

Дело C-578/23

**Резюме на преюдициалното запитване съгласно член 98, параграф 1 от
Процедурния правилник на Съда****Дата на постъпване в Съда:**

19 септември 2023 г.

Запитваща юрисдикция:

Nejvyšší správní soud (Чехия)

Дата на акта за преюдициално запитване:

12 септември 2023 г.

Жалбоподател:

Česká republika — Generální finanční ředitelství

Отвeтник:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Предмет на главното производство

Предмет на спора е въпросът дали са били изпълнени предпоставките за възлагане на обществена поръчка чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, и по-специално въпросът дали към момента на сключване на договора за системна интеграция в информационната система ADIS (наричан по-нататък „първоначалният договор“) правният предшественик на жалбоподателя¹ е знаел за бъдещата необходимост от основно обслужване на информационната система ADIS (наричана по-нататък „системата ADIS“), както и дали е трябвало разумно да очаква, съответно дали е предполагал, че ще има необходимост от възлагане на последващи поръчки.

¹ А именно Česká republika — Ministerstvo financí (Чешка република — Министерство на финансите). Жалбоподателят е самостоятелна държавна агенция, учредена през 2013 г., за да поеме функциите в областта на данъчната администрация, изпълнявани дотогава от Ministerstvo financí (Министерство на финансите), на което обаче остава подчинена.

Предмет на преюдициалното запитване

Запитващата юрисдикция разглежда въпроса дали при преценката на материалната предпоставка за използване на процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка трябва да се вземат предвид фактическите обстоятелства и правната обстановка към момента на сключване на първоначалния договор.

Преюдициален въпрос

„При преценката дали е изпълнена материалната предпоставка за използване на процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, а именно дали възлагащият орган не е причинил виновно със свои действия състоянието на изключителност по смисъла на член 31, параграф 1, буква б) [от Директива 2004/18]², трябва ли да се вземат предвид правните и фактическите обстоятелства, при които е сключен договорът за първоначалната услуга, от който произтичат последващите обществени поръчки?“.

Цитирани разпоредби от правото на Съюза

Член 28 от Директива 2004/18 (Процедури за възлагане на обществени поръчки)

Член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 (Процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка)

Цитирани разпоредби от националното право

Член 21, параграф 2 от Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (Закон № 137/2006 за обществените поръчки; наричан по-нататък „Законът за обществените поръчки“) предвижда, че възлагащият орган може да възлага обществени поръчки чрез открита или чрез ограничена процедура, а ако са изпълнени определени условия — и чрез процедура на договаряне със или без публикуване на обявление за поръчка.

Член 23, параграф 4, буква а) от Закона за обществените поръчки предвижда, че възлагащият орган може да възложи обществената поръчка чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка и когато по технически или творчески причини, по причини, свързани със защитата на изключителни права, или по причини, произтичащи от особени

² Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (наричана по-нататък „Директива 2004/18“).

законови разпоредби, обществената поръчка може да бъде изпълнена само от определен изпълнител.

Кратко представяне на фактите и на главното производство

- 1 Правният предшественик на жалбоподателя сключва първоначалния договор с дружеството IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation на 29 юни 1992 г. Въз основа на този договор е създадена системата ADIS, която и до днес е основната информационна система на данъчната администрация в Чешката република.
- 2 На 1 март 2016 г. жалбоподателят открива процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка на основание член 23, параграф 4, буква а) от Закона за обществените поръчки и на 20 май 2016 г. възлага обществена поръчка по тази процедура с предмет „Základní rozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ („Основно следгаранционно обслужване на приложението ADIS през 2016 г.“). Жалбоподателят предприема тези действия въз основа на експертен доклад и правно становище, като изтъква технически причини³, както и защитата на авторските права на дружеството IBM Česká republika, spol. s r.o. (наричано по-нататък „изпълнителят“)⁴ върху изходния код на системата ADIS. Предмет на услугата е основното следгаранционно обслужване на системата ADIS. На 20 май 2016 г. жалбоподателят сключва договор за обществена поръчка с изпълнителя. Цената на обществената поръчка е 33 294 389 чешки крони (CZK) без ДДС.
- 3 С решение от 9 октомври 2017 г. ответникът приема, че жалбоподателят е извършил нарушение, тъй като не са били изпълнени предпоставките за използване на процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка по член 23, параграф 4, буква а) от Закона за обществените поръчки. Всъщност жалбоподателят не доказал, че по технически причини обществената поръчка може да бъде изпълнена само от въпросния изпълнител. Същевременно според ответника необходимостта на жалбоподателя да защити съответните изключителни права, е виновно създадена с предходното поведение на правния предшественик на жалбоподателя.
- 4 Жалбоподателят подава жалба по административен ред срещу това решение, която е отхвърлена от председателя на ответника. Той приема изводите на

³ Без връзка с основния модул останалите модули не могат да функционират самостоятелно, да бъдат управлявани и развивани; модулите не могат да бъдат разделяни; предметът на обществената поръчка засяга съществуващи модули; системата ADIS е създадена и разработвана от изпълнителя, който притежава лицензионните права и е запознат със системата ADIS; необходимо е да се гарантират техническата приемственост, поддръжката и развитието на системата ADIS.

