Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 28. maja 2020*

„Predhodno odločanje – Javna naročila – Direktiva 2014/24/EU – Člen 2(1), točka 5 – Člen 12(4) – Člen 18(1) – Pojem ‚odplačna pogodba‘ – Pogodba, sklenjena med dvema naročnikoma, s katero se uresničuje skupni cilj v javnem interesu – Dajanje na voljo programske opreme, namenjene koordinaciji gasilskih intervencij – Neobstoj denarnega plačila – Povezava z dogovorom o sodelovanju, ki določa vzajemno in brezplačno dajanje na voljo dopolnilnih modulov te programske opreme – Načelo enakega obravnavanja – Prepoved postavitve zasebnega podjetja v ugodnejši položaj v primerjavi z njegovimi konkurenti“

V zadevi C-796/18,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija) z odločbo z dne 28. novembra 2018, ki je na Sodišče prispela 19. avgusta 2018, v postopku

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

proti

Stadt Köln,

ob udeležbi

Land Berlin,

SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi M. Vilaras, predsednik senata, K. Lenaerts, predsednik Sodišča v funkciji sodnika četrtega senata, S. Rodin, D. Šváby (poročevalec) in N. Piçarra, sodniki,

generalni pravobranilec: M. Campos Sánchez-Bordona,

sodni tajnik: D. Dittert, vodja oddelka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 6. novembra 2019,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

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

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

* Jezik postopka: nemščina.

– za avstrijsko vlado J. Schmoll, G. Hesse in M. Fruhmann, agenti,

– za Evropsko komisijo L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers in P. Ondrůšek, agenti,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 29. januarja 2020

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 2(1), točka 5, in 12(4) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH in Stadt Köln (mesto Köln, Nemčija) zaradi dveh pogodb, sklenjenih med mestom Köln in Land Berlin (nemška zvezna dežela Berlin, Nemčija), ki določata brezplačno dajanje na voljo programske opreme za vodenje gasilskih intervencij v korist tega mesta oziroma sodelovanje pri razvoju navedene programske opreme.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 V uvodnih izjavah 31 in 33 Direktive 2014/24 je navedeno:

„(31) Obstaja precejšnja pravna negotovost glede vprašanja, v kolikšni meri bi bilo treba pogodbe, sklenjene med subjekti v javnem sektorju, zajeti v pravila o javnem naročanju. Države članice in celo javni naročniki si zadevno sodno prakso [Sodišča] razlagajo različno. Zato je treba pojasniti, v katerih primerih se za pogodbe o izvedbi javnega naročila, sklenjene v javnem sektorju, ne uporabljajo pravila o javnem naročanju.

Tako pojasnilo bi moralo temeljiti na načelih iz ustrezne sodne prakse [Sodišča]. Dejstvo, da sta obe pogodbeni stranki tudi javna organa, samo po sebi ne izključuje uporabe pravil o javnem naročanju. Vendar pa uporaba pravil o javnem naročanju ne bi smela posegati v svobodo javnih organov, da izvajajo naloge na področju javnih storitev, za katere so pristojni, z uporabo lastnih virov, kar zajema tudi možnost sodelovanja z drugimi javnimi organi.

Treba bi bilo zagotoviti, da nobeno izvzeto javno-javno sodelovanje ne izkrivlja konkurence glede na zasebne gospodarske subjekte, tako da zasebnemu izvajalcu storitev zagotavlja prednost pred njegovimi konkurenti.

[…]

(33) Javni naročniki bi morali imeti možnost, da se odločijo, da bodo prek sodelovanja skupaj izvajali svoje javne storitve, ne da bi morali uporabljati kakršno koli določeno pravno obliko. Takšno sodelovanje bi lahko zajemalo vse vrste dejavnosti v zvezi z izvajanjem storitev in odgovornosti, ki so bile dodeljene sodelujočim organom ali so jih ti prevzeli, na primer obvezne ali prostovoljne naloge lokalnih ali regionalnih organov ali storitve, ki jih določenim organom nalaga javno pravo. Ni potrebno, da so storitve, ki jih izvajajo različni sodelujoči organi, nujno enake; lahko se tudi dopolnjujejo.

Pravila iz te direktive se ne bi smela uporabljati za pogodbe o skupnem opravljanju javnih storitev, če so sklenjena izključno med javnimi naročniki, če se pri tem sodelovanju upoštevajo le vidiki javnega interesa in če noben zasebni izvajalec storitev nima prednosti pred svojimi konkurenti.

Da bi izpolnili te pogoje, bi moralo sodelovanje temeljiti na konceptu sodelovanja. Tako sodelovanje ne pomeni, da morajo vsi sodelujoči organi izvajati glavne pogodbene obveznosti, pod pogojem, da se zavežejo, da bodo prispevali k skupnemu izvajanju zadevne javne storitve. Poleg tega bi bilo treba pri sodelovanju, vključno z vsakršnimi finančnimi transferji med sodelujočimi javnimi naročniki, upoštevati le vidike javnega interesa."

4 Člen 1 te direktive, naslovljen „Predmet urejanja in področje uporabe", v odstavku 1 določa:

„Ta direktiva določa pravila o postopkih javnega naročanja, ki jih izvedejo javni naročniki v zvezi z javnimi naročili in projektnimi natečaji, katerih ocenjena vrednost ni nižja od mejnih vrednosti iz člena 4."

5 V skladu s členom 2(1), točka 5, navedene direktive „javna naročila" pomenijo „pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev".

