Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 28 maja 2020 r.*

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Dyrektywa 2014/24/UE – Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 – Artykuł 12 ust. 4 – Artykuł 18 ust. 1 – Pojęcie „umowy o charakterze odpłatnym” – Umowa między dwiema instytucjami zamawiającymi realizującymi wspólny cel leżący w interesie publicznym – Udostępnienie oprogramowania do koordynacji interwencji straży pożarnej – Brak finansowego świadczenia wzajemnego – Związek z umową o współpracy przewidującą wzajemne nieodpłatne udostępnianie uzupełniających modułów do tego oprogramowania – Zasada równego traktowania – Zakaz stawiania prywatnego przedsiębiorstwa w uprzywilejowanej pozycji wobec konkurencji

W sprawie C-796/18

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie, Niemcy) postanowieniem z dnia 28 listopada 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 19 grudnia 2018 r., w postępowaniu:

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

przeciwko

Stadt Köln,

przy udziale:

Land Berlin,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: M. Vilaras, prezes izby, K. Lenaerts, prezes Trybunału, pełniący obowiązki sędziego czwartej izby, S. Rodin, D. Šváby (sprawozdawca) i N. Piçarra, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Campos Sánchez-Bordona,

sekretarz: D. Dittert, kierownik wydziału,

uwzględniając pisemny etap postępowania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 6 listopada 2019 r.,

rozważywszy uwagi, które przedstawili:

– w imieniu Stadt Köln – K. van de Sande i U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

* Język postępowania: niemiecki.

– w imieniu rządu austriackiego – J. Schmoll, G. Hesse i M. Fruhmann, w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Komisji Europejskiej – L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers i P. Ondrůšek, w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 29 stycznia 2020 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 2 ust. 1 pkt 5 i art. 12 ust. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

2 Wniosek ten został złożony w postępowaniu pomiędzy Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH a Stadt Köln (miastem Kolonia, Niemcy), dotyczącym dwóch umów zawartych przez miasto Kolonia z Land Berlin (krajem związkowym Berlin, Niemcy), przewidujących nieodpłatne udostępnienie temu miastu oprogramowania do zarządzania interwencjami straży pożarnej oraz współpracę w celu rozbudowy tego oprogramowania.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Motywy 31 i 33 dyrektywy 2014/24 stanowią:

„(31) Istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Stosowne orzecznictwo [Trybunału] jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególne instytucje zamawiające. Dlatego też konieczne jest doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Wyjaśnienie takie powinno być zgodne z zasadami określonymi w stosownym orzecznictwie [Trybunału]. Sam fakt, że obie strony umowy są organami publicznymi, nie wyklucza jako taki zastosowania przepisów dotyczących zamówień. Zastosowanie przepisów dotyczących zamówień publicznych nie powinno jednak zakłócać swobody organów publicznych w zakresie wykonywania powierzonych im zadań dotyczących usług publicznych poprzez wykorzystanie ich własnych zasobów, co obejmuje możliwość współpracy z innymi organami publicznymi.

Należy zagwarantować, że [by] żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje [nie skutkowała] zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

[…]

(33) Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności zastosowania konkretnej formy prawnej. Taka współpraca może obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje, takich jak obowiązkowe lub dobrowolne zadania władz lokalnych lub regionalnych lub usługi powierzone konkretnym organom na mocy prawa publicznego. Usługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny.

Do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania zasady określone w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, że prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i że żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci.

Aby spełnić te warunki, współpraca ta powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Ponadto realizacja współpracy, w tym wszelkie transfery finansowe pomiędzy uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi, powinna podlegać wyłącznie względom związanym z interesem publicznym”.

4 Artykuł 1 tej dyrektywy, zatytułowany „Przedmiot i zakres stosowania”, stanowi w ust. 1, co następuje:

„Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4”.

5 Artykuł 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy definiuje „zamówienia publiczne” jako „umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług”.

6 Artykuł 12 dyrektywy 2014/24, zatytułowany: „Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego”, w ust. 4 stanowi:

„Umowa zawarta wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają;

b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz

c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będącej przedmiotem współpracy”.

7 Ustęp 1 akapit pierwszy art. 18 tej dyrektywy, zatytułowanego „Zasady udzielania zamówień”, stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostało zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców".

Prawo niemieckie

8 Paragraf 103 ust. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji) z dnia 26 czerwca 2013 r. (BGBl. 2013 I, s. 1750), w brzmieniu mającym zastosowanie w postępowaniu głównym, stanowi, że zamówienia publiczne są umowami o charakterze odpłatnym zawieranymi między instytucjami zamawiającymi a przedsiębiorcami w celu zamówienia świadczeń polegających na dostawie towarów, wykonaniu robót budowlanych lub usługach.

9 Zgodnie z § 106 ust. 1 zdanie pierwsze tej ustawy do organów odwoławczych do spraw zamówień publicznych można zwracać się w przypadku udzielania zamówień publicznych o wartości szacunkowej, bez podatku od wartości dodanej, co najmniej równej ustalonym progom.

