Сборник съдебна практика

РЕШЕНИЕ НА СЪДА (четвърти състав)

28 май 2020 година*

„Преюдициално запитване — Обществени поръчки — Директива 2014/24/ЕС — Член 2, параграф 1, точка 5 — Член 12, параграф 4 — Член 18, параграф 1 — Понятие за договор с определен паричен интерес — Договор между два възлагащи органа, преследващи обща цел от обществен интерес — Предоставяне на софтуер за координиране на оперативната дейност на пожарните служби — Липса на насрещна парична престация — Връзка със споразумение за сътрудничество, предвиждащо взаимно и безвъзмездно предоставяне на допълнителни модули на този софтуер — Принцип на равно третиране — Забрана за поставяне на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му“

По дело C-796/18

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 267 ДФЕС от Oberlandesgericht Düsseldorf (Висш областен съд Дюселдорф, Германия) с акт от 28 ноември 2018 г., постъпил в Съда на 19 декември 2018 г., в рамките на производство по дело

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

срещу

Stadt Köln,

в присъствието на:

Land Berlin,

СЪДЪТ (четвърти състав),

състоящ се от: M. Vilaras, председател на състава, K. Lenaerts, председател на Съда, изпълняващ функцията на съдия в четвърти състав, S. Rodin, D. Šváby (докладчик) и N. Piçarra, съдии,

генерален адвокат: M. Campos Sánchez-Bordona,

секретар: D. Dittert, началник-отдел,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 6 ноември 2019 г.,

като има предвид становищата, представени:

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

* Език на производството: немски.

– за Stadt Köln, от K. van de Sande и U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

– за австрийското правителство, от J. Schmoll, G. Hesse и M. Fruhmann, в качеството на представители,

– за Европейската комисия, от L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers и P. Ondrůšek, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 29 януари 2020 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на член 2, параграф 1, точка 5 и член 12, параграф 4 от Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО (ОВ L 94, 2014 г., стр. 65).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH и Stadt Köln (град Кьолн, Германия) относно два договора, сключени между град Кьолн и Land Berlin (провинция Берлин, Германия) и предвиждащи съответно безвъзмездно предоставяне в полза на този град на софтуер за оперативно управление на пожарната му служба и сътрудничество за разработване на посочения софтуер.

Правна уредба

Правото на Съюза

3 Съображения 31 и 33 от Директива 2014/24 гласят:

„(31) Съществува значителна правна несигурност до каква степен договорите за поръчки, сключени между субекти в публичния сектор, следва да бъдат обхванати от правилата за обществените поръчки. Съдебната практика на [Съда] в тази област се тълкува по различен начин от държавите членки и дори от възлагащите органи. Следователно е необходимо да се поясни в кои случаи правилата за обществените поръчки не се прилагат по отношение на договорите за поръчки, сключени в рамките на публичния сектор.

Това пояснение следва да се основава на принципите, установени в съдебната практика на [Съда]. Сам по себе си фактът, че и двете страни по договора са публични органи, не изключва прилагането на правилата за обществените поръчки. Прилагането на правилата за обществените поръчки обаче не следва да засяга свободата на публичните органи да изпълняват възложените им задачи за осигуряване на обществени услуги, като използват собствените си ресурси, което включва възможността за сътрудничество с други публични органи.

Следва да се гарантира, че изключеното от прилагането на правилата сътрудничество между публични органи не води до нарушаване на конкуренцията по отношение на частните икономически оператори, дотолкова доколкото поставя частен доставчик на услуги в по-изгодна позиция в сравнение с неговите конкуренти.

[…]

(33) Възлагащите органи следва да могат да решат да предоставят съвместно обществени услуги посредством сътрудничество, без да са задължени да използват определена правна форма. Това сътрудничество може да обхваща всички видове дейности, свързани с изпълнението на услуги и задължения, възложени на участващите органи или поети от тях, като задължителни или доброволни задачи на местните или регионалните органи или услуги, възложени на конкретни органи съобразно публичното право. Услугите, предоставяни от различните участващи органи, не трябва непременно да бъдат еднакви; те могат и да се допълват взаимно.

Предвидените в настоящата директива правила не следва да се прилагат за договорите за съвместно предоставяне на обществени услуги, при условие че последните са сключени изключително между възлагащи органи, че осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес, и че никой частен доставчик на услуги не е поставен в по-изгодна позиция в сравнение с конкурентите си.

За да отговоря на тези условия, сътрудничеството следва да се основава на концепция за сътрудничество. Това сътрудничество не налага всички участващи органи да поемат изпълнението на основните договорни задължения, ако съществува ангажимент за оказване на принос към съвместното изпълнение на съответната обществена услуга. Освен това осъществяването на сътрудничеството, включително финансовите трансфери между участващите възлагащи органи, следва да се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес“.

4 Член 1 („Предмет и обхват“) от тази директива предвижда в параграф 1:

„Настоящата директива установява правила за процедурите за обществени поръчки, провеждани от възлагащи органи, във връзка с договорите за обществени поръчки и конкурсите за проект, чиято прогнозна стойност не е под праговете, предвидени в член 4“.

5 Член 2, параграф 1, точка 5 от посочената директива дефинира „договорите за обществени поръчки“ като „писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги“.

