ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

28 mei 2020*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 2, lid 1, punt 5 – Artikel 12, lid 4 – Artikel 18, lid 1 – Begrip ‚overeenkomst onder bezwarende titel' – Overeenkomst tussen twee aanbestedende diensten voor de verwezenlijking van een gemeenschappelijke doelstelling van algemeen belang – Terbeschikkingstelling van software voor de coördinatie van de werkzaamheden van het brandweerkorps – Geen financiële tegenprestatie – Samenhang met een samenwerkingsovereenkomst die voorziet in de wederzijdse en kosteloze terbeschikkingstelling van extra modules van deze software – Beginsel van gelijke behandeling – Verbod van bevoordeling van een particuliere onderneming ten opzichte van haar concurrenten"

In zaak C-796/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) bij beslissing van 28 november 2018, ingekomen bij het Hof op 19 december 2018, in de procedure

Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH

tegen

Stadt Köln,

in tegenwoordigheid van:

Land Berlin,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Vierde kamer, S. Rodin, D. Šváby (rapporteur) en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: D. Dittert, hoofd van een administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 november 2019,

* Procestaal: Duits.

gelet op de opmerkingen van:

– Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH, vertegenwoordigd door B. Stolz, Rechtsanwalt,

– de Stadt Köln, vertegenwoordigd door K. van de Sande en U. Jasper, Rechtsanwältinnen,

– de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door J. Schmoll, G. Hesse en M. Fruhmann als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Haasbeek, M. Noll-Ehlers en P. Ondrůšek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 januari 2020,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 2, lid 1, punt 5, en artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH en de Stadt Köln (stad Keulen, Duitsland) over twee tussen de stad Keulen en het Land Berlin (deelstaat Berlijn, Duitsland) gesloten overeenkomsten, de ene betreffende de kosteloze terbeschikkingstelling aan deze stad van software voor het meldkamersysteem van haar brandweerkorps en de andere betreffende een samenwerking voor de doorontwikkeling van die software.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 De overwegingen 31 en 33 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

„(31) Er is een grote rechtsonzekerheid met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector. De desbetreffende rechtspraak van het [Hof] wordt door de lidstaten en zelfs door de aanbestedende diensten op uiteenlopende wijze geïnterpreteerd. Daarom moet worden verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten.

Hierbij moeten de beginselen die in de desbetreffende rechtspraak van het [Hof] worden beschreven richtinggevend zijn. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten.

Er moet voor worden gezorgd dat vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten.

[...]

(33) Aanbestedende diensten moeten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking zou betrekking kunnen hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor, krachtens publiek recht, specifieke instanties bevoegd zijn. De diensten die door de verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn.

Opdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten dienen niet onderworpen te zijn aan de voorschriften van onderhavige richtlijn, mits zij uitsluitend tussen aanbestedende diensten zijn gegund en deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming bevoordeeld wordt ten opzichte van haar concurrenten.

Om aan deze voorwaarden te voldoen, moet de samenwerking gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Bij deze samenwerking is niet vereist dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie. Bovendien moet de samenwerking, met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden."

4 Artikel 1 van deze richtlijn, met als opschrift „Onderwerp en toepassingsgebied", bepaalt in lid 1 het volgende:

„Bij deze richtlijn worden regels vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten en prijsvragen waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in artikel 4 vastgestelde drempels."

5 Artikel 2, lid 1, punt 5, van die richtlijn definieert „overheidsopdrachten" als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten".

6 Artikel 12 van richtlijn 2014/24 heeft als opschrift „Overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector" en bepaalt in lid 4 het volgende:

„Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;

b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening."

7 Artikel 18 van deze richtlijn, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen", bepaalt in lid 1 het volgende:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen."

Duits recht

8 Volgens § 103, lid 1, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen) van 26 juni 2013 (BGBl. 2013 I, blz. 1750), in de op de feiten van het hoofdgeding toepasselijke versie (hierna: „wet tegen mededingingsbeperkingen"), zijn overheidsopdrachten overeenkomsten onder bezwarende titel die worden gesloten tussen aanbestedende diensten en ondernemingen en die betrekking hebben op de levering van producten, de uitvoering van werken of de verlening van diensten.

9 In § 106, lid 1, eerste volzin, van deze wet is bepaald dat beroep kan worden ingesteld bij de met het toezicht op aanbestedingsprocedures belaste instanties ingeval overheidsopdrachten worden gegund waarvan de geraamde waarde, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, gelijk is aan of hoger is dan de vastgestelde drempels.

10 § 108, lid 6, van die wet bepaalt dat met betrekking tot opdrachten die tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund, geen beroep kan worden ingesteld bij de met het toezicht op aanbestedingsprocedures belaste instanties indien:

„1. de opdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,

2. de invulling van de in punt 1 bedoelde samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang, en

3. de aanbestedende diensten op de markt minder dan 20 % van de onder de in punt 1 bedoelde samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen."

