Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 9 januari 2025 *

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 31 led 1 b – Förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling – Villkor – Tekniska skäl – Motiverat av hänsyn till skydd av ensamrätt –Den upphandlande myndigheten kan tillskrivas ansvar – Faktiska och rättsliga omständigheter som ska beaktas”

I mål C-578/23,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien) genom beslut av den 12 september 2023, som inkom till domstolen den 19 september 2023, i målet

Česká republika – Generální finanční ředitelství

mot

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden på andra avdelningen K. Jürimäe, tillika tillförordnad ordförande på tredje avdelningen, domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på tredje avdelningen, samt domarna N. Jääskinen, M. Gavalec (referent) och N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Tjeckiens regering, genom L. Halajová, M. Smolek och J. Vláčil, samtliga i egenskap av ombud,

– Slovakiens regering, genom E. Larišová och S. Ondrášiková, båda i egenskap av ombud,

* Rättegångsspråk: tjeckiska.

– Europeiska kommissionen, genom M. Monfort och G. Wils, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 26 september 2024 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 31 led 1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114), som har upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Česká republika – Generální finanční ředitelství (Skattemyndigheten, Tjeckien) och Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Konkurrensmyndigheten, Tjeckien). Målet rör konkurrensmyndighetens fastställande av att Skattemyndigheten gjort sig skyldig till en överträdelse genom att, utan att villkoren härför var uppfyllda, tillämpa ett förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I artikel 28 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog”, föreskrevs följande:

”Vid offentlig upphandling skall en upphandlande myndighet tillämpa nationella förfaranden som anpassats i enlighet med detta direktiv.

Den skall vid denna offentliga upphandling tillämpa det öppna förfarandet eller det selektiva förfarandet. Under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29 får en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa den konkurrenspräglade dialogen. I de särskilda fall och under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artiklarna 30 och 31, får den tillämpa det förhandlade förfarandet med eller utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling.”

4 I artikel 31 i samma direktiv, under rubriken ”Fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling”, föreskrevs följande i punkt 1:

”En upphandlande myndighet får vid offentlig upphandling tillämpa det förhandlade förfarandet utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling i följande fall:

1) För offentliga byggentreprenad-, varu- och tjänstekontrakt:

…

b) Om kontraktet, av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör.

c) Om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse, det är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling enligt artikel 30. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten.”

Tjeckisk rätt

5 Zákon č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách (lag nr 137/2006 om offentlig upphandling) (nedan kallad lagen om offentlig upphandling) införlivade direktiv 2004/18 med den tjeckiska rättsordningen.

6 21 § 2 i denna lag hade följande lydelse:

”Den upphandlande myndigheten får tilldela ett offentligt kontrakt genom ett öppet eller ett selektivt förfarande och, om de villkor som anges i artiklarna 22 och 23 §§ är uppfyllda, även genom ett förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling eller ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling. Det öppna förfarandet får inte tillämpas vid offentlig upphandling på försvars- eller säkerhetsområdet.”

7 I 23 § 4 a i samma lag föreskrevs följande:

”Den upphandlande myndigheten får även tilldela ett offentligt kontrakt genom förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling när kontraktet av tekniska eller konstnärliga skäl, eller med hänsyn till skydd av ensamrätt eller rättigheter som följer av särskilda bestämmelser, endast kan fullgöras av en bestämd leverantör.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

8 Ministerstvo financí (finansministeriet, Tjeckien) ingick den 29 juni 1992 ett kontrakt med bolaget IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation (nedan kallat det ursprungliga kontraktet), vilket medförde att ett datoriserat informationssystem inrättades för den tjeckiska skatteförvaltningen.

9 Skattemyndigheten, som bildades år 2013 och som ansvarar för skatteförvaltningen i Tjeckien, har tagit över finansministeriets uppgifter på detta område.

