



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MANUELA CAMPOSA SÁNCHEZ-BORDONE,
predstavljeni 29. januarja 2020¹

Zadeva C-796/18

**Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH
proti
Stadt Köln,
ob udeležbi
Land Berlin**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče Düsseldorf, Nemčija))

„Vprašanje za predhodno odločanje – Javna naročila – Direktiva 2014/24/EU – Pojem odplačne pogodbe – Horizontalno sodelovanje med javnimi naročniki – Zagotovitev programske opreme za operativne centre gasilske službe – Dogovor o sodelovanju za posodabljanje in izpopolnjevanje programske opreme – Pomožna dejavnost v okviru javne službe – Prepoved postavitve tretjih v ugodnejši položaj“

1. Prvi evropski predpisi o javnem naročanju segajo v sedemdeseta leta preteklega stoletja. Odtlej se je zvrstilo več ureditev, leta 2014 pa so bila sprejeta tri zakonodajna besedila, katerih namen je celovita ureditev tega področja: Direktiva 2014/24/EU² (na razlago katere se nanaša ta predlog za sprejetje predhodne odločbe), Direktiva 2014/23/EU³ in Direktiva 2014/25/EU⁴.

2. Še pred uveljavitvijo direktiv iz leta 2014 je Sodišče ugotovilo, da se določbe prava Unije, s katerimi je urejeno javno naročanje, načeloma ne uporabljajo – v določenih okoliščinah – če:

- javni naročnik pravni osebi, ki jo obvladuje, zaupa izvedbo nekaterih nalog brez uporabe drugih zunanjih subjektov (*vertikalno* sodelovanje ali naročanje „*in-house*“); ali
- javna naročnika sodelujeta, da bi zagotovila izvedbo naloge javne službe, ki je skupna obema (*horizontalno* sodelovanje).

3. Zaradi sodne prakse Sodišča v zvezi z zadnjenavedeno obliko sodelovanja med javnimi organi je nastala določena pravna negotovost⁵, ki se je skušala odpraviti z Direktivo 2014/24. Nisem prepričan, da je imel ta poskus pričakovan uspeh.

¹ Jezik izvirnika: španščina.

² Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES (UL 2014, L 94, str. 65).

³ Direktiva parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o podeljevanju koncesijskih pogodb (UL 2014, L 94, str. 1).

⁴ Direktiva parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju naročnikov, ki opravljajo dejavnosti v vodnem, energetske in prometnem sektorju ter sektorju poštinih storitev ter o razveljavitvi Direktive 2004/17/ES (UL 2014, L 94, str. 243).

⁵ V uvodni izjavi 31 Direktive 2014/24 je bila opredeljena kot „precejšnja“. V tej uvodni izjavi je prav tako navedeno, da so si „[d]ržave članice in celo javni naročniki [...] zadevno sodno prakso Sodišča Evropske unije razlaga[li] različno“.

4. V sporu, ki je podlaga za to vprašanje za predhodno odločanje, neka družba (Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, v nadaljevanju: ISE) pred predložitvenim sodiščem izpodbija sporazume med mestom Köln in deželo Berlin, na podlagi katerih je zadnjenavedena prvonavedenemu zagotovila programsko opremo za operativne centre njegove gasilske službe; ob pogodbi za ta prenos je bil sklenjen dogovor o sodelovanju med obema upravama.

5. Predložitveno sodišče želi izvedeti zlasti, ali se pravila javnega naročanja iz Direktive 2014/24 uporabijo za razmerje med javnima naročnikoma, ki je vzrok za obravnavani spor, ali ne. Sodišču se tako ponuja možnost, da dopolni svojo predhodno sodno prakso, čeprav ob upoštevanju nove določbe (člen 12(4) Direktive 2014/24), na katero se doslej, če se ne motim, še ni nanašala nobena sodba.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije. Direktiva 2014/24

6. V uvodni izjavi 5 je navedeno:

„nobena določba v tej direktivi držav članic ne zavezuje, da storitve, ki jih želijo opravljati same ali jih organizirati drugače kot v obliki javnih naročil v smislu te direktive, oddajo v podizvajanje ali njihovo izvajanje prenesejo na zunanje izvajalce“.

7. V uvodni izjavi 31 je navedeno:

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

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

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

8. V uvodni izjavi 33 je navedeno:

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

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

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

9. Člen 1(4) določa:

„Ta direktiva ne vpliva na možnost držav članic, da v skladu s pravom Unije opredelijo, kaj štejejo kot storitve splošnega gospodarskega pomena, kako bi morale biti te storitve organizirane in financirane v skladu s pravili o državni pomoči ter katere posebne obveznosti bi zanje morale veljati. Ta direktiva prav tako ne vpliva na odločitve javnih organov o tem, ali, kako in v kolikšni meri želijo samostojno izvajati javne funkcije v skladu s členom 14 PDEU in Protokolom (št. 26)“.

10. V skladu s členom 2(1), točka 5, javna naročila pomenijo:

„[...] pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več javnimi naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobava blaga ali izvajanje storitev“.

11. V odstavku 4 člena 12 („Javna naročila med osebami v javnem sektorju“) je določeno:

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

- a) pogodba o izvedbi javnega naročila določa ali vzpostavlja sodelovanje med sodelujočimi javnimi naročniki, z namenom, da se zagotovi, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni;
- b) pri tem sodelovanju se upoštevajo le vidiki javnega interesa in
- c) sodelujoči javni naročniki na trgu izvajajo manj kot 20 % dejavnosti, ki jih zajema sodelovanje.“

12. Člen 18(1) določa:

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

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

B. Nacionalno pravo

13. V skladu s členom 91c(1) nemške ustave lahko „[z]vezna država in dežele [...] sodelujejo za načrtovanje, uvedbo in upravljanje računalniških sistemov, ki so potrebni za opravljanje njihovih nalog“.

14. Besedilo člena 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (zakon o varstvu konkurence, v nadaljevanju: GWB) se ujema z besedilom člena 12 Direktive 2014/24.

15. V skladu s tako imenovanimi „Kielskimi sklepi“, sprejetimi leta 1979, lahko javna uprava programsko opremo, ki jo je razvila ali pridobila (sama ali drug subjekt v njenem imenu), prenese na druge javne uprave v Nemčiji, če je podana vzajemnost. Vzajemnost se prizna, če so bila s proračunskimi predpisi ali proračunskimi zakoni ali odloki zadevnih subjektov – lastnika in prejemnika programske opreme – upoštevana proračunska pravila, ki jih je leta 1980 priporočila Konferenca ministrov za finance. Na splošno se možnost priznanja vzajemnosti ne presoja glede na komercialne, temveč politične preudarke. Ni upoštevana konkretna vzajemna dajatev, temveč možnost, da bo do nje prišlo⁶.

II. Spor v glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

16. Mesto Köln in zvezna dežela Berlin sta septembra 2017 sklenila pogodbo o prenosu programske opreme, na podlagi katere je druga brezplačno in za nedoločen čas na prvo prenesla uporabo programske opreme za operativne centre njene gasilske službe.

17. Prenos je moral biti v skladu s pogoji, določenimi v dogovoru o sodelovanju, sklenjenim istega dne, ki je med drugimi vseboval te člene:

„Člen 1. Namen pripravljenosti za sodelovanje

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

Člen 2. Določitev cilja sodelovanja

[...] Sistem programske opreme se lahko razširi z nadaljnjimi strokovnimi funkcionalnostmi kot modul, ki se ga drugim strankam v okviru sodelovanja zagotovi za stroškovno nevtralno uporabo. [...]

[...]

Člen 5. Oblika sodelovanja

[...] Zagotovitev osnovne programske opreme je stroškovno nevtralna. Dopolnilni strokovni moduli in nadgradnje se drugim strankam v okviru sodelovanja ponudijo stroškovno nevtralno.

[...]

