Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

28. Mai 2020*

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Öffentliche Aufträge – Richtlinie 2014/24/EU – Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 – Art. 12 Abs. 4 – Art. 18 Abs. 1 – Begriff ‚entgeltlicher Vertrag' – Vertrag zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern, die ein gemeinsames Ziel von öffentlichem Interesse verfolgen – Überlassung einer Software zur Koordinierung von Feuerwehreinsätzen – Keine finanzielle Gegenleistung – Verknüpfung mit einer Kooperationsvereinbarung, die die gegenseitige und kostenfreie Überlassung zusätzlicher Module der Software vorsieht –Gleichbehandlungsgrundsatz – Verbot, ein privates Unternehmen besserzustellen als seine Wettbewerber"

In der Rechtssache C-796/18

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland) mit Entscheidung vom 28. November 2018, beim Gerichtshof eingegangen am 19. Dezember 2018, in dem Verfahren

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

gegen

Stadt Köln,

Beteiligte:

Land Berlin,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten M. Vilaras, des Präsidenten des Gerichtshofs K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben eines Richters der Vierten Kammer sowie der Richter S. Rodin, D. Šváby (Berichterstatter) und N. Piçarra,

Generalanwalt: M. Campos Sánchez-Bordona,

Kanzler: D. Dittert, Referatsleiter,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2019,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

* Verfahrenssprache: Deutsch.

– der Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Stolz,

– der Stadt Köln, vertreten durch Rechtsanwältinnen K. van de Sande und U. Jasper,

– der österreichischen Regierung, vertreten durch J. Schmoll, G. Hesse und M. Fruhmann als Bevollmächtigte,

– der Europäischen Kommission, vertreten durch L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers und P. Ondrůšek als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 29. Januar 2020

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 und Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014, L 94, S. 65).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH und der Stadt Köln (Deutschland) über zwei zwischen der Stadt Köln und dem Land Berlin (Deutschland) geschlossene Verträge, die die entgeltfreie Überlassung einer Software zur Leitung von Feuerwehreinsätzen an die Stadt Köln und eine Zusammenarbeit bei der Weiterentwicklung der Software vorsehen.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Die Erwägungsgründe 31 und 33 der Richtlinie 2014/24 lauten:

„(31) Es besteht erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst werden sollten. Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs … wird nicht nur von den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern auch von den einzelnen öffentlichen Auftraggebern unterschiedlich ausgelegt. Daher gilt es zu präzisieren, in welchen Fällen im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge von der Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sind.

Diese Präzisierung sollte sich auf die Grundsätze stützen, die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs … dargelegt wurden. Der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Die Anwendung der Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge sollte öffentliche Stellen jedoch nicht in ihrer Freiheit beschränken, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre eigenen Mittel verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen gehört.

Es sollte sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister bessergestellt wird als seine Wettbewerber.

…

(33) Die öffentlichen Auftraggeber sollten auch beschließen können, ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen, ohne zur Einhaltung einer bestimmten Rechtsform verpflichtet zu sein. Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen werden. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen.

Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen, vorausgesetzt, sie werden ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesse[s] bestimmt und kein privater Dienstleister erhält einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern.

Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, sollte die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Für die Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten im Übrigen ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein."

4 Art. 1 („Gegenstand und Anwendungsbereich") Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 bestimmt:

„Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt, deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 genannten Schwellenwerten liegt."

5 Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 definiert „öffentliche Aufträge" als „zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen".

6 Art. 12 („Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors") Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 sieht vor:

„Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und

c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten."

7 Art. 18 der Richtlinie 2014/24, der die „Grundsätze der Auftragsvergabe" nennt, bestimmt in Abs. 1:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und verhältnismäßig.

Das Vergabeverfahren darf nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen."

Deutsches Recht

8 Nach § 103 Abs. 1 des Gesetzes vom 26. Juni 2013 gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BGBl. 2013 I, S. 1750) in der auf den Ausgangsrechtsstreit anwendbaren Fassung (im Folgenden: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

9 Nach § 106 Abs. 1 Satz 1 dieses Gesetzes ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eröffnet, deren geschätzter Wert ohne Umsatzsteuer die festgelegten Schwellenwerte erreicht oder überschreitet.

10 Nach § 108 Abs. 6 des Gesetzes ist der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet bei Verträgen, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden, wenn

„1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind".

