Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (četvrto vijeće)

28. svibnja 2020.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Ugovori o javnoj nabavi – Direktiva 2014/24/EU – Članak 2. stavak 1. točka 5. – Članak 12. stavak 4. – Članak 18. stavak 1. – Pojam ‚naplatni ugovor' – Ugovor između dvaju javnih naručitelja koji nastoje ostvariti zajednički cilj od javnog interesa – Ustupanje softvera za upravljanje intervencijama vatrogasaca – Nepostojanje protučinidbe u novcu – Veza s ugovorom o suradnji kojim se predviđa uzajamno ustupanje bez naknade dopunskih modula za taj softver – Načelo jednakog postupanja – Zabrana stavljanja privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente"

U predmetu C-796/18,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka), odlukom od 28. studenoga 2018., koju je Sud zaprimio 19. prosinca 2018., u postupku

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

protiv

Stadt Köln,

uz sudjelovanje:

Land Berlin,

SUD (četvrto vijeće),

u sastavu: M. Vilaras, predsjednik vijeća, K. Lenaerts, predsjednik Suda, u svojstvu suca četvrtog vijeća, S. Rodin, D. Šváby (izvjestitelj) i N. Piçarra, suci,

nezavisni odvjetnik: M. Campos Sánchez-Bordona,

tajnik: D. Dittert, načelnik odjela,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 6. studenoga 2019.,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

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

– za Stadt Köln, K. van de Sande i U. Jasper, *Rechtsanwältinnen*,

* Jezik postupka: njemački

– za austrijsku vladu, J. Schmoll, G. Hesse i M. Fruhmann, u svojstvu agenata,

– za Europsku komisiju, L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers i P. Ondrůšek, u svojstvu agenata,

saslušavši mišljenje nezavisnog odvjetnika na raspravi održanoj 29. siječnja 2020.,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 2. stavka 1. točke 5. i članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.).

2 Zahtjev je upućen u okviru spora između društva Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH (u daljnjem tekstu: društvo ISE) i Stadta Köln (Grad Köln, Njemačka), u vezi s dvama ugovorima koje je taj grad sklopio s Landom Berlin (Savezna zemlja Berlin, Njemačka), a kojima se predviđa, s jedne strane, ustupanje bez naknade spomenutom gradu softvera za upravljanje intervencijama vatrogasaca i, s druge strane, suradnja s ciljem razvoja spomenutog softvera.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 Uvodne izjave 31. i 33. Direktive 2014/24 glase:

„(31) Postoji znatna pravna nesigurnost po pitanju mjere u kojoj bi ugovori sklopljeni među subjektima u javnom sektoru trebali biti obuhvaćeni pravilima o javnoj nabavi. Relevantna sudska praksa [Suda] različito se tumači u pojedinim državama članicama te čak među pojedinim javnim naručiteljima. Stoga je potrebno pojasniti u kojim slučajevima ugovori sklopljeni u javnom sektoru nisu podložni primjeni pravila o javnoj nabavi.

Takvo pojašnjenje trebalo bi biti u skladu s načelima određenima u relevantnoj sudskoj praksi [Suda]. Sama činjenica da su obje stranke sporazuma tijela javne vlasti ne isključuje primjenu pravila o nabavi. Međutim, primjena pravila o javnoj nabavi ne bi trebala utjecati na slobodu koju tijela javne vlasti imaju u pružanju javnih usluga za koje su zadužena korištenjem vlastitih resursa što uključuje mogućnost suradnje s drugim tijelima javne vlasti.

Trebalo bi osigurati da izuzeta javno-javna suradnja ne izazove narušavanje tržišnog natjecanja u odnosu na privatne gospodarske subjekte ako stavlja privatne pružatelje usluga u bolji položaj od svojih konkurenata.

[…]

(33) Javni naručitelji trebali bi moći odlučiti zajednički pružati svoje javne usluge putem suradnje bez obveze korištenja bilo kakvog pravnog oblika. Takva suradnja mogla bi obuhvaćati sve vrste aktivnosti vezane uz izvršavanje usluga i odgovornosti koje su dodijeljene sudjelujućim tijelima ili koje su ona preuzela, poput obvezujućih ili dobrovoljnih zadataka lokalnih ili regionalnih tijela ili usluga čije je izvršavanje dodijeljeno određenim tijelima u skladu s javnim pravom. Usluge koje pružaju razna sudjelujuća tijela ne trebaju nužno biti istovjetne; one se također mogu nadopunjavati.

Ugovori za zajedničko pružanje javnih usluga ne bi trebali biti podložni primjeni pravila određenih u ovoj Direktivi pod uvjetom da su sklopljeni isključivo između javnih naručitelja, da se provođenjem te suradnje upravlja isključivo na temelju potreba vezanih uz javni interes te da niti jedan privatni pružatelj usluga nije u boljem položaju od svojih konkurenata.

Kako bi se ispunili ti uvjeti, suradnja bi se trebala temeljiti na suradničkom konceptu. Takva suradnja ne zahtijeva da sva sudjelujuća tijela preuzmu izvršavanje glavnih ugovornih obveza sve dok postoje obveze koje doprinose suradničkom izvršavanju određene javne usluge. Dodatno, provođenje suradnje, uključujući sve financijske prijenose između uključenih javnih naručitelja, trebalo bi urediti isključivo na temelju potreba povezanih s javnim interesom."

4 Članak 1. te direktive, naslovljen „Predmet i područje primjene", u stavku 1. određuje:

„Ovom se Direktivom utvrđuju pravila o postupcima nabave koju provode javni naručitelji vezana uz ugovore o javnoj nabavi te projektne natječaje čija procijenjena vrijednost nije manja od pragova utvrđenih u članku 4."

