Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 9 stycznia 2025 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 31 pkt 1 lit. b) – Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu – Przesłanki – Przyczyny techniczne – Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych – Możliwość przypisania instytucji zamawiającej – Okoliczności faktyczne i prawne, które należy wziąć pod uwagę

W sprawie C-578/23

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Nejvyšší správní soud (najwyższy sąd administracyjny, Republika Czeska) postanowieniem z dnia 12 września 2023 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 19 września 2023 r., w postępowaniu:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

przeciwko

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Jürimäe, prezes drugiej izby, pełniąca obowiązki prezesa trzeciej izby, K. Lenaerts, prezes Trybunału, pełniący obowiązki sędziego trzeciej izby, N. Jääskinen, M. Gavalec (sprawozdawca) i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu rządu czeskiego – L. Halajová, M. Smolek oraz J. Vláčil, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu rządu słowackiego – E. Larišová oraz S. Ondrášiková, w charakterze pełnomocników,

* Język postępowania: czeski.

– w imieniu Komisji Europejskiej – M. Monfort oraz G. Wils, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 26 września 2024 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), która została uchylona i zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

2 Ten wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu pomiędzy Česká republika – Generální finanční ředitelství (dyrekcją generalną ds. finansów, Republika Czeska, zwaną dalej „DGF”) a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (urzędem ochrony konkurencji, Republika Czeska, zwanym dalej „urzędem ochrony konkurencji”) w przedmiocie stwierdzenia przez ten urząd naruszenia prawa przez DGF, która bez spełnienia wymaganych w tym celu przesłanek zastosowała procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Artykuł 28 dyrektywy 2004/18, zatytułowany „Zastosowanie procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej oraz dialogu konkurencyjnego”, przewidywał:

„Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

Udzielają one takich zamówień publicznych, stosując procedury otwarte lub ograniczone. W szczególnych okolicznościach, jasno określonych w art. 29, instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego, w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31, mogą one stosować procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji”.

4 Artykuł 31 tej dyrektywy, zatytułowany „Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu”, stanowił w pkt 1:

„Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach:

1) w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi:

[…]

b) [jeżeli] z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy;
c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30, nie mogą być dotrzymane. Zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej".

Prawo czeskie

5 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (ustawa nr 137/2006 o zamówieniach publicznych, zwana dalej „ustawą o zamówieniach publicznych") transponowała dyrektywę 2004/18 do czeskiego porządku prawnego.

6 Paragraf 21 ust. 2 tej ustawy przewidywał:

„W celu udzielenia zamówienia publicznego instytucja zamawiająca może skorzystać z procedury otwartej lub ograniczonej, a na warunkach przewidzianych w §§ 22 i 23 – również z procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu; procedura otwarta nie może być stosowana w przypadku zamówień publicznych w dziedzinie obronności lub bezpieczeństwa".

7 Paragraf 23 ust. 4 lit. a) wspomnianej ustawy stanowił:

„Instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia publicznego w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu także wtedy, gdy z przyczyn technicznych bądź artystycznych, ochrony praw wyłącznych lub wynikających z przepisów szczególnych zamówienie może zostać wykonane wyłącznie przez określonego wykonawcę".

Postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

8 Ministerstvo financí (ministerstwo finansów, Republika Czeska) zawarło w dniu 29 czerwca 1992 r. umowę ze spółką IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (zwaną dalej „pierwotną umową"), która doprowadziła do utworzenia systemu informatycznego dla czeskiej administracji podatkowej.

9 DGF, utworzona w 2013 r. i odpowiedzialna za administrację podatkową w Republice Czeskiej, zastąpiła to ministerstwo w tej dziedzinie.