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

11 Das Land Berlin, das über die größte Berufsfeuerwehr Deutschlands verfügt, verwendet zur Leitung der Feuerwehreinsätze die Software „IGNIS Plus", die es durch einen Vertrag von der Sopra Steria Consulting GmbH erworben hat. Dieser Vertrag erlaubt dem Land Berlin u. a., die Software kostenfrei an andere Behörden mit Sicherheitsaufgaben weiterzugeben.

12 In Deutschland stellt nach den sogenannten Kieler Beschlüssen von 1979, mit denen die Grundsätze für den Austausch von Software zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung aufgestellt wurden, die kostenlose Weitergabe von Software von einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an eine andere

keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang dar. Aus dem Prinzip der allgemeinen Gegenseitigkeit ergebe sich nämlich, dass Softwareentwicklungen, deren Kommerzialisierung durch die Behörden ausgeschlossen sei, von den Behörden untereinander unter Verzicht auf eine Kostenverrechnung weitergegeben würden, weil die Verwaltungen nicht in Konkurrenz zueinander stünden.

13 Am 10. September 2017 schlossen die Stadt Köln und das Land Berlin gemäß diesen Beschlüssen einen Vertrag über die entgeltfreie und dauerhafte Überlassung der Software „IGNIS Plus“ (im Folgenden: Softwareüberlassungsvertrag), in dem u. a. Folgendes bestimmt ist:

„1. Gegenstand des Vertrages

Die nachstehenden Bedingungen gelten für die dauerhafte Überlassung und Nutzung der Individualsoftware ‚IGNIS Plus‘. Der Softwareüberlasser hat die Rechte an dieser Software.

Die Individualsoftware ‚IGNIS Plus‘ ist die Einsatzleit-Software des Softwareüberlassers zur Einsatzaufnahme, Disposition und Einsatzverfolgung von Tätigkeiten der Feuerwehr in der Brandbekämpfung, technischen Hilfeleistung, Notfallrettung und im Katastrophenschutz. …

2. Art und Umfang der Leistung

2.1. Der Softwareüberlasser überlässt dem Softwareübernehmer die Individualsoftware ‚IGNIS Plus‘ zu den Vereinbarungen im Kooperationsvertrag.

…

4. Überlassungsvergütung

Es handelt sich um die entgeltfreie Überlassung der Individualsoftware ‚IGNIS Plus‘ als Einsatzleit-Software. …“

14 Am selben Tag schlossen die Stadt Köln und das Land Berlin für diese Software auch einen Kooperationsvertrag (im Folgenden: Kooperationsvertrag), der u. a. bezweckt, dass die Software an die Bedürfnisse des Partners angepasst und diesem durch Hinzufügung neuer fachlicher Funktionalitäten in Form „ergänzender und aufbauender fachlicher Module“, die den Kooperationspartnern kostenlos angeboten werden, konkret zur Verfügung gestellt wird.

15 Der Kooperationsvertrag bestimmt insbesondere:

„§ 1 Zweck der Kooperationsbereitschaft

... Die Partner haben sich für eine gleichberechtigte Partnerschaft und, wenn erforderlich, für eine Kompromissbereitschaft entschlossen, um die Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Partners anzupassen und dem Kooperationspartner zur Verfügung zu stellen. ...

§ 2 Bestimmung des Kooperationsziels

Die Kooperationspartner verfolgen das Ziel, die Einsatzleitsoftware ‚IGNIS Plus‘ als Einsatzleitrechner in den Leitstellen der Feuerwehr einzusetzen. Das Softwaresystem kann um weitere fachliche Funktionalitäten als Modul erweitert werden und den anderen Kooperationspartnern zur kostenneutralen Nutzung überlassen werden. ...

...

§ 5 Ausgestaltung der Kooperation

... Die Überlassung der Basissoftware erfolgt kostenneutral. Ergänzende und aufbauende fachliche Module werden den Kooperationspartnern kostenneutral angeboten.

Die Anpassung der Basissoftware sowie der Module an eigene Prozessabfolgen ist eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren.

[Der Kooperationsvertrag] ist nur mit dem [Softwareüberlassungsvertrag] als gemeinsames Dokument verbindlich."

