Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 26. rujna 2024.[1]

Predmet C-578/23

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Nejvyšší správní soud (Vrhovni upravni sud, Češka Republika))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Javna nabava – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 31. – Pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje – Uvjeti – Zaštita isključivih prava – Stanje isključivosti koje se može pripisati javnom naručitelju – Ugovor koji je prethodio pristupanju države članice Europskoj uniji – Trenutak u kojem treba ocijeniti činjenične i pravne okolnosti sklapanja ugovora”

1. Ministarstvo financija Češke Republike[2] je 1992. određenom poduzetniku[3] izravno dodijelilo ugovor za uvođenje informacijskog sustava za upravljanje porezom pod nazivom ADIS. IBM je bio nositelj autorskih prava na izvorni kod programa, tako da su uporaba i ažuriranje informacijskog sustava ovisili o njegovu sudjelovanju.

2. Tijelo zaduženo za upravljanje porezom u Češkoj Republici odlučilo je 2016. sklopiti ugovor o uslugama osnovnog održavanja aplikacije ADIS izvan jamstvenog roka te ga je dodijelilo IBM-u u okviru pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

3. Potpisivanje tog novog ugovora dovelo je do nesuglasica između dvaju tijela Češke Republike: s jedne strane, tijela zaduženog za upravljanje porezom i, s druge strane, tijela nadležnog za nadzor pravilnosti postupaka javne nabave. Drugonavedeno tijelo smatra da je izravna dodjela ugovora nezakonita.

4. Sud koji u ovom sporu treba donijeti odluku u zadnjem stupnju dvoji u pogledu obuhvaćenosti novog ugovora člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18/EZ[4], o čijem tumačenju postavlja pitanje Sudu. Želi znati treba li u okviru ocjene nekog od uvjeta za primjenu

[1] Izvorni jezik: španjolski

[2] Do razdvajanja Češke Republike i Slovačke Republike došlo je 1. siječnja 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. To je društvo 1992. bilo jedini član društva IBM Česká republika, spol. s r. o. U daljnjem ću tekstu na njega bez razlike upućivati kao na IBM ili pružatelja usluga.

[4] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.)

pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje ocijeniti činjenične i pravne okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja prvotnog ugovora (1992.) ili novog ugovora (2016.).

5. Pozadina spora je opći problem *ovisnosti* javnih uprava *o određenom pružatelju usluga* kako bi mogle upotrebljavati informacijske tehnologije. Komisija je 2013. objavila Komunikaciju [5] u kojoj je istaknula poteškoće tih uprava u promjeni pružatelja usluga.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2004/18

6. Člankom 28. („Korištenje otvorenih, ograničenih i pregovaračkih postupaka i natjecateljskog dijaloga”) određuje se:

„Prilikom sklapanja njihovih ugovora o javnoj nabavi javni naručitelji primjenjuju nacionalne postupke prilagođene za potrebe ove Direktive.

Oni sklapaju ove ugovore o javnoj nabavi primjenjujući otvoreni ili ograničeni postupak. U posebnim okolnostima, izričito predviđenima člankom 29., javni naručitelji mogu sklapati svoje ugovore o javnoj nabavi putem natjecateljskog dijaloga. U posebnim slučajevima i okolnostima izričito navedenima u člancima 30. i 31. mogu primijeniti pregovarački postupak, sa ili bez objave poziva na nadmetanje.”

7. U skladu s člankom 31. („Slučajevi koji opravdavaju uporabu pregovaračkog postupka bez objave poziva na nadmetanje”)

„Javni naručitelji mogu sklopiti ugovore o javnoj nabavi bez prethodne objave poziva na nadmetanje u sljedećim slučajevima:

(1) za ugovore o javnim radovima, ugovore o javnoj nabavi robe i ugovore o javnim uslugama:

[…]

(b) kada se, iz tehničkih ili umjetničkih razloga, ili iz razloga povezanih sa zaštitom isključivih prava, ugovor može sklopiti samo s određenim gospodarskim subjektima;

(c) kada je nužno potrebno ako se, zbog razloga iznimne žurnosti izazvane događajima koje dotični javni naručitelji nisu mogli predvidjeti, rok za otvorene, ograničene ili pregovaračke postupke s objavom poziva na nadmetanje kako je navedeno članku 30. ne može primijeniti. Okolnosti na koje se poziva za opravdanje iznimne žurnosti ne smiju ni u kojem slučaju biti dovedene u vezu s javnim naručiteljem;

[…].”

[5] Komunikacija Komisije od 25. lipnja 2013. „Sprečavanje ovisnosti o dobavljačima: izgradnja otvorenih sustava IKT-a [informacijske i komunikacijske tehnologije] boljom primjenom normi u javnoj nabavi” (COM (2013) 455 *final*) (u daljnjem tekstu: Komunikacija iz 2013.)

B. Češko pravo. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. U skladu s člankom 21. stavkom 2., javni naručitelj može dodijeliti ugovor o javnoj nabavi u otvorenim ili ograničenim postupcima te, ako su ispunjeni određeni uvjeti, i u pregovaračkom postupku s objavom poziva na nadmetanje ili pregovaračkom postupku bez objave poziva na nadmetanje.

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

II. Činjenice, spor i prethodno pitanje

10. Ministarstvo financija Češke Republike sklopilo je 29. lipnja 1992. s IBM-om ugovor o integraciji informacijskog sustava ADIS za upravljanje porezom.