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 De deelstaat Berlijn, die het grootste beroepsbrandweerkorps van Duitsland heeft, maakt gebruik van de bij Sopra Steria Consulting GmbH (hierna: „Sopra") gekochte software „IGNIS Plus" om de werkzaamheden van de brandweerlieden te beheren. De dienaangaande met Sopra gesloten overeenkomst staat de deelstaat Berlijn onder meer toe die software kosteloos door te geven aan andere overheidsinstanties met veiligheidstaken.

12 In Duitsland wordt de kosteloze doorgifte van software tussen publiekrechtelijke lichamen overeenkomstig de „besluiten van Kiel" van 1979, waarbij de beginselen zijn vastgelegd voor de uitwisseling van software tussen overheidsorganen, niet beschouwd als een opdracht die moet worden

aanbesteed. Uit het beginsel van algemene wederkerigheid zou namelijk voortvloeien dat overheidsinstanties softwareontwikkelingen, die zij niet mogen verhandelen, kosteloos aan elkaar kunnen doorgeven, aangezien zij niet met elkaar concurreren.

13 Op grond van die besluiten hebben de stad Keulen en de deelstaat Berlijn op 10 september 2017 een overeenkomst gesloten betreffende een kosteloze langdurige terbeschikkingstelling van de software „IGNIS Plus" (hierna: „terbeschikkingstellingsovereenkomst"), waarin onder meer het volgende is opgenomen:

„1. Voorwerp van de overeenkomst

De volgende voorwaarden gelden voor de langdurige terbeschikkingstelling en het gebruik van de gecustomizede software IGNIS Plus. De partij die de software ter beschikking stelt, bezit de rechten op deze software.

De gecustomizede software IGNIS Plus is software voor meldkamerbeheer die door de ter beschikking stellende partij wordt gebruikt voor het inzetten van de brandweer en het plannen en volgen van de werkzaamheden ervan bij brandbestrijding, technische hulpverlening, noodgevallen en rampenbestrijding. [...]

2. Aard en omvang van de prestaties

2.1. De ter beschikking stellende partij stelt de ontvanger de gecustomizede software IGNIS Plus ter beschikking in overeenstemming met wat is overeengekomen in de samenwerkingsovereenkomst.

[...]

4. Vergoeding voor de terbeschikkingstelling

De terbeschikkingstelling van de gecustomizede software IGNIS Plus als software voor het meldkamersysteem geschiedt kosteloos. [...]"

14 Op dezelfde dag hebben de stad Keulen en de deelstaat Berlijn voor die software tevens een samenwerkingsovereenkomst gesloten (hierna: „samenwerkingsovereenkomst"), onder meer om de software aan te passen aan de behoeften van de partner en concreet ter beschikking te stellen met toevoeging van nieuwe technische functies in de vorm van „aanvullende en uitbreidende technische modules", die kosteloos aan de samenwerkingspartners zullen worden aangeboden.

15 De samenwerkingsovereenkomst bevat met name de volgende bepalingen:

„§ 1 – Doel van de bereidheid tot samenwerking

[...] De partijen komen overeen een gelijkwaardig partnerschap aan te gaan en zijn zo nodig bereid tot compromissen met betrekking tot de aanpassing van de software aan de behoeften van de partner, en zijn bereid deze software ter beschikking te stellen van de samenwerkingspartner [...]

§ 2 – Bepaling van het samenwerkingsdoel

Het doel van de samenwerkingspartners is de software IGNIS Plus als systeem voor beheer van de werkzaamheden te gebruiken in de meldkamers van de brandweer. Het softwaresysteem kan worden uitgebreid met nieuwe technische functiemodules, en kosteloos aan andere samenwerkingspartners ter beschikking worden gesteld. [...]

[...]

§ 5 – Invulling van de samenwerking

[...] De basissoftware wordt kosteloos ter beschikking gesteld. Aanvullende en uitbreidende technische modules worden kosteloos aan de samenwerkingspartners aangeboden.

De aanpassing van de basissoftware en de modules aan eigen processen dient zelfstandig in opdracht te worden gegeven en gefinancierd.

[...] De samenwerkingsovereenkomst is alleen bindend in combinatie met de [terbeschikkingstellings]overeenkomst."

16 ISE ontwikkelt en verkoopt software voor meldkamerbeheer ten behoeve van overheidsinstanties met veiligheidstaken. Zij heeft bij de Vergabekammer Rheinland (voor overheidsopdrachten bevoegde kamer van Rijnland, Keulen, Duitsland) een verzoek ingediend om de terbeschikkingstellingsovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst nietig te verklaren wegens de niet-naleving van de regels inzake overheidsopdrachten. Volgens ISE vormt de betrokkenheid van de stad Keulen bij de doorontwikkeling van de haar kosteloos ter beschikking gestelde software „IGNIS Plus" een voldoende financieel voordeel voor de deelstaat Berlijn, zodat die overeenkomsten een bezwarend karakter hebben.

