CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 26 september 2024[1]

**Zaak C-578/23**

**Česká republika – Generální finanční ředitelství**
**tegen**
**Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**

[verzoek van de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter, Tsjechië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Plaatsen van een overheidsopdracht – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 31 – Procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht – Voorwaarden – Bescherming van alleenrechten – Aan de aanbestedende dienst toe te schrijven toestand van exclusiviteit – Vóór de toetreding van een lidstaat tot de Europese Unie gesloten overeenkomst – Tijdstip waarop de feitelijke en juridische omstandigheden van de overeenkomst in aanmerking moeten worden genomen”

1. In 1992 heeft het ministerie van Financiën van Tsjechië[2] een opdracht voor de invoering van een IT-systeem voor de belastingadministratie, ADIS genaamd, onderhands gegund aan een bepaalde onderneming[3]. IBM was houdster van de auteursrechten op de broncode van het programma, zodat het gebruik en het updaten van het IT-systeem afhankelijk waren van haar deelname.

2. In 2016 heeft de instantie die verantwoordelijk is voor de belastingadministratie in Tsjechië besloten om een opdracht voor de levering van basisdiensten voor de ADIS-applicatie na de garantieperiode te plaatsen, die zij ook weer aan IBM gunde via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

3. Door de sluiting van deze nieuwe overeenkomst is er een conflict ontstaan tussen twee Tsjechische instanties: de instantie die verantwoordelijk is voor de belastingadministratie en de instantie die verantwoordelijk is voor het toezicht op de regelmatigheid van de plaatsing van overheidsopdrachten. Volgens die laatste instantie is de onderhandse gunning van de opdracht onrechtmatig.

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] De opsplitsing in de Tsjechische Republiek en de Slowaakse Republiek vond plaats op 1 januari 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. In 1992 was deze vennootschap de enige vennoot van de vennootschap IBM Česká republika, spol. s r. o. In het vervolg zal ik naar deze onderneming verwijzen als „IBM” of „de leverancier”.

4. De rechter die het geding in laatste aanleg moet beslechten, vraagt zich af of de nieuwe overeenkomst valt onder artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18/EG,[4] waarvan hij het Hof om uitlegging verzoekt. Hij wenst te vernemen of hij bij de beoordeling van een van de voorwaarden voor gebruikmaking van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, de feitelijke en juridische omstandigheden in aanmerking dient te nemen die bestonden bij sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst (1992) dan wel die bij sluiting van de nieuwe overeenkomst (2016).

5. Het geding speelt zich af tegen de achtergrond van het probleem – dat een algemene strekking heeft – van de *lock-in* van overheidsinstanties die afhankelijk zijn van een leverancier voor het gebruik van informatietechnologie. De Commissie heeft in 2013 een mededeling[5] gepubliceerd waarin zij uiteenzet hoe moeilijk het is voor overheidsinstanties om van leverancier te veranderen.

## I. Toepasselijke bepalingen

### *A. Unierecht: richtlijn 2004/18*

6. Artikel 28 („Toepassing van openbare en niet-openbare procedures, van procedures van gunning door onderhandelingen en van de concurrentiegerichte dialoog") luidt:

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

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

7. In artikel 31 („Gevallen waarin de toepassing van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht gerechtvaardigd is") wordt bepaald:

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

1) voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten:

   [...]

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

[4] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114).

[5] Mededeling van de Commissie van 25 juni 2013 getiteld „Maatregelen tegen lock-in: opbouw van open ICT-systemen door een beter gebruik van normen bij overheidsopdrachten" [COM(2013) 455 final; hierna: „mededeling van 2013"].

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

[...]"

### *B. Tsjechisch recht: Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách*

8. Volgens § 21, lid 2, van de Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6] kan de aanbestedende dienst een overheidsopdracht plaatsen via een openbare of niet-openbare procedure en, onder bepaalde voorwaarden, via een procedure van gunning door onderhandelingen, met of zonder bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.

9. In § 23, lid 4, onder a), van wet 137/2006 wordt bepaald dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht kan gunnen via een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht wanneer de opdracht om technische of artistieke redenen, om redenen van bescherming van alleenrechten of om redenen die voortvloeien uit een bijzondere regeling slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd.

## II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

10. Op 29 juni 1992 heeft het ministerie van Financiën van Tsjechië een overeenkomst voor de integratie van het IT-systeem ADIS voor de belastingadministratie gesloten met IBM.

11. Met ingang van 2013 zijn de taken van het ministerie van Financiën op het gebied van de belastingadministratie overgenomen door het daaronder vallende Česká republika – Generální finanční ředitelství (directoraat-generaal belastingen, Tsjechië; hierna: „DGB").

12. Op 1 maart 2016 heeft het DGB een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht ingeleid voor het plaatsen van een nieuwe opdracht getiteld „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016" voor het leveren van basisdiensten na de garantieperiode voor de ADIS-applicatie. [7]

13. Het DGB heeft voor deze gunningsvorm gekozen om technische redenen en om redenen van bescherming van de intellectuele eigendomsrechten van de leverancier op de broncode van ADIS. [8]

[6] Wet 137/2006 inzake overheidsopdrachten (hierna: „wet 137/2006"), in de versie die op de feiten van toepassing is.