6 Člen 12 Direktive 2014/24, naslovljen „Javna naročila med osebami v javnem sektorju", v odstavku 4 določa:

„Pogodba o izvedbi javnega naročila, sklenjena izključno med dvema ali več javnimi naročniki, ne spada v področje uporabe te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji:

(a) pogodba o izvedbi javnega naročila določa ali vzpostavlja sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki, z namenom, da se zagotovi, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni;

(b) pri tem sodelovanju se upoštevajo le vidiki javnega interesa in

(c) sodelujoči javni naročniki na trgu izvajajo manj kot 20 % dejavnosti, ki jih zajema sodelovanje."

7 Člen 18 te direktive, ki vsebuje „[n]ačela javnega naročanja", v odstavku 1 določa:

„Javni naročniki obravnavajo gospodarske subjekte enako in nediskriminatorno ter delujejo transparentno in sorazmerno.

Javno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca. Konkurenca se šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom, da neupravičeno zagotavlja boljšo oziroma slabšo obravnavo nekaterih gospodarskih subjektov."

Nemško pravo

8 Člen 103(1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o preprečevanju omejevanja konkurence) z dne 26. junija 2013 (BGBl. 2013 I, str. 1750), v različici, ki se uporablja za spor o glavni stvari (v nadaljevanju: zakon o preprečevanju omejevanja konkurence), določa, da so javna naročila odplačne pogodbe, sklenjene med javnimi naročniki in podjetji, katerih predmet je dobava blaga, izvedba gradenj ali izvajanje storitev.

9 V skladu s členom 106(1), prvi stavek, tega zakona se lahko organom za nadzor nad postopki javnega naročanja predložijo naročila, katerih ocenjena vrednost naročila ali pogodbena vrednost brez prometnega davka doseže ali preseže določene mejne vrednosti.

10 Člen 108(6) navedenega zakona določa, da predloga za revizijo pri organih za nadzor nad postopki javnega naročanja ni možno vložiti pri pogodbah, sklenjenih med dvema ali več javnimi naročniki, če:

„1. pogodba določa ali vzpostavlja sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki, da bi se zagotovilo, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni;

2. se pri sodelovanju iz točke 1 upoštevajo le vidiki javnega interesa in

3. javni naročniki na trgu izvajajo manj kot 20 odstotkov dejavnosti, ki jih zajema sodelovanje iz točke 1.“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

11 Nemška zvezna dežela Berlin, ki ima največjo poklicno gasilsko enoto v Nemčiji, uporablja programsko opremo „IGNIS Plus“, ki jo je za vodenje gasilskih intervencij s pogodbo pridobila od družbe Sopra Steria Consulting GmbH. Ta pogodba je tej deželi med drugim omogočala, da je navedeno programsko opremo brezplačno posredovala drugim organom, pristojnim za opravljanje varnostnih nalog.

12 V Nemčiji se v skladu s tako imenovanimi odločitvami „Kiel“ iz leta 1979 o določitvi načel za izmenjavo programske opreme med javnimi upravami brezplačen prenos programske opreme z ene javnopravne skupnosti na drugo ne šteje za postopek oddaje javnega naročila, za katerega bi bil potreben javni razpis. Iz načela splošne vzajemnosti naj bi namreč izhajalo, da je razvoj programske opreme, za katero je izključeno, da bi jo javni organi tržili, brezplačno prenesen z ene javne uprave na drugo, saj si med seboj ne konkurirajo.

13 Mesto Köln in nemška zvezna dežela Berlin sta 10. septembra 2017 na podlagi teh odločitev sklenili pogodbo o brezplačni in stalni uporabi programske opreme „IGNIS Plus“ (v nadaljevanju: pogodba o dajanju na voljo programske opreme), ki med drugim določa:

„1. Predmet pogodbe

Za trajno zagotovitev in uporabo po potrebah naročnika razvite programske opreme ‚IGNIS Plus‘ veljajo naslednji pogoji. Stranka, ki zagotovi programsko opremo, ima pravice na tej programski opremi.

Po potrebah naročnika razvita programska oprema ‚IGNIS Plus‘ je programska oprema za vodenje intervencij stranke, ki zagotovi programsko opremo, za začetek intervencij, pripravljenost in sledenje intervencijam v zvezi z dejavnostmi gasilskih enot v okviru gašenja požarov, tehnične pomoči, ukrepanja v nujnih primerih in varstva pred naravnimi in drugimi nesrečami. […]

2. Vrsta in obseg storitve

2.1 Stranka, ki zagotovi programsko opremo ‚IGNIS Plus‘, jo da prevzemniku na voljo ob upoštevanju dogovorov v pogodbi o sodelovanju.

[…]

4. Plačilo za zagotovitev

Zagotovitev po potrebah naročnika razvite programske opreme ‚IGNIS Plus' kot programske opreme za vodenje intervencij je brezplačna. […]"

14 Istega dne sta mesto Köln in nemška zvezna dežela Berlin sklenila tudi pogodbo o sodelovanju za to programsko opremo (v nadaljevanju: pogodba o sodelovanju), ki je namenjena zlasti prilagoditvi navedene programske opreme potrebam partnerja in konkretnemu dajanju na voljo te programske opreme temu partnerju, z dodajanjem novih tehničnih funkcij v obliki „dopolnilnih tehničnih modulov in nadgradenj", ki bodo brezplačno ponujeni partnerjem sodelovanja.

