Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 26 de septiembre de 2024[1]

Asunto C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
contra
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, República Checa)]

«Procedimiento prejudicial — Contratación pública — Directiva 2004/18/CE — Artículo 31 — Procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación — Condiciones — Protección de derechos de exclusividad — Situación de exclusividad imputable al poder adjudicador — Contrato anterior a la adhesión de un Estado miembro a la Unión Europea — Momento en el que han de valorarse las circunstancias de hecho y de derecho del contrato»

1. En 1992, el Ministerio de Hacienda de la República Checa[2] adjudicó directamente a una determinada empresa[3] un contrato para implantar un sistema informático de gestión tributaria denominado ADIS. IBM era titular de derechos de autor sobre el código fuente del programa, de manera que el uso y la actualización del sistema informático dependía de su participación.

2. En 2016, el órgano encargado de la gestión tributaria en la República Checa decidió celebrar un contrato de servicios postgarantía de base para la aplicación ADIS, que también adjudicó a IBM mediante un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.

3. La suscripción de este nuevo contrato ha enfrentado a dos autoridades de la República Checa: la responsable de la gestión tributaria, por un lado, y la competente para el control de la regularidad de los contratos públicos, por otro lado. Al parecer de esta última, la adjudicación directa del contrato es ilegal.

4. El tribunal que ha de resolver en última instancia esa controversia duda del encaje del nuevo contrato en el artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18/CE,[4] sobre cuya interpretación pregunta al Tribunal de Justicia. Quiere saber si, al apreciar uno de los requisitos

1 Lengua original: español.

2 La escisión de la República Checa y la República Eslovaca se produjo el 1 de enero de 1993.

3 IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. En 1992, esta sociedad era el socio único de la sociedad IBM Česká republika, spol. s r. o. En lo sucesivo me referiré a ella, indistintamente, como «IBM» o «el proveedor».

4 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

para recurrir al procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación, debe valorar las circunstancias, fácticas y jurídicas, existentes en el momento del contrato inicial (1992) o del nuevo contrato (2016).

5. Como trasfondo del litigio se plantea el problema, de alcance general, de la *cautividad* de las administraciones públicas que dependen de un proveedor para utilizar las tecnologías de la información. La Comisión publicó en 2013 una Comunicación [5] en la que ponía de relieve las dificultades de aquellas administraciones para cambiar de proveedor.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión. Directiva 2004/18

6. El artículo 28 («Utilización de los procedimientos abiertos, restringidos y negociados, así como del diálogo competitivo») dispone:

«Para adjudicar sus contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados a efectos de la presente Directiva.

Adjudicarán estos contratos públicos haciendo uso del procedimiento abierto o del procedimiento restringido. En las condiciones específicas previstas expresamente en el artículo 29, los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos públicos haciendo uso del diálogo competitivo. En los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en los artículos 30 y 31, podrán recurrir a un procedimiento negociado, con o sin publicación del anuncio de licitación».

7. Conforme al artículo 31 («Casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación»):

«Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

1) respecto de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios:

   […]

   b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado;

   c) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicación de un anuncio de licitación contemplados en el artículo 30. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;

[5] Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2013, contra la dependencia de un proveedor: construir sistemas de TIC [Tecnologías de la información y las comunicaciones] abiertos mediante una mejor utilización de normas en la contratación pública [COM (2013) 455 final] (en lo sucesivo, «Comunicación de 2013»).

[…]».

B. Derecho checo. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. A tenor del artículo 21, apartado 2, el poder adjudicador puede adjudicar un contrato público mediante un procedimiento abierto o restringido y, siempre que se cumplan determinados requisitos, mediante un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación o mediante un procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación.

9. Conforme al artículo 23, apartado 4, letra a), el poder adjudicador puede adjudicar un contrato público mediante el procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación también cuando, por razones técnicas o artísticas, de protección de derechos de exclusividad o resultantes de una normativa especial, el contrato solo pueda ser ejecutado por un operador económico determinado.

II. Hechos, litigio y pregunta prejudicial

10. El 29 de junio de 1992, el Ministerio de Hacienda de la República Checa celebró con IBM un contrato de integración del sistema de información ADIS para la gestión tributaria.

11. A partir de 2013, las funciones del Ministerio de Hacienda en cuanto a la gestión tributaria las asumió, bajo su dependencia, la Česká republika — Generální finanční ředitelství (Dirección General Tributaria, República Checa; en lo sucesivo, «DGT»).

