Repertoriul jurisprudenței

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
DOMNUL MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
prezentate la 26 septembrie 2024[1]

Cauza C-578/23

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

[cerere de decizie preliminară formulată de Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă, Republica Cehă)]

„Procedură preliminară – Achiziții publice – Directiva 2004/18/CE – Articolul 31 – Procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare – Condiții – Protecția drepturilor de exclusivitate – Situație de exclusivitate imputabilă autorității contractante – Contract anterior aderării unui stat membru la Uniunea Europeană – Momentul la care trebuie examinate circumstanțele de fapt și de drept ale contractului”

1. În anul 1992, Ministerul Finanțelor din Republica Cehă[2] a atribuit în mod direct unei anumite întreprinderi[3] un contract pentru punerea în aplicare a unui sistem informatic de administrare fiscală, denumit ADIS. IBM deținea drepturile de autor asupra codului sursă al programului, astfel încât utilizarea și actualizarea sistemului informatic depindeau de participarea sa.

2. În anul 2016, organul însărcinat cu administrarea fiscală din Republica Cehă a hotărât să încheie un contract de servicii postgaranție de bază pentru aplicația ADIS, pe care l-a atribuit, de asemenea, societății IBM printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

3. Încheierea acestui nou contract a condus la un litigiu între două autorități din Republica Cehă: cea responsabilă cu administrarea fiscală, pe de o parte, și cea competentă cu verificarea legalității achizițiilor publice, pe de altă parte. În opinia acesteia din urmă, atribuirea directă a contractului este nelegală.

4. Instanța chemată să soluționeze acest litigiu în ultimul grad de jurisdicție are îndoieli cu privire la încadrarea noului contract în sfera de aplicare a articolului 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18/CE[4], cu privire la a cărui interpretare sesizează Curtea. Instanța de trimitere

[1] Limba originală: spaniola.

[2] Separarea dintre Republica Cehă și Republica Slovacă a avut loc la 1 ianuarie 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. În 1992, această societate era acționarul unic al societății IBM Česká republika, spol. s r. o. În continuare ne vor referi la aceasta cu numele „IBM” sau „furnizorul”.

[4] Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii (JO 2004, L 134, p. 114, Ediție specială, 06/vol. 8, p. 116).

dorește să se stabilească dacă, în vederea aprecierii unei condiții pentru recurgerea la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, trebuie să țină seama de circumstanțele de drept și de fapt existente la momentul contractului inițial (1992) sau la momentul noului contract (2016).

5. În substratul litigiului se ridică problema generală a *blocajului* din administrațiile publice care depind de un singur furnizor pentru utilizarea tehnologiei informației. În 2013, Comisia a publicat o Comunicare [5] în care ilustra dificultățile pe care le întâmpinau administrațiile respective în schimbarea furnizorului.

I. Cadrul juridic

A. Dreptul Uniunii. Directiva 2004/18

6. Articolul 28 („Utilizarea procedurilor deschise, restrânse și de negociere, precum și a dialogului competitiv”) prevede:

„Pentru atribuirea contractelor de achiziții publice, autoritățile contractante aplică proceduri de drept intern, adaptate în sensul prezentei directive.

Autoritățile contractante atribuie contractele de achiziții publice prin procedură deschisă sau procedură restrânsă. În situațiile speciale prevăzute în mod expres la articolul 29, autoritățile contractante pot atribui contractele de achiziții publice prin dialog competitiv. În cazurile și situațiile speciale prevăzute în mod expres la articolele 30 și 31, pot recurge la o procedură de negociere, cu sau fără publicarea unui anunț de participare.”

7. Potrivit articolului 31 („Cazuri care justifică recurgerea la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare”):

„Autoritățile contractante pot atribui contractele de achiziții publice printr-o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în următoarele cazuri:

1. în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii:

   […]

   (b) în cazul în care, din motive tehnice, artistice sau referitoare la protecția drepturilor de exclusivitate, contractul nu poate fi atribuit decât unui anumit operator economic;

   (c) în cazul în care, într-o măsură strict necesară, din motive de maximă urgență ca urmare a unor evenimente imprevizibile pentru autoritățile contractante în cauză, nu se pot respecta termenele pentru procedurile deschise, restrânse sau negociate cu publicarea unui anunț de participare prevăzute la articolul 30. Situațiile invocate pentru a justifica maxima urgență nu trebuie în nici unul dintre cazuri atribuite autorităților contractante;

[…]”

[5] Comunicarea Comisiei din 25 iunie 2013 împotriva blocajelor: construirea de sisteme TIC [tehnologia informației și comunicațiilor] deschise printr-o utilizare mai eficientă a standardelor în achiziții publice [COM(2013) 455 final] (denumită în continuare „Comunicarea din 2013”).

B. Dreptul ceh. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. Potrivit articolului 21 alineatul (2) din Legea nr. 137/2006, autoritatea publică poate atribui un contract de achiziții publice printr-o procedură deschisă sau restrânsă și, doar în anumite condiții, printr-o procedură de negociere cu publicarea unui anunț de participare sau printr-o procedură de negociere fără publicarea unui anunț de participare.

