

Anonymiserad version

Översättning

C-796/18 – 1

Mål C-796/18

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

19 december 2018

Domstol som begär förhandsavgörande:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

28 november 2018

Klagande:

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

Motpart:

Stadt Köln

[utelämnas]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESLUT

I prövningsförfarandet gällande upphandling,

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, [utelämnas]
Aachen,

klagande,

[utelämnas]

mot

Stadt Köln, [utelämnas]

motpart,

[utelämnas]

Ytterligare deltagare i rättegången:

Land Berlin, [utelämnas]

intervenient,

[Orig. s. 2]

har Vergabesenat (avdelningen för offentlig upphandling) inom Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) [utelämnas]

beslutat följande:

Målet vilandeförklaras i avvaktan på utgången av förfarandet för förhandsavgörande vid Europeiska unionens domstol.

Till Europeiska unionens domstol hänskjuts följande frågor om tolkningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, varvid frågorna 2 och 3 endast behöver besvaras om fråga 1 besvaras jakande:

1. Rör det sig vid en skriftligt avtalad överlåtelse av programvara från en offentlig myndighet till en annan offentlig myndighet, varvid överlåtelsen är kopplad till ett samarbetsavtal, om ett ”offentligt kontrakt” i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU eller om ett – visserligen i ett första led med förbehåll för artikel 12.4 a-c – kontrakt som omfattas av direktivets tillämpningsområde i den mening som avses i artikel 12.4 i direktivet, om den myndighet som övertar programvaran varken måste betala ett pris eller ersätta några kostnader för programvaran, men det samarbetsavtal som är knutet till överlåtelsen stadgar att varje samarbetspartner – och därmed även övertagaren av programvaran – kostnadsfritt till den andra partens förfogande ska ställa en eventuell, framtida egen vidareutveckling av programvaran, vilken dock inte obligatoriskt måste utvecklas?
2. Måste enligt artikel 12.4 a i direktiv 2014/24/EU de deltagande upphandlande myndigheternas samarbete gälla de offentliga tjänster som tillsammans ska tillhandahållas medborgarna **[Orig. s. 3]** som sådana, eller

räcker det om samarbetet hänför sig till verksamheter som på något sätt gynnar offentliga tjänster vilka också ska tillhandahållas, men inte nödvändigtvis tillsammans?

3. Är ett oskrivet så kallat förbud mot gynnande (Besserstellungsverbot) tillämpligt inom ramen för artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU och, om så är fallet, med vilket innehåll?

Skäl

I.

- 1 Motparten, den största staden i Nordrhein-Westfalen, sökte från andra halvåret 2016 en ny operativ programvara för sin yrkesbrandkår. Motparten intresserade sig bland annat för den av intervenienten använda programvaran IGNIS Plus från Sopra Steria Consulting GmbH (SSC). Intervenienten, en stadsstat och tillika liten delstat, har Tysklands största yrkesbrandkår. Avtalet mellan intervenienten och SSC möjliggör för intervenienten att kostnadsfritt dela med sig av programvaran IGNIS Plus till andra myndigheter med ansvar för säkerhet.
- 2 Motpartens ansvariga medarbetare beslöt sig för att införskaffa IGNIS Plus. En medarbetare noterade att kostnadsfritt utlämnande av programvara från ett offentligt organ till ett annat offentligt organ inte utgör ett upphandlingsförfarande som måste omfatta en anbudsinfordran. Medarbetaren hänvisade till de så kallade Kielbesluten från 1979. Genom dessa hade en kommitté bestående av företrädare för den federala förvaltningen, delstaterna och kommunerna fastställt principer för utbyte av programvara mellan offentliga myndigheter. Dit hörde principen om generell ömsesidighet, enligt vilken utveckling av programvara, som inte får försälgas av myndigheterna, ska överlåtas dem emellan med avkall på kostnadsersättning. Till grund för detta ligger uppfattningen att givandet och tagandet mellan de offentliga förvaltningarna kompenserar varandra, eftersom förvaltningarna inte konkurrerar med varandra. **[Orig. s. 4]**
- 3 Den 10 september 2017 ingick motparten och intervenienten ett avtal om överlåtelse av programvara (avtalet om it-överlåtelse) gällande kostnadsfri, varaktig överlåtelse och användning av programvaran IGNIS Plus. I detta kontrakt ingår bland annat följande bestämmelser:
- 4 **”1. Föremål för avtalet**

Nedanstående villkor gäller för varaktig överlåtelse och användning av den individuella programvaran IGNIS Plus. Överlåtaren av programvaran innehar rättigheterna till denna programvara.

