KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
ippreżentati fis-26 ta' Settembru 2024[1]

Kawża C-578/23

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

(talba għal deċiżjoni preliminari mressqa min-Nejvyšší správní soud (il-Qorti Amministrattiva Suprema, ir-Repubblika Ċeka))

"Rinviju għal deċiżjoni preliminari — Kuntratti pubbliċi — Direttiva 2004/18/KE — Artikolu 31 — Proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt — Kundizzjonijiet — Protezzjoni ta' drittijiet ta' esklużività — Sitwazzjoni ta' esklużività attribwibbli lill-awtorità kontraenti — Kuntratt qabel l-adeżjoni ta' Stat Membru mal-Unjoni Ewropea — Mument li fih għandhom jiġu evalwati l-elementi ta' fatt u ta' liġi tal-kuntratt"

1. Fl-1992, il-Ministeru għall-Finanzi tar-Repubblika Ċeka[2] ta kuntratt direttament lil kumpannija partikolari[3] sabiex tiġi implimentata sistema kompjuterizzata ta' ġestjoni tat-taxxa msejħa ADIS. IBM kellha d-drittijiet tal-awtur tal-kodiċi tas-sors tal-programm, u għalhekk l-użu u l-aġġornament tas-sistema kompjuterizzata kienu jiddependu fuq il-parteċipazzjoni tagħha.

2. Fl-2016, il-korp tal-amministrazzjoni tat-taxxa fir-Repubblika Ċeka ddeċieda li jikkonkludi kuntratt bażiku ta' servizzi ta' wara l-garanzija għall-applikazzjoni ADIS, li tah ukoll lil IBM permezz ta' proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni ta' avviż ta' sejħa għal offerti.

3. L-iffirmar ta' dan il-kuntratt il-ġdid wassal għal kunflitt bejn żewġ awtoritajiet tar-Repubblika Ċeka: dik responsabbli għall-amministrazzjoni tat-taxxa, minn naħa waħda, u dik responsabbli għall-kontroll tar-regolarità tal-kuntratti pubbliċi, min-naħa l-oħra. Skont din tal-aħħar, l-għoti dirett tal-kuntratt huwa illegali.

4. Il-qorti li finalment għandha ssolvi din it-tilwima tiddubita jekk il-kuntratt il-ġdid jaqax taħt l-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18/KE[4], u tistaqsi lill-Qorti tal-Ġustizzja dwar l-interpretazzjoni tiegħu. Hija tixtieq tkun taf jekk, fl-evalwazzjoni ta' wieħed mir-rekwiżiti

[1] Lingwa oriġinali: l-Ispanjol.

[2] Il-qsim tar-Repubblika Ċeka u r-Repubblika Slovakka sar fl-1 ta' Jannar 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Fl-1992, din il-kumpannija kienet il-membru waħdieni tal-kumpannija IBM Česká republika, spol. s r. o. Iktar 'il quddiem ser nirreferi għaliha, b'mod interkambjabbli, bħala "IBM" jew "il-fornitur".

[4] Direttiva 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-31 ta' Marzu 2004 fuq kordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet, għal provvisti u għal servizzi] (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 6, Vol. 7, p. 132).

għall-użu tal-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti, għandhiex issir evalwazzjoni tal-elementi, ta' fatt u ta' liġi, eżistenti fiż-żmien tal-kuntratt inizjali (1992) jew tal-kuntratt il-ġdid (2016).

5. Bħala sfond tal-kawża, hemm il-problema, ta' portata ġenerali tar-*restrittività* tal-amministrazzjonijiet pubbliċi li jiddependu minn fornitur sabiex jużaw it-teknoloġiji tal-informazzjoni. Fl-2013, il-Kummissjoni ppubblikat Komunikazzjoni [5] li fiha enfasizzat id-diffikultajiet ta' dawk l-amministrazzjonijiet sabiex jibdlu l-fornitur.

I. Il-kuntest ġuridiku

A. Id-dritt tal-Unjoni. Id-Direttiva 2004/18

6. L-Artikolu 28 ("Użu ta' proċeduri miftuħa, ristretti u negozjati u djalogu kompetittiv") jipprovdi:

"Fil-għoti tal-kuntratti pubbliċi tagħhom, awtoritajiet kontrattwanti għandhom japplikaw il-proċeduri nazzjonali aġġustati għall-għanijiet ta' din id-Direttiva.

Huma għandhom jagħtu dawn il-kuntratti pubbliċi billi japplikaw il-proċedura miftuħa jew ristretta. Fiċ-ċirkonstanzi speċifiċi li saret disposizzjoni espresso għalihom fl-Artikolu 29, awtoritajiet kontrattwanti għandhom jagħtu l-kuntratti pubbliċi tagħhom b'mezzi ta' djalogu kompetittiv. F'każi speċifiċi u ċirkonstanzi li sar riferiment espress għalihom fl-Artikoli 30 u 31, huma jistgħu japplikaw proċedura negozjata, bil-pubblikazzjoni ta' l-avviż ta' kuntratt jew mingħajrha".

7. B'mod konformi mal-Artikolu 31 ("Każi li jiġġustifikaw użu tal-proċedura negozjata mingħajr pubblikazzjoni ta' avviż ta' kuntratt"):

"Awtoritajiet kontrattwanti jistgħu jagħu kuntratti pubbliċi bi proċedura negozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt fil-każi li ġejjin:

1) għal kuntratti ta' xogħlijiet pubbliċi, kuntratti ta' forniment pubbliku u kuntratti ta' servizz pubbliku:

   […]

   b) meta, għal raġunijiet Tekniċi jew artistiċi, jew għal raġunijiet konnessi mal-ħarsien ta' drittijiet esklussivi, il-kuntratt jista' jingħata biss lil operatur ekonomiku partikolari;

   c) safejn hu strettament meħtieġ meta, għal raġunijiet ta' urġenza estrema kawża ta' xi ġrajjiet mhux mistennija mill-awtoritajiet kontrattwanti in kwistjoni, il-limitu ta' żmien għal proċeduri miftuħa, ristretti jew negozjati bil-pubblikazzjoni ta' avviż ta' kuntratt kif sar riferiment għalih fl-Artikolu 30 ma jistgħux jiġu konformati. Iċ-ċirkonstanzi msejħa biex jiġġustifikaw urġenza estrema m'għandhom bl-ebda mod ikunu attribwibbli lill-awtorità kontrattwanti;

[5] Komunikazzjoni tal-Kummissjoni tal-25 ta' Ġunju 2013 Il-ġlieda kontra l-intrappolament tal-klijentela: bl-użu aħjar tal-istandards għall-akkwist pubbliku biex jinbnew sistemi miftuħa tal-ICT [Teknoloġija tal-informazzjoni u tal-komunikazzjoni] [COM (2013) 455 final] (iktar 'il quddiem "Komunikazzjoni tal-2013").

[…]”.

B. Id-dritt Ċek. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. Skont l-Artikolu 21(2), l-awtorità kontraenti tista’ tagħti kuntratt pubbliku permezz ta’ proċedura miftuħa jew ristretta u, suġġett għal ċerti rekwiżiti, permezz ta’ proċedura nnegozjata bil-pubblikazzjoni ta’ avviż ta’ sejħa għal offerti jew permezz ta’ proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni ta’ avviż ta’ sejħa għal offerti.

