Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 28 maj 2020 *

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Direktiv 2014/24/EU – Artikel 2.1 led 5 – Artikel 12.4 – Artikel 18.1 – Begreppet kontrakt med ekonomiska villkor – Kontrakt mellan två upphandlande myndigheter som eftersträvar ett gemensamt mål av allmänintresse – Tillhandahållande av en programvara för samordning av brandkårens insatser – Avsaknad av ett ekonomiskt vederlag – Samband med ett samarbetsavtal om ömsesidigt och kostnadsfritt tillhandahållande av ytterligare moduler för programvaran – Principen om likabehandling – Förbud mot att gynna ett privat företag i förhållande till dess konkurrenter”

I mål C-796/18,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) genom beslut av den 28 november 2018, som inkom till domstolen den 19 december 2018, i målet

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

mot

Stadt Köln,

ytterligare deltagare i rättegången:

Land Berlin,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden M. Vilaras, domstolens ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på fjärde avdelningen, samt domarna S. Rodin, D. Šváby (referent) och N. Piçarra,

generaladvokat: M. Campos Sánchez-Bordona,

justitiesekreterare: enhetschefen D. Dittert,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 6 november 2019,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

– Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, genom Bernhard Stolz, Rechtsanwalt,

* Rättegångsspråk: tyska.

– Stadt Köln, genom K. van de Sande och U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

– Österrikes regering, genom J. Schmoll, G. Hesse och M. Fruhmann, samtliga i egenskap av ombud,

– Europeiska kommissionen, genom L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers och P. Ondrůšek, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 29 januari 2020 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 2.1 led 5 och artikel 12.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH och Stadt Köln (staden Köln, Tyskland) angående två avtal som ingåtts mellan staden Köln och Land Berlin (delstaten Berlin, Tyskland). Genom avtalen förutsågs att staden Köln kostnadsfritt skulle tillhandahållas en programvara för ledning av brandmännens insatser och att ett samarbete skulle inrättas för att utveckla nämnda programvara.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 I skälen 31 och 33 i direktiv 2014/24 anges följande:

”(31) Det råder betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. Tolkningen av relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol varierar mellan medlemsstaterna och även mellan upphandlande myndigheter. Det är därför nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn.

Ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i [domstolens] relevanta rättspraxis. Enbart det faktum att båda avtalsparterna själva är myndigheter utesluter inte i sig tillämpning av upphandlingsreglerna. Tillämpningen av reglerna för offentlig upphandling bör dock inte inskränka upphandlande myndigheters frihet att utföra de offentliga uppdrag som åligger dem genom att använda sina egna resurser, vilket innefattar möjligheten att samarbeta med andra myndigheter.

Det bör säkerställas att undantag för samarbete mellan myndigheter inte leder till att konkurrensen snedvrids i förhållande till privata ekonomiska aktörer i den mån det gynnar en privat tjänsteleverantör i förhållande till dess konkurrenter.

…

(33) Upphandlande myndigheter bör kunna välja att tillhandahålla sina offentliga tjänster gemensamt genom samarbete utan skyldighet att använda en viss juridisk form. Ett sådant samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex.

obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ. De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra.

Kontrakt för gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster bör inte omfattas av tillämpningen av reglerna i detta direktiv förutsatt att de har ingåtts uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

För att uppfylla dessa villkor bör samarbetet grundas på ett samarbetskoncept. För sådant samarbete krävs inte att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete. Genomförandet av samarbetet, inbegripet ekonomiska överföringar mellan de deltagande upphandlande myndigheterna, bör dessutom endast styras av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.”

4 Artikel 1 i detta direktiv har rubriken ”Syfte och tillämpningsområde”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt samt om projekttävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4.”

5 I artikel 2.1 led 5 i nämnda direktiv definieras ”offentligt kontrakt” som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.”

6 Artikel 12 i direktiv 2014/24 har rubriken ”Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”. I punkt 4 i den artikeln föreskrivs följande:

”Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.

b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.

c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.”

7 I artikel 18 i detta direktiv anges ”[p]rinciper för upphandling”. I punkt 1 i den artikeln föreskrivs följande:

”De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.”

Tysk rätt

8 I 103 § punkt 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lag om förbud mot konkurrensbegränsningar) av den 26 juni 2013 (BGBl. 2013 I, s. 1750), i den lydelse som är tillämplig i målet vid den nationella domstolen (nedan kallad lagen mot konkurrensbegränsningar), föreskrivs att offentliga kontrakt är kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan upphandlande myndigheter och företag som avser leverans av varor, utförande av byggentreprenader eller tillhandahållande av tjänster.

9 Enligt 106 § punkt 1 första meningen i denna lag kan ärenden anhängiggöras vid de organ som utövar tillsyn över upphandlingsförfaranden vid tilldelning av offentliga kontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst de fastställda tröskelvärdena.

