Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
της 26ης Σεπτεμβρίου 2024[1]

Υπόθεση C-578/23

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

[αίτηση του Nejvyšší správní soud
(Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου, Τσεχική Δημοκρατία)
για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Προδικαστική παραπομπή – Δημόσιες συμβάσεις – Οδηγία 2004/18/ΕΚ – Άρθρο 31 – Διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού – Προϋποθέσεις – Προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων – Κατάσταση αποκλειστικότητας που απορρέει από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής – Σύμβαση συναφθείσα πριν από την προσχώρηση κράτους μέλους στην Ευρωπαϊκή Ένωση – Χρονικό σημείο κατά το οποίο πρέπει να εκτιμώνται οι νομικές και πραγματικές περιστάσεις της σύμβασης»

1. Το 1992 το Υπουργείο Οικονομικών της Τσεχικής Δημοκρατίας[2] ανέθεσε απευθείας σε συγκεκριμένη επιχείρηση[3] σύμβαση για την εγκατάσταση συστήματος πληροφορικής με την ονομασία ADIS για τους σκοπούς της φορολογικής διοίκησης. Η IBM ήταν κάτοχος των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας επί του πηγαίου κώδικα του λογισμικού, επομένως ήταν απαραίτητη η συμμετοχή της για τη χρήση και την ενημέρωση του συστήματος πληροφορικής.

2. Το 2016 το αρμόδιο όργανο φορολογικής διοίκησης στην Τσεχική Δημοκρατία συνήψε επίσης με την IBM, μέσω διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, σύμβαση με αντικείμενο τον βασικό τεχνικό έλεγχο μετά την περίοδο εγγύησης της εφαρμογής ADIS.

3. Η σύναψη της νέας αυτής σύμβασης έφερε σε αντιπαράθεση δύο αρχές της Τσεχικής Δημοκρατίας: την αρμόδια στον τομέα της φορολογικής διοίκησης, αφενός, και την αρμόδια για τον έλεγχο της νομιμότητας των δημοσίων συμβάσεων, αφετέρου. Κατά την άποψη της τελευταίας αρχής, η απευθείας ανάθεση της σύμβασης είναι παράνομη.

[1] Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

[2] Η διάσπασή της στην Τσεχική Δημοκρατία και τη Σλοβακική Δημοκρατία έλαβε χώρα την 1η Ιανουαρίου 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Η εταιρία αυτή ήταν το 1992 η μοναδική μέτοχος της εταιρίας IBM Česká republika, spol. s r. o. Στο εξής θα αναφέρομαι σε αυτήν αδιακρίτως ως «IBM» ή «πάροχο».

4. Το δικαστήριο που καλείται να επιλύσει τη διαφορά αυτή σε τελευταίο βαθμό διατηρεί αμφιβολίες σχετικά με το κατά πόσον η νέα σύμβαση υπάγεται στο άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/18/ΕΚ[4], υποβάλλει δε στο Δικαστήριο προδικαστικό ερώτημα επί της ερμηνείας της διάταξης αυτής. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται αν, κατά την εκτίμηση του ζητήματος αν πληρούται μία εκ των προϋποθέσεων για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι πραγματικές και νομικές περιστάσεις που επικρατούσαν κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης (1992) ή της νέας σύμβασης (2016).

5. Η διαφορά επί της ουσίας θέτει το γενικότερο πρόβλημα του *εγκλωβισμού* των δημοσίων διοικήσεων που εξαρτώνται από έναν και μόνο πάροχο για τη χρήση των τεχνολογιών της πληροφορίας. Η Επιτροπή δημοσίευσε το 2013 ανακοίνωση[5], στην οποία υπογράμμιζε τις δυσκολίες των εν λόγω διοικήσεων να αλλάξουν πάροχο.

I. Το νομικό πλαίσιο

A. Το δίκαιο της Ένωσης. Η οδηγία 2004/18

6. Το άρθρο 28 («Χρήση των ανοικτών, κλειστών και με διαπραγμάτευση διαδικασιών και του ανταγωνιστικού διαλόγου») έχει ως εξής:

«Για τη σύναψη των δημόσιων συμβάσεών τους, οι αναθέτουσες αρχές εφαρμόζουν τις εθνικές διαδικασίες, αναπροσαρμοσμένες για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας.

Οι αναθέτουσες αρχές συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις προσφεύγοντας στην ανοικτή διαδικασία ή στην κλειστή διαδικασία. Υπό τους ειδικούς όρους που προβλέπονται ρητά στο άρθρο 29, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους με τη χρήση ανταγωνιστικού διαλόγου. Στις ειδικές περιπτώσεις και περιστάσεις που προβλέπονται ρητά στα άρθρα 30 και 31, μπορούν να προσφεύγουν στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, με ή χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού».

7. Κατά το άρθρο 31 («Περιπτώσεις στις οποίες δικαιολογείται η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού»):

«Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να συνάπτουν τις δημόσιες συμβάσεις τους προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, χωρίς να προηγείται δημοσίευση σχετικής προκήρυξης, στις ακόλουθες περιπτώσεις:

(1) Για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών:

[…]

β) εάν, για λόγους τεχνικούς, καλλιτεχνικούς ή σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων, η σύμβαση μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

[4] Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ 2004, L 134, σ. 114).

[5] Ανακοίνωση της Επιτροπής, της 25ης Ιουνίου 2013, περί καταπολέμησης του εγκλωβισμού στον πάροχο: δημιουργία ανοιχτών συστημάτων ΤΠΕ [Τεχνολογιών των πληροφοριών και των επικοινωνιών] με καλύτερη χρήση των προτύπων στις δημόσιες συμβάσεις [COM (2013) 455 final] (στο εξής: ανακοίνωση του 2013).

γ) στο μέτρο που είναι απολύτως απαραίτητο, εάν λόγω κατεπείγουσας ανάγκης οφειλόμενης σε γεγονότα απρόβλεπτα για τις ενδιαφερόμενες αναθέτουσες αρχές, δεν είναι δυνατή η τήρηση των προθεσμιών που προβλέπονται για τις ανοικτές, κλειστές ή με διαπραγμάτευση διαδικασίες με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού που αναφέρονται στο άρθρο 30. Οι περιστάσεις που επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για την αιτιολόγηση της κατεπείγουσας ανάγκης δεν πρέπει σε καμία περίπτωση να απορρέουν από δική τους ευθύνη.

[…]»

Β. Το τσεχικό δίκαιο. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách[6]

8. Σύμφωνα με το άρθρο 21, παράγραφος 2, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνάπτει δημόσια σύμβαση προσφεύγοντας σε ανοικτή ή κλειστή διαδικασία και, εφόσον πληρούνται ορισμένες προϋποθέσεις, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση με δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού ή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση σχετικής προκήρυξης.

9. Σύμφωνα με το άρθρο 23, παράγραφος 4, στοιχείο a, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να συνάπτει δημόσια σύμβαση προσφεύγοντας σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού επίσης όταν, για λόγους τεχνικούς ή καλλιτεχνικούς, σχετικούς με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων ή με ειδικές διατάξεις, η σύμβαση μπορούσε να εκτελεστεί μόνον από συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

ΙΙ. Τα πραγματικά περιστατικά, η ένδικη διαφορά και το προδικαστικό ερώτημα

10. Το Υπουργείο Οικονομικών της Τσεχικής Δημοκρατίας συνήψε στις 29 Ιουνίου 1992 σύμβαση με την IBM για την ενσωμάτωση συστημάτων στο σύστημα πληροφορικής ADIS για τους σκοπούς της φορολογικής διοίκησης.

