

Anmerkung zu:	EuGH 4. Kammer, Urteil vom 28.05.2020 - C-796/18
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA und FA für Vergaberecht, Dr. Florian Wolf, RA
Erscheinungsdatum:	11.08.2020
Quelle:	
Normen:	§ 108 GWB, § 135 GWB, 12016E267, EGRL 18/2004, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 8/2020 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Wolf, jurisPR-VergR 8/2020 Anm. 1

Horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber

Tenor

- 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“ i.S.v. 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.**

A. Problemstellung

Der EuGH beschäftigt sich mit der Auslegung von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberichtlinie). Dieser sieht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie vor, wenn es zu einer Zusammenarbeit voneinander unabhängiger öffentlicher Auftraggeber kommt (horizontale

Zusammenarbeit). Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie wurde im deutschen Recht in § 108 Abs. 6 GWB umgesetzt. Problematisch an der Vorschrift ist vor allem die Frage, welche Anforderungen an eine solche privilegierte Zusammenarbeit zu stellen sind. Dazu trifft das Urteil einige Klarstellungen. Zudem enthält die Entscheidung Aussagen dazu, wann ein Auftrag entgeltlich i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Vergaberichtlinie ist und inwiefern auch im Rahmen der horizontalen Zusammenarbeit das sog. Besserstellungsverbot berücksichtigt werden muss.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Im Ausgangsverfahren hatte ursprünglich das Land Berlin mit einem privaten Unternehmen einen Vertrag über die Bereitstellung einer Software zur Verfolgung von Einsätzen der Feuerwehr abgeschlossen. Diese Software besteht aus einem Grundprodukt, das regelmäßig gewartet und weiterentwickelt wird, sowie ergänzenden Modulen. Später schloss das Land Berlin mit der Stadt Köln einen Vertrag über die unentgeltliche und dauerhafte Überlassung dieser Software (Überlassungsvertrag). In einer weiteren, mit dem Überlassungsvertrag verknüpften Vereinbarung verpflichteten sich das Land Berlin und die Stadt Köln wechselseitig, ergänzende und aufbauende Softwaremodule, die durch einen Vertragspartner möglicherweise beschafft werden, dem jeweils anderen Kooperationspartner kostenfrei zur Verfügung zu stellen (Kooperationsvertrag). Nachdem ein Wettbewerber des beauftragten Software-Unternehmens hiervon Kenntnis erlangte, stellte er einen Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Überlassungs- und Kooperationsverträge bei der Vergabekammer Rheinland, der wegen einer angenommenen Unentgeltlichkeit der Verträge als unzulässig abgelehnt wurde. Dagegen legte der Antragsteller beim OLG Düsseldorf sofortige Beschwerde ein. Das OLG Düsseldorf hat das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.11.2018 – Verg 25/18).

Das Oberlandesgericht wollte zunächst wissen, ob Überlassungsvertrag und Kooperationsvertrag entgeltliche Verträge i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Vergaberichtlinie sind. Das war deswegen fraglich, weil die Gegenleistung der Stadt Köln für die Überlassung der Software nach dem Überlassungsvertrag keine Kaufpreiszahlung war. Es bestand lediglich nach dem Kooperationsvertrag das Versprechen, zukünftig möglicherweise beschaffte Ergänzungsmodule dem Land Berlin kostenlos zur Verfügung zu stellen.

Der EuGH stellt bei der Beantwortung dieser Vorlagefrage zunächst klar, dass der Begriff „Vertrag“ in Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie mit dem Begriff „öffentlicher Auftrag“ nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Vergaberichtlinie gleichbedeutend ist, also eine Entgeltlichkeit voraussetzt. Ist keine Entgeltlichkeit gegeben, findet die Richtlinie bereits keine Anwendung, und es kommt auf die weiteren Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie nicht mehr an. Diese Klarstellung war erforderlich, weil das OLG Düsseldorf es in seinem Vorlagebeschluss für möglich gehalten hatte, dass die Richtlinie eine horizontale Zusammenarbeit auch dann regelt, wenn diese unentgeltlich geschieht. Das hat der Gerichtshof klar verneint.

