



Datum van
inontvangstneming

:

24/10/2023

Zaak C-578/23**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

19 september 2023

Verwijzende rechter:

Nejvyšší správní soud (Tsjechië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 september 2023

Verzoekende partij:

Česká republika – Generální finanční ředitelství

Verwerende partij:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Het geschil betreft de vraag of is voldaan aan de voorwaarden voor het plaatsen van een overheidsopdracht volgens een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht en met name of verzoekers rechtsvoorganger¹ er ten tijde van de sluiting van de overeenkomst inzake systeemintegratie voor het informatietechnologiesysteem ADIS (hierna: „aanvankelijke overeenkomst”) van op de hoogte was dat voor het ADIS-systeem (hierna: „ADIS”) in de toekomst basisservice zou worden vereist en of hij redelijkerwijs had moeten verwachten dat dit het geval zou zijn en, subsidiair, of hij de noodzaak van het plaatsen van vervolgoopdrachten heeft voorzien.

¹ Česká republika – Ministerstvo financí (Tsjechische Republiek – ministerie van Financiën, Tsjechië). Verzoeker is in 2013 opgericht als onafhankelijke staatinstelling en is op het gebied van de belastingadministratie in de plaats getreden van de Ministerstvo financí (ministerie van Financiën), waaraan hij evenwel ondergeschikt blijft.

Voorwerp van de prejudiciële vraag

De verwijzende rechter wenst te vernemen of bij de beoordeling van de materiële voorwaarde voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht rekening moet worden gehouden met de feitelijke en juridische omstandigheden ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst.

Prejudiciële vraag

Moet bij de beoordeling of is voldaan aan de materiële voorwaarde voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, met name of de aanbestedende dienst niet door zijn eigen gedrag een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen in de zin van artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18², rekening worden gehouden met de juridische en feitelijke omstandigheden ten tijde van de sluiting van de overeenkomst betreffende de aanvankelijke prestatie, die aanleiding heeft gegeven tot het plaatsen van vervolgoopdrachten?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 28 van richtlijn 2004/18 (Procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten).

Artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 (Procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

In § 21, lid 2, van de zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (wet nr. 137/2006 inzake overheidsopdrachten; hierna: „wet op de overheidsopdrachten”) is bepaald dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht kan gunnen in het kader van een openbare of niet-openbare procedure en, onder bepaalde voorwaarden, tevens in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van opdracht of een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht.

In § 23, lid 4, onder a), van de wet op de overheidsopdrachten is bepaald dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht ook in het kader van een procedure

² Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: „richtlijn 2004/18”).

van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht kan gunnen wanneer de opdracht slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd om technische of artistieke redenen, om redenen van bescherming van alleenrechten of om redenen die voortvloeien uit specifieke voorschriften.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdeding

- 1 Op 29 juni 1992 heeft verzoekers rechtsvoorganger met IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation de aanvankelijke overeenkomst gesloten. Krachtens deze overeenkomst is ADIS gecreëerd. Tot op heden is dit systeem het voornaamste informatietechnologiesysteem van de belastingadministratie in Tsjechië.
- 2 Op 1 maart 2016 heeft verzoeker overeenkomstig § 23, lid 4, onder a), van de wet op de overheidsopdrachten een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht ingeleid en op 20 mei 2016 heeft hij in het kader van deze procedure een overheidsopdracht met als titel „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016” (basisservice na garantie voor ADIS-applicaties in 2016) geplaatst. Verzoeker heeft dit gedaan op basis van een deskundigenrapport en een juridisch advies, onder verwijzing naar technische redenen³ en naar de bescherming van de auteursrechten van IBM Česká republika, spol. s r.o. (hierna: „ondernemer”)⁴ ten aanzien van de ADIS-broncode. De te contracteren prestatie betrof de voor ADIS vereiste basisservice na garantie. Op 20 mei 2016 heeft verzoeker in het kader van de genoemde overheidsopdracht een dienstverleningsovereenkomst met voornoemde ondernemer gesloten. Het bedrag van de prijs van de overheidsopdracht beliep 33 294 389 Tsjechische kroon (CZK), vermeerderd met btw.
- 3 Bij besluit van 9 oktober 2017 heeft verweerder vastgesteld dat verzoeker een overtreding heeft begaan omdat niet is voldaan aan de voorwaarden van § 23, lid 4, onder a), van de wet op de overheidsopdrachten inzake de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht. Verzoeker heeft namelijk niet aangetoond dat de overheidsopdracht om technische redenen uitsluitend aan de benaderde ondernemer kon worden toevertrouwd. Tegelijkertijd was verweerder van mening