⁴ Единствен носител на тези права през 1992 г. е IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

ответника и допълва, че става въпрос не за техническа невъзможност друг икономически оператор да изпълни предмета на поръчката, а за фактическа последица от изключителността⁵ на авторските права на изпълнителя, поради което не е възможно да се използва процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка.

- 5 Жалбоподателят обжалва решението на председателя на ответника пред Krajský soud v Brně (Окръжен съд Бърно, Чехия, наричан по-нататък „окръжният съд“), който отхвърля жалбата. Според окръжния съд по изключение е допустимо обществената поръчка да се възложи чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчката, ако са налице основанията по член 23, параграф 4, буква а) от Закона за обществените поръчки (формална предпоставка), които обаче възлагащият орган трябва да не е можел да предвиди и да не е причинил по своя вина (материална предпоставка).
- 6 Окръжният съд приема за решаващо обстоятелството, че с поведението си при сключването на първоначалния договор правният предшественик на жалбоподателя виновно е причинил състоянието на изключителност на имуществените авторски права на изпълнителя. Този съд също така отбелязва, че системата ADIS не е информационна система, за която да се предвижда кратък срок на експлоатация. Освен това става въпрос за областта на данъчното облагане, в която обективно се налагат постоянни промени. Поради това необходимостта от по-нататъшна техническа поддръжка трябва да е била очевидна.
- 7 Според окръжния съд жалбоподателят не е доказал, че към момента на сключване на първоначалния договор е участвал единственият възможен изпълнител, а и освен това условията за възлагане на последващи поръчки трябва да се преценяват въз основа на действащите законови разпоредби към момента на възлагане на последващата поръчка.
- 8 Жалбоподателят подава касационна жалба срещу решението на окръжния съд пред запитващата юрисдикция.

Основни доводи на страните в главното производство

- 9 Жалбоподателят твърди, че към момента на сключване на първоначалния договор изпълнителят е бил единственият възможен изпълнител, който е бил в състояние да осигури необходимата услуга (доставка на сървъри със собствена операционна система и осигуряване на обслужване и дистанционно наблюдение). Към момента на сключване на първоначалния договор предшественикът на жалбоподателя нямал разумна причина да

⁵ В акта за преюдициално запитване състоянието на изключителност е определено като „необходимост поръчката да бъде изпълнена само от определен изпълнител“.

предположи, че в бъдеще ще възникне необходимост да се възлагат допълнителни дейности от съществено значение за по-нататъшното функциониране на системата ADIS. Състоянието на изключителност не било причинено виновно от самия жалбоподател. Според него това състояние не било създадено и от неговия правен предшественик.

- 10 Жалбоподателят опитал да постигне независимост от изпълнителя, но не разполагал с достъп до всички изходни кодове на системата ADIS. През 2015 г. обаче изпълнителят го уведомил, че не смята да прехвърля имуществените авторски права върху системата ADIS. Към момента на сключване на първоначалния договор дори не било възможно да се изиска пълно отстъпване на имуществените авторски права върху системата ADIS, тъй като някои компоненти били използвани с търговска цел в световен мащаб от изпълнителя и неговите партньори.
- 11 Към момента на сключване на първоначалния договор не съществували правни норми, уреждащи авторското право и правото в областта на обществените поръчки. Правната обстановка към момента на сключване на първоначалния договор била от ключово значение за преценката на последващите действия на жалбоподателя.
- 12 Ако сега жалбоподателят започне процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на нова информационна система, би се стигнало до разхищаване на финансовите средства, инвестирани в системата ADIS, и по този начин би възникнал риск процедурата да бъде обявена за противоречаща на принципите на икономичност и целесъобразност.
- 13 Ответникът изтъква, че поради изключителността на първоначалния договор от 1992 г. жалбоподателят е разработвал системата ADIS само чрез процедури на договаряне без публикуване на обявление за поръчка поне до края на 2019 г., а от експертния доклад не следва, че избраният икономически оператор е бил единственият възможен изпълнител на системата по технически причини.
- 14 В административното производство не било установено дали изобщо е съществувало състояние на изключителност във връзка с предпоставката, свързана със защитата на изключителни права. Всъщност било достатъчно да се прецени дали евентуалното състояние на изключителност би било виновно причинено.
- 15 От текста на първоначалния договор личало, че предметът на услугата е внедряването на система на данъчната администрация на три етапа. Първоначалният договор обхващал само изпълнението на първата фаза. Следователно се предвиждало системата ADIS да функционира дълго време.