10 Det föreskrivs i 108 § punkt 6 i nämnda lag att rättslig prövning vid de organ som utövar tillsyn över upphandlingsförfaranden inte föreligger när det gäller kontrakt som ingås mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om

”1. kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls i syfte att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

2. genomförandet av det samarbete som avses i led 1 endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset, och

3. de deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av det samarbete som avses i led 1.”

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11 Delstaten Berlin, som har den största yrkesbrandkåren i Tyskland, använder programvaran ”IGNIS Plus” som den har förvärvat genom avtal med Sopra Steria Consulting GmbH för att leda brandmännens insatser. Enligt avtalet kan delstaten Berlin bland annat kostnadsfritt överföra programvaran till andra myndigheter med ansvar för säkerhet.

12 I Tyskland ska, i enlighet med de så kallade Kiel-besluten från år 1979 om principerna för utbyte av programvara mellan offentliga organ, kostnadsfri överföring av programvaror från ett offentligt organ till ett annat inte betraktas som en upphandling som ska bli föremål för anbudsinfordran. Det följer nämligen av principen om allmän ömsesidighet att programutveckling som inte får saluföras av myndigheter överförs kostnadsfritt mellan offentliga organ, eftersom de inte konkurrerar med varandra.

13 Den 10 september 2017 ingick staden Köln och delstaten Berlin, med stöd av dessa beslut, ett avtal om kostnadsfritt och permanent tillhandahållande av programvaran ”IGNIS Plus” (nedan kallat avtalet om tillhandahållande av programvaran). I avtalet angavs bland annat följande:

”1. Föremål för avtalet

Dessa villkor reglerar permanent tillhandahållande och användning av den individualiserade programvaran ’IGNIS Plus’. Den enhet som tillhandahåller programvaran har rättigheterna till programvaran.

Den individuella programvaran ’IGNIS Plus’ är den programvara för ledning av insatser som den tillhandahållande enheten använder för beslut om, hantering och operativ uppföljning av insatser inom brandkåren för brandbekämpning, teknisk support, nödräddning och civilskydd. …

2. Beskaffenhet och omfattning av tjänsten

2.1. Tillhandahållaren ska ställa den individualiserade programvaran ’IGNIS Plus’ till mottagarens förfogande i enlighet med vad som överenskommits i samarbetsavtalet.

…

4. Vederlag för tillhandahållandet

Den individuella programvaran ’IGNIS Plus’ ska såsom programvara för ledning av insatser tillhandahållas kostnadsfritt. …”

14 Samma dag ingick staden Köln och delstaten Berlin även ett samarbetsavtal för denna programvara (nedan kallat samarbetsavtalet), vilket bland annat syftade till att anpassa nämnda programvara till partnerns behov och att konkret ställa den till partnerns förfogande efter det att programvaran tillförts nya tekniska funktioner i form av ”kompletterande och tillförda tekniska moduler”, vilka samarbetspartnerna skulle erbjudas kostnadsfritt.

15 I samarbetsavtalet anges särskilt följande:

”Artikel 1 – Syfte med samarbetet

… Partnerna har beslutat att ingå ett partnerskap på lika villkor och, om så krävs, att visa kompromissvilja i syfte att anpassa programvaran till partnerns respektive behov och att ställa den till partnerns förfogande …

Artikel 2 – Fastställande av målet med samarbetet

Partnerna ska ha som mål att installera programvaran ’IGNIS Plus’, såsom system för ledning av insatser, i brandkårens ledningscentraler. Programvaran kan tillföras nya tekniska funktioner i modulform och tillhandahållas de andra samarbetspartnerna för kostnadsfri användning …

…

Artikel 5 – Samarbetets utformning

… Basprogramvaran ska tillhandahållas kostnadsfritt. Samarbetspartnerna ska erbjudas de kompletterande och tillförda tekniska modulerna kostnadsfritt.

Anpassningen av basprogramvaran och modulerna till individuella processer ska begäras och finansieras självständigt.

… Samarbets[avtalet] är bindande endast tillsammans med avtalet [om tillhandahållande av programvaran].”

16 Bolaget ISE, som utformar och säljer programvara för ledning av insatser till de myndigheter som ansvarar för säkerhet, väckte talan vid Vergabekammer Rheinland (Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling i Rheinland, Tyskland) om ogiltigförklaring av avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet på grund av att reglerna om offentlig upphandling hade åsidosatts. Enligt ISE utgjorde staden Kölns deltagande i den fortsatta utvecklingen av programvaran ’IGNIS Plus’, som nämnda stad tillhandahölls kostnadsfritt, en ekonomisk fördel för delstaten Berlin som var tillräcklig för att dessa avtal skulle anses vara av ekonomisk karaktär.

