Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
26 päivänä syyskuuta 2024[1]

Asia C-578/23

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

(Ennakkoratkaisupyyntö – Nejvyšší správní soud (ylin hallintotuomioistuin, Tšekin tasavalta))

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Direktiivi 2004/18/EY – 31 artikla – Neuvottelumenettely julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta – Edellytykset – Yksinoikeuden suojaaminen – Hankintaviranomaisen aiheuttama yksinoikeustilanne – Sopimus, joka on tehty ennen jäsenvaltion liittymistä Euroopan unioniin – Sopimukseen liittyvien tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen arviointiajankohta

1. Tšekin tasavallan[2] valtiovarainministeriö teki vuonna 1992 suoraan tietyn yrityksen[3] kanssa hankintasopimuksen ADIS-nimisen verohallinnon tietojärjestelmän käyttöönotosta. IBM oli ohjelmiston lähdekoodin tekijänoikeuksien haltija, joten tietojärjestelmän käyttö ja päivittäminen riippui sen osallistumisesta.

2. Tšekin tasavallan verohallinnosta vastaava viranomainen päätti vuonna 2016 tehdä ADIS-sovelluksen takuunjälkeistä perushuoltoa koskevan palveluhankintasopimuksen, ja myös se tehtiin IBM:n kanssa neuvottelumenettelyssä julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta.

3. Uuden sopimuksen tekemistä koskevassa oikeusriidassa ovat vastapuolina kaksi Tšekin tasavallan viranomaista: yhtäältä verohallinnosta vastaava viranomainen ja toisaalta viranomainen, jolla on toimivalta valvoa hankintasopimusten sääntöjenmukaisuutta. Viimeksi mainitun viranomaisen mielestä suorahankinta on lainvastaista.

4. Asian viimeisenä oikeusasteena ratkaiseva tuomioistuin on epävarma siitä, sovelletaanko uuteen hankintasopimukseen direktiivin 2004/18/EY[4] 31 artiklan 1 kohdan b alakohtaa, jonka tulkinnasta se esittää kysymyksen unionin tuomioistuimelle. Se tiedustelee, onko arvioitaessa

[1] Alkuperäinen kieli: espanja.

[2] Jakautuminen Tšekin tasavallaksi ja Slovakian tasavallaksi tapahtui 1.1.1993.

[3] IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. Kyseinen yhtiö oli vuonna 1992 IBM Česká republika, spol. s r. o:n ainoa osakas. Viittaan siihen jäljempänä erotuksetta nimityksillä ”IBM” tai ”toimittaja”.

[4] Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2004, L 134, s. 114).

yhtä niistä edellytyksistä, joiden täyttyessä neuvottelumenettelyä voidaan käyttää julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta, otettava huomioon alkuperäisen (1992) vai uuden hankintasopimuksen (2016) tekohetkellä vallinneet tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet.

5. Nyt käsiteltävän asian taustalla on yleinen ongelma, joka koskee julkishallintojen *lukkiutumista* yhteen toimittajaan, josta ne ovat riippuvaisia tietotekniikan käytön osalta. Komissio julkaisi vuonna 2013 tiedonannon [5], jossa se korosti kyseisten viranomaisten vaikeuksia vaihtaa toimittajaa.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus. Direktiivi 2004/18

6. Direktiivin 28 artiklassa (”Avointen menettelyjen, rajoitettujen menettelyjen ja neuvottelumenettelyjen sekä kilpailullisen neuvottelumenettelyn käyttö”) säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaiset soveltavat julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekoon kansallisia menettelyjä, jotka on mukautettu tämän direktiivin tarkoituksiin.

Hankintaviranomaiset tekevät kyseiset hankintasopimukset noudattaen avointa menettelyä tai rajoitettua menettelyä. Jäljempänä 29 artiklassa nimenomaisesti säädetyissä erityisolosuhteissa hankintaviranomaiset voivat tehdä julkiset hankintasopimuksensa noudattaen kilpailullista neuvottelumenettelyä. Jäljempänä 30 ja 31 artiklassa nimenomaisesti säädetyissä erityistapauksissa ja -olosuhteissa hankintaviranomaiset voivat noudattaa neuvottelumenettelyä, joko julkaisemalla samalla hankintailmoituksen tai jättämällä sen julkaisematta.”

7. Direktiivin 31 artiklassa (”Tapaukset, joissa neuvottelumenettelyä voidaan noudattaa julkaisematta hankintailmoitusta”) säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaiset voivat julkisia hankintasopimuksia tehdessään noudattaa neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta seuraavissa tapauksissa:

1) rakennusurakoita, tavaroita ja palveluja koskevat julkiset hankintasopimukset, kun:

– –

b) teknisistä tai taiteellisista taikka yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä hankintasopimus voidaan tehdä ainoastaan tietyn taloudellisen toimijan kanssa;

c) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä hankintaviranomaisille ennalta arvaamattomista syistä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi 30 artiklassa tarkoitetulle avoimelle tai rajoitetulle menettelylle taikka neuvottelumenettelylle, johon liittyy hankintailmoituksen julkaiseminen, asetettuja määräaikoja voida noudattaa. Seikat, jotka esitetään äärimmäisen kiireen perusteiksi, eivät missään tapauksessa saa johtua hankintaviranomaisista;

[5] Komission tiedonanto 25.6.2013, ”Lukkiutumista vastaan: avoimien tieto- ja viestintätekniikkajärjestelmien rakentaminen hyödyntämällä aikaisempaa paremmin standardeja julkisissa hankinnoissa” (COM(2013) 455 final, jäljempänä vuoden 2013 tiedonanto).

– –”.

B Tšekin oikeus. Julkisista hankinnoista annettu laki nro 137/2006 [6]

8. Lain nro 137/2006 21 §:n 2 momentin mukaan hankintaviranomainen voi tehdä julkista hankintaa koskevan sopimuksen avoimella tai rajoitetulla menettelyllä ja tietyin edellytyksin neuvottelumenettelyllä julkaisemalla hankintailmoituksen tai neuvottelumenettelyllä julkaisematta hankintailmoitusta.

