

Predmet C-578/23**Sažetak zahtjeva za prethodnu odluku sastavljen na temelju članka 98.
stavka 1. Poslovnika Suda****Datum podnošenja:**

19. rujna 2023.

Sud koji je uputio zahtjev:

Nejvyšší správní soud (Češka Republika)

Datum odluke kojom se upućuje zahtjev:

12. rujna 2023.

Žalitelj:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Druha stranka u žalbenom postupku:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Predmet glavnog postupka

Spor se odnosi na to jesu li ispunjeni uvjeti za dodjelu ugovora o javnoj nabavi u pregovaračkom postupku bez objave poziva na nadmetanje, osobito na to je li žaliteljev pravni prednik¹ u trenutku sklapanja ugovora o integraciji sustava u informacijski sustav ADIS (u daljnjem tekstu: prvotni ugovor) znao da će u budućnosti biti potrebno osnovno održavanje informacijskog sustava ADIS (u daljnjem tekstu: IS ADIS) te je li, postupajući razumno, trebao očekivati, odnosno pretpostaviti da će biti potrebna dodjela daljnjih javnih ugovora koji su posljedica tog javnog ugovora.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Češka Republika – Ministarstvo financija, Češka Republika). Žalitelj je osnovan 2013. kao neovisna državna organizacijska jedinica te u području pitanja porezne uprave zamjenjuje Ministerstvo financí (Ministarstvo financija, Češka Republika) kojemu je, međutim, i dalje podređen.

Predmet zahtjeva za prethodnu odluku

Sud koji je uputio zahtjev razmatra pitanje treba li prilikom ocjene materijalnog uvjeta za pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje uzeti u obzir činjenice i pravno stanje u trenutku sklapanja prvotnog ugovora.

Prethodno pitanje

„Trebalo li prilikom ocjene toga je li ispunjen materijalni uvjet za korištenje pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje, odnosno toga je li naručitelj svojim skrivljenim postupanjem prouzročio stanje isključivosti, u skladu s člankom 31. stavkom 1. točkom (b) [Direktive 2004/18]², uzeti u obzir u kojim je pravnim i činjeničnim okolnostima sklopljen ugovor o prvotnoj činidbi čija su posljedica daljnji ugovori o javnoj nabavi?“

Navedene odredbe prava Unije

Članak 28. Direktive 2004/18 (Postupci dodjele ugovora o javnoj nabavi)

Članak 31. stavak 1. točka (b) Direktive 2004/18 (Pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje)

Navedene odredbe nacionalnog prava

Člankom 21. stavkom 2. Zakona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (Zakon br. 137/2006 o javnoj nabavi, u daljnjem tekstu: Zakon o javnoj nabavi) predviđalo se da naručitelj može dodijeliti ugovor o javnoj nabavi u otvorenim ili ograničenim postupcima te, ako su ispunjeni određeni uvjeti, i u pregovaračkom postupku s objavom poziva na nadmetanje ili pregovaračkom postupku bez objave poziva na nadmetanje.

Člankom 23. stavkom 4. točkom (a) Zakona o javnoj nabavi predviđalo se da javni naručitelj može dodijeliti javni ugovor u pregovaračkom postupku bez objave poziva na nadmetanje samo kad se, iz tehničkih ili umjetničkih razloga, iz razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava ili razloga koji proizlaze iz posebnih odredbi, ugovor može sklopiti samo s određenim gospodarskim subjektima.

² Direktiva 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima [javnoj nabavi radova], ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama [javnoj nabavi usluga] (u daljnjem tekstu: Direktiva 2004/18)

