Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 26 de setembro de 2024[1]

Processo C-578/23

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

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 31.º — Procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso — Condições — Proteção de direitos de exclusividade — Situação de exclusividade imputável à entidade adjudicante — Contrato anterior à adesão de um Estado-Membro à União Europeia — Momento de referência para a apreciação das circunstâncias de facto e de direito do contrato»

1. Em 1992, o Ministério das Finanças da República Checa[2] adjudicou por ajuste direto a uma determinada empresa[3] um contrato para implementação de um sistema informático de gestão tributária denominado ADIS. A IBM era titular dos direitos de autor sobre o código-fonte do programa, de modo que a utilização e a atualização do sistema informático dependiam da sua participação.

2. Em 2016, o órgão responsável pela gestão tributária na República Checa decidiu celebrar um contrato de prestação de serviços pós-garantia de base da aplicação ADIS, que também adjudicou à IBM através de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

3. A celebração deste novo contrato deu origem a um litígio entre duas autoridades da República Checa: a autoridade responsável pela gestão tributária, por um lado, e a autoridade competente para o controlo da legalidade dos contratos públicos, por outro. No entender da última, a adjudicação do contrato por ajuste direto é ilegal.

1 Língua original: espanhol.

2 A separação da República Checa e da República Eslovaca ocorreu em 1 de janeiro de 1993.

3 IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Em 1992, esta sociedade era o sócio único da sociedade IBM Česká republika, spol. s r. o. A seguir, referir-me-ei à mesma, indistintamente, como «IBM» ou «prestador».

4. O tribunal chamado a conhecer do litígio em última instância tem dúvidas de que o novo contrato esteja abrangido pelo artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18/CE [4], sobre cuja interpretação questiona o Tribunal de Justiça. Pretende saber se, ao apreciar uma das condições para recorrer a um procedimento por negociação sem a publicação prévia de anúncio de concurso, deve ter em conta as circunstâncias de facto e de direito existentes no momento da celebração do contrato inicial (1992) ou no momento da celebração do novo contrato (2016).

5. Como questão subjacente ao litígio, coloca-se o problema, de alcance geral, do «*aprisionamento*» das Administrações Públicas que dependem de um fornecedor a fim de poderem utilizar as tecnologias da informação. Em 2013, a Comissão publicou uma comunicação [5], na qual assinalava as dificuldades dessas Administrações em mudar de fornecedor.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União. Diretiva 2004/18

6. O artigo 28.º («Utilização de concursos públicos, concursos limitados, procedimentos por negociação e diálogo concorrencial») dispõe:

«Para celebrarem os seus contratos públicos, as entidades adjudicantes aplicam os processos nacionais, adaptados para os efeitos da presente diretiva.

Devem celebrar esses contratos públicos recorrendo a concursos públicos ou limitados. Nas circunstâncias específicas expressamente previstas no artigo 29.º, as entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos públicos mediante diálogo concorrencial. Nos casos e nas circunstâncias específicas expressamente previstas nos artigos 30.º e 31.º, podem recorrer a um procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso.»

7. Nos termos do artigo 31.º («Casos que justificam o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso»):

«As entidades adjudicantes podem celebrar contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, nos seguintes casos:

1) No caso dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços:

   […]

   b) Quando, por motivos técnicos, artísticos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado;

[4] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114).

[5] Comunicação da Comissão, de 25 de junho de 2013, contra o «aprisionamento»: construir sistemas TIC [Tecnologias da Informação e da Comunicação] abertos através de uma melhor utilização das normas nos contratos públicos [COM(2013) 455 final; a seguir «Comunicação de 2013»].

c) Na medida do estritamente necessário, quando, por motivo imperioso resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e limitados ou pelos procedimentos por negociação com publicação de um anúncio de concurso, referidos no artigo 30.º As circunstâncias invocadas para justificar o motivo imperioso não devem, em caso algum, ser imputáveis às entidades adjudicantes;

[…]»

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

8. Nos termos do § 21, n.º 2, a entidade adjudicante pode adjudicar um contrato público através de um concurso público ou de um concurso limitado e, desde que estejam preenchidas determinadas condições, através de um procedimento por negociação com publicação de anúncio de concurso ou de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso.

9. Segundo o § 23, n.º 4, alínea a), a entidade adjudicante também pode adjudicar um contrato público mediante procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, quando, por motivos técnicos ou artísticos, atinentes à proteção de direitos de exclusividade ou decorrentes de legislação especial, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado.

II. Matéria de facto, litígio e questão prejudicial

10. Em 29 de junho de 1992, o Ministério das Finanças da República Checa celebrou com a IBM um contrato de integração do sistema de tecnologias da informação ADIS destinado à gestão tributária.