10 Efter att den 1 mars 2016 ha inlett ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, med stöd av 23 § 4 a i lagen om offentlig upphandling, tilldelade Skattemyndigheten, den 20 maj 2016, inom ramen för detta förfarande, det offentliga kontraktet avseende underhåll av nyssnämnda informationssystem, till ett värde av 33 294 389 tjeckiska kronor (CZK) (cirka 1 300 000 euro) exklusive mervärdesskatt, till bolaget IBM Česká republika spol. s r. o., vars enda ägare år 1992 var IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

11 Tillämpningen av ett sådant förfarande motiverades av hänsyn till den tekniska kontinuiteten mellan ifrågavarande informationssystem och dess eftergarantiservice, samt av hänsyn till skyddet av IBM Česká republikas ensamrätt (nedan kallad ensamrätten) till källkoden för detta system. Enligt bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet innehar detta bolag nämligen licensrättigheterna till informationssystemet i fråga.

12 Genom beslut av den 9 oktober 2017 konstaterade konkurrensmyndigheten att Skattemyndigheten hade gjort sig skyldig till en överträdelse genom att tilldela IBM Česká republika det aktuella offentliga kontraktet. Konkurrensmyndigheten menar att Skattemyndigheten tilldelade kontraktet utan att villkoren för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling var uppfyllda. Skattemyndigheten har inte visat att det offentliga kontrakt som är aktuellt i det nationella målet av tekniska skäl endast kunde fullgöras av IBM Česká republika. Dessutom var behovet av att skydda bolagets ensamrätt till källkoden en följd av Skattemyndighetens rättsliga föregångares tidigare agerande.

13 Efter att Skattemyndigheten begärt omprövning av konkurrensmyndighetens beslut och konkurrensmyndighetens ordförande vidhållit beslutet, överklagade Skattemyndigheten detta beslut till Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien).

14 Denna domstol ogillade överklagandet med motiveringen, bland annat, att tilldelningen av kontraktet till IBM Česká republika på grund av behovet av att skydda IBM Česká republikas ensamrätt berodde på Skattemyndighetens rättsliga föregångares agerande.

15 Skattemyndigheten överklagade denna dom till Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien), som är hänskjutande domstol i målet vid EU-domstolen.

16 Skattemyndigheten har vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att varken Skattemyndigheten själv eller dess rättsliga föregångare kan tillskrivas ansvar för IBM Česká republikas ensamrätt. Vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks, den 29 juni 1992, var nämligen bolagets enda delägare den enda ekonomiska aktör som kunde tillhandahålla de efterfrågade tjänsterna. Skattemyndigheten har även angett att de klausuler i det ursprungliga kontraktet som rörde upphovsrätt till källkoden för det i det nationella målet aktuella informationssystemet var förenliga med den nationella lagstiftning som var i kraft vid denna tidpunkt. Skattemyndigheten har understrukit att den försökte göra sig fri från sitt ”beroende” av IBM Česká republika, men att IBM Česká republika hade informerat Skattemyndigheten om sin avsikt att inte överlåta den ekonomiska upphovsrätten till källkoden. Om det inte hade varit möjligt att välja ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, skulle informationssystemet inte ha kunnat användas och skatteförvaltningen inte ha kunnat fullgöra sitt uppdrag. Det skulle inte heller vara ekonomiskt rimligt att inleda ett förfarande för offentlig upphandling av tillhandahållande av ett nytt informationssystem för den tjeckiska skatteförvaltningen.

17 Konkurrensmyndigheten har för sin del angett att det, vid tidpunkten för det ursprungliga kontraktets ingående, var uppenbart att underhåll och assistans var nödvändiga för att det i det nationella målet aktuella informationssystemet skulle fungera väl. Enligt konkurrensmyndigheten grundade sig Skattemyndigheten och dess rättsliga föregångare, i stället för att rätta sig efter den relevanta lagstiftningens utveckling, på en tolkning av det ursprungliga kontraktet och av lagen

om offentlig upphandling som gjorde det möjligt att säkerställa att detta informationssystem administrerades utan konkurrensutsättning, uteslutande genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

18 Den hänskjutande domstolen har angett att ingen begäran om förhandsavgörande avseende tolkningen av artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 hittills har hänskjutits till EU-domstolen. Enligt den hänskjutande domstolen kan ett offentligt kontrakt inte tilldelas en bestämd ekonomisk aktör inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling när skälet till att kontraktet tilldelades, det vill säga hänsyn till skydd av ensamrätten, kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. Den hänskjutande domstolen har emellertid understrukit att tolkningen av denna bestämmelse är nödvändig för att fastställa de faktiska och rättsliga omständigheter som är relevanta för bedömningen av huruvida ett sådant ansvar föreligger. Den hänskjutande domstolen har dessutom preciserat att dess egen rättspraxis inte är entydig i detta avseende.