Sažeti prikaz činjeničnog stanja i tijeka glavnog postupka

- 1 Žaliteljev pravni prednik sklopio je 29. lipnja 1992. prvotni ugovor s društvom IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Na temelju tog ugovora stvoren je IS ADIS koji je do danas ključan informacijski sustav porezne uprave u Češkoj Republici.
 - 2 Žalitelj je 1. ožujka 2016. pokrenuo pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje u skladu s člankom 23. stavkom 4. točkom (a) Zakona o javnoj nabavi te je 20. svibnja 2016. u okviru tog postupka dodijelio javni ugovor pod nazivom „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016” (osnovno održavanje aplikacije ADIS izvan jamstvenog roka u 2016.). Žalitelj je to učinio na temelju stručne ocjene i pravnog mišljenja te se pozvao na tehničke razloge³ i zaštitu autorskih prava društva IBM Česká republika, spol. s r.o. (u daljnjem tekstu: gospodarski subjekt)⁴ na izvorni kod IS-a ADIS. Predmet činidbe bilo je osnovno održavanje IS-a ADIS izvan jamstvenog roka. Žalitelj je 20. svibnja 2016. sklopio javni ugovor o djelu s gospodarskim subjektom. Cijena javnog ugovora iznosila je 33 294 389 čeških kruna (CZK) bez PDV-a.
 - 3 Odlukom od 9. listopada 2017. druga stranka u žalbenom postupku utvrdila je da je žalitelj počinio prekršaj jer nisu bili ispunjeni uvjeti za korištenje pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje u skladu s člankom 23. stavkom 4. točkom (a) Zakona o javnoj nabavi. Naime, žalitelj nije dokazao da je ugovor o javnoj nabavi iz tehničkih razloga mogao izvršiti samo gospodarski subjekt kojem se obratio. Istodobno, prema mišljenju druge stranke u žalbenom postupku, do potrebe da se zaštite žaliteljeva isključiva prava došlo je krivično zbog ranijeg postupanja žaliteljeva pravnog prednika.
 - 4 Žalitelj je protiv te odluke podnio pravni lijek koji je odbio predsjednik druge stranke u žalbenom postupku. On se složio sa zaključcima druge stranke u žalbenom postupku i dodao da nije riječ o tome da drugi gospodarski subjekt tehnički ne može izvršiti predmet ugovora, nego o stvarnom učinku isključivosti⁵ autorskih prava gospodarskog subjekta, što ne omogućuje primjenu pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje.
- ³ Moduli ne mogu samostalno funkcionirati i njima se ne može upravljati niti ih se može razvijati bez povezivanja s jezgrom i ostalim modulima; moduli se ne mogu razdijeliti; predmet javnog ugovora zadire u postojeće module; IS ADIS stvorio je i razvija ga gospodarski subjekt koji je vlasnik prava na licencije i poznaje IS ADIS; potrebno je osigurati tehnički kontinuitet, održavanje i razvoj IS-a ADIS.
- ⁴ Jedini član tog društva 1992. bilo je društvo IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.
- ⁵ U rješenju kojim se upućuje zahtjev za prethodnu odluku stanje isključivosti definirano je kao „potreba da ugovor izvrši isključivo određeni gospodarski subjekt”.

- 5 Žalitelj je protiv odluke predsjednika druge stranke u žalbenom postupku podnio tužbu Krajskom sudu v Brně (Okružni sud u Brnu, Češka Republika), koji je tu tužbu odbio. Prema mišljenju Krajskog suda v Brně (Okružni sud u Brnu), dodjela javnog ugovora u pregovaračkom postupku bez objave poziva na nadmetanje iznimno je dopuštena ako za to postoje osnove u skladu s člankom 23. stavkom 4. točkom (a) Zakona o javnoj nabavi (formalni uvjet) koje javni naručitelj nije mogao predvidjeti i koje mu se ne mogu pripisati (materijalni uvjet).
- 6 Krajský soud v Brně (Okružni sud u Brnu) utvrdio je da je relevantno to što je žaliteljev pravni prednik svojim postupanjem prilikom sklapanja prvotnog ugovora namjerno prouzročio stanje isključivosti autorskih imovinskih prava gospodarskog subjekta. Taj sud također je utvrdio da IS ADIS nije informacijski sustav za koji bi trebalo pretpostaviti da je kratkog vijeka trajanja. Osim toga, odnosi se na područje poreza koje se objektivno stalno mijenja. Stoga je potreba za daljnjom tehničkom potporom trebala biti očita.
- 7 Prema mišljenju Krajskog suda v Brně (Okružni sud u Brnu), žalitelj nije dokazao da je u vrijeme sklapanja prvotnog ugovora bila riječ o jedinom mogućem gospodarskom subjektu te je, osim toga, naveo da je uvjete dodjele javnog ugovora koji je posljedica prvotnog javnog ugovora trebalo ocjenjivati s obzirom na pravne odredbe koje su bile na snazi u trenutku dodjele tog sljedećeg ugovora.
- 8 Žalitelj je protiv presude Krajskog suda v Brně (Okružni sud u Brnu) podnio žalbu u kasacijskom postupku sudu koji je uputio zahtjev.