17 Bij beslissing van 20 maart 2018 heeft de Vergabekammer Rheinland dat verzoek niet-ontvankelijk verklaard op grond dat de genoemde overeenkomsten geen overheidsopdrachten waren aangezien het niet om bezwarende overeenkomsten ging. Meer bepaald ontbreekt aan de betrokken samenwerking de wederkerigheid van prestatie en tegenprestatie.

18 ISE is tegen die beslissing opgekomen bij de verwijzende rechter, het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland). Zij heeft opnieuw aangevoerd dat de samenwerkingsovereenkomst een overeenkomst onder bezwarende titel is aangezien de deelstaat Berlijn zelf financieel voordeel wilde halen uit de terbeschikkingstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde software, daar de stad Keulen de verplichting had om de door haar ontwikkelde aanvullende of uitbreidende softwaremodules kosteloos ter beschikking te stellen. ISE stelt tevens dat de Vergabekammer Rheinland ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten dat de aanschaf van de basissoftware met zich meebrengt dat aan de softwareproducent vervolgopdrachten worden verleend omdat alleen hij de software kan aanpassen en kan zorgen voor service en onderhoud ervan.

19 De stad Keulen verzoekt om bevestiging van de beslissing van die rechter en betoogt onder meer dat indien de samenwerkingsovereenkomst zou worden aangemerkt als een overeenkomst onder bezwarende titel, het om een samenwerking tussen aanbestedende overheden zou gaan die derhalve ingevolge § 108, lid 6, van de wet tegen mededingingsbeperkingen niet onder het aanbestedingsrecht valt.

20 Aangezien de verwijzende rechter twijfelt of de beslissing van de Vergabekammer Rheinland juist is, acht hij het noodzakelijk het Hof vragen te stellen over de uitlegging van richtlijn 2014/24.

21 De eerste prejudiciële vraag strekt ertoe te bepalen of het begrip „overheidsopdracht" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 verschilt van het begrip „opdracht" in artikel 12, lid 4, ervan. Indien dit het geval is, kan een overeenkomst die geen overeenkomst onder bezwarende titel is, worden aangemerkt als „opdracht" in de zin van artikel 12, lid 4, van die richtlijn zonder een overheidsopdracht te vormen, en kan zij derhalve buiten de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten vallen mits aan de voorwaarden onder a) tot en met c) van die bepaling is voldaan.

22 Voorts zet de verwijzende rechter uiteen dat hij de overeenkomst onder bezwarende titel – waarvan ingevolge § 103, lid 1, van de wet tegen mededingingsbeperkingen sprake moet zijn om te kunnen spreken van een overheidsopdracht – in zijn rechtspraak tot dusver ruim heeft uitgelegd, waarbij hij om het even welk juridisch verband tussen wederkerige prestaties voldoende heeft geacht. Hoewel de terbeschikkingstelling van de software „IGNIS Plus" resulteert in een samenwerking waaruit alleen aanspraken voortvloeien wanneer een van de samenwerkingspartners de software met functionaliteiten wil uitbreiden, zou het betrokken aanbod tot samenwerking bijgevolg een bezwarend karakter hebben, ondanks het feit dat toekomstige doorontwikkelingen van die software niet zeker zijn.

23 De verwijzende rechter stelt zich echter de vraag of hij, gelet op het arrest van 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), de in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 opgenomen begrippen „overheidsopdracht" en „overeenkomst onder bezwarende titel" niet enger moet uitleggen dan hij tot dusver heeft gedaan, zodat situaties als die aan de orde in het hoofdgeding er niet onder vallen.

24 Verder moeten de door de stad Keulen gegunde opdrachten voor de aanpassing en het onderhoud van de software „IGNIS Plus" als overeenkomsten onder bezwarende titel worden beschouwd. Het gaat immers om zelfstandige overeenkomsten met derden die afgezonderd kunnen worden van de terbeschikkingstelling van die software.

25 De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op het voorwerp van de in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 bedoelde samenwerking tussen de aanbestedende diensten. Op grond van een vergelijking van de Duitse, de Engelse en de Franse taalversie van deze richtlijn alsmede gelet op de aanhef van overweging 33 ervan, is de verwijzende rechter van oordeel dat ondersteunende activiteiten het voorwerp van die samenwerking kunnen vormen, zonder dat die samenwerking dient plaats te vinden bij het verrichten van de openbare diensten zelf.

26 De derde prejudiciële vraag is gerechtvaardigd omdat het verbod op bevoordeling van een ondernemer in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), aldus werd uitgelegd dat een horizontale samenwerking slechts buiten het aanbestedingsrecht kon vallen wanneer geen enkele particuliere onderneming werd bevoordeeld ten opzichte van haar concurrenten. Artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 bevat echter geen vergelijkbaar verbod, hoewel dit verbod wel wordt genoemd in overweging 33 ervan.

