Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

28 päivänä toukokuuta 2020*

Ennakkoratkaisupyyntö – Julkiset hankinnat – Direktiivi 2014/24/EU – 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohta – 12 artiklan 4 kohta – 18 artiklan 1 kohta – Vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsite – Kahden hankintaviranomaisen välinen sopimus, jolla tavoitellaan yhteistä yleisen edun mukaista tavoitetta – Palokunnan toiminnan koordinointiin käytettävän ohjelmiston käyttöön antaminen – Rahallisen vastikkeen puuttuminen – Yhteys yhteistyösopimukseen, jossa sovitaan siitä, että kumpikin sopimuspuoli antaa tämän ohjelmiston lisämoduulit toisen käyttöön maksutta – Yhdenvertaisen kohtelun periaate – Kielto asettaa yksityistä yritystä kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan

Asiassa C-796/18,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfin osavaltion ylioikeus, Saksa) on esittänyt 28.11.2018 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 19.12.2018, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

vastaan

Stadt Köln,

Land Berlinin

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Vilaras, presidentti K. Lenaerts, joka hoitaa neljännen jaoston tuomarin tehtäviä, sekä tuomarit S. Rodin, D. Šváby (esittelevä tuomari) ja N. Piçarra,

julkisasiamies: M. Campos Sánchez-Bordona,

kirjaaja: osastopäällikkö D. Dittert,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 6.11.2019 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, edustajanaan B. Stolz, Rechtsanwalt,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

– Stadt Köln, edustajinaan K. van de Sande ja U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

– Itävallan hallitus, asiamiehinään J. Schmoll, G. Hesse ja M. Fruhmann,

– Euroopan komissio, asiamiehinään L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers ja P. Ondrůšek,

kuultuaan julkisasiamiehen 29.1.2020 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65) 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan ja 12 artiklan 4 kohdan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH ja Stadt Köln (Kölnin kaupunki, Saksa) ja joka koskee Kölnin kaupungin ja Land Berlinin (Berliinin osavaltio, Saksa) välillä tehtyä kahta sopimusta, joissa määrätään palokunnan toiminnan koordinointiohjelmiston vastikkeettomasta antamisesta kyseisen kaupungin käyttöön ja yhteistyöstä kyseisen ohjelmiston kehittämiseksi.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Unionin oikeus

3 Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 31 ja 33 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(31) Siitä, kuinka pitkälle julkisella sektorilla tehtyjä yksiköiden välisiä sopimuksia olisi säänneltävä julkisia hankintoja koskevilla säännöillä, vallitsee huomattava oikeudellinen epävarmuus. Asiaa koskevaa [unionin tuomioistuimen] oikeuskäytäntöä on tulkittu eri tavoin eri jäsenvaltioissa ja jopa eri hankintaviranomaisten keskuudessa. Sen vuoksi olisi selvennettävä, milloin julkisella sektorilla tehtyihin hankintasopimuksiin ei sovelleta julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.

Tällaisen selventämisen olisi perustuttava asiaa koskevassa [unionin tuomioistuimen] oikeuskäytännössä esitettyihin periaatteisiin. Pelkästään se, että molemmat sopimuspuolet ovat itse viranomaisia, ei sinänsä sulje pois hankintasääntöjen soveltamista. Hankintasääntöjen soveltaminen ei saisi kuitenkaan vaikuttaa viranomaisten vapauteen suorittaa niille annetut julkiseen palveluun liittyvät tehtävät käyttäen omia voimavarojaan, mihin kuuluu mahdollisuus tehdä yhteistyötä muiden viranomaisten kanssa.

Olisi varmistettava, että soveltamisalan ulkopuolelle jätetty julkisen sektorin sisäinen yhteistyö ei aiheuta kilpailun vääristymistä yksityisiin talouden toimijoihin nähden, jos yksityinen palvelujentarjoaja on kilpailijoitaan edullisemmassa asemassa.

– –

(33) Hankintaviranomaisten olisi voitava päättää suorittaa julkisia palvelujaan yhteisesti tekemällä yhteistyötä ilman, että niiltä vaadittaisiin mitään tiettyä oikeudellista muotoa. Tällainen yhteistyö saattaa kattaa kaikentyyppiset toiminnot, jotka liittyvät osallistuville viranomaisille osoitettujen tai niiden suoritettavakseen ottamien palvelujen suorittamiseen ja velvollisuuksien hoitamiseen,

kuten paikallis- tai alueviranomaisten pakolliset tai vapaaehtoiset tehtävät taikka palvelut, jotka on annettu julkisoikeudellisesti tietyille yksiköille. Osallistuvien eri viranomaisten suorittamien palvelujen ei tarvitse välttämättä olla samanlaisia, vaan ne voivat olla myös toisiaan täydentäviä.

Julkisten palvelujen yhteistä suorittamista koskeviin sopimuksiin ei olisi sovellettava tässä direktiivissä esitettyjä sääntöjä, edellyttäen, että sopimukset on tehty yksinomaan hankintaviranomaisten välillä, tällaisen yhteistoiminnan täytäntöönpanoa hallitsevat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat ja mikään yksityinen palvelujentarjoaja ei ole kilpailijoitaan edullisemmassa asemassa.

Näiden edellytysten täyttämiseksi yhteistyön olisi perustuttava yhteistoiminnan käsitteeseen. Tällainen yhteistyö ei edellytä, että kaikki osallistuvat viranomaiset vastaavat pääasiallisten sopimusvelvoitteiden suorittamisesta, kunhan ne ovat sitoutuneet tekemään osansa kyseisen julkisen palvelun suorittamisesta yhteistoiminnassa. Lisäksi ainoastaan yleiseen etuun liittyvien näkökohtien olisi hallittava yhteistoiminnan täytäntöönpanoa, osallistuvien hankintaviranomaisten väliset varojen siirrot mukaan lukien.”

4 Kyseisen direktiivin 1 artiklan, jonka otsikko on ”Kohde ja soveltamisala”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tällä direktiivillä vahvistetaan hankintaviranomaisten noudattamia hankintamenettelyjä koskevat säännöt sellaisia hankintasopimuksia ja suunnittelukilpailuja varten, joiden ennakoitu arvo ei alita 4 artiklassa säädettyjä kynnysarvoja.”

5 Kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdan mukaan ”hankintasopimuksilla” tarkoitetaan ”rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman talouden toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on rakennusurakoiden toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen”.