19 Mot denna bakgrund beslutade Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Är det, vid bedömningen av huruvida det materiella villkoret för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling är uppfyllt, det vill säga huruvida den upphandlande myndigheten inte kan tillskrivas ansvar för en ensamrätt genom sitt eget felaktiga handlande, enligt artikel 31 led 1 b i [direktiv 2004/18], nödvändigt att beakta de rättsliga och faktiska omständigheter under vilka ett kontrakt om en första prestation, som har resulterat i ytterligare offentliga kontrakt, ingicks?”

Prövning av tolkningsfrågan

20 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det vid bedömningen av huruvida den upphandlande myndigheten på grund av sitt agerande kan tillskrivas ansvar för en ensamrätt, i den mening som avses i denna bestämmelse, är nödvändigt att beakta de faktiska och rättsliga omständigheter under vilka ett kontrakt om en första prestation, som har resulterat i ytterligare offentliga kontrakt, ingicks.

21 Direktiv 2004/18 upphävdes och ersattes av direktiv 2014/24 med verkan från och med den 18 april 2016.

22 Det framgår av fast rättspraxis att det direktiv som är tillämpligt i tiden (*ratione temporis*) på ett förfarande för offentlig upphandling i princip är det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska tillämpas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att genomföra ett föregående konkurrensutsatt anbudsförfarande för tilldelning av ett offentligt kontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2024, NFŠ, C-28/23, EU:C:2024:893, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

23 I förevarande fall framgår det av begäran om förhandsavgörande att Skattemyndigheten inledde ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling den 1 mars 2016. Det är således direktiv 2004/18 som är tillämpligt i det nationella målet, oberoende av att IBM Česká republika tilldelades det offentliga kontraktet den 20 maj 2016, det vill säga efter den dag då detta direktiv upphävdes.

24 Mot bakgrund av dessa inledande anmärkningar erinrar domstolen om att ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling endast får tillämpas i de fall som anges i artikel 31 i direktiv 2004/18 och att detta förfarande, till skillnad från öppna och selektiva förfaranden, vilka avses i artikel 28 i direktivet, endast ska tillämpas i särskilda fall (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 april 2009, kommissionen/Belgien, C-292/07, EU:C:2009:246, punkt 106, och dom av den 11 september 2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 49).

25 I artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 föreskrivs särskilt att när det gäller offentliga byggentreprenad-, varu- och tjänstekontrakt får de upphandlande myndigheterna tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling, om kontraktet, av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör.

26 Enligt denna bestämmelse är det tillåtet att tillämpa ett sådant förfarande under förutsättning att två kumulativa villkor är uppfyllda, nämligen dels att det finns tekniska eller konstnärliga skäl eller skäl som hänför sig till skyddet av den ensamrätt som är knuten till kontraktsföremålet, dels att dessa skäl gör det absolut nödvändigt att tilldela en bestämd ekonomisk aktör kontraktet (se, analogt, dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien, C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 24, och dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 34).

27 Eftersom denna bestämmelse utgör ett undantag från de regler som syftar till att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som erkänns i unionsrätten på området för offentlig upphandling, ska den tolkas restriktivt, och det ankommer på den som avser att åberopa denna bestämmelse att visa att dessa kumulativa villkor är uppfyllda (se, analogt, dom av den 10 mars 1987, kommissionen/Italien, 199/85, EU:C:1987:115, punkt 14, och dom av den 15 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkterna 55 och 56).