Den individuella programvaran IGNIS Plus är överlåtarens operativa programvara för insats, avslut och uppföljning av verksamheter inom brandkåren för brandbekämpning, teknisk support, nödräddning och katastrofskydd. [...]

5 **2. Beskaffenhet och omfattning av tjänsten**

2.1 Överlåtaren av programvaran överläter åt övertagaren den individuella programvaran IGNIS Plus i enlighet med vad som avtalas i

samarbetsavtalet. [...]

6 **4. Ersättning för överlåtelsen**

Den individuella programvaran IGNIS Plus ska i egenskap av operativ programvara överlätas kostnadsfritt. [...]"

7 Samma dag ingick motparten och intervenienten även ett ~~samarbetsavtal~~ kallat samarbetsavtalet rörande programvaran IGNIS Plus. Detta avtal innehåller bland annat följande bestämmelser:

8 "1 § Samarbetsavtalets syfte

[...] Parterna har beslutat att ingå ett partnerskap på lika villkor och, om så krävs, att visa kompromissvilja i syfte att anpassa programvaran till respektive parts behov och att ställa denna till samarbetspartens förfogande. [...] **[Orig. s. 5]**

9 2 § Samarbetets ändamål

Samarbetsparterna ska eftersträva insättande av den operativa programvaran IGNIS Plus som operativt system inom brandkårens ledningscentraler. Programvarans system kan utvidgas med ytterligare specifika funktioner i modulform och överlätas åt de andra samarbetsparterna för kostnadsneutral användning. [...]

10 5 § Samarbetets utformning

[...] Överlåtelsen av systemprogramvaran ska ske kostnadsneutralt. Kompletterande moduler och specifika påbyggnadsmoduler ska kostnadsneutralt erbjudas samarbetsparterna.

Partnerna ska själva låta utföra och finansiera anpassningen av systemprogramvaran och av modulerna till sina egna förfaranden.

[...]

[...]

Samarbetsavtalet är bindande endast tillsammans med avtalet om it-överlåtelse såsom ett avtal."

11 Klaganden, som utvecklar och saluför den operativa programvaran för myndigheter med ansvar för säkerhet bad kort därefter motparten om upplysningar

angående införskaffandet av den nya operativa programvaran, om vilket klaganden fått veta genom medierna. Motparten hänvisade till att intervenienten kostnadsfritt hade överlåtit IGNIS Plus.

- 12 Därför ingav klaganden ansökan om prövning vid Vergabekammer Rheinland (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling i Rheinland) i syfte att få de ingångna avtalen ogiltigförklara. Klaganden hävdade att unionslagstiftningen om offentlig upphandling var tillämplig på avtalen mellan motparten och intervenienten, vilka rättsligt sett utgör en enhet, med den effekten att anbud på införskaffandet skulle ha infordrats inom hela EU. Motparten hade därmed tilldelat ett offentligt varukontrakt som överskred det tillämpliga tröskelvärdet. Avtalet rörde ett kontrakt med ekonomiska villkor. Detta begrepp ska ges en vid tolkning. Motpartens delaktighet i vidareutvecklingen av den överlåtna programvaran är **[Orig. s. 6]** tillräckligt såsom vederlag. Dessutom framgår de ekonomiska villkoren av sambandet med det uppföljande uppdraget att på nödvändigt sätt anpassa programvaran till motpartens behov, vilket måste upphandlas.
- 13 Genom beslut av den 20 mars 2018 [utelämnas] avslog Vergabekammer (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling) ansökan om prövning. Denna avdelning angav som motivering att ansökan var av sådan art att den inte kunde tas upp till prövning. Någon möjlighet till rättslig prövning vid prövningsinstanserna för upphandling förelåg inte. I fråga om avtalen mellan motparten och intervenienten, vilka bildar en rättslig enhet, rör det sig i avsaknad av ekonomiska villkor inte om ett offentligt kontrakt i den mening som avses i unionslagstiftningen om offentlig upphandling. Det rör sig inte om ett ömsesidigt bindande kontrakt utan om ett samarbete på lika villkor, inom vilket den operativa programvaran överläts kostnadsfritt. Inom samarbetet saknas den ömsesidigt förpliktigande kopplingen mellan prestation och motprestation, eftersom bägge parter inom samarbetet i samma mån är berättigade och förpliktigade.
- 14 Klaganden överklagade omgående till Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) det beslut som hade meddelats av Vergabekammer Rheinland (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling i Rheinland).
- 15 Som motivering anför klaganden att avtalet mellan motparten och intervenienten är ett kontrakt med ekonomiska villkor. Intervenienten ville inte överlåta programvaran utan egen fördel. Om så hade varit fallet hade intervenienten kunnat begränsa sig till en överlåtelse genom gåva. Ett vederlag för intervenienten för överlåtelsen av programvaran kan härledas ur att motparten genom samarbetsavtalet är förpliktigad att kostnadsfritt ställa kompletterande moduler eller påbyggnadsmoduler till programvaran som den själv tagit fram till intervenientens förfogande. Vergabekammer (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling) försummade också att beakta att införskaffandet av systemprogramvaran innebar att tillverkaren skulle anlitas för uppföljande uppdrag. För anpassning, skötsel och underhåll av programvaran skulle – vilket dock är omtvistat parterna emellan – endast tillverkaren av programvaran kunna

