ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

9 januari 2025 *

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 31, punt 1, onder b) – Procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht – Voorwaarden – Technische redenen – Redenen van bescherming van alleenrechten – Toerekenbaarheid aan de aanbestedende dienst – Feitelijke en juridische omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen”

In zaak C-578/23,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter, Tsjechië) bij beslissing van 12 september 2023, ingekomen bij het Hof op 19 september 2023, in de procedure

Česká republika – Generální finanční ředitelství

tegen

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Jürimäe, president van de Tweede kamer, waarnemend voor de president van de Derde kamer, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Derde kamer, N. Jääskinen, M. Gavalec (rapporteur) en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door L. Halajová, M. Smolek en J. Vláčil als gemachtigden,

– de Slowaakse regering, vertegenwoordigd door E. Larišová en S. Ondrášiková als gemachtigden,

* Procestaal: Tsjechisch.

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Monfort en G. Wils als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 26 september 2024,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), die is ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Česká republika –Generální finanční ředitelství (directoraat-generaal financiën, Tsjechië; hierna: „DGF”) en de Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (bureau voor de bescherming van de mededinging, Tsjechië; hierna: „mededingingsautoriteit”) over een door deze laatste vastgestelde inbreuk die erin bestaat dat het DGF gebruik heeft gemaakt van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht zonder dat was voldaan aan de daartoe vereiste voorwaarden.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 28 van richtlijn 2004/18 („Toepassing van openbare en niet-openbare procedures, van procedures van gunning door onderhandelingen en van de concurrentiegerichte dialoog”) luidde als volgt:

„Bij het plaatsen van hun overheidsopdrachten maken de aanbestedende diensten gebruik van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast.

Zij maken voor het plaatsen van deze overheidsopdrachten gebruik van de openbare of de niet-openbare procedure. In de gevallen en de specifieke omstandigheden die uitdrukkelijk in artikel 29 zijn vermeld, kunnen de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten door middel van de concurrentiegerichte dialoog plaatsen. In de specifieke gevallen en omstandigheden zoals uitdrukkelijk bepaald in de artikelen 30 en 31, kunnen zij gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.”

4 In artikel 31 („Gevallen waarin de toepassing van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht gerechtvaardigd is") werd in punt 1 het volgende bepaald:

„De aanbestedende diensten kunnen in de volgende gevallen voor het plaatsen van hun overheidsopdrachten gebruikmaken van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht:

1) voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten:

[…]

b) wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd;

c) voor zover zulks strikt noodzakelijk is, ingeval de termijnen voor de openbare of de niet-openbare procedure dan wel voor de procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht bedoeld in artikel 30 wegens dwingende spoed, als gevolg van gebeurtenissen die door de desbetreffende aanbestedende diensten niet konden worden voorzien, niet in acht kunnen worden genomen. De ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn."

Tsjechisch recht

5 Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (wet nr. 137/2006 inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet op de overheidsopdrachten") heeft richtlijn 2004/18 in de Tsjechische rechtsorde omgezet.

6 § 21, lid 2, van deze wet bepaalde:

„De aanbestedende dienst kan voor de gunning van een overheidsopdracht gebruikmaken van een openbare of niet-openbare procedure en, onder bepaalde voorwaarden als bedoeld in de §§ 22 en 23 tevens van een procedure van gunning door onderhandelingen met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht; de openbare procedure kan niet worden toegepast voor overheidsopdrachten op het gebied van defensie of veiligheid."

7 § 23, lid 4, onder a), van deze wet luidde:

„De aanbestedende dienst kan tevens een overheidsopdracht gunnen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen, om redenen van bescherming van alleenrechten of om redenen die voortvloeien uit een bijzondere regeling slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

8 De Ministerstvo financí (ministerie van Financiën, Tsjechië) heeft op 29 juni 1992 met de vennootschap IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation een overeenkomst gesloten die heeft geleid tot de invoering van een IT-systeem voor de Tsjechische belastingadministratie (hierna: „oorspronkelijke overeenkomst").

9 Het DGF, dat is opgericht in 2013 en verantwoordelijk is voor de Tsjechische belastingadministratie, heeft dit ministerie op dit gebied opgevolgd.