5 U članku 2. stavku 1. točki 5. navedene direktive „ugovori o javnoj nabavi" definirani su kao „ugovori kojima se ostvaruje financijski interes [naplatni ugovori], sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga".

6 Članak 12. Direktive 2014/24, naslovljen „Ugovori o javnoj nabavi između subjekata u javnom sektoru", u stavku 4. predviđa:

„Ugovor koji je zaključen isključivo između dva ili više javnih naručitelja ne pripada pod područje primjene ove Direktive kada su ispunjeni svi sljedeći uvjeti:

(a) ugovor utvrđuje ili provodi suradnju između uključenih javnih naručitelja s ciljem osiguravanja da se javne usluge koje oni trebaju pružati pružaju s ciljem ostvarivanja njihovih zajedničkih ciljeva;

(b) ta je suradnja uspostavljena isključivo na temelju potreba vezanih uz javne interese; i

(c) sudjelujući javni naručitelji ostvaruju [obavljaju] na otvorenom tržištu manje od 20 % aktivnosti na koje se odnosi suradnja".

7 Članak 18. te direktive, kojim se uređuju „[n]ačela [javne] nabave", u stavku 1. određuje:

„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način.

Koncept nabave [Ugovor o javnoj nabavi] nije osmišljen s namjerom da se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se prijetvorno suzi nadmetanje. Smatra se da se nadmetanje prijetvorno sužava kada je koncept nabave [ugovor o javnoj nabavi] osmišljen s namjerom da se određenim gospodarskim subjektima neopravdano da prednost ili ih se stavi u nepovoljan položaj."

Njemačko pravo

8 Članak 103. stavak 1. Gesetza gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zakon o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja) od 26. lipnja 2013. (BGBl. 2013. I, str. 1750.), u verziji koja se primjenjuje na glavni postupak (u daljnjem tekstu: Zakon o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja), određuje da su ugovori o javnoj nabavi naplatni ugovori koje sklapaju javni naručitelji i poduzetnici, a čiji je predmet nabava robe, izvođenje radova ili pružanje usluga.

9 U skladu s prvom rečenicom članka 106. stavka 1. tog zakona, pred tijelima za nadzor postupaka javne nabave moguće je pokrenuti postupak ako je riječ o dodjeli ugovora o javnoj nabavi čija je procijenjena vrijednost bez poreza na dodanu vrijednost jednaka ili veća od propisanog praga.

10 Članak 108. stavak 6. spomenutog zakona isključuje mogućnost pokretanja postupka pred tijelima za nadzor postupaka javne nabave u slučaju ugovora koji se sklapaju između dvaju ili više javnih naručitelja ako:

„1. ugovorom se uspostavlja ili provodi suradnja između uključenih javnih naručitelja kako bi se osiguralo to da javne usluge koje oni pružaju služe ostvarivanju njihovih zajedničkih ciljeva;

2. provedba suradnje iz prethodnog stavka isključivo je u javnom interesu; i

3. javni naručitelji obavljaju na tržištu manje od 20 % aktivnosti na koje se odnosi suradnja iz stavka 1.”

Glavni postupak i prethodna pitanja

11 Savezna zemlja Berlin, čija je postrojba profesionalnih vatrogasaca najveća u Njemačkoj, koristi se softverom „IGNIS Plus” za upravljanje intervencijama vatrogasaca, nabavljenim na temelju ugovora s društvom Sopra Steria Consulting GmbH. Taj ugovor omogućava toj saveznoj zemlji, među ostalim, besplatno ustupanje spomenutog softvera drugim tijelima nadležnima za sigurnost.

12 U skladu s takozvanim „odlukama iz Kiela”, koje su donesene 1979. i kojima se utvrđuju načela razmjene softvera između tijela javne vlasti, besplatno ustupanje softvera jednog javnog tijela drugomu u Njemačkoj se ne smatra obuhvaćenim obvezom provedbe postupka javne nabave. Naime, iz načela opće uzajamnosti proizlazi da se nadogradnje softvera koje javno tijelo ne smije prodavati besplatno ustupaju između tijela javne vlasti, s obzirom na to da se ona međusobno ne natječu na tržištu.

13 Grad Köln i Savezna zemlja Berlin sklopili su 10. rujna 2017., u skladu s tim odlukama, ugovor o trajnom i nenaplatnom ustupanju softvera „IGNIS Plus” (u daljnjem tekstu: ugovor o ustupanju softvera), u kojem se, među ostalim, utvrđuje:

„1. Predmet ugovora

Ovim ugovorom uređuje se trajno ustupanje i korištenje prilagođenog softvera ‚IGNIS Plus’. Pravima na navedeni softver raspolaže njegov ustupitelj.

Prilagođeni softver ‚IGNIS Plus’ softver je za upravljanje intervencijama kojim se koristi ustupitelj, a služi za prihvat, obradu i operativno praćenje aktivnosti vatrogasne postrojbe u gašenju požara, pružanju tehničke pomoći, spašavanju i civilnoj zaštiti. […]

2. Vrsta i opseg usluga

2.1. Ustupitelj ustupa prilagođeni softver ‚IGNIS Plus’ u skladu s odredbama ugovora o suradnji.

[…]

4. Naknada za ustupanje

Prilagođeni softver ‚IGNIS Plus’ kao softver za upravljanje intervencijama ustupa se bez naknade. […]”

14 Istog dana Grad Köln i Savezna zemlja Berlin također su sklopili ugovor o suradnji u pogledu navedenog softvera (u daljnjem tekstu: ugovor o suradnji) namijenjen, među ostalim, tomu da se on prilagodi potrebama partnera i ustupi mu se bez naknade na korištenje, dodavanjem novih tehničkih funkcionalnosti u obliku „dopunskih i nadogradnih tehničkih modula”.

