Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 26. september 2024[1]

Sag C-578/23

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

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Den Tjekkiske Republik))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 31 – udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse – betingelser – beskyttelse af enerettigheder – tilstand af eksklusivitet, som kan tilskrives den ordregivende myndighed – kontrakt indgået før en medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union – det tidspunkt, hvor de faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med kontrakten skal vurderes«

1. I 1992 tildelte finansministeriet for Den Tjekkiske Republik[2] direkte en bestemt virksomhed[3] en kontrakt om implementering af et IT-system for skatteadministration ved navn ADIS. IBM er indehaver af ophavsretten til kildekoden til programmet, hvorfor anvendelsen og opdateringen af IT-systemet afhænger af dette selskabs medvirken.

2. I 2016 besluttede det organ, der er ansvarligt for skatteadministrationen i Den Tjekkiske Republik, at indgå en kontrakt om service af ADIS-applikationen efter udløb af garantiperioden, som den også tildelte IBM ved et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

3. I forbindelse med indgåelsen af denne nye kontrakt er der opstået uenighed mellem to myndigheder i Den Tjekkiske Republik: på den ene side den ansvarlige for skatteadministrationen og på den anden side det kompetente organ for kontrol med lovligheden af offentlige kontrakter. Efter sidstnævntes opfattelse er den direkte tildeling af kontrakten ulovlig.

4. Den ret, der skal træffe afgørelse om denne tvist i sidste instans, er i tvivl om, hvorvidt den nye kontrakt er omfattet af artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18/EF[4], som den anmoder Domstolen om at fortolke. Den ønsker oplyst, om den ved vurderingen af en af betingelserne for

[1] – Originalsprog: spansk.

[2] – Delingen af Den Tjekkiske Republik og Den Slovakiske Republik fandt sted den 1.1.1993.

[3] – IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. I 1992 var dette selskab eneaktionær i selskabet IBM Česká republika, spol. s r. o. Herefter vil jeg uden sondring henvise hertil som »IBM« eller »leverandøren«.

[4] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse skal tage udgangspunkt i de faktiske og retlige omstændigheder på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt (1992) eller omstændighederne på tidspunktet for indgåelsen af den nye kontrakt (2016).

5. Baggrunden for tvisten er den generelle problemstilling om *fastlåsning* af de offentlige administrationer, som er afhængige af en leverandør for at kunne anvende informationsteknologierne. Kommissionen udsendte i 2013 en meddelelse [5], hvori den fremhævede disse administrationers vanskeligheder med at skifte leverandør.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten. Direktiv 2004/18

6. Artikel 28 (»Anvendelse af offentligt udbud, begrænset udbud og udbud med forhandling samt konkurrencepræget dialog«) fastsætter følgende:

»For at indgå offentlige kontrakter anvender de ordregivende myndigheder de nationale procedurer, der er tilpasset til brug i forbindelse med dette direktiv.

De indgår disse offentlige kontrakter ved anvendelse af offentlige eller begrænsede udbud. På de særlige betingelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 29, kan de ordregivende myndigheder indgå offentlige kontrakter ved hjælp af konkurrencepræget dialog. I de tilfælde og under de omstændigheder, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 30 og 31, kan de anvende udbud med forhandling, med eller uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

7. Artikel 31 (»Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse«) har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

1) For så vidt angår offentlige bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter:

   […]

   b) når kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør

   c) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til artikel 30. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder.

[5] – Meddelelse fra Kommissionen af 25.6.2013, Imod fastlåsning: Åbne ikt-systemer [informations- og kommunikationssystemer] ved hjælp af bedre udnyttelse af standarder ved offentlige indkøb (COM(2013) 455 final) (herefter »meddelelsen af 2013«).

[…]«

B. Tjekkisk ret. Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách [6]

8. I henhold til § 21, stk. 2, kan en ordregivende myndighed tildele en offentlig kontrakt ved offentligt eller begrænset udbud og, hvis visse betingelser er opfyldt, ligeledes ved udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller ved udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

9. I henhold til § 23, stk. 4, litra a), kan den ordregivende myndighed tildele en offentlig kontrakt ved udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvis kontrakten af tekniske eller kunstneriske grunde, af hensyn til beskyttelse af enerettigheder eller i henhold til særlovgivning kun kan udføres af en bestemt økonomisk aktør.

II. Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

10. Den 29. juni 1992 indgik finansministeriet for Den Tjekkiske Republik en kontrakt om integration af IT-systemet ADIS med henblik på skatteadministrationen.

11. Fra 2013 overtog Česká republika – Generální finanční ředitelství (generaldirektoratet for skatter og afgifter, Den Tjekkiske Republik, herefter »generaldirektoratet«) ansvaret for finansministeriets funktioner i forbindelse med skatteadministration.

12. Den 1. marts 2016 indledte generaldirektoratet et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse med henblik på tildelingen af en ny kontrakt ved navn »Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016«, hvis genstand var den grundlæggende service efter udløbet af garantiperioden for ADIS [7].

