

Anonymiseret version

Oversættelse

C-796/18 – 1

Sag C-796/18

Anmodning om præjudiciel afgørelse

Dato for indlevering:

19. december 2018

Forelæggende ret:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Afgørelse af:

28. november 2018

Sagsøger:

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

Sagsøgt:

Stadt Köln

[Udelades]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

KENDELSE

I klagesagen vedrørende tildeling af kontrakter

Informatikgesellschaft für software-Entwicklung (ISE) mbH, [udelades] Aachen,

sagsøger og appellant,

[udelades]

mod

DA

Stadt Köln, [udelades]

sagsøgt og indstævnt,

[udelades]

yderligere procesdeltager:

Land Berlin, [udelades]

adciteret,

[org. s. 2]

har Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf (afdelingen for udbudssager ved den regionale appeldomstol i Düsseldorf)

som appeldomstol [udelades]

afsagt følgende kendelse:

Klagesagen udsættes med henblik på at anmode Den Europæiske Unions Domstol om præjudiciel afgørelse.

Den Europæiske Unions Domstol forelægges følgende præjudicielle spørgsmål om fortolkning af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, idet det andet og tredje spørgsmål kun behøver besvares, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende:

1. Er en kontrakt om tilrådighedsstillelse af software, der er indgået skriftligt af en offentlig myndighed med en anden offentlig myndighed, og som er sammenknyttet med en samarbejdsaftale, en »offentlig kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24/EU, eller er det en kontrakt, der – i hvert fald i første omgang, med forbehold af artikel 12, stk. 4, litra a)-c) – henhører under direktivets anvendelsesområde som omhandlet i direktivets artikel 12, stk. 4, når den, der erhverver softwaren, ganske vist hverken skal betale en pris for softwaren eller en godtgørelse af udgifterne, men den samarbejdsaftale, der er forbundet med kontrakten om tilrådighedsstillelse af softwaren bestemmer, at hver samarbejdspartner – og dermed også erhververen af softwaren – gratis stiller mulige fremtidige egne softwareudviklinger, som de dog ikke er forpligtet til at producere, til rådighed for den anden?
2. Skal genstanden for samarbejdet mellem de deltagende ordregivende myndigheder i henhold til artikel 12, stk. 4, litra a), i direktiv 2014/24/EU

være selve de offentlige tjenesteydelser, der skal leveres til [org. s. 3] borgeren, og som myndighederne skal levere i fællesskab, eller er det tilstrækkeligt, hvis samarbejdet refererer til aktiviteter, der i en eller anden form tjener de offentlige tjenesteydelser, som de ligeledes, men ikke bindende skal levere i fællesskab?

3. Gælder der inden for rammerne af artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU et uskrevet såkaldt begunstigelsesforbud og i bekræftende tilfælde, da med hvilket indhold?

Præmisser

I.

- 1 Sagsøgte, den største by i Nordrhein-Westfalen, søgte fra 2. halvår af 2016 efter ny indsatsledelsessoftware til alarmcentralen ved byens professionelle brandvæsen. Byen havde bl.a. blikket rettet mod den af den adciterede anvendte software IGNIS Plus fra selskabet Sopra Steria Consulting GmbH (SSC). Den adciterede procesdeltager, en bystat og lille delstat, driver Tysklands største professionelle brandvæsen. Aftalen mellem den adciterede og SSC tillader den adciterede at videregive softwaren IGNIS Plus gratis til andre myndigheder med sikkerhedsopgaver (BOS).
- 2 De kompetente medarbejdere hos sagsøgte besluttede at anskaffe IGNIS Plus. En medarbejder anførte, at gratis videregivelse af software fra en offentligretlig enhed til en anden ikke udgør nogen udbudspligtig indkøbsprocedure. Han henviste her til de såkaldte Kieler Beschlüsse (»Kieler Beslutninger«) fra 1979. Med disse beslutninger havde en kommission fra forbundsstaten, delstaterne og kommunerne opstillet principper for udveksling af software mellem offentlige myndigheder. Dertil hører princippet om generel gensidighed, ifølge hvilken en softwareudvikling, som ikke må udsættes for kommercialisering af myndighederne, videregives fra den ene til den anden, uden at der sker afregning af udgifterne mellem parterne. Dette princip bygger på en forventning om, at når det drejer sig om at »give og tage« mellem offentlige forvaltninger, udligner det hele sig, da forvaltningerne ikke ligger i konkurrence med hinanden. [Org. s. 4]
- 3 Den 10. september 2017 indgik sagsøgte og den adciterede en kontrakt om tilrådighedsstillelse af software (»EVB-IT«-licensaftale) om vederlagsfri kontinuerlig tilrådighedsstillelse og anvendelse af softwaren IGNIS Plus. Denne kontrakt indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