15 Ugovor o suradnji propisuje, među ostalim:

„Članak 1. – Svrha želje za suradnjom

[…] Partneri su se odlučili za ravnopravno partnerstvo i spremni su, ako je to potrebno, na postizanje kompromisa u svrhu prilagodbe softvera pojedinačnim potrebama partnera te njegova ustupanja potonjem. […]

Članak 2. – Odrađivanje cilja suradnje

Cilj je partnerstva izgradnja softvera ‚IGNIS Plus' kao sustava za upravljanje intervencijama u operativnim centrima vatrogasne postrojbe. Softverski sustav može se obogatiti novim tehničkim funkcionalnostima u obliku modula te se ustupiti partneru na besplatno korištenje. […]

[…]

Članak 5. – Organizacija suradnje

[…] Ustupanje osnovnog softvera besplatno je. Dopunski i nadogradni tehnički moduli nude se bez naknade partneru iz ugovora o suradnji.

Prilagodbu osnovnog softvera kao i modula na vlastite procedure valja posebno naručiti te samostalno financirati.

[…] [Ugovor] o suradnji obvezuje samo zajedno s Ugovorom o [ustupanju] kao jedinstveni dokument.”

16 Društvo ISE, koje razvija i prodaje softver za upravljanje intervencijama tijela nadležnih za sigurnost, podnijelo je pravno sredstvo Vergabekammeru Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja, Njemačka) zahtijevajući da se ugovori o ustupanju softvera i o suradnji ponište zbog nepoštovanja propisa o javnoj nabavi. Prema mišljenju tog društva, sudjelovanje Grada Kölna u naknadnom razvoju softvera „IGNIS Plus” koji mu je ustupljen bez naknade čini dovoljnu financijsku pogodnost za Saveznu zemlju Berlin, zbog čega se navedeni ugovori moraju smatrati naplatnima.

17 Odlukom od 20. ožujka 2018. Vergabekammer Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja) proglasio je podneseno pravno sredstvo nedopuštenim smatrajući da u slučaju predmetnih ugovora nije riječ o ugovorima o javnoj nabavi, s obzirom na to da oni nisu naplatni. To je tijelo, konkretno, zaključilo da u okviru predmetne suradnje ne postoji dvostrano obvezni odnos s činidbom i protučinidbom.

18 Društvo ISE žalilo se na tu odluku sudu koji je uputio zahtjev, Oberlandesgerichtu Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka). Ono je ponovilo da je ugovor o suradnji naplatni ugovor jer Saveznoj zemlji Berlin pruža financijsku pogodnost ustupanja softvera iz glavnog postupka, s obzirom na činjenicu da joj je Grad Köln dužan bez naknade ustupiti dopunske i nadogradne module koje je razvio za taj softver. Društvo ISE također prigovara Vergabekammeru Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja) da je pogrešno propustio zaključiti da nabava osnovnog softvera podrazumijeva dodjelu naknadnih ugovora proizvođaču jer on jedini može prilagoditi softver te osigurati njegov daljnji razvoj i održavanje.

19 Grad Köln zahtijeva potvrđivanje odluke tog tijela i pritom ističe da su ugovor o suradnji – čak i ako se smatra naplatnim – sklopili javni naručitelji i da on stoga, u skladu s člankom 108. stavkom 6. Zakona o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja, nije obuhvaćen pravilima o javnoj nabavi.

20 Budući da dvoji o osnovanosti odluke Vergabekammera Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja), sud koji je uputio zahtjev smatra nužnim od Suda zatražiti tumačenje Direktive 2014/24.

21 Tako se prvim prethodnim pitanjem želi razjasniti razlikuje li se pojam „ugovor o javnoj nabavi" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 od pojma „ugovor", navedenog u njezinu članku 12. stavku 4. Ako je odgovor potvrdan, ugovor koji nije naplatan mogao bi se smatrati „ugovorom" u smislu spomenutog članka 12. stavka 4., različitim od ugovora o javnoj nabavi, na koji se, prema tome, ne primjenjuju pravila o provedbi postupka javne nabave čim se ispune uvjeti iz točaka (a) do (c) te odredbe.

22 Osim toga, sud koji je uputio zahtjev u dosadašnjoj je sudskoj praksi široko tumačio pojam naplatnog ugovora svojstvenog postupcima javne nabave u smislu članka 103. stavka 1. Zakona o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja, smatrajući dovoljnim postojanje bilo kakve pravne veze između uzajamnih činidbi. Prema tome, iako ustupanje softvera „IGNIS Plus" dovodi do suradnje u kojoj prava nastaju samo ako jedan od partnera iz ugovora o suradnji odluči proširiti funkcionalnost tog softvera, ponuda suradnje o kojoj je riječ naplatne je naravi, unatoč neizvjesnostima u pogledu buduće nadogradnje spomenutog softvera.

23 Međutim, sud koji je uputio zahtjev dvoji o tome valja li, s obzirom na presudu od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), prihvatiti uže tumačenje pojmova „ugovor o javnoj nabavi" i „naplatni ugovor", navedenih u članku 2. stavku 1. točki 5. Direktive 2014/24, od onoga koje je prihvaćao u svojoj dosadašnjoj praksi, koja nije obuhvaćala situacije poput one u glavnom postupku.

24 Naposljetku, sud koji je uputio zahtjev smatra da se ugovori koje je Grad Köln dodijelio za prilagodbu i održavanje softvera „IGNIS Plus" trebaju smatrati naplatnima. Naime, riječ je o zasebnim ugovorima koji su sklopljeni s trećim osobama i mogu se odvojiti od ustupanja navedenog softvera.

