Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 26 september 2024[1]

Mål C-578/23

Česká republika – Generální finanční ředitelství
mot
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,

(begäran om förhandsavgörande från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2004/18/EG – Artikel 31 – Förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling – Villkor – Skydd av ensamrätt – Exklusiv situation som är hänförlig till den upphandlande myndigheten – Avtal som ingåtts innan en medlemsstat anslöt sig till Europeiska unionen – Tidpunkt när de faktiska och rättsliga omständigheterna kring kontraktet ska bedömas”

1. År 1992 tilldelade finansministeriet i Republiken Tjeckien[2] direkt till ett visst företag ett kontrakt för införande av ett datoriserat skatteförvaltningssystem kallat ADIS.[3] IBM hade upphovsrätten till programvarans källkod, vilket innebar att användning och uppdatering av datasystemet var beroende av IBM:s medverkan.

2. Under 2016 beslutade skatteförvaltningen i Tjeckien att ingå ett avtal om grundläggande eftergarantiservice för applikationen ADIS. Detta kontrakt tilldelades också IBM genom ett förhandlat förfarande utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling.

3. Ingåendet av detta nya avtal har lett till att två tjeckiska myndigheter har hamnat i konflikt med varandra, nämligen den myndighet som ansvarar för skatteförvaltningen, å ena sidan, och den myndighet som ansvarar för kontrollen av att offentliga upphandlingar sker på rätt sätt, å andra sidan. Den sistnämnda myndigheten anser att direkttilldelningen av kontraktet är olaglig.

4. Den domstol som ska pröva målet i sista instans är tveksam till huruvida det nya kontraktet omfattas av tillämpningsområdet för artikel 31.1 b i direktiv 2004/18/EG[4] och den frågar EU-domstolen hur den artikeln ska tolkas. Den vill veta huruvida den, vid bedömningen av ett av

[1] Originalspråk: spanska.

[2] Delningen mellan Republiken Tjeckien och Republiken Slovakien skedde den 1 januari 1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. År 1992 var detta företag den enda aktieägaren i företaget IBM Česká republika, spol. s r. o. I det följande kommer jag att hänvisa till det omväxlande som ”IBM” eller ”leverantören”.

[4] Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

villkoren för att få tillämpa det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling, ska bedöma de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg vid tidpunkten för det ursprungliga kontraktet (år 1992) eller vid tidpunkten för det nya kontraktet (år 2016).

5. Bakgrunden till tvisten är det generella problemet att myndigheter som är beroende av en leverantör för att använda informationsteknik kan hamna i en *inlåsning*. Kommissionen offentliggjorde år 2013 ett meddelande [5] som belyste hur svårt det är för dessa myndigheter att byta leverantör.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt. Direktiv 2004/18

6. Artikel 28 (”Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog”) har följande lydelse:

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

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

7. Artikel 31 (”Fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling”) har följande lydelse:

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

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

…

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

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

[5] Meddelande från kommissionen av den 25 juni 2013. Mot inlåsning: att bygga öppna IKT-system genom bättre utnyttjande av standarder vid offentlig upphandling (COM(2013) 455 final) (nedan kallat 2013 års meddelande).

…”

B. Tjeckisk rätt Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. Enligt 21 § 2 får en upphandlande myndighet tilldela ett offentligt kontrakt genom ett öppet eller selektivt förfarande och, om vissa villkor är uppfyllda, även genom ett förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om upphandling, eller genom ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling.

9. Enligt 23 § 4 a får den upphandlande myndigheten tilldela ett offentligt kontrakt genom förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling även när kontraktet av tekniska eller konstnärliga skäl, eller av skäl som rör skydd av ensamrätt eller rättigheter som följer av särskilda bestämmelser endast kan utföras av en viss ekonomisk aktör.

II. Faktiska omständigheter, det nationella målet och tolkningsfrågan

10. Den 29 juni 1992 ingick finansministeriet i Republiken Tjeckien ett avtal med IBM om införande av det datoriserade skatteförvaltningssystemet ADIS.

11. Från och med 2013 övertogs finansministeriets skatteförvaltningsuppgifter av Česká republika – Generální finanční ředitelství (Skattemyndigheten, Tjeckien) (nedan kallad skattemyndigheten) under ministeriets överinseende.

12. Den 1 mars 2016 inledde skattemyndigheten ett förhandlat förfarande, utan att dessförinnan ha offentliggjort något meddelande om upphandling, för att tilldela ett nytt kontrakt benämnt ”Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, vars syfte var att tillhandahålla en grundläggande eftergarantiservice för applikationen ADIS. [7]

13. Skattemyndigheten valde denna upphandlingsform av tekniska skäl och för att skydda leverantörens immateriella rättigheter till ADIS källkod. [8]

14. Den 20 maj 2016 tilldelade skattemyndigheten IBM det nya kontraktet.

15. Den 9 oktober 2017 slog Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (Konkurrensmyndigheten, Tjeckien) (nedan kallad Úřad) fast att skattemyndigheten, genom att använda ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, hade överträtt artikel 23.4 a i lag 137/2006.