27 Daarop heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is een schriftelijke overeenkomst betreffende de terbeschikkingstelling van software door het ene overheidsorgaan aan het andere overheidsorgaan, waaraan een samenwerkingsovereenkomst is verbonden, een ‚overheidsopdracht' als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn [2014/24], dan wel een overeenkomst als bedoeld in artikel 12, lid 4, daarvan die – in ieder geval in beginsel, behoudens het bepaalde in artikel 12, lid 4, onder a) tot en met c) – binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wanneer de ontvanger van de software hiervoor weliswaar een prijs noch een vergoeding van de kosten hoeft te betalen, maar de met de terbeschikkingstelling van de software verbonden samenwerkingsovereenkomst erin voorziet dat iedere samenwerkingspartner – en dus ook de ontvanger van de software – mogelijke toekomstige, echter niet verplichte eigen doorontwikkelingen van de software kosteloos aan de andere partner ter beschikking stelt?

2) [Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord], moeten op grond van artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 de aan de burger te verlenen openbare diensten, die gezamenlijk moeten worden verleend, zelf voorwerp van de samenwerking tussen de deelnemende

aanbestedende diensten zijn, of is het voldoende dat de samenwerking betrekking heeft op werkzaamheden die op een of andere manier bijdragen aan de openbare diensten die evenzeer moeten worden verleend, maar niet noodzakelijkerwijs gezamenlijk?

3) Geldt binnen het kader van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 een ongeschreven verbod op bevoordeling en, zo ja, wat houdt dit in?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

28 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een overeenkomst die bepaalt dat een aanbestedende dienst software kosteloos ter beschikking stelt aan een andere aanbestedende dienst en die samenhangt met een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan iedere partij bij deze overeenkomst verplicht is om haar mogelijke toekomstige doorontwikkelingen van deze software kosteloos ter beschikking te stellen aan de andere partij, een „overheidsopdracht" vormt in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van die richtlijn, dan wel een „opdracht" in de zin van artikel 12, lid 4, ervan.

29 Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, waarin louter wordt verwezen naar het begrip „opdracht" en niet naar het begrip „overheidsopdracht", erop zouden kunnen wijzen dat het gaat om twee verschillende begrippen. In werkelijkheid mag er echter geen onderscheid tussen deze twee begrippen worden gemaakt.

30 Ten eerste bepaalt artikel 1, dat het „onderwerp en toepassingsgebied" van deze richtlijn vaststelt, in lid 1 immers dat „bij deze richtlijn [...] regels [worden] vastgesteld betreffende procedures voor aanbesteding door aanbestedende diensten met betrekking tot overheidsopdrachten en prijsvragen waarvan de geraamde waarde niet minder bedraagt dan de in artikel 4 [van deze richtlijn] vastgestelde drempels". Hieruit volgt dat deze richtlijn slechts betrekking heeft op overheidsopdrachten en prijsvragen, en niet op opdrachten die niet het karakter van een overheidsopdracht hebben.

31 Ten tweede vermeldt artikel 2, lid 1, van richtlijn 2014/24, waarin een definitie wordt gegeven van de belangrijkste begrippen waarvan de toepasselijkheid van de richtlijn afhangt, nergens het begrip „opdracht" maar alleen de term „overheidsopdrachten", wat erop wijst dat het woord „opdracht" gewoon een afkorting is van het woord „overheidsopdrachten".

32 Ten derde vindt een dergelijke uitlegging steun in het opschrift van artikel 12 van richtlijn 2014/24, dat ziet op overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector. De vermelding van een „opdracht" in artikel 12, lid 4, van deze richtlijn moet dus worden opgevat als een verwijzing naar het begrip „overheidsopdracht" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, ervan.

33 Ten vierde wordt die uitlegging tevens bevestigd door de ontstaansgeschiedenis van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24. Zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen in herinnering heeft gebracht, bevatte haar voorstel van 20 december 2011 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten [COM(2011) 896 definitief] weliswaar een artikel 11 met als opschrift „Betrekkingen tussen overheidsinstanties", waarvan lid 4 bepaalde dat „[e]en overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten [niet] wordt [...] geacht een overheidsopdracht te zijn in de zin van artikel 2, lid 6, van deze richtlijn wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan", maar heeft de Uniewetgever dit voorstel niet gevolgd. Hieruit volgt dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 niet tot gevolg kan hebben dat bij een samenwerking

tussen aanbestedende diensten geen sprake is van een overheidsopdracht. Die bepaling heeft enkel tot gevolg dat de aanbestedingsregels die normaal gesproken van toepassing zouden zijn, voor een dergelijke opdracht niet gelden.

34 Ten vijfde wordt deze uitlegging bevestigd door de analyse van de context van artikel 12 van richtlijn 2014/24, dat in afdeling 3, met als opschrift „Uitsluitingen", van hoofdstuk I staat. Het zou onlogisch zijn dat de Uniewetgever overeenkomsten die geen overheidsopdrachten zijn, zou hebben willen uitsluiten van de regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten. Ten aanzien van dergelijke overeenkomsten zijn de uitsluitingsgronden immers per definitie zonder voorwerp.

