GENERALINIO ADVOKATO
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA IŠVADA,
pateikta 2024 m. rugsėjo 26 d.[1]

Byla C-578/23

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

(*Nejvyšší správní soud* (Aukščiausiasis administracinis teismas, Čekija) prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Procesas dėl prejudicinio sprendimo priėmimo – Viešieji pirkimai – Direktyva 2004/18/EB – 31 straipsnis – Derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą – Sąlygos – Išimtinių teisių apsauga – Dėl perkančiosios organizacijos susidariusi išskirtinumo padėtis – Sutartis, sudaryta prieš valstybei narei įstojant į Europos Sąjungą – Sutarties faktinių ir teisinių aplinkybių įvertinimo momentas“

1. 1992 m. Čekijos Respublikos[2] finansų ministerija su tam tikra įmone[3] tiesiogiai sudarė sutartį dėl mokesčių administravimo informacinės sistemos ADIS įdiegimo. IBM turėjo autorių teises į programos pirminį kodą, todėl informacinės sistemos naudojimas ir atnaujinimas priklausė nuo jos dalyvavimo.

2. 2016 m. Čekijos mokesčių administratorius nusprendė sudaryti sutartį dėl ADIS programos pagrindinio pogarantinio aptarnavimo; ši sutartis taip pat sudaryta su IBM surengus derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą.

3. Dėl naujos sutarties sudarymo kilo dviejų Čekijos institucijų – mokesčių administratoriaus ir institucijos, atsakingos už viešųjų pirkimų sutarčių teisėtumo kontrolę, – ginčas. Pastaroji institucija mano, kad sutartis tiesiogiai sudaryta neteisėtai.

4. Ginčą turintis išspręsti galutinės instancijos teismas abejoja, ar naujoji sutartis patenka į Direktyvos 2004/18/EB[4] 31 straipsnio 1 dalies b punkto taikymo sritį, ir prašo Teisingumo Teismo išaiškinti šią nuostatą. Jis nori žinoti, ar spręsdamas dėl vienos iš sąlygų, taikomų siekiant vykdyti derybas be išankstinio skelbimo apie pirkimą, turi vertinti faktines ir teisines aplinkybes, buvusias sudarant pradinę sutartį (1992 m.), ar susiklosčiusias sudarant naują sutartį (2016 m.).

1 Originalo kalba: ispanų.

2 Čekoslovakijos Federacinė Respublika buvo padalyta 1993 m. sausio 1 d.

3 *IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation*. 1992 m. ji buvo vienintelė bendrovės *IBM Česká republika, spol. s r. o*. akcininkė. Toliau nedarydamas skirtumo ją vadinsiu IBM arba paslaugų teikėja.

4 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, 2004, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132).

5. Ginčas iš esmės susijęs su bendra problema, kad informacinėmis technologijomis siekiančios naudotis valdžios institucijos yra *suvaržytos*, nes priklauso nuo paslaugų teikėjo. 2013 m. Komisija paskelbė komunikatą[5], kuriame atkreipė dėmesį į šioms institucijoms kylančius sunkumus pakeisti paslaugų teikėją.

I. Teisinis pagrindas

A. Sąjungos teisė. Direktyva 2004/18

6. 28 straipsnyje „Atvirų, ribotų ir derybų procedūrų bei konkurencinio dialogo taikymas“ nustatyta:

„Sudarydamos viešojo pirkimo sutartis, perkančiosios organizacijos taiko nacionalines procedūras, pritaikytas šiai direktyvai.

Jos sudaro tokias viešojo pirkimo sutartis atvirų arba ribotų konkursų būdu. Esant ypatingoms aplinkybėms, aiškiai apibrėžtoms 29 straipsnyje, perkančiosios organizacijos gali sudaryti viešojo pirkimo sutartis konkurencinio dialogo būdu. Tam tikrais atvejais ir esant aplinkybėms, aiškiai apibrėžtoms 30 ir 31 straipsniuose, jos gali taikyti derybų procedūrą, tiek skelbdamos, tiek ir neskelbdamos skelbimo apie pirkimą.“

7. 31 straipsnyje „Atvejai, pateisinantys derybų procedūros taikymą, kai skelbimas apie pirkimą nėra skelbiamas“ nurodyta:

„Perkančiosios organizacijos gali sudaryti viešąsias [viešojo pirkimo] sutartis skelbiamų derybų būdu, iš anksto neskelbdamos skelbimo apie pirkimą, tokiais atvejais:

1) viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių atvejais:

   <…>

   b) kai dėl techninių, meninių priežasčių arba dėl priežasčių, susijusių su išskirtinių [išimtinių] teisių apsauga, sutartis gali būti sudaroma tik su konkrečiu ūkio subjektu;

   c) tiek, kiek tai yra griežtai būtina, kai dėl ypatingos skubos, sukeltos įvykių, kurių perkančiosios organizacijos negalėjo numatyti, neįmanoma laikytis terminų, taikomų atviroms, ribotoms procedūroms arba, kaip numatyta 30 straipsnyje, derybų procedūroms paskelbiant skelbimą apie pirkimą. Aplinkybės, kuriomis pateisinama ypatinga skuba, jokiu būdu negali priklausyti nuo perkančiosios organizacijos;

<…>“

[5] 2013 m. birželio 25 d. Komisijos komunikatas „Prieš monopolizavimą. Atvirų informacinių ir ryšių technologijų sistemų kūrimas geriau išnaudojant viešojo pirkimo standartus“ (COM(2013) 455 *final*); toliau – 2013 m. komunikatas.

B. Čekijos teisė. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách[6]

8. 21 straipsnio 2 dalyje numatyta, kad perkančioji organizacija gali sudaryti viešojo pirkimo sutartį surengusi atvirą arba ribotą konkursą ir, jeigu įvykdytos tam tikros sąlygos, – derybų procedūrą su skelbimu apie pirkimą arba derybų procedūrą be skelbimo apie pirkimą.