13. Generaldirektoratet anvendte denne kontraktmæssige fremgangsmåde med henvisning til tekniske årsager og hensynet til beskyttelsen af leverandørens intellektuelle ejendomsret til kildekoden til ADIS [8].

14. Den 20. maj 2016 tildelte generaldirektoratet IBM den nye kontrakt.

15. Den 9. oktober 2017 fastslog Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (kontoret for beskyttelse af konkurrencen, Den Tjekkiske Republik, herefter »konkurrencemyndigheden«), at generaldirektoratet ved at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse havde tilsidesat § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter.

[6] – Lov nr. 137/2006 om offentlige kontrakter (herefter »lov om offentlige kontakter«) i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder.

[7] – Den nye kontrakt synes at have omfattet vedligeholdelse og eventuelt reparation af ADIS, hvilket det dog tilkommer den forelæggende ret at efterprøve. Kontraktens pris var 33 294 389 tjekkiske koruny (CZK) eksklusive moms.

[8] – Ifølge generaldirektoratets bemærkninger, som fremgår af forelæggelseskendelsen (præmis 2), er det uden forbindelsen til kernen og andre moduler ikke muligt for modulerne at fungere, administreres og udvikles uafhængigt; modulerne kan ikke adskilles; genstanden for den offentlige kontrakt griber ind i eksisterende moduler. Eftersom ydelsen var grundlæggende service af ADIS, som er skabt af og udvikles af leverandøren, der ejer licensrettighederne, og som er fortrolig med ADIS, medfører behovet for teknisk kontinuitet, at vedligeholdelsen og udviklingen af ADIS varetages af leverandøren.

16. Ifølge konkurrencemyndigheden havde generaldirektoratet ikke godtgjort, at den nye offentlige kontrakt af tekniske årsager kun kunne udføres af IBM. Endvidere var behovet for at beskytte denne leverandørs enerettigheder en følge af finansministeriets tidligere adfærd.

17. Generaldirektoratet indgav en klage over afgørelsen af 9. oktober 2017 til præsidenten for konkurrencemyndigheden, som afslog klagen [9].

18. Generaldirektoratet iværksatte en prøvelse af afgørelsen truffet af præsidenten for konkurrencemyndigheden ved Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno, Den Tjekkiske Republik), som frifandt sagsøgte med den begrundelse, at betingelserne i § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter af følgende årsager ikke var opfyldt:

– På tidspunktet for tildelingen af den oprindelige kontrakt kunne det forudses, at der ville være behov for løbende vedligeholdelsesservice af ADIS, et langsigtet system på et område (skatte- og afgiftsområdet), som er genstand for hyppige ændringer.

– Det er af ringe betydning, at der på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt ikke fandtes nogen retsforskrift, som fastsatte en forpligtelse til at udvælge leverandøren ved en udbudsprocedure eller fastsatte, i hvilket omfang ophavsrettighederne til ADIS skulle reguleres. Betingelserne for den efterfølgende tildeling skal vurderes i lyset af den lovgivning, der var gældende, da denne tildeling fandt sted.

– Det er ikke nødvendigt, at den oprindelige ordregivende myndighed har handlet med den hensigt senere at omgå lov om offentlige kontrakter.

– Selv hvis generaldirektoratet er i stand til at godtgøre, at IBM er den eneste operatør, som kan udføre kontrakten, ændrer dette ikke det forhold, at tilstanden af eksklusivitet er en følge af finansministeriets adfærd. Et bevis for, at den formelle betingelse (dvs. de tekniske årsager og hensynet til beskyttelsen af leverandørens ophavsrettigheder) er opfyldt, vil derfor være uden betydning, eftersom den materielle betingelse (om, at den ordregivende myndighed ikke selv har skabt tilstanden af eksklusivitet) ikke er opfyldt.

19. Generaldirektoratet har iværksat en kassationsanke til prøvelse af dommen i første instans ved Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Den Tjekkiske Republik) og i det væsentlige gjort følgende argumenter gældende:

– På tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt var leverandøren den eneste operatør, der var i stand til at udføre de nødvendige ydelser (levering af servere med eget operativsystem og levering af vedligeholdelse og fjernovervågning). Af tekniske årsager var det ikke muligt at finde nogen anden.

– Finansministeriet kunne ikke med rimelighed have forudset, at der senere ville være behov for andre handlinger for at opretholde ADIS' fortsatte drift.

– I den oprindelige kontrakt blev ophavsrettighederne fastlagt på passende vis. Det var på daværende tidspunkt ikke muligt at opnå en fuld overdragelse af disse rettigheder til ADIS, da nogle komponenter blev brugt kommercielt over hele verden af leverandøren og dennes

[9] – Klagen blev afslået med den begrundelse, at finansministeriet, generaldirektoratets forgænger, var ansvarlig for tilstanden af eksklusivitet (forstået som det forhold, at kontrakten kun kunne udføres af leverandøren), eftersom det havde gjort det muligt for leverandøren at opretholde ejerskabet til ophavsrettighederne.

partnere. Dermed blev den gældende lovgivning overholdt. For så vidt som finansministeriet ikke kunne vide, hvilke fremtidige retsforskrifter dets handlinger ville overtræde, er retssikkerhedsprincippet til hinder for at lægge til grund, at der blev begået en fejl, som ved overførsel kan tilskrives generaldirektoratet.