11. Από το 2013 και μετά η Česká republika – Generální finanční ředitelství (γενική διεύθυνση φορολογίας, Τσεχική Δημοκρατία· στο εξής: GFR) υποκατέστησε, όσον αφορά τα ζητήματα φορολογικής διοίκησης, το Υπουργείο Οικονομικών, στο οποίο υπάγεται.

12. Την 1η Μαρτίου 2016 η GFR κίνησε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση νέας δημόσιας σύμβασης με τίτλο «Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016», η οποία είχε ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών βασικής τεχνικής υποστήριξης μετά την περίοδο εγγύησης της εφαρμογής ADIS[7].

[6] Νόμος 137/2006 περί δημοσίων συμβάσεων (στο εξής: νόμος 137/2006), ως ίσχυε κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών της κύριας δίκης.

[7] Μολονότι εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να το εξακριβώσει, φαίνεται ότι η νέα σύμβαση προέβλεπε τη συντήρηση και την ενδεχόμενη επιδιόρθωση του ADIS. Η αξία της σύμβασης ανερχόταν σε 33 294 389 τσεχικές κορώνες (CZK), χωρίς φόρο προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ).

13. Η GFR χρησιμοποίησε αυτήν τη μορφή σύναψης σύμβασης επικαλούμενη τεχνικούς λόγους και την προστασία των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του παρόχου επί του πηγαίου κώδικα του ADIS [8].

14. Στις 20 Μαΐου 2016 η GFR ανέθεσε τη νέα σύμβαση στην IBM.

15. Στις 9 Οκτωβρίου 2017 το Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (γραφείο προστασίας του ανταγωνισμού της Τσεχικής Δημοκρατίας· στο εξής: Úřad) διαπίστωσε ότι η GFR είχε παραβιάσει το άρθρο 23, παράγραφος 4, στοιχείο a, του νόμου 137/2006, διότι είχε προσφύγει στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

16. Κατά την άποψη του Úřad, η GFR δεν είχε αποδείξει ότι η νέα δημόσια σύμβαση μπορούσε να εκτελεστεί για τεχνικούς λόγους αποκλειστικώς από την IBM. Εξάλλου, η ανάγκη προστασίας των αποκλειστικών δικαιωμάτων του παρόχου αυτού οφειλόταν στην προηγούμενη συμπεριφορά του Υπουργείου Οικονομικών.

17. Η GFR άσκησε διοικητική προσφυγή κατά της ως άνω απόφασης της 9ης Οκτωβρίου 2017 ενώπιον του προέδρου του Úřad, η οποία ωστόσο απορρίφθηκε [9].

18. Η GFR άσκησε προσφυγή κατά της απόφασης του προέδρου του Úřad ενώπιον του Krajský soud v Brně (περιφερειακού δικαστηρίου του Μπρνο, Τσεχική Δημοκρατία), το οποίο απέρριψε την προσφυγή, με το σκεπτικό ότι δεν πληρούνταν οι προϋποθέσεις του άρθρου 23, παράγραφος 4, στοιχείο a, του νόμου 137/2006, διότι:

– Κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης, ήταν αναμενόμενο ότι θα υπήρχε ανάγκη συνεχούς συντήρησης του ADIS, το οποίο είχε σχεδιαστεί μακροπρόθεσμα για έναν τομέα (της φορολογίας) ο οποίος βρίσκεται σε συνεχή εξέλιξη.

– Μικρή σημασία έχει το γεγονός ότι, κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης, δεν υφίστατο νομοθεσία που να προβλέπει την υποχρέωση επιλογής του παρόχου μέσω διαδικασίας διαγωνισμού ούτε το επίπεδο ρύθμισης των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας επί του ADIS. Οι όροι ανάθεσης της μεταγενέστερης σύμβασης πρέπει να εκτιμηθούν υπό το πρίσμα της νομοθεσίας που ίσχυε κατά τον χρόνο σύναψης της σύμβασης αυτής.

– Δεν απαιτείται η αρχική αναθέτουσα αρχή να ενήργησε με πρόθεση να καταστρατηγήσει στη συνέχεια τον νόμο 137/2006.

– Ακόμη και αν η GFR αποδείκνυε ότι δεν υπήρχε άλλος οικονομικός φορέας εκτός της IBM ικανός να εκτελέσει τη σύμβαση, γεγονός παραμένει ότι η κατάσταση αποκλειστικότητας απορρέει από τις ενέργειες του Υπουργείου Οικονομικών. Επομένως, η απόδειξη της συνδρομής της τυπικής προϋπόθεσης (ήτοι των τεχνικών λόγων και του λόγου προστασίας

[8] Κατά τους ισχυρισμούς της GFR, οι οποίοι εκτίθενται στη διάταξη περί παραπομπής (σημείο 2), χωρίς σύνδεση με την κεντρική μονάδα και τις άλλες μονάδες, οι ίδιες οι μονάδες δεν μπορούν να λειτουργούν, να ελέγχονται και να αναβαθμίζονται αυτοτελώς· οι μονάδες δεν μπορούν να διαχωριστούν· το αντικείμενο της σύμβασης επηρεάζει τις υφιστάμενες μονάδες. Δεδομένου ότι αντικείμενο της παροχής ήταν η βασική τεχνική υποστήριξη του ADIS, το οποίο έχει δημιουργηθεί και αναβαθμίζεται από τον πάροχο, ο οποίος είναι κάτοχος των δικαιωμάτων αδείας, ήταν απαραίτητο να διασφαλίζεται για λόγους τεχνικής συνέχειας η συντήρηση και η αναβάθμισή του από τον πάροχο αυτόν.

[9] Η διοικητική προσφυγή απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι το Υπουργείο Οικονομικών, προκάτοχος της GFR, ευθυνόταν για την κατάσταση αποκλειστικότητας (ήτοι την ανάγκη εκτέλεσης της σύμβασης αποκλειστικά από συγκεκριμένο πάροχο), καθόσον ο πάροχος διατηρούσε τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας.

των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του παρόχου) ήταν άνευ σημασίας, δεδομένου ότι δεν πληρούνταν η ουσιαστική προϋπόθεση (η μη εσκεμμένη πρόκληση κατάστασης αποκλειστικότητας από την ίδια την αναθέτουσα αρχή).

19. Η GFR άσκησε αναίρεση κατά της απόφασης αυτής ενώπιον του Nejvyšší správní soud (Ανώτατου Διοικητικού Δικαστηρίου, Τσεχική Δημοκρατία) υποστηρίζοντας, κατ' ουσίαν, ότι:

– Κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης, μόνον ο πάροχος ήταν σε θέση να πραγματοποιήσει την απαιτούμενη παροχή (προμήθεια διακομιστών εξοπλισμένων με το δικό τους λειτουργικό σύστημα και παροχή συντήρησης και απομακρυσμένης παρακολούθησης). Για τεχνικούς λόγους, δεν ήταν δυνατόν να ανευρεθεί άλλος πάροχος.

– Το Υπουργείο Οικονομικών δεν μπορούσε ευλόγως να θεωρήσει ότι θα ήταν αναγκαίες στο μέλλον περαιτέρω ενέργειες για τη συνέχιση της λειτουργίας του ADIS.

– Τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας ήταν επαρκώς καθορισμένα στην αρχική σύμβαση. Κατά τον χρόνο εκείνο δεν ήταν δυνατή η πλήρης μεταβίβαση των δικαιωμάτων αυτών επί του ADIS, διότι ορισμένα από τα στοιχεία του αποτελούσαν αντικείμενο εμπορικής εκμετάλλευσης σε παγκόσμια κλίμακα από τον πάροχο και τους συνεργάτες του. Συνεπώς, τηρήθηκε η ισχύουσα νομοθεσία. Καθόσον το Υπουργείο Οικονομικών δεν ήταν σε θέση να γνωρίζει ποιες μελλοντικές νομοθετικές διατάξεις θα παραβίαζε με τις ενέργειές του, για λόγους ασφάλειας δικαίου δεν μπορεί να προσαφθεί στην GFR υπαίτια συμπεριφορά.

– Ούτε το Υπουργείο Οικονομικών ήταν σε θέση να γνωρίζει κατά τη σύναψη της αρχικής σύμβασης πώς θα εξελισσόταν το φορολογικό σύστημα. Επομένως, αγνοούσε αν θα έπρεπε να παρέμβει στο ADIS και αν θα εξακολουθούσε να το χρησιμοποιεί. Δεν συνέτρεχε κανένας λόγος ρύθμισης από το Υπουργείο Οικονομικών των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας κατά τρόπο ώστε αυτό να απεξαρτηθεί πλήρως από τον πάροχο.

– Αν κινούνταν τώρα διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την προμήθεια νέου συστήματος πληροφορικής, η GFR διέτρεχε τον κίνδυνο να απωλέσει τα κεφάλαια που είχαν επενδυθεί στο ADIS και να εκτεθεί σε μια μη αποδοτική και ανορθολογική φορολογική διαχείριση.

– Το 2015 η GFR επιδίωξε να απεξαρτηθεί από τον πάροχο μέσω της απόκτησης των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας επί του ADIS. Δεδομένου ότι ο πάροχος αρνήθηκε να τα μεταβιβάσει, τόσο κατά τον χρόνο εκείνο όσο και κατά τα επόμενα τρία έτη, η GFR δεν είχε άλλη επιλογή από το να προχωρήσει σε διαδικασία διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Σε αντίθετη περίπτωση, το ADIS δεν θα μπορούσε να χρησιμοποιηθεί και η φορολογική διοίκηση θα αδυνατούσε να εκπληρώσει την αποστολή της.

– Εν ολίγοις, προτού κινήσει τη διαδικασία ανάθεσης της νέας σύμβασης, η GFR είχε λάβει όλα τα αναγκαία μέτρα συμμόρφωσης με τη διαδικασία που προβλέπεται στο άρθρο 23, παράγραφος 4, στοιχείο a, του νόμου 137/2006, γεγονός που επιβεβαιώθηκε από πλείονες εκθέσεις πραγματογνωμοσύνης, τεχνικές εκθέσεις και νομικές γνωμοδοτήσεις.

20. Αντικρούοντας την αίτηση αναιρέσεως, το Úřad επισήμανε τα εξής:

– Προβάλλοντας λόγους αποκλειστικότητας της αρχικής σύμβασης του 1992, η GFR είχε πραγματοποιήσει τουλάχιστον μέχρι το τέλος του 2019 αναβαθμίσεις του ADIS μέσω διαδικασιών με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

– Από την έκθεση πραγματογνωμοσύνης δεν προκύπτει ότι ο επιλεγείς οικονομικός φορέας ήταν για τεχνικούς λόγους ο μοναδικός πάροχος του συστήματος. Δεν διαπιστώθηκε η ύπαρξη κατάστασης αποκλειστικότητας για λόγους προστασίας των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας.

– Αντικείμενο της σύμβασης ήταν η εφαρμογή του συστήματος φορολογικής διοίκησης σε τρία στάδια, εκ των οποίων, δυνάμει της αρχικής σύμβασης, θα εφαρμοζόταν μόνον το πρώτο. Η GFR γνώριζε ότι μετά την αρχική σύμβαση θα ακολουθούσαν και άλλες.

– Η περιγραφή και το αντικείμενο του ADIS καταδεικνύουν ότι επρόκειτο για ένα σταθερό σύστημα που θα βρισκόταν σε λειτουργία επί μακρό χρονικό διάστημα. Επομένως, ήταν προφανές ότι θα απαιτούσε τουλάχιστον τεχνική υποστήριξη.

– Ούτε το Υπουργείο Οικονομικών ούτε στη συνέχεια η GFR αντέδρασαν στην εξέλιξη της νομοθεσίας, αλλά υιοθέτησαν μια ερμηνεία της σύμβασης και του νόμου 137/2006 η οποία θα παρείχε τη δυνατότητα να συνεχιστεί η λειτουργία του συστήματος χωρίς προκήρυξη διαγωνισμού.

21. Το αιτούν δικαστήριο διατηρεί αμφιβολίες ως προς το αν πληρούται μία εκ των προϋποθέσεων τις οποίες χαρακτηρίζει *ουσιαστικές* (ήτοι η μη εσκεμμένη πρόκληση κατάστασης αποκλειστικότητας από την ίδια την αναθέτουσα αρχή) για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Διερωτάται αν κατά την εκτίμηση του ζητήματος αν πληρούται η προϋπόθεση αυτή πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι πραγματικές και νομικές περιστάσεις που ίσχυαν κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης.

22. Υπό τις συνθήκες αυτές, το Nejvyšší správní soud (Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο) υποβάλλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Κατά την εκτίμηση του ζητήματος αν πληρούται η ουσιαστική προϋπόθεση για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, ήτοι του ζητήματος αν η αναθέτουσα αρχή δεν προκάλεσε εσκεμμένα κατάσταση αποκλειστικότητας, σύμφωνα με το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β', [της οδηγίας 2004/18], πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι νομικές και πραγματικές περιστάσεις υπό τις οποίες συνήφθη η αρχική σύμβαση υπηρεσιών, η οποία είχε ως αποτέλεσμα τη σύναψη περαιτέρω δημοσίων συμβάσεων;»

III. Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

23. Η αίτηση προδικαστικής αποφάσεως περιήλθε στο Δικαστήριο στις 19 Σεπτεμβρίου 2023.

24. Γραπτές παρατηρήσεις κατέθεσαν η Τσεχική και η Σλοβακική Κυβέρνηση καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή.

25. Το Δικαστήριο δεν έκρινε αναγκαία τη διεξαγωγή επ' ακροατηρίου συζήτησης.

IV. Εκτίμηση

26. Η διαφορά ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου έχει ως βάση σύμβαση παροχής υπηρεσιών πληροφορικής, η οποία, χωρίς να προηγηθεί διαδικασία διαγωνισμού, συνήφθη το 1992, πριν από την προσχώρηση της Τσεχικής Δημοκρατίας στην Ευρωπαϊκή Ένωση, ενόσω αυτή η μορφή σύναψης σύμβασης ήταν νόμιμη κατά το εθνικό δίκαιο.

27. Η αρχική αυτή σύμβαση παρείχε στον πάροχο αποκλειστικά δικαιώματα ως προς την αναβάθμιση και τη συντήρηση του συστήματος πληροφορικής που τέθηκε σε λειτουργία.