9. Skont l-Artikolu 23(4)(a), l-awtorità kontraenti tista’ tagħti kuntratt pubbliku bil-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni ta’ avviż ta’ sejħa għal offerti wkoll meta, għal raġunijiet tekniċi jew artistiċi, ta’ protezzjoni ta’ drittijiet ta’ esklużività jew li jirriżultaw minn regolamenti speċjali, il-kuntratt jista’ jiġi eżegwit biss minn operatur ekonomiku speċifiku.

II. Il-fatti, it-tilwima u d-domanda preliminari

10. Fid-29 ta’ Ġunju 1992, il-Ministeru għall-Finanzi tar-Repubblika Ċeka kkonkluda kuntratt ma’ IBM għall-integrazzjoni tas-sistema ta’ informazzjoni ADIS għall-amministrazzjoni tat-taxxa.

11. Mill-2013 ’il quddiem, il-funzjonijiet tal-Ministeru għall-Finanzi f’termini ta’ amministrazzjoni tat-taxxa ġew assunti, taħt il-kontroll tiegħu, miċ-Česká republika — Generální finanční ředitelství (id-Direttorat Ġenerali tat-Taxxi, ir-Repubblika Ċeka; iktar ’il quddiem id-“DĠT”).

12. Fl-1 ta’ Marzu 2016, id-DĠT fetaħ proċedura nnegozjata, mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta’ avviż ta’ sejħa għal offerti, sabiex jagħti kuntratt ġdid bl-isem “Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, li l-għan tiegħu kien li jipprovdi servizz bażiku ta’ wara l-garanzija għall-applikazzjoni tal-ADIS [7].

13. Id-DĠT irrikorra għal din il-modalità kuntrattwali billi invoka raġunijiet tekniċi u protezzjoni tad-drittijiet tal-proprjetà intellettwali tal-fornitur fuq il-kodiċi sors tal-ADIS [8].

14. Fl-20 ta’ Mejju 2016, id-DĠT ta l-kuntratt il-ġdid lil IBM.

15. Fid-9 ta’ Ottubru 2017, l-Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (l-Uffiċċju tal-protezzjoni tal-kompetizzjoni, ir-Repubblika Ċeka; iktar ’il quddiem “Úřad”) iddikjara li, billi rrikorra għall-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta’ avviż ta’ sejħa għal offerti, id-DĠT kiser l-Artikolu 23(4)(a) tal-Liġi 137/2006.

16. Skont l-Úřad, id-DĠT ma weriex li, għal raġunijiet tekniċi, il-kuntratt pubbliku l-ġdid seta’ jitwettaq biss minn IBM. Barra minn hekk, il-ħtieġa li jiġu protetti d-drittijiet esklużivi ta’ dan il-fornitur kienet konsegwenza tal-imġiba preċedenti tal-Ministeru għall-Finanzi.

[6] Il-Liġi 137/2006 dwar il-kuntratti pubbliċi (iktar ’il quddiem “il-Liġi 137/2006”), fil-verżjoni applikabbli għall-fatti.

[7] Għalkemm hija l-qorti tar-rinviju li għandha tivverifika dan, jidher li l-kuntratt il-ġdid kien jinkludi l-manutenzjoni u t-tiswija eventwali tal-ADIS. Il-prezz tal-kuntratt kien ta’ 33 294 389 krona Ċeka (CZK), esklużi t-taxxa fuq il-valur miżjud (VAT).

[8] Skont id-dikjarazzjonijiet tad-DĠT inklużi fid-digriet tar-rinviju (il-punt 2), mingħajr rabta man-nukleu u moduli oħra, ma huwiex possibbli l-operat indipendenti tal-moduli, u lanqas il-kontroll jew l-iżvilupp tagħhom; il-moduli ma jistgħux jiġu sseparati; l-għan tal-kuntratt jaffettwa l-moduli eżistenti. Peress li l-provvista kienet tas-servizz bażiku tal-ADIS, maħluq u żviluppat mill-fornitur, detentur tad-drittijiet tal-liċenzja, ir-rekwiżiti ta’ kontinwità teknika għamlu neċessarju li jieħu ħsieb il-manutenzjoni u l-iżvilupp tiegħu.

17. Kontra r-riżoluzzjoni tad-9 ta' Ottubru 2017, id-DĠT ippreżenta appell quddiem il-president tal-Úřad, li ċaħdu [9].

18. Id-DĠT appella mid-deċiżjoni tal-President tal-Úřad quddiem il-Krajský soud v Brně (il-Qorti Reġjonali ta' Brno, ir-Repubblika Ċeka), li ċaħdet l-appell għar-raġuni li r-rekwiżiti tal-Artikolu 23(4)(a) tal-Liġi 137/2006 ma kinux sodisfatti, peress li:

– Fid-data tal-għoti tal-kuntratt inizjali, kienet prevedibbli l-ħtieġa ta' servizz ta' manutenzjoni kontinwu tal-ADIS, sistema maħsuba għal żmien twil għal qasam (it-tassazzjoni) suġġett għal bidliet kostanti.

– Ma huwiex importanti li, fil-mument tal-iffirmar tal-kuntratt inizjali, l-ebda regolament ma stabbilixxa l-obbligu li jintgħażel il-fornitur permezz ta' proċedura ta' sejħa għal offerti, u lanqas sa liema punt għandhom jiġu rregolati d-drittijiet tal-awtur fuq l-ADIS. Ir-rekwiżiti għal għoti sussegwenti għandhom jiġu evalwati fid-dawl tal-leġiżlazzjoni fis-seħħ meta jsir dan l-għoti.

– Ma huwiex meħtieġ li l-awtorità kontraenti inizjali tkun aġixxiet bl-intenzjoni li sussegwentement tevita l-Liġi 137/2006.

– Anki jekk id-DĠT irnexxielu jipprova li ma hemm l-ebda operatur ieħor ħlief IBM kapaċi li jeżegwixxi l-kuntratt, dan ma jbiddilx il-fatt li s-sitwazzjoni ta' esklużività tirriżulta mill-azzjonijiet tal-Ministeru għall-Finanzi. Għalhekk, il-prova ta' konformità mar-rekwiżit formali (jiġifieri r-raġunijiet tekniċi u r-raġuni relatata mal-protezzjoni tad-drittijiet tal-awtur tal-fornitur) tkun inutli jekk ma jiġix issodisfatt ir-rekwiżit materjali (dak tan-nuqqas ta' ħolqien tas-sitwazzjoni ta' esklużività mill-awtorità kontraenti nnifisha).

19. Id-DĠT ippreżenta appell kontra d-deċiżjoni tal-prima istanza quddiem in-Nejvyšší správní soud (il-Qorti Amministrattiva Suprema, ir-Repubblika Ċeka), fejn allega, fil-qosor, li:

– Fid-data tal-kuntratt inizjali, il-fornitur kien l-uniku wieħed li kien kapaċi jipprovdi s-servizzi meħtieġa (jipprovdi servers bis-sistema operattiva tagħhom stess u jiggarantixxi manutenzjoni u monitoraġġ mill-bogħod). Għal raġunijiet tekniċi, ma kienx possibbli li jinstab ieħor.

