



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE
od 29. siječnja 2020.¹

Predmet C-796/18

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
protiv
Stadt Köln,
uz sudjelovanje:
Land Berlin**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Ugovori o javnoj nabavi – Direktiva 2014/24/EU – Pojam naplatnog ugovora – Horizontalna suradnja javnih naručitelja – Stavljanje na raspolaganje softvera za koordinaciju operacija vatrogasaca – Sporazum o suradnji radi osuvremenjivanja i razvoja softvera – Aktivnosti koje služe obavljanju javne usluge – Zabrana stavljanja trećih osoba u povoljniji položaj”

1. Prva europska pravila o javnoj nabavi potječu iz šezdesetih godina. Od tada do 2014. godine, kad su donesena tri teksta s namjerom da se to područje uredi u svim njegovim aspektima: Direktiva 2014/24/EU² (na čije se tumačenje odnosi predmetni zahtjev za prethodnu odluku), Direktiva 2014/23/EU³ i Direktiva 2014/25/EU⁴, izmjenjivali su se brojni propisi.

2. Prije stupanja na snagu direktivâ iz 2014., Sud je već potvrdio da se pravila prava Unije kojima se uređuje javna nabava u načelu ne primjenjuju ako u određenim uvjetima:

- javni naručitelj pravnoj osobi koja je pod njegovim nadzorom povjerava obavljanje određenih zadaća ne uključujući vanjske subjekte (*vertikalna* suradnja ili dodjela „in house”); ili
- dva javna naručitelja međusobno surađuju kako bi osigurali provedbu zajedničke zadaće pružanja javne usluge (*horizontalna* suradnja).

3. U pogledu tog drugog oblika suradnje tijelâ javne vlasti, u sudskoj praksi Suda nastala je određena pravna nesigurnost⁵ koja se pokušala riješiti Direktivom 2014/24. Nisam siguran da je taj pokušaj bio uspješan kao što se to očekivalo.

1 Izvorni jezik: španjolski

2 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ (SL 2014., L 94, str. 65. i ispravci SL 2015., L 275, str. 68. i SL 2016., L 311, str. 26.)

3 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o dodjeli ugovorâ o koncesiji (SL 2014., L 94, str. 1. i ispravci SL 2015., L 114, str. 24., SL 2018., L 82, str. 17. i SL 2018., L 181, str. 88.)

4 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o nabavi subjekata koji djeluju u sektoru vodnog gospodarstva, energetskom i prometnom sektoru te sektoru poštanskih usluga i stavljanju izvan snage Direktive 2004/17/EZ (SL 2014., L 94, str. 243.)

5 Koja je u uvodnoj izjavi 31. Direktive 2014/24 kvalificirana kao „znatna”. U istoj se uvodnoj izjavi navodi da se sudska praksa u tom području „različito [...] tumači u pojedinim državama članicama pa čak i među pojedinim javnim naručiteljima”.

4. U sporu u okviru kojeg je upućen predmetni zahtjev za prethodnu odluku, društvo Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (u daljnjem tekstu: ISE) pred sudom koji je uputio zahtjev pobija sporazume koje su sklopili Stadt Köln (Grad Köln, Njemačka) i Land Berlin (Savezna zemlja Berlin, Njemačka), na temelju kojih potonja savezna zemlja Gradu Kölnu ustupa računalni program za upravljanje intervencijama vatrogasnih postrojb; riječ je o ugovoru kojem je priložen sporazum o suradnji dvaju tijela javne vlasti.

5. Sud koji je uputio zahtjev želi znati, prije svega, primjenjuju li se na odnos javnih naručitelja koji je doveo do ovog spora pravila o javnoj nabavi iz Direktive 2014/24. Time Sudu pruža priliku da upotpuni svoju raniju sudsku praksu, s obzirom na to da u pogledu nove odredbe (članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24) do sada, ako ne griješim, nije donesena nijedna presuda.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/24

6. U uvodnoj izjavi 5. navodi se:

„[...] ništa u ovoj Direktivi ne obvezuje države članice da dodjeljuju ugovore ili eksternaliziraju usluge koje same žele pružati ili ih organizirati na načine koji ne podrazumijevaju sklapanje ugovora o javnoj nabavi u smislu ove Direktive [...].”

7. Njezina uvodna izjava 31. glasi kako slijedi:

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

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

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

8. U skladu s njezinom uvodnom izjavom 33.:

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

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

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

9. Člankom 1. stavkom 4. propisuje se:

„Ova Direktiva ne utječe na slobodu država članica da u skladu s pravom Unije same odrede usluge koje smatraju uslugama od općeg gospodarskog interesa, načine na koje bi se one trebale organizirati i financirati, sukladno propisima o državnoj potpori, te specifične obveze kojima podliježu. Isto tako, ova Direktiva ne utječe na odluku tijela javne vlasti kako i u kojoj mjeri žele sami vršiti javne funkcije u skladu s člankom 14. UFEU-a i Protokolom br. 26.”

10. Člankom 2. stavkom 1. točkom 5. ugovori o javnoj nabavi definiraju se na sljedeći način:

„[...] ugovori kojima se ostvaruje financijski interes, sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja, a čiji je predmet izvođenje radova, nabava robe ili pružanje usluga.”

11. U članku 12. („Ugovori o javnoj nabavi između subjekata u javnom sektoru”) stavku 4. navodi se:

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

- (a) ugovor utvrđuje ili provodi suradnju između uključenih javnih naručitelja s ciljem osiguravanja da se javne usluge koje oni trebaju pružati pružaju s ciljem ostvarivanja njihovih zajedničkih ciljeva;
- (b) ta je suradnja uspostavljena isključivo na temelju potreba vezanih uz javne interese; i
- (c) sudjelujući javni naručitelji ostvaruju na otvorenom tržištu manje od 20 % aktivnosti na koje se odnosi suradnja.”

12. U članku 18. stavku 1. određuje se:

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

Koncept nabave nije osmišljen s namjerom da je se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se prijetvorno suzi nadmetanje. Smatra se da se nadmetanje prijetvorno sužava kada je koncept nabave osmišljen s namjerom da se određenim gospodarskim subjektima neopravdano da prednost ili ih se stavi u nepovoljan položaj.”

B. Nacionalno pravo

13. Na temelju članka 91.c stavka 1. njemačkog Ustava „Savezna Republika Njemačka i savezne zemlje mogu surađivati za potrebe planiranja i stvaranja računalnih sustava potrebnih za provedbu svojih zadaća te upravljanja njima”.

14. U članku 108. Gesetza gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zakon o suzbijanju ograničenja tržišnog natjecanja; u daljnjem tekstu: GWB) preuzet je tekst članka 12. Direktive 2014/24.

15. U skladu s takozvanim „odlukama iz Kiela”, donesenim 1979., tijelo javne vlasti može softver koji je razvilo ili kupilo (sâmo ili u svoje ime) prenijeti na druga tijela javne vlasti u Njemačkoj, pod uvjetom da postoji uzajamnost. Uzajamnost se dopušta ako su se proračunskim pravilima, zakonima ili aktima predmetnih subjekata, vlasnika i primatelja softvera, uzela u obzir proračunska pravila koja je 1980. preporučila konferencija ministara financija. Općenito se odobrenje uzajamnosti ne ocjenjuje u trgovačkom nego političkom smislu. Ne smatra se konkretnom međusobnom razmjenom, nego mogućnošću da do nje dođe⁶.

II. Glavni postupak i prethodna pitanja

16. Grad Köln i Savezna zemlja Berlin sklopili su u rujnu 2017. ugovor o prijenosu softvera na temelju kojeg je potonja tom gradu trajno i bez naknade ustupila na korištenje softver za nadzor intervencija njegovih vatrogasnih pristojbi.