11. A partir de 2013, as funções do Ministério das Finanças no que respeita à gestão tributária foram assumidas, sob a sua dependência, pela Česká republika — Generální finanční ředitelství (Direção-Geral dos Impostos, República Checa; a seguir «DGI»).

12. Em 1 de março de 2016, a DGI deu início a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso, para a adjudicação de um novo contrato denominado «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016», cujo objeto era a prestação de um serviço de base de pós-garantia da aplicação ADIS [7].

13. A DGI adotou este tipo de procedimento de contratação pública invocando motivos técnicos e de proteção dos direitos de autor do prestador sobre o código-fonte do ADIS [8].

14. Em 20 de maio de 2016, a DGI adjudicou o novo contrato à IBM.

6 Lei n.º 137/2006, relativa aos Contratos Públicos (a seguir «Lei n.º 137/2006») na versão aplicável aos factos.

7 Embora caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar este ponto, parece que o novo contrato incluía a manutenção e a eventual reparação do ADIS. O preço do contrato ascendia a 33 294 389 coroas checas (CZK), sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA).

8 Segundo as afirmações da DGI que são reproduzidas no despacho de reenvio (n.º 2), sem uma relação com o núcleo e outros módulos, não é possível que os módulos funcionem autonomamente, sejam geridos e se desenvolvam; os módulos não podem ser separados; o objeto do contrato interfere com os módulos existentes. Como o objeto da prestação era o serviço de base do ADIS, que foi criado e desenvolvido pelo prestador, que é o titular da licença, exigências de continuidade técnica tornavam necessário que fosse este o responsável pela sua manutenção e desenvolvimento.

15. Em 9 de outubro de 2017, a Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Autoridade para a Proteção da Concorrência, República Checa; a seguir «Úřad») declarou que a DGI, ao ter adotado o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso, tinha violado o § 23, n.º 4, alínea a), da Lei n.º 137/2006.

16. Segundo a Úřad, a DGI não tinha demonstrado que, por motivos técnicos, o novo contrato público só podia ser executado pela IBM. Além disso, a necessidade de proteger os direitos exclusivos deste prestador era consequência do comportamento anterior do Ministério das Finanças.

17. A DGI recorreu da Decisão de 9 de outubro de 2017 para o presidente da Úřad, que indeferiu o recurso [9].

18. A DGI interpôs recurso da decisão do presidente da Úřad no Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa), que lhe negou provimento, por entender que não estavam preenchidas as condições previstas no § 23, n.º 4, alínea a), da Lei n.º 137/2006, uma vez que:

– À data da adjudicação do contrato inicial, era previsível a necessidade de um serviço de manutenção permanente do ADIS, sistema concebido a longo prazo para um domínio (a fiscalidade) sujeito a constantes alterações.

– Não é muito importante que, no momento da celebração do contrato inicial, não houvesse nenhuma legislação que impusesse a obrigação de selecionar o prestador através de um procedimento concorrencial, nem que definisse em que medida deveriam ser regulados os direitos de autor sobre o ADIS. Os pressupostos da adjudicação posterior devem ser apreciados à luz da legislação que estava em vigor quando esta adjudicação foi realizada.

– Não é necessário que a entidade adjudicante inicial tenha agido com a intenção de posteriormente contornar a Lei n.º 137/2006.

– Mesmo que a DGI conseguisse demonstrar que não existe nenhum outro operador, além da IBM, capaz de executar o contrato, isso não mudaria o facto de a situação de exclusividade resultar da atuação do Ministério das Finanças. Portanto, a prova do preenchimento da condição formal (ou seja, dos motivos técnicos e do fundamento relativo à proteção dos direitos de autor do prestador) seria inútil, uma vez que não estava preenchida a condição material (concretamente, que a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria entidade adjudicante).

19. A DGI interpôs recurso de cassação da sentença do Tribunal Regional no Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa), alegando, em síntese, que:

– À data da celebração do contrato inicial, o prestador era o único operador capaz de realizar as prestações necessárias (proporcionar servidores equipados com o seu próprio sistema operativo e assegurar a manutenção e a supervisão à distância). Por motivos técnicos, não era possível encontrar outro operador.

[9] O recurso foi indeferido com fundamento em que o Ministério das Finanças, antecessor da DGI, era responsável pela situação de exclusividade (entendida como a necessidade de o contrato ser executado unicamente pelo prestador), ao ter permitido que o prestador mantivesse a titularidade dos direitos de autor.

– O Ministério das Finanças não podia razoavelmente prever que, mais tarde, seriam necessárias outras operações para que o ADIS continuasse a funcionar.