9. 23 straipsnio 4 dalies a punkte nurodyta, kad perkančioji organizacija viešojo pirkimo sutartį taip pat gali sudaryti surengusi derybas be skelbimo apie pirkimą, jeigu dėl techninių ar meninių priežasčių, išimtinių teisių apsaugos arba pagal specialias taisykles sutartį gali įvykdyti tik konkretus ūkio subjektas.

II. Faktinės aplinkybės, byla ir prejudicinis klausimas

10. 1992 m. birželio 29 d. Čekijos Respublikos finansų ministerija sudarė sutartį su IBM dėl mokesčių administravimo informacinės sistemos ADIS integravimo.

11. Nuo 2013 m. Finansų ministerijos funkcijas, susijusias su mokesčių administravimu, perėmė *Česká republika – Generální finanční ředitelství* (Čekijos Respublikos generalinis finansų direktoratas; toliau – GFD).

12. 2016 m. kovo 1 d. GFD pradėjo derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą, siekdamas sudaryti naują sutartį pavadinimu „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, kurios dalykas – ADIS programos pagrindinis pogarantinis aptarnavimas[7].

13. GFD šiuo sutarties sudarymo būdu pasinaudojo remdamasis techninėmis priežastimis ir paslaugų teikėjos intelektinės nuosavybės teisių į ADIS pirminį kodą apsauga[8].

14. 2016 m. gegužės 20 d. GFD sudarė naują sutartį su IBM.

15. 2017 m. spalio 9 d. *Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* (Konkurencijos apsaugos tarnyba, Čekija; toliau – *Úřad*) konstatavo, kad GFD, taikydamas derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą, pažeidė Įstatymo Nr. 137/2006 23 straipsnio 4 dalies a punktą.

16. *Úřad* teigimu, GFD neįrodė, kad dėl techninių priežasčių naują viešojo pirkimo sutartį galėjo įvykdyti tik IBM. Be to, poreikį apsaugoti paslaugų teikėjos išimtines teises lėmė ankstesni Finansų ministerijos veiksmai.

17. Dėl 2017 m. spalio 9 d. sprendimo GFD pateikė skundą *Úřad* pirmininkui, kuris jį atmetė[9].

6 Pagrindinės bylos aplinkybėms taikytinos redakcijos Viešųjų pirkimų įstatymas Nr. 137/2006 (toliau – Įstatymas Nr. 137/2006).

7 Atrodo, kad naujoji sutartis apėmė ADIS techninę priežiūrą ir galimą remontą, nors tai turi patikrinti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas. Sutarties kaina buvo 33 294 389 Čekijos kronų (CZK) be pridėtinės vertės mokesčio (PVM).

8 Kaip nurodė GFD (jo argumentai pateikti nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 2 punkte), nesant sąsajų su pagrindiniu moduliu ir kitais moduliais, moduliai negali savarankiškai funkcionuoti, būti valdomi ir tobulinami; modulių negalima atskirti; pirkimo objektas įsiterpia į esamus modulius. Kadangi paslauga buvo ADIS pagrindinis aptarnavimas, o ADIS sukūrė ir tobulina paslaugų teikėja, kuriai priklauso licencijos teisės, būtent paslaugų teikėja turėjo atlikti ADIS techninę priežiūrą ir tobulinimo darbus, nes reikėjo užtikrinti techninį tęstinumą.

9 Skundas atmestas dėl to, kad Finansų ministerija, GFD pirmtakė, buvo atsakinga už susidariusią išskirtinumo padėtį (ši padėtis suprantama kaip būtinybė, kad sutartį vykdytų tik paslaugų teikėjas), nes leido paslaugų teikėjai išsaugoti jai priklausiusias autorių teises.

18. GFD apskundė *Úřad* pirmininko sprendimą *Krajský soud v Brně* (Brno apygardos teismas, Čekija); šis teismas atmetė skundą motyvuodamas tuo, kad neįvykdytos Įstatymo Nr. 137/2006 23 straipsnio 4 dalies a punkto sąlygos, nes:

– sudarant pirminę sutartį buvo galima numatyti, kad reikės nuolatinių ADIS priežiūros paslaugų, kadangi ši sistema sukurta ilgam laikotarpiui ir skirta nuolat besikeičiančiai sričiai (mokesčiai),

– nelabai svarbu tai, kad pasirašant pirminę sutartį jokiuose teisės aktuose nebuvo numatyta pareiga paslaugų teikėją parinkti surengus konkursą, ir tai, kokiu mastu turėjo būti reguliuojamos autorių teisės į ADIS. Vėlesnės sutarties sudarymo sąlygos turi būti vertinamos atsižvelgiant į teisės aktus, galiojusius sudarant šią sutartį,

– nebūtina, kad pirminė perkančioji organizacija būtų veikusi siekdama vėliau apeiti Įstatymą Nr. 137/2006,

– net jei GFD pavyktų įrodyti, kad, be IBM, nėra kito ūkio subjekto, galinčio įvykdyti sutartį, tai nekeistų fakto, kad išskirtinumo padėtis susidarė dėl Finansų ministerijos veiksmų. Taigi netikslinga įrodinėti, kad įvykdyta formali sąlyga (t. y. kad yra techninės priežastys ir priežastis, susijusi su paslaugų teikėjos autorių teisių apsauga), nes neįvykdyta materialinė sąlyga (t. y. kad išskirtinumo padėtis neatsirado dėl pačios perkančiosios organizacijos).