17. Prijenos je trebalo uskladiti s uvjetima iz sporazuma o suradnji od istog datuma koji je sadržavao, među ostalim, sljedeće članke:

„Članak 1. Svrha suradnje

[...] Partneri su se odlučili za ravnopravno partnerstvo i, kada je potrebno, za spremnost za postizanje kompromisa kako bi se softver prilagodio njihovim pojedinačnim potrebama te stavio na raspolaganje partneru s kojim se surađuje [...].

Članak 2. Cilj suradnje

[...] Softverski sustav može se nadograđivati daljnjim stručnim funkcionalnostima u obliku modula te se ustupiti drugim partnerima na korištenje bez naknade [...].

[...]

Članak 5. Organizacija suradnje

[...] Prijenos osnovnog softvera obavlja se bez dodatnih troškova. Stručni dopunski i nadogradni moduli ponudit će se partnerima bez naknade.

[...]

Sporazum o suradnji obvezuje samo zajedno s Ugovorom o prijenosu softvera kao jedinstveni dokument.”

⁶ Prema istraživanju iz 2014., u Njemačkoj se provedba u praksi odluka iz Kiela općenito shvaća na sljedeći način: kad se načelo opće uzajamnosti, predviđeno u tim odlukama, odnosi na pojedinačnu suradnju, nedostaje ključni element definiranja ugovora o javnoj nabavi, za potrebe GWB-a. Zbog nepostojanja naknade za prijenos softvera taj je prijenos, s gledišta GWB-a, obavljen bez naknade. Primjenom načela opće uzajamnosti, primatelj usluge ne obvezuje se izričito na novčanu naknadu: samo hipotetski utvrđuje da će, bude li to potrebno, u usporedivoj situaciji pružiti usluge razvoja softvera bez naknade (Gutachten. Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20. 8. 2014., str. 106.).

18. ISE, koji se bavi razvojem i prodajom softvera, pobijao je pred Vergabekammerom Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja, Njemačka) ugovore koje su sklopili Savezna zemlja Berlin i Grad Köln, te tražio da ih se poništi. Tvrdio je da je Grad Köln dodijelio ugovor o javnoj nabavi robe u vrijednosti većoj od iznosa koji je oslobođen obveze primjene pravila o javnoj nabavi. Sudjelovanje Grada Kölna u daljnjem razvoju ustupljenog softvera, prema njegovu mišljenju, dovoljna je gospodarska prednost. Osim toga, nabava osnovnog softvera podrazumijeva dodatne narudžbe za proizvođača: za treću osobu, daljnji razvoj i održavanje tog softvera znače neprihvatljiv financijski trošak.

19. Vergabekammer Rheinland (Vijeće za javnu nabavu Porajnja) odbio je ISE-ov zahtjev osporavajući mogućnost da se sporazumi Grada Kölna i Savezne zemlje Berlin, u skladu s europskim propisima, kvalificiraju kao „ugovori o javnoj nabavi”. Prema njegovu mišljenju, obje su strane samo uspostavile ravnopravnu suradnju u okviru koje je softver ustupljen na korištenje bez naknade.

20. ISE je protiv tog rješenja podnio žalbu Oberlandesgerichtu Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka). Grad Köln protivio se navedenoj žalbi tvrdeći da je pobijano rješenje pravilno.

21. U tim je okolnostima navedeni sud uputio sljedeća prethodna pitanja:

- „1. Je li pisano dogovoreni prijenos softvera nositelja javne vlasti na drugog nositelja javne vlasti koji je povezan sa sporazumom o suradnji ‚ugovor o javnoj nabavi’ u smislu članka 2. stavka 1. točke 5. Direktive 2014/24/EU odnosno – u svakom slučaju prije svega, podložno članku 12. stavku 4. točkama (a) do (c) – ugovor u smislu članka 12. stavka 4. Direktive koji je obuhvaćen područjem primjene Direktive, ako preuzimatelj softvera doduše ne mora platiti cijenu ni naknadu troškova, ali sporazum o suradnji koji je povezan s prijenosom softvera predviđa da svaki partner – te stoga i preuzimatelj softvera – drugom partneru besplatno na raspolaganje stavlja mogući (ali ne obvezni) budući vlastiti daljnji razvoj softvera?
2. Trebaju li u skladu s člankom 12. stavkom 4. točkom (a) Direktive 2014/24/EU predmet suradnje uključenih javnih naručitelja biti same javne usluge koje se pružaju građanima, koje se moraju obavljati zajednički, ili je dovoljno ako se suradnja odnosi na aktivnosti koje na neki način služe obavljanju javnih usluga koje se u jednakoj mjeri, ali ne i nužno, obavljaju zajednički?
3. Primjenjuje li se u okviru članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24/EU nepisana takozvana zabrana stavljanja u povoljniji položaj i, ako da, s kojim sadržajem?”

22. Tajništvo Suda zaprimilo je odluku kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku 19. prosinca 2018. Pisana očitovanja podnijeli su Grad Köln, austrijska vlada i Komisija.

23. Na raspravi održanoj 6. studenoga 2019. sudjelovali su predstavnici ISE-a, Grada Kölna, austrijske vlade i Komisije.

III. Analiza

A. Pristup i uvodne napomene

24. Pružanje usluga u okviru međupravne suradnje, poznate i kao „horizontalna” ili „javno-javna” suradnja, izričito je uvedeno u zakonodavstvo Unije u glavu I. poglavlje I. odjeljak 3. („Izuzeća”) Direktive 2014/24. Konkretno, u njegov članak 12. stavak 4.⁷

⁷ Sličan tekst sadržan je u članku 17. Direktive 2014/23 i članku 28. Direktive 2014/25.

25. U skladu s tom odredbom, „[u]govor koji je zaključen isključivo između dva ili više javnih naručitelja ne pripada pod područje primjene” Direktive 2014/24 ako ispunjava sve uvjete navedene u toj odredbi⁸.

26. Tekst na snazi horizontalnoj suradnji pristupa *širokogrudnije* od sudske prakse Suda koja prethodi direktivama iz 2014. U toj su sudskoj praksi⁹, na koju upućuje uvodna izjava 31. Direktive 2014/24¹⁰, isticani određeni uvjeti kako bi se potvrdilo da se javne usluge mogu pružati u okviru suradnje tijela javne vlasti, bez pristupa tržištu.

27. Osim prirode javnog naručitelja subjekata s kojima se sklapa sporazum, tim se uvjetima određivalo da međuadministrativni sporazum:

- ima za cilj osigurati provedbu zajedničke zadaće pružanja javne usluge subjektima;
- sklapaju isključivo tijela javne vlasti, bez sudjelovanja privatnih poduzetnika;
- ne stavlja nijednog privatnog pružatelja u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente;
- uspostavlja suradnju koja se temelji samo na potrebama i zahtjevima kojima se ostvaruju ciljevi u javnom interesu.

28. Međutim, Direktivom 2014/24 ne samo da se kodificira ono što je već postojalo, nego se izmjenjuje, pojašnjava, uklanja i dodaje jedan ili više tih uvjeta. Stoga prilikom tumačenja te direktive nije uvijek relevantno ili korisno samo ponovno primijeniti raniju sudsku praksu.

29. Tekstovi koji su sada relevantni jesu članak 12. stavak 4. i uvodne izjave 31. i 33. Direktive 2014/14. Njihovom kombinacijom nastao je pravni mehanizam koji objedinjava dva suprotstavljena cilja: s jedne strane, volju da se državama članicama nitko ne upliće u organizaciju njihove unutarnje uprave i, s druge strane, želju da izuzimanjem ne dođe do povrede načela koja su relevantna za javnu nabavu u pravu Unije.

30. U Direktivi 2014/24 ustraje se na tome da države članice nemaju nikakvu obvezu na tržištu nabaviti usluge potrebne za obavljanje svoje djelatnosti¹¹.