9. Lain nro 137/2006 23 §:n 4 momentin a kohdan mukaan hankintaviranomainen voi tehdä hankintasopimuksen myös neuvottelumenettelyllä hankintailmoitusta julkaisematta, jos teknisistä tai taiteellisista taikka yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä taikka syistä, jotka perustuvat nimenomaiseen säännökseen, hankintasopimus voidaan tehdä ainoastaan tietyn talouden toimijan kanssa.

II Tosiseikat, pääasia ja ennakkoratkaisukysymys

10. Tšekin ja Slovakian tasavallan valtiovarainministeriö teki 29.6.1992 IBM:n kanssa sopimuksen ADIS-tietojärjestelmän integroinnista verohallinnon järjestelmään.

11. Valtiovarainministeriön tehtävät verohallinnon alalla otti vuodesta 2013 lähtien hoidettavakseen kyseisen ministeriön alaisuudessa toimiva Česká republika – Generální finanční ředitelství (Tšekin tasavallan verohallinnon pääosasto, jäljempänä verohallinnon pääosasto).

12. Verohallinnon pääosasto aloitti 1.3.2016 neuvottelumenettelyn julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta tehdäkseen uuden hankintasopimuksen nimeltä ”Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”, jonka tarkoituksena oli ADIS-sovelluksen takuunjälkeisen perushuollon tarjoaminen. [7]

13. Tätä sopimusjärjestelyä käyttäessään verohallinnon pääosasto vetosi teknisiin syihin ja ADISin toimittajan lähdekoodia koskevien tekijänoikeuksien suojaamiseen. [8]

14. Verohallinnon pääosasto teki 20.5.2016 IBM:n kanssa uuden hankintasopimuksen.

15. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (kilpailuvirasto, Tšekin tasavalta) totesi 9.10.2017, että verohallinnon pääosasto oli rikkonut lain nro 137/2006 23 §:n 4 momentin a kohtaa, kun se oli käyttänyt neuvottelumenettelyä julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta.

16. Kilpailuviraston mukaan verohallinnon pääosasto ei ollut osoittanut, että teknisistä syistä uuden hankintasopimuksen voisi täyttää ainoastaan IBM. Lisäksi tarve suojella kyseisen toimittajan yksinoikeuksia johtui valtiovarainministeriön aikaisemmasta toiminnasta.

6 Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (jäljempänä laki nro 137/2006), sellaisena kuin sitä sovelletaan tosiseikkoihin.

7 Vaikka ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on selvitettävä tämä, vaikuttaa siltä, että uuteen sopimukseen sisältyi ADISin huolto ja mahdollinen korjaus. Hankintasopimuksen arvonlisäveroton hinta oli 33 294 389 Tšekin korunaa (CZK).

8 Verohallinnon pääosaston ennakkoratkaisupyynnössä (2 kohta) toistettujen väitteiden mukaan yksittäisten moduulien toiminta, hallinta ja kehittäminen eivät ole mahdollisia ilman yhteyttä ytimeen ja muihin moduuleihin, moduuleja ei voida erottaa toisistaan ja hankintasopimuksen kohde ulottuu olemassa oleviin moduuleihin. Koska ADIS-järjestelmän suunnittelijan, kehittäjän ja lisenssioikeuksien omistajan tarjoama palvelu oli järjestelmän perushuolto, teknistä jatkuvuutta koskevat vaatimukset edellyttivät sen huolehtivan järjestelmän ylläpidosta ja kehittämisestä.

17. Verohallinnon pääosasto teki 9.10.2017 kilpailuviraston johtajan päätöksestä oikaisuvaatimuksen, jonka tämä hylkäsi. [9]

18. Verohallinnon pääosasto nosti kilpailuviraston johtajan päätöksestä kanteen Krajský soud v Brně ssä (Brnon maakunnallinen tuomioistuin, Tšekin tasavalta), joka hylkäsi kanteen sillä perusteella, että lain nro 137/2006 23 §:n 4 momentin a kohdan edellytykset eivät täyttyneet seuraavista syistä:

– Alkuperäisen hankintasopimuksen tekopäivänä oli ennakoitavissa, että ADIS edellyttää jatkuvaa ylläpitopalvelua, koska se oli suunniteltu pitkäaikaiseksi järjestelmäksi jatkuvassa muutoksessa olevaa alaa (verotus) varten.

– Sillä ei ole juurikaan merkitystä, että alkuperäisen sopimuksen tekohetkellä lainsäädännössä ei säädetty velvollisuudesta valita toimittaja tarjouspyyntömenettelyllä eikä siitä, missä määrin ADIS-järjestelmän tekijänoikeuksia olisi säänneltävä. Jatkosopimuksen tekemisen edellytyksiä on arvioitava kyseisen sopimuksen tekohetkellä voimassa olevan lainsäädännön perusteella.

– Alkuperäinen hankintaviranomainen ei välttämättä ole toiminnallaan pyrkinyt jälkeenpäin kiertämään lakia nro 137/2006.

– Vaikka verohallinnon pääosasto onnistuisikin näyttämään toteen, että IBM on ainoa toimittaja, joka kykenee täyttämään hankintasopimuksen, se ei muuta sitä, että valtiovarainministeriö on toimillaan aiheuttanut yksinoikeustilanteen. Näin ollen muodollisen edellytyksen (eli teknisten syiden ja toimittajan tekijänoikeuksien suojaa koskevan perusteen) täyttymisen toteen näyttäminen olisi hyödytöntä, jos aineellinen edellytys (se, että hankintaviranomainen ei itse aiheuta yksinoikeustilannetta) ei täyty.

19. Verohallinnon pääosasto teki alemman oikeusasteen tuomiosta kassaatiovalituksen Nejvyšší správní soudiin (ylin hallintotuomioistuin, Tšekin tasavalta) ja väitti lähinnä seuraavaa:

– Alkuperäisen sopimuksen tekopäivänä ainoastaan toimittaja pystyi tarjoamaan vaadittavat palvelusuoritukset (toimittamaan sen omalla käyttöjärjestelmällä varustettuja palvelimia sekä tarjoamaan huoltopalveluja ja etävalvontaa). Teknisistä syistä ei ollut mahdollista löytää toista toimittajaa.

– Valtiovarainministeriö ei voinut kohtuudella ennakoida, että on tarpeen toteuttaa lisätoimia ADISin toiminnan varmistamiseksi jatkossa.