19. GFD dėl pirmosios instancijos teismo sprendimo pateikė apeliacinį skundą *Nejvyšší správní soud* (Aukščiausiasis administracinis teismas, Čekija); iš esmės jis nurodė, kad:

– sudarant pirminę sutartį paslaugų teikėja buvo vienintelė, galinti teikti reikiamas paslaugas (tiekti atitinkamą operacinę sistemą turinčius serverius ir užtikrinti jų techninę priežiūrą bei nuotolinę stebėseną). Dėl techninių priežasčių nebuvo įmanoma rasti kito,

– Finansų ministerija negalėjo pagrįstai numatyti, kad vėliau reikės imtis kitų veiksmų siekiant užtikrinti, kad ADIS galėtų toliau veikti,

– pirminėje sutartyje autorių teisės buvo apibrėžtos tinkamai. Tuo metu nebuvo įmanoma pasiekti, kad šios teisės būtų visiškai perduotos ADIS, nes paslaugų teikėja ir jos partneriai dalį tų teisių visame pasaulyje naudojo komerciniais tikslais. Taigi buvo laikomasi galiojančių teisės aktų. Jeigu Finansų ministerija negalėjo žinoti, kokias būsimas teisės nuostatas pažeis savo veiksmais, pagal teisinio saugumo principą negalima konstatuoti, kad buvo padarytas GFD priskirtinas pažeidimas,

– sudarydama pirminę sutartį Finansų ministerija taip pat negalėjo žinoti, kaip keisis mokesčių sistema. Taigi ji nežinojo, ar reikės imtis veiksmų dėl ADIS ir ar toliau ja naudosis. Finansų ministerija neturėjo jokio pagrindo reguliuoti autorių teisių siekdama užtikrinti visišką savo nepriklausomumą nuo paslaugų teikėjos,

– jeigu GFD dabar pradėtų sutarties sudarymo procedūrą dėl naujos informacinės sistemos tiekimo, jis iššvaistytų į ADIS investuotas lėšas, o valdymas būtų neekonomiškas ir neracionalus,

– 2015 m. GFD siekė tapti nepriklausomas nuo paslaugų teikėjos ir įsigyti autorių teises į ADIS. Paslaugų teikėja atsisakė jas perduoti ir tada, ir kitus trejus metus, todėl GFD neturėjo kito

pasirinkimo, kaip tik pradėti derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą. Priešingu atveju ADIS būtų netinkama naudoti ir mokesčių administratorius negalėtų vykdyti savo funkcijų,

– taigi prieš pradėdamas naujos sutarties sudarymo procedūrą GFD ėmėsi visų būtinų priemonių, kad tinkamai atliktų Įstatymo Nr. 137/2006 23 straipsnio 4 dalies a punkte numatytą procedūrą, ir tai patvirtinta keliose ekspertų techninėse ir teisinėse išvadose.

20. Savo atsiliepime į apeliacinį skundą *Uřad* nurodė, kad:

– remdamasis su 1992 m. pirmine sutartimi susijusia išskirtinumo padėtimi, GFD tobulino ADIS vykdydamas derybų procedūras be išankstinio skelbimo apie pirkimą, bent jau iki 2019 m. pabaigos,

– eksperto išvada nėra įrodymas, kad pasirinktas subjektas dėl techninių priežasčių buvo vienintelis galimas sistemos tiekėjas. Neįrodyta, kad yra susidariusi išskirtinumo padėtis, kurią galima paaiškinti autorių teisių apsauga,

– paslaugos tikslas buvo trimis etapais sukurti mokesčių administravimo sistemą, o pirminė sutartis susijusi tik su pirmuoju etapu. GFD žinojo, kad sudarius pirminę sutartį bus sudarytos ir kitos sutartys,

– iš ADIS aprašymo ir paskirties matyti, kad tai yra patikima sistema, kuri turėjo veikti ilgą laiką. Taigi buvo aišku, kad reikės bent jau techninės pagalbos,

– nei Finansų ministerija, nei vėliau GFD nesiėmė veiksmų atsižvelgdami į teisės aktų raidą, bet patvirtino sutarties ir Įstatymo Nr. 137/2006 aiškinimą, pagal kurį sistemą buvo galima prižiūrėti neskelbiant konkurso.

21. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas abejoja, kad įvykdyta viena iš sąlygų, kurias jis vadina *materialinėmis* (t. y. sąlyga, kad išskirtinumo padėtį nulėmė ne pati perkančioji organizacija), taikoma siekiant pasinaudoti derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą. Jis nori išsiaiškinti, ar šiuo tikslu turi vertinti faktines ir teisines aplinkybes, buvusias sudarant pirminę sutartį.

22. Tokiomis aplinkybėmis *Nejvyšší správní soud* (Aukščiausiasis administracinis teismas) pateikė Teisingumo Teismui šį prejudicinį klausimą:

„Ar vertinant, ar įvykdyta derybų procedūros be išankstinio skelbimo apie pirkimą taikymo materialinė sąlyga, t. y. ar perkančioji organizacija savo veiksmais nesukūrė išskirtinumo padėties pagal [Direktyvos 2004/18] 31 straipsnio 1 punkto b papunktį, reikia atsižvelgti į pirminės sutarties, kurios pagrindu buvo sudarytos vėlesnės viešojo pirkimo sutartys, sudarymo teisines ir faktines aplinkybes?“

III. Procesas Teisingumo Teisme

23. Prašymas priimti prejudicinį sprendimą Teisingumo Teisme gautas 2023 m. rugsėjo 19 d.

24. Rašytines pastabas pateikė Čekijos ir Slovakijos vyriausybės, taip pat Europos Komisija.

25. Teisingumo Teismas nusprendė, kad teismo posėdžio rengti nebūtina.

IV. Vertinimas

26. Ginčas, kurį turi išspręsti pašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, kilo dėl informacinių paslaugų teikimo sutarties, kuri be konkurso procedūros buvo sudaryta 1992 m., prieš Čekijai įstojant į Europos Sąjungą, kai taip sudaryti sutartį buvo teisėta pagal nacionalinę teisę.

27. Pirminėje sutartyje paslaugų teikėjai buvo suteiktos teisės, dėl kurių ji atsidūrė išskirtinėje padėtyje, kalbant apie įdiegtos informacinės sistemos techninę priežiūrą.

