Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZA-BORDONY
przedstawiona w dniu 26 września 2024 r.[1]

Sprawa C-578/23

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Nejvyšší správní soud (najwyższy sąd administracyjny, Republika Czeska)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2004/18/WE – Artykuł 31 – Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu – Warunki – Ochrona praw wyłącznych – Stan wyłączności przypisany instytucji zamawiającej – Umowa sprzed przystąpienia państwa członkowskiego do Unii Europejskiej – Moment, w którym należy dokonać oceny okoliczności faktycznych i prawnych umowy

1. W 1992 r. ministerstwo finansów Republiki Czeskiej[2] udzieliło bezpośrednio określonemu przedsiębiorstwu[3] zamówienia na wdrożenie systemu informatycznego administracji podatkowej zwanego ADIS. IBM był właścicielem praw autorskich do kodu źródłowego programu tak, że użytkowanie i aktualizacja sytemu informatycznego było uzależnione od jego udziału.

2. W 2016 r. organ administracji podatkowej Republiki Czeskiej podjął decyzję o zawarciu umowy na podstawowy serwis pogwarancyjny aplikacji ADIS, którego to zamówienia również udzielił IBM w drodze procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

3. Podpisanie tej nowej umowy doprowadziło do konfliktu między dwoma organami Republiki Czeskiej: z jednej strony organem odpowiedzialnym za administrację podatkową, a z drugiej organem właściwym w sprawach kontroli prawidłowości zamówień publicznych. Zdaniem tego ostatniego bezpośrednie udzielenie zamówienia jest niezgodne z prawem.

4. Sąd, który w ostatniej instancji ma rozstrzygnąć ten spór, ma wątpliwości co do zgodności nowej umowy z art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE[4], o której wykładnię zwraca się do Trybunału. Dąży do ustalenia, czy przy dokonywaniu oceny jednej z przesłanek skorzystania

[1] Język oryginału: hiszpański.

[2] Rozłam Republiki Czeskiej i Republiki Słowackiej nastąpił 1 stycznia 1993 r.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. W 1992 r. spółka ta była wyłącznym udziałowcem spółki IBM Česká republika, spol. s r. o. W dalszej części będę odnosił się do niej, zamiennie, jako do „IBM” lub do „dostawcy”.

[4] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu należy brać pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne istniejące w momencie zawarcia pierwotnej umowy (1992), czy też nowej umowy (2016).

5. Tłem sporu jest ogólny problem *uzależnienia* organów administracji publicznej, które zależą od dostawcy w zakresie korzystania z technologii informacyjnych. W 2013 r. Komisja opublikowała komunikat [5], w którym podkreśliła trudności, jakie napotykają te organy przy zmianie dostawców.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii. Dyrektywa 2004/18

6. Artykuł 28 („Zastosowanie procedury otwartej, ograniczonej i negocjacyjnej oraz dialogu konkurencyjnego") stanowi:

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

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

7. Zgodnie z art. 31 („Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu"):

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

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

   […]

   b) jeżeli z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych zamówienie może zostać udzielone tylko określonemu wykonawcy;

   c) w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30, nie mogą być dotrzymane. Okoliczności, na które można się powoływać w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnego charakteru sprawy, nie mogą w żadnym przypadku leżeć po stronie instytucji zamawiających;

[…]".

[5] Komunikat Komisji z dnia 25 czerwca 2013 r. Zapobieganie uzależnieniu od jednego dostawcy: tworzenie otwartych systemów ICT [Technologie informacyjno-komunikacyjne] poprzez lepsze wykorzystywanie norm w zamówieniach publicznych [COM(2013) 455 final] (zwany dalej „Komunikatem z 2013").

B. Prawo czeskie. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. Jak stanowi § 21 ust. 2, instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia publicznego w procedurze otwartej albo ograniczonej oraz, w razie spełnienia określonych warunków, również w procedurze negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu albo procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

9. Zgodnie z § 23 ust. 4 lit. a) instytucja zamawiająca może udzielić zamówienia publicznego w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu także wtedy, gdy z przyczyn technicznych bądź artystycznych, ochrony praw wyłącznych lub wynikających z przepisów szczególnych zamówienie może zostać wykonane wyłącznie przez określonego wykonawcę.

II. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytanie prejudycjalne

10. W dniu 29 czerwca 1992 r. ministerstwo finansów Republiki Czeskiej zawarło z IBM umowę o integracji systemu informatycznego ADIS do administracji podatkowej.

11. Od 2013 r. funkcje ministerstwa finansów w zakresie administracji podatkowej przejęła, będąca w zależności od niego, Česká republika – Generální finanční ředitelství (generalna dyrekcja podatkowa, Republika Czeska; zwana dalej „GDP”).

12. W dniu 1 marca 2016 r. GDP wszczęła procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w celu udzielenia zamówienia pod nazwą „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, którego przedmiotem był podstawowy serwis pogwarancyjny aplikacji ADIS [7].

13. GDP zastosowała tę formę umowy powołując się na przyczyny techniczne oraz na ochronę praw własności intelektualnej dostawcy w odniesieniu do kodu źródłowego ADIS [8].