10 Po wszczęciu w dniu 1 marca 2016 r. procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu na podstawie § 23 ust. 4 lit. a) ustawy o zamówieniach publicznych DGF w ramach tej procedury w dniu 20 maja 2016 r. udzieliła zamówienia publicznego na obsługę tego systemu informatycznego o wartości 33 294 389 koron czeskich (CZK) (około 1 300 000 EUR), bez podatku od wartości dodanej (VAT) – spółce IBM Česká republika spol. s r. o., której jedynym wspólnikiem w 1992 r. była spółka IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

11 Zastosowanie takiej procedury było uzasadnione względami dotyczącymi ciągłości technicznej między odnośnym systemem informatycznym a jego obsługą pogwarancyjną, a także względami związanymi z ochroną wyłącznych praw autorskich IBM Česká republika (zwaną dalej „stanem wyłączności") do kodu źródłowego tego systemu. Zgodnie bowiem z postanowieniami pierwotnej umowy spółka ta jest posiadaczem licencji na wspomniany system.

12 Decyzją z dnia 9 października 2017 r. urząd ochrony konkurencji stwierdził, że udzielając odnośnego zamówienia publicznego IBM Česká republika, DGF dopuściła się naruszenia prawa. Udzieliła ona bowiem tego zamówienia, mimo iż nie były spełnione przesłanki skorzystania z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Po pierwsze, DGF nie wykazała, że z przyczyn technicznych zamówienie publiczne będące przedmiotem postępowania głównego mogło zostać wykonane wyłącznie przez IBM Česká republika. Po drugie, konieczność ochrony jej praw wyłącznych do wspomnianego kodu źródłowego była konsekwencją wcześniejszego zachowania poprzednika prawnego DGF.

13 Po oddaleniu odwołania od tej decyzji wniesionego przez DGF decyzją prezesa urzędu ochrony konkurencji DGF wniosła skargę na tę ostatnią decyzję do Krajský soud v Brně (sądu okręgowego w Brnie, Republika Czeska).

14 Sąd ten oddalił tę skargę w szczególności ze względu na to, że udzielenie zamówienia IBM Česká republika ze względu na konieczność przestrzegania jej wyłącznych praw autorskich było wynikiem zachowania poprzednika prawnego DGF.

15 DGF wniosła zatem skargę kasacyjną do Nejvyšší správní soud (najwyższego sądu administracyjnego, Republika Czeska), który jest sądem odsyłającym.

16 Przed tym sądem DGF podnosi, że ani ona, ani jej poprzednik prawny nie spowodowała stanu wyłączności IBM Česká republika. W chwili zawarcia pierwotnej umowy, czyli w dniu 29 czerwca 1992 r., jedyny wspólnik tej spółki był bowiem jedynym wykonawcą zdolnym do świadczenia wymaganych usług. Twierdzi ona również, że postanowienia pierwotnej umowy dotyczące praw autorskich do kodu źródłowego systemu informatycznego będącego przedmiotem postępowania głównego były zgodne z przepisami krajowymi obowiązującymi w tym dniu. DGF podkreśla, że próbowała uwolnić się od swojej „zależności" od IBM Česká republika, lecz ta ostatnia poinformowała ją o swojej woli nieprzenoszenia majątkowych praw autorskich do tego kodu źródłowego. Gdyby nie zdecydowano się na procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, wspomniany system informatyczny byłby bezużyteczny, a administracja podatkowa nie mogłaby wykonywać swoich zadań. Ponadto wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostarczenie nowego systemu informatycznego dla czeskiej administracji podatkowej nie byłoby uzasadnione z finansowego punktu widzenia.

17 Ze swej strony urząd ochrony konkurencji wskazuje, że w chwili podpisania pierwotnej umowy było oczywiste, iż dla prawidłowego funkcjonowania systemu informatycznego będącego przedmiotem postępowania głównego konieczne były obsługa i serwisowanie. Zdaniem tego urzędu zamiast dostosować się do zmian właściwych przepisów poprzednik prawny DGF i sama ta dyrekcja oparli się na wykładni pierwotnej umowy i ustawy o zamówieniach publicznych, która pozwalała zapewnić zarządzanie tym systemem informatycznym bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, wyłącznie w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

18 Sąd odsyłający zauważa, że do tej pory nie zwrócono się do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18. Uważa on, że zamówienie publiczne nie może zostać udzielone określonemu wykonawcy w ramach procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli zaistnienie przyczyny udzielenia tego zamówienia związanej z ochroną praw wyłącznych można przypisać instytucji zamawiającej. Sąd ten podkreśla jednak, że wykładnia tego przepisu jest niezbędna do ustalenia okoliczności faktycznych i prawnych istotnych do celów oceny istnienia takiej możliwości przypisania. Sąd ten dodaje ponadto, że jego własne orzecznictwo nie jest w tym względzie jednoznaczne.