35 Hieruit volgt dat de uitsluiting van de regels inzake de aanbesteding van overheidsopdrachten vooronderstelt dat de betrokken overeenkomst een overheidsopdracht is in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, en voorts dat een overheidsopdracht die voldoet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, onder a) tot en met c), van deze richtlijn, haar juridische aard van „overheidsopdracht" behoudt, zelfs wanneer dergelijke regels op deze opdracht niet van toepassing zijn.

36 Bijgevolg valt het in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 vermelde begrip „opdracht" samen met het in artikel 2, lid 1, punt 5, van die richtlijn omschreven begrip „overheidsopdracht".

37 Bijgevolg moet worden vastgesteld of een overeenkomst die bepaalt dat een aanbestedende dienst software kosteloos ter beschikking stelt aan een andere aanbestedende dienst en die samenhangt met een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan iedere partij bij deze overeenkomst verplicht is om haar mogelijke toekomstige doorontwikkelingen van deze software kosteloos ter beschikking te stellen aan de andere partij, een „overheidsopdracht" vormt in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24.

38 Om te beginnen dient in herinnering te worden gebracht dat voor het antwoord op de vraag of een verrichting die uit verschillende handelingen bestaat, als „overheidsopdracht" in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt, deze verrichting in haar geheel moet worden beschouwd en daarbij rekening moet worden gehouden met het doel ervan (zie naar analogie arresten van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, EU:C:2005:670, punt 41, en 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punt 37).

39 Die bepaling definieert „overheidsopdrachten" als schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.

40 Bijgevolg moet een overeenkomst, om als „overheidsopdracht" in de zin van die bepaling te worden aangemerkt, onder bezwarende titel zijn gesloten en dus inhouden dat de aanbestedende dienst die een overheidsopdracht plaatst, op grond daarvan, in ruil voor een tegenprestatie, een prestatie ontvangt die een rechtstreeks economisch belang heeft voor deze aanbestedende dienst. Daarnaast moet deze overeenkomst wederkerig zijn, aangezien dit een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht is (zie naar analogie arrest van 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43).

41 In casu lijkt het bezwarende karakter van de terbeschikkingstellingsovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst ondergeschikt te zijn aan de wederkerigheid van de aldus tot stand gebrachte samenwerking.

42 Aangezien § 5, derde alinea, van de samenwerkingsovereenkomst bepaalt dat die overeenkomst alleen bindend is „in combinatie met de overeenkomst tot terbeschikkingstelling van software", dient bij de beoordeling van de wederkerigheid van het uit die twee overeenkomsten bestaande geheel van overeenkomsten niet alleen rekening te worden gehouden met de bepalingen ervan, maar ook met het regelgevend kader waarin deze overeenkomsten zijn gesloten.

43 Wat dit kader betreft blijkt uit de schriftelijke en de mondelinge opmerkingen van de stad Keulen dat de Duitse regeling inzake brandbeveiliging, technische hulpverlening en rampenbestrijding, alsook de regeling inzake reddingsdiensten, noodinterventie en ambulancevervoer door ondernemingen, de met deze taken belaste Duitse regionale overheden verplicht om het meldkamersysteem op de meest optimale wijze te gebruiken en het voortdurend aan de behoeften aan te passen.

44 Daarvan uitgaande zal het Hof de bewoordingen van het litigieuze geheel van overeenkomsten onderzoeken.

45 In dat verband maken zowel de bewoordingen van de terbeschikkingstellingsovereenkomst als die van de samenwerkingsovereenkomst het bestaan van een tegenprestatie aannemelijk. Ofschoon § 4 van de terbeschikkingstellingsovereenkomst vermeldt dat de terbeschikkingstelling van de software „kosteloos" is, blijkt uit § 1 ervan dat die overeenkomst „langdurig" is. Een terbeschikkingstellingsovereenkomst als die aan de orde in het hoofdgeding, die wordt verondersteld langdurig te zijn, zal – zoals met name ISE ter terechtzitting heeft beklemtoond – noodzakelijkerwijs moeten evolueren om rekening te houden met aanpassingen die dwingend volgen uit nieuwe regelingen, met de ontwikkeling van de organisatie van de hulpdiensten of met de technologische vooruitgang. Volgens de opmerkingen van de stad Keulen ter terechtzitting worden overigens drie of vier keer per jaar belangrijke wijzigingen in die software aangebracht en aanvullende modules toegevoegd.

46 Zoals bepaald in § 2.1 van de terbeschikkingstellingsovereenkomst, wordt de software „IGNIS Plus" bovendien ter beschikking gesteld „in overeenstemming met wat is overeengekomen in de samenwerkings[overeenkomst]", wat erop wijst dat de deelstaat Berlijn aan de terbeschikkingstelling voorwaarden heeft verbonden. De software lijkt dus weliswaar kosteloos, maar niet belangeloos ter beschikking te zijn gesteld.