– Finansministeriet kunne ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt heller ikke vide, hvordan skattesystemet ville udvikle sig. Det vidste derfor ikke, om der ville være behov for at gribe ind i ADIS, og om det ville fortsætte med at anvende systemet. Der var ingen grund til at regulere ophavsrettighederne med henblik på at blive fuldstændig uafhængig af leverandøren.

– Hvis der i dag blev indledt et udbud om levering af et nyt IT-system, ville dette udsætte generaldirektoratet for et spild af de midler, der er investeret i ADIS, og pålægge det en urentabel og irrationel drift.

– I 2015 forsøgte generaldirektoratet at frigøre sig fra sin afhængighed af leverandøren ved at erhverve ophavsrettighederne til ADIS. Leverandøren nægtede at overdrage dem, både på dette tidspunkt og i de følgende tre år, hvorfor generaldirektoratet ikke havde nogen anden mulighed end at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. I modsat fald ville ADIS have været uanvendeligt, og skatteadministrationen ville ikke kunne have varetaget sine opgaver.

– Alt i alt har generaldirektoratet før indledningen af udbuddet af den nye kontrakt truffet alle nødvendige foranstaltninger for på behørig vis at følge den procedure, der er fastsat i § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter, hvilket er blevet bekræftet af en række tekniske og juridiske ekspertrapporter.

20. I sit svarskrift til kassationsanken har konkurrencemyndigheden gjort følgende anbringender gældende:

– Generaldirektoratet udviklede, baseret på eksklusiviteten i den oprindelige kontrakt fra 1992, ADIS ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, som minimum indtil udgangen af 2019.

– Ekspertrapporten beviser ikke, at den valgte økonomiske aktør af tekniske årsager var den eneste mulige økonomisk aktør til systemet. Det er slet ikke godtgjort, at der foreligger en tilstand af eksklusivitet, som kan forklares af beskyttelsen af ophavsrettighederne.

– Genstanden for ydelsen var at implementere et skatteadministrationssystem i tre faser, idet den oprindelige kontrakt kun vedrørte den første fase. Generaldirektoratet vidste, at den oprindelige kontrakt ville blive efterfulgt af andre.

– Det fremgår af beskrivelsen af og genstanden for ADIS, at der er tale om et solidt system, som skulle være funktionelt på lang sigt. Det var således åbenbart, at det i det mindste ville kræve teknisk bistand.

– Hverken finansministeriet eller senere generaldirektoratet reagerede på udviklingen i lovgivningen, men anlagde derimod en fortolkning af kontrakten og lov om offentlige kontrakter, som gjorde det muligt at opretholde systemet uden et udbud.

21. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt en af de betingelser, der er kvalificeret som *materielle* (nærmere bestemt betingelsen om, at tilstanden af eksklusivitet ikke er forårsaget af den ordregivende myndighed selv), for at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse er opfyldt. Den ønsker oplyst, om den i denne forbindelse skal vurdere de faktiske og retlige omstændigheder, der forelå på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

22. På denne baggrund har Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal der tages hensyn til de retlige og faktiske omstændigheder, hvorunder den oprindelige tjenesteydelseskontrakt blev indgået, og som har givet anledning til yderligere offentlige kontrakter, i forbindelse med vurderingen af, om den materielle betingelse for anvendelse af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er opfyldt, dvs. om den ordregivende myndighed har skabt en tilstand af eksklusivitet ved sin egen adfærd, som omhandlet i artikel 31, stk. 1, litra b), i [direktiv 2004/18]?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

23. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 19. september 2023.

24. Den tjekkiske og den slovakiske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

25. Domstolen har ikke fundet det nødvendigt at afholde et retsmøde.

IV. Bedømmelse

26. Den tvist, som den forelæggende ret skal tage stilling til, udspringer af en kontrakt om levering af IT-ydelser, som blev indgået uden en konkurrenceprocedure i 1992, før Den Tjekkiske Republik tiltrådte Den Europæiske Union, og på et tidspunkt, hvor en sådan fremgangsmåde var lovlig i henhold til national ret.

27. Ved denne oprindelige kontrakt blev leverandøren tildelt rettigheder, som gav selskabet en eksklusiv stilling med hensyn til udviklingen og vedligeholdelsen af det indførte IT-system.

28. Ifølge generaldirektoratet begrundede leverandørens eksklusive ophavsrettigheder efter Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Den Europæiske Union, at der i 2016 ved indgåelsen af en ny kontrakt [10] om grundlæggende service af IT-systemet efter udløb af garantiperioden blev anvendt udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse som omhandlet i artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18.

[10] – Der var således ikke blot tale om en forlængelse eller ændring af den oprindelige kontrakt.

A. Det direktiv, der finder anvendelse

29. Den forelæggende ret anmoder om fortolkning af direktiv 2004/18 og ikke af direktiv 2014/24/EU [11], hvorved førstnævnte direktiv blev ophævet.