– Il-Ministeru għall-Finanzi ma setax raġonevolment jipprevedi li iktar tard ikunu meħtieġa azzjonijiet oħra sabiex l-ADIS tkompli taħdem.

– Fil-kuntratt inizjali, id-drittijiet tal-awtur kienu ddefiniti b'mod xieraq. Għalhekk ma kienx possibbli li jinkiseb trasferiment sħiħ ta' dawn id-drittijiet fuq l-ADIS, peress li parti mill-elementi tagħhom kienu sfruttati kummerċjalment madwar id-dinja mill-fornitur u l-imsieħba tiegħu. Għalhekk, ġiet irrispettata l-leġiżlazzjoni li kienet fis-seħħ. Għalkemm il-Ministeru għall-Finanzi ma setax ikun jaf liema dispożizzjonijiet legali futuri kien ser jikser bl-azzjonijiet tiegħu, il-prinċipju taċ-ċertezza legali ma jippermettix li jitqies li jkun sar ksur li jista' jiġi ttrasferit lid-DĠT.

– Il-Ministeru għall-Finanzi lanqas ma seta' jkun jaf, meta daħal fil-kuntratt inizjali, kif ser tevolvi s-sistema tat-taxxa. Għalhekk, ma kienx jaf jekk kienx ikun meħtieġ li jsir intervent fuq l-ADIS

[9] L-appell ġie miċħud minħabba li l-Ministeru għall-Finanzi, predeċessur tad-DĠT, kien responsabbli għas-sitwazzjoni ta' esklużività (mifhuma bħala l-ħtieġa li l-kuntratt jiġi eżegwit biss mill-fornitur), billi ppermetta lill-fornitur iżomm il-pussess tad-drittijiet tal-awtur.

u jekk kienx se jkompli jużaha. Ma kellu l-ebda raġuni sabiex jirregola d-drittijiet tal-awtur sabiex ikunu kompletament indipendenti mill-bejjiegħ.

– Il-bidu ta' proċedura ta' għoti llum għall-provvista ta' sistema ta' informazzjoni ġdida jesponi lid-DĠT għal ħela tal-fondi investiti fl-ADIS u għal amministrazzjoni irrazzjonali u mhux profittabbli.

– Fl-2015, id-DĠT ipprova jeħles mid-dipendenza tiegħu fuq il-fornitur billi jikseb id-drittijiet tal-awtur fuq l-ADIS. Il-fornitur irrifjuta li jittrasferihom, la dak iż-żmien u lanqas fit-tliet snin sussegwenti, u għalhekk id-DĠT ma kellu ebda għażla oħra ħlief li jmexxi proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti. Inkella, l-ADIS kienet ser tkun inutilizzabbli u l-amministrazzjoni tat-taxxa ma kinitx tkun tista' twettaq il-missjoni tagħha.

– Fil-qosor, qabel il-bidu tal-proċess tal-għoti tal-kuntratt il-ġdid, id-DĠT kien adotta l-miżuri kollha meħtieġa sabiex isegwi kif xieraq il-proċedura prevista fl-Artikolu 23(4)(a) tal-Liġi 137/2006, li ġie kkonfermat minn diversi opinjonijiet esperti, tekniċi u legali.

20. Fl-oppożizzjoni tiegħu għall-appell, l-Úřad indika li:

– Id-DĠT, fuq il-bażi tal-esklużività tal-kuntratt inizjali tal-1992, kien żviluppa l-ADIS permezz ta' proċeduri nnegozjati mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti, mill-inqas sal-aħħar tal-2019.

– L-opinjoni esperta ma tagħtix prova li l-operatur magħżul kien l-uniku fornitur possibbli tas-sistema għal raġunijiet tekniċi. L-eżistenza ta' kwalunkwe sitwazzjoni ta' esklużività li tista' tiġi spjegata mill-protezzjoni tad-drittijiet tal-awtur ma ġietx murija.

– L-għan tas-servizz kien li tiġi stabbilita sistema ta' ġestjoni tat-taxxa fi tliet stadji, li minnhom il-kuntratt inizjali rrefera biss għall-ewwel wieħed. Id-DĠT kien jaf li kien ser ikun hemm kuntratti oħra wara l-kuntratt inizjali.

– Id-deskrizzjoni u l-għan tal-ADIS jindikaw li hija sistema solida li kellha tkun funzjonali fit-tul. Kien għalhekk evidenti li kienet teħtieġ, mill-inqas, assistenza teknika.

– La l-Ministeru għall-Finanzi u lanqas, sussegwentement, id-DĠT ma rreaġixxew għall-evoluzzjoni tal-leġiżlazzjoni, iżda minflok adottaw interpretazzjoni tal-kuntratt u tal-Liġi 137/2006 li kienet tippermetti li tinżamm is-sistema mingħajr sejħa għal offerti.

21. Il-qorti tar-rinviju tiddubita jekk jeżistix wieħed mir-rekwiżiti li jikkwalifika bħala *materjali* (jiġifieri, li s-sitwazzjoni ta' esklużività ma tkunx ġiet ikkawżata mill-awtorità kontraenti stess) sabiex issir il-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti. Hija tixtieq tkun taf jekk, għal dawn il-finijiet, għandhiex tevalwa ċ-ċirkustanzi ta' fatt u ta' liġi li kienu jeżistu meta ġie ffirmat il-kuntratt inizjali.

22. F'dan il-kuntest, in-Nejvyšší správní soud (il-Qorti Amministrattiva Suprema) tagħmel id-domanda preliminari li ġejja lill-Qorti tal-Ġustizzja:

"Sabiex issir evalwazzjoni dwar jekk ġiex issodisfatt ir-rekwiżit sostantiv għall-użu tal-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni ta' avviż ta' kuntratt, jiġifieri evalwazzjoni dwar jekk l-awtorità kontraenti ħolqotx sitwazzjoni ta' esklużività bl-aġir tagħha, fis-sens tal-Artikolu 31(1)(b) tad-[Direttiva 2004/18], għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni ċ-ċirkustanzi ta' liġi u ta' fatt li taħthom ġie konkluż kuntratt dwar provvista ta' servizz inizjali li ta lok għal kuntratti pubbliċi sussegwenti?"

III. Il-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

23. It-talba għal deċiżjoni preliminari ġiet irreġistrata fil-Qorti tal-Ġustizzja fid-19 ta' Settembru 2023.

24. Ġew ippreżentati osservazzjonijiet bil-miktub mill-Gvern Ċek u mill-Gvern Slovakk, kif ukoll mill-Kummissjoni Ewropea.

25. Il-Qorti tal-Ġustizzja ma kkunsidratx li kien essenzjali li ssir seduta.

IV. Evalwazzjoni

26. It-tilwima li għandha tiġi solvuta mill-qorti tar-rinviju għandha l-oriġini tagħha f'kuntratt ta' provvista ta' servizzi tal-kompjuter li ġie konkluż fl-1992 mingħajr proċedura kompetittiva, qabel ma r-Repubblika Ċeka ssieħbet fl-Unjoni Ewropea, meta tali forma ta' proċedura kienet legali skont id-dritt nazzjonali.