9. În conformitate cu articolului 23 alineatul (4) litera a), autoritatea contractantă poate atribui un contract de achiziții publice prin procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare și în cazul în care, din motive tehnice sau artistice, de protecție a drepturilor de exclusivitate sau din motive care decurg dintr-o reglementare specială, contractul poate fi executat doar de un anumit operator economic.

II. Situația de fapt, litigiul și întrebarea preliminară

10. La 29 iunie 1992, Ministerul Finanțelor din Republica Cehă a încheiat cu IBM un contract de integrare a sistemului informatic ADIS pentru administrarea fiscală.

11. Începând cu 2013, atribuțiile Ministerului Finanțelor în materie de administrare fiscală au fost preluate de Česká republika – Generální finanční ředitelství (Direcția Generală Fiscală, Republica Cehă, denumită în continuare „DGF”), aflată în subordinea sa.

12. La 1 martie 2016, DGF a inițiat o procedură de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare în scopul atribuirii unui nou contract, denumit „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, al cărui obiect era prestarea unui serviciu postgaranție de bază pentru aplicația ADIS [7].

13. DGF a recurs la această modalitate de contractare invocând motive tehnice și de protecție a drepturilor de proprietate intelectuală ale furnizorului asupra codurilor sursă ale ADIS [8].

14. La 20 mai 2016, DGF a atribuit societății IBM noul contract.

15. La 9 octombrie 2017, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Oficiul pentru Protecția Concurenței, denumit în continuare „Úřad”) a constatat că, întrucât a recurs la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, DGF a încălcat articolul 23 alineatul (4) litera a) din Legea nr. 137/2006.

16. Potrivit Úřad, DGF nu a demonstrat că, din motive tehnice, noul contract de achiziție publică putea fi executat numai de către IBM. În plus, necesitatea de a proteja drepturile exclusive ale acestui furnizor era consecința comportamentului anterior al Ministerului Finanțelor.

6 Legea nr. 137/2006 privind achizițiile publice (denumită în continuare „Legea nr. 137/2006”), în versiunea aplicabilă la data faptelor.

7 Cu toate că revine instanței de trimitere sarcina de a verifica acest aspect, se pare că noul contract includea întreținerea și eventuala reparație a ADIS. Prețul contractului era de 33 294 389 de coroane cehe (CZK) fără taxa pe valoarea adăugată (TVA).

8 Potrivit afirmațiilor DGF, pe care le preia decizia de trimitere (punctul 2), fără conectarea cu nucleul dur și cu alte module, funcționarea autonomă a modulelor, administrarea lor și dezvoltarea lor nu sunt posibile; modulele nu pot fi separate; obiectul contractului afectează modulele existente. Dat fiind că obiectul prestației era întreținerea de bază a ADIS, creat și dezvoltat de furnizor, deținătorul drepturilor de licență, cerințe legate de continuitatea tehnică făceau necesar ca acesta să se ocupe de întreținerea și de dezvoltarea sa.

17. DGF a introdus o contestație împotriva deciziei din 9 octombrie 2017 la președintele Úřad, care a respins-o [9].

18. DGF a introdus o acțiune împotriva deciziei președintelui Úřad la Krajský soud v Brně (Curtea Regională din Brno, Republica Cehă), care a respins această acțiune, întrucât a considerat că erau îndeplinite cerințele articolului 23 alineatul (4) litera a) din Legea nr. 137/2006, dat fiind că:

– la data atribuirii contractului inițial, nevoia unui serviciu de întreținere continuă a ADIS, sistem prevăzut pentru o durată lungă de viață și pentru un domeniu (fiscal) supus în mod constant schimbărilor, era previzibilă;

– este lipsit de importanță faptul că la momentul încheierii contractului inițial nicio dispoziție nu impunea obligația de selecționare a furnizorului printr-o procedură de ofertare și nici nu prevedea cum trebuiau reglementate drepturile de autor asupra ADIS. Cerințele pentru atribuirea ulterioară trebuie apreciate în lumina legislației în vigoare în momentul în care are loc această atribuire;

– nu este necesar ca autoritatea contractantă inițială să fi acționat cu intenția de a eluda ulterior Legea nr. 137/2006;

– chiar și în ipoteza în care DGF ar reuși să dovedească că nu există niciun alt operator, în afară de IBM, capabil să execute contractul, acest lucru nu ar modifica aspectul că situația de exclusivitate este rezultatul acțiunilor Ministerului Finanțelor. Prin urmare, dovada îndeplinirii condiției de formă (și anume, a motivelor tehnice și a motivului privitor la protecția drepturilor de autor ale furnizorului) ar fi inutilă, întrucât nu este îndeplinită condiția de fond (situația de exclusivitate să nu fi fost creată de însăși autoritatea contractantă).