komma i fråga. En tredje part skulle inte kunna utföra skötsel och vidareutveckling av programvaran till ett ekonomiskt försvarbart pris. Av denna anledning kunde inte den upphandlingsrättsliga bedömningen inskränkas till införskaffandet av systemprogramvaran. [Orig. s. 7]

- 16 Motparten försvarar det avgörande som meddelats av Vergabekammer (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling) såsom varande korrekt. Om avtalet mellan motparten och intervenienten ansågs grundat på ersättning, skulle det på grund av undantaget i 108 § punkt 6 i lagen mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, GWB) inte omfattas av tillämpningsområdet för unionslagstiftningen om offentlig upphandling.
- 17 Klaganden anser däremot inte att rekvisiten i 108 § punkt 6 GWB är uppfyllda och gör även gällande att motparten åsidosatt det så kallade förbudet mot gynnande. Genom samarbetet erhåller en privat tredje part, nämligen SSC, en otillåten fördel med tanke på upphandlingen av de framtida tjänsterna i fråga om anpassning och skötsel av den programvara som satts in hos motparten.

II.

- 18 Avdelningen för offentlig upphandling anser att frågan huruvida överklagandet ska bifallas beror på svaret på tolkningsfrågorna. Före ett avgörande måste därför förfarandet vilandeförklaras och ett förhandsavgörande inhämtas från Europeiska unionens domstol i enlighet med artikel 267.1 b och 267.2 FEUF. Följande rättsliga överväganden har betydelse för beslutet att begära förhandsavgörande:

1.

- 19 Möjlighet till rättslig prövning vid prövningsinstanserna för upphandling, till vilka avdelningen för offentlig upphandling hör, föreligger i enlighet med 106 § punkt 1 första meningen i lagen mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, GWB) i den version som offentliggjordes den 26 juni 2013 i Tysklands officiella tidning (Bundesgesetzblatt, BGBl. I, s. 1750, rättelse s. 3245, senast ändrad genom lag av den 12 juli 2018, BGBl. I, s. 1151) när fråga är om en offentlig upphandling vars uppskattade upphandlings- eller kontraktsvärde, exklusive mervärdesskatt, uppnår eller överskrider fastställda tröskelvärden. Begreppet offentligt kontrakt definieras närmare i 103 § punkt 1 GWB. Offentliga kontrakt är enligt denna bestämmelse kontrakt med ekonomiska villkor mellan upphandlande offentliga myndigheter och företag om upphandling av tjänster som gäller tillhandahållande av varor, utförande av byggnadsarbeten eller fullgörande av tjänster.
- 20 I enlighet med 108 § punkt 6 GWB föreligger inte möjlighet till rättslig prövning vid prövningsinstanserna när det gäller upphandling mellan [Orig. s. 8] två eller flera upphandlande offentliga myndigheter om följande omständigheter föreligger:
- 21 ”1. Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de

