Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

9 януари 2025 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Член 31, параграф 1, буква б) — Процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка — Условия — Технически причини — Причини, свързани със защитата на изключителни права — Виновно причиняване от възлагащия орган — Фактически и правни обстоятелства, които трябва да се вземат предвид“

По дело C-578/23

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд, Чешка република) с акт от 12 септември 2023 г., постъпил в Съда на 19 септември 2023 г., в рамките на производство по дело

Česká republika — Generální finanční ředitelství

срещу

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: K. Jürimäe, председател на втори състав, изпълняваща функцията на председател на трети състав, K. Lenaerts, председател на Съда, изпълняващ функцията на съдия от трети състав, N. Jääskinen, M. Gavalec (докладчик) и N. Piçarra, съдии,

генерален адвокат: M. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: A. Calot Escobar,

предвид изложеното в писмената фаза на производството,

като има предвид становищата, представени:

– за чешкото правителство, от L. Halajová, M. Smolek и J. Vláčil, в качеството на представители,

– за словашкото правителство, от E. Larišová и S. Ondrášiková, в качеството на представители,

* Език на производството: чешки.

– за Европейската комисия, от M. Monfort и G. Wils, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 26 септември 2024 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 31, параграф 1, буква б) от 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, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116), отменена и заменена с 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 (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Česká republika — Generální finanční ředitelství (Генерална дирекция „Финанси“, Чешка република, наричана по-нататък „DGT“) и Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Служба за защита на конкуренцията, Чешка република, наричана по-нататък „орган по конкуренцията“) по повод на установяването от последната на нарушение, извършено от DGT, която, без да са изпълнени необходимите условия за това, използва процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка.

Правна уредба

Правото на Съюза

3 Член 28 от Директива 2004/18, озаглавен „Използване на открита процедура, ограничена процедура и процедура на договаряне, и на състезателен диалог“, предвижда:

„При възлагане на обществени поръчки възлагащите органи прилагат националните процедури, адаптирани за целите на настоящата директива.

Те възлагат тези обществени поръчки чрез провеждане на открита или ограничена процедура. При определени обстоятелства, изрично предвидени в член 29, възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез провеждане на състезателен диалог. При определени случаи и обстоятелства, изрично посочени в членове 30 и 31, възлагащите органи могат да използват процедура на договаряне, със или без публикуване на обявление за поръчка“.

4 Член 31 от тази директива, озаглавен „Случаи, които оправдават използването на процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка“, предвижда в параграф 1:

„Възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка в следните случаи:

1) за обществени поръчки за строителство, обществени поръчки за доставки и обществени поръчки за услуги:

[…]

б) когато, по технически или творчески причини, или по причини, свързани със защитата на изключителни права, обществената поръчка може да бъде възложена само на определен икономически оператор;

в) доколкото това е строго необходимо, когато при възникване на изключително неотложни обстоятелства, предизвикани от събития, които възлагащият орган не е могъл да предвиди, не може да бъде спазен срокът за провеждане на открита или ограничена процедура, или на процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка, както е посочено в член 30. Обстоятелствата, предявени с цел обосноваване на изключителната спешност, в никакъв случай не трябва да се дължат на възлагащия орган“.

Чешкото право

5 Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (Закон 137/2006 за обществените поръчки, наричан по-нататък „Закон за обществените поръчки“) транспонира Директива 2004/18 в чешкия правен ред.

6 Член 21, параграф 2 от този закон предвижда:

„Възлагащият орган може да възлага обществени поръчки чрез открита или чрез ограничена процедура, а ако са изпълнени условията, предвидени в членове 22 и 23 — и чрез процедура на договаряне със или без публикуване на обявление за поръчка; откритата процедура не може да се използва за обществени поръчки в областта на отбраната или сигурността“.

7 Член 23, параграф 4, буква а) от посочения закон гласи:

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

Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос

8 На 29 юни Ministerstvo financí (Министерство на финансите, Чешка република) сключва договор с IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (наричан по-нататък „първоначалният договор“) за създаване на информационна система на чешката данъчна администрация.

9 DGT, създадена през 2013 г. и отговаряща за управлението на данъците в Чешката република, заменя посоченото министерство в тази област.

10 След като на 1 март 2016 г. открива процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка съгласно член 23, параграф 4, буква а) от Закона за обществените поръчки, в рамките на тази процедура на 20 май 2016 г. DGF възлага поръчка за обслужване на тази информационна система на стойност 33 294 389 CZK (чешки крони) (около 1 300 000 евро), без данък върху добавената стойност (ДДС), на дружеството IBM Česká republika spol. s r. o., чийто единствен съдружник през 1992 г. е дружеството IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

11 Използването на такава процедура е мотивирано по причини, свързани с техническата приемственост между разглежданата информационна система и нейното следгаранционно обслужване, както и по причини, свързани със защитата на изключителните авторски права на IBM Česká republika (наричано по-нататък „състоянието на изключителност“) върху изходния код на тази система. Всъщност съгласно клаузите на първоначалния договор посоченото дружество е притежател на лицензионните права за посочената система.