27. F'dan il-kuntratt inizjali, il-fornitur ingħata drittijiet li poġġewh f'pożizzjoni ta' esklużività fir-rigward tal-iżvilupp u l-manutenzjoni tas-sistema informatika implimentata.

28. Skont id-DĠT, wara li r-Repubblika Ċeka ssieħbet fl-Unjoni, id-drittijiet tal-awtur esklużivi tal-fornitur iġġustifikaw li, fl-2016, sabiex jiġi konkluż kuntratt ġdid [10] ta' servizz bażiku ta' wara l-garanzija tas-sistema kompjuterizzata, saret il-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal-offerti, previst fl-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18.

A. Id-direttiva applikabbli

29. Il-qorti tar-rinviju titlob l-interpretazzjoni tad-Direttiva 2004/18, u mhux tad-Direttiva 2014/24/UE [11], li tħassarha.

30. Bħala prinċipju, hija rilevanti l-applikazzjoni tad-direttiva fis-seħħ meta l-awtorità kontraenti għażlet il-proċedura li ser issegwi [12].

[10] Ma kienx, għalhekk, sempliċi estensjoni jew modifika tal-kuntratt inizjali.

[11] Direttiva tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tas-26 ta' Frar 2014 dwar l-akkwist pubbliku [l-għoti ta' kuntratti pubbliċi] u li tħassar id-Direttiva 2004/18/KE (ĠU 2014, L 94, p. 65, rettifika fil-ĠU 2015, L 275, p. 68).

[12] Sentenza tal-14 ta' Jannar 2021, RTS infra u Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punt 23).

31. Id-digriet tar-rinviju jippreċiża li d-DĠT beda l-proċedura għall-għoti tal-kuntratt il-ġdid fl-1 ta' Marzu 2016. Id-data għalhekk hija qabel l-iskadenza tat-terminu għat-traspożizzjoni tad-Direttiva 2014/24, li skont l-Artikolu 90(1) tagħha hija t-18 ta' April 2016.

32. F'dak il-każ, id-Direttiva 2004/18 hija applikabbli *ratione temporis*. Din iċ-ċirkustanza ma tipprekludix, madankollu, li tittieħed inkunsiderazzjoni s-sistema tad-Direttiva 2014/24, bħala element ta' kuntrast jew ta' konferma, sabiex jiġu interpretati r-regoli tad-Direttiva 2004/18.

B. L-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18 u s-sitwazzjoni ta' esklużività kkawżata mill-awtorità kontraenti

33. Skont l-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18, għandhom jiġu ssodisfatti żewġ rekwiżiti kumulattivi sabiex wieħed jirrikorri għall-proċedura diretta li tirregola: a) raġunijiet tekniċi jew artistiċi jew kwalunkwe raġuni oħra relatata mal-ħarsien tad-drittijiet ta' esklużività; u b) li dawn ir-raġunijiet jagħmlu assolutament meħtieġ l-għoti tal-kuntratt lil kumpannija speċifika.

34. Formulazzjoni simili għal dik ta' dan l-artikolu kienet diġà dehret f'direttivi oħra dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi li ppreċedew id-Direttiva 2004/18[13]. Il-Qorti tal-Ġustizzja kienet interpretathom meta solviet rikorsi għal nuqqas ta' twettiq ta' obbligu mressqa mill-Kummissjoni kontra atti individwali tal-Istati Membri relatati ma' kuntratti suġġetti għad-Direttiva 71/305[14] jew id-Direttiva 93/37[15] li ġew konklużi bil-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt.

35. Il-ġurisprudenza maħruġa fl-interpretazzjoni ta' dawn iż-żewġ direttivi u direttivi sussegwenti insistiet, ripetutament, li d-dispożizzjonijiet dwar il-proċeduri nnegozjati mingħajr pubblikazzjoni minn qabel għandhom ikunu suġġetti għal interpretazzjoni stretta u li l-oneru tal-prova ta' ċirkustanzi straordinarji li jiġġustifikaw l-eċċezzjoni huwa r-responsabbiltà tal-awtorità kontraenti[16].

36. Il-qorti tar-rinviju tagħmel distinzjoni bejn ir-"rekwiżiti formali" u r-"rekwiżiti materjali" meħtieġa sabiex wieħed jirrikorri għall-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' kuntratt. Fl-opinjoni tagħha:

– Ir-rekwiżiti formali jitolbu l-okkorrenza ta' raġuni relatata mal-protezzjoni tad-drittijiet ta' esklużività u li, għal din ir-raġuni, il-kuntratt ikun jista' jiġi fdat biss lil operatur ekonomiku speċifiku.

– Ir-rekwiżiti materjali jfissru li l-awtorità kontraenti ma setgħetx tipprevedi dawn ir-raġunijiet formali u lanqas li l-okkorrenza tagħhom tkun attribwibbli lilha.

[13] Direttiva tal-Kunsill 71/305/KEE tas-26 ta' Lulju 1971 li tikkonċerna l-koordinament tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti tax-xogħlijiet pubbliċi (ĠU 1971, L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9) u Direttiva tal-Kunsill 93/37/KEE tal-14 ta' Ġunju 1993 li tikkonċerna l-koordinament tal-proċeduri għall-għoti ta' kuntratti tax-xogħlijiet pubbliċi (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti: Kapitolu 6, Vol. 2, p. 163).

[14] Sentenza tat-18 ta' Mejju 1995, Il-Kummissjoni vs L-Italja (C-57/94, EU:C:1995:150, punt 23).

[15] Sentenza tal-14 ta' Settembru 2004, Il-Kummissjoni vs L-Italja (C-385/02, EU:C:2004:522, punti 19 u 20).

[16] Ara, għal dan il-għan, is-sentenza tal-14 ta' Settembru 2004, Il-Kummissjoni vs L-Italja (C-385/02, EU:C:2004:522, punt 19): "Id-dispożizzjonijiet ta' l-Artikolu 7(3) tad-Direttiva [93/37], li jawtorizzaw derogi għar-regoli intiżi sabiex jiggarantixxu l-effettività tad-drittijiet rikonoxxuti mit-Trattat KE fis-settur tal-kuntratti tax-xogħlijiet pubbliċi, għandhom ikunu s-suġġett ta' interpretazzjoni stretta u hija l-persuna li tixtieq tinvoka ċ-ċirkustanzi eċċezzjonali li jiġġustifikaw id-deroga li għandha tipprova li dawn iċ-ċirkustanzi effettivament jeżistu". Din tiċċita bħala esponenti ta' din l-istess interpretazzjoni s-sentenza tat-18 ta' Mejju 1995 Il-Kummissjoni vs L-Italja (C-57/94, EU:C:1995:150, punt 23); u s-sentenza tat-28 ta' Marzu 1996 Il-Kummissjoni vs Il-Ġermanja (C-318/94, EU:C:1996:149, punt 13).

37. Fir-realtà, ir-rekwiżiti li l-qorti tar-rinviju tikklassifikahom bħala *rekwiżiti formali* huma dawk li jikkorrispondu għall-kontenut letterali tal-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18. Dawk li tikklassifikahom bħala *rekwiżiti materjali* jmorru lil hinn minn dan l-artikolu, peress li jirreferu għal kundizzjonijiet li ma jinsabux espressament fih.