10 Zgodnie z § 108 ust. 6 omawianej ustawy do organów odwoławczych do spraw zamówień publicznych nie można zwracać się w przypadku umów w sprawie zamówienia zawartych pomiędzy co najmniej dwiema instytucjami zamawiającymi, jeżeli:

„1. umowa ustanawia lub wdraża współpracę uczestniczących w zamówieniu instytucji zamawiających w celu zapewnienia realizacji zadań z zakresu usług publicznych, do których pełnienia są one zobowiązane, w celu osiągnięcia ich wspólnych celów,

2. wdrożeniu współpracy, o której mowa w ust. 1, przyświecają jedynie względy związane z interesem publicznym oraz

3. uczestniczące w zamówieniu instytucje zamawiające prowadzą na rynku mniej niż 20% działalności objętej współpracą, o której mowa w ust. 1".

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

11 Kraj związkowy Berlin, posiadający największą zawodową straż pożarną w Niemczech, korzysta z oprogramowania IGNIS Plus, które nabył na podstawie umowy od Sopra Steria Consulting GmbH, do celów zarządzania interwencjami straży pożarnej. Umowa ta pozwala mu w szczególności na bezpłatne przekazanie wspomnianego oprogramowania innym organom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo.

12 W Niemczech, zgodnie z tak zwanymi postanowieniami kilońskimi z 1979 r., określającymi zasady dzielenia się przez jednostki administracji publicznej oprogramowaniem, nieodpłatnego przekazania oprogramowania przez jeden organ publiczny drugiemu nie uważa się za udzielenie zamówienia publicznego, które wymaga przeprowadzenia przetargu. Z zasady ogólnej wzajemności wynika bowiem, że rozszerzenia oprogramowania, których sprzedaż przez organy publiczne jest wykluczona, organy administracji publicznej przekazują sobie nieodpłatnie, gdyż nie konkurują one ze sobą.

13 W dniu 10 września 2017 r. miasto Kolonia i kraj związkowy Berlin zawarły na podstawie tych porozumień umowę o trwałym nieodpłatnym udostępnieniu oprogramowania IGNIS Plus (zwaną dalej „umową o udostępnienie oprogramowania"), która stanowi między innymi:

„1. Przedmiot umowy

Warunki umowy mają zastosowanie do trwałego udostępnienia i użytkowania opracowanego indywidualnie oprogramowania IGNIS Plus. Prawa do tego oprogramowania posiada udostępniający oprogramowanie.

Opracowane indywidualnie oprogramowanie IGNIS Plus jest oprogramowaniem wspomagającym zarządzanie interwencjami, wykorzystywanym przez udostępniającego oprogramowanie do rejestracji, prowadzenia i monitorowania działań straży pożarnej w zakresie gaszenia pożarów, wsparcia technicznego, ratownictwa i obrony cywilnej. […]

2. Charakter i zakres świadczenia

2.1. Udostępniający oprogramowanie udostępnia przyjmującemu oprogramowanie opracowane indywidualnie oprogramowanie IGNIS Plus na warunkach uzgodnionych w umowie o współpracy.

[…]

4. Świadczenie wzajemne za udostępnienie

Opracowane indywidualnie oprogramowanie IGNIS Plus zostaje udostępnione nieodpłatnie. […]”.

14 Tego samego dnia miasto Kolonia i kraj związkowy Berlin zawarły również umowę o współpracy dotyczącej tego oprogramowania (zwaną dalej „umową o współpracy”), mającą w szczególności na celu przystosowanie do potrzeb partnera i udostępnienie oprogramowania konkretnie dla niego poprzez dodanie nowych funkcjonalności w postaci „modułów uzupełniających i rozbudowujących”, które będą bezpłatnie oferowane partnerom uczestniczącym w tej współpracy.

15 Umowa o współpracy stanowi w szczególności:

„Artykuł 1 – Cel zamierzonej współpracy

[…] Partnerzy uzgodnili, że będą współpracować na równych prawach, w razie potrzeby przyjmując kompromisowe rozwiązania, w celu przystosowania oprogramowania do odpowiednich potrzeb danego partnera i udostępnienia mu go. […]

Artykuł 2 – Określenie celu współpracy

Celem współpracy jest wdrożenie oprogramowania IGNIS Plus jako systemu zarządzania interwencjami w centrach operacyjnych straży pożarnej. Oprogramowanie może być rozbudowywane o kolejne moduły zawierające nowe funkcjonalności, udostępniane pozostałym partnerom w celu nieodpłatnego wykorzystania. […]

[…]

Artykuł 5 – Zasady współpracy

[…] Udostępnienie podstawowego oprogramowania jest nieodpłatne. Moduły uzupełniające i rozbudowujące oferowane są partnerom nieodpłatnie.

Przystosowanie podstawowego oprogramowania oraz modułów do własnych procesów jest zlecane i finansowane we własnym zakresie.

[…] [Umowa] o współpracy obowiązuje wyłącznie wraz z umową [o udostępnienie oprogramowania]”.