– Alkuperäisessä sopimuksessa tekijänoikeudet määriteltiin asianmukaisesti. Tuolloin ADISia koskevista tekijänoikeuksista ei ollut mahdollista luopua kokonaisuudessaan, koska toimittaja ja sen yhteistyökumppanit hyödynsivät kaupallisesti joitakin järjestelmän komponenteista maailmanlaajuisesti. Näin ollen noudatettiin voimassa olevaa lainsäädäntöä. Jos valtiovarainministeriö ei voinut tietää, mitä tulevia säännöksiä se rikkoisi toimillaan, oikeusvarmuuden periaate estää katsomasta, että sen tekemä virhe voisi siirtyä verohallinnon pääosaston vastuulle.

[9] Oikaisuvaatimus hylättiin sillä perusteella, että verohallinnon pääosaston edeltäjänä ollut valtiovarainministeriö oli vastuussa yksinoikeustilanteesta (jonka katsotaan edellyttävän, että hankintasopimuksen täyttää yksinomaan toimittaja) salliessaan tekijänoikeuksien säilymisen toimittajalla.

– Valtiovarainministeriö ei myöskään voinut tietää alkuperäistä sopimusta tehtäessä, miten verojärjestelmä kehittyisi. Se ei siis tiennyt, edellyttikö ADIS toimenpiteitä ja jatkaisiko se sen käyttöä. Sillä ei ollut mitään syytä säännellä tekijänoikeuksia, jotta se olisi täysin riippumaton toimittajasta.

– Uuden tietojärjestelmän käyttöönottoa koskevan hankintamenettelyn aloittaminen tällä hetkellä merkitsisi, että verohallinnon pääosaston ADISiin sijoittamat varat menisivät hukkaan ja että toiminta olisi taloudellisesti kannattamatonta ja irrationaalista.

– Vuonna 2015 verohallinnon pääosasto pyrki pääsemään eroon riippuvuussuhteestaan toimittajaan hankkimalla ADISin tekijänoikeudet. Toimittaja kieltäytyi luovuttamasta niitä tuolloin tai seuraavien kolmen vuoden aikana, joten verohallinnon pääosastolla ei ollut muuta mahdollisuutta kuin toteuttaa neuvottelumenettely julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta. Muussa tapauksessa ADISia ei olisi voitu käyttää eikä verohallinto olisi voinut hoitaa tehtäväänsä.

– Lyhyesti sanoen verhohallinto oli ennen uuden hankintasopimuksen tekomenettelyn aloittamista toteuttanut kaikki tarvittavat toimenpiteet noudattaakseen asianmukaisesti lain nro 137/2006 23 §:n 4 momentin a kohdassa säädettyä menettelyä, mikä vahvistettiin useissa teknisissä ja oikeudellisissa asiantuntijalausunnoissa.

20. Kilpailuvirasto väitti valitukseen antamassaan vastineessa seuraavaa:

– Verohallinnon pääosasto oli kehittänyt ADISia vuoden 1992 alkuperäisen sopimuksen mukaisen yksinoikeuden perusteella neuvottelumenettelyillä, josisa ei julkaista hankintailmoitusta ennakolta, ainakin vuoden 2019 loppuun saakka.

– Asiantuntijalausunto ei osoita, että valittu toimija olisi teknisistä syistä ainoa mahdollinen järjestelmän toimittaja. Ei ole näytetty toteen, että kyseessä olisi yksinoikeustilanne tekijänoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä.

– Palvelusuorituksen kohteena oli verohallintojärjestelmän käyttöönotto kolmessa vaiheessa, joista alkuperäinen sopimus koski vain ensimmäistä. Verohallinnon pääosasto tiesi, että alkuperäisen sopimuksen jälkeen tehtäisiin jatkosopimuksia.

– ADISin kuvaus ja tarkoitus osoittavat, että kyseessä on vakaa järjestelmä, jonka oli tarkoitus olla toiminnassa pitkään. Oli siis ilmeistä, että se edellytti ainakin teknistä apua.

– Valtiovarainministeriö ja sen jälkeen verohallinnon pääosasto eivät kumpikaan reagoineet lainsäädännön kehitykseen, vaan ne tulkitsivat hankintasopimusta ja lakia nro 137/2006 siten, että järjestelmää voitiin jatkaa ilman kilpailuttamista.

21. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma siitä, täyttyykö yksi sen *aineelliseksi* luonnehtimista edellytyksistä (eli se, että hankintaviranomainen ei itse aiheuttanut yksinoikeustilannetta) neuvottelumenettelyn käyttämiselle julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta. Se tiedustelee, onko sen tätä varten arvioitava alkuperäisen sopimuksen tekohetkellä vallinneet tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet.

22. Tässä tilanteessa Nejvyšší správní soud esittää unionin tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko alkuperäistä suoritusta koskevan sopimuksen, johon jatkosopimukset perustuvat, tekemisen oikeudelliset ja tosiasialliset olosuhteet otettava huomioon arvioitaessa, täyttyykö hankintailmoitusta ennakolta julkaisematta noudatettavan neuvottelumenettelyn aineellinen edellytys eli se, ettei hankintaviranomainen ole menettelyllään saanut aikaan [direktiivin 2004/18] 31 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua yksinoikeustilannetta?”

III Asian käsittelyn vaiheet unionin tuomioistuimessa

23. Ennakkoratkaisupyyntö kirjattiin saapuneeksi unionin tuomioistuimen kirjaamoon 19.9.2023.

24. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet Tšekin ja Slovakian hallitukset sekä Euroopan komissio.

25. Unionin tuomioistuin ei pitänyt välttämättömänä istunnon pitämistä asianosaisten kuulemiseksi.

IV Asian arviointi

26. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ratkaistavana olevassa oikeusriidassa on kyse tietotekniikkapalvelujen tarjoamista koskevasta sopimuksesta, joka tehtiin ilman kilpailutusta vuonna 1992 eli ennen Tšekin tasavallan liittymistä Euroopan unioniin, jolloin tällainen menettely oli kansallisen lainsäädännön mukainen.

27. Alkuperäisessä sopimuksessa toimittajalle annettiin oikeuksia, jotka asettivat sen yksinoikeusasemaan käyttöön otetun tietojärjestelmän kehittämisen ja ylläpidon osalta.