Glavni argumenti stranaka glavnog postupka

- 9 Žalitelj ističe da je u trenutku sklapanja prvotnog ugovora gospodarski subjekt bio jedini gospodarski subjekt koji je mogao osigurati traženu činidbu (isporučiti poslužitelje s vlastitim operativnim sustavom te osigurati održavanje i nadzor na daljinu). U trenutku sklapanja prvotnog ugovora žaliteljev pravni prednik nije mogao razumno pretpostaviti da će u budućnosti trebati osigurati dodatne radnje nužne za daljnje funkcioniranje IS-a ADIS. Sam žalitelj nije odgovoran za nastanak stanja isključivosti. Žalitelj smatra da ni njegov pravni prednik nije odgovoran za nastanak stanja isključivosti.
- 10 Žalitelj se pokušao osamostaliti od gospodarskog subjekta, ali nije imao pristup svim izvornim kodovima IS-a ADIS. Međutim, gospodarski subjekt obavijestio ga je 2015. da ne razmatra prijenos autorskih prava na IS ADIS. U trenutku sklapanja prvotnog ugovora čak ni nije bilo moguće dobiti potpuni prijenos autorskih imovinskih prava na IS ADIS jer su gospodarski subjekt i njegovi partneri neke komponente komercijalno koristili diljem svijeta.

- 11 U trenutku sklapanja prvotnog ugovora nisu postojale nikakve pravne odredbe kojima se uređuju autorska prava i pravo javne nabave. Pravno stanje u trenutku sklapanja prvotnog ugovora ključno je za ocjenu kasnijeg žaliteljeva postupanja.
- 12 Kada bi žalitelj sada trebao provesti postupak javne nabave za isporuku novog informacijskog sustava, uzalud bi potrošio financijska sredstva uložena u IS ADIS i tako se izložio opasnosti da se takvo postupanje proglašati protivnim načelima ekonomičnosti i svrishodnosti.
- 13 Druga stranka u žalbenom postupku navodi da je žalitelj na temelju isključivosti prvotnog ugovora iz 1992. razvijao IS ADIS isključivo na temelju pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje barem do kraja 2019., a iz stručnog mišljenja ne proizlazi da je odabrani gospodarski subjekt zbog tehničkih razloga jedini mogući gospodarski subjekt za sustav.
- 14 U upravnom postupku nije utvrđeno postoji li uopće stanje isključivosti u pogledu uvjeta zaštite isključivih prava. Naime, bilo je dovoljno razmotriti je li eventualno stanje isključivosti nastalo krivnjom.
- 15 Iz sadržaja prvotnog ugovora izričito proizlazi da je predmet činidbe bilo uvođenje sustava porezne uprave u tri faze. Na temelju prvotnog ugovora trebala se provesti samo prva faza. Stoga se pretpostavljalo da će IS ADIS funkcionirati dulje vrijeme.

Analiza prethodnog pitanja

- 16 Sud koji je uputio zahtjev razmatrao je, kao prvo, materijalni uvjet za predmetni pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje. Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, iz nacionalne sudske prakse Nejvyššeg správnog soudu (Vrhovni upravni sud, Češka Republika) proizlazi da se „pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje može koristiti ako su razlozi za njegovo korištenje objektivni, odnosno ne ovise o volji javnog naručitelja”⁶, a istodobno da se „na temelju uvjeta iz članka 31. Direktive [2004/18] i članka 23. stavka 4. Zakona [o javnoj nabavi] može jednoznačno zaključiti da ‚stanje isključivosti’ (odnosno potreba da ugovor izvrši isključivo određeni gospodarski subjekt) ne može stvoriti sam javni naručitelj”⁷.
- 17 Sud koji je uputio zahtjev istodobno je istaknuo da je u uvodnoj izjavi 50. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o

⁶ Presuda Nejvyššeg správnog soudu (Vrhovni upravni sud) od 11. siječnja 2013., broj predmeta 5 Afs 43/2012-54, broj 2790/2013 Sb. NSS (Zbornik sudske prakse Nejvyššeg správnog soudu (Vrhovni upravni sud)), *Ministerstvo zemědělství* (Ministarstvo poljoprivrede, Češka Republika)