Dogovor o sodelovanju je zavezujoč le skupaj s pogodbo o prenosu programske opreme kot enoten dokument.“

18. Družba ISE, ki razvija in prodaja programsko opremo, je pri Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje, Nemčija) izpodbijala pogodbi, sklenjeni med deželo Berlin in mestom Köln, ter predlagala, naj se razglasita za neveljavni. Trdila je, da je mesto Köln oddalo javno naročilo blaga v vrednosti, ki presega mejno vrednost, pod katero ni obveznosti uporabe pravil o javnem

⁶ V skladu s študijo iz leta 2014 je v Nemčiji splošno razumevanje praktičnega delovanja Kielskih sklepov takšno: kadar se načelo splošne vzajemnosti iz teh sklepov nanaša na posamezno sodelovanje, ni bistvenega elementa opredelitve javnega naročila v smislu GWB. Neobstoja nadomestila za prenos programske opreme utemeljuje pojmovanje, da je tak prenos z vidika GWB neodplačen. Pri uporabi načela splošne vzajemnosti se prejemnik storitve ne zaveže posebej k plačilu denarnega nadomestila, temveč zgolj splošno ugotovi, da bo v primerljivem položaju po potrebi neodplačno posredoval izboljšave programske opreme (Gutachten: Evaluierung der Kieler Besschlüsse II, 20.08.2014, str. 106).

naročanju. Meni, da pomeni udeležba mesta Köln pri izpopolnjevanju prenesene programske opreme zadostno denarno korist. Poleg tega naj bi nabava osnovne programske opreme potegnila za seboj nadaljnja naročila pri razvijalcu, saj naj tretja oseba izpopolnjevanja in vzdrževanja te programske opreme ne bi mogla zagotoviti z ekonomsko sprejemljivimi stroški.

19. Vergabekammer Rheinland (komisija za javna naročila za Porenje) je pravno sredstvo družbe ISE zavrnila, pri čemer je ugotovila, da se pogodbe med mestom Köln in deželo Berlin ne morejo šteti za „javna naročila“ v smislu prava Unije. Menila je, da sta obe stranki zgolj vzpostavili enakopravno sodelovanje, v okviru katerega je bil opravljen neodplačen prenos programske opreme.

20. Družba ISE je ta sklep izpodbijala pri Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče Düsseldorf, Nemčija). Mesto Köln je njenemu pravnemu sredstvu nasprotovalo in trdi, da je izpodbijani sklep pravilen.

21. V tem okviru je omenjeno sodišče predložilo ta vprašanja za predhodno odločanje:

- „1) Ali gre pri pisno dogovorjeni zagotovitvi programske opreme enega nosilca javne oblasti drugemu nosilcu javne oblasti, ki je povezana z dogovorom o sodelovanju, za „javno naročilo“ v smislu člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24/EU oziroma za – vsaj sprva ne glede na člen 12(4), točke od (a) do (c) – pogodbo v smislu člena 12(4) te direktive, ki spada na področje uporabe te direktive, če prevzemnik programske opreme za programsko opremo sicer ni dolžan plačati niti določene cene niti mu ni treba povrniti stroškov, vendar pa dogovor o sodelovanju, povezan z zagotovitvijo programske opreme, določa, da vsaka stranka tega sodelovanja – in s tem tudi prevzemnik programske opreme – drugi stranki brezplačno da na razpolago morebitne prihodnje izpopolnitve programske opreme, ki pa jih ni treba obvezno razviti?
- 2) Ali morajo biti v skladu s členom 12(4)(a) Direktive 2014/24/EU predmet sodelovanja sodelujočih javnih naročnikov same javne storitve, ki se morajo opraviti v korist državljanov in ki morajo biti opravljene skupaj, ali pa zadošča, če se sodelovanje nanaša na dejavnosti, ki v kakršni koli obliki služijo enakim javnim storitvam, ki pa jih ni treba nujno opraviti skupaj?
- 3) Ali v okviru člena 12(4) Direktive 2014/24/EU velja nezapisana tako imenovana prepoved postavitve v ugodnejši položaj, in če da, s kakšno vsebino?“

22. Sodno tajništvo Sodišča je predložitveni sklep prejelo 19. decembra 2018. Pisna stališča so predložili mesto Köln, avstrijska vlada in Komisija.

23. Na obravnavi 6. novembra 2013 so bili navzoči zastopniki družbe ISE, mesta Köln, avstrijske vlade in Komisije.

III. Analiza

A. Pristop in uvodne ugotovitve

24. Opravljanje storitev v okviru sodelovanja med upravnimi organi, znanega tudi kot „horizontalno“ ali „javno-javno“ sodelovanje, je bilo v zakonodajo Unije izrecno vključeno v oddelku 3 („Izključitve“) poglavja I naslova I Direktive 2014/24. Natančneje, v njenem členu 12(4).⁷

⁷ Podobno določilo je v členu 17 Direktive 2014/23 in členu 28 Direktive 2014/25.

25. V skladu s to določbo „[p]ogodba o izvedbi javnega naročila, sklenjena izključno med dvema ali več javnimi naročniki, ne spada v področje uporabe“ Direktive 2014/24, če so izpolnjeni kumulativno vsi pogoji, ki so naštet v tej določbi.⁸

26. V sedaj obvezujočem besedilu je horizontalno sodelovanje urejeno bolj *velikodušno* kot v sodni praksi iz obdobja pred uveljavitvijo Direktiv iz leta 2014. V tej sodni praksi⁹, na katero se sklicuje uvodna izjava 31 Direktive 2014/24¹⁰, so bili oblikovani nekateri pogoji za potrditev, da se javne službe lahko izvajajo v okviru sodelovanja med javnimi organi brez uporabe gospodarskih subjektov, ki delujejo na trgu.

27. Poleg tega, da morajo biti subjekti, ki vzpostavijo sodelovanje, javni naročniki, se s temi pogoji zahteva še, da se mora sporazum med upravnimi organi:

- nanašati na izvajanje naloge javne službe, ki je skupna vsem subjektom,
- da ga morajo skleniti izključno javni subjekti, brez sodelovanja zasebne stranke,
- da z njim noben zasebni ponudnik ni postavljen v ugodnejši položaj kot njegovi konkurenti,
- da se z njim vzpostavlja sodelovanje, ki se izvaja le na podlagi vidikov in zahtev, ki se nanašajo na uresničevanje ciljev v javnem interesu.

28. Vendar zakonodajalec v Direktivi 2014/24 ni zgolj kodificiral že obstoječih zahtev, temveč preoblikoval, podrobneje določil, odstranil in dodal enega ali več od teh pogojev. Zato pri razlagi te direktive neposredno sklicevanje na predhodno sodno prakso ne bo vedno upošteveno ali koristno.

29. Določila, ki so upoštevana v obravnavanem primeru, so člen 12(4) ter uvodni izjavi 31 in 33 Direktive 2014/14. Ta določila skupaj tvorijo ureditev, s katero se sintetizirata dva nasprotujoča si cilja: na eni strani namera, da se držav članic ne ovira pri organizaciji njihove notranje uprave, na drugi strani pa cilj, da zaradi izključitve ne bi prišlo do kršitve načel, ki za javno naročanje veljajo v pravo Unije.

30. Direktiva 2014/24 določa, da države članice za lastno oskrbo ali pridobitev storitev, potrebnih za izvajanje svojih dejavnosti, nimajo obveznosti uporabiti subjekte, ki delujejo na trgu.¹¹

31. Vendar bi bil zaradi izključitve tovrstnih pogodb med upravnimi organi iz postopkov za oddajo javnih naročil lahko ogrožen cilj, da se notranji trg vzpostavi tudi na tem področju. Več kot je pogodb, ki so izključene, manjše je polje za ustvaritev in razvoj notranjega trga javnih naročil.

⁸ Države članice se prosto odločajo, ali bodo za taka razmerja uporabljale svoje lastne predpise o javnem naročanju ali ne.