16 ISE, które tworzy i sprzedaje oprogramowanie do zarządzania interwencjami organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, odwołało się do Vergabekammer Rheinland (izby zamówień publicznych Nadrenii, Niemcy), wnosząc o unieważnienie umowy o udostępnienie oprogramowania i umowy o współpracy ze względu na nieprzestrzeganie przepisów dotyczących zamówień publicznych. Według ISE udział miasta Kolonia w rozbudowie oprogramowania IGNIS Plus, udostępnianego nieodpłatnie, stanowi dla kraju związkowego Berlin wystarczające przysporzenie majątkowe, aby umowy te miały charakter odpłatny.

17 Decyzją z dnia 20 marca 2018 r. Vergabekammer Rheinland (izba zamówień publicznych Nadrenii) uznała odwołanie za niedopuszczalne ze względu na to, że omawiane umowy nie stanowią zamówienia publicznego, z uwagi na brak odpłatnego charakteru. W szczególności w ramach rozpatrywanej współpracy brak jest jej zdaniem związku między danym świadczeniem a świadczeniem wzajemnym.

18 ISE wniosło skargę na tę decyzję do sądu odsyłającego, Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższego sądu krajowego w Düsseldorfie, Niemcy). Utrzymuje, że umowa o współpracy jest umową o charakterze odpłatnym, gdyż kraj związkowy Berlin zamierza uzyskać korzyść majątkową z racji udostępnienia oprogramowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym, skoro miasto Kolonia jest zobowiązane do bezpłatnego udostępnienia mu opracowanych przez siebie uzupełniających i rozbudowujących modułów tego oprogramowania. ISE zarzuca również Vergabekammer Rheinland (izbie zamówień publicznych Nadrenii), że ta niesłusznie zignorowała fakt, iż zamówienie podstawowego oprogramowania prowadzi do udzielenia kolejnych zamówień producentowi, gdyż tylko on będzie w stanie zapewnić jego przystosowanie, utrzymanie i serwis.

19 Miasto Kolonia wnosi o utrzymanie w mocy decyzji organu odwoławczego i podnosi ponadto, że gdyby umowa o współpracy została uznana za umowę o charakterze odpłatnym, to stanowiłaby ona współpracę między instytucjami zamawiającymi, a zatem nie wchodziłaby w zakres stosowania prawa zamówień publicznych, zgodnie z § 108 ust. 6 ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji.

20 Sąd odsyłający ma wątpliwości co do zasadności decyzji Vergabekammer Rheinland (izby zamówień publicznych Nadrenii), uznał więc za konieczne zwrócić się do Trybunału z pytaniami dotyczącymi wykładni dyrektywy 2014/24.

21 Poprzez pierwsze pytanie sąd dąży do ustalenia, czy pojęcie „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24 różni się od pojęcia „umowy” w rozumieniu art. 12 ust. 4 tej dyrektywy. W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej umowę, która nie ma charakteru odpłatnego, mogłaby zostać zakwalifikowana jako „umowa” w rozumieniu art. 12 ust. 4 tej dyrektywy i tym samym nie podlegać przepisom dotyczącym udzielania zamówień publicznych, o ile spełnione zostaną warunki określone w lit. a)–c) tego przepisu.

22 Ponadto dotychczas sąd odsyłający przyjmował w swoim orzecznictwie szeroką definicję umowy o charakterze odpłatnym, która charakteryzuje zamówienie publiczne, w rozumieniu § 103 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu ograniczeniom konkurencji, uznając, że wystarczający jest jakikolwiek związek prawny pomiędzy świadczeniami wzajemnymi. Dlatego też, mimo że udostępnienie oprogramowania IGNIS Plus stanowi wstęp do współpracy, w której roszczenia mogą powstać tylko wtedy, gdy jeden z partnerów współpracy zechce rozbudować funkcjonalności tego oprogramowania, oferta współpracy ma charakter odpłatny, mimo że rozbudowa oprogramowania w przyszłości nie jest pewna.

23 Sąd odsyłający zastanawia się jednak, czy nie należałoby, biorąc pod uwagę wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), przyjąć węższej definicji pojęć „zamówienia publicznego” i „umowy o charakterze odpłatnym”, zastosowanych w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, niż ta, którą stosował on dotychczas, a która nie obejmowałaby sytuacji takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym.

24 Wreszcie, zamówienia udzielone przez miasto Kolonia na przystosowanie i utrzymanie oprogramowania IGNIS Plus należy uznać za umowy o charakterze odpłatnym. Mamy tu bowiem do czynienia z autonomicznymi umowami zawartymi ze stronami trzecimi i dającymi się oddzielić od udostępnienia tego oprogramowania.

25 Pytanie drugie odnosi się do przedmiotu współpracy między uczestniczącymi w niej instytucjami zamawiającymi, o której mowa w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Po porównaniu niemieckiej, angielskiej i francuskiej wersji językowej tej dyrektywy i mając na uwadze początek jej motywu 33, sąd odsyłający ocenia, że działania pomocnicze mogą stanowić przedmiot tej współpracy, przy czym współpraca ta niekoniecznie musi mieć miejsce podczas świadczenia usług publicznych jako takich.

26 Trzecie pytanie prejudycjalne jest uzasadnione faktem, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału dotyczącym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114) zakaz korzystniejszego traktowania wykonawcy interpretuje się w ten sposób, że współpraca horyzontalna może być wyłączona z zakresu prawa zamówień publicznych tylko wtedy, gdy żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znalazło się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do swoich konkurentów. Jednakże art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 nie zawiera podobnego zakazu, chociaż jest o nim mowa w motywie 33 tej dyrektywy.