6 Direktiivin 2014/24 12 artiklan, jonka otsikko on ”Yksiköiden väliset hankintasopimukset julkisella sektorilla”, 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Yksinomaan kahden tai useamman hankintaviranomaisen välillä tehty sopimus jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

a) sopimuksella käynnistetään tai toteutetaan siihen osallistuvien hankintaviranomaisten välinen yhteistyö tavoitteena varmistaa, että julkiset palvelut, jotka niiden on suoritettava, tarjotaan niiden yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi,

b) kyseisen yhteistyön toteuttamista ohjaavat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat; ja

c) osallistuvat hankintaviranomaiset harjoittavat avoimilla markkinoilla alle 20:tä prosenttia yhteistyön piiriin kuuluvista toiminnoistaan.”

7 Kyseisen direktiivin 18 artiklan, jonka otsikkona on ”Hankintaperiaatteet”, 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa.

Hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen. Kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti kavennettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.”

Saksan oikeus

8 Kielletyistä kilpailunrajoituksista 26.6.2013 annetun lain (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; BGBl. 2013 I, s. 1750), sellaisena kuin sitä sovelletaan pääasiassa (jäljempänä kilpailunrajoituslaki), 103 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimuksilla tarkoitetaan vastiketta vastaan tehtyjä hankintasopimuksia, jotka on tehty hankintaviranomaisten ja yritysten välillä ja joiden tarkoituksena on tavaroiden hankinta, rakennusurakan toteuttaminen tai palvelujen suorittaminen.

9 Kyseisen lain 106 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan asia voidaan saattaa hankintamenettelyjä valvovien elinten käsiteltäväksi, jos kyse on hankintasopimuksista, joiden ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähintään asetettujen kynnysarvojen suuruinen.

10 Kilpailunrajoituslain 108 §:n 6 momentin mukaan oikeussuojakeinoja julkisia hankintamenettelyjä valvovissa elimissä ei voida käyttää sellaisten sopimusten osalta, jotka on tehty kahden tai useamman hankintaviranomaisen kesken, jos

”1. sopimuksella käynnistetään tai toteutetaan siihen osallistuvien hankintaviranomaisten välinen yhteistyö tavoitteena varmistaa, että julkiset palvelut, jotka niiden on suoritettava, tarjotaan niiden yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi,

2. edellä 1 kohdan mukaisen yhteistyön toteuttamista ohjaavat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat ja

3. hankintaviranomaiset harjoittavat markkinoilla alle 20:tä prosenttia edellä 1 kohdan mukaisen yhteistyön piiriin kuuluvista toiminnoistaan”.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

11 Berliinin osavaltio, jolla on Saksan suurin ammattipalokunta, käyttää IGNIS Plus -nimistä ohjelmistoa, jonka se on hankkinut sopimuksella Sopra Steria Consulting GmbH:lta palokunnan toiminnan koordinointia varten. Tämän sopimuksen perusteella se voi muun muassa välittää kyseisen ohjelmiston ilmaiseksi muille turvallisuusviranomaisille.

12 Vuonna 1979 tehtyjen niin kutsuttujen Kielin päätösten mukaan, joissa vahvistettiin viranomaisten välisen ohjelmistojen vaihdon periaatteet, ohjelmiston maksutonta välittämistä julkisyhteisöltä toiselle ei pidetä hankintasopimuksena, josta olisi julkaistava tarjouspyyntö. Yleisen vastavuoroisuuden periaatteesta nimittäin seuraa, että ohjelmistopäivitykset, joita viranomaiset eivät voi myydä, välitetään maksutta julkisyhteisöltä toiselle, koska ne eivät kilpaile keskenään.

13 Kölnin kaupunki ja Berliinin osavaltio tekivät näiden päätösten mukaisesti 10.9.2017 IGNIS Plus -ohjelmiston maksutonta ja pysyvää käyttöön antamista koskevan sopimuksen (jäljempänä ohjelmiston käyttöön antamista koskeva sopimus), jossa määrätään muun muassa seuraavaa:

”1. Sopimuksen kohde

Nämä ehdot koskevat räätälöidyn IGNIS Plus -ohjelmiston pysyvää käyttöön antamista ja käyttöä. Ohjelmiston käyttöön antavalla yksiköllä on oikeudet ohjelmistoon.

Räätälöity IGNIS Plus -ohjelmisto on ohjelmiston käyttöön antajan toiminnan koordinointiohjelmisto, jota käytetään palontorjuntaan, tekniseen apuun, pelastustoimintaan ja väestönsuojeluun liittyvien palokunnan tehtävien vastaanottamiseen, suunnitteluun ja seurantaan. – –

2. Suorituksen laatu ja laajuus

2.1. Luovuttaja saattaa räätälöidyn IGNIS Plus -ohjelmiston luovutuksensaajan käyttöön yhteistyösopimuksessa sovitun mukaisesti.

– –

4. Käyttöön antamisen vastike

Toiminnan koordinointiohjelmistona käytettävä räätälöity IGNIS Plus -ohjelmisto annetaan käyttöön maksutta. – –”

14 Samana päivänä Kölnin kaupunki ja Berliinin osavaltio tekivät myös tätä ohjelmistoa koskevan yhteistyösopimuksen (jäljempänä yhteistyösopimus), jonka tarkoituksena oli muun muassa mukauttaa mainittu ohjelmisto yhteistyökumppanin tarpeisiin ja antaa se konkreettisesti yhteistyökumppanin käyttöön lisäämällä siihen uusia teknisiä toimintoja ”täydentävinä teknisinä moduuleina ja lisämoduuleina”, joita tarjotaan yhteistyökumppaneille maksutta.

15 Yhteistyösopimuksessa määrätään erityisesti seuraavaa:

”1 artikla – Yhteistyön tarkoitus

– – Osapuolet sopivat aloittavansa tasavertaisen yhteistyön ja olevansa sitoutuneita tarvittaessa mukauttamaan ohjelmistoa toisen osapuolen tarpeisiin ja antamaan sen toisen osapuolen käyttöön. – –

2 artikla – Yhteistyön tavoite

Yhteistyökumppaneiden tavoitteena on ottaa käyttöön IGNIS Plus -ohjelmisto pelastuslaitosten toiminnan koordinointijärjestelmänä. Ohjelmistojärjestelmään voidaan lisätä uusia teknisiä toimintoja moduuleina, ja se voidaan antaa muiden yhteistyökumppanien käyttöön maksutta. – –

– –

5 artikla – Yhteistyön muoto

– – Perusohjelmiston käyttöön antaminen tapahtuu maksutta. Täydentäviä teknisiä moduuleita ja lisämoduuleita tarjotaan muiden yhteistyökumppaneiden käyttöön maksutta.