⁹ Sodbi z dne 9. junija 2009, Komisija/Nemčija (C-480/06, EU:C:2009:357; v nadaljevanju: sodba Komisija/Nemčija) in z dne 19. decembra 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce in Università del Salento proti Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi (C-159/11, EU:C:2012:817; v nadaljevanju: sodba ASL), sklep z dne 16. maja 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia in drugi (C-564/11, neobjavljen, EU:C:2013:307), sodba z dne 13. junija 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385; v nadaljevanju: sodba Piepenbrock), sklep z dne 20. junija 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri (C-352/12, neobjavljen, EU:C:2013:416) in sodba z dne 8. maja 2014, Datenlotsen Informationssysteme (C-15/13, EU:C:2014:303; v nadaljevanju: sodba Datenlotsen). Preudarki o horizontalnem sodelovanju so tudi v drugih sodbah, ki se nanašajo na vertikalno sodelovanje.

¹⁰ V skladu s to uvodno izjavo mora pojasnilo o tem, za katere pogodbe med subjekti javnega sektorja se Direktiva 2014/24 ne uporablja, „temeljiti na načelih iz ustrezne sodne prakse Sodišča Evropske unije“.

¹¹ To, da je odločanje o uporabi subjektov, ki delujejo na trgu, prosto, je bilo večkrat ugotovljeno v sodni praksi Sodišča v zvezi z vertikalnim sodelovanjem: tako v sodbah z dne 11. januarja 2005, Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, točka 48) in z dne 13. novembra 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, točka 48) ter nedavno v sodbi z dne 3. oktobra 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, v nadaljevanju: sodba Irgita, točka 50 in točka 2 izreka). V zvezi s horizontalnim sodelovanjem glej sodbo Komisija/Nemčija, točka 45.

32. Samooskrba javnih subjektov, ne glede na to, ali gre za sodelovanje „in-house“ ali „horizontalno“ sodelovanje, ni brez tveganja za prosti pretok blaga in storitev.¹² Prav tako so utemeljeni dvomi glede učinkov, ki jih imata na svobodno konkurenco, pri čemer ne gre le za primer, ki je izrecno omenjen v uvodni izjavi 33, drugi pododstavek, *in fine*, Direktive 2014/24, v skladu s katero je prepovedano sodelovanje, zaradi katerega gospodarski subjekt pridobi prednost pred svojimi konkurenti.

33. Zaradi neustrezne uporabe teh mehanizmov sodelovanja bi res lahko prišlo do „skrčenja“ trga na strani povpraševanja in zmanjšanja števila dobaviteljev, ki bi jih ta trg lahko prenesel. Teoretično si je mogoče zamisliti tudi zlorabo prevladujočega (kolektivnega) položaja, ki bi ga lahko dosegli javni naročniki.

34. Z drugega vidika pa drži tudi, da ima lahko večja prožnost, ki je z Direktivo 2014/24 dopuščena v zvezi s horizontalnim sodelovanjem med javnimi naročniki (in ki je posledica politične odločitve zakonodajalca Unije), tudi pozitivne učinke na konkurenco, in sicer tako, da zasebne subjekte spodbudi k temu, da ponudijo boljše pogodbene pogoje.

35. Države članice morajo pri odločitvi o načinu izvajanja javne službe (pri kateri gre lahko ravno za to, da se ne uporabijo subjekti, ki delujejo na trgu, temveč sodelovanje med upravnimi organi) spoštovati temeljna pravila PDEU, zlasti ta o prostem pretoku blaga, svobodi ustanavljanja in opravljanja storitev, ter načela enakega obravnavanja, prepovedi diskriminacije, vzajemnega priznavanja, sorazmernosti in preglednosti.¹³ Ta pravila in načela je treba upoštevati tudi pri razlagi člena 12 Direktive 2014/24.

36. Vsi ti preudarki skupaj pojasnjujejo smisel obstoja člena 12 Direktive 2014/24 in utemeljujejo pogoje za „javno-javno“ sodelovanje, ki so izrecno navedeni v odstavku 4 tega člena.

37. V zvezi s tem je treba nazadnje poudariti, da *izključitev* teh mehanizmov sodelovanja med javnimi naročniki iz področja uporabe Direktive 2014/24 ni posledica dvopolne logike pravilo/izjema, temveč drugačnega pojmovanja področja uporabe te direktive.

38. Namen določila, da razmerja sodelovanja med javnimi naročniki iz člena 12(4) Direktive 2014/24 „ne spada[jo]“¹⁴ v njeno področje uporabe, je namreč zamejitev okvira te direktive, katere preostala pravila se za ta razmerja preprosto ne uporabijo. Zato menim, da ugotovitev iz prejšnjih sodb v zvezi z razlagalnim (restriktivnim) merilom, ki velja za izjeme, pravzaprav – in v nasprotju s splošnim pravilom – ni mogoče brez nadaljnega uporabiti za razlago te *izključitve*.¹⁵

B. Prvo vprašanje za predhodno odločanje. Prenos programske opreme in področje uporabe Direktive 2014/24/EU

1. Uvodni preudarek: dejanski stan člena 12

39. Predložitveno sodišče sprašuje, prvič, ali prenos programske opreme, kakršen je ta, ki je bil opravljen med deželo Berlin in mestom Köln, spada na področje uporabe Direktive 2014/24, in sicer bodisi kot „javno naročilo“ (v smislu člena 2(1), točka 5) bodisi kot zgolj „pogodba“ (v smislu člena 12(4)).

¹² Tveganja so podobna tem, ki so v Direktivi 2014/24 izpostavljena v zvezi s združevanjem in centralizacijo naročil, kar je je treba v skladu z njeno uvodno izjavo 59 „skrbno spremljati, da se preprečita čezmerna koncentracija kupne moči in nedovoljeno dogovarjanje ter ohranijo transparentnost, konkurenca in možnosti MSP za dostop do trga“.

¹³ Sodba Irgita, točki 48 in 50 ter točka 2 izreka v okviru razlage člena 12(1) Direktive 2014/24.

¹⁴ Izraz, uporabljen v prvem pododstavku člena 12(4) Direktive 2014/24.

¹⁵ Glej – v zvezi z vertikalnim sodelovanjem – sklepne predloge generalnega pravobranilca Hogana v zadevi Irgita (C-285/18, EU:C:2019:369, točka 45). Enako mnenje je izraženo v sodbah z dne 11. januarja 2005, Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, točka 46), z dne 13. oktobra 2005, Parking Brixen (C-458/03, EU:C:2005:605, točka 63) in z dne 11. maja 2006, Carbotermo in Consorzio Alisei (C-340/04, EU:C:2006:308, točka 45) ter v sodbi Datenlotsen (točka 23).

40. Vprašanje, kot je bilo predloženo, se postavlja glede na (navidezno) neodplačnost prenosa. Iz njegove formulacije izhaja, da po mnenju predložitvenega sodišča področje uporabe Direktive 2014/24 ni opredeljeno le v členu 2. To, da v členu 12(4) ob izrazu „pogodba“ [v španski različici „contrato“, kar lahko zlasti v zadevnem okviru pomeni tudi „naročilo“; op. prev.] pridevnik „javen“ ni uporabljen, bi lahko pomenilo, da se pravila Unije o javnem naročanju uporabljajo tudi za nekatere pogodbe, ki ne ustrezajo opredelitvi iz člena 2(1), točka 5.

41. Bolj kot podrobni analizi različnih pomenov pojma pogodba in pridevnikov, ki se ob njem uporabljajo, v različnih določbah Direktive 2014/24¹⁶, se bom posvetil razlagi njenega člena 12(4), da bi razjasnil, ali se ta uporablja za razmerje, kakršno je to, za katero sta se dogovorila dežela Berlin in mesto Köln. Prvo vprašanje za predhodno odločanje bom torej obravnaval ob upoštevanju posebnosti te določbe.