28. Κατά τους ισχυρισμούς της GFR, μετά την προσχώρηση της Τσεχικής Δημοκρατίας στην Ένωση, λόγοι προστασίας των αποκλειστικών δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας του παρόχου δικαιολογούσαν την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού, κατά το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18, με σκοπό τη σύναψη το 2016 νέας σύμβασης[10] παροχής υπηρεσιών βασικής τεχνικής υποστήριξης μετά την περίοδο εγγύησης του συστήματος πληροφορικής.

A. Η εφαρμοστέα οδηγία

29. Το αιτούν δικαστήριο ζητεί την ερμηνεία της οδηγίας 2004/18 και όχι της οδηγίας 2014/24/ΕΕ[11], η οποία καταργεί την πρώτη.

30. Εφαρμοστέα είναι κατ' αρχήν η οδηγία που ισχύει κατά την ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τη διαδικασία που θα εφαρμόσει[12].

31. Η διάταξη περί παραπομπής μνημονεύει ότι η GFR κίνησε τη διαδικασία για την ανάθεση της νέας σύμβασης την 1η Μαρτίου 2016. Επομένως, η ημερομηνία αυτή είναι προγενέστερη της λήξης της προθεσμίας μεταφοράς της οδηγίας 2014/24 στο εθνικό δίκαιο, η οποία τοποθετείται στις 18 Απριλίου 2016 δυνάμει του άρθρου 90, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτής.

32. Επομένως, εφαρμοστέα ratione temporis είναι η οδηγία 2004/18. Ωστόσο, η διαπίστωση αυτή δεν εμποδίζει να ληφθεί υπόψη το καθεστώς της οδηγίας 2014/24, αντιθετικά ή επιβεβαιωτικά, προκειμένου να ερμηνευθούν οι κανόνες της οδηγίας 2004/18.

B. Το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18 και η κατάσταση αποκλειστικότητας που προκάλεσε εσκεμμένα η αναθέτουσα αρχή

33. Σύμφωνα με το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18, πρέπει να πληρούνται σωρευτικά δύο προϋποθέσεις για την προσφυγή στην απευθείας διαδικασία που προβλέπει το άρθρο αυτό: α) να συντρέχουν λόγοι τεχνικοί, καλλιτεχνικοί ή σχετικοί με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων και β) να καθιστούν οι λόγοι αυτοί απολύτως απαραίτητη την ανάθεση της σύμβασης μόνο σε συγκεκριμένη επιχείρηση.

[10] Συνεπώς, δεν επρόκειτο απλώς για παράταση ή τροποποίηση της αρχικής σύμβασης.

[11] Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ 2014, L 94, σ. 65).

[12] Απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2021, RTS infra και Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, σκέψη 23).

34. Παρόμοια διατύπωση με εκείνη του άρθρου αυτού περιλαμβανόταν ήδη σε άλλες οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων, προγενέστερες της οδηγίας 2004/18[13]. Το Δικαστήριο είχε ερμηνεύσει τις οδηγίες αυτές στο πλαίσιο προσφυγών λόγω παραβάσεως τις οποίες είχε ασκήσει η Επιτροπή κατά επιμέρους πράξεων των κρατών μελών που αφορούσαν συμβάσεις εμπίπτουσες στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 71/305[14] ή της οδηγίας 93/37[15], οι οποίες συνήφθησαν με διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

35. Από τη νομολογία που διαμορφώθηκε στο πλαίσιο της ερμηνείας αυτών των δύο οδηγιών και των οδηγιών που εκδόθηκαν στη συνέχεια έγινε παγίως δεκτό ότι οι διατάξεις που αφορούν τις διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, ενώ το βάρος αποδείξεως του ότι συντρέχουν οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει η αναθέτουσα αρχή[16].

36. Το αιτούν δικαστήριο διακρίνει μεταξύ των «τυπικών προϋποθέσεων» και των «ουσιαστικών προϋποθέσεων» που απαιτούνται για την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού. Κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου:

– Οι τυπικές προϋποθέσεις επιβάλλουν, αφενός, να συντρέχει λόγος σχετικός με την προστασία αποκλειστικών δικαιωμάτων και, αφετέρου, εξαιτίας αυτού του λόγου η σύμβαση να μπορεί να ανατεθεί μόνο σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα.

– Οι ουσιαστικές προϋποθέσεις επιβάλλουν, αφενός, να μην ήταν σε θέση η αναθέτουσα αρχή να προβλέψει αυτούς τους τυπικούς λόγους και, αφετέρου, οι λόγοι αυτοί να είναι ανεξάρτητοι από τη βούλησή της.

37. Στην πραγματικότητα, οι προϋποθέσεις τις οποίες το αιτούν δικαστήριο χαρακτηρίζει ως *τυπικές* συμπίπτουν με αυτές που προβλέπονται από το γράμμα του άρθρου 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18. Οι προϋποθέσεις τις οποίες το αιτούν δικαστήριο χαρακτηρίζει ως *ουσιαστικές* βαίνουν πέραν του γράμματος της διάταξης, καθόσον δεν προβλέπονται ρητώς από αυτό.

38. Η αντιδικία αφορά την *ουσιαστική προϋπόθεση* που συνίσταται στη μη εσκεμμένη πρόκληση της κατάστασης αποκλειστικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Οι απόψεις που εξέφρασαν οι συμμετέχοντες στην προδικαστική διαδικασία διίστανται:

– Κατά την άποψη της Τσεχικής Κυβέρνησης, η παρέκκλιση του άρθρου 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18 εφαρμόζεται μόνο εφόσον συντρέχουν οι αντικειμενικές προϋποθέσεις που προβλέπονται στη διάταξη αυτήν[17].

[13] Οδηγία 71/305/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 26ης Ιουλίου 1971, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ ειδ. έκδ. 17/01, σ. 9), και οδηγία 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ 1993, L 199, σ. 54).

[14] Απόφαση της 18ης Μαΐου 1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-57/94, EU:C:1995:150, σκέψη 23).

[15] Απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-385/02, EU:C:2004:522, σκέψεις 19 και 20).

[16] Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-385/02, EU:C:2004:522, σκέψη 19): «Οι διατάξεις του άρθρου 7, παράγραφος 3, της οδηγίας [93/37], οι οποίες επιτρέπουν παρεκκλίσεις από τους κανόνες που αποσκοπούν στην εξασφάλιση της δυνατότητας ασκήσεως των αναγνωριζόμενων από τη Συνθήκη ΕΚ δικαιωμάτων στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων, πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, ενώ το βάρος αποδείξεως του ότι συντρέχουν όντως οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν την παρέκκλιση φέρει αυτός που επικαλείται τις εν λόγω διατάξεις». Ως παραδείγματα τέτοιας ερμηνείας μνημονεύονται οι αποφάσεις της 18ης Μαΐου 1995, Επιτροπή κατά Ιταλίας (C-57/94, EU:C:1995:150, σκέψη 23), και της 28ης Μαρτίου 1996, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-318/94, EU:C:1996:149, σκέψη 13).

[17] Αυτό εκθέτει στην πρώτη από τις έξι ομάδες επιχειρημάτων των γραπτών της παρατηρήσεων ενώπιον του Δικαστηρίου.

– Κατά την άποψη της Επιτροπής και της Σλοβακικής Κυβέρνησης, η παρέκκλιση αυτή προϋποθέτει, επιπλέον, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προκάλεσε εσκεμμένα την κατάσταση αποκλειστικότητας.