15 Pogodba o sodelovanju med drugim določa:

„Člen 1 – Namen pripravljenosti za sodelovanje

[…] Pogodbeni stranki sta se odločili za enakopravno partnerstvo in, če je potrebno, za pripravljenost za kompromis, da bi se programska oprema prilagodila konkretnim potrebam druge pogodbene stranke in da bi bila na voljo drugi stranki v okviru sodelovanja. […]

Člen 2 – Določitev cilja sodelovanja

Stranki pri sodelovanju zasledujeta cilj, da se programska oprema za vodenje intervencij ‚IGNIS Plus' uporabi v operativnih centrih gasilskih enot. Sistem programske opreme se lahko nadgradi z novimi tehničnimi funkcijami v obliki modulov, ki so drugim strankam v okviru sodelovanja brezplačno dane na voljo za uporabo. […]

[…]

Člen 5 – Opis sodelovanja

[…] Dajanje na voljo osnovne programske opreme je brezplačno. Dopolnilni tehnični moduli in nadgradnje se drugi stranki v okviru sodelovanja ponudijo brezplačno.

Prilagoditev osnovne programske opreme ter modulov lastnim procesom se naroči in financira samostojno.

[…] [Pogodba] o sodelovanju je zavezujoč[a] le skupaj s pogodbo o [dajanju na voljo programske opreme]."

16 Družba ISE, ki razvija in prodaja programsko opremo za vodenje intervencij za organe, pristojne za varnost, je pri Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje, Nemčija) vložila zahtevek za revizijo, s katero je predlagala, naj se pogodba o dajanju na voljo programske opreme in pogodba o sodelovanju razglasita za nični zaradi nespoštovanja predpisov o javnih naročilih. Po mnenju družbe ISE sodelovanje mesta Köln pri poznejšem razvoju programske opreme „IGNIS Plus", ki je temu mestu dana na voljo brezplačno, za nemško zvezno deželo Berlin pomeni zadostno finančno korist, tako da naj bi bile te pogodbe odplačne.

17 Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje) je s sklepom z dne 20. marca 2018 to pritožbo razglasila za nedopustno, ker naj pri navedenih pogodbah zaradi njune neodplačnosti ne bi šlo za javno naročilo. Natančneje, pri zadevnem sodelovanju naj ne bi bilo vzajemne povezave med storitvijo in plačilom.

18 Družba ISE je zoper ta sklep vložila tožbo pri predložitvenem sodišču, Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče Düsseldorf, Nemčija). Ponovno trdi, da je pogodba o sodelovanju odplačna pogodba, ker želi nemška zvezna dežela Berlin z dajanjem programske opreme iz postopka v glavni stvari pridobiti finančno ugodnost, saj ji mora mesto Köln brezplačno dati na voljo dopolnilne module

ali nadgradnje te programske opreme, ki jo je razvila. ISE poleg tega očita Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje), da naj zmotno ne bi upoštevala, da so z nabavo osnovne programske opreme povezana tudi nadaljnja naročila pri proizvajalcu, saj naj bi bil le on sposoben to opremo prilagoditi, ter zagotoviti njeno vzdrževanje in servisiranje.

19 Mesto Köln prosi za potrditev odločbe tega sodišča in poleg tega trdi, da bi pogodba o sodelovanju, če bi se štela za odplačno pogodbo, pomenila sodelovanje med naročniki in zato ne bi spadala na področje uporabe prava o javnih naročilih v skladu s členom 108(6) zakona o preprečevanju omejevanja konkurence.

20 Ker predložitveno sodišče dvomi o utemeljenosti sklepa Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje), meni, da je treba Sodišču zastaviti vprašanje o razlagi Direktive 2014/24.

21 Namen prvega vprašanja za predhodno odločanje je torej ugotoviti, ali se pojem „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, razlikuje od pojma „pogodba o izvedbi javnega naročila“ iz člena 12(4) te direktive. Če je tako, bi bilo možno pogodbo, ki ni odplačna, ne da bi bila javno naročilo, opredeliti kot „pogodbo o izvedbi javnega naročila“ v smislu člena 12(4) navedene direktive in bi se zato lahko izognila pravilom o javnem naročanju, če so izpolnjeni pogoji iz točk od (a) do (c) te določbe.

22 Poleg tega naj bi predložitveno sodišče do zdaj v svoji sodni praksi sprejelo široko razlago odplačne pogodbe, ki je značilna za javno naročilo, v smislu člena 103(1) zakona o preprečevanju omejevanja konkurence, pri čemer je menilo, da je bila vsaka pravna vez med vzajemnimi dajatvami zadostna. Čeprav dajanje na voljo programske opreme „IGNIS Plus“ vodi do sodelovanja, ki daje pravice, le če eden od partnerjev sodelovanja želi razširiti funkcije te programske opreme, bi bila zadevna ponudba sodelovanja kljub negotovosti glede prihodnjega razvoja navedene programske opreme odplačna.

23 Vendar se predložitveno sodišče sprašuje, ali ne bi bilo treba glede na sodbo z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), upoštevati pomen pojmov „javno naročilo“ in „odplačna pogodba“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, ki je ožji od tistega, ki ga je uporabljalo do takrat in ki ne zajema položajev, kakršen je ta v postopku v glavni stvari.

24 Nazadnje, naročila, ki jih je mesto Köln oddalo za prilagoditve in servisiranje programske opreme „IGNIS Plus“, je treba šteti za odplačne pogodbe. Šlo naj bi namreč za samostojne pogodbene dogovore s tretjimi osebami, ki jih je mogoče ločiti od dajanja te programske opreme na voljo.

25 Drugo vprašanje za predhodno odločanje se nanaša na predmet sodelovanja med javnimi naročniki, ki je navedeno v členu 12(4) Direktive 2014/24/EU. Predložitveno sodišče je po primerjavi nemške, angleške in francoske različice te direktive in ob upoštevanju začetka uvodne izjave 33 navedene direktive menilo, da so pomožne dejavnosti lahko predmet tega sodelovanja, ne da bi bilo potrebno, da do navedenega sodelovanja pride pri izvajanju javnih služb.