6 Член 12 („Обществени поръчки между субекти в публичния сектор“) от Директива 2014/24 предвижда в параграф 4:

„Договор за поръчка, сключен изключително между два или повече възлагащи органа, попада извън обхвата на настоящата директива, когато са изпълнени всички условия по-долу:

а) поръчката установява или осъществява сътрудничество между участващите възлагащи органи, за да се гарантира, че задълженията им за предоставяне на обществени услуги се изпълняват с оглед постигането на общи за тях цели;

б) осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес, и

в) участващите възлагащи органи извършват на свободния пазар по-малко от 20 % от дейността, свързана със сътрудничеството“.

7 Член 18 от тази директива, в който се съдържат „[п]ринципите на обществените поръчки“, предвижда в параграф 1:

„Възлагащите органи третират икономическите оператори при условията на равнопоставеност и без да ги дискриминират, и действат по прозрачен и пропорционален начин.

Обществените поръчки не трябва да се подготвят с цел изключването им от обхвата на настоящата директива или изкуствено ограничаване на конкуренцията. Приема се, че има изкуствено ограничаване на конкуренцията, когато обществената поръчка е подготвена с цел да се даде неоправдано предимство на определени икономически оператори или те да се поставят в неизгодно положение“.

Германското право

8 Член 103, параграф 1 от Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Закон срещу ограниченията на конкуренцията) от 26 юни 2013 г. (BGBl. 2013 I, стр. 1750) в редакцията му, приложима към спора по главното производство (наричан по-нататък „Законът срещу ограниченията на конкуренцията“), предвижда, че договорите за обществени поръчки са договори с определен паричен интерес, сключени между възлагащи органи и предприятия с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги.

9 Съгласно член 106, параграф 1, първо изречение от този закон компетентните в областта на обществените поръчки инстанции могат да бъдат сезирани в случай на възлагане на обществени поръчки чиято прогнозна стойност без данъка върху добавената стойност на поръчка или на договор е равна или по-висока от предвидените прагове.

10 Член 108, параграф 6 от посочения закон предвижда, че при договори, сключени между два или повече възлагащи органи, не е налице правна възможност за обжалване пред компетентните в областта на обществените поръчки инстанции, когато:

„1. договорът установява или осъществява сътрудничество между участващите възлагащи органи, за да се гарантира, че задълженията им за предоставяне на обществени услуги се изпълняват с оглед постигането на общи за тях цели;

2. осъществяването на сътрудничеството по точка 1 се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес и

3. възлагащите органи извършват на пазара по-малко от 20 % от дейността, която е свързана със сътрудничеството по точка 1“.

Спорът в главното производство и преюдициалните въпроси

11 Провинция Берлин, която разполага с най-голямата професионална пожарна служба в Германия, използва софтуера „IGNIS Plus“, който е придобила въз основа на договор от Sopra Steria Consulting GmbH, за да управлява пожарната служба. Този договор ѝ позволява да предоставя софтуера безвъзмездно на други органи, които изпълняват функции по безопасност.

12 В Германия, съгласно т.нар. „Килски решения“, приети през 1979 г., определящи принципите за обмен на софтуер между органи на публичната администрация, безвъзмездното предаване на софтуер от една публичноправна организация на друга не се счита за възлагане на обществена поръчка, което трябва да бъде предмет на процедура за възлагане на обществена поръчка.

Всъщност от принципа на общата реципрочност следва, че софтуерните разработки, чието предлагане на пазара от публичните органи е изключено, се предават безвъзмездно между органите на публичната администрация, тъй като те не са в конкуренция помежду си.

13 На 10 септември 2017 г. в изпълнение на тези решения град Кьолн и провинция Берлин сключват договор за безвъзмездно предоставяне и ползване на софтуера „IGNIS Plus“ (наричан по-нататък „договорът за предоставяне на софтуера“) за неограничен период, в който договор е предвидено по-специално следното:

„1. Предмет на договора

Настоящите условия уреждат предоставянето и ползването на индивидуалния софтуер „IGNIS Plus“ за неограничен период. Правният субект, който предоставя софтуера, има права върху него.

Индивидуалният софтуер „IGNIS Plus“ е софтуерът за оперативно управление на доставчика и е предназначен за въвеждане, разпределение и следене на дейности на пожарната служба в борбата с пожарите, оказването на техническа помощ, услугите за спешна помощ и гражданската защита. […]

2. Вид и обхват на услугата

2.1. Доставчикът предоставя на получателя индивидуалния софтуер „IGNIS Plus“ съгласно предвиденото в споразумението за сътрудничество.

[…]

4. Възнаграждение за предоставения софтуер

Предоставянето на индивидуалния софтуер „IGNIS Plus“ като софтуер за оперативно управление е безвъзмездно. […]“.

14 Същия ден град Кьолн и провинция Берлин сключват и договор за сътрудничество за този софтуер (наричан по-нататък „договорът за сътрудничество“), предназначен по-специално да приспособи посочения софтуер към нуждите на партньора и конкретно да му го предостави чрез добавянето на нови технически функции под формата на „допълнителни и добавени технически модули“, които ще се предлагат безвъзмездно на партньорите в сътрудничеството.