19 W tych okolicznościach Nejvyšší správní soud (najwyższy sąd administracyjny) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującym pytaniem prejudycjalnym:

„Czy dokonując oceny, czy została spełniona materialna przesłanka skorzystania z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. czy instytucja zamawiająca nie spowodowała stanu wyłączności swoim postępowaniem, zgodnie z art. 31 [pkt] 1 lit. b) dyrektywy [2004/18], należy uwzględnić, w jakich okolicznościach prawnych i faktycznych została zawarta umowa o pierwotne świadczenie, następstwem której są dalsze zamówienia publiczne?”.

W przedmiocie pytania prejudycjalnego

20 Poprzez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w celu dokonania oceny, czy zachowanie instytucji zamawiającej spowodowało stan wyłączności w rozumieniu tego przepisu, należy uwzględnić okoliczności faktyczne i prawne towarzyszące zawarciu umowy o pierwotne świadczenie, następstwem której są dalsze zamówienia publiczne.

21 Dyrektywa 2004/18 została uchylona i zastąpiona ze skutkiem od dnia 18 kwietnia 2016 r. dyrektywą 2014/24.

22 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem co do zasady do udzielenia zamówienia publicznego zastosowanie ratione temporis ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygała kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego (zob. podobnie wyrok z dnia 17 października 2024 r., NFŠ, C-28/23, EU:C:2024:893, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

23 W niniejszej sprawie z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że w dniu 1 marca 2016 r. DGF wszczęła procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Do sporu w postępowaniu głównym zastosowanie ma zatem w istocie dyrektywa 2004/18, niezależnie od tego, że zamówienie publiczne zostało udzielone IBM Česká republika w dniu 20 maja 2016 r., czyli już po uchyleniu tej dyrektywy.

24 W świetle tych uwag wstępnych należy przypomnieć, że procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu może być stosowana jedynie w okolicznościach wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 31 dyrektywy 2004/18 i że procedura ta w stosunku do procedury otwartej i ograniczonej, o których mowa w art. 28 tej dyrektywy, ma charakter wyjątkowy (zob. podobnie wyroki: z dnia 23 kwietnia 2009 r., Komisja/Belgia, C-292/07, EU:C:2009:246, pkt 106; z dnia 11 września 2014 r., Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 49).

25 W szczególności art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 przewiduje, że w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych, stosując procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli z przyczyn technicznych, artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy.

26 Przepis ten pozwala na zastosowanie takiej procedury, jeżeli spełnione są dwie kumulatywne przesłanki obejmujące, po pierwsze, zaistnienie przyczyn technicznych, artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych pozostających w związku z przedmiotem zamówienia, a po drugie, okoliczność, że przyczyny te powodują, iż bezwzględnie konieczne jest udzielenie zamówienia określonemu wykonawcy (zob. analogicznie wyroki: z dnia 18 maja 1995 r., Komisja/Włochy, C-57/94, EU:C:1995:150, pkt 24; z dnia 2 czerwca 2005 r., Komisja/Grecja, C-394/02, EU:C:2005:336, pkt 34).

27 Jako odstępstwo od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw przyznanych przez prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych przepis ten należy interpretować ściśle, a na podmiocie, który zamierza się na niego powołać, spoczywa ciężar udowodnienia, że te kumulatywne przesłanki zostały spełnione (zob. analogicznie wyroki: z dnia 10 marca 1987 r., Komisja/Włochy, 199/85, EU:C:1987:115, pkt 14; a także z dnia 15 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-275/08, EU:C:2009:632, pkt 55, 56).

28 W tych okolicznościach należy w pierwszej kolejności zbadać, czy – jak twierdzi sąd odsyłający – instytucja zamawiająca powinna również wykazać, że nie można jej przypisać zaistnienia stanu wyłączności. Brzmienie art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 nie przewiduje bowiem takiego wymogu. Natomiast art. 31 pkt 1 lit. c) tej dyrektywy ze swej strony wyraźnie wymaga, aby okoliczności powoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności, pozwalającej na zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w żadnym wypadku nie mogły być przypisane instytucjom zamawiającym.