Perusohjelmiston ja moduulien mukauttaminen omien prosessien kulkuun on annettava tehtäväksi ja rahoitettava itsenäisesti.

– – Yhteistyösopimus on sitova vain yhdessä [ohjelmiston käyttöön antamista koskevan] sopimuksen kanssa yhtenä asiakirjana.”

16 ISE, joka suunnittelee ja myy turvallisuusviranomaisille toiminnan koordinointiohjelmistoja, vaati Vergabekammer Rheinlandissa (Rheinlandin julkisia hankintoja käsittelevä lautakunta, Saksa) oikaisua ja vaati, että ohjelmiston käyttöön antamista koskeva sopimus ja yhteistyösopimus todetaan pätemättömiksi julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön noudattamatta jättämisen vuoksi. ISE:n mukaan Kölnin kaupungin osallistuminen sen käyttöön maksutta annetun IGNIS Plus -ohjelmiston myöhempään kehittämiseen on Berliinin osavaltiolle riittävä taloudellinen etu, joten nämä sopimukset on sen mukaan tehty vastiketta vastaan.

17 Vergabekammer Rheinland jätti 20.3.2018 tekemällään päätöksellä oikaisuvaatimuksen tutkimatta sillä perusteella, että kyseiset sopimukset eivät muodostaneet hankintasopimusta, koska niitä ei ole tehty vastiketta vastaan. Se katsoi erityisesti, että kyseessä olevan yhteistyön yhteydessä suoritus ja vastike eivät ole vastavuoroisessa yhteydessä toisiinsa.

18 ISE nosti tästä päätöksestä kanteen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa eli Oberlandesgericht Düsseldorfissa (Düsseldorfin osavaltion ylioikeus, Saksa). Se väittää edelleen, että yhteistyösopimus on vastiketta vastaan tehty sopimus, koska Berliinin osavaltio aikoo saada taloudellista etua pääasiassa kyseessä olevan ohjelmiston käyttöön antamisesta, koska Kölnin kaupungin on annettava mahdollisesti kehittämänsä kyseisen ohjelmiston täydentävät moduulit tai lisämoduulit sen käyttöön maksutta. ISE arvostelee Vergabekammer Rheinlandia myös siitä, että se on virheellisesti jättänyt katsomatta, että perusohjelmiston hankkiminen johtaa myöhempien sopimusten tekemiseen valmistajan kanssa, koska ainoastaan tämä kykenee mukauttamaan sitä sekä huolehtimaan sen huollosta ja ylläpidosta.

19 Kölnin kaupunki pyytää kyseisen tuomioistuimen ratkaisun vahvistamista ja väittää lisäksi, että jos yhteistyösopimusta pidettäisiin vastiketta vastaan tehtynä sopimuksena, se olisi hankintaviranomaisten välistä yhteistyötä eikä se näin ollen kuuluisi kilpailunrajoituslain 108 §:n 6 momentin mukaan julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön soveltamisalaan.

20 Koska ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on epävarma siitä, onko Vergabekammer Rheinlandin päätös perusteltu, se katsoo tarpeelliseksi pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua direktiivin 2014/24 tulkinnasta.

21 Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellä pyritään näin ollen selvittämään, onko direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu hankintasopimuksen käsite erilainen kuin kyseisen direktiivin 12 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu sopimuksen käsite. Mikäli vastaus on myöntävä, sopimus, jota ei ole tehty vastiketta vastaan, voitaisiin katsoa kyseisen direktiivin 12 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuksi ”sopimukseksi” ilman, että kyseessä olisi hankintasopimus, ja tämän vuoksi siihen ei sovellettaisi julkisia hankintoja koskevia sääntöjä, jos tämän säännöksen a–c alakohdassa tarkoitetut edellytykset täyttyvät.

22 Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on tähän asti oikeuskäytännössään tulkinnut kilpailunrajoituslain 103 §:n 1 momentissa tarkoitetulle hankintasopimukselle luonteenomaista vastikkeellisuutta laajasti, kun se on katsonut, että kaikenlaiset vastavuoroisten suoritusten väliset oikeudelliset yhteydet olivat riittäviä. Näin ollen sen mukaan on niin, että vaikka IGNIS Plus -ohjelmiston käyttöön antaminen johtaa yhteistyöhön, joka synnyttää oikeuksia vain, jos yksi yhteistyökumppaneista haluaa laajentaa kyseisen ohjelmiston toimintoja, kyseinen yhteistyötarjous on tehty vastiketta vastaan huolimatta kyseisen ohjelmiston tulevia päivityksiä koskevasta epävarmuudesta.

23 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin pohtii kuitenkin, olisiko sen, kun otetaan huomioon 21.12.2016 annettu tuomio Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), omaksuttava direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetuista hankintasopimuksen ja vastiketta vastaan tehdyn sopimuksen käsitteistä tulkinta, joka on suppeampi kuin sen siihen asti omaksuma tulkinta eikä kattaisi pääasiassa kyseessä olevan kaltaisia tilanteita.

24 Lopuksi on todettava, että Kölnin kaupungin tekemiä sopimuksia IGNIS Plus -ohjelmiston mukauttamisesta ja ylläpidosta olisi pidettävä vastiketta vastaan tehtyinä sopimuksina. Kyse on nimittäin kolmansien kanssa tehdyistä itsenäisistä sopimuksista, jotka voidaan erottaa tämän ohjelmiston käyttöön antamisesta.

25 Toinen ennakkoratkaisukysymys koskee direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa mainitun sopimukseen osallistuvien hankintaviranomaisten välisen yhteistyön kohdetta. Vertailtuaan kyseisen direktiivin saksan-, englannin- ja ranskankielisiä versioita ja otettuaan huomioon kyseisen direktiivin 33 perustelukappaleen alkuosan ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että liitännäiset toiminnot voivat olla tämän yhteistyön kohteena ilman, että olisi tarpeen, että tämä yhteistyö tapahtuu varsinaisia julkisia palveluja suoritettaessa.

