Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 26. septembra 2024[1]

Zadeva C-578/23

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče, Češka republika))

„Predhodno odločanje – Javno naročanje – Direktiva 2004/18 – Člen 31 – Postopek s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu – Pogoji – Varovanje izključnih pravic – Položaj ekskluzivnosti, ki je pripisljiv naročniku – Naročilo, sklenjeno pred pristopom države članice k Evropski uniji – Čas, v katerem je treba presojati dejanske in pravne okoliščine naročila“

1. Leta 1992 je ministrstvo za finance Češke republike[2] določenemu podjetju[3] neposredno oddalo javno naročilo za uvedbo informacijskega sistema davčne uprave, imenovanega ADIS. Družba IBM je bila imetnica avtorskih pravic na izvorni kodi programa, tako da je bila uporaba in posodabljanje računalniškega sistema odvisna od njenega sodelovanja.

2. Leta 2016 se je organ, pristojen za davčno upravo v Češki republiki, odločil oddati naročilo za osnovni pogarancijski servis aplikacije ADIS, ki ga je družbi IBM prav tako oddal z uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu.

3. Sklenitev tega novega naročila je povzročila spor med dvema organoma Češke republike: organa, odgovornega za davčno upravo, na eni strani in organa, pristojnega za nadzor zakonitosti javnih naročil, na drugi strani. Po mnenju zadnjenavedenega naj bi bila neposredna oddaja naročila nezakonita.

4. Sodišče, ki mora odločati na zadnji stopnji, dvomi o tem, ali novo naročilo spada pod člen 31(1)(b) Direktive 2004/18/ES,[4] o razlagi katerega sprašuje Sodišče. Izvedeti želi, ali mora v okviru presoje enega od pogojev za uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu presojati o dejanskih in pravnih okoliščinah, ki so obstajale v času prvotnega naročila (1992), ali o tistih v času novega naročila (2016).

[1] Jezik izvirnika: španščina.

[2] Češka republika in Slovaška republika sta se razdružili 1. januarja 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Leta 1992 je bila ta družba edini družbenik družbe IBM Česká republika, spol. s r. o. V nadaljevanju jo bom izmenično imenoval „IBM“ ali „ponudnik“.

[4] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

5. V ozadju spora je splošen problem *vezanosti* javnih uprav, ki so pri uporabi informacijskih tehnologij odvisne od enega ponudnika. Komisija je leta 2013 objavila Sporočilo,[5] v katerem je izpostavila težave navedenih uprav pri zamenjavi ponudnika.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2004/18

6. Člen 28 („Uporaba odprtih in omejenih postopkov, postopkov s pogajanji ter konkurenčnega dialoga“) določa:

„Pri oddaji javnih naročil morajo naročniki uporabljati nacionalne postopke, ki so prilagojeni namenom te direktive.

Naročniki morajo javna naročila oddati ob uporabi odprtega ali omejenega postopka V posebnih razmerah, ki so izrecno določene v členu 29, lahko naročniki oddajo svoja javna naročila s pomočjo konkurenčnega dialoga. V posebnih primerih in razmerah, izrecno navedenih v členih 30 in 31, lahko uporabijo postopek s pogajanji z ali brez predhodne objave.“

7. Člen 31 („Primeri, v katerih je upravičen postopek s pogajanji brez predhodne objave“) določa:

„Naročniki lahko oddajo javno naročilo v postopku s pogajanji
brez predhodne objave obvestila o naročilu v naslednjih primerih:

(1) za javna naročila gradenj, javna naročila blaga in javna naročila storitev:

[…]

(b) kadar se iz bodisi tehničnih bodisi umetniških razlogov ali
iz razlogov, ki so povezani z varovanjem izključnih pravic, lahko javno naročilo odda samo določenemu gospodarskemu subjektu;

(c) v kolikor je brezpogojno potrebno, če iz razlogov izredne nujnosti, ki so jo narekovali dogodki, ki jih naročnik ni mogel predvideti, ni mogoče upoštevati roka za odprti in omejeni postopek ali postopek s pogajanji po predhodni objavi iz člena 30. Okoliščine, zaradi katerih je skrajno nujen primer nastal, ne smejo v nobenem primeru biti takšne, da bi jih lahko pripisali naročniku;

[…]“.

[5] Sporočilo Komisije z dne 25. junija 2013, Proti vezanosti na ponudnika: vzpostavitev odprtih sistemov IKT [informacijske in komunikacijske tehnologije] z boljšo uporabo standardov pri javnem naročanju (COM (2013) 455 final) (v nadaljevanju: Sporočilo iz leta 2013).

B. Češko pravo. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. V skladu s členom 21(2) lahko naročnik odda javno naročilo v odprtem ali omejenem postopku in, če so izpolnjeni določeni pogoji, tudi v postopku s pogajanji po predhodni objavi obvestila o naročilu ali v postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu.

9. V skladu s členom 23(4)(a) lahko naročnik odda javno naročilo s postopkom s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu tudi, kadar bi lahko iz tehničnih ali umetniških razlogov, varstva ekskluzivnih pravic ali na podlagi posebnih predpisov naročilo izvedel samo določen gospodarski subjekt.