16 ISE, die Einsatzleitstellensoftware für Behörden mit Sicherheitsaufgaben entwickelt und verkauft, stellte bei der Vergabekammer Rheinland (Deutschland) einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, dass der Softwareüberlassungsvertrag und der Kooperationsvertrag wegen Nichteinhaltung der Vorschriften über öffentliche Aufträge für unwirksam erklärt werden. Nach Ansicht von ISE stellt die Beteiligung der Stadt Köln an der Weiterentwicklung der ihr kostenfrei überlassenen Software „IGNIS Plus" für das Land Berlin einen ausreichenden geldwerten Vorteil dar, so dass diese Verträge entgeltlich seien.

17 Mit Beschluss vom 20. März 2018 erklärte die Vergabekammer Rheinland den Nachprüfungsantrag für unzulässig, weil es sich bei den Verträgen mangels Entgeltlichkeit nicht um einen öffentlichen Auftrag handele. Insbesondere fehle in der fraglichen Zusammenarbeit die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

18 Gegen diesen Beschluss legte ISE beim vorlegenden Gericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland), sofortige Beschwerde ein. Sie machte erneut geltend, der Kooperationsvertrag sei ein entgeltlicher Vertrag. Das Land Berlin wolle nämlich aus der Überlassung der im Ausgangsverfahren fraglichen Software einen finanziellen Vorteil ziehen, da die Stadt Köln verpflichtet sei, dem Land Berlin die von ihr entwickelten ergänzenden oder aufbauenden Softwaremodule kostenlos zur Verfügung zu stellen. Außerdem habe die Vergabekammer Rheinland zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, dass die Beschaffung der Basissoftware die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich ziehe, da nur dieser in der Lage sei, die Software anzupassen sowie deren Wartung und Pflege sicherzustellen.

19 Die Stadt Köln beantragt, die Entscheidung der Vergabekammer Rheinland zu bestätigen, und macht zudem geltend, dass der Kooperationsvertrag, wenn er als entgeltlicher Vertrag angesehen werden sollte, eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern darstelle und daher gemäß § 108 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht unter das Vergaberecht falle.

20 Das vorlegende Gericht hat Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung der Vergabekammer Rheinland und hält es daher für erforderlich, dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 2014/24 vorzulegen.

21 So soll mit der ersten Vorlagefrage geklärt werden, ob sich der Begriff „öffentlicher Auftrag" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 von dem Begriff „Vertrag" im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie unterscheidet. Falls ja, könnte ein unentgeltlicher Vertrag, ohne ein öffentlicher Auftrag zu sein, als „Vertrag" im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie eingestuft werden und damit von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein, wenn die in den Buchst. a bis c dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

22 Das vorlegende Gericht weist im Übrigen darauf hin, dass es in seiner bisherigen Rechtsprechung ein weites Verständnis des entgeltlichen Vertrags vertreten habe, der den öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen charakterisiere, indem es irgendeine rechtliche Verknüpfung wechselseitiger Leistungen für ausreichend gehalten habe. Daher sei, obwohl die Überlassung der Software „IGNIS Plus" in eine Kooperation münde, aus der sich

Ansprüche nur dann ergäben, wenn einer der Kooperationspartner die Software um Funktionen erweitere, das in Rede stehende Kooperationsangebot trotz der Ungewissheit über zukünftige Weiterentwicklungen der Software entgeltlich.

23 Das vorlegende Gericht fragt sich jedoch, ob den in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 genannten Begriffen „öffentlicher Auftrag“ und „entgeltlicher Vertrag“ in Anbetracht des Urteils vom 21. Dezember 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), nicht ein Verständnis zugrunde zu legen sei, das enger sei, als es bisher angenommen habe, und Konstellationen wie die im Ausgangsverfahren nicht erfasse.

24 Ferner seien die von der Stadt Köln vergebenen Aufträge für Anpassungen und Pflege der Software „IGNIS Plus“ als entgeltliche Verträge anzusehen. Es handele sich nämlich um eigenständige vertragliche Vereinbarungen mit Dritten, die sich von der Überlassung dieser Software trennen ließen.

25 Die zweite Vorlagefrage bezieht sich auf den Gegenstand der in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 genannten Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Nach einem Vergleich der deutschen, der englischen und der französischen Fassung der Richtlinie kommt das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung des Anfangs ihres 33. Erwägungsgrundes zu dem Ergebnis, dass auch Hilfstätigkeiten den Gegenstand dieser Zusammenarbeit bilden könnten, ohne dass die Zusammenarbeit bei Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen selbst erfolgen müsse.