17 Genom beslut av den 20 mars 2018 avvisade Vergabekammer Rheinland (Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling i Rheinland) talan med motiveringen att nämnda avtal inte utgjorde ett offentligt kontrakt, eftersom de inte var av ekonomisk karaktär. I synnerhet saknades ett samband om ömsesidigt förpliktande mellan tjänsten och vederlaget inom ramen för det aktuella samarbetet.

18 ISE överklagade detta beslut till den hänskjutande domstolen, Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland). Bolaget har upprepat att samarbetsavtalet är ett avtal med ekonomiska villkor, eftersom delstaten Berlin avser att skaffa sig en ekonomisk fördel genom att den programvara som är aktuell i det nationella målet tillhandahålls. Staden Köln är nämligen skyldig att kostnadsfritt ställa de kompletterande eller tillförda moduler till denna programvara som staden har utvecklat till delstaten Berlins förfogande. ISE har även kritiserat Vergabekammer Rheinland (Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling i Rheinland) för att felaktigt ha bortsett från att anskaffningen av basprogramvaran medför att senare kontrakt tilldelas tillverkaren, eftersom det endast är tillverkaren som är i stånd att anpassa den och säkerställa dess skötsel och underhåll.

19 Staden Köln har begärt att det beslut som meddelades av domstolen i första instans ska fastställas och har dessutom gjort gällande att om samarbetsavtalet betraktades som ett kontrakt med ekonomiska villkor, skulle det utgöra ett samarbete mellan upphandlande myndigheter och därmed inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling, i enlighet med 108 § punkt 6 lagen mot konkurrensbegränsningar.

20 Eftersom den hänskjutande domstolen är osäker på om det beslut som meddelats av Vergabekammer Rheinland (Tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling i Rheinland) är välgrundat, anser den att det är nödvändigt att fråga EU-domstolen hur direktiv 2014/24 ska tolkas.

21 Den första tolkningsfrågan syftar således till att få klarhet i huruvida begreppet offentligt kontrakt, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, skiljer sig från begreppet kontrakt i artikel 12.4 i direktivet. Om så är fallet skulle ett kontrakt som inte är av ekonomisk karaktär, utan att utgöra ett offentligt kontrakt, kunna kvalificeras som ett ”kontrakt” i den mening som avses i artikel 12.4 i nämnda direktiv och därmed undgå reglerna om offentlig upphandling, om villkoren i punkterna a–c i denna bestämmelse är uppfyllda.

22 Fram till dess har den hänskjutande domstolen i sin praxis dessutom ansett att ett kontrakt med ekonomiska villkor som kännetecknar det offentliga kontraktet, i den mening som avses i 103 § punkt 1 lagen mot konkurrensbegränsningar, ska ges en vid betydelse, eftersom den anser att varje rättsligt samband mellan ömsesidiga prestationer är tillräckligt. Även om tillhandahållandet av programvaran ”IGNIS Plus” leder till ett samarbete som endast ger rättigheter om en av samarbetspartnerna önskar utvidga programvarans funktioner, har det aktuella samarbetet följaktligen varit av ekonomisk karaktär, trots osäkerheten om programvarans framtida utveckling.

23 Den hänskjutande domstolen vill emellertid få klarhet i huruvida det, mot bakgrund av domen av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), inte ska ges en snävare betydelse av begreppen ”offentligt kontrakt” och ”kontrakt med ekonomiska villkor” i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24 än den som den dittills gjort och som inte omfattar sådana situationer som dem som är aktuella i det nationella målet.

24 Slutligen ska de kontrakt som staden Köln tilldelar för anpassning och underhåll av programvaran ”IGNIS Plus” betraktas som kontrakt med ekonomiska villkor. Det rör sig nämligen om självständiga avtal som ingås med tredje man och som kan särskiljas från tillhandahållandet av denna programvara.

25 Den andra tolkningsfrågan avser föremålet för det samarbete mellan de upphandlande myndigheterna som föreskrivs i artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Den hänskjutande domstolen anser, efter att ha jämfört den tyska, den engelska och den franska språkversionen av direktivet, och med beaktande av inledningen i skäl 33 i direktivet, att föremålet för detta samarbete kan bestå i stödverksamhet, utan att det är nödvändigt att samarbetet äger rum i samband med att de offentliga tjänsterna som sådana tillhandahålls.

26 Den tredje tolkningsfrågan motiveras av att förbudet mot en mer förmånlig behandling av en ekonomisk aktör, enligt domstolens praxis avseende Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114) har tolkats så, att ett horisontellt samarbete endast kan undgå reglerna om offentlig upphandling om inget privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter. I artikel 12.4 i direktiv 2014/24 föreskrivs emellertid inte något motsvarande förbud, trots att det nämns i skäl 33 i direktivet.