12. El 1 de marzo de 2016, la DGT inició un procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para adjudicar un nuevo contrato denominado «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016», cuyo objeto era prestar un servicio básico postgarantía para la aplicación ADIS. [7]

13. La DGT acudió a esta modalidad contractual invocando razones técnicas y de protección de los derechos de propiedad intelectual del proveedor sobre el código fuente del ADIS. [8]

14. El 20 de mayo de 2016, la DGT adjudicó a IBM el nuevo contrato.

15. El 9 de octubre de 2017, la Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficina de defensa de la competencia, República Checa; en lo sucesivo, «Úřad») declaró que, al acudir al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, la DGT había vulnerado el artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley 137/2006.

6 Ley 137/2006, relativa a los contratos públicos (en lo sucesivo, «Ley 137/2006»), en la versión aplicable a los hechos.

7 Aunque atañe al tribunal de reenvío verificarlo, parece que el nuevo contrato incluía el mantenimiento y la eventual reparación del ADIS. El precio del contrato era de 33 294 389 coronas checas (CZK), excluido el impuesto sobre el valor añadido (IVA).

8 Según las afirmaciones de la DGT que recoge el auto de reenvío (apartado 2), sin un vínculo con el núcleo y otros módulos no es posible el funcionamiento independiente de los módulos, ni su control ni su desarrollo; los módulos no pueden separarse; el objeto del contrato incide en los módulos existentes. Como la prestación era el servicio de base del ADIS, creado y desarrollado por el proveedor, titular de los derechos de licencia, exigencias de continuidad técnica hacían necesario que éste se ocupara de su mantenimiento y desarrollo.

16. Según la Úřad, la DGT no había demostrado que, por razones técnicas, el nuevo contrato público solo pudiera ser realizado por IBM. Además, la necesidad de proteger los derechos exclusivos de este proveedor era consecuencia del comportamiento anterior del Ministerio de Hacienda.

17. Contra la resolución de 9 de octubre de 2017, la DGT interpuso un recurso ante el presidente de la Úřad, que lo desestimó. [9]

18. La DGT recurrió la decisión del presidente de la Úřad ante el Krajský soud v Brně (Tribunal regional de Brno, República Checa), que desestimó la impugnación por entender que no concurrían los requisitos del artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley 137/2006, pues:

– En la fecha de adjudicación del contrato inicial era previsible la necesidad de un servicio de mantenimiento continuo del ADIS, sistema concebido a largo plazo para un ámbito (la fiscalidad) objeto de cambios constantes.

– Poco importa que, en el momento de la firma del contrato inicial, ninguna normativa estableciera la obligación de seleccionar al proveedor a través de un procedimiento de licitación, ni en qué medida debieran regularse los derechos de autor sobre el ADIS. Los requisitos para la adjudicación ulterior han de apreciarse a la luz de la legislación vigente cuando esta adjudicación se produce.

– No es necesario que el poder adjudicador inicial haya actuado con la intención de eludir posteriormente la Ley 137/2006.

– Aun si la DGT consiguiera probar que no existe ningún otro operador distinto de IBM capaz de ejecutar el contrato, no se alteraría que la situación de exclusividad resulta de los actos del Ministerio de Hacienda. Por lo tanto, la prueba del cumplimiento del requisito formal (es decir, de las razones técnicas y del motivo relativo a la protección de los derechos de autor del proveedor) sería inútil al no cumplirse el requisito material (la no creación de la situación de exclusividad por el propio poder adjudicador).

19. La DGT interpuso ante el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, República Checa) un recurso de casación contra la sentencia de instancia alegando, en síntesis, que:

– En la fecha de la celebración del contrato inicial, el proveedor era el único capaz de realizar las prestaciones necesarias (suministrar servidores dotados de su propio sistema operativo y garantizar el mantenimiento y la vigilancia a distancia). Por razones técnicas, no era posible encontrar otro.

– El Ministerio de Hacienda no podía razonablemente prever que más tarde se requerirían otras actuaciones para que el ADIS siguiera funcionando.

– En el contrato inicial, los derechos de autor se definieron de manera adecuada. No era posible entonces obtener una cesión completa de esos derechos sobre el ADIS, ya que parte de sus elementos eran explotados comercialmente en todo el mundo por el proveedor y sus socios.