26 Tretje vprašanje za predhodno odločanje naj bi bilo utemeljeno z dejstvom, da se je v skladu s sodno prakso Sodišča, ki se nanaša na Direktivo 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132), prepoved ugodnejše obravnave gospodarskega subjekta razlagala tako, da prava o javnem naročanju pri horizontalnem sodelovanju ni treba uporabiti, le če nobeno zasebno podjetje nima prednosti pred svojimi konkurenti. Člen 12(4) Direktive 2014/24 pa naj ne bi določal nobene podobne prepovedi, čeprav je navedena v uvodni izjavi 33 te direktive.

27 V teh okoliščinah je Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali gre pri pisno dogovorjeni zagotovitvi programske opreme enega nosilca javne oblasti drugemu nosilcu javne oblasti, ki je povezana z dogovorom o sodelovanju, za ‚javno naročilo' v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24/EU oziroma za – vsaj sprva ne glede na člen 12(4), točke od (a) do (c) – pogodbo v smislu člena 12(4) te direktive, ki spada na področje uporabe te direktive, če prevzemnik programske opreme za programsko opremo sicer ni dolžan plačati niti določene cene niti mu ni treba povrniti stroškov, vendar pa dogovor o sodelovanju, povezan z zagotovitvijo programske opreme, določa, da vsaka stranka tega sodelovanja – in s tem tudi prevzemnik programske opreme – drugi stranki brezplačno da na voljo morebitne prihodnje izpopolnitve programske opreme, ki pa jih ni treba obvezno razviti?

2. Ali morajo biti v skladu s členom 12(4)(a) Direktive 2014/24/EU predmet sodelovanja sodelujočih javnih naročnikov same javne storitve, ki se morajo opraviti v korist državljanov in ki morajo biti opravljene skupaj, ali pa zadošča, da se sodelovanje nanaša na dejavnosti, ki v kakršni koli obliki služijo enakim javnim storitvam, ki pa jih ni treba nujno opraviti skupaj?

3. Ali v okviru člena 12(4) Direktive 2014/24/EU velja nezapisana tako imenovana prepoved postavitve v ugodnejši položaj, in če velja, s kakšno vsebino?"

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

28 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba Direktivo 2014/24 razlagati tako, da dogovor, ki po eni strani določa, da naročnik drugemu naročniku brezplačno da na voljo programsko opremo, in je po drugi strani vezan na dogovor o sodelovanju, na podlagi katerega mora vsaka stranka tega dogovora drugi stranki brezplačno dati na voljo prihodnje izpopolnitve te programske opreme, ki bi jih lahko razvila, pomeni „javno naročilo" v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive, ali „pogodbo o izvedbi javnega naročila" v smislu člena 12(4) navedene direktive.

29 Najprej je treba navesti, da bi besedilo člena 12(4) Direktive 2014/24 zgolj s sklicevanjem na pojem „pogodba o izvedbi javnega naročila" in ne na pojem „javno naročilo" lahko nakazovalo, da sta ta pojma različna. Vendar ju v resnici ni treba razlikovati.

30 Prvič, člen 1 te direktive, v katerem sta pojasnjena njena „predmet urejanja in področje uporabe", namreč v odstavku 1 določa, da „[t]a direktiva določa pravila o postopkih javnega naročanja, ki jih izvedejo javni naročniki v zvezi z javnimi naročili in projektnimi natečaji, katerih ocenjena vrednost ni nižja od mejnih vrednosti iz člena 4 [te direktive]". Iz tega sledi, da navedena direktiva ureja le javna naročila in natečaje, ne pa tudi naročila, ki jih ni mogoče označiti kot javna naročila.

31 Drugič, v členu 2(1) Direktive 2014/24, v katerem so opredeljeni glavni pojmi, od katerih je odvisna uporaba te direktive, ni nikjer naveden pojem „pogodba o izvedbi javnega naročila", ampak le pojem „javna naročila", kar kaže na to, da je pojem „pogodba o izvedbi javnega naročila" le skrajšana različica izraza „javno naročilo".

32 Tretjič, taka razlaga je podprta z naslovom člena 12 Direktive 2014/24, ki se nanaša na „[j]avna naročila med osebami v javnem sektorju". Zato je treba navedbo „pogodba o izvedbi javnega naročila" v členu 12(4) te direktive razumeti tako, da napotuje na pojem „javno naročilo" v smislu člena 2(1), točka 5, navedene direktive.

33 Četrtič, navedeno razlago potrjujejo tudi pripravljalna dela v zvezi s členom 12(4) Direktive 2014/24. Kot je Evropska komisija opozorila v pisnih stališčih, je njen predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o oddaji javnih naročil z dne 20. decembra 2011 (COM(2011) 896 final) vseboval člen 11 z naslovom „Odnosi med javnimi organi“, katerega odstavek 4 je določal, da se „[s]porazum, sklenjen med dvema ali več naročniki, ne šteje za javno naročilo v smislu člena 2, točka 6, te direktive, če so izpolnjeni vsi naslednji pogoji“, vendar zakonodajalec Unije ni sledil temu predlogu. Iz tega sledi, da člen 12(4) Direktive 2014/24 ne more povzročiti, da sodelovanje med naročniki ne bi imelo narave javnega naročila. Njegov učinek je omejen le na to, da se pravila o oddaji, ki se običajno uporabljajo, za tako naročilo ne uporabijo.