30. Det er principielt det gældende direktiv, der skal anvendes, når den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges [12].

31. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at generaldirektoratet indledte proceduren for tildeling af den nye kontrakt den 1. marts 2016. Denne dato ligger således før udløbet af fristen for gennemførelse af direktiv 2014/24, som i henhold til dette direktivs artikel 90, stk. 1, var den 18. april 2016.

32. Dermed finder direktiv 2004/18 anvendelse ratione temporis. Denne omstændighed er dog ikke til hinder for, at der tages hensyn til den i direktiv 2014/24 fastsatte ordning som kontrast eller bekræftelse ved fortolkningen af reglerne i direktiv 2004/18.

B. Artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 og en tilstand af eksklusivitet forårsaget af den ordregivende myndighed

33. I henhold til artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 skal to kumulative betingelser være opfyldt, for at den direkte procedure, som omhandles i denne bestemmelse, kan anvendes: a) tekniske eller kunstneriske grunde eller årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, og b) at disse grunde gør det strengt nødvendigt at tildele kontrakten til en bestemt virksomhed.

34. De direktiver om offentlige udbud, som gik forud for direktiv 2004/18 [13], indeholdt formuleringer, der mindede om formuleringen i denne artikel. Domstolen fortolkede disse direktiver i forbindelse med afgørelsen af traktatbrudssøgsmål anlagt af Kommissionen til prøvelse af enkeltstående handlinger foretaget af medlemsstaterne vedrørende kontrakter, der var omfattet af direktiv 71/305 [14] eller direktiv 93/37 [15] og blev indgået ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

35. I den retspraksis, der er udviklet i forbindelse med fortolkningen af disse to direktiver og de efterfølgende direktiver, er det gentagne gange blevet bemærket, at bestemmelserne om udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse skal fortolkes strengt, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, foreligger, påhviler den ordregivende myndighed [16].

[11] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

[12] – Dom af 14.1.2021, RTS infra og Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13), præmis 23.

[13] – Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971, L 185, s. 5) og Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1993, L 199, s. 54).

[14] – Dom af 18.5.1995, Kommissionen mod Italien (C-57/94, EU:C:1995:150), præmis 23.

[15] – Dom af 14.9.2004, Kommissionen mod Italien (C-385/02, EU:C:2004:522), præmis 19 og 20.

[16] – Jf. bl.a. dom af 14.9.2004, Kommissionen mod Italien (C-385/02, EU:C:2004:522), præmis 19: »Det bemærkes endvidere, at bestemmelserne i […] artikel 7, stk. 3 [i direktiv 93/37], som tillader fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i sektoren for offentlige bygge- og anlægskontrakter bliver virksomme, skal fortolkes strengt, og at bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem.« Som udtryk for samme fortolkning anføres dom af 18.5.1995, Kommissionen mod Italien (C-57/94, EU:C:1995:150), præmis 23, og af 28.3.1996, Kommissionen mod Tyskland (C-318/94, EU:C:1996:149), præmis 13.

36. Den forelæggende ret sondrer mellem de »formelle betingelser« og de »materielle betingelser«, som skal være opfyldt, for at udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse kan anvendes. Den anfører følgende:

– De formelle betingelser kræver, at der foreligger en årsag vedrørende beskyttelsen af enerettigheder, og at kontrakten af denne grund kun kan overdrages til en bestemt økonomisk operatør.

– De materielle betingelser indebærer, at den ordregivende myndighed ikke må kunne have forudset disse formelle årsager eller forudset, at de ville kunne tilskrives den ordregivende myndighed selv.

37. Reelt svarer de betingelser, som den forelæggende ret kvalificerer som *formelle betingelser*, til ordlyden af artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18. De betingelser, som den kvalificerer som *materielle betingelser*, er mere vidtgående, eftersom de vedrører betingelser, der ikke udtrykkeligt er anført i denne bestemmelse.

38. Drøftelsen har været koncentreret om den *materielle betingelse* om, at tilstanden af eksklusivitet ikke er forårsaget af den ordregivende myndighed. De parter, der har deltaget i den præjudicielle procedure, har givet udtryk for modstridende synspunkter:

– Ifølge den tjekkiske regering finder den fravigelse, som artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 giver mulighed for, anvendelse, hvis blot de to heri anførte objektive betingelser er opfyldt [17].

– Ifølge Kommissionen og den slovakiske regering kræver denne fravigelse desuden, at den ordregivende myndighed ikke har forårsaget tilstanden af eksklusivitet.

39. Hvis tvisten skulle afgøres i henhold til den ordning, der følger af direktiv 2014/24, ville Kommissionens og den slovakiske regerings opfattelse uden tvivl være korrekt. Både 50. betragtning til og artikel 32, stk. 2, litra b), i dette direktiv fastsætter det krav, at eksklusiviteten ikke er forårsaget af den ordregivende myndighed:

– I 50. betragtning til direktiv 2014/24 anføres det, at »kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettige anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure. […]« [18].