26 Kolmas ennakkoratkaisukysymys on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan perusteltu sen vuoksi, että julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114) koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan taloudellisen toimijan edullisemman kohtelun kieltoa on tulkittu siten, että horisontaalinen yhteistyö voi jäädä julkisia hankintoja koskevan oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle vain, jos yhtäkään yksityistä yritystä ei aseteta kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan. Direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa ei kuitenkaan säädetä vastaavasta kiellosta, vaikka se mainitaan kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleessa.

27 Tässä tilanteessa Oberlandesgericht Düsseldorf päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko viranomaisen toiselle viranomaiselle kirjallisesti sovitussa ohjelmiston käyttöön antamisessa, joka liittyy yhteistyösopimukseen, kyse direktiivin 2014/24/EU 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetusta hankintasopimuksesta tai – jollei 12 artiklan 4 kohdan a–c alakohdasta muuta johdu – direktiivin 12 artiklan 4 kohdassa tarkoitetusta direktiivin soveltamisalaan kuuluvasta sopimuksesta, jos ohjelmiston luovutuksensaajan ei tarvitse maksaa ohjelmistosta hintaa eikä kulukorvausta, mutta ohjelmiston luovutukseen liittyvässä yhteistyösopimuksessa määrätään, että jokainen yhteistyökumppani – ja siten myös ohjelmiston luovutuksensaaja – antaa toiselle yhteistyökumppanille maksutta käyttöön mahdollisesti tulevaisuudessa tekemänsä ohjelmiston jatkokehitystyön, jota ei kuitenkaan edellytetä, yhteydessä tehdyt muutokset?

2) [Mikäli ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi,] onko direktiivin 2014/24/EU 12 artiklan 4 kohdan a alakohdan mukaan yhteistyöhön osallistuvien hankintaviranomaisten tekemän yhteistyön kohteena oltava kansalaiselle suoritettavat julkiset palvelut sinänsä, joita on tarjottava yhdessä, vai riittääkö, jos yhteistyö koskee toimintoja, joilla edistetään jossakin muodossa julkisia palveluja, jotka on suoritettava samalla tavoin muttei välttämättä yhdessä?

3) Sovelletaanko direktiivin 2014/24/EU 12 artiklan 4 kohdan yhteydessä niin sanottua etuoikeutettuun asemaan asettamista koskevaa kirjoittamatonta kieltoa, ja jos sovelletaan, niin millainen on tämän kiellon sisältö?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen kysymys

28 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään lähinnä, onko direktiiviä 2014/24 tulkittava siten, että sopimus, jossa yhtäältä määrätään, että hankintaviranomainen antaa maksutta toisen hankintaviranomaisen käyttöön ohjelmiston, ja joka toisaalta liittyy yhteistyösopimukseen, jonka nojalla kukin kyseisen sopimuksen osapuoli on velvollinen antamaan maksutta toisen sopimuspuolen käyttöön kyseiseen ohjelmistoon mahdollisesti toteuttamansa tulevat päivitykset, on direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu ”hankintasopimus”, vai siten, että se on kyseisen direktiivin 12 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu ”sopimus”.

29 Aluksi on huomautettava, että koska direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan sanamuodossa viitataan pelkästään sopimuksen käsitteeseen eikä hankintasopimuksen käsitteeseen, se voisi viitata siihen, että nämä kaksi käsitettä ovat erillisiä. Tosiasiassa niitä ei kuitenkaan ole syytä erottaa toisistaan.

30 Ensinnäkin kyseisen direktiivin 1 artiklan, jossa täsmennetään sen ”kohde ja soveltamisala”, 1 kohdassa säädetään, että ”tällä direktiivillä vahvistetaan hankintaviranomaisten noudattamia hankintamenettelyjä koskevat säännöt sellaisia hankintasopimuksia ja suunnittelukilpailuja varten, joiden ennakoitu arvo ei

alita [tämän direktiivin] 4 artiklassa säädettyjä kynnysarvoja”. Tästä seuraa, että mainitulla direktiivillä säännellään ainoastaan julkisia hankintoja ja suunnittelukilpailuja, mutta ei sopimuksia, jotka eivät ole luonteeltaan hankintasopimuksia.

31 Toiseksi direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdassa, jossa määritellään kyseisen direktiivin soveltamisen edellyttämät tärkeimmät käsitteet, ei mainita lainkaan sopimuksen käsitettä vaan ainoastaan hankintasopimuksen käsite, mikä viittaa siihen, että termi ”sopimus” on vain ilmaisun ”hankintasopimus” lyhennetty versio.

32 Kolmanneksi tällaista tulkintaa tukee direktiivin 2014/24 12 artiklan otsikko, joka on ”Yksiköiden väliset hankintasopimukset julkisella sektorilla”. Näin ollen kyseisen direktiivin 12 artiklan 4 kohdassa oleva maininta ”sopimus” on ymmärrettävä siten, että siinä viitataan mainitun direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettuun hankintasopimuksen käsitteeseen.

33 Neljänneksi mainitun tulkinnan vahvistavat myös direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan valmisteluasiakirjat. Kuten Euroopan komissio huomautti kirjallisissa huomautuksissaan, vaikka sen 20.12.2011 tekemä ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisista hankinnoista (COM(2011) 896 final) sisälsi 11 artiklan, jonka otsikko oli ”Viranomaisten väliset suhteet” ja jonka 4 kohdassa säädettiin, että ”kahden tai useamman hankintaviranomaisen välillä tehtyä sopimusta ei katsota tämän direktiivin 2 artiklan 6 kohdassa tarkoitetuksi julkista hankintaa koskevaksi sopimukseksi, jos seuraavat kumulatiiviset edellytykset täyttyvät: – –”, unionin lainsäätäjän tarkoituksena ei ollut noudattaa tätä ehdotusta. Tästä seuraa, ettei direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan seurauksena voi olla se, ettei hankintaviranomaisten välistä yhteistyötä pidettäisi hankintasopimuksena. Sen vaikutus rajoittuu yksinomaan siihen, ettei tällaiseen sopimukseen sovelleta normaalisti sovellettavia julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.

34 Viidenneksi direktiivin 2014/24 12 artiklan asiayhteyden tarkastelu vahvistaa tämän tulkinnan. Tämä artikla sisältyy nimittäin kyseisen direktiivin I luvun 3 jaksoon, jonka otsikko on ”Poikkeukset”. Olisi epäjohdonmukaista, että unionin lainsäätäjä olisi pyrkinyt jättämään julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle sopimuksia, jotka eivät ole hankintasopimuksia. Poissulkemisperusteilla ei nimittäin lähtökohtaisesti ole kohdetta tällaisten sopimusten osalta.