26 Die dritte Vorlagefrage sei gerechtfertigt, weil in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114) das Verbot der Besserstellung eines Wirtschaftsteilnehmers dahin ausgelegt worden sei, dass eine horizontale Zusammenarbeit nur dann nicht vom Vergaberecht erfasst werde, wenn kein privates Unternehmen bessergestellt werde als seine Wettbewerber. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 sehe jedoch kein entsprechendes Verbot vor, obwohl es im 33. Erwägungsgrund der Richtlinie erwähnt werde.

27 Unter diesen Umständen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Handelt es sich bei einer schriftlich vereinbarten Softwareüberlassung eines Trägers öffentlicher Verwaltung an einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung, die mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, um einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 bzw. einen – jedenfalls zunächst, vorbehaltlich von Art. 12 Abs. 4 Buchst. a bis c – in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Vertrag im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie, wenn der Softwareübernehmer zwar für die Software weder einen Preis noch eine Kostenerstattung zu leisten hat, die mit der Softwareüberlassung verbundene Kooperationsvereinbarung aber vorsieht, dass jeder Kooperationspartner – und damit auch der Softwareübernehmer – dem jeweils anderen etwaige zukünftige, jedoch nicht verpflichtend herzustellende eigene Weiterentwicklungen der Software kostenfrei zur Verfügung stellt?

2. Falls die erste Frage bejaht wird: Müssen nach Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 Gegenstand der Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber die gegenüber dem Bürger zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen selbst sein, die gemeinsam erbracht werden müssen, oder reicht es aus, wenn sich die Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die den gleichermaßen, aber nicht zwingend gemeinsam zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen in irgendeiner Form dienen?

3. Gilt im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ein ungeschriebenes sogenanntes Besserstellungsverbot und, wenn ja, mit welchem Inhalt?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

28 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass eine Vereinbarung, die zum einen vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, und die zum anderen mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, nach der jede Partei dieser Vereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie bzw. einen „Vertrag“ im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie darstellt.

29 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24, weil er den Begriff „Vertrag“ und nicht den Begriff „öffentlicher Auftrag“ enthält, nahelegen könnte, dass sich diese beiden Begriffe unterscheiden. In Wirklichkeit ist jedoch nicht zwischen ihnen zu differenzieren.

30 Erstens bestimmt nämlich Art. 1 der Richtlinie 2014/24, der ihren „Gegenstand und Anwendungsbereich“ festlegt, in Abs. 1, dass „[mit] dieser Richtlinie … Regeln für die Verfahren öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und der Durchführung von Wettbewerben festgelegt [werden], deren geschätzter Wert nicht unter den in Artikel 4 [dieser Richtlinie] genannten Schwellenwerten liegt“. Folglich regelt diese Richtlinie nur öffentliche Aufträge und Wettbewerbe, nicht aber Verträge, die nicht den Charakter eines öffentlichen Auftrags haben.

31 Zweitens spricht Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24, der die wichtigsten Begriffe definiert, von denen die Anwendung der Richtlinie abhängt, nicht von „Vertrag“, sondern von „öffentlicher Auftrag“. Dies legt nahe, dass der Begriff „Vertrag“ lediglich verkürzt für den Begriff „öffentlicher Auftrag“ steht.

32 Drittens wird diese Auslegung durch die Überschrift von Art. 12 der Richtlinie 2014/24 bestätigt, der „[öffentliche] Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors“ betrifft. Vor diesem Hintergrund ist die Erwähnung eines „Vertrags“ in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie als Verweisung auf den Begriff „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie zu verstehen.

33 Viertens wird diese Auslegung auch durch die Vorarbeiten zu Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 bestätigt. Wie die Europäische Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, enthielt zwar ihr Vorschlag vom 20. Dezember 2011 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM[2011] 896 endgültig) einen Art. 11 („Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen“), nach dessen Abs. 4 „[eine] zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene Vereinbarung … nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne von Artikel 2 Absatz 6 dieser Richtlinie anzusehen [ist], wenn sämtliche der nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind“, doch dieser Vorschlag wurde vom Unionsgesetzgeber abgelehnt. Folglich kann Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 nicht bewirken, dass einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern die Eigenschaft als öffentlicher Auftrag genommen wird. Er bewirkt lediglich, dass ein solcher Vertrag von der Anwendung der normalerweise anwendbaren Vergabevorschriften ausgeschlossen wird.