38. Id-dibattitu ffoka fuq *ir-rekwiżit materjali* li s-sitwazzjoni ta' esklużività ma kinitx ikkawżata mill-awtorità kontraenti. Il-pożizzjonijiet espressi minn dawk li intervjenew fir-rinviju għal deċiżjoni preliminari huma maqsuma:

– Skont il-Gvern Ċek, l-eċċezzjoni permessa mill-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18 tapplika bl-unika okkorrenza tar-rekwiżiti oġġettivi msemmija fih [17].

– Skont il-Kummissjoni u l-Gvern Slovakk, din l-eċċezzjoni teħtieġ ukoll li l-awtorità kontraenti ma tkunx ikkawżat is-sitwazzjoni ta' esklużività.

39. Li kieku t-tilwima kellha tiġi solvuta taħt is-sistema tad-Direttiva 2014/24, l-argument tal-Kummissjoni u tal-Gvern Slovakk kien bla dubju jipprevali. Kemm il-premessa 50 ta' dik id-Direttiva kif ukoll l-Artikolu 32(2)(b) tagħha jintroduċu d-dispożizzjoni li l-esklużività ma nħolqitx mill-awtorità kontraenti:

– Il-premessa 50 tad-Direttiva 2014/24 tippreċiża li "[…] huma biss sitwazzjonijiet ta' esklużività oġġettiva li jistgħu jiġġustifikaw l-użu tal-proċedura negozjata mingħajr pubblikazzjoni, fejn is-sitwazzjoni ta' esklużività ma tkunx inħolqot mill-awtorità kontraenti stess bil-ħsieb ta' proċedura ta' akkwist futura […]" [18].

– L-Artikolu 32(2)(b)(iii) tad-Direttiva 2014/24 jippreċiża li l-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel tista' tintuża meta x-xogħlijiet, il-provvisti jew s-servizzi jistgħu jiġu pprovduti biss minn operatur ekonomiku partikolari, minħabba l-protezzjoni ta' "drittijiet esklużivi, inkluż drittijiet ta' proprjetà intellettwali". Iżda din l-eċċezzjoni tapplika biss "meta ma teżistix alternattiva jew sostitut raġonevoli u n-nuqqas ta' kompetizzjoni mhijiex konsegwenza ta' limitazzjoni artifiċjali fil-parametri tal-akkwist".

40. Min-naħa l-oħra, id-Direttiva 2004/18 ma rreferietx espliċitament fl-Artikolu 31(1)(b) tagħha għall-impatt li jista' jkollu l-għoti ta' esklużività lill-awtorità kontraenti [19]. Is-silenzju tagħha, madankollu, ma jfissirx li l-awtorità kontraenti hija libera li toħloq is-sitwazzjoni ta' esklużività hija stess.

[17] Dan huwa spjegat fl-ewwel waħda mis-sitt blokok ta' argumenti li jiffurmaw l-osservazzjonijiet bil-miktub tiegħu quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja.

[18] Din id-dikjarazzjoni hija ppreċeduta mill-kunsiderazzjonijiet li ġejjin: "Minħabba l-effetti detrimentali fuq il-kompetizzjoni, il-proċeduri negozjati mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż dwar kuntratt għandhom jintużaw biss f'ċirkostanzi eċċezzjonali ħafna. Din l-eċċezzjoni għandha tkun limitata għal każijiet fejn il-pubblikazzjoni ma tkunx possibbli, minħabba raġunijiet ta' urġenza estrema kkawżata minn ġrajjiet imprevedibbli għall-awtorità kontraenti u li ma jistgħux jiġu attribwiti lilha, jew fejn ikun ċar mill-bidu nett li l-pubblikazzjoni mhux ser toħloq aktar kompetizzjoni jew riżultati ta' akkwist aħjar, b'mod speċjali minħabba li jkun hemm oġġettivament operatur ekonomiku wieħed biss li jista' jwettaq il-kuntratt. […] L-esklużività tista' tirriżulta wkoll minn raġunijiet oħrajn […]".

[19] L-ommissjoni tikkuntrasta ma' dak li jipprovdi l-Artikolu 31(1)(c) tad-Direttiva 2004/18 stess: il-proċedura nnegozjata hija awtorizzata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel f'każ ta' urġenza estrema, sakemm iċ-ċirkustanzi allegati li jiġġustifikawha ma jkunu bl-ebda mod każ "attribwibbli għall-awtoritajiet kontraenti".

41. Fil-fatt, kif tenfasizza ġustament il-qorti tar-rinviju, id-Direttiva 2014/24, fuq dan il-punt, sempliċement għamlet espliċita regola li kienet teżisti, impliċitament, fid-direttivi preċedenti dwar il-kwistjoni [20]. Għalhekk, fl-opinjoni tagħha, "[…] id-dritt tal-Unjoni jeħtieġ li r-raġuni għaliex kuntratt pubbliku għandu jingħata esklużivament lil operatur ekonomiku partikolari, fil-qafas ta' proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni skont l-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18, *ma jkunx attribwibbli għall-awtorità kontraenti* […]" [21].

42. Ser nadotta l-istess premessa tal-qorti tar-rinviju fir-rigward tal-intervent tal-awtorità kontraenti fiċ-ċirkustanzi li jiddeterminaw is-sitwazzjoni ta' esklużività. Hemm diversi raġunijiet li, fl-opinjoni tiegħi, huma favur dan.

43. L-ewwel, bħala sfond, l-għan ġenerali tar-regoli tal-Unjoni dwar il-kuntratti pubbliċi huwa li "jiġi żgurat il-moviment liberu tas-servizzi u l-ftuħ għall-kompetizzjoni mhux distorta fl-Istati Membri kollha" [22]. It-twettiq tal-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel huwa, ġustament, l-aġir ta' awtorità kontraenti li tikser bl-iktar mod serju l-ftuħ tal-kuntratti pubbliċi għall-kompetizzjoni..

44. It-tieni, huwa kuntrarju għal dan il-għan li l-awtoritajiet kontraenti joħolqu, għalihom infushom, iċ-ċirkustanzi li ser jallegaw sabiex jużaw proċeduri ta' għażla ta' kuntratturi li fihom il-parteċipazzjoni ta' kompetituri ma tkunx permessa.

45. It-tielet, kif diġà sostnejt, iċ-ċirkustanzi straordinarji li jawtorizzaw il-proċeduri nnegozjati mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti għandhom ikunu suġġetti għal interpretazzjoni stretta, ispirata minn kriterji restrittivi [23].

46. Ir-raba', l-ammissjoni li l-awtorità kontraenti setgħet tieħu vantaġġ minn sitwazzjoni ta' esklużività li ħolqitha hija stess ibiddel il-loġika tal-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18. Skont din il-loġika, iċ-ċirkustanzi li jiġġustifikaw l-impossibbiltà li wieħed jirrikorri għall-proċedura ordinarja (bil-pubblikazzjoni) huma dawk lil hinn mill-awtorità kontraenti, u mhux dawk ikkawżati minnha.