35 Tästä seuraa yhtäältä, että julkisia hankintoja koskevien sääntöjen ulkopuolelle jättäminen edellyttää, että kyseinen sopimus on direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu hankintasopimus, ja toisaalta, että kyseisen direktiivin 12 artiklan 4 kohdan a–c alakohdassa asetetut edellytykset täyttävä hankintasopimus säilyttää oikeudellisen luonteensa ”hankintasopimuksena”, vaikka tällaisia sääntöjä ei sovellettaisikaan siihen.

36 Näin ollen direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa tarkoitettu sopimuksen käsite on sama kuin hankintasopimuksen käsite, sellaisena kuin se on määritelty kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa.

37 Näissä olosuhteissa on määritettävä, onko sopimus, jossa yhtäältä määrätään, että hankintaviranomainen antaa maksutta toisen hankintaviranomaisen käyttöön ohjelmiston, ja joka toisaalta liittyy yhteistyösopimukseen, jonka nojalla kukin kyseisen sopimuksen osapuoli on velvollinen antamaan maksutta toisen sopimuspuolen käyttöön kyseiseen ohjelmistoon mahdollisesti toteuttamansa tulevat päivitykset, direktiivin 2014/24 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu ”hankintasopimus”.

38 Aluksi on muistutettava, että toimenpiteen, joka sisältää useita toimia, luokittelemiseksi tässä säännöksessä tarkoitetuksi hankintasopimukseksi tämä toimenpide on tutkittava kokonaisuutena ja sen tarkoitus huomioon ottaen (ks. analogisesti tuomio 10.11.2005, komissio v. Itävalta, C-29/04, EU:C:2005:670, 41 kohta ja tuomio 21.12.2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, 37 kohta).

39 Kyseisen säännöksen mukaan ”hankintasopimuksilla” tarkoitetaan vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman talouden toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on rakennusurakoiden toteuttaminen, tavaroiden toimittaminen tai palvelujen suorittaminen.

40 Jotta sopimus voidaan luokitella kyseisessä säännöksessä tarkoitetuksi ”hankintasopimukseksi”, sen on näin ollen oltava tehty vastiketta vastaan ja sen on näin ollen merkittävä sitä, että hankintaviranomainen, joka tekee hankintasopimuksen, saa kyseisen sopimuksen nojalla vastiketta vastaan suorituksen, johon on liityttävä välitön taloudellinen intressi kyseiselle hankintaviranomaiselle. Lisäksi kyseisen sopimuksen on oltava vastavuoroinen, sillä se on hankintasopimuksen olennainen ominaisuus (ks. analogisesti tuomio 21.12.2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, 43 kohta).

41 Nyt käsiteltävässä asiassa ohjelmiston käyttöön antamista koskevan sopimuksen ja yhteistyösopimuksen vastikkeellisuus näyttää alisteiselta näin aloitetun yhteistyön vastavuoroisuudelle.

42 Koska yhteistyösopimuksen 5 artiklan kolmannessa kohdassa määrätään, että sopimus on sitova ”vain yhdessä ohjelmiston käyttöön antamista koskevan sopimuksen kanssa yhtenä asiakirjana”, näistä kahdesta sopimuksesta muodostuvan sopimuskokonaisuuden vastavuoroisuuden arvioimiseksi on otettava huomioon paitsi niiden määräykset myös se sääntely-ympäristö, jonka puitteissa ne on tehty.

43 Viimeksi mainitun seikan osalta on ilmennyt, kuten Kölnin kaupunki on sekä kirjallisissa huomautuksissaan että istunnossa todennut, että palontorjunnasta, teknisestä avusta ja väestönsuojelusta sekä yritysten suorittamista pelastuspalveluista, hätäinterventioista ja sairaankuljetuksista annetussa Saksan lainsäädännössä velvoitetaan näistä tehtävistä vastaavat Saksan alueelliset julkisyhteisöt käyttämään toiminnan koordinointijärjestelmää mahdollisimman tehokkaasti ja mukauttamaan se pysyvästi tarpeisiin.

44 Unionin tuomioistuin tarkastelee riidanalaisen sopimuskokonaisuuden sanamuotoa tämän lähtökohdan perusteella.

45 Tältä osin sekä ohjelmiston käyttöön antamista koskevan sopimuksen että yhteistyösopimuksen sanamuodon perusteella vastikkeen olemassaolo on todennäköinen. Vaikka käyttöön antamista koskevan sopimuksen 4 artiklassa todetaan, että kyseinen ohjelmisto annetaan käyttöön ”maksutta”, sopimuksen 1 artiklasta ilmenee kuitenkin, että se on ”pysyvää”. Pääasiassa kyseessä olevan kaltaista ohjelmiston käyttöön antamista koskevaa sopimusta, jonka oletetaan olevan pitkäkestoinen, on väistämättä muutettava, jotta otettaisiin huomioon – kuten muun muassa ISE korosti istunnossa – uuden lainsäädännön edellyttämät mukautukset, pelastuspalvelun organisoinnin kehitys ja tekniikan kehitys. Kölnin kaupungin istunnossa esittämien lausumien mukaan mainittuun ohjelmistoon tehdään merkittäviä muutoksia ja lisätään täydentäviä moduuleita kolme tai neljä kertaa vuodessa.

46 Lisäksi on todettava, että – kuten ohjelmiston käyttöön antamista koskevan sopimuksen 2 artiklan 1 kohdassa määrätään – IGNIS Plus -ohjelmisto annetaan käyttöön ”yhteistyösopimuksessa sovitun mukaisesti”, mikä viittaa siihen, että Berliinin osavaltio on ottanut käyttöön jonkinlaisen ehdollisuuden. Näin ollen on todettava, että vaikka kyseisen ohjelmiston käyttöön antaminen onkin maksutonta, sitä ei toteuteta ilman omaa etua.

47 Lisäksi yhteistyösopimuksen 1 artiklan mukaan yhteistyösopimuksen tarkoituksena on, että osapuolet aloittavat ”tasavertaisen yhteistyön ja [ovat] sitoutuneita tarvittaessa mukauttamaan ohjelmistoa toisen osapuolen tarpeisiin ja antamaan sen toisen osapuolen käyttöön”. Valittu sanamuoto antaa myös ymmärtää, että osapuolet sitoutuvat kehittämään pääasiassa kyseessä olevan ohjelmiston alkuperäistä versiota, kun toiminnan koordinointijärjestelmän mahdollisimman tehokas käyttäminen ja tämän järjestelmän jatkuva mukauttaminen tarpeisiin edellyttävät tällaista kehittämistä.