19. Împotriva hotărârii pronunțate în primă instanță, DGF a introdus un recurs la Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă, Republica Cehă), susținând în esență că:

– la data încheierii contractului inițial furnizorul era singurul capabil să realizeze prestațiile necesare (să furnizeze servere cu propriul sistem de operare și să asigure întreținerea și monitorizarea la distanță). Din motive tehnice, nu era posibilă găsirea unui alt furnizor;

– Ministerul Finanțelor nu putea presupune în mod rezonabil că în viitor va fi nevoie de alte servicii pentru menținerea funcționării ADIS;

– în contractul inițial, drepturile de autor au fost definite în mod adecvat. La acel moment nu era posibil să se obțină transferul integral al acestor drepturi asupra ADIS, întrucât o parte dintre elementele acestuia erau utilizate în scop comercial la nivel mondial de către furnizor și partenerii săi. Prin urmare, legislația în vigoare la acel moment a fost respectată. În măsura în care Ministerul Finanțelor nu putea cunoaște care sunt dispozițiile legale viitoare pe care le va încălca prin actele sale, principiul securității juridice se opune constatării unei încălcări imputabile DGF;

– la momentul încheierii contractului inițial, Ministerul Finanțelor nu putea să cunoască nici modul în care urma să evolueze sistemul fiscal. Prin urmare, nu știa dacă va fi necesar să

[9] Contestația a fost respinsă deoarece Ministerul Finanțelor, predecesorul DGF, era responsabil de situația de exclusivitate (înțeleasă ca necesitatea ca acest contract să fie executat exclusiv de către furnizor), permițându-i furnizorului să rămână deținătorul drepturilor de autor.

intervină asupra ADIS și dacă va continua să îl utilizeze. Acesta nu avea niciun motiv pentru a reglementa drepturile de autor în scopul de a fi complet independent față de furnizor;

– demararea în prezent a unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice pentru furnizarea unui nou sistem informatic ar expune DGF riscului unei pierderi a fondurilor investite în ADIS și al unei administrări nerentabile și nerezonabile;

– în anul 2015, DGF a încercat să pună capăt dependenței față de furnizor prin dobândirea drepturilor de autor asupra ADIS. Furnizorul s-a opus transferului acestor drepturi atât atunci, cât și în următorii trei ani, astfel încât DGF nu a avut altă posibilitate decât să recurgă la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. În caz contrar, ADIS ar fi fost inutilizabil, iar administrația fiscală nu și-ar fi putut îndeplini misiunea;

– în concluzie, înainte de demararea procedurii de atribuire a noului contract, DGF a adoptat toate măsurile necesare în vederea îndeplinirii în mod adecvat a procedurii prevăzute la articolul 23 alineatul (4) litera a) din Legea nr. 137/2006, aspect confirmat de mai multe rapoarte de expertiză, tehnice și juridice.

20. În întâmpinarea sa la cererea de recurs, Úřad susține că:

– pe baza exclusivității contractului inițial din anul 1992, DGF a dezvoltat ADIS prin proceduri de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, cel puțin până la sfârșitul anului 2019;

– raportul de expertiză nu demonstrează că operatorul economic selecționat era, din motive tehnice, singurul furnizor posibil. Nu s-a demonstrat existența niciunei situații de exclusivitate care să se explice prin protecția drepturilor de autor;

– obiectul prestației era crearea unui sistem de administrare fiscală în trei etape, dintre care contractul inițial făcea referire doar la prima. DGF cunoștea faptul că contractul inițial va fi urmat de alte contracte;

– descrierea și obiectul ADIS arată că este vorba despre un sistem solid, care urma să fie funcțional pe termen lung. Era, așadar, evident că urma să aibă nevoie cel puțin de un suport tehnic;

– nici Ministerul Finanțelor, nici, mai târziu, DGF nu au reacționat față de evoluția legislativă, ci au adoptat o interpretare a contractului și a Legii nr. 137/2006 care permitea menținerea sistemului fără o procedură concurențială.

21. Instanța de trimitere are îndoieli că una dintre condițiile pe care le califică drept condiții *de fond* (și anume, ca situația de exclusivitate să nu fi fost creată de însăși autoritatea contractantă) pentru a recurge la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este îndeplinită. Aceasta dorește să se stabilească dacă, în acest scop, trebuie să ia în considerare circumstanțele de fapt și de drept existente la momentul încheierii contractului inițial.

22. În acest context, Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă) sesizează Curtea cu următoarea întrebare preliminară:

„Pentru a aprecia dacă a fost îndeplinită condiția de fond pentru a recurge la procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare, și anume, dacă autoritatea contractantă nu a condus la situația de exclusivitate prin comportamentul său culpabil, potrivit articolului 31 alineatul (1) litera (b) din [Directiva 2004/18], trebuie să se țină seama de circumstanțele de drept și de fapt care au condus la încheierea contractului inițial, în urma căruia au fost încheiate contracte subsecvente de achiziții publice?”

III. Procedura în fața Curții

23. Cererea de decizie preliminară a fost înregistrată la Curte la 19 septembrie 2023.

24. Au prezentat observații scrise guvernele ceh și slovac, precum și Comisia Europeană.

25. Curtea nu a considerat necesară organizarea unei ședințe.

IV. Apreciere

26. Diferendul pe care trebuie să îl soluționeze instanța de trimitere își are originea într-un contract de prestare de servicii informatice care a fost încheiat fără procedură concurențială în anul 1992, înainte ca Republica Cehă să adere la Uniunea Europeană, atunci când un astfel de mod de a acționa era legal potrivit dreptului național.

27. Prin acest contract inițial i se confereau furnizorului drepturi care îl situau într-o poziție de exclusivitate în ceea ce privește dezvoltarea și întreținerea sistemului informatic implementat.