28. GFD teigimu, Čekijai įstojus į Sąjungą, paslaugų teikėjos išimtinės autorių teisės pateisino tai, kad 2016 m. buvo pasinaudota derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą, numatyta Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktyje, siekiant sudaryti naują sutartį[10] dėl informacinės sistemos pagrindinio pogarantinio aptarnavimo.

A. Taikoma direktyva

29. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas prašo išaiškinti Direktyvą 2004/18, o ne Direktyvą 2014/24/ES[11], kuria ji panaikinta.

30. Iš principo turi būti taikoma direktyva, galiojanti tuo momentu, kai perkančioji organizacija pasirenka procedūrą, kurią taikys[12].

31. Nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodyta, kad 2016 m. kovo 1 d. GFD pradėjo naujos sutarties sudarymo procedūrą. Taigi ši data yra ankstesnė nei galutinis Direktyvos 2014/24 perkėlimo į nacionalinę teisę terminas, kuris pagal šios direktyvos 90 straipsnio 1 dalį yra 2016 m. balandžio 18 d.

32. Tokiu atveju Direktyva 2004/18 būtų taikoma *ratione temporis*. Vis dėlto ši aplinkybė netrukdo atsižvelgti į Direktyvos 2014/24 nuostatas, kaip į palyginti ar patvirtinti leidžiantį elementą, siekiant išaiškinti Direktyvos 2004/18 taisykles.

B. Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktis ir perkančiosios organizacijos sudaryta išskirtinumo padėtis

33. Pagal Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktį, norint taikyti šiame straipsnyje reglamentuojamą tiesioginę procedūrą, turi būti įvykdytos dvi kumuliacinės sąlygos: a) turi būti techninės ar meninės priežastys arba bet kokia kita priežastis, susijusi su išimtinių teisių apsauga, ir b) dėl šių priežasčių absoliučiai būtina sutartį sudaryti su konkrečia įmone.

[10] Taigi tai nebuvo paprastas pirminės sutarties pratęsimas ar pakeitimas.

[11] 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, 2014, p. 65).

[12] 2021 m. sausio 14 d. Sprendimo *RTS infra ir Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (C-387/19, EU:C:2021:13) 23 punktas.

34. Panašiai kaip šis straipsnis suformuluotas tekstas jau buvo įtrauktas į kitas viešųjų pirkimų direktyvas, galiojusias prieš priimant Direktyvą 2004/18[13]. Teisingumo Teismas jas yra išaiškinęs nagrinėdamas Komisijos ieškinius dėl įsipareigojimų neįvykdymo, pareikštus dėl valstybių narių individualių teisės aktų, susijusių su sutartimis, kurioms taikoma Direktyva 71/305[14] arba Direktyva 93/37[15] ir kurios buvo sudarytos pagal derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą.

35. Jurisprudencijoje, suformuotoje aiškinant šias dvi ir paskesnes direktyvas, ne kartą pabrėžta, kad nuostatos, susijusios su iš anksto neskelbiamomis derybų procedūromis, turi būti aiškinamos siaurai ir kad pareiga įrodyti ypatingas aplinkybes, kuriomis pateisinama išimtis, tenka perkančiajai organizacijai[16].

36. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas „formalias sąlygas“ atskiria nuo „materialinių sąlygų“, privalomų siekiant taikyti derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą. Jis mano, kad:

– pagal formalias sąlygas turi būti priežastis, susijusi su išimtinių teisių apsauga, ir dėl šios priežasties sutartį vykdyti galima pavesti tik konkrečiam ūkio subjektui,

– pagal materialines sąlygas turi būti konstatuota, kad perkančioji organizacija negalėjo numatyti šių formalių priežasčių ir kad jai negalima priskirti jų atsiradimo.

37. Iš tiesų tai, ką prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas vadina *formaliomis sąlygomis*, atitinka Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunkčio tekstą. Sąlygos, kurias jis vadina *materialinėmis sąlygomis*, yra platesnės apimties, nes reiškia toje nuostatoje aiškiai neišdėstytas sąlygas.

38. Nagrinėjant bylą daugiausia dėmesio buvo skiriama *materialinei sąlygai*, pagal kurią išskirtinumo padėtis turi būti atsiradusi ne dėl perkančiosios organizacijos veiksmų. Proceso dėl prejudicinio sprendimo priėmimo šalių pozicijos išsiskyrė:

– Čekijos vyriausybė mano, kad Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktyje numatyta išimtis taikoma tik tuo atveju, jeigu įvykdytos jame nurodytos objektyvios sąlygos[17],

– Komisija ir Slovakijos vyriausybė laikosi nuomonės, kad norint taikyti šią išimtį taip pat reikia, kad perkančioji organizacija nebūtų sudariusi išskirtinumo padėties.

[13] 1971 m. liepos 26 d. Tarybos direktyva 71/305/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 185, 1971, p. 5) ir 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyva 93/37/EEB dėl viešojo darbų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 199, 1993, p. 54; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 2 t., p. 163).

[14] 1995 m. gegužės 18 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-57/94, EU:C:1995:150) 23 punktas.

[15] 2004 m. rugsėjo 14 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-385/02, EU:C:2004:522) 19 ir 20 punktai.

[16] Pavyzdžiui, žr. 2004 m. rugsėjo 14 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-385/02, EU:C:2004:522) 19 punktą; jame nurodyta: „Direktyvos [93/37] 7 straipsnio 3 dalies nuostatos, leidžiančios nukrypti nuo taisyklių, užtikrinančių EB sutartimi pripažintų teisių veiksmingumą viešojo darbų pirkimo sutarčių srityje, turi būti aiškinamos siaurai ir išimtinių aplinkybių, pateisinančių leidžiančių nukrypti nuostatų taikymą, buvimo įrodinėjimo pareiga tenka asmeniui, siekiančiam jomis pasinaudoti.“ Kaip tokio paties aiškinimo pavyzdžiai tame punkte nurodytas 1995 m. gegužės 18 d. Sprendimo *Komisija / Italija* (C-57/94, EU:C:1995:150) 23 punktas ir 1996 m. kovo 28 d. Sprendimo *Komisija / Vokietija* (C-318/94, EU:C:1996:149) 13 punktas.