– Artikel 32, stk. 2, litra b), nr. iii), i direktiv 2014/24 fastsætter, at udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kan anvendes, når bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør som følge af beskyttelsen af »eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder«. Denne undtagelse gælder imidlertid kun, »hvis der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og den

[17] – Dette anføres i det første af de seks afsnit med argumenter, som dens skriftlige indlæg til Domstolen består af.

[18] – Denne betragtning indledes med følgende overvejelser: »I betragtning af de negative konsekvenser for konkurrencen bør udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kun anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder. Denne undtagelse bør begrænses til tilfælde, hvor offentliggørelse enten ikke er mulig af tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, og som ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed, eller hvor det fra begyndelsen er klart, at offentliggørelse ikke vil udløse mere konkurrence eller give bedre indkøbsresultater, ikke mindst fordi der objektivt kun er én økonomisk aktør, der kan udføre kontrakten. […] Der kan også være andre grunde til eksklusivitet […].«

manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsparametrene«.

40. Artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 omhandler derimod ikke den mulige betydning af, at eksklusiviteten kan tilskrives den ordregivende myndighed [19]. Tavsheden herom indebærer dog ikke, at den ordregivende myndighed har frihed til selv at skabe tilstanden af eksklusivitet.

41. Som påpeget af den forelæggende ret er der ved direktiv 2014/24 blot sket en eksplicit nedskrivning af en regel, som allerede implicit fremgik af de tidligere direktiver på området [20]. Heraf følger efter den forelæggende rets opfattelse, at »[…] EU-retten kræver, at grunden til, at en offentlig kontrakt udelukkende kan tildeles en bestemt økonomisk operatør i forbindelse med den procedure for udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse, som er omhandlet i artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18, *ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed*. […]« [21].

42. Jeg lægger samme konklusion til grund som den forelæggende ret med hensyn til den ordregivende myndigheds indgriben i de omstændigheder, som medfører tilstanden af eksklusivitet. Efter min opfattelse taler en række grunde herfor.

43. For det første – som baggrundstæppe – består det generelle formål med EU-reglerne om offentlige kontrakter i at »sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i alle medlemsstater« [22]. Anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse er netop den af en ordregivende myndigheds handlinger, som mest alvorligt tilsidesætter adgangen til konkurrence om offentlige kontrakter.

44. For det andet er det i strid med dette formål, hvis de ordregivende myndigheder selv skaber de omstændigheder, som de påberåber sig som begrundelse for at anvende procedurer for udvælgelse af medkontrahenter, hvor konkurrenter ikke får mulighed for at deltage.

45. For det tredje skal de særlige omstændigheder, som berettiger anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, som før nævnt fortolkes strengt efter indskrænkende kriterier [23].

46. For det fjerde ville det indebære en fordrejning af logikken bag artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18, hvis den ordregivende myndighed havde mulighed for at drage fordel af en tilstand af eksklusivitet, som den selv har forårsaget. Det følger af denne logik, at de omstændigheder, der begrunder, at det er umuligt at anvende den almindelige procedure (med udbudsbekendtgørelse), skal være omstændigheder, som ikke har nogen tilknytning til den ordregivende myndighed, og ikke må være omstændigheder, som den selv har fremkaldt.

19 – Denne udeladelse står i modsætning til artikel 31, stk. 1, litra c), i direktiv 2004/18: Denne bestemmelse tillader udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse i tilfælde af tvingende grunde, såfremt de omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, under ingen omstændigheder kan »tilskrives de ordregivende myndigheder«.

20 – Forelæggelseskendelsens præmis 22.

21 – Forelæggelseskendelsens præmis 23 (min fremhævelse). Den forelæggende ret er af den opfattelse, at »fortolkningen af EU-retten i denne henseende er *acte clair*«, hvilket jeg anser for at være en overdreven konklusion.

22 – Dom af 7.12.2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 og C-443/22, EU:C:2023:970), præmis 61.

23 – Dom af 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194), præmis 49: »[…] udbud efter forhandling […] kan [kun] benyttes under de udtømmende opregnede omstændigheder, der nævnes i artikel 30 og 31 i direktiv 2004/18, og […] proceduren er en undtagelse i forhold til offentlige og begrænsede udbud.«

47. I sidste ende forbyder maksimen nemo auditur propriam turpitudinem allegans, at en part kan drage fordel af sin egen retsstridige adfærd [24].

C. Vurdering af eksklusiviteten i forbindelse med tvisten

1. Den oprindelige kontrakt (1992)

48. Efter generaldirektoratets opfattelse, som anføres i forelæggelseskendelsen, fandtes der på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt (1992) ingen national lovgivning, som fastsatte regler for ophavsrettigheder eller offentlige kontrakter. Derfor kunne den fremtidige retlige ordning på dette område eller udviklingen i den nationale retspraksis ikke forudses. Det kunne heller ikke forudses, at »fastlæggelsen af betingelserne for udstedelsen af licenser for ADIS senere ville medføre en problematisk situation […]« [25].