42. Pomen besede „pogodba“ iz člena 12(4) tako ni razviden toliko iz sistematskega razmerja navedene določbe s členom 2 Direktive 2014/24, ampak predvsem iz razmerja z drugimi odstavki samega člena 12. V tem okviru odraža razliko glede na vertikalno sodelovanje (prvi, drugi in tretji odstavek navedenega člena), v katerem struktura razmerij med sodelujočimi subjekti temelji na notranjem nadzoru. Pojem je pravzaprav uporabljen zato, da se poudari, da mora obstajati dogovor ali sporazum, ki določa podlago in pravni okvir razmerij med strankami, cilj sodelovanja in ravnanja (prispevke), ki jih mora izvesti vsaka stranka.¹⁷

43. Enak smisel izhaja iz drugega pododstavka uvodne izjave 33, Direktive 2014/24, v katerem so omenjene „pogodbe o skupnem opravljanju javnih storitev“, in tretjega pododstavka te uvodne izjave, v skladu s katerim se sodelujoči subjekti „zavežejo, da bodo prispevali k skupnemu izvajanju zadevne javne storitve“, pri čemer taka zaveza ne pomeni, da morajo vsi izvajati glavne pogodbene obveznosti.

44. Iz tega izhaja, da se člen 12 Direktive 2014/24 nanaša na dve vrsti položajev, za opis katerih običajni pomen „javnega naročila“ morda ni najbolj ustrezen, ker gre pravzaprav za alternativni tej kategoriji.

45. Po eni strani je v skladu z njim dopustno „vertikalno sodelovanje“ (odstavki 1, 2 in 3 zadevnega člena), pri katerem, kot sem že navedel drugje, v „okviru ureditve *in-house* naročnik iz funkcionalnega vidika pogodbe v resnici ne sklepa z drugo in drugačno osebo, temveč – glede na povezanost med njim in osebo, ki je od njega sicer formalno ločena – sam s seboj. Pravzaprav ne more biti govora o oddaji javnega naročila, ampak le o običajnem naročilu ali nalogi, ki je druga ‚stranka‘ ne more zavriniti, ne glede na to, v kakšni obliki je dana.“¹⁸

46. Po drugi strani je v skladu z njim dopustno tudi „horizontalno sodelovanje“, torej tako, ki se vzpostavi med javnimi naročniki, ki za njegovo oblikovanje sklenejo pogodbo z namenom, da se zagotovi, da se javne storitve, ki jih morajo opraviti, izvajajo ob uresničevanju ciljev, ki so jim skupni, v okviru, v katerem se upoštevajo le vidiki javnega interesa, in ob spoštovanju načela svobodne konkurence (člen 12(4) Direktive 2014/24).

16 Obstajajo argumenti v prid enotnemu pomenu pojma „pogodba [naročilo]“: sam naslov člena 12 („Javna naročila med osebami v javnem sektorju“); okoliščina, da se ta izraz na različnih mestih v Direktivi 2014/24 in drugih direktivah uporablja kot skrajšana oblika izraza „javno naročilo“; to, da uporaba pridevnika „javen“ za lastnostno opredelitev samostalnika „pogodba [naročilo]“ variira glede na jezikovno različico vsakokrat pregledovanega besedila: tako se v členu 12 (konkretno v njegovem odstavku 1) v nekaterih različicah – denimo v nemški, francoski, angleški ali italijanski – pojavlja, v drugih – denimo v španski – pa ne.

17 V členu 11(4) predloga Direktive z dne 20. decembra 2011, COM(2011) 896 final, je bila uporabljena ta formulacija: „Za sporazum, sklenjen med dvema ali več javnimi organi naročniki, se ne šteje, da je javno naročilo v smislu člena 2(6) te direktive [...]“ (moj poudarek).

18 Sklepni predlogi v zadevi LitSpecMe (C-567/15, EU:C:2017:319, točka 70).

47. Na področje uporabe Direktive 2014/24 seveda prav tako ne spadajo – čeprav to v njej ni izrecno določeno – druge vrste razmerij med upravnimi organi, kot so te, ki izhajajo iz prenosa ali delegacije pristojnosti¹⁹, vključno z ustanovitvijo interesne zveze, ki je pravna oseba javnega prava. Načeloma je treba izhajati iz tega, da „teh položajev ne ureja pravo o javnem naročanju“²⁰.

48. Pri horizontalnem sodelovanju se javni naročnik, ki bi svoje potrebe (po blagu, gradnjah ali dobavah) lahko prek javnega razpisa zadovoljil z uporabo zasebnih gospodarskih subjektov, odloči, da bo namesto tega vzpostavil sodelovanje z drugim javnim organom in te potrebe zadovoljil v okviru tega sodelovanja.

49. Z objektivnega vidika je tovrstno sodelovanje med javnimi subjekti posebno zaradi treh elementov, in sicer koncepta sodelovanja, s katerim je opredeljeno razmerje *inter partes*, skupnega namena, na katerega se nanaša to razmerje, in cilja javnega interesa, ki je vodilo za to sodelovanje.

50. Sodelovanje navadno pomeni, da pripevajo vse stranke, posledica česar je javna poraba. Vendar se razmerje med temi strankami ne izčrpa v principu *do ut des*, ki je lastno vzajemno zavezujoči pogodbi, ki je v skladu s sodno prakso Sodišča značilna za javno naročilo, za katero se uporabljajo direktive o javnem naročanju.²¹

51. Dejansko gre za pravni posel, v okviru katerega vsi udeleženi subjekti opravijo dajatve, ki jih lahko uveljavljajo vsi, saj so njihovi prispevki namenjeni uresničevanju končnega skupnega cilja. Podlaga teh dajatev je prav ta skupni cilj, ki mora biti v javnem interesu.

2. Odplačnost ali neodplačnost v razmerju med deželo Berlin in mestom Köln

52. Pri ugotavljanju, ali se za razmerje med mestom Köln in deželo Berlin uporabljajo pravila Direktive 2014/24, je treba upoštevati ne le pogodbo o prenosu (s katero se programska oprema da na razpolago mestu), ampak tudi dogovor o sodelovanju, ki je bil sklenjen skupaj z njo.²²

53. Udeležena subjekta sta to razmerje uredila kot enovito celoto in v členu 5 dogovora o sodelovanju izrecno poudarila neločljivost tega dogovora in pogodbe o prenosu programske opreme.²³

54. Kot sem že navedel, se predložitvenemu sodišču dvomi porajajo zaradi navidezne neodplačnosti v razmerju med deželo Berlin in mestom Köln.

55. Odplačnost je del opredelitve „javnega naročila“ iz člena 2(1), točka 5, Direktive 2014/24. Po mojem mnenju bi se lahko štela tudi za značilen element razmerja med javnimi naročniki iz člena 12(4), ki se – kot sem že pojasnil – ne pokriva nujno z običajnim pomenom „javnega naročila“.

56. V zvezi s pomenom pojma odplačnosti naj spomnim, da je bil v sodni praksi Sodišča razlagan široko.²⁴

¹⁹ O pogojih, pod katerimi je prenos pristojnosti, ki se nanaša na izvajanje javnih nalog, izključen iz področja uporabe pravil o javnem naročanju (ki so bila tedaj določena v Direktivi 2004/18), glej sodbo z dne 21. decembra 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, v nadaljevanju: sodba Remondis, točka 41 in naslednje).

²⁰ Sodba Remondis, točka 53.

²¹ Prav tam, točka 43.

²² V podobnem smislu glej sodbo Remondis, točka 37: „V zvezi z možnostjo opredelitve ukrepa, sestavljenega iz več delov, kot javnega naročila je treba ta ukrep preučiti kot celoto in ob upoštevanju njegovega namena“.

²³ Mogoča bi bila tudi drugačna ureditev, kot je na obravnavi navedla zastopnica mesta Köln, ki je omenila pogodbo o prenosu programske opreme med deželo Berlin in mestom Hamburg, ki je bila sklenjena brez spremnega sporazuma o sodelovanju.

