Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
представено на 26 септември 2024 година [1]

Дело C-578/23

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

(Преюдициално запитване, отправено от Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд, Чешка република)

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Директива 2004/18/ЕО — Член 31 — Процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка — Условия — Защита на изключителни права — Състояние на изключителност, причинено виновно от възлагащия орган — Договор, сключен преди присъединяването на държава членка към Европейския съюз — Момент, към който трябва да се вземат предвид фактическите и правните обстоятелства, при които е сключен договорът“

1. През 1992 г. Министерство на финансите на Чешката република [2] възлага пряко на определено предприятие [3] поръчка за внедряване на информационна система на данъчната администрация, наречена „ADIS“. IBM притежава авторските права върху изходния код на програмата, така че използването и актуализирането на информационната система зависи от неговото участие.

2. През 2016 г. данъчният административен орган на Чешката република решава да сключи договор за основно следгаранционно обслужване на приложението ADIS, който също сключва с IBM чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка.

3. По повод на сключването на този нов договор възниква спор между два органа на Чешката република: от една страна, данъчният орган и от друга страна, органът, компетентен да осъществява контрол за законосъобразност на обществените поръчки. Според последния прякото възлагане на поръчката е незаконосъобразно.

[1] Език на оригиналния текст: испански.

[2] Чешката република и Словашката република са разделени на 1 януари 1993 г.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. През 1992 г. това дружество е едноличен собственик на дружеството IBM Česká republika, spol. s r. o. По-нататък ще го наричам без разлика „IBM“ или „доставчикът“.

4. Съдът, който трябва да се произнесе по този спор като последна инстанция, изпитва съмнения относно съвместимостта на новия договор с член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18/ЕО[4], за чието тълкуване се отнася запитването му до Съда. Той иска да се установи дали при преценката дали е изпълнена една от предпоставките за използване на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка трябва да се вземат предвид правните и фактическите обстоятелства, при които е сключен първоначалният договор (1992 г.), или тези, при които е сключен новият договор (2016 г.).

5. В основата на спора стои общият проблем със *зависимостта* на публичните администрации от даден доставчик при използването на информационни технологии. През 2013 г. Комисията публикува съобщение[5], в което подчертава трудностите, с които тези администрации се сблъскват при смяна на доставчика.

I. Правна уредба

A. Правото на Съюза. Директива 2004/18

6. Член 28 („Използване на открита процедура, ограничена процедура и процедура на договаряне, и на състезателен диалог“) гласи:

„При възлагане на обществени поръчки възлагащите органи прилагат националните процедури, адаптирани за целите на настоящата директива.

Те възлагат тези обществени поръчки чрез провеждане на открита или ограничена процедура. При определени обстоятелства, изрично предвидени в член 29, възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез провеждане на състезателен диалог. При определени случаи и обстоятелства, изрично посочени в членове 30 и 31, възлагащите органи могат да използват процедура на договаряне, със или без публикуване на обявление за поръчка“.

7. Съгласно член 31 („Случаи, които оправдават използването на процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка“):

„Възлагащите органи могат да възлагат обществени поръчки чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка в следните случаи:

1) за обществени поръчки за строителство, обществени поръчки за доставки и обществени поръчки за услуги:

[…]

[4] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282).

[5] Съобщение на Комисията от 25 юни 2013 г. „Борба срещу зависимостта: изграждане на отворени системи за ИКТ [информационни технологии и комуникации] чрез по-добро използване на стандартите при възлагането на обществени поръчки“ (COM(2013) 455 final) (наричано по-нататък „Съобщението от 2013 г.“).

б) когато, по технически или творчески причини, или по причини, свързани със защитата на изключителни права, обществената поръчка може да бъде възложена само на определен икономически оператор;

в) доколкото това е строго необходимо, когато при възникване на изключително неотложни обстоятелства, предизвикани от събития, които възлагащият орган не е могъл да предвиди, не може да бъде спазен срокът за провеждане на открита или ограничена процедура, или на процедура на договаряне с публикуване на обявление за поръчка, както е посочено в член 30. Обстоятелствата, предявени с цел обосноваване на изключителната спешност, в никакъв случай не трябва да се дължат на възлагащия орган;

[…]“.

Б. Чешкото право. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách[6]

8. Съгласно член 21, параграф 2 възлагащият орган може да възлага обществени поръчки чрез открита или чрез ограничена процедура, а ако са изпълнени определени условия — и чрез процедура на договаряне със или без публикуване на обявление за поръчка.

9. Член 23, параграф 4, буква а) предвижда, че възлагащият орган може да възложи обществената поръчка чрез процедура на договаряне без публикуване на обявление за поръчка и когато по технически или творчески причини, по причини, свързани със защитата на изключителни права, или по причини, произтичащи от особени законови разпоредби, обществената поръчка може да бъде изпълнена само от определен изпълнител.