25 Drugo prethodno pitanje odnosi se na predmet suradnje između javnih naručitelja koja je navedena u članku 12. stavku 4. Direktive 2014/24. Nakon što je usporedio njemačku, englesku i francusku jezičnu verziju spomenute direktive te uzeo u obzir početak njezine uvodne izjave 33., sud koji je uputio zahtjev zaključuje da akcesorne aktivnosti mogu biti predmet te suradnje, bez potrebe da se ona odvija tijekom samog pružanja javnih usluga.

26 Treće prethodno pitanje opravdava se činjenicom da se – u skladu sa sudskom praksom Suda koja se odnosi na Direktivu 2004/18/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama (SL 2004., L 134, str. 114.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.) – zabrana stavljanja gospodarskog subjekta u povoljniji položaj tumačila na način da horizontalna suradnja može ostati izvan primjene pravila o javnoj nabavi samo ako se nijedan privatni poduzetnik ne stavlja u povoljniji položaj u odnosu na svoje konkurente. Članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24 ne predviđa takvu zabranu, iako se ona spominje u njezinoj uvodnoj izjavi 33.

27 U tim je okolnostima Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu) odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Je li ustupanje softvera jednog tijela javne vlasti drugome, koje je dogovoreno u pisanom obliku i povezano je s ugovorom o suradnji, ‚ugovor o javnoj nabavi' u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive [2014/24] ili je riječ o ugovoru koji ulazi u područje primjene te direktive u smislu njezina članka 12. stavka 4. – barem na početku, i to pod uvjetima iz točaka (a) do (c) potonje odredbe – ako preuzimatelj softvera, doduše, ne mora platiti cijenu ni naknadu troškova, ali ugovor o

suradnji koji je povezan s ustupanjem softvera predviđa da svaki partner – te stoga i preuzimatelj softvera – drugom partneru bez naknade ustupi moguće buduće vlastite nadogradnje softvera koje, međutim, nije dužan razviti?

2. [U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje], mora li se, u skladu s člankom 12. stavkom 4. točkom (a) Direktive 2014/24, suradnja uključenih javnih naručitelja odnositi na same javne usluge koje se zajednički pružaju građanima ili je dovoljno da se odnosi na aktivnosti koje na određeni način pridonose pružanju tih usluga, koje nužno ne mora biti zajedničko?

3. Primjenjuje li se u okviru članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24, te s kojim sadržajem, nepisana zabrana stavljanja u povoljniji položaj?"

O prethodnim pitanjima

Prvo pitanje

28 Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li Direktivu 2014/24 tumačiti na način da ugovor kojim se, s jedne strane, predviđa da jedan javni naručitelj drugomu bez naknade ustupa softver i koji je, s druge strane, povezan s ugovorom o suradnji na temelju kojeg je svaka njegova stranka dužna drugoj stranci ustupiti bez naknade moguće buduće vlastite nadogradnje tog softvera čini „ugovor o javnoj nabavi" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive ili takav ugovor treba smatrati „ugovorom" u smislu njezina članka 12. stavka 4.

29 Najprije valja upozoriti na to da bi tekst članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 – u kojem se navodi isključivo pojam „ugovor", ali ne i pojam „ugovor o javnoj nabavi" – mogao stvoriti dojam da je riječ o dvama različitim pojmovima. Međutim, te pojmove u stvarnosti ne treba razlikovati.

30 Naime, kao prvo, članak 1. te direktive, u kojem se preciziraju njezini „predmet i područje primjene", u stavku 1. propisuje da se „[t]om […] [d]irektivom utvrđuju pravila o postupcima nabave koju provode javni naručitelji vezana uz ugovore o javnoj nabavi te projektne natječaje čija procijenjena vrijednost nije manja od pragova utvrđenih u [njezinu] članku 4.". Iz toga proizlazi da se spomenutom direktivom uređuju isključivo ugovori o javnoj nabavi i projektni natječaji, ali ne i druge vrste ugovora.

31 Kao drugo, u članku 2. stavku 1. Direktive 2014/24, u kojem se definiraju glavni pojmovi o kojima ovisi njezina primjena, ne navodi se pojam „ugovor", nego samo „ugovor o javnoj nabavi", što upućuje na zaključak da je prvonavedeni pojam tek skraćeni oblik drugonavedenog.

32 Kao treće, u prilog takvom tumačenju ide naslov članka 12. Direktive 2014/24, gdje se govori o „[u]govori[ma] o javnoj nabavi između subjekata u javnom sektoru". Prema tome, navođenje „ugovora" u članku 12. stavku 4. te direktive valja shvaćati kao upućivanje na „ugovor o javnoj nabavi" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. navedene direktive.

33 Kao četvrto, spomenuto tumačenje potvrđuju i pripremni akti u vezi s člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24. Kao što je to napomenula Europska komisija u svojim pisanim očitovanjima, iako je njezin prijedlog Direktive Europskog parlamenta i Vijeća o javnoj nabavi od 20. prosinca 2011. (COM(2011) 896 *final*) sadržavao članak 11., naslovljen „Odnosi između tijela javne vlasti", čiji je stavak 4. predviđao da se „[u]govor između dvaju ili više javnih naručitelja ne smatra […] ugovorom o javnoj nabavi u smislu članka 2. točke 6. [te] direktive, čim su ispunjeni sljedeći kumulativni uvjeti", zakonodavac Unije nije želio prihvatiti taj prijedlog. Iz toga slijedi da članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24 ne može suradnji između javnih naručitelja oduzeti svojstvo ugovora o javnoj nabavi. Spomenuta odredba za učinak ima samo to da navedeni ugovor izuzima iz primjene uobičajeno primjenjivih pravila o provedbi postupaka javne nabave.