10 Na het inleiden – op 1 maart 2016 – van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht overeenkomstig § 23, lid 4, onder a), van de wet op de overheidsopdrachten, heeft het DGF in het kader van deze procedure op 20 mei 2016 de overheidsopdracht voor het onderhoud van dit IT-systeem, ter waarde van 33 294 389 Tsjechische kronen (CZK) (ongeveer 1 300 000 EUR), exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw), gegund aan de vennootschap IBM Česká republika spol. s r. o., waarvan in 1992 de enige vennoot de vennootschap IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation was.

11 Deze procedure werd gebruikt om redenen die verband hielden met de technische continuïteit tussen het betrokken IT-systeem en het onderhoud ervan na de garantieperiode, alsook om redenen van bescherming van de exclusieve auteursrechten van IBM Česká republika op de broncode van dit systeem (hierna: „toestand van exclusiviteit”). Krachtens de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst is deze vennootschap immers de licentiehouder van voornoemd systeem.

12 De mededingingsautoriteit heeft bij besluit van 9 oktober 2017 vastgesteld dat het DGF een inbreuk heeft begaan door de betrokken overheidsopdracht aan IBM Česká republika te gunnen. Het DGF heeft immers de opdracht gegund zonder dat was voldaan aan de voorwaarden om van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht gebruik te kunnen maken. Om te beginnen heeft het niet aangetoond dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht om technische redenen alleen door IBM Česká republika kon worden uitgevoerd. Voorts was de noodzaak om de alleenrechten van laatstgenoemde op de broncode te beschermen het gevolg van het eerdere gedrag van de rechtsvoorganger van het DGF.

13 Nadat het bezwaar van het DGF tegen dit besluit door de voorzitter van de mededingingsautoriteit bij besluit was verworpen, heeft het DGF tegen dit laatste besluit beroep ingesteld bij de Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië).

14 Deze rechter heeft het beroep verworpen met name op grond dat de gunning van de overheidsopdracht aan IBM Česká republika vanwege de noodzaak om haar exclusieve auteursrechten te eerbiedigen, te wijten was aan het gedrag van de rechtsvoorganger van het DGF.

15 Het DGF heeft bijgevolg cassatieberoep ingesteld bij de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter, Tsjechië), de verwijzende rechter.

16 Bij deze rechter stelt het DGF dat noch het DGF zelf noch zijn rechtsopvolger de toestand van exclusiviteit van IBM Česká republika in het leven heeft geroepen. Op 29 juni 1992, de datum waarop de oorspronkelijke overeenkomst is gesloten, konden de gevraagde diensten uitsluitend worden geleverd door de enige vennoot van deze onderneming. Het wijst er verder op dat de bepalingen in de oorspronkelijke overeenkomst die betrekking hadden op de auteursrechten op de broncode van het IT-systeem in het hoofdgeding, in overeenstemming waren met de nationale wetgeving die op die datum van toepassing was. Het DGF benadrukt dat het getracht heeft zich te bevrijden van zijn „afhankelijkheid” van IBM Česká republika, maar dat deze laatste had meegedeeld dat zij de vermogensrechtelijke auteursrechten op de broncode niet wilde overdragen. Als er niet voor de procedure van gunning door onderhandelingen zonder

voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht was geopteerd, zou voornoemd IT-systeem onbruikbaar zijn geworden en zou de belastingdienst zijn taken niet hebben kunnen vervullen. Verder is het uit financieel oogpunt niet redelijk om een gunningsprocedure in te leiden voor de levering van een nieuw IT-systeem voor de Tsjechische belastingadministratie.