11. Od 2013., zadaće Ministarstva financija u pogledu upravljanja porezom preuzeo je Česká republika – Generální finanční ředitelství (Glavna porezna uprava, Češka Republika; u daljnjem tekstu: GPU), koji je pod njegovom nadležnošću.

12. GPU je 1. ožujka 2016. pokrenuo pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje za dodjelu novog ugovora pod nazivom „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, čiji je predmet bilo pružanje usluge osnovnog održavanja aplikacije ADIS izvan jamstvenog roka [7].

13. GPU je primijenio taj oblik ugovora, pri čemu se pozivao na tehničke razloge i razloge povezane sa zaštitom prava intelektualnog vlasništva koja pružatelj usluga ima na izvorni kod ADIS-a [8].

14. GPU je 20. svibnja 2016. dodijelio IBM-u novi ugovor.

15. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Ured za zaštitu tržišnog natjecanja, Češka Republika; u daljnjem tekstu: Úřad) utvrdio je 9. listopada 2017. da je GPU primjenom pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje povrijedio članak 23. stavak 4. točku (a) Zakona br. 137/2006.

16. Úřad smatra da GPU nije dokazao da je, zbog tehničkih razloga, IBM jedini mogao izvršiti novi ugovor o javnoj nabavi. Osim toga, nužnost zaštite isključivih prava tog pružatelja usluga bila je posljedica ranijeg postupanja Ministarstva financija.

6 Zakon br. 137/2006 o javnoj nabavi (u daljnjem tekstu: Zakon br. 137/2006), u verziji koja se primjenjuje na činjenično stanje

7 Iako je na sudu koji je uputio zahtjev da to provjeri, čini se da je novi ugovor uključivao održavanje i eventualne popravke ADIS-a. Cijena ugovora iznosila je 33 294 389 čeških kruna (CZK) bez poreza na dodanu vrijednost (PDV).

8 Prema GPU-ovim tvrdnjama navedenima u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku (točka 2.), moduli ne mogu samostalno funkcionirati i njima se ne može upravljati niti ih se može razvijati bez povezivanja s jezgrom i ostalim modulima; moduli se ne mogu razdijeliti; predmet ugovora zadire u postojeće module. Budući da je činidba bila osnovno održavanje ADIS-a, koji je stvorio i koji razvija pružatelj usluga, nositelj prava na licencije, zbog zahtjevâ u pogledu tehničkog kontinuiteta bilo je potrebno da se on pobrine za održavanje i razvoj tog sustava.

17. GPU je protiv odluke od 9. listopada 2017. podnio žalbu predsjedniku Úřada, koji ju je odbio [9].

18. GPU je protiv odluke predsjednika Úřada podnio tužbu Krajskom soudu v Brně (Okružni sud u Brnu, Češka Republika), koji je tu tužbu odbio jer je smatrao da nisu ispunjeni uvjeti iz članka 23. stavka 4. točke (a) Zakona br. 137/2006, s obzirom na to da:

– Na datum dodjele prvotnog ugovora bila je predvidljiva nužnost usluge trajnog održavanja ADIS-a, sustava koji je dugoročno osmišljen za područje (oporezivanje) koje se stalno mijenja.

– Nije važna činjenica da u trenutku potpisivanja prvotnog ugovora nijednim propisom nije bilo utvrđeno da pružatelja usluge obvezno treba odabrati u okviru postupka javne nabave, kao ni u kojoj mjeri trebaju biti uređena autorska prava na ADIS. Uvjete za dodjelu naknadnog ugovora treba ocijeniti s obzirom na zakonodavstvo koje je bilo na snazi u vrijeme te dodjele.

– Nije potrebno da je prvotni javni naručitelj djelovao s namjerom da naknadno zaobiđe Zakon br. 137/2006.

– Čak i ako bi GPU uspio dokazati da ne postoji nijedan drugi subjekt osim IBM-a koji može izvršiti ugovor, to ne bi promijenilo činjenicu da stanje isključivosti proizlazi iz radnji Ministarstva financija. Stoga bi dokaz o ispunjenju formalnog uvjeta (odnosno postojanju tehničkih razloga i razloga povezanog sa zaštitom autorskih prava koja ima pružatelj usluga) bio beskoristan jer nije ispunjen materijalni uvjet (sam javni naručitelj nije stvorio stanje isključivosti).

19. Protiv prvostupanjske presude GPU je Nejvyšším správnom soudu (Vrhovni upravni sud, Češka Republika) podnio žalbu u kasacijskom postupku, u kojoj je ukratko tvrdio da:

– Na datum sklapanja prvotnog ugovora, pružatelj usluga jedini je mogao osigurati traženu činidbu (isporučiti poslužitelje koji imaju vlastiti operacijski sustav te osigurati održavanje i nadzor na daljinu). Zbog tehničkih razloga nije bilo moguće pronaći drugog pružatelja usluga.

– Ministarstvo financija nije moglo razumno predvidjeti da će kasnije biti nužne druge radnje kako bi ADIS i dalje funkcionirao.