34 Petič, to razlago potrjuje analiza okvira člena 12 Direktive 2014/24. Ta člen je namreč umeščen v oddelek 3, naslovljen „Izključitve“, poglavja I te direktive. Ne bi pa bilo dosledno, če bi zakonodajalec Unije iz pravil o javnem naročanju želel izključiti pogodbe, ki niso javna naročila. Predpostavlja se namreč, da so razlogi za izključitev v zvezi s takimi pogodbami brezpredmetni.

35 Iz tega sledi, prvič, da izključitev iz pravil o javnem naročanju pomeni, da je zadevna pogodba javno naročilo v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24, in drugič, da javno naročilo, ki izpolnjuje pogoje iz člena 12(4), od (a) do (c), te direktive, ohrani pravno naravo „javnega naročila“, in to čeprav se taka pravila zanj ne uporabljajo.

36 Zato pojem „pogodba o izvedbi javnega naročila“ iz člena 12(4) Direktive 2014/24 sovpada s pojmom „javno naročilo“, kakor je opredeljen v členu 2(1), točka 5, te direktive.

37 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, ali dogovor, ki po eni strani določa, da naročnik drugemu naročniku brezplačno da na voljo programsko opremo, in je po drugi strani vezan na dogovor o sodelovanju, na podlagi katerega mora vsaka stranka tega dogovora drugi stranki brezplačno dati na voljo prihodnje izpopolnitve te programske opreme, ki bi jih lahko razvila, pomeni „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5 Direktive 2014/24.

38 Najprej je treba opozoriti, da je treba v zvezi z možnostjo opredelitve ukrepa, sestavljenega iz več delov, kot javnega naročila v smislu te določbe, ta ukrep preučiti kot celoto in ob upoštevanju njegovega namena (glej po analogiji sodbi z dne 10. novembra 2005, Komisija/Avstrija, C-29/04, EU:C:2005:670, točka 41, in z dne 21. decembra 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, točka 37).

39 V skladu z navedeno določbo so „javna naročila“ opredeljena kot pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev.

40 Zato mora biti pogodba, da bi jo bilo mogoče opredeliti kot „javno naročilo“ v smislu navedene določbe, sklenjena odplačno in mora torej pomeniti, da naročnik, ki sklene javno naročilo, v skladu s to pogodbo proti plačilu prejme storitev, ki mora za tega naročnika vključevati neposredno gospodarsko korist. Poleg tega mora biti ta pogodba vzajemno zavezujoča, saj je to bistvena značilnost javnega naročila (glej po analogiji sodbo z dne 21. decembra 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, točka 43).

41 V obravnavanem primeru se zdi, da je odplačnost pogodbe o dajanju na voljo programske opreme in pogodbe o sodelovanju odvisna od tega, ali je tako vzpostavljeno sodelovanje vzajemno zavezujoče.

42 Ker člen 5, tretji odstavek, pogodbe o sodelovanju določa, da je ta pogodba zavezujoča „le skupaj s pogodbo o dajanju na voljo programske opreme“, za presojo vzajemnosti pogodbene celote, ki jo sestavljata ti pogodbi, ni treba upoštevati ne njunih določb, ampak tudi regulativni okvir, v katerem sta bili sklenjeni.

43 V zvezi s tem pa je očitno, kot je mesto Köln navedlo v pisnih stališčih in na obravnavi, da nemški predpisi o protipožarni zaščiti, tehnični pomoči in civilni zaščiti ter o nujnih posredovanjih in prevozu bolnikov, ki jih izvajajo podjetja, nemške teritorialne skupnosti, zadolžene za navedene naloge, zavezujejo h kar najbolj optimalni uporabi sistema za vodenje intervencij in k stalnemu prilagajanju tega sistema potrebam.

44 Sodišče bo na podlagi te premise preučilo pogoje spornega pogodbenega okvira.

45 V zvezi s tem tako določbe pogodbe o dajanju na voljo programske opreme kot pogoji pogodbe o sodelovanju kažejo na verjeten obstoj protidajatve. Čeprav je v členu 4 pogodbe o dajanju na voljo določeno, da je dajanje te programske opreme na voljo „brezplačno“, pa je iz člena 1 te pogodbe razvidno, da je to „trajno“. Pogodba o dajanju na voljo programske opreme, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, ki naj bi se uporabljala v daljšem obdobju, bo nujno vodila do razvoja, da bi se, kot je med drugim družba ISE poudarila na obravnavi, upoštevale prilagoditve, naložene z novimi predpisi, razvoj organizacije reševalne službe ali tehnološki napredek. Poleg tega naj bi v skladu z izjavami, ki jih je mesto Köln podalo na obravnavi, do pomembnih sprememb navedene programske opreme in dodajanja dopolnilnih modulov prišlo trikrat ali štirikrat na leto.

46 Poleg tega je, kot je določeno v členu 2.1 pogodbe o dajanju na voljo programske opreme, programska oprema „IGNIS Plus“ dana na voljo „v skladu s tem, kar je dogovorjeno v [pogodbi] o sodelovanju“, kar kaže na to, da je nemška zvezna dežela Berlin uvedla obliko pogojevanja. Zato dajanje na voljo navedene programske opreme, čeprav je brezplačno, očitno ni nepridobitno.

47 Poleg tega je v skladu s členom 1 pogodbe o sodelovanju njen namen vzpostaviti „enakopravno partnerstvo in, če je potrebno, […] pripravljenost za kompromis, da bi se programska oprema prilagodila konkretnim potrebam druge pogodbene stranke in da bi bila na voljo drugi stranki v okviru sodelovanja“. Uporabljena formulacija prav tako kaže na to, da se stranke zavežejo, da bodo nadgradile prvotno različico programske opreme iz postopka v glavni stvari, kadar je takšna nadgradnja potrebna za kar se da optimalno uporabo sistema vodenja intervencij in stalno prilagajanje tega sistema potrebam.