14. W dniu 20 maja 2016 r. GDP udzieliła IBM nowego zamówienia.

15. W dniu 9 października 2017 r. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (urząd ochrony konkurencji, Republika Czeska; zwany dalej „Úřadem”) stwierdził, że poprzez zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu GDP naruszyła § 23 ust. 4 lit. a) ustawy 137/2006.

16. Zdaniem Úřadu GDP nie wykazała, że z przyczyn technicznych nowe zamówienie publiczne mogło zostać wykonane wyłącznie przez IBM. Ponadto potrzeba ochrony wyłącznych praw tego dostawcy była konsekwencją uprzedniego zachowania ministerstwa finansów.

6 Ustawa 137/2006 o zamówieniach publicznych (zwana dalej „ustawą 137/2006”).

7 Chociaż sprawdzenie tego należy do sądu odsyłającego, wydaje się, że nowa umowa obejmowała utrzymanie i ewentualną naprawę ADIS. Cena umowy wyniosła 33 294 389 koron czeskich (CZK), bez podatku od towarów i usług (VAT).

8 Zgodnie z oświadczeniami GDP zawartymi w postanowieniu odsyłającym (pkt 2) bez powiązania z rdzeniem i innymi modułami nie jest możliwe samodzielne funkcjonowanie modułów, zarządzanie nimi i ich rozwój; moduły nie mogą zostać rozdzielone; przedmiot zamówienia publicznego ingeruje w istniejące moduły. Ponieważ przedmiotem świadczenia był podstawowy serwis ADIS, stworzonego i rozwijanego przez dostawcę, właściciela praw licencyjnych, wymogi kontynuacji technicznej spowodowały konieczność, by to on dbał o utrzymanie i rozwój systemu.

17. Od decyzji z dnia 9 października 2017 r. GDP wniosła środek odwoławczy do prezesa Úřadu, który go oddalił[9].

18. GDP odwołała się od decyzji prezesa Úřadu do Krajský soud v Brně (sądu okręgowego w Brnie, Republika Czeska), który skargę oddalił, stwierdzając, że nie zostały spełnione przesłanki z § 23 ust. 4 lit. a) ustawy 137/2006, gdyż:

– W czasie udzielenia zamówienia pierwotnego można było przewidzieć potrzebę usługi stałego utrzymania ADIS, systemu opracowanego długookresowo dla obszaru (podatki) stanowiącego przedmiot ciągłych zmian.

– Nie ma większego znaczenia, że w momencie podpisania umowy pierwotnej żaden przepis nie przewidywał obowiązku wyboru dostawcy w drodze przetargu, ani tego w jaki sposób powinny były zostać uregulowane prawa autorskie do ADIS. Przesłanki udzielenia późniejszego zamówienia należy oceniać w świetle przepisów obowiązujących w chwili udzielenia tego zamówienia.

– Nie jest konieczne aby pierwotna instytucja zamawiająca działała z zamiarem późniejszego obejścia ustawy 137/2006.

– Nawet gdyby GDP zdołała wykazać, że poza IBM nie istnieje żaden inny wykonawca zdolny do wykonania zamówienia, nie zmienia to faktu, że stan wyłączności wynika z działań ministerstwa finansów. Zatem dowód spełnienia przesłanki formalnej (to znaczy dotyczącej przyczyn technicznych i przyczyny związanej z ochroną praw autorskich dostawcy) byłby bezużyteczny ze względu na niespełnienie przesłanki materialnej (niestworzenie stanu wyłączności przez samą instytucję zamawiającą).

19. GDP wniosła do Nejvyšší správní soud (najwyższego sądu administracyjnego, Republika Czeska) skargę kasacyjną od wyroku sądu niższej instancji podnosząc, w skrócie, że:

– W czasie zawarcia pierwotnej umowy dostawca był jedynym będącym w stanie wykonać potrzebne świadczenia (dostarczyć serwery z własnym systemem operacyjnym oraz zapewnić serwis i zdalny nadzór). Z przyczyn technicznych nie było możliwości znalezienia innego.

– Ministerstwo finansów nie mogło racjonalnie przewidzieć, że w przyszłości do dalszego funkcjonowania ADIS będą konieczne dodatkowe działania.

– W pierwotnej umowie prawa autorskie zostały prawidłowo określone. Nie było wówczas możliwe uzyskanie pełnego przeniesienia praw autorskich do ADIS, ponieważ niektóre komponenty były komercyjnie wykorzystywane na całym świecie przez dostawcę i jego partnerów. Przestrzegano zatem obowiązujących wówczas przepisów. Skoro ministerstwo finansów nie mogło wiedzieć, jakie przyszłe przepisy naruszyłoby swoim działaniem, zasada pewności prawa nie pozwala na uznanie, że popełniono wykroczenie, które może zostać przeniesione na GDP.