34 Kao peto, to tumačenje potvrđuje analiza konteksta članka 12. Direktive 2014/24. Naime, taj se članak nalazi u odjeljku 3. njezine glave I., naslovljenom „Izuzeća”. Zakonodavac Unije postupao bi nedosljedno kada bi iz primjene pravila o provedbi postupaka javne nabave pokušao izuzeti ugovore koji nisu ugovori o javnoj nabavi. Naime, po definiciji, razlozi za izuzeće bespredmetni su u odnosu na takve ugovore.

35 Iz toga slijedi, s jedne strane, da izuzimanje iz primjene pravila o provedbi postupaka javne nabave podrazumijeva da je u slučaju dotičnog ugovora riječ o ugovoru o javnoj nabavi u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24 i, s druge strane, da ugovor o javnoj nabavi koji ispunjava uvjete iz njezina članka 12. stavka 4. točaka (a) do (c) zadržava takvu pravnu narav čak i kada se spomenuta pravila na njega ne primjenjuju.

36 Posljedično, pojam „ugovor” iz članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 podudara se s pojmom „ugovor o javnoj nabavi”, kako je definiran u njezinu članku 2. stavku 1. točki 5.

37 U tim okolnostima treba utvrditi čini li ugovor kojim se, s jedne strane, predviđa da jedan javni naručitelj drugomu bez naknade ustupa softver i koji je, s druge strane, povezan s ugovorom o suradnji na temelju kojeg je svaka njegova stranka dužna drugoj stranci ustupiti bez naknade moguće buduće vlastite nadogradnje tog softvera „ugovor o javnoj nabavi” u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24.

38 Najprije valja podsjetiti na to da se za potrebe moguće kvalifikacije operacije koja podrazumijeva više faza kao „ugovora o javnoj nabavi” u smislu te odredbe ta operacija mora ispitati u cjelini i uzimajući u obzir njezinu svrhu (vidjeti po analogiji presude od 10. studenoga 2005., Komisija/Austrija, C-29/04, EU:C:2005:670, t. 41. i od 21. prosinca 2016., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, t. 37.).

39 „Ugovori o javnoj nabavi” definirani su u navedenoj odredbi kao naplatni ugovori, sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga.

40 Slijedom navedenog, da bi se smatrao „ugovorom o javnoj nabavi” u smislu spomenute odredbe, ugovor mora biti naplatan i stoga podrazumijevati da javni naručitelj koji ga sklapa na temelju tog ugovora prima protučinidbu koja mu je u izravnom gospodarskom interesu (vidjeti po analogiji presudu od 21. prosinca 2016., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, t. 43.). Nadalje, navedeni ugovor mora biti dvostrano obvezan jer je to ključna značajka ugovora o javnoj nabavi.

41 U predmetnom slučaju naplatna narav ugovora o ustupanju softvera i ugovora o suradnji čini se uvjetovana dvostrano obveznom naravi tako uspostavljene suradnje.

42 Budući da članak 5. treći stavak ugovora o suradnji predviđa da on obvezuje „samo zajedno s ugovorom o ustupanju softvera kao jedinstveni dokument”, kako bi se ocijenila dvostrano obvezna narav ugovorne cjeline koju čine ta dva ugovora, valja voditi računa ne samo o njihovim odredbama nego i o regulatornom kontekstu u kojem su sklopljeni.

43 Kad je riječ o potonjem, kao što je to istaknuo Grad Köln u svojim pisanim očitovanjima i na raspravi, njemački propisi o zaštiti od požara, tehničkoj pomoći i civilnoj zaštiti kao i propisi o uslugama spašavanja, hitnih intervencija i ambulantnog prijevoza koje pružaju poduzetnici obvezuju njemačke teritorijalne cjeline nadležne za obavljanje navedenih zadaća da se sustavom upravljanja intervencijama koriste što je optimalnije i da ga stalno prilagođavaju potrebama.

44 Sud će spornu ugovornu cjelinu razmotriti upravo polazeći od te premise.

45 U tom pogledu, i tekst ugovora o ustupanju softvera i tekst ugovora o suradnji svjedoče o vjerojatnosti postojanja protučinidbe. Iako se u članku 4. ugovora o ustupanju navodi da se spomenuti softver ustupa „bez naknade”, iz njegova članka 1. proizlazi da je to ustupanje „trajno”. Ugovor o ustupanju softvera poput onoga iz glavnog postupka, koji bi trebao vrijediti dulje vrijeme, nužno će se mijenjati, kako bi se – kao što je to, među ostalim, istaknulo društvo ISE na raspravi – vodilo računa o prilagodbama koje su nužne zbog novih propisa, promjena u organizaciji službe spašavanja odnosno tehnološkog napretka. K tome, prema navodima Grada Kölna iznesenima na raspravi, važne izmjene spomenutog softvera i ugradnja dopunskih modula trebali bi se provoditi tri ili četiri puta na godinu.

46 Nadalje, kao što je to utvrđeno u članku 2.1. ugovora o ustupanju, softver „IGNIS Plus” ustupa se „u skladu s odredbama [ugovora] o suradnji”, što upućuje na to da je Savezna zemlja Berlin odlučila ustupanje na određeni način uvjetovati. Prema tome, iako se spomenuti softver ustupa bez naknade, to ustupanje uključuje određeni interes.