27 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Rör det sig vid ett skriftligt avtalat tillhandahållande av en programvara från ett offentligt organ till ett annat offentligt organ, varvid tillhandahållandet är kopplat till ett samarbetsavtal, om ett ’offentligt kontrakt’, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv [2014/24], eller ett – visserligen i ett första led med förbehåll för artikel 12.4 a–c – kontrakt som omfattas av direktivets tillämpningsområde, i den mening som avses i artikel 12.4 i direktivet, om det organ som har tagit emot programvaran varken måste betala ett pris eller ersätta några kostnader för programvaran, men det samarbetsavtal som är knutet till tillhandahållandet stadgar att varje samarbetspartner – och därmed även den som tar emot programvaran – kostnadsfritt till den andra partens förfogande ska ställa en eventuell, framtida egen utveckling av programvaran, vilken dock inte obligatoriskt måste utvecklas?

2) [För det fall den första frågan besvaras jakande], ska, enligt artikel 12.4 a i direktiv 2014/24, de deltagande upphandlande myndigheternas samarbete gälla de offentliga tjänster som gemensamt ska tillhandahållas medborgarna som sådana, eller räcker det om samarbetet hänför sig till verksamheter som på något sätt gynnar offentliga tjänster vilka också ska tillhandahållas, men inte nödvändigtvis gemensamt?

3) Är ett oskrivet förbud mot gynnande tillämpligt inom ramen för artikel 12.4 i direktiv 2014/24 och, om så är fallet, med vilket innehåll?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

28 Den hänskjutande domstolen har ställt sin första fråga för att få klarhet i huruvida direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett avtal som dels anger att en upphandlande myndighet kostnadsfritt ska ställa en programvara till en annan upphandlande myndighets förfogande, dels är knutet till ett samarbetsavtal enligt vilket var och en av parterna i det avtalet är skyldig att kostnadsfritt tillhandahålla den andra

parten den framtida utvecklingen av denna programvara som den skulle kunna utforma, utgör ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktivet, eller ett ”kontrakt”, i den mening som avses i artikel 12.4 i nämnda direktiv.

29 Det ska inledningsvis påpekas att lydelsen av artikel 12.4 i direktiv 2014/24, genom vilken det endast hänvisas till begreppet kontrakt och inte till begreppet offentligt kontrakt, skulle kunna tyda på att dessa båda begrepp är olika. Det finns emellertid i själva verket ingen anledning att göra någon åtskillnad mellan dem.

30 Det föreskrivs för det första i artikel 1.1 i direktiv 2014/24 – en artikel som anger direktivets ”Syfte och tillämpningsområde” – att ”[i] detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt samt om projekttävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4 [i detta direktiv]”. Av detta följer att direktivet endast reglerar offentliga kontrakt och projekttävlingar, och inte kontrakt som inte har karaktären av offentliga kontrakt.

31 För det andra nämns begreppet kontrakt inte alls i artikel 2.1 i direktiv 2014/24, i vilken huvudbegreppen för tillämpningen av detta direktiv definieras, utan endast begreppet offentligt kontrakt, vilket antyder att begreppet kontrakt endast utgör en förkortad version av begreppet offentligt kontrakt.

32 För det tredje stöds en sådan tolkning av rubriken till artikel 12 i direktiv 2014/24, vilken avser ”Offentliga kontrakt mellan enheter i den offentliga sektorn”. Hänvisningen till ett ”kontrakt” i artikel 12.4 i direktivet ska således förstås som en hänvisning till begreppet ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i nämnda direktiv.

33 För det fjärde bekräftas denna tolkning även av förarbetena till artikel 12.4 i direktiv 2014/24. Såsom Europeiska kommissionen har erinrat om i sitt skriftliga yttrande innehöll kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling av den 20 december 2011 (COM(2011) 896 final) en artikel 11 med rubriken ”Förbindelser mellan offentliga myndigheter”, i vars punkt 4 det föreskrevs att ”[e]tt avtal som ingåtts mellan två eller flera upphandlande myndigheter … inte [ska] anses utgöra ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 2.6 i detta direktiv, om följande kumulativa villkor är uppfyllda:”, medan unionslagstiftaren inte hade för avsikt att följa detta förslag. Av detta följer att artikel 12.4 i direktiv 2014/24 inte kan medföra att samarbetet mellan upphandlande myndigheter inte längre ska anses vara ett offentligt kontrakt. Dess verkan är endast begränsad till att utesluta ett sådant kontrakt från tillämpningen av de upphandlingsregler som normalt är tillämpliga.

34 För det femte bekräftas denna tolkning av det sammanhang i vilket artikel 12 i direktiv 2014/24 ingår. Denna artikel ingår nämligen i avsnitt 3, med rubriken ”Undantag”, i kapitel I i direktivet. Det skulle vara inkonsekvent om unionslagstiftaren hade försökt utesluta kontrakt som inte utgör offentliga kontrakt från reglerna om offentlig upphandling. Grunderna för uteslutning saknar per definition nämligen föremål med avseende på sådana avtal.