16. Enligt Úřad hade skattemyndigheten inte visat att det nya offentliga kontraktet av tekniska skäl endast kunde genomföras av IBM. Behovet av att skydda denna leverantörs ensamrätt var dessutom en följd av finansministeriets tidigare agerande.

6 Lag nr 137/2006 om offentlig upphandling (nedan kallad lag 137/2006), i den lydelse som är tillämplig på de faktiska omständigheterna.

7 Även om det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera detta, förefaller det som om det nya kontraktet omfattade underhåll och eventuell reparation av ADIS. Priset för kontraktet uppgick till 33 294 389 CZK exklusive mervärdesskatt.

8 Enligt skattemyndighetens uttalanden som återges i beslutet att begära förhandsavgörande (punkt 2) är det utan en koppling till kärnmodulen och andra moduler inte möjligt att självständigt driva, kontrollera och utveckla modulerna; modulerna kan inte skiljas åt; kontraktsföremålet har en inverkan på de befintliga modulerna. Eftersom tjänsten avsåg grundläggande service för ADIS, som skapats och utvecklats av leverantören som innehade licensrättigheterna, krävde behovet av teknisk kontinuitet att leverantören skulle underhålla och utveckla tjänsten.

17. Skattemyndigheten överklagade beslutet av den 9 oktober 2017 till Úřads ordförande, som avslog överklagandet. [9]

18. Skattemyndigheten överklagade beslutet av Úřads ordförande till Krajský soud v Brně (Regionala domstolen i Brno, Tjeckien), som ogillade överklagandet på grund av att kraven i artikel 23.4 a i lag 137/2006 inte var uppfyllda:

– När det ursprungliga kontraktet tilldelades kunde man förutse att det skulle finnas ett behov av en kontinuerlig underhållstjänst för ADIS, som är ett system som är utformat för användas under lång tid inom ett område (beskattning) som är föremål för ständiga förändringar.

– Det spelar ingen roll att det vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet inte fanns någon lagstiftning som föreskrev en skyldighet att välja leverantör genom ett anbudsförfarande eller i vilken utsträckning upphovsrätten till ADIS skulle regleras. Villkoren för den efterföljande tilldelningen ska bedömas mot bakgrund av den lag som gäller när tilldelningen sker.

– Den ursprungliga upphandlande myndigheten behöver inte ha handlat i syfte att senare kringgå lag 137/2006.

– Även om skattemyndigheten skulle kunna bevisa att det inte finns någon annan aktör än IBM som kan fullgöra avtalet, skulle det inte ändra det faktum att exklusiviteten är en följd av finansministeriets agerande. Därför skulle bevis för att det formella villkoret uppfylls (det vill säga de tekniska skälen och skälet som rör skyddet av leverantörens upphovsrätt) sakna betydelse om inte det materiella villkoret uppfylls (att den upphandlande myndigheten inte själv har skapat den exklusiva situationen).

19. Skattemyndigheten överklagade den regionala domstolens dom till Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien) och anförde i huvudsak följande:

– Vid den tidpunkt då det ursprungliga avtalet ingicks var leverantören den enda som kunde tillhandahålla de nödvändiga tjänsterna (leverera servrar med eget operativsystem och säkerställa fjärrunderhåll och fjärrövervakning). Av tekniska skäl kunde ingen annan leverantör hittas.

– Finansministeriet kunde inte rimligen förutse att det senare skulle krävas ytterligare åtgärder för att hålla ADIS i drift.

– I det ursprungliga kontraktet fastställdes upphovsrätten på ett adekvat sätt. Det var vid den tidpunkten inte möjligt att få till stånd en fullständig överföring av dessa rättigheter till ADIS, eftersom en del av dess beståndsdelar utnyttjades kommersiellt över hela världen av leverantören och dess partner. Gällande lagstiftning respekterades därför. Om finansministeriet inte kunde veta vilka framtida rättsregler som det skulle komma att åsidosätta genom sitt agerande, utgör rättssäkerhetsprincipen hinder för att anse att det har begåtts ett fel som kan överföras till skattemyndigheten.

– Finansministeriet kunde inte heller vid tidpunkten för det ursprungliga kontraktet veta hur skattesystemet skulle utvecklas. Därför visste finansministeriet inte om det skulle bli

[9] Överklagandet avslogs på grund av att finansministeriet, som var skattemyndighetens föregångare, var ansvarigt för den exklusiva situationen (i den mening att kontraktet enbart kunde fullgöras av leverantören) genom att låta leverantören behålla upphovsrätten.

nödvändigt att ingripa i ADIS och om det skulle fortsätta att använda den applikationen. Det fanns ingen anledning för finansministeriet att reglera upphovsrätten för att vara helt oberoende av leverantören.