17 De mededingingsautoriteit stelt dat het bij het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst duidelijk was dat voor de goede werking van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde IT-systeem onderhoud en bijstand noodzakelijk waren. Volgens deze autoriteit hebben het DGF en zijn rechtsvoorganger zich, in plaats van zich aan te passen aan de veranderende relevante regelgeving, gebaseerd op een uitlegging van de oorspronkelijke overeenkomst en van de wet op de overheidsopdrachten die het mogelijk maakte om het beheer van dit systeem te verzekeren zonder oproep tot mededinging en enkel via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

18 De verwijzende rechter merkt op dat het Hof nog niet om een prejudiciële beslissing is verzocht over de uitlegging van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18. Hij is van mening dat een overheidsopdracht niet in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht kan worden gegund aan een bepaalde ondernemer wanneer de gunning van deze opdracht vanwege de bescherming van alleenrechten is toe te rekenen aan de aanbestedende dienst. De verwijzende rechter benadrukt desalniettemin dat de uitlegging van deze bepaling noodzakelijk is om te bepalen welke feitelijke en juridische omstandigheden relevant zijn om het bestaan van een dergelijke toerekenbaarheid te beoordelen. Hij verduidelijkt verder dat zijn eigen rechtspraak in dit verband niet ondubbelzinnig is.

19 In deze context heeft de Nejvyšší správní soud de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet bij de beoordeling of is voldaan aan de materiële voorwaarde voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, met name of de aanbestedende dienst niet door zijn eigen gedrag een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen in de zin van artikel 31, [punt] 1, onder b), van [richtlijn 2004/18], rekening worden gehouden met de juridische en feitelijke omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, die aanleiding heeft gegeven tot het plaatsen van vervolgopdrachten?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

20 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat bij de beoordeling of het gedrag van de aanbestedende dienst een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen in de zin van deze bepaling, rekening moet worden gehouden met de feitelijke en juridische omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, die aanleiding heeft gegeven tot het plaatsen van vervolgopdrachten.

21 Richtlijn 2004/18 is ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2014/24 met ingang van 18 april 2016.

22 Volgens vaste rechtspraak is de richtlijn die ratione temporis van toepassing is op de plaatsing van een overheidsopdracht, in beginsel die welke van kracht is op de datum waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van de overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen (zie in die zin arrest van 17 oktober 2024, NFŠ, C-28/23, EU:C:2024:893, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 In casu blijkt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat het DGF op 1 maart 2016 een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht heeft ingeleid. Het is dus daadwerkelijk richtlijn 2004/18 die van toepassing is op het hoofdgeding, ongeacht het feit dat de overheidsopdracht aan IBM Česká republika is gegund op 20 mei 2016, dit wil zeggen na de datum waarop deze richtlijn is ingetrokken.

24 Na deze inleidende opmerkingen moet eraan worden herinnerd dat er slechts in de omstandigheden die limitatief zijn opgesomd in artikel 31 van richtlijn 2004/18 gebruik kan worden gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, en dat deze procedure uitzonderlijk is in vergelijking met de in artikel 28 van deze richtlijn bedoelde openbare en niet-openbare procedures (zie in die zin arresten van 23 april 2009, Commissie/België, C-292/07, EU:C:2009:246, punt 106, en 11 september 2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punt 49).

25 In het bijzonder bepaalt artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 dat in het geval van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, de aanbestedende diensten hun overheidsopdrachten kunnen plaatsen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd.

26 Deze bepaling staat het gebruik van die procedure toe indien is voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden, namelijk dat er technische of artistieke redenen of redenen van bescherming van alleenrechten zijn die verband houden met het voorwerp van de opdracht, en dat het om deze redenen volstrekt noodzakelijk is om de opdracht aan een bepaalde ondernemer te gunnen (zie naar analogie arresten van 18 mei 1995, Commissie/Italië, C-57/94, EU:C:1995:150, punt 24, en 2 juni 2005, Commissie/Griekenland, C-394/02, EU:C:2005:336, punt 34).

27 Als afwijking van de regels die de doeltreffendheid van de door het Unierecht erkende rechten op het gebied van overheidsopdrachten beogen te verzekeren, moet voornoemde bepaling strikt worden uitgelegd, en staat het aan degene die zich erop wil beroepen om te bewijzen dat deze cumulatieve voorwaarden zijn vervuld (zie naar analogie arresten van 10 maart 1987, Commissie/Italië, 199/85, EU:C:1987:115, punt 14, en 15 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-275/08, EU:C:2009:632, punten 55 en 56).