15 Споразумението за сътрудничество предвижда по-специално:

„Член 1 — Цел на сътрудничеството

[…] Партньорите вземат решение за равнопоставено партньорство и ако е необходимо, се постига компромис, с цел да се приспособи софтуерът съответно към нуждите на партньора и да му се предостави. […]

Член — Определяне на целта на сътрудничеството

Партньорите по договора за сътрудничество си поставят за цел да използват софтуера за оперативно управление „IGNIS Plus“ като компютърна система за оперативно управление в контролните центрове на пожарната служба. Софтуерната система може да бъде разширявана с допълнителни специализирани функции под формата на модули и да бъде предоставяна на другите партньори, без да се дължат разходи. […]

[…]

Член 5 — Осъществяване на сътрудничеството

[…] Основният софтуер се предоставя, без да се дължат разходи. Допълнителни специализирани модули се предлагат на партньорите по договора за сътрудничество, без да се дължат разходи.

Приспособяването на основния софтуер, както и на модулите към собствените процеси се възлага и финансира отделно.

[…] [Договорът] за сътрудничество има задължителна сила само като общ документ заедно с договора [за предоставяне на софтуера]“.

16 ISE, което разработва и предлага за продажба софтуер за оперативно управление за органите, отговарящи за сигурността, подава искане до Vergabekammer Rheinland (Комисия по обществени поръчки Рейнланд, Германия) договорът за предоставяне на софтуера и договорът за сътрудничество да бъдат обявени за недействителни поради неспазване на правната уредба относно обществените поръчки. Според ISE участието на град Кьолн в последващото разработване на безвъзмездно предоставения му софтуер „IGNIS Plus“ представлява достатъчна облага, която има парична стойност, в полза на провинция Берлин, така че тези договори имали възмезден характер.

17 С решение от 20 март 2018 г. Vergabekammer Rheinland (Комисия по обществени поръчки Рейнланд, Германия) обявява искането за недопустимо, с мотива че посочените договори не представляват обществена поръчка, тъй като нямат възмезден характер. По-специално в рамките на разглежданото сътрудничество липсва двустранна връзка между престацията и насрещната престация.

18 ISE сезира запитващата юрисдикция Oberlandesgericht Düsseldorf (Висш областен съд Дюселдорф, Германия) с жалба срещу това решение. То възпроизвежда твърдението си, че договорът за сътрудничество е възмезден договор, доколкото провинция Берлин възнамерявала да извлече облага, която има парична стойност, от предоставянето на разглеждания в главното производство софтуер, тъй като град Кьолн бил длъжен да ѝ предостави безвъзмездно разработените от него допълнителни или добавени модули. Освен това ISE упреква Vergabekammer Rheinland (Комисия по обществени поръчки Рейнланд, Германия), че неправилно не е приела, че получаването на основния софтуер води до възлагането на последващи поръчки на производителя, тъй като само той можел да го приспособи, както и да осигури поддръжката и обслужването му.

19 Град Кьолн поддържа, че решението на тази юрисдикция трябва да бъде потвърдено, и изтъква освен това, че макар договорът за сътрудничество да се счита за договор с определен паричен интерес, той представлявал сътрудничество между възлагащи органи и следователно не попадал в приложното поле на правото относно обществените поръчки съобразно с член 108, параграф 6 от Закона срещу ограниченията на конкуренцията.

20 Тъй като има съмнения относно обосноваността на решението на Vergabekammer Rheinland (Комисия по обществени поръчки Рейнланд, Германия), запитващата юрисдикция счита за необходимо да отправи запитване до Съда относно тълкуването на Директива 2014/24.

21 Така с първия преюдициален въпрос се иска да се установи дали понятието „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от Директива 2014/24 е различно от понятието „договор за поръчка“ по член 12, параграф 4 от тази директива. При утвърдителен отговор договор, който няма възмезден характер, би могъл, без да представлява обществена поръчка, да бъде квалифициран като „договор за поръчка“ по смисъла на член 12,

параграф 4 от посочената директива и следователно за него да не се прилагат правилата за възлагане на обществени поръчки, при положение че са изпълнени условията, посочени в букви а)—в) от тази разпоредба.

22 Освен това до този момент запитващата юрисдикция възприема в практиката си широко тълкуване на възмездния договор, характеризиращ обществената поръчка, по смисъла на член 103, параграф 1 от Закона срещу ограниченията на конкуренцията, като счита, че всяка правна връзка между взаимни престации е достатъчна. Следователно, макар предоставянето на софтуера „IGNIS Plus“ да води до сътрудничество, от което се пораждат права само ако един от партньорите в сътрудничеството желае да разшири функциите на този софтуер, разглежданото предложение за сътрудничество има възмезден характер, въпреки несигурността относно бъдещите разработки на софтуера.

23 Запитващата юрисдикция обаче иска да се установи дали предвид решение от 21 декември 2016 г., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), не би следвало да се възприеме тълкуване на понятията „договор за обществена поръчка“ и „договор с определен паричен интерес“, посочени в член 2, параграф 1, точка 5 от Директива 2014/24, което да е по-тясно от възприеманото от нея до този момент и да не обхваща случаи като разглежданите в главното производство.