48 Lisäksi mainitun sopimuksen 5 artiklassa määrätään, että ”perusohjelmiston ja moduulien mukauttaminen omien prosessien kulkuun on annettava tehtäväksi ja rahoitettava itsenäisesti”, mistä ilmenee kyseisen ohjelmiston maksuttoman käyttöön antamisen taloudellinen intressi Berliinin osavaltiolle. Lisäksi Kölnin kaupunki myönsi unionin tuomioistuimen istunnossa esittämään kysymykseen antamassaan vastauksessa, että kaikkien osapuolten pitäisi saada säästöjä tällaisen sopimuksen avulla.

49 Lopuksi siinä tapauksessa, että yksi pääasiassa kyseessä olevan sopimuskokonaisuuden sopimuspuolista tekisi muutoksia pääasiassa kyseessä olevaan ohjelmistoon eikä välittäisi niitä toiselle sopimuspuolelle, vaikuttaisi siltä, että viimeksi mainittu voi joko irtisanoa yhteistyösopimuksen ja tarvittaessa ohjelmiston käyttöön antamista koskevan sopimuksen tai nostaa kanteen tuomioistuimessa näin tehdyn mukautuksen saamiseksi. Näin ollen pääasiassa kyseessä olevasta hankintasopimuksesta johtuvat velvoitteet ovat oikeudellisesti sitovia, koska niiden täyttämistä voidaan vaatia tuomioistuimessa (tuomio 25.3.2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, 62 kohta).

50 Jollei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen suorittamasta tarkistuksesta muuta johdu, edellä esitetyistä seikoista ilmenee, että ohjelmiston käyttöön antamista koskeva sopimus ja yhteistyösopimus ovat vastavuoroisia, koska IGNIS Plus -ohjelmiston käyttöön antaminen maksutta aiheuttaa kyseisen ohjelmiston kehittämistä koskevan vastavuoroisen velvollisuuden, kun toiminnan koordinointijärjestelmän mahdollisimman tehokas käyttäminen ja tämän järjestelmän jatkuva mukauttaminen tarpeisiin edellyttävät tällaista kehittämistä, joka toteutetaan käytännössä sellaisten täydentävien moduulien rahoittamisella, jotka on jatkossa annettava maksutta toisen yhteistyökumppanin käyttöön.

51 Tässä tilanteessa vaikuttaa siltä, että – kuten julkisasiamies on todennut ratkaisuehdotuksensa 59 ja 62 kohdassa – IGNIS Plus -ohjelmiston päivittäminen on käytännössä väistämätöntä, milloin tahansa se tapahtuukin, joten vastike ei riipu puhtaasti potestatiivisesta ehdosta.

52 Koska se, että yksi yhteistyökumppaneista mukauttaa pääasiassa kyseessä olevaa ohjelmistoa, on selvästi toisen yhteistyökumppanin taloudellisen intressin mukaista, tilanteessa, jossa ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että ohjelmiston käyttöön asettamista koskevasta sopimuksesta ja yhteistyösopimuksesta muodostuva sopimuskokonaisuus on vastavuoroinen, olisi katsottava, että nämä sopimukset on tehty vastiketta vastaan, joten tämän tuomion 40 kohdassa mainitut hankintasopimuksen toteamisedellytykset täyttyvät.

53 Ensimmäiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiiviä 2014/24 on tulkittava siten, että sopimus, jossa yhtäältä määrätään, että hankintaviranomainen antaa maksutta toisen hankintaviranomaisen käyttöön ohjelmiston, ja joka toisaalta liittyy yhteistyösopimukseen, jonka nojalla kumpikin kyseisen sopimuksen osapuoli on velvollinen antamaan maksutta toisen sopimuspuolen käyttöön kyseiseen ohjelmistoon mahdollisesti toteuttamansa tulevat päivitykset, on direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu ”hankintasopimus”, kun sekä näiden sopimusten sanamuodosta että sovellettavasta kansallisesta lainsäädännöstä seuraa, että kyseiseen ohjelmistoon lähtökohtaisesti tehdään mukautuksia.

Toinen kysymys

54 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään lähinnä, onko direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö voidaan jättää tässä direktiivissä säädettyjen julkisia hankinttoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, jos mainittu yhteistyö koskee sellaisten julkisten palvelujen liitännäistoimintoja, joita kunkin yhteistyöhön osallistuvan on – vaikka erikseen – tarjottava, kunhan nämä liitännäiset toiminnot edistävät kyseisten julkisten palvelujen tosiasiallista toteutumista.

55 Ensiksi on ratkaistava, sallitaanko direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan a alakohdassa se, että hankintaviranomaiset käynnistävät yhteistyön sellaisten julkisen palvelun tehtävien osalta, joita ne eivät suorita yhdessä.

56 Kyseisestä säännöksestä ilmenee, että yksinomaan kahden tai useamman hankintaviranomaisen välillä tehty hankintasopimus ei kuulu kyseisen direktiivin soveltamisalaan, jos sillä käynnistetään tai toteutetaan siihen osallistuvien hankintaviranomaisten välinen yhteistyö tavoitteena varmistaa, että julkiset palvelut, jotka niiden on suoritettava, tarjotaan niiden yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi.

57 Kuten julkisasiamies totesi ratkaisuehdotuksensa 71 kohdassa, kyseisessä säännöksessä viitataan näin ainoastaan tavoitteiden yhteisyyteen eikä siinä edellytetä saman julkisen palvelun tarjoamista yhdessä. Kuten direktiivin 2014/24 johdanto-osan 33 perustelukappaleen ensimmäisestä kohdasta ilmenee, ”[tällaiseen yhteistyöhön] osallistuvien eri viranomaisten suorittamien palvelujen ei tarvitse välttämättä olla samanlaisia, vaan ne voivat olla myös toisiaan täydentäviä”. Ei siis ole välttämätöntä, että yhteistyöhön osallistuvat julkisoikeudelliset henkilöt tarjoavat julkista palvelua yhdessä.