39. Αν η διαφορά έπρεπε να επιλυθεί υπό το καθεστώς της οδηγίας 2014/24, θα υπερίσχυε αναμφίβολα η άποψη της Επιτροπής και της Σλοβακικής Κυβέρνησης. Τόσο η αιτιολογική σκέψη 50 της οδηγίας αυτής όσο και το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο β′, της ίδιας οδηγίας προβλέπουν ως προϋπόθεση να μη δημιουργήθηκε η κατάσταση αποκλειστικότητας από την αναθέτουσα αρχή:

– Η αιτιολογική σκέψη 50 της οδηγίας 2014/24 μνημονεύει ότι «[…] μόνο καταστάσεις αντικειμενικής αποκλειστικότητας μπορούν να δικαιολογήσουν τη χρήση της διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, εφόσον η κατάσταση της αποκλειστικότητας δεν δημιουργήθηκε από την ίδια την αναθέτουσα αρχή με στόχο τη μελλοντική διαδικασία προμήθειας. […]» [18].

– Το άρθρο 32, παράγραφος 2, στοιχείο β′, σημείο iii, της οδηγίας 2014/24 ορίζει ότι η διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση μπορεί να χρησιμοποιείται εάν τα έργα, οι προμήθειες ή οι υπηρεσίες μπορούν να παρασχεθούν μόνον από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα για λόγους προστασίας «αποκλειστικών δικαιωμάτων, περιλαμβανομένων των δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας». Ωστόσο, η εξαίρεση εφαρμόζεται μόνον «εάν δεν υπάρχει εύλογη εναλλακτική λύση ή υποκατάστατο και η απουσία ανταγωνισμού δεν είναι αποτέλεσμα τεχνητού περιορισμού των παραμέτρων της προμήθειας».

40. Αντιθέτως, το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18 δεν προβλέπει ρητώς κατά πόσον είναι κρίσιμο να απορρέει η κατάσταση αποκλειστικότητας από ευθύνη της αναθέτουσας αρχής [19]. Ωστόσο, η σιωπή του νόμου δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα αρχή είναι ελεύθερη να προκαλεί εσκεμμένα η ίδια την κατάσταση αποκλειστικότητας.

41. Πράγματι, όπως ορθώς υπογραμμίζει το αιτούν δικαστήριο, στο ζήτημα αυτό η οδηγία 2014/24 απλώς προέβλεψε ρητώς μια αρχή η οποία ήδη προβλεπόταν σιωπηρώς στις προηγούμενες σχετικές οδηγίες [20]. Συνεπώς, κατά την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου, «[…] σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης απαιτείται ο λόγος για τον οποίο δημόσια σύμβαση πρέπει να ανατεθεί αποκλειστικά σε συγκεκριμένο οικονομικό φορέα σύμφωνα με τη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση κατά το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18, *να είναι ανεξάρτητος από τη βούληση της αναθέτουσας αρχής*. […]» [21].

[18] Πριν από το κείμενο αυτό η αιτιολογική σκέψη μνημονεύει τα εξής: «Λόγω των επιζήμιων επιπτώσεων στον ανταγωνισμό, οι διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση γνωστοποίηση προκήρυξης σύμβασης θα πρέπει να χρησιμοποιούνται μόνο σε άκρως εξαιρετικές περιπτώσεις. Η εξαίρεση αυτή θα πρέπει να περιορίζεται σε περιπτώσεις που είτε η δημοσίευση είναι αδύνατη, για λόγους κατεπείγουσας ανάγκης οφειλομένης σε γεγονότα τα οποία η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να προβλέψει και για τα οποία δεν ευθύνεται, είτε είναι σαφές εξαρχής ότι η δημοσίευση δεν θα οδηγήσει σε μεγαλύτερο ανταγωνισμό ή σε καλύτερα αποτελέσματα όσον αφορά την προμήθεια, μεταξύ άλλων και γιατί αντικειμενικά υπάρχει μόνο ένας οικονομικός φορέας που μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση. […] Η αποκλειστικότητα μπορεί να οφείλεται και σε άλλους λόγους […]».

[19] Αντιθέτως, η διάταξη του ίδιου άρθρου 31, παράγραφος 1, στοιχείο γ′, της οδηγίας 2004/18 προβλέπει ρητώς ότι παρέχεται η δυνατότητα προσφυγής σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση λόγω κατεπείγουσας ανάγκης, εφόσον οι περιστάσεις τις οποίες επικαλούνται οι αναθέτουσες αρχές για τη δικαιολόγησή της σε καμία περίπτωση δεν «*απορρέουν από δική τους ευθύνη*».

[20] Σημείο 22 της διάταξης περί παραπομπής.

[21] Σημείο 23 της διάταξης περί παραπομπής (η υπογράμμιση δική μου). Το αιτούν δικαστήριο εκτιμά ότι «η ερμηνεία του δικαίου της Ένωσης εν προκειμένω έχει χαρακτήρα σαφούς πράξεως (acte clair)», εκτίμηση που θεωρώ υπερβολική.

42. Συμφωνώ με την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου σχετικά με την εμπλοκή της αναθέτουσας αρχής στη διαμόρφωση των περιστάσεων που δημιουργούν την κατάσταση αποκλειστικότητας. Φρονώ ότι υπάρχουν διάφοροι λόγοι που συνηγορούν υπέρ αυτού.

43. Πρώτον, επί της ουσίας, ο γενικός σκοπός των κανόνων της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων συνίσταται «στη διασφάλιση της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών» [22]. Η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση αποτελεί ακριβώς εκείνη τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής που πλήττει σοβαρότερα τον ελεύθερο ανταγωνισμό στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων.

44. Δεύτερον, ο σκοπός αυτός υπονομεύεται όταν οι ίδιες οι αναθέτουσες αρχές δημιουργούν από μόνες τους τις περιστάσεις που θα επικαλεστούν προκειμένου να χρησιμοποιήσουν διαδικασίες επιλογής αναδόχων στις οποίες δεν συμμετέχουν ανταγωνιστές.

45. Τρίτον, όπως έχει προεκτεθεί, οι έκτακτες περιστάσεις που δικαιολογούν διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού πρέπει να ερμηνεύονται συσταλτικώς, βάσει περιοριστικών κριτηρίων [23].

46. Τέταρτον, αντιβαίνει στη λογική του άρθρου 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18 η παραδοχή ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επωφελείται από την κατάσταση αποκλειστικότητας την οποία η ίδια προκάλεσε. Σύμφωνα με αυτήν τη λογική, η αδυναμία προσφυγής στη συνήθη διαδικασία (με δημοσίευση) δικαιολογείται μόνο όταν οι περιστάσεις δεν σχετίζονται με την αναθέτουσα αρχή και όχι όταν προκαλούνται από αυτήν.

47. Τέλος, σύμφωνα με την αρχή nemo auditur propriam turpitudinem allegans, δεν μπορεί να επιτραπεί να αντλεί ένας συμβαλλόμενος οφέλη από τη δική του παράνομη συμπεριφορά [24].

Γ. Εκτίμηση της κατάστασης αποκλειστικότητας στην υπό κρίση διαφορά

1. Η αρχική σύμβαση (1992)

48. Κατά την εκτιθέμενη στη διάταξη περί παραπομπής άποψη της GFR, κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης (1992) δεν υφίστατο εθνική νομοθεσία που να διέπει τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας και το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων. Ως εκ τούτου, δεν μπορούσε να προβλεφθεί ούτε το νομικό καθεστώς που θα ίσχυε μελλοντικώς στον τομέα αυτόν ούτε ο τρόπος με τον οποίο θα εξελισσόταν η εθνική νομολογία. Ούτε περαιτέρω μπορούσε να προβλεφθεί «ότι ο καθορισμός των προϋποθέσεων χορήγησης αδειών για το ADIS θα οδηγούσε μεταγενέστερα σε μια αμφισβητούμενη κατάσταση […]» [25].