28. Verohallinnon pääosaston mukaan sen jälkeen, kun Tšekin tasavalta oli liittynyt unioniin, toimittajan yksinomaiset tekijänoikeudet oikeuttivat vuonna 2016 tietojärjestelmän takuunjälkeistä perushuoltoa koskevan uuden sopimuksen [10] tekemisen käyttämällä direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyä neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista hankintailmoitusta ennakolta.

A Sovellettava direktiivi

29. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pyytää direktiivin 2004/18 eikä direktiivin 2014/24/EU [11], jolla se kumottiin, tulkintaa.

30. Lähtökohtaisesti on sovellettava direktiiviä, joka on voimassa silloin, kun hankintaviranomainen valitsee noudatettavan menettelyn. [12]

[10] Kyse ei siis ollut pelkästään alkuperäisen sopimuksen jatkamisesta tai muuttamisesta.

[11] Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL 2014, L 94, s. 65).

[12] Tuomio 14.1.2021, RTS infra ja Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel (C-387/19, EU:C:2021:13, 23 kohta).

31. Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan, että verohallinnon pääosasto aloitti uuden hankintasopimuksen tekomenettelyn 1.3.2016. Päivämäärä on siis ennen direktiivin 2014/24 täytäntöönpanon määräajan päättymistä, joka on kyseisen direktiivin 90 artiklan 1 kohdan mukaan 18.4.2016.

32. Näin ollen direktiiviä 2004/18 voidaan soveltaa ajallisesti. Tämä ei kuitenkaan estä ottamasta huomioon direktiivissä 2014/24 säädettyä järjestelyä vertailukohtana tai tukena direktiivin 2004/18 säännösten tulkinnassa.

B Direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohta ja hankintaviranomaisen aiheuttama yksinoikeustilanne

33. Direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan kahden kumulatiivisen edellytyksen on täytyttävä, jotta voidaan käyttää siinä säädettyä suoraa menettelyä: a) kyse on teknisistä tai taiteellisista taikka muista yksinoikeuden suojaamiseen liittyvistä syistä ja b) näiden syiden vuoksi sopimuksen tekeminen tietyn yrityksen kanssa on ehdottoman välttämätöntä.

34. Tämän artiklan kanssa samankaltaista sanamuotoa käytettiin jo muissa direktiiviä 2004/18 edeltäneissä julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä.[13] Oikeuskäytännössä niitä tulkittiin sellaisten jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevien kanteiden yhteydessä, joita komissio oli nostanut jäsenvaltioiden yksittäisistä toimista, jotka koskivat direktiivin 71/305[14] tai direktiivin 93/37[15] soveltamisalaan kuuluvia hankintasopimuksia, jotka oli tehty neuvottelumenettelyssä julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta.

35. Näiden kahden direktiivin ja niiden jälkeen annettujen direktiivien tulkintaa koskevassa oikeuskäytännössä on toistuvasti korostettu, että säännöksiä, jotka koskevat neuvottelumenettelyjä, joista ei julkaista ilmoitusta ennakolta, on tulkittava suppeasti, ja että hankintaviranomaisella on todistustaakka poikkeuksellisista olosuhteista, joiden vuoksi poikkeus on perusteltu.[16]

36. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin erottaa toisistaan ”muodolliset edellytykset” ja ”aineelliset edellytykset”, joiden on täytyttävä käytettäessä neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista hankintailmoitusta ennakolta. Se toteaa seuraavaa:

– Muodolliset edellytykset edellyttävät yksinoikeuksien suojaamiseen liittyvää perusteta ja sitä, että sopimus voidaan tästä syystä tehdä vain tietyn taloudellisen toimijan kanssa.

– Aineelliset edellytykset täyttyvät, jos hankintaviranomainen ei ole voinut ennakoida näitä muodollisia perusteita eikä niiden täyttymisen voida katsoa johtuvan siitä.

[13] Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY (EYVL 1971, L 185, s. 5) ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 14.6.1993 annettu neuvoston direktiivi 93/37/ETY (EYVL 1993, L 199, s. 54).

[14] Tuomio 18.5.1995, komissio v. Italia (C-57/94, EU:C:1995:150, 23 kohta).

[15] Tuomio 14.9.2004, komissio v. Italia (C-385/02, EU:C:2004:522, 19 ja 20 kohta).

[16] Ks. mm. tuomio 14.9.2004, komissio v. Italia (C-385/02, EU:C:2004:522, 19 kohta): ”Direktiivin [93/37] 7 artiklan 3 kohdan säännöksiä, joissa sallitaan poikkeus niistä säännöistä, joiden tarkoituksena on taata EY:n perustamissopimuksessa myönnettyjen oikeuksien tehokkuus julkisten rakennusurakoiden alalla, on tulkittava suppeasti, ja sen, joka haluaa vedota näihin säännöksiin, tehtävänä on näyttää, että poikkeukselliset olosuhteet, joiden johdosta poikkeus on perusteltu, ovat todella olemassa.” Siinä mainitaan esimerkkeinä tästä samasta tulkinnasta 18.5.1995 annettu tuomio komissio v. Italia (C-57/94, EU:C:1995:150, 23 kohta) ja 28.3.1996 annettu tuomio komissio v. Saksa (C-318/94, EU:C:1996:149, 13 kohta).

37. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin määrittää *muodollisiksi edellytyksiksi* direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdan sanamuotoa vastaavat edellytykset. Sen määrittelemät *aineelliset edellytykset* menevät pidemmälle, koska ne viittaavat edellytyksiin, jotka eivät varsinaisesti sisälly kyseiseen säännökseen.

38. Keskustelussa on käsitelty etupäässä *aineellista edellytystä*, joka perustuu siihen, ettei hankintaviranomainen ole aiheuttanut yksinoikeustilannetta. Ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet osapuolet ovat esittäneet seuraavia näkemyksiä:

– Tšekin hallituksen mukaan direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyä poikkeusta sovelletaan ainoastaan tässä säännöksessä mainittujen objektiivisten edellytysten täyttyessä. [17]

– Komission ja Slovakian hallituksen mukaan tämä poikkeus edellyttää lisäksi, ettei hankintaviranomainen ole aiheuttanut yksinoikeustilannetta.

