

Sag C-578/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

19. september 2023

Forelæggende ret:

Nejvyšší správní soud (Den Tjekkiske Republik)

Afgørelse af:

12. september 2023

Appellant:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Indstævnt:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Hovedsagens genstand

Twistens genstand vedrører spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for tildeling af en offentlig kontrakt ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt, og navnlig om appellants retlige forgænger¹ på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten om systemintegration i ADIS-IT-systemet (herefter »den oprindelige kontrakt«) havde kendskab til det fremtidige behov for en basistjeneste til ADIS-IT-systemet (herefter »ADIS IS«), og om den med rimelighed måtte forvente, at dette ville være tilfældet, eller subsidiært om den forudså behovet for tildeling af efterfølgende kontrakter.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Den Tjekkiske Republik – Finansministeriet, Den Tjekkiske Republik). Indstævnte blev oprettet i 2013 som en organisatorisk uafhængig enhed i staten og er med hensyn til skatteadministrationsspørgsmål trådt i stedet for Ministerstvo financí (Finansministeriet), som det dog fortsat er underlagt.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Den forelæggende ret behandler spørgsmålet om, hvorvidt det er nødvendigt at tage hensyn til den faktiske og retlige situation på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt ved vurderingen af den materielle betingelse for udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Præjudicielt 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]²?«

Anførte EU-retlige forskrifter

Artikel 28 i direktiv 2004/18 (Udbudsprocedurer).

Artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18 (Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse).

Anførte nationale forskrifter

§ 21, stk. 2, i zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (lov nr. 137/2006 om offentlige kontrakter; herefter »lov om offentlige kontrakter«) fastsatte, at en ordregivende myndighed kan 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.

§ 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter fastsatte, at den ordregivende myndighed ligeledes kan 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 særlovgivnings kan kontrakten kun udføres af en bestemt økonomisk aktør.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter »direktiv 2004/18«).

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 Appellantens retlige forgænger indgik den oprindelige kontrakt den 29. juni 1992 med IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation. ADIS IS blev oprettet på grundlag af denne kontrakt, og er til dato er det vigtigste IT-system for skatteadministrationen i Republikken Tjekkiet (herefter »Tjekkiet«).
- 2 Den 1. marts 2016 indledte appellanten et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter, og tildelte den 20. maj 2016 en offentlig kontrakt under dette udbud med titlen »Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016« (grundlæggende service af ADIS-applikationen efter udløb af garantiperioden i 2016). Appellanten gjorde dette på baggrund af en ekspertrapport og en retlig vurdering, og henviste desuden til tekniske årsager³ og beskyttelsen af IBM Česká republika, spol. s r.o.'s (herefter »den økonomiske aktør«)⁴ ophavsrettigheder for så vidt angår ADIS IS-kildekoden. Genstanden for ydelsen var den grundlæggende service efter udløbet af garantien for ADIS IS. Den 20. maj 2016 indgik appellanten en entreprisekontrakt med den økonomiske aktør. Prisen for den offentlige kontrakt udgjorde 33 294 389 tjekkeske kroner (CZK) ekskl. moms.
- 3 I sin afgørelse af 9. oktober 2017 fandt indstævnte, at appellanten havde begået en lovovertrædelse, idet betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter ikke var opfyldt. Appellanten havde således ikke godtgjort, at den offentlige kontrakt af tekniske årsager kun kunne udføres af den økonomiske aktør, der blev kontaktet. Samtidig har behovet for at beskytte appellants enerettigheder ifølge indstævnte været udløst af appellants retlige forgængers tidligere adfærd.
- 4 Appellanten indgav en klage over denne afgørelse, som blev afvist af præsidenten for indstævnte. Præsidenten var enig i indstævntes anbringender og tilføjede, at der ikke var tale om en teknisk umulighed for en anden økonomisk aktør at udføre kontraktens genstand, men om den faktiske virkning af den økonomiske aktørs ophavsrettigheder⁵, som ikke tillod brug af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

³ Uden forbindelsen til kernen og andre moduler er det ikke muligt for modulerne at fungere, administreres og udvikles uafhængigt; modulerne kan ikke adskilles; genstanden for den offentlige kontrakt griber ind i eksisterende moduler; ADIS IS er skabt af og udvikles af en økonomisk aktør, der ejer licensrettighederne, og som er fortrolig med ADIS IS; der er behov for teknisk kontinuitet, vedligeholdelse og udvikling af ADIS IS.

⁴ Den eneste aktionær i 1992 var IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation.

⁵ Eksklusivitet defineres i referencebestemmelsen som »behovet for, at kontrakten udelukkende udføres af en bestemt økonomisk aktør«.