34 Fünftens wird diese Auslegung durch eine Analyse des Zusammenhangs von Art. 12 der Richtlinie 2014/24 bestätigt. Art. 12 steht nämlich in Abschnitt 3 („Ausnahmen“) des Kapitels I der Richtlinie. Es wäre inkohärent, wenn der Unionsgesetzgeber Verträge, die keine öffentlichen Aufträge sind, von den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge hätte ausnehmen wollen. Hinsichtlich solcher Verträge sind die Ausnahmegründe nämlich von vornherein gegenstandslos.

35 Daraus folgt zum einen, dass der Ausschluss von den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge voraussetzt, dass es sich bei dem betreffenden Vertrag um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 handelt, und zum anderen, dass ein öffentlicher Auftrag, der die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 Buchst. a bis c der Richtlinie erfüllt, seine Rechtsnatur als „öffentlicher Auftrag“ behält, auch wenn diese Vorschriften nicht auf ihn anwendbar sind.

36 Folglich deckt sich der Begriff „Vertrag“ in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 mit dem Begriff „öffentlicher Auftrag“, wie er in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie definiert ist.

37 Daher ist zu prüfen, ob eine Vereinbarung, die zum einen vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, und die zum anderen mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, nach der jede Partei dieser Vereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 darstellt.

38 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass ein aus mehreren Handlungen bestehender Vorgang für eine etwaige Einstufung als „öffentlicher Auftrag“ im Sinne der genannten Bestimmung in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung zu prüfen ist (vgl. entsprechend Urteile vom 10. November 2005, Kommission/Österreich, C-29/04, EU:C:2005:670, Rn. 41, und vom 21. Dezember 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 37).

39 Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24 definiert „öffentliche Aufträge“ als zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossene entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen.

40 Folglich kann ein Vertrag nur dann als „öffentlicher Auftrag“ im Sinne der genannten Bestimmung eingestuft werden, wenn er als entgeltlicher Vertrag geschlossen ist und damit impliziert, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen öffentlichen Auftrag vergibt, gemäß diesem Vertrag gegen eine Gegenleistung eine Leistung erhält, die für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse ist. Zudem muss der Vertrag synallagmatisch sein, da dies ein wesentliches Merkmal eines öffentlichen Auftrags ist (vgl. entsprechend Urteil vom 21. Dezember 2016, Remondis, (C-51/15, EU:C:2016:985, Rn. 43).

41 Im vorliegenden Fall scheint der entgeltliche Charakter des Softwareüberlassungsvertrags und des Kooperationsvertrags vom synallagmatischen Charakter der damit begründeten Zusammenarbeit abzuhängen.

42 Da § 5 Abs. 3 des Kooperationsvertrags vorsieht, dass dieser Vertrag „nur mit dem [Softwareüberlassungsvertrag] als gemeinsames Dokument“ verbindlich ist, sind zur Beurteilung des synallagmatischen Charakters des aus diesen beiden Verträgen bestehenden Vertragswerks nicht nur ihre Bestimmungen, sondern auch das Regelungsumfeld, in dem sie geschlossen wurden, zu berücksichtigen.

43 Was den zuletzt genannten Punkt anbelangt, sind offenbar – wie von der Stadt Köln in ihren schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung vorgebracht – nach den deutschen Regelungen für Brandschutz, technische Hilfeleistung und Katastrophenschutz sowie für Rettungsdienste, Notfallmaßnahmen und Krankentransporte durch Unternehmen die für diese Aufgaben zuständigen deutschen Gebietskörperschaften verpflichtet, das Einsatzleitsystem möglichst optimal zu nutzen und es ständig an die Bedürfnisse anzupassen.

44 Ausgehend von dieser Prämisse wird der Gerichtshof den Wortlaut des fraglichen Vertragswerks prüfen.

45 Sowohl nach dem Wortlaut des Softwareüberlassungsvertrags als auch nach dem des Kooperationsvertrags ist das Vorliegen einer Gegenleistung wahrscheinlich. Zwar heißt es in Ziff. 4 des Überlassungsvertrags, dass die Überlassung der Software „entgeltfrei“ erfolgt, doch geht aus Ziff. 1 dieses Vertrags hervor, dass sie „dauerhaft“ erfolgt. Ein Softwareüberlassungsvertrag wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, der auf Dauer angelegt sein soll, wird aber zwangsläufig weiterentwickelt, um – wie u. a. ISE in der mündlichen Verhandlung betont hat – den durch neue Regelungen vorgeschriebenen Anpassungen, der organisatorischen Entwicklung des Rettungsdiensts oder auch technologischen Fortschritten Rechnung zu tragen. Im Übrigen hat die Stadt Köln in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass die betreffende Software drei- bis viermal jährlich erheblich modifiziert und um ergänzende Module erweitert werde.