– U prvotnom su ugovoru autorska prava bila utvrđena na prikladan način. Stoga nije bilo moguće dobiti potpuni prijenos tih prava na ADIS jer su pružatelj usluga i njegovi partneri neke komponente komercijalno koristili diljem svijeta. Stoga se poštovalo zakonodavstvo koje je bilo na snazi. Iako Ministarstvo financija nije moglo znati koje će buduće pravne odredbe povrijediti svojim radnjama, zbog načela pravne sigurnosti nije moguće zaključiti da je počinjena pogreška koja se može prenijeti na GPU.

– Ministarstvo financija prilikom sklapanja prvotnog ugovora također nije moglo znati kako će se razvijati porezni sustav. Stoga nije znalo hoće li biti potrebno intervenirati u ADIS i hoće li ga nastaviti upotrebljavati. Nije imalo razloga urediti autorska prava kako bi bilo potpuno neovisno o pružatelju usluga.

[9] Žalba je odbijena zbog toga što je Ministarstvo financija, prednik GPU-a, bilo odgovorno za stanje isključivosti (shvaćeno kao potreba da ugovor izvrši isključivo određeni pružatelj usluga) jer je dopustilo da pružatelj usluga zadrži vlasništvo nad autorskim pravima.

– Kad bi se sada pokrenuo postupak javne nabave za isporuku novog informacijskog sustava, GPU bi se izložio uzaludnom trošenju sredstava uloženih u ADIS te neisplativom i nerazumnom upravljanju.

– GPU se 2015. pokušao osloboditi od svoje ovisnosti o pružatelju usluga stjecanjem autorskih prava na ADIS. Pružatelj usluga odbio ih je prenijeti tada i tijekom sljedeće tri godine, tako da je GPU jedino mogao provesti pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje. U suprotnom bi ADIS bio neupotrebljiv i porezna uprava ne bi mogla obaviti svoju zadaću.

– Ukratko, GPU je prije pokretanja postupka javne nabave za dodjelu novog ugovora poduzeo sve potrebne mjere kako bi pravilno proveo postupak iz članka 23. stavka 4. točke (a) Zakona br. 137/2006, što je potvrđeno u nekoliko stručnih, tehničkih i pravnih mišljenja.

20. U svojem odgovoru na žalbu u kasacijskom postupku Úřad je naveo da:

– GPU je na temelju isključivosti prvotnog ugovora iz 1992. razvijao ADIS u okviru pregovaračkih postupaka bez prethodne objave poziva na nadmetanje, barem do kraja 2019.

– Stručno mišljenje ne dokazuje da je odabrani subjekt zbog tehničkih razloga bio jedini mogući pružatelj usluga za sustav. Nije dokazano da postoji stanje isključivosti koje se objašnjava zaštitom autorskih prava.

– Predmet činidbe bilo je uvođenje sustava za upravljanje porezom u tri faze, od kojih se prvotni ugovor odnosio samo na prvu. GPU je znao da će nakon prvotnog uslijediti i drugi ugovori.

– Opis i cilj ADIS-a upućuju na to da je riječ o stabilnom sustavu koji bi trebao funkcionirati dulje vrijeme. Stoga je bilo očito da će za njega biti nužna barem tehnička podrška.

– Ni Ministarstvo financija ni kasnije GPU nisu reagirali na razvoj zakonodavstva, nego su primijenili tumačenje ugovora i Zakona br. 137/2006 kojim se omogućavalo zadržavanje sustava bez objave poziva na nadmetanje.

21. Sud koji je uputio zahtjev dvoji u pogledu toga je li ispunjen jedan od uvjeta koje kvalificira kao *materijalne* (odnosno da stanje isključivosti nije prouzročio sam javni naručitelj) kako bi se primijenio pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje. Taj sud nastoji doznati treba li u tu svrhu ocijeniti činjenične i pravne okolnosti koje su postojale u trenutku sklapanja prvotnog ugovora.

22. U tim je okolnostima Nejvyšší správní soud (Vrhovni upravni sud) uputio Sudu sljedeće prethodno pitanje:

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

III. Postupak pred Sudom

23. Tajništvo Suda zaprimilo je zahtjev za prethodnu odluku 19. rujna 2023.

24. Pisana očitovanja podnijele su češka i slovačka vlada te Europska komisija.

25. Sud je odlučio da nije potrebno održati raspravu.

IV. Ocjena

26. Do spora u kojem treba odlučiti sud koji je uputio zahtjev doveo je ugovor o pružanju usluga informacijskih tehnologija koji je bez postupka javne nabave sklopljen 1992., odnosno prije nego što je Češka Republika pristupila Europskoj uniji, kada je taj način postupanja bio zakonit u skladu s nacionalnim pravom.

27. Tim su prvotnim ugovorom pružatelju usluga dodijeljena prava kojima je stavljen u položaj isključivosti u pogledu razvoja i održavanja uvedenog informacijskog sustava.

28. Prema mišljenju GPU-a, nakon pristupanja Češke Republike Uniji, isključiva autorska prava pružatelja usluga opravdavala su to što se 2016., u svrhu sklapanja novog ugovora [10] o osnovnom održavanju informacijskog sustava izvan jamstvenog roka, primijenio pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje predviđen člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18.

A. Mjerodavna direktiva

29. Sud koji je uputio zahtjev traži tumačenje Direktive 2004/18, a ne Direktive 2014/24/EU [11] kojom je ona stavljena izvan snage.