²⁴ Sklep Consiglio Nazionale, točka 38; sodba Remondis, točka 43; in sodba z dne 18. oktobra 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843), točka 31. Generalna pravobranilka Trstenjak je v točki 32 sklepnih predlogov v zadevi Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce in drugi (C-159/11, EU:C:2012:303) navedla, da je „mogoče zagovarjati stališče, da le široko razumevanje pojma ‚odplačnost‘ zadostuje namenu direktiv o javnih naročilih, ki je odprtje trgov za pravo konkurenco“, in posebej omenila druge oblike povračila, kot so barterski posli ali odpoved medsebojnim zahtevkom med pogodbenima strankama.

57. V okviru razmerja med deželo Berlin in mestom Köln je izročitev programske opreme brezplačna in ključna za sodelovanje, katerega namen je izpopolnitev te programske opreme in njena prilagoditev potrebam upravljanja gasilskih služb obeh subjektov.

58. Kot trdi predložitveno sodišče²⁵, ima to prihodnje izpopolnjevanje ekonomsko vrednost, ki utegne biti zelo visoka²⁶. V opisu dejanskega stanja je mesto Köln navedlo, da mu je bil program dan na voljo, da bi se lahko udeležilo sodelovanja. Prej je navedlo, da zagotavljanje gasilske službe, ki je – kot je pojasnilo na obravnavi – njegova zakonska dolžnost, ni izvedljivo brez kar najboljšega sistema za upravljanje intervencij, ki se mora vseskozi prilagajati potrebam izvajanja službe, za kar je potrebna učinkovita programska oprema.

59. Upravičeno se torej lahko sklepa – podobno kot razloguje Komisija – da je, čeprav dogovor ne določa *stricto sensu* obveznosti izpopolnjevanja programske opreme, malo verjetno, da se programska oprema ne bo izpopolnjevala in po potrebi postopoma prilagajala. Kot je bilo poudarjeno na obravnavi, je skoraj neizogibno, da se bo ta programska oprema morala hitro in sproti posodabljeni.²⁷

60. Podano je torej razumno pričakovanje, da bo mesto Köln prispevalo k izpopolnjevanju in modularni razširitvi programske opreme. Ta dejavnik pomeni protidajatev za to, da je dežela Berlin dala program na razpolago, saj sicer ob pogodbi o prenosu ne bi bil sklenjen dogovor o sodelovanju.

61. Skratka, z vidika mesta Köln je protivrednost, zaradi katere je v razmerju z deželo Berlin mogoče izhajati iz odplačnosti, njegova udeležba pri sodelovanju, od katerega ima zadnjenavedena lahko koristi v obliki prilagoditev programske opreme (člen 1 dogovora o sodelovanju) in dodatnih posebnih modulov (člen 5 tega dogovora). Te prilagoditve, ki pomenijo nek določen finančni izdatek, bodo nedvomno izvedene, saj operativni centri gasilskih enot drugače ne morejo delovati.

62. Protidajatev torej ni odvisna pogoja, ki je povsem fakultativen: to, da bo do nje prišlo, je namreč le vprašanje časa. Ne gre zgolj za preprosto izjavo o nameri za sodelovanje, temveč za zavezo, ki jo bo mogoče uveljavljati, in sicer *ko* (bo neizogibna posodobitev izvedena) in ne *če* (bo morebitna posodobitev izvedena).

63. V dogovoru o sodelovanju je sicer navedeno, da lahko programsko opremo izpopolnjujeta obe stranki, in teoretično bi katera koli od njiju lahko enostavno pasivno čakala na prispevke druge. Vendar je, poudarjam, verjetnost, da do tega pride, izjemno majhna, saj bi bilo v takem primeru ogroženo izvajanje javne službe, ki jo mora zagotavljati vsaka od njiju. Ob takem ravnanju bi se izgubil predmet samega dogovora o sodelovanju, ki sta ga prostovoljno oblikovali obe stranki.

64. Skratka, pogodbeno razmerje med javnima naročnikoma, ki sta sklenila dogovor o prenosu programske opreme in pogojih njunega sodelovanja za njeno izpopolnjevanje, je zajeto s členom 12(4) Direktive 2014/24.

²⁵ Točka 29 predložitvenega sklepa.

²⁶ In preseči ceno same programske opreme. Družba ISE je ta podatek na obravnavi poudarila v zvezi s tretjim vprašanjem za predhodno odločanje.

²⁷ Zastopnica mesta Köln je razlikovala med pomembnimi in manjšimi posodobitvami. Prve so nujne tri- ali štirikrat na leto in se izvedejo po posvetovanju z drugim (ali drugimi) udeležencem sodelovanja, da bi se po možnosti upoštevale njegove potrebe. Pri drugih, pri katerih gre za odpravljanje majhnih napak, to posvetovanje ni potrebno.

C. Drugo vprašanje za predhodno odločanje. Predmet sodelovanja

1. Pristop

65. Javna gasilska služba, ki jo morata zagotavljati subjekta, ki v tej zadevi sodelujeta, ni skupna in tudi ne more biti, in sicer že zaradi geografske razdalje med območjema, na katerih deluje vsak od njiju.

66. Zato predložitveno sodišče dvomi, ali je sodelovanje med njima zajeto s členom 12(4)(a) Direktive 2014/24/EU, ter sprašuje, ali za to „zadošča, če se sodelovanje nanaša na dejavnosti, ki v kakršni koli obliki služijo enakim javnim storitvam, ki pa jih ni treba nujno opraviti skupaj“.

67. Za odgovor na vprašanje je treba ločeno analizirati dva elementa: (a) skupno izvajanje javne službe, zaradi katere se vzpostavi sodelovanje, in (b) narava „javne službe“ dejavnosti, s katero se sodelovanje uresničuje.

a) Skupno izvajanje javne službe. Od „skupne naloge javne službe“ do „skupnih ciljev v javnem interesu“

68. V skladu s sodno prakso Sodišča pred uveljavitvijo Direktive 2014/24 je bila sprejemljivost horizontalnega sodelovanja med drugim pogojena s tem, da stranke izvajajo nalogo javne službe, ki jim je *skupna*. Vendar Sodišču ni bilo treba obravnavati, ali se ta *skupnost* nanaša na samo izvajanje službe.

69. Vzorčni primer horizontalnega sodelovanja, ki je izključeno iz področja uporabe pravil prava Unije o javnem naročanju, je bila zadeva C-480/06, Komisija/Nemčija, v kateri je bilo s takim sodelovanjem, pri katerem je šlo za ukrepe in zaveze, ki so se razlikovali po naravi in vsebini, v končni fazi zagotovljeno izvajanje naloge javne službe, za katero so bili pristojni vsi javni naročniki. Primer se je nanašal na odstranjevanje odpadkov, ki je bila dejavnost, pri kateri so sodelovali vsi udeleženci, saj so upravljali napravo za ravnanje s temi odpadki.

70. Vprašanje, ki je predmet obravnave v tej zadevi, ni bilo posebej preučeno ne v omenjeni sodbi ne v naknadnih sodbah, v katerih ni bilo znaka *skupnosti* naloge javne službe kot predpostavke za to, da se jo izvaja skupaj²⁸.

71. V skladu s členom 12(4) Direktive 2014/24 se mora za to, da bi bilo sodelovanje med upravnimi organi izključeno iz področja uporabe te direktive, pogodba nanašati na cilje, ki so sodelujočim javnim naročnikom skupni. Vsak od njih izvaja „javne storitve, ki jih morajo opraviti“²⁹, da bi se uresničili „cilj[i], ki so jim skupni“. Zaradi zagotovitve tega se s pogodbo ali dogovorom določi način opravljanja storitev. Z vidika besedila določbe se *skupnost* v tem primeru nanaša na cilje in ne na konkretno nalogo javne službe.

72. Iz pripravljanih dokumentov je razvidno, da je bil namen zakonodajalca, da se v zvezi s sodelovanjem omogoči več prožnosti z vidika njegovega predmeta³⁰.

28 Sodba ASL, točka 37. Sodišče je v poznejših odločbah, sprejetih v zadevah, ki so bile, kar zadeva naravo udeležencev in vsebinska vprašanja, skoraj enake, sledilo sodni praksi iz sodbe ASL: glej sklepa z dne 16. maja 2013, Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia in drugi (C-564/11, neobjavljen, EU:C:2013:307) in Consiglio Nazionale. Ta sodna praksa je bila uporabljena tudi na drugih področjih v sodbah Piepenbrock (točka 39) in Datenlotsen (točka 35).