II. Dejansko stanje, spor in vprašanje za predhodno odločanje

10. Ministrstvo za finance Češke republike je 29. junija 1992 z družbo IBM sklenilo naročilo za vključitev informacijskega sistema ADIS za davčno upravo.

11. Leta 2013 je naloge ministrstva za finance v zvezi z davčno upravo pod njegovim nadzorom prevzela Česká republika – Generální finanční ředitelství (generalni direktorat za davke, Češka republika; v nadaljevanju: DGT).

12. DGT je 1. marca 2016 začel postopek s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu za oddajo novega naročila, imenovanega „Základní pozáruční Servis aplikace ADIS v r. 2016“, katerega namen je bil zagotoviti osnovni pogarancijski servis za aplikacijo ADIS. [7]

13. DGT se je za uporabo te oblike naročila skliceval na tehnične razloge in na varstvo pravic intelektualne lastnine dobavitelja na izvorni kodi aplikacije ADIS. [8]

14. DGT je 20. maja 2016 družbi IBM oddal novo naročilo.

15. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (urad za varstvo konkurence, Češka republika, v nadaljevanju: Úřad) je 9. oktobra 2017 ugotovil, da je DGT z uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu kršil člen 23(4)(a) zakona 137/2006.

16. Po mnenju Úřad DGT ni dokazal, da bi lahko novo javno naročilo iz tehničnih razlogov izvedla le družba IBM. Poleg tega naj bi potreba po varstvu izključnih pravic tega ponudnika izhajala iz predhodnega ravnanja ministrstva za finance.

17. DGT je zoper odločbo z dne 9. oktobra 2017 vložil pritožbo pri predsedniku Úřad, ki jo je zavrnil. [9]

[6] Zakon 137/2006 o javnih naročilih (v nadaljevanju: zakon 137/2006) v različici, ki se uporablja za dejansko stanje.

[7] Čeprav mora to preveriti predložitveno sodišče, se zdi, da je novo naročilo vključevalo vzdrževanje in morebitno popravilo aplikacije ADIS. Cena naročila je znašala 33.294.389 čeških kron (CZK) brez DDV.

[8] V skladu s trditvami DGT, povzetimi v predložitveni odločbi (točka 2), brez povezave s temeljnimi in drugimi moduli ni mogoče samostojno delovanje modulov, njihovo upravljanje niti razvoj; modulov ni mogoče ločiti; vsebina naročila se nanaša na obstoječe module. Ker je bila storitev osnovni servis aplikacije ADIS, ki ga je ustanovil in razvil ponudnik, imetnik licenčnih pravic, naj bi bilo zaradi zahtev glede tehnične kontinuitete potrebno, da ta zagotavlja njeno vzdrževanje in razvoj.

[9] Pritožba je bila zavrnjena z obrazložitvijo, da je bilo ministrstvo za finance, predhodnik DGT, odgovorno za položaj ekskluzivnosti (ki se jo razume kot potrebo, da lahko naročilo izvede izključno ponudnik), saj je ponudniku dovolilo ohranitev avtorskih pravic.

18. DGT je zoper odločbo predsednika Úřad vložil tožbo pri Krajský soud v Brně (okrožno sodišče v Brnu, Češka republika), ki je tožbo zavrnilo z obrazložitvijo, da pogoji iz člena 23(4)(a) zakona št. 137/2006 niso bili izpolnjeni, ker:

– je bilo na dan oddaje prvotnega naročila mogoče predvideti potrebo po storitvi stalnega vzdrževanja aplikacije ADIS, ki je dolgoročno zasnovan sistem za področje (obdavčitve), ki se stalno spreminja;

– pri tem ne igra vloge, da v času podpisa prvotnega naročil noben predpis ni določal obveznosti izbire ponudnika s postopkom objave javnega naročila niti v kakšnem obsegu bi morale biti regulirane avtorske pravice v zvezi z aplikacijo ADIS. Pogoje za poznejšo oddajo naročila je treba presojati glede na zakonodajo, ki je veljala v času te oddaje;

– ni potrebno, da bi prvotni naročnik ravnal z namenom, da bi pozneje zaobšel zakon 137/2006;

– tudi če bi DGT lahko dokazal, da ne obstaja drug gospodarski subjekt kot družba IBM, ki bi bil sposoben izvesti naročilo, to ne bi spremenilo tega, da položaj ekskluzivnosti izhaja iz dejanj ministrstva za finance. Dokaz o spoštovanju formalnega pogoja (to je tehničnih razlogov in razloga v zvezi z varstvom avtorskih pravic ponudnika) bi bil torej neupošteven, ker vsebinski pogoj (nevzpostavitev ekskluzivnega položaja s strani samega naročnika) ni izpolnjen.

