

Mål C-578/23**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande i enlighet med artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

19 september 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Nejvyšší správní soud (Republiken Tjeckien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

12 september 2023

Klagande:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Motpart:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Saken i det nationella målet

Saken i målet rör frågan huruvida villkoren för tilldelning av ett offentligt kontrakt inom ramen för ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling är uppfyllda och, i synnerhet, huruvida klagandens rättsliga föregångare¹ vid ingåendet av avtalet om systemintegrering i informationssystemet ADIS (nedan kallat det ursprungliga kontraktet) kände till det framtida behovet av grundläggande service inom informationssystemet ADIS (nedan kallat SI ADIS) och huruvida klaganden rimligen måste ha räknat med detta eller huruvida klaganden eventuellt förutsåg behovet av att tilldela kontrakt som följde på detta kontrakt.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Republiken Tjeckien – finansministeriet, Republiken Tjeckien). Klaganden bildades år 2013 som en självständig organisatorisk statlig enhet inom staten och trädde, vad gäller skatteförvaltningsfrågor, i Ministerstvo financí (finansministeriet) ställe, som den dock fortfarande är underordnad.

Syfte med begäran om förhandsavgörande

Den fråga som väckts vid den hänskjutande domstolen är huruvida det vid bedömningen av ett materiellt villkor för ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling är nödvändigt att beakta de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks.

Fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

”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],² 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?”

Anförda unionsbestämmelser

Artikel 28 i direktiv 2004/18 (förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster)

Artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 (förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling)

Anförda nationella bestämmelser

I 21 § 2 i zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (lag nr 137/2006 om offentlig upphandling, nedan kallad lagen om offentlig upphandling) föreskrevs att en upphandlande myndighet får 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.

I 23 § 4 a i lagen om offentlig upphandling föreskrevs att den upphandlande myndigheten får 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.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (nedan kallat direktiv 2004/18).

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Klagandens rättsliga föregångare ingick den 29 juni 1992 det ursprungliga kontraktet med IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. På grundval av detta kontrakt bildades SI ADIS, som till dags dato har varit det centrala informationssystemet i skatteförvaltningen i Republiken Tjeckien (nedan kallad Republiken Tjeckien).
 - 2 Den 1 mars 2016 inledde klaganden ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling enligt 23 § 4 a i lagen om offentlig upphandling och tilldelade den 20 maj 2016 inom ramen för detta upphandlingsförfarande ett offentligt kontrakt ”Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016”) (den grundläggande eftergarantiservicen för applikationen ADIS år 2016). Klaganden gjorde detta på grundval av ett expertutlåtande och ett rättsutlåtande och åberopade tekniska skäl³ och upphovsrättsskydd för IBM Česká republika, spol. s r.o. (nedan kallad den ekonomiska aktören)⁴ till källkoden SI ADIS. Föremålet för prestationen var den grundläggande eftergarantiservicen för SI ADIS. Den 20 maj 2016 ingick klaganden ett upphandlingskontrakt. Priset för det offentliga kontraktet uppgick till 33 294 389 tjeckiska kronor (CZK), exklusive mervärdesskatt.
 - 3 I sitt beslut av den 9 oktober 2017 gjorde motparten gällande att klaganden hade gjort sig skyldig till en överträdelse, eftersom villkoren för att använda ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling enligt 23 § 4 a i lagen om offentlig upphandling inte var uppfyllda. Klaganden hade nämligen inte visat att det offentliga kontraktet av tekniska skäl endast kunde fullgöras av den ekonomiska aktör som hade tillfrågats. Samtidigt har behovet av att skydda klagandens ensamrätt enligt motparten felaktigt utlösts av det tidigare agerandet av klagandens rättsliga föregångare.
 - 4 Klaganden överklagade detta beslut. Överklagandet avslogs av motpartens ordförande. Ordföranden instämde i motpartens yrkanden och tillade att det inte rörde sig om en teknisk omöjlighet för en annan ekonomisk aktör att genomföra föremålet för upphandlingen, utan om den faktiska effekten av ensamrätten⁵ till
- ³ Utan koppling till kärnan och andra moduler är det inte möjligt för modulerna att fungera självständigt, eller att förvalta och utveckla modulerna. Modulerna får inte åtskiljas. Föremålet för den offentliga upphandlingen påverkar befintliga moduler, SI ADIS har skapats och utvecklas av den ekonomiska aktör som innehar licensieringsrättigheterna och som känner till SI ADIS; det är nödvändigt att säkerställa teknisk kontinuitet, upprätthållande och utveckling av SI ADIS.
- ⁴ Dess enda delägare 1992 var IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.
- ⁵ Den exklusiva situationen definieras i beslutet om hänskjutande som ett ”behov av att kontraktet uteslutande fullgörs av en viss ekonomisk aktör”.

den ekonomiska aktörens upphovsrätt, vilket innebär att det inte är möjligt att använda ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling.