24 Накрая, поръчките, възложени от град Кьолн за приспособяването и поддръжката на софтуера „IGNIS Plus“, трябва да се считат за договори с определен паричен интерес. Всъщност ставало въпрос за самостоятелни договорни споразумения, които са сключени с трети лица и са отделими от предоставянето на този софтуер.

25 Вторият преюдициален въпрос се отнася до предмета на сътрудничеството между възлагащите органи, предвидено в член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. След като сравнява текстовете на тази директива на немски, английски и френски език и взема предвид началото на съображение 33 от нея, запитващата юрисдикция приема, че спомагателните дейности могат да представляват предмета на това сътрудничество, без да е необходимо посоченото сътрудничество да се осъществява при предоставянето на обществени услуги в това им качество.

26 Третият преюдициален въпрос се обосновавал от факта, че съгласно практиката на Съда относно Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, 2004 г., стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282), забраната за по-благоприятно третиране на икономически оператор се тълкува в смисъл, че правото относно обществените поръчки може да не се приложи към хоризонтално сътрудничество само ако никое частно предприятие не е поставено в привилегировано положение спрямо конкурентите си. Член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 обаче не предвижда подобна забрана, въпреки че тя е изложена в съображение 33 от тази директива.

27 При тези обстоятелства Oberlandesgericht Düsseldorf (Висш областен съд Дюселдорф, Германия) решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли уговорено писмено предоставяне на софтуер от един орган на публичната администрация на друг орган на публичната администрация, което е обвързано със споразумение за сътрудничество, да се разглежда като „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от Директива [2014/24], съответно — поне на първо време, при спазване на член 12, параграф 4, букви а)—в) — като договор за поръчка по смисъла на член 12, параграф 4 от тази директива, който попада в нейния обхват, когато получателят на софтуера всъщност не дължи нито заплащане на цена, нито възстановяване на разходи, но свързаното с предоставянето на софтуера споразумение за сътрудничество

предвижда, че всеки партньор по договора — следователно и получателят на софтуера — предоставя съответно на другия партньор по договора безплатно всички свои бъдещи разработки на софтуера, които обаче не е длъжен да създава?

2 [При утвърдителен отговор на първия въпрос, т]рябва ли съгласно член 12, параграф 4, буква а) от Директива 2014/24 предмет на сътрудничеството между участващите възлагащи органи да са самите обществени услуги, които следва да бъдат предоставени съвместно на гражданите, или е достатъчно сътрудничеството да се отнася до дейности, обслужващи под някаква форма обществените услуги, които следва да бъдат предоставяни по един и същ начин, но не непременно съвместно?

3) Прилага ли се в рамките на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 така наречената неписана забрана за поставяне в привилегировано положение и ако отговорът е утвърдителен, как трябва да се разбира тази забрана?“.

По преюдициалните въпроси

По първия въпрос

28 С първия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че споразумение, което, от една страна, предвижда, че възлагащ орган предоставя безвъзмездно на друг възлагащ орган софтуер, и от друга страна, е свързано със споразумение за сътрудничество, по силата на което всяка страна по това споразумение е длъжна да предостави безвъзмездно на другата страна бъдещите разработки на този софтуер, които би могла да създаде, представлява „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от тази директива или на „договор за поръчка“ по смисъла на член 12, параграф 4 от същата.

29 Най-напред следва да се отбележи, че като посочва само понятието „поръчка“, а не понятието „обществена поръчка“, текстът на член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 би могъл да наведе на мисълта, че тези две понятия са различни. В действителност обаче те не следва да се разграничават.

30 Всъщност, първо, член 1 от тази директива, който уточнява нейния „предмет и обхват“, предвижда в параграф 1, че „[н]астоящата директива установява правила за процедурите за обществени поръчки, провеждани от възлагащи органи, във връзка с договорите за обществени поръчки и конкурсите за проект, чиято прогнозна стойност не е под праговете, предвидени в член 4 [от тази директива]“. От това следва, че посочената директива урежда само обществените поръчки и конкурсите, с изключение на поръчките, които нямат характер на обществена поръчка.

31 Второ, в член 2, параграф 1 от Директива 2014/24, който определя основните понятия, от които зависи прилагането на тази директива, изобщо не се споменава понятието „поръчка“, а само понятието „обществени поръчки“, което предполага, че понятието „поръчка“ представлява само съкратен вариант на израза „обществена поръчка“.

32 Трето, това тълкуване се потвърждава от заглавието на член 12 от Директива 2014/24, който се отнася до „[о]бществените поръчки между субекти в публичния сектор“. Ето защо посочването на „поръчка“ в член 12, параграф 4 от тази директива трябва да се разбира в смисъл, че препраща към понятието „обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от посочената директива.

33 Четвърто, посоченото тълкуване се потвърждава и от подготвителните работи по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24. Както припомня Европейската комисия в писменото си становище, докато предложението ѝ за директива на Европейския парламент и на Съвета относно възлагането на обществени поръчки от 20 декември 2011 г. (COM(2011) 896 окончателен) е съдържало член 11, озаглавен „Отношения между публични органи“, параграф 4 от който е предвиждал, че „[с]поразумение, сключено между два или повече възлагащи органа, не се счита за обществена поръчка по смисъла на член 2, точка 6 от настоящата директива, при положение че са изпълнени следните условия“, законодателят на Съюза не е възнамерявал да последва това предложение. Следователно член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 не може да доведе до това да отпадне качеството на обществена поръчка на сътрудничество между възлагащите органи. Действието ѝ се ограничава само до това, че нормално приложимите правила за възлагане не намират приложение за такава поръчка.