– Ministerstwo finansów zawierając pierwotną umowę nie mogło również wiedzieć jak będzie ewoluował system podatkowy. Z tego względu nie miało wiedzy, czy ADIS będzie wymagał

[9] Środek odwoławczy został oddalony ponieważ ministerstwo finansów, poprzednik GDP, było odpowiedzialne za stan wyłączności (rozumiany jako konieczność wykonania zamówienia wyłącznie przez dostawcę), pozwalając dostawcy na zachowanie własności praw autorskich.

interwencji i czy nadal będzie z niego korzystać. Nie miało żadnego powodu, by regulować prawa autorskie w celu całkowitego uniezależnienia się od dostawcy.

– Wszczęcie obecnie procedury udzielenia zamówienia publicznego na dostawę nowego systemu informatycznego naraziłoby GDP na zarzut marnowania środków zainwestowanych w ADIS i zarządzania w sposób niegospodarny i nieracjonalny.

– W 2015 r. GDP próbowała uniezależnić się od dostawcy poprzez nabycie praw autorskich do ADIS. Dostawca odmówił jednak ich przeniesienia, zarówno wówczas, jak i w ciągu kolejnych 3 lat, przez co GDP nie pozostało nic innego, jak tylko przeprowadzenie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W przeciwnym wypadku ADIS byłby bezużyteczny, a administracja podatkowa nie byłaby w stanie wykonywać swoich zadań.

– Podsumowując, przed wszczęciem postępowania o udzielenie nowego zamówienia GDP podjęła wszelkie niezbędne środki w celu prawidłowego przeprowadzenia procedury przewidzianej w § 23 ust. 4 lit. a) ustawy 137/2006, co potwierdza szereg ekspertyz, opinii technicznych i prawnych.

20. W swoim sprzeciwie od skargi kasacyjnej Úřad podniósł, że:

– GDP w oparciu o wyłączność pierwotnej umowy z 1992 r. rozwijała ADIS w drodze procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu co najmniej do końca 2019 r.

– Z ekspertyzy rzeczoznawcy nie wynika jakoby wybrany wykonawca był ze względów technicznych jedynym możliwym dostawcą. Nie wykazano istnienia żadnego stanu wyłączności, który można by wytłumaczyć ochroną praw autorskich.

– Przedmiotem świadczenia było wdrożenie systemu administracji podatkowej w trzech etapach, z których pierwotna umowa odnosiła się tylko do pierwszego. GDP wiedziała, że po umowie pierwotnej będą kolejne.

– Z opisu i celu ADIS wynika, że chodzi o trwały system, który powinien funkcjonować przez długi czas. Było zatem oczywiste, że będzie wymagać co najmniej wsparcia technicznego.

– Ani ministerstwo finansów, ani później GDP, nie zareagowały na ewolucję przepisów, lecz przyjęły interpretację umowy i ustawy 137/2006 pozwalającą im na utrzymanie systemu bez ogłaszania przetargu.

21. Sąd odsyłający ma wątpliwości, czy spełniona została jedna z przesłanek, którą kwalifikuje jako *materialną* (a mianowicie, że stan wyłączności nie został spowodowany przez samą instytucję zamawiającą) w celu zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Dąży do ustalenia, czy w tym celu musi dokonać oceny okoliczności faktycznych i prawnych istniejących w chwili podpisania pierwotnej umowy.

22. W tym kontekście Nejvyšší správní soud (najwyższy sąd administracyjny) zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z następującym pytaniem prejudycjalnym:

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

III. Postępowanie przed Trybunałem

23. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony do Trybunału w dniu 19 września 2023 r.

24. Uwagi na piśmie przedstawiły rządy czeski i słowacki oraz Komisja Europejska.

25. Trybunał nie uznał za konieczne przeprowadzenia rozprawy.

IV. Ocena

26. Spór, który ma rozstrzygnąć sąd odsyłający, ma swoje źródło w umowie na świadczenie usług informatycznych, która została zawarta bez procedury przetargowej w 1992 r., przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do Unii Europejskiej, kiedy taki sposób postępowania był zgodny z prawem krajowym.

27. W tej pierwotnej umowie dostawcy przyznano prawa, które przyznawały mu wyłączność w zakresie rozwoju i utrzymania wdrożonego systemu informatycznego.

28. Zdaniem GDP po przystąpieniu Republiki Czeskiej do Unii wyłączne prawa autorskie dostawcy uzasadniały zastosowanie w 2016 r. w celu podpisania nowej umowy [10] o podstawowy serwis pogwarancyjny systemu informatycznego procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o której mowa w art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18.

A. Mająca zastosowanie dyrektywa

29. Sąd odsyłający zwraca się o wykładnię dyrektywy 2004/18, a nie uchylającej ją dyrektywy 2014/24/UE [11].

30. Co do zasady zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybiera tryb postępowania, który będzie stosować [12].

[10] Nie było to zatem zwykłe przedłużenie lub zmiana pierwotnej umowy.

[11] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

[12] Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., RTS infra i Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, pkt 23).

31. Z postanowienia odsyłającego wynika, że GDP rozpoczęła postępowanie o udzielenie nowego zamówienia w dniu 1 marca 2016 r. Data ta jest zatem wcześniejsza niż upływ terminu transpozycji dyrektywy 2014/24, której art. 90 ust. 1 ustalił na dzień 18 kwietnia 2016 r.