12 С решение от 9 октомври 2017 г. органът за конкуренцията установява, че като е възложила разглежданата обществена поръчка на IBM Česká republika, DGF е извършила нарушение. Всъщност тя възложила посочената обществена поръчка, без да са налице условията за използване на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка. От една страна, DGF не доказала, че по технически причини разглежданата в главното производство обществена поръчка може да бъде изпълнена само от IBM Česká republika. От друга страна, необходимостта от защита на изключителните му права върху посочения изходен код била последица от предходното поведение на праводателя на DGF.

13 След като жалбата, подадена от DGF по административен ред срещу това решение, е отхвърлена с решение на председателя на органа по конкуренцията, DGF сезира Krajský soud v Brně (Окръжен съд Брно, Чешка република) с жалба срещу последното решение.

14 Посочената юрисдикция отхвърля жалбата по-специално с мотива, че възлагането на поръчката на IBM Česká republika поради необходимостта от зачитане на изключителните авторски права на това дружество се дължи на поведението на праводателя на DGF.

15 Поради това DGF подава касационна жалба пред запитващата юрисдикция — Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд, Чешка република).

16 Пред тази юрисдикция DGF твърди, че нито тя, нито нейният праводател са причинили състоянието на изключителност на IBM Česká republika. Всъщност към датата на сключване на първоначалния договор — 29 юни 1992 г. — едноличният съдружник в това дружество бил единственият икономически оператор, който може да предостави изискваните услуги. Тя посочва също, че клаузите на първоначалния договор относно авторските права върху изходния код на разглежданата в главното производство информационна система са в съответствие с действащото към тази дата национално законодателство. DGF подчертава, че се е опитала да постигне „независимост“ от IBM Česká republika, но последното дружество я уведомило за желанието си да не прехвърля имуществените авторски права върху този изходен код. В случай че не бъде избрана

процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка, посочената информационна система би била неизползваема и данъчната администрация не би могла да изпълни задачата си. Освен това откриването на процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на нова информационна система за чешката данъчна администрация не би било разумно от финансова гледна точка.

17 От своя страна органът по конкуренцията посочва, че към момента на подписване на първоначалния договор е било очевидно, че за доброто функциониране на разглежданата в главното производство информационна система е била необходимо обслужване и помощ. Според този орган, вместо да се съобразят с развитието на релевантната правна уредба, праводателят на DGF и самата DGF възприемат тълкуване на първоначалния договор и на Закона за обществените поръчки, което позволява да се гарантира управлението на тази информационна система без провеждане на процедура за възлагане на обществена поръчка, единствено чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка.

18 Запитващата юрисдикция посочва, че до този момент до Съда не е било отправяно преюдициално запитване за тълкуване на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18. Тя счита, че обществена поръчка не може да бъде възложена на определен икономически оператор в рамките на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка, когато отговорността за причината за възлагането на тази поръчка, свързана със защитата на изключителните права, е на възлагащия орган. Тази юрисдикция обаче подчертава, че тълкуването на тази разпоредба е необходимо, за да се определят релевантните фактически и правни обстоятелства за преценката на наличието на такава отговорност. Освен това посочената юрисдикция уточнява, че собствената ѝ практика не е еднозначна в това отношение.

19 В този контекст Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) отправя до Съда следния 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], трябва ли да се вземат предвид правните и фактическите обстоятелства, при които е сключен договорът за първоначалната услуга, от който произтичат последващите обществени поръчки?“.

По преюдициалния въпрос

20 С въпроса си запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 трябва да се тълкува в смисъл, че за да се прецени дали поведението на възлагащия орган е довело до положение на изключителност по смисъла на тази разпоредба, следва да се вземат предвид фактическите и правните обстоятелства по сключването на договор относно дадена първа престация, довела до последващи обществени поръчки.

21 Директива 2004/18 е отменена и заменена с Директива 2014/24, считано от 18 април 2016 г.

22 Съгласно постоянната съдебна практика към дадена обществена поръчка по принцип е приложима ratione temporis директивата, която е в сила към момента, в който възлагащият орган избира вида на процедурата, която ще следва, и решава окончателно въпроса дали е длъжен предварително да обяви процедура за конкурентно възлагане на обществена поръчка (вж. в този смисъл решение от 17 октомври 2024 г., NFŠ, C-28/23, EU:C:2024:893, т. 34 и цитираната съдебна практика).