II. Фактите, спорът и преюдициалният въпрос

10. На 29 юни 1992 г. Министерство на финансите на Чешката република сключва с IBM договор за внедряване на информационната система ADIS на данъчната администрация.

11. Считано от 2013 г., функциите по данъчно управление на Министерство на финансите са поети под негов надзор от Česká republika — Generální finanční ředitelství (Генерална дирекция „Финанси“, Чешка република, наричана по-нататък „DGT“).

12. На 1 март 2016 г. DGT открива процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка с цел възлагане на нова поръчка, озаглавена „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, с предмет основно следгаранционно обслужване на приложението ADIS[7].

[6] Закон 137/2006 за обществените поръчки (наричан по-нататък „Закон 137/2006“), в редакцията, приложима към фактите по дело.

[7] Въпреки че запитващата юрисдикция трябва да провери този факт, изглежда, че новият договор включва поддръжка и евентуално отстраняване на неизправности на ADIS. Стойността на поръчката е 33 294 389 чешки крони (CZK) без данъка върху добавената стойност (ДДС).

13. DGT използва този вид договаряне, като изтъква технически причини, както и защитата на авторските права на доставчика върху изходния код на ADIS [8].

14. На 20 май 2016 г. DGT възлага новата поръчка на IBM.

15. На 9 октомври 2017 г. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Служба за защита на конкуренцията, Чешка република, наричана по-нататък „Úřad“) приема, че като е използвала процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка, DGT е нарушила член 23, параграф 4, буква а) от Закон 137/2006.

16. Според Úřad DGT не е доказала, че по технически причини новата обществена поръчка може да бъде изпълнена само от IBM. Освен това необходимостта да защити изключителните права на този доставчик е виновно създадена с предходното поведение на Министерство на финансите.

17. DGT подава жалба срещу решението от 9 октомври 2017 г. пред председателя на Úřad, който я отхвърля [9].

18. DGT обжалва решението на председателя на Úřad пред Krajský soud v Brně (Окръжен съд Бърно, Чешка република), който отхвърля жалбата, поради това че не са изпълнени предпоставките по член 23, параграф 4, буква а) от Закон 137/2006, тъй като:

– към датата на възлагане на първоначалната поръчка е била предвидима необходимостта от по-нататъшна поддръжка на ADIS, за която система се предвижда дълъг срок на експлоатация в област (данъчната), в която се налагат постоянни промени,

– обстоятелството, че към момента на сключване на първоначалния договор не е съществувала правна уредба, която да предвижда, че доставчикът трябва да бъде избран чрез процедура за възлагане на обществена поръчка и до каква степен трябва да са уредени авторските права върху ADIS, няма особено значение. Предпоставките за възлагане на последваща поръчка следва да се преценяват с оглед на действащото законодателство при възлагането ѝ,

– не е необходимо първоначалният възлагащ орган да е действал с намерението впоследствие да заобиколи Закон 137/2006,

– дори ако DGT може да докаже, че IBM е единственият изпълнител, способен да изпълни поръчката, не се променя обстоятелството, че състоянието на изключителност е предизвикано от поведението на Министерство на финансите. Следователно доказването на изпълнението на формалната предпоставка (т.е. на техническите причини и основанието, свързано със защитата на авторските права на доставчика) е безполезно, когато не е изпълнена материалната предпоставка (състоянието на изключителност да не е създадено от самия възлагащ орган).

[8] Според доводите на DGT, изложени в акта за преюдициално запитване доводи на (т. 2), без връзка с основния модул останалите модули не могат да функционират самостоятелно, да бъдат управлявани и развивани; модулите не могат да бъдат разделяни; предметът на поръчката засяга съществуващи модули. Тъй като услугата се състои в основно обслужване на ADIS, създадена и разработвана от доставчика, който притежава лицензионните права, необходимостта от техническа приемственост налага нейната поддръжка и развитие да се извършват от него.

[9] Жалбата е отхвърлена, тъй като Министерството на финансите, предшественик на DGT, е отговорно за състоянието на изключителност (разбирано като необходимост поръчката да бъде изпълнена само от доставчика), като е позволило доставчикът да си запази авторските права.