29 Menim, da zahteva, da gre za storitev, ki jo javni naročniki *morajo opraviti*, pomeni, da so ti za njeno izvajanje zadolženi še pred sklenitvijo dogovora o sodelovanju. Z izrazom bi bila lahko zajeta tudi javna služba, ki jo je treba izvesti v okviru posebnega sodelovanja.

30 Ta prožnost je opazna tudi, kar zadeva subjekte: glej uvodno izjavo 32 o horizontalnem sodelovanju med javnimi naročniki, v katerih je udeležen zasebni kapital. V členu 11(4)(e) predloga Komisije pa je bila ta možnost izključena.

73. Predlogu Komisije za Direktivo je še vedno govoril o „skupnem izvajanju [s strani javnih naročnikov] nalog javnih storitev“. Med obravnavo besedila v Svetu in Parlamentu so bile pred sprejetjem trenutne različice uporabljene različne formulacije. Spreminjana je bila tudi zdajšnja uvodna izjava 33, in sicer vzporedno s spremembo v točki člena in v enakem smislu odprtja.

74. Med končnimi pogajanji je bila iz člena 12(4) Direktive 2014/24 odstranjena omemba skupnega izvrševanja nalog, ki pa je še vedno prisotna v uvodni izjavi 33. Omemba skupnih ciljev je bila uvedena na predlog Parlamenta, pri čemer je bil iz ustrezne uvodne izjave (tedaj uvodna izjava 14) obenem izbrisan opis pojma sodelovanja, v skladu s katerim je to vključevalo „skupno upravljanje in odločanje ter delitev odgovornosti za tveganja in sinergijskih učinkov“³¹.

75. To, da je bila zahteva po skupni nalogi javne službe opuščena, je potrjeno z navedbo iz uvodne izjave 33, prvi pododstavek, *in fine*, v skladu s katero ni potrebno, da so storitve, ki jih izvajajo različni sodelujoči organi, enake, ampak se lahko tudi dopolnjujejo.

76. V tem okviru *skupno* opravljanje storitev, ki se v tej uvodni izjavi omenja večkrat, verjetno pomeni, da se morajo javne storitve – ki so lahko enake ali dopolnjujoče – za katere je zadolžen vsak od udeleženih javnih naročnikov, izvajati „v sodelovanju“, torej, da jih vsak javni subjekt izvaja ob podpori drugega ali usklajeno.

77. Lahko bi se zdelo, da so to semantična premlevanja, vendar se – kot se v pravu dogaja – pravne posledice, ki izhajajo iz izbire enih ali drugih izrazov, lahko občutno razlikujejo. Odločilno je, poudarjam, da se (nova) določba sklicuje na cilje, ki so skupni javnim naročnikom, ki med seboj sodelujejo.

b) „Javna služba“ in „podporne dejavnosti v okviru javne službe“

78. Za odgovor na drugo vprašanje za predhodno odločanje je treba preučiti tudi naravo dejavnosti, pri kateri sodelujejo javni naročniki: ali mora sama dejavnost pomeniti „javno službo“³² ali pa gre lahko za pomožno dejavnost, torej tako za podpiranje izvajanja javne službe³³.

79. Iz sodne prakse pred uveljavitvijo Direktive 2014/24 je nekaj smernic glede vrste dejavnosti, ki so lahko predmet sodelovanja „javno-javno“, za katerega se pravila o javnem naročanju ne uporabijo, razvidnih iz sodbe Komisija/Nemčija³⁴.

80. Na podlagi te sodbe je bilo mogoče sprejeti, da so predmet sodelovanja lahko dejavnosti, ki same po sebi niso del javne službe, so pa neposredno povezane z javno službo, zaradi izvajanja katere so se javni naročniki dogovorili za sodelovanje.

³¹ Glej Pismo Sveta Evropske unije z dne 26. junija 2013, št. 11644/13.

³² Naj spomnim, da so v členu 12(4)(a) Direktive 2014/24 izrecno navedene „javne storitve, ki jih morajo opraviti [javni naročniki]“. Ta kategorija je uporabljena le v členu 93 PDEU. Pretežno se pokriva s „storitvami splošnega pomena“ (SSP), ki so lahko gospodarske ali ne. Na svobodo držav članic, da opredelijo, organizirajo in financirajo storitve splošnega gospodarskega pomena (SSGP), se nanaša člen 1(4) Direktive 2014/24, ki napotuje na člen 14 PDEU in Protokol št. 26, priložen k PDEU in PEU. V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Hogana v zadevi Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769).

³³ V Direktivi 2014/24 niso opredeljeni subjekt, vsebina ali narava (glavna ali pomožna, obvezna ali fakultativna; gospodarska ali ne) *javnih služb*, ki se lahko izvajajo v okviru horizontalnega sodelovanja. Uvodna izjava 33 v tem smislu implicira precejšnjo prožnost. Iz tega je razvidno, da sodelovanje ni omejeno na dejavnosti, ki spadajo v osnovno (bistveno) pristojnost javnega naročnika, kot se zdi, da izhaja iz prvega stavka točke 37 sodbe ASL.

³⁴ V navedeni zadevi je šlo pri enem od prispevkov za dajanje na razpolago infrastrukture, v kateri se je izvajala predelava odpadkov, ki jih je vsak od udeležencev zbral na geografskem območju, za katerega je pristojen. Del sodelovanja je bilo tudi dajanje na razpolago presežkov: z zmogljivostjo odlagališč, ki jih katera od strank ni uporabljala, se je lahko ublažilo pomanjkanje odlagalnih zmogljivosti pri drugi. Drug prispevek je temeljil na zavezi službe za odvoz odpadkov enega od javnih naročnikov, da bo branil pravice drugih v razmerju do upravljavca obrata, če bi jim zaradi njega nastala škoda.

81. Vendar se s tem ne odgovori na vprašanje, ali se v okoliščinah, kakršne so te iz tega spora, sodelovanje lahko nanaša *izključno* na dejavnost, ki sama po sebi ni javna služba. Naj spomnim, da v obravnavani zadevi sodelujoča javna naročnika vsak za svoj račun in ločeno zagotavljata enako javno službo (gasilstvo), medtem ko je sodelovanje omejeno na pomožno dejavnost (računalniško upravljanje intervencijskih operativnih centrov).

82. V okviru Direktive 2014/24 uvodna izjava 33, v kateri je poudarjeno, da lahko sodelovanje zajema „vse vrste dejavnosti v zvezi z izvajanjem storitev in odgovornosti, ki so bile dodeljene sodelujočim organom ali so jih ti prevzeli [...]“³⁵, govori v prid pritrdilnemu odgovoru na to vprašanje. Iz pripravljalnih dokumentov je spet razvidno, da se je želel poudariti ta vidik, ki v prvotnem predlogu Komisije ni bil prisoten³⁶.

83. Prožnost, ki sem jo izpostavil kot značilnost horizontalnega sodelovanja v Direktivi 2014/24 in ki je razvidna, če se to primerja s prejšnjim pravnim položajem, predhodno sodno prakso Sodišča in predlogom Komisije, potrjuje utemeljenost tega pritrdilnega odgovora.

84. Vendar to ne pomeni, da za tako dopuščeno horizontalno sodelovanje ne veljajo nobene omejitve. Še vedno se mora seveda nanašati na izvajanje javnih služb, za katere so pristojne stranke³⁷. Če predmet sodelovanja ni sama javna služba, ampak dejavnost, ki je z njo „v zvezi“, mora taka zveza izhajati iz tega, da je dejavnost po svoji funkciji namenjena izvajanju službe.