19. DGT je pri Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče, Češka republika) zoper to sodbo vložil kasacijsko pritožbo, v kateri je, če se povzame, trdil:

– na dan sklenitve prvotnega naročila je bil ponudnik edini, ki je lahko zagotovil potrebne storitve (dobava strežnikov z lastnim operacijskim sistemom ter zagotavljanje vzdrževanja in nadzora na daljavo). Iz tehničnih razlogov ni bilo mogoče najti drugega;

– ministrstvo za finance ni moglo razumno domnevati, da bodo za nadaljnje delovanje aplikacije ADIS potrebna druga dejanja;

– v prvotnem naročilu so bile avtorske pravice ustrezno opredeljene. Takrat ni bilo mogoče pridobiti popolnega prenosa teh pravic v zvezi z aplikacijo ADIS, saj so ponudnik in njegovi partnerji del njenih elementov tržili po vsem svetu. Veljavna zakonodaja je bila torej spoštovana. Če ministrstvo za finance ni moglo vedeti, katere bodoče pravne določbe bodo z njegovimi dejanji kršene, pa načelo pravne varnosti preprečuje, da bi se štelo, da je bila storjena napaka, ki jo je mogoče naprtiti DGT;

– ministrstvo za finance ob sklenitvi prvotnega naročila tudi ni moglo vedeti, kako se bo razvijal davčni sistem. Torej ni vedelo, ali bo treba posegati v apliakcijo ADIS in ali se bo še naprej uporabljala. Ni imelo nobenega razloga, da bi uredilo avtorske pravice, da bi postalo povsem neodvisno od ponudnika;

– če bi se danes začel postopek javnega naročanja za dobavo novega informacijskega sistema, bi bil DGT izpostavljen nesmotrnemu ravnanju s sredstvi, vloženimi v aplikacijo ADIS, ter nedonosnemu in nerazumnemu upravljanju;

– DGT se je leta 2015 poskušal osvoboditi odvisnosti od ponudnika s pridobitvijo avtorskih pravic v zvezi z aplikacijo ADIS. Ker jih ponudnik ni želel prenesti niti takrat niti v naslednjih treh letih, DGT ni imel druge možnosti, kot da izvede postopek s pogajanji brez predhodne

objave obvestila o javnem naročilu. V nasprotnem primeru bi bila aplikacija ADIS neuporabna in davčna uprava ne bi mogla izvajati svojih nalog;

– skratka, DGT naj bi pred začetkom postopka oddaje novega naročila sprejel vse potrebne ukrepe za ustrezno izvedbo postopka iz člena 23(4)(a) zakona št. 137/2006, kar je potrdilo več izvedenskih, tehničnih in pravnih mnenj.

20. Úřad je v odgovoru na kasacijsko pritožbo navedel:

– DGT je na podlagi ekskluzivnosti prvotnega naročila iz leta 1992 vsaj do konca leta 2019 razvijal aplikacijo ADIS v postopkih s pogajanji brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu;

– izvedensko mnenje ne dokazuje, da je bil izbrani subjekt iz tehničnih razlogov edini možni ponudnik sistema. Dokazan ni bil noben položaj ekskluzivnosti, ki bi ga bilo mogoče pojasniti z varstvom avtorskih pravic;

– predmet storitve je bila vzpostavitev sistema davčne uprave v treh fazah, prvotno naročilo pa se je nanašalo le na prvo fazo. DGT je vedel, da bodo prvotnemu naročilu sledila druga;

– opis in predmet aplikacije ADIS kažeta, da gre za trden sistem, ki mora delovati dolgoročno. Bilo je torej očitno, da bo za to potrebna vsaj tehnična pomoč;

– niti ministrstvo za finance niti pozneje DGT se nista odzvala na razvoj zakonodaje, temveč sta sprejela razlago naročila in zakona 137/2006, ki je omogočala ohranitev sistema brez objave javnega naročila.

21. Predložitveno sodišče dvomi o tem, ali je izpolnjen eden od pogojev, ki jih opredeljuje kot *vsebinske* (in sicer da javni naročnik ni povzročil položaja ekskluzivnosti) za uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu. Izvedeti želi, ali mora v ta namen presojati o dejanskih in pravnih okoliščinah, ki so obstajale ob sklenitvi prvotnega naročila.

22. V teh okoliščinah Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče) Sodišču postavlja to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali je treba pri presoji, ali je izpolnjen vsebinski pogoj za uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, to je, ali ni naročnik s svojim ravnanjem ustvaril položaja ekskluzivnosti v smislu člena 31(1)(b) [Direktive 2004/18], upoštevati pravne in dejanske okoliščine, v katerih je bilo sklenjeno prvotno naročilo storitev, iz katerega izhajajo nadaljnja javna naročila?“

III. Postopek pred Sodiščem

23. Sodno tajništvo Sodišča je predlog za sprejetje predhodne odločbe prejelo 19. septembra 2023.

24. Češka in slovaška vlada ter Evropska komisija so predložile pisna stališča.

25. Sodišče je presodilo, da izvedba obravnave ni potrebna.

IV. Presoja

26. Spor, o katerem mora odločiti predložitveno sodišče, izvira iz naročila za dobavo informacijskih storitev, ki je bilo brez konkurenčnega postopka sklenjeno leta 1992, preden je Češka republika pristopila k Evropski uniji, ko je bilo tako ravnanje zakonito glede na nacionalno pravo.

27. V tem prvotnem naročilu so bile ponudniku podeljene pravice, s katerimi je bil postavljen v položaj ekskluzivnosti glede razvoja in vzdrževanja vzpostavljenega informacijskega sistema.

28. Po mnenju DGT so po pristopu Češke republike k Uniji izključne avtorske pravice ponudnika leta 2016 upravičevale sklenitev novega naročila[10] o osnovnem pogarancijskem servisu informacijskega sistema z uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu, določenega v členu 31(1)(b) Direktive 2004/18.