– Om ett upphandlingsförfarande för att tillhandahålla ett nytt it-system skulle inledas nu, skulle det innebära att skattemyndigheten slösade bort de medel som investerats i ADIS och att förvaltningen blev irrationell och oekonomisk.

– Under 2015 försökte skattemyndigheten frigöra sig från beroendet av leverantören genom att förvärva upphovsrätten till ADIS. Leverantören ville inte överlåta denna upphovsrätt, varken då eller under de följande tre åren, och skattemyndigheten hade därför inget annat val än att gå vidare med ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling. I annat fall skulle ADIS ha varit oanvändbart och skattemyndigheten skulle inte ha kunnat utföra sitt uppdrag.

– Sammanfattningsvis menar skattemyndigheten att den, innan förfarandet för tilldelning av det nya kontraktet inleddes, hade vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att på ett korrekt sätt följa det förfarande som föreskrivs i artikel 23.4 a i lag 137/2006, vilket bekräftades av flera sakkunniga, tekniska och rättsliga yttranden.

20. I sitt bestridande av överklagandet anförde Uřad följande:

– Skattemyndigheten hade, på grundval av exklusiviteten i det ursprungliga kontraktet från 1992, utvecklat ADIS genom förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling, åtminstone fram till slutet av år 2019.

– Sakkunnigutlåtandet bevisar inte att den utvalda aktören var den enda möjliga systemleverantören av tekniska skäl. Det har inte påvisats någon exklusiv situation som kan förklaras med upphovsrättsligt skydd.

– Syftet med tjänsten var att inrätta ett system för skatteförvaltning i tre steg, varav det inledande kontraktet endast avsåg det första steget. Skattemyndigheten visste att det första kontraktet skulle följas av andra.

– Av beskrivningen av och syftet med ADIS framgår att det är ett robust system som är tänkt att fungera på lång sikt. Det stod därför klart att det åtminstone skulle krävas tekniskt stöd.

– Varken finansministeriet eller senare skattemyndigheten reagerade på utvecklingen av lagstiftningen, utan gjorde en tolkning av avtalet och av lag 137/2006 som gjorde det möjligt att upprätthålla systemet utan meddelande om upphandling.

21. Den hänskjutande domstolen ifrågasätter om ett av de villkor som den betecknar som *materiella* (nämligen att den upphandlande myndigheten inte själv ska ha orsakat den exklusiva situationen) för att tillämpa det förhandlade förfarandet utan föregående meddelande om upphandling är uppfyllt. Den vill veta om de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks ska bedömas i detta syfte.

22. Mot bakgrund av detta har Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien) hänskjutit följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Är det vid bedömningen av huruvida det materiella villkoret för att använda ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling är uppfyllt, det vill säga huruvida den upphandlande myndigheten inte har skapat en exklusiv situation genom sitt eget felaktiga handlande, enligt artikel 31.1 b [i direktiv 2004/18], nödvändigt att ta hänsyn till de rättsliga och faktiska omständigheter under vilka kontraktet om den ursprungliga prestationen, som har resulterat i ytterligare offentliga kontrakt, ingicks?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

23. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 19 september 2023.

24. Den tjeckiska och den slovakiska regeringen samt Europeiska kommissionen har gett in skriftliga yttranden.

25. Domstolen har inte funnit det nödvändigt att hålla muntlig förhandling.

IV. Bedömning

26. Målet vid den hänskjutande domstolen rör ett kontrakt om tillhandahållande av it-tjänster som ingicks utan konkurrensutsättning år 1992, före Tjeckiens anslutning till Europeiska unionen, då ett sådant förfarande var tillåtet enligt nationell rätt.

27. I det ursprungliga kontraktet tillerkändes leverantören rättigheter som gav denne ensamrätt vad gällde utveckling och underhåll av det it-system som införts.

28. Enligt skattemyndigheten motiverade den omständigheten att leverantören hade ensam upphovsrätt, efter Tjeckiens anslutning till EU, att ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling, i enlighet med artikel 31.1 b i direktiv 2004/18, användes år 2016 för att ingå ett nytt kontrakt[10] om grundläggande eftergarantiservice för it-systemet.

A. Tillämpligt direktiv

29. Den hänskjutande domstolen efterfrågar en tolkning av direktiv 2004/18 och inte av direktiv 2014/24/EU[11], genom vilket det förstnämnda direktivet upphävs.

30. Det direktiv som är tillämpligt är i princip det direktiv som är i kraft vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas.[12]

[10] Det var således inte bara fråga om en förlängning eller ändring av det ursprungliga kontraktet.