19. DGT подава касационна жалба срещу решението на първоинстанционния съд до Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд, Чешка република), като в обобщение твърди, че:

– към датата на сключване на първоначалния договор доставчикът е бил единственият, който е бил в състояние да осигури необходимата услуга (доставка на сървъри със собствена операционна система и осигуряване на обслужване и дистанционно наблюдение). Намирането на друг изпълнител е било невъзможно по технически причини,

– Министерството на финансите не е имало разумна причина да предположи, че впоследствие ще са необходими допълнителни дейности за по-нататъшното функциониране на ADIS,

– авторските права са подходящо определени в първоначалния договор. По онова време не е било възможно да се изиска пълно отстъпване на тези права върху ADIS, тъй като част от компонентите ѝ са били използвани с търговска цел в световен мащаб от доставчика и неговите партньори. Следователно е спазено действащото към съответния момент законодателство. Ако Министерството на финансите не е могло да знае какви бъдещи законови разпоредби ще наруши с поведението си, принципът на правна сигурност не позволява да се счита, че е налице нарушение, което може да се прехвърли на DGT,

– при сключването на първоначалния договор Министерството на финансите не е могло да знае и по какъв начин ще се развие данъчната система. Следователно то не е знаело, че участието му в ADIS ще е необходимо и че ще продължи да я използва. То не е имало никаква причина да уреди авторските права така, че да е напълно независимо от доставчика,

– ако сега бъде започната процедура за възлагане на обществена поръчка за доставка на нова информационна система, DGT би била отговорна за разхищаване на финансовите средства, инвестирани в системата ADIS, и икономически неизгодно и нецелесъобразно управление,

– през 2015 г. DGT се е опитала да постигне независимост от доставчика чрез придобиване на авторските права върху ADIS. Доставчикът е отказал да ги прехвърли както тогава, така и през следващите три години, поради което DGT не е имала друг избор, освен да проведе процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка. В противен случай ADIS би станала неизползваема и данъчната администрация не би могла да изпълнява функциите си,

– в обобщение, преди да започне процедурата за възлагане на новата поръчка, DGT е предприела всички необходими мерки за правомерно използване на процедурата, предвидена в член 23, параграф 4, буква а) от Закон 137/2006, което се потвърждава от различни експертни, технически и правни становища.

20. В своя отговор на жалбата Úřad посочва, че:

– поради изключителността на първоначалния договор от 1992 г. DGT е разработвала ADIS чрез процедури на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка поне до края на 2019 г.,

– експертното становище не доказва, че избраният икономически оператор е бил единственият възможен изпълнител на системата по технически причини; не е установено дали изобщо е съществувало състояние на изключителност, което може да се обоснове със защитата на авторските права,

– предметът на услугата е внедряването на система на данъчната администрация на три етапа, от които първоначалният договор се отнася само до първия етап. DGT е знаела, че първоначалният договор ще бъде последван от други договори,

– от описанието и целта на ADIS личи, че става въпрос за трайна система, която би следвало да функционира дълго време. Следователно необходимостта най-малко от техническа поддръжка е била очевидна,

– Министерството на финансите и впоследствие DGT не са предприели никакви действия при развитието на законодателството, а тълкуват договора и Закон 137/2006 по начин, който позволява системата да бъде поддържана без провеждане на състезателна процедура.

21. Запитващата юрисдикция изпитва съмнения, че е изпълнена една от предпоставките, които квалифицира като *материални* (а именно състоянието на изключителност да не е причинено виновно от самия възлагащ орган), за използване на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка. Тя иска да се установи дали за тази цел трябва да се вземат предвид фактическите и правните обстоятелства, при които е сключен първоначалният договор.

22. В този контекст Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) отправя до Съда следния преюдициален въпрос:

„При преценката дали е изпълнена материалната предпоставка за използване на процедурата на договаряне без публикуване на обявление за поръчка, а именно дали възлагащият орган не е причинил виновно със свои действия състоянието на изключителност по смисъла на член 31, параграф 1, буква б) [от Директива 2004/18], трябва ли да се вземат предвид правните и фактическите обстоятелства, при които е сключен договорът за първоначалната услуга, от който произтичат последващите обществени поръчки?“.

III. Производството пред Съда

23. Преюдициалното запитване постъпва в Съда на 19 септември 2023 г.

24. Писмени становища представят чешкото и словашкото правителство, както и Европейската комисия.

25. Съдът не е счел за необходимо провеждането на съдебно заседание.

IV. Анализ

26. В основата на спора, който запитващата юрисдикция трябва да разреши, е договор за предоставяне на услуги в областта на информационните технологии, сключен без конкурентна процедура през 1992 г. преди присъединяването на Чешката република към Европейския съюз, когато този подход е бил законосъобразен съгласно националното право.

27. В този първоначален договор на доставчика са предоставени права, които го превръщат в единствения изпълнител, който може да осигури развитието и поддръжката на внедрената информационна система.

28. DGT счита, че след присъединяването на Чешката република към Съюза изключителните авторски права на доставчика обосновават използването на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка, предвидена в член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18, за сключването през 2016 г. на нов договор [10] за основно следгаранционно обслужване на информационната система.