46 Zudem wird die Software „IGNIS Plus“ nach Ziff. 2.1 des Softwareüberlassungsvertrags „zu den Vereinbarungen im Kooperationsvertrag“ überlassen, was nahelegt, dass das Land Berlin eine Art von Bedingung eingeführt hat. Daher scheint die Überlassung dieser Software zwar entgeltfrei, aber nicht ohne Gegenleistung zu erfolgen.

47 Des Weiteren besteht der Zweck des Kooperationsvertrags nach seinem § 1 darin, „eine gleichberechtigte Partnerschaft und, wenn erforderlich, … eine Kompromissbereitschaft [zu begründen], um die Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Partners anzupassen und dem Kooperationspartner zur Verfügung zu stellen“. Diese Formulierung legt ebenfalls nahe, dass sich die Parteien verpflichten, die ursprüngliche Version der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Software weiterzuentwickeln, wenn die möglichst optimale Nutzung des Einsatzleitsystems und dessen ständige Anpassung an die Bedürfnisse eine solche Entwicklung erfordern.

48 Ferner ist nach § 5 des Kooperationsvertrags „[die] Anpassung der Basissoftware sowie der Module an eigene Prozessabfolgen … eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren“, wodurch das finanzielle Interesse des Landes Berlin an der entgeltfreien Überlassung der Software zum Ausdruck kommt. Im Übrigen hat die Stadt Köln in Beantwortung einer Frage des Gerichtshofs in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass ein solcher Vertrag allen Partnern Einsparungen ermöglichen solle.

49 Schließlich scheint, falls eine der Parteien des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertragswerks Anpassungen an der Software vornehmen und diese nicht an die andere Partei weiterleiten sollte, diese den Kooperationsvertrag sowie gegebenenfalls den Softwareüberlassungsvertrag kündigen und sogar vor Gericht gehen zu dürfen, um die entsprechende Anpassung zu erhalten. Somit scheinen die Verpflichtungen, die sich aus dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden öffentlichen Auftrag ergeben, rechtsverbindlich zu sein, da ihre Erfüllung einklagbar ist (Urteil vom 25. März 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 62).

50 Vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorlegende Gericht ergibt sich somit aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Softwareüberlassungsvertrag und der Kooperationsvertrag synallagmatisch sind, da die kostenlose Überlassung der Software „IGNIS Plus“ eine gegenseitige Verpflichtung zur Weiterentwicklung dieser Software begründet, wenn die möglichst optimale Nutzung des Einsatzleitsystems und dessen ständige Anpassung an die Bedürfnisse eine solche Entwicklung erfordern, die sich in der Finanzierung ergänzender Module konkretisiert, die anschließend dem Partner entgeltfrei zur Verfügung gestellt werden müssen.

51 Daher scheint die Aktualisierung der Software „IGNIS Plus“ – wie der Generalanwalt sinngemäß in den Nrn. 59 und 62 seiner Schlussanträge ausgeführt hat – unabhängig von dem Zeitpunkt, zu dem sie erfolgt, praktisch unumgänglich zu sein, so dass die Gegenleistung nicht von einer rein fakultativen Bedingung abhängt.

52 Da die Anpassung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Software durch einen der Partner von offenkundigem finanziellem Interesse für den anderen Partner ist, wäre, wenn das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass das aus dem Softwareüberlassungsvertrag und dem Kooperationsvertrag bestehende Vertragswerk synallagmatisch ist, davon auszugehen, dass diese Verträge als entgeltliche Verträge geschlossen wurden, so dass die in Rn. 40 des vorliegenden Urteils genannten Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags erfüllt wären.

53 Somit ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass eine Vereinbarung, die zum einen vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, und die zum anderen mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, nach der jede Partei dieser Vereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie darstellt, wenn sich sowohl aus dem Wortlaut dieser Vereinbarungen als auch aus der anwendbaren nationalen Regelung ergibt, dass es grundsätzlich zu Anpassungen der Software kommen wird.

Zur zweiten Frage

54 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein kann, wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen.