[17] Tai pažymėta pirmajame iš šešių argumentų, pateiktų jos rašytinėse pastabose Teisingumo Teismui.

39. Jeigu ginčas būtų sprendžiamas pagal Direktyvos 2014/24 nuostatas, pirmenybė neabejotinai būtų teikiama Komisijos ir Slovakijos vyriausybės argumentams. Tiek šios direktyvos 50 konstatuojamojoje dalyje, tiek jos 32 straipsnio 2 dalies b punkte įtvirtinta nuostata, kad išskirtinumo padėtis neturi būti sukurta pačios perkančiosios organizacijos:

– Direktyvos 2014/24 50 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „<…> derybų be išankstinio skelbimo apie pirkimą naudojimą galima pagrįsti tik objektyvaus išskirtinumo atveju, jeigu išskirtinumo padėtis numatant būsimą pirkimo procedūrą nebuvo sukurta pačios perkančiosios organizacijos. <…>“ [18],

– Direktyvos 2014/24 32 straipsnio 2 dalies b punkto iii papunktyje nustatyta, kad derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą gali būti taikoma, kai atlikti darbus, tiekti prekes arba teikti paslaugas dėl „išimtinių teisių, įskaitant intelektinės nuosavybės teises“, apsaugos gali tik konkretus ūkio subjektas. Vis dėlto ši išimtis taikoma tik tada, „jeigu nėra pagrįstos alternatyvos arba pakaitalo ir konkurencijos nebuvimas nėra nulemtas dirbtinio pirkimo parametrų susiaurinimo“.

40. Priešingai, Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktyje nebuvo aiškiai nurodyta, kokį poveikį gali turėti tai, kad išskirtinumo padėtis atsirado dėl perkančiosios organizacijos [19]. Vis dėlto toks nenurodymas nereiškia, kad perkančioji organizacija gali pati sukurti išskirtinumo padėtį.

41. Iš tiesų, kaip teisingai pabrėžė prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas, Direktyvoje 2014/24 šiuo klausimu tik aiškiai įtvirtinta taisyklė, kuri netiesiogiai egzistavo ankstesnėse šios srities direktyvose [20]. Taigi šis teismas mano, kad „<…> pagal Sąjungos teisę priežastis, dėl kurios viešojo pirkimo sutartis turi būti sudaryta tik su konkrečiu ūkio subjektu, vykdant derybų procedūrą be skelbimo apie pirkimą pagal
Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunktį, *neturi būti atsiradusi dėl perkančiosios organizacijos veiksmų*. <…>“ [21].

42. Kaip prielaida remsiuosi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo teiginiu, kad perkančioji organizacija dalyvavo klostantis aplinkybėms, dėl kurių susidarė išskirtinumo padėtis. Manau, kad šį teiginį galima pagrįsti keliais motyvais.

43. Pirma, kalbant apie kontekstą pažymėtina, kad Sąjungos viešųjų pirkimų taisyklių bendrasis tikslas yra „užtikrinti laisvą paslaugų judėjimą ir atvirą ir neiškreiptą konkurenciją visose valstybėse narėse“ [22]. Būtent taikydama derybų procedūrą be išankstinio skelbimo apie pirkimą perkančioji organizacija labiausiai pažeidžia viešųjų pirkimų atvėrimą konkurencijai.

[18] Prieš pateikiant šį teiginį išdėstyti tokie argumentai: „[A]tsižvelgiant į žalingus padarinius konkurencijai, derybos be išankstinio skelbimo apie pirkimą turėtų būti naudojamos tik išimtinėmis aplinkybėmis. Ši išimtis turėtų būti taikoma tik tais atvejais, kai paskelbimas neįmanomas dėl ypatingos skubos priežasčių, atsiradusių dėl įvykių, kurių perkančioji organizacija negalėjo numatyti ir kurie nuo jo[s] nepriklauso, arba jeigu nuo pat pradžių aišku, kad paskelbimas nesukels didesnės konkurencijos ar neužtikrins geresnių pirkimo rezultatų, ypač jeigu vertinant objektyviai yra tik vienas ekonominės veiklos vykdytojas, galintis įvykdyti sutartį. <…> Išskirtinumas gali atsirasti ir dėl kitų priežasčių <…>.“

[19] Tai, kad ši informacija nenurodyta, prieštarauja pačios Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto c papunkčio nuostatoms: derybų procedūrą be išankstinio skelbimo leidžiama taikyti ypatingos skubos atvejais, jeigu aplinkybės, kuriomis pateisinama ypatinga skuba, jokiu atveju *„[nepriklauso] nuo perkančiosios organizacijos“*.

[20] Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 22 punktas.

[21] Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 23 punktas (kursyvu išskirta mano). Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad „Sąjungos teisės aiškinimas šiuo klausimu yra *acte clair*“; mano nuomone, toks teiginys nepagrįstas.

[22] 2023 m. gruodžio 7 d. Sprendimo *Obshtina Razgrad* (C-441/22 ir C-443/22, EU:C:2023:970) 61 punktas.

44. Antra, tokiam tikslui prieštarauja tai, kad perkančiosios organizacijos pačios sukuria aplinkybes ir jomis remiasi norėdamos taikyti rangovų atrankos procedūras, kuriose negali dalyvauti konkurentai.

45. Trečia, kaip minėjau, ypatingos aplinkybės, dėl kurių galima vykdyti derybų procedūras be išankstinio skelbimo apie pirkimą, turi būti aiškinamos siaurai, remiantis ribojamaisiais kriterijais [23].

46. Ketvirta, jeigu būtų pripažinta, kad perkančioji organizacija gali pasinaudoti išskirtinumo padėtimi, kurią ji pati sukūrė, tai pakeistų Direktyvos 2004/18 31 straipsnio 1 punkto b papunkčio logiką. Pagal šią logiką aplinkybės, dėl kurių negalima taikyti įprastos procedūros (vykdomos paskelbus apie pirkimą), yra nuo perkančiosios organizacijos nepriklausančios, o ne jos nulemtos aplinkybės.