- 5 Appellanten iværksatte en prøvelse af afgørelsen truffet af præsidenten for indstævnte til Krajský soud v Brně (den regionale ret i Brno, Tjekkiet, herefter »den regionale ret«), som blev afvist. Ifølge den regionale ret er det undtagelsesvist tilladt at tildele en offentlig kontrakt ved udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvis der er grund til det i henhold til § 23, stk. 4, litra a), i lov om offentlige kontrakter (formel forudsætning), som den ordregivende myndighed imidlertid ikke kunne have forudset, og som ikke kan tilskrives den (materiel forudsætning).
- 6 Den regionale ret anså det for betydningsfuldt, at appellants retlige forgænger ved sin adfærd i forbindelse med indgåelsen af den oprindelige kontrakt culpøst havde skabt en tilstand af eksklusivitet for den økonomiske aktørs ophavsrettigheder. Retten fandt også, at ADIS IS ikke er et IT-system, som bør antages at have en kort levetid. Desuden drejer det sig om et skatteområde, der objektivt set er under konstant forandring. Behovet for yderligere teknisk support må derfor have været indlysende.
- 7 Efter den regionale rets opfattelse havde appellanten ikke bevist, at den eneste mulige økonomiske aktør var involveret på det tidspunkt, hvor den oprindelige kontrakt blev indgået, og påpegede desuden, at betingelserne for at tildele kontrakten, der følger efter den oprindelige kontrakt, skulle vurderes under hensyntagen til de lovbestemmelser, der var gældende på det tidspunkt, hvor den efterfølgende kontrakt blev tildelt.
- 8 Appellanten har iværksat en kassationsanke til den forelæggende ret til prøvelse af den regionale rets dom.

De væsentlige argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 9 Appellanten har nedlagt påstand om, at på det tidspunkt, hvor den oprindelige kontrakt blev indgået, var den pågældende økonomiske aktør den eneste mulige økonomiske aktør, der kunne levere den nødvendige ydelse (levering af servere med eget operativsystem og levering af service og fjernovervågning). På tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt kunne appellants forgænger ikke med rimelighed have forudset, at der i fremtiden ville være behov for at levere de yderligere handlinger, der er nødvendige for den fortsatte drift af ADIS IS. Appellanten har ikke selv skabt en tilstand af eksklusivitet. Ifølge appellanten har dens retlige forgænger heller ikke skabt en tilstand af eksklusivitet.
- 10 Appellanten forsøgte at blive uafhængig af den økonomiske aktør – da vedkommende ikke havde adgang til alle kildekoderne i ADIS IS. Men i 2015 meddelte den økonomiske aktør appellanten, at man ikke overvejede at overdrage ophavsrettighederne til ADIS IS. På tidspunktet for den oprindelige kontrakt var det ikke engang muligt at opnå en fuld overdragelse af ophavsrettighederne til ADIS IS, da nogle komponenter blev brugt kommercielt over hele verden af den økonomiske aktør og dennes partnere.

- 11 På tidspunktet hvor den oprindelige kontrakt blev indgået, var der ingen lovbestemmelser om ophavsret og offentlige udbud. Den retlige situation på tidspunktet for den oprindelige kontrakt er afgørende for vurderingen af appellanternes efterfølgende adfærd.
- 12 Hvis indstævnte i dag skulle gå videre med en udbudsprocedure for levering af et nyt IT-system, ville den spille de økonomiske ressourcer, der er blevet investeret i ADIS IS, og ville således risikere, at en sådan procedure ville blive anset for at være i strid med principperne om sparsommelighed og hensigtsmæssighed.
- 13 Indstævnte har påpeget, at appellanten, baseret på eksklusiviteten i den oprindelige kontrakt fra 1992, udelukkende udviklede ADIS IS ved hjælp af en udbudsprocedure med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse indtil som minimum til udgangen af 2019, og det fremgår ikke af ekspertrapporten, at den valgte økonomiske aktør af tekniske årsager var den eneste mulige økonomiske aktør til systemet.
- 14 Under den administrative procedure er det ikke blevet fastslået, om der overhovedet eksisterer en tilstand af eksklusivitet med hensyn til forudsætningen om beskyttelse af enerettigheder. Det var faktisk tilstrækkeligt at overveje, om den mulige tilstand af eksklusivitet var blevet skabt på en culpøs måde.
- 15 Det fremgår tydeligt af ordlyden i den oprindelige kontrakt, at formålet med ydelsen er at implementere skatteadministrationssystemet i tre faser. Ifølge den oprindelige kontrakt skulle kun den første fase implementeres. Det blev derfor antaget, at ADIS IS ville være i drift i en lang periode.

Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål

- 16 Den forelæggende ret beskæftigede sig først med den materielle betingelse for det pågældende udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Ifølge den forelæggende ret følger det af retspraksis fra Nejvyšší správní soud (øverste forvaltningsdomstol, Den Tjekkiske Republik), at »udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan anvendes, hvis grundene til at anvende det er objektive, dvs. uafhængige af den ordregivende myndigheds vilje«⁶, og samtidig at »der kan drages en klar konklusion af de grunde, der er anført i artikel 31 i direktiv [2004/18], samt i § 23, stk. 4, i [loven om offentlige kontrakter], at en 'eksklusivitetstilstand' (dvs.

⁶ Dom truffet af Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Den Tjekkiske Republik) den 11.1.2013, sagsnummer 5 Afs 43/2012-54, nummer 2790/2013 Sb. NSS [Nejvyšší správní souds (øverste domstol i forvaltningsretlige sager)] domssamling, *Ministerstvo zemědělství* (Landbrugsministeriet, Den Tjekkiske Republik).

behovet for, at kontrakten udelukkende udføres af en bestemt økonomisk aktør) ikke kan skabes af den ordregivende myndighed selv«⁷.

- 17 Samtidig henleder den forelæggende ret opmærksomheden på, at det fremgår af 50. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, at »Der kan også være andre grunde til eksklusivitet, men 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«. Artikel 32, stk. 2, litra b), i dette direktiv bestemmer ligeledes, at en offentlig kontrakt kan tildeles ved udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, bl.a. i tilfælde af beskyttelse af eksklusive rettigheder, hvis »der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsparametrene«. Selv om fristen for gennemførelse af dette direktiv endnu ikke var udløbet på tidspunktet for indledningen af tildelingsproceduren, er den forelæggende ret af den opfattelse, at der blot var tale om at nedskrive et allerede gældende princip⁸.
- 18 Selv om Domstolen endnu ikke i sin retspraksis har taget stilling til, om det for at anvende udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er nødvendigt, at årsagen til, at det er nødvendigt at tildele en offentlig kontrakt udelukkende til en bestemt økonomisk aktør i henhold til artikel 31, stk. 1, litra b), i direktiv 2004/18, ikke kan tilskrives den ordregivende myndighed, finder den forelæggende ret, at fortolkningen af EU-retten i denne henseende er *acte clair*.
- 19 Den forelæggende ret er dog i tvivl om, hvorvidt det er nødvendigt at tage hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed skulle skabe en tilstand af eksklusivitet, ved vurderingen af denne materielle betingelse. Spørgsmålet i den foreliggende sag er derfor, om appellants retlige forgænger ved at regulere ophavsretten i den oprindelige ADIS IS-kontrakt i 1992 culpøst har skabt en eksklusivitetstilstand til fordel for den økonomiske aktør, som udelukker anvendelsen af et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse for en offentlig kontrakt, som udgør fortsættelsen af en tidligere kontrakt i 2016. (dvs. 24 år senere).
- 20 Med hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder på tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt, var Den Tjekkiske Republik (dengang Den Tjekkiske og Slovakiske Føderative Republik) ikke medlem af Den Europæiske

⁷ Dom truffet af Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) den 12.5.2016, sagsnummer 1 As 256/2015-95, nummer 3436/2016 Sb. NSS [Nejvyšší správní souds (øverste domstol i forvaltningsretlige sagers) domssamling], *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (hovedstaden Prags transportvirksomhed, Den Tjekkiske Republik).

⁸ Den forelæggende ret henviser eksempelvis til 51. betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

Union (dengang Det Europæiske Økonomiske Fællesskab) på dette tidspunkt. Samtidig var der ingen relevant national lovgivning om tildeling af offentlige kontrakter; der var kun kortfattede udbudsregler fastsat af regeringen, gældende siden 1. juli 1992, dvs. først relativt lang tid efter starten på proceduren for indgåelse af den oprindelige kontrakt. Den første omfattende regulering blev først indført med zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (lov nr. 199/1994 om tildeling af offentlige kontrakter), som trådte i kraft den 1. januar 1995. Hvad angår reguleringen af vilkårene og betingelserne for licensen til ADIS IS, var bestemmelserne i zákon č. 35/1965 Sb., o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) [Lov nr. 35/1965 om litterære, videnskabelige og kunstneriske værker (ophavsloven)], som var gældende indtil 31. december 1993. I lyset af ovenstående er appellants påstand om, at der ikke fandtes lovbestemmelser om ophavsret, usand, selv om det ikke kan overses, at praksis på daværende tidspunkt var helt anderledes med hensyn til indgåelse af kontrakter, der vedrørte ophavsret til komplekse systemer som ADIS IS.