39. Jos oikeusriita ratkaistaisiin direktiivin 2014/24 perusteella, komission ja Slovakian hallituksen väite olisi epäilemättä ensisijainen. Sekä kyseisen direktiivin johdanto-osan 50 perustelukappaleessa että sen 32 artiklan 2 kohdan b alakohdassa edellytetään, ettei hankintaviranomainen ole saanut aikaan yksinoikeutta:

– Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 50 perustelukappaleessa todetaan, että ”– – neuvottelumenettelyä, josta ei julkaista ilmoitusta, on perusteltua käyttää ainoastaan tilanteissa, joissa on kyse objektiivisesta yksinoikeudesta niin, että hankintaviranomainen ei ole itse saanut aikaan tällaista tilannetta tulevaa hankintamenettelyä ajatellen. – –”. [18]

– Direktiivin 2014/24 32 artiklan 2 kohdan b alakohdan iii alakohdassa säädetään, että neuvottelumenettelyä, josta ei julkaista ilmoitusta, voidaan käyttää vain silloin, kun rakennusurakat, tavarat tai palvelut voidaan antaa ainoastaan tietyn talouden toimijan suoritettaviksi sen vuoksi, että kyseessä on ”yksinoikeuksien suojelu, teollis- ja tekijänoikeudet mukaan luettuina”. Tätä poikkeusta sovelletaan kuitenkin ainoastaan ”silloin, kun järkeviä vaihtoehtoisia tai korvaavia ratkaisuja ei ole eikä kilpailun puuttuminen johdu hankintaehtojen keinotekoisesta kaventamisesta”.

40. Direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdassa ei sitä vastoin nimenomaisesti viitattu vaikutukseen, joka sillä, että yksinoikeuden katsottaisiin johtuvan hankintaviranomaisesta, voisi olla. [19] Viittauksen puuttuminen ei kuitenkaan merkitse sitä, että hankintaviranomainen voisi vapaasti aiheuttaa itse yksinoikeustilanteen.

[17] Se väittää näin ensimmäisessä niistä kuudesta perustelukohdasta, jotka sisältyvät sen unionin tuomioistuimelle esittämään huomautuskirjelmään.

[18] Tältä toteamusta edeltävät seuraavat huomiot: ”Neuvottelumenettelyjä, joissa hankintailmoitusta ei ole julkaistu ennen menettelyn aloittamista, olisi käytettävä ainoastaan hyvin poikkeuksellisissa olosuhteissa, koska ne vaikuttavat haitallisesti kilpailuun. Tällainen poikkeus olisi rajoitettava koskemaan tapauksia, joissa julkaiseminen joko ei ole mahdollista hankintaviranomaisen kannalta ennalta arvaamattomista ja siitä riippumattomista syistä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi tai joissa on alusta alkaen selvää, että julkaiseminen ei lisäisi kilpailua eikä parantaisi hankinnan tuloksia erityisesti siksi, että objektiivisesti arvioituna hankintasopimuksen voi toteuttaa vain yksi talouden toimija. – – Yksinoikeus voi johtua myös muista syistä – –”.

[19] Puuttuva viittaus on ristiriidassa direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan c alakohdan säännösten kanssa: neuvottelumenettely julkaisematta ilmoitusta ennakolta sallitaan äärimmäisen kiireen vuoksi, mutta seikat, jotka esitetään äärimmäisen kiireen perusteiksi, eivät missään tapauksessa ”*saa johtua hankintaviranomaisista*”.

41. Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin asianmukaisesti korostaa, kyseisessä direktiivin 2014/24 kohdassa nimittäin vain täsmennetään sääntöä, joka sisältyi implisiittisesti aikaisempiin asiaa koskeviin direktiiveihin.[20] Näin ollen se katsoo, että ”– – unionin oikeudessa edellytetään, että syy, jonka vuoksi hankintasopimus on direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla tehtävä vain tietyn talouden toimijan kanssa, *ei johdu hankintaviranomaisesta* – –”.[21]

42. Käytän ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tavoin lähtökohtana sitä, että hankintaviranomainen on toiminnallaan vaikuttanut yksinoikeustilanteen kannalta ratkaiseviin olosuhteisiin. Nähdäkseni useat syyt puoltavat tätä näkemystä.

43. Ensinnäkin taustalla on julkisia hankintoja koskevien unionin sääntöjen yleinen tavoite ”varmistaa palveluiden vapaa liikkuvuus ja hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle kaikissa jäsenvaltioissa”.[22] Käyttäessään neuvottelumenettelyä, jossa ei julkaista ilmoitusta ennakolta, hankintaviranomainen nimittäin haittaa toimillaan kaikkein vakavimmalla tavalla julkisten hankintojen avaamista kilpailulle.

44. On toiseksi todettava, että on tämän tavoitteen vastaista, jos hankintaviranomaiset saavat itse aikaan olosuhteet, joihin ne vetoavat, valitakseen toimeksisaajat menettelyillä, joihin kilpailijat eivät voi osallistua.

45. Kolmanneksi, kuten olen jo todennut, poikkeuksellisia olosuhteita, jotka mahdollistavat neuvottelumenettelyt julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta, on tulkittava suppeasti tiukoin arviointiperustein.[23]

46. Neljänneksi sen hyväksyminen, että hankintaviranomainen voisi vedota yksinoikeustilanteeseen, jonka toteutumista se on itse edistänyt, kääntäisi päinvastaiseksi direktiivin 2004/18 31 artiklan 1 kohdan logiikan. Tämän logiikan mukaisesti olosuhteet, jotka oikeuttavat sen, ettei voida käyttää tavanomaista menettelyä (jossa julkaistaan ilmoitus), ovat hankintaviranomaisesta riippumattomia eivätkä sen aiheuttamia.

47. Viime kädessä nemo auditur propriam turpitudinem allegans (kukaan ei voi vedota omaan sääntöjenvastaiseen menettelyynsä) -periaate estää sen, että osapuoli voisi hyötyä omasta lainvastaisesta menettelystään.[24]

[20] Ennakkoratkaisupyynnön 22 kohta.