23 В случая от акта за преюдициално запитване е видно, че DGF е открила процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка на 1 март 2016 г. Следователно към спора в главното производство се прилага именно Директива 2004/18, независимо от факта че обществената поръчка е възложена на IBM Česká republika на 20 май 2016 г., след датата, на която тази директива е отменена.

24 Въз основа на тези предварителни бележки следва да се припомни, че процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка може да се използва само при обстоятелствата, изчерпателно посочени в член 31 от Директива 2004/18, и че тя има извънреден характер спрямо откритата и ограничената процедура, посочени в член 28 от тази директива (вж. в този смисъл решения от 23 април 2009 г., Комисия/Белгия, C-292/07, EU:C:2009:246, т. 106, и от 11 септември 2014 г., Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, т. 49).

25 По-специално член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 предвижда, че при обществени поръчки за строителство, доставки и услуги възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка, когато по технически или творчески причини или по причини, свързани със защитата на изключителни права, обществената поръчка може да бъде възложена само на определен икономически оператор.

26 Тази разпоредба позволява използването на такава процедура при наличието на две кумулативни условия, а именно, от една страна, наличието на технически или творчески причини, или на причини, свързани със защитата на изключителни права във връзка с предмета на поръчката, и от друга страна, обстоятелството, че тези причини правят абсолютно необходимо възлагането на поръчката на определен икономически оператор (вж. по аналогия решения от 18 май 1995 г., Комисия/Италия, C-57/94, EU:C:1995:150, т. 24, и от 2 юни 2005 г., Комисия/Гърция, C-394/02, EU:C:2005:336, т. 34).

27 Като изключение от нормите, с които се цели гарантиране на ефективността на признатите от правото на Съюза права в областта на обществените поръчки, посочената разпоредба трябва да се тълкува стриктно и тежестта на доказване на обстоятелството, че са налице тези кумулативни условия, се носи от лицето, което иска да се позове на тях (вж. по аналогия решения от 10 март 1987 г., Комисия/Италия, 199/85, EU:C:1987:115, т. 14, и от 15 октомври 2009 г., Комисия/Германия, C-275/08, EU:C:2009:632, т. 55 и 56).

28 При тези условия, на първо място, следва да се провери дали, както твърди запитващата юрисдикция, възлагащият орган трябва да докаже и че не отговаря за състоянието на изключителност. Всъщност текстът на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 не съдържа такова изискване. За сметка на това член 31, параграф 1, буква в) от тази директива изрично изисква обстоятелствата, предявени с цел обосноваването на

изключителна спешност, която позволява използването на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка, в никакъв случай да не се дължат на възлагащия орган.

29 Отчитането обаче само на разликата между текста на член 31, параграф 1, буква б) и на член 31, точка 1, буква в) от Директива 2004/18 би могло да доведе до незачитане, от една страна, на необходимостта от ограничително тълкуване на член 31 от тази директива, и от друга страна, на основната цел на правилата на Съюза в областта на обществените поръчки, а именно свободното движение на стоки и услуги, както и отварянето на обществените поръчки за конкуренция във всички държави членки (вж. в този смисъл решения от 8 декември 2016 г., Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, т. 28, и от 4 юни 2020 г., Asmel, C-3/19, EU:C:2020:423, т. 58).

30 Освен това Съдът вече е постановил, че използването на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка не може да бъде обосновано чрез изтъкване на техническата специфичност на използвания в националната администрация софтуер, който е предметът на поръчката за доставка, при липсата на доказателства, че са проведени сериозни проучвания за установяването на оператори, различни от доставчика, на когото е възложена поръчката, които могат да представят подходящ софтуер (решение от 15 октомври 2009 г., Комисия/Германия, C-275/08, EU:C:2009:632, т. 57—64).

31 Следователно възлагащият орган е длъжен да направи всичко, което разумно може да се очаква от него, за да избегне прилагането на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18, така че да се използва по-открита за конкуренцията процедура. Би било обаче несъвместимо с това изискване обаче да се позволи на такъв възлагащ орган да приложи посочената разпоредба, при положение че отговорността за създаването или запазването на състоянието на изключителност, на които се позовава за тази цел, се носи от него, по-специално поради това че за да постигне търсения със съответната поръчка резултат, не е било необходимо този възлагащ орган да създава такова състояние на изключителност или е разполагал с реални и разумни от икономическа гледна точка средства, за да сложи край на такова състояние.

32 От това следва, че за целите на прилагането на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 възлагащият орган трябва да докаже, от една страна, че са изпълнени двете кумулативни условия, посочени в точка 26 от настоящото решение, и от друга страна, че не е отговорен за наличието на технически или творчески причини, или на причини, свързани със защитата на изключителни права във връзка с предмета на поръчката.