28. Potrivit DGF, după aderarea Republicii Cehe la Uniunea Europeană, drepturile de autor exclusive ale furnizorului justificau ca în anul 2016, pentru încheierea unui nou contract [10] de servicii postgaranție de bază a sistemului informatic, să se recurgă la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare prevăzută la articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18.

A. Directiva aplicabilă

29. Instanța de trimitere solicită interpretarea Directivei 2004/18, iar nu a Directivei 2014/24/UE [11], care o abrogă.

30. În principiu, trebuie să se aplice directiva în vigoare la data la care autoritatea contractantă alege procedura pe care o va urma [12].

[10] Nu era vorba, așadar, de o simplă prelungire sau modificare a contractului inițial.

[11] Directiva Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014 privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

[12] Hotărârea din 14 ianuarie 2021, RTS infra și Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punctul 23).

31. Decizia de trimitere precizează că DGF a demarat procedura de atribuire a noului contract la 1 martie 2016. Data este, așadar, anterioară expirării termenului prevăzut pentru transpunerea Directivei 2014/24, pe care articolul 90 alineatul (1) din aceasta îl fixează pentru 18 aprilie 2016.

32. Dacă aceasta este situația, ar fi aplicabilă *ratione temporis* Directiva 2004/18. Această împrejurare nu împiedică, totuși, să se ia în considerare Directiva 2014/24 ca element de contrast sau de confirmare în interpretarea normelor Directivei 2004/18.

B. Articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18 și situația de exclusivitate generată de autoritatea contractantă

33. Potrivit articolului 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18, pentru a recurge la procedura directă pe care acesta o reglementează trebuie să fie întrunite două condiții cumulative: a) motive tehnice sau artistice sau orice alt motiv legat de protecția drepturilor de exclusivitate, și b) ca aceste motive să facă absolut necesară atribuirea contractului unei anumite întreprinderi.

34. O formulare similară celei prevăzute la acest articol exista deja în alte directive privind contractele de achiziții publice, anterioare Directivei 2004/18 [13]. Curtea a interpretat aceste directive atunci când a soluționat acțiunile în constatarea neîndeplinirii obligațiilor introduse de Comisie împotriva unor acte singulare ale statelor membre referitoare la contracte aflate sub incidența Directivei 71/305 [14] sau a Directivei 93/37 [15], încheiate prin procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

35. Jurisprudența dezvoltată în interpretarea acestor două directive și a directivelor ulterioare a subliniat în mod repetat că dispozițiile referitoare la procedurile de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte și că sarcina probei cu privire la circumstanțele excepționale care justifică excepția revine autorității contractante [16].

36. Instanța de trimitere face o distincție între „condițiile de formă” și „condițiile de fond” impuse pentru a recurge la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare. În opinia sa:

– condițiile de formă impun existența unui motiv legat de protecția drepturilor de exclusivitate și ca, din acest motiv, contractul să nu poată fi atribuit decât unui anumit operator economic;

– condițiile de fond ar impune ca autoritatea contractantă să nu fi putut să prevadă aceste condiții de formă și ca existența lor să nu îi fie imputabilă.

[13] Directiva 71/305/CEE a Consiliului din 26 iulie 1971 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO 1971, L 185, p. 5) și Directiva 93/37/CEE a Consiliului din 14 iunie 1993 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări (JO 1993, L 199, p. 54).

[14] Hotărârea din 18 mai 1995, Comisia/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150, punctul 23).

[15] Hotărârea din 14 septembrie 2004, Comisia/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522, punctele 19 și 20).

[16] A se vedea printre altele Hotărârea din 14 septembrie 2004, Comisia/Italia (C-385/02, EU:C:2004:522, punctul 19): „Dispozițiile articolului 7 alineatul (3) din Directiva [93/37], care autorizează derogări de la normele care au ca obiect garantarea efectivității drepturilor recunoscute de Tratatul CE în sectorul contractelor de achiziții publice de lucrări, trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte, iar sarcina probei cu privire la existența efectivă a circumstanțelor excepționale care justifică excepția revine celor care doresc să se prevaleze de acestea”. Această hotărâre citează, ca exemple ale aceleiași interpretări, Hotărârea din 18 mai 1995, Comisia/Italia (C-57/94, EU:C:1995:150, punctul 23), și Hotărârea din 28 martie 1996, Comisia/Germania (C-318/94, EU:C:1996:149, punctul 13).

37. În realitate, ceea ce instanța de trimitere califică drept *condiții de formă* sunt cele care corespund conținutului literal al articolului 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18. Cele pe care le califică drept *condiții de fond* depășesc acest cadru, întrucât fac referire la condiții care nu sunt prevăzute în mod expres de această dispoziție.

38. Discuția s-a axat pe *condiția de fond* constând în aspectul ca situația de exclusivitate să nu fi fost generată de autoritatea contractantă. Pozițiile exprimate de participanții la procedura jurisdicțională sunt divergente:

– în opinia guvernului ceh, excepția permisă de articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18 se aplică în cazul în care sunt îndeplinite condițiile de fond enumerate în acesta [17];

– în opinia Comisiei și a guvernului slovac, această excepție necesită, în plus, ca situația de exclusivitate să nu fi fost creată de autoritatea contractantă.