- 5 Klaganden överklagade beslutet från motpartens ordförande till Krajský soud v Brně (Regiondomstolen i Brno, Republiken Tjeckien, nedan kallad Regiondomstolen), som avslog överklagandet. Enligt Regiondomstolen är det undantagsvis tillåtet att tilldela ett offentligt kontrakt genom ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling, om det finns skäl för detta enligt 23§ 4 a i lagen om offentlig upphandling (formellt villkor), vilka emellertid inte kunde förutses av den upphandlande myndigheten och vilka inte kan tillskrivas den (materiellt villkor).
- 6 Regiondomstolen fastställde att det avgörande är att klagandens rättsliga företrädare, genom sitt agerande vid ingåendet av det ursprungliga kontraktet, felaktigt har skapat en exklusiv situation vad gäller den ekonomiska aktörens ekonomiska upphovsrätt. Regiondomstolen konstaterade även att SI ADIS inte är ett informationssystem vars livslängd kan antas vara kort. Dessutom rör det ett skatteområde som objektivt sett är föremål för ständiga förändringar. Behovet av ytterligare tekniskt stöd måste därför ha varit uppenbart.
- 7 Enligt Regiondomstolen har klaganden inte visat att det vid ingåendet av det ursprungliga kontraktet rörde sig om en enda möjlig ekonomisk aktör och angav dessutom att villkoren för tilldelning av det kontrakt som följde på det ursprungliga kontraktet skulle bedömas med beaktande av den lagstiftning som var tillämplig vid tidpunkten för tilldelningen av det efterföljande kontraktet.
- 8 Klaganden överklagade Regiondomstolens dom till den hänskjutande domstolen.

Parternas huvudargument

- 9 Klaganden har gjort gällande att den ekonomiska aktören vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks var den enda ekonomiska aktör som kunde tillhandahålla den tjänst som krävdes (tillhandahålla servrar utrustade med ett eget operativsystem och garantera service och fjärrövervakning). Vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet kunde klagandens rättsliga föregångare inte rimligen anta att det i framtiden skulle finnas ett behov av att utföra kompletterande åtgärder som krävs för att SI ADIS ska kunna fortsätta att fungera. Klaganden själv har inte felaktigt skapat exklusiv situation. Enligt klaganden har inte heller dess rättsliga föregångare skapat en exklusiv situation.
- 10 Klaganden försökte bli oberoende av den ekonomiska aktören, den hade nämligen inte tillgång till alla källkoder för SI ADIS. År 2015 meddelade dock den ekonomiska aktören klaganden om att den inte övervägde att överlåta ekonomiska upphovsrättigheter till SI ADIS. Vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet var en fullständig överföring av ekonomiska upphovsrättigheter till SI

ADIS inte ens möjlig, eftersom vissa komponenter användes kommersiellt över hela världen av den ekonomiska aktören och dess delägare.

- 11 Vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks fanns det ingen lagstiftning om upphovsrätt och offentlig upphandling. Den rättsliga situationen vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks är av väsentlig betydelse för bedömningen av klagandens senare agerande.
- 12 Om klaganden nu skulle genomföra ett upphandlingsförfarande avseende ett nytt informationssystem, skulle den slösa bort de ekonomiska resurser som investerats i SI ADIS och därmed ha löpt risken att ett sådant förfarande förklaras strida mot principerna om sparsamhet och ändamålsenlighet.
- 13 Motparten har påpekat att klaganden, på grundval av exklusiviteten vad gäller det ursprungliga kontraktet från 1992, utvecklade SI ADIS endast genom ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling åtminstone till slutet av 2019, och det framgår inte av expertutlåtandet att den ekonomiska aktör som tilldelats kontrakt av tekniska skäl var den enda ekonomiska aktör som kunde tilldelas kontrakt för systemet.
- 14 I det administrativa förfarandet fastställdes inte huruvida det överhuvudtaget förelåg en exklusiv situation med avseende på villkoret om skydd av ensamrätt. Det var nämligen tillräckligt att pröva huruvida den eventuella exklusiva situationen hade uppkommit på ett felaktigt sätt.
- 15 Det framgår uttryckligen av ordalydelsen i det ursprungliga kontraktet att syftet med prestationen är att införa ett skatteförvaltningssystem i tre faser. Enligt det ursprungliga kontraktet skulle endast den första fasen genomföras. Det förutsattes således att SI ADIS skulle vara i drift under en lång tid.