29 Jednakże uwzględnienie wyłącznie różnicy w brzmieniu art. 31 pkt 1 lit. b) i art. 31 pkt 1 lit. c) dyrektywy 2004/18 mogłoby prowadzić do pominięcia, po pierwsze, konieczności ścisłej wykładni art. 31 tej dyrektywy, a po drugie, głównego celu przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych, a mianowicie swobodnego przepływu towarów i usług oraz otwarcia zamówień publicznych na konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyroki: z dnia 8 grudnia 2016 r., Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, pkt 28; z dnia 4 czerwca 2020 r., Asmel, C-3/19, EU:C:2020:423, pkt 58).

30 Ponadto Trybunał orzekł już, że zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie może być uzasadnione, powołując się na specyfikę techniczną oprogramowania używanego w administracji krajowej, stanowiącego przedmiot zamówienia na dostawę, w braku dowodów świadczących o tym, że przeprowadzono poważne badania w celu zidentyfikowania podmiotów gospodarczych innych niż dostawca, któremu udzielono zamówienia, którzy mogą przedstawić odpowiednie oprogramowanie (wyrok z dnia 15 października 2009 r., Komisja/Niemcy, C-275/08, EU:C:2009:632, pkt 57–64).

31 W związku z tym instytucja zamawiająca jest zobowiązana do uczynienia wszystkiego, czego można od niej racjonalnie oczekiwać, aby uniknąć stosowania art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18, i to w celu skorzystania z procedury bardziej otwartej na konkurencję. Tymczasem niezgodne z tym wymogiem byłoby umożliwienie takiej instytucji zamawiającej zastosowania tego przepisu, w sytuacji gdy można jej przypisać spowodowanie lub utrzymywanie się stanu

wyłączności, na który się ona powołuje w tym względzie, w szczególności ze względu na to, że w celu osiągnięcia rezultatu zamierzonego w danym zamówieniu owa instytucja zamawiająca nie musiała stwarzać takiego stanu wyłączności lub dysponowała rzeczywistymi i racjonalnymi z ekonomicznego punktu widzenia środkami, aby położyć kres takiej sytuacji.

32 Wynika z tego, że do celów stosowania art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 instytucja zamawiająca powinna wykazać, po pierwsze, że spełnione są dwie kumulatywne przesłanki wymienione w pkt 26 niniejszego wyroku, a po drugie, że nie można jej przypisać zaistnienia przyczyn technicznych, artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych pozostających w związku z przedmiotem zamówienia.

33 Co się tyczy w drugiej kolejności dokonywanej przez właściwy sąd krajowy oceny istnienia takiej możliwości przypisania instytucji zamawiającej, do tego sądu należy ustalenie, czy zachowanie tej instytucji zamawiającej, w szczególności przy zawieraniu wcześniejszej umowy, na podstawie której udzielono danego zamówienia publicznego, spowodowało stan wyłączności, który może teoretycznie uzasadniać zastosowanie art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 przy udzielaniu danego zamówienia publicznego. Ten sąd krajowy powinien również zbadać, czy utrzymywanie się takiego stanu wyłączności do czasu podjęcia przez tę instytucję zamawiającą decyzji o zastosowaniu procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu wynika z działania lub bezczynności tejże instytucji zamawiającej.

34 Do celów tej weryfikacji należy zauważyć, podobnie jak uczynił to rzecznik generalny w pkt 51 i 59 opinii, że możliwości przypisania instytucji zamawiającej stanu wyłączności nie można stwierdzić na podstawie samego tylko faktu, że doprowadziła ona do takiego stanu poprzez zawarcie wcześniejszej umowy, podczas gdy w chwili zawarcia tej umowy przepisy Unii w dziedzinie zamówień publicznych nie miały do niej zastosowania. Natomiast nie jest konieczne, aby taki stan został w sposób zamierzony spowodowany lub utrzymany przez rzeczoną instytucję zamawiającą w celu ograniczenia konkurencji przy udzielaniu przyszłych zamówień publicznych.