31. Međutim, izuzimanjem te vrste međuadministrativnih ugovora iz postupka javne nabave može se ugroziti cilj uspostave unutarnjeg tržišta i u tom području. Što je više izuzetih ugovora, to je manje prostora za uspostavu i razvoj unutarnjeg tržišta u području javne nabave.

⁸ Države članice slobodno odlučuju o tome hoće li na te odnose primijeniti vlastita pravila o javnoj nabavi.

⁹ Presuda od 9. lipnja 2009., Komisija/Njemačka (C-480/06, EU:C:2009:357; u daljnjem tekstu: presuda Komisija/Njemačka); presuda od 19. prosinca 2012., Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento contra Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, EU:C:2012:817; u daljnjem tekstu: presuda ASL); rješenje od 16. svibnja 2013., Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia i dr. (C-564/11, neobjavljeno, EU:C:2013:307); presuda od 13. lipnja 2013., Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; u daljnjem tekstu: presuda Piepenbrock); rješenje od 20. lipnja 2013., Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, neobjavljeno, EU:C:2013:416; u daljnjem tekstu: rješenje Consiglio Nazionale) i presuda od 8. svibnja 2014., Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; u daljnjem tekstu: presuda Datenlotsen). Upućivanja na horizontalnu suradnju mogu se pronaći u drugim presudama o vertikalnoj suradnji.

¹⁰ U skladu s tom uvodnom izjavom, pojašnjenje u pogledu toga koji ugovori između subjekata u javnom sektoru nisu obuhvaćeni Direktivom 2014/24 „trebalo bi biti u skladu s načelima određenima u relevantnoj sudskoj praksi Suda Europske unije”.

¹¹ O diskrecijskoj ovlasti pri odlučivanju o pristupanju tržištu više se puta odlučivalo u okviru sudske prakse Suda kad je riječ o horizontalnoj suradnji: na primjer, u presudi od 11. siječnja 2005., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, t. 48.); u presudi od 13. studenoga 2008., Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, t. 48.) i nedavno u presudi od 3. listopada 2019., Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829; u daljnjem tekstu: presuda Irgita, t. 50. i t. 2. izreke). U pogledu horizontalne suradnje vidjeti točku 45. presude Komisija/Njemačka.

32. Samodostatnost tijelâ javne vlasti, u obliku suradnje „in-house” ili „horizontalne” suradnje, u sebi nosi rizike za slobodno kretanje robe i usluga¹². Opravdane su i dvojbe o njezinim učincima na slobodno tržišno natjecanje, ne samo u slučaju na koji se izričito upućuje u uvodnoj izjavi 33. drugom podstavku *in fine* Direktive 2014/24, koja se izričito protivi suradnji u okviru koje se gospodarskog subjekta stavlja u povoljniji položaj u odnosu na druge konkurente.

33. Neprimjereno korištenje tim mehanizmima suradnje zaista bi moglo dovesti do „smanjenja” tržišta po pitanju potražnje i smanjenja broja pružatelja usluga koje to tržište može podržavati. Teoretski je moguće također zamisliti zlouporabu vladajućeg (kolektivnog) položaja javnih naručitelja.

34. Isto tako je točno, s drugog gledišta, da veća fleksibilnost koja se Direktivom 2014/24 dodjeljuje horizontalnoj suradnji javnih naručitelja (što je posljedica političke odluke zakonodavca Unije) može imati i pozitivne učinke na tržišno natjecanje, na način da privatne subjekte potiče da ponude bolje ugovorne uvjete.

35. Pri odlučivanju države članice o načinu pružanja javne usluge (koji se može sastojati upravo od toga da se ne okreće tržištu nego administrativnoj suradnji) trebaju se poštovati temeljna prava iz UFEU-a, osobito pravila koja se odnose na slobodno kretanje robe, slobodu poslovnog nastana i slobodu pružanja usluga, kao i načela jednakog postupanja, nediskriminacije, međusobnog priznavanja, proporcionalnosti i transparentnosti¹³. Ta se pravila i načela moraju odvagivati i prilikom tumačenja članka 12. Direktive 2014/24.

36. Svim tim razmatranjima objašnjava se postojanje članka 12. Direktive 2014/24 te se opravdavaju uvjeti „javno-javne” suradnje, izričito navedeni u njegovu stavku 4.

37. Konačno, trebalo bi istaknuti da na *izuzimanje* tih mehanizama suradnje javnih naručitelja iz područja primjene Direktive 2014/24 nije utjecala binarna logika pravilo/iznimka, nego drukčije shvaćanje područja primjene te direktive.

38. Naime, s obzirom na to da odnosi javnih naručitelja tijekom suradnje predviđene člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24 „ne pripada[ju]”¹⁴ području primjene Direktive, nastoje se odrediti njezini okviri, dok se njezina ostala pravila jednostavno ne mogu protiviti tim odnosima. Stoga, doista, ne smatram da utvrđenja iz prethodnih presuda o hermeneutičkom (restriktivnom) kriteriju koji vrijedi za izuzeća, za razliku od općeg pravila, automatski služe za tumačenje tog *izuzeća*¹⁵.

B. Prvo prethodno pitanje. Prijenos softvera i područje primjene Direktive 2014/24/EU

1. Uvodno: situacija iz članka 12.

39. Sud koji je uputio zahtjev pita, kao prvo, je li prijenos softvera, poput onog koji se proveo između Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna, obuhvaćen područjem primjene Direktive 2014/24: kao „ugovor o javnoj nabavi” (na temelju članka 2. stavka 1. točke 5.) ili kao puki „ugovor” (u smislu članka 12. stavka 4.).

¹² Rizici su slični onima koji se u Direktivi 2014/24 navode u pogledu agregacije i centralizacije kupnji, odnosno transakcija koje bi se u skladu s njezinom uvodnom izjavom 59. „trebal[e] [...] pažljivo pratiti kako bi se izbjegla suvišna koncentracija kupovne moći te stvaranje tajnih sporazuma te kako bi se održala transparentnost i sačuvalo tržišno natjecanje i mogućnost pristupa tržištu za mala i srednja poduzeća”.

¹³ Presuda Irgita, t. 48., 50. i t. 2. izreke, koja se odnosi na tumačenje članka 12. stavka 1. Direktive 2014/24

¹⁴ Taj je izraz upotrijebljen u prvom podstavku članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24.

¹⁵ U pogledu horizontalne suradnje vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, t. 45.). Ista se ideja odražava u presudama od 11. siječnja 2005., Stadt Halle i RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, t. 46.); od 13. listopada 2005., Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, t. 63.) i od 11. svibnja 2006., Carbotermo i Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, t. 45.) te u presudi Datenlotsen, t. 23.

40. To se pitanje, kako je postavljeno, pojavljuje s obzirom na (očito) nepostojanje naplate prijenosa. Iz njegova sadržaja proizlazi da, prema mišljenju suda koji je uputio zahtjev, područje primjene Direktive 2014/24 nije definirano samo u članku 2. Budući da u članku 12. stavku 4. uz izraz „ugovor” nije navedena dopuna „o javnoj nabavi”, to može značiti da se na određene ugovore koji ne odgovaraju definiciji iz članka 2. stavka 1. točke 5. također primjenjuju Unijina pravila o javnoj nabavi.

41. Radije ću se usredotočiti na tumačenje članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 kako bih utvrdio primjenjuje li se na odnos poput onog koji su dogovorili Savezna zemlja Berlin i Grad Köln, nego na detaljnu analizu različitih značenja izraza „ugovor” i pridjeva koji mu se mogu pridjenuti, prema različitim odredbama navedene direktive¹⁶. Stoga ću prvo prethodno pitanje razmotriti s obzirom na osobitosti tog propisa.