85. Poleg tega ravnotežje med nasprotujočimi si cilji, ki sem ga preučil zgoraj³⁸, govori v prid temu, da se ta zveza presoja ob razlikovanju dejavnosti glede na stopnjo njihove povezanosti s službo, h katere izvajanju prispevajo. Menim, da je s členom 12(4) Direktive 2014/24 mogoče zajeti tudi podporne dejavnosti, ki so neposredno in neločljivo povezane z javno službo, torej take, ki so tako pomembne za samo službo, da je od njih odvisno njeno izvajanje kot javna služba.

86. Poleg tega mora sodelovanje izpolnjevati preostale pogoje iz člena 12(4) (v zvezi s subjekti, namenom sodelovanja in načeli, ki se morajo pri njem upoštevati), ki sem jih poudaril zgoraj.

2. Sodelovanje med deželo Berlin in mestom Köln

87. Kot sem že navedel, javna naročnika iz te zadeve poglavitne dejavnosti javne službe, torej same gasilske službe, ne izvajata skupaj. Cilj njenega sodelovanja pa je ustvariti in stalno posodablјati programsko opremo, ki je nujna za to, da lahko vsak od njiju kar najbolj učinkovito upravlja intervencije svojih gasilskih enot na svojih geografskih območjih.

88. V skladu z opisom programske opreme in njenega posodablјanja, ki je naveden v spisu in dopolnjen z ujemajočimi se izjavami, podanimi na obravnavi, je programska oprema bila in še vedno je nujna za zagotavljanje te javne službe.

89. Zato sodelovanje med deželo Berlin in mestom Köln v obsegu, v katerem se nanaša na dejavnost, ki je nujna za učinkovito izvajanje javne službe, ki jo morata zagotavljati oba javna naročnika, izpolnjuje pogoj iz člena 12(4)(a) Direktive 2014/24.

³⁵ Moj poudarek.

³⁶ Za primerjavo glej medinstitucionalni dokument številka 12167/13.

³⁷ V predhodni sodni praksi je bilo v sodbi *Datenlotsen* (točka 16 na podlagi sklicevanja iz točke 34) ugotovljeno: „[...] univerza in družba HIS nista javna organa in družba HIS ni neposredno zadolžena za izvajanje naloge javne službe“.

³⁸ Točka 29 in naslednje: namen, da se držav članic ne ovira pri organizaciji njihove notranje uprave, je treba uskladiti z zahtevo, da zaradi izključitve iz področja uporabe prava Unije ne pride do kršitve načel s področja javnega naročanja in svobodne konkurence.

D. Tretje vprašanje za predhodno odločanje. Postavitev tretjih v ugodnejši položaj

90. V zvezi s sporazumom med deželo Berlin in mestom Köln se postavljajo še očitki, ki temeljijo na navzkrižnosti med horizontalnim sodelovanjem in konkurenčnim pravom. Predložitveno sodišče jih obravnava v tretjem vprašanju za predhodno odločanje, v katerem se sprašuje, ali v okviru člena 12(4) Direktive 2014/24/EU velja nezapisana prepoved postavitve v ugodnejši položaj, in če da, s kakšno vsebino.

1. Horizontalno sodelovanje in konkurenčno pravo

91. Pogoj, da zaradi horizontalnega sodelovanja noben zaseben gospodarski subjekt ni postavljen v ugodnejši položaj kot njegovi konkurenti, v členu 12 Direktive 2014/24 ni izrecno in posebej določen. Je pa bil postavljen v predhodni sodni praksi³⁹.

92. Pred preučitvijo, ali ta pogoj, čeprav v besedilu ni določen, vseeno zavezuje, naj spomnim, da imajo države članice pri odločanju, ali bodo službe izvajale same ali pa bodo njihovo opravljanje prepustile zunanjim izvajalcem, široko polje proste presoje.

93. V prvem od obeh primerov (samooskrba v širšem pomenu) države članice, če so izpolnjeni nekateri pogoji, niso vezane na pravila in postopke prava Unije o javnem naročanju. Morajo pa še naprej upoštevati druga pravila⁴⁰, med katerimi so ta o svobodni konkurenci iz člena 106(2) PDEU.

94. Zato člen 18(1), drugi pododstavek, Direktive 2014/24 v povezanem okviru določa, da „[j]avno naročilo ni zasnovano z namenom, da se izključi iz področja uporabe te direktive ali da se umetno omeji konkurenca“.

95. Omejitev, ki izhaja iz pravil o svobodni konkurenci, torej vpliva tudi na horizontalno sodelovanje med javnimi naročniki. In sicer vsaj na dva načina:

- na eni strani je ključnega pomena za razmerje med njimi in vsemi zasebnimi gospodarskimi subjekti kot konkurenti na trgu.
- Na drugi strani pa je z njo opredeljeno, kako morajo ravnati javni organi, da njihovo sodelovanje, če kakor koli vključuje tudi zasebne subjekte, ne bi izkrivljalo konkurence med zadnjenavedenimi.

96. S členom 12(4) Direktive 2014/24 se izkrivljanja konkurence s prvonavedenega vidika skuša preprečiti z zahtevo, da se sodelovanje sklone izključno med javnimi naročniki⁴¹. Obenem so v njem z enakim namenom določene nekatere zahteve:

- sodelovanje mora biti omejeno na izvajanje javnih storitev, ki jih sodelujoči javni naročniki morajo opravljati, in se torej ne sme nanašati na izvajanje njihovih rednih gospodarskih dejavnosti (točka (a));
- pri njem se morajo upoštevati le razlogi v javnem interesu, in ne tržni razlogi (točka (b));
- če so javni naročniki, ki med sabo sodelujejo, dejavni tudi na „[odprtem] trgu“, na njem ne smejo izvajati več kot 20 % dejavnosti, ki jih zajema to sodelovanje.

³⁹ Sodbi Komisija/Nemčija (točka 47) in ASL (točki 35 in 38 ter izrek) ter sklep Consiglio Nazionale, točka 44 in izrek.

⁴⁰ Zgoraj, točke od 30 do 35.

⁴¹ Čeprav je v skladu z ureditvijo sodelovanja *in-house* z Direktivo 2014/24 dopuščena določena udeležba zasebnega kapitala v javnih subjektih: glej opombo 30 teh sklepnih predlogov.

97. Ni mogoče razlogovati – kot skuša mesto Köln – da je obveznost spoštovanja svobodne konkurence omejena na primer, v katerem javni naročniki na trgu konkurirajo z zasebnimi gospodarskimi subjekti kot celoto.

98. Nasprotno, kot sem že pojasnil, splošna prepoved izkrivljanja konkurence je določena v primarnem pravu (člen 106(2) PDEU), v posebnem okviru javnega naročanja pa v členu 18(1), drugi pododstavek, Direktive 2014/24.

2. Sklepanje pogodb s tretjimi

a) Splošni preudarki

99. Uvodni izjavi 31 in 33 Direktive 2014/24 potrjujeta, da sodelovanje med javnimi naročniki „ne [sme] izkrivlja[ti] konkurence“, tako da zasebnemu izvajalcu storitev zagotavlja prednost pred njegovimi konkurenti⁴². Treba je poudariti, da se s tema uvodnima izjavama določbam Direktive v resnici ne dodajajo novi urejevalni elementi, temveč pomenita le smernici za razlago njenega člena 12(4).

100. Ravnanja javnih naročnikov, s katerimi ti konkurenco izkrivljajo tako, da zasebnega ponudnika storitev v razmerju do njegovih konkurentov postavijo v slabši položaj, torej ne bi bila v skladu z Direktivo 2014/24. „Postavitve v ugodnejši položaj“, na katero se sklicuje predložitveno sodišče, je, ker se enemu zasebnemu subjektu omogoči prednost v škodo preostalih, torej prepovedana.