4 »1. Aftalens genstand

Nedenstående betingelser gælder for en kontinuerlig tilrådighedsstillelse og anvendelse af den skræddersyede software »IGNIS Plus«. Tilrådighedsstilleren ejer rettighederne til denne software.

Den skræddersyede software »IGNIS Plus« er tilrådighedsstillerens indsatsledelsessoftware, der tjener til at modtage opkald, og organisere og overvåge brandvæsenets indsats ved brandbekæmpelse, teknisk bistand, akutte redningsopgaver og ved civilbeskyttelsesindsatser. [...]

5 **2. Ydelsens art og omfang**

2.1 Tilrådighedsstilleren overlader den skræddersyede software til modtageren af softwaren »IGNIS Plus« i henhold til det i samarbejdsaftalen aftalte. [...]

6 **4. Betaling for tilrådighedsstillelsen**

Tilrådighedsstillelsen af den skræddersyede software »IGNIS Plus« som software til indsatsledelse er vederlagsfri. [...]«

7 Samme dag indgik sagsøgte og den adciterede også en samarbejdsaftale, software-samarbejdsaftalen »IGNIS Plus«. Denne indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

8 »§ 1 Formålet med samarbejdet

[...] Partnerne har besluttet at indgå et ligeberettiget partnerskab og om nødvendigt at søge kompromiser for at tilpasse softwaren til partnerens forskellige behov og stille det til rådighed for samarbejdspartneren. [...] **[Org. s. 5]**

9 § 2 Bestemmelse af formålet med samarbejdet

Det er samarbejdspartnerens mål at indsætte indsatsledelsessoftwaren »IGNIS Plus« til computerstyret indsatsledelse i brandvæsenets alarmcentraler. Softwaresystemet kan udvides med yderligere faglige funktioner som moduler og stilles til rådighed for de øvrige samarbejdspartnere til omkostningsneutral anvendelse. [...]

10 § 5 Udformningen af samarbejdet

[...] Tilrådighedsstillelsen af basissoftwaren er omkostningsneutral. Supplerende og udbyggende faglige moduler tilbydes samarbejdspartnerne omkostningsneutralt.

Basissoftwarens og modulernes tilpasning til egne procedurer bestilles og finansieres af det pågældende sted selv.

[...]

[...]

Samarbejdsaftalen er kun bindende som et fælles dokument sammen med en supplerende kontrakt om IT-ydelser til det offentlige (»EVB-IT«-licensaftale).«