30. U načelu, primjena direktive koja je na snazi relevantna je kad javni naručitelj odabere postupak koji će se provoditi [12].

31. U odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku navodi se da je GPU pokrenuo postupak javne nabave za dodjelu novog ugovora 1. ožujka 2016. Taj je datum stoga prethodio isteku roka za prenošenje Direktive 2014/24, koji je, u skladu s njezinim člankom 90. stavkom 1., utvrđen na 18. travnja 2016.

32. S obzirom na to, Direktiva 2004/18 primjenjiva je *ratione temporis*. Međutim, ta okolnost ne sprečava da se u svrhu tumačenja pravila Direktive 2004/18 uzme u obzir sustav iz Direktive 2014/24, kao element suprotnosti ili potvrde.

[10] Stoga nije bila riječ o običnom produljenju ili izmjeni prvotnog ugovora.

[11] Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68., SL 2016., L 311, str. 26., SL 2020., L 406, str. 67. i SL 2023., L 90063)

[12] Presuda od 14. siječnja 2021., RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, t. 23.)

B. Članak 31. stavak 1. točka (b) Direktive 2004/18 i stanje isključivosti koje je prouzročio javni naručitelj

33. U skladu s člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18, trebaju biti ispunjena dva kumulativna uvjeta kako bi se primijenio izravni postupak koji se njime uređuje: (a) postoje tehnički ili umjetnički razlozi ili razlozi povezani sa zaštitom isključivih prava i (b) zbog tih je razloga apsolutno nužno dodijeliti ugovor određenom poduzetniku.

34. Tekst sličan onome iz tog članka već je bio sadržan u drugim direktivama o javnoj nabavi koje su prethodile Direktivi 2004/18 [13]. Sud ih je tumačio prilikom odlučivanja o tužbama zbog povrede obveze koje je Komisija podnijela protiv pojedinačnih radnji država članica u pogledu ugovora obuhvaćenih Direktivom 71/305 [14] ili Direktivom 93/37 [15], koji su sklopljeni u okviru pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

35. U sudskoj praksi utvrđenoj u okviru tumačenja tih dviju direktiva, kao i kasnije donesenih direktiva, u više se navrata ustrajalo na tome da odredbe o pregovaračkim postupcima bez prethodne objave treba usko tumačiti te da je teret dokazivanja izvanrednih okolnosti koje opravdavaju izuzeće na javnom naručitelju [16].

36. Sud koji je uputio zahtjev razlikuje „formalne uvjete” i „materijalne uvjete” koji se zahtijevaju kako bi se primijenio pregovarački postupak bez prethodne objave poziva na nadmetanje. Prema njegovu mišljenju:

– Formalnim uvjetima zahtijeva se da postoji razlog povezan sa zaštitom isključivih prava te da se zbog toga ugovor može sklopiti samo s određenim gospodarskim subjektima.

– Materijalnim uvjetima nalaže se da javni naručitelj nije mogao predvidjeti te formalne razloge, niti mu se može pripisati njihovo postojanje.

37. Uvjeti koje sud koji je uputio zahtjev kvalificira kao *formalne uvjete* zapravo odgovaraju doslovnom sadržaju članka 31. stavka 1. točke (b) Direktive 2004/18. Oni koje kvalificira kao *materijalne uvjete* prekoračuju taj okvir jer se njima upućuje na uvjete koji nisu izričito sadržani u toj odredbi.

38. Rasprava je usmjerena na *materijalni uvjet* koji se odnosi na to da stanje isključivosti nije prouzročio javni naručitelj. Stajališta koja su iznijeli sudionici u prethodnom postupku podijeljena su:

– Prema mišljenju češke vlade, izuzeće dopušteno člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18 primjenjuje se ako su ispunjeni samo objektivni zahtjevi navedeni u toj odredbi [17].

[13] Direktiva Vijeća 71/305/EEZ od 26. srpnja 1971. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima (SL 1971., L 185, str. 5.) i Direktiva Vijeća 93/37/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima (SL 1993., L 199, str. 54.)

[14] Presuda od 18. svibnja 1995., Komisija/Italija (C-57/94, EU:C:1995:150, t. 23.)

[15] Presuda od 14. rujna 2004., Komisija/Italija (C-385/02, EU:C:2004:522, t. 19. i 20.)

[16] Vidjeti među ostalim presudu od 14. rujna 2004., Komisija/Italija (C-385/02, EU:C:2004:522, t. 19.): „Odredbe članka 7. stavka 3. Direktive [93/37], kojima se dopuštaju odstupanja od pravnih pravila kojima se nastoji zajamčiti djelotvornost prava priznatih UEZ-om u području ugovora o javnim radovima, treba usko tumačiti te je teret dokazivanja stvarnog postojanja izvanrednih okolnosti koje opravdavaju izuzeće na osobi koja se poziva na te okolnosti”. Kao primjere tog tumačenja navodi presude od 18. svibnja 1995., Komisija/Italija (C-57/94, EU:C:1995:150, t. 23.) i od 28. ožujka 1996., Komisija/Njemačka (C-318/94, EU:C:1996:149, t. 13.).

[17] Tako to navodi u prvoj od šest skupina argumenata koje su dio njezinih pisanih očitovanja pred Sudom.

– Komisija i slovačka vlada smatraju da se za to izuzeće usto zahtijeva da javni naručitelj nije prouzročio stanje isključivosti.