[9] El recurso fue desestimado porque el Ministerio de Hacienda, predecesor de la DGT, era responsable de la situación de exclusividad (entendida como la necesidad de que el contrato sea ejecutado únicamente por el proveedor), al permitir que el proveedor mantuviese la titularidad de los derechos de autor.

Por lo tanto, se respetó la legislación que estaba vigente. Si el Ministerio de Hacienda no podía saber qué disposiciones legales futuras infringiría con sus actos, el principio de seguridad jurídica impide considerar que se haya cometido una falta trasladable a la DGT.

– El Ministerio de Hacienda tampoco podía saber, al celebrar el contrato inicial, cómo evolucionaría el sistema fiscal. Por lo tanto, ignoraba si sería necesario intervenir en el ADIS y si seguiría utilizándolo. No tenía ninguna razón para regular los derechos de autor a fin de ser totalmente independiente del proveedor.

– Iniciar hoy un procedimiento de adjudicación para el suministro de un nuevo sistema de información expondría a la DGT a un malgasto de los fondos invertidos en el ADIS y a una gestión poco rentable e irracional.

– En 2015, la DGT intentó liberarse de su dependencia del proveedor mediante la adquisición de los derechos de autor sobre el ADIS. El proveedor se negó a transferirlos, ni entonces ni en los siguientes tres años, por lo que la DGT no tuvo otra posibilidad que tramitar un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. De lo contrario, el ADIS habría sido inutilizable y la administración tributaria no habría podido llevar a cabo su misión.

– En suma, antes de iniciar el proceso de adjudicación del nuevo contrato, la DGT habría adoptado todas las medidas necesarias para seguir debidamente el procedimiento previsto en el artículo 23, apartado 4, letra a), de la Ley 137/2006, lo que confirmaron varios dictámenes periciales, técnicos y jurídicos.

20. En su oposición al recurso de casación, la Úřad indicó que:

– La DGT, sobre la base de la exclusividad del contrato inicial de 1992, había desarrollado el ADIS mediante procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación, al menos hasta finales de 2019.

– El dictamen pericial no prueba que el operador seleccionado fuera el único proveedor posible del sistema por razones técnicas. No se ha demostrado la existencia de ninguna situación de exclusividad que se explicara por la protección de los derechos de autor.

– El objeto de la prestación era establecer un sistema de gestión tributaria en tres etapas, de las que el contrato inicial sólo se refería a la primera. La DGT sabía que al contrato inicial le seguirían otros.

– La descripción y el objeto del ADIS indican que se trata de un sistema sólido que debía ser funcional a largo plazo. Era, pues, evidente que requeriría, al menos, una asistencia técnica.

– Ni el Ministerio de Hacienda ni luego la DGT reaccionaron ante la evolución de la legislación, sino que adoptaron una interpretación del contrato y de la Ley 137/2006 que permitía mantener el sistema sin convocatoria de licitación.

21. El tribunal de reenvío duda de que concurra uno de los requisitos que califica de *materiales* (a saber, que la situación de exclusividad no haya sido causada por el propio poder adjudicador) para acudir al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. Quiere saber si, a estos efectos, ha de valorar las circunstancias de hecho y de derecho existentes cuando se suscribió el contrato inicial.

22. En este contexto, el Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo) eleva al Tribunal de Justicia la siguiente pregunta prejudicial:

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

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 19 de septiembre de 2023.

24. Han depositado observaciones escritas los Gobiernos checo y eslovaco, así como la Comisión Europea.

25. El Tribunal de Justicia no ha considerado imprescindible celebrar una vista.

IV. Apreciación

26. La controversia que debe dirimir el tribunal de reenvío tiene su origen en un contrato de suministro de servicios informáticos que, sin procedimiento competitivo, se celebró en 1992, antes de que la República Checa se adhiriese a la Unión Europea, cuando tal forma de proceder era legítima según el derecho nacional.

27. En ese contrato inicial, se conferían al proveedor derechos que le colocaban en una posición de exclusividad en cuanto al desarrollo y el mantenimiento del sistema informático implantado.

28. Según la DGT, tras la incorporación de la República Checa a la Unión, los derechos de autor exclusivos del proveedor justificaban que, en 2016, para suscribir un nuevo contrato [10] de servicio básico postgarantía del sistema informático, se acudiera al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación, previsto en el artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18.