- 11 Sagsøgeren, som udvikler indsatsledelsessoftware til myndigheder med sikkerhedsopgaver (BOS) og udbyder den til salg, anmodede kort tid efter sagsøgte om oplysninger om anskaffelsen af den nye indsatsledelsessoftware, som sagsøgeren havde fået kendskab til gennem medierne. Sagsøgte henviste til, at IGNIS Plus blev stillet gratis til rådighed af den adciterede.
- 12 Derpå indgav sagsøgeren en efterprøvelsesanmodning til Vergabekammer Rheinland (førsteinstansmyndigheden i udbudssager i delstaten Rheinland-Pfalz, herefter »Vergabekammer«) med det formål at få de indgåede aftaler erklæret ugyldige. Sagsøgeren har gjort gældende, at EU-retten om offentlige kontrakter finder anvendelse på aftalerne mellem sagsøgte og den adciterede, som skabte en juridisk enhed, med det resultat, at indkøbet skal udbydes i hele Europa. Sagsøgte har dermed tildelt en offentlig leveringskontrakt, der overskrider den relevante tærskelværdi. Der er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Begrebet skal fortolkes bredt. Sagsøgte deltagelse i videreudviklingen af den software, der er stillet til rådighed, udgør **[org. s. 6]** en tilstrækkelig fordel *in natura*. At aftalen er gensidigt bebyrdende fremgår i øvrigt af forbindelsen til den efterfølgende udbudsafte om den nødvendige tilpasning af softwaren til sagsøgte behov.
- 13 Ved kendelse af 20. marts 2018 [udelades] afviste Vergabekammer anmodningen om efterprøvelse. Som begrundelse udtalte Vergabekammer, at anmodningen ikke kunne realitetsbehandles. Der var ikke adgang til at få anmodningen prøvet ved klageinstanser i udbudssager. De aftaler, hvormed der er skabt en juridisk enhed mellem sagsøgte og den adciterede, drejer sig, når der ikke er tale om et gensidigt bebyrdende forhold, ikke om en offentlig kontrakt i den forstand, hvori udtrykket er brugt i EU-retten om offentlige kontrakter. Det drejer sig ikke om en tosidigt bindende aftale, men om et ligeberettiget samarbejde, i hvilket indsatsledelsessoftware stilles til rådighed uden vederlag. I samarbejdet mangler der et gensidigt forpligtelsesforhold mellem ydelse og modydelse, da begge parter inden for samarbejdet er berettigede og forpligtede i samme grad.
- 14 Sagsøgeren påklagede omgående Vergabekammers afgørelse til Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf).
- 15 Som begrundelse har sagsøgeren gjort gældende, at aftalen mellem sagsøgte og den adciterede er en aftale om ydelse mod vederlag. Den adciterede har ikke ønsket at stille softwaren til rådighed uden selv at have fordel deraf, i modsat fald kunne denne have nøjedes med at overdrage den som gave. At den adciterede har en fordel *in natura* ved at stille softwaren til rådighed, fremgår af, at sagsøgte på grundlag af samarbejdsaftalen er forpligtet til at stille supplerende eller udbyggende softwaremoduler, som sagsøgte har udviklet, gratis til rådighed for den adciterede. Vergabekammer har desuden også fejlagtigt undladt at tage i betragtning, at indkøb af basissoftware medfører, at det pålægges producenten at

indgå efterfølgende aftaler. Med hensyn til tilpasning, pasning og vedligeholdelse af softwaren er det kun – hvilket dog er omstridt mellem procesdeltagerne – softwareproducenten, der kommer i betragtning. En tredjemand kan ikke yde pasning og videreudvikling af softwaren på et økonomisk forsvarligt grundlag. Som følge heraf kan en vurdering efter reglerne om offentlige kontrakter ikke begrænse sig til indkøbet af basissoftwaren. **[Org. s. 7]**

- 16 Sagsøgte forsvarer Vergabekammers afgørelse som værende korrekt. Hvis aftalen mellem sagsøgte og den adciterede skulle anses for gensidigt bebyrdende, ville den på grund af områdeundtagelsen i § 108, stk. 6, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lov om konkurrencebegrænsninger, herefter »GWB«) ikke henhøre under anvendelsesområdet for EU-retten om offentlige kontrakter.
- 17 Sagsøgeren anser derimod ikke betingelserne i GWB's § 108, stk. 6, for opfyldt og finder også, at sagsøgte overtræder det såkaldte begunstigelsesforbud. Med gennemførelsen af samarbejdet opnår en privat tredjemand, nemlig SSC, en urimelig fordel ved udsigten til tildeling af fremtidige opgaver med tilpasning og pasning af den software, der er installeret hos sagsøgte.