48 Poleg tega člen 5 navedene pogodbe določa, da se „[p]rilagoditev osnovne programske opreme ter modulov lastnim procesom […] naroči in financira samostojno“, kar izraža finančni interes nemške zvezne dežele Berlin, da se navedena programska oprema da na voljo brezplačno. Poleg tega je mesto Köln v odgovor na vprašanje, ki ga je Sodišče zastavilo na obravnavi, ki je potekala pred njim, priznalo, da bi morala taka pogodba vsem partnerjem omogočiti prihranke.

49 Nazadnje, če bi ena od pogodbenih strank v pogodbenem okviru iz postopka v glavni stvari prilagodila programsko opremo iz postopka v glavni stvari in teh prilagoditev ne bi posredovala drugi stranki, se zdi, da bi ta lahko bodisi odpovedala pogodbo o sodelovanju in po potrebi pogodbo o dajanju na voljo programske opreme bodisi sprožila sodni postopek, da bi zahtevala tako prilagoditev. Tako je očitno, da so obveznosti, ki izhajajo iz javnega naročila iz postopka v glavni stvari, pravno zavezujoče, saj je njihovo izvršitev mogoče zahtevati pred sodiščem (sodba z dne 25. marca 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, točka 62).

50 Tako iz zgornjih ugotovitev izhaja – kar mora preveriti predložitveno sodišče – da sta pogodba o dajanju na voljo programske opreme in pogodba o sodelovanju vzajemno zavezujoči, ker brezplačno dajanje programske opreme „IGNIS Plus“ na voljo ustvarja vzajemno obveznost razvoja te programske opreme, kadar najbolj optimalna uporaba sistema vodenja intervencij in stalno prilagajanje tega sistema potrebam zahtevata tak razvoj, ki se uresniči s financiranjem dopolnilnih modulov, ki bodo morali biti nato brezplačno dani na voljo drugemu partnerju.

51 V teh okoliščinah je očitno, kot je generalni pravobranilec v bistvu poudaril v točkah 59 in 62 sklepnih predlogov, da bo posodobitev programske opreme „IGNIS Plus“ v praksi neizogibna ne glede na to, kdaj bo opravljena, tako da protivrednost ni odvisna od povsem neobveznega pogoja.

52 Ker ima prilagoditev programske opreme iz postopka v glavni stvari od enega od partnerjev očiten finančni interes za drugega partnerja, če bi predložitveno sodišče ugotovilo, da je vzajemnost pogodbenega okvira, ki ga sestavljata pogodba o dajanju na voljo programske opreme in pogodba o sodelovanju, zavezujoča, bi bilo treba šteti, da so bile te pogodbe sklenjene odplačno, tako da bi bili izpolnjeni pogoji za opredelitev javnega naročila, kot so navedeni v točki 40 te sodbe.

53 Na prvo vprašanje je torej treba odgovoriti, da je treba Direktivo 2014/24 razlagati tako, da dogovor, ki na eni strani določa, da naročnik drugemu naročniku brezplačno da na voljo programsko opremo, in ki je na drugi strani vezan na dogovor o sodelovanju, na podlagi katerega mora vsaka stranka tega dogovora drugi stranki brezplačno dati na voljo prihodnje izpopolnitve te programske opreme, ki bi jih morda razvila, pomeni „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive, če tako iz besedila teh dogovorov kot iz veljavne nacionalne zakonodaje izhaja, da bo navedena programska oprema načeloma predmet prilagoditev.

Drugo vprašanje

54 Predložitveno sodišče z drugim vprašanjem v bistvu sprašuje, ali je treba člen 12(4) Direktive 2014/24 razlagati tako, da je sodelovanje med naročniki mogoče izključiti s področja uporabe pravil o javnem naročanju iz te direktive, če se to sodelovanje nanaša na pomožne dejavnosti v zvezi z javnimi storitvami, ki jih mora, čeprav posamično, opravljati vsak član sodelovanja, če te pomožne dejavnosti prispevajo k učinkoviti izvedbi navedenih javnih storitev.

55 Na prvem mestu je treba ugotoviti, ali člen 12(4)(a) Direktive 2014/24 naročnikom dovoljuje, da vzpostavijo sodelovanje, ki se nanaša na naloge javne storitve, ki jih ne opravljajo skupaj.

56 Iz te določbe je razvidno, da javno naročilo, sklenjeno izključno med dvema ali več naročniki, ne spada na področje uporabe navedene direktive, če pogodba o izvedbi javnega naročila določa ali vzpostavlja sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki, z namenom, da se zagotovi, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni.

57 S tem, kot je generalni pravobranilec v bistvu navedel v točki 71 sklepnih predlogov, se navedena določba omejuje na navajanje skupnih ciljev, ne da bi se zahtevalo skupno opravljanje iste javne storitve. Kot je namreč razvidno iz uvodne izjave 33, prvi odstavek, Direktive 2014/24, „[n]i potrebno, da so storitve, ki jih izvajajo različni sodelujoči organi, nujno enake; lahko se tudi dopolnjujejo“. Ne zdi se torej nujno, da bi dejavnost javne storitve skupno zagotavljale osebe javnega prava, ki sodelujejo pri sodelovanju.

58 Iz tega sledi, da je treba člen 12(4)(a) Direktive 2014/24 razlagati tako, da sodelujočim naročnikom brez razlikovanja dovoljuje, da tako skupno kot vsak posamezno zagotovijo nalogo javne storitve, če njihovo sodelovanje omogoča uresničevanje ciljev, ki so jim skupni.