32. W takim przypadku ratione temporis zastosowanie miałaby dyrektywa 2004/18. Okoliczność ta nie stoi jednak na przeszkodzie, aby w celu interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18 uwzględnić dyrektywę 2014/24, jako element kontrastu lub potwierdzenia.

B. Artykuł 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 i stan wyłączności spowodowany przez instytucję zamawiającą

33. Zgodnie z art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18, aby zastosować procedurę bezpośrednią muszą zostać spełnione łącznie dwie przesłanki: a) przyczyny techniczne bądź artystyczne lub związane z ochroną praw wyłącznych; i b) z tych przyczyn bezwzględnie konieczne jest udzielenie zamówienia określonemu przedsiębiorstwu.

34. Sformułowanie podobne do tego artykułu pojawiło się już w innych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych poprzedzających dyrektywę 2004/18 [13]. Trybunał dokonał ich wykładni rozpatrując skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego wniesione przez Komisję przeciwko aktom indywidualnym państw członkowskich dotyczącym umów objętych dyrektywą 71/305 [14] lub dyrektywą 93/37 [15] zawartych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

35. W orzecznictwie dotyczącym wykładni tych dwóch i kolejnych dyrektyw wielokrotnie podkreślano, że przepisy dotyczące procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji muszą podlegać ścisłej interpretacji i że ciężar dowodu wyjątkowych okoliczności uzasadniających zastosowanie odstępstwa spoczywa na instytucji zamawiającej [16].

36. Sąd odsyłający rozróżnia „przesłanki formalne” i „przesłanki materialne” wymagane do skorzystania z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Jego zdaniem:

– Przesłanki formalne wymagają wystąpienia przyczyny związanej z ochroną praw wyłącznych i że z tego powodu zamówienie może zostać powierzone wyłącznie określonemu wykonawcy.

– Przesłanki materialne wymagają, by instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć tych przesłanek formalnych ani że ich wystąpienia nie można jej przypisać.

[13] Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1971, L 185, s. 5) i dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. 1993, L 199, s. 54).

[14] Wyrok z dnia 18 maja 1995 r., Komisja/Włochy (C-57/94, EU:C:1995:150, pkt 23).

[15] Wyrok z dnia 14 września 2004 r., Komisja/Włochy (C-385/02, EU:C:2004:522, pkt 19 i 20).

[16] Zobacz między innymi wyrok z dnia 14 września 2004 r., Komisja/Włochy (C-385/02, EU:C:2004:522), pkt 19: „Przepis art. 7 ust. 3 dyrektywy [93/37] dopuszczający odstępstwa od zasad zmierzających do zagwarantowania skuteczności praw uznanych przez Traktat WE w sektorze zamówień publicznych na roboty budowlane powinien być interpretowany w sposób ścisły, zaś ciężar dowodu na istnienie wyjątkowych okoliczności uzasadniających zastosowanie odstępstwa spoczywa na tym, kto z faktu tego pragnie wywieść skutki prawne”. Wyroki popierające tę samą wykładnię: wyrok z dnia 18 maja 1995 r., Komisja/Włochy (C-57/94, EU:C:1995:150, pkt 23); i wyrok z dnia 28 marca 1996 r., Komisja/Niemcy (C-318/94, EU:C:1996:149, pkt 13).

37. W istocie przesłanki, które sąd odsyłający kwalifikuje jako *przesłanki formalne*, to te, które odpowiadają literalnemu brzmieniu art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18. Przesłanki zaliczane do *przesłanek materialnych* są dalej idące, gdyż odnoszą się do warunków, które nie są w tym przepisie wyraźnie zawarte.

38. Spór skupił się na *przesłance materialnej* polegającej na tym, że stan wyłączności nie został spowodowany przez instytucję zamawiającą. Stanowiska zaprezentowane przez uczestników postępowania prejudycjalnego są podzielone:

– W przypadku rządu czeskiego do zastosowania wyjątku przewidzianego w art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18 wystarczy samo wystąpienie przesłanek obiektywnych, które wymienia [17].

– W przypadku Komisji i rządu słowackiego wyjątek ten wymaga również, by instytucja zamawiająca nie spowodowała stanu wyłączności.

39. Jeżeli sprawa miałaby zostać rozstrzygnięta na gruncie dyrektywy 2014/24, bez wątpienia przeważyłoby stanowisko Komisji i rządu słowackiego. Zarówno motyw pięćdziesiąty tej dyrektywy jak i jej art. 32 ust. 2 lit. b) zawierają postanowienie, że wyłączność nie została stworzona przez instytucję zamawiającą:

– Motyw pięćdziesiąty dyrektywy 2014/24 stanowi, że „[…] jedynie obiektywne sytuacje wyłączności mogą uzasadnić zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji, gdy sytuacja ta nie została stworzona przez samą instytucję zamawiającą z myślą o przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. […]” [18].

– Artykuł 32 ust. 2 lit. b) ppkt iii) dyrektywy 2014/24 stanowi, że procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować jeżeli roboty budowlane, dostawy lub usługi mogą zostać zrealizowane wyłącznie przez określonego wykonawcę z powodu ochrony „praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej”. Wyjątek ten ma jednak zastosowanie jedynie „gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów zamówienia”.