А. Приложима директива

29. Запитващата юрисдикция иска тълкуване на Директива 2004/18, а не на Директива 2014/24/ЕС [11], с която тя е отменена.

30. Поначало е приложима директивата, която е в сила към момента, в който възлагащият орган избира вида на процедурата, която ще следва [12].

31. В акта за преюдициално запитване се посочва, че DGT започва процедурата за възлагане на новата поръчка на 1 март 2016 г. Следователно тази дата е преди датата на изтичане на срока за транспониране на Директива 2014/24, която съгласно член 90, параграф 1 от нея е 18 април 2016 г.

32. При това положение е приложима ratione temporis Директива 2004/18. Това обстоятелство обаче не е пречка да се вземе предвид режимът на Директива 2014/24 като елемент за съпоставка или потвърждение при тълкуването на правилата на Директива 2004/18.

Б. Член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 и състоянието на изключителност, причинено виновно от възлагащия орган

33. Съгласно член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 трябва да са изпълнени две кумулативни предпоставки за използване на предвидената в него процедура на пряко възлагане на обществена поръчка: а) технически или творчески причини, или причини, свързани със защитата на изключителни права, и б) по тези причини възлагането на обществената поръчка на определено предприятие е абсолютно необходимо.

[10] Следователно не става въпрос просто за удължаване на срока или изменение на първоначалния договор.

[11] Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

[12] Решение от 14 януари 2021 г., RTS infra и Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, т. 23).

34. Текст, формулиран подобно на текста на този член, вече се съдържа в други директиви относно обществените поръчки, предшестващи Директива 2004/18[13]. Съдът ги е тълкувал при разглеждането на искове за установяване на неизпълнение на задължения, предявени от Комисията срещу отделни актове на държавите членки, свързани с поръчки, за които се прилага Директива 71/305[14] или Директива 93/37[15], сключени чрез процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка.

35. В съдебните решения, постановени във връзка с тълкуването на посочените две директиви и последващите, неведнъж се подчертава, че разпоредбите относно процедурите на договаряне без предварително обявление трябва да се тълкуват стриктно и тежестта на доказване на извънредните обстоятелства, които обосновават прилагането на изключението, се носи от възлагащия орган[16].

36. Запитващата юрисдикция прави разграничение между „формалните предпоставки“ и „материалните предпоставки“, които трябва да са изпълнени, за да може да се използва процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка. Според нея:

– формалните предпоставки са изпълнени, когато е налице причина, свързана със защитата на изключителни права, и по тази причина поръчката може да бъде възложена само на определен икономически оператор,

– за да са изпълнени материалните предпоставки, се изисква възлагащият орган да не е можел да предвиди и да не е причинил виновно посочените формални предпоставки.

37. Всъщност предпоставките, които запитващата юрисдикция квалифицира като *формални предпоставки*, съответстват на текста на член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18. Тези, които квалифицира като *материални предпоставки*, са допълнителни, тъй като се отнасят до условия, които не са изрично упоменати в посочената разпоредба.

38. Спорът е съсредоточен върху *материалната предпоставка* състоянието на изключителност да не е причинено виновно от възлагащия орган. Участниците в преюдициалното запитване изразяват различни становища:

– според чешкото правителство изключението, което член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 допуска, се прилага само ако са изпълнени посочените в него обективни предпоставки[17],

[13] Директива 71/305/ЕИО на Съвета от 26 юли 1971 година относно координирането на процедурите за възлагането на обществени поръчки за строителство (ОВ L 185, 1971 г., стр. 5) и Директива 93/37/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство (ОВ L 199, 1993 г., стр. 54).

[14] Решение от 18 май 1995 г., Комисия/Италия (C-57/94, EU:C:1995:150, т. 23).

[15] Решение от 14 септември 2004 г., Комисия/Италия (C-385/02, EU:C:2004:522, т. 19 и 20).

[16] Вж. по-специално решение от 14 септември 2004 г., Комисия/Италия (C-385/02, EU:C:2004:522), точка 19: „Член 7, параграф 3 от Директива [93/37], който позволява прилагането на изключения от нормите, с които се цели гарантиране на ефективността на признатите от Договора за ЕО права в областта на обществените поръчки за строителство, трябва да се тълкува стриктно и тежестта на доказване на действителното наличие на изключителните обстоятелства, които обосновават прилагането на изключението, се носи от лицето, което иска да се позове на тях“. Като пример за тълкуване в същия смисъл в него са цитирани решения от 18 май 1995 г., Комисия/Италия (C-57/94, EU:C:1995:150, т. 23), и от 28 март 1996 г., Комисия/Германия (C-318/94, EU:C:1996:149, т. 13).