55 Erstens ist zu prüfen, ob Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 öffentlichen Auftraggebern erlaubt, in Bezug auf öffentliche Aufgaben, die sie nicht gemeinsam erfüllen, eine Zusammenarbeit zu begründen.

56 Nach der genannten Bestimmung fällt ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24, wenn er eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel begründet oder erfüllt, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.

57 Wie der Generalanwalt sinngemäß in Nr. 71 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, bezieht sich die genannte Bestimmung damit lediglich auf eine Gemeinsamkeit der Ziele, ohne die gemeinsame Erbringung ein und derselben öffentlichen Dienstleistung zu verlangen. Nach dem ersten Absatz des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 müssen nämlich „[die] von den verschiedenen [an einer solchen Zusammenarbeit] teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen … nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen“. Demnach ist nicht zwingend erforderlich, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von den an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Personen gemeinsam gewährleistet wird.

58 Folglich ist Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen, dass er die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gleichermaßen ermächtigt, sowohl gemeinsam als auch jeweils allein eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen, sofern ihre Zusammenarbeit es ermöglicht, ihre gemeinsamen Ziele zu erreichen.

59 Zweitens ergibt sich aus Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit dem ersten Absatz ihres 33. Erwägungsgrundes, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Personen alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen kann.

60 Der Ausdruck „alle Arten von Tätigkeiten“ kann eine zu einer öffentlichen Dienstleistung akzessorische Tätigkeit umfassen, sofern diese Tätigkeit zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beiträgt, die Gegenstand der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern ist. Der dritte Absatz des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 sieht nämlich vor, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern „nicht [voraussetzt], dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten“.

61 Des Weiteren ist nicht gewiss, dass sich eine Software wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Software zur Verfolgung von Einsätzen der Feuerwehr in der Brandbekämpfung, technischen Hilfeleistung, Notfallrettung und im Katastrophenschutz, die für die Erfüllung dieser Aufgaben zwingend erforderlich zu sein scheint, auf den Rang einer rein akzessorischen Tätigkeit reduzieren lässt, was jedoch das vorlegende Gericht zu überprüfen hat.

62 Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein kann, wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen.

Zur dritten Frage

63 Mit seiner dritten Frage möchte das vorlegende Gericht zum einen wissen, ob Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit ihrem 33. Erwägungsgrund und ihrem Art. 18 Abs. 1 dahin auszulegen ist, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber, und zum anderen, welchen Inhalt dieser Grundsatz hat.

64 Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt, geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Richtlinie 2004/18 hervor, dass die unionsrechtlichen Vergabevorschriften nicht auf Verträge anwendbar waren, mit denen eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Einrichtungen zur Wahrnehmung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe vereinbart wurde, sofern solche Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen wurden, kein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wurde als seine Wettbewerber und die Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wurde, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhingen. Solche Verträge konnten nur dann nicht in den Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vergabevorschriften fallen, wenn sie all diese Kriterien kumulativ erfüllten (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Dezember 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce u. a., C-159/11, EU:C:2012:817, Rn. 34 bis 36, und vom 13. Juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, Rn. 36 bis 38).

65 Obwohl das für die an einer Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Auftraggeber geltende Verbot, ein privates Unternehmen besserzustellen als seine Wettbewerber, in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 nicht erwähnt wird, wollte der Unionsgesetzgeber keineswegs von der in der vorstehenden Randnummer angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs abweichen.

66 Erstens heißt es im 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24, dass „erhebliche Rechtsunsicherheit darüber [besteht], inwieweit Verträge, die zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors geschlossen werden, von den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge erfasst werden sollten“, weshalb Präzisierungen notwendig seien, die sich auf die in der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs dargelegten Grundsätze stützen sollten. Folglich wollte der Unionsgesetzgeber in diesem Punkt die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht in Frage stellen.

67 Zweitens ergibt sich aus dem zweiten Absatz des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24, dass Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen sollten, vorausgesetzt, sie werden ausschließlich zwischen öffentlichen Auftraggebern geschlossen, die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt und kein privater Dienstleister erhält einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern. Das entspricht im Wesentlichen dem Stand der in Rn. 64 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2014/18.

68 Drittens ist, da nach der Antwort auf die erste Frage eine die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 erfüllende Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ihre Einstufung als „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie bewahrt, Art. 18 der Richtlinie, der die Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge festlegt, jedenfalls auf diese Art der Zusammenarbeit anwendbar.