39. Ako bi spor trebalo riješiti u skladu sa sustavom iz Direktive 2014/24, prednost bi se nedvojbeno dala tezi Komisije i slovačke vlade. U uvodnoj izjavi 50. te direktive, kao i u njezinu članku 32. stavku 2. točki (b) uvodi se odredba da isključivost nije prouzročio javni naručitelj:

– U uvodnoj izjavi 50. Direktive 2014/24 navodi se da „[…] samo slučajevi objektivne isključivosti mogu opravdati upotrebu pregovaračkog postupka bez objave, ako slučaj isključivosti nije prouzročio javni naručitelj u svrhu budućeg postupka nabave. […]” [18].

– Člankom 32. stavkom 2. točkom (b) podtočkom iii. Direktive 2014/24 utvrđuje se da se pregovarački postupak bez prethodne objave može koristiti ako radove, robu ili usluge može isporučiti samo određeni gospodarski subjekt, zbog zaštite „isključivih prava, uključujući prava intelektualnog vlasništva”. Međutim, to izuzeće vrijedi „samo ako ne postoji prihvatljiva alternativa ili zamjena, a nepostojanje tržišnog natjecanja nije rezultat prijetvornog sužavanja parametara nabave”.

40. Suprotno tomu, u članku 31. stavku 1. točki (b) Direktive 2004/18 nije se izričito upućivalo na utjecaj koji može imati pripisivanje isključivosti javnom naručitelju [19]. Međutim, ta šutnja ne znači da javni naručitelj sam može slobodno prouzročiti stanje isključivosti.

41. Naime, kao što to pravilno naglašava sud koji je uputio zahtjev, u Direktivi 2014/24 u tom je pogledu samo navedeno pravilo koje je implicitno postojalo u ranijim direktivama u tom području [20]. Stoga se, prema njegovu mišljenju, „[…] pravom Unije zahtijeva da se razlog, zbog kojeg ugovor o javnoj nabavi treba dodijeliti isključivo određenom gospodarskom subjektu, u okviru pregovaračkog postupka bez objave u skladu s člankom 31. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2004/18, *ne može pripisati javnom naručitelju*. […]” [21].

42. Zauzet ću isto stajalište kao i sud koji je uputio zahtjev u pogledu sudjelovanja javnog naručitelja u odlučujućim okolnostima za stanje isključivosti. Smatram da to potkrepljuje nekoliko razloga.

43. Kao prvo i osnovno, opći je cilj pravnih pravila Unije u području javne nabave „osigurati slobodno kretanje usluga i otvaranje nenarušenom tržišnom natjecanju u svim državama članicama” [22]. Upravo primjena pregovaračkog postupka bez prethodne objave predstavlja postupanje javnog naručitelja kojim se najozbiljnije ugrožava otvaranje javne nabave tržišnom natjecanju.

[18] Tom utvrđenju prethode sljedeća razmatranja: „S obzirom na štetne učinke na tržišno natjecanje, pregovarački postupci bez prethodne objave obavijesti o nadmetanju trebali bi se koristiti samo u vrlo iznimnim okolnostima. Te iznimke trebale bi biti ograničene na slučajeve u kojima objava nije moguća, zbog izuzetne hitnosti uslijed nepredvidivih događaja koji se ne mogu pripisati javnom naručitelju ili na slučajeve u kojima je odmah jasno da objava ne bi dalje potakla tržišno natjecanje ili dovela do boljih rezultata nabave i zato što objektivno postoji samo jedan gospodarski subjekt koji može izvršiti ugovor. […] Isključivost se također može utvrditi iz drugih razloga […]”.

[19] To je izostavljanje u suprotnosti s onim što se predviđa samim člankom 31. stavkom 1. točkom (c) Direktive 2004/18: pregovarački postupak bez prethodne objave dopušta se ako postoji razlog iznimne žurnosti, pod uvjetom da okolnosti na koje se poziva za njezino opravdanje ni u kojem slučaju nisu „*dovedene u vezu s javnim naručiteljem*”.

[20] Točka 22. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku

[21] Točka 23. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku (moje isticanje). Sud koji je uputio zahtjev smatra da je „tumačenje prava Unije u tom pogledu *acte clair*”, što smatram preuveličanom tvrdnjom.

[22] Presuda od 7. prosinca 2023., Općina Razgrad (C-441/22 i C-443/22, EU:C:2023:970, t. 61.)

44. Kao drugo, protivno je tom cilju da javni naručitelji sami prouzroče okolnosti na koje će se pozivati kako bi se koristili postupcima odabira ugovarateljâ u kojima se ne dopušta sudjelovanje konkurenata.

45. Kao treće, kao što sam to već naveo, izvanredne okolnosti zbog kojih su dopušteni pregovarački postupci bez prethodne objave poziva na nadmetanje treba usko tumačiti, na temelju ograničavajućih kriterija [23].

46. Kao četvrto, priznanje da se javni naručitelj može pozvati na stanje isključivosti koje je sam prouzročio bilo bi protivno logici članka 31. stavka 1. točke (b) Direktive 2004/18. Prema toj logici, nemogućnost primjene redovnog postupka (s objavom) opravdava se okolnostima koje nisu povezane s javnim naručiteljem, a ne onima koje je on sam prouzročio.