28 Mot denna bakgrund ska domstolen för det första pröva huruvida den upphandlande myndigheten, såsom den hänskjutande domstolen har gjort gällande, även ska visa att den inte kan tillskrivas ansvar för ensamrätten. Ordalydelsen i artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 innehåller inte något sådant krav. Enligt artikel 31 led 1 c i direktivet krävs däremot uttryckligen att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska, som gör det möjligt att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, inte i något fall kan tillskrivas den upphandlande myndigheten.

29 Att endast beakta skillnaden mellan ordalydelsen i artikel 31 led 1 b och i artikel 31 led 1 c i direktiv 2004/18 skulle emellertid kunna leda till ett åsidosättande av kravet på en strikt tolkning av artikel 31 i direktivet och av det huvudsakliga syftet med unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, det vill säga fri rörlighet för varor och tjänster samt konkurrensutsättning av offentlig upphandling i samtliga medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 december 2016, Undis Servizi, C-553/15, EU:C:2016:935, punkt 28, och dom av den 4 juni 2020, Asmel, C-3/19, EU:C:2020:423, punkt 58).

30 Vidare har domstolen redan slagit fast att den omständigheten att den programvara som används av de nationella myndigheterna och som utgör föremålet för kontraktet om tillhandahållande är av särskild teknisk karaktär inte kan utgöra skäl för att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, när det inte finns några omständigheter som visar att seriösa efterforskningar har gjorts i syfte att identifiera andra

aktörer än den leverantör som tilldelats kontraktet, som kan presentera en lämplig programvara (dom av den 15 oktober 2009, kommissionen/Tyskland, C-275/08, EU:C:2009:632, punkterna 57–64).

31 En upphandlande myndighet är således skyldig att göra allt som rimligen kan förväntas av den för att undvika tillämpning av artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 och detta för att kunna tillämpa ett mer konkurrensutsatt förfarande. Det skulle vara oförenligt med detta krav att tillåta en sådan upphandlande myndighet att tillämpa denna bestämmelse när den upphandlande myndigheten kan tillskrivas ansvar för att ha skapat eller för att upprätthålla den ensamrätt som den åberopar, bland annat på grund av att den upphandlande myndigheten, för att uppnå det resultat som avses med det aktuella kontraktet, inte behövde skapa en sådan ensamrätt eller förfogade över ekonomiskt verkliga och rimliga medel för att få en sådan situation att upphöra.

32 Av detta följer att en upphandlande myndighet, för att kunna åberopa artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18, måste visa dels att de två kumulativa villkor som nämns i punkt 26 ovan är uppfyllda, dels att myndigheten inte är ansvarig för att några tekniska eller konstnärliga skäl eller hänsyn till skyddet av de ensamrätter som är kopplade till föremålet för kontraktet föreligger.

33 Vad för det andra gäller en behörig nationell domstols bedömning av huruvida en upphandlande myndighet kan tillskrivas ett sådant ansvar, så ankommer det på den domstolen att avgöra huruvida den upphandlande myndigheten genom sitt agerande, bland annat i samband med ingåendet av ett tidigare kontrakt som har gett upphov till det berörda offentliga kontraktet, kan tillskrivas ansvar för en ensamrätt, vilken teoretiskt sett kan motivera att artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 tillämpas vid tilldelningen av det berörda offentliga kontraktet. Det ankommer också på den nationella domstolen att pröva huruvida upprätthållandet av en sådan ensamrätt fram till den upphandlande myndighetens beslut att tillämpa det förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling beror på den upphandlande myndighetens handlande eller passivitet.

34 Avseende denna prövning påpekar domstolen, i likhet med vad generaladvokaten har påpekat i punkterna 51 och 59 i sitt förslag till avgörande, att uppkomsten av en ensamrätt inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten enbart på grund av att myndigheten har gett upphov till en sådan situation genom ingåendet av ett tidigare kontrakt, även om unionslagstiftningen om offentlig upphandling inte var tillämplig på myndigheten vid tidpunkten för ingåendet av avtalet. Det är däremot inte nödvändigt att den upphandlande myndigheten avsiktligt har skapat eller upprätthållit en sådan ensamrätt i syfte att begränsa konkurrensen vid framtida upphandlingar.