[21] Ennakkoratkaisupyynnön 23 kohta (kursivointi tässä). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pitää ”unionin oikeuden tulkintaa tältä osin acte clair -tapauksena”, mutta tämä näkemys on mielestäni liioiteltu.

[22] Tuomio 7.12.2023, Obshtina Razgrad (C-441/22 ja C-443/22, EU:C:2023:970, 61 kohta).

[23] Tuomio 11.9.2014, Fastweb (C-19/13, EU:C:2014:2194, 49 kohta): ”– – neuvottelumenettelyä voidaan käyttää ainoastaan direktiivin 2004/18 30 ja 31 artiklassa tyhjentävästi mainituissa olosuhteissa ja – – kyseinen menettely on luonteeltaan poikkeuksellinen verrattuna avoimeen ja rajattuun menettelyyn”.

[24] Unionin tuomioistuin on herkästi taipuvainen liittämään omiin laiminlyönteihin epäedullisia seurauksia. Ks. tuomio 15.6.2023, Bank M. (Sopimuksen pätemättömäksi toteamisen seuraukset) (C-520/21, EU:C:2023:478, 81 kohta).

C Yksinoikeuden arviointi riita-asian kannalta

1. Alkuperäinen sopimus (1992)

48. Ennakkoratkaisupyynnössä esitetyn verohallinnon pääosaston näkemyksen mukaan tekijänoikeudesta ja julkisista hankinnoista ei ollut alkuperäisen sopimuksen tekohetkellä (1992) annettu kansallista lainsäädäntöä. Näin ollen ei voitu ennakoida tällä alalla sovellettavaa tulevaa oikeudellista järjestelmää eikä sitä, miten kansallinen oikeuskäytäntö kehittyisi. Ei ollut myöskään ennakoitavissa, että ADISin lisenssien myöntämisedellytysten määrittely johtaisi myöhemmin epäselvään tilanteeseen – –. [25]

49. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin yhtyy pääosin tähän näkemykseen tietyin varauksin. Se myöntää, että vuonna 1992 ei ollut olemassa julkisia hankintoja koskevaa kansallista lainsäädäntöä, [26] joten valtiovarainministeriön oli mahdollista tehdä ADISia koskeva hankintasopimus tuolloin sovituin ehdoin. Se lisää, että hankintaviranomainen saattoi jopa oikeutetusti olettaa, että alkuperäisen sopimuksen jatkosopimus voitiin tehdä saman toimittajan kanssa ilman, että myös muille olisi annettava mahdollisuus tehdä tarjous halutun palvelusuorituksen tarjoamisesta. [27]

50. Omasta puolestani minulla ei ole mitään huomautettavaa näistä väitteistä, joissa viitataan sellaiseen menneeseen ajankohtaan, jolloin kyse ei yksinkertaisesti ollut unionin oikeudesta eikä Tšekin tasavalta vielä ollut unionin jäsen. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on määrittää alkuperäisen sopimuksen tekemiseen liittyvät tosiseikat ja oikeussäännöt.

51. Näin ollen sillä ei ole merkitystä, onko hankintaviranomainen saanut aikaan yksinoikeuden, jonka perusteella alkuperäinen sopimus allekirjoitettiin vuonna 1992.

2. Uusi sopimus (2016)

52. Näkökulma muuttuu, jos otetaan huomioon, että Tšekin veroviranomaisten [28] ja toimittajan välinen sopimussuhde jatkui useiden vuosien ajan (nyt käsiteltävän asian kannalta vuosina 1992–2016).

53. Kyseisenä aikana oikeussääntöjä muutettiin erityisesti Tšekin tasavallan liityttyä unioniin vuonna 2004. Liittymisestä alkaen oli säädetty julkisia hankintoja koskevien direktiivien noudattamisesta ”sen periaatteen mukaisesti, että unionin oikeuden säännöksiä ja määräyksiä sovelletaan välittömästi ja täysimääräisesti uusiin jäsenvaltioihin”. [29]

54. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin painottaa uusien sääntöjen merkitystä ja hankintaviranomaisen velvollisuuksien muuttumista: se korostaa, että verohallinnon pääosaston tehdessä vuoden 2016 sopimuksen olivat voimassa laki nro 137/2006 ja direktiivi 2004/18. Näin

[25] Ennakkoratkaisupyynnön 17 kohta.

[26] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kuvailee kansallista oikeudellista kehitystä, joka konkretisoituu tekijänoikeuksista vuonna 1965 (tietokoneohjelmistoista annettu laki) ja julkisista hankinnoista vuonna 1994 annetuissa laeissa.

[27] Ennakkoratkaisupyynnön 29 kohta.

[28] Oletan, että hankintaviranomaisen vaihtuminen (valtiovarainministeriö vuonna 1992 ja verohallinnon pääosasto vuonna 2016) on pelkkä muodollisuus: molemmat kuuluvat samaan hallintorakenteeseen ja jälkimmäinen on riippuvainen edellisestä. Verohallinnon pääosasto on siirtynyt valtiovarainministeriöllä olleeseen oikeusasemaan.

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

ollen verohallinnon pääosasto oli velvollinen varmistamaan, ettei se saa säännöillään aikaan yksinoikeustilanteita, jotka oikeuttavat neuvottelumenettelyjen käytön julkaisematta ilmoitusta ennakolta.

55. Tämän toteamuksen perusteella ja tutkittuaan kyseiset kaksi väitettä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnön 32 kohdassa seuraavaa:

– ”– – Vuosina 1992–2016 [verohallinnon pääosasto] (tai sen oikeudellinen edeltäjä) olisi voinut joko neuvotella taloudellisia tekijänoikeuksia koskevia uusia sopimuksia ja siten tehdä ADISia koskevat hankintasopimukset jossakin avoimemmassa hankintamenettelyssä tai aloittaa uuden tarjouspyyntömenettelyn hankkiakseen uuden tietojärjestelmän hetkellisesti kasvavista kustannuksista huolimatta, mikä olisi voinut johtaa säästöihin pitkällä aikavälillä.