[22] Απόφαση της 7ης Δεκεμβρίου 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 και C-443/22, EU:C:2023:970, σκέψη 61).

[23] Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, σκέψη 49): «[…] διαδικασία με διαπραγμάτευση μπορεί να κινείται μόνο στις περιπτώσεις που απαριθμούνται περιοριστικά στα άρθρα 30 και 31 της οδηγίας 2004/18 και […] η διαδικασία αυτή έχει εξαιρετικό χαρακτήρα σε σχέση με την ανοικτή και με την κλειστή διαδικασία».

[24] Το Δικαστήριο προσδίδει ιδιαίτερη βαρύτητα στην απόδοση δυσμενών συνεπειών στην ίδια την παράβαση. Βλ. απόφαση της 15ης Ιουνίου 2023, Bank M. (Συνέπειες της ακύρωσης της σύμβασης) (C-520/21, EU:C:2023:478, σκέψη 81).

[25] Σημείο 17 της διάταξης περί παραπομπής.

49. Το αιτούν δικαστήριο συμμερίζεται κατ' ουσίαν την άποψη αυτή, υπό την επιφύλαξη ορισμένων διαφοροποιήσεων. Κάνει δεκτό ότι το 1992 δεν υφίστατο σχετική εθνική νομοθεσία για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων [26], πράγμα που επέτρεψε στο Υπουργείο Οικονομικών να συνάψει τη σύμβαση ADIS με τους όρους που συμφωνήθηκαν κατά τον χρόνο εκείνο. Το αιτούν δικαστήριο προσθέτει ότι επιπλέον η αναθέτουσα αρχή «μπορούσε ευλόγως να θεωρήσει ότι θα ήταν δυνατόν να αναθέσει και τις μεταγενέστερες της αρχικής συμβάσεις στον ίδιο πάροχο χωρίς να απαιτείται να διασφαλίσει και σε άλλους οικονομικούς φορείς τη δυνατότητα να διεκδικήσουν την εν λόγω ανάθεση» [27].

50. Από την πλευρά μου, ουδόλως διαφωνώ με τις εκτιμήσεις αυτές, οι οποίες παραπέμπουν σε μια χρονική στιγμή κατά την οποία το δίκαιο της Ένωσης, της οποίας η Τσεχική Δημοκρατία δεν ήταν ακόμη μέλος, απλούστατα δεν είχε τεθεί σε ισχύ. Στο αιτούν δικαστήριο εναπόκειται να προσδιορίσει το πραγματικό και νομικό πλαίσιο που ίσχυε κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης.

51. Υπό αυτές τις συνθήκες, είναι άνευ σημασίας το αν η αναθέτουσα αρχή προκάλεσε εσκεμμένα την κατάσταση αποκλειστικότητας βάσει της οποίας συνήφθη η αρχική σύμβαση το 1992.

2. Η νέα σύμβαση (2016)

52. Η προσέγγιση είναι διαφορετική αν ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η συμβατική σχέση των τσεχικών φορολογικών αρχών [28] με τον πάροχο παρατάθηκε επί πολλά έτη (μεταξύ 1992 και 2016, καθόσον ενδιαφέρει εν προκειμένω).

53. Κατά την περίοδο αυτή μεταβλήθηκε το νομικό πλαίσιο, ιδίως αφότου, το 2004, η Τσεχική Δημοκρατία προσχώρησε στην Ένωση. Η Τσεχική Δημοκρατία έπρεπε να συμμορφωθεί προς τις οδηγίες περί δημοσίων συμβάσεων αμέσως μετά την προσχώρησή της «σύμφωνα με την αρχή της άμεσης και πλήρους εφαρμογής των διατάξεων του δικαίου της Ένωσης στα νέα κράτη μέλη» [29].

54. Το αιτούν δικαστήριο υπογραμμίζει τη σημασία του νέου πλαισίου και τη μεταβολή των υποχρεώσεων της αναθέτουσας αρχής: τονίζει ότι κατά τον χρόνο ανάθεσης της σύμβασης από την GFR το 2016 ήταν σε ισχύ ο νόμος 137/2006 και η οδηγία 2004/18. Ως εκ τούτου, η GFR όφειλε να διασφαλίσει ότι η συμπεριφορά της δεν δημιουργούσε καταστάσεις αποκλειστικότητας, προκειμένου να είναι νόμιμη η προσφυγή σε διαδικασίες με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση.

55. Βάσει της διαπίστωσης αυτής και αφού εξετάσθηκαν οι δύο αντιτιθέμενες απόψεις, το αιτούν δικαστήριο διαπιστώνει, όπως μνημονεύεται στο σημείο 32 της διάταξης περί παραπομπής, τα εξής:

– «[…] Από το 1992 έως το 2016, [η GFR] (ή ο προκάτοχός της) μπορούσε είτε να διαπραγματευθεί νέους συμβατικούς όρους όσον αφορά τα δικαιώματα πνευματικής ιδιοκτησίας, κατά τρόπον ώστε να είναι σε θέση να αναθέτει δημόσιες συμβάσεις σχετικά με

[26] Το αιτούν δικαστήριο εκθέτει την εξέλιξη του εθνικού δικαίου μέσω της θέσπισης των αντίστοιχων νόμων περί δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας (νόμος που εφαρμόζεται στα λογισμικά) το 1965 και περί δημοσίων συμβάσεων το 1994.

[27] Σημείο 29 της διάταξης περί παραπομπής.

[28] Φρονώ ότι η διαδοχή των συμβαλλόμενων οργάνων (Υπουργείο Οικονομικών το 1992 και GFR το 2016) είναι αμιγώς τυπική: αμφότερα ανήκουν στην ίδια κυβερνητική δομή και το δεύτερο υπάγεται στο πρώτο. Η GFR υποκατέστησε νομικώς το Υπουργείο Οικονομικών.

[29] Απόφαση της 6ης Δεκεμβρίου 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, σκέψη 37).

το ADIS με μία από τις πιο ανοικτές διαδικασίες σύναψης συμβάσεων, είτε να αρχίσει να αναθέτει συμβάσεις για διαφορετικό σύστημα πληροφορικής, έστω και με προσωρινά αυξημένο κόστος, γεγονός που θα μπορούσε να συμβάλει στην εξοικονόμηση χρημάτων μακροπρόθεσμα.

– Επομένως, δεν μπορεί να γίνει επίκληση της κατάστασης που ίσχυε κατά τον χρόνο σύναψης της αρχικής σύμβασης αν η κατάσταση αποκλειστικότητας συνεχίστηκε μετά τη θέσπιση της σχετικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων στην Τσεχική Δημοκρατία. Για να καθοριστεί αν είναι δυνατή η προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς δημοσίευση, πρέπει να ληφθεί υπόψη ο χρόνος κατά τον οποίο λαμβάνεται η απόφαση περί ανάθεσης της σύμβασης στο πλαίσιο της εν λόγω διαδικασίας […]» [30].