27 W tych okolicznościach Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy pisemna umowa dotycząca przekazania przez organ administracji publicznej oprogramowania innemu organowi administracji publicznej, która jest powiązana z umową o współpracy, stanowi »zamówienie publiczne« w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy [2014/24] lub – przynajmniej co do zasady, z zastrzeżeniem art. 12 ust. 4 lit. a)–c) – wchodzącą w zakres zastosowania tej dyrektywy umowę w rozumieniu jej art. 12 ust. 4, w przypadku gdy przyjmujący oprogramowanie nie jest zobowiązany do zapłaty ceny ani zwrotu kosztów oprogramowania, ale powiązana z przekazaniem oprogramowania umowa o współpracy przewiduje, że każda z jej stron – a tym samym również przyjmujący oprogramowanie – bezpłatnie udostępni drugiej stronie wszelkie opracowane przez siebie w przyszłości rozszerzenia tego oprogramowania, nie mając jednakże obowiązku jego rozbudowy?

2) [W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze,] czy art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 wymaga, aby współpraca uczestniczących instytucji zamawiających dotyczyła usług publicznych na rzecz obywateli, które muszą być świadczone wspólnie, czy też wystarczy, aby współpraca ta dotyczyła działalności, która w równym stopniu, lecz niekoniecznie wspólnie, służy w pewien sposób świadczeniu usług publicznych?

3) Czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 zawiera dorozumiany tzw. zakaz uprzywilejowanego traktowania, a jeśli tak, to o jakiej treści?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

28 W pierwszym pytaniu sąd odsyłający zasadniczo zastanawia się, czy dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że umowa, która, po pierwsze, stanowi, iż instytucja zamawiająca udostępnia nieodpłatnie oprogramowanie innej instytucji zamawiającej, a po drugie, jest związana z umową o współpracy, na mocy której każda z jej stron jest zobowiązana do nieodpłatnego

udostępnienia drugiej stronie wszelkich rozszerzeń tego oprogramowania, które może opracować w przyszłości, stanowi „zamówienie publiczne" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy lub „umowę" w rozumieniu art. 12 ust. 4 tej dyrektywy.

29 Na wstępie należy zauważyć, że poprzez użycie pojęcia „umowy", a nie pojęcia „zamówienia publicznego", brzmienie art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 mogłoby sugerować, że są to dwa różne pojęcia. W rzeczywistości jednak nie ma powodu, by je rozróżniać.

30 Artykuł 1 tej dyrektywy, określający jej „[p]rzedmiot i zakres stosowania", stanowi bowiem w ust. 1, że „niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4 [tej dyrektywy]". Wynika z tego, że dyrektywa ta reguluje jedynie zamówienia publiczne i konkursy, nie zaś umowy, które nie mają charakteru zamówienia publicznego.

31 Po drugie, w art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/24, definiującym główne pojęcia, od których zależy stosowanie tej dyrektywy, nie ma mowy o pojęciu „umowy", a jedynie o „zamówieniach publicznych", co sugeruje, że pojęcie „umowa" jest jedynie skróconą wersją pojęcia „zamówienia publicznego".

32 Po trzecie, taką interpretację potwierdza tytuł art. 12 dyrektywy 2014/24, który dotyczy „[z]amówie[ń] publiczn[ych] między podmiotami sektora publicznego". Wobec tego tam, gdzie w art. 12 ust. 4 tej dyrektywy mowa jest o „umowie", należy to rozumieć jako odniesienie do pojęcia „zamówienia publicznego" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy.

33 Po czwarte, wspomniana wykładnia znajduje potwierdzenie w dokumentacji z prac przygotowawczych dotyczących art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Jak przypomniała Komisja Europejska w swoich uwagach na piśmie, wprawdzie jej projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych z dnia 20 grudnia 2011 r. [COM(2011) 896 final] zawierał art. 11 zatytułowany „Stosunki pomiędzy instytucjami publicznymi", którego ust. 4 stanowił, że „[u]mowy zawartej między dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi nie uznaje się za zamówienie publiczne w rozumieniu art. 2 ust. 6 niniejszej dyrektywy, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: […]", to jednak prawodawca Unii nie zdecydował się przyjąć tego przepisu. Wynika z tego, że art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 nie może skutkować pozbawieniem współpracy między instytucjami zamawiającymi statusu zamówienia publicznego. Jego skutek ogranicza się wyłącznie do wykluczenia takiej umowy z zakresu stosowania zwykle obowiązujących przepisów dotyczących udzielania zamówień.

34 Po piąte, wykładnia ta znajduje potwierdzenie w analizie kontekstu systemowego art. 12 dyrektywy 2014/24. Artykuł ten umieszczony jest bowiem w sekcji 3, zatytułowanej „Wyłączenia", rozdziału I tej dyrektywy. Byłoby zaś niespójne, gdyby prawodawca Unii próbował wyłączyć z zakresu przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych umowy, które nie stanowią zamówień publicznych. Z założenia podstawy wykluczenia są bowiem dla takich umów nieistotne.