Bedömning av den fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 16 Den hänskjutande domstolen har i första hand prövat det materiella villkoret för det förhandlade förfarandet i fråga utan offentliggörande av meddelande om upphandling. Enligt den hänskjutande domstolen framgår det av nationell praxis från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen, Republiken Tjeckien) att ”ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling får användas om skälen för att använda förfarandet är objektiva, det vill säga oberoende av den upphandlande myndighetens vilja”⁶ och samtidigt att det ”på grundval av villkoren i artikel 31 i direktiv [2004/18] och 23 § 4 i lagen [om offentlig upphandling] är möjligt att dra den entydiga slutsatsen att den

⁶ Dom från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) av den 11 januari 2013, mål nr 5 Afs 43/2012-54, nr 2790/2013 Sb. NSS [rättsfallssamling från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen)], *Ministerstvo zemědělství* (jordbruksministeriet, Republiken Tjeckien).

exklusiva situationen (det vill säga behovet av att kontraktet endast fullgörs av en viss ekonomisk aktör) inte kan skapas av den upphandlande myndigheten själv.”⁷

- 17 Den hänskjutande domstolen har samtidigt påpekat att det i skäl 50 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG anges att ”[e]xklusivitet [också] kan ... uppstå av andra skäl, men 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.” I artikel 32.2 b i direktivet föreskrivs även att ett offentligt kontrakt får tilldelas genom förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling, bland annat vid skydd av ensamrätt, när ”[det inte finns något] rimligt alternativ eller substitut ... och om avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av upphandlingsparametrarna.” Även om fristen för införlivande av detta direktiv ännu inte hade löpt ut när upphandlingsförfarandet inleddes, anser den hänskjutande domstolen att det endast var fråga om att uttryckligen ange en redan tidigare gällande princip.⁸
- 18 Även om EU-domstolen i sin praxis ännu inte har prövat huruvida det, för att ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling ska få användas, krävs att skälet till att det är nödvändigt att ett offentligt kontrakt endast tilldelas en bestämd ekonomisk aktör enligt artikel 31.1 b i direktiv 2004/18 inte kan tillskrivas den upphandlande myndigheten, anser den hänskjutande domstolen att tolkningen av unionsrätten tolkning i detta hänseende är *acte clair*.
- 19 Den hänskjutande domstolen hyser emellertid tvivel om huruvida det vid bedömningen av dessa materiella villkor är nödvändigt att beakta de faktiska och rättsliga omständigheterna vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten ska ha skapat en exklusiv situation. I förevarande fall rör det sig följaktligen om att få klarhet i huruvida klagandens rättsliga föregångare, genom att reglera den ekonomiska upphovsrätten i det ursprungliga kontraktet avseende SI ADIS år 1992, felaktigt har skapat en exklusiv situation till förmån för den ekonomiska aktören, vilket utesluter att ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av ett meddelande om upphandling används för ett offentligt kontrakt som följer på ett tidigare kontrakt år 2016 (det vill säga 24 år senare).
- 20 När det gäller de faktiska och rättsliga omständigheterna vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet var Republiken Tjeckien (dåvarande Tjeckiska och Slovakiska federala republiken) vid den tidpunkten inte medlem i

⁷ Dom från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) av den 12 maj 2016, mål nr 1 As 256/2015-95, nr 3436/2016 Sb. NSS [rättsfallssamling från Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen)], *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (transportföretag i huvudstaden Prag, Republiken Tjeckien).

⁸ Den hänskjutande domstolen har som exempel angett skäl 51 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Europeiska unionen (dåvarande Europeiska ekonomiska gemenskapen). Samtidigt fanns det ingen relevant nationell lagstiftning om offentlig upphandling. Det fanns endast kortfattade regler om offentlig upphandling som regeringen hade fastställt och som gällde från den 1 juli 1992, det vill säga först relativt långt efter det att upphandlingsförfarandet för tilldelning av det ursprungliga kontraktet hade inletts. Den första omfattande lagstiftningen infördes först genom zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (lag nr 199/1994 om offentlig upphandling), som trädde i kraft den 1 januari 1995. När det gäller regleringen av licensvillkoren för SI ADIS var bestämmelserna i zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) (lag nr 35/1965 om litterära, vetenskapliga och konstnärliga verk) (lag om upphovsrätt)), i den lydelse som gällde till och med den 31 december 1993, tillämpliga. Mot bakgrund av det ovan anförda är klagandens påstående att det inte fanns någon upphovsrättslig lagstiftning felaktigt, även om det inte kan bortses från att praxisen om ingående av avtal som avsåg upphovsrätt i komplexa system, såsom SI ADIS, var helt annorlunda vid den tidpunkten.