[7] Hoewel het aan de verwijzende rechter staat om dit na te gaan, lijkt het erop dat de nieuwe opdracht het onderhoud en de eventuele reparatie van ADIS omvatte. De contractuele prijs bedroeg 33 294 389 Tsjechische kronen (CZK), exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw).

[8] Volgens de verklaringen van het DGB in de verwijzingsbeslissing (punt 2) kunnen de verschillende modules zonder koppeling met de kern niet zelfstandig functioneren noch worden beheerd of ontwikkeld; de modules kunnen niet van elkaar worden gescheiden; het voorwerp van de opdracht interfereert met de bestaande modules. Aangezien de prestatie bestond uit de levering van basisdiensten voor ADIS, dat was gecreëerd en ontwikkeld door de leverancier, die ook de licentierechten bezat, maakten de vereisten van technische continuïteit het noodzakelijk dat het systeem werd onderhouden en ontwikkeld door de leverancier.

14. Op 20 mei 2016 heeft het DGB de nieuwe opdracht gegund aan IBM.

15. Op 9 oktober 2017 heeft de Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (bureau voor de bescherming van de mededinging, Tsjechië; hierna: „Úřad") verklaard dat het DGB, door gebruik te maken van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht, § 23, lid 4, onder a), van wet 137/2006 had geschonden.

16. Volgens de Úřad had het DGB niet aangetoond dat de nieuwe overheidsopdracht om technische redenen alleen door IBM kon worden uitgevoerd. Bovendien was de noodzaak om de alleenrechten van deze leverancier te beschermen het gevolg van de eerdere gedraging van het ministerie van Financiën.

17. Het DGB heeft tegen het besluit van 9 oktober 2017 bezwaar aangetekend bij de voorzitter van de Úřad, die dat bezwaar heeft verworpen. [9]

18. Het DGB is tegen het besluit van de voorzitter van de Úřad opgekomen bij de Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië), die het beroep heeft verworpen op grond dat niet was voldaan aan de voorwaarden van § 23, lid 4, onder a), van wet 137/2006 om de volgende redenen:

– Op de datum van gunning van de oorspronkelijke opdracht was de noodzaak van een continue onderhoudsdienst voor ADIS, een systeem dat was ontworpen voor de lange termijn op een gebied (belastingen) dat voortdurend aan veranderingen onderhevig is, voorzienbaar.

– Het is van weinig belang dat ten tijde van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst geen enkele regeling de verplichting oplegde om de leverancier te selecteren door middel van een aanbestedingsprocedure en evenmin voorschreef in hoeverre de auteursrechten op ADIS moesten worden geregeld. De voorwaarden van de latere gunning moeten worden beoordeeld in het licht van de wetgeving die van kracht was op het moment dat die gunning plaatsvond.

– Niet vereist is dat de oorspronkelijke aanbestedende dienst heeft gehandeld met het oogmerk om op een later moment wet 137/2006 te omzeilen.

– Ook indien het DGB erin zou slagen aan te tonen dat geen andere marktdeelnemer dan IBM in staat is om de opdracht uit te voeren, verandert dit niets aan het feit dat de toestand van exclusiviteit voortvloeit uit de handelingen van het ministerie van Financiën. Om die reden is het bewijs van naleving van de formele voorwaarde (dat wil zeggen de technische redenen en de grond van bescherming van de auteursrechten van de leverancier) nutteloos, aangezien niet is voldaan aan de materiële voorwaarde (dat de toestand van exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf is gecreëerd).

[9] Het bezwaar werd verworpen omdat het ministerie van Financiën, de rechtsvoorganger van het DGB, verantwoordelijk was voor de toestand van exclusiviteit (opgevat als de noodzaak dat de opdracht door de leverancier wordt uitgevoerd) door toe te staan dat de leverancier auteursrechthebbende bleef.

19. Het DGB heeft tegen het vonnis van de Krajský soud v Brně cassatieberoep ingesteld bij de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter, Tsjechië), in het kader waarvan het in wezen het volgende betoogt:

– Op de datum van sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst was de leverancier de enige die de benodigde diensten kon leveren (het ter beschikking stellen van servers met zijn eigen besturingssysteem en het waarborgen van het onderhoud en de bewaking op afstand). Om technische redenen was het niet mogelijk om een andere leverancier te vinden.

– Het ministerie van Financiën kon redelijkerwijs niet voorzien dat er later verdere acties nodig zouden zijn om ADIS operationeel te houden.

– In de oorspronkelijke overeenkomst waren de auteursrechten op passende wijze geregeld. Het was destijds niet mogelijk om een volledige overdracht van die rechten op ADIS te verkrijgen, aangezien een deel van de elementen ervan wereldwijd commercieel werd geëxploiteerd door de leverancier en zijn vennoten. De toen geldende wetgeving is derhalve nageleefd. Omdat het ministerie van Financiën niet kon weten welke toekomstige wettelijke bepalingen het door zijn handelingen zou schenden, verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen dat wordt geoordeeld dat er een fout is begaan die aan het DGB kan worden toegeschreven.