[17] Това се посочва в първата от шестте групи доводи, от които се състои писменото му становище, представено на Съда.

– според Комисията и словашкото правителство за прилагането на това изключение се изисква и състоянието на изключителност да не е причинено виновно от възлагащия орган.

39. Ако спорът трябваше да се разреши при действието на Директива 2014/24, несъмнено тезата на Комисията и словашкото правителство би се ползвала с предимство. Както съображение 50 от посочената директива, така и член 32, параграф 2, буква б) от нея изискват състоянието на изключителност да не е било създадено от възлагащия орган:

– съображение 50 от Директива 2014/24 гласи „[…] само случаите, когато обективно е налице само един икономически оператор, могат да обосноват използването на процедура на договаряне без обявление, ако това положение не е било създадено от самия възлагащ орган с оглед на бъдещата процедура за възлагане на обществена поръчка. […]“ [18],

– член 32, параграф 2, буква б), подточка iii) от Директива 2014/24 предвижда, че процедурата на договаряне без предварително обявление може да се използва, когато строителството, доставките или услугите могат да се осигурят само от конкретен икономически оператор поради закрила на „изключителни права, включително на права върху интелектуалната собственост“. Това изключение обаче се прилага само „когато не съществува достатъчно добра алтернатива или заместител и отсъствието на конкуренция не се дължи на изкуствено стесняване на параметрите на поръчката“.

40. Обратно, в член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18 не се посочва изрично какво значение може да има виновното причиняване на състоянието на изключителност от страна на възлагащия орган [19]. Мълчанието му обаче не означава, че възлагащият орган е свободен да причини по своя вина състоянието на изключителност.

41. Всъщност, както правилно подчертава запитващата юрисдикция, в това отношение Директива 2014/24 само предвижда изрично правило, което е съществувало имплицитно в предходните директиви в тази област [20]. Ето защо според нея „[…] правото на Съюза изисква причината, която налага обществената поръчка да се възложи само на определен икономически оператор в рамките на процедура на договаряне без предварително обявление в съответствие с член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18, *да не се дължи на възлагащия орган*. […]“. [21].

42. Ще възприема предпоставката, от която изхожда запитващата юрисдикция, по отношение на участието на възлагащия орган в създаването на обстоятелствата, довели до състоянието на изключителност. Считам, че причините за това са няколко.

[18] Този текст се предшества от следните съображения: „Предвид неблагоприятните им последици за конкуренцията процедурите на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка следва да се използват само при особено изключителни обстоятелства. Това изключение следва да се ограничава до случаите, когато публикуването е невъзможно поради изключително неотложни обстоятелства, предизвикани от събития, които нито могат да бъдат предвидени, нито се дължат на възлагащия орган, или когато поначало е ясно, че публикуването на обявление няма да доведе до по-голяма конкуренция или до по-добри резултати от поръчката, предимно защото обективно съществува само един икономически оператор, който може да изпълни поръчката. […] Наличието само на един икономически оператор може да се свързва и с други причини […]“.

[19] Тази липса контрастира с предвиденото в самия член 31, параграф 1, буква в) от Директива 2004/18: процедурата на договаряне без предварително обявление се разрешава при изключителна спешност, при условие че обстоятелствата, предявени с цел обосноваването ѝ, в никакъв случай *„не се дължат на възлагащия орган“*.

[20] Точка 22 от акта за преюдициално запитване.

[21] Точка 23 от акта за преюдициално запитване (курсивът е мой). Запитващата юрисдикция счита, че „тълкуването на правото на Съюза в това отношение представлява acte clair“, което твърдение според мен е преувеличено.

43. На първо място, основната причина е общата цел на правилата на Съюза в областта на обществените поръчки, която е „да се осигурят свободното движение на услуги и ненарушаването на конкуренцията във всички държави членки“ [22]. Именно използването на процедура на договаряне без предварително обявление е поведението на възлагащ орган, което нарушава най-тежко конкуренцията при възлагането на обществени поръчки.

44. На второ място, създаването от самите възлагащи органи на обстоятелствата, на които се позовават за използването на процедури за подбор на изпълнители, в които не се допуска участието на конкуренти, противоречи на тази цел.

45. На трето място, както посочих по-горе, извънредните обстоятелства, при които се разрешава използването на процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка, трябва да бъдат тълкувани стриктно въз основа на ограничителни критерии [23].

46. На четвърто място, ако се допусне, че възлагащият орган може да се възползва от състояние на изключителност, което самият той е предизвикал, би се стигнало до обръщане на логиката на член 31, параграф 1, буква б) Директива 2004/18. Според тази логика обстоятелствата, обосноваващи невъзможността да бъде използвана обичайната процедура (с обявление), са независещите от възлагащия орган, а не предизвиканите от него.