47 Bovendien beogen partijen volgens § 1 van de samenwerkingsovereenkomst „een gelijkwaardig partnerschap aan te gaan en zijn [zij] zo nodig bereid tot compromissen met betrekking tot de aanpassing van de software aan de betreffende behoeften van de partner, en [...] bereid deze software ter beschikking te stellen van de samenwerkingspartner". De gebruikte formulering wijst er tevens op dat de partijen zich ertoe verbinden de oorspronkelijke versie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde software verder te ontwikkelen wanneer het optimale gebruik van het meldkamersysteem en de voortdurende aanpassing van dat systeem aan de behoeften een dergelijke doorontwikkeling vereisen.

48 Voorts bepaalt § 5 van die overeenkomst dat „[d]e aanpassing van de basissoftware en de modules aan eigen processen [...] zelfstandig in opdracht [dient] te worden gegeven en gefinancierd", waaruit blijkt dat de deelstaat Berlijn financieel belang heeft bij de kosteloze terbeschikkingstelling van die software. Bovendien heeft de stad Keulen, in antwoord op een vraag van het Hof ter terechtzitting, erkend dat een dergelijke overeenkomst alle partijen in staat moet stellen kosten te besparen.

49 Wanneer een van de partijen bij het in het hoofdgeding aan de orde zijnde geheel aan overeenkomsten wijzigingen aanbrengt in de betrokken software en deze niet zou bezorgen aan de andere partij, lijkt die laatste de samenwerkingsovereenkomst of in voorkomend geval de terbeschikkingstellingsovereenkomst te kunnen ontbinden, of zich tot een rechter te kunnen wenden om aanspraak te maken op de aldus aangebrachte aanpassing. De verplichtingen die voortvloeien uit

de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht lijken dus juridisch bindend te zijn, aangezien de uitvoering ervan voor de rechter kan worden afgedwongen (arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punt 62).

50 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter blijkt dus uit de voorgaande overwegingen dat de terbeschikkingstellingsovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst wederkerig zijn, aangezien uit de kosteloze terbeschikkingstelling van de software „IGNIS Plus" een wederkerige verplichting tot doorontwikkeling van die software voortvloeit wanneer het meest optimale gebruik van het systeem voor meldkamerbeheer en de voortdurende aanpassing van dat systeem aan de behoeften een dergelijke doorontwikkeling vereisen, die concreet gestalte krijgt in de financiering van aanvullende modules die vervolgens aan de andere partner kosteloos ter beschikking moeten worden gesteld.

51 Zoals de advocaat-generaal in de punten 59 en 62 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, blijkt hieruit dat de update van de software „IGNIS Plus" de facto onvermijdbaar is, ongeacht het moment waarop deze plaatsvindt, zodat de tegenprestatie niet afhangt van een zuiver potestatieve voorwaarde.

52 Aangezien de aanpassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde software door een van de partners een duidelijk financieel belang heeft voor de andere partner, dient, wanneer de verwijzende rechter tot de slotsom komt dat het geheel van overeenkomsten bestaande uit de terbeschikkingstellingsovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst wederkerig van aard is, te worden geoordeeld dat deze overeenkomsten onder bezwarende titel zijn gesloten en dat dus is voldaan aan de in punt 40 van dit arrest in herinnering gebrachte voorwaarden waaronder er sprake is van een overheidsopdracht.

53 Bijgevolg dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een overeenkomst die bepaalt dat een aanbestedende dienst software kosteloos ter beschikking stelt aan een andere aanbestedende dienst en die samenhangt met een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan iedere partij bij deze overeenkomst verplicht is om haar mogelijke toekomstige doorontwikkelingen van deze software kosteloos ter beschikking te stellen aan de andere partij, een „overheidsopdracht" vormt in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 wanneer zowel uit de bewoordingen van die overeenkomsten als uit de toepasselijke nationale regeling blijkt dat de software in beginsel aanpassingen zal ondergaan.

Tweede vraag

54 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van de in die richtlijn neergelegde regels inzake openbare aanbestedingen wanneer die samenwerking betrekking heeft op nevenactiviteiten van de openbare diensten die door iedere deelnemer aan de samenwerking – zelfs individueel – moeten worden geleverd, voor zover die nevenactiviteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verrichting van deze openbare diensten.

55 In de eerste plaats dient te worden vastgesteld of artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 aanbestedende diensten toestaat om een samenwerking aan te gaan met betrekking tot taken van algemeen belang die zij niet gezamenlijk verrichten.

56 Uit deze bepaling volgt dat een overheidsopdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt wanneer de opdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen.