ska fullgöra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål,

- 22 2. att genomförandet av samarbetet enligt punkt 1 endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset, och
- 23 3. att de upphandlande offentliga myndigheterna på marknaden tillhandahåller mindre än 20 procent av de verksamheter som omfattas av samarbetet enligt punkt 1.”
- 24 Mot bakgrund av dessa bestämmelser skulle klaganden kunna vinna framgång med sitt överklagande om villkoren i 106 § punkt 1 första meningen och 103 § punkt 1 GWB, till skillnad från vad Vergabekammer (avdelningen för kontroll av offentlig upphandling) bedömt, anses vara uppfyllda samtidigt som villkoren i undantagsbestämmelsen i 108 § punkt 6 GWB inte anses vara uppfyllda.
2.
- 25 De enskilda tolkningsfrågorna har följande rättsliga bakgrund:
a)
- 26 Tolkningsfråga 1 bottnar i en tvekan hos avdelningen för offentlig upphandling angående den rätta tolkningen av begreppet offentlig kontrakt i enlighet med artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU samt av begreppet kontrakt, i den mening som avses i artikel 12.4 i direktivet.
- 27 Det är mellan parterna omtvistat huruvida avtalen mellan motparten och intervenienten utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i 106 § punkt 1 första meningen och 103 § punkt 1 GWB. Då det där använda begreppet offentligt kontrakt har präglats av unionsrätten beror den korrekta tolkningen på hur samma begrepp i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU ska tolkas.
- 28 Avdelningen för offentlig upphandling har inom sin hittillsvarande rättspraxis – i förmodan om att detta motsvarar unionsrätten – gjort en vidare tolkning **[Orig. s. 9]** av vad som kännetecknar offentliga kontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i 103 § punkt 1 GWB. Avdelningen har betraktat vilket rättsförhållande som helst i vilket ömsesidiga tjänster utbyts såsom tillräckligt. De i rättsligt hänseende med varandra förbundna tjänsterna måste inte vara avhängiga av varandra på sådant sätt som av tradition avses med ömsesidig förpliktelse, det vill säga ett specifikt ändamål på ömsesidig grund, vilket vilar på principen *do ut des* (Jag giver, för att du må giva) av de båda tjänsterna [utelämnas]. I fråga om de ekonomiska villkoren räcker det att en skyldighet att utge vederlag i en eller annan form avtalats [utelämnas].
- 29 I enlighet med detta föreligger ett kontrakt med ekonomiska villkor mellan motparten och intervenienten. Avdelningen för offentlig upphandling anser att kontrakten dem emellan i rättsligt hänseende utgör en enhet (se även domstolens

dom av den 21 december 2016– C-51/15 [Remondis], EU:C:2016:985, punkt 37). Det rör sig visserligen inte om en traditionell ömsesidig förpliktelse, eftersom överlåtelsen av programvaran leder till ett samarbete som ger upphov till rättigheter endast om – vilket dock inte kan krävas – en av samarbetsparterna utvidgar programvaran med nya funktioner. Detta erbjudande om samarbete från motparten – vilket enligt avdelningen för offentlig upphandling utgör vederlag trots osäkerhet i fråga om den framtida utvecklingen av programvaran – ska betraktas som en förutsättning för överlåtelsen av programvaran till intevenienten, vilket räcker för att en rättslig koppling ska föreligga. Avdelningen för offentlig upphandling anser att det inte endast är den ömsesidiga samarbetsviljan mellan motparten och intervenienten som i rättsligt hänseende knyter dem till varandra. Ovanstående betraktelsesätt bör innebära att villkoren för undantaget i fråga om tillämpningsområdet i 108 § punkt 6 GWB borde prövas.

- 30 På grundval av vad domstolen anger i dom av den 21 december 2016 – C-51/15 – samt av vad som dessförinnan angetts av generaladvokat P. Mengozzi om begreppen offentligt kontrakt och kontrakt med ekonomiska villkor finner sig emellertid avdelningen för offentlig upphandling för närvarande förhindrad att meddela slutgiltigt avgörande. Av nämnda dom och av generaladvokatens förslag till avgörande skulle man kunna utläsa en snävare tolkning av begreppen offentligt kontrakt och kontrakt med ekonomiska villkor i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU än vad avdelningen för offentlig upphandling hittills har tillämpat, **[Orig. s. 10]** vilken inte omfattar konstellationer som de som avdelningen för offentlig upphandling här ska bedöma.
- 31 För avdelningen för offentlig upphandling föreligger oklarheter i fråga om tolkningen också på grund av att domstolens ovan nämnda dom inte meddelades på grundval av direktiv 2014/24/EU. I artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU undantas ett mellan två upphandlande offentliga myndigheter ingånget kontrakt från direktivets tillämpningsområde, om förutsättningarna i artikel 12.4 a-c föreligger. Kontraktet betecknas inte i artikel 12.4 som kontrakt med ekonomiska villkor. Detta skulle kunna tala för att samarbete mellan upphandlande offentliga myndigheter, vilket – så som här – inte sker i form av traditionella ömsesidigt förpliktande avtal, bör undantas från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24/EU inte bara på grund av att det saknas ett kontrakt med ekonomiska villkor eller offentligt kontrakt [utelämnas].
- 32 Avdelningen för offentlig upphandling föreslår ett svar på tolkningsfrågan i nämnda riktning.
- 33 Svaret på tolkningsfråga 1 är enligt avdelningen för offentlig upphandling inte överflödigt av den anledningen att de kontrakt avseende anpassning och skötsel av programvaran IGNIS Plus, vilka motparten ska tilldela, anses utgöra kontrakt mot ersättning. Då det här rör sig om fristående avtal med tredje part, vilka ska betraktas separat och inte tillsammans med överlåtelsen av programvaran, anser avdelningen för offentlig upphandling att de inte säger något om huruvida ett offentligt kontrakt föreligger mellan motparten och intervenienten.