47. В крайна сметка, максимата nemo auditur propriam turpitudinem allegans (никой не може да се позовава на собственото си противоправно поведение) изключва възможността дадена страна да извлича облаги от своите неправомерни действия [24].

B. Преценка на състоянието на изключителност във връзка със спора

1. Първоначалният договор (1992 г.)

48. Според тезата на DGT, изложена в акта за преюдициално запитване, към момента на сключване на първоначалния договор (1992 г.) не е съществувала национална правна уредба за авторските правила и възлагането на обществени поръчки. Следователно не е било възможно да се предвиди правният режим, който в бъдеще ще се прилага в тази област, нито по какъв начин ще се развие националната съдебна практика. Не е могло да се предвиди и „че определянето на лицензионните условия за ADIS ще доведе впоследствие до спорно положение […]“ [25].

49. Запитващата юрисдикция споделя по същество и с малки разлики това становище. Тя приема, че през 1992 г. не е съществувала национална правна уредба за възлагането на обществени поръчки [26], което е позволило на Министерството на финансите да сключи

[22] Решение от 7 декември 2023 г., Община Разград (C-441/22 и C-443/22, EU:C:2023:970, т. 61).

[23] Решение от 11 септември 2014 г., Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, т. 49): „[…] процедурата на договаряне може да бъде използвана само при обстоятелствата, изчерпателно посочени в членове 30 и 31 от Директива 2004/18, и […] тя има извънреден характер спрямо откритата и ограничената процедура“.

[24] Съдът не допуска позоваване на неблагоприятни последици, предизвикани от собствени неправомерни действия. Вж. решение от 15 юни 2023 г., Bank M. (Последици от обявяването на договора за недействителен) (C-520/21, EU:C:2023: 478, т. 81).

[25] Точка 17 от акта за преюдициално запитване.

[26] Запитващата юрисдикция описва развитието на националното законодателство, изразяващо се в приемането на два закона за авторските права (закон за софтуерите) през 1965 г. и закон за възлагането на обществени поръчки през 1994 г.

договора за ADIS при договорените по онова време условия. Тя добавя, че възлагащият орган дори е „имал основания да смята, че последващите поръчки ще могат да се възлагат на същия изпълнител, без да е необходимо да осигурява възможност и на други икономически оператори да участват в състезателна процедура за изпълнението на необходимата услуга“ [27].

50. От своя страна нямам причини да не приема тези твърдения, които се отнасят до исторически период, в който просто не се е прилагало правото на Съюза, на който Чешката република все още не е била членка. Запитващата юрисдикция следва да определи фактическите и правните обстоятелства, при които е сключен първоначалният договор.

51. При това положение няма значение дали състоянието на изключителност, въз основа на което е сключен първоначалният договор през 1992 г., е предизвикано от възлагащия орган.

2. Новият договор (2016 г.)

52. Въпросът стои по-различно, ако се вземе предвид, че договорното отношение между чешките данъчни органи [28] и доставчика е продължило дълги години (от 1992 г. до 2016 г., за целите на настоящото производство).

53. В този период правните обстоятелства се променят, по-специално след присъединяването на Чешката република към Съюза през 2004 г. След присъединяването е било задължително директивите за обществените поръчки да се спазват „в съответствие с принципа на незабавно и цялостно прилагане на разпоредбите на правото на Съюза по отношение на новите държави членки“ [29].

54. Запитващата юрисдикция подчертава значението на новите правни обстоятелства и промяната в задълженията на възлагащия орган: тя посочва, че при възлагането на поръчката от DGT през 2016 г. са били в сила Закон 137/2006 и Директива 2004/18. Следователно се е изисквало DGT да не е причинила състоянието на изключителност, за да обоснове използването на процедури на договаряне без предварително обявление.

55. След тази констатация и прегледа на двете противоположни тези запитващата юрисдикция посочва в точка 32 от акта за преюдициално запитване, че:

– „[…] От 1992 г. до 2016 г. [DGT] (или неговият правен предшественик) е имал[а] възможност да договори нови условия на договора относно имуществените авторски права, така че да може да възлага свързаните с ADIS поръчки по някоя от по-отворените процедури за възлагане на обществени поръчки, или пък да открие процедура за възлагане на поръчка за нова информационна система дори с цената на временно увеличени разходи, което би могло да доведе до икономии в дългосрочен план.

– Поради това не може да се взема предвид фактическата обстановка към момента на сключване на първоначалния договор, след като състоянието на изключителност е продължило и след приемането на съответното законодателство в областта на

[27] Точка 29 от акта за преюдициално запитване.

[28] Приемам, че правоприемството между възлагащите органи (Министерство на финансите през 1992 г. и DGT през 2016 г.) е чисто формално: и двата органа са част от една и съща правителствена структура и вторият е подчинен на първия. DGT встъпва в правата и задълженията на Министерството на финансите.