42. Pojam „ugovor” iz članka 12. stavka 4. ne objašnjava se toliko na temelju njegova sustavnog odnosa s člankom 2. Direktive 2014/24, koliko s ostalim stavcima samog članka 12. U tom kontekstu odražava razliku u odnosu na vertikalnu suradnju (stavci 1., 2. i 3. članka 12.), u okviru koje odnosi među sudionicima ovise o uspostavljenoj strukturi unutarnjeg nadzora. Zapravo služi tomu da se izrazi to kako treba postojati sporazum ili ugovor kojim se utvrđuje osnova i pravni okvir odnosa među ugovornim stranama, cilj suradnje i aktivnosti (doprinosi) koje svaka strana treba poduzeti¹⁷.

43. Isti se smisao prenosi u uvodnoj izjavi 33. drugom podstavku Direktive 2014/24 kad se navode „[u]govori za zajedničko pružanje javnih usluga”, a zatim u trećem podstavku „obveze koje doprinose suradničkom izvršavanju [...] usluge”, što nužno ne znači da će sve strane sudjelovati u izvršavanju glavnih ugovornih obveza.

44. Na temelju te pretpostavke, člankom 12. Direktive 2014/24 predviđaju se dvije vrste situacija u kojima uobičajeno značenje „ugovora o javnoj nabavi” možda nije najprikladnije, zbog čega su prije alternativa navedenoj kategoriji.

45. S jedne strane, njime se dopušta „vertikalna suradnja” (članak 12. stavci 1., 2. i 3.) u okviru koje, kao što sam to već istaknuo, „[u] okviru režima *in house* naručitelj, s funkcionalnog aspekta, ne sklapa ugovor s drugim i zasebnim subjektom, nego to, s obzirom na povezanost između njega i formalno različitog subjekta, zapravo čini sa samim sobom. Strogo gledajući, ne može se govoriti o dodjeli ugovora, nego o pukoj narudžbi ili nalogu koji druga ‚strana’ ne može odbiti, bez obzira na oblik u kojem su izdani”¹⁸.

46. S druge strane, njime se isto tako dopušta „horizontalna suradnja”, odnosno postojeća suradnja javnih naručitelja koji je sklapanjem ugovora potvrđuju, s namjerom da se pružanje javnih usluga koje su u njihovoj nadležnosti usmjeri prema postizanju zajedničkog cilja u okviru koji se rukovodi samo javnim interesom i u skladu sa slobodnim tržišnim natjecanjem (članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24).

16 Postoje argumenti kojima se zagovara jedinstveni pojam izraza „ugovor”: sam naslov članka 12. („Ugovori o javnoj nabavi između subjekata u javnom sektoru”); okolnost da se taj izraz nalazi na više mjesta u Direktivi 2014/24 i drugim direktivama, kao skraćeni oblik izraza „ugovor o javnoj nabavi”; pridjevanjem dodatka „o javnoj nabavi”, kao odrednice koja se dodaje imenici „ugovor”, mijenja se ovisno o jezičnoj verziji teksta koji se uzima u obzir: tako se ta dopuna može pronaći u članku 12. (konkretno njegovu stavku 1.) u verzijama poput njemačke, francuske, engleske ili talijanske jezične verzije, ali ne i u drugim verzijama, poput španjolske jezične verzije.

17 U članku 11. stavku 4. Prijedloga direktive od 20. prosinca 2011., COM(2011) 896 *final*, upotrijebljen je sljedeći izraz: „Sporazum sklopljen između dva ili više javnih naručitelja *ne smatra se ugovorom o javnoj nabavi za potrebe članka 2. točke 6. ove Direktive* [...]” (moje isticanje).

18 Mišljenje u predmetu LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, t. 70.)

47. Naravno, ni druga vrsta međupravnoadministrativnih odnosa, poput odnosa koji proizlaze iz prijenosa i delegiranja nadležnosti¹⁹, čak i uz osnivanje udruženja posebne namjene, odnosno osobe javnog prava nije obuhvaćena Direktivom 2014/24, iako se to u njezinu tekstu izričito ne navodi. Za te se situacije u načelu smatra da „ne pripadaju pravu javne nabave”²⁰.

48. U okviru horizontalne suradnje, javni naručitelj, koji bi svoje potrebe (za nabavom radova, usluga ili robe) mogao ispuniti provedbom postupka javne nabave među privatnim poduzetnicima, odlučio je taj postupak zamijeniti suradnjom s drugim tijelom javne vlasti koje može ispuniti te potrebe.

49. S objektivnog stajališta, osobitost te vrste suradnje tijela javne vlasti temelji se na trima elementima: konceptu suradnje koji prevladava u odnosima *inter partes*, zajedničkom cilju koji proizlazi iz tog odnosa i cilju u javnom interesu kojem suradnja treba težiti.

50. Suradnja u pravilu znači doprinos svih strana, s kasnijim javnim izdacima. Međutim, odnos među tim stranama ne prestaje s *do ut des*, što je svojstvo dvostranog obvezujućeg ugovora koji je, prema sudskoj praksi Suda, obilježje ugovora o javnoj nabavi na koji se primjenjuju direktive o javnoj nabavi²¹.

51. Naime, nastaje pravni posao u kojem svi sudionici pružaju usluge, koje se od svih mogu potraživati, ako se njihovim doprinosima u konačnici nastoji postići zajednički cilj. *Svrha* doprinosa upravo je taj zajednički cilj koji treba biti u javnom interesu.

2. Naplatna ili nenaplatna priroda odnosa između Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna

52. Kako bi se utvrdilo je li odnos između Grada Kölna i Savezne zemlje Berlin uređen pravilima Direktive 2014/24, ne treba uzeti u obzir samo ugovor o prijenosu (na temelju kojeg se Gradu Kölnu softver stavlja na raspolaganje), nego i sporazum o suradnji koji mu je priložen²².

53. Same su zainteresirane osobe taj odnos uredile kao cjelinu, a u članku 5. sporazuma o suradnji navodi se da taj sporazum i ugovor o prijenosu softvera čine jedinstven dokument²³.

54. Kao što sam to već naveo, dvojbe suda koji je uputio zahtjev proizlaze iz očite nenaplatne prirode odnosa između Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna.

55. Naplatna priroda dio je definicije „ugovora o javnoj nabavi” u članku 2. stavku 1. točki 5. Direktive 2014/24. Prema mojem mišljenju, ta se naplatna priroda također može smatrati tipičnim obilježjem odnosa između javnih naručitelja predviđenog u članku 12. stavku 4., koji se, kao što sam to već objasnio, nužno ne izjednačava s uobičajenim značenjem „ugovora o javnoj nabavi”.

56. Što se tiče njegova značenja, podsjetit ću da se u sudskoj praksi Suda pojam naplatnosti iscrpno tumačio²⁴.

19 U pogledu uvjeta u kojima prijenos nadležnosti koje se odnose na izvršavanje javnih zadaća nije obuhvaćen područjem primjene pravila o javnoj nabavi (tada Direktive 2004/18), vidjeti presudu od 21. prosinca 2016., Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985; u daljnjem tekstu: presuda Remondis, t. 41. i sljedeće).

20 Presuda Remondis, t. 53.

21 *Ibidem*, t. 43.

22 Vidjeti u sličnom smislu presudu Remondis, t. 37.: „Radi moguće kvalifikacije operacije koja podrazumijeva više faza kao ugovora o javnoj nabavi, ta se operacija mora ispitati u cjelini i uzimajući u obzir njenu svrhu”.

23 Drugo bi uređenje bilo moguće, kao što je to predstavica Grada Kölna tvrdila na raspravi upućivanjem na ugovor o prijenosu softvera između Savezne zemlje Berlin i Grada Hamburga, bez priloženog sporazuma o suradnji.