– Näin ollen alkuperäisen sopimuksen tekohetkellä vallitsevaan tilanteeseen ei voida vedota, jos yksinoikeustilanne on jatkunut sen jälkeen, kun asiaan liittyvää julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä annettiin Tšekin tasavallassa. Sen määrittämiseksi, voidaanko noudattaa neuvottelumenettelyä hankintailmoitusta ennakolta julkaisematta, on otettava huomioon ajankohta, jolloin päätös hankintasopimuksen tekemisestä tässä muodossa tehtiin – –”.[30]

56. Siltä osin kuin on kyse oikeusriidan ja kansallisen oikeudellisen tilanteen kannalta ratkaisevien tosiseikkojen arvioinnista unionin tuomioistuimella ei ole mitään huomautettavaa näistä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen toteamuksista. Katson, että ennakkoratkaisupyynnön 32 kohdan loppuosaan sisältyvissä toteamuksissa, jotka juuri edellä toistin, esitetään direktiivin 2004/18 oikea tulkinta.

57. Edellä esitetyn perusteella voidaan päätellä vastauksen ennakkoratkaisukysymykseen olevan se, että alkuperäisen sopimuksen allekirjoittamisella ennen Tšekin tasavallan liittymistä unioniin ei ole merkitystä nyt käsiteltävän asian ratkaisun kannalta. Sen sijaan hankintaviranomaisen vuosina 2004–2016 toteuttamat toimet ovat ratkaisevia. Näistä toimista avainasemassa on loogisesti uuden sopimuksen tekeminen vuonna 2016.

58. Tšekin hallitus pyrkii kuitenkin sulkemaan pois vastuunsa yksinoikeudesta johtuvan riippuvuuden aikaansaamisesta tukeutumalla siihen, että arvioinnin on koskettava alkuperäisen sopimuksen allekirjoittamishetkeä. Jos menettelyn lainmukaisuudesta ei tuolloin esitetty vastaväitteitä, ei sen mukaan myöskään ole perusteltua katsoa hankintaviranomaisen toimineen tarkoituksellisesti.

59. En yhdy tähän näkemykseen:

– Kuten jo totesin, jäsenvaltion velvollisuus saattaa toimintansa unionin oikeusjärjestyksen mukaiseksi syntyy sen liittyessä unioniin. Kyseisestä hetkestä lähtien hankintaviranomainen otti valtion elimenä tehtäväkseen taata julkisia hankintoja koskevien unionin oikeussääntöjen, kuten direktiivin 2004/18, noudattamisen. Tässä yhteydessä ei ole merkitystä sillä, johtuuko valtion veroviranomaisten velvollisuuksien täyttämättä jättäminen aktiivisesta toiminnasta vai laiminlyönnistä.[31]

[30] Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa tämän toteamuksensa tueksi 5.10.2000 annettuun tuomioon komissio v. Ranska (C-337/98, EU:C:2000:543, 37 kohta).

[31] Tšekin hallitus viittaa kirjallisissa huomautuksissaan toistuvasti hankintaviranomaisen *nimenomaisiin toimiin* (menettelytapa, toiminta, aikaansaatu tilanne, aiheutettu yksinoikeus, uuden sopimuksen ehtojen määrittely suhteessa alkuperäiseen sopimukseen). Se ei sitä vastoin viittaa siihen, että se *ei toteuttanut toimia* tehdäkseen uudet sopimukset unionin oikeuden mukaisesti.

– Hankintaviranomaisen menettelytavan arvioiminen ei edellytä *välitöntä aikomusta* saada aikaan yksinoikeustilanne.[32] On riittävää, että kun hankintaviranomainen laiminlyö velvollisuutensa lakkauttaa voimassa oleva yksinoikeus (jonka se itse tai sen oikeudellinen edeltäjä on saanut aikaan) uuden sopimuksen allekirjoittamishetkellä, se estää siitä kilpailemisen, kuten alkuperäisen hankintasopimuksen tapauksessa.

60. Toisesta näkökulmasta Tšekin hallitus, joka tosin myöntää, että nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisissa tilanteissa sen on tehtävä päätöksiä, joiden avulla se voi vapautua riippuvuussuhteesta tiettyyn toimittajaan, puoltaa *kohtuullisen ratkaisun* hyväksymistä eli sellaisen ratkaisun hyväksymistä, joka sen mukaan on taloudellisesti kaikkein järkevin ja jolla varmistetaan kansallisten viranomaisten keskeisten tietojärjestelmien luotettava toiminta. Sen mielestä nämä seikat oikeuttavat nyt käsiteltävässä asiassa neuvottelumenettelyn käytön julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta.[33]

61. En yhdy myöskään tähän väitteeseen, vaikka ymmärrän ongelmat, joita hankintaviranomaisella tosiasiallisesti oli vuonna 2016. Veroviranomaiset, kuten muutkaan valtion viranomaiset, eivät voi käytännön vaikeuksiin tai hallinnollisiin tai taloudellisiin vaikeuksiin[34] vetoamalla perustella direktiivissä säädettyjen velvoitteiden noudattamatta jättämistä, sillä jäsenvaltioiden on voitettava vaikeudet asianmukaisin toimin.[35]

62. Toinen peruste, jonka Tšekin hallitus esittää hankintaviranomaisen menettelyn puolesta, on väite, jonka mukaan se yritti vapautua riippuvuussuhteestaan toimittajaan hankkimalla tekijänoikeudet, missä se ei onnistunut toimittajan vastustuksen vuoksi.[36]

63. Tällainen väite ei voi menestyä, jos ilmenee, että hankintaviranomaisella on ollut vuodesta 2004 lähtien riittävästi aikaa (vuoteen 2016 saakka) voittaa IBM:n vastustus. Vuosikymmeniä jatkuneen yksinoikeustilanteen vuoksi sen olisi pitänyt tehdä aloitteita, joiden avulla irtautua toimittajariippuvuudesta, pyytämällä tarjouksia muilta toimijoilta, mitä se ei näytä tehneen. Näin toteaa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin,[37] ja olen sen kanssa jälleen samaa mieltä.

64. Ennakkoratkaisupyynnöstä ei myöskään ilmene, että hankintaviranomainen olisi *vakavasti* yrittänyt löytää uusia toimittajia, joiden avulla se olisi voinut vapautua riippuvuudestaan yhdestä toimittajasta. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan hankintaviranomaisen on ”tutkittava perinpohjaisesti”, onko olemassa yrityksiä, jotka kykenevät unionin tasolla tarjoamaan tietyn tietokoneohjelmiston (tai tarvittaessa korvaamaan sen).[38]

[32] Tšekin hallitus korostaa toistuvasti sitä, että hankintaviranomaisen yksinoikeustilanteeseen liittyvän toiminnan on oltava *tarkoituksellista* (sen kirjallisten huomautusten 11, 12, 14, 15, 16, 17 ja 18 kohta).