II.

- 18 Efter rettens opfattelse afhænger det af besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, om der kan gives medhold i klagen. Derfor skal sagen udsættes, og i henhold til artikel 267, stk. 1, litra b), og stk. 2, TEUF, skal Den Europæiske Unions Domstol anmodes om en præjudiciel afgørelse. Følgende retlige overvejelser er relevante for anmodningen:
 - 1.
- 19 Adgangen til at få en sag prøvet ved klageinstanser i udbudssager, til hvilke Vergabesenat (afdelingen for udbudssager, herefter »Vergabesenat«) hører, i henhold til § 106, stk. 1, første punktum, i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) i den affattelse, der blev offentliggjort den 26. juni 2013 (BGBl. I, s. 1750, berigtigelse s. 3245; senest ændret ved lov af 12.7.2018, BGBl. I s. 1151), er ved tildeling af offentlige kontrakter betinget af, at deres anslåede kontraktværdi uden moms når eller overskrider de fastsatte tærskelværdier. Begrebet offentlig kontrakt defineres ikke nærmere i GWB's § 103, stk. 1. Offentlige kontrakter er ifølge bestemmelsen gensidigt bebyrdende aftaler mellem ordregivende myndigheder og virksomheder om indkøb af ydelser, der har levering af varer eller tjenesteydelser eller udførelse af bygge- og anlægsarbejder til genstand.
- 20 I henhold til GWB's § 108, stk. 6, er der ikke adgang til at få en sag prøvet ved klageinstanser i udbudssager i forbindelse med kontrakter, der indgås **[org. s. 8]** mellem to eller flere ordregivende myndigheder, såfremt:

- 21 »1. Kontrakten etablerer eller gennemfører et samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som de skal udøve, leveres med henblik på at opfylde mål, som de er fælles om,
- 22 2. Gennemførelsen af dette samarbejde udelukkende er underlagt hensyn med relation til offentlighedens interesser, og
- 23 3. De ordregivende myndigheder udfører mindre end 20% af de aktiviteter på markedet, der berøres af samarbejdet i henhold til nr. 1.«
- 24 På baggrund af disse bestemmelser kan sagsøgeren få medhold i sin klage, hvis betingelserne i GWB's § 106, stk. 1, første punktum, og § 103, stk. 1, i modsætning til Vergabekammers opfattelse må anses for at være opfyldt, og betingelserne for områdeundtagelsen i GWB's § 108, stk. 6, samtidig må anses for ikke at være opfyldt.
- 2.
- 25 De præjudicielle spørgsmål har følgende retlige baggrund
- a)
- 26 Det første præjudicielle spørgsmål skyldes rettens tvivl om den korrekte fortolkning af begrebet offentlig kontrakt i henhold til artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24/EU og af begrebet kontrakt som omhandlet i direktivets artikel 12, stk. 4.
- 27 Procesdeltagerne er uenige om, hvorvidt kontrakterne mellem sagsøgte og den adciterede drejer sig om en offentlig kontrakt som omhandlet i GWB's § 106, stk. 1, første punktum, og § 103, stk. 1. Da det dér anvendte begreb offentlig kontrakt er præget af EU-retten, afhænger en korrekt fortolkning af dette begreb af fortolkningen af samme begreb i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24/EU.
- 28 Retten er i sin hidtidige praksis – under antagelse af, at denne opfattelse er i overensstemmelse med EU-retten – gået ind for en bred fortolkning **[org. s. 9]** af [begrebet] gensidigt bebyrdende kontrakt, der karakteriserer den offentlige kontrakt, som omhandlet i GWB's § 103, stk. 1. Retten har anset en eller anden form for retlig forbindelse bestående i gensidige ydelser for tilstrækkelig. De med hinanden retligt forbundne ydelser behøvede ikke stå i et gensidigt afhængighedsforhold i stil med et klassisk gensidigt bebyrdende forhold, dvs. hvor de to ydelser er øremærket til samme formål på grundlag af princippet »quid pro quo« [udelades]. For at forholdet var gensidigt bebyrdende, var det tilstrækkeligt, at der var indgået en eller anden forpligtelse til at yde vederlag [udelades]. [Udelades].
- 29 Ifølge ovenstående anses der her at foreligge en gensidigt bebyrdende kontrakt mellem sagsøgte og den adciterede. Kontrakterne mellem de to parter udgør efter