35 Av detta följer dels att undantaget från reglerna om offentlig upphandling förutsätter att det aktuella kontraktet är ett offentligt kontrakt, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24, dels att ett offentligt kontrakt som uppfyller villkoren i artikel 12.4 a–c i direktivet behåller sin rättsliga karaktär av ”offentligt kontrakt”, även om sådana regler inte är tillämpliga på kontraktet.

36 Begreppet ”kontrakt” i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 sammanfaller följaktligen med begreppet offentligt kontrakt, såsom det definieras i artikel 2.1 led 5 i direktivet.

37 Under dessa omständigheter ska det fastställas huruvida ett avtal som dels anger att en upphandlande myndighet kostnadsfritt ska ställa en programvara till en annan upphandlande myndighets förfogande, dels är knutet till ett samarbetsavtal enligt vilket var och en av parterna i avtalet är skyldig att kostnadsfritt tillhandahålla den andra parten den framtida utvecklingen av denna programvara som den skulle kunna utforma, utgör ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24.

38 Det ska inledningsvis erinras om att för att en transaktion som omfattar flera akter eventuellt ska kunna kvalificeras som ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i denna bestämmelse, ska denna transaktion bedömas i sin helhet och med beaktande av dess syfte (se, analogt, dom av den 10 november 2005, kommissionen/Österrike, C-29/04, EU:C:2005:670, punkt 41, och dom av den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 37).

39 Enligt lydelsen av nämnda bestämmelse definieras ”offentliga kontrakt” som ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

40 För att ett kontrakt ska kunna kvalificeras som ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i nämnda bestämmelse, krävs följaktligen att det har ingåtts med ekonomiska villkor och därmed att den upphandlande myndighet som ingår ett offentligt kontrakt i enlighet med detta kontrakt erhåller en prestation som ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten mot vederlag. Dessutom ska kontraktet vara ömsesidigt förpliktande, vilket utgör ett väsentligt kännetecken för ett offentligt kontrakt (se, analogt, dom av den 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43).

41 I förevarande fall förefaller den ekonomiska karaktären av avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet vara avhängig av att det sålunda inrättade samarbetet är ömsesidigt förpliktande.

42 Eftersom det i artikel 5 tredje stycket i samarbetsavtalet föreskrivs att detta avtal endast är bindande ”tillsammans med avtalet om tillhandahållande av programvaran”, ska det vid bedömningen av huruvida hela det avtalsförhållande som dessa två avtal utgör är ömsesidigt förpliktande inte bara tas hänsyn till avtalsvillkoren utan även till den lagstiftningsmiljö i vilken de har ingåtts.

43 Beträffande den sistnämnda punkten framgår det, såsom staden Köln har påpekat såväl i sitt skriftliga yttrande som vid förhandlingen, att den tyska lagstiftningen om brandskydd, teknisk support och civilskydd samt den tyska lagstiftningen om räddningstjänster, nödåtgärder och ambulanstransporter som utförs av företag innebär att de tyska lokala och regionala myndigheter som ansvarar för dessa uppdrag är skyldiga att använda systemet för ledning av insatser på ett så optimalt sätt som möjligt och att permanent anpassa det till behoven.

44 Det är utifrån denna förutsättning som domstolen kommer att pröva villkoren i det omtvistade avtalsförhållandet i dess helhet.

45 Såväl villkoren i avtalet om tillhandahållande av programvaran som villkoren i samarbetsavtalet medför att det är sannolikt att ett vederlag förekommer. Även om det i artikel 4 i avtalet om tillhandahållande anges att tillhandahållandet av denna programvara är ”kostnadsfritt”, framgår det av artikel 1 i avtalet att detsamma är ”permanent”. Ett sådant avtal om att ställa en programvara till förfogande som det som är aktuellt i det nationella målet, vilket förväntas gälla under lång tid, kommer med nödvändighet att genomgå förändringar, för att, såsom ISE bland annat framhöll vid förhandlingen, beakta de anpassningar som följer av nya bestämmelser, utvecklingen av organisationen av räddningstjänsten

eller tekniska framsteg. Enligt de förklaringar som staden Köln lämnade vid förhandlingen sker för övrigt betydande ändringar av nämnda programvara och kompletterande moduler tillförs tre eller fyra gånger per år.

46 Enligt artikel 2.1 i avtalet om tillhandahållande av programvaran ställs dessutom programvaran ”IGNIS Plus” till förfogande ”i enlighet med vad som överenskommits i samarbetsavtalet”, vilket tyder på att delstaten Berlin har infört en form av villkor. Även om tillhandahållandet av programvaran är kostnadsfritt framgår det således inte att det saknar intresse att nämnda programvara ställs till förfogande.