– Ook kon het ministerie van Financiën bij het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst niet weten hoe het belastingstelsel zich zou ontwikkelen. Bijgevolg wist het niet of er een ingreep in ADIS nodig zou zijn en of het ADIS zou blijven gebruiken. Het had geen enkele reden om de auteursrechten zodanig te regelen dat het volledig onafhankelijk van de leverancier zou zijn.

– Als thans een gunningsprocedure zou worden ingeleid voor de levering van een nieuw IT-systeem, zou het DGB een verspilling van in ADIS geïnvesteerde middelen kunnen worden verweten alsmede een onrendabel en irrationeel beheer.

– In 2015 heeft het DGB getracht zich te bevrijden van zijn afhankelijkheid van de leverancier door verkrijging van de auteursrechten op ADIS. De leverancier weigerde echter deze rechten over te dragen, zowel in 2015 als in de drie daaropvolgende jaren, zodat het DGB geen andere keuze had dan over te gaan tot een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht. Anders zou ADIS onbruikbaar zijn geworden en zou de belastingdienst zijn taken niet hebben kunnen vervullen.

– Het DGB heeft kortom, alvorens de procedure voor de gunning van de nieuwe opdracht in te leiden, alle noodzakelijke maatregelen genomen om de procedure van § 23, lid 4, onder a), van wet 137/2006 naar behoren te volgen, hetgeen in verschillende technische deskundigenrapporten en juridische adviezen is bevestigd.

20. Als verweer tegen het cassatieberoep heeft de Uřad het volgende aangevoerd:

– Het DGB heeft ADIS op basis van de exclusiviteit van de oorspronkelijke overeenkomst van 1992 tot ten minste eind 2019 ontwikkeld via procedures voor gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

– In het deskundigenrapport wordt niet aangetoond dat de gekozen marktdeelnemer om technische redenen de enige mogelijke leverancier van het systeem was. Ook het bestaan van

een toestand van exclusiviteit die kan worden verklaard door auteursrechtelijke bescherming is niet aangetoond.

– Het doel van de te leveren prestatie was om in drie fasen een systeem voor de belastingadministratie te implementeren, waarbij de oorspronkelijke opdracht alleen betrekking had op de eerste fase. Het DGB wist dat de eerste opdracht zou worden gevolgd door andere.

– Uit de beschrijving en het doel van ADIS blijkt dat het gaat om een robuust systeem dat bestemd was om gedurende een lange periode in bedrijf te zijn. Het was dan ook duidelijk dat er op zijn minst technische ondersteuning nodig zou zijn.

– Noch het ministerie van Financiën, noch later het DGB heeft gereageerd op de ontwikkeling van de wetgeving, maar hanteerde een interpretatie van de overeenkomst en van wet 137/2006 die het mogelijk maakte om het systeem te handhaven zonder een gunningsprocedure uit te schrijven.

21. De verwijzende rechter vraagt zich af of is voldaan aan een van de door hem als *materieel* gekwalificeerde voorwaarden (te weten dat de toestand van exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf is veroorzaakt) voor de toepassing van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. Hij wenst te vernemen of daartoe de feitelijke en juridische omstandigheden dienen te worden beoordeeld die bestonden ten tijde van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst.

22. In deze context heeft de Nejvyšší správní soud het Hof de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

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

## III. Procedure bij het Hof

23. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 19 september 2023 ingekomen ter griffie van het Hof.

24. De Tsjechische en de Slowaakse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

25. Het Hof heeft het niet noodzakelijk geacht om een terechtzitting te houden.

## IV. Beoordeling

26. Het door de verwijzende rechter te beslechten geschil vindt zijn oorsprong in een opdracht voor de levering van IT-diensten die zonder openbare aanbestedingsprocedure is gegund in 1992, dus vóór de toetreding van Tsjechië tot de Europese Unie, toen die handelwijze naar nationaal recht rechtmatig was.

27. In de oorspronkelijke overeenkomst werden aan de leverancier rechten verleend die hem in een positie van exclusiviteit plaatsten wat de ontwikkeling en het onderhoud van het geïmplementeerde IT-systeem betreft.

28. Volgens het DGB rechtvaardigden de exclusieve auteursrechten van de leverancier na de toetreding van Tsjechië tot de Unie het gebruik, in 2016, van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht overeenkomstig artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 voor het plaatsen van een nieuwe opdracht [10] voor de levering van basisdiensten voor het IT-systeem na de garantieperiode.

### *A. Toepasselijke richtlijn*

29. De verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van richtlijn 2004/18, en niet van richtlijn 2014/24/EU [11], waarbij eerstgenoemde richtlijn is ingetrokken.

30. De toepasselijke richtlijn is in beginsel die welke van kracht is op de datum waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen. [12]

31. In de verwijzingsbeslissing wordt verklaard dat het DGB de procedure voor de gunning van de nieuwe opdracht heeft ingeleid op 1 maart 2016. Die datum ligt dus vóór het verstrijken van de omzettingstermijn voor richtlijn 2014/24, die in artikel 90, lid 1, van de richtlijn is vastgesteld op 18 april 2016.

32. Indien dat het geval is, is richtlijn 2004/18 ratione temporis van toepassing. Deze omstandigheid staat er echter niet aan in de weg dat ook de regeling van richtlijn 2014/24 in aanmerking wordt genomen, als contrasterend of bevestigend element, om de regels van richtlijn 2004/18 uit te leggen.