47 Usto, u skladu s člankom 1. ugovora o suradnji, njegova je svrha „ravnopravno partnerstvo [… i], ako je to potrebno, […] postizanje kompromisa u svrhu prilagodbe softvera pojedinačnim potrebama partnera te njegova ustupanja potonjem”. Prihvaćena formulacija također svjedoči o spremnosti stranaka da razvijaju početnu verziju softvera iz glavnog postupka, kada je takav razvoj nužan za što optimalnije korištenje sustavom upravljanja intervencijama i njegovo trajno prilagođavanje potrebama.

48 Osim toga, članak 5. spomenutog ugovora utvrđuje da „[p]rilagodbu osnovnog softvera kao i modula na vlastite procedure valja posebno naručiti te samostalno financirati”, što upućuje na financijski interes Savezne zemlje Berlin prilikom ustupanja navedenog softvera bez naknade. Također, u odgovoru na pitanje Suda postavljeno tijekom rasprave Grad Köln je priznao da takav ugovor treba omogućiti svim partnerima ostvarivanje ušteda.

49 Naposljetku, ako bi jedna od stranaka ugovorne cjeline iz glavnog postupka prilagodila sporni softver, ali te prilagodbe ne bi ustupila drugoj stranci, čini se da bi potonja mogla ili raskinuti ugovor o suradnji i, prema potrebi, ugovor o ustupanju softvera ili pokrenuti postupak pred sudom kako bi zatražila ustupanje koristi od tako izvršene prilagodbe. Na taj su način činidbe koje proizlaze iz ugovora o javnoj nabavi o kojem je riječ u glavnom postupku pravno obvezujuće jer se njihovo ispunjenje može zahtijevati sudskim putem (presuda od 25. ožujka 2010., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, t. 62.).

50 Prema tome, iz prethodnih razmatranja proizlazi – što je dužan provjeriti sud koji je uputio zahtjev – da su ugovor o ustupanju softvera i ugovor o suradnji dvostrano obvezne naravi jer ustupanje softvera „IGNIS Plus” bez naknade stvara uzajamnu obvezu njegova razvoja, kada je on nužan za što optimalnije korištenje sustavom upravljanja intervencijama i njegovo trajno prilagođavanje potrebama, a što se ostvaruje kroz financiranje dopunskih modula koji se nakon toga moraju ustupiti partneru bez naknade.

51 U tim okolnostima, kao što je to u biti istaknuo nezavisni odvjetnik u točkama 59. i 62. svojeg mišljenja, osuvremenjivanje softvera „IGNIS Plus” bit će u praksi neizbježno, bez obzira na iznos koji će pritom biti potreban, tako da protučinidba ne ovisi o isključivo potestativnom uvjetu.

52 Budući da je prilagođavanje softvera iz glavnog postupka u očitom financijskom interesu drugog partnera, ako sud koji je uputio zahtjev zaključi da je ugovorna cjelina koju čine ugovor o ustupanju softvera i ugovor o suradnji dvostrano obvezne naravi, te bi ugovore valjalo smatrati naplatnima, a uvjete za njihovu kvalifikaciju kao ugovora o javnoj nabavi, navedene u točki 40. ove presude, ispunjenima.

53 Stoga na prvo pitanje valja odgovoriti tako da Direktivu 2014/24 treba tumačiti na način da ugovor kojim se, s jedne strane, predviđa da jedan javni naručitelj drugomu bez naknade ustupa softver i koji je, s druge strane, povezan s ugovorom o suradnji na temelju kojeg je svaka njegova stranka dužna

drugoj stranci ustupiti bez naknade moguće buduće vlastite nadogradnje tog softvera čini „ugovor o javnoj nabavi" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive, kada iz teksta tih ugovora i iz mjerodavnih nacionalnih propisa proizlazi da će u pravilu doći do prilagodbi spomenutog softvera.

Drugo pitanje

54 Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24 tumačiti na način da se suradnja između javnih naručitelja može isključiti iz područja primjene pravila o provedbi postupaka javne nabave predviđenih u toj direktivi kada se ta suradnja odnosi na aktivnosti koje su akcesorne u odnosu na javne usluge koje su dužne pružiti, makar i pojedinačno, sve stranke ugovora o suradnji, pod uvjetom da te akcesorne aktivnosti pridonose stvarnom pružanju navedenih javnih usluga.

55 Kao prvo, valja utvrditi ovlašćuje li članak 12. stavak 4. točka (a) Direktive 2014/24 javne naručitelje na uspostavljanje suradnje u pogledu zadaća javne usluge koju ne pružaju zajedno.

56 Iz te odredbe proizlazi da ugovor koji je zaključen isključivo između dvaju ili više javnih naručitelja ne ulazi u područje primjene navedene direktive kada se njime utvrđuje ili provodi suradnja između uključenih javnih naručitelja s ciljem osiguravanja da se javne usluge koje oni trebaju pružati pružaju s ciljem ostvarivanja njihovih zajedničkih ciljeva.

57 Na taj način, kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik u točki 71. svojeg mišljenja, navedena odredba ograničava se na navođenje zajedničkih ciljeva, ne zahtijevajući zajedničko pružanje iste javne usluge. Naime, kao što to proizlazi iz prve alineje uvodne izjave 33. Direktive 2014/24, „[u]sluge koje pružaju razna sudjelujuća tijela [u okviru te suradnje] ne trebaju nužno biti istovjetne; one se također mogu nadopunjavati". Prema tome, nije nužno da javna tijela koja surađuju osiguraju zajedničko pružanje javne usluge.

58 Iz toga slijedi da članak 12. stavak 4. točku (a) Direktive 2014/24 treba tumačiti na način da ovlašćuje javne naručitelje koji surađuju na zajedničko ili na pojedinačno ostvarivanje zadaća javne usluge, pod uvjetom da ta suradnja omogućava ostvarivanje zajedničkih im ciljeva.