47 Enligt artikel 1 i samarbetsavtalet är syftet med detta avtal vidare att upprätta ”ett partnerskap på lika villkor och, om så krävs, att visa kompromissvilja i syfte att anpassa programvaran till partnerns respektive behov och att ställa den till partnerns förfogande”. Den valda formuleringen tyder även på att partnerna åtar sig att utveckla den ursprungliga versionen av den programvara som är aktuell i det nationella målet, när en sådan utveckling krävs för att använda systemet för ledning av insatser så optimalt som möjligt och för att permanent anpassa systemet till behoven.

48 I artikel 5 i nämnda avtal föreskrivs dessutom att ”[a]npassningen av basprogramvaran och modulerna till individuella processer ska begäras och finansieras självständigt”, vilket är ett uttryck för det ekonomiska intresse som delstaten Berlin har av att nämnda programvara tillhandahålls kostnadsfritt. Staden Köln har för övrigt, som svar på en fråga som domstolen ställde vid förhandlingen, medgett att ett sådant kontrakt bör göra det möjligt för alla partner att göra besparingar.

49 För det fall en av avtalsparterna i hela det avtalsförhållande som det rör sig om i det nationella målet skulle anpassa den aktuella programvaran utan att överföra anpassningarna till den andra parten, förefaller det slutligen som om den sistnämnda antingen kan säga upp samarbetsavtalet och, i förekommande fall, avtalet om tillhandahållande av programvaran eller väcka talan för att kräva tillgång till den anpassning som gjorts på detta sätt. Det framgår således att de skyldigheter som följer av det offentliga kontraktet i det nationella målet är rättsligt bindande, eftersom det vid domstol kan krävas att de ska fullgöras (dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 62).

50 Med förbehåll för den kontroll som ska göras av den hänskjutande domstolen, framgår det således av det ovan anförda att avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet är ömsesidigt förpliktande, eftersom det kostnadsfria tillhandahållandet av programvaran ”IGNIS Plus” ger upphov till en ömsesidig förpliktelse att utveckla denna programvara, när en sådan utveckling – konkretiserad genom finansieringen av de kompletterande moduler som den andra partnern därefter ska tillhandahållas kostnadsfritt – krävs för att använda systemet för ledning av insatser så optimalt som möjligt och för att permanent anpassa systemet till behoven.

51 Under dessa omständigheter framgår det, såsom generaladvokaten har påpekat i punkterna 59 och 62 i sitt förslag till avgörande, att uppdateringen av programvaran ”IGNIS Plus” i praktiken kommer att vara oundviklig, oavsett vid vilken tidpunkt den sker, vilket innebär att vederlaget inte är beroende av ett helt valfritt villkor.

52 Eftersom den anpassning som en av partnerna gör av den programvara som är aktuell i det nationella målet är av uppenbart ekonomiskt intresse för den andra partnern – om den hänskjutande domstolen skulle finna att hela det avtalsförhållande som avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet utgör är ömsesidigt förpliktande – ska dessa avtal anses ha ingåtts med ekonomiska villkor, vilket innebär att villkoren för att fastställa att det rör sig om ett offentligt kontrakt, som det har erinrats om i punkt 40 ovan, är uppfyllda.

53 Den första frågan ska således besvaras enligt följande. Direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett avtal som dels anger att en upphandlande myndighet kostnadsfritt ska ställa en programvara till en annan upphandlande myndighets förfogande, dels är knutet till ett samarbetsavtal enligt vilket var och en av parterna i det avtalet är skyldig att kostnadsfritt tillhandahålla den andra parten den framtida utvecklingen av denna programvara som den skulle kunna utforma, utgör ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i detta direktiv, när det följer såväl av lydelsen av dessa avtal som av den nationella lagstiftning som är tillämplig att nämnda programvara i princip kommer att bli föremål för anpassningar.

Den andra frågan

54 Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling i detta direktiv, när samarbetet avser verksamheter som är underordnade de offentliga tjänster som ska tillhandahållas, även enskilt, av varje samarbetspartner, i den mån dessa underordnade verksamheter bidrar till att nämnda offentliga tjänster faktiskt utförs.

55 Det ska för det första fastställas huruvida upphandlande myndigheter enligt artikel 12.4 a i direktiv 2014/24 får upprätta ett samarbete om uppdrag avseende offentliga tjänster som de inte tillhandahåller gemensamt.

56 Det framgår av denna bestämmelse att ett offentligt kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter inte ska omfattas av direktivets tillämpningsområde, om kontraktet upprättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls i syfte att uppnå myndigheternas gemensamma mål.

57 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 71 i sitt förslag till avgörande hänvisar bestämmelsen därigenom endast till gemensamma mål, utan att det krävs att en och samma offentliga tjänst tillhandahålls gemensamt. Det framgår nämligen av skäl 33 första stycket i direktiv 2014/24 att ”[d]e tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna [i ett sådant samarbete] … inte nödvändigtvis [måste] vara identiska; de kan också komplettera varandra”. Det framgår således att det inte är absolut nödvändigt att den offentliga tjänsten utförs gemensamt av de offentliga personer som deltar i samarbetet.