35 Vad gäller det nationella målet erinrar domstolen om att Republiken Tjeckien, i enlighet med principen att bestämmelserna i unionsrätten omedelbart och i sin helhet är bindande för nya medlemsstater, från och med sin anslutning till Europeiska unionen var skyldig att följa rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, 1993, s. 1), som upphävdes och ersattes av direktiv 2004/18 och vars artikel 6.3 b återgavs i artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 december 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere, C-408/16, EU:C:2017:940, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

36 Sedan Republiken Tjeckiens anslutning till Europeiska unionen kunde en upphandlande myndighet i denna medlemsstat således, enligt artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18, tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling i

syfte att underhålla ett informationssystem som användes inom den nationella förvaltningen endast om den kunde visa dels att kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skyddet av ensamrätten till detta informationssystem, endast kunde tilldelas en bestämd ekonomisk aktör, dels att dessa skäl inte kunde tillskrivas den upphandlande myndigheten.

37 I förevarande fall har den hänskjutande domstolen angett att Skattemyndigheten, eller dess rättsliga föregångare, mellan den 1 maj 2004, då Republiken Tjeckien anslöt sig till Europeiska unionen, och den 1 mars 2016, då det i det nationella målet aktuella förfarandet inleddes, hade möjlighet att inleda ett offentligt upphandlingsförfarande för tillhandahållande av ett nytt informationssystem. Skattemyndigheten har vidare vid den hänskjutande domstolen gjort gällande att den försökte få IBM Česká republikas ensamrätt att upphöra, men att IBM Česká republika vägrade att överlåta den ekonomiska upphovsrätten till källkoden för det aktuella informationssystemet, vilket innebar att om Skattemyndigheten inte hade valt ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, skulle detta informationssystem ha blivit oanvändbart och således ha hindrat Skattemyndigheten från att fullgöra sina uppgifter.

38 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, med beaktande av de omständigheter under vilka det ursprungliga kontraktet ingicks, och i synnerhet de omständigheter som kännetecknade perioden mellan den 1 maj 2004 och den 1 mars 2016, pröva huruvida den ensamrätt som Skattemyndigheten har åberopat för att motivera tillämpningen av artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 kan tillskrivas Skattemyndigheten, bland annat på grund av att Skattemyndigheten förfogade över verkliga och ekonomiskt rimliga medel för att få denna ensamrätt att upphöra under denna period innan den beslutade att tillämpa det förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

39 Mot bakgrund av det ovan anförda ska tolkningsfrågan besvaras på följande sätt. Artikel 31 led 1 b i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att den upphandlande myndigheten, för att motivera tillämpningen av ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, i den mening som avses i denna bestämmelse, inte kan åberopa skydd av ensamrätt när skälet till detta skydd kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. Tillskrivande av ett sådant ansvar ska bedömas inte bara på grundval av de faktiska och rättsliga omständigheter under vilka ett kontrakt om en första prestation ingicks, utan även på grundval av alla omständigheter som kännetecknar perioden från det att kontraktet ingicks till den tidpunkt då den upphandlande myndigheten väljer vilket förfarande som ska tillämpas vid en efterföljande offentlig upphandling.

Rättegångskostnader

40 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Artikel 31 led 1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,

ska tolkas på följande sätt:

Den upphandlande myndigheten kan inte, för att motivera tillämpningen av ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, i den mening som avses i denna bestämmelse, åberopa skydd av ensamrätt när skälet till detta skydd kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. Tillskrivande av ett sådant ansvar ska bedömas inte bara på grundval av de faktiska och rättsliga omständigheter under vilka ett kontrakt om en första prestation ingicks, utan även på grundval av alla omständigheter som kännetecknar perioden från det att kontraktet ingicks till den tidpunkt då den upphandlande myndigheten väljer vilket förfarande som ska tillämpas vid en efterföljande offentlig upphandling.

Underskrifter