39. În cazul în care litigiul ar trebui soluționat sub regimul Directivei 2014/24, ar prevala, fără îndoială, teza Comisiei și a guvernului slovac. Atât considerentul (50), cât și articolul 32 alineatul (2) litera (b) din această directivă introduc prevederea ca exclusivitatea să nu fi fost creată de autoritatea contractantă:

– considerentul (50) al Directivei 2014/24 prevede că „[…] utilizarea procedurii de negociere fără publicare poate fi justificată numai de o situație de exclusivitate obiectivă, în care exclusivitatea nu a fost creată de către autoritatea contractantă însăși în vederea viitoarei proceduri de achiziție […]” [18];

– articolul 32 alineatul (2) litera (b) punctul (iii) din Directiva 2014/24 prevede că procedura de negociere fără publicare prealabilă poate fi utilizată în cazul în care lucrările, produsele sau serviciile pot fi furnizate numai de către un anumit operator economic pentru motivul protecției „unor drepturi exclusive, inclusiv drepturile de proprietate intelectuală”. Această excepție se aplică însă numai „atunci când nu există o alternativă sau un substitut rezonabil, iar absența concurenței nu este rezultatul unei restrângeri artificiale a parametrilor achiziției”.

40. În schimb, articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18 nu făcea referire în mod expres la efectul pe care ar putea să îl aibă imputarea exclusivității autorității contractante [19]. Tăcerea sa nu înseamnă însă că autoritatea contractantă are libertatea de a crea ea însăși situația de exclusivitate.

41. Astfel, după cum în mod corect precizează instanța de trimitere, Directiva 2014/24 nu a făcut, în această privință, decât să explice o regulă care exista în mod implicit în directivele anterioare în această materie [20]. Drept urmare, în opinia sa, „[…] dreptul Uniunii impune ca motivul pentru care

[17] Este ceea ce expune guvernul ceh în primul din cele șase blocuri de argumente care compun observațiile sale în fața Curții.

[18] Acestui text îi precedă următoarele considerații: „Având în vedere efectele negative asupra concurenței, procedurile de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare ar trebui utilizate doar în circumstanțe excepționale. Excepțiile ar trebui să se limiteze la cazurile în care publicarea fie este imposibilă, din motive de extremă urgență determinate de evenimente care nu pot fi prevăzute de autoritatea contractantă și care nu pot fi imputate acesteia, fie în cazul în care este clar de la început că publicarea nu ar duce la creșterea concurenței sau la rezultate mai bune în materie de achiziții, mai ales dacă există în mod obiectiv numai un singur operator economic care poate executa contractul. […] Exclusivitatea poate apărea, de asemenea, din alte motive […]”.

[19] Omisiunea contrastează cu dispozițiile articolului 31 alineatul (1) litera (c) din Directiva 2004/18: utilizarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare este permisă din motive de maximă urgență, cu condiția ca situațiile invocate pentru a o justifica să nu fie în niciunul dintre cazuri „*atribuite autorităților contractante*”.

[20] Punctul 22 din decizia de trimitere.

un contract de achiziții publice trebuie să fie atribuit exclusiv unui anumit operator economic în cadrul unei proceduri de negociere fără publicare, în conformitate cu articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18, *să nu fie imputabil autorității contractante* […]”[21].

42. Ne vom însuși postulatul de la care pornește instanța de trimitere în ceea ce privește participarea autorității contractante la circumstanțele care au condus la situația de exclusivitate. În opinia noastră, există mai multe motive care susțin această teză.

43. În primul rând, în cea ce privește contextul, obiectivul general al normelor Uniunii în materie de achiziții publice constă în „asigurarea liberei circulații a serviciilor și deschiderea spre o concurență nedenaturată în toate statele membre”[22]. Utilizarea procedurii de negociere fără publicare prealabilă este tocmai comportamentul unei autorități contractante care încalcă în cea mai gravă măsură deschiderea spre concurență a achizițiilor publice.

44. În al doilea rând, este contrar acestui obiectiv ca autoritățile să creeze ele însele circumstanțele pe care le vor invoca pentru a recurge la proceduri de atribuire a contractelor în care nu este permisă participarea concurenților.

45. În al treilea rând, astfel cum am precizat deja, împrejurările excepționale care autorizează utilizarea procedurilor de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare trebuie să facă obiectul unei interpretări stricte, inspirată de criterii restrictive[23].

46. În al patrulea rând, a admite că autoritatea contractantă s-ar putea prevala de o situație de exclusivitate pe care ea însăși a facilitat-o ar inversa logica articolului 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18. Potrivit acestei logici, împrejurările care justifică imposibilitatea de a recurge la procedura ordinară (cu publicare) nu sunt cele care au fost cauzate de autoritatea contractantă, ci cele care nu țin de aceasta.

47. În ultimul rând, principiul *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* interzice posibilitatea ca o parte să obțină avantaje din comportamentul său ilicit[24].