69 Nach Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 müssen zum einen die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise behandeln und transparent und verhältnismäßig handeln, und zum anderen darf das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden, es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken, wobei eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs als gegeben gilt, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

70 Daher kann nicht ausschlaggebend sein, dass in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 nicht erwähnt wird, dass ein privater Dienstleister im Rahmen einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht bessergestellt werden darf als seine Wettbewerber, so bedauerlich diese Auslassung insbesondere im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ist, der nach der Rechtsprechung ein grundlegendes Prinzip des Unionsrechts darstellt und insbesondere verlangt, dass eine Regelung klar und deutlich ist, damit der Einzelne seine Rechte und Pflichten unzweideutig erkennen und somit seine Vorkehrungen treffen kann (Urteile vom 9. Juli 1981, Gondrand und Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, Rn. 17, vom 13. Februar 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, Rn. 27, und vom 14. April 2005, Belgien/Kommission, C-110/03, EU:C:2005:223, Rn. 30).

71 Im vorliegenden Fall hat das Land Berlin die Software „IGNIS Plus“ von Sopra Steria Consulting erworben, bevor es sie entgeltfrei der Stadt Köln überlassen hat.

72 Wie ISE vorgetragen hat, ohne dass ihr die Stadt Köln in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof widersprochen hätte, stellt die Anpassung dieser Software einen sehr komplexen Vorgang dar, dessen wirtschaftlicher Wert deutlich größer als der des ursprünglichen Erwerbs der Basissoftware ist. Nach dem Vorbringen von ISE hat die Stadt Köln die Kosten für die Anpassung der Software bereits jetzt auf 2 Mio. Euro geschätzt, während das Land Berlin im Hinblick auf die

Weiterentwicklung der Software „IGNIS Plus“ für einen Betrag von 3,5 Mio. Euro eine Vorinformation im *Amtsblatt der Europäischen Union* veröffentlicht habe. Daher liegt nach dem Vorbringen von ISE das wirtschaftliche Interesse nicht in der Anschaffung oder im Verkauf der Basissoftware, sondern im späteren Stadium der Anpassung, der Pflege – deren Kosten sich auf 100 000 Euro pro Jahr beliefen – und der Weiterentwicklung der Software.

73 Nach Ansicht von ISE sind die Märkte für die Anpassung, die Pflege und die Weiterentwicklung der Basissoftware in der Praxis ausschließlich dem Herausgeber dieser Software vorbehalten, da die Weiterentwicklung es erfordere, nicht nur über den Quellcode der Software zu verfügen, sondern auch über weitere Kenntnisse über dessen Weiterentwicklung.

74 In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung einer bei einem Wirtschaftsteilnehmer erworbenen Software durchführen möchte, dafür sorgen muss, dass er den potenziellen Bewerbern und Bietern hinreichende Informationen übermittelt, um die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt für die Pflege, die Anpassung oder die Weiterentwicklung der Software zu ermöglichen.

75 Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht zur Gewährleistung der Einhaltung der in Art. 18 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge erstens zu prüfen, ob sowohl das Land Berlin als auch die Stadt Köln über den Quellcode der Software „IGNIS Plus“ verfügen, zweitens, ob diese öffentlichen Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potenziellen Bewerbern und Bietern den Quellcode übermitteln, und drittens, ob der Zugang allein zu dem Quellcode genügt, um sicherzustellen, dass an dem betreffenden Auftrag interessierte Wirtschaftsteilnehmer transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden.

76 Nach alledem ist auf die dritte Frage zu antworten, dass Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit dem zweiten Absatz ihres 33. Erwägungsgrundes und ihrem Art. 18 Abs. 1 dahin auszulegen ist, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber.

Kosten

77 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass eine Vereinbarung, die zum einen vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, und die zum anderen mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, nach der jede Partei dieser Vereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie darstellt, wenn sich sowohl aus dem Wortlaut dieser Vereinbarungen als auch aus der anwendbaren nationalen Regelung ergibt, dass es grundsätzlich zu Anpassungen der Software kommen wird.**

2. **Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein kann, wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen.**

3. **Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit dem zweiten Absatz ihres 33. Erwägungsgrundes und ihrem Art. 18 Abs. 1 ist dahin auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber.**

Vilaras Lenaerts Rodin

Šváby Piçarra

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 28. Mai 2020.

Der Kanzler
A. Calot Escobar

Der Präsident der Vierten Kammer
M. Vilaras