47. Finalment, il-prinċipju *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* jipprojbixxi l-possibbiltà li parti tikseb vantaġġi mill-aġir illegali tagħha stess [24].

C. Evalwazzjoni tal-esklużività fir-rigward tat-tilwima

1. Il-kuntratt inizjali (1992)

48. Skont it-teżi tad-DĠT esposta fid-digriet tar-rinviju, fil-mument tal-konklużjoni tal-kuntratt inizjali (1992), ebda regolament nazzjonali ma kien jirregola d-drittijiet tal-awtur jew il-kuntratti pubbliċi. Għalhekk, ma kienx possibbli li tiġi prevista s-sistema legali futura applikabbli f'dan

[20] Il-punt 22 tad-digriet tar-rinviju.

[21] Il-punt 23 tad-digriet tar-rinviju (korsiv miżjud). Il-qorti tar-rinviju tqis li "l-interpretazzjoni tad-dritt tal-Unjoni f'dan ir-rigward hija ta' natura ta' *acte clair*", dikjarazzjoni li naħseb li hija esaġerata.

[22] Sentenza tas-7 ta' Diċembru 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 u C-443/22, EU:C:2023:970, punt 61).

[23] Sentenza tal-11 ta' Settembru 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punt 49): "[…] jista' jsir użu mill-proċedura nnegozjata biss fiċ-ċirkustanzi limitattivament imsemmija bl-Artikoli 30 u 31 tad-Direttiva 2004/18 u […] din il-proċedura għandha, meta mqabbla mal-proċedura miftuħa u dik limitata, natura eċċezzjonali".

[24] Il-Qorti tal-Ġustizzja hija sensittiva għall-attribuzzjoni ta' konsegwenzi sfavorevoli għan-nuqqas ta' konformità innifsu. Ara s-sentenza tal-15 ta' Ġunju 2023, Bank M. (Konsegwenzi tal-annullament tal-kuntratt) (C-520/21, EU:C:2023:478, punt 81).

il-qasam jew kif kienet ser tevolvi l-ġurisprudenza nazzjonali. Lanqas ma kien prevedibbli "li d-definizzjoni tal-kundizzjonijiet għall-għoti ta' liċenzji għall-ADIS sussegwentement tagħti lok għal sitwazzjoni oġġezzjonabbli […]" [25].

49. Il-qorti tar-rinviju, fis-sustanza u suġġett għal xi sfumaturi, taqbel ma' din il-perspettiva. Hija taċċetta li, fl-1992, ma kien hemm l-ebda leġiżlazzjoni nazzjonali dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi [26], li kien jippermetti lill-Ministeru għall-Finanzi jiffirma l-kuntratt tal-ADIS skont it-termini miftiehma dakinhar. Hija żżid illi l-awtorità kontraenti "setgħet saħansitra leġittimament tassumi li l-kontinwità tal-kuntratt inizjali tista' tiġi attribwita lill-istess fornitur, mingħajr ma toffri wkoll lil ħaddieħor il-possibbiltà li jaspira li jipprovdi s-servizz meħtieġ" [27].

50. Min-naħa tiegħi, ma għandi l-ebda oġġezzjoni għal dawn id-dikjarazzjonijiet, li jirreferu għal mument storiku li fih id-dritt tal-Unjoni, li r-Repubblika Ċeka kienet għadha ma kinitx membru tagħha, sempliċement kien għadu ma daħalx fis-seħħ. Hija l-qorti tar-rinviju li għandha tiddefinixxi l-fatti u l-qafas legali tal-konklużjoni tal-kuntratt inizjali.

51. F'dawn il-kundizzjonijiet, huwa irrilevanti jekk l-esklużività li abbażi tagħha l-kuntratt inizjali ġie ffirmat fl-1992 kinitx ikkawżata mill-awtorità kontraenti jew le.

2. Il-kuntratt il-ġdid (2016)

52. Il-perspettiva tinbidel jekk wieħed iqis li r-relazzjoni kuntrattwali tal-awtoritajiet fiskali Ċeki [28] mal-fornitur damet ħafna snin (bejn l-1992 u l-2016, għall-finijiet ta' interess hawnhekk).

53. Matul dan il-perjodu, il-qafas legali nbidel, speċjalment minn meta r-Repubblika Ċeka ssieħbet fl-Unjoni fl-2004. Sa mill-adeżjoni, kien obbligatorju li jkun hemm konformità mad-direttivi dwar il-kuntratti pubbliċi, "konformement mal-prinċipju tal-applikazzjoni immedjata u integrali tad-dispożizzjonijiet tad-dritt tal-Unjoni fil-konfront tal-Istati Membri l-ġodda" [29].

54. Il-qorti tar-rinviju tenfasizza l-importanza tal-qafas il-ġdid u l-bidla fid-dmirijiet tal-awtorità kontraenti: hija tenfasizza li, meta d-DĠT ta l-kuntratt tal-2016, kienu fis-seħħ il-Liġi 137/2006 u d-Direttiva 2004/18. Konsegwentement, id-DĠT kien obbligat jiżgura li l-azzjonijiet tiegħu ma joħolqux sitwazzjonijiet ta' esklużività sabiex jilleġittimizzaw l-użu ta' proċeduri nnegozjati mingħajr pubblikazzjoni minn qabel.

55. Fuq il-bażi ta' din il-konstatazzjoni, u wara li eżaminat iż-żewġ teżijiet inkwistjoni, il-qorti tar-rinviju tiddikjara dan li ġej fil-punt 32 tad-digriet tar-rinviju:

– "[…] Bejn l-1992 u l-2016, [id-DĠT] (jew il-predeċessur legali tiegħu) seta', jew innegozja kundizzjonijiet kuntrattwali ġodda fir-rigward tad-drittijiet tal-proprjetà intellettwali ta' natura patrimonjali, u b'hekk ta kuntratti pubbliċi relatati mal-ADIS skont wieħed mill-iktar proċeduri

[25] Il-punt 17 tad-digriet tar-rinviju.

[26] Il-qorti tar-rinviju tiddeskrivi l-evoluzzjoni legali nazzjonali, riflessa fl-adozzjoni ta' kull waħda mil-liġijiet dwar id-drittijiet tal-awtur (liġi applikabbli għall-programmi informatiċi) fl-1965 u dwar il-kuntratti pubbliċi fl-1994.

[27] Il-punt 29 tad-digriet tar-rinviju.

[28] Nassumi li s-suċċessjoni tal-korpi kontraenti (il-Ministeru għall-Finanzi fl-1992 u d-DĠT fl-2016) hija purament formali: it-tnejn huma parti mill-istess struttura governattiva u t-tieni wieħed jiddependi mill-ewwel wieħed. Id-DĠT jieħu f'idejh il-pożizzjoni legali li kellu l-Ministeru għall-Finanzi.

[29] Sentenza tas-6 ta' Diċembru 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punt 37).

tal-għoti miftuħin, jew nieda proċedura ġdida ta' sejħa għal offerti għal sistema ġdida kompjuterizzata, anki jekk dan kien iwassal għal żieda temporanja fl-ispejjeż, li madankollu setgħet tirriżulta fi ffrankar fit-tul.