58 Av detta följer att artikel 12.4 a i direktiv 2014/24 ska tolkas så, att den utan åtskillnad tillåter de deltagande upphandlande myndigheterna att, såväl gemensamt som var och en för sig, säkerställa ett offentligt uppdrag, förutsatt att deras samarbete gör det möjligt att uppnå deras gemensamma mål.

59 För det andra följer det av artikel 12.4 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 33 första stycket i direktivet, att ett samarbete mellan offentliga personer kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med utförandet av tjänster och utövandet av ansvar som de deltagande upphandlande myndigheterna anförtrotts eller åtagit sig.

60 Uttrycket ”alla typer av verksamhet” kan omfatta en verksamhet som är underordnad en offentlig tjänst, förutsatt att denna underordnade verksamhet bidrar till att det uppdrag avseende offentliga tjänster som är föremål för samarbetet mellan de deltagande upphandlande myndigheterna faktiskt utförs. I skäl 33 tredje stycket i direktiv 2014/24 anges nämligen att det med avseende på ett samarbete mellan offentliga myndigheter ”[inte] krävs … att alla deltagande myndigheter åtar sig att fullgöra de huvudsakliga avtalsförpliktelserna så länge det finns åtaganden om att bidra till ett fullgörande av den berörda offentliga tjänsten genom samarbete”.

61 Det är inte heller säkert att en programvara för uppföljning av brandmännens insatser för brandbekämpning, teknisk support, nödräddning och civilskydd, såsom den som är aktuell i det nationella målet, som förefaller vara oundgänglig för att utföra dessa uppdrag, kan anses motsvara en verksamhet av rent underordnad betydelse, vilket det emellertid ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.

62 Den andra frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling i detta direktiv, när samarbetet avser verksamheter som är underordnade de offentliga tjänster som ska tillhandahållas, även enskilt, av varje samarbetspartner, i den mån dessa underordnade verksamheter bidrar till att nämnda offentliga tjänster faktiskt utförs.

Den tredje frågan

63 Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje fråga för att få klarhet i dels huruvida artikel 12.4 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 33 och artikel 18.1 i detta direktiv, ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, i enlighet med principen om likabehandling, inte får leda till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter, dels vilken innebörd denna princip har.

64 Såsom den hänskjutande domstolen riktigt har påpekat följer det av domstolens praxis om direktiv 2004/18 att unionsreglerna om offentlig upphandling inte var tillämpliga på avtal som inrättade ett samarbete mellan offentliga organ i syfte att säkerställa genomförandet av ett uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster som var gemensamt för dessa organ, förutsatt att sådana avtal ingicks uteslutande av offentliga organ, utan medverkan av en privat part, att ingen privat tjänsteleverantör gynnades i förhållande till sina konkurrenter och att samarbetet endast styrdes av överväganden och krav som sammanhängde med allmänintresset. Sådana avtal kunde endast falla utanför unionsrättens tillämpningsområde på området för offentlig upphandling om de uppfyllde samtliga dessa villkor (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl., C-159/11, EU:C:2012:817, punkterna 34–36, och dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punkterna 36–38).

65 Även om förbudet, för de upphandlande myndigheter som deltar i ett samarbete, att behandla ett privat företag mer förmånligt än dess konkurrenter inte nämns i artikel 12.4 i direktiv 2014/24, har unionslagstiftaren inte alls haft för avsikt att avvika från den praxis från domstolen som nämns i föregående punkt.

66 Samtidigt som det för det första påpekas att det råder ”betydande rättsosäkerhet om i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling” och att det därför är nödvändigt att göra klargöranden i detta avseende, anges det i skäl 31 i direktiv 2014/24 att ett sådant klargörande bör vägledas av de principer som fastställts i domstolens relevanta praxis. Av detta följer att unionslagstiftaren inte har haft för avsikt att på denna punkt ifrågasätta domstolens praxis.

67 För det andra framgår det av skäl 33 andra stycket i detta direktiv att de regler som fastställs i direktivet inte bör tillämpas på kontrakt som avser gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster, förutsatt att de ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter, vilket i sak överensstämmer med domstolens praxis som avser artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 och som nämns i punkt 64 ovan.

68 För det tredje, eftersom ett samarbete mellan upphandlande myndigheter som uppfyller villkoren i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 fortfarande ska kvalificeras som ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i direktivet, såsom framgår av svaret på den första frågan, är artikel 18 i direktivet, i vilken principerna för offentlig upphandling anges, under alla omständigheter tillämplig på denna typ av samarbete.