[11] Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

[12] Dom av den 14 januari 2021, RTS infra och Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, punkt 23).

31. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande inledde skattemyndigheten förfarandet för tilldelning av det nya kontraktet den 1 mars 2016. Detta datum inföll således före utgången av den tidsfrist för införlivande av direktiv 2014/24 som enligt artikel 90.1 i detta direktiv löpte ut den 18 april 2016.

32. Om det förhåller sig så är direktiv 2004/18 tillämpligt av tidsmässiga skäl. Denna omständighet utgör emellertid inte hinder för att bestämmelserna i direktiv 2014/24 beaktas, som en kontrasterande eller bekräftande omständighet, vid tolkningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18.

B. Artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 och den exklusiva situation som orsakats av den upphandlande myndigheten

33. Enligt artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 ska två kumulativa villkor vara uppfyllda för att det direkta förfarande som regleras i direktivet ska få användas: a) Det ska finnas tekniska eller konstnärliga skäl eller skäl som rör hänsyn till skydd av ensamrätt, och b) dessa skäl ska göra det absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet.

34. Liknande formuleringar som i denna artikel fanns redan i andra upphandlingsdirektiv som föregick direktiv 2004/18.[13] EU-domstolen har tolkat dem i mål där den har avgjort fördragsbrottstalan som kommissionen väckt mot enskilda medlemsstaters rättsakter avseende kontrakt som omfattas av direktiv 71/305[14] eller direktiv 93/37[15] och som ingåtts genom ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

35. I rättspraxis där dessa två och senare direktiv har tolkats har EU-domstolen konsekvent framhållit att bestämmelserna om förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande ska tolkas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.[16]

36. Den hänskjutande domstolen skiljer mellan de ”formella villkoren” och de ”materiella villkoren” för att få tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling. Den konstaterar följande:

– De formella villkoren kräver att det finns ett skäl som rör skyddet av ensamrätten och att kontraktet därför endast kan tilldelas en viss bestämd ekonomisk aktör.

– De materiella villkoren innebär att den upphandlande myndigheten inte kunde ha förutsett dessa formella skäl och att de inte kan tillskrivas den.

[13] Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, 1971, s. 5) och rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, 1993, s. 54).

[14] Dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien (C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 23).

[15] Dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien (C-385/02, EU:C:2004:522, punkterna 19 och 20).

[16] Se, bland annat, dom av den 14 september 2004, kommissionen/Italien (C-385/02, EU:C:2004:522, punkt 19): ”Bestämmelserna i artikel 7.3 i [direktiv 93/37], enligt vilka undantag är tillåtna från de regler som avser att säkerställa tillämpligheten av de rättigheter som ges i fördraget inom området för offentliga bygg- och anläggningsarbeten, skall tolkas restriktivt och det är den som åberopar dessa undantagsbestämmelser som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs.” Där hänvisas till dom av den 18 maj 1995, kommissionen/Italien (C-57/94, EU:C:1995:150, punkt 23), och dom av den 28 mars 1996, kommissionen/Tyskland (C-318/94, EU:C:1996:149, punkt 13), i vilka samma tolkning görs.

37. Det som den hänskjutande domstolen har betecknat som *formella villkor* är i själva verket de som motsvarar lydelsen av artikel 31.1 b i direktiv 2004/18. Det som den betecknar som *materiella villkor* är mer långtgående, eftersom de avser villkor som inte uttryckligen anges i denna bestämmelse.

38. Diskussionen har handlat om det *materiella villkoret* att den exklusiva situationen inte får ha orsakats av den upphandlande myndigheten. Det råder här delade meningar bland dem som deltagit i målet:

– Enligt den tjeckiska regeringens uppfattning är det undantag som medges enligt artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 endast tillämpligt om de objektiva villkor som anges där är uppfyllda. [17]

– Enligt kommissionen och den slovakiska regeringen förutsätter ett sådant undantag också att den upphandlande myndigheten inte har orsakat den exklusiva situationen.

39. Om målet skulle ha avgjorts enligt direktiv 2014/24 skulle kommissionens och den slovakiska regeringens uppfattning tveklöst ha haft företräde. Av såväl skäl 50 som artikel 32.2 b i det direktivet framgår det att den upphandlande myndigheten inte får ha skapat den exklusiva situationen:

– I skäl 50 i direktiv 2014/24 anges att ”… endast objektivt exklusiva situationer kan motivera användningen av förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling, där den exklusiva situationen inte har skapats av den upphandlande myndigheten själv med tanke på det framtida upphandlingsförfarandet …”. [18]

– I artikel 32.2 b iii i direktiv 2014/24 anges att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling får tillämpas om byggentreprenaden, varorna eller tjänsterna endast kan tillhandahållas av en viss ekonomisk aktör på grund av skydd av ”ensamrätt, inklusive immateriella rättigheter”. Detta undantag gäller dock endast ”när inget rimligt alternativ eller substitut finns och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna”.