59 Kao drugo, iz članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24, u vezi s prvom alinejom njezine uvodne izjave 33., proizlazi da se suradnja između javnih tijela može odnositi na sve vrste aktivnosti povezanih s pružanjem usluga i izvršavanjem odgovornosti koja je povjerena javnim naručiteljima koji surađuju ili su je preuzeli.

60 Valja upozoriti na to da pojam „sve vrste aktivnosti" može uključivati aktivnost koja je akcesorna u odnosu na javnu uslugu, pod uvjetom da pridonosi njezinu stvarnom pružanju koje je predmet suradnje sudjelujućih javnih naručitelja. Naime, u trećoj alineji uvodne izjave 33. Direktive 2014/24 propisuje se da suradnja javnih naručitelja „ne zahtijeva da sva sudjelujuća tijela preuzmu izvršavanje glavnih ugovornih obveza sve dok postoje obveze koje doprinose suradničkom izvršavanju određene javne usluge".

61 Bez obzira na to, nije izvjesno da se softver za praćenje intervencija vatrogasaca u gašenju požara, pružanju tehničke pomoći, spašavanju i civilnoj zaštiti, poput onoga u glavnom postupku, koji se čini nužnim za ostvarivanje tih zadaća, može svesti tek na razinu akcesornih aktivnosti, što je na sudu koji je uputio zahtjev da provjeri.

62 Stoga na drugo pitanje valja odgovoriti tako da članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24 treba tumačiti na način da se suradnja između javnih naručitelja može isključiti iz područja primjene pravila o provedbi postupaka javne nabave predviđenih u toj direktivi kada se ta suradnja odnosi na aktivnosti koje su

akcesorne u odnosu na javne usluge koje su dužne pružiti, makar i pojedinačno, sve stranke ugovora o suradnji, pod uvjetom da te akcesorne aktivnosti pridonose stvarnom pružanju navedenih javnih usluga.

Treće pitanje

63 Svojim trećim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita, s jedne strane, treba li članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24, u vezi s njezinom uvodnom izjavom 33. i njezinim člankom 18. stavkom 1., tumačiti na način da suradnja javnih naručitelja ne smije, protivno načelu jednakog postupanja, dovesti do stavljanja privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente i, s druge strane, koji je sadržaj tog načela.

64 Kao što to s pravom ističe sud koji je uputio zahtjev, iz sudske prakse Suda koja se odnosi na Direktivu 2004/18 proizlazi da se odredbe prava Unije u području javne nabave ne primjenjuju na ugovore kojima se uspostavlja suradnja između javnih tijela čiji je cilj osigurati ostvarivanje zajedničkih im zadaća javne službe, pod uvjetom da takve ugovore sklapaju isključivo navedena tijela, bez sudjelovanja privatnih subjekata, da nijedan privatni pružatelj usluga nije stavljen u povoljniji položaj u odnosu na svoje konkurente i da je navedena suradnja motivirana isključivo potrebama i zahtjevima vezanima uz javni interes. Navedeni ugovori mogu ostati izvan područja primjene prava Unije u području javne nabave samo ako su kumulativno ispunjeni svi kriteriji (vidjeti u tom smislu presude od 19. prosinca 2012., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr., C-159/11, EU:C:2012:817, t. 34. do 36. i od 13. lipnja 2013., Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, t. 36. do 38.).

65 Iako zabrana da javni naručitelji koji surađuju stave privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente nije spomenuta u članku 12. stavku 4. Direktive 2014/24, zakonodavac Unije nije se namjeravao udaljiti od sudske prakse Suda navedene u prethodnoj točki.

66 Kao prvo, ističući postojanje „znatne pravne nesigurnosti po pitanju mjere u kojoj bi ugovori sklopljeni među subjektima u javnom sektoru trebali biti obuhvaćeni pravilima o javnoj nabavi” i, prema tome, potrebu za davanjem pojašnjenja s tim u vezi, u uvodnoj izjavi 31. Direktive 2014/24 određuje se da ta pojašnjenja moraju biti u skladu s načelima određenima u relevantnoj sudskoj praksi Suda. Iz toga proizlazi da zakonodavac Unije nije namjeravao u tom smislu dovoditi u pitanje sudsku praksu Suda.

67 Kao drugo, iz druge alineje uvodne izjave 33. te direktive proizlazi da ugovori za zajedničko pružanje javnih usluga ne bi trebali biti podložni primjeni u njoj određenih pravila pod uvjetom da su sklopljeni isključivo između javnih naručitelja, da se provođenjem te suradnje upravlja isključivo na temelju potreba vezanih uz javni interes te da nijedan privatni pružatelj usluga nije stavljen u bolji položaj od svojih konkurenata, što u biti odgovara stanju sudske prakse Suda koja se odnosi na članak 1. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 i koja je navedena u točki 64. ove presude.

68 Kao treće, u svakom slučaju, budući da – kao što to proizlazi iz odgovora na prvo pitanje – suradnja između javnih naručitelja koja ispunjava uvjete iz članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 zadržava narav „ugovora o javnoj nabavi” u smislu njezina članka 2. stavka 1. točke 5., na tu vrstu suradnje primjenjuje se njezin članak 18., u kojem se utvrđuju načela javne nabave.