rettens opfattelse en juridisk enhed (jf. også Domstolens dom af 21.12.2016 – C-51/15 [Remondis], EU:C:2016:985, præmis 37). Ganske vist følger de ikke det klassiske mønster om gensidig forpligtelse, da tilrådighedsstillelsen af softwaren munder ud i et samarbejde, hvoraf der kun kan opstå krav, hvis en af samarbejdspartnerne – hvad de imidlertid ikke kan tvinges til – udvider softwaren med flere funktioner. Dette samarbejdstilbud fra sagsøgte – som efter rettens opfattelse er en fordel in natura, uanset at der hersker uvished om fremtidige softwareudviklinger – kan alligevel anses for en betingelse, der er tilstrækkelig til en retlig forbindelse med hensyn til den adciteredes tilrådighedsstillelse af softwaren. Efter rettens opfattelse er det ikke kun sagsøgte og den adciteredes gensidige vilje til samarbejde, der er indbyrdes retligt forbundet. Den ovenstående betragtningsmåde ville medføre, at man skulle undersøge betingelserne for områdeundtagelsen i GWB's § 108, stk. 6.

- 30 På grundlag af Domstolens udtalelser i dom af 21. december 2016 – C-51/15 – samt de forudgående udtalelser fra generaladvokat P. Mengozzi vedrørende begreberne offentlig kontrakt og gensidigt bebyrdende kontrakt anser retten sig på nuværende tidspunkt forhindret i at træffe en endelig afgørelse. Af den anførte dom og generaladvokatens forslag til afgørelse ville der kunne udledes en snævrere fortolkning end den af retten hidtil antagne af begreberne offentlig kontrakt og gensidigt bebyrdende kontrakt i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24/EU, **[org. s. 10] hvilken** fortolkning ikke omfatter konstellationer som dem, der skal vurderes af retten i den foreliggende sag.
- 31 Uklarheder ved fortolkningen ser retten også i, at Domstolens ovennævnte dom endnu ikke var baseret på direktiv 2014/24/EU. Artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU undtager en kontrakt, som er indgået mellem to ordregivende myndigheder, fra direktivets anvendelse, når de i artikel 12, stk. 4, litra a)-c), nævnte betingelser er opfyldt. Kontrakten betegnes ikke i artikel 12, stk. 4, som gensidigt bebyrdende. Dette kunne tale for, at samarbejde mellem ordregivende myndigheder, der – som her – ikke bevæger sig på de klassiske gensidigt forpligtende aftalers område, ikke skal undtages fra anvendelsesområdet for direktiv 2014/24/EU, blot fordi der ikke foreligger en gensidigt bebyrdende kontrakt eller en offentlig kontrakt [udelades].
- 32 Retten foreslår en besvarelse af det præjudicielle spørgsmål i den ovennævnte retning.
- 33 Retten finder ikke, at besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål kan undværes af den grund, at de kontrakter, som sagsøgte skal indgå vedrørende tilpasning og pasning af softwaren IGNIS Plus, skal anses for gensidigt bebyrdende. Da det her drejer sig om selvstændige kontraktlige aftaler med tredjemand, som skal bedømmes særskilt og ikke sammen med tilrådighedsstillelsen af softwaren, siger de efter rettens opfattelse intet om, hvorvidt der må siges at foreligge en offentlig kontrakt mellem sagsøgte og den adciterede.