40. Z kolei dyrektywa 2004/18 nie odnosiła się wyraźnie w swoim art. 31 ust. 1 lit. b) do wpływu, jaki mogłoby mieć przypisanie wyłączności instytucji zamawiającej [19]. Jego milczenie nie oznacza jednak, że instytucja zamawiająca ma swobodę stworzenia stanu wyłączności przez samą siebie.

41. W istocie, jak słusznie podkreśla sąd odsyłający, dyrektywa 2014/24 ograniczyła się w tym zakresie do wyraźnego wyrażenia normy, która w sposób dorozumiany była zawarta w poprzednich dyrektywach w tej dziedzinie [20]. Stąd jego zdaniem „[…] prawo Unii wymaga, by

[17] Wyjaśnia to w pierwszej z sześciu części argumentacji zawartej w jego uwagach na piśmie przed Trybunałem.

[18] Te postanowienia są poprzedzone przez następujące rozważania: „Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich szkodliwy wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w szczególnie wyjątkowych okolicznościach. Wyjątki te powinny ograniczać się do przypadków, gdy publikacja ogłoszenia nie jest możliwa z racji wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać, albo gdy od początku jasne jest, że publikacja nie spowoduje większej konkurencji ani nie przyniesie lepszych wyników zamówienia, zwłaszcza wtedy, gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny wykonać zamówienie. […] Wyłączność może również wynikać z innych przyczyn […]”.

[19] To pominięcie stoi w kontraście z postanowieniami samego art. 31 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18: dozwolona jest procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ze względu na wyjątkowo pilną konieczność, pod warunkiem że okoliczności przywołane w celu jej uzasadnienia w żadnym wypadku nie będą *„przypisane instytucji zamawiającej”*.

[20] Punkt 22 postanowienia odsyłającego.

przyczyny, z powodu której zamówienie musi zostać udzielone wyłącznie konkretnemu wykonawcy w ramach procedury negocjacyjnej bez publikacji zgodnie z art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18, *nie można było przypisać instytucji zamawiającej*. […]”[21].

42. Jako założenie przyjmę to samo, z którego wychodzi sąd odsyłający, co do ingerencji instytucji zamawiającej w okoliczności decydujące o stanie wyłączności. Moim zdaniem przemawia za tym kilka powodów.

43. Po pierwsze, tytułem wstępu, ogólny cel przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych polega na „zapewnieniu swobodnego przepływu usług i otwarcia na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich”[22]. Stosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia jest właśnie takim zachowaniem instytucji zamawiającej, które w najpoważniejszy sposób narusza otwarcie zamówień publicznych na konkurencję.

44. Po drugie, tworzenie przez same instytucje zamawiające okoliczności, na które będą się powoływać by zastosować procedury wyboru wykonawców, w których do udziału nie dopuszcza się konkurentów, jest sprzeczne z tym celem.

45. Po trzecie, jak już wspomniałem, nadzwyczajne okoliczności dopuszczające procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu muszą podlegać ścisłej interpretacji, opartej na restrykcyjnych kryteriach[23].

46. Po czwarte, przyznanie, że instytucja zamawiająca mogła wykorzystać stan wyłączności, który sama wywołała, odwróciłoby logikę art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tą logiką okoliczności uzasadniające niemożność zastosowania procedury zwykłej (z ogłoszeniem) są niezależne od instytucji zamawiającej, nie zaś spowodowane przez nią.

47. Ostatecznie maksyma nemo auditur propriam turpitudinem allegans zakazuje tego, by strona czerpała korzyści ze swojego własnego niezgodnego z prawem zachowania[24].

C. Ocena wyłączności w odniesieniu do niniejszego postępowania

1. Umowa pierwotna (1992)

48. Zgodnie ze stanowiskiem GDP przedstawionym w postanowieniu odsyłającym, w momencie zawarcia pierwotnej umowy (1992) żadne przepisy krajowe nie regulowały praw autorskich ani zamówień publicznych. Nie można było zatem przewidzieć przyszłych uregulowań prawnych w tej dziedzinie, ani też jak będzie rozwijało się orzecznictwo krajowe. Również nie można było przewidzieć „że określenie warunków licencji na ADIS spowoduje później kontrowersyjną sytuację […]”[25].

[21] Punkt 23 postanowienia odsyłającego (wyróżnienie moje). Sąd odsyłający uważa, że „wykładnia prawa Unii w tym względzie ma charakter acte clair”, co jest moim zdaniem przesadą.

[22] Wyrok z dnia 7 grudnia 2023 r., Obshtina Razgrad (C-441/22 i C-443/22, EU:C:2023:970, pkt 61).

[23] Wyrok z dnia 11 września 2014 r., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, pkt 49): „[…] należy przypomnieć, że procedurę negocjacyjną można zastosować tylko w okolicznościach wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 30 i 31 dyrektywy 2004/18 oraz […] w stosunku do procedur otwartej i ograniczonej procedura negocjacyjna posiada charakter wyjątkowy”.