24 Rješenje Consiglio Nazionale, t. 38.; presuda Remondis, t. 43.; presuda od 18. listopada 2018., IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, t. 31.). U svojem mišljenju u predmetu Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i dr. (C-159/11, EU:C:2012:303, t. 32.), nezavisna odvjetnica V. Trstenjak navela je da „se može tvrditi da se samo širokim tumačenjem pojma ‚naplatna priroda’ ispunjava cilj direktiva o javnoj nabavi, koji se sastoji od omogućavanja vjerodostojnog tržišnog natjecanja”, te je posebno uputila na druge načine isplaćivanja naknade, poput transakcija na temelju ugovora o razmjeni ili odustanka od postojećih uzajamnih tražbina između ugovornih strana.

57. U odnosu između Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna, prijenos računalnog programa nenaplatni je element suradnje koji služi određenom cilju, kako bi ga se dalje razvijalo i prilagodilo potrebama upravljanja odnosnim vatrogasnim postrojbama.

58. Kao što to tvrdi sud koji je uputio zahtjev²⁵, taj daljnji razvoj ima ekonomsku vrijednost koja može biti vrlo visoka²⁶. Grad Köln u opisu činjeničnog stanja navodi da se program stavlja njemu na raspolaganje kako bi mogao sudjelovati u suradnji. Prethodno je priznao da pružanje vatrogasnih usluga, na koje je obavezan zakonom, kao što je to istaknuo na raspravi, nije moguće bez optimalnog sustava za upravljanje intervencijama, koji neprestance treba prilagođavati potrebama izvršavanja usluge, što učinkovit softver zahtijeva.

59. Stoga se opravdano može smatrati, što je u skladu s Komisijinim razmišljanjem, da iako se sporazumom o suradnji ne predviđa obveza *stricto sensu* daljnjeg razvoja softvera, malo je vjerojatno da neće biti takvog razvoja, kao i kasnijih prilagodbi računalnog programa. Kao što se to istaknulo na raspravi, osuvremenjivanje programa gotovo će biti neizbježno, u najskorije vrijeme i kasnije²⁷.

60. Stoga je razumno očekivati da će Grad Köln pridonijeti razvoju softvera i proširiti ga dodavanjem modula. Taj čimbenik ima vrijednost protučinidbe za stavljanje programa na raspolaganje od strane Savezne zemlje Berlin jer, da to nije slučaj, sporazum o suradnji ne bi bio priložen ugovoru o prijenosu.

61. Konačno, sa stajališta Grada Kölna, protuvrijednost na temelju koje se može govoriti o naplatnoj prirodi odnosa sa Saveznom zemljom Berlin jest njegovo sudjelovanje u suradnji koja toj saveznoj zemlji može donijeti korist, i to u obliku prilagodbe softvera (članak 1. sporazuma o suradnji) i stručnih dopunskih modula (članak 5. navedenog sporazuma). Do tih će prilagodbi nedvojbeno doći, uz određeni financijski trošak, jer operativni vatrogasni centri drukčije ne mogu raditi.

62. Stoga protučinidba ne ovisi o isključivo potestativnom uvjetu; samo je pitanje vremena kad će do nje doći. Nije riječ o pukom izražavanju namjere sudjelovanja, nego o provedivoj obvezi čije izvršenje ovisi o pitaju *kad* (će se provesti osuvremenjivanje), a ne *hoće li se* (osuvremenjivanje provesti).

63. Točno je da se sporazumom o suradnji predviđa mogućnost da u daljnjem razvoju softvera sudjeluju obje strane i da teoretski bilo koja od tih strana može ne djelovati i jednostavno čekati djelovanje druge strane. Međutim, ponavljam da postoji vrlo mala vjerojatnost da do toga dođe jer bi to značilo dovesti u opasnost pružanje javne usluge za koje su odgovorne obje strane. Tim bi postupanjem sâm sporazum o suradnji koji su svojom voljom sklopile obje strane postao bespredmetan.

64. Ukratko, ugovorni odnos između javnih naručitelja koji su dogovorili prijenos računalnog programa i uvjeti njihove suradnje za njegov daljnji razvoj obuhvaćeni su člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24.

²⁵ Točka 29. odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku

²⁶ I premašiti vrijednost samog softvera. ISE je na raspravi ustrajao na tom podatku, koji je povezan s trećim prethodnim pitanjem.

²⁷ Predstavnicu Grada Kölna istaknula je razliku između većeg i manjeg osuvremenjivanja. Prvonavedena su neophodna tri ili četiri puta godišnje te se provode nakon savjetovanja s drugom ili drugim stranama koje sudjeluju u suradnji kako bi se, koliko je to moguće, uzele u obzir njihove potrebe. Za drugonavedena osuvremenjivanja, koja se sastoje od uklanjanja manjih pogrešaka, to savjetovanje nije obvezno.

C. Drugo prethodno pitanje. Predmet suradnje

1. Pristup

65. Pružanje javne vatrogasne usluge koja je na subjektima koji surađuju u ovom predmetu nije zajedničko: ne može biti, čak i kad bi tako bilo samo zbog zemljopisne udaljenosti između područja na kojima djeluje svaki subjekt.

66. Zbog toga sud koji je uputio zahtjev dvoji u pogledu toga da je suradnja obuhvaćena člankom 12. stavkom 4. točkom (a) Direktive 2014/24 te postavlja pitanje je li u tom slučaju „dovoljno ako se suradnja odnosi na aktivnosti koje na neki način služe obavljanju javnih usluga koje se u jednakoj mjeri, ali ne i nužno obavljaju zajednički”.

67. Kako bi se na njega odgovorilo potrebno je zasebno analizirati dva elementa: (a) zajedničko upravljanje javnom uslugom radi koje se surađuje i (b) priroda „javne usluge” koju ima djelatnost u okviru koje se ostvaruje suradnja.

a) Zajedničko pružanje javnih usluga. „Zajednička zadaća pružanja javne usluge” i „zajednički ciljevi u općem interesu”

68. U skladu sa sudskom praksom Suda koja prethodi Direktivi 2014/24, održivost horizontalne suradnje bila je uvjetovana, među ostalim, zahtjevom da strane sprovedu *zajedničku* zadaću pružanja javne usluge. Međutim, Sud nije trebao razmotriti vrijedi li ta *zajednička priroda* i za samo pružanje usluge.

69. Primjer horizontalne suradnje koja nije obuhvaćena pravilima Unije o javnoj nabavi bio je predmet C-480/06, Komisija/Njemačka, u kojem se tom suradnjom, koja se temeljila na djelovanjima i obvezama različitima po prirodi i važnosti, u konačnici osiguravala provedba zadaće pružanja javne usluge u nadležnosti svih javnih naručitelja. Taj se predmet odnosio na zbrinjavanje otpada, odnosno djelatnost u kojoj su svi sudionici sudjelovali, s obzirom na to da su se koristile postrojenjem za obradu navedenog otpada.

70. Pitanje koje se sada postavlja nije se posebno razmatralo ni u toj presudi ni u drugim kasnijim presudama, niti se navodilo da zadaća pružanja javne usluge treba biti *zajednička*, kao preduvjet za zajedničko pružanje te usluge²⁸.

71. Na temelju članka 12. stavka 4. točke (a) Direktive 2014/24, kako međuadministrativna suradnja ne bi bila obuhvaćena područjem primjene te direktive, ugovor treba sadržavati zajedničke ciljeve uključenih javnih naručitelja. Svaki od njih „javne usluge koje oni trebaju pružati”²⁹ pruža „s ciljem ostvarivanja njihovih *zajedničkih* ciljeva”. U ugovoru ili sporazumu pojašnjava se način pružanja kako bi se osiguralo da to bude tako. Doslovno, ovdje se *zajednička priroda* odnosi na ciljeve a ne na konkretnu zadaću pružanja javne usluge.

72. Pripremni akti teksta dokazuju da je zakonodavac imao namjeru učiniti suradnju fleksibilnijom s obzirom na njezin predmet³⁰.