C. Evaluarea exclusivității în raport cu litigiul

1. Contractul inițial (1992)

48. Potrivit tezei DGF, expusă în decizia de trimitere, la momentul încheierii contractului inițial (1992) nicio normă națională nu reglementa drepturile de autor și nici procedura de achiziții publice. Prin urmare, nu se putea prevede viitorul regim juridic aplicabil acestei materii și nici modul în care urma să evolueze jurisprudența națională. Nu era previzibil nici faptul „că stabilirea condițiilor de acordare a licenței pentru ADIS ar da naștere ulterior unei situații discutabile […]”[25].

[21] Punctul 23 din decizia de trimitere (sublinierea ne aparține). Instanța de trimitere consideră că „interpretarea dreptului Uniunii în această privință ca fiind un *acte clair*”, afirmație pe care o găsim exagerată.

[22] Hotărârea din 7 decembrie 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 și C-443/22, EU:C:2023:970, punctul 61).

[23] Hotărârea din 11 septembrie 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punctul 49): „[…] nu se poate recurge la procedura de negociere decât în împrejurările limitativ prevăzute la articolele 30 și 31 din Directiva 2004/18 și […] această procedură are, în raport cu procedurile deschise și restrânse, un caracter excepțional”.

[24] Curtea este sensibilă la atribuirea de consecințe nefavorabile ca urmare a propriei încălcări. A se vedea Hotărârea din 15 iunie 2023, Bank M. (Consecințele anulării contractului) (C-520/21, EU:C:2023:478, punctul 81).

[25] Punctul 17 din decizia de trimitere.

49. Instanța de trimitere împărtășește, în esență și cu anumite rezerve, acest punct de vedere. Aceasta este de acord că în anul 1992 nu exista nicio dispoziție legală privind procedura de achiziții publice [26], ceea ce a permis Ministerului Finanțelor să încheie contractul ADIS în termenii conveniți la acel moment. Ea adaugă că autoritatea contractantă „a putut presupune în mod legitim [inclusiv] că contractele subsecvente contractului inițial se puteau atribui aceluiași furnizor, fără necesitatea de a oferi și altora posibilitatea de a aspira la furnizarea prestației solicitate” [27].

50. În ceea ce ne privește, nu putem contrazice cu nimic aceste afirmații, care fac trimitere la un moment istoric în care, pur și simplu, nu intra în joc dreptul Uniunii, din care Republica Cehă încă nu făcea parte. Intră în sarcina instanței de trimitere să stabilească situația de fapt și cadrul juridic în care se încadrează încheierea contractului inițial.

51. În aceste condiții, este indiferent dacă exclusivitatea pe a cărei bază a fost semnat, în anul 1992, contractul inițial a fost sau nu provocată de autoritatea contractantă.

2. Noul contract (2016)

52. Perspectiva se schimbă dacă se are în vedere faptul că raportul contractual dintre autoritățile fiscale cehe [28] și furnizor s-a prelungit pe durata multor ani (în măsura în care este relevant în speță, între 1992 și 2016).

53. Pe parcursul acestei perioade cadrul juridic s-a modificat, în special după ce, în anul 2004, Republica Cehă a aderat la Uniune. Începând de la momentul aderării a devenit necesară conformarea cu directivele în materie de contracte de achiziții publice, „în conformitate cu principiul aplicării imediate și integrale a dispozițiilor de drept al Uniunii în ceea ce privește noile state membre” [29].

54. Instanța de trimitere precizează importanța noului cadru și modificarea obligațiilor autorității contractante: subliniază că, la momentul la care DGF a atribuit contractul din 2016, Legea nr. 137/2006 și Directiva 2004/18 erau în vigoare. Prin urmare, DGF avea obligația de a nu crea situații de exclusivitate pentru a justifica recurgerea la proceduri de negociere fără publicare prealabilă.

55. Pornind de la această constatare și în urma examinării celor două teze în discuție, instanța de trimitere afirmă, la punctul 32 din decizia de trimitere, că:

– „[…] Între anii 1992 și 2016, [DGF] (sau predecesorul său legal) ar fi putut fie să negocieze noile condiții contractuale privind drepturile patrimoniale de autor, astfel încât să poată atribui contractele de achiziții publice referitoare la ADIS în cadrul uneia dintre procedurile de atribuire mai deschise, fie să demareze o nouă procedură de achiziții publice pentru un nou sistem informatic, chiar și în cazul în care s-ar fi produs o majorare temporară a cheltuielilor, care ar fi putut duce totuși la economii pe termen lung.

[26] Instanța de trimitere descrie evoluția juridică națională rezultată din adoptarea mai multor legi privind drepturile de autor (lege aplicabilă programelor informatice) în 1965 și contractele de achiziții publice în 1994.

[27] Punctul 29 din decizia de trimitere.

[28] Pornim de la premisa că succesiunea organelor contractante (Ministerul Finanțelor în anul 1992 și DGF în anul 2016) este pur formală: ambele fac parte din aceeași structură guvernamentală, iar cel de al doilea se află în subordinea celui dintâi. DGF înlocuiește Ministerul Finanțelor în poziția juridică deținută de acesta.

[29] Hotărârea din 6 decembrie 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punctul 37).