[29] Решение от 6 декември 2017 г., Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, т. 37).

обществените поръчки в Чешката република. За да се прецени дали може да се използва процедурата на договаряне без обявление, трябва да се вземе предвид моментът, в който е взето решението за възлагане на поръчката по тази процедура […] [30]“.

56. Що се отнася до преценката на релевантните за разрешаването на спора фактически обстоятелства и националната правна обстановка, Съдът не би имал причина да не приеме тези съображения на запитващата юрисдикция. А що се отнася до съображенията, изложени в края на възпроизведената по-горе точка 32 от акта за преюдициално запитване, считам, че те съдържат правилно тълкуване на Директива 2004/18.

57. Отговорът на преюдициалния въпрос, който произтича от гореизложеното, е че за целите на настоящото производство е ирелевантно обстоятелството, че първоначалният договор е сключен преди присъединяването на Чешката република към Съюза. Обратно, релевантни са действията на възлагащия орган, извършени в периода от 2004 г. до 2016 г. Логично, най-ключовото от тях е сключването на новия договор през 2016 г.

58. Чешкото правителство обаче се опитва да изключи отговорността му за създаването на зависимостта от един-единствен доставчик, посочвайки, че преценката трябва да обхваща момента на сключването на първоначалния договор. Ако по онова време не е имало основания поведението му да се счита за незаконосъобразно, не би имало и основание за ангажиране на отговорността на възлагащия орган.

59. Не споделям това становище:

– Както посочих по-горе, задължението на държавите членки действията им да са съобразени с правото на Съюза се поражда с присъединяването им към Съюза. От този момент нататък възлагащият орган като държавен орган е длъжен да гарантира спазването на правилата на Съюза в областта на възлагането на обществени поръчки, сред които е Директива 2004/18. В този контекст няма значение дали неизпълнението на задължения от страна на държавните данъчни органи е свързано с действие или бездействие [31].

– За преценката на поведението на възлагащия орган не е необходимо състоянието на изключителност да е създадено от него с *пряк умисъл* [32]. Достатъчно е, че като е игнорирал задължението си да преустанови съществуващото към момента на сключване на новия договор състояние на изключителност (създадено от самия него или от неговия правен предшественик), възлагащият орган е нарушил, както при първоначалния договор, конкуренцията при възлагането на поръчката.

60. От друга страна, макар да признава, че в случай като настоящия трябва да се вземат решения, които позволяват да се преустанови зависимостта от конкретен доставчик, чешкото правителство предлага да се приеме *разумно решение*, като под такова разбира това, което е икономически най-изгодно и осигурява безпроблемното функциониране на

[30] В подкрепа на това съображение тя цитира решение от 5 октомври 2000 г., Комисия/Франция (C-337/98, EU:C:2000:543, т. 37).

[31] В писменото си становище чешкото правителство многократно се позовава на *действия* на възлагащия орган (поведение, действия, създадено положение, причинено състояние на изключителност, определяне на условията на новия договор във връзка с първоначалния). То не посочва обаче неговото *бездействие* за сключването на новите договори в съответствие с правото на Съюза.

[32] Чешкото правителство нееднократно подчертава, че поведението на възлагащия орган във връзка със състоянието на изключителност трябва да е *умишлено* (т. 11, 12, 14, 15, 16, 17 и 18 от писменото му становище).

важните информационни системи на националната администрация. Според него тези фактори обосновават в настоящия случай използването на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка [33].

61. Не съм съгласен и с този довод, макар и да разбирам проблемите, с които възлагащият орган в действителност се е сблъскал през 2016 г. Данъчните органи, подобно на останалите държавни органи, не могат да се позовават на практически, административни или икономически затруднения [34], за да обосноват неизпълнението на предписаните от дадена директива задължения, тъй като държавите членки трябва да ги преодолеят, като приемат подходящите мерки [35].

62. Чешкото правителство застъпва и друга теза в защита на действията на възлагащия орган, според която той се е опитал да постигне независимост от доставчика чрез придобиване на авторските права, но не е успял поради отказа на последния [36].

63. Такъв довод не може да се приеме, като се има предвид, че възлагащият орган е разполагал с достатъчно време, от 2004 г. (до 2016 г.), за да преодолее отказа на IBM. При продължилото десетилетия състояние на изключителност той е трябвало да предприеме действия, с които да се освободи от зависимостта си от доставчика, като потърси оферти от други оператори, което, изглежда, не е направил. В този смисъл е становището на запитващата юрисдикция [37], което отново споделям.