35 W odniesieniu do sprawy rozstrzyganej w postępowaniu głównym należy przypomnieć, że zgodnie z zasadą natychmiastowego i pełnego stosowania przepisów prawa Unii do nowych państw członkowskich Republika Czeska powinna była zastosować się od chwili przystąpienia do Unii Europejskiej do dyrektywy Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. 1993, L 199, s. 1), która została uchylona i zastąpiona dyrektywą 2004/18 i której art. 6 ust. 3 lit. b) został powtórzony w art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 (zob. podobnie wyrok z dnia 6 grudnia 2017 r., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo).

36 W związku z tym od momentu przystąpienia Republiki Czeskiej do Unii instytucja zamawiająca z tego państwa członkowskiego mogła na podstawie art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 zastosować procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w celu utrzymania systemu informatycznego stosowanego w administracji krajowej tylko pod warunkiem, że była w stanie wykazać, po pierwsze, że z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych do tego systemu informatycznego zamówienie mogło zostać udzielone wyłącznie określonemu wykonawcy, a po drugie, że zaistnienia tych przyczyn nie można było przypisać tej instytucji zamawiającej.

37 W niniejszej sprawie, po pierwsze, sąd odsyłający wyjaśnia, że między dniem 1 maja 2004 r., datą przystąpienia Republiki Czeskiej do Unii, a dniem 1 marca 2016 r., czyli dniem, w którym wszczęto postępowanie będące przedmiotem postępowania głównego, DGF lub jej poprzednik prawny mieli możliwość wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu dostarczenia nowego systemu informatycznego. Po drugie, przed tym sądem DGF utrzymuje, że próbowała doprowadzić do zakończenia stanu wyłączności IBM Česká republika, lecz ta ostatnia odmówiła przeniesienia majątkowych praw autorskich do kodu źródłowego odnośnego systemu informatycznego, w związku z czym gdyby nie zdecydowano się na procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu ten system informatyczny byłby bezużyteczny, a administracja podatkowa nie mogłaby wykonywać swoich zadań.

38 Do sądu odsyłającego należy zbadanie, czy biorąc pod uwagę okoliczności zawarcia pierwotnej umowy, a w szczególności te, które charakteryzowały okres od dnia 1 maja 2004 r. do dnia 1 marca 2016 r., stan wyłączności, na który powołuje się DGF w celu uzasadnienia zastosowania art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18, można przypisać tej ostatniej, w szczególności w zakresie, w jakim DGF dysponowała rzeczywistymi i racjonalnymi z ekonomicznego punktu widzenia środkami, aby doprowadzić do zakończenia tego stanu wyłączności we wspomnianym okresie przed podjęciem decyzji o skorzystaniu z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

39 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na zadane pytanie powinna brzmieć, iż art. 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że w celu uzasadnienia zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu tego przepisu instytucja zamawiająca nie może powoływać się na ochronę praw wyłącznych, jeżeli można jej przypisać zaistnienie przyczyny związanej z tą ochroną. Taką możliwość przypisania należy oceniać nie tylko na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych towarzyszących zawarciu umowy dotyczącej pierwotnego świadczenia, lecz również na podstawie wszystkich okoliczności charakteryzujących okres od dnia tego zawarcia umowy do dnia, w którym instytucja zamawiająca podejmuje decyzję, jaką procedurę należy zastosować w celu udzielenia kolejnego zamówienia publicznego.

W przedmiocie kosztów

40 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 31 pkt 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi

należy interpretować w ten sposób, że:

w celu uzasadnienia zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w rozumieniu tego przepisu instytucja zamawiająca nie może powoływać się na ochronę praw wyłącznych, jeżeli można jej przypisać zaistnienie

przyczyny związanej z tą ochroną. Taką możliwość przypisania należy oceniać nie tylko na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych towarzyszących zawarciu umowy dotyczącej pierwotnego świadczenia, lecz również na podstawie wszystkich okoliczności charakteryzujących okres od dnia tego zawarcia umowy do dnia, w którym instytucja zamawiająca podejmuje decyzję, jaką procedurę należy zastosować w celu udzielenia kolejnego zamówienia publicznego.

Podpisy