59 Na drugem mestu, iz člena 12(4) Direktive 2014/24 v povezavi z uvodno izjavo 33, prvi odstavek, te direktive izhaja, da se lahko sodelovanje med osebami javnega prava nanaša na vse vrste dejavnosti v zvezi z izvajanjem storitev in odgovornosti, ki so bile dodeljene sodelujočim organom ali so jih ti prevzeli.

60 Ugotoviti pa je treba, da izraz „vse vrste dejavnosti“ lahko zajema dejavnost, ki je pomožna javni storitvi, če ta pomožna dejavnost prispeva k dejanski izvedbi naloge javne storitve, ki je predmet sodelovanja med sodelujočimi naročniki. V uvodni izjavi 33, tretji odstavek, Direktive 2014/24 je

namreč navedeno, da sodelovanje med javnimi organi „ne pomeni, da morajo vsi sodelujoči organi izvajati glavne pogodbene obveznosti, pod pogojem, da se zavežejo, da bodo prispevali k skupnemu izvajanju zadevne javne storitve“.

61 Poleg tega ni gotovo, da je programsko opremo za spremljanje gasilskih intervencij pri gašenju požarov, tehnično pomoč, nujno pomoč in civilno zaščito, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, ki naj bi bila nujna za izvedbo teh nalog, mogoče označiti kot popolnoma postransko dejavnost, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.

62 Na drugo vprašanje je torej treba odgovoriti, da je treba člen 12(4) Direktive 2014/24 razlagati tako, da je sodelovanje med naročniki mogoče izključiti s področja uporabe pravil o javnem naročanju iz te direktive, če se to sodelovanje nanaša na pomožne dejavnosti v zvezi z javnimi storitvami, ki jih mora, čeprav posamično, opravljati vsak član tega sodelovanja, če te pomožne dejavnosti prispevajo k učinkoviti izvedbi navedenih javnih storitev.

Tretje vprašanje

63 Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem v bistvu sprašuje, prvič, ali je treba člen 12(4) Direktive 2014/24 v povezavi z uvodno izjavo 33 in členom 18(1) te direktive razlagati tako, da sodelovanje med naročniki v skladu z načelom enakega obravnavanja ne sme povzročiti, da se zasebno podjetje postavi v ugodnejši položaj v primerjavi z njegovimi konkurenti, in drugič, kakšna je vsebina tega načela.

64 Kot pravilno poudarja predložitveno sodišče, iz sodne prakse Sodišča, ki se nanaša na Direktivo 2004/18, izhaja, da se pravila prava Unije na področju javnih naročil niso uporabljala za pogodbe, s katerimi je bilo vzpostavljeno sodelovanje med javnimi subjekti, katerih cilj je zagotoviti izvajanje skupne naloge javne storitve, če so take pogodbe sklenili izključno javni subjekti, ne da bi pri tem sodelovala zasebna stranka, če noben zasebni ponudnik nima prednosti pred svojimi konkurenti in če se je navedeno sodelovanje izvajalo le na podlagi vidikov in zahtev, ki se nanašajo na uresničevanje ciljev v javnem interesu. Take pogodbe so lahko spadale na področje uporabe prava Unije o javnem naročanju, le če so kumulativno izpolnjevale vsa ta merila (glej v tem smislu sodbi z dne 19. decembra 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi, C-159/11, EU:C:2012:817, točke od 34 do 36, in z dne 13. junija 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, točke od 36 do 38).

65 Čeprav prepoved, da naročniki, ki so vključeni v sodelovanje, ne obravnavajo ugodneje neko zasebno podjetje v primerjavi z njegovimi konkurenti, ni navedena v členu 12(4) Direktive 2014/24, zakonodajalec Unije nikakor ni želel odstopiti od sodne prakse Sodišča, navedene v prejšnji točki.

66 Prvič, ob tem, da se v Direktivi 2014/24 ugotavlja obstoj „precejšnje pravne negotovosti glede vprašanja, v kolikšni meri bi bilo treba pogodbe, sklenjene med subjekti v javnem sektorju, zajeti v pravila o javnem naročanju“, in s tem potreba po pojasnitvi v zvezi s tem, je v uvodni izjavi 31 te direktive navedeno, da bi morala ta pojasnila temeljiti na načelih, določenih v upoštevni sodni praksi Sodišča. Iz tega sledi, da zakonodajalec Unije v zvezi s tem ni nameraval poseči v sodno prakso Sodišča.

67 Drugič, iz uvodne izjave 33, drugi odstavek, te direktive je razvidno, da se pravila iz navedene direktive ne bi smela uporabljati za pogodbe o skupnem opravljanju javnih storitev, če so sklenjene izključno med javnimi naročniki, če se pri tem sodelovanju upoštevajo le vidiki javnega interesa in če noben zasebni izvajalec storitev nima prednosti pred svojimi konkurenti, kar v bistvu ustreza stanju sodne prakse Sodišča v zvezi s členom 1(2)(a) Direktive 2004/18, ki je navedena v točki 64 te sodbe.

68 Tretjič in vsekakor, če sodelovanje med naročniki, ki izpolnjuje pogoje iz člena 12(4) Direktive 2014/24, ostane opredeljeno kot „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive, kot izhaja iz odgovora na prvo vprašanje, se za tovrstno sodelovanje uporablja člen 18 navedene direktive, ki določa načela javnega naročanja.

69 V skladu s členom 18(1) Direktive 2014/24, prvič, morajo javni naročniki gospodarske subjekte obravnavati enakopravno in nediskriminatorno ter delovati transparentno in sorazmerno, in drugič, naročila ni mogoče zasnovati z namenom, da se izključi s področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca, pri čemer se ta šteje za umetno omejeno, če je javno naročilo zasnovano z namenom neupravičenega dajanja prednosti ali postavljanja v slabši položaj nekaterih gospodarskih subjektov.