Анализ на преюдициалния въпрос

- 16 Запитващата юрисдикция разглежда на първо място материалната предпоставка за провеждане на разглежданата процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка. Според запитващата юрисдикция от националната практика на Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд, Чехия) следва, че „процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка може да се използва, ако причините за използването ѝ са обективни, т.е. не зависят от волята на възлагащия орган“⁶, а също и че „предвид предпоставките, посочени в член 31 от Директивата [2004/18], както и в член 23, параграф 4 от Закона [за обществените поръчки], може еднозначно да се заключи, че „състоянието на изключителност“ (т.е. необходимостта поръчката да бъде изпълнена само от определен изпълнител) не бива да е създадено от самия възлагащ орган“⁷.
- 17 Същевременно запитващата юрисдикция посочва, че в съображение 50 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО се посочва, че „[н]аличието само на един икономически оператор може да се свързва и с други причини, но само случаите, когато обективно е налице само един икономически оператор, могат да обосноват използването на процедура на договаряне без обявление, ако това положение не е било създадено от самия възлагащ орган с оглед на бъдещата процедура за възлагане на обществена поръчка“. В член 32, параграф 2, буква б) от тази директива също така се предвижда, че обществена поръчка може да се възложи чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за обществена поръчка в частност когато е налице закрила на изключителни права, ако „не съществува достатъчно добра алтернатива или заместител и отсъствието на конкуренция не се дължи на изкуствено стесняване на параметрите на поръчката“. Макар че към момента на откриване на процедурата за възлагане на обществената поръчка срокът за транспониране на тази директива все още не е бил изтекъл, запитващата юрисдикция счита, че просто в нея изрично е закрепен принцип, който още преди това е бил задължителен⁸.
- 18 Въпреки че в практиката си Съдът все още не е разглеждал въпроса дали за да се използва процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, е необходимо причината, която налага обществената поръчка да се

⁶ Решение на Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) от 11 януари 2013 г. по дело Ministerstvo zemědělství, № 5 Afs 43/2012-54, № 2790/2013 Sb. NSS.

⁷ Решение на Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) от 12 май 2016 г. по дело Dopravní podnik hl. m. Prahy, № 1 As 256/2015-95, № 3436/2016 Sb. NSS.

⁸ Запитващата юрисдикция се позовава например на съображение 51 от Директива 2014/23/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за възлагане на договори за концесия.

възложи само на определен икономически оператор в съответствие с член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18, да не се дължи на възлагащия орган, запитващата юрисдикция счита, че тълкуването на правото на Съюза в това отношение представлява *acte clair*.

- 19 Запитващата юрисдикция обаче се съмнява дали при преценката на тази материална предпоставка е необходимо да се вземат предвид фактическите обстоятелства и правната обстановка към момента, в който възлагащият орган би трябвало да е предизвикал състоянието на изключителност. Следователно въпросът по настоящото дело би бил дали когато е уреждал имуществените авторски права в първоначалния договор за системата ADIS през 1992 г., правният предшественик на жалбоподателя виновно е установил състояние на изключителност в полза на изпълнителя, което изключва възможността за използване на процедурата на договаряне без публикуване на обявление за последващата обществена поръчка през 2016 г. (т.е. 24 години по-късно).
- 20 Що се отнася до фактическите обстоятелства и правната обстановка към момента на сключване на първоначалния договор, по онова време Чешката република (тогава Чешка и Словашка федеративна република) не е била член на Европейския съюз (тогава Европейска икономическа общност). Не е съществувало и съответно национално законодателство за възлагането на обществени поръчки; съществувал е само кратък правителствен правилник за възлагането на обществени поръчки, в сила от 1 юли 1992 г., т.е. относително дълго време след началото на процедурата по сключване на първоначалния договор. Първата цялостна уредба по въпроса е въведена едва със *Zákon č. 199/1994 Sb. o zadávání veřejných zakázek* (Закон № 199/1994 за възлагане на обществените поръчки), който влиза в сила на 1 януари 1995 г. Що се отнася до уредбата на лицензионните условия за системата ADIS, към момента на сключване на първоначалния договор са действали разпоредбите на *Zákon č. 35/1965 Sb, o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon)* (Закон № 35/1965 за литературните, научните и художествените произведения (авторски закон), в редакцията му в сила до 31 декември 1993 г. Затова твърдението на жалбоподателя, че не са съществували никакви законови разпоредби, уреждащи авторските права, е невярно, макар че наистина по онова време е имало съвсем различна практика при сключването на договори, които се отнасят до авторските права върху сложни системи като системата ADIS.
- 21 Следователно към момента на сключване на първоначалния договор предшественикът на жалбоподателя е имал основание да смята, че и последващите поръчки ще може да се възлагат на същия изпълнител, без да е необходимо да осигурява възможност и на други икономически оператори да участват в състезателна процедура за изпълнението на необходимата услуга. Според жалбоподателя към момента на сключване на първоначалния договор изпълнителят е бил единственият възможен изпълнител, поради което той не е бил длъжен автоматично да предположи, че последващите