47. Naposljetku, maksimom *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* zabranjuje se da stranka ostvari korist od svojeg nezakonitog postupanja [24].

C. Ocjena isključivosti s obzirom na spor

1. Prvotni ugovor (1992.)

48. U skladu s tezom GPU-a koja se navodi u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, u trenutku sklapanja prvotnog ugovora (1992.) nijednim se nacionalnim propisom nisu uređivala autorska prava, kao ni javna nabava. Stoga se nije mogao predvidjeti budući pravni sustav koji će se primjenjivati u tom području, niti kako će se razvijati nacionalna sudska praksa. Nije se moglo predvidjeti ni „da će utvrđivanje uvjeta za dodjelu licencija za ADIS naknadno dovesti do dvojbene situacije […]” [25].

49. Sud koji je uputio zahtjev u biti se slaže s tim stajalištem, osim u pogledu određenih pojedinosti. Prihvaća da 1992. nije postojao nijedan nacionalni propis o javnoj nabavi [26], što je Ministarstvu financija omogućilo da ugovor o ADIS-u sklopi pod tada dogovorenim uvjetima. Dodaje da je javni naručitelj čak „mogao razumno pretpostaviti da će biti moguća dodjela ugovora koji su posljedica prvotnog ugovora istom pružatelju usluga, bez potrebe da se i drugim pružateljima usluga pruži mogućnost da se natječu za ugovor za potrebnu činidbu” [27].

50. Ja pak nemam što prigovoriti tim tvrdnjama, koje se odnose na povijesno razdoblje u kojem pravo Unije jednostavno nije bilo primjenjivo jer Češka Republika još nije bila njezina članica. Na sudu koji je uputio zahtjev je da utvrdi činjenice i pravni okvir kojim je obuhvaćeno sklapanje prvotnog ugovora.

51. U tim je okolnostima nebitno je li isključivost na temelju koje je 1992. sklopljen prvotni ugovor prouzročio javni naručitelj.

[23] Presuda od 11. rujna 2014., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, t. 49.): „[…] pregovarački postupak može [se] koristiti samo u slučajevima taksativno nabrojanima u člancima 30. i 31. Direktive 2004/18 te […] je navedeni postupak iznimne naravi u odnosu na otvoreni i ograničeni postupak”.

[24] Sud je osjetljiv na pripisivanje nepovoljnih posljedica vlastitom neispunjenju obveze. Vidjeti presudu od 15. lipnja 2023., Bank M. (Posljedice poništenja ugovora) (C-520/21, EU:C:2023:478, t. 81.)

[25] Točka 17. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku

[26] Sud koji je uputio zahtjev opisuje razvoj nacionalnog zakonodavstva koji se odražava u donošenju Zakona o autorskim pravima (primjenjivog na računalne programe) iz 1965. i Zakona o javnoj nabavi iz 1994.

[27] Točka 29. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku

2. Novi ugovor (2016.)

52. Gledište se mijenja ako se uzme u obzir da se ugovorni odnos čeških poreznih tijela [28] s pružateljem usluga produljivao tijekom mnogo godina (u razdoblju od 1992. do 2016., u dijelu koji je ovdje važan).

53. Tijekom tog razdoblja izmijenjen je pravni okvir, osobito otkad je Češka Republika 2004. pristupila Uniji. Od dana pristupanja bilo je obvezno uskladiti se s direktivama o javnoj nabavi, „u skladu s načelom trenutačne i potpune primjene odredaba prava Unije na nove države članice" [29].

54. Sud koji je uputio zahtjev naglašava važnost novog okvira i promjenu zadaća javnog naručitelja: ističe da su, kad je GPU dodijelio ugovor 2016., na snazi bili Zakon br. 137/2006 i Direktiva 2004/18. Slijedom toga, GPU je imao obvezu da njegove radnje ne uzrokuju stanje isključivosti kako bi se opravdala primjena pregovaračkih postupaka bez prethodne objave.

55. Na temelju tog utvrđenja i nakon ispitivanja obiju teza o kojima je riječ, sud koji je uputio zahtjev u točki 32. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku utvrđuje sljedeće:

– „[…] Od 1992. do 2016. [GPU] (ili njegov pravni prednik) mogao je pregovarati o novim uvjetima ugovora u području imovinskih prava intelektualnog vlasništva na način da je mogao dodjeljivati ugovore o javnoj nabavi koji se odnose na ADIS u jednom od otvorenijih postupaka dodjele ugovora o javnoj nabavi ili pokrenuti novi postupak javne nabave za izradu novog informacijskog sustava, čak i ako zbog toga privremeno nastanu veći troškovi, što dugoročno može dovesti do uštede.

– Stoga se nije moguće pozvati na situaciju koja je postojala u trenutku sklapanja prvotnog ugovora ako je stanje isključivosti trajalo i nakon donošenja odgovarajućih pravnih odredbi koje se odnose na javnu nabavu u Češkoj Republici. Prilikom utvrđivanja toga može li se koristiti pregovarački postupak bez objave poziva na nadmetanje treba uzeti u obzir trenutak donošenja odluke o dodjeli ugovora o javnoj nabavi u okviru tog postupka […]" [30].