28 Presuda ASL, t. 37. Kasnije presude Suda u skladu su sa sudskom praksom uspostavljenom presudom ASL u gotovo identičnim predmetima o prirodi subjekata i meritumu: vidjeti odluke od 16. svibnja 2013., Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia (C-564/11, neobjavljeno, EU:C:2013:307) i od 20. lipnja 2013., Consiglio Nazionale. Ta se sudska praksa također primijenila na druga područja u presudama Piepenbrock, t. 39. i Datenlotsen, t. 35.

29 Smatram da zahtjev *pružanja usluge* znači da su javni naručitelji zaduženi za pružanje usluge prije sklapanja sporazuma o suradnji. Izraz bi mogao uključivati i javnu uslugu koja se pruža u okviru posebne suradnje.

30 Ta se fleksibilnost ocjenjuje i u pogledu subjekata: vidjeti uvodnu izjavu 32. o horizontalnoj suradnji javnih naručitelja s udjelom privatnog kapitala. Međutim, Komisijin prijedlog direktive isključivao je tu mogućnost u njegovu članku 11. stavku 4. točki (e).

73. U Komisijinu prijedlogu direktive još se spominjalo „zajedničko obavljanje [javnih naručitelja] zadaća pružanja javne usluge”. Dok su ga razmatrali Vijeće i Parlament, tekst se različito oblikovao do svoje sadašnje verzije. Mijenjala se i sadašnja uvodna izjava 33., usporedno s promjenom točke članka i iste uvodne rečenice.

74. Tijekom završnih pregovora iz članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 izostavljeno je upućivanje na zajedničko obavljanje zadaća koje se još nalazi u sadašnjoj uvodnoj izjavi 33. Zajednički ciljevi uvedeni su na prijedlog Parlamenta, dok se iz odgovarajuće uvodne izjave (tada uvodne izjave 14.) izostavio opis pojma suradnje kao pojma koji uključuje „zajedničko upravljanje, donošenje odluka i dijeljenje rizika, odgovornosti i učinaka sinergije”³¹.

75. Činjenica da se u uvodnoj izjavi 33. prvom podstavku *in fine* navodi da javne usluge koje pružaju tijela koja surađuju ne trebaju nužno biti istovjetne, nego da se one mogu nadopunjavati, potvrđuje napuštanje zahtjeva zajedničke zadaće pružanja javne usluge.

76. U tom kontekstu, navođenje *zajedničkog* pružanja usluga, koje se više puta pojavljuje u istoj uvodnoj izjavi, vjerojatno znači da javne usluge, neovisno o tome jesu li istovjetne ili se mogu nadopunjavati, za koje su zadužena sudjelujuća tijela, treba pružati „u suradnji”, odnosno svako tijelo javne vlasti uz pomoć drugog tijela javne vlasti ili koordinirano.

77. Može se činiti da je riječ o semantičkim raspravama, ali, kao što je to slučaj u pravu, pravne posljedice povezane s odabirom jednih ili drugih izraza mogu se znatno razlikovati. Ponavljam, važno je da (novo) pravilo upućuje na zajedničke ciljeve javnih naručitelja koji međusobno surađuju.

b) „Javna usluga” i „Aktivnosti koje služe obavljanju javne usluge”

78. Drugo prethodno pitanje također obvezuje na analizu prirode djelatnosti u kojoj surađuju javni naručitelji: treba li ona sama biti „javna usluga”³² ili može biti riječ o pomoćnoj djelatnosti, odnosno aktivnosti koja služi obavljanju javne usluge³³.

79. U okviru sudske prakse koja prethodi Direktivi 2014/24, u presudi Komisija/Njemačka donekle je pojašnjena vrsta aktivnosti od kojih se može sastojati „javno-javna” suradnja koja se izuzima iz pravila o javnoj nabavi³⁴.

80. Na temelju tumačenja te presude mogle su se kao predmet suradnje prihvatiti aktivnosti koje same ili same po sebi nisu javne usluge, no izravno su povezane s javnom uslugom za čije su pružanje javni naručitelji dogovorili suradnju.

³¹ Vidjeti Bilješku Vijeća Europske unije od 26. lipnja 2013., br. 11644/13.

³² Podsjećam da se u članku 12. stavku 4. točki (a) Direktive 2014/24 izričito navode „javne usluge koje [...] trebaju pružati [javni naručitelji]”. Ta se kategorija samo upotrebljava u članku 93. UFEU-a. U velikoj mjeri, njezin je ekvivalent „usluga u općem interesu” (UOI), a može imati ekonomski sadržaj. Na slobodu država članica za određivanje, organiziranje i financiranje usluga u općem gospodarskom interesu (UOGI) odnosi se članak 1. stavak 4. Direktive 2014/24, u kojem se pak upućuje na članak 14. UFEU-a i Protokol br. 26 priložen UFEU-u i UEU-u. Vidjeti u tom pogledu mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Hogana u predmetu Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

³³ U Direktivi 2014/24 ne određuje se točno važnost, svojstvo ili priroda (glavna ili pomoćna; obvezna ili fakultativna; sa ili bez ekonomskog sadržaja) *javnih usluga* koje horizontalna suradnja može obuhvaćati. U uvodnoj izjavi 33. predlaže se znatna fleksibilnost u tom smislu. Tako se isključuje da suradnja bude ograničena na aktivnosti koje su u temeljnoj (glavnoj) nadležnosti javnog naručitelja, kao što to, čini se, proizlazi iz prve rečenice točke 37. presude ASL.

³⁴ U tom predmetu, jedan od doprinosa sastojao se od stavljanja na raspolaganje infrastrukture u kojoj bi se obavljala oporaba otpada koji su prikupili sudionici, svaki od njih na zemljopisnom području svoje nadležnosti. Dio suradnje također je bilo stavljanje na raspolaganje viškova: kapaciteti odlagališta otpada koje nije iskoristila neka strana mogu riješiti nedostatak kapaciteta odlagališta druge strane. Drugi od doprinosa temeljio se na obvezi komunalne službe za održavanje čistoće jednog od javnih naručitelja da brani prava drugih pred operatorom postrojenja, u slučaju da im taj subjekt nanese neku štetu.

81. Međutim, prethodno navedenim ne rješava se pitanje može li se suradnja *isključivo* temeljiti na aktivnosti koja sama ili sama po sebi nije javna usluga, u okolnostima poput onih u ovom sporu. Podsjećam da ovdje uključeni javni naručitelji svaki za svoj račun i zasebno pružaju istu javnu uslugu (svojevrsnu vatrogasnoj postrojbi), dok se suradnja svodi na pomoćnu djelatnost (računalno upravljanje centrom za hitne slučajeve).

82. U uvodnoj izjavi 33. Direktive 2014/24 zagovara se potvrdni odgovor na to pitanje i ističe da suradnja može obuhvaćati „sve vrste aktivnosti vezane uz izvršavanje usluga i odgovornosti koje su dodijeljene sudjelujućim tijelima ili koje su ona preuzela [...]”³⁵. Zakonodavni akti ponovno dokazuju da je postojala volja da se istakne taj aspekt, koji se nije nalazio u Komisijinu prvotnom prijedlogu³⁶.

83. Fleksibilnost koju sam istaknuo kao obilježje horizontalne suradnje u Direktivi 2014/24, koja se može ocijeniti usporedbom te direktive s ranijom situacijom u zakonodavstvu, prethodnom sudskom praksom Suda i Komisijinim prijedlogom, potkrepljuje taj potvrdni odgovor.

84. Međutim, to ne znači da tako dopuštena horizontalna suradnja nema ograničenja. Naravno da zahtjev za njezinim usmjeravanjem k pružanju javnih usluga za koje su nadležne strane i dalje ostaje³⁷. Kad predmet suradnje nije sama javna usluga, nego aktivnost „povezana” s tom javnom uslugom, ta se povezanost treba temeljiti na funkcionalnom usmjeravanju aktivnosti ka izvršavanju usluge.