– Așadar, situația de fapt de la momentul încheierii contractului inițial nu poate fi invocată în cazul în care exclusivitatea a continuat după adoptarea legislației relevante în materie de atribuire a contractelor de achiziții publice în Republica Cehă. Pentru a stabili dacă procedura de negociere fără publicarea unui anunț de participare poate fi utilizată, trebuie să se ia în considerare momentul în care a fost luată decizia de atribuire a contractului în cadrul acestei proceduri […]”[30].

56. În ceea ce privește aprecierea situației de fapt relevante în speță și a cadrului juridic național, Curtea nu poate aduce nicio obiecție acestor considerații ale instanței de trimitere. Iar în ceea ce privește aprecierile consemnate la finalul punctului 32 din decizia de trimitere, pe care tocmai le-am transcris, suntem de părere că acestea conțin o interpretare corectă a Directivei 2004/18.

57. Răspunsul la întrebarea preliminară, care decurge din considerațiile anterioare, este lipsa de relevanță, în ceea ce privește aspectele importante în speță, a faptului că contractul inițial a fost încheiat înainte de aderarea Republicii Cehe la Uniune. În schimb, sunt determinante actele realizate de autoritatea contractantă în perioada 2004-2016. În mod logic, dintre acestea, elementul-cheie este încheierea noului contract în anul 2016.

58. Cu toate acestea, guvernul ceh încearcă să înlăture responsabilitatea sa în crearea dependenței exclusive, susținând că aprecierea trebuie să facă referire la momentul încheierii contractului inițial. În măsura în care la acel moment nu existau obiecții față de legalitatea conduitei sale, nu ar exista niciun temei care să permită ca autorității contractante să i se impute un comportament intenționat.

59. Nu suntem de acord cu această abordare:

– astfel cum am semnalat deja, obligația statului membru de a-și pune acțiunile în conformitate cu ordinea juridică a Uniunii ia naștere odată cu aderarea la Uniune. Începând de la acest moment, autoritatea contractantă, în calitate de organ guvernamental, și-a asumat sarcina de a garanta respectarea normelor Uniunii în materie de achiziții publice, printre care se numără Directiva 2004/18. În acest context, este lipsit de importanță aspectul că încălcarea autorităților fiscale ale statului [membru] decurge dintr-un comportament activ sau omisiv[31];

– pentru a evalua comportamentul autorității contractante, nu este necesară o *intenție directă* în crearea situației de exclusivitate[32]. Este suficient ca, ignorând obligația de a înlătura exclusivitatea existentă (și creată de ea însăși sau de către predecesorul său legal) la momentul încheierii noului contract, autoritatea contractantă să îl închidă concurenței.

60. Dintr-o altă perspectivă, guvernul ceh, deși admite că, în situații precum cele din speță, trebuie să ia decizii care să îi permită să se elibereze de dependența față de un anumit furnizor, propune să se accepte o *soluție rezonabilă*, înțelegând prin aceasta cea mai puțin costisitoare și

[30] În sprijinul acestei afirmații, instanța de trimitere citează Hotărârea din 5 octombrie 2000, Comisia/Franța (C-337/98, EU:C:2000:543, punctul 37).

[31] În observațiile sale scrise, guvernul ceh face referire în mod repetat la *acțiuni pozitive* ale autorității contractante (conduită, acte, situație creată, exclusivitate cauzată, stabilirea condițiilor noului contract în raport cu cel inițial). În schimb, acesta nu menționează *lipsa* sa *de acțiune* cu privire la încheierea noilor contracte în conformitate cu dreptul Uniunii.

[32] Guvernul ceh insistă în repetate rânduri asupra faptului că comportamentul autorității contractante în raport cu situația de exclusivitate trebuie să fie realizat *cu intenție* (punctele 11, 12, 14, 15, 16, 17 și 18 din observațiile sale scrise).

care să garanteze funcționarea stabilă a sistemelor esențiale de informații ale administrației naționale. Din punctul său de vedere, acești factori ar legitima, în prezenta cauză, utilizarea procedurii de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare [33].

61. Deși înțelegem problemele cu care se confrunta, *de facto*, autoritatea contractantă în anul 2016, nu suntem de acord nici cu acest argument. Asemenea celorlalte autorități ale statului, autoritățile fiscale nu pot invoca dificultăți practice, administrative sau financiare [34] pentru a justifica nerespectarea obligațiilor prevăzute de o directivă, dat fiind că revine statelor membre sarcina de a le depăși, prin adoptarea măsurilor adecvate [35].

62. O altă apărare invocată de guvernul ceh în favoarea comportamentului autorității contractante constă în afirmația că aceasta a încercat să pună capăt dependenței față de furnizor prin cumpărarea drepturilor de autor, ceea ce nu a reușit, ca urmare a refuzului acestuia [36].

63. Această susținere este nefondată, dat fiind că autoritatea contractantă a dispus, din anul 2004, de timp suficient (până în anul 2016) pentru a surmonta refuzul IBM. Confruntată cu situația de exclusivitate, care a durate zeci de ani, autoritatea contractantă ar fi trebuit să adopte inițiativele care să conducă la încetarea dependenței față de furnizor, căutând oferte de la alți furnizori, ceea ce se pare că nu a făcut. Este ceea ce afirmă instanța de trimitere [37], cu care suntem din nou de acord.