– Għalhekk, is-sitwazzjoni fattwali li teżisti fil-mument tal-konklużjoni tal-kuntratt inizjali ma tistax tiġi invokata meta s-sitwazzjoni ta' esklużività tkun ppersistiet wara l-adozzjoni tad-dispożizzjonijiet legali rilevanti dwar l-għoti ta' kuntratti pubbliċi fir-Repubblika Ċeka. Sabiex jiġi ddeterminat jekk huwiex possibbli li wieħed jirrikorri għall-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni, għandu jitqies il-mument li fih tittieħed id-deċiżjoni li jingħata l-kuntratt skont l-imsemmija proċedura […]" [30].

56. Fir-rigward tal-evalwazzjoni tal-fatti determinanti għall-kawża u s-sitwazzjoni legali nazzjonali, ma hemm xejn li jopponi, min-naħa tal-Qorti tal-Ġustizzja, dawn il-kunsiderazzjonijiet tal-qorti tar-rinviju. U fir-rigward ta' dawk magħmula fl-aħħar parti tal-punt 32 tad-digriet tar-rinviju, li għadni kif ttraskrivejt, nifhem li jipprovdu interpretazzjoni korretta tad-Direttiva 2004/18.

57. Ir-risposta għad-domanda preliminari li tirriżulta minn dak li ntqal hawn fuq hija l-irrilevanza, għall-finijiet applikabbli hawnhekk, tal-fatt li l-kuntratt inizjali ġie ffirmat qabel l-adeżjoni tar-Repubblika Ċeka fl-Unjoni. Għall-kuntrarju, l-atti tal-awtorità kontraenti mwettqa bejn l-2004 u l-2016 huma deċiżivi. Minn dawn l-atti, loġikament, il-punt kruċjali huwa l-iffirmar tal-kuntratt il-ġdid fl-2016.

58. Il-Gvern Ċek jipprova, madankollu, jeskludi r-responsabbiltà tiegħu fil-ħolqien tad-dipendenza esklużiva, billi jibbaża ruħu fuq il-fatt li l-evalwazzjoni għandha tirreferi għall-mument tal-konklużjoni tal-kuntratt inizjali. Li kieku ma kienx hemm oġġezzjonijiet għal-legalità tal-aġir tiegħu, lanqas ma jkun hemm titolu intenzjonat ta' imputazzjoni kontra l-awtorità kontraenti.

59. Jiena ma naqbilx ma' dan l-approċċ:

– Kif diġà għidt, l-obbligu tal-Istat Membru li jaġġusta l-azzjonijiet tiegħu skont id-dritt tal-Unjoni jirriżulta mill-adeżjoni tiegħu mal-Unjoni. Minn dan il-mument, l-awtorità kontraenti, bħala korp statali, assumiet id-dmir li tiggarantixxi l-osservanza tar-regoli tal-Unjoni dwar il-kuntratti pubbliċi, inkluża d-Direttiva 2004/18. F'dan il-kuntest, ma huwiex importanti jekk in-nuqqas ta' konformità mill-amministrazzjoni tat-taxxa tal-Istat jirriżultax minn aġir attiv jew omissiv [31].

– Sabiex jiġi evalwat l-aġir tal-awtorità kontraenti, *intenzjoni diretta* li tinħoloq is-sitwazzjoni ta' esklużività ma hijiex meħtieġa [32]. Huwa biżżejjed li, billi tinjora d-dmir tagħha li telimina l-esklużività eżistenti (u maħluqa minnha stess, jew mill-predeċessur tagħha fil-liġi) fil-ħin tal-iffirmar tal-kuntratt il-ġdid, l-awtorità kontraenti tagħlqu, kif ġara fil-kuntratt inizjali, għall-kompetizzjoni.

[30] Il-qorti tar-rinviju tiċċita, insostenn ta' din l-affermazzjoni, id-deċiżjoni tal-5 ta' Ottubru 2000, Il-Kummissjoni vs Franza (C-337/98, EU:C:2000:543, punt 37).

[31] Fl-osservazzjonijiet bil-miktub tiegħu, il-Gvern Ċek jirreferi ripetutament għal *azzjonijiet pożittivi* tal-awtorità kontraenti (aġir, atti, sitwazzjoni maħluqa, esklużività kkawżata, definizzjoni tal-kundizzjonijiet tal-kuntratt il-ġdid b'rabta ma' dak inizjali). Min-naħa l-oħra, huwa ma jirreferix għan-*nuqqas ta' azzjoni* tagħha li tikkonkludi l-kuntratti l-ġodda skont id-dritt tal-Unjoni.

[32] Il-Gvern Ċek jinsisti għal darba oħra li l-aġir tal-awtorità kontraenti fir-rigward tas-sitwazzjoni tal-esklużività għandha tkun *intenzjonata* (il-punti 11, 12, 14, 15, 16, 17 u 18 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tiegħu).

60. Minn perspettiva oħra, il-Gvern Ċek, filwaqt li jirrikonoxxi li f'sitwazzjonijiet bħal dik inkwistjoni għandu jieħu deċiżjonijiet li jippermettulu jeħles mid-dipendenza fuq fornitur speċifiku, jirrakkomanda li tiġi aċċettata *soluzzjoni raġonevoli*, jiġifieri l-iktar waħda ekonomika u li tiżgura l-funzjonament stabbli tas-sistemi ta' informazzjoni kritiċi tal-amministrazzjoni nazzjonali. Fl-opinjoni tiegħu, dawn il-fatturi jilleġittimizzaw, f'din il-kawża, ir-rikors għall-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti [33].

61. Jiena lanqas ma naqbel ma' dan l-argument, minkejja li nifhem il-problemi li l-awtorità kontraenti ffaċċjat, *de facto*, fl-2016. L-awtoritajiet tat-taxxa, bħall-bqija tal-awtoritajiet tal-Istat, ma jistgħux jinvokaw diffikultajiet prattiċi, amministrattivi jew ekonomiċi [34] sabiex jiġġustifikaw in-nuqqas ta' konformità mal-obbligi stabbiliti minn direttiva, minħabba li huma l-Istati Membri li għandhom jegħlbuhom billi jadottaw miżuri xierqa [35].

62. Difiża oħra mressqa mill-Gvern Ċek favur l-azzjonijiet tal-awtorità kontraenti tikkonsisti fl-indikazzjoni li din ippruvat teħles mis-sitwazzjoni ta' dipendenza fuq il-fornitur billi tikseb id-drittijiet tal-awtur, li ma rnexxilhiex minħabba l-oppożizzjoni tal-istess fornitur [36].

63. Tali argument ma jistax jirnexxi jekk jiġi kkonstatat li l-awtorità kontraenti kellha, sa mill-2004, żmien biżżejjed (sal-2016) sabiex tegħleb ir-rifjut ta' IBM. Quddiem is-sitwazzjoni tal-esklużività, estiża fuq għexieren ta' snin, hija kellha tadotta inizjattivi li jwasslu sabiex tinqata' d-dipendenza fuq il-fornitur, billi tfittex offerti minn operaturi oħra, li ma jidhirx li għamlet. Dan huwa ddikjarat mill-qorti tar-rinviju [37], li, għal darba oħra, naqbel mad-dikjarazzjoni tagħha.