85. U svrhu ravnoteže između suprotstavljenih ciljeva, o kojoj sam govorio *supra*³⁸, savjetuje se osim toga da se taj odnos odvagane tako da se razne aktivnosti razlikuju s obzirom na njihov stupanj povezanosti s uslugom čijem pružanju doprinose. Prema mojem mišljenju, člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24 mogu se obuhvatiti, među ostalim, pomoćne aktivnosti koje su neposredno i neodvojivo povezane s javnom uslugom, odnosno aktivnosti snažne instrumentalne prirode da sama usluga ovisi o njima kako bi se javna usluga kao takva izvršila.

86. Suradnja treba uostalom ispunjavati ostale uvjete predviđene u članku 12. stavku 4. (u pogledu subjekata, svrhe suradnje i načela na kojima se ona treba temeljiti), koje sam ranije istaknuo.

2. Suradnja Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna

87. Dva javna naručitelja u ovom predmetu ne obavljaju zajedno, kao što sam to već naveo, djelatnost glavne javne usluge, odnosno djelatnost vatrogastva. Cilj njihove suradnje je, naprotiv, uvođenje i održavanje računalnog programa koji im je obojici neophodan za optimalno upravljanje intervencijama njihovih vatrogasnih postrojbi na njihovim zemljopisnim područjima.

88. Prema opisu softvera i njegova osuvremenjivanja u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, koji se razmatra zajedno s usklađenim izjavama s rasprave, računalni program bio je i jest neophodan za pružanje te javne usluge.

89. Stoga je suradnja Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna, s obzirom na to da se odnosi na djelatnost koja je neophodna za učinkovito izvršavanje javne usluge koju oba javna naručitelja trebaju pružati, u skladu sa zahtjevom navedenim u članku 12. stavku 4. točki (a) Direktive 2014/24.

³⁵ Moje isticanje

³⁶ Radi usporedbe vidjeti međuinstitucijski dokument broj 12167/13.

³⁷ U ranijoj sudskoj praksi, u točki 16. presude *Datenlotsen* (upućivanjem iz točke 34.) utvrdilo se sljedeće: „[...] ni sveučilište ni društvo HIS nisu javna tijela i društvo HIS nije izravno ovlašteno za izvršavanje javne usluge”.

³⁸ *Supra*, točka 29. i sljedeće: volju nemiješanja s državama članicama u organizaciji njihove unutarnje uprave treba uskladiti sa zahtjevom da izuzimanje iz područja primjene prava Unije ne dovede do povrede načela javne nabave i slobodnog tržišnog natjecanja.

D. Treće prethodno pitanje. Stavljanje trećih osoba u povoljniji položaj

90. Sporazum između Savezne zemlje Berlin i grada Kölna suočava se s drugim prigovorima prema kojima je horizontalna suradnja protivna pravu tržišnog natjecanja. Sud koji je uputio zahtjev osvrnuo se na te prigovore u svojem trećem pitanju u kojem pita primjenjuje li se u okviru članka 12. stavka 4. Direktive 2014/24 implicitna nepisana zabrana stavljanja u povoljniji položaj i, ako da, s kojim sadržajem.

1. Horizontalna suradnja i pravo tržišnog natjecanja

91. Uvjet da se nijednog privatnog subjekta ne smije staviti u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente, kao posljedica horizontalne suradnje, nije izričito ni zasebno naveden u članku 12. Direktive 2014/24. Međutim, naveden je u ranijoj sudskoj praksi³⁹.

92. Kako bi se utvrdilo postoji li i dalje taj zahtjev iako nije doslovno naveden, najprije ću podsjetiti da države članice raspoložu širokom marginom prosudbe za odlučivanje hoće li one same pružati usluge ili će ih eksternalizirati.

93. U prvoj od te dvije situacije (samodostatnost u širem smislu), i pod uvjetom da su određeni uvjeti ispunjeni, države članice nisu obvezne slijediti pravila i postupke iz prava Unije o javnoj nabavi. Stoga se na njih i dalje primjenjuju druga pravila⁴⁰, među kojima su i pravila koja se odnose na slobodno tržišno natjecanje iz članka 106. stavka 2. UFEU-a.

94. Stoga se člankom 18. stavkom 1. drugim podstavkom Direktive 2014/24 u srodnom području utvrđuje da „[k]oncept nabave nije osmišljen s namjerom da je se isključi iz područja primjene ove Direktive ili da se prijetvorno suzi nadmetanje”.

95. Ograničenje iz pravila o slobodnom tržišnom natjecanju stoga utječe i na horizontalnu suradnju javnih naručitelja. Utječe na barem dva načina:

- S jedne strane, prevladava u njihovu odnosu s privatnim subjektima, kao cjelini, u njihovu svojstvu konkurenata na tržištu.
- S druge strane, određuje način postupanja tijela javne vlasti kako njihova suradnja, ako također na neki način uključuje privatne subjekte, ne bi narušila tržišno natjecanje između njih.

96. Člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24 nastoji se izbjeći narušavanje slobodnog tržišnog natjecanja već s prvog gledišta, kad se njime zahtijeva da suradnju isključivo dogovore javni naručitelji⁴¹. Istodobno se njime predviđaju određene mjere opreza koje se temelje na istom smislu:

- Suradnju treba ograničiti na pružanje javnih usluga koje pružaju uključeni javni naručitelji, što nije obavljanje njihovih redovitih gospodarskih djelatnosti (točka (a)).
- Suradnja se isključivo treba voditi razlozima u općem interesu, a ne tržišnim razlozima (točka (b)).
- Ako subjekti koji međusobno surađuju djeluju i na „otvorenom tržištu”, oni ne smiju ostvarivati više od 20 % aktivnosti na koje se odnosi ta suradnja.

39 Presuda Komisija/Njemačka, t. 47.; ASL, t. 35., 38. i izreka te rješenje Consiglio Nazionale, t. 44. i izreka)

40 *Supra*, točke 30. do 35.

41 Iako se, u skladu sa sustavom suradnje *in-house*, Direktivom 2014/24 dopušta da postoji određeni udio privatnog kapitala u tijelima javne vlasti; vidjeti bilješku 30. ovog mišljenja.

97. Ne treba smatrati, kako to tvrdi Grad Köln, da se obveza poštovanja slobodnog tržišnog natjecanja svodi na slučaj u kojem se javni naručitelji na tržištu natječu s privatnim subjektima u cjelini.

98. Suprotno tomu, kao što sam to već naveo, opća obveza nenarušavanja tržišnog natjecanja propisana je u primarnom pravu (članak 106. stavak 2. UFEU-a) i, u posebnom okviru javne nabave, u članku 18. stavku 1. drugom podstavku Direktive 2014/24.

2. Podugovaranje trećih osoba

a) Opća razmatranja

99. U uvodnim izjavama 31. i 33. Direktive 2014/24 utvrđeno je da suradnja javnih naručitelja ne smije „izaz[vati] narušavanje tržišnog natjecanja” i privatnog pružatelja usluga staviti u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente⁴². Valja ustrajati na činjenici da se u tim uvodnim izjavama tekstu Direktive zapravo ne dodaju novi normativni elementi: njima se samo usmjerava tumačenje njezina članka 12. stavka 4.

100. Stoga u skladu s Direktivom 2014/24 nisu postupanja javnih naručitelja kojima se narušava tržišno natjecanje tako da se privatnog pružatelja usluga stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente. „Stavljanje u povoljniji položaj” na koje upućuje sud koji je uputio zahtjev, ako se time privatnom subjektu daje prednost na štetu ostalih subjekata, stoga je zabranjeno.