A. Direktiva, ki se uporablja

29. Predložitveno sodišče prosi za razlago Direktive 2004/18, in ne Direktive 2014/24/EU,[11] s katero je bila prva razveljavljena.

30. Načeloma je treba uporabiti tisto direktivo, ki je veljala takrat, ko je javni naročnik izbral vrsto postopka, ki ga bo uporabil.[12]

31. V predložitveni odločbi je navedeno, da je DGT postopek oddaje novega naročila začel 1. marca 2016. Datum je torej pred iztekom roka za prenos Direktive 2014/24, ki je v skladu s členom 90(1) te direktive 18. april 2016.

32. V tem primeru bi se *ratione temporis* uporabljala Direktiva 2004/18. Ta okoliščina pa ne preprečuje, da bi se za razlago pravil Direktive 2004/18 upoštevala ureditev Direktive 2014/24 kot element nasprotovanja ali potrditve.

B. Člen 31(1)(b) Direktive 2004/18 in položaj ekskluzivnosti, ki ga povzroči naročnik

33. V skladu s členom 31(1)(b) Direktive 2004/18 morata biti za uporabo neposrednega postopka, ki ga ureja, izpolnjena dva kumulativna pogoja: (a) bodisi tehnični bodisi umetniški razlogi ali razlogi, ki so povezani z varovanjem izključnih pravic, in (b) da je iz teh razlogov javno naročilo absolutno nujno oddati določenemu podjetju.

[10] Torej ni šlo zgolj za podaljšanje ali spremembo prvotnega naročila.

[11] Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

[12] Sodba z dne 14. januarja 2021, RTS infra in Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, točka 23).

34. Podobna formulacija tega člena se je pojavila že v drugih direktivah o javnem naročanju, ki so veljale pred Direktivo 2004/18.[13] Sodišče jih je razlagalo v okviru tožb zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jih je Komisija vložila zoper posamična dejanja držav članic v zvezi z naročili, za katere je veljala Direktiva 71/305[14] ali Direktiva 93/37,[15] ki so bila sklenjena po postopku s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu.

35. V sodni praksi, sprejeti v okviru razlage navedenih dveh in nadaljnjih direktiv, je bilo dosledno poudarjeno, da je treba določbe v zvezi s postopki s pogajanji brez predhodne objave razlagati ozko in da dokazno breme glede izrednih okoliščin, ki upravičujejo izjemo, nosi naročnik.[16]

36. Predložitveno sodišče razlikuje med „formalnimi pogoji“ in „vsebinskimi pogoji“, ki se zahtevajo za uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu. Po njegovem mnenju:

– formalni pogoji zahtevajo, da je izpolnjen razlog, povezan z varovanjem izključnih pravic, in da se iz tega razloga lahko javno naročilo odda samo določenemu gospodarskemu subjektu;

– vsebinski pogoji naj bi zahtevali, da naročnik ni mogel predvideti teh formalnih pogojev niti mu ni mogoče pripisati odgovornosti za njihov obstoj.

37. V resnici so pogoji, ki jih predložitveno sodišče opredeljuje kot *formalne pogoje*, tisti, ki ustrezajo dobesedni vsebini člena 31(1)(b) Direktive 2004/18. Tisti, ki jih opredeljuje kot *vsebinske pogoje*, gredo dlje, saj se nanašajo na pogoje, ki niso izrecno vsebovani v tej določbi.

38. V razpravi se je osredotočilo na *vsebinski pogoj*, to je, da naročnik ni povzročil položaja ekskluzivnosti. Stališča udeležencev v postopku predhodnega odločanja so deljena:

– po mnenju češke vlade se odstopanje iz člena 31(1)(b) Direktive 2004/18 uporablja, če so samo izpolnjeni objektivni pogoji, ki so v njem navedeni;[17]

– Komisija in slovaška vlada menita, da se za navedeno odstopanje poleg tega zahteva, da naročnik ni povzročil položaja ekskluzivnosti.

[13] Direktiva Sveta 71/305/EGS z dne 26. julija 1971 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj (UL 1971, L 185, str. 5) in Direktiva Sveta 93/37/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil za gradnje (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 2, str. 163).

[14] Sodba z dne 18. maja 1995, Komisija/Italija (C-57/94, EU:C:1995:150, točka 23).

[15] Sodba z dne 14. septembra 2004, Komisija proti Italiji (C-385/02, EU:C:2004:522, točki 19 in 20).

[16] Glej zlasti sodbo z dne 14. septembra 2004, Komisija/Italija (C-385/02, EU:C:2004:522, točka 19): „Člen 7(3) Direktive [93/37], ki dopušča izjeme od predpisov, namenjenih zagotavljanju učinkovitosti pravic, ki jih na področju javnih naročil podeljuje Pogodba ES, je treba razlagati ozko: dokazno breme za to, da izredne okoliščine, ki opravičujejo izjemo, dejansko obstajajo, nosi tisti, ki se želi nanj sklicevati“. Kot primere te razlage navaja sodbi z dne 18. maja 1995, Komisija/Italija (C-57/94, EU:C:1995:150, točka 23), in z dne 28. marca 1996, Komisija/Nemčija (C-318/94, EU:C:1996:149, točka 13).