64. Barra minn hekk, id-digriet tar-rinviju ma jikkonkludix li saru tentattivi *serji* mill-awtorità kontraenti sabiex issib forniturи ġodda li jippermettulha tiżblokka s-sitwazzjoni ta' dipendenza li kienet tinsab fiha. Skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, l-awtorità kontraenti għandha "tinvestiga bis-serjetà" jekk hemmx kumpanniji kapaċi fil-livell Ewropew li jipprovdu (jew, fejn xieraq, jissostitwixxu) ċertu programm tal-kompjuter [38].

65. Billi tiddeskrivi l-problema tar-*restrittività* fis-sistemi tat-teknoloġija tal-informazzjoni, il-Kummissjoni tissuġġerixxi ċerti alternattivi [39] lill-awtoritajiet kontraenti sabiex jingħelbu restrizzjonijiet fuq il-kompetizzjoni fl-għoti ta' kuntratti pubbliċi, bħal dak eżaminat hawn.

[33] Il-punt 30 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tal-Gvern Ċek.

[34] L-ostakli ċċitati mill-Gvern Ċek huma prinċipalment ekonomiċi (il-punti 26 u 27 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tiegħu). Il-qorti tar-rinviju, għall-kuntrarju, ssostni li ż-żieda immedjata possibbli fl-ispejjeż tiġi kkumpensata mill-iffrankar fit-tul, li jirriżulta mill-introduzzjoni tal-kompetizzjoni bejn l-offerenti. Fil-Komunikazzjoni tal-2013, il-Kummissjoni tirreferi għall-iżvantaġġi li jirriżultaw mid-dipendenza fuq fornitur wieħed ta' soluzzjonijiet kompjuterizzati. Huwa jenfasizza li tali esklużività, minbarra li tikkawża problemi oħra (hemm riskju li l-fornitur jieqaf jappoġġa s-sistema jew ċerti karatteristiċi tagħha), tista' taffettwa l-innovazzjoni u tagħti lok għal prezzijiet eċċessivi, li ma humiex suġġetti għall-pressjoni kompetittiva minn operaturi oħra fis-settur.

[35] Sentenza tat-18 ta' Ottubru 2012, Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-301/10, EU:C:2012:633, punt 66).

[36] Il-punt 31 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tal-Gvern Ċek, li jirreferi għall-argumenti tad-DĠT quddiem il-qorti tal-appell, traskritti fil-punt 10 tad-digriet tar-rinviju.

[37] Il-punt 32 tad-digriet tar-rinviju, traskritt fil-punt 55 ta' dawn il-konklużjonijiet.

[38] Ara s-sentenza tal-15 ta' Ottubru 2009, Il-Kummissjoni vs Il-Ġermanja (C-275/08, EU:C:2009:632, punt 63). Din il-kawża kienet tinvolvi programm tal-kompjuter għall-ġestjoni ċentralizzata tar-reġistrazzjoni tal-vetturi.

[39] Il-Komunikazzjoni tal-2013, paragrafu 3, tafferma li "l-użu ta' sistemi tal-ICT ibbażati fuq standards minflok fuq teknoloġija proprjetarja se jgħin biex jinfetħu l-prattiki restrittivi tal-akkwisti pubbliċi, minħabba li l-istandards jagħmlu t-tagħrif essenzjali dwar sistema disponibbli għal kulħadd, bl-implikazzjoni li forniturи potenzjali oħra jistgħu jżommu jew jevolvu s-sistema taħt aktar termini u kundizzjonijiet kompetittivi".

66. Minkejja l-fatt li l-awtoritajiet Ċeki jsostnu li stabbilixxew proċeduri ta' kontroll *ex ante* sabiex jiġġieldu r-restrittività msemmija fil-Komunikazzjoni tal-2013 [40], il-kuntratt li huwa s-suġġett ta' dan ir-rinviju għal deċiżjoni preliminari kkorrobora s-sitwazzjoni ta' esklużività preeżistenti mingħajr ma biddilha. B'hekk, l-awtorità kontraenti tista' tiġi akkużata li, permezz ta' azzjoni jew ommissjoni, fl-2016 ipperpetwat sitwazzjoni ta' esklużività maħluqa mill-predeċessur tagħha fil-liġi, li kellha żżommha milli tuża l-proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti.

67. Finalment, għandi nfakkar li l-Qorti tal-Ġustizzja diġà ddeċidiet dwar il-ftuħ meħtieġ għall-kompetizzjoni ta' kuntratti simili għal dak inkwistjoni, billi assumiet li jkunu suġġetti għar-regoli ġenerali dwar l-akkwist amministrattiv.: "[…] meta jkollha l-intenzjoni li torganizza proċedura għall-għoti ta' kuntratti pubbliċi sabiex tiżgura l-manutenzjoni, l-adattament jew l-iżvilupp ta' softwer akkwistat mingħand operatur ekonomiku, awtorità kontraenti għandha tiżgura li tikkomunika biżżejjed informazzjoni lill-kandidati u lill-offerenti potenzjali sabiex tippermetti l-iżvilupp ta' kompetizzjoni effettiva fis-suq derivat tal-manutenzjoni, tal-adattament jew tal-iżvilupp tal-imsemmi softwer" [41].

V. Konklużjoni

68. Fid-dawl ta' dak li ntqal iktar 'il fuq, nipproponi li tingħata risposta għad-domandi tan-Nejvyšší správní soud (il-Qorti Amministrattiva Suprema, ir-Repubblika Ċeka) fit-termini li ġejjin:

"L-Artikolu 31(1)(b) tad-Direttiva 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill tal-31 ta' Marzu 2004 fuq kordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi,

għandu jiġi interpretat fis-sens li:

L-awtorità kontraenti ma tistax toħloq, permezz tal-azzjonijiet tagħha stess, sitwazzjoni ta' esklużività li biha tipprova tiġġustifika r-rikors għal proċedura nnegozjata mingħajr pubblikazzjoni minn qabel ta' avviż ta' sejħa għal offerti.

Meta l-awtorità kontraenti tiffirma kuntratt ġdid li għalih tapplika d-Direttiva 2004/18, huwa irrilevanti li s-sitwazzjoni ta' esklużività tirriżulta minn kuntratt inizjali ffirmat mill-awtoritajiet ta' Stat Membru qabel l-adeżjoni tiegħu fl-Unjoni Ewropea. Sabiex jiġi evalwat l-aġir tal-awtorità kontraenti fir-rigward tal-kuntratt il-ġdid, għandu jittieħed inkunsiderazzjoni l-kuntest ta' fatt u ta' liġi tal-mument li fih jiġi konkluż il-kuntratt il-ġdid".

[40] Dan huwa espress mill-Gvern Ċek, b'mod partikolari, fil-punti 32 sa 35 tal-osservazzjonijiet bil-miktub tiegħu, fejn jgħid li ħoloq servizz speċjalizzat u grupp ta' ħidma sabiex jiġġieldu kontra d-dipendenza esklużiva fuq il-kuntratti ta' servizzi kompjuterizzati. Dawn il-"miżuri sistemiċi", iżid jgħid, ġew stabbiliti meta kien ġie konkluż il-kuntratt tal-2016.

[41] Sentenza tat-28 ta' Mejju 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punt 74).