[24] Trybunał przywiązuje wagę do przypisywania niekorzystnych konsekwencji samemu uchybieniu. Zobacz wyrok z dnia 15 czerwca 2023 r., Bank M. (Skutki uznania umowy za nieważną) (C-520/21, EU:C:2023:478, pkt 81).

[25] Punkt 17 postanowienia odsyłającego.

49. Sąd odsyłający co do zasady i z pewnymi niuansami podziela ten punkt widzenia. Przyznaje, że w 1992 r. nie istniały żadne przepisy krajowe dotyczące udzielania zamówień publicznych [26], co umożliwiło ministerstwu finansów podpisanie umowy ADIS na uzgodnionych wówczas warunkach. Dodaje, że instytucja zamawiająca nawet „mogła zasadnie założyć, że ciągłość umowy pierwotnej można przypisać temu samemu dostawcy, bez konieczności stwarzania innym możliwości ubiegania się o wymagane świadczenie” [27].

50. Z mojej strony nie mam nic przeciwko tym stwierdzeniom, które odnoszą się do historycznego momentu, w którym po prostu prawo Unii nie wchodziło w grę, gdyż Republika Czeska nie była jeszcze jej członkiem. Do sądu odsyłającego należy określenie okoliczności faktycznych i ram prawnych towarzyszących zawarciu umowy pierwotnej.

51. W tych okolicznościach nie ma znaczenia, czy wyłączność, na podstawie której podpisano w 1992 r. umowę pierwotną, została spowodowana, czy nie, przez instytucję zamawiającą.

2. Nowa umowa (2016)

52. Perspektywa ulega zmianie, jeśli weźmie się pod uwagę, że stosunek umowny czeskich organów podatkowych [28] z dostawcą rozciągał się na wiele lat (między 1992 r. a 2016 r., jeśli chodzi o zakres istotny dla niniejszej sprawy).

53. W okresie tym zmieniły się ramy prawne, zwłaszcza od czasu przystąpienia w 2004 r. Republiki Czeskiej do Unii. Od dnia przystąpienia należało więc stosować dyrektywy o zamówieniach publicznych, „zgodnie z zasadą niezwłocznego i pełnego zastosowania przepisów prawa Unii do nowych państw członkowskich” [29].

54. Sąd odsyłający zwraca uwagę na znaczenie nowego stanu prawnego i na zmianę obowiązków instytucji zamawiającej: podkreśla, że w momencie udzielenia zamówienia przez GDP w 2016 r. obowiązywała ustawa 137/2006 i dyrektywa 2004/18. Co za tym idzie obowiązkiem DGP było nie stwarzać stanów wyłączności w celu uzasadnienia stosowania procedur negocjacyjnych bez uprzedniego ogłoszenia.

55. Na podstawie tych ustaleń i po zbadaniu dwóch spornych stanowisk, sąd odsyłający w pkt 32 postanowienia odsyłającego stwierdza, co następuje:

– „[…] Między 1992 r. a 2016 r. [GDP] (lub jej poprzednik prawny) mogła albo wynegocjować nowe warunki umowne w zakresie majątkowych praw własności intelektualnej, w taki sposób aby mogła udzielać zamówień publicznych dotyczących ADIS w jednej z bardziej otwartych procedur udzielania zamówień publicznych, albo rozpocząć udzielanie zamówień na nowy system informatyczny nawet kosztem tymczasowo zwiększonych wydatków, co mogło przynieść oszczędności w dłuższej perspektywie.

[26] Sąd odsyłający opisuje ewolucję prawa krajowego, która znalazła odzwierciedlenie w przyjęciu stosownych ustaw o prawach autorskich (ustawa mająca zastosowanie do programów komputerowych) w 1965 r. i o zamówieniach publicznych w 1994 r.

[27] Punkt 29 postanowienia odsyłającego.

[28] Zakładam, że następstwo organów zamawiających (ministerstwo finansów w 1992 r. i GDP w 2016 r.) ma charakter czysto formalny: oba wchodzą w skład tej samej struktury rządowej, a drugi jest zależny od pierwszego. GDP przejmuje pozycję prawną, którą zajmowało ministerstwo finansów.

[29] Wyrok z dnia 6 grudnia 2017 r., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, pkt 37).

– W związku z tym nie można powoływać się na sytuację mającą miejsce w chwili zawarcia pierwotnej umowy, jeżeli stan wyłączności trwał także po przyjęciu w Republice Czeskiej odpowiednich przepisów prawnych dotyczących udzielania zamówień publicznych. Ustalając, czy można skorzystać z procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia, należy wziąć pod uwagę moment podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia zgodnie z tą procedurą […]” [30].

56. Jeśli chodzi o ocenę faktów kluczowych dla sporu i krajowego stanu prawnego, ze strony Trybunału nie ma powodów, by sprzeciwiać się tym rozważaniom sądu odsyłającego. Natomiast jeśli chodzi o rozważania zawarte w końcowej części pkt 32 postanowienia odsyłającego, które właśnie przytoczyłem, uważam że zawierają one prawidłową wykładnię dyrektywy 2004/18.