56. Όσον αφορά την εκτίμηση των κρίσιμων για τη διαφορά πραγματικών περιστατικών και του εθνικού νομικού πλαισίου, το Δικαστήριο δεν έχει λόγο να αμφισβητήσει αυτές τις διαπιστώσεις του αιτούντος δικαστηρίου. Όσον αφορά τις εκτιμήσεις που εκτίθενται στο τελευταίο μέρος του σημείου 32 της διάταξης περί παραπομπής, που μόλις παρέθεσα, θεωρώ ότι ορθώς ερμηνεύουν την οδηγία 2004/18.

57. Η απάντηση στο προδικαστικό ερώτημα που προκύπτει από τα προεκτεθέντα είναι ότι εν προκειμένω δεν ασκεί επιρροή το γεγονός ότι η αρχική σύμβαση υπογράφηκε πριν από την προσχώρηση της Τσεχικής Δημοκρατίας στην Ένωση. Αντιθέτως, καθοριστικής σημασίας είναι οι ενέργειες της αναθέτουσας αρχής που πραγματοποιήθηκαν μεταξύ των ετών 2004 έως 2016. Ευλόγως, η βασική ενέργεια είναι η σύναψη της νέας σύμβασης το 2016.

58. Ωστόσο, η Τσεχική Κυβέρνηση αποποιείται την ευθύνη της ως προς τη δημιουργία της αποκλειστικής εξάρτησης, στηριζόμενη στο γεγονός ότι η σχετική εκτίμηση πρέπει να αφορά τον χρόνο υπογραφής της αρχικής σύμβασης. Εάν τότε δεν υπήρχαν αντιρρήσεις ως προς τη νομιμότητα της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής, δεν θα μπορούσε επίσης να υπάρξει βάση για καταλογισμό εις βάρος της ότι ενήργησε εσκεμμένα.

59. Δεν συμμερίζομαι την προσέγγιση αυτή:

– Όπως προεκτέθηκε, η υποχρέωση του κράτους μέλους να ευθυγραμμίσει τη δράση του με την έννομη τάξη της Ένωσης γεννάται με την προσχώρησή του στην Ένωση. Από εκείνη τη στιγμή, η αναθέτουσα αρχή, ως κρατικό όργανο, ανέλαβε την υποχρέωση να διασφαλίζει τη συμμόρφωση με τους κανόνες της Ένωσης περί δημοσίων συμβάσεων, συμπεριλαμβανομένης της οδηγίας 2004/18. Υπό τις συνθήκες αυτές, δεν έχει σημασία αν η παράβαση εκ μέρους των φορολογικών αρχών του κράτους συνίσταται σε ενέργεια ή παράλειψη [31].

– Κατά την εκτίμηση της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής δεν απαιτείται να διαπιστώνεται *άμεση πρόθεση* δημιουργίας της κατάστασης αποκλειστικότητας [32]. Αρκεί το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή, παραγνωρίζοντας την υποχρέωσή της να καταργήσει την κατάσταση αποκλειστικότητας που (δημιουργήθηκε από την ίδια ή από τον προκάτοχό της και) υφίστατο

[30] Προς επίρρωση της διαπίστωσης αυτής, το αιτούν δικαστήριο παραπέμπει στην απόφαση της 5ης Οκτωβρίου 2000, Επιτροπή κατά Γαλλίας (C-337/98, EU:C:2000:543, σκέψη 37).

[31] Με τις γραπτές της παρατηρήσεις, η Τσεχική Κυβέρνηση αναφέρεται επανειλημμένως σε *θετικές ενέργειες* της αναθέτουσας αρχής (συμπεριφορά, πράξεις, δημιουργηθείσα κατάσταση, προκληθείσα αποκλειστικότητα, καθορισμός των όρων της νέας σύμβασης σε συσχετισμό με την αρχική σύμβαση). Αντιθέτως, δεν αναφέρεται στην *παράλειψή* της να συνάψει τις νέες συμβάσεις σύμφωνα με το δίκαιο της Ένωσης.

[32] Η Τσεχική Κυβέρνηση τονίζει επανειλημμένως ότι η συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής όσον αφορά την κατάσταση αποκλειστικότητας πρέπει να είναι *εσκεμμένη* (σημεία 11, 12, 14, 15, 16, 17 και 18 των γραπτών της παρατηρήσεων).

κατά τον χρόνο υπογραφής της νέας σύμβασης, αποκλείει τη νέα σύμβαση από τον ανταγωνισμό, όπως είχε πράξει και με την αρχική σύμβαση.

60. Υπό άλλη οπτική γωνία, η Τσεχική Κυβέρνηση, μολονότι αναγνωρίζει ότι, σε περιπτώσεις όπως η επίμαχη, πρέπει να λαμβάνει αποφάσεις που να της παρέχουν τη δυνατότητα να απεξαρτηθεί από συγκεκριμένο πάροχο, τάσσεται υπέρ της αποδοχής μιας *εύλογης λύσης*, θεωρώντας ως τέτοια εκείνη που είναι η πλέον οικονομική και διασφαλίζει τη σταθερή λειτουργία των σημαντικών συστημάτων πληροφορικής της εθνικής διοίκησης. Κατά την άποψή της, οι παράγοντες αυτοί δικαιολογούν εν προκειμένω την προσφυγή στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού [33].

61. Δεν συμμερίζομαι ούτε το επιχείρημα αυτό, καίτοι κατανοώ τα προβλήματα που αντιμετώπιζε εν τοις πράγμασι η αναθέτουσα αρχή το 2016. Οι φορολογικές αρχές, όπως και οι λοιπές κρατικές αρχές, δεν μπορούν να επικαλεστούν πρακτικές δυσχέρειες, διοικητικές ή οικονομικές [34], για να δικαιολογήσουν τη μη τήρηση των υποχρεώσεων που τάσσει μια οδηγία, διότι απόκειται στα κράτη μέλη να υπερβαίνουν τις δυσχέρειες αυτές λαμβάνοντας τα κατάλληλα μέτρα [35].

62. Μια άλλη αμυντική γραμμή που προέβαλε η Τσεχική Κυβέρνηση για να στηρίξει τη συμπεριφορά της αναθέτουσας αρχής είναι ότι επιδίωξε να απεξαρτηθεί από τον πάροχο με την απόκτηση των δικαιωμάτων πνευματικής ιδιοκτησίας, πράγμα το οποίο δεν επέτυχε λόγω της άρνησης του τελευταίου [36].

63. Ο ισχυρισμός αυτός δεν μπορεί να ευδοκιμήσει, αν ληφθεί υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή διέθετε από το 2004 επαρκή χρόνο (μέχρι το 2016) ώστε να υπερκεράσει την άρνηση της IBM. Καλούμενη να αντιμετωπίσει την κατάσταση αποκλειστικότητας, η οποία διαιωνιζόταν επί δεκαετίες, όφειλε να αναλάβει πρωτοβουλίες που να της επέτρεπαν να απεξαρτηθεί από τον πάροχο μέσω της αναζήτησης προσφορών από άλλους επιχειρηματίες, πράγμα το οποίο δεν φαίνεται να έπραξε. Συντάσσομαι και με αυτήν τη διαπίστωση του αιτούντος δικαστηρίου [37].

64. Εξάλλου, από τη διάταξη περί παραπομπής δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή είχε καταβάλει *σοβαρές* προσπάθειες για την εξεύρεση νέων παρόχων, προκειμένου να απεγκλωβιστεί από την κατάσταση εξάρτησης στην οποία είχε περιέλθει. Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου, η αναθέτουσα αρχή πρέπει «να διερευνά σοβαρά» αν υπάρχουν επιχειρήσεις ικανές σε ευρωπαϊκό επίπεδο να παρέχουν (ή, ενδεχομένως, να αντικαθιστούν) συγκεκριμένο λογισμικό [38].