34 Пето, това тълкуване се потвърждава от анализа на контекста на член 12 от Директива 2014/24. Всъщност този член се намира в глава I, раздел 3, озаглавен „Изключения“, от тази директива. Би било непоследователно обаче законодателят на Съюза да се е стремил да изключи правилата относно възлагането на обществени поръчки от договори, които не представляват обществени поръчки. Всъщност по правило основанията за изключване са безпредметни по отношение на такива договори.

35 От това следва, от една страна, че изключването на правилата за възлагане на обществени поръчки предполага съответният договор да е за обществена поръчка по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от Директива 2014/24, и от друга страна, че договор за обществена поръчка, отговарящ на условията по член 12, параграф 4, букви а)—в) от тази директива, запазва правното си естество на „договор за обществена поръчка“, дори тези правила да не са приложими за него.

36 Следователно понятието „договор за поръчка“ по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 не се различава от понятието „обществена поръчка“, дефинирано в член 2, параграф 1, точка 5 от тази директива.

37 При тези обстоятелства следва да се прецени дали споразумение, което, от една страна, предвижда, че възлагащ орган предоставя безвъзмездно на друг възлагащ орган софтуер, и от друга страна, е свързано със споразумение за сътрудничество, по силата на което всяка страна по това споразумение е длъжна да предостави безвъзмездно на другата страна бъдещите разработки на този софтуер, които би могла да създаде, представлява „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от Директива 2014/24.

38 Най-напред следва да се припомни, че за целите на евентуалното квалифициране като „договор за обществена поръчка“ по смисъла на тази разпоредба на операция, включваща няколко фази, тази операция следва да се разглежда в цялост и да се вземе предвид нейната цел (вж. по аналогия решения от 10 ноември 2005 г., Комисия/Австрия, C-29/04, EU:C:2005:670, т. 41 и от 21 декември 2016 г., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, т. 37).

39 Съгласно посочената разпоредба „договорите за обществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с предмет строителство, доставки на стоки или предоставяне на услуги;

40 Следователно, за да бъде квалифициран като „договор за обществена поръчка“ по смисъла на посочената разпоредба, съответният договор трябва да е бил сключен възмездно и следователно да предполага, че срещу своята насрещна престация сключилият обществената поръчка възлагащ орган ще получи по силата на този договор определена престация, от която този възлагащ орган трябва да има пряк икономически интерес. Освен това този договор

трябва да има двустранен характер, като този белег представлява съществена характеристика на обществената поръчка (вж. по аналогия решение от 21 декември 2016 г., Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, т. 43).

41 В случая е видно, че възмездният характер на договора за предоставяне на софтуера и на договора за сътрудничество е обусловен от двустранния характер на така установеното сътрудничество.

42 Доколкото член 5, трета алинея от договора за сътрудничество предвижда, че този договор има задължителна сила „само като общ документ заедно с договора за предоставяне на софтуера“, за да се прецени двустранният характер на съвкупността, която тези два договора образуват, следва да се вземат предвид не само техните клаузи, но и нормативната рамка, в която са сключени.

43 По този последен въпрос обаче е видно, както посочва град Кьолн в писменото си становище, а също и в съдебното заседание, че германската правна уредба относно противопожарната защита, техническото подпомагане и гражданската защита, както и тази относно услугите за спешна и неотложна помощ и за превоз с линейка от предприятия задължават германските местни органи, натоварени с посочените задачи, да използват системата за оперативно управление възможно най-оптимално и да я приспособяват постоянно към съответните нужди.

44 От тази отправна точка Съдът ще разгледа съдържанието на спорната съвкупност от договори.

45 В това отношение както от съдържанието на договора за предоставяне на софтуера, така и това на договора за сътрудничество следва, че вероятно е налице насрещна престация. Макар в член 4 от договора за предоставяне на софтуера да се посочва, че предоставянето на последния е безвъзмездно, от член 1 от този договор е видно, че софтуерът се предоставя за неограничен период. Впрочем един договор за предоставяне на софтуер като разглеждания в главното производство, за който се приема, че се вписва в даден срок, по необходимост ще трябва да претърпи промени, за да се отчетат, както по-специално подчертава ISE в съдебното заседание, измененията, наложени с нова правна уредба, развитието на организацията на услугата за спешна помощ или технологичният напредък. Впрочем според изявленията на град Кьолн, направени в хода на съдебното заседание, три или четири пъти годишно се извършвали значителни изменения на посочения софтуер и се добавяли допълнителни модули.

46 Освен това, както предвижда член 2.1 от договора за предоставяне на софтуера, софтуерът „IGNIS Plus се предоставя „съгласно предвиденото в [договора] за сътрудничество“, което предполага, че провинция Берлин е въвела форма на взаимна обвързаност. Следователно, макар и безвъзмездно, предоставянето на посочения софтуер не изглежда лишено от финансов интерес.