56. Kad je riječ o ocjeni činjenica koje su odlučujuće za spor i nacionalne pravne situacije, Sud nema što prigovoriti tim razmatranjima suda koji je uputio zahtjev. Kad je pak riječ o razmatranjima iz zadnjeg dijela točke 32. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, koja sam upravo naveo, smatram da sadržavaju pravilno tumačenje Direktive 2004/18.

57. Kao odgovor na prethodno pitanje, iz prethodno navedenog proizlazi da za potrebe ovog slučaja nije relevantna činjenica da je ugovor potpisan prije nego što je Češka Republika pristupila Uniji. Suprotno tomu, odlučujuće su radnje koje je javni naručitelj izvršio od 2004. do 2016. Logično, među tim je radnjama ključno sklapanje novog ugovora 2016.

58. Međutim, češka vlada nastoji isključiti svoju odgovornost za stvaranje isključive ovisnosti, pri čemu se poziva na to da se ocjena treba odnositi na trenutak potpisivanja prvotnog ugovora. Ako tada nije bilo primjedbi na zakonitost njezina postupanja, ne postoji ni osnova za pripisivanje namjere javnom naručitelju.

[28] Pretpostavljam da je sukcesija tijela ugovaratelja (Ministarstvo financija 1992. i GPU 2016.) isključivo formalna: oba su dio iste strukture vlasti, a drugonavedeno ovisi o prvonavedenom. GPU stupa na pravni položaj koji je zauzimalo Ministarstva financija.

[29] Presuda od 6. prosinca 2017., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, t. 37.)

[30] Sud koji je uputio zahtjev u prilog toj tvrdnji navodi presudu od 5. listopada 2000., Komisija/Francuska (C-337/98, EU:C:2000:543, t. 37.).

59. Ne slažem se s tim pristupom:

– Kao što sam to već naveo, obveza države članice da postupa u skladu s pravnim poretkom Unije nastaje prilikom njezina pristupanja Uniji. Od tog je trenutka javni naručitelj, u svojstvu državnog tijela, preuzeo zadaću osiguravanja poštovanja pravnih pravila Unije o javnoj nabavi, među ostalim i Direktive 2004/18. U tom kontekstu nije važno proizlazi li povreda obveze državnih poreznih tijela iz aktivnog postupanja ili propusta [31].

– U svrhu ocjene postupanja javnog naručitelja ne zahtijeva se *izravna namjera* da se prouzroči stanje isključivosti [32]. Dovoljno je da javni naručitelj zanemari svoju obvezu otklanjanja postojeće isključivosti (koju je prouzročio on ili njegov pravni prednik) u trenutku potpisivanja novog ugovora i da ga, kao što je to bio slučaj s prvotnim ugovorom, zatvori za tržišno natjecanje.

60. S drugog gledišta češka vlada, iako priznaje da javni naručitelj u situacijama kao što je ova treba donijeti odluke koje mu omogućuju da se oslobodi od ovisnosti o određenom pružatelju usluga, zagovara prihvaćanje *razumnog rješenja*, a takvim smatra rješenje koje je najpovoljnije i kojim se osigurava stabilno funkcioniranje ključnih informacijskih sustava nacionalne uprave. Prema njezinu mišljenju, u ovom predmetu ti čimbenici opravdavaju primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje [33].

61. Ne slažem se ni s tim argumentom, iako shvaćam probleme s kojima se javni naručitelj stvarno suočavao 2016. Porezna tijela, kao i sva ostala državna tijela, ne mogu se pozivati na praktične, upravne ili gospodarske poteškoće [34] kako bi opravdala neispunjenje obveza utvrđenih nekom direktivom, s obzirom na to da je na državama članicama da ih prevladaju donošenjem prikladnih mjera [35].

62. Drugu liniju obrane koju češka vlada ističe u potporu postupanju javnog naručitelja čini tvrdnja da se on nastojao osloboditi od situacije ovisnosti o pružatelju usluga stjecanjem autorskih prava, što nije uspio ostvariti zbog protivljenja tog pružatelja usluga [36].

63. Ta se tvrdnja ne može prihvatiti ako se upozori na to da je javni naručitelj od 2004. imao dovoljno vremena (do 2016.) da prevlada IBM-ovo odbijanje. S obzirom na stanje isključivosti koje traje nekoliko desetljeća, trebao je poduzeti inicijative kojima bi se oslobodio od ovisnosti o pružatelju usluga, na način da traži ponude drugih subjekata, što se čini da nije učinio. To tvrdi sud koji je uputio zahtjev [37], s čijom se tvrdnjom ponovno slažem.

[31] Češka vlada u svojim pisanim očitovanjima u više navrata upućuje na *pozitivno djelovanje* javnog naručitelja (postupanje, radnje, stvorena situacija, prouzročena isključivost, utvrđivanje uvjeta novog ugovora u odnosu na prvotni). Suprotno tomu, ne upućuje na njegovo *nedjelovanje* u pogledu sklapanja novih ugovora u skladu s pravom Unije.

[32] Češka vlada u više navrata ustraje na tome da postupanje javnog naručitelja u odnosu na stanje isključivosti mora biti *namjerno* (točke 11., 12., 14., 15., 16., 17. i 18. njezinih pisanih očitovanja).