33 Σημείο 30 των γραπτών παρατηρήσεων της Τσεχικής Κυβέρνησης.

34 Τα εμπόδια που προβάλλει η Τσεχική Κυβέρνηση είναι κυρίως οικονομικά (σημεία 26 και 27 των γραπτών της παρατηρήσεων). Αντιθέτως, το αιτούν δικαστήριο υποστηρίζει ότι η ενδεχόμενη άμεση αύξηση του κόστους θα αντισταθμιζόταν από μακροπρόθεσμες εξοικονομήσεις που θα προέκυπταν από την καθιέρωση του ανταγωνισμού μεταξύ των προσφερόντων. Στην ανακοίνωση του 2013, η Επιτροπή αναφέρεται στα εμπόδια που απορρέουν από την εξάρτηση από έναν και μόνο πάροχο λύσεων πληροφορικής. Υπογραμμίζεται ότι μια τέτοια αποκλειστικότητα, πέραν του ότι δημιουργεί επιπλέον προβλήματα (υπάρχει κίνδυνος ο πάροχος να πάψει να υποστηρίζει το σύστημα ή ορισμένα χαρακτηριστικά του συστήματος), ενδέχεται να επηρεάσει την καινοτομία και να οδηγήσει σε υπερβολικές τιμές, οι οποίες δεν υποβάλλονται στην ανταγωνιστική πίεση άλλων επιχειρηματιών του τομέα.

35 Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, Επιτροπή κατά Ηνωμένου Βασιλείου (C-301/10, EU:C:2012:633, σκέψη 66).

36 Σημείο 31 των γραπτών παρατηρήσεων της Τσεχικής Κυβέρνησης, η οποία παραπέμπει στους ισχυρισμούς της GFR ενώπιον του αναιρετικού δικαστηρίου, οι οποίοι παρατίθενται στο σημείο 10 της διάταξης περί παραπομπής.

37 Σημείο 32 της διάταξης περί παραπομπής, το οποίο παρατίθεται στο σημείο 55 των παρουσών προτάσεων.

38 Βλ. απόφαση της 15ης Οκτωβρίου 2009, Επιτροπή κατά Γερμανίας (C-275/08, EU:C:2009:632, σκέψη 63). Επρόκειτο για λογισμικό για την κεντρική διαχείριση της ταξινόμησης οχημάτων.

65. Εκθέτοντας το πρόβλημα του *εγκλωβισμού* στα συστήματα τεχνολογίας των πληροφοριών, η Επιτροπή προτείνει στις αναθέτουσες αρχές ορισμένες λύσεις [39] για την άρση των περιορισμών του ανταγωνισμού στις δημόσιες συμβάσεις, όπως στην προκειμένη περίπτωση.

66. Μολονότι οι τσεχικές αρχές ισχυρίζονται ότι έχουν θέσει σε εφαρμογή διαδικασίες εκ των προτέρων ελέγχου για την καταπολέμηση του εγκλωβισμού στον οποίο αναφέρεται η ανακοίνωση του 2013 [40], η σύμβαση που αποτελεί το αντικείμενο της εν λόγω προδικαστικής παραπομπής επικύρωσε την προϋφιστάμενη κατάσταση αποκλειστικότητας, χωρίς να τη μεταβάλει. Επομένως, μπορεί να θεωρηθεί ότι το 2016 η αναθέτουσα αρχή προκάλεσε με ενέργεια ή διά παραλείψεως τη συνέχιση της κατάστασης αποκλειστικότητας που είχε δημιουργήσει ο προκάτοχός της, συνεπώς δεν δικαιούτο να προσφύγει στη διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

67. Τέλος, υπενθυμίζω ότι το Δικαστήριο έχει ήδη αποφανθεί επί του αναγκαίου ανοίγματος στον ανταγωνισμό συμβάσεων παρόμοιων με την επίμαχη, κάνοντας δεκτό ότι οι συμβάσεις αυτές υπόκεινται στους γενικούς κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων: «[…] όταν η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να διοργανώσει διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων με σκοπό τη συντήρηση, την προσαρμογή ή την ανάπτυξη λογισμικού που αγόρασε από εταιρία, πρέπει να μεριμνά ώστε να κοινοποιεί επαρκείς πληροφορίες στους εν δυνάμει υποψηφίους και προσφέροντες, προκειμένου να καταστεί δυνατή η ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού στην παράγωγη αγορά της συντήρησης, προσαρμογής ή ανάπτυξης του εν λόγω λογισμικού» [41].

V. Πρόταση

68. Λαμβανομένων υπόψη των προεκτεθέντων, προτείνω να δοθεί η εξής απάντηση στο Nejvyšší správní soud (Ανώτατο Διοικητικό Δικαστήριο, Τσεχική Δημοκρατία):

«Το άρθρο 31, παράγραφος 1, στοιχείο β′, της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών,

έχει την έννοια ότι:

η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί να προκαλεί εσκεμμένα κατάσταση αποκλειστικότητας βάσει της οποίας να δικαιολογείται η προσφυγή σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης διαγωνισμού.

Όταν η αναθέτουσα αρχή συνάπτει νέα σύμβαση εμπίπτουσα στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18, δεν έχει σημασία αν η κατάσταση αποκλειστικότητας απορρέει από αρχική σύμβαση συναφθείσα από τις αρχές κράτους μέλους πριν από την προσχώρησή του στην Ευρωπαϊκή

[39] Στην ανακοίνωση του 2013, παράγραφος 3, υποστηρίζεται ότι «η χρήση συστημάτων ΤΠΕ που βασίζονται σε πρότυπα αντί της χρήσης ιδιοταγούς τεχνολογίας θα βοηθήσει στο άνοιγμα περιοριστικών πρακτικών στην ανάθεση δημόσιων συμβάσεων, καθώς χάρη [σ]τα πρότυπα οι βασικές γνώσεις σχετικά με ένα σύστημα τίθενται στη διάθεση κάθε ενδιαφερομένου, γεγονός που σημαίνει ότι και άλλοι δυνητικοί προμηθευτές θα μπορούσαν να διατηρήσουν ή να εξελίξουν το σύστημα υπό ανταγωνιστικότερους όρους και προϋποθέσεις».

[40] Αυτό εκφράζει η Τσεχική Κυβέρνηση, ιδίως στα σημεία 32 έως 35 των γραπτών της παρατηρήσεων, υποστηρίζοντας ότι έχει συστήσει ειδική υπηρεσία και ομάδα εργασίας για την καταπολέμηση της αποκλειστικής εξάρτησης στις συμβάσεις παροχής υπηρεσιών πληροφορικής. Προσθέτει ότι κατά τη σύναψη της σύμβασης του 2016 τα εν λόγω «συστημικά μέτρα» είχαν τεθεί σε εφαρμογή.

[41] Απόφαση της 28ης Μαΐου 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, σκέψη 74).

Ένωση. Κατά την εκτίμηση της συμπεριφοράς της αναθέτουσας αρχής σε σχέση με τη νέα σύμβαση, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το πραγματικό και νομικό πλαίσιο που ισχύει κατά τον χρόνο σύναψης της νέας αυτής σύμβασης».