- 21 På tidspunktet for indgåelsen af den oprindelige kontrakt kunne appellants forgænger derfor med rimelighed antage, at det også ville være muligt at tildele kontrakter efter den oprindelige kontrakt til den samme økonomiske aktør uden også at sikre, at andre økonomiske aktører kunne konkurrere om den nødvendige ydelse. Ifølge appellanten var den økonomiske aktør på det tidspunkt, hvor den oprindelige kontrakt blev indgået, den eneste mulige økonomiske aktør, og derfor skulle appellanten ikke uden yderligere analyse antage, at kontrakten efter den oprindelige kontrakt også kunne udføres af andre økonomiske aktører.
- 22 Ifølge den forelæggende ret er der en klar divergens i den nationale retspraksis med hensyn til svaret på det præjudicielle spørgsmål.
- 23 I sin dom af 30. november 2021, sagsnummer 3 As 60/2020-64, *Statutární město Brno* (byen Brno, Tjekkiet), konkluderede Nejvyšší správní soud (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), at det er nødvendigt at vurdere skabelsen af tilstanden af eksklusivitet fra det tidspunkt, hvor det pågældende forhold opstod, under hensyntagen til den relevante lovgivning (herunder det faktum, at Tjekkiet ikke var medlem af Den Europæiske Union på det tidspunkt) og den økonomiske praksis, der var gældende på det tidspunkt. I den foreliggende sag skulle den ordregivende myndighed have skabt en eksklusivitetstilstand i 1998 ved at aftale licensbetingelserne i kontrakten om arbejdet med IT-systemet. For en sådan løsning taler, at hvis den ordregivende myndigheds fejl ved tildelingen af den oprindelige kontrakt skulle være afgørende for antagelsen om, at den materielle betingelse var opfyldt, ville det være meget vanskeligt at anvende de moderne udbudsregler med tilbagevirkende kraft ved hjælp af et udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Forbuddet mod tilbagevirkende kraft og retssikkerheden skal også tages i betragtning i denne forbindelse. En anden grund til at tage hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, hvor den oprindelige kontrakt blev tildelt, er, at den ordregivende myndighed samtidig ville have været tvunget til at bruge en af de mere åbne udbudsformer, selv om kun én bestemt økonomisk aktør kunne levere ydelsen af

tekniske årsager eller for at beskytte enerettigheder, der opstod på et tidspunkt, hvor de relevante lovbestemmelser ikke var i kraft.

- 24 I dom af 12. marts 2020, sagsnummer 10 As 372/2019-56, *Ministerstvo financí* (Finansministeriet), nåede Nejvyšší správní soud (den øverste forvaltningsdomstol) imidlertid frem til den modsatte konklusion, navnlig at »en rimelig opfattelse af området for offentlige indkøb ville modsætte sig »at acceptere en tilstand af eksklusivitet, der varer ‘for evigt’ (i flere årtier), blot fordi de nyligt indgåede kontrakter følger efter dem, der blev indgået ‘for længe siden’«. Også i dette tilfælde skulle den ordregivende myndighed skabe en tilstand af eksklusivitet ved at indgå en kontrakt om IT-systemet, og det i 1995. Dette understøttes af det faktum, at undtagelserne, der tillader brug af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, ifølge Domstolen skal fortolkes restriktivt. Appellanten tildelte en offentlig kontrakt efter den oprindelige kontrakt i den periode, hvor lov om offentlige kontrakter og direktiv 2004/18 var i kraft. Derfor gjaldt betingelsen om, at appellanten ikke havde skabt en tilstand af eksklusivitet ved sin egen cupløse adfærd, for appellanten. Fra 1992 til 2016 kunne appellanten (eller dennes forgænger) enten have forhandlet nye kontraktvilkår for ophavsrettigheder på en sådan måde, at de kunne have tildelt kontrakter under en af de mere åbne udbudsprocedurer, eller 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 vedtaget⁹.
- 25 Den forelæggende ret er ikke overbevist om, at nogen af fortolkningsmulighederne kan anses for at være klare, plausible og uden rimelig tvivl mere overbevisende end de andre muligheder. Efter den forelæggende rets opfattelse er afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt det ved vurderingen af den materielle betingelse er nødvendigt at tage hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed skulle skabe en eksklusivitetstilstand, et spørgsmål, der endnu ikke er blevet afgjort i Domstolens praksis, desuden af grundlæggende betydning ikke blot i den foreliggende sag, men også for andre ordregivende myndigheder i lignende sager.

⁹ Domstolens dom af 5.10.2000, Kommissionen mod Frankrig, C-337/98, EU:C:2000:543, præmis 37.