58 Tästä seuraa, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdan a alakohtaa on tulkittava siten, että siinä sallitaan erotuksetta, että osallistuvat hankintaviranomaiset suorittavat julkisen palvelun tehtävää sekä yhdessä että erikseen, kunhan niiden yhteistyöllä voidaan saavuttaa niille yhteiset tavoitteet.

59 Toiseksi direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdasta, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen ensimmäisen kohdan kanssa, ilmenee, että julkisoikeudellisten henkilöiden välinen yhteistyö saattaa kattaa kaikentyyppiset toiminnot, jotka liittyvät osallistuville viranomaisille osoitettujen tai niiden suoritettavakseen ottamien palvelujen suorittamiseen ja velvollisuuksien hoitamiseen.

60 On kuitenkin todettava, että ilmaisu ”kaikentyyppiset toiminnot” on omiaan kattamaan julkiseen palveluun nähden liitännäisen toiminnan siltä osin kuin tämä liitännäinen toiminta myötävaikuttaa sen julkisen palvelun tehtävän tosiasialliseen toteutumiseen, joka on osallistuvien hankintaviranomaisten välisen yhteistyön kohteena. Direktiivin 2014/24 johdanto-osan 33 perustelukappaleen kolmannessa kohdassa nimittäin todetaan, että viranomaisten välinen yhteistyö ”ei edellytä, että kaikki osallistuvat viranomaiset vastaavat pääasiallisten sopimusvelvoitteiden suorittamisesta, kunhan ne ovat sitoutuneet tekemään osansa kyseisen julkisen palvelun suorittamisesta yhteistoiminnassa”.

61 Ei ole myöskään varmaa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen palontorjuntaan, tekniseen apuun, pelastustoimintaan ja väestönsuojeluun liittyvien palokunnan tehtävien seurantaohjelma, joka vaikuttaa välttämättömältä näiden tehtävien suorittamiseksi, voitaisiin katsoa vain puhtaasti liitännäiseksi toiminnaksi, mikä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on kuitenkin tarkistettava.

62 Toiseen kysymykseen on siis vastattava, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa on tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö voidaan jättää tässä direktiivissä säädettyjen julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, jos mainittu yhteistyö koskee sellaisten julkisten palvelujen liitännäistoimintoja, joita kunkin tähän yhteistyöhön osallistuvan on – vaikka erikseen – tarjottava, kunhan nämä liitännäiset toiminnot edistävät kyseisten julkisten palvelujen tosiasiallista toteutumista.

Kolmas kysymys

63 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään lähinnä yhtäältä, onko direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen ja 18 artiklan 1 kohdan kanssa, tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen

yhteistyö ei saa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaan johtaa siihen, että jokin yksityinen yritys asetetaan kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan, ja toisaalta, mikä on tämän periaatteen sisältö.

64 Kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin perustellusti toteaa, direktiiviä 2004/18 koskevasta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenee, ettei julkisia hankintoja koskevia unionin oikeuden sääntöjä voitu soveltaa sopimuksiin, joilla aloitettiin julkisten yksikköjen välinen yhteistyö, jonka tarkoituksena oli varmistaa niille yhteisen julkisen palvelun tehtävän suorittaminen, mikäli tällaiset sopimukset oli tehty yksinomaan julkisten yksikköjen välillä ilman yksityisen osapuolen osallistumista, mikäli mitään yksityistä palveluntarjoajaa ei asetettu kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan ja mikäli kyseistä yhteistyötä säätelivät yksinomaan yleisen edun mukaisten päämäärien tavoitteluille ominaiset seikat ja vaatimukset. Tällaiset sopimukset saattoivat jäädä julkisia hankintoja koskevan unionin oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle vain, jos ne täyttivät kumulatiivisesti kaikki nämä kriteerit (ks. vastaavasti tuomio 19.12.2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ym., C-159/11, EU:C:2012:817, 34–36 kohta ja tuomio 13.6.2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, 36–38 kohta).

65 Vaikka yhteistyöhön osallistuvia hankintaviranomaisia koskevaa kieltoa kohdella yksityistä yritystä kilpailijoihinsa nähden edullisemmin ei mainita direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa, unionin lainsäätäjän tarkoituksena ei ole ollut poiketa edeltävässä kohdassa mainitusta unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.

66 Ensinnäkin on todettava, että vaikka direktiivin 2014/24 johdanto-osan 31 perustelukappaleessa korostetaan, että ”siitä, kuinka pitkälle julkisella sektorilla tehtyjä yksiköiden välisiä sopimuksia olisi säänneltävä julkisia hankintoja koskevilla säännöillä, vallitsee huomattava oikeudellinen epävarmuus”, ja että tätä seikkaa olisi selvennettävä, kyseisessä perustelukappaleessa todetaan, että tällaisen selventämisen olisi perustuttava asiaa koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä esitettyihin periaatteisiin. Tästä seuraa, ettei unionin lainsäätäjän tarkoituksena ole ollut kyseenalaistaa tältä osin unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä.

67 Toiseksi kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen toisesta kohdasta ilmenee, että julkisten palvelujen yhteistä suorittamista koskeviin sopimuksiin ei olisi sovellettava kyseisessä direktiivissä esitettyjä sääntöjä edellyttäen, että sopimukset on tehty yksinomaan hankintaviranomaisten välillä, tällaisen yhteistoiminnan täytäntöönpanoa hallitsevat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat eikä yhtäkään yksityistä palvelujentarjoajaa aseteta kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan, mikä vastaa olennaisilta osin tämän tuomion 64 kohdassa mainittua direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohtaa koskevaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä.

68 Kolmanneksi on joka tapauksessa niin, että koska direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa asetetut edellytykset täyttävää hankintaviranomaisten välistä yhteistyötä luonnehditaan edelleen kyseisen direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitetuksi hankintasopimukseksi, kuten ensimmäiseen kysymykseen annetusta vastauksesta ilmenee, tämäntyyppiseen yhteistyöhön on sovellettava mainitun direktiivin 18 artiklaa, jossa esitetään hankintaperiaatteet.

69 Direktiivin 2014/24 18 artiklan 1 kohdan mukaan yhtäältä hankintaviranomaisten on kohdeltava talouden toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä noudatettava avointa ja oikeasuhteista toimintatapaa, ja toisaalta hankintaa suunniteltaessa ei saa pyrkiä sen jättämiseen kyseisen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tai kilpailun keinotekoiseen kaventamiseen; kilpailun katsotaan olevan keinotekoisesti kavennettua, jos hankinta suunnitellaan aikomuksena suosia aiheettomasti tiettyjä talouden toimijoita tai saattaa tietyt talouden toimijat epäedulliseen asemaan.