40. I artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 angavs det däremot inte uttryckligen vilken betydelse det skulle kunna ha om exklusiviteten kan tillskrivas den upphandlande myndigheten. [19] Denna tystnad innebär emellertid inte att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv skapa en exklusiv situation.

41. Som den hänskjutande domstolen helt riktigt påpekar har direktiv 2014/24 på denna punkt endast uttryckligen angett en regel som underförstått fanns i de tidigare direktiven på området. [20] Unionsrätten kräver därför att ”… skälet till att det är nödvändigt att ett offentligt kontrakt endast

[17] Detta framgår av det första av den tjeckiska regeringens sex argumentationsblock i dess skriftliga yttrande till EU-domstolen.

[18] Detta uttalande föregås av följande överväganden: ”Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling endast användas under mycket exceptionella omständigheter. Undantaget bör begränsas till fall då offentliggörande antingen är omöjligt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse eller som inte kan tillskrivas den, eller där det redan från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens eller bättre upphandlingsresultat, inte minst därför att det objektivt sett endast finns en ekonomisk aktör som kan fullgöra kontraktet. … Exklusivitet kan också uppstå av andra skäl …”

[19] Denna underlåtenhet står i kontrast till vad som föreskrivs i artikel 31.1 c i direktiv 2004/18, enligt vilken ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande är tillåtet när det är nödvändigt på grund av synnerlig brådska, under förutsättning att de omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska inte i något fall kan ”*tillskrivas den upphandlande myndigheten*”.

[20] Punkt 22 i beslutet att begära förhandsavgörande

tilldelas en bestämd ekonomisk aktör, inom ramen för ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling i den mening som avses i artikel 31.1 b i direktiv 2004/18, *inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten …*” [21]

42. Jag kommer att använda mig av samma utgångspunkt som den hänskjutande domstolen när det gäller den upphandlande myndighetens medverkan i de omständigheter som avgör om det föreligger en exklusiv situation. Det finns flera skäl som enligt min mening talar för detta.

43. För det första, som en bakgrund, är huvudmålsättningen med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling ”att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att säkerställa att konkurrensen på marknaden för sådana tjänster inte snedvrids i någon medlemsstat”. [22] Att använda ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling är just det beteende hos en upphandlande myndighet som allvarligast strider mot kravet på att offentlig upphandling ska vara konkurrensutsatt.

44. För det andra strider det mot detta mål att upphandlande myndigheter på egen hand skapar de omständigheter som de senare åberopar för att använda förfaranden för val av leverantör där inga konkurrenter får delta.

45. För det tredje måste, som jag redan har påpekat, de extraordinära omständigheter som tillåter förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling tolkas strikt, på grundval av restriktiva kriterier. [23]

46. För det fjärde skulle logiken i artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 bli omvänd om den upphandlande myndigheten tilläts dra fördel av en exklusiv situation som den själv har orsakat. Enligt denna logik är de omständigheter som gör att det är omöjligt att använda det ordinarie förfarandet (med offentliggörande) sådana som ligger utanför den upphandlande myndigheten, inte sådana som orsakas av den.

47. I slutändan hindrar maximen *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en part från att dra fördel av sitt eget rättsstridiga handlande. [24]

C. Bedömning av exklusiviteten i förevarande mål

1. Det ursprungliga kontraktet (1992)

48. Enligt skattemyndighetens uppfattning som redovisas i beslutet att begära förhandsavgörande, reglerades varken upphovsrätt eller offentlig upphandling i nationell rätt vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks (1992). Det var därför inte möjligt att förutse

[21] Punkt 23 i beslutet att begära förhandsavgörande (min kursivering). Den hänskjutande domstolen anser att ”tolkningen av unionsrätten i detta hänseende är *acte clair*”, vilket är ett påstående som jag anser är överdrivet.

[22] Dom av den 7 december 2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 och C-443/22, EU:C:2023:970, punkt 61).

[23] Dom av den 11 september 2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, punkt 49): ”… ett förhandlat förfarande [får] endast … tillämpas i de fall som anges i artiklarna 30 och 31 i direktiv 2004/18 och att det till skillnad från öppna och selektiva förfaranden endast ska tillämpas i särskilda fall”.