A. Directiva aplicable

29. El tribunal *a quo* solicita la interpretación de la Directiva 2004/18, y no de la Directiva 2014/24/UE, [11] que la deroga.

30. En principio, es pertinente la aplicación de la Directiva vigente cuando el poder adjudicador elige el procedimiento que va a seguir. [12]

[10] No se trataba, pues, de una mera prórroga o modificación del contrato inicial.

[11] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

[12] Sentencia de 14 de enero de 2021, RTS infra y Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13), apartado 23.

31. El auto de reenvío afirma que la DGT inició el procedimiento para adjudicar el nuevo contrato el 1 de marzo de 2016. La fecha es, pues, anterior a la expiración del plazo de transposición de la Directiva 2014/24, que su artículo 90, apartado 1, sitúa en el 18 de abril de 2016.

32. De ser así, resultaría aplicable *ratione temporis* la Directiva 2004/18. Esta circunstancia no impide, sin embargo, tomar en cuenta el régimen de la Directiva 2014/24, como elemento de contraste o de confirmación, para interpretar las reglas de la Directiva 2004/18.

B. Artículo 31, apartado 1, letra b) de la Directiva 2004/18 y situación de exclusividad ocasionada por el poder adjudicador

33. Con arreglo al artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18, han de concurrir dos requisitos acumulativos para acudir al procedimiento directo que regula: a) razones técnicas o artísticas o cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad; y b) que esas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

34. Una formulación similar a la de ese artículo constaba ya en otras directivas de contratación que precedieron a la Directiva 2004/18. [13] El Tribunal de Justicia las había interpretado al resolver recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión contra actos singulares de los Estados miembros relativos a contratos sujetos a la Directiva 71/305 [14] o a la Directiva 93/37 [15] que se celebraron por el procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.

35. La jurisprudencia dictada al interpretar esas dos Directivas y las subsiguientes ha insistido, de modo reiterado, en que los preceptos relativos a los procedimientos negociados sin publicación previa han de ser objeto de interpretación estricta y que la carga de la prueba de las circunstancias extraordinarias que justifican la excepción incumbe al poder adjudicador. [16]

36. El tribunal de reenvío distingue entre los «requisitos formales» y los «requisitos materiales» exigibles para acudir al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. A su juicio:

– Los requisitos formales demandan la concurrencia de una razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad y que, por ese motivo, el contrato sólo pueda encomendarse a un operador económico determinado.

– Los requisitos materiales impondrían que el poder adjudicador no hubiera podido prever esas razones formales ni que su concurrencia le fuera imputable.

[13] Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1971, L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9) y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 199, p. 54).

[14] Sentencia de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150), apartado 23.

[15] Sentencia de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522), apartados 19 y 20.

[16] Véase, por todas, la sentencia de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522), apartado 19: «Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de la Directiva [93/37], que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas». Cita como exponentes de esta misma interpretación las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150), apartado 23; y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania (C-318/94, EU:C:1996:149), apartado 13.

37. En realidad, los que el tribunal de reenvío califica de *requisitos formales* son los que corresponden al contenido literal del artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18. Los que califica de *requisitos materiales* van más allá, pues aluden a condiciones no expresamente contenidas en ese precepto.

38. El debate se ha centrado sobre el *requisito material* consistente en que la situación de exclusividad no haya sido ocasionada por el poder adjudicador. Las posiciones expresadas por quienes han intervenido en el procedimiento prejudicial están divididas:

– Para el Gobierno checo, la excepción admitida por el artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18 se aplica con la sola concurrencia de los requisitos objetivos que menciona. [17]

– Para la Comisión y el Gobierno eslovaco, esa excepción requiere, además, que el poder adjudicador no haya causado la situación de exclusividad.

39. Si el litigio hubiera de resolverse bajo el régimen de la Directiva 2014/24, prevalecería sin duda la tesis de la Comisión y del Gobierno eslovaco. Tanto el considerando quincuagésimo de esa Directiva como su artículo 32, apartado 2, letra b), introducen la previsión de que la exclusividad no haya sido creada por el poder adjudicador:

– El considerando quincuagésimo de la Directiva 2014/24 enuncia que «[…] solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación. […]». [18]

– El artículo 32, apartado 2, letra b), punto iii), de la Directiva 2014/24 declara que el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse cuando las obras, los suministros o los servicios sólo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto, a causa de la protección de «derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial». Pero esa excepción únicamente rige «cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación».