49. Den forelæggende ret deler – i det væsentlige og med forbehold af visse nuancer – dette synspunkt. Den anerkender, at der i 1992 ikke fandtes nogen national lovgivning om tildeling af offentlige kontrakter [26], hvilket gjorde det muligt for finansministeriet at indgå ADIS-kontrakten på de vilkår, der blev aftalt på dette tidspunkt. Den tilføjer, at den ordregivende myndighed »med rimelighed kunne antage, at det også ville være muligt at tildele kontrakter efter den oprindelige kontrakt til den samme leverandør, uden også at sikre, at andre økonomiske aktører kunne konkurrere om den nødvendige ydelse« [27].

50. Jeg har ikke noget at indvende mod disse konklusioner, som vedrører et tidspunkt, hvor EU-retten ganske enkelt ikke var relevant, idet Den Tjekkiske Republik endnu ikke var medlem af Unionen. Det tilkommer den forelæggende ret at fastlægge de faktiske omstændigheder og den juridiske ramme, som den oprindelige kontrakt var omfattet af.

51. På denne baggrund er det uden betydning, om den eksklusivitet, som lå til grund for indgåelsen af den oprindelige kontrakt i 1992, blev fremkaldt af den ordregivende myndighed eller ej.

2. Den nye kontrakt (2016)

52. Perspektivet ændres, hvis det tages i betragtning, at kontraktforholdet mellem de tjekkiske skattemyndigheder [28] og leverandøren blev forlænget gennem mange år (mellem 1992 og 2016, for så vidt som det er relevant her).

[24] – Domstolen har udvist forståelse for, at egne overtrædelser tillægges ufordelagtige konsekvenser. Jf. dom af 15.6.2023, Bank M. (Konsekvenser af en annullation af aftalen) (C-520/21, EU:C:2023:478), præmis 81.

[25] – Forelæggelseskendelsens præmis 17.

[26] – Den forelæggende ret beskriver udviklingen i national ret, som afspejles i vedtagelsen af en lov om ophavsrettigheder (en lov, som finder anvendelse på computerprogrammer) i 1965 og en lov om offentlige kontrakter i 1994.

[27] – Forelæggelseskendelsens præmis 29.

[28] – Jeg lægger til grund, at udskiftningen af de kontraherende organer (finansministeriet i 1992 og generaldirektoratet i 2016) er rent formel: Begge er en del af samme regeringsstruktur, og den sidstnævnte er afhængig af den førstnævnte. Generaldirektoratet er indtrådt i finansministeriets retsstilling.

53. I denne periode blev den juridiske ramme ændret, navnlig efter at Den Tjekkiske Republik tiltrådte Unionen i 2004. Fra denne tiltrædelse var det obligatorisk at opfylde direktiverne om offentlige kontrakter »i henhold til princippet om, at EU-rettens bestemmelser straks og fuldt ud gælder for nye medlemsstater« [29].

54. Den forelæggende ret lægger vægt på betydningen af den nye ramme og ændringen af den ordregivende myndigheds forpligtelser: Den understreger, at lov om offentlige kontrakter og direktiv 2004/18 var gældende, da generaldirektoratet tildelte kontrakten i 2016. Følgelig var generaldirektoratet underlagt en forpligtelse om, at dets handlinger ikke skabte situationer med eksklusivitet med henblik på at begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

55. Med udgangspunkt i denne konstatering har den forelæggende ret efter en drøftelse af de to modstridende synspunkter fastslået følgende i forelæggelseskendelsens præmis 32:

– »[…] Mellem 1992 og 2016 kunne [generaldirektoratet] (eller dets retlige forgænger) enten have forhandlet nye kontraktvilkår for ophavsrettigheder på en sådan måde, at de kunne have tildelt de offentlige kontrakter vedrørende ADIS under en af de mere åbne udbudsprocedurer, eller være begyndt at tildele kontrakter til et nyt IT-system, selv på bekostning af midlertidigt øgede udgifter, hvilket kunne have sparet penge på lang sigt.

– Derfor kan situationen på tidspunktet for den oprindelige kontrakt ikke påberåbes, hvis eksklusivitetstilstanden fortsatte, selv efter vedtagelsen af den relevante udbudslovgivning. For at afgøre, om udbud med forhandling kan anvendes uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, er det nødvendigt at tage hensyn til det tidspunkt, hvor beslutningen om at tildele kontrakten under dette udbud blev vedtaget […]« [30].

56. Hvad angår vurderingen af de faktiske omstændigheder, der er afgørende for tvisten, og den nationale retstilstand kan Domstolen ikke indvende noget mod disse betragtninger fra den forelæggende rets side. Hvad angår udsagnene i den afsluttende del af forelæggelsens præmis 32, som jeg netop har gengivet, indeholder de efter min opfattelse en korrekt fortolkning af direktiv 2004/18.

57. Den besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, som følger af ovenstående betragtninger, er, at det – for så vidt som det har betydning her – er irrelevant, at den oprindelige kontrakt blev indgået før Den Tjekkiske Republiks tiltrædelse af Unionen. Det afgørende er derimod den ordregivende myndigheds handlinger mellem 2004 og 2016. Blandt disse handlinger er den centrale logisk set indgåelsen af den nye kontrakt i 2016.