57 Zoals de advocaat-generaal in punt 71 van zijn conclusie heeft opgemerkt, verwijst die bepaling alleen naar gezamenlijke doelstellingen; zij verlangt niet dat een openbare dienst gezamenlijk wordt verricht. Zoals immers blijkt uit overweging 33, eerste alinea, van richtlijn 2014/24, „[hoeven] [d]e diensten die door de verschillende [aan een dergelijke samenwerking] deelnemende instanties worden verleend [...] niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn; zij kunnen ook complementair zijn". Het is dus niet absoluut noodzakelijk dat de taak van algemeen belang gezamenlijk wordt uitgevoerd door de publiekrechtelijke personen die aan de samenwerking deelnemen.

58 Hieruit volgt dat artikel 12, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het de deelnemende aanbestedende diensten zonder onderscheid toestaat om zowel gezamenlijk als elk afzonderlijk een taak van algemeen belang te verrichten, mits hun samenwerking het mogelijk maakt hun gemeenschappelijke doelstellingen te verwezenlijken.

59 In de tweede plaats vloeit uit artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 33, eerste alinea, ervan, voort dat een samenwerking tussen publiekrechtelijke personen betrekking kan hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met de uitvoering van diensten en met de uitoefening van verantwoordelijkheden die aan de deelnemende aanbestedende diensten zijn toevertrouwd of door hen zijn aanvaard.

60 Vastgesteld dient te worden dat de uitdrukking „alle soorten activiteiten" ook betrekking kan hebben op een nevenactiviteit van een openbare dienst, voor zover deze nevenactiviteit bijdraagt aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de taak van algemeen belang die het voorwerp vormt van de samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten. In overweging 33, derde alinea, van richtlijn 2014/24 valt immers te lezen dat bij een samenwerking tussen openbare diensten „[...] niet vereist [is] dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie".

61 Bovendien is het niet zeker of software als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde, die wordt gebruikt om de werkzaamheden van brandweerlieden in het kader van brandbestrijding, technische hulpverlening, noodgevallen en rampenbestrijding te coördineren en die onontbeerlijk lijkt te zijn voor de verwezenlijking van die taken, kan worden aangemerkt als louter een nevenactiviteit. Het staat echter aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

62 Op de tweede vraag dient bijgevolg te worden geantwoord dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van de in die richtlijn neergelegde regels inzake openbare aanbestedingen wanneer die samenwerking betrekking heeft op nevenactiviteiten van de openbare diensten die door iedere deelnemer aan de samenwerking – zelfs individueel – moeten worden geleverd, voor zover die nevenactiviteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verrichting van deze openbare diensten.

Derde vraag

63 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 33 en artikel 18, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten. Tevens wenst hij te vernemen wat dit beginsel inhoudt.

64 Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt, vloeit uit de rechtspraak van het Hof inzake richtlijn 2004/18 voort dat de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten niet van toepassing waren op overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brachten die ertoe strekte de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rustte, voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen waren gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter werd bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en die samenwerking uitsluitend werd beheerst door overwegingen en eisen die verband hielden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang. Dergelijke overeenkomsten konden enkel buiten de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen indien deze overeenkomsten cumulatief aan alle criteria voldeden (zie in die zin arresten van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817, punten 34-36, en 13 juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punten 36-38).

65 Hoewel het voor de aan een samenwerking deelnemende aanbestedende diensten geldende verbod om een particuliere onderneming te bevoordelen ten opzichte van haar concurrenten niet is opgenomen in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, heeft de Uniewetgever geenszins afstand willen nemen van de in het voorgaande punt aangehaalde rechtspraak van het Hof.

66 Ten eerste staat in overweging 31 van richtlijn 2014/24 niet alleen te lezen dat „[e]r [...] een grote rechtsonzekerheid [is] met betrekking tot de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op opdrachten tussen entiteiten in de openbare sector", en er derhalve behoefte is aan verduidelijkingen in dat verband, maar ook dat die verduidelijkingen op de beginselen uit de relevante rechtspraak van het Hof moeten zijn gebaseerd. Hieruit volgt dat de Uniewetgever de rechtspraak van het Hof op dit punt niet ter discussie wilde stellen.

67 Ten tweede blijkt uit overweging 33, tweede alinea, van die richtlijn dat opdrachten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten niet onderworpen dienen te zijn aan de voorschriften van onderhavige richtlijn, mits zij uitsluitend tussen aanbestedende diensten zijn gegund en deze samenwerking uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat geen enkele particuliere onderneming wordt bevoordeeld ten opzichte van haar concurrenten, wat in wezen overeenstemt met de stand van de in punt 64 van dit arrest vermelde rechtspraak van het Hof betreffende artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18.

68 Ten derde vloeit uit het antwoord op de eerste vraag voort dat bij een samenwerking tussen aanbestedende diensten die voldoet aan de voorwaarden van artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 nog steeds sprake is van een „overheidsopdracht" in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, ervan, wat betekent dat artikel 18 van deze richtlijn, waarin de beginselen voor de aanbesteding van overheidsopdrachten zijn neergelegd, in elk geval toepassing vindt op dit soort samenwerking.

69 Artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen en op een transparante en proportionele wijze moeten handelen, en voorts dat overheidsopdrachten niet mogen worden opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van de werkingssfeer van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoor- of te benadelen.