b)

- 34 Det andet og tredje præjudicielle spørgsmål, som skal besvares, hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, vedrører enkelte fortolkningsspørgsmål til artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU. Det afhænger af svarene herpå, hvorledes den områdeundtagelse i GWB's §108, stk. 6, hvormed den tyske lovgiver i stort omfang ordret har gennemført direktivets bestemmelse, skal fortolkes.
- 35 Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører genstanden for det i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU nævnte samarbejde mellem de deltagende ordregivende myndigheder. Herom hersker der forskellige opfattelser både i litteraturen til GWB's § 108 og også mellem procesdeltagerne **[org. s. 11]**. Det antages således, at såkaldte hjælpefunktioner ikke er tilstrækkelige som genstand for samarbejdet [udelades], men at der skal foregå et egentligt samarbejde mellem de ordregivende myndigheder ved leveringen af de offentlige tjenesteydelser.
- 36 Retten foreslår på grundlag af en sammenligning af den tyske, franske og engelske direktivtekst samt henset til formuleringen i slutningen af 33. betragtning til direktivet (»Et sådant samarbejde kan omfatte alle typer af aktiviteter i forbindelse med gennemførelsen af tjenesteydelser [...]«) et svar på det præjudicielle spørgsmål, der afviger fra den ovenfor nævnte opfattelse. Efter rettens opfattelse er det at foretrække, at genstanden for samarbejdet ikke behøver direkte at være selve de tjenesteydelser, der skal leveres, dvs. her tjenesteydelser inden for brandvæsen og redningstjenester, men at genstanden for samarbejdet også kan være aktiviteter, som understøtter disse og kun har en støttende eller forberedende karakter, her for eksempel tilrådighedsstillelse og udvikling af indsatsledelsessoftwaren IGNIS Plus. Ifølge denne opfattelse behøver der ikke være tale om en fælles levering af de offentlige tjenesteydelser, men det vil være tilstrækkeligt, når samarbejdet vedrører offentlige tjenesteydelser, der skal leveres på samme måde af de ordregivende myndigheder eller på en eller anden måde er forbundet med samarbejdet.
- 37 Det tredje præjudicielle spørgsmål vedrører det såkaldte begunstigelsesforbud, der er udviklet i Domstolens praksis, før direktiv 2014/24/EU trådte i kraft, og som sagsøgeren har påberåbt sig imod den af sagsøgte påståede gyldighed af områdeundtagelsen i GWB's § 108, stk. 6. Hvis der inden for rammerne af artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU skal tages hensyn til forbuddet, vil dette også have betydning for fortolkningen af GWB's § 108, stk. 6. Ifølge det begunstigelsesforbud, som Domstolen har udviklet, er betingelsen for et horisontalt samarbejde, der falder uden for reglerne for offentlige kontrakter, at ingen privat tjenesteyder ved aftalen opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, (jf. Domstolens dom af 13.6.2013 – C-386/11 [Piepenbrock], EU:C:2013:385, præmis 37). I teksten i artikel 12, stk. 4, i direktiv 2014/24/EU, der efter rettens opfattelse ikke **[org. s. 12]** kun kodificerer Domstolens hidtidige praksis vedrørende horisontalt samarbejde, findes der ingen henvisning til begunstigelsesforbuddet. Derimod nævnes det i 33. betragtning til direktivet. Det står derfor ikke retten klart, om der inden for rammerne af direktivets artikel 12,

stk. 4, skal tages hensyn til begunstigelsesforbuddet, og i bekræftende fald, med hvilket indhold dette skal ske.

3.

- 38 De rejste præjudicielle spørgsmål er efter rettens opfattelse vigtige for sagens afgørelse. Retten kan ikke se, at tvisten ud fra andre juridiske synspunkter kan afgøres, uden at spørgsmålene besvares.

[Udelades]

ARBEJDSDOKUMENT