b)

- 34 Tolkningsfrågorna 2 och 3, vilka ska besvaras om tolkningsfråga 1 besvaras jakande, är enskilda tolkningsfrågor beträffande artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU. Svaren har betydelse för tolkningen av undantaget i 108 § punkt 6 GWB, genom vilket den tyska lagstiftaren i stor utsträckning har införlivat direktivets bestämmelse ordagrant.
- 35 Tolkningsfråga 2 gäller föremålet för i artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU angivet samarbete mellan de delaktiga upphandlande offentliga myndigheterna. I doktrinen avseende 108 § GWB förekommer, liksom även mellan parterna, olika uppfattningar **[Orig. s. 11]** om detta. Det antas sålunda att så kallade underordnade verksamheter inte räcker till som föremål för samarbetet [utelämnas], utan att ett samarbete mellan de upphandlande offentliga myndigheterna måste ske vid fullgörandet av själva de offentliga tjänsterna.
- 36 Avdelningen för offentlig upphandling föreslår med utgångspunkt i en jämförande studie av den tyska, franska och engelska texten i direktivet samt med tanke på vad som anges i skäl 33 i direktivet ("Ett sådant samarbete kan omfatta alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster [...].") ett svar på tolkningsfrågan som avviker från den ovan angivna uppfattningen. Enligt avdelningen för offentlig upphandling är det att föredra att föremålet för samarbetet inte direkt måste omfatta själva de tjänster som ska fullgöras, här alltså brandkårsväsen och räddningstjänster, utan att föremålet för samarbetet även kan utgöras av verksamhet som är underordnad dessa, vilka är av understödjande eller förberedande art, här till exempel överlåtelsen och vidareutvecklingen av den operativa programvaran IGNIS Plus. De offentliga tjänsterna måste därmed inte fullgöras tillsammans, utan det räcker med att det samarbete i fråga om offentliga tjänster som ska fullgöras på samma sätt hänför sig till en av de upphandlande offentliga myndigheterna eller på något sätt är förbundet med denna.
- 37 Tolkningsfråga 3 gäller det inom domstolens praxis, föreikraftträdandet av direktiv 2014/24/EU, framväxta så kallade förbudet mot gynnande, vilket klaganden åberopar mot den av motparten förespråkade tillämpningen av undantaget i 108 § punkt 6 GWB. Om detta måste beaktas inom ramen för artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU påverkar det också tolkningen av 108 § punkt 6 GWB. Enligt det av domstolen utformade förbudet mot gynnande förutsätts vid ett horisontellt samarbete utan upphandling att ingen privat tredje part genom avtalet gynnas mer än sina konkurrenter (se domstolens dom av den 13 juni 2013 – C-386/11 [Piepenbrock], EU:C:2013:385, punkt 37). Lydelsen av artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU, vilken enligt avdelningen för offentlig upphandling inte **[Orig. s. 12]** bara kodifierar domstolens hittillsvarande praxis i fråga om horisontellt samarbete, hänvisas inte till förbudet mot gynnande. I skäl 33 i direktivet nämns däremot detta. Det är därmed oklart för avdelningen för offentlig upphandling huruvida förbudet mot gynnande ska beaktas inom ramen för artikel 12.4 i direktivet och, om det ska beaktas, med vilket innehåll detta ska ske.

3.

- 38 Avdelningen för offentlig upphandling anser att tolkningsfrågorna har betydelse för målets utgång. Avdelningen finner att målet inte kan avgöras utifrån andra rättsliga förhållanden utan att dessa frågor besvaras.

[utelämnas]

ARBETSDOKUMENT