[17] To navaja v prvem od šestih sklopov trditev, ki sestavljajo njena pisna stališča pred Sodiščem.

39. Če bi bilo treba o sporu odločiti v okviru ureditve iz Direktive 2014/24, bi nedvomno prevladalo stališče Komisije in slovaške vlade. Tako uvodna izjava 50 navedene direktive kot njen člen 32(2)(b) uvajata predvidevanje, da ekskluzivnosti ni ustvaril naročnik:

– v uvodni izjavi 50 Direktive 2014/24 je navedeno, da „[…] uporabo postopka s pogajanji brez objave lahko upraviči le objektivna ekskluzivnost, če ekskluzivnosti ni ustvaril javni naročnik sam zaradi prihodnjega postopka javnega naročanja. […]“;[18]

– člen 32(2)(b)(iii) Direktive 2014/24 določa, da se postopek s pogajanji brez predhodne objave lahko uporablja, če lahko gradnje, blago ali storitve „za zaščito izključnih pravic, vključno s pravicami intelektualne lastnine“ zagotovi samo določeni gospodarski subjekt. Toda to odstopanje se uporablja le, „če ni ustrezne alternative ali nadomestila in če odsotnost konkurence ni posledica umetnega omejevanja parametrov javnega naročila“.

40. Nasprotno pa v Direktivi 2004/18 v členu 31(1)(b) ni izrecno naveden vpliv, ki bi ga lahko imelo pripisovanje ekskluzivnosti naročniku.[19] Ta nenavedba pa ne pomeni, da naročnik sme sam ustvariti položaj ekskluzivnosti.

41. Kot namreč pravilno poudarja predložitveno sodišče, se je z Direktivo 2014/24 zgolj izrecno izrazilo pravilo, ki je implicitno že obstajalo v prejšnjih direktivah na tem področju.[20] Tako meni, da „[…] pravo Unije zahteva, da razlog, zaradi katerega je treba javno naročilo oddati ekskluzivno določenemu gospodarskemu subjektu v okviru postopka s pogajanji brez objave v skladu s členom 31(1)(b) Direktive 2004/18, *ni na strani naročnika*. […]“.[21]

42. Kot predpostavko bom uporabil enako predpostavko kot predložitveno sodišče glede posredovanja naročnika v okoliščine, ki so odločilne za položaj ekskluzivnosti. Po mojem mnenju je v prid temu več razlogov.

43. Na prvem mestu, kot ozadje, splošni cilj pravil Unije na področju javnih naročil je „zagotoviti prosti pretok storitev in vzpostaviti neizkrivljeno konkurenco v vseh državah članicah“.[22] Prav uporaba postopka s pogajanji brez predhodne objave je ravnanje naročnika, ki huje ogroža odpiranje javnih naročil konkurenci.

44. Na drugem mestu, bilo bi v nasprotju s tem ciljem, če bi naročniki sami ustvarili okoliščine, ki bi jih uveljavljali za uporabo postopkov izbire izvajalcev, pri katerih konkurenti ne smejo sodelovati.

[18] Pred tem je navedeno naslednje: „Zaradi škodljivih učinkov na konkurenco bi se morali postopki s pogajanji brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu uporabljati samo v zelo izjemnih okoliščinah. Ta izjema bi morala biti omejena na primere, v katerih objava ni mogoča zaradi skrajne nujnosti, nastale kot posledica dogodkov, ki jih javni naročnik ni mogel predvideti in mu zanje ni mogoče pripisati odgovornosti, ali v katerih je že na samem začetku jasno, da objava ne bo spodbudila konkurence ali boljših rezultatov naročanja, nenazadnje zato, ker objektivno obstaja le en gospodarski subjekt, ki lahko izvede javno naročilo. […] Za ekskluzivnost so lahko tudi drugi razlogi […]“.

[19] Opustitev je v nasprotju s tem, kar določa člen 31(1)(c) same Direktive 2004/18: postopek s pogajanji brez predhodne objave je dovoljen iz razlogov izredne nujnosti, če okoliščine, zaradi katerih je skrajno nujen primer nastal, ne smejo v nobenem primeru biti takšne, da bi jih „*lahko pripisali naročniku*“.

[20] Točka 22 predložitvene odločbe.

[21] Točka 23 predložitvene odločbe (moj poudarek). Predložitveno sodišče meni, da „je razlaga prava Unije v zvezi s tem *acte clair*“, kar menim, da je pretirano.

[22] Sodba z dne 7. decembra 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 in C-443/22, EU:C:2023:970, točka 61).

45. Na tretjem mestu, kot sem že navedel, je treba izredne okoliščine, ki dovoljujejo postopke s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, razlagati ozko, in sicer na podlagi omejitvenih meril.[23]

46. Na četrtem mestu, dopustiti, da bi lahko naročnik izkoristil položaj ekskluzivnosti, ki ga je povzročil sam, bi obrnilo logiko člena 31(1)(b) Direktive 2004/18. V skladu s to logiko so okoliščine, ki utemeljujejo nezmožnost uporabe rednega postopka (z objavo), tiste, ki niso povezane z naročnikom, ne pa tiste, ki jih je on povzročil.