47. Galiausiai pagal principą *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* šaliai draudžiama gauti naudos dėl savo pačios neteisėto elgesio [24].

C. Išskirtinumo vertinimas atsižvelgiant į bylą

1. Pirminė sutartis (1992 m.)

48. Remiantis GFD argumentais, išdėstytais nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, sudarant pirminę sutartį (1992 m.) nebuvo jokių nacionalinių taisyklių, reglamentuojančių autorių teises ir viešuosius pirkimus. Taigi nebuvo galima numatyti, kokia teisinė sistema šioje srityje bus taikoma ateityje ir kaip keisis nacionalinė jurisprudencija. Be to, buvo neįmanoma numatyti, „kad dėl ADIS licencijavimo sąlygų apibrėžimo vėliau susidarys ginčytina situacija <…>“ [25].

49. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės pritaria šiai nuomonei, atsižvelgdamas į tam tikrus niuansus. Jis pripažįsta, kad 1992 m. nebuvo jokių nacionalinės teisės normų dėl viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo [26], todėl Finansų ministerija galėjo sudaryti tokią ADIS sutartį, dėl kurios tuo metu buvo sutarta. Teismas priduria, kad perkančioji organizacija netgi „galėjo teisėtai manyti, jog pirminė sutartis gali būti tęsiama pavedant ją vykdyti tai pačiai paslaugų teikėjai, ir nereikia suteikti galimybės kitiems paslaugų teikėjams teikti pasiūlymus dėl reikiamos paslaugos teikimo“ [27].

50. Neturiu pagrindo prieštarauti šiems argumentams, susijusiems su istoriniu momentu, kai Sąjungos teisė paprasčiausiai nebuvo taikoma, nes Čekija dar nebuvo Sąjungos narė. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi nustatyti faktines aplinkybes ir teisinį pagrindą, taikomą pirminės sutarties sudarymui.

[23] 2014 m. rugsėjo 11 d. Sprendimo *Fastweb* (C-19/13, EU:C:2014:2194) 49 punkte nustatyta: „<…> derybų procedūra gali būti taikoma tik [Direktyvos 2004/18] 30 ir 31 straipsniuose išsamiai išvardytais atvejais ir <…> ši procedūra, palyginti su atviro ir riboto konkurso procedūromis, yra išimtinio pobūdžio.“

[24] Teisingumo Teismas siekia užtikrinti, kad nepalankios pasekmės priklausytų nuo paties subjekto įsipareigojimų neįvykdymo. Žr. 2023 m. birželio 15 d. Sprendimo *Bank M. (Sutarties pripažinimo negaliojančia pasekmės)* (C-520/21, EU:C:2023:478) 81 punktą.

[25] Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 17 punktas.

[26] Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas aprašo, kaip keitėsi nacionalinė teisė: 1965 m. buvo priimtas atitinkamas įstatymas dėl autorių teisių (Programinės įrangos įstatymas), o 1994 m. – Viešųjų pirkimų įstatymas.

[27] Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 29 punktas.

51. Šiomis aplinkybėmis nėra svarbu, ar išskirtinumą, kuriuo remiantis 1992 m. pasirašyta pirminė sutartis, nulėmė perkančioji organizacija.

2. Nauja sutartis (2016 m.)

52. Situaciją reikėtų vertinti kitaip, jeigu būtų atsižvelgiama į tai, kad Čekijos mokesčių administratoriaus [28] ir paslaugų teikėjo sutartiniai santykiai truko daugelį metų (nagrinėjamu atveju – 1992–2016 m.).

53. Per šį laikotarpį teisinis reglamentavimas pasikeitė, ypač 2004 m. Čekijai įstojus į Sąjungą. Nuo įstojimo dienos buvo privaloma laikytis viešųjų pirkimų direktyvų „pagal principą, kad naujosioms valstybėms narėms iš karto taikomos visos Sąjungos teisės nuostatos“ [29].

54. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas atkreipia dėmesį į naujo reglamentavimo svarbą ir pasikeitusias perkančiosios organizacijos pareigas: jis pabrėžia, kad tuo metu, kai GFD sudarė 2016 m. sutartį, galiojo Įstatymas Nr. 137/2006 ir Direktyva 2004/18. Taigi GFD privalėjo užtikrinti, kad dėl jo veiksmų nesusidarytų išskirtinumo padėtis, siekiant įteisinti derybų procedūrų be išankstinio skelbimo apie pirkimą taikymą.

55. Remdamasis šia išvada ir išanalizavęs abu nagrinėjamus argumentus, nacionalinis teismas nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 32 punkte konstatavo:

– „<…> 1992–2016 m. [GFD] (arba jo teisinė pirmtakė) galėjo derėtis dėl naujų sutarčių sąlygų, susijusių su turtinėmis intelektinės nuosavybės teisėmis, ir taip sudaryti viešojo pirkimo sutartis dėl ADIS pagal vieną iš atviriausių viešųjų pirkimų procedūrų, arba pradėti naują pirkimo procedūrą dėl naujos informacinės sistemos, net jei dėl to būtų laikinai padidėjusios išlaidos, tačiau ilgainiui būtų buvę galima sutaupyti.

– Taigi negalima remtis sudarant pirminę sutartį buvusia faktine situacija, jei išskirtinumo padėtis tęsėsi net ir priėmus atitinkamas teisės nuostatas dėl viešųjų pirkimų sutarčių sudarymo Čekijoje. Nustatant, ar gali būti taikoma derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą, turi būti atsižvelgiama į tai, kada priimtas sprendimas sudaryti sutartį pagal šią procedūrą <…>.“ [30]

56. Vertindamas lemiamas bylos faktines aplinkybes ir nacionalinę teisinę situaciją Teisingumo Teismas neturi pagrindo kvestionuoti šių prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo argumentų. Dėl nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 32 punkto pabaigoje išdėstytų argumentų, kuriuos ką tik pateikiau, manau, kad juose Direktyva 2004/18 išaiškinta teisingai.