поръчки ще може вече да бъдат изпълнявани и от други икономически оператори.

- 22 Според запитващата юрисдикция в националната съдебна практика видимо е налице противоречие по отношение на отговора на преюдициалния въпрос.
- 23 Всъщност в решение от 30 ноември 2021 г. по дело Statutární město Brno (№ 3 As 60/2020-64) Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) заключава, че възникването на състоянието на изключителност трябва да се преценява от гледна точка на момента, в който е възникнало въпросното правоотношение, като се вземат предвид действалата правна уредба (включително фактът, че по онова време Чешката република не е била член на Европейския съюз) и задължителната тогава икономическа практика. В настоящия случай би трябвало възлагащият орган да е предизвикал състоянието на изключителност през 1998 г., когато е уговорил условията на лиценза в договора за изработка на информационната система. Този извод намира подкрепа в обстоятелството, че ако се изисква виновно поведение на възлагащия орган при възлагането на първоначалната поръчка, за да се приеме, че материалната предпоставка е изпълнена, то едва ли е редно да се прилагат с обратна сила съвременните правила за възлагането на обществени поръчки чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка. В този контекст също така трябва да се имат предвид забраната за прилагане на закона с обратно действие и правната сигурност. Друга причина да се вземат предвид фактическите обстоятелства и правната обстановка към момента на възлагане на първоначалната поръчка, се открива в това, че възлагащият орган би бил сега принуден да използва една от по-отворените форми на възлагане на поръчки, въпреки че по технически причини или по причини, свързани със защитата на изключителни права, възникнали по време, когато съответното законодателство не е било в сила, услугата е можела да бъде изпълнена само от един конкретен изпълнител.
- 24 В решение от 12 март 2020 г. по дело Ministerstvo financí (№ 10 As 372/2019-56) обаче Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) стига до обратния извод, а именно че „би било в противоречие с разумния подход към областта на обществените поръчки да се допусне, че състоянието на изключителност може да продължава „вечно“ (десетилетия наред) само защото сключваните нови договори произтичат от договори, които са сключени „още навремето“. В разглеждания в онова решение случай също се е твърдяло, че възлагащият орган е предизвикал състоянието на изключителност със сключването на договор за информационна система през 1995 г. В подкрепа на такова разбиране е и обстоятелството, че според Съда изключенията, при които може да се използва процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, следва да се тълкуват стеснително. Жалбоподателят е възложил последващата обществена поръчка по време, когато вече са били в сила Законът за обществените поръчки и Директива 2004/18. Поради това важи изискването да не е причинил виновно състоянието на изключителност със собствените си действия. От 1992 г. до

2016 г. жалбоподателят (или неговият правен предшественик) е имал възможност да договори нови условия на договора относно имуществените авторски права, така че да може да възлага поръчките по някоя от по-отворените процедури за възлагане на обществени поръчки, или пък да открие процедура за възлагане на поръчка за нова информационна система дори с цената на временно увеличени разходи, което би могло да доведе до икономии в дългосрочен план. Поради това не може да се взема предвид обстановката към момента на сключване на първоначалния договор, след като състоянието на изключителност е продължило и след приемането на съответното законодателство в областта на обществените поръчки. Всъщност, за да се прецени дали може да се използва процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, трябва да се вземе предвид моментът, в който е взето решението за възлагане на поръчката по тази процедура⁹.

- 25 Запитващата юрисдикция не е убедена, че може да приеме един от тези тълкувателни варианти за ясен, надежден и без съмнение по-убедителен от останалите варианти. Освен това според запитващата юрисдикция въпросът дали при преценката на материалната предпоставка е необходимо да се вземат предвид фактическите обстоятелства и правната обстановка към момента, в който би трябвало възлагащият орган да е предизвикал състоянието на изключителност, все още не е намерил решение в практиката на Съда, а същевременно отговорът му ще е от решаващо значение не само в настоящия случай, но и за други възлагащи органи в подобни случаи.

⁹ Решение на Съда на от 5 октомври 2000 г., Комисия/Франция (C-337/98, EU:C:2000:543, т. 37).