28 In deze omstandigheden moet in de eerste plaats worden nagegaan of, zoals de verwijzende rechter stelt, de aanbestedende dienst ook moet aantonen dat de toestand van exclusiviteit niet aan hem kan worden toegeschreven. De bewoordingen van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 voorzien immers niet in een dergelijke vereiste. Artikel 31, punt 1, onder c), van deze richtlijn vereist daarentegen uitdrukkelijk dat de omstandigheden die worden ingeroepen om

de dwingende spoed te rechtvaardigen en die toelaten dat gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, in geen geval aan de aanbestedende diensten te wijten zijn.

29 Indien er enkel rekening wordt gehouden met het verschil tussen de bewoordingen van artikel 31, punt 1, onder b), en artikel 31, punt 1, onder c), van richtlijn 2004/18, zou dit er echter toe kunnen leiden dat wordt voorbijgegaan aan, ten eerste, de noodzaak om artikel 31 van deze richtlijn restrictief uit te leggen en, ten tweede, het hoofddoel van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, namelijk het vrije verkeer van goederen en diensten en de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging in alle lidstaten (zie in die zin arresten van 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punt 28, en 4 juni 2020, Asmel, C-3/19, EU:C:2020:423, punt 58).

30 Verder heeft het Hof reeds geoordeeld dat het gebruik van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht niet kan worden gerechtvaardigd door het aanvoeren van de technische specificiteit van software die door de nationale overheid wordt gebruikt en die het voorwerp uitmaakt van de overheidsopdracht, als er geen elementen zijn waaruit blijkt dat er ernstig is gezocht naar andere ondernemers die de geschikte software kunnen leveren dan diegene aan wie de opdracht is gegund (arrest van 15 oktober 2009, Commissie/Duitsland, C-275/08, EU:C:2009:632, punten 57-64).

31 Derhalve dient een aanbestedende dienst alles te doen wat redelijkerwijs van hem kan worden verwacht om de toepassing van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 te vermijden en dus een procedure te gebruiken die meer openstaat voor mededinging. Het zou onverenigbaar zijn met dit vereiste indien een aanbestedende dienst deze bepaling zou mogen toepassen terwijl het ontstaan of het handhaven van de toestand van exclusiviteit waarop hij zich daartoe beroept aan hem is toe te schrijven, met name doordat de aanbestedende dienst geen dergelijke toestand hoefde te creëren om het met de opdracht beoogde resultaat te bereiken of hij vanuit economisch oogpunt over werkelijke en redelijke middelen beschikte om een einde te maken aan die toestand.

32 Hieruit vloeit voort dat een aanbestedende dienst die artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 wil toepassen dient aan te tonen, ten eerste, dat is voldaan aan de twee in punt 26 van het onderhavige arrest genoemde cumulatieve voorwaarden en, ten tweede, dat het bestaan van technische of artistieke redenen of redenen van bescherming van alleenrechten die verband houden met het voorwerp van de opdracht niet aan hem kan worden toegeschreven.

33 Wat in de tweede plaats de door een bevoegde nationale rechter te verrichten beoordeling betreft van de vraag of het bestaan van voornoemde redenen aan de aanbestedende dienst kan worden toegeschreven, dient deze rechter te bepalen of het gedrag van de aanbestedende dienst, met name bij het sluiten van een eerdere overeenkomst die aanleiding heeft gegeven tot de betrokken overheidsopdracht, een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen, die in theorie de toepassing van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 voor de gunning van de betrokken overheidsopdracht kan rechtvaardigen. Deze nationale rechter moet tevens nagaan of de handhaving van die toestand van exclusiviteit tot aan de beslissing van voornoemde aanbestedende dienst om de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht te volgen, te wijten is aan het handelen of stilzitten van die aanbestedende dienst.

34 Met betrekking tot die beoordeling moet worden opgemerkt – zoals de advocaat-generaal in de punten 51 en 59 van zijn conclusie heeft gedaan – dat een toestand van exclusiviteit niet aan een aanbestedende dienst kan worden toegeschreven op grond van het enkele feit dat hij een dergelijke toestand heeft veroorzaakt door het sluiten van een eerdere overeenkomst, terwijl de Unieregeling inzake overheidsopdrachten ten tijde van de sluiting van die overeenkomst niet op hem van toepassing was. Daarentegen is het niet noodzakelijk dat een dergelijke toestand door voornoemde aanbestedende dienst opzettelijk is gecreëerd of gehandhaafd om de mededinging bij het plaatsen van toekomstige overheidsopdrachten te beperken.