³ Zonder koppeling met de kernel en de andere modules van het besturingssysteem kunnen de verschillende modules niet zelfstandig functioneren of worden beheerd en ontwikkeld; de modules kunnen niet van elkaar worden gescheiden; het voorwerp van de overheidsopdracht interfereert met de bestaande modules; ADIS is gecreëerd en wordt ontwikkeld door een ondernemer die over de licentierechten beschikt en die met ADIS vertrouwd is; de technische continuïteit en het onderhoud en de ontwikkeling van ADIS moeten worden verzekerd.

⁴ In 1992 was IBM World Trade Europe/Middle East/Africa Corporation de enige aandeelhouder van deze vennootschap.

dat de noodzaak tot het beschermen van verzoekers alleenrechten het gevolg was van het eerdere verwijtbare gedrag van verzoekers rechtsvoorganger.

- 4 Verzoeker heeft bezwaar tegen dit besluit gemaakt, maar het bezwaar is afgewezen door verweerders voorzitter. Die was het eens met de door verweerder getrokken conclusies en heeft daaraan toegevoegd dat het vanuit technisch oogpunt niet onmogelijk was om het voorwerp van de opdracht door een andere ondernemer te laten uitvoeren en dat de ontstane situatie het feitelijke gevolg is van de exclusiviteit⁵ van de auteursrechten van de ondernemer, wat geen rechtvaardiging is voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht.
- 5 Verzoeker heeft beroep tegen het besluit van verweerders voorzitter ingesteld bij de Krajský soud v Brně (rechter in eerste aanleg Brno, Tsjechië; hierna „Ks”), die het ingestelde beroep heeft afgewezen. De Ks was van oordeel dat een overheidsopdracht bij wijze van uitzondering kan worden geplaatst in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, indien daarvoor gronden bestaan zoals bedoeld in § 23, lid 4, onder a), van de wet op de overheidsopdrachten (formele voorwaarde), die door de aanbestedende dienst evenwel niet konden worden voorzien en die niet aan hem kunnen worden toegeschreven (materiële voorwaarde).
- 6 De Ks heeft het relevant geacht dat verzoekers rechtsvoorganger bij het aangaan van de aanvankelijke overeenkomst door zijn verwijtbare gedrag een toestand van exclusiviteit van de auteursrechten van de ondernemer heeft gecreëerd. De rechter heeft tevens vastgesteld dat ADIS geen informatietechnologiesysteem is dat kon worden geacht een korte levensduur te hebben. Bovendien wordt het systeem gebruikt op het gebied van de belastingen, dat objectief gezien voortdurend aan verandering onderhevig is. De behoefte aan verdere technische ondersteuning moet derhalve duidelijk zijn geweest.
- 7 De Ks is van oordeel dat verzoeker niet heeft aangetoond dat de ondernemer ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst de enige mogelijke ondernemer was en heeft er tevens op gewezen dat de voorwaarden voor het plaatsen van de vervolgoopdracht moesten worden beoordeeld in het licht van de wettelijke bepalingen die van kracht waren toen de vervolgoopdracht werd geplaatst.
- 8 Verzoeker heeft bij de verwijzende rechter cassatieberoep tegen het vonnis van de Ks ingesteld.