### *B. Artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 en door de aanbestedende dienst veroorzaakte toestand van exclusiviteit*

33. Volgens artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 moet, om de procedure van onderhandse gunning te kunnen toepassen, zijn voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden: a) het bestaan van technische of artistieke redenen of enige andere reden die verband houdt met de bescherming van alleenrechten, en b) dat deze redenen de gunning van de opdracht aan een bepaalde onderneming absoluut noodzakelijk maken.

[10] Het betrof derhalve geen zuivere verlenging of wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst.

[11] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

[12] Arrest van 14 januari 2021, RTS infra en Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punt 23).

34. Een soortgelijke formulering als die van dat artikel was reeds opgenomen in andere richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten die aan richtlijn 2004/18 voorafgingen. [13] Het Hof heeft de betreffende richtlijnen reeds uitgelegd toen het uitspraak deed over beroepen wegens niet-nakoming die door de Commissie waren ingesteld tegen individuele handelingen van lidstaten in verband met opdrachten die onder richtlijn 71/305 [14] of richtlijn 93/37 [15] vielen en die waren gegund via de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

35. In de rechtspraak waarin deze twee en de daaropvolgende richtlijnen zijn uitgelegd, wordt consequent benadrukt dat de bepalingen inzake onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking strikt moeten worden uitgelegd en dat de bewijslast met betrekking tot de buitengewone omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen bij de aanbestedende dienst ligt. [16]

36. De verwijzende rechter maakt een onderscheid tussen de „formele voorwaarden" en de „materiële voorwaarden" voor gebruikmaking van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. In zijn opvatting:

– vereisen de formele voorwaarden dat er sprake is van een reden die verband houdt met de bescherming van alleenrechten en dat de opdracht om die reden slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd;

– vereisen de materiële voorwaarden dat de aanbestedende dienst die formele redenen niet heeft kunnen voorzien en dat het bestaan ervan niet aan hem kan worden toegerekend.

37. In werkelijkheid komen de voorwaarden die de verwijzende rechter kwalificeert als *formele voorwaarden*, overeen met de letterlijke inhoud van artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18. De voorwaarden die hij kwalificeert als *materiële voorwaarden* gaan verder, aangezien zij betrekking hebben op eisen die niet uitdrukkelijk in die bepaling zijn opgenomen.

38. Het debat heeft zich toegespitst op de *materiële voorwaarde*, die erin bestaat dat de toestand van exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst is veroorzaakt. De door interveniënten in de prejudiciële procedure ingenomen standpunten ter zake zijn verdeeld:

– Volgens de Tsjechische regering hoeft voor de toepasselijkheid van de bij artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 toegestane afwijking alleen te zijn voldaan aan de in die bepaling genoemde objectieve voorwaarden. [17]

[13] Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5) en richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1993, L 199, blz. 54).

[14] Arrest van 18 mei 1995, Commissie/Italië (C-57/94, EU:C:1995:150, punt 23).

[15] Arrest van 14 september 2004, Commissie/Italië (C-385/02, EU:C:2004:522, punten 19 en 20).

[16] Zie met name arrest van 14 september 2004, Commissie/Italië (C-385/02, EU:C:2004:522, punt 19): „De bepalingen van artikel 7, lid 3, van [richtlijn 93/37], krachtens welke mag worden afgeweken van de regels ter verzekering van de door het EG-Verdrag op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken erkende rechten, moeten strikt worden uitgelegd, en wie zich erop wil beroepen dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan". Daarbij wordt verwezen naar de arresten van 18 mei 1995, Commissie/Italië (C-57/94, EU:C:1995:150, punt 23), en 28 maart 1996, Commissie/Duitsland (C-318/94, EU:C:1996:149, punt 13), waarin eenzelfde uitlegging is vervat.

[17] Dit zet de Tsjechische regering uiteen in het eerste van de zes argumenten in haar schriftelijke opmerkingen aan het Hof.

– Volgens de Commissie en de Slowaakse regering vereist die afwijking daarnaast ook dat de toestand van exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst is veroorzaakt.

39. Indien het geschil zou worden beslecht op grond van de regeling van richtlijn 2014/24, zou het standpunt van de Commissie en de Slowaakse regering ongetwijfeld prevaleren. Zowel in overweging 50 van die richtlijn als in artikel 32, lid 2, onder b), is het voorschrift opgenomen dat de aanbestedende dienst de exclusiviteit niet zelf mag hebben gecreëerd:

– In overweging 50 van richtlijn 2014/24 wordt verklaard dat „het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking [...] alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen [is], als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd”. [18]

– Artikel 32, lid 2, onder b), iii), van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan worden gevolgd indien de werken, leveringen of diensten vanwege de bescherming van „uitsluitende rechten, met inbegrip van intellectuele-eigendomsrechten” alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht. Die uitzondering geldt echter alleen „als er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht”.

40. In richtlijn 2004/18 wordt daarentegen in artikel 31, lid 1, onder b), niet uitdrukkelijk verwezen naar de mogelijke gevolgen van de toerekening van de exclusiviteit aan de aanbestedende dienst. [19] Dat stilzwijgen betekent evenwel niet dat het de aanbestedende dienst vrij staat om zelf de toestand van exclusiviteit te creëren.

41. Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt, heeft richtlijn 2014/24 op dit punt enkel een regel geëxpliciteerd die impliciet reeds was vervat in de voorgaande richtlijnen op dit gebied. [20] Vandaar dat naar zijn oordeel „het Unierecht vereist dat de reden waarom een overheidsopdracht in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking overeenkomstig artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd, *niet aan de aanbestedende dienst kan worden toegeschreven*”. [21]

42. Ik zal uitgaan van dezelfde premisse als die waarop de verwijzende rechter zich baseert met betrekking tot de tussenkomst van de aanbestedende dienst in de omstandigheden die bepalend zijn voor de toestand van exclusiviteit. Dit wordt in mijn ogen gerechtvaardigd door meerdere redenen.

[18] Aan deze uiteenzetting gaan de volgende overwegingen vooraf: „Gelet op de concurrentieschade dienen onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt. Deze uitzondering moet worden beperkt tot gevallen waarin bekendmaking niet mogelijk is wegens dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die de aanbestedende dienst niet kon voorzien en die hem niet toegerekend kunnen worden, of van meet af aan duidelijk is dat bekendmaking niet tot meer concurrentie of betere aanbestedingsresultaten zal leiden, niet het minst omdat objectief gezien slechts één ondernemer de opdracht kan uitvoeren. [...] De exclusiviteit kan ook uit een andere reden voortkomen, [...].”

[19] Deze omissie contrasteert met de bepalingen van artikel 31, lid 1, onder c), van richtlijn 2004/18: een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is toegestaan in geval van dwingende spoed, mits de ter rechtvaardiging daarvan ingeroepen omstandigheden in geen geval „aan de aanbestedende diensten te wijten zijn”.

[20] Punt 22 van de verwijzingsbeslissing.

[21] Punt 23 van de verwijzingsbeslissing (cursivering van mij). De verwijzende rechter huldigt de opvatting dat „de uitlegging van het Unierecht op dit punt een *acte clair* is”, een uitspraak die volgens mij overdreven is.

43. In de eerste plaats, bij wijze van achtergrond, is de algemene doelstelling van de aanbestedingsregels van de Unie „het garanderen van het vrij verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten”.[22] Het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is precies de gedraging van een aanbestedende dienst die de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging het meest schendt.

44. In de tweede plaats strookt het niet met die doelstelling dat aanbestedende diensten zelf de omstandigheden creëren en zich daar vervolgens op beroepen om gebruik te maken van procedures voor het selecteren van aannemers waartoe concurrenten niet worden toegelaten.

45. In de derde plaats moeten, zoals ik reeds heb opgemerkt, de buitengewone omstandigheden die onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht rechtvaardigen, strikt worden uitgelegd, aan de hand van restrictieve criteria.[23]

46. In de vierde plaats zou, indien wordt aanvaard dat de aanbestedende dienst zich kan beroepen op een toestand van exclusiviteit die hij zelf heeft gefaciliteerd, de logica van artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 worden omgekeerd. Volgens deze logica zijn de omstandigheden die rechtvaardigen dat de gewone procedure (met bekendmaking) niet kan worden gebruikt, die welke buiten de controle van de aanbestedende dienst vallen en niet die welke door de aanbestedende dienst zelf zijn veroorzaakt.

47. Ten slotte kan volgens de stelregel nemo auditur propriam turpitudinem niet worden aanvaard dat een partij voordeel haalt uit haar eigen onrechtmatige gedrag.[24]

### *C. Beoordeling van de exclusiviteit in verband met het geding*

#### *1. Oorspronkelijke overeenkomst (1992)*

48. Zoals uiteengezet in de verwijzingsbeslissing, betoogt het DGB dat er ten tijde van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst (1992) geen nationale wetgeving bestond die de auteursrechten en het plaatsen van overheidsopdrachten regelde. Bijgevolg was niet te voorzien welke toekomstige wettelijke regeling op dit gebied van toepassing zou zijn en hoe de nationale rechtspraak zich zou ontwikkelen. Ook was niet te voorzien „dat de vaststelling van de licentievoorwaarden voor ADIS later een bedenkelijke situatie zou doen ontstaan”.[25]

49. De verwijzende rechter is het, behoudens bepaalde nuances, in wezen eens met deze opvatting. Hij erkent dat er in 1992 geen nationale regeling inzake het plaatsen van overheidsopdrachten bestond[26], waardoor het ministerie van Financiën de ADIS-overeenkomst kon sluiten onder de destijds overeengekomen voorwaarden. Daar voegt hij aan toe dat het voor de aanbestedende dienst zelfs „legitiem was te veronderstellen dat de voortzetting van de

[22] Arrest van 7 december 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 en C-443/22, EU:C:2023:970, punt 61).

[23] Arrest van 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punt 49): „[D]e procedure van gunning door onderhandelingen [kan] slechts [...] worden toegepast in de omstandigheden die limitatief zijn opgesomd in de artikelen 30 en 31 van richtlijn 2004/18, en [...] deze procedure [is] uitzonderlijk [...] in vergelijking met open en beperkte procedures”.