[33] Točka 30. pisanih očitovanja češke vlade

[34] Poteškoće koje navodi češka vlada uglavnom su gospodarske prirode (točke 26. i 27. njezinih pisanih očitovanja). Suprotno tomu, sud koji je uputio zahtjev tvrdi da bi se eventualno trenutačno povećanje troškova nadoknadilo dugoročnim uštedama koje proizlaze iz uvođenja tržišnog natjecanja među ponuditeljima. Komisija u Komunikaciji iz 2013. upućuje na nedostatke koji proizlaze iz ovisnosti jedinog pružatelja informatičkih rješenja. Ističe da takva isključivost, osim što uzrokuje i druge probleme (postoji opasnost da pružatelj usluga prestane podržavati sustav ili neke njegove značajke), može imati učinak na inovaciju i dovesti do prekomjernih cijena na koje ne utječe konkurentski pritisak drugih subjekata iz sektora.

[35] Presuda od 18. listopada 2012., Komisija/Ujedinjena Kraljevina (C-301/10, EU:C:2012:633, t. 66.)

[36] Točka 31. pisanih očitovanja češke vlade, u kojoj se upućuje na GPU-ove tvrdnje pred kasacijskim sudom, navedene u točki 10. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku.

[37] Točka 32. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, navedena u točki 55. ovog mišljenja

64. Uostalom, iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku ne proizlazi da su postojali *ozbiljni* pokušaji javnog naručitelja da pronađe nove pružatelje usluga, što bi mu omogućilo da otkloni situaciju ovisnosti u kojoj se nalazio. U skladu sa sudskom praksom Suda, javni naručitelj treba „ozbiljno istražiti" postoje li poduzetnici koji su sposobni na europskoj razini isporučiti (ili, ovisno o slučaju, zamijeniti) određeni računalni program [38].

65. Kad je riječ o problemu *ovisnosti o određenom pružatelju usluga* što se tiče sustavâ informacijske tehnologije, Komisija javnim naručiteljima predlaže određene alternative [39] kako bi prevladali ograničenja tržišnog natjecanja u području javne nabave, poput onog koje se ovdje ispituje.

66. Iako češka tijela tvrde da su uspostavila postupke *ex ante* kontrole u svrhu borbe protiv ovisnosti o određenom pružatelju usluga na koju se upućuje u Komunikaciji iz 2013. [40], ugovor na koji se odnosi ovaj zahtjev za prethodnu odluku bez izmjene je potvrdio već postojeće stanje isključivosti. Stoga se javnom naručitelju može pripisati da je djelovanjem ili propustom 2016. produljio stanje isključivosti koje je prouzročio njegov pravni prednik, koji ga je trebao spriječiti u upotrebi pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

67. Naposljetku moram podsjetiti na to da je Sud već odlučio o potrebi za otvaranjem javne nabave tržišnom natjecanju za ugovore slične onom o kojem je ovdje riječ, uz pretpostavku da se na njih primjenjuju opća pravila o javnoj nabavi: „[…] javni naručitelj, kada namjerava provesti postupak javne nabave za održavanje, prilagodbu i razvoj softvera koji je kupio od gospodarskog subjekta, mora potencijalnim natjecateljima i ponuditeljima pružiti dovoljno informacija kako bi omogućio odvijanje učinkovitog tržišnog natjecanja na sekundarnom tržištu održavanja, prilagodbe odnosno razvoja spomenutog softvera" [41].

V. Zaključak

68. S obzirom na navedeno, predlažem da se Nejvyššem správnom soudu (Vrhovni upravni sud, Češka Republika) odgovori na sljedeći način:

„Članak 31. stavak 1. točku (b) Direktive 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama

treba tumačiti na način da:

Javni naručitelj ne smije vlastitim postupanjem prouzročiti stanje isključivosti kojim nastoji opravdati primjenu pregovaračkog postupka bez prethodne objave poziva na nadmetanje.

[38] Vidjeti presudu od 15. listopada 2009., Komisija/Njemačka (C-275/08, EU:C:2009:632, t. 63.). Tada je bila riječ o računalnom programu za centralizirano upravljanje registracijama motornih vozila.

[39] U Komunikaciji iz 2013. točki 3. tvrdi se da „upotreba sustava IKT-a koji se temelje na normama, a ne na tehnologiji zaštićenoj pravima pridonosi otvaranju ograničavajućih praksi javne nabave, s obzirom na to da se normama svim osobama stavljaju na raspolaganje ključna znanja o sustavu, što podrazumijeva da bi ostali potencijalni pružatelji usluga mogli održavati ili izmjenjivati sustav pod povoljnijim uvjetima".

[40] To češka vlada iznosi, među ostalim, u točkama 32. do 35. svojih pisanih očitovanja, u kojima tvrdi da je osnovala specijaliziranu službu i radnu skupinu kako bi se borila protiv isključive ovisnosti u ugovorima o uslugama informacijskih tehnologija. Dodaje da su te „sustavne mjere" uvedene prilikom sklapanja ugovora iz 2016.

[41] Presuda od 28. svibnja 2020., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, t. 74.)

Ako javni naručitelj sklopi novi ugovor na koji se primjenjuje Direktiva 2004/18, nije relevantna činjenica da stanje isključivosti proizlazi iz prvotnog ugovora koji su tijela države članice sklopila prije njezina pristupanja Europskoj uniji. U svrhu ocjene postupanja javnog naručitelja s obzirom na novi ugovor, treba uzeti u obzir činjenični i pravni kontekst koji postoji u trenutku sklapanja tog novog ugovora.”