⁷ Presuda Nejvyššeg správnog soudu (Vrhovni upravni sud) od 12. svibnja 2016., broj predmeta 1 As 256/2015-95, broj 3436/2016 Sb. NSS (Zbornik sudske prakse Nejvyššeg správnog soudu (Vrhovni upravni sud)), *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (Prijevozno poduzeće za glavni grad Prag, Češka Republika)

javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ navedeno da se „[i]sključivost [...] također može utvrditi iz drugih razloga, no samo slučajevi objektivne isključivosti mogu opravdati upotrebu pregovaračkog postupka bez objave [poziva na nadmetanje], ako slučaj isključivosti nije prouzročio javni naručitelj u svrhu budućeg postupka nabave”. Člankom 32. stavkom 2. točkom (b) te direktive također se određuje da se javni ugovor smije dodijeliti pregovaračkim postupkom bez prethodne objave poziva na nadmetanje, među ostalim, u slučaju zaštite isključivih prava ako „ne postoji prihvatljiva alternativa ili zamjena, a nepostojanje tržišnog natjecanja nije rezultat prijetvornog sužavanja parametara nabave”. Iako u trenutku pokretanja postupka za dodjelu javnog ugovora još nije istekao rok za prenošenje te direktive, sud koji je uputio zahtjev smatra da je bila riječ samo o izravnom izražavanju načela koje je već bilo na snazi⁸.

- 18 Iako se Sud Europske unije u svojoj sudskoj praksi dosad nije bavio pitanjem je li u svrhu korištenja pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje nužno da za razlog, zbog kojeg javni ugovor treba dodijeliti isključivo određenom gospodarskom subjektu u skladu s člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18, nije odgovoran javni naručitelj, sud koji je uputio zahtjev smatra da je tumačenje prava Unije u tom pogledu *acte clair*.
- 19 Međutim, sud koji je uputio zahtjev dvoji u pogledu toga treba li prilikom ocjene tog materijalnog uvjeta uzeti u obzir činjenice i pravno stanje u trenutku u kojem je javni naručitelj navodno prouzročio stanje isključivosti. Stoga bi u ovom predmetu bila riječ o tome je li žaliteljjev pravni prednik, prilikom uređivanja autorskih imovinskih prava u prvotnom ugovoru koji se odnosi na IS ADIS 1992., namjerno prouzročio stanje isključivosti u korist gospodarskog subjekta, što isključuje korištenje pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje u pogledu javnog ugovora koji je bio posljedica prethodnog javnog ugovora u 2016. (odnosno 24 godine poslije).
- 20 Što se tiče činjenica i pravnog stanja u trenutku sklapanja prvotnog ugovora, Češka Republika (tada Češka i Slovačka Federativna Republika) u to vrijeme nije bila članica Europske Unije (tada Europske ekonomske zajednice). Isto tako, nije postojalo odgovarajuće nacionalno zakonodavstvo koje se odnosi na dodjelu javnih ugovora; postojala su samo sažeta pravila za dodjelu javnih ugovora koja je odredila vlada i koja su bila na snazi od 1. srpnja 1992., odnosno tek relativno dugo nakon pokretanja postupka za sklapanje prvotnog ugovora. Prvo sveobuhvatno pravno uređenje utvrđeno je tek na temelju Zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (Zakon br. 199/1994 o postupku javne nabave), koji je stupio na snagu 1. siječnja 1995. Kad je riječ o uređenju uvjeta licencije za IS ADIS, u trenutku sklapanja prvotnog ugovora na snazi su bile odredbe Zákona č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon)

⁸ Sud koji je uputio zahtjev upućuje primjerice na uvodnu izjavu 51. Direktive 2014/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji.

(Zakon br. 35/1965 o književnim, znanstvenim i umjetničkim djelima (Zakon o autorskim pravima)), u verziji koja je bila na snazi do 31. prosinca 1993. S obzirom na prethodno navedeno, žaliteljeva tvrdnja da nisu postojale nikakve pravne odredbe kojima se uređuju autorska prava nije istinita, iako se ne može zanemariti da je praksa sklapanja ugovora koji su se odnosili na autorska prava za složene sustave kakav je IS ADIS bila potpuno drukčija.