40. La Directiva 2004/18, por el contrario, no aludía de modo explícito en su artículo 31, apartado 1, letra b), a la incidencia que pudiera tener la imputación de la exclusividad al poder adjudicador. [19] Su silencio, empero, no significa que el poder adjudicador sea libre para crear él mismo la situación de exclusividad.

41. En efecto, como bien subraya el tribunal de reenvío, la Directiva 2014/24 no ha hecho, en este punto, sino explicitar una regla que existía, implícita, en las directivas precedentes sobre la materia. [20] De ahí que, a su juicio, «[…] el derecho de la Unión exige que la razón por la que se

[17] Así lo expone en el primero de los seis bloques argumentales que integran su escrito de observaciones ante el Tribunal de Justicia.

[18] A ese enunciado preceden las siguientes consideraciones: «En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. […] La exclusividad puede también surgir por otros motivos […]».

[19] La omisión contrasta con lo que prevé el propio artículo 31, apartado 1, letra c), de la Directiva 2004/18: se autoriza el procedimiento negociado sin publicación previa ante una urgencia imperiosa, siempre que las circunstancias alegadas para justificarla no sean en ningún caso «*imputables a los poderes adjudicadores*».

[20] Apartado 22 del auto de reenvío.

deba adjudicar un contrato público exclusivamente a un operador económico determinado, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación con arreglo al artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18, *no sea atribuible al poder adjudicador*. […]».[21]

42. Adoptaré como postulado el mismo del que parte el tribunal de reenvío sobre la intervención del poder adjudicador en las circunstancias determinantes de la situación de exclusividad. Son varias las razones que, a mi entender, así lo propugnan.

43. En primer lugar, a modo de tela de fondo, el objetivo general de las normas de la Unión en materia de contratos públicos consiste «en garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros».[22] Acudir al procedimiento negociado sin previa publicidad es, justamente, el comportamiento de un poder adjudicador que vulnera más gravemente la apertura de los contratos públicos a la competencia.

44. En segundo lugar, es contrario a ese objetivo que los poderes adjudicadores creen, por sí mismos, las circunstancias que alegarán para utilizar procedimientos de selección de contratistas en los que no se admite la participación de competidores.

45. En tercer lugar, como ya he avanzado, las circunstancias extraordinarias que autorizan los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación han de ser objeto de interpretación estricta, inspirada en criterios restrictivos.[23]

46. En cuarto lugar, admitir que el poder adjudicador pudiera prevalerse de una situación de exclusividad que él mismo ha propiciado invertiría la lógica del artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18. Según esa lógica, las circunstancias que justifican la imposibilidad de acudir al procedimiento ordinario (con publicidad) son las ajenas al poder adjudicador, no las provocadas por él.

47. En último extremo, la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* veda la posibilidad de que una parte obtenga ventajas de su propio comportamiento ilícito.[24]

C. Valoración de la exclusividad en relación con el litigio

1. Contrato inicial (1992)

48. Según la tesis de la DGT que expone el auto de reenvío, en el momento de la celebración del contrato inicial (1992) ninguna normativa nacional regulaba los derechos de autor ni la contratación pública. Por lo tanto, no se podía prever el futuro régimen jurídico aplicable en esta materia ni cómo evolucionaría la jurisprudencia nacional. Tampoco era previsible «que la definición de las condiciones de otorgamiento de licencias para el ADIS diera lugar posteriormente a una situación cuestionable […]».[25]

[21] Apartado 23 del auto de reenvío (cursiva añadida). El tribunal remitente considera que «la interpretación del derecho de la Unión a este respecto reviste la naturaleza de *acte clair*», afirmación que creo exagerada.

[22] Sentencia de 7 de diciembre de 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 y C-443/22, EU:C:2023:970), apartado 61.

[23] Sentencia de 11 de septiembre de 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), apartado 49: «[…] sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en las circunstancias descritas con carácter exhaustivo en los artículos 30 y 31 de la Directiva 2004/18, y […] este procedimiento tiene, en relación con los procedimientos abierto y restringido, carácter excepcional».

[24] El Tribunal de Justicia es sensible a la atribución de consecuencias desfavorables al incumplimiento propio. Véase la sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato) (C-520/21, EU:C:2023:478), apartado 81.