58. Den tjekkiske regering har dog forsøgt at fraskrive sig ansvaret for den eksklusive afhængighed med den begrundelse, at vurderingen bør vedrøre tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt. Hvis der på daværende tidspunkt ikke kunne fremsættes nogen indvendinger mod lovligheden af dens adfærd, vil der heller ikke være noget grundlag for at tilskrive den ordregivende myndighed en hensigt.

[29] – Dom af 6.12.2017, Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere (C-408/16, EU:C:2017:940), præmis 37.

[30] – Den forelæggende ret anfører til støtte for denne konklusion dom af 5.10.2000, Kommissionen mod Frankrig (C-337/98, EU:C:2000:543), præmis 37.

59. Jeg deler ikke dette synspunkt:

– Som før nævnt opstår medlemsstatens forpligtelse til at bringe sin adfærd i overensstemmelse med Unionens retsorden ved dens tiltrædelse af Unionen. Fra dette tidspunkt påtager den ordregivende myndighed sig som statsligt organ en forpligtelse til at sikre overholdelsen af Unionens retsregler om offentlige kontrakter, herunder direktiv 2004/18. I denne sammenhæng er det uden betydning, om de statslige skattemyndigheders overtrædelser er en følge af en aktiv handling eller en undladelse [31].

– Ved vurderingen af den ordregivende myndigheds adfærd kræves der ikke en *direkte hensigt* om at skabe en tilstand af eksklusivitet [32]. Det er tilstrækkeligt, at den ordregivende myndighed ved ikke at opfylde sin pligt til at afhjælpe den eksklusivitet, der foreligger (og som er skabt af den selv eller dens retlige forgænger) på tidspunktet for indgåelsen af den nye kontrakt, afskærer denne kontrakt fra konkurrence, således som det skete med den oprindelige kontrakt.

60. Fra denne anden synsvinkel har den tjekkiske regering, selv om den har anerkendt, at den i situationer som den i hovedsagen foreliggende skal træffe beslutninger, som gør det muligt for den at frigøre sig fra afhængigheden af en specifik leverandør, argumenteret for, at en *rimelig løsning* bør accepteres, idet den herved forstår den løsning, der er mest økonomisk og sikrer, at de kritiske IT-systemer i den nationale administration fungerer stabilt. Ifølge den tjekkiske regering begrunder disse faktorer i den foreliggende sag anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse [33].

61. Jeg er heller ikke enig i denne argumentation, selv om jeg har forståelse for de problemer, som den ordregivende myndighed i praksis stod over for i 2016. Skattemyndighederne kan ligesom de øvrige statslige myndigheder ikke påberåbe sig praktiske, administrative eller finansielle vanskeligheder [34] for at begrunde manglende overholdelse af forpligtelserne i et direktiv, idet medlemsstaterne har pligt til at overvinde disse ved at træffe passende foranstaltninger [35].

62. Den tjekkiske regering har som endnu et argument til støtte for den ordregivende myndigheds adfærd gjort gældende, at denne forsøgte at frigøre sig fra afhængigheden af leverandøren ved at erhverve ophavsrettighederne, hvilket den dog ikke var i stand til som følge af leverandørens modstand [36].

63. Dette argument kan ikke tages til følge, idet det skal erindres, at den ordregivende myndighed fra 2004 havde tilstrækkelig tid (indtil 2016) til at overvinde problemet med IBM's afvisning. I lyset af tilstanden af eksklusivitet, som havde varet i årtier, burde den have truffet foranstaltninger til at

[31] – I sit skriftlige indlæg har den tjekkiske regering gentagne gange henvist til *positive handlinger* fra den ordregivende myndigheds side (adfærd, handlinger, en skabt situation, en forårsaget eksklusivitet, fastlæggelsen af vilkårene i den nye kontrakt i forhold til den oprindelige). Derimod har den ikke omtalt den ordregivende myndigheds *passivitet* med hensyn til, om de nye kontrakter indgås i overensstemmelse med EU-retten.

[32] – Den tjekkiske regering har flere gange gjort gældende, at den ordregivende myndigheds adfærd i forbindelse med tilstanden af eksklusivitet skal være *forsætlig* (punkt 11, 12 og 14-18 i dens skriftlige indlæg).

[33] – Punkt 30 i den tjekkiske regerings skriftlige indlæg.

[34] – De vanskeligheder, som den tjekkiske regering har henvist til, er hovedsageligt af finansiel karakter (punkt 26 og 27 i dens skriftlige indlæg). Den forelæggende ret anfører derimod, at en eventuel umiddelbar stigning i udgifterne vil blive kompenseret af den langsigtede besparelse som følge af indførelsen af konkurrence mellem tilbudsgivere. I meddelelsen af 2013 henviser Kommissionen til de ulemper, der følger af afhængigheden af en enkelt leverandør af IT-løsninger. Den påpeger, at en sådan eksklusivitet, ud over at forårsage andre problemer (der er risiko for, at leverandøren ophører med at supportere systemet eller visse dele heraf), kan være til skade for innovationen og medføre uforholdsmæssigt høje priser, som ikke er underlagt konkurrencepres fra andre aktører i sektoren.