57. Remiantis tuo, kas išdėstyta, į prejudicinį klausimą reikia atsakyti taip, kad nagrinėjamoje byloje nėra svarbu, jog pirminė sutartis buvo pasirašyta iki Čekijos įstojimo į Sąjungą. Priešingai, lemiamą reikšmę turi 2004–2016 m. atlikti perkančiosios organizacijos veiksmai. Žinoma, iš šių veiksmų svarbiausias yra naujos sutarties sudarymas 2016 m.

[28] Darau prielaidą, kad perkančiųjų organizacijų kaita (1992 m. buvo Finansų ministerija, o 2016 m. – GFD) yra tik formali: abi jos priklauso tai pačiai vyriausybės struktūrai, o GFD yra pavaldus Finansų ministerijai. GFD pakeitė Finansų ministeriją, vertinant teisinės padėties požiūriu.

[29] 2017 m. gruodžio 6 d. Sprendimo *Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere* (C-408/16, EU:C:2017:940) 37 punktas.

[30] Pagrįsdamas šį teiginį prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi 2000 m. spalio 5 d. Sprendimo *Komisija / Prancūzija* (C-337/98, EU:C:2000:543) 37 punktu.

58. Vis dėlto Čekijos vyriausybė siekia paneigti, kad yra atsakinga už išskirtinės priklausomybės atsiradimą, motyvuodama tuo, kad vertinimas turi būti susijęs su pirminės sutarties pasirašymo momentu. Jeigu tuo metu nebuvo prieštaraujama dėl jos veiksmų teisėtumo, tai nėra ir pagrindo apkaltinti perkančiąją organizaciją veikus tyčia.

59. Nesutinku su tokiu požiūriu:

– kaip minėjau, valstybės narės pareiga laikytis Sąjungos teisės atsiranda nuo jos įstojimo į Sąjungą. Nuo to momento perkančioji organizacija, kaip valstybės institucija, prisiėmė pareigą užtikrinti, kad būtų laikomasi Sąjungos viešųjų pirkimų teisės aktų, įskaitant Direktyvą 2004/18. Šiomis aplinkybėmis nesvarbu, ar valstybės mokesčių administratorius įsipareigojimų neįvykdė dėl aktyvių veiksmų, ar dėl neveikimo [31],

– norint įvertinti perkančiosios organizacijos elgesį nebūtina, kad būtų *tiesioginis ketinimas* sukurti išskirtinumo padėtį [32]. Pakanka, kad perkančioji organizacija, nepaisydama savo pareigos panaikinti esamą išskirtinumo padėtį (kurią ji pati ar jos teisinė pirmtakė sukūrė) pasirašant naują sutartį, užkerta kelią konkurencijai teikiant pasiūlymus dėl naujos sutarties, kaip ir pirminės sutarties atveju.

60. Vertinant kitu požiūriu, Čekijos vyriausybė, net jei ir pripažįsta, kad tokiais atvejais kaip nagrinėjamasis turi priimti sprendimus, leidžiančius jai tapti nepriklausoma nuo konkretaus paslaugų teikėjo, pasisako už tai, kad būtų priimtas *protingas sprendimas*, t. y. ekonomiškiausias sprendimas, kuriuo užtikrinamas stabilus svarbiausių nacionalinės institucijos informacinių sistemų veikimas. Ji mano, kad nagrinėjamoje byloje šie aspektai pateisina tai, jog buvo taikoma derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą [33].

61. Su šiuo argumentu taip pat nesutinku, nors ir suprantu problemas, kurias 2016 m. *de facto* patyrė perkančioji organizacija. Mokesčių administratorius, kaip ir kitos valstybės institucijos, negali remtis praktiniais, administraciniais ar ekonominiais sunkumais [34], kad pateisintų direktyvoje nustatytų pareigų nesilaikymą, nes valstybės narės tuos sunkumus turi įveikti priimdamos tinkamas priemones [35].

62. Kitas Čekijos vyriausybės argumentas, kuriuo ji gina perkančiosios organizacijos veiksmus, – tai, kad ši organizacija bandė tapti nepriklausoma nuo paslaugų teikėjos ir įsigyti autorių teises, tačiau to nepavyko padaryti dėl paslaugų teikėjos prieštaravimo [36].

[31] Savo rašytinėse pastabose Čekijos vyriausybė ne kartą nurodo *pozityvią* perkančiosios organizacijos *veiklą* (elgesį, veiksmus, sukurtą situaciją, sudarytą išskirtinumo padėtį, naujos sutarties, palyginti su pirmine sutartimi, sąlygų apibrėžimą). Priešingai, ji nenurodo, kad perkančioji organizacija *nesiėmė veiksmų* siekdama sudaryti naujas sutartis pagal Sąjungos teisę.

[32] Čekijos vyriausybė ne kartą pabrėžė, kad perkančiosios organizacijos elgesys, susijęs su išskirtinumo padėtimi, turi būti *tyčinis* (rašytinių pastabų 11, 12, 14, 15, 16, 17 ir 18 punktai).

[33] Čekijos vyriausybės rašytinių pastabų 30 punktas.

[34] Čekijos vyriausybės nurodė iš esmės ekonomines kliūtis (jos rašytinių pastabų 26 ir 27 punktai). Priešingai, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teigia, kad galimas tiesioginis išlaidų padidėjimas būtų kompensuotas ilgainiui sutaupytomis lėšomis, gautomis atsiradus konkurso dalyvių konkurencijai. 2013 m. komunikate Komisija nurodė trūkumus, atsirandančius dėl priklausomybės nuo vienintelio IT sprendimų pardavėjo. Ji pabrėžė, kad toks išskirtinumas ne tik sukelia kitų problemų (kyla pavojus, kad paslaugų teikėjas nuspręs nutraukti sistemos arba tam tikrų jos funkcijų palaikymą), bet ir gali turėti poveikį inovacijoms, taip pat lemti pernelyg dideles kainas, atsirandančias nesant konkurencinio spaudimo iš kitų sektoriaus subjektų.