33 Що се отнася, на второ място, до преценката на компетентната национална юрисдикция за наличието на такава отговорност на възлагащия орган, тя трябва да определи дали поведението на този възлагащ орган, по-специално при сключването на предходен договор, довел до съответната обществена поръчка, е в основата на възникването на състоянието на изключителност, което теоретично може да обоснове прилагането на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 за възлагането на съответната обществена поръчка. Посочената национална юрисдикция трябва също така да провери дали запазването на такова състояние на изключителност до решението на посочения възлагащ орган да следва процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка се дължи на действието или бездействието на същия този възлагащ орган.

34 За целите на тази проверка е важно да се отбележи, както прави генералният адвокат в точки 51 и 59 от заключението си, че отговорността на възлагащия орган за състояние на изключителност не може да се установи само въз основа на факта, че той е причинил това състояние със сключването на предходен договор, при положение че към момента на сключване на този договор правната уредба на Съюза в областта на обществените поръчки не е била приложима спрямо него. За сметка на това не е необходимо това състояние да е било създадено или запазено умишлено от посочения възлагащ орган, за да се ограничи конкуренцията при възлагане на бъдещи обществени поръчки.

35 Що се отнася до главното производство, следва да се припомни, че в съответствие с принципа на незабавно и цялостно прилагане на разпоредбите на правото на Съюза по отношение на новите държави членки от момента на присъединяването си към Европейския съюз Чешката република е трябвало да се съобрази с Директива 93/36/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за доставки (ОВ L 199, 1993 г., стр. 1), отменена и заменена с Директива 2004/18, като текстът на член 6, параграф 3, буква б) е възпроизведен в член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 (вж. в този смисъл решение от 6 декември 2017 г., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, т. 37 и цитираната съдебна практика).

36 Следователно след присъединяването на Чешката република към Европейския съюз по силата на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 възлагащият орган на тази държава членка може да използва процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка за обслужване на информационна система, използвана в националната администрация, само ако може да докаже, от една страна, че по технически причини или по причини, свързани със защитата на изключителните права върху тази информационна система, поръчката може да бъде възложена само на определен икономически оператор, и от друга страна, че възлагащият орган не носи отговорност за тези причини.

37 В случая, от една страна, запитващата юрисдикция посочва, че в периода от 1 май 2004 г. — датата на присъединяване на Чешката република към Европейския съюз — до 1 март 2016 г. — датата, на която е започнала разглежданата в главното производство процедура — DGF или нейният праводател е имала възможност да започне процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на нова информационна система. От друга страна, пред тази юрисдикция DGF поддържа, че се е опитала да сложи край на състоянието на изключителност на IBM Česká republika, но последното дружество е отказало да прехвърли имуществените авторски права върху изходния код на разглежданата информационна система, така че в случай че не бъде избрана процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка, посочената информационна система би станала неизползваема, като по този начин данъчната администрация не би имала възможност да изпълни задачата си.

38 Запитващата юрисдикция следва да провери дали с оглед на обстоятелствата, довели до сключването на първоначалния договор, и по-специално обстоятелствата, отнасящи се до периода от 1 май 2004 г. до 1 март 2016 г., състоянието на изключителност, на което се позовава DGF, за да обоснове прилагането на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18, се дължи на DGF, по-специално доколкото последната е разполагала с реални и

разумни от икономическа гледна точка средства, за да сложи край на това състояние на изключителност през посочения период, преди да реши да използва процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка.

39 С оглед на гореизложените съображения на поставения въпрос следва да се отговори, че член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 трябва да се тълкува в смисъл, че за да обоснове използването на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка по смисъла на тази разпоредба, възлагащият орган не може да се позовава на защитата на изключителни права, когато отговорността за такава защита е негова. Тази отговорност се преценява не само въз основа на фактическите и правните обстоятелства по сключването на договор относно дадена първа престация, но и въз основа на всички обстоятелства, които се отнасят до периода от датата на сключването до датата, на която възлагащият орган е избрал процедурата за възлагане на последваща обществена поръчка.

По съдебните разноски

40 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

Член 31, параграф 1, буква б) от 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, доставки и услуги

трябва да се тълкува в смисъл, че

за да обоснове използването на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка по смисъла на тази разпоредба, възлагащият орган не може да се позовава на защитата на изключителни права, когато отговорността за такава защита е негова. Тази отговорност се преценява не само въз основа на фактическите и правните обстоятелства по сключването на договор относно дадена първа престация, но и въз основа на всички обстоятелства, които се отнасят до периода от датата на сключването до датата, на която възлагащият орган е избрал процедурата за възлагане на последваща обществена поръчка.

Подписи