47. Nazadnje, načelo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* prepoveduje, da bi stranka imela korist od svojega nezakonitega ravnanja.[24]

C. Presoja ekskluzivnosti v zvezi s sporom

1. Prvotno naročilo (1992)

48. V skladu s trditvijo DGT, navedeno v predložitveni odločbi, ob sklenitvi prvotnega naročila (1992) nobena nacionalna zakonodaja ni urejala avtorskih pravic ali javnih naročil. Prihodnje pravne ureditve, ki se uporablja na tem področju, naj torej ne bi bilo mogoče predvideti, prav tako pa tudi ne, kako naj bi se razvijala nacionalna sodna praksa. Prav tako naj ne bi bilo predvidljivo, „da bi opredelitev pogojev za podelitev licenc za aplikacijo ADIS pozneje privedla do spornega položaja […]“.[25]

49. Predložitveno sodišče se s tem stališčem v bistvu in z nekaj odstopanji strinja. Sprejema, da leta 1992 ni bilo nobene nacionalne zakonodaje o oddaji javnih naročil,[26] kar je ministrstvu za finance omogočilo sklenitev naročila v zvezi z aplikacijo ADIS pod pogoji, ki so bili takrat dogovorjeni. Dodaja, da je lahko naročnik celo „upravičeno domneval, da bo tudi naročila, ki bodo sledila prvotnemu naročilu, mogoče oddati istemu ponudniku, ne da bi bilo treba dati tudi drugim možnost, da se potegujejo za izvajanje potrebnih storitev“.[27]

50. Z ničimer ne bi mogel nasprotovati tem trditvam, ki napotujejo na obdobje v zgodovini, ko pravo Unije, katere članica Češka republika ni bila, preprosto ni prišlo v poštev. Predložitveno sodišče mora opredeliti dejansko stanje in pravni okvir sklenitve prvotnega naročila.

51. V teh okoliščinah ni pomembno, ali je ekskluzivnost, na podlagi katere je bilo prvotno naročilo podpisano leta 1992, povzročil naročnik.

[23] Sodba z dne 11. septembra 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, točka 49: „[…] je postopek s pogajanji mogoče izvesti le v okoliščinah, ki so izčrpno navedene v členih 30 in 31 Direktive 2004/18, in […] je ta postopek v primerjavi z odprtimi in omejenimi postopki izjemen“.

[24] Sodišče je pozorno na pripis neugodnih posledic lastni neizpolnitvi obveznosti. Glej sodbo z dne 15. junija 2023, Bank M. (Posledice razglasitve ničnosti pogodbe, C-520/21, EU:C:2023:478, točka 81)

[25] Točka 17 predložitvene odločbe.

[26] Predložitveno sodišče opisuje razvoj nacionalnega prava, ki se odraža v sprejetju dveh zakonov o avtorskih pravicah (zakon, ki se uporablja za programsko opremo) leta 1965 in o javnih naročilih leta 1994.

[27] Točka 29 predložitvene odločbe.

2. Novo naročilo (2016)

52. Pogled se spremeni, če upoštevamo dejstvo, da se je pogodbeno razmerje med češkimi davčnimi organi [28] in ponudnikom mnogo let podaljševalo (med letoma 1992 in 2016 za namene, ki so tukaj pomembni).

53. V tem obdobju se je pravni okvir spremenil, zlasti odkar je Češka republika leta 2004 pristopila k Uniji. Od pristopa se je bilo treba uskladiti z direktivami o javnih naročilih „v skladu z načelom takojšnje in celovite uporabe določb prava Unije za nove države članice“. [29]

54. Predložitveno sodišče poudarja pomen novega okvira in spremembo dolžnosti naročnika: poudarja, da sta bila, ko je DGT leta 2016 oddal naročilo, v veljavi zakon 137/2006 in Direktiva 2004/18. Zato je za DGT veljala zahteva, da s svojim ravnanjem ne sme ustvariti položajev ekskluzivnosti, da bi upravičil uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave.

55. Na podlagi te ugotovitve in po preučitvi obeh zadevnih trditev predložitveno sodišče v točki 32 predložitvenega sklepa ugotavlja:

– „[…] Od leta 1992 do leta 2016 bi se lahko [DGT] (oziroma njegov pravni predhodnik) pogajal o novih pogodbenih pogojih za materialne pravice intelektualne lastnine tako, da bi lahko oddal naročila v zvezi z aplikacijo ADIS v skladu z enim od bolj odprtih postopkov javnega naročanja, ali pa bi lahko začel nov postopek oddaje javnega naročila za nov informacijski sistem, tudi če bi to začasno povečalo stroške, ker bi to kljub temu lahko dolgoročno pomenilo prihranke;

– zato se ni mogoče sklicevati na dejansko stanje v času sklenitve prvotnega naročila, če se je položaj ekskluzivnosti nadaljeval tudi po sprejetju ustrezne zakonodaje o javnih naročilih v Češki republiki. Pri ugotavljanju, ali je mogoče uporabiti postopek s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu, je treba namreč upoštevati trenutek, ko je bila sprejeta odločitev o oddaji naročila po tem postopku […]“. [30]

56. V zvezi s presojo dejstev, odločilnih za spor, in nacionalnega pravnega položaja Sodišču ni ničesar, s čimer bi se nasprotovalo tem ugotovitvam predložitvenega sodišča. V zvezi s tistimi, povzetimi v zadnjem delu točke 32 predložitvene odločbe, ki sem jih pravkar prepisal, menim, da vsebujejo pravilno razlago Direktive 2004/18.

57. Odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, ki izhaja iz zgoraj navedenega, je, da je za namene, ki so v zadevi pomembni, dejstvo, da je bilo prvotno naročilo podpisano pred pristopom Češke republike k Uniji, nepomembno. Nasprotno, odločilnega pomena so dejanja naročnika, izvedena med letoma 2004 in 2016. Od teh dejanj je, logično, ključna sklenitev novega naročila leta 2016.

58. Češka vlada pa želi izključiti svojo odgovornost za nastanek ekskluzivne odvisnosti, pri čemer se opira na to, da je treba pri presoji upoštevati trenutek podpisa prvotnega naročila. Če torej takrat ni bilo ugovorov zoper zakonitost naročnikovega ravnanja, naj tudi ne bi obstajala namerna krivda naročnika.

[28] Predvidevam, da je nasledstvo naročnikov (ministrstvo za finance leta 1992 in DGT leta 2016) povsem formalno: oba sta del iste vladne strukture, drugi pa pod nadzorom prvega. DGT je vstopil v položaj, ki ga je imelo ministrstvo za finance.

[29] Sodba z dne 6. decembra 2017, Compania Nactura ională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, točka 37).

[30] Predložitveno sodišče v podporo tej trditvi navaja sodbo z dne 5. oktobra 2000, Komisija/Francija (C-337/98, EU:C:2000:543, točka 37).

59. S tem pristopom se ne strinjam:

– kakor sem že navedel, obveznost države članice, da svoje ravnanje uskladi s pravnim redom Unije, nastane s pristopom k Uniji. Od tega trenutka dalje je naročnik kot državni organ prevzel dolžnost zagotavljanja skladnosti s pravili Unije o javnem naročanju, vključno z Direktivo 2004/18. V tem kontekstu ni pomembno, ali neizpolnjevanje davčnih organov države izhaja iz dejanja ali opustitve; [31]

– neposredni namen, da se ustvari položaj ekskluzivnosti, ni nujen za presojo ravnanja naročnika. [32] Zadostuje, da naročnik, ki ob podpisu novega naročila zanemari svojo dolžnost prekinitve obstoječe ekskluzivnosti (ki jo je ustvaril sam oziroma njegov pravni predhodnik), to naročilo, tako kot pri prvotnem naročilu, zapre za konkurenco.

60. Z drugega zornega kota češka vlada sicer priznava, da mora v položajih, kakršen je ta v postopku v glavni stvari, sprejeti odločitve, ki bi ji omogočile, da se osvobodi odvisnosti od določenega ponudnika, vendar zagovarja sprejetje *razumne rešitve*, kar razume kot najbolj ekonomično rešitev, in ki zagotavlja stabilno delovanje kritičnih informacijskih sistemov državne uprave. Po njenem mnenju naj bi ti dejavniki v obravnavani zadevi upravičevali uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu. [33]

61. Tudi s tem argumentom se ne strinjam, čeprav razumem težave, s katerimi se je naročnik *de facto* soočal leta 2016. Davčni organi se tako kot drugi državni organi ne morejo sklicevati na praktične, upravne ali finančne težave, [34] da bi upravičili nespoštovanje obveznosti iz direktive, saj jih morajo države članice odpraviti z ustreznimi ukrepi. [35]

62. Druga smer obrambe, ki jo je češka vlada navedla v zvezi z ravnanjem naročnika, je trditev, da se je skušal osvoboditi položaja odvisnosti od ponudnika tako, da bi pridobil avtorske pravice, kar pa mu zaradi nasprotovanja zadnjenavedenega ni uspelo. [36]

63. Take trditve ni mogoče sprejeti, če se opozori, da je imel naročnik od leta 2004 na voljo dovolj časa (do leta 2016), da preseže zavrnitev družbe IBM. Glede na položaj ekskluzivnosti, ki se je vlekel že desetletja, bi moral sprejeti pobude, ki bi ga privedli do tega, da bi se osvobodil odvisnosti od ponudnika, tako da bi pri drugih subjektih iskal ponudbe, za kar se zdi, da ni storil. Tako trdi predložitveno sodišče, [37] s čimer se znova strinjam.

[31] Češka vlada se v svojih pisnih stališčih večkrat sklicuje na *pozitivna dejanja* naročnika (ravnanje, dejanja, nastali položaj, povzročena ekskluzivnost, opredelitev pogojev novega naročila glede na prvotno naročilo). Nasprotno pa se ne sklicuje na njegovo *neaktivnost* glede sklepanja novih naročil v skladu s pravom Unije.

[32] Češka vlada vseskozi poudarja, da mora biti ravnanje naročnika v zvezi s položajem ekskluzivnosti *namerno* (točke 11, 12, 14, 15, 16, 17 in 18 njenih pisnih stališč).

[33] Točka 30 pisnih stališč češke vlade.