101. V zvezi s tem lahko pride do dveh položajev, ki nista povsem enakovredna:

- horizontalno sodelovanje, v okviru katerega en javni naročnik da drugemu na razpolago določeno blago ali storitve, ki jih je od zasebnega gospodarskega subjekta pridobil brez uporabe pravil o javnem naročanju. Če bi se ta pravila (zaradi predmeta, vrednosti naročila itd.) morala uporabiti, bi bili tretji gospodarski subjekti deležni *ponovne* in tako rekoč *dvojne* manj ugodne obravnave, ki bi izhajala iz prvotnega ter naknadnega neupoštevanja pri naročilu.
- Horizontalno sodelovanje, pri katerem je za njegov prihodnji razvoj potrebna udeležba drugih gospodarskih subjektov, ki niso javni naročniki. Če se nekatere od teh zasebnih subjektov diskriminatorno ali samovoljno prikrajša za možnosti udeležbe v mehanizmi za dobavo blaga in opravljanje storitev v prihodnosti, so s tem postavljeni v manj ugoden položaj.

102. Če se – v drugem od navedenih primerov – za dopolnitev ali nadaljevanje sodelovanja začne postopek oddaje javnega naročila, ni podlage za trditev, da je nek posameznik zato, ker je prispeval k izvajanju nalog, ki so predmet sodelovanja med upravnimi organi, *de iure* ali *de facto* nujno v boljšem položaju kot njegovi konkurenti.

⁴² Seveda si je mogoče zamisliti tudi drugačne načine izkrivljanja: če se nakup programske opreme in naknadne dejavnosti vzdrževanja ali dopolnjevanja spremenijo v predmet ločenih naročil, da bi se izognilo enotnemu naročilu, katerega vrednost bi presegala prag, od katerega je uporaba postopka javnega naročanja obvezna. Glej sodbo z dne 18. januarja 2007, Auroux in drugi (C-220/05, EU:C:2007:31, točka 67) in sodbo Komisija/Nemčija, v kateri je Sodišče omenilo „konstrukt, katerega namen bi bil obiti predpise o javnih naročilih“ (točka 48).

b) Sklepanje pogodb s tretjimi za namene sodelovanja med deželo Berlin in mestom Köln

103. Iz informacij v spisu ni razvidno, pod kakšnimi pogoji je dežela Berlin prvotno pridobila programsko opremo, ki jo je pozneje prenesla na mesto Köln. Prav tako ni mogoče z gotovostjo razbrati, ali dežela Berlin nove programske module pridobiva tudi zunaj sodelovanja z mestom Köln, in če da, ali jih pridobiva zunaj trga ali na njem.⁴³ Te podatke o dejstvih mora preveriti predložitveno sodišče.

104. Bo pa udeležba tretjih, kot se zdi, potrebna za prihodnji razvoj sodelovanja, saj je mesto Köln celo že objavilo obvestilo o (omejenem) postopku za oddajo javnega naročila za prilagoditev, zagon in vzdrževanje programske opreme, ki jo je nanj prenesla dežela Berlin.⁴⁴

105. Za razširitve in posodobitve programske opreme, ki jo je dežela Berlin za namene sodelovanja prenesla na mesto Köln, je značilna precejšnja ekonomska vrednost. Zato je logično, da bodo gospodarski subjekti na trgu⁴⁵ imeli poseben interes za naknadna naročila za njeno prilagoditev, vzdrževanje in izpolnitve.

106. Družba ISE meni, da teh dejavnosti zaradi njihove tehnične zapletenosti ne zmore opraviti nihče drug kot le razvijalec programske opreme. Če je tako, bi lahko odločitev o prvotni pridobitvi programske opreme pomembno vplivala na oddajo poznejših javnih naročil, saj bi bilo *de facto* onemogočeno sodelovanje vseh drugih gospodarskih subjektov, ki niso razvijalec programske opreme.

107. V teh okoliščinah (za ugotavljanje katerih je pristojno predložitveno sodišče) bi bila za spoštovanje zahteve, da subjekti na trgu niso postavljeni v ugodnejši položaj kot njihovi konkurenti⁴⁶, pri oblikovanju javnega razpisa za naknadne storitve potrebna posebna skrbnost. Zlasti bi bilo treba vsem potencialno zainteresiranim ponudnikom zagotoviti podatke, ki jih potrebujejo za to, da se lahko udeležijo postopka⁴⁷.

108. Vendar bi se ta ukrep lahko izkazal za nezadosten, kar bi kazalo na to, da je težava nastala prej, in sicer ob sami pridobitvi programske opreme. Predložitveno sodišče mora ugotoviti, ali je bila zaradi tehničnih razlogov posledica prvotne pridobitve nastanek položaja izključnosti, ki odločilno vpliva na izid naknadnih postopkov za oddajo javnih naročil, in če je tako, sprejeti ustrezne ukrepe za odpravo njegovih učinkov.⁴⁸

⁴³ Na obravnavi je zastopnik družbe ISE navedel, da je dežela Berlin julija 2018 objavila predhodni razpis za oddajo ponudb za razvoj programske opreme v vrednosti 3.500.000 EUR.

⁴⁴ Na obravnavi je bilo razjasnjeno, da je bilo obvestilo (referenčna številka: 2019-0040-37-3) objavljeno v UL 2019/S 160-394603 in da je ekonomska vrednost naročila znašala 2.000.00 EUR.

⁴⁵ Zastopnik družbe ISE je na obravnavi navedel, da gospodarski interes ni v pridobitvi ali prodaji osnovne programske opreme, temveč naknadnih dejavnostih njenega prilagajanja, vzdrževanja in izpolnjevanja.

⁴⁶ Pa tudi cilja, da se naročilo odda subjektu, ki predloži ekonomsko najugodnejšo ponudbo.

⁴⁷ Na obravnavi se je razpravljalo o tem, ali bi bilo pri poznejših javnih razpisih dovolj navesti, da bo imel izbrani ponudnik dostop do izvorne kode programske opreme. Mesto Köln je poudarilo, da je ravnalo tako, čeprav po mnenju družbe ISE to glede na praktične težave, ki s povezane z netveganim razvojem prilagoditev na podlagi osnovne programske opreme, ne zadostuje.

⁴⁸ Najbolje bi bilo, če bi se možnost, da bo po pridobitvi osnovne programske opreme prišlo do učinka izključitve, presojala ob njeni pridobitvi. V nasprotnem primeru v trenutnih razmerah ta presoja že ne bi bila več mogoča in lahko bi se sprejeli le ukrepi za ublažitev posledic. Komisija je na obravnavi predlagala, da bi se od razvijalca programske opreme zahtevala zaveza, da bo sodeloval z izbranimi izvajalci naknadnih storitev.

IV. Predlog

109. Glede na navedeno predlagam, naj se na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče Düsseldorf, Nemčija), odgovori tako:

1. Člen 12(4) Direktive 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18/ES je treba razlagati tako, da gre pri pisno dogovorjeni zagotovitvi programske opreme enega javnega naročnika drugemu javnemu naročniku, ki je povezana z dogovorom o sodelovanju, za „pogodbo“ v smislu navedene določbe.

To pogodbeno razmerje je odplačno, čeprav prevzemniku ni treba plačati cene ali nadomestila za stroške programske opreme, če se vsaka od obeh strani (in torej tudi prevzemnik) zaveže, da bo drugi dala na razpolago prihodnje prilagoditve in izpopolnitve te programske opreme, ki so nujne za izvajanje javne službe, za katero sta zadolžena oba javna naročnika, in ki se bodo zato neizogibno opravile.

2. V skladu s členom 12(4) Direktive 2014/24 ni nujno, da so predmet sodelovanja med javnima naročnikoma same javne storitve, ki se morajo opravljati v korist državljanov. Sodelovanje, katerega predmet so dejavnosti, s katerimi se podpira izvajanje teh storitev, je zajeto s členom 12(4) Direktive 2014/24; tako je – med drugimi primeri – tudi, kadar pomožna dejavnost pomeni nujno sredstvo za zagotavljanje javne službe, tako da je njeno izvajanje odvisno od te dejavnosti.
3. Sodelovanje med javnima naročnikoma, zaradi katerega je nek zasebni gospodarski subjekt postavljen v ugodnejši položaj kot njegovi konkurenti na trgu, ne more biti zajeto s členom 12(4) Direktive 2014/24.