- 21 U trenutku sklapanja prvotnog ugovora žaliteljev pravni prednik stoga nije mogao razumno pretpostaviti da će biti moguća i dodjela javnih ugovora koji su posljedica prvotnog javnog ugovora tom istom gospodarskom subjektu bez potrebe da se i drugim gospodarskim subjektima pruži mogućnost da se natječu za javni ugovor za potrebnu činidbu. Prema žaliteljevu mišljenju, u trenutku sklapanja prvotnog ugovora gospodarski subjekt bio je jedini gospodarski subjekt koji je mogao izvršiti ugovor i stoga nije morao bez daljnje analize pretpostaviti da će javni ugovor koji je posljedica prvotnog javnog ugovora moći izvršiti i drugi gospodarski subjekti.
- 22 Prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, u nacionalnoj sudskoj praksi postoje velike razlike u pogledu odgovora na prethodno pitanje.
- 23 Naime, u presudi od 30. studenoga 2021., broj predmeta 3 As 60/2020–64, *Statutární město Brno* (statutarni grad Brno, Češka Republika), Nejvyšší správní soud (Vrhovni upravni sud) zaključio je da treba ocijeniti nastanak stanja isključivosti sa stajališta trenutka nastanka određenog odnosa, uzimajući u obzir relevantno pravno uređenje (uključujući to da Češka Republika u to vrijeme nije bila članica Europske unije) i poslovnu praksu koja je tada bila na snazi. U ovom je predmetu javni naručitelj navodno prouzročio stanje isključivosti 1998., prilikom dogovaranja uvjeta licencije u ugovoru o djelu koji se odnosio na informacijski sustav. Tom rješenju u prilog ide činjenica da bi, ako bi za pretpostavku da je materijalni uvjet ispunjen odlučujuća trebala biti odgovornost javnog naručitelja prilikom dodjele prvotnog ugovora, vrlo teško bilo retroaktivno primijeniti moderne odredbe o javnoj nabavi na temelju pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje. U tom kontekstu u obzir treba uzeti i zabranu retroaktivnosti i pravnu sigurnost. Sljedeći razlog za uzimanje u obzir činjenica i pravnog stanja u trenutku dodjele prvotnog ugovora jest to da bi javni naručitelj bio prisiljen koristiti jedan od otvorenijih oblika dodjele javnog ugovora iako je, iz tehničkih razloga ili razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava koji su nastali u vrijeme kada nisu bile na snazi odgovarajuće pravne odredbe, samo jedan konkretni gospodarski subjekt mogao ispuniti činidbu.
- 24 Međutim, u presudi od 12. ožujka 2020., broj predmeta 10 As 372/2019–56, *Ministerstvo financí* (Ministarstvo financija), Nejvyšší správní soud (Vrhovni upravni sud) došao je do suprotnog zaključka da bi se „razuman pogled na područje javne nabave protivio ‚prijhvatanju stanja isključivosti koje traje ‚zauvijek‘ (nekoliko desetaka godina) samo zato što su novosklopljeni ugovori posljedica ‚‚davno‘‘ sklopljenih ugovora‘‘. I u tom je predmetu javni naručitelj navodno prouzročio stanje isključivosti sklapanjem ugovora za informacijski

sustav, i to 1995. U prilog tom rješenju ide činjenica da, prema mišljenju Suda Europske unije, iznimke koje omogućuju korištenje pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje treba usko tumačiti. Žalitelj je dodijelio javni ugovor koji je bio posljedica prvotnog ugovora u razdoblju u kojem su na snazi bili Zakon o javnoj nabavi i Direktiva 2004/18. Stoga se na njega primjenjivao uvjet da ne uzrokuje stanje isključivosti svojim krivičnim postupanjem. Od 1992. do 2016. žalitelj (ili njegov pravni prednik) mogao je pregovarati o novim uvjetima ugovora u području imovinskih autorski prava na način da je mogao dodjeljivati javne ugovore u jednom od otvorenijih postupaka dodjele javnog ugovora ili početi dodjeljivati javne ugovore za novi informacijski sustav, čak i ako zbog toga privremeno nastanu veći troškovi, što dugoročno može dovesti do uštede. Stoga se nije moguće pozvati na situaciju koja je postojala u trenutku sklapanja prvotnog ugovora ako je stanje isključivosti trajalo i nakon donošenja odgovarajućih pravnih odredbi koje se odnose na javnu nabavu. Naime, prilikom utvrđivanja toga može li se koristiti pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje treba uzeti u obzir trenutak donošenja odluke o dodjeli javnog ugovora u okviru tog postupka⁹.

- 25 Sud koji je uputio zahtjev nije uvjeren da se ikoju verziju tumačenja može smatrati jasnom, vjerodostojnom i bez opravdanih dvojbi uvjerljivijom od drugih verzija. Osim toga, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, rješavanje pitanja treba li prilikom ocjene materijalnog uvjeta uzeti u obzir činjenice i pravno stanje u trenutku u kojem je javni naručitelj navodno stvorio stanje isključivosti, o kojem u sudskoj praksi Suda Europske unije još nije odlučeno, od ključne je važnosti ne samo u ovom predmetu, nego i za druge javne naručitelje u sličnim predmetima.

⁹ Presuda Suda Europske unije od 5. listopada 2000., Komisija/Francuska, C-337/98, EU:C:2000:543, t. 37.