se opondría a “la aceptación de una situación de exclusividad” que dure “para siempre” (varias décadas) por el único motivo de que los nuevos contratos se inscriben en la continuidad de contratos celebrados “hace mucho tiempo”». También en este asunto el poder adjudicador supuestamente creó una situación de exclusividad al celebrar un contrato para un sistema informático en 1995. Tal postura se ve respaldada por el hecho de que, según el Tribunal de Justicia, las excepciones que permiten recurrir al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación deben interpretarse de manera restrictiva. La parte demandante adjudicó el contrato público ulterior al contrato inicial de conformidad con la Ley sobre Contratación Pública y la Directiva 2004/18. Por tanto, estaba sujeta al requisito de que no le fuese imputable la creación de la situación de exclusividad. De 1992 a 2016, la parte demandante (o su predecesor legal) podría, bien haber negociado nuevas condiciones contractuales en relación con los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial, y de ese modo haber adjudicado los contratos públicos con arreglo a uno de los procedimientos de adjudicación más abiertos, bien haber incoado un nuevo procedimiento de adjudicación para un nuevo sistema informático, incluso si se hubiera producido

un incremento temporal de los costes, que, no obstante, podría haber supuesto un ahorro a largo plazo. Por tanto, la situación existente en el momento de la celebración del contrato inicial no puede invocarse cuando la situación de exclusividad haya perdurado después de la adopción de las disposiciones legales pertinentes en materia de adjudicación de contratos públicos. En efecto, para determinar si es posible recurrir al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, debe tenerse en cuenta el momento en el que se adoptó la decisión de adjudicación del contrato en el marco de dicho procedimiento.⁹

- 25 El órgano jurisdiccional remitente no tiene la certeza de que alguna de las opciones interpretativas pueda considerarse clara, plausible y, más allá de toda duda razonable, más convincente que las demás. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente estima que la respuesta a la cuestión de si, a efectos de apreciar la concurrencia del requisito material es necesario tener en cuenta las circunstancias de hecho y la situación jurídica en el momento en el que el poder adjudicador supuestamente creó una situación de exclusividad, cuestión que aún no ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reviste esencial importancia no solo en el presente asunto, sino también en asuntos similares concernientes a otros poderes adjudicadores.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), apartado 37.