70 Tako opustitev navedbe v členu 12(4) Direktive 2014/24, da zasebni ponudnik v okviru sodelovanja med naročniki nima prednosti pred svojimi konkurenti, ne glede na to, kako obžalovanja vredna je, zlasti glede na načelo pravne varnosti, ki je temeljno načelo prava Unije in ki med drugim zahteva, da morajo biti predpisi jasni in natančni, da se lahko posamezniki nedvoumno seznanijo s svojimi pravicami in obveznostmi ter ukrepajo v skladu z njimi (sodbe z dne 9. julija 1981, Gondrand in Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, točka 17; z dne 13. februarja 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, točka 27, in z dne 14. aprila 2005, Belgija/Komisija, C-110/03, EU:C:2005:223, točka 30), ne more biti odločilna.

71 V obravnavanem primeru je nemška zvezna dežela Berlin od družbe Sopra Steria Consulting kupila programsko opremo „IGNIS Plus“ in jo nato brezplačno posredovala mestu Köln.

72 Kot je trdila družba ISE, ne da bi mesto Köln na obravnavi, ki je potekala pred Sodiščem, to zanikalo, je prilagoditev te programske opreme zelo zapleten postopek, katerega ekonomska vrednost je bistveno večja od tiste, ki ustreza prvotnemu nakupu osnovne programske opreme. Tako naj bi po mnenju družbe ISE mesto Köln že ocenilo stroške prilagoditve navedene programske opreme na dva milijona EUR, medtem ko naj bi nemška zvezna dežela Berlin objavila predhodno informativno obvestilo v *Uradnem listu Evropske unije* za razvoj programske opreme „IGNIS Plus“ za znesek 3,5 milijona EUR. Zato po mnenju družbe ISE gospodarski interes ni v nakupu ali prodaji osnovne programske opreme, ampak na bistveno poznejši stopnji, na stopnji prilagajanja, vzdrževanja, katerega strošek naj bi znašal 100.000 EUR letno, in razvoja te programske opreme.

73 Družba ISE pa meni, da so v praksi trgi prilagajanja, vzdrževanja in razvoja osnovne programske opreme pridržani izključno založniku te programske opreme, ker njen razvoj zahteva, da ima poleg izvorne kode navedene programske opreme tudi druga znanja o razvoju te izvorne kode.

74 V zvezi s tem je treba poudariti, da mora naročnik, kadar namerava organizirati postopek oddaje javnega naročila za zagotovitev vzdrževanja, prilagajanja ali razvoja programske opreme, ki jo je pridobil od gospodarskega subjekta, zagotoviti, da potencialnim kandidatom in ponudnikom posreduje dovolj informacij, da omogoči razvoj učinkovite konkurence na sekundarnem trgu vzdrževanja, prilagajanja ali razvoja navedene programske opreme.

75 V obravnavanem primeru mora predložitveno sodišče, da bi se zagotovilo spoštovanje načel javnega naročanja, kakor so navedena v členu 18 Direktive 2014/24, preveriti, prvič, da imata tako nemška zvezna dežela Berlin kot mesto Köln izvorno kodo programske opreme „IGNIS Plus“, drugič, da ta naročnika, če bi organizirala postopek javnega naročanja, katerega namen je zagotoviti vzdrževanje, prilagoditev ali razvoj te programske opreme, potencialnim kandidatom in ponudnikom in tretjim osebam posredujeta izvorno kodo, in tretjič, da dostop to te izvorne kode zadostuje za zagotovitev, da se gospodarski subjekti, ki so zainteresirani za zadevno javno naročilo, obravnavajo pregledno, enakopravno in nediskriminatorno.

76 Glede na zgoraj navedeno je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da je treba člen 12(4) Direktive 2014/24 v povezavi z uvodno izjavo 33, drugi odstavek, in členom 18(1) te direktive razlagati tako, da sodelovanje med naročniki v skladu z načelom enakega obravnavanja ne sme povzročiti, da ima zasebno podjetje prednost pred njegovimi konkurenti.

Stroški

77 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (četrti senat) razsodilo:

1. **Direktivo 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES je treba razlagati tako, da dogovor, ki na eni strani določa, da naročnik drugemu naročniku brezplačno da na voljo programsko opremo, in ki je na drugi strani vezan na dogovor o sodelovanju, na podlagi katerega mora vsaka stranka tega dogovora drugi stranki brezplačno dati na voljo prihodnje izpopolnitve te programske opreme, ki bi jih morda razvila, pomeni „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5, te direktive, če tako iz besedila teh dogovorov kot iz veljavne nacionalne zakonodaje izhaja, da bo navedena programska oprema načeloma predmet prilagoditev.**

2. **Člen 12(4) Direktive 2014/24 je treba razlagati tako, da je sodelovanje med naročniki mogoče izključiti s področja uporabe pravil o javnem naročanju iz te direktive, če se to sodelovanje nanaša na pomožne dejavnosti v zvezi z javnimi storitvami, ki jih mora, čeprav posamično, opravljati vsak član tega sodelovanja, če te pomožne dejavnosti prispevajo k učinkoviti izvedbi navedenih javnih storitev.**

3. **Člen 12(4) Direktive 2014/24 v povezavi z uvodno izjavo 33, drugi odstavek, in členom 18(1) te direktive je treba razlagati tako, da sodelovanje med naročniki v skladu z načelom enakega obravnavanja ne sme povzročiti, da ima zasebno podjetje prednost pred njegovimi konkurenti.**

Podpisi