[33] Tšekin hallituksen kirjallisten huomautusten 30 kohta.

[34] Tšekin hallituksen esiin tuomat vaikeudet ovat etupäässä taloudellisia (sen kirjallisten huomautusten 26 ja 27 kohta). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin sitä vastoin katsoo pitkän aikavälin säästöjen, jotka kertyvät tarjoajien välisen kilpailun käynnistämisestä, kompensoivan kustannusten mahdollisen välittömän kasvun. Vuoden 2013 tiedonannossa komissio viittaa hankaluuksiin, joita riippuvuus yhdestä ainoasta tietojärjestelmien toimittajasta aiheuttaa. Se korostaa, että tällainen yksinoikeus paitsi aiheuttaa muita ongelmia (vaara siitä, että toimittaja ei enää tue järjestelmää tai joitakin sen ominaisuuksia) voi myös haitata innovointia ja johtaa kohtuuttomiin hintoihin, joihin ei kohdistu alan muiden toimijoiden aiheuttamaa kilpailupainetta.

[35] Tuomio 18.10.2012, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta (C-301/10, EU:C:2012:633, 66 kohta).

[36] Tšekin hallituksen kirjallisten huomautusten 31 kohta, jossa viitataan verohallinnon pääosaston kassaatiotuomioistuimessa esittämiin väitteisiin, jotka toistetaan ennakkoratkaisupyynnön 10 kohdassa.

[37] Ennakkoratkaisupyynnön 32 kohta, joka on toistettu tämän ratkaisuehdotuksen 55 kohdassa.

[38] Ks. tuomio 15.9.2009, komissio v. Saksa (C-275/08, EU:C:2009:632, 63 kohta). Tuolloin oli kyse ajoneuvojen katsastuksen keskitetyssä hallinnoinnissa käytettävästä tietokoneohjelmistosta.

65. Nostaessaan esiin ongelman, joka koskee *lukkiutumista* tietoteknisten järjestelmien osalta, komissio ehdottaa hankintaviranomaisille tiettyjä vaihtoehtoja [39] kilpailunrajoitusten poistamiseksi julkisissa hankinnoissa, kuten tässä tarkasteltua vaihtoehtoa.

66. Vaikka Tšekin viranomaiset väittävät ottaneensa käyttöön ennakkotarkastusmenettelyjä torjuakseen vuoden 2013 tiedonannossa tarkoitettua lukkiutumista, [40] ennakkoratkaisupyynnön kohteena olevalla hankintasopimuksella vahvistettiin aiemmin vallinnut yksinoikeustilanne sitä muuttamatta. Voidaan siis katsoa, että hankintaviranomainen piti vuonna 2016 toiminnallaan tai laiminlyönnillään voimassa yksinoikeustilanteen, jonka oli saanut aikaan sen oikeudellinen edeltäjä ja jonka olisi pitänyt estää sitä käyttämästä neuvottelumenettelyä julkaisematta hankintailmoitusta ennakolta.

67. Muistutan lopuksi, että unionin tuomioistuin on jo lausunut siitä, että nyt kyseessä olevan kaltaiset hankintasopimukset on välttämätöntä avata kilpailulle, kun oletetaan, että niihin sovelletaan julkishallinnon hankintoja koskevia yleisiä sääntöjä: ”– – kun hankintaviranomainen aikoo järjestää julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyn talouden toimijalta hankitun ohjelmiston ylläpidon, mukauttamisen tai kehittämisen varmistamiseksi, sen on huolehdittava siitä, että se ilmoittaa mahdollisille ehdokkaille ja tarjoajille riittävästi tietoja, jotta mahdollistetaan toimivan kilpailun kehittyminen kyseisen ohjelmiston ylläpidon, mukauttamisen tai kehittämisen johdannaismarkkinoilla”. [41]

V Ratkaisuehdotus

68. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että Nejvyšší správní soudille vastataan seuraavasti:

Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 31 artiklan 1 kohdan b alakohtaa

on tulkittava siten, että

hankintaviranomainen ei voi omalla menettelyllään saada aikaan yksinoikeustilannetta, jonka perusteella se aikoo käyttää neuvottelumenettelyä julkaisematta ennakolta hankintailmoitusta

kun hankintaviranomainen tekee uuden direktiivin 2004/18 soveltamisalaan kuuluvan sopimuksen, sillä ei ole merkitystä, että yksinoikeustilanne johtuu jäsenvaltion viranomaisten ennen Euroopan unioniin liittymistä tekemästä alkuperäisestä sopimuksesta. Sen arvioimiseksi, miten hankintaviranomainen on menetellyt uuden sopimuksen osalta, on otettava huomioon kyseisen uuden sopimuksen tekoajankohtaan liittyvät tosiasialliset ja oikeudelliset olosuhteet.

[39] Vuoden 2013 tiedonannon 3 kohdassa todetaan seuraavaa: ”Standardeihin perustuvien TVT-järjestelmien käyttäminen valmistajakohtaisen tekniikan sijasta auttaa avaamaan julkisten hankintojen rajoittavia käytäntöjä, sillä standardit tuovat järjestelmän olennaiset tiedot kaikkien saataville, jolloin järjestelmän muut mahdolliset toimittajat voivat pitää yllä tai kehittää sitä kilpailukykyisemmin ehdoin ja edellytyksin.”

[40] Tšekin hallitus toteaa näin erityisesti kirjallisten huomautustensa 32–35 kohdassa, jossa se vakuuttaa perustaneensa erityisyksikön ja työryhmän yksinoikeudesta johtuvan riippuvuuden torjumiseksi tietoteknisiä palveluja koskevien sopimusten osalta. Se lisää, että nämä ”järjestelmälliset toimenpiteet” pantiin täytäntöön vuoden 2016 sopimuksen tekemisen yhteydessä.

[41] Tuomio 28.5.2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (C-796/18, EU:C:2020:395, 74 kohta).