[34] Ovire, ki jih navaja češka vlada, so predvsem finančne (točki 26 in 27 njenih pisnih stališč). Predložitveno sodišče nasprotno trdi, da bi se morebitno takojšnje zvišanje stroškov izravnalo z dolgoročnimi prihranki, ki bi izhajali iz uvedbe konkurence med ponudniki. Komisija je v Sporočilu iz leta 2013 omenila slabosti, povezane z odvisnostjo od enega samega ponudnika informacijskih rešitev. Poudarja, da lahko taka ekskluzivnost poleg tega, da povzroča druge težave (obstaja tveganje, da ponudnik podpiral sistema ali nekaterih njegovih značilnosti), vpliva na inovacije in povzroči previsoke cene, ki niso izpostavljene konkurenčnemu pritisku drugih subjektov v sektorju.

[35] Sodba z dne 18. oktobra 2012, Komisija/Združeno kraljestvo (C-301/10, EU:C:2012:633, točka 66).

[36] Točka 31 pisnih stališč češke vlade, ki napotuje na trditve DGT pred kasacijskim sodiščem, navedene v točki 10 predložitvene odločbe.

[37] Točka 32 predložitvene odločbe, povzeta v točki 55 teh sklepnih predlogov.

64. Poleg tega iz predložitvenega sklepa ne izhaja, da bi naročnik *resno* poskušal najti nove ponudnike, ki bi mu omogočili odpravo položaja odvisnosti, v katerem je bil. V skladu s sodno prakso Sodišča mora naročnik „resno raziskati“, ali obstajajo podjetja, ki so na evropski ravni sposobna dobaviti (ali po potrebi nadomestiti) določeno programsko opremo. [38]

65. Komisija s predstavitvijo težave *vezanosti* pri sistemih informacijske tehnologije javnim naročnikom predlaga druge rešitve [39] za premagovanje omejitev konkurence pri javnih naročilih, kakršno je obravnavano.

66. Čeprav češki organi trdijo, da so vzpostavili postopke predhodnega nadzora za boj proti vezanosti, na katero se nanaša Sporočilo iz leta 2013, [40] je naročilo, ki je predmet tega predloga za sprejetje predhodne odločbe, brez spreminjanja potrdilo že obstoječi položaj ekskluzivnosti. Tako je mogoče naročniku pripisati to, da je leta 2016 zaradi dejanja ali opustitve še naprej obstajal položaj ekskluzivnosti, ki ga je ustvaril njegov pravni predhodnik in ki bi mu moral preprečiti uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o javnem naročilu.

67. Nazadnje je treba spomniti, da je Sodišče že razsojalo o potrebnem odpiranju naročil, podobnih tem iz obravnavane zadeve, za konkurenco, pri čemer je štelo, da zanje veljajo splošna pravila javnega naročanja: „[…] mora naročnik, kadar namerava organizirati postopek oddaje javnega naročila za zagotovitev vzdrževanja, prilagajanja ali razvoja programske opreme, ki jo je pridobil od gospodarskega subjekta, zagotoviti, da potencialnim kandidatom in ponudnikom posreduje dovolj informacij, da omogoči razvoj učinkovite konkurence na sekundarnem trgu vzdrževanja, prilagajanja ali razvoja navedene programske opreme“. [41]

V. Predlog

68. Glede na navedeno predlagam, naj se Nejvyšší správní soud (vrhovno upravno sodišče, Češka republika) odgovori tako:

Člen 31(1)(b) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev

je treba razlagati tako, da

naročnik s svojim ravnanjem ne sme ustvariti položaja ekskluzivnosti, s katerim želi upravičiti uporabo postopka s pogajanji brez predhodne objave obvestila o naročilu.

Kadar naročnik sklene novo naročilo, ki spada na področje uporabe Direktive 2004/18, ni pomembno, ali položaj ekskluzivnosti izhaja iz prvotnega naročila, ki so ga organi države članice sklenili pred njenim pristopom k Evropski uniji. Pri presoji ravnanja naročnika v zvezi z novim naročilom je treba upoštevati dejanski in pravni okvir sklenitve tega novega naročila.

[38] Glej sodbo z dne 15. oktobra 2009, Komisija/Nemčija (C-275/08, EU:C:2009:632, točka 63). Takrat je šlo za informacijskih program za centralizirano upravljanje registracije motornih vozil.

[39] V Sporočilu iz leta 2013, točka 3, se zatrjuje, da bo „[u]poraba standardiziranih sistemov IKT namesto lastniške tehnologije […] pomagala pretrgati omejevalne prakse javnega naročanja, saj standardi omogočajo, da je bistveno znanje o sistemu dostopno vsem, kar pomeni, da lahko drugi potencialni dobavitelji sistem vzdržujejo ali nadalje razvijajo pod bolj konkurenčnimi pogoji“.

[40] To navaja češka vlada, zlasti v točkah od 32 do 35 svojih pisnih stališč, ko trdi, da je ustanovila specializirano službo in delovno skupino za boj proti izključni odvisnosti v naročilih za storitve informacijske tehnologije. Ti „sistemski ukrepi“, dodaja, naj bi se izvajali ob sklenitvi naročila iz leta 2016.

[41] Sodba z dne 28. maja 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, točka 74).