⁵ De toestand van exclusiviteit wordt in de verwijzingsbeslissing gedefinieerd als „de noodzaak om een opdracht uitsluitend door een bepaalde ondernemer te laten uitvoeren”.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 9 Verzoeker voert aan dat de ondernemer ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst de enige ondernemer was die in staat was om de vereiste service te verzekeren (leveren van servers met een eigen besturingssysteem alsmede service en bewaking op afstand). Ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst kon verzoekers voorganger niet redelijkerwijs voorzien dat er in de toekomst aanvullende handelingen nodig zouden zijn om de exploitatie van ADIS te kunnen continueren. Verzoeker heeft niet zelf op verwijtbare wijze een toestand van exclusiviteit in het leven geroepen. Volgens verzoeker heeft ook zijn rechtsvoorganger geen dergelijke toestand gecreëerd.
- 10 Verzoeker heeft geprobeerd om zich van de ondernemer onafhankelijk te maken. Hij had namelijk geen toegang tot alle broncodes van ADIS. In 2015 heeft de ondernemer hem evenwel laten weten dat hij niet voornemens was om de auteursrechten op ADIS over te dragen. Ten tijde van de aanvankelijke overeenkomst was een volledige overdracht van deze auteursrechten niet eens mogelijk omdat bepaalde onderdelen van het systeem door hem en zijn vennoten overal ter wereld commercieel werden gebruikt.
- 11 Ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst bestonden geen wettelijke bepalingen inzake het auteursrecht en het recht inzake overheidsopdrachten. De stand van het recht ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst is van groot belang voor de beoordeling van verzoekers latere gedrag.
- 12 Indien verzoeker thans een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht inzake de levering van een nieuw informatietechnologiesysteem zou inleiden, zou hij de financiële middelen die hij in ADIS heeft geïnvesteerd verspillen en derhalve het risico lopen dat een dergelijke procedure wordt geacht in strijd te zijn met de beginselen van zuinigheid en doelmatigheid.
- 13 Verweerder wijst erop dat de exclusiviteit van de in 1992 gesloten aanvankelijke overeenkomst tot gevolg heeft gehad dat verzoeker ADIS ten minste tot eind 2019 uitsluitend heeft doorontwikkeld in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht, terwijl uit het deskundigenrapport niet volgt dat de geselecteerde ondernemer om technische redenen de enige ondernemer was die het systeem kon exploiteren.
- 14 In het kader van de bestuurlijke procedure is niet vastgesteld of met betrekking tot de voorwaarde van de bescherming van alleenrechten wel sprake is van een toestand van exclusiviteit. Het volstond namelijk om te overwegen of de mogelijke toestand van exclusiviteit op verwijtbare wijze in het leven is geroepen.
- 15 Uit de bewoordingen van de aanvankelijke overeenkomst volgt duidelijk dat de prestatie tot doel had om in drie fasen een systeem voor de belastingadministratie te implementeren. Krachtens de aanvankelijke overeenkomst diende alleen de

eerste fase te worden verwezenlijkt. Derhalve is ervan uitgegaan dat ADIS gedurende een lange periode operationeel zou zijn.

Analyse van de prejudiciële vraag

- 16 De verwijzende rechter is in eerste instantie ingegaan op de materiële voorwaarde voor de toepassing van de onderzochte procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht. Naar het oordeel van de verwijzende rechter volgt uit de nationale rechtspraak van de Nejvyšší správní soud (hoogste bestuursrechter, Tsjechië; hierna: „Nss”) dat „een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht kan worden toegepast indien de redenen voor de toepassing daarvan objectief van aard zijn, dat wil zeggen onafhankelijk van de wil van de aanbestedende dienst”⁶, en tegelijkertijd dat „op basis van de voorwaarden die zijn opgesomd in artikel 31 van richtlijn 2004/18, alsook in § 23, lid 4, van de wet op de overheidsopdrachten, de ondubbelzinnige conclusie kan worden getrokken dat de aanbestedende dienst niet zelf een ‚toestand van exclusiviteit’ (dat wil zeggen de noodzaak om een opdracht uitsluitend door een bepaalde ondernemer te laten uitvoeren) in het leven mag roepen”⁷.
- 17 Tegelijkertijd heeft de verwijzende rechter aangegeven dat er in overweging 50 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG op wordt gewezen dat de exclusiviteit ook uit een andere reden kan voortkomen, maar dat het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking alleen in geval van objectieve exclusiviteit te rechtvaardigen is, als de exclusiviteit niet door de aanbestedende dienst zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure is gecreëerd. Artikel 32, lid 2, onder b), van deze richtlijn bepaalt eveneens dat een overheidsopdracht onder meer in het geval van uitsluitende rechten volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van een opdracht kan worden gegund als er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht. Hoewel de termijn voor de omzetting van deze richtlijn nog niet was verstreken toen de gunningsprocedure werd ingeleid, is de verwijzende rechter

⁶ Arrest van de Nss van 11 januari 2013, zaaknummer 5 Afs 43/2012-54, nummer 2790/2013 Sb. Nss (jurisprudentie van de Nss), *Ministerstvo zemědělství* (ministerie van Landbouw, Tsjechië).