– No contrato inicial, os direitos de autor foram definidos de forma adequada. Nesse momento, não era possível obter uma transmissão completa desses direitos sobre o ADIS, visto que uma parte dos seus elementos era explorada comercialmente em todo o mundo pelo prestador e pelos seus parceiros. Portanto, foi respeitada a legislação que estava em vigor. Se o Ministério das Finanças não podia saber que disposições legais futuras violaria com os seus atos, o princípio da segurança jurídica impede que se considere que tenha sido cometida uma infração suscetível de ser transferida para a DGI.

– O Ministério das Finanças, ao celebrar o contrato inicial, também não podia saber como evoluiria o sistema fiscal. Portanto, ignorava se seriam necessárias intervenções no ADIS e se o continuaria a utilizar. Não tinha nenhum motivo para regular os direitos de autor, a fim de se tornar totalmente independente do prestador.

– Dar início, atualmente, a um procedimento de adjudicação com vista à obtenção de um novo sistema de tecnologias da informação exporia a DGI a um desperdício dos fundos investidos no ADIS e a uma gestão pouco rentável e irracional.

– Em 2015, a DGI tentou libertar-se da sua dependência do prestador através da aquisição dos direitos de autor sobre o ADIS. O prestador negou-se à sua transmissão, nesse momento e nos três anos seguintes, pelo que a DGI não teve outra alternativa senão lançar um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso. Caso contrário, o ADIS não teria podido ser utilizado e a Administração Fiscal não teria podido cumprir a sua missão.

– Em suma, antes de dar início ao procedimento de adjudicação do novo contrato, a DGI tinha tomado todas as medidas necessárias para proceder à devida adoção do procedimento previsto no § 23, n.º 4, alínea a), da Lei n.º 137/2006, o que foi confirmado por vários pareceres periciais, técnicos e jurídicos.

20. Nas suas contra-alegações ao recurso de cassação, a Úřad concluiu que:

– A DGI, com base na exclusividade do contrato inicial de 1992, tinha desenvolvido o ADIS através de procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso, pelo menos, até ao final de 2019.

– O parecer pericial não demonstra que, por motivos técnicos, o operador económico selecionado era o único prestador possível do sistema. Não ficou demonstrada a existência de nenhuma situação de exclusividade que fosse justificada pela proteção dos direitos de autor.

– O objeto da prestação era a implementação de um sistema de gestão tributária em três etapas, sendo que o contrato inicial só dizia respeito à primeira. A DGI sabia que ao contrato inicial se seguiriam outros.

– A descrição e o objetivo do ADIS indicam que se trata de um sistema sólido, que devia estar em funcionamento a longo prazo. Era, pois, evidente que o mesmo exigiria, pelo menos, uma assistência técnica.

– Nem o Ministério das Finanças nem, depois, a DGI reagiram face à evolução da legislação, tendo, pelo contrário, adotado uma interpretação do contrato e da Lei n.º 137/2006 que permitia manter o sistema sem abertura de concurso.

21. O órgão jurisdicional de reenvio duvida de que esteja preenchida uma das condições que qualifica de *materiais* (a saber, que a situação de exclusividade não tenha sido causada pela própria entidade adjudicante) da aplicação do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso. Pretende saber se, para este efeito, deve ter em conta as circunstâncias de facto e de direito existentes no momento em que o contrato inicial foi celebrado.

22. Neste contexto, o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Ao apreciar se está preenchida a condição material para recorrer a um procedimento por negociação sem a publicação de anúncio de contrato, isto é, se o comportamento da entidade adjudicante não criou uma situação de exclusividade na aceção do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), [da Diretiva 2004/18], devem ser tidas em conta as circunstâncias de direito e de facto em que foi celebrado o contrato relativo à prestação inicial, no seguimento do qual foram celebrados contratos públicos posteriores?»

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

23. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 19 de setembro de 2023.

24. Apresentaram observações escritas os Governos Checo e Eslovaco, e a Comissão Europeia.

25. O Tribunal de Justiça decidiu que não era necessária a realização de uma audiência.

IV. Apreciação

26. O litígio que o órgão jurisdicional de reenvio deve decidir tem origem num contrato de prestação de serviços informáticos que foi celebrado sem procedimento concorrencial em 1992, antes da adesão da República Checa à União Europeia, quando essa forma de proceder era legal à luz do direito nacional.

27. Nesse contrato inicial, eram conferidos ao prestador direitos que o colocavam numa posição de exclusividade no que respeita ao desenvolvimento e à manutenção do sistema informático implementado.

28. Segundo a DGI, após a adesão da República Checa à União, os direitos de autor exclusivos do prestador justificavam que, em 2016, para celebrar um novo contrato [10] relativo a um serviço de base de pós-garantia do sistema informático, se recorresse ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso, previsto no artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18.

[10] Portanto, não se tratava de uma mera prorrogação ou alteração ao contrato inicial.