47 Освен това съгласно член 1 от договора за сътрудничество неговата цел е да установи „равнопоставено партньорство и ако е необходимо се постига компромис, с цел да се приспособи софтуерът съответно към нуждите на партньора и да му се предостави“. Възприетата формулировка предполага също че страните се задължават да променят първоначалната версия на разглеждания в главното производство софтуер, когато възможно най-оптималното използване на системата за оперативно управление и приспособяването ѝ за неограничен период към съответните нуждите изискват такава промяна.

48 Освен това член 5 от посочения договор предвижда, че „[п]риспособяването на основния софтуер, както и на модулите към собствените процеси се възлага и финансира отделно“, което отразява финансовия интерес за провинция Берлин от безвъзмездното предоставяне на посочения софтуер. Впрочем в отговор на въпрос, поставен от Съда в хода на проведеното пред него съдебно заседание, град Кьолн признава, че такъв договор трябвало да позволи на всички партньори да реализират икономии.

49 Накрая, в случай че една от договарящите страни в разглежданата в главното производство съвкупност от договори извърши приспособяване на разглеждания в същото производство софтуер и не прехвърли това приспособяване на другата страна, видно е, че последната може да прекрати договора за сътрудничество и евентуално договора за предоставяне на софтуера, и дори да предяви иск по съдебен ред, за да поиска да се ползва от така направеното приспособяване. Ето защо задълженията, произтичащи от разглеждания в главното производство договор за обществена поръчка, са правно обвързващи, като изпълнението им може да бъде поискано по съдебен ред (решение от 25 март 2010 г., Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, т. 62).

50 При това положение, освен ако запитващата юрисдикция не установи друго, от изложените по-горе съображения следва, че договорът за предоставяне на софтуера и договорът за сътрудничество имат двустранен характер, доколкото безвъзмездното предоставяне на софтуера „IGNIS Plus“ поражда взаимно задължение за разработване на този софтуер, когато възможно най-оптималното използване на системата за оперативно управление и приспособяването ѝ за неограничен период към съответните нуждите изискват такава промяна, извършвана с финансирането на допълнителни модули, който впоследствие трябва да се предоставят безвъзмездно на другия партньор.

51 При тези условия е видно, както по същество отбелязва генералният адвокат в точки 59 и 62 от заключението си, че актуализирането на софтуера „IGNIS Plus“ на практика е неизбежно, независимо от момента, в който ще се извърши, така че насрещната престация не зависи от чисто потестативно условие.

52 Тъй като приспособяването на разглеждания в главното производство софтуер от единия от партньорите е от очевиден финансов интерес за другия партньор, ако запитващата юрисдикция стигне до извод за двустранен характер на съвкупността, състояща се от договора за предоставяне на софтуера и договора за сътрудничество, би следвало да се приеме, че тези договори са сключени възмездно, така че припомнените в точка 40 от настоящото решение условия за наличието на договор за обществена поръчка биха били изпълнени.

53 Ето защо на първия въпрос следва да се отговори, че Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че споразумение, което, от една страна, предвижда, че възлагащ орган предоставя безвъзмездно на друг възлагащ орган софтуер, и от друга страна, е свързано със споразумение за сътрудничество, по силата на което всяка страна по това споразумение е длъжна да предостави безвъзмездно на другата страна бъдещите разработки на този софтуер, които би могла да създаде, представлява „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от тази директива, когато от съдържанието на тези споразумения и от приложимата национална правна уредба следва, че посоченият софтуер ще подлежи по принцип на приспособяване.

По втория въпрос

54 С втория си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че сътрудничеството между възлагащите органи може да бъде изключено от приложното поле на предвидените в тази директива правила за възлагане на обществени поръчки, когато посоченото сътрудничество се отнася до обслужващи дейности по отношение на обществените услуги, които трябва да бъдат предоставени, макар и индивидуално, от всеки субект, който участва в сътрудничеството, доколкото тези обслужващи дейности допринасят за действителното извършване на посочените обществени услуги.

55 На първо място, следва да се прецени дали член 12, параграф 4, буква а) от Директива 2014/24 допуска възможност възлагащите органи да установят сътрудничество относно задачи за обществена услуга, която те не предоставят съвместно.

56 От тази разпоредба следва, че договор за обществена поръчка, сключен изключително между два или повече възлагащи органи, не попада в приложното поле на посочената директива, когато с него се установява или се привежда в действие сътрудничество между участващите възлагащи органи с цел да се гарантира, че обществените услуги, чието предоставяне те трябва да осигурят, се извършват за постигане на общите им цели.

57 По този начин, както по същество отбелязва генералният адвокат в точка 71 от заключението си, същата разпоредба се ограничава до посочване на общност от цели, без да изисква съвместното предоставяне на една и съща обществена услуга. Всъщност, както следва от съображение 33, първа алинея от Директива 2014/24, „[у]слугите, предоставяни от различните участващи [в такова сътрудничество] възлагащи органи, не трябва непременно да бъдат еднакви; те могат и да се допълват взаимно“. Ето защо не изглежда необходимо дейността по предоставяне на обществена услуга да се осигурява общо от участващите в сътрудничеството публичноправни субекти.

58 От това следва, че член 12, параграф 4, буква а) от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че допуска както съвместно, така и индивидуално участващите възлагащи органи да осигуряват задача за обществена услуга, стига тяхното сътрудничество да позволява да се постигат общите им цели.