[24] EU-domstolen är känslig för negativa konsekvenser som beror på ens egen bristande efterlevnad. Se dom av den 15 juni 2023, Bank M. (Följder av att avtalet ogiltigförklaras) (C-520/21, EU:C:2023:478, punkt 81).

det framtida regelverket på detta område eller hur den nationella rättspraxisen skulle utvecklas. Det var inte heller möjligt att förutse ”att fastställandet av licensvillkoren för ADIS senare skulle ge upphov till en tvivelaktig situation …”. [25]

49. Den hänskjutande domstolen delar i allt väsentligt och med vissa nyanseringar denna uppfattning. Den medger att det år 1992 inte fanns någon nationell lagstiftning om offentlig upphandling, [26] vilket gjorde det möjligt för finansministeriet att ingå ADIS-kontraktet på de villkor som då hade avtalats. Den tillägger att den upphandlande myndigheten ”rimligen [kunde] utgå från att det även skulle vara möjligt att tilldela samma ekonomiska aktör kontrakt som följde på det ursprungliga kontraktet utan att samtidigt behöva säkerställa att även andra ekonomiska aktörer kunde delta i upphandlingen av den tjänst som behövdes”. [27]

50. För min del har jag inga invändningar mot dessa uttalanden, vilka hänvisar till en historisk tidpunkt då unionsrätten helt enkelt inte var tillämplig, eftersom Tjeckien ännu inte var medlem av Europeiska unionen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa de faktiska omständigheterna och de bestämmelser som var tillämpliga på det ursprungliga kontraktet.

51. Under dessa omständigheter saknar det betydelse huruvida den exklusivitet som låg till grund för det ursprungliga kontraktet år 1992 orsakades av den upphandlande myndigheten eller inte.

2. Nytt kontrakt (2016)

52. Perspektivet förändras om man beaktar att de tjeckiska skattemyndigheternas [28] avtalsförhållande med leverantören varade i många år (mellan 1992 och 2016, i det här fallet).

53. Under denna period förändrades den rättsliga ramen, särskilt efter det att Tjeckien anslutit sig till unionen år 2004. Efter anslutningen var det obligatoriskt att följa direktiven om offentlig upphandling, ”enligt principen att bestämmelserna i unionsrätten omedelbart och i sin helhet är bindande för nya medlemsstater”. [29]

54. Den hänskjutande domstolen understryker betydelsen av den nya ramen och ändringen av den upphandlande myndighetens uppgifter och den påpekar att när skattemyndigheten tilldelade 2016 års kontrakt var lag 137/2006 och direktiv 2004/18 i kraft. Skattemyndigheten var följaktligen skyldig att säkerställa att dess rättsakter inte skapade exklusiva situationer för att legitimera användningen av förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling.

55. Mot bakgrund av detta konstaterande och efter att ha prövat de två ståndpunkterna, anför den hänskjutande domstolen följande i punkt 32 i beslutet att begära förhandsavgörande:

– ”… Från 1992 till 2016 kunde klaganden (eller dess rättsliga föregångare) antingen ha förhandlat fram nya avtalsvillkor avseende ekonomisk upphovsrätt på ett sådant sätt att klaganden kunde ha tilldelat offentliga kontrakt genom ett av de mer öppna förfarandena för

[25] Punkt 17 i beslutet att begära förhandsavgörande.

[26] Den hänskjutande domstolen har redogjort för den nationella rättsutvecklingen, vilken resulterade i att lagar om upphovsrätt (lag tillämplig på dataprogram) antogs år 1965 och om offentlig upphandling år 1994.

[27] Punkt 29 i beslutet att begära förhandsavgörande.

[28] Jag utgår från att successionen av upphandlande enheter (finansministeriet 1992 och skattemyndigheten 2016) är rent formell: båda är en del av samma statliga struktur och skattemyndigheten är underställd finansministeriet. Skattemyndigheten har övertagit den rättsliga ställning som finansministeriet hade.

[29] Dom av den 6 december 2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940, punkt 37).

offentlig upphandling, eller börjat tilldela kontrakt för ett nytt informationssystem även om detta innebar tillfälligt ökade utgifter, vilket kunde ha lett till besparingar på lång sikt.

– Situationen vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet kan därför inte åberopas om den exklusiva situationen även fortsatte efter antagandet av relevant lagstiftning om offentlig upphandling i Tjeckien. Vid bedömningen av huruvida ett förhandlat förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling kan användas, ska nämligen hänsyn tas till den tidpunkt då beslutet att tilldela kontrakt inom ramen för detta förfarande fattades …” [30]

56. Såvitt gäller bedömningen av de omständigheter som är avgörande för målet och av det nationella rättsläget finns det inga skäl för EU-domstolen att invända mot dessa överväganden av den hänskjutande domstolen. Vad beträffar de överväganden som finns i punkt 32 sista stycket i beslutet att begära förhandsavgörande, som jag just har återgett, anser jag att de innehåller en korrekt tolkning av direktiv 2004/18.