[35] 2012 m. spalio 18 d. Sprendimo *Komisija / Jungtinė Karalystė* (C-301/10, EU:C:2012:633) 66 punktas.

[36] Čekijos vyriausybės rašytinių pastabų 31 punktas, kuriame daroma nuoroda į apeliaciniam teismui GFD pateiktus argumentus, pakartotus nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 10 punkte.

63. Tokiam argumentui negalima pritarti, nes perkančioji organizacija nuo 2004 m. turėjo pakankamai laiko (iki 2016 m.), kad išspręstų problemą dėl IBM atsisakymo. Atsižvelgdama į tai, kad išskirtinumo padėtis tęsiasi ištisus dešimtmečius, ji turėjo imtis iniciatyvos nutraukti priklausomybę nuo paslaugų teikėjos ieškodama kitų ūkio subjektų pasiūlymų, tačiau atrodo, kad to nepadarė. Taip teigia prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas [37]; su jo teiginiu vėlgi sutinku.

64. Be to, iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nematyti, kad perkančioji organizacija būtų *rimtai* bandžiusi surasti naujų paslaugų teikėjų siekdama nutraukti priklausomybės situaciją, kurioje atsidūrė. Pagal Teisingumo Teismo jurisprudenciją perkančioji organizacija turi „išsamiai ištirti“, ar yra įmonių, galinčių Europos lygmeniu tiekti (arba prireikus pakeisti) tam tikrą programinę įrangą [38].

65. Apibūdindama problemą, kylančią dėl IT sistemų *monopolizavimo*, Komisija siūlo perkančiosioms organizacijoms tam tikras alternatyvas [39], kad būtų įveikti konkurencijos apribojimai viešųjų pirkimų srityje, kaip antai nagrinėjamasis šioje byloje.

66. Nors Čekijos institucijos teigia, kad, siekdamos kovoti su 2013 m. komunikate nurodytu monopolizavimu, jos įdiegė *ex ante* kontrolės procedūras [40], sutartimi, dėl kurios pateiktas šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą, buvo patvirtinta iki tol egzistavusi išskirtinumo padėtis, jos nekeičiant. Taigi galima teigti, kad perkančioji organizacija savo veiksmais ar neveikimu 2016 m. įtvirtino teisinės pirmtakės sukurtą išskirtinumo padėtį, kuri jai turėjo neleisti pasinaudoti derybų procedūra be išankstinio skelbimo apie pirkimą.

67. Galiausiai reikia priminti, kad Teisingumo Teismas jau yra nusprendęs, jog būtina atverti konkurencijai sutarčių, panašių į nagrinėjamąją šioje byloje, sudarymo procedūras, darant prielaidą, kad toms sutartims taikomos bendrosios viešųjų pirkimų taisyklės: „<…> ketindama surengti viešojo pirkimo sutarties sudarymo procedūrą, kad būtų užtikrintas iš ekonominės veiklos vykdytojo įsigytos *programinės įrangos* aptarnavimas, pritaikymas ar plėtojimas, perkančioji organizacija potencialiems kandidatams ir konkurso dalyviams turi pateikti pakankamai informacijos, kad galėtų užtikrinti veiksmingos konkurencijos plėtrą antrinėje tos *programinės įrangos* aptarnavimo, pritaikymo ar plėtojimo rinkoje“ [41].

[37] Nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą 32 punktas, pakartotas šios išvados 55 punkte.

[38] Žr. 2009 m. spalio 15 d. Sprendimo *Komisija / Vokietija* (C-275/08, EU:C:2009:632) 63 punktą. Toje byloje buvo nagrinėjama programinė įranga, skirta automobilių registracijai centralizuotai valdyti.

[39] 2013 m. komunikato 3 dalyje teigiama, kad „[v]ietoj nuosavybės teisėmis apsaugotų technologijų naudojant standartais grindžiamas IRT sistemas bus lengviau suvaržytą viešųjų pirkimų praktiką paversti lankstesne, nes esmines žinias apie sistemą visi gali gauti iš standartų; vadinasi, sistemą prižiūrėti ir plėtoti galėtų kiti galimi tiekėjai konkurencingesnėmis sąlygomis“.

[40] Tai Čekijos vyriausybė visų pirma nurodė savo rašytinių pastabų 32–35 punktuose; ji pažymėjo, kad įsteigė specializuotą tarnybą ir darbo grupę, kurių tikslas – kovoti su pernelyg didele priklausomybe vykdant informacinių paslaugų sutartis. Ji pridūrė, kad šios „sisteminės priemonės“ buvo pradėtos taikyti sudarius 2016 m. sutartį.

[41] 2020 m. gegužės 28 d. Sprendimo *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung* (C-796/18, EU:C:2020:395) 74 punktas.

V. Išvada

68. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau taip atsakyti *Nejvyšší správní soud* (Aukščiausiasis administracinis teismas, Čekija):

2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 31 straipsnio 1 punkto b papunktis

turi būti aiškinamas taip:

perkančioji organizacija negali savo veiksmais sukurti išskirtinumo padėties, kuria ji siekia pateisinti derybų procedūros be išankstinio skelbimo apie pirkimą taikymą.

Tuo atveju, kai perkančioji organizacija sudaro naują sutartį, kuriai taikoma Direktyva 2004/18, nėra svarbu, ar išskirtinumo padėtis atsirado taikant pirminę sutartį, valstybės narės institucijų sudarytą prieš valstybei įstojant į Europos Sąjungą. Siekiant įvertinti perkančiosios organizacijos veiksmus, susijusius su nauja sutartimi, reikia atsižvelgti į sudarant naują sutartį buvusias faktines ir teisines aplinkybes.