35 Wat het hoofdgeding betreft moet eraan worden herinnerd dat, overeenkomstig het beginsel van onmiddellijke en volledige toepassing van het Unierecht op de nieuwe lidstaten, de Tsjechische Republiek vanaf haar toetreding tot de Unie richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1993, L 199, blz. 1) diende na te leven, waarbij deze richtlijn werd ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2004/18 en de bewoordingen van artikel 6, lid 3, onder b), zijn overgenomen in artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 (zie in die zin arrest van 6 december 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Sinds de toetreding van de Tsjechische Republiek tot de Unie kon een aanbestedende dienst van deze lidstaat overeenkomstig artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht voor het onderhoud van een IT-systeem dat door de nationale overheid wordt gebruikt, derhalve slechts toepassen op voorwaarde dat hij kon aantonen, ten eerste, dat de opdracht om technische redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten op dit IT-systeem enkel aan een welbepaalde ondernemer kon worden gegund en, ten tweede, dat deze redenen niet konden worden toegeschreven aan deze aanbestedende dienst.

37 In casu zet enerzijds de verwijzende rechter uiteen dat tussen 1 mei 2004, de datum van toetreding van de Tsjechische Republiek tot de Unie, en 1 maart 2016, de datum van inleiding van de procedure in het hoofdgeding, het DGF of zijn rechtsvoorganger de mogelijkheid had om een gunningsprocedure voor de levering van een nieuw IT-systeem in te leiden. Anderzijds stelt het DGF bij de verwijzende rechter dat het heeft gepoogd om de toestand van exclusiviteit van IBM Česká republika te beëindigen maar dat deze laatste heeft geweigerd de vermogensrechtelijke auteursrechten op de betrokken broncode van het IT-systeem over te dragen, zodat dit IT-systeem onbruikbaar zou zijn geworden en de belastingdienst zijn taken niet had kunnen vervullen als er niet gekozen was voor de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

38 Het staat aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met de omstandigheden ten tijde van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst en, in het bijzonder, de omstandigheden die de periode tussen 1 mei 2004 en 1 maart 2016 kenmerkten, na te gaan of de toestand van exclusiviteit die door het DGF is aangevoerd om de toepassing van artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 te rechtvaardigen, aan het DGF kan worden toegeschreven, meer bepaald voor zover het DGF vanuit economisch oogpunt over werkelijke en redelijke middelen beschikte om tijdens voornoemde periode deze toestand van exclusiviteit te beëindigen alvorens te beslissen om gebruik te maken van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

39 Gelet op voorgaande overwegingen dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat, om het gebruik van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht in de zin van deze bepaling te rechtvaardigen, de aanbestedende dienst de bescherming van alleenrechten niet kan aanvoeren wanneer de reden van die bescherming aan hem is toe te schrijven. Of die reden aan hem is toe te schrijven, wordt niet enkel beoordeeld op basis van de juridische en feitelijke omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, maar eveneens op basis van alle omstandigheden die de periode kenmerken tussen de datum van sluiting van die overeenkomst en de datum waarop de aanbestedende dienst kiest welke procedure wordt gevolgd om vervolgopdrachten te plaatsen.

Kosten

40 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 31, punt 1, onder b), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten

moet aldus worden uitgelegd dat

om het gebruik van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht in de zin van deze bepaling te rechtvaardigen, de aanbestedende dienst de bescherming van alleenrechten niet kan aanvoeren wanneer de reden van die bescherming aan hem is toe te schrijven. Of die reden aan hem is toe te schrijven, wordt niet enkel beoordeeld op basis van de juridische en feitelijke omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, maar eveneens op basis van alle omstandigheden die de periode kenmerken tussen de datum van sluiting van die overeenkomst en de datum waarop de aanbestedende dienst kiest welke procedure wordt gevolgd om vervolgopdrachten te plaatsen.

ondertekeningen