A. Diretiva aplicável

29. O tribunal *a quo* pede a interpretação da Diretiva 2004/18, e não a da Diretiva 2014/24/UE [11], que a revogou.

30. Em princípio, é pertinente a aplicação da diretiva que está em vigor na data em que a autoridade adjudicante escolhe o tipo de procedimento que vai adotar [12].

31. No despacho de reenvio, é afirmado que a DGI deu início ao procedimento de adjudicação do novo contrato em 1 de março de 2016. Essa data é, pois, anterior ao termo do prazo de transposição da Diretiva 2014/24, que, no seu artigo 90.º, n.º 1, é fixado em 18 de abril de 2016.

32. Se assim for, seria aplicável *ratione temporis* a Diretiva 2004/18. No entanto, esta circunstância não impede que se tenha em conta o regime da Diretiva 2014/24, como elemento de disparidade ou de confirmação, para interpretar as regras da Diretiva 2004/18.

B. Artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18 e situação de exclusividade gerada pela entidade adjudicante

33. Nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18, para se poder recorrer ao procedimento de ajuste direto que o mesmo regula, devem estar preenchidas duas condições cumulativas: a) motivos técnicos, artísticos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade e b) esses motivos tornarem estritamente necessária a adjudicação do contrato a uma empresa determinada.

34. Uma formulação semelhante à desse artigo já figurava noutras diretivas relativas aos contratos públicos que precederam a Diretiva 2004/18 [13]. O Tribunal de Justiça procedeu à sua interpretação ao decidir sobre ações por incumprimento intentadas pela Comissão respeitantes a atos individuais dos Estados-Membros relativos a contratos sujeitos aos regimes da Diretiva 71/305 [14] ou da Diretiva 93/37 [15] que foram celebrados através do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

35. A jurisprudência proferida no âmbito da interpretação dessas duas diretivas e das subsequentes insistiu, de forma reiterada, em que as disposições relativas aos procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio devem ser objeto de interpretação estrita, cabendo à entidade adjudicante o ónus da prova das circunstâncias excecionais que justificam a derrogação [16].

[11] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

[12] Acórdão de 14 de janeiro de 2021, RTS infra e Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, n.º 23).

[13] Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO 1971, L 185, p. 5; EE 17 F1 p. 9) e Diretiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas (JO 1993, L 199, p. 54).

[14] Acórdão de 18 de maio de 1995, Comissão/Itália (C-57/94, EU:C:1995:150, n.º 23).

[15] Acórdão de 14 de setembro de 2004, Comissão/Itália (C-385/02, EU:C:2004:522, n.ºs 19 e 20).

[16] V., por todos, Acórdão de 14 de setembro de 2004, Comissão/Itália (C-385/02, EU:C:2004:522, n.º 19): «As disposições do artigo 7.º, n.º 3, da [Diretiva 93/37], que autorizam derrogações às regras que visam garantir a efetividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado CE no setor das empreitadas de obras públicas, devem ser objeto de interpretação estrita, cabendo o ónus da prova de que se encontram efetivamente reunidas as circunstâncias excecionais que justificam a derrogação a quem delas pretenda prevalecer-se». Faz referência, enquanto representativos desta interpretação, aos Acórdãos de 18 de maio de 1995, Comissão/Itália (C-57/94, EU:C:1995:150, n.º 23), e de 28 de março de 1996, Comissão/Alemanha (C-318/94, EU:C:1996:149, n.º 13).

36. O órgão jurisdicional de reenvio faz uma distinção entre as «condições formais» e as «condições materiais» exigidas para a adoção do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso. Em seu entender:

– As condições formais exigem a existência de um motivo atinente à proteção de direitos de exclusividade e que, por essa razão, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado.

– As condições materiais impõem que a entidade adjudicante não tivesse podido prever esses motivos formais e que a sua verificação não lhe seja imputável.

37. Na realidade, as condições que o órgão jurisdicional de reenvio qualifica de *condições formais* são as que correspondem ao conteúdo literal do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18. As condições que o mesmo qualifica de *condições materiais* são mais amplas, uma vez que se referem a pressupostos que não estão expressamente previstos nessa disposição.

38. O debate concentrou-se na *condição material* relativa a que a situação de exclusividade não tenha sido gerada pela entidade adjudicante. As posições defendidas pelos intervenientes no processo prejudicial dividem-se:

– No entender do Governo Checo, a exceção que é admitida pelo artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18 só é aplicável se estiverem verificadas as condições objetivas que o mesmo prevê [17].

– No entender da Comissão e do Governo Eslovaco, essa exceção exige que, além disso, a entidade adjudicante não tenha causado a situação de exclusividade.