70 Bijgevolg is het niet bepalend dat in artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 niet wordt vermeld dat een particuliere dienstverlener in het kader van een samenwerking tussen aanbestedende diensten niet in een bevoorrechte situatie mag worden geplaatst ten opzichte van zijn concurrenten, hoe betreurenswaardig het ontbreken van die vermelding ook is, met name vanuit het oogpunt van het rechtszekerheidsbeginsel, dat een fundamenteel beginsel van Unierecht is en met name verlangt dat een regeling duidelijk en nauwkeurig omschreven is, opdat de justitiabelen hun rechten en verplichtingen ondubbelzinnig kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen

treffen (arresten van 9 juli 1981, Gondrand en Garancini, 169/80, EU:C:1981:171, punt 17; 13 februari 1996, Van Es Douane Agenten, C-143/93, EU:C:1996:45, punt 27, en 14 april 2005, België/Commissie, C-110/03, EU:C:2005:223, punt 30).

71 In casu heeft de deelstaat Berlijn de software „IGNIS Plus" gekocht bij Sopra Steria Consulting en vervolgens kosteloos ter beschikking gesteld aan de stad Keulen.

72 Zoals ISE heeft aangevoerd, zonder ter terechtzitting voor het Hof te zijn tegengesproken door de stad Keulen, is de aanpassing van deze software een zeer complex proces waarvan de economische waarde veel groter is dan die van de oorspronkelijke aanschaf van de basissoftware. Volgens ISE heeft de stad Keulen de kosten voor de aanpassing van die software nu al geschat op 2 miljoen EUR, terwijl de deelstaat Berlijn een vooraankondiging heeft gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* met het oog op de doorontwikkeling van de software „IGNIS Plus" voor een bedrag van 3,5 miljoen EUR. Volgens ISE is het economische belang dus niet gelegen in de aanschaf of de verkoop van de basissoftware, maar in het latere stadium van de aanpassing, het onderhoud – waarvan de kosten 100 000 EUR per jaar zouden bedragen – en de doorontwikkeling ervan.

73 Volgens ISE zijn de opdrachten voor de aanpassing, het onderhoud en de doorontwikkeling van de basissoftware in de praktijk uitsluitend voorbehouden aan de producent van die software, aangezien voor de doorontwikkeling ervan niet alleen de broncode van de software nodig is, maar ook andere kennis inzake de doorontwikkeling van die broncode.

74 In dat verband dient te worden benadrukt dat een aanbestedende dienst, wanneer hij voornemens is een aanbesteding uit te schrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van software die bij een marktdeelnemer is gekocht, ervoor moet zorgen dat aan de potentiële gegadigden en inschrijvers voldoende informatie wordt meegedeeld om een daadwerkelijke mededinging op de afgeleide markt voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van die software mogelijk te maken.

75 Om de naleving van de in artikel 18 van richtlijn 2014/24 neergelegde aanbestedingsbeginselen te waarborgen, staat het in casu aan de verwijzende rechter om na te gaan, ten eerste, of zowel de deelstaat Berlijn als de stad Keulen beschikt over de broncode van de software „IGNIS Plus", ten tweede, of deze aanbestedende diensten, wanneer zij een aanbesteding uitschrijven voor het onderhoud, de aanpassing of de doorontwikkeling van deze software, die broncode meedelen aan potentiële gegadigden en inschrijvers en, ten derde, of de toegang tot alleen deze broncode volstaat om te waarborgen dat de marktdeelnemers die belang hebben bij de gunning van de betrokken opdracht op een transparante, gelijke en niet-discriminerende wijze worden behandeld.

76 Gelet op een en ander dient op de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 33, tweede alinea, en artikel 18, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten.

Kosten

77 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, moet aldus worden uitgelegd dat een overeenkomst die bepaalt dat een aanbestedende dienst software kosteloos ter beschikking stelt aan een andere aanbestedende dienst en die samenhangt met een samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan iedere partij bij deze overeenkomst verplicht is om haar mogelijke toekomstige doorontwikkelingen van deze software kosteloos ter beschikking te stellen aan de andere partij, een „overheidsopdracht" vormt in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 wanneer zowel uit de bewoordingen van die overeenkomsten als uit de toepasselijke nationale regeling blijkt dat de software in beginsel aanpassingen zal ondergaan.**

2) **Artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24 moet aldus worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van de in die richtlijn neergelegde regels inzake openbare aanbestedingen wanneer die samenwerking betrekking heeft op nevenactiviteiten van de openbare diensten die door iedere deelnemer aan de samenwerking – zelfs individueel – moeten worden geleverd, voor zover die nevenactiviteiten bijdragen aan de daadwerkelijke verrichting van deze openbare diensten.**

3) **Artikel 12, lid 4, van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 33, tweede alinea, en artikel 18, lid 1, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat een samenwerking tussen aanbestedende diensten overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten.**

ondertekeningen