⁷ Arrest van de Nss van 12 mei 2016, zaaknummer 1 As 256/2015-95, nummer 3436/2016 Sb. Nss (jurisprudentie van de Nss), *Dopravní podnik hl. m. Prahy* (hoofdstedelijk vervoerbedrijf Praag, Tsjechië).

van oordeel dat in de genoemde richtlijn slechts een beginsel tot uitdrukking is gebracht dat reeds eerder van kracht was.⁸

- 18 Hoewel het Hof in zijn rechtspraak nog niet is ingegaan op de vraag of het voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht vereist is dat de reden waarom de betreffende overheidsopdracht overeenkomstig artikel 31, lid 1, onder b), van richtlijn 2004/18 slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd niet kan worden verweten aan de aanbestedende dienst, is de verwijzende rechter van oordeel dat de uitlegging van het Unierecht op dit punt een *acte clair* is.
- 19 Bij de verwijzende rechter is evenwel twijfel gerezen over de vraag of bij de beoordeling van deze materiële voorwaarde rekening moet worden gehouden met de feitelijke en juridische omstandigheden op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst mogelijk een toestand van exclusiviteit in het leven heeft geroepen. In de onderhavige zaak moet derhalve een antwoord worden gegeven op de vraag of verzoekers rechtsvoorganger bij het regelen van de auteursrechten in de aanvankelijke overeenkomst betreffende ADIS in 1992 op verwijtbare wijze een toestand van exclusiviteit ten gunste van de genoemde ondernemer heeft gecreëerd, zodat in 2016 (dat wil zeggen 24 jaar later) ten aanzien van de vervolgoopdracht geen rechtvaardiging bestaat voor de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht.
- 20 Wat betreft de feitelijke en juridische omstandigheden ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst zij opgemerkt dat Tsjechië (toen nog de Tsjecho-Slowaakse Federale Republiek) destijds geen lid was van de Europese Unie (toen nog de Europese Economische Gemeenschap). Tegelijkertijd bestond geen relevante nationale wetgeving inzake het plaatsen van overheidsopdrachten en bestonden er slechts beknopte aanbestedingsregels, die door de regering waren opgesteld en die van kracht waren vanaf 1 juli 1992, dat wil zeggen vrij lang nadat de procedure voor het sluiten van de aanvankelijke overeenkomst was ingeleid. De eerste omvattende wettelijke regeling is pas vastgesteld bij de zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek (wet nr. 199/1994 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten), die in werking is getreden op 1 januari 1995. Wat betreft de regeling van de licentievoorwaarden voor ADIS zij opgemerkt dat op het tijdstip van sluiting van de aanvankelijke overeenkomst rekening moest worden gehouden met de geldende bepalingen van de zákon č. 35/1965 Sb, o dílech literárních, vědeckých a uměleckých (autorský zákon) [wet nr. 35/1965 inzake werken van letterkunde, wetenschap en kunst (wet op het auteursrecht)], in de versie die van kracht was tot en met 31 december 1993. Gelet op het voorgaande is verzoekers bewering dat er geen wettelijke bepalingen tot regeling van het auteursrecht bestonden onjuist, hoewel niet kan worden ontkend dat

⁸ De verwijzende rechter verwijst bijvoorbeeld naar overweging 51 van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

destijds sprake was van een geheel andere praktijk inzake het sluiten van overeenkomsten die betrekking hebben op de auteursrechten ten aanzien van complexe systemen zoals ADIS.