57. Odpowiedzią na pytanie prejudycjalne, która wynika z powyższych rozważań, jest brak znaczenia, dla celów niniejszej sprawy, tego, czy umowa pierwotna została podpisana przed przystąpieniem Republiki Czeskiej do Unii. Przeciwnie, decydujące znaczenie mają działania podejmowane przez instytucję zamawiającą w latach 2004–2016. Z tych działań, logicznie rzecz biorąc, kluczowe jest podpisanie nowej umowy w 2016 r.

58. Rząd czeski stara się jednak wykluczyć swoją odpowiedzialność za stworzenie wyłącznej zależności, powołując się na fakt, że ocena musi odnosić się do momentu podpisania pierwotnej umowy. Jeśliby wówczas nie było zastrzeżeń co do zgodności z prawem jego postępowania, nie istniałby również zamiar, który można by przypisać instytucji zamawiającej.

59. Nie zgadzam się z tym poglądem:

– Jak już wskazałem, obowiązek dostosowania swoich działań do porządku prawnego Unii przez państwo członkowskie powstaje wraz z jego przystąpieniem do Unii. Od tego momentu instytucja zamawiająca, jako organ państwowy, wzięła na siebie obowiązek zapewnienia przestrzegania przepisów Unii dotyczących zamówień publicznych, w tym dyrektywy 2004/18. W tym kontekście nie ma znaczenia, czy nieprzestrzeganie przepisów przez organy podatkowe państwa wynika z działania czy z zaniechania [31].

– Do oceny postępowania instytucji zamawiającej nie jest wymagany *zamiar bezpośredni* stworzenia stanu wyłączności [32]. Wystarczy, że ignorując swój obowiązek usunięcia istniejącej wyłączności (a stworzonej przez samą siebie lub przez swojego poprzednika prawnego) w momencie podpisania nowej umowy instytucja zamawiająca zamyka ją na konkurencję, podobnie jak to miało miejsce w przypadku umowy pierwotnej.

60. Z innej perspektywy, rząd czeski, chociaż przyznaje, że w przypadkach takich, jak niniejsza sprawa, musi podejmować decyzje, które pozwolą mu na uniezależnienie się od określonego dostawcy, to opowiada się za przyjęciem *rozwiązania rozsądnego*, czyli najbardziej ekonomicznego i zapewniającego stabilne funkcjonowanie krytycznych systemów informatycznych administracji krajowej. Jego zdaniem czynniki te uzasadniają w tym przypadku zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu [33].

[30] Na potwierdzenie tego stwierdzenia sąd odsyłający przytacza wyrok z dnia 5 października 2000 r., Komisja/Francja (C-337/98, EU:C:2000:543, pkt 37).

[31] W swoich uwagach na piśmie rząd czeski wielokrotnie odwołuje się do *pozytywnych działań* instytucji zamawiającej (postępowanie, działania, stworzona sytuacja, spowodowana wyłączność, określenie warunków nowej umowy w stosunku do pierwotnej). Nie odnosi się natomiast do jej *zaniechania* w zakresie zawarcia nowych umów zgodnie z prawem Unii.

[32] Rząd czeski wielokrotnie podkreśla, że zachowanie instytucji zamawiającej w odniesieniu do stanu wyłączności musi być *zamierzone* (pkt 11, 12, 14, 15, 16, 17 i 18 jego uwag na piśmie).

[33] Punkt 30 uwag na piśmie rządu czeskiego.

61. Również i tego argumentu nie podzielam, aczkolwiek rozumiem problemy, z jakimi faktycznie borykała się instytucja zamawiająca w 2016 r. Organy podatkowe, podobnie jak pozostałe organy państwowe, nie mogą powoływać się na trudności praktyczne, administracyjne lub ekonomiczne [34] w celu uzasadnienia niedotrzymania obowiązków ustanowionych w dyrektywie, ponieważ państwa członkowskie muszą pokonać te trudności podejmując odpowiednie środki [35].

62. Inna linia obrony przyjęta przez rząd czeski na rzecz działań instytucji zamawiającej polega na podkreśleniu, że próbowała ona uniezależnić się od wykonawcy nabywając prawa autorskie, czego nie osiągnęła ze względu na brak zgody wykonawcy [36].

63. Argument taki nie może zostać uwzględniony, jeśli weźmie się pod uwagę, że instytucja zamawiająca od 2004 r. miało wystarczająco dużo czasu (do 2016 r.) aby poradzić sobie z odmową IBM. Wobec przeciągającego się na dziesięciolecia stanu wyłączności powinna była podjąć inicjatywy zmierzające do przerwania zależności od dostawcy, poprzez wyszukiwanie ofert innych wykonawców, czego, jak się wydaje, nie zrobiła. Stwierdza to sąd odsyłający [37], z którym ponownie się zgadzam.

64. Ponadto z postanowienia odsyłającego nie wynika, że instytucja zamawiająca podejmowała poważne próby znalezienia nowych dostawców, którzy umożliwiliby jej odblokowanie sytuacji zależności, w której się znalazła. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału instytucja zamawiająca musi „poważnie zbadać" czy istnieją przedsiębiorstwa, które na poziomie europejskim są w stanie dostarczyć (lub w stosownych przypadkach zastąpić) określony program komputerowy [38].