[24] Het Hof is gevoelig voor het toeschrijven van ongunstige gevolgen aan de eigen niet-nakoming. Zie arrest van 15 juni 2023, Bank M. (Gevolgen van de nietigverklaring van een overeenkomst) (C-520/21, EU:C:2023:478, punt 81).

[25] Punt 17 van de verwijzingsbeslissing.

[26] De verwijzende rechter beschrijft de ontwikkeling van de nationale wetgeving, die zijn weerslag vond in de vaststelling van de wet inzake het auteursrecht (wet die van toepassing is op computerprogramma’s) in 1965 en de wet inzake overheidsopdrachten in 1994.

oorspronkelijke overeenkomst kon worden toevertrouwd aan dezelfde leverancier, zonder dat ook aan andere leveranciers de mogelijkheid hoefde te worden geboden om mee te dingen naar de levering van de gevraagde prestatie”. [27]

50. Ik heb niets in te brengen tegen deze vaststellingen, die betrekking hebben op een periode in de geschiedenis waarin het Unierecht geen rol speelde; Tsjechië was nog geen lid van de Unie. Het staat aan de verwijzende rechter om het feitelijke en rechtskader van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst vast te stellen.

51. In deze omstandigheden doet het niet ter zake of de exclusiviteit op basis waarvan de oorspronkelijke overeenkomst in 1992 werd gesloten, al dan niet door de aanbestedende dienst is veroorzaakt.

*2. Nieuwe overeenkomst (2016)*

52. Het perspectief verandert als in aanmerking wordt genomen dat de contractuele verhouding tussen de Tsjechische belastingautoriteiten [28] en de leverancier vele jaren heeft geduurd (van 1992 tot en met 2016, voor hetgeen hier van belang is).

53. In die periode is het rechtskader gewijzigd, inzonderheid sinds de toetreding van Tsjechië tot de Unie in 2004. Vanaf de toetreding moesten de richtlijnen inzake overheidsopdrachten verplicht worden nageleefd „overeenkomstig het beginsel van onmiddellijke en volledige toepassing van het Unierecht op de nieuwe lidstaten”. [29]

54. De verwijzende rechter onderstreept het belang van het nieuwe kader en de wijziging van de verplichtingen van de aanbestedende dienst. Aldus wijst hij erop dat ten tijde van de gunning van de opdracht in 2016 door het DGB wet 137/2006 en richtlijn 2004/18 van kracht waren. Bijgevolg moest het DGB ervoor zorgen dat zijn handelingen geen situatie van exclusiviteit in het leven zouden roepen, wilde het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking rechtmatig zijn.

55. Op basis van deze constatering, en na onderzoek van de twee stellingen in kwestie, verklaart de verwijzende rechter in punt 32 van de verwijzingsbeslissing het volgende:

– „Van 1992 tot en met 2016 had [het DGB] (of zijn rechtsvoorganger) ofwel kunnen onderhandelen over nieuwe contractuele bedingen betreffende de intellectuele-eigendomsrechten van vermogensrechtelijke aard, en op die wijze de overheidsopdrachten inzake ADIS plaatsen overeenkomstig een van de meer open gunningsprocedures, ofwel kunnen beginnen met een nieuwe aanbestedingsprocedure voor een nieuw IT-systeem, ook indien dat tijdelijk met hogere uitgaven gepaard zou zijn gegaan, aangezien dit op lange termijn tot besparingen had kunnen leiden.

– Derhalve kan de feitelijke situatie ten tijde van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst niet worden ingeroepen wanneer de toestand van exclusiviteit is blijven bestaan na de vaststelling van de relevante wettelijke bepalingen inzake overheidsopdrachten in Tsjechië.

[27] Punt 29 van de verwijzingsbeslissing.

[28] Ik ga ervan uit dat de opvolging van aanbestedende diensten (het ministerie van Financiën in 1992 en het DGB in 2016) zuiver formeel van aard was: beide maken deel uit van dezelfde overheidsstructuur en het DGB ressorteert onder het ministerie van Financiën. Het DGB is in de rechtspositie van het ministerie van Financiën getreden.

[29] Arrest van 6 december 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punt 37).

Om vast te stellen of de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking kan worden gebruikt, moet rekening worden gehouden met [de toestand op] het tijdstip waarop wordt besloten om een opdracht in het kader van een dergelijke procedure te plaatsen”.[30]

56. Wat de beoordeling van de voor het geding doorslaggevende feiten en van de nationale rechtssituatie betreft, is er geen reden voor het Hof om bezwaar te maken tegen deze overwegingen van de verwijzende rechter. Met betrekking tot de overwegingen van de verwijzende rechter in het laatste deel van punt 32 van de verwijzingsbeslissing, die ik hierboven heb weergegeven, ben ik van mening dat deze een juiste uitlegging van richtlijn 2004/18 omvatten.

57. Het antwoord op de prejudiciële vraag dat voortvloeit uit het voorgaande is dat het voor de doeleinden die hier aan de orde zijn irrelevant is dat de oorspronkelijke overeenkomst is gesloten vóór de toetreding van Tsjechië tot de Unie. Van doorslaggevend belang zijn daarentegen de handelingen die de aanbestedende dienst heeft verricht van 2004 tot en met 2016. Van die handelingen is het sluiten van de nieuwe overeenkomst in 2016 logischerwijs het sleutelelement.