[25] Apartado 17 del auto de reenvío.

49. El tribunal de reenvío comparte, en lo sustancial y a reserva de algunos matices, este punto de vista. Acepta que, en 1992, no existía ninguna normativa nacional relativa a la adjudicación de contratos públicos,[26] lo que permitía al Ministerio de Hacienda suscribir el contrato ADIS en los términos entonces convenidos. Añade que el poder adjudicador incluso «podía legítimamente suponer que la continuidad del contrato inicial se podía atribuir al mismo proveedor, sin necesidad de ofrecer también a otros la posibilidad de aspirar al suministro de la prestación requerida».[27]

50. Por mi parte, nada tengo que oponer a estas afirmaciones, que se remiten a un momento histórico en el que, simplemente, no entraba en juego el derecho de la Unión, de la que la República Checa no era aún miembro. Corresponde al tribunal de reenvío definir los hechos y el marco jurídico que envuelve la celebración del contrato inicial.

51. En estas condiciones, resulta indiferente que la exclusividad sobre cuya base se firmó, en 1992, el contrato inicial fuese provocada, o no, por el poder adjudicador.

2. Nuevo contrato (2016)

52. La perspectiva cambia si se tiene en cuenta que la relación contractual de las autoridades tributarias checas[28] con el proveedor se prolongó a lo largo de muchos años (entre 1992 y 2016, a los efectos que aquí interesan).

53. En ese periodo se modificó el marco jurídico, especialmente desde que, en 2004, la República Checa se incorporó a la Unión. A partir de la adhesión era preceptivo cumplir con las directivas de contratos públicos, «conforme al principio de aplicación inmediata e íntegra de las disposiciones del derecho de la Unión a los nuevos Estados miembros».[29]

54. El tribunal remitente incide en la importancia del nuevo marco y en la mutación de los deberes del poder adjudicador: destaca que, cuando la DGT adjudicó el contrato de 2016, estaba en vigor la Ley 137/2006 y la Directiva 2004/18. Por consiguiente, la DGT venía obligada a que sus actos no creasen situaciones de exclusividad para legitimar el recurso a procedimientos negociados sin previa publicidad.

55. A partir de esta constatación, y tras examinar las dos tesis en liza, el tribunal *a quo* declara en el apartado 32 del auto de reenvío lo siguiente:

– «[…] Entre 1992 y 2016, [la DGT] (o su predecesor legal) podría, o bien haber negociado nuevas condiciones contractuales en relación con los derechos de propiedad intelectual de carácter patrimonial, y de ese modo atribuir los contratos públicos relativos al ADIS con arreglo a uno de los procedimientos de adjudicación más abiertos, o bien haber incoado un nuevo procedimiento de licitación para un nuevo sistema informático, incluso si esto hubiera

[26] El tribunal de reenvío describe la evolución jurídica nacional, plasmada en la adopción de sendas leyes sobre derechos de autor (ley aplicable a los programas informáticos) en 1965 y sobre contratación pública en 1994.

[27] Apartado 29 del auto de reenvío.

[28] Asumo que la sucesión de órganos contratantes (Ministerio de Hacienda en 1992 y DGT en 2016) es puramente formal: ambos son parte de la misma estructura gubernamental y el segundo depende del primero. La DGT se subroga en la posición jurídica que ostentaba el Ministerio de Hacienda.

[29] Sentencia de 6 de diciembre de 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940), apartado 37.

producido un incremento temporal de los costes, que, no obstante, podría haber supuesto un ahorro a largo plazo.

– Por tanto, la situación de hecho existente en el momento de la celebración del contrato inicial no puede invocarse cuando la situación de exclusividad ha perdurado después de la adopción de las disposiciones legales pertinentes en materia de adjudicación de contratos públicos en la República Checa. Para determinar si es posible recurrir al procedimiento negociado sin publicación, debe tenerse en cuenta el momento en el que se adopta la decisión de atribuir el contrato conforme a dicho procedimiento […]». [30]

56. En tanto que apreciación de los hechos decisivos para el litigio y de la situación jurídica nacional, nada hay que oponer, por parte del Tribunal de Justicia, a estas consideraciones del tribunal *a quo*. Y en cuanto a las consignadas en la parte final del apartado 32 del auto de reenvío, que acabo de transcribir, entiendo que contienen una interpretación correcta de la Directiva 2004/18.