101. U tim okolnostima mogu nastati dvije situacije koje nisu u potpunosti iste:

- Horizontalna suradnja u okviru koje javni naručitelj drugom javnom naručitelju stavlja na raspolaganje određenu robu ili usluge koje je prvo navedeni javni naručitelj nabavio od privatnog subjekta a da se na njega nisu primijenila pravila o javnoj nabavi. Kad bi se ta pravila primijenila (zbog predmeta i vrijednosti ugovora itd.), subjekti koji su treća osoba *ponovno* bi bili stavljeni u nepovoljniji položaj, odnosno pretrpjeli bi takoreći *dvostruko* nepovoljno postupanje zbog prvotne i kasnije neprimjene tih pravila.
- Horizontalna suradnja kojom se radi njezina daljnjeg razvoja zahtijeva sudjelovanje gospodarskih subjekata koji nisu javni naručitelji. Kad bi se nekima od tih privatnih subjekata, na diskriminirajući ili proizvoljni način, uskratila mogućnost da se uključe u mehanizam buduće nabave robe i usluga, uključene osobe bile bi u nepovoljnijem položaju.

102. U drugoj od tih dviju situacija, kad se raspiše postupak javne nabave radi njezine dopune ili nastavka, nema razloga tvrditi da se pojedinac neizbježno, *de iure* ili *de facto*, nalazi u povoljnijem položaju od svojih konkurenata jer doprinosi zadaćama od kojih se sastoji međupravna suradnja.

⁴² Postoje naravno drugi načini narušavanja koji se mogu zamisliti: na primjer, ako stjecanje softvera i uzastopnih radnji održavanja ili daljnjeg razvoja postanu predmet zasebnih ugovora, kako bi se izbjegao jedinstveni ugovor čija vrijednost prelazi prag nakon čega je nužna provedba postupka javne nabave. Vidjeti presudu od 18. siječnja 2007., Auroux i dr. (C-220/05, EU:C:2007:31, t. 67.) i presudu Komisija/Njemačka, u kojoj Sud navodi „konstrukcije namijenjene zaobilaženju pravila u području javne nabave” (t. 48.).

b) Podugovaranje trećih osoba radi suradnje Savezne zemlje Berlin i Grada Kölna

103. U odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku nema dovoljno podataka da bi se znalo u kojim je uvjetima Savezna zemlja Berlin prvotno kupila računalni program koji je kasnije ustupila gradu Kölnu. Ne može se sa sigurnošću znati ni nudi li Savezna zemlja Berlin nove softverske module, neovisno o suradnji s gradom Kölnom, tako da njegovo stjecanje povlači s tržišta ili tako da mu pristupa⁴³. Na sudu je koji je uputio zahtjev da provjeri te činjenične elemente.

104. Suprotno tomu, čini se da je za budući razvoj suradnje potrebno sudjelovanje trećih osoba tako da je Grad Köln objavio poziv za nadmetanje u (ograničenom) postupku javne nabave u svrhu prilagodbe, uvođenja i održavanja softvera koji mu je na korištenje ustupila Savezna zemlja Berlin⁴⁴.

105. Daljnji razvoj i osuvremenjivanje softvera koji je Savezna zemlja Berlin prenijela Gradu Kölnu za potrebe suradnje imaju veliku novčanu vrijednost. Stoga je logično da je interes tržišnih subjekata⁴⁵ usmjeren na kasnije ugovore koji se sklapaju radi njegove prilagodbe, održavanja i daljnjeg razvoja.

106. Prema ISE-ovom mišljenju, zbog tehničke složenosti tih poslova onaj tko nije proizvođač softvera ne može ih provesti u djelo. Kad bi to bio slučaj, odluka o prvoj kupnji softvera mogla bi imati znatnu važnost pri dodjeli kasnijih ugovora o javnoj nabavi, pri čemu bi se *de facto* blokiralo sudjelovanje subjekata koji nisu autori softvera.

107. U tim okolnostima (čija je provjera na sudu koji je uputio zahtjev), zahtjev da se tržišne subjekte ne stavi u povoljniji položaj u odnosu na njihove konkurente⁴⁶ traži poseban oprez prilikom pripreme natječajne dokumentacije u pogledu kasnijeg pružanja usluga. Osobito, svim potencijalno zainteresiranim osobama treba dostaviti informacije koje su neophodne za njihovo sudjelovanje u postupku⁴⁷.

108. Međutim, ta bi se mjera mogla pokazati nedovoljnom, što bi upućivalo na to da problem nastaje ranije, odnosno pri samoj nabavi softvera. Na sudu je koji je uputio zahtjev da utvrdi proizlazi li iz prvotne kupnje slučaj isključivosti nastao iz tehničkih razloga, kojim se predodređuju kasniji postupci javne nabave, te da u tom slučaju utvrdi odgovarajuće mjere da se otklone njegovi učinci⁴⁸.

43 Predstavnik ISE-a potvrdio je na raspravi da je Savezna zemlja Berlin u srpnju 2018. objavila prethodni poziv na nadmetanje za razvoj programa u iznosu od 3 500 000 eura.

44 Na raspravi se pojasnilo da je poziv za nadmetanje (referentni broj: 2019-0040-37-3) objavljen u SL 2019/S 160-394603 i da novčana vrijednost javne nabave iznosi 2 000 000 eura.

45 Predstavnik ISE-a na raspravi je naveo da gospodarski interes nije u kupnji ni prodaji osnovnog softvera, nego na kasnijim poslovima prilagodbe, održavanja i daljnjeg razvoja računalnog programa.

46 Ali i cilj da se ugovor dodjeli u korist ekonomski najpovoljnije ponude.

47 Na raspravi se raspravljalo je li u kasnijim postupcima javne nabave bilo dovoljno navesti da će uspješni ponuditelj imati pristup izvornom programskom kôdu. Grad Köln ustrajao je na tome da je tako postupio iako to prema ISE-ovom mišljenju nije bilo dovoljno s obzirom na praktične poteškoće u daljnjem razvoju prilagodbi bez rizikâ, na temelju osnovnog programa.

48 Mogućnost nastanka sprečavajućeg učinka, nakon kupnje izvornog softvera, trebalo je u idealnom slučaju ocijeniti u trenutku njegove kupnje. Suprotno tomu, u sadašnjim okolnostima navedena ocjena više nije moguća i rješenje je jedino u ublažavanju posljedica. Komisija je na raspravi predložila da se od proizvođača softvera traži da surađuje s uspješnim ponuditeljima za kasnije pružanje usluga.

IV. Zaključak

109. S obzirom na prethodno navedeno, predlažem da se na prethodna pitanja koja je uputio Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

„1. Članak 12. stavak 4. Direktive 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18/EZ treba tumačiti na način da je pisano dogovoreni prijenos softvera između dva javna naručitelja, koji je povezan sa sporazumom o suradnji, ‚ugovor‘ u smislu navedene odredbe.

Taj ugovorni odnos ima naplatnu prirodu čak i ako preuzimatelj softvera ne mora platiti cijenu ni nadoknaditi troškove, ako se svaki partner (te stoga i preuzimatelj softvera) obveže da će drugom partneru stavljati na raspolaganje buduće prilagodbe i nadogradnje navedenog softvera, te su oni neophodni za pružanje javne usluge koju trebaju pružiti oba javna naručitelja tako da je neizbježno da do njih dođe.

2. Suradnja javnih naručitelja u skladu s člankom 12. stavkom 4. točkom (a) Direktive 2014/24 ne mora se nužno odnositi na same javne usluge koje trebaju pružiti građanima. Suradnja koja se odnosi na aktivnosti koje služe obavljanju tih usluga obuhvaćena je člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24, među ostalim slučajevima, kad je pomoćna djelatnost neophodan instrument za pružanje javne usluge na način da izvršenje potonje ovisi o toj pomoćnoj djelatnosti.
3. Suradnja javnih naručitelja u okviru koje se privatni subjekt stavlja u povoljniji položaj u odnosu na njegove konkurente na tržištu ne može se obuhvatiti člankom 12. stavkom 4. Direktive 2014/24.”