59 На второ място, от член 12, параграф 4 във връзка със съображение 33, първа алинея от Директива 2014/24, че сътрудничеството между публичноправни субекти може да обхваща всички видове дейности, свързани с изпълнението на услуги и задължения, възложени на участващите възлагащи органи или поети от тях.

60 Следва обаче да се приеме, че изразът „всички видове дейности“ може да обхваща дейност, която е обслужваща по отношение на обществена услуга, доколкото тази обслужваща дейност допринася за действителното изпълнение на задачата за обществена услуга, която е предмет на сътрудничеството между участващите възлагащи органи. Съображение 33, трета алинея от Директива 2014/24 предвижда всъщност, че сътрудничеството между публичните органи „не налага всички участващи органи да поемат изпълнението на основните договорни задължения, ако съществува ангажимент за оказване на принос към съвместното изпълнение на съответната обществена услуга“.

61 Освен това не е сигурно, че софтуер за проследяване на оперативната дейност на пожарната служба в борбата срещу пожарите, оказването на техническа помощ, услугите за спешна помощ и гражданската защита, какъвто е разглежданият в главното производство, който изглежда необходим за изпълнението на тези задачи, може да бъде сведен до равнището на чисто обслужваща дейност, което обаче запитващата юрисдикция следва да провери.

62 Ето защо на втория въпрос следва да се отговори, че член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че сътрудничеството между възлагащите органи може да бъде изключено от приложното поле на предвидените в тази директива правила за възлагане на обществени поръчки, когато посоченото сътрудничество се отнася до обслужващи дейности по отношение на обществените услуги, които трябва да бъдат предоставени, дори индивидуално, от всеки субект, който участва в сътрудничеството, доколкото тези обслужващи дейности допринасят за действителното извършване на посочените обществени услуги.

По третия въпрос

63 С третия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи, от една страна, дали член 12, параграф 4 във връзка със съображение 33 и член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че в съответствие с принципа на равно третиране сътрудничеството между възлагащи органи не трябва да води до поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му, и от друга страна, какво е съдържанието на този принцип.

64 Както правилно отбелязва запитващата юрисдикция, от практиката на Съда относно Директива 2004/18 следва, че правилата на правото на Съюза в областта на обществените поръчки не са приложими към договори, с които се установява сътрудничество между публичноправни образувания, чиято цел е да осигуряват изпълнението на обща за тях задача за обществена услуга, при положение че такива договори са сключени изключително от публичноправни образувания, без участието на частноправен субект, че никой частен доставчик не е поставен в привилегировано положение спрямо своите конкуренти и че установеното с тях сътрудничество се ръководи единствено от съображения и изисквания, присъщи на преследването на цели от обществен интерес. Такива договори могат да бъдат изключени от приложното поле на правото на Съюза в областта на обществените поръчки само ако отговарят кумулативно на всички тези критерии (вж. в този смисъл решения от 19 декември 2012 г., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce и др., C-159/11, EU:C:2012:817, т. 34—36 и от 13 юни 2013 г., C-386/11, EU:C:2013:385, т. 36—38).

65 Въпреки че забраната за участващите в сътрудничество възлагащи органи да третират по-благоприятно едно частно предприятие спрямо конкурентите му не е посочена в член 12, параграф 4 от Директива 2014/24, законодателят на Съюза изобщо не е възнамерявал да се отклони от практиката на Съда, цитирана в предходната точка.

66 Първо, като се отбелязва наличието на „значителна правна несигурност до каква степен договорите за поръчки, сключени между субекти в публичния сектор, следва да бъдат обхванати от правилата за обществените поръчки“, и оттук необходимостта да се внесе пояснение в това отношение, в съображение 31 от Директива 2014/24 се посочва, че това пояснение следва да се основава на принципите, установени в релевантната практика на Съда. От това следва, че законодателят на Съюза не е възнамерявал да постави под въпрос практиката на Съда в това отношение.

67 Второ, от съображение 33, втора алинея от тази директива следва, че предвидените в нея правила не следва да се прилагат за договорите за съвместно предоставяне на обществени услуги, при условие че последните са сключени изключително между възлагащи органи, че осъществяването на това сътрудничество се ръководи единствено от съображения, свързани с обществения интерес, и че никой частен доставчик на услуги не е поставен в по-изгодна позиция в сравнение с конкурентите си, което по същество съответства на посочената в точка 64 от настоящото решение практика на Съда по член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/18.

68 Трето, във всички случаи, доколкото сътрудничеството между възлагащите органи, което отговаря на условията по член 12, параграф 4 от Директива 2014/24, запазва квалификацията си като „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от тази директива, както следва от отговора на първия въпрос, към този вид сътрудничество се прилага член 18 от посочената директива, в който се съдържат принципите за възлагане на обществени поръчки.

69 Съгласно член 18, параграф 1 от Директива 2014/24 обаче, от една страна, възлагащите органи трябва да третират икономическите оператори равнопоставено и без дискриминация, и да действат по прозрачно и пропорционално, и от друга страна, поръчката не може да бъде планирана с намерението да се изключи от приложното поле на тази директива или изкуствено да се ограничи конкуренцията, като тя се счита за изкуствено ограничена, когато поръчката е планирана с намерението някои икономически оператори да бъдат облагодетелствани или неоправдано поставени в по-неблагоприятно положение.