58. De Tsjechische regering tracht haar verantwoordelijkheid voor het ontstaan van de toestand van exclusieve afhankelijkheid evenwel uit te sluiten door te stellen dat de beoordeling moet zien op het moment van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst. Als de rechtmatigheid van zijn gedraging op dat moment niet ter discussie stond, zou er ook geen sprake zijn van opzet die aan de aanbestedende dienst kan worden tegengeworpen.

59. Ik kan mij niet vinden in die stelling:

– Zoals ik reeds heb opgemerkt, ontstaat de verplichting van de lidstaat om zijn handelwijze in overeenstemming met de rechtsorde van de Unie te brengen bij de toetreding tot de Unie. Vanaf dat moment heeft de aanbestedende dienst, als overheidsinstantie, de verplichting om de naleving van de Unieregels inzake overheidsopdrachten, waaronder richtlijn 2004/18, te waarborgen. In dit verband is het niet van belang of de niet-naleving door de belastingautoriteiten van de lidstaat voortvloeit uit een actieve dan wel nalatige gedraging.[31]

– Voor het beoordelen van de gedraging van de aanbestedende dienst is een *direct oogmerk* om de toestand van exclusiviteit te creëren, geen vereiste.[32] Het volstaat dat de aanbestedende dienst, door niet te voldoen aan zijn verplichting om de bestaande (en door hemzelf of door zijn rechtsvoorganger gecreëerde) exclusiviteit op te heffen op het moment van sluiting van de nieuwe overeenkomst, die overeenkomst afsluit voor mededinging, net zoals bij de oorspronkelijke overeenkomst gebeurde.

60. Vanuit een andere invalshoek erkent de Tsjechische regering weliswaar dat zij in situaties als die in het hoofdgeding besluiten moet nemen die haar in staat stellen zich te bevrijden van de afhankelijkheid van een specifieke leverancier, maar pleit zij voor de aanvaarding van een *redelijke oplossing*, begrepen als de economisch meest voordelige oplossing die daarenboven de stabiele

[30] Ter ondersteuning van deze stelling haalt de verwijzende rechter het arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk (C-337/98, EU:C:2000:543, punt 37), aan.

[31] In haar schriftelijke opmerkingen verwijst de Tsjechische regering herhaaldelijk naar *positieve handelingen* van de aanbestedende dienst (gedraging, handelingen, gecreëerde situatie, veroorzaakte exclusiviteit, vaststelling van de voorwaarden van de nieuwe overeenkomst ten opzichte van die van de oorspronkelijke overeenkomst). Daarentegen rept zij met geen woord over het feit dat zij *heeft nagelaten* om nieuwe overeenkomsten in overeenstemming met het Unierecht te sluiten.

[32] De Tsjechische regering verklaart herhaaldelijk dat de gedraging van de aanbestedende dienst met betrekking tot de toestand van exclusiviteit *opzettelijk* moet zijn (punten 11, 12, 14, 15, 16, 17 en 18 van haar schriftelijke opmerkingen).

werking van kritieke informatiesystemen van de nationale overheid veiligstelt. Volgens haar rechtvaardigen deze factoren in casu het gebruik van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht. [33]

61. Ook in dit argument kan ik mij niet vinden, al begrijp ik de problemen waarmee de aanbestedende dienst in 2016 de facto werd geconfronteerd. Net als andere overheidsautoriteiten kunnen de belastingautoriteiten zich niet beroepen op praktische, administratieve of economische moeilijkheden [34] om de niet-nakoming van door een richtlijn voorgeschreven verplichtingen te rechtvaardigen, aangezien het aan de lidstaten staat om die moeilijkheden te overwinnen door passende maatregelen te nemen. [35]

62. Een ander argument dat de Tsjechische regering heeft opgeworpen ter ondersteuning van de handelwijze van de aanbestedende dienst bestaat erin dat deze laatste heeft getracht zich te bevrijden van de afhankelijkheid van de leverancier door de auteursrechten te verwerven, waarin hij niet is geslaagd als gevolg van het verzet van die leverancier. [36]

63. Dat argument kan niet slagen wanneer in aanmerking wordt genomen dat de aanbestedende dienst vanaf 2004 over voldoende tijd beschikte (tot 2016) om de weigering van IBM te ondervangen. In het licht van de decennialange toestand van exclusiviteit, had zij initiatieven moeten nemen om zich te ontdoen van haar afhankelijkheid van de leverancier door offertes van andere marktdeelnemers aan te vragen, wat zij niet lijkt te hebben gedaan. Dit wordt verklaard door de verwijzende rechter, [37] bij wiens oordeel ik mij opnieuw aansluit.

64. Voor het overige blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet dat de aanbestedende dienst *ernstige* pogingen heeft ondernomen om nieuwe leveranciers te vinden waardoor hij de afhankelijkheidstoestand waarin hij zich bevond, kon doorbreken. Volgens de rechtspraak van het Hof moet de aanbestedende dienst „op ernstige wijze onderzoeken" of er ondernemingen zijn die op Europees niveau in staat zijn om bepaalde software te leveren (of, in voorkomend geval, te vervangen). [38]

65. Bij het uiteenzetten van het probleem van de *lock-in* bij IT-systemen reikt de Commissie de aanbestedende diensten bepaalde alternatieven [39] aan, waarmee beperkingen van de mededinging op het gebied van overheidsopdrachten zoals die in casu kunnen worden overwonnen.