[35] – Dom af 18.10.2012, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-301/10, EU:C:2012:633), præmis 66.

[36] – Punkt 31 i den tjekkiske regerings skriftlige indlæg, som henviser til generaldirektoratets anbringender for kassationsdomstolen, som er gengivet i forelæggelseskendelsens præmis 10.

frigøre sig fra afhængigheden af leverandøren ved at indhente tilbud fra andre operatører, hvilket den ikke synes at have gjort. Dette fastslås af den forelæggende ret [37], hvis konklusion jeg atter er enig i.

64. Endvidere fremgår det ikke af forelæggelseskendelsen, at den ordregivende myndighed skulle have gjort *seriøse* forsøg på at finde nye leverandører, som kunne have gjort det muligt at afhjælpe den afhængighedssituation, den befandt sig i. Det følger af Domstolens praksis, at den ordregivende myndighed skal foretage en »seriøs undersøgelse« af, om der findes virksomheder, som er i stand til på europæisk niveau at levere (eller eventuelt erstatte) et bestemt IT-system [38].

65. I forbindelse med redegørelsen for problemet med *fastlåsning* inden for IT-teknologierne har Kommissionen foreslået de ordregivende myndigheder visse alternativer [39] med henblik på at overvinde konkurrencebegrænsningerne i forbindelse med offentlige kontrakter såsom den her omhandlede.

66. Selv om de tjekkiske myndigheder har gjort gældende, at de har indført procedurer for ex ante-kontrol med henblik på at bekæmpe den fastlåsning, der omhandles i meddelelsen af 2013 [40], ændrede den kontrakt, som er genstanden for den foreliggende præjudicielle forelæggelse, ikke den allerede eksisterende tilstand af eksklusivitet, men forstærkede den derimod. Den ordregivende myndighed kan således bebrejdes, at den i 2016 ved handling eller undladelse opretholdt en tilstand af eksklusivitet, der var skabt af dens retlige forgænger, og som burde have afholdt den fra at anvende udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

67. Afslutningsvis skal det erindres, at Domstolen allerede har udtalt sig om nødvendigheden af at åbne kontrakter, der har ligheder med den i den foreliggende sag omtvistede, for konkurrence og i denne forbindelse lagt til grund, at de er underlagt de generelle regler for offentlige kontrakter: »[…] en ordregivende myndighed [skal], når den har til hensigt at iværksætte et offentligt udbud med henblik på at sikre vedligeholdelse, tilpasning eller udvikling af en *software*, der er erhvervet fra en økonomisk aktør, […] sørge for, at potentielle ansøgere og tilbudsgivere meddeles tilstrækkelige oplysninger for at gøre det muligt at udvikle en effektiv konkurrence på det afledte marked for tilpasning og udvikling af den nævnte *software*« [41].

V. Forslag til afgørelse

68. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at svare Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Den Tjekkiske Republik) således:

»Artikel 31, stk. 1, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

37 – Forelæggelseskendelsens præmis 32, som er gengivet i punkt 55 i dette forslag til afgørelse.

38 – Jf. dom af 15.10.2009, Kommissionen mod Tyskland (C-275/08, EU:C:2009:632), præmis 63. I den pågældende sag var der tale om et softwareprogram til brug for centraliseret styring af indregistrering af køretøjer.

39 – I afsnit 3 i meddelelsen af 2013 fremgår det, at »[v]ed at anvende standardbaserede ikt-systemer i stedet for proprietær teknologi bidrager man til at løse op for den restriktive praksis inden for offentlige indkøb, idet standarderne stiller grundlæggende viden om systemet til rådighed for enhver, hvilket indebærer, at andre potentielle udbydere vil kunne vedligeholde eller udbygge systemet på mere konkurrencedygtige betingelser.«

40 – Den tjekkiske regering har navnlig givet udtryk for denne opfattelse i punkt 32-35 i sit skriftlige indlæg, hvori det anføres, at den har oprettet en specialiseret tjeneste og nedsat en arbejdsgruppe for at bekæmpe den eksklusive afhængighed i forbindelse med kontrakter om IT-ydelser. Det tilføjes, at disse »systematiske foranstaltninger« var blevet iværksat, da kontrakten af 2016 blev indgået.

41 – Dom af 28.5.2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395), præmis 74.

skal fortolkes således, at

den ordregivende myndighed ikke ved sin egen adfærd må skabe en tilstand af eksklusivitet, som den påberåber sig som begrundelse for anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Når den ordregivende myndighed indgår en ny kontrakt, hvorpå direktiv 2004/18 finder anvendelse, er det irrelevant, at tilstanden af eksklusivitet følger af en oprindelig kontrakt indgået af myndighederne i en medlemsstat før denne stats tiltrædelse af Den Europæiske Union. Ved vurderingen af den ordregivende myndigheds adfærd i forbindelse med den nye kontrakt skal der tages hensyn til den faktiske og retlige sammenhæng på tidspunktet for indgåelsen af denne nye kontrakt.«