35 Wynika z tego, po pierwsze, że wyłączenie przepisów dotyczących zamówień publicznych oznacza, że dana umowa jest zamówieniem publicznym w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24, a po drugie, że zamówienie publiczne, które spełnia warunki określone w art. 12 ust. 4 lit. a)–c) tej dyrektywy, zachowuje swój charakter prawny „zamówienia publicznego", nawet jeżeli nie mają do niego zastosowania takie przepisy.

36 W konsekwencji pojęcie „umowy", zawarte w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, pokrywa się z pojęciem „zamówienia publicznego" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy.

37 W tych okolicznościach należy ustalić, czy umowa, która, po pierwsze, stanowi, iż instytucja zamawiająca udostępnia nieodpłatnie oprogramowanie innej instytucji zamawiającej, a po drugie, jest związana z umową o współpracy, na mocy której każda z jej stron jest zobowiązana do nieodpłatnego udostępnienia drugiej stronie wszelkich rozszerzeń tego oprogramowania, które może opracować w przyszłości, stanowi „zamówienie publiczne" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24.

38 Na wstępie należy przypomnieć, że dla celów ewentualnego zakwalifikowania transakcji obejmującej kilka czynności jako „zamówienia publicznego" w rozumieniu tego przepisu transakcję tę należy rozpatrywać całościowo i w świetle jej celu (zob. analogicznie wyroki: z dnia 10 listopada 2005 r., Komisja/Austria, C-29/04, EU:C:2005:670, pkt 41; z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 37).

39 Zgodnie z brzmieniem tego przepisu „zamówienia publiczne" oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

40 Dlatego też, aby umowa została zakwalifikowana jako „zamówienie publiczne" w rozumieniu tego przepisu, musi ona mieć charakter odpłatny, który wymaga, by instytucja zamawiająca, która zawarła umowę w ramach zamówienia publicznego, otrzymała z tego tytułu, w zamian za świadczenie wzajemne, świadczenie, które powinno powodować bezpośrednie przysporzenie o charakterze gospodarczym po stronie instytucji zamawiającej. Ponadto umowa musi mieć charakter wzajemny, co jest zasadniczą cechą zamówienia publicznego (zob. analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, pkt 43).

41 W niniejszym przypadku odpłatny charakter umowy o udostępnienie oprogramowania i umowy o współpracy wydaje się podporządkowany wzajemnemu charakterowi ustanowionej w ten sposób współpracy.

42 Ponieważ art. 5 akapit trzeci umowy o współpracy przewiduje, że umowa ta obowiązuje „wyłącznie wraz z umową o udostępnienie oprogramowania", w celu oceny wzajemnego charakteru całości stosunku umownego, na który składają się te dwie umowy, konieczne jest uwzględnienie nie tylko ich postanowień, ale również systemu regulacyjnego, w którym zostały one zawarte.

43 W tej ostatniej kwestii wygląda zaś na to, jak wskazało miasto Kolonia zarówno w swoich uwagach na piśmie, jak i na rozprawie, że niemieckie przepisy dotyczące ochrony przeciwpożarowej, wsparcia technicznego i obrony cywilnej oraz służb ratowniczych, interwencji w nagłych wypadkach i transportu karetkami pogotowia przez przedsiębiorstwa wymagają od odpowiedzialnych za te zadania niemieckich władz regionalnych i lokalnych optymalnego wykorzystania systemu zarządzania interwencjami i jego ciągłego przystosowywania do potrzeb.

44 W oparciu o to założenie Trybunał zbada warunki stosunku opartego na rozpatrywanych umowach.

45 W tym względzie zarówno warunki umowy o udostępnienie oprogramowania, jak i warunki umowy o współpracy sprawiają, że istnieje prawdopodobieństwo, iż nastąpi świadczenie wzajemne. Podczas gdy art. 4 umowy o udostępnienie oprogramowania stanowi, że to udostępnienie jest „nieodpłatne", z art. 1 tej umowy wynika, że jest ono „trwałe". Umowa o udostępnienie oprogramowania, taka jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, która ma mieć charakter trwały, siłą rzeczy będzie zaś ulegała zmianom, w celu uwzględnienia – jak podkreśliło w szczególności ISE podczas rozprawy – przystosowań wymuszonych przez nowe przepisy, zmiany organizacyjne służb ratowniczych czy postęp techniczny. Ponadto, zgodnie z oświadczeniami miasta Kolonii poczynionymi na rozprawie, istotne modyfikacje oprogramowania i rozbudowa o dodatkowe moduły następują trzy-cztery razy w roku.

46 Ponadto, zgodnie z art. 2.1 umowy o udostępnienie oprogramowania, oprogramowanie IGNIS Plus jest udostępniane „na warunkach uzgodnionych w umowie o współpracy", co sugeruje, że kraj związkowy Berlin wprowadził pewną formę umowy warunkowej. Dlatego też wygląda na to, że choć udostępnienie tego oprogramowania jest nieodpłatne, to nie jest ono bezinteresowne.