69 Na temelju članka 18. stavka 1. Direktive 2014/24, s jedne strane, javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i bez diskriminacije te djeluju na transparentan i razmjeran način, dok se, s druge strane, ugovor o javnoj nabavi ne može sklopiti s namjerom njegova isključivanja iz područja primjene te direktive ili prijetvornog sužavanja javnog nadmetanja, što je slučaj kada je ugovor o javnoj nabavi osmišljen s namjerom da se određenim gospodarskim subjektima neopravdano da prednost ili ih se stavi u nepovoljan položaj.

70 Na taj način, bez obzira na opravdano žaljenje zbog činjenice da u članku 12. stavku 4. Direktive 2014/24 nije spomenuto to da se privatnog pružatelja usluga u okviru suradnje javnih naručitelja ne smije staviti u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente – osobito s obzirom na načelo pravne sigurnosti, koje predstavlja temeljno načelo prava Unije i koje posebice zahtijeva da je propis jasan i precizan kako bi pojedinci mogli nedvosmisleno znati svoja prava i obveze te posljedično primijeniti njegove odredbe (presude od 9. srpnja 1981., Gondrand i Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, t. 17.; od 13. veljače 1996., Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, t. 27. i od 14. travnja 2005., Belgija/Komisija, C-110/03, EU:C:2005:223, t. 30.) – ta činjenica ne može biti presudna.

71 U predmetnom slučaju Savezna zemlja Berlin nabavila je od društva Sopra Steria Consulting softver „IGNIS Plus”, koji je nakon toga besplatno ustupila Gradu Kölnu.

72 U skladu s tvrdnjama društva ISE, koje Grad Köln nije opovrgavao na raspravi pred Sudom, prilagodba tog softvera složen je proces čija je ekonomska vrijednost znatno veća od vrijednosti prvotne kupnje osnovnog softvera. Društvo ISE tvrdi da je već Grad Köln troškove prilagodbe navedenog softvera procijenio na dva milijuna eura, dok je Savezna zemlja Berlin u *Službenom listu Europske unije* objavila prethodnu obavijest o razvoju softvera „IGNIS Plus” u iznosu od 3,5 milijuna eura. Prema tome, u skladu s tvrdnjama spomenutog društva, financijski interes ne nalazi se u kupnji ili prodaji osnovnog softvera, nego kasnije, u stadiju njegove prilagodbe i održavanja, čiji troškovi iznose 100 000 eura na godinu, te u stadiju njegova razvoja.

73 Društvo ISE smatra da će u praksi ugovori o prilagodbi, održavanju i razvoju osnovnog softvera biti rezervirani za njegova proizvođača, s obzirom na to da je za razvoj navedenog softvera potrebno ne samo posjedovati izvorni kod nego i raspolagati znanjima o tome kako ga razviti.

74 U tom pogledu važno je naglasiti da javni naručitelj, kada namjerava provesti postupak javne nabave za održavanje, prilagodbu i razvoj softvera koji je kupio od gospodarskog subjekta, mora potencijalnim natjecateljima i ponuditeljima pružiti dovoljno informacija kako bi omogućio odvijanje učinkovitog tržišnog natjecanja na sekundarnom tržištu održavanja, prilagodbe odnosno razvoja spomenutog softvera.

75 Da bi se u predmetnom slučaju osiguralo poštovanje načela javne nabave, navedenih u članku 18. Direktive 2014/24, na sudu koji je uputio zahtjev je da provjeri, kao prvo, posjeduju li Savezna zemlja Berlin i Grad Köln izvorni kod softvera „IGNIS Plus”, kao drugo, jesu li ti javni naručitelji – u slučaju provedbe postupka javne nabave za održavanje, prilagodbu odnosno razvoj tog softvera – dostavili spomenuti izvorni kod potencijalnim kandidatima i ponuditeljima i, kao treće, je li pristup tom kodu sam po sebi dovoljan da bi se osiguralo transparentno, jednako i nediskriminirajuće postupanje prema gospodarskim subjektima zainteresiranima za dodjelu ugovora o kojem je riječ.

76 S obzirom na iznesena razmatranja, na treće pitanje valja odgovoriti tako da članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24, u vezi s drugom alinejom njezine uvodne izjave 33. i njezinim člankom 18. stavkom 1., treba tumačiti na način da suradnja javnih naručitelja ne smije, protivno načelu jednakog postupanja, dovesti do stavljanja privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente.

Troškovi

77 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenog, Sud (četvrto vijeće) odlučuje:

1. **Direktivu 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ treba tumačiti na način da ugovor kojim se, s jedne strane, predviđa da jedan javni naručitelj drugomu bez naknade ustupa softver i koji je, s druge strane, povezan s ugovorom o suradnji na temelju kojeg je svaka njegova stranka dužna drugoj stranci ustupiti bez naknade moguće buduće vlastite nadogradnje tog softvera čini „ugovor o javnoj nabavi" u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. te direktive, kada iz teksta tih ugovora i iz mjerodavnih nacionalnih propisa proizlazi da će u pravilu doći do prilagodbi spomenutog softvera.**

2. **Članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24 treba tumačiti na način da se suradnja između javnih naručitelja može isključiti iz područja primjene pravila o provedbi postupaka javne nabave predviđenih u toj direktivi kada se ta suradnja odnosi na aktivnosti koje su akcesorne u odnosu na javne usluge koje su dužne pružiti, makar i pojedinačno, sve stranke ugovora o suradnji, pod uvjetom da te akcesorne aktivnosti pridonose stvarnom pružanju navedenih javnih usluga.**

3. **Članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24, u vezi s drugom alinejom njezine uvodne izjave 33. i njezinim člankom 18. stavkom 1., treba tumačiti na način da suradnja javnih naručitelja ne smije, protivno načelu jednakog postupanja, dovesti do stavljanja privatnog poduzetnika u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente.**

Potpisi