39. Se o litígio devesse ser decidido ao abrigo do regime da Diretiva 2014/24, sem dúvida que a tese da Comissão e do Governo Eslovaco prevaleceria. Tanto o considerando 50 dessa diretiva como o seu artigo 32.º, n.º 2, alínea b), preveem a condição de que a exclusividade não tenha sido criada pela autoridade adjudicante:

– O considerando 50 da Diretiva 2014/24 enuncia que «[…] só em situações de exclusividade objetiva se pode justificar o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, caso a situação de exclusividade não tenha sido criada pela própria autoridade adjudicante com vista ao futuro concurso. […]» [18].

– O artigo 32.º, n.º 2, alínea b), ii), da Diretiva 2014/24 estabelece que o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, em virtude da proteção de «direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual». Mas esta exceção só opera «quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição artificial dos parâmetros do concurso».

[17] É o que expõe no primeiro dos seis blocos de argumentos que compõem as observações escritas que submeteu ao Tribunal de Justiça.

[18] Antecedem este enunciado as seguintes considerações: «Tendo em conta os efeitos prejudiciais sobre a concorrência, o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso só deverá ser utilizado em circunstâncias muito excecionais. Esta exceção deverá limitar-se aos casos em que a publicação não seja possível, por razões de extrema urgência devido a acontecimentos imprevisíveis ou não imputáveis à autoridade adjudicante, ou em que desde o início seja evidente que a publicação não fomentará mais concorrência nem melhores resultados do concurso, nomeadamente por só existir, objetivamente, um operador económico capaz de executar o contrato. […] A exclusividade pode também ter outros fundamentos […]».

40. Pelo contrário, a Diretiva 2004/18, no seu artigo 31.º, n.º 1, alínea b), não fazia referência expressa à influência que poderia ter a imputação da exclusividade à entidade adjudicante [19]. Porém, o seu silêncio não significa que a entidade adjudicante seja livre para criar, ela própria, a situação de exclusividade.

41. Com efeito, como o órgão jurisdicional de reenvio corretamente sublinha, a Diretiva 2014/24, neste ponto, mais não fez do que tornar expressa uma regra implícita que existia nas diretivas precedentes relativas a esta matéria [20]. Daí que, em seu entender, «[…] o direito da União exige que o motivo pelo qual um contrato público deva ser exclusivamente adjudicado a um operador económico determinado, no âmbito de um procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso nos termos do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18, *não seja imputável à entidade adjudicante*. […]» [21].

42. Adotarei como postulado o mesmo de que parte o órgão jurisdicional de reenvio a respeito da intervenção da entidade adjudicante nas circunstâncias determinantes da situação de exclusividade. Em meu entender, são várias as razões que militam nesse sentido.

43. Em primeiro lugar, como pano de fundo, o objetivo geral das regras da União em matéria de contratos públicos consiste «em assegurar a livre circulação de serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros» [22]. Recorrer ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso é, precisamente, o comportamento de uma entidade adjudicante que mais gravemente viola a abertura dos contratos públicos à concorrência.

44. Em segundo lugar, é incompatível com esse objetivo que as entidades adjudicantes criem, elas mesmas, as circunstâncias que irão invocar para utilizar procedimentos de seleção de empreiteiros em que não é admitida a participação de concorrentes.

45. Em terceiro lugar, como já afirmei, as circunstâncias excecionais que autorizam a adoção de procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso devem ser objeto de uma interpretação estrita, baseada em critérios restritivos [23].

46. Em quarto lugar, admitir que a entidade adjudicante pudesse invocar uma situação de exclusividade que ela própria favoreceu inverteria a lógica do artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18. Segundo esta lógica, as circunstâncias que justificam a impossibilidade de recorrer ao procedimento comum (com publicação de anúncio de concurso) são as circunstâncias que são alheias à entidade adjudicante, e não as que são provocadas pela mesma.

[19] Esta omissão contrasta com o disposto no próprio artigo 31.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2004/18: é autorizado o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, em caso de motivo imperioso, desde que as circunstâncias invocadas para justificar o motivo imperioso não sejam, em caso algum, «*imputáveis às entidades adjudicantes*».

[20] N.º 22 do despacho de reenvio.

[21] N.º 23 do despacho de reenvio (o sublinhado é meu). O órgão jurisdicional de reenvio considera que «a interpretação do direito da União a este respeito reveste o caráter de *acte clair*», afirmação que penso ser exagerada.

[22] Acórdão de 7 de dezembro de 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 e C-443/22, EU:C:2023:970, n.º 61).

[23] Acórdão de 11 de setembro de 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, n.º 49): «[…] só é possível recorrer ao procedimento de negociação nas circunstâncias enumeradas de forma exaustiva nos artigos 30.º e 31.º da Diretiva 2004/18 e […] este processo reveste, em relação aos concursos públicos e limitados, um caráter excecional».