47 Ponadto zgodnie z art. 1 umowy o współpracy partnerzy mają „współpracować na równych prawach, w razie potrzeby przyjmując kompromisowe rozwiązania, w celu przystosowania oprogramowania do odpowiednich potrzeb danego partnera i udostępnienia go drugiemu partnerowi". Przyjęte brzmienie sugeruje również, że strony zobowiązują się do wprowadzania zmian do pierwotnej wersji oprogramowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym, jeżeli jest to wymagane dla optymalnego wykorzystania systemu zarządzania interwencjami oraz ciągłego przystosowywania tego systemu do potrzeb.

48 W dodatku art. 5 umowy stanowi, że „przystosowanie podstawowego oprogramowania oraz modułów do własnych procesów jest zlecane i finansowane we własnym zakresie", co odzwierciedla finansowy interes, jaki ma kraj związkowy Berlin w nieodpłatnym udostępnieniu oprogramowania. Zresztą w odpowiedzi na pytanie zadane przez Trybunał na rozprawie miasto Kolonia przyznało, że taka umowa powinna pozwolić wszystkim partnerom na poczynienie oszczędności.

49 Wreszcie, w przypadku gdyby jedna ze stron stosunku umownego rozpatrywanego w postępowaniu głównym dokonała przystosowania oprogramowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym i nie przekazała wyników drugiej stronie, wydaje się, że ta ostatnia mogłaby albo wypowiedzieć umowę o współpracy, a także w stosownym razie umowę o udostępnienie oprogramowania, albo nawet wytoczyć powództwo, by dochodzić przekazania dokonanego przystosowania. Wygląda więc na to, że zobowiązania wynikające z rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia publicznego są prawnie wiążące, ponieważ można dochodzić ich wykonania na drodze sądowej (wyrok z dnia 25 marca 2010 r., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, pkt 62).

50 Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd odsyłający, z powyższych rozważań wynika zatem, że umowa o udostępnienie oprogramowania i umowa o współpracy mają charakter wzajemny, ponieważ nieodpłatne udostępnienie oprogramowania IGNIS Plus powoduje powstanie wzajemnego zobowiązania do rozbudowy tego oprogramowania, gdy wymaga tego optymalne wykorzystanie systemu zarządzania interwencjami i ciągłe przystosowywanie tego systemu do potrzeb, które to zobowiązanie przybiera postać finansowania modułów uzupełniających, moduły te zaś muszą zostać następnie udostępnione bezpłatnie drugiemu partnerowi.

51 W tych okolicznościach wygląda na to, że, jak w istocie zauważył rzecznik generalny w pkt 59 i 62 opinii, aktualizacja oprogramowania IGNIS Plus będzie w praktyce nieunikniona, niezależnie od tego, kiedy nastąpi, przez co świadczenie wzajemne nie zależy od warunku czysto potestatywnego.

52 Ponieważ przystosowanie oprogramowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym przez jednego z partnerów leży oczywiście w interesie finansowym drugiego partnera, to jeżeli sąd odsyłający dojdzie do wniosku, że stosunek umowny, na który składają się umowa o udostępnienie oprogramowania i umowa o współpracy, jest wzajemny, należy uznać, że są to umowy o charakterze odpłatnym, a zatem spełnione są przesłanki identyfikujące zamówienie publiczne, określone w pkt 40 niniejszego wyroku.

53 Odpowiedź na pytanie pierwsze powinna zetem brzmieć następująco: dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że umowa, stanowiąca, iż instytucja zamawiająca udostępnia nieodpłatnie oprogramowanie innej instytucji zamawiającej, związana z umową o współpracy, na mocy której każda z jej stron jest zobowiązana do nieodpłatnego udostępnienia drugiej stronie wszelkich rozszerzeń tego oprogramowania, które może opracować w przyszłości, stanowi „zamówienie publiczne" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy, jeżeli zarówno z warunków tych umów, jak i z mających zastosowanie przepisów krajowych wynika, że co do zasady oprogramowanie to będzie przystosowywane.

W przedmiocie pytania drugiego

54 W drugim pytaniu sąd odsyłający zasadniczo zastanawia się, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że współpracę między instytucjami zamawiającymi można wyłączyć z zakresu stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych określonych w tej dyrektywie, jeżeli współpraca ta dotyczy działań pomocniczych względem usług publicznych, które muszą świadczyć wszyscy uczestnicy współpracy, choćby indywidualnie, pod warunkiem że te działania pomocnicze służą faktycznemu świadczeniu tych usług publicznych.

55 Należy w pierwszej kolejności ustalić, czy art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 pozwala instytucjom zamawiającym na nawiązanie współpracy dotyczącej zadań z zakresu usług publicznych, których nie świadczą one wspólnie.

56 Z przepisu tego wynika, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta pomiędzy co najmniej dwiema instytucjami zamawiającymi nie jest objęta zakresem stosowania tej dyrektywy, jeżeli ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają.

57 Tym samym, jak zauważył w istocie rzecznik generalny w pkt 71 opinii, przepis ten odnosi się jedynie do wspólnoty celów, bez wymogu wspólnego świadczenia tej samej usługi publicznej. W istocie, jak wynika z motywu 33 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24, „[u]sługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny". Nie wygląda więc na to, iż jest niezbędne, by działalność z zakresu usług publicznych była prowadzona wspólnie przez podmioty publiczne uczestniczące we współpracy.