- 21 Ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst mocht verzoekers rechtsvoorganger er derhalve redelijkerwijs van uitgaan dat ook de vervolgoopdrachten aan dezelfde ondernemer mochten worden gegund zonder dat ook andere ondernemers naar de opdracht voor de vereiste prestatie konden meedingen. Volgens verzoeker was de genoemde ondernemer ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst de enige mogelijke ondernemer, zodat verzoeker er zonder nader onderzoek niet van behoefde uit te gaan dat de vervolgoopdracht ook door andere ondernemers kon worden uitgevoerd.
- 22 Naar het oordeel van de verwijzende rechter bestaat in de nationale rechtspraak een duidelijke divergentie ten aanzien van de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag.
- 23 In zijn arrest van 30 november 2021, zaaknummer 3 As 60/2020–64, *Statutární město Brno* (statutaire stad Brno, Tsjechië), heeft de Nss namelijk geconcludeerd dat het ontstaan van een toestand van exclusiviteit moet worden beoordeeld vanuit het oogpunt van het tijdstip waarop de betreffende betrekking is ontstaan, rekening houdend met de relevante wettelijke regeling (met inbegrip van het feit dat Tsjechië destijds nog geen lid van de Europese Unie was) en de op dat moment bestaande economische praktijk. In de onderhavige zaak heeft de aanbestedende dienst de mogelijke toestand van exclusiviteit in het leven geroepen in [1992], meer bepaald door in het kader van de dienstverleningsovereenkomst voor het betreffende informatietechnologiesysteem afspraken betreffende de licentievoorwaarden te maken. Deze [juridische] oplossing wordt ondersteund door het feit dat, indien het verwijtbare gedrag van de aanbestedende dienst bij het plaatsen van de aanvankelijke opdracht doorslaggevend is voor het onderzoek of is voldaan aan de hierboven genoemde materiële voorwaarde, het bijzonder moeilijk zou zijn om met terugwerkende kracht de hedendaagse regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht toe te passen. In deze context moet tevens rekening worden gehouden met het verbod van terugwerkende kracht en met de rechtszekerheid. Een andere reden om rekening te houden met de feitelijke en juridische omstandigheden ten tijde van het plaatsen van de aanvankelijke opdracht is dat de aanbestedende dienst tegelijkertijd gedwongen zou zijn geweest om gebruik te maken van een van de meer open vormen van aanbesteding, hoewel de prestatie om technische redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten die zijn ontstaan op een tijdstip waarop de relevante wetgeving nog niet van kracht was slechts aan één specifieke ondernemer kon worden toevertrouwd.
- 24 In zijn arrest van 12 maart 2020, zaaknummer 10 As 372/2019–56, *Ministerstvo financí* (ministerie van Financiën), is de Nss evenwel tot de tegenovergestelde

conclusie gekomen, namelijk dat een redelijke zienswijze op het gebied van de overheidsopdrachten zich verzet tegen „de aanvaarding van een toestand van exclusiviteit die ‚eeuwig‘ (gedurende meerdere decennia) voortduurt, op de enkele grond dat de vervolgovereenkomsten het gevolg zijn van overeenkomsten die ‚lang geleden‘ zijn gesloten”. Ook in voornoemde zaak heeft de aanbestedende dienst door het sluiten van een overeenkomst inzake een informatietechnologiesysteem mogelijk een toestand van exclusiviteit gecreëerd, namelijk in 1995. Deze [juridische] oplossing wordt ondersteund door het feit dat de uitzonderingen die de toepassing van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht toestaan naar het oordeel van het Hof van Justitie restrictief moeten worden uitgelegd. Verzoeker heeft de vervolgoopdracht gegund toen de wet op de overheidsopdrachten en richtlijn 2004/18 van toepassing waren. Bijgevolg gold voor hem dat hij geen toestand van exclusiviteit in het leven mocht roepen als gevolg van zijn eigen verwijtbare gedrag. In de periode van 1992 tot en met 2016 had verzoeker (of zijn rechtsvoorganger) ofwel aldus onderhandelingen over nieuwe contractuele bedingen betreffende de auteursrechten kunnen voeren dat hij de betreffende overheidsopdrachten kon plaatsen in het kader van een van de meer open gunningsprocedures ofwel kunnen beginnen met het plaatsen van opdrachten voor een nieuw informatietechnologiesysteem, ook indien dat tijdelijk met hogere uitgaven gepaard ging, aangezien dit op de langere termijn tot besparingen had kunnen leiden. Bijgevolg kan de situatie ten tijde van de sluiting van de aanvankelijke overeenkomst niet worden ingeroepen wanneer de toestand van exclusiviteit ook na de vaststelling van de relevante aanbestedingswetgeving is blijven bestaan. Om vast te stellen of een procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van opdracht kan worden toegepast moet namelijk rekening worden gehouden met [de toestand op] het tijdstip waarop is besloten om een opdracht in het kader van een dergelijke procedure te plaatsen.⁹

- 25 De verwijzende rechter is er niet van overtuigd dat een van deze uitleggingsvarianten kan worden geacht duidelijk, betrouwbaar en zonder redelijke twijfel overtuigender dan andere varianten te zijn. Bovendien is de verwijzende rechter van oordeel dat de beantwoording van de vraag of bij de beoordeling van de materiële voorwaarde rekening moet worden gehouden met de feitelijke en juridische omstandigheden op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst mogelijk een toestand van exclusiviteit heeft gecreëerd, een vraag die in de rechtspraak van het Hof nog niet is beantwoord, niet alleen van wezenlijk belang is in de onderhavige zaak maar ook ten aanzien van andere aanbestedende diensten in het kader van soortgelijke zaken.

⁹ Arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, EU:C:2000:543, punt 37.