57. La respuesta a la pregunta prejudicial que se infiere de lo anterior es la irrelevancia, a los efectos que aquí importan, de que el contrato inicial se firmase antes de la adhesión de la República Checa a la Unión. Por el contrario, resultan decisivos los actos del poder adjudicador efectuados entre los años 2004 a 2016. De esos actos, lógicamente, la clave es la suscripción del nuevo contrato en 2016.

58. El Gobierno checo trata, sin embargo, de excluir su responsabilidad en la creación de la dependencia exclusiva, apoyándose en que la valoración debe referirse al momento de la firma del contrato inicial. Si entonces no había objeciones a la legalidad de su conducta, tampoco existiría título intencional de imputación contra el poder adjudicador.

59. No comparto ese planteamiento:

– Como ya he dicho, la obligación del Estado miembro de ajustar su actuación al ordenamiento de la Unión nace con su adhesión a la Unión. A partir de ese instante, el poder adjudicador, en tanto que órgano estatal, asumió el deber de garantizar la observancia de las normas de la Unión sobre contratación pública, entre ellas la Directiva 2004/18. En este contexto, no importa que el incumplimiento por parte de las autoridades tributarias del Estado derive de una conducta activa u omisiva. [31]

– Para evaluar la conducta del poder adjudicador no es exigible *una intención directa* de crear la situación de exclusividad. [32] Basta con que, al desentenderse de su deber de desactivar la exclusividad existente (y creada por él mismo, o por su antecesor en derecho) en el momento de la firma del nuevo contrato, el poder adjudicador cierre éste, al igual que sucedía con el contrato inicial, a la competencia.

[30] El tribunal de reenvío cita, en apoyo de esta afirmación, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, EU:C:2000:543), apartado 37.

[31] En sus observaciones escritas, el Gobierno checo se refiere reiteradamente a *acciones positivas* del poder adjudicador (conducta, actos, situación creada, exclusividad causada, definición de las condiciones del nuevo contrato en relación con el inicial). Por contraste, no alude a su *inacción* para celebrar los nuevos contratos conforme al derecho de la Unión.

[32] El Gobierno checo insiste una y otra vez en que el comportamiento del poder adjudicador en relación con la situación de exclusividad debe ser *intencional* (apartados 11, 12, 14, 15, 16, 17 y 18 de sus observaciones escritas).

60. Desde otra óptica, el Gobierno checo, aun reconociendo que ante situaciones como la de autos ha de tomar decisiones que le permitan liberarse de la dependencia de un proveedor específico, propugna que se acepte una *solución razonable*, entendiendo por tal la más económica y que asegure el funcionamiento estable de los sistemas de información críticos de la administración nacional. A su juicio, estos factores legitimarían, en este asunto, el recurso al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. [33]

61. Tampoco comparto este argumento, aun comprendiendo los problemas a los que se enfrentaba, *de facto*, el poder adjudicador en 2016. Las autoridades tributarias, como el resto de las estatales, no pueden ampararse en dificultades prácticas, administrativas o económicas [34] para justificar el incumplimiento de las obligaciones establecidas por una directiva, pues corresponde a los Estados miembros superarlas adoptando las medidas adecuadas. [35]

62. Otra línea de defensa esgrimida por el Gobierno checo en pro de la actuación del poder adjudicador consiste en afirmar que intentó liberarse de la situación de dependencia del proveedor adquiriendo los derechos de autor, lo que no logró a causa de la oposición de éste. [36]

63. Tal alegación no puede prosperar si se advierte que el poder adjudicador dispuso, a partir de 2004, de tiempo suficiente (hasta 2016) para sobreponerse a la negativa de IBM. Frente a la situación de exclusividad, arrastrada desde décadas, debió adoptar iniciativas que le llevaran a desvincularse de la dependencia del proveedor, mediante la búsqueda de ofertas de otros operadores, lo que no parece haber hecho. Así lo afirma el tribunal de reenvío, [37] con cuya afirmación, de nuevo, coincido.

64. Por lo demás, del auto de reenvío no se infiere que hubiera habido tentativas *serias* del poder adjudicador para encontrar nuevos proveedores que le permitieran desbloquear la situación de dependencia en la que se encontraba. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el poder adjudicador ha de «investigar seriamente» si hay empresas capacitadas a nivel europeo para suministrar (o, en su caso, reemplazar) un determinado programa informático. [38]

65. Al exponer el problema de la *cautividad* en los sistemas de tecnología de la información, la Comisión sugiere a los poderes adjudicadores ciertas alternativas [39] para superar restricciones de la competencia en la contratación pública, como la aquí examinada.