58 W związku z tym art. 12 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że zezwala on uczestniczącym we współpracy instytucjom zamawiającym na wykonywanie zadań z zakresu usług publicznych zarówno wspólnie, jak i indywidualnie, pod warunkiem że ich współpraca umożliwia osiągnięcie ich wspólnych celów.

59 W drugiej kolejności z art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z jej motywem 33 akapit pierwszy wynika, że współpraca podmiotów publicznych może obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje.

60 Należy zaś zauważyć, że wyrażenie „wszystkie rodzaje działalności" może obejmować działalność pomocniczą w stosunku do usługi publicznej, pod warunkiem że ta działalność pomocnicza przyczynia się do faktycznego świadczenia zadania z zakresu usług publicznych, które jest przedmiotem współpracy między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi. Motyw 33 akapit trzeci dyrektywy 2014/24 głosi bowiem, że współpraca instytucji zamawiających „nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy".

61 Ponadto nie jest pewne, czy oprogramowanie służące do monitorowania działań straży pożarnej w zakresie gaszenia pożarów, wsparcia technicznego, ratownictwa i obrony cywilnej, jak to rozpatrywane w postępowaniu głównym, które wydaje się niezbędne do realizacji tych zadań, może zostać zredukowane do rangi działalności czysto pomocniczej, czego sprawdzenie należy jednak do sądu odsyłającego.

62 Odpowiedź na pytanie drugie powinna zatem brzmieć następująco: art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że współpracę między instytucjami zamawiającymi można wyłączyć z zakresu stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych przewidzianych w tej

dyrektywie, jeżeli współpraca ta dotyczy działań pomocniczych względem usług publicznych, które muszą świadczyć wszyscy uczestnicy współpracy, choćby indywidualnie, pod warunkiem że te działania pomocnicze służą faktycznemu świadczeniu tych usług publicznych.

W przedmiocie pytania trzeciego

63 Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 33 i art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że współpraca między instytucjami zamawiającymi nie może skutkować, zgodnie z zasadą równego traktowania, postawieniem przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów, a po drugie, jaka jest treść tej zasady.

64 Jak słusznie wskazuje sąd odsyłający, z orzecznictwa Trybunału dotyczącego dyrektywy 2004/18 wynika, że przepisy prawa Unii dotyczące zamówień publicznych nie miały zastosowania do umów ustanawiających współpracę między podmiotami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania ich wspólnego zadania z zakresu usług publicznych, pod warunkiem że umowy takie zawarte zostały wyłącznie przez podmioty publiczne, bez udziału strony prywatnej, że żaden prywatny wykonawca nie uzyskał uprzywilejowanej pozycji względem swoich konkurentów, a ustanowiona współpraca była podyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w interesie publicznym. Tego rodzaju umowy mogły być wyłączone z zakresu stosowania prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych, wyłącznie gdy spełniały wszystkie te kryteria łącznie (zob. podobnie wyroki: z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 34–36; z dnia 13 czerwca 2013 r., Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, pkt 36–38).

65 Chociaż w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 nie ma mowy o zakazie korzystniejszego traktowania jednego przedsiębiorstwa prywatnego względem jego konkurencji przez uczestniczące we współpracy instytucje zamawiające, to prawodawca Unii wcale nie zamierzał odejść od orzecznictwa Trybunału przywołanego w poprzednim akapicie.

66 Po pierwsze, zwracając uwagę na to, że istnieje „znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych”, a zatem na potrzebę objaśnienia tej kwestii, dyrektywa 2014/24 stanowi w motywie 31, że takie objaśnienia powinny opierać się na zasadach określonych w odpowiednim orzecznictwie Trybunału. Wynika z tego, że prawodawca Unii nie miał zamiaru kwestionować orzecznictwa Trybunału w tej kwestii.

67 Po drugie, z motywu 33 akapit drugi tej dyrektywy wynika, że do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania przepisy określone w tej dyrektywie, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, że prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i że żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci, co zasadniczo pokrywa się z orzecznictwem Trybunału odnoszącym się do art. 1 ust. 2 lit a) dyrektywy 2004/18, przytoczonym w pkt 64 niniejszego wyroku.

68 Po trzecie, w każdym razie, skoro współpraca między instytucjami zamawiającymi spełniająca warunki określone w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 zachowuje swój status „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy, co wynika z odpowiedzi na pytanie pierwsze, art. 18 tej dyrektywy, który określa zasady udzielania zamówień publicznych, ma zastosowanie do tego rodzaju współpracy.