70 Se, ettei direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohdassa mainita, ettei yksityistä palveluntarjoajaa saa asettaa hankintaviranomaisten yhteistyön yhteydessä kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan, ei voi olla ratkaisevaa, niin valitettavaa kuin tämä mainitsematta jättäminen onkin erityisesti oikeusvarmuuden

periaatteen kannalta, joka on unionin oikeuden perusperiaate ja joka edellyttää erityisesti, että säännökset ovat selviä ja täsmällisiä, jotta yksityiset voivat ilman epävarmuutta saada tiedon oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan ja ryhtyä asianmukaisiin toimenpiteisiin (tuomio 9.7.1981, Gondrand ja Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, 17 kohta; tuomio 13.2.1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, 27 kohta ja tuomio 14.4.2005, Belgia v. komissio, C-110/03, EU:C:2005:223, 30 kohta).

71 Nyt käsiteltävässä asiassa Berliinin osavaltio hankki Sopra Steria Consultingilta IGNIS Plus -ohjelmiston, minkä jälkeen se antoi sen maksutta Kölnin kaupungin käyttöön.

72 Kuten ISE on väittänyt ilman, että Kölnin kaupunki olisi tätä kiistänyt unionin tuomioistuimessa pidetyssä istunnossa, tämän ohjelmiston mukauttaminen on erittäin monimutkainen prosessi, jonka taloudellinen arvo on selvästi suurempi kuin perusohjelmiston alkuperäisen hankinnan arvo. ISE:n mukaan Kölnin kaupunki on jo tässä vaiheessa arvioinut kyseisen ohjelmiston mukauttamisesta aiheutuneiksi kustannuksiksi kaksi miljoonaa euroa, kun taas Berliinin osavaltio on julkaissut ennakkoilmoituksen Euroopan unionin virallisessa lehdessä IGNIS Plus -ohjelmiston kehittämiseksi 3,5 miljoonalla eurolla. ISE:n mukaan taloudellinen intressi ei näin ollen liity perusohjelmiston hankkimiseen tai myymiseen vaan myöhempään vaiheeseen eli tämän ohjelmiston mukauttamiseen, ylläpitoon, jonka kustannukset ovat 100 000 euroa vuodessa, ja kehittämiseen.

73 ISE katsoo kuitenkin, että käytännössä perusohjelmiston mukauttamista, ylläpitoa ja kehittämistä koskevat sopimukset on varattu yksinomaan tämän ohjelmiston valmistajalle, koska kyseisen ohjelmiston kehittäminen edellyttää paitsi sen lähdekoodin hallussapitoa myös muita tietoja kyseisen lähdekoodin kehittämisestä.

74 Tältä osin on korostettava, että kun hankintaviranomainen aikoo järjestää julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyn talouden toimijalta hankitun ohjelmiston ylläpidon, mukauttamisen tai kehittämisen varmistamiseksi, sen on huolehdittava siitä, että se ilmoittaa mahdollisille ehdokkaille ja tarjoajille riittävästi tietoja, jotta mahdollistetaan toimivan kilpailun kehittyminen kyseisen ohjelmiston ylläpidon, mukauttamisen tai kehittämisen johdannaismarkkinoilla.

75 Nyt käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on hankintperiaatteiden, sellaisina kuin ne on vahvistettu direktiivin 2014/24 18 artiklassa, noudattamisen varmistamiseksi tarkistettava ensimmäiseksi, että sekä Berliinin osavaltiolla että Kölnin kaupungilla on hallussaan IGNIS Plus -ohjelmiston lähdekoodi, toiseksi, että jos kyseiset hankintaviranomaiset järjestävät syrjimättömän julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyn, jonka tarkoituksena on varmistaa kyseisen ohjelmiston ylläpito, mukauttaminen tai kehittäminen, ne ilmoittavat tämän lähdekoodin mahdollisille ehdokkaille ja tarjoajille, ja kolmanneksi, että pelkästään tämän lähdekoodin hallussapito riittää takaamaan sen, että kyseisen hankintasopimuksen tekemisestä kiinnostuneita talouden toimijoita kohdellaan avoimesti, yhdenvertaisesti ja syrjimättömästi.

76 Edellä esitetyn perusteella kolmanteen kysymykseen on vastattava, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen toisen kohdan ja 18 artiklan 1 kohdan kanssa, on tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö ei saa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaan johtaa siihen, että jokin yksityinen yritys asetetaan kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan.

Oikeudenkäyntikulut

77 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (neljäs jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta 26.2.2014 annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviä 2014/24/EU on tulkittava siten, että sopimus, jossa yhtäältä määrätään, että hankintaviranomainen antaa maksutta toisen hankintaviranomaisen käyttöön ohjelmiston, ja joka toisaalta liittyy yhteistyösopimukseen, jonka nojalla kumpikin kyseisen sopimuksen osapuoli on velvollinen antamaan maksutta toisen sopimuspuolen käyttöön kyseiseen ohjelmistoon mahdollisesti toteuttamansa tulevat kehitykset, on direktiivin 2 artiklan 1 kohdan 5 alakohdassa tarkoitettu ”hankintasopimus”, kun sekä näiden sopimusten sanamuodosta että sovellettavasta kansallisesta lainsäädännöstä seuraa, että kyseiseen ohjelmistoon lähtökohtaisesti tehdään mukautuksia.**

2) **Direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa on tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö voidaan jättää tässä direktiivissä säädettyjen julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle, jos mainittu yhteistyö koskee sellaisten julkisten palvelujen liitännäistoimintoja, joita kunkin tähän yhteistyöhön osallistuvan on – vaikka erikseen – tarjottava, kunhan nämä liitännäiset toiminnot edistävät kyseisten julkisten palvelujen tosiasiallista toteutumista.**

3) **Direktiivin 2014/24 12 artiklan 4 kohtaa, luettuna yhdessä kyseisen direktiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen toisen kohdan ja 18 artiklan 1 kohdan kanssa, on tulkittava siten, että hankintaviranomaisten välinen yhteistyö ei saa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen mukaan johtaa siihen, että jokin yksityinen yritys asetetaan kilpailijoihinsa nähden edullisempaan asemaan.**

Allekirjoitukset