64. Pe de altă parte, din decizia de trimitere nu rezultă că ar fi avut loc încercări *serioase* din partea autorității contractante de a găsi noi furnizori care să îi permită deblocarea situației de dependență în care se afla. Potrivit jurisprudenței Curții, autoritatea contractantă trebuie să „cerceteze în mod temeinic” dacă la nivel european există întreprinderi capabile să furnizeze (sau, dacă este cazul, să înlocuiască) un anumit software [38].

65. Abordând problema *blocajului* în cazul sistemelor de tehnologie a informației, Comisia sugerează autorităților contractante unele alternative [39] pentru a depăși restrângeri ale concurenței în materie de achiziții publice, precum cea care face obiectul prezentei analize.

33 Punctul 30 din observațiile scrise ale guvernului ceh.

34 Dificultățile pe care le invocă guvernul ceh sunt în special de ordin financiar (punctele 26 și 27 din observațiile sale scrise). În schimb, instanța de trimitere consideră că posibila creștere imediată a cheltuielilor s-ar compensa cu economiile pe termen lung, rezultate din introducerea concurenței dintre ofertanți. În Comunicarea din 2013, Comisia face referire la problemele care decurg din dependența de un sigur furnizor de sisteme informatice. Aceasta subliniază că o astfel de dependență, pe lângă faptul că poate conduce la alte probleme (există riscul ca furnizorul să nu mai sprijine sistemul sau anumite caracteristici ale acestuia), poate afecta negativ inovarea și poate conduce la prețuri excesive, care nu sunt supuse presiunii concurențiale a altor operatori din sector.

35 Hotărârea din 18 octombrie 2012, Comisia/Regatul Unit (C-301/10, EU:C:2012:633, punctul 66).

36 Punctul 31 din observațiile scrise ale guvernului ceh, care face trimitere la susținerile DGF în fața instanței de recurs, transcrise la punctul 10 din decizia de trimitere.

37 Punctul 32 din decizia de trimitere, transcris la punctul 55 din prezentele concluzii.

38 A se vedea Hotărârea din 15 octombrie 2009, Comisia/Germania (C-275/08, EU:C:2009:632, punctul 63). Obiectul acestei cauze era un software pentru administrarea înmatriculării de autovehicule.

39 Comunicarea din 2013 arată, la punctul 3, că „[u]tilizarea unor sisteme TIC bazate pe standarde în loc de tehnologii brevetate va contribui la deschiderea practicilor restrictive în materie de achiziții publice, deoarece standardele pun informațiile esențiale despre un sistem la dispoziția tuturor, ceea ce înseamnă că alți potențiali furnizori ar putea menține sau dezvolta sistemul în termeni și condiții mai competitive”.

66. În pofida faptului că autoritățile cehe afirmă că au instituit proceduri de control *ex ante* în scopul combaterii blocajului la care face referire Comunicarea din 2013 [40], contractul care face obiectul prezentei trimiteri preliminare a confirmat situația de exclusivitate preexistentă, fără să o modifice. Prin urmare, autorității contractante i se poate imputa, prin acțiune sau omisiune, perpetuarea în anul 2016 a unei situații de exclusivitate creată de predecesorul său legal, care ar fi trebuit să o împiedice să recurgă la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

67. În sfârșit, trebuie să amintim că Curtea s-a pronunțat deja cu privire la necesara deschidere către concurență în cazul unor contracte similare celui în discuție în prezent, prezumând că acestea intră sub incidența normelor generale în materie de achiziții publice: „[…] atunci când o autoritate contractantă intenționează să organizeze o procedură de atribuire a unor contracte de achiziții publice în vederea asigurării întreținerii, a adaptării sau a dezvoltării unui software dobândit de la un operator economic, aceasta trebuie să asigure comunicarea unor informații suficiente candidaților și ofertanților potențiali pentru a permite dezvoltarea unei concurențe efective pe piața derivată a întreținerii, a adaptării sau a dezvoltării software-ului menționat” [41].

V. Concluzie

68. În temeiul considerațiilor prezentate, propunem să se răspundă Nejvyšší správní soud (Curtea Administrativă Supremă, Republica Cehă) după cum urmează:

„Articolul 31 alineatul (1) litera (b) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii

trebuie interpretat în sensul că

autoritatea contractantă nu poate crea, prin propriul său comportament, o situație de exclusivitate în temeiul căreia să pretindă justificarea recurgerii la procedura de negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare.

În cazul în care autoritatea contractantă încheie un nou contract, căruia i se aplică Directiva 2004/18, este lipsit de relevanță faptul că situația de exclusivitate decurge dintr-un contract inițial, încheiat de autoritățile statului membru înainte de aderarea acestuia la Uniunea Europeană. Pentru a evalua comportamentul autorității contractante în raport cu noul contract, trebuie să se țină seama de situația de drept și de fapt existentă la momentul încheierii acestui nou contract.”

[40] Este ceea ce afirmă guvernul ceh în special la punctele 32-35 din observațiile sale scrise, arătând că a instituit un serviciu specializat și un grup de lucru pentru combaterea dependenței exclusive în contractele de achiziții publice de servicii informatice. Adaugă că aceste „măsuri sistemice” erau puse în aplicare la momentul încheierii contractului din 2016.

[41] Hotărârea din 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punctul 74).