70 Въпреки че за съжаление, с оглед по-специално на принципа на правна сигурност, който представлява основен принцип на правото на Съюза и изисква по-конкретно правната уредба да бъде ясна и точна, така че правните субекти да могат да се запознаят по недвусмислен начин със своите права и задължения и да действат съобразно с тях (решения от 9 юли 1981 г., Gondrand и Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, т. 17, от 13 февруари 1996 г., Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, т. 27 и от 14 април 2005 г., Белгия/Комисия, C-110/03, EU:C:2005:223, т. 30), в член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 е пропуснато да се посочи, че частният доставчик на услуги не трябва в рамките на сътрудничество между възлагащи органи да бъде поставен в привилегировано положение спрямо конкурентите си, това обстоятелство не може да има определящо значение.

71 В случая провинция Берлин е придобила от Sopra Steria Consulting софтуера „IGNIS Plus“, преди да го предаде безвъзмездно на град Кьолн.

72 Както твърди ISE, без да бъде опровергано от град Кьолн в заседанието пред Съда, приспособяването на този софтуер представлява много сложен процес, чиято икономическа стойност е значително по-голяма от тази, която съответства на първоначалното придобиване на основния софтуер. Така според ISE град Кьолн вече е изчислил разходите за приспособяване на посочения софтуер в размер на два милиона евро, докато провинция Берлин е публикувала в *Официален вестник на Европейския съюз* обявление за предварителна информация с оглед на разработването на софтуера „IGNIS Plus“ на стойност 3,5 милиона евро. При това положение според ISE икономическият интерес не е свързан с придобиването или продажбата на основния софтуер, а с поддръжката, в последващия етап на приспособяването, чиято стойност възлиза на 100 000 EUR годишно, и с разработването на този софтуер.

73 Въпреки това ISE счита, че на практика пазарите за приспособяване, поддръжка и разработване на основния софтуер са запазени изключително за издателя на този софтуер, доколкото за разработването му е необходимо да се разполага не само с изходния код на посочения софтуер, но и с други познания относно разработването на този изходен код.

74 В това отношение е необходимо да се подчертае, че когато възнамерява да организира процедура за възлагане на обществени поръчки, за да осигури поддръжката, приспособяването или разработването на софтуер, придобит от икономически оператор, възлагащият орган трябва да следи за предоставянето на достатъчно информация на потенциалните кандидати и оференти, за да се даде възможност за развитието на ефективна конкуренция на вторичния пазар на поддръжката, приспособяването или разработването на посочения софтуер.

75 В случая, за да се осигури спазването на принципите за възлагане на обществени поръчки, посочени в член 18 от Директива 2014/24, запитващата юрисдикция трябва да провери, първо, дали както провинция Берлин, така и град Кьолн, разполагат с изходния код за софтуера „IGNIS Plus“, второ, че в хипотезата, в която те биха организирали процедура за възлагане на обществени поръчки за осигуряването на поддръжката, приспособяването или разработването на този софтуер, същите възлагащи органи предоставят посочения изходен код на потенциалните кандидати и оференти, и трето, че достъпът до този изходен код е достатъчен да се гарантира, че икономическите оператори, заинтересовани от възлагането на съответната обществена поръчка, ще бъдат третирани прозрачно, равно и недискриминационно.

76 С оглед на изложените по-горе съображения на третия въпрос следва да се отговори, че член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 във връзка със съображение 33, втора алинея и член 18, параграф 1 трябва да се тълкува в смисъл, че в съответствие с принципа на равно третиране сътрудничеството между възлагащи органи не трябва да води до поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му.

По съдебните разноски

77 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (четвърти състав) реши:

1) **Директива 2014/24/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 февруари 2014 година за обществените поръчки и за отмяна на Директива 2004/18/ЕО трябва да се тълкува в смисъл, че споразумение, което, от една страна, предвижда, че възлагащ орган предоставя безвъзмездно на друг възлагащ орган софтуер, и от друга страна, е свързано със споразумение за сътрудничество, по силата на което всяка страна по това споразумение е длъжна да предостави безвъзмездно на другата страна бъдещите разработки на този софтуер, които би могла да създаде, представлява „договор за обществена поръчка“ по смисъла на член 2, параграф 1, точка 5 от тази директива, когато от съдържанието на тези споразумения и от приложимата национална правна уредба следва, че посоченият софтуер ще подлежи по принцип на приспособяване.**

2) **Член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 трябва да се тълкува в смисъл, че сътрудничеството между възлагащите органи може да бъде изключено от приложното поле на предвидените в тази директива правила за възлагане на обществени поръчки, когато посоченото сътрудничество се отнася до обслужващи дейности по отношение на обществените услуги, които трябва да бъдат предоставени, дори индивидуално, от всеки субект, който участва в сътрудничеството, доколкото тези обслужващи дейности допринасят за действителното извършване на посочените обществени услуги.**

3) **Член 12, параграф 4 от Директива 2014/24 във връзка със съображение 33, втора алинея и член 18, параграф 1 трябва да се тълкува в смисъл, че в съответствие с принципа на равно третиране сътрудничеството между възлагащи органи не трябва да води до поставянето на частно предприятие в привилегировано положение спрямо конкурентите му.**

Подписи