47. Em última análise, o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode valer-se da própria torpeza) veda a possibilidade de que uma parte retire vantagens do seu próprio comportamento ilícito [24].

C. Apreciação da exclusividade em relação ao litígio

1. Quanto ao contrato inicial (1992)

48. Segundo a tese da DGI que é exposta no despacho de reenvio, no momento da celebração do contrato inicial (1992), não existia nenhuma legislação nacional que regulasse os direitos de autor ou os contratos públicos. Portanto, não era possível prever o futuro regime jurídico aplicável nesta matéria, nem como evoluiria a jurisprudência nacional. Também não era previsível «que a definição das condições de concessão de licenças para o ADIS viesse posteriormente a dar origem a uma situação questionável […]» [25].

49. O órgão jurisdicional de reenvio partilha, no essencial, embora com alguns matizes, deste ponto de vista. Aceita que, em 1992, não existia nenhuma legislação nacional relativa à adjudicação de contratos públicos [26], o que permitia ao Ministério das Finanças celebrar o contrato relativo ao ADIS nos termos então acordados. Acrescenta que a entidade adjudicante até «podia, legitimamente, supor que a continuidade do contrato inicial podia ser atribuída ao mesmo prestador, sem necessidade de também dar a outros a possibilidade de obterem a adjudicação do serviço requerido» [27].

50. Pela minha parte, nada tenho a opor a estas afirmações, que remetem para um momento histórico no qual, simplesmente, não estava em causa o direito da União, da qual a República Checa ainda não era membro. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar os factos e o quadro jurídico que regula a celebração do contrato inicial.

51. Nestas condições, é indiferente que a exclusividade com base na qual foi celebrado o contrato inicial, em 1992, tenha sido, ou não, criada pela entidade adjudicante.

2. Novo contrato (2016)

52. A perspetiva muda se tivermos em conta que a relação contratual entre as autoridades tributárias checas [28] e o prestador se prolongou durante muitos anos (entre 1992 e 2016, para efeitos do presente caso).

[24] O Tribunal de Justiça é sensível à atribuição de consequências desfavoráveis ao incumprimento pelo próprio. V. Acórdão de 15 de junho de 2023, Bank M. (Consequências da anulação do contrato) (C-520/21, EU:C:2023:478, n.º 81).

[25] N.º 17 do despacho de reenvio.

[26] O órgão jurisdicional de reenvio descreve a evolução jurídica nacional, que se traduziu na adoção de duas leis, respetivamente, em matéria de direitos de autor (Lei aplicável aos Programas Informáticos), em 1965, e em matéria de contratos públicos, em 1994.

[27] N.º 29 do despacho de reenvio.

[28] Parto do pressuposto de que a sucessão de entidades contraentes (o Ministério das Finanças, em 1992, e a DGI, em 2016) é puramente formal: ambas fazem parte da mesma estrutura governamental e a segunda depende da primeira. A DGI fica sub-rogada na posição jurídica de que era titular o Ministério das Finanças.

53. Durante esse período o quadro jurídico foi alterado, em especial desde que a República Checa aderiu à União, em 2004. A partir da adesão, tornou-se obrigatório dar cumprimento às diretivas em matéria de contratos públicos, «em conformidade com o princípio da aplicação imediata e integral das disposições do direito da União aos novos Estados-Membros» [29].

54. O órgão jurisdicional de reenvio insiste na importância do novo quadro jurídico e na alteração dos deveres da entidade adjudicante: salienta que, quando a DGI adjudicou o contrato de 2016, estavam em vigor a Lei n.º 137/2006 e a Diretiva 2004/18. Por conseguinte, a DGI estava obrigada a que os seus atos não criassem situações de exclusividade com vista a conferir legalidade ao recurso a procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

55. Partindo desta observação, e após examinar as duas teses em confronto, o tribunal *a quo*, no n.º 32 do despacho de reenvio, declara o seguinte:

– «[…] Entre 1992 e 2016, [a DGI] (ou o seu antecessor legal) poderia ter negociado novas condições contratuais relativamente aos direitos patrimoniais de autor e, desse modo, adjudicar os contratos públicos relativos ao ADIS em conformidade com um dos procedimentos de adjudicação mais abertos, ou, então, ter dado início a um novo procedimento de concurso para um novo sistema informático, até mesmo se isto tivesse produzido um aumento temporário dos custos, que, no entanto, poderia ter implicado uma poupança a longo prazo.

– Portanto, a situação de facto existente no momento da celebração do contrato inicial não pode ser invocada quando a situação de exclusividade se manteve após a adoção das disposições legislativas pertinentes em matéria de adjudicação de contratos públicos na República Checa. Para determinar se é possível recorrer ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso, deve ser tido em conta o momento em que a decisão de adjudicar o contrato através do referido procedimento foi adotada […]» [30].