33 Apartado 30 de las observaciones escrita del Gobierno checo.

34 Los obstáculos que el Gobierno checo aduce son predominantemente económicos (apartados 26 y 27 de sus observaciones escritas). El tribunal de reenvío, por el contrario, sostiene que el eventual incremento inmediato de costes se compensaría con el ahorro a largo plazo, derivado de introducir competencia entre licitadores. En la Comunicación de 2013, la Comisión alude a los inconvenientes derivados de la dependencia de un único proveedor de soluciones informáticas. Destaca que tal exclusividad, además de ocasionar otros problemas (existe el riesgo de que el proveedor deje de dar soporte al sistema o a determinadas características del mismo), puede afectar a la innovación y dar lugar a unos precios excesivos, que no se someten a la presión competitiva de otros operadores del sector.

35 Sentencia de 18 de octubre de 2012, Comisión/Reino Unido (C-301/10, EU:C:2012:633), apartado 66.

36 Apartado 31 de las observaciones escritas del Gobierno checo, que remite a las alegaciones de la DGT ante el tribunal de casación, transcritas en el apartado 10 del auto de reenvío.

37 Apartado 32 del auto de reenvío, transcrito en el punto 55 de estas conclusiones.

38 Véase la sentencia de 15 de octubre de 2009, Comisión/Alemania (C-275/08, EU:C:2009:632), apartado 63. Se trataba entonces de un programa informático para la gestión centralizada de la matriculación de automóviles.

39 La Comunicación de 2013, apartado 3, asevera que «utilizar sistemas de TIC basados en normas en lugar de tecnología sujeta a derechos contribuirá a la apertura de las prácticas restrictivas de contratación pública, ya que las normas ponen a disposición de cualquiera los conocimientos esenciales sobre un sistema, lo que implica que otros proveedores potenciales podrían mantener o modificar el sistema en condiciones más competitivas».

66. Pese a que las autoridades checas afirman haber instaurado procedimientos de control *ex ante* para combatir la cautividad a la que se refiere la Comunicación de 2013,[40] el contrato objeto de este renvío prejudicial corroboró, sin alterarla, la situación de exclusividad preexistente. Así pues, al poder adjudicador se le puede imputar, por acción o por omisión, la perpetuación en 2016 de una situación de exclusividad creada por su antecesor en derecho, que le debió impedir hacer uso del procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación.

67. He de recordar, en fin, que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la necesaria apertura a la competencia de contratos similares al ahora controvertido, dando por supuesto que se sujetan a las reglas generales de la contratación administrativa: «[…] cuando los poderes adjudicadores se proponen organizar una licitación para contratar el mantenimiento, la adaptación o el desarrollo del *software* adquirido de un operador económico, deben garantizar la transmisión de información suficiente a los candidatos y licitadores potenciales para permitir el desarrollo de una competencia efectiva en el contrato derivado del mantenimiento, de la adaptación o del desarrollo de dicho *software*».[41]

V. Conclusión

68. A tenor de lo expuesto, propongo responder al Nejvyšší správní soud (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, República Checa) en estos términos:

«El artículo 31, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,

ha de interpretarse en el sentido de que:

El poder adjudicador no puede crear, mediante su propia actuación, una situación de exclusividad con la que pretenda justificar el recurso a un procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación.

Cuando el poder adjudicador suscribe un nuevo contrato al que se aplica la Directiva 2004/18, es irrelevante que la situación de exclusividad derive de un contrato inicial suscrito por las autoridades de un Estado miembro antes de su adhesión a la Unión Europea. Para valorar la conducta del poder adjudicador en relación con el nuevo contrato, ha de atenderse al contexto fáctico y jurídico del momento en el que se celebra ese nuevo contrato».

[40] Así lo expresa el Gobierno checo, en particular, en los apartados 32 a 35 de sus observaciones escritas, aseverando que ha creado un servicio especializado y un grupo de trabajo para combatir la dependencia exclusiva en los contratos de servicios informáticos. Estas «medidas sistémicas», añade, se habían puesto en práctica cuando se celebró el contrato de 2016.

[41] Sentencia de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), apartado 74.