65. Uwydatniając problem *uzależnienia* w systemach informatycznych, Komisja sugeruje instytucjom zamawiającym pewne możliwości [39] przezwyciężenia ograniczeń konkurencji w zamówieniach publicznych, takich jak analizowane w niniejszej sprawie.

66. Chociaż władze czeskie twierdzą, że ustanowiły procedury kontroli ex ante w celu zwalczania uzależnienia, o którym mowa w komunikacie z 2013 r. [40], umowa będąca przedmiotem niniejszego odesłania prejudycjalnego zatwierdza, bez dokonywania zmian, istniejący wcześniej stan wyłączności. Można zatem przypisać instytucji zamawiającej, poprzez działanie lub zaniechanie, utrwalenie w 2016 r. stanu wyłączności stworzonego przez jej poprzednika prawnego, co powinno uniemożliwić jej skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

[34] Przeszkody, na które powołuje się rząd czeski, mają głównie charakter ekonomiczny (pkt 26 i 27 jego uwag na piśmie). Sąd odsyłający twierdzi natomiast, że ewentualny bezpośredni wzrost kosztów zostałby zrekompensowany długoterminowymi oszczędnościami wynikającymi z wprowadzenia konkurencji między oferentami. W komunikacie z 2013 Komisja odwołuje się do niedogodności wynikających z zależności od jednego dostawcy rozwiązań informatycznych. Podkreśla, że taka wyłączność, oprócz powodowania innych problemów (istnieje ryzyko, że dostawca zaprzestanie wspierania systemu lub jego niektórych funkcji), może mieć wpływ na innowacyjność i skutkować nadmiernymi cenami, które nie podlegają presji konkurencyjnej od innych wykonawców z danej branży.

[35] Wyrok z dnia 18 października 2012 r., Komisja/Zjednoczone Królestwo (C-301/10, EU:C:2012:633, pkt 66).

[36] Punkt 31 uwag na piśmie rządu czeskiego, który odnosi się do argumentacji GDP przed sądem kasacyjnym, przytoczonej w pkt 10 postanowienia odsyłającego.

[37] Punkt 32 postanowienia odsyłającego, przytoczony w pkt 55 niniejszej opinii.

[38] Zobacz wyrok z dnia 15 października 2009 r., Komisja/Niemcy (C-275/08, EU:C:2009:632, pkt 63). Dotyczyło to wówczas oprogramowania stosowanego do rejestracji pojazdów samochodowych.

[39] W komunikacie z 2013 r., w pkt 3, stwierdzono, że „wykorzystanie systemów ICT opartych na normach zamiast systemów opartych na zastrzeżonych technologiach przyczyni się do rozluźnienia restrykcyjnych praktyk w zamówieniach publicznych, ponieważ dzięki normom zasadnicze informacje dotyczące systemu są dostępne dla wszystkich, co oznacza, że inni potencjalni dostawcy mogą obsługiwać system lub kontynuować jego rozbudowę na bardziej konkurencyjnych warunkach".

[40] Rząd czeski wyraził to w szczególności w pkt 32–35 swoich uwag na piśmie, stwierdzając, że utworzył wyspecjalizowaną usługę i grupę roboczą w celu zwalczania wyłącznej zależności w umowach o usługi informatyczne. Dodaje, że te „środki systemowe" wprowadzono w momencie zawierania umowy z 2016 r.

67. Należy w końcu przypomnieć, że Trybunał orzekł już w przedmiocie konieczności otwarcia na konkurencję umów podobnych do będącej przedmiotem niniejszego postępowania, przy założeniu, że podlegają one zasadom ogólnym zamówień administracyjnych: „[…] planując przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie, przystosowanie lub rozbudowę oprogramowania nabytego od wykonawcy, instytucja zamawiająca musi zadbać o przekazanie potencjalnym kandydatom i oferentom wystarczającej ilości informacji, aby umożliwić skuteczną konkurencję na rynku wtórnym w zakresie utrzymania, przystosowania lub rozbudowy tego oprogramowania” [41].

V. Wnioski

68. W świetle powyższego proponuję odpowiedzieć Nejvyšší správní soud (najwyższemu sądowi administracyjnemu, Republika Czeska) w następujący sposób:

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

należy interpretować w ten sposób, że:

Instytucja zamawiająca nie może swoim zawinionym postępowaniem spowodować stanu wyłączności, którym zamierza uzasadnić skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W przypadku zawarcia przez instytucję zamawiającą nowej umowy, do której zastosowanie ma dyrektywa 2004/18, nie ma znaczenia, czy stan wyłączności wynika z umowy pierwotnej zawartej przez organy państwa członkowskiego przed jego przystąpieniem do Unii Europejskiej. Dokonując oceny postępowania instytucji zamawiającej w związku z nową umową, należy brać pod uwagę kontekst faktyczny i prawny istniejący w czasie zawierania tej nowej umowy”.

[41] Wyrok z dnia 28 maja 2020 r., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, pkt 74).