57. Härav följer att svaret på tolkningsfrågan är att det saknar betydelse för förevarande mål att det ursprungliga kontraktet ingicks före Tjeckiens anslutning till Europeiska unionen. Däremot är det den upphandlande myndighetens handlingar mellan åren 2004 och 2016 av avgörande betydelse. Av dessa handlingar är den viktigaste naturligtvis ingåendet av det nya kontraktet år 2016.

58. Den tjeckiska regeringen försöker emellertid frånsäga sig ansvaret för att det exklusiva beroendet uppkom med motiveringen att bedömningen bör avse den tidpunkt då det första kontraktet ingicks. Om det inte fanns några invändningar mot lagligheten av dess agerande vid denna tidpunkt, skulle det enligt den tjeckiska regeringen inte heller finnas någon grund för att tillskriva den upphandlande myndigheten ett uppsåt.

59. Jag delar inte detta synsätt:

– Som nämnts tidigare uppkommer medlemsstatens skyldighet att följa unionsrätten i och med anslutningen till unionen. Från och med den tidpunkten hade den upphandlande myndigheten, i egenskap av statligt organ, skyldighet att se till att unionens bestämmelser om offentlig upphandling, inklusive direktiv 2004/18, följdes. I detta sammanhang spelar det ingen roll om den bristande efterlevnaden från de statliga skattemyndigheternas sida beror på ett aktivt handlande eller på underlåtenhet. [31]

– För att bedöma den upphandlande myndighetens agerande krävs inte *ett direkt uppsåt* att skapa en exklusiv situation. [32] Det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten, genom att åsidosätta sin skyldighet att sätta stopp för den befintliga ensamrätten (som den själv eller dess rättsliga föregångare hade skapat) vid tidpunkten för ingåendet av det nya kontraktet, stänger det nya kontraktet, liksom det ursprungliga kontraktet, för konkurrens.

[30] Den hänskjutande domstolen har till stöd för sitt påstående hänvisat till dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrikei (C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 37).

[31] I sitt skriftliga yttrande hänvisar den tjeckiska regeringen upprepade gånger till *positiva åtgärder* från den upphandlande myndighetens sida (beteende, handlingar, skapad situation, orsakad exklusivitet, fastställande av villkoren i det nya kontraktet i förhållande till det ursprungliga). Däremot nämner den inte dess *underlåtenhet att agera* för att ingå de nya kontrakten i enlighet med unionsrätten.

[32] Den tjeckiska regeringen vidhåller upprepade gånger att den upphandlande myndighetens agerande i fråga om den exklusiva situationen måste vara *uppsåtligt* (punkterna 11, 12, 14, 15, 16, 17 och 18 i dess skriftliga yttrande).

60. Samtidigt som den tjeckiska regeringen medger att den i situationer som den här aktuella behöver fatta beslut för att frigöra sig från beroendet av en viss leverantör, förespråkar den emellertid att en *rimlig lösning* ska godtas, det vill säga den lösning som är mest ekonomisk och som säkerställer en stabil drift av de kritiska it-systemen hos de nationella myndigheterna. Den anser att de faktorerna i förevarande fall motiverar användningen av det förhandlade förfarandet utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling. [33]

61. Jag instämmer inte heller med detta resonemang, även om jag förstår de problem som den upphandlande myndigheten *de facto* stod inför år 2016. Skattemyndigheterna eller andra statliga myndigheter kan inte åberopa praktiska, administrativa eller ekonomiska svårigheter [34] som grund för att underlåta att iaktta skyldigheter som föreskrivs i ett direktiv, eftersom det åvilar medlemsstaterna att övervinna dessa svårigheter genom att vidta lämpliga åtgärder. [35]

62. Ett annat argument som den tjeckiska regeringen har anfört till stöd för den upphandlande myndighetens agerande är att den försökte frigöra sig från beroendet av leverantören genom att förvärva upphovsrätten, vilket den inte lyckades med på grund av leverantörens motstånd. [36]

63. Ett sådant argument kan inte godtas med tanke på att den upphandlande myndigheten från och med år 2004 hade gott om tid (fram till år 2016) för att övervinna IBM:s vägran. Inför en exklusiv situation som pågått i decennier borde den upphandlande myndigheten ha tagit initiativ till att bryta sitt beroende av leverantören genom att inhämta anbud från andra aktörer, vilket den inte verkar ha gjort. Detta är den hänskjutande domstolens uppfattning, [37] vilken jag än en gång instämmer i.

64. Det framgår inte heller av beslutet att begära förhandsavgörande att den upphandlande myndigheten skulle ha gjort *allvarliga* försök att hitta nya leverantörer för att kunna bryta den beroendesituation som den befann sig i. Enligt EU-domstolens praxis måste den upphandlande myndigheten ”allvarligt undersöka” om det finns företag som på europeisk nivå kan leverera (eller, i förekommande fall, ersätta) en viss programvara. [38]

65. I sin beskrivning av problemet med *inlåsning* i it-system föreslår kommissionen vissa alternativ [39] för att de upphandlande myndigheterna ska kunna övervinna konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling, såsom den som är aktuell här.