69 Av artikel 18.1 i direktiv 2014/24 framgår dels att de upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet och proportionerligt sätt, dels att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från direktivets tillämpningsområde eller att på ett konstlat sätt begränsa konkurrensen, varvid det ska anses att konkurrensen begränsas på ett konstlat sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt gynna eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

70 Hur beklagansvärd den än må vara, särskilt med hänsyn till rättssäkerhetsprincipen, vilken utgör en grundläggande princip i unionsrätten och vilken bland annat kräver att bestämmelser ska vara klara och precisa, så att enskilda på ett otvetydigt sätt kan få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och vidta åtgärder i enlighet därmed (dom av den 9 juli 1981, Gondrand och Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, punkt 17, dom av den 13 februari 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, punkt 27, och dom av den 14 april 2005, Belgien/kommissionen, C-110/03, EU:C:2005:223, punkt 30), kan underlåtenheten att i artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ange att en privat tjänsteleverantör, inom ramen för ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, inte får gynnas i förhållande till sina konkurrenter inte vara avgörande.

71 I förevarande fall förvärvade delstaten Berlin programvaran ”IGNIS Plus” från Sopra Steria Consulting, innan den överförde den kostnadsfritt till staden Köln.

72 Såsom ISE har hävdat, utan att motsägas av staden Köln vid förhandlingen vid domstolen, utgör anpassningen av denna programvara en mycket komplex process vars ekonomiska värde är betydligt högre än det som motsvarar det ursprungliga förvärvet av basprogramvaran. Enligt ISE hade staden Köln således redan uppskattat kostnaderna för att anpassa nämnda programvara till 2 miljoner euro, medan delstaten Berlin hade offentliggjort ett meddelande med förhandsinformation i *Europeiska unionens officiella tidning* för att utveckla programvaran ”IGNIS Plus” till ett belopp av 3,5 miljoner euro. Enligt ISE ligger det ekonomiska intresset följaktligen inte i förvärvet eller försäljningen av basprogramvaran, utan i ett senare skede, i samband med anpassningen, underhållet, vars kostnad uppgår till 100 000 euro per år, och utvecklingen av denna programvara.

73 ISE anser emellertid att marknaderna för anpassning, underhåll och utveckling av basprogramvaran i praktiken uteslutande är förbehållna utgivaren av denna programvara, eftersom dess utveckling kräver att inte bara källkoden till nämnda programvara finns tillgänglig, utan även andra kunskaper om källkodens utveckling.

74 Det ska i detta hänseende understrykas att när en upphandlande myndighet avser att anordna ett förfarande för offentlig upphandling för att säkerställa underhåll, anpassning eller utveckling av en programvara som förvärvats från en ekonomisk aktör, ska den se till att tillräcklig information lämnas till potentiella anbudssökande och anbudsgivare för att en effektiv konkurrens ska kunna utvecklas på den härledda marknaden för underhåll, anpassning eller utveckling av nämnda programvara.

75 I förevarande fall ankommer det på den hänskjutande domstolen, för att säkerställa att de principer om offentlig upphandling som anges i artikel 18 i direktiv 2014/24 iakttas, att kontrollera, för det första, att såväl delstaten Berlin som staden Köln har källkoden till programvaran ”IGNIS Plus”, för det andra att dessa upphandlande myndigheter, för det fall de anordnar ett förfarande för offentlig upphandling som är avsett att säkerställa underhåll, anpassning eller utveckling av denna programvara, meddelar

potentiella anbudssökande och anbudsgivare källkoden, och, för det tredje, att tillgången till källkoden i sig är tillräcklig för att säkerställa att de ekonomiska aktörer som berörs av den aktuella upphandlingen behandlas på ett öppet, likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

76 Av det ovan anförda följer att den tredje frågan ska besvaras enligt följande. Artikel 12.4 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 33 andra stycket och artikel 18.1 i detta direktiv, ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, i enlighet med principen om likabehandling, inte får leda till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter.

Rättegångskostnader

77 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) **Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG ska tolkas på så sätt att ett avtal som dels anger att en upphandlande myndighet kostnadsfritt ska ställa en programvara till en annan upphandlande myndighets förfogande, dels är knutet till ett samarbetsavtal enligt vilket var och en av parterna i det avtalet är skyldig att kostnadsfritt tillhandahålla den andra parten den framtida utvecklingen av denna programvara som den skulle kunna utforma, utgör ett ”offentligt kontrakt”, i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 i detta direktiv, när det följer såväl av lydelsen av dessa avtal som av den nationella lagstiftning som är tillämplig att nämnda programvara i princip kommer att bli föremål för anpassningar.**

2) **Artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling i detta direktiv, när samarbetet avser verksamheter som är underordnade de offentliga tjänster som ska tillhandahållas, även enskilt, av varje samarbetspartner, i den mån dessa underordnade verksamheter bidrar till att nämnda offentliga tjänster faktiskt utförs.**

3) **Artikel 12.4 i direktiv 2014/24, jämförd med skäl 33 andra stycket och artikel 18.1 i detta direktiv, ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, i enlighet med principen om likabehandling, inte får leda till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter.**

Underskrifter