56. No que respeita à apreciação dos factos decisivos para o litígio e à situação jurídica nacional, o Tribunal de Justiça não tem nada a opor a estas considerações do tribunal *a quo*. E, quanto às que são expostas na parte final do n.º 32 do despacho de reenvio, que acabo de transcrever, entendo que constituem uma interpretação correta da Diretiva 2004/18.

57. Do que foi exposto pode inferir-se que a resposta à questão prejudicial vai no sentido de que é irrelevante, para efeitos do que está em causa no presente processo, que o contrato inicial tivesse sido celebrado antes da adesão da República Checa à União. Pelo contrário, são decisivos os atos praticados pela entidade adjudicante entre 2004 e 2016. Desses atos, logicamente, é determinante a celebração do novo contrato em 2016.

58. No entanto, o Governo Checo procura excluir a sua responsabilidade na criação da dependência exclusiva, apoiando-se no facto de que a apreciação se deve referir ao momento da celebração do contrato inicial. Se, então, não havia críticas à legalidade do seu comportamento, também não existiria fundamento para uma imputação à entidade adjudicante em termos de intencionalidade.

[29] Acórdão de 6 de dezembro de 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, n.º 37).

[30] Em apoio desta afirmação, o órgão jurisdicional de reenvio faz referência ao Acórdão de 5 de outubro de 2000, Comissão/França (C-337/98, EU:C:2000:543, n.º 37).

59. Não partilho desta abordagem:

– Como já afirmei, a obrigação de o Estado-Membro adaptar a sua atuação ao ordenamento jurídico da União nasce com a sua adesão à União. A partir desse momento, a entidade adjudicante, enquanto órgão estatal, assumiu o dever de garantir o respeito das normas da União em matéria de contratos públicos, entre as quais, a Diretiva 2004/18. Neste contexto, não é importante que o incumprimento por parte das autoridades tributárias do Estado decorra de um comportamento ativo ou omissivo [31].

– Para efeitos da apreciação do comportamento da entidade adjudicante não é exigível *uma intenção direta* de criar a situação de exclusividade [32]. Basta que, ao negligenciar o seu dever de pôr termo à exclusividade existente (e criada por ela mesma, ou pelo seu antecessor legal) no momento da celebração do novo contrato, a entidade adjudicante o encerre à concorrência, como ocorria no caso do contrato inicial.

60. De outra perspetiva, o Governo Checo, ainda que reconheça que face a situações como a que está em causa no processo principal deve tomar decisões que lhe permitam libertar-se da dependência de um prestador específico, defende que se aceite uma *solução razoável*, entendendo como tal a que for mais económica e assegure o funcionamento estável dos sistemas de tecnologias da informação cruciais da Administração nacional. Em seu entender, neste caso, estes fatores tornariam legítimo o recurso ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso [33].

61. Também não partilho deste argumento, ainda que compreenda os problemas com os quais a entidade adjudicante se confrontava, *de facto*, em 2016. As autoridades tributárias, como as restantes autoridades estatais, não podem invocar dificuldades práticas, administrativas ou financeiras [34] para justificar o incumprimento das obrigações determinadas numa diretiva, uma vez que compete aos Estados-Membros superá-las tomando as medidas apropriadas para tal [35].

62. Outra linha de defesa adotada pelo Governo Checo a favor da atuação da entidade adjudicante consiste em afirmar que tentou libertar-se da situação de dependência do prestador através da aquisição dos direitos de autor, o que não conseguiu porque este se opôs [36].

63. Esta alegação não pode ser acolhida, se se observar que, a partir de 2004, a entidade adjudicante dispôs de tempo suficiente (até 2016) para ultrapassar a negativa da IBM. Face à situação de exclusividade, que se arrastava há décadas, devia ter tomado iniciativas que lhe

[31] Nas suas observações escritas, o Governo Checo faz referência, de forma reiterada, a *ações positivas* da entidade adjudicante (comportamento, atos, situação criada, exclusividade causada, definição das condições do novo contrato em relação ao inicial). Em contrapartida, não faz alusão à sua *inação* no que respeita a celebrar os novos contratos em conformidade com o direito da União.

[32] O Governo Checo insiste, repetidamente, em que o comportamento da entidade adjudicante em relação à situação de exclusividade deve ser *intencional* (n.os 11, 12, 14, 15, 16, 17 e 18 das suas observações escritas).

[33] N.º 30 das observações escritas do Governo Checo.