- 21 Vid tidpunkten för ingåendet av det ursprungliga kontraktet kunde klagandens rättsliga föregångare således rimligen 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 om den tjänst som behövdes. Enligt klaganden var den ekonomiska aktören den enda möjliga ekonomiska aktör som kunde tilldelas kontrakt vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingicks, och klaganden var därför inte skyldig att utan ytterligare analys utgå från att det kontrakt som följde på det ursprungliga kontraktet också skulle kunna utföras av andra ekonomiska aktörer.
- 22 Enligt den hänskjutande domstolen råder en tydlig skillnad i den nationella rättspraxisen vad gäller svaret på den fråga som ställts i begäran om förhandsavgörande.
- 23 I sin dom av den 30 november 2021, mål nr 3 As 60/2020–64, *Statutární město Brno* (staden Brno, Tjeckien), slog Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) fast att det var nödvändigt att bedöma uppkomsten av den exklusiva situationen utifrån den tidpunkt då det aktuella förhållandet uppstod, med beaktande av relevant lagstiftning (inklusive det faktum att Republiken Tjeckien inte var medlem i Europeiska unionen vid den tidpunkten) och den ekonomiska praxis som gällde vid den tidpunkten. I förevarande fall ska den upphandlande myndigheten ha skapat en exklusiv situation år 1998 genom att komma överens om licensvillkoren i ett uppdragskontrakt avseende ett informationssystem. För en sådan lösning talar den omständigheten att det, om det vid bedömningen av om det materiella villkoret var uppfyllt skulle vara avgörande att den upphandlande myndighetens agerat felaktigt vid tilldelningen av det ursprungliga kontraktet, skulle vara mycket svårt att retroaktivt tillämpa aktuella bestämmelser om offentlig upphandling genom ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling. I detta sammanhang ska även

förbudet mot retroaktiv verkan och rättssäkerhet beaktas. Ett annat skäl för att beakta de faktiska och rättsliga omständigheterna vid tidpunkten för tilldelningen av det ursprungliga kontraktet är att den upphandlande myndigheten samtidigt skulle vara tvungen att använda en av de mer öppna formerna för offentlig upphandling även om endast en viss ekonomisk aktör, av tekniska skäl eller för att skydda de ensamrätter som uppkommit vid en tidpunkt då den relevanta lagstiftningen inte var tillämpliga, kunde utföra tjänsten.

- 24 I sin dom av den 12 mars 2020, mål nr 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí* (finansministeriet), kom Nejvyšší správní soud (Högsta förvaltningsdomstolen) emellertid fram till motsatt slutsats, nämligen att ”en rimlig syn på området för offentlig upphandling skulle motsätta sig ett ’godtagande av en exklusiv situation som varar ’för alltid’ (i flera decennier) enbart av den anledningen att nyligen ingångna kontrakt följer på kontrakt som ingicks ’för länge sedan’”. Även i det målet skulle den upphandlande myndigheten ha skapat en exklusiv situation genom att ingå kontrakt om ett informationssystem år 1995. För en sådan lösning talar den omständigheten att EU-domstolen funnit att de undantag som gör det möjligt att använda ett förhandlat förfarande utan offentliggörande av meddelande om upphandling ska tolkas restriktivt. Klaganden tilldelade det offentliga kontrakt som följde på det ursprungliga kontraktet under den period då lagen om offentlig upphandling och direktiv 2004/18 var tillämpliga. Därmed omfattades klaganden av kravet att inte skapa en exklusiv situation genom eget felaktigt agerande. 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 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. Vid bedömningen av huruvida ett förhandlat förfarande 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.⁹
- 25 Den hänskjutande domstolen är inte övertygad om att något av tolkningsalternativen kan anses vara klart, tillförlitligt och utan rimligt tvivel mer övertygande än de andra alternativen. Den hänskjutande domstolen anser vidare att det är av grundläggande betydelse, inte bara i det aktuella målet utan även för andra upphandlande myndigheter i liknande fall, att avgöra frågan huruvida det vid bedömningen av det materiella villkoret är nödvändigt att beakta de faktiska och rättsliga omständigheterna vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten ska ha skapat en exklusiv situation, en fråga som ännu inte har avgjorts i EU-domstolens praxis.

⁹ EU-domstolens dom av den 5 oktober 2000, Kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 37.