33 Punkt 30 i den tjeckiska regeringens skriftliga yttrande.

34 De hinder som den tjeckiska regeringen har pekat på är huvudsakligen ekonomiska (punkterna 26 och 27 i dess skriftliga yttrande). Den hänskjutande domstolen har tvärtom gjort gällande att en eventuell omedelbar kostnadsökning skulle uppvägas av långsiktiga besparingar till följd av införandet av konkurrens mellan anbudsgivarna. I 2013 års meddelande hänvisar kommissionen till nackdelarna med att vara beroende av en enda leverantör av IT-lösningar. Den betonar att sådan exklusivitet, förutom att orsaka andra problem (det finns en risk för att leverantören slutar stödja systemet eller vissa funktioner i systemet), kan påverka innovation och leda till överdrivna priser, som inte är föremål för konkurrenstryck från andra aktörer i branschen.

35 Dom av den 18 oktober 2012, kommissionen/Förenade kungariket (C-301/10, EU:C:2012:633, punkt 66).

36 Punkt 31 i den tjeckiska regeringens skriftliga yttrande, där det hänvisas till skattemyndighetens inlagor till Högsta förvaltningsdomstolen, vilken återges i punkt 10 i beslutet att begära förhandsavgörande.

37 Punkt 32 i beslutet att begära förhandsavgörande, vilken återges i punkt 55 i detta förslag till avgörande.

38 Se dom av den 15 oktober 2009, kommissionen/Tyskland (C-275/08, EU:C:2009:632, punkt 63). Det rörde sig där om programvara för central hantering av bilregistrering.

39 I 2013 års meddelande anger kommissionen följande i punkt 3: ”Att använda IKT-system baserade på standarder i stället för patentskyddad teknik kommer att bidra till att öppna restriktiva förfaranden för offentlig upphandling, eftersom standarderna gör att viktiga kunskaper om ett system görs tillgängliga för alla, vilket innebär att andra potentiella leverantörer skulle kunna underhålla eller utveckla systemet på mer konkurrenskraftiga villkor.”

66. Även om de tjeckiska myndigheterna hävdar att de har infört förfaranden för förhandskontroll för att motverka en sådan inlåsning som avses i 2013 års meddelande,[40] bekräftade det kontrakt som aktuellt i förevarande mål den befintliga exklusiva situationen utan att ändra den. Den upphandlande myndigheten kan således, genom handling eller underlåtenhet år 2016, anses ha upprätthållit en exklusiv situation som skapats av dess rättsliga föregångare och som borde ha hindrat den från att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

67. Slutligen bör det erinras om att EU-domstolen redan har uttalat sig om nödvändigheten av att konkurrensutsätta kontrakt liknande det som är i fråga i förevarande mål, under förutsättning att de omfattas av de allmänna bestämmelserna om offentlig upphandling: ”… när en upphandlande myndighet avser att anordna ett förfarande för offentlig upphandling för att säkerställa underhåll, anpassning eller utveckling av en programvara som förvärvats från en ekonomisk aktör, ska den se till att tillräcklig information lämnas till potentiella anbudssökande och anbudsgivare för att en effektiv konkurrens ska kunna utvecklas på den härledda marknaden för underhåll, anpassning eller utveckling av nämnda programvara”.[41]

V. Förslag till avgörande

68. Mot bakgrund av detta föreslår jag att domstolen ska lämna följande svar till Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Tjeckien):

Artikel 31.1 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster,

ska tolkas på följande sätt:

Den upphandlande myndigheten får inte genom sitt eget agerande skapa en exklusiv situation med vilken den försöker motivera att ett förhandlat förfarande används utan föregående offentliggörande av ett meddelande om upphandling.

När den upphandlande myndigheten ingår ett nytt kontrakt på vilket direktiv 2004/18 är tillämpligt, saknar det betydelse huruvida den exklusiva situationen härrör från ett ursprungligt kontrakt som ingåtts av myndigheterna i en medlemsstat före dess anslutning till Europeiska unionen. För att bedöma den upphandlande myndighetens agerande i samband med det nya kontraktet ska hänsyn tas till det faktiska och rättsliga sammanhanget vid den tidpunkt då det nya kontraktet ingicks.

[40] Detta uttrycks särskilt av den tjeckiska regeringen i punkterna 32–35 i dess skriftliga yttrande, där det anges att den har inrättat en specialiserad tjänst och en arbetsgrupp för att motverka exklusivt beroende i IT-tjänstekontrakt. Dessa ”systematiska åtgärder” hade, enligt regeringen, införts när 2016 års kontrakt ingicks.

[41] Dom av den 28 maj 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, punkt 74).