69 Zgodnie zaś z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24, po pierwsze, instytucje zamawiające muszą traktować wykonawców na równych zasadach i bez dyskryminacji oraz działać w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a po drugie, zamówień nie można przeprowadzać w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy lub sztuczne zawężenie konkurencji, przy czym konkurencję uznaje się za sztucznie ograniczoną, jeżeli zamówienie organizuje się z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

70 Dlatego też, choć jest on niefortunny z punktu widzenia zasady pewności prawa, która stanowi podstawową zasadę prawa Unii i wymaga w szczególności, by uregulowanie było jasne i precyzyjne, tak by podlegające mu podmioty mogły ustalić w sposób jednoznaczny swoje prawa i obowiązki oraz podjąć w związku z tym odpowiednie kroki (wyroki: z dnia 9 lipca 1981 r., Gondrand i Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, pkt 17; z dnia 13 lutego 1996 r., Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, pkt 27; z dnia 14 kwietnia 2005 r., Belgia/Komisja, C-110/03, EU:C:2005:223, pkt 30), to brak wskazania w art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24, że prywatny wykonawca nie może, w ramach współpracy pomiędzy instytucjami zamawiającymi, uzyskać uprzywilejowanej pozycji w stosunku do swoich konkurentów, nie może być decydujący.

71 W niniejszym przypadku kraj związkowy Berlin nabył oprogramowanie IGNIS Plus od Sopra Steria Consulting, a następnie nieodpłatnie przekazał je miastu Kolonia.

72 Zgodnie z argumentacją ISE, której miasto Kolonia nie zaprzeczyło na rozprawie przed Trybunałem, przystosowanie tego oprogramowania jest bardzo złożonym procesem, którego wartość gospodarcza znacznie przewyższa wartość pierwotnego nabycia oprogramowania podstawowego. Według ISE miasto Kolonia już oszacowało koszty przystosowania omawianego oprogramowania na 2 mln EUR, natomiast kraj związkowy Berlin opublikował w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* wstępne ogłoszenie informacyjne w celu rozbudowy oprogramowania IGNIS Plus opiewające na kwotę 3,5 mln EUR. W związku z tym, zdaniem ISE, interes gospodarczy nie polega na nabyciu lub sprzedaży podstawowego oprogramowania, lecz na realizacji kolejnych kroków, na etapie przystosowania, utrzymania, którego koszt sięga 100 000 EUR rocznie, oraz rozbudowy tego oprogramowania.

73 Jednakże ISE uważa, że w praktyce zamówienia dotyczące przystosowania, utrzymania i rozbudowy podstawowego oprogramowania są zastrzeżone wyłącznie dla twórcy tego oprogramowania, ponieważ rozbudowa wymaga nie tylko posiadania kodu źródłowego tego oprogramowania, ale również innej wiedzy dotyczącej rozbudowy tego kodu źródłowego.

74 W tym względzie należy podkreślić, że planując przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie, przystosowanie lub rozbudowę oprogramowania nabytego od wykonawcy, instytucja zamawiająca musi zadbać o przekazanie potencjalnym kandydatom i oferentom wystarczającej ilości informacji, aby umożliwić skuteczną konkurencję na rynku wtórnym w zakresie utrzymania, przystosowania lub rozbudowy tego oprogramowania.

75 W niniejszym przypadku, w celu zapewnienia przestrzegania zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 18 dyrektywy 2014/24, do sądu odsyłającego należy sprawdzenie, po pierwsze, czy zarówno kraj związkowy Berlin, jak i miasto Kolonia posiadają kod źródłowy oprogramowania IGNIS Plus, a po drugie, czy jeżeli wskazane instytucje zamawiające organizują postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie, przystosowanie lub rozbudowę tego oprogramowania, przekazują one ten kod źródłowy potencjalnym kandydatom i oferentom oraz, po trzecie, czy sam dostęp do tego kodu źródłowego jest wystarczający, aby zapewnić, że wykonawcy zainteresowani tym zamówieniem są traktowani w sposób przejrzysty, równy i niedyskryminacyjny.

76 W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie trzecie powinna brzmieć następująco: art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 33 akapit drugi i art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że współpraca między instytucjami zamawiającymi nie może skutkować, zgodnie z zasadą równego traktowania, postawieniem jednego przedsiębiorstwa prywatnego na uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów.

W przedmiocie kosztów

77 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) **Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że umowa stanowiąca, iż instytucja zamawiająca udostępnia nieodpłatnie oprogramowanie innej instytucji zamawiającej, związana z umową o współpracy, na mocy której każda z jej stron jest zobowiązana do nieodpłatnego udostępnienia drugiej stronie wszelkich rozszerzeń tego oprogramowania, które może opracować w przyszłości, stanowi „zamówienie publiczne" w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 5 tej dyrektywy, jeżeli zarówno z warunków tych umów, jak i z mających zastosowanie przepisów krajowych wynika, że co do zasady oprogramowanie to będzie przystosowywane.**

2) **Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że współpracę między instytucjami zamawiającymi można wyłączyć z zakresu stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych przewidzianych w tej dyrektywie, jeżeli współpraca ta dotyczy działań pomocniczych względem usług publicznych, które muszą świadczyć wszyscy uczestnicy współpracy, choćby indywidualnie, pod warunkiem że te działania pomocnicze służą faktycznemu świadczeniu tych usług publicznych.**

3) **Artykuł 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w związku z motywem 33 akapit drugi i art. 18 ust. 1 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że współpraca między instytucjami zamawiającymi nie może skutkować, zgodnie z zasadą równego traktowania, postawieniem jednego przedsiębiorstwa prywatnego w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do jego konkurentów.**

Podpisy