[34] Os obstáculos que o Governo Checo invoca são predominantemente financeiros (n.os 26 e 27 das suas observações escritas). O órgão jurisdicional de reenvio, pelo contrário, sustenta que o eventual aumento imediato de custos seria compensado pela poupança a longo prazo decorrente da introdução da concorrência entre proponentes. Na Comunicação de 2013, a Comissão faz referência aos inconvenientes decorrentes da dependência em relação a um único fornecedor de soluções informáticas. Salienta que essa exclusividade, além de gerar outros problemas (existe o risco de que um fornecedor deixe de dar apoio ao sistema ou a determinadas características do mesmo), pode afetar a inovação e dar origem a preços excessivos, que não estão sujeitos à pressão concorrencial de outros operadores do setor.

[35] Acórdão de 18 de outubro de 2012, Comissão/Reino Unido (C-301/10, EU:C:2012:633, n.º 66).

[36] N.º 31 das observações escritas do Governo Checo, que remete para as alegações que a DGI apresentou perante o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) e que foram transcritas no n.º 10 do despacho de reenvio.

permitissem libertar-se da dependência do prestador, através da busca de propostas junto de outros operadores, o que parece não ter feito. É o que afirma o órgão jurisdicional de reenvio [37] e, uma vez mais, estou de acordo com essa afirmação.

64. De resto, do despacho de reenvio não resulta que tivesse havido, por parte da entidade adjudicante, tentativas *sérias* de encontrar novos prestadores que lhe permitissem desbloquear a situação de dependência em que se encontrava. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a entidade adjudicante deve «investigar seriamente» se existem, a nível da União, empresas capazes de proporcionar (ou, se fosse caso disso, substituir) um determinado programa informático [38].

65. Ao expor o problema do «aprisionamento» nos sistemas de tecnologias da informação, a Comissão propõe às entidades adjudicantes determinadas alternativas [39], com vista a ultrapassar as restrições da concorrência no âmbito dos contratos públicos, como aquela que aqui se analisa.

66. Apesar de as autoridades checas afirmarem ter instaurado procedimentos de controlo *ex ante* para combater o «aprisionamento» a que se refere a Comunicação de 2013 [40], o contrato objeto do presente reenvio prejudicial reforçou a situação de exclusividade preexistente, sem a alterar. Assim, pode ser imputada à entidade adjudicante a perpetuação, por ação ou por omissão, em 2016, de uma situação de exclusividade criada pelo seu antecessor legal, que a devia ter impedido de utilizar o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

67. Por último, devo recordar que o Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a necessidade de abertura à concorrência de contratos semelhantes ao que está em causa no presente processo, dando por assente que estão sujeitos às regras gerais da contratação administrativa: «[…] quando pretende organizar um processo de adjudicação de contratos públicos com vista a assegurar a manutenção, a adaptação ou o desenvolvimento de um *software* adquirido a um operador económico, uma entidade adjudicante deve ter o cuidado de comunicar informações suficientes aos candidatos e potenciais proponentes, a fim de permitir o desenvolvimento de uma concorrência efetiva no mercado derivado da manutenção, da adaptação ou do desenvolvimento do referido *software*» [41].

37 N.º 32 do despacho de reenvio, que foi transcrito no n.º 55 das presentes conclusões.

38 V. Acórdão de 15 de outubro de 2009, Comissão/Alemanha (C-275/08, EU:C:2009:632, n.º 63). Tratava-se, então, de um programa informático para a gestão centralizada da matrícula de veículos automóveis.

39 Na Comunicação de 2013, n.º 3, afirma-se que «[o] recurso a sistemas TIC baseados em normas em vez de uma tecnologia privativa contribuirá para abrir as práticas restritivas da contratação pública, uma vez que as normas disponibilizam a todos os conhecimentos essenciais sobre um sistema, o que significa que outros fornecedores potenciais podem manter ou modificar o sistema em condições mais competitivas».

40 É o que afirma o Governo Checo, em particular, nos n.ºs 32 a 35 das suas observações escritas, assegurando ter criado um serviço especializado e um grupo de trabalho para combater a dependência exclusiva no âmbito da contratação de serviços informáticos. Acrescenta que estas «medidas sistémicas» tinham sido postas em prática quando o contrato de 2016 foi celebrado.

41 Acórdão de 28 de maio de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, n.º 74).

V. Conclusão

68. À luz das considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda ao Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) nos seguintes termos:

«O artigo 31.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços,

deve ser interpretado no sentido de que:

A entidade adjudicante não pode criar, através da sua própria atuação, uma situação de exclusividade com base na qual pretenda justificar o recurso a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

Quando a entidade adjudicante celebra um novo contrato ao qual seja aplicável a Diretiva 2004/18, é irrelevante que a situação de exclusividade decorra de um contrato inicial celebrado pelas autoridades de um Estado-Membro antes da sua adesão à União Europeia. Para apreciar o comportamento da entidade adjudicante no que respeita ao novo contrato, deve ser tido em conta o contexto factual e jurídico no momento em que esse novo contrato é celebrado.»