33 Punt 30 van de schriftelijke opmerkingen van de Tsjechische regering.

34 De door de Tsjechische regering aangevoerde belemmeringen zijn hoofdzakelijk economisch van aard (punten 26 en 27 van haar schriftelijke opmerkingen). De verwijzende rechter is daarentegen van opvatting dat een eventuele onmiddellijke kostenstijging zou worden gecompenseerd door besparingen op lange termijn als gevolg van de invoering van mededinging tussen inschrijvers. In de mededeling van 2013 wijst de Commissie op de nadelen van afhankelijkheid van één aanbieder van IT-oplossingen. De Commissie benadrukt dat een dergelijke exclusiviteit ertoe kan leiden dat, naast andere problemen (het risico dat de leverancier besluit om het systeem of bepaalde functies ervan niet langer te ondersteunen), kansen op innovatie verloren gaan en dat de prijzen – die niet onderhevig zijn aan concurrentiedruk van andere marktdeelnemers in de sector – excessief zijn.

35 Arrest van 18 oktober 2012, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-301/10, EU:C:2012:633, punt 66).

36 Punt 31 van de schriftelijke opmerkingen van de Tsjechische regering, waarin wordt verwezen naar het betoog van het DGB voor de cassatierechter, dat is weergegeven in punt 10 van de verwijzingsbeslissing.

37 Punt 32 van de verwijzingsbeslissing, zoals weergegeven in punt 55 van deze conclusie.

38 Zie arrest van 15 oktober 2009, Commissie/Duitsland (C-275/08, EU:C:2009:632, punt 63). Het betrof in die zaak de levering van software voor het gecentraliseerde beheer van de registratie van motorvoertuigen.

39 In punt 3 van de mededeling van 2013 wordt verklaard dat „[d]oor gebruik te maken van ICT-systemen die op normen berusten in plaats van op een fabrikantgebonden technologie, [...] restrictieve praktijken bij overheidsopdrachten [kunnen] worden opengebroken. Normen zorgen er namelijk voor dat fundamentele kennis over een systeem algemeen beschikbaar is, zodat andere potentiële leveranciers het systeem onder meer concurrerende voorwaarden kunnen handhaven of verder ontwikkelen."

66. Hoewel de Tsjechische autoriteiten verklaren dat zij procedures van voorafgaandelijk toezicht hebben ingevoerd om de in de mededeling van 2013 beschreven situatie van lock-in tegen te gaan,[40] heeft de overeenkomst die het voorwerp van de prejudiciële verwijzing vormt de reeds bestaande toestand van exclusiviteit bevestigd zonder deze te wijzigen. Bijgevolg kan het aan de aanbestedende dienst worden toegeschreven dat hij in 2016, door handelen of nalaten, een door zijn rechtsvoorganger gecreëerde toestand van exclusiviteit werd bestendigd, welke toestand hem ervan had moeten weerhouden om gebruik te maken van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht.

67. Tot slot dien ik eraan te herinneren dat het Hof zich reeds heeft uitgesproken over de noodzakelijke openstelling voor mededinging van opdrachten die vergelijkbaar zijn met de litigieuze opdracht, waarbij het Hof als vaststaand aannam dat deze zijn onderworpen aan de algemene regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten: „[E]en aanbestedende dienst, wanneer hij voornemens is een aanbesteding uit te schrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van software die bij een marktdeelnemer is gekocht, [moet] ervoor [...] zorgen dat aan de potentiële gegadigden en inschrijvers voldoende informatie wordt meegedeeld om een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van die software mogelijk te maken”.[41]

## V. Conclusie

68. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de vraag van de Nejvyšší správní soud te beantwoorden als volgt:

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

moet aldus worden uitgelegd dat

de aanbestedende dienst niet door zijn eigen handelwijze een toestand van exclusiviteit mag creëren waarmee hij het gebruik van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht probeert te rechtvaardigen.

Wanneer de aanbestedende dienst een nieuwe overeenkomst sluit waarop richtlijn 2004/18 van toepassing is, is het irrelevant dat de toestand van exclusiviteit voortvloeit uit een oorspronkelijke overeenkomst die door de autoriteiten van een lidstaat is gesloten vóór toetreding van die lidstaat tot de Europese Unie. Om de gedraging van de aanbestedende dienst met betrekking tot de nieuwe overeenkomst te beoordelen, dient de feitelijke en juridische context op het moment van sluiting van de nieuwe overeenkomst in aanmerking te worden genomen.”

[40] Dit wordt door de Tsjechische regering met name verklaard in de punten 32-35 van haar schriftelijke opmerkingen, waarin zij stelt dat zij een gespecialiseerde dienst en een werkgroep heeft ingesteld om de exclusieve afhankelijkheid in overeenkomsten inzake de levering van IT-diensten tegen te gaan. Deze „systemische maatregelen” waren, zo voegt zij daaraan toe, reeds operationeel toen de overeenkomst van 2016 werd gesloten.

[41] Arrest van 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punt 74).