64. Освен това от акта за преюдициално запитване не личи възлагащият орган да е направил *сериозни* опити да намери нови доставчици, които да му позволят да преустанови положението на зависимост, в което се е намирал. Съгласно практиката на Съда възлагащият орган трябва „да направи сериозно проучване“ за европейски предприятия, които могат да доставят (или евентуално да заменят) определена компютърна програма [38].

65. Като излага проблема със зависимостта при информационните технологии, Комисията предлага на възлагащите органи някои алтернативи [39], с които да преодолеят ограничаването на конкуренцията при възлагането на обществени поръчки като разглежданата в случая.

[33] Точка 30 от писменото становище на чешкото правителство.

[34] Пречките, които чешкото правителство изтъква, са предимно икономически (т. 26 и 27 от писменото му становище). Обратно, запитващата юрисдикция твърди, че евентуалното непосредствено увеличение на разходите ще се компенсира с икономии в дългосрочен план, произтичащи от създаването на конкуренция между оферентите. В Съобщението от 2013 г. Комисията посочва неудобствата, произтичащи от зависимостта от един-единствен доставчик на информационни технологии. Тя подчертава, че такава зависимост не поражда само други проблеми (съществува риск даден производител да прекрати поддръжката на система или някои нейни елементи), но може и да засегне новаторството и да доведе до прекомерни цени, върху които други оператори от сектора не упражняват конкурентен натиск.

[35] Решение от 18 октомври 2012 г., Комисия/Обединено кралство (C-301/10, EU:C:2012:633, т. 66).

[36] Точка 31 от писменото становище на чешкото правителство, което препраща към доводите на DGT, изложени пред касационния съд, възпроизведени в точка 10 от акта за преюдициално запитване.

[37] Точка 32 от акта за преюдициално запитване, възпроизведена в точка 55 от настоящото заключение.

[38] Вж. решение от 15 октомври 2009 г., Комисия/Германия (C-275/08, EU:C:2009:632, т. 63). В посоченото дело става въпрос за компютърна програма за централизирано управление на регистрацията на превозни средства.

[39] В Съобщението от 2013 г., параграф 3, се посочва, че „[и]зползването на ИКТ системи, основани на стандарти, вместо затворени технологични решения ще помогне за отварянето на рестриктивните практики при възлагането на обществени поръчки, тъй като стандартите предоставят основни познания за дадена система на всички, което означава, че други потенциални доставчици могат да поддържат или развиват системата при по-конкурентни условия“.

66. Въпреки че чешките органи твърдят, че са въвели процедури за предварителен контрол с цел посочената в Съобщението от 2013 г. борба срещу зависимостта [40], договорът, за който се отнася настоящото преюдициално запитване, затвърждава съществуващото състояние на изключителност, без да го променя. Следователно възлагащият орган носи отговорност чрез действия или бездействие за запазването през 2016 г. на създаденото от неговия правен предшественик състояние на изключителност, което е трябвало да му попречи да използва процедурата на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка.

67. Накрая, трябва да се припомни, че Съдът вече се е произнесъл относно необходимостта от възлагане на обществени поръчки като разглежданата в случая в условията на конкуренция, като е приел, че за тях се прилагат общите правила за възлагането на обществени поръчки: „[…] когато възнамерява да организира процедура за възлагане на обществени поръчки, за да осигури поддръжката, приспособяването или разработването на софтуер, придобит от икономически оператор, възлагащият орган трябва да следи за предоставянето на достатъчно информация на потенциалните кандидати и оференти, за да се даде възможност за развитието на ефективна конкуренция на вторичния пазар на поддръжката, приспособяването или разработването на посочения софтуер“ [41].

V. Заключение

68. С оглед на гореизложеното предлагам да се отговори на Nejvyšší správní soud (Върховен административен съд) по следния начин:

„Член 31, параграф 1, буква б) от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги

следва да се тълкува в смисъл, че

възлагащият орган не може да причини виновно състояние на изключителност, с което да обоснове използването на процедура на договаряне без предварително публикуване на обявление за поръчка.

Когато възлагащият орган сключва нов договор, за който се прилага Директива 2004/18, е ирелевантно, че състоянието на изключителност произтича от първоначален договор, сключен от органите на държава членка преди присъединяването ѝ към Европейския съюз. При преценката на поведението на възлагащия орган във връзка с новия договор трябва да се вземе предвид фактическата и правната обстановка към момента на сключването му“.

[40] Това твърди чешкото правителство, по-конкретно в точки 32—35 от писменото му становище, посочвайки, че е създало специализирана служба и работна група за борба срещу зависимостта при възлагането на обществени поръчки за услуги в областта на информационните технологии. То добавя, че тези „системни мерки“ са приложени на практика при сключването на договора от 2016 г.

[41] Решение от 28 май 2020 г., Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, т. 74).