Zu den Anforderungen an die „Entgeltlichkeit“ eines Vertrags führt der Gerichtshof sodann aus, dass diese zwei Voraussetzungen hat: Die Vertragspartner müssen für ihre Leistung eine Gegenleistung erhalten, die für sie von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse ist. Zudem muss der Vertrag synallagmatisch sein. Das, so der EuGH, ist unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und der Zielsetzung des Vertrags zu ermitteln. Sowohl die Bestimmungen des Vertrags als auch das Regelungsumfeld sind dabei zu berücksichtigen. In dem Ausgangsverfahren lag die Besonderheit der Vertragskonstellation darin, dass das Land Berlin die Software der Stadt Köln zwar unentgeltlich überließ, diese sich aber in einem zweiten Vertrag verpflichtete, mögliche Weiterentwicklungen dem Land Berlin ebenfalls unentgeltlich zur Verfügung zu stellen. Da die Stadt Köln diese Weiterentwicklungen bei dem Hersteller der Ausgangssoftware entgeltlich beschaffen muss-

te, hatten diese für das Land Berlin einen Geldwert. Zudem war es wegen der gesetzlichen Pflicht zur dauerhaften Modernisierung von verwendeter Leitstellensoftware „praktisch unumgänglich“, dass die Stadt Köln während der Vertragslaufzeit Weiterentwicklungen beauftragt. Der Überlassung der Software stand damit eine Gegenleistung mit wirtschaftlichem Wert gegenüber. Die Verträge waren somit entgeltlich.

Mit seiner zweiten Vorlagefrage wollte das OLG Düsseldorf wissen, ob es sich bei den Überlassungs- und Kooperationsverträgen um eine „Zusammenarbeit“ i.S.d. Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Vergaberichtlinie handele. Das war nicht vollständig klar, weil Gegenstand der Zusammenarbeit nicht unmittelbar die zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen selbst, also die Feuerwehr- und Rettungsdienstleistungen waren. Beide Träger übten diese Dienste selbstständig und nicht in Zusammenarbeit mit dem jeweils anderen aus. Gegenstand der Zusammenarbeit war lediglich die Überlassung und Weiterentwicklung der Einsatzleitstellensoftware, die nur Hilfscharakter hatte.

Der Gerichtshof hat in dieser Vorlagefrage zwei (nicht wirklich trennbare) Rechtsfragen erkannt. Zunächst hat er die Frage beantwortet, ob die Ausnahmevorschrift voraussetzt, dass die beiden öffentlichen Auftraggeber die öffentliche Aufgabe – hier also Leistungen der Feuerwehr, des Rettungsdienstes etc. – gemeinsam ausüben. Der EuGH hat ein Erfordernis der gemeinsamen Ausübung der öffentlichen Aufgabe abgelehnt. Der Wortlaut der Vorschrift und Erwägungsgrund 33 verlangen lediglich, dass das Ziel der Zusammenarbeit ein gemeinsames sein muss. Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Vergaberichtlinie ist daher dahin auszulegen, dass er die beteiligten öffentlichen Auftraggeber ermächtigt, sowohl gemeinsam als auch jeweils allein eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen. Anschließend stellt der EuGH fest, dass die Zusammenarbeit auch Tätigkeiten erfassen kann, die lediglich akzessorischen Charakter besitzen. Sie müssen nur zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beitragen. Die Weiterentwicklung des Softwareprogramms, welches durch die Kooperationspartner jeweils einzeln erfolgt, und die anschließende kostenfreie Überlassung an den anderen sind daher als Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Vergaberichtlinie anzusehen.

Die dritte Vorlagefrage bezog sich stärker auf die wettbewerbliche Situation des Antragstellers im Ausgangsverfahren. Schließlich war es dieses Softwareunternehmen, das sich im Wettbewerb mit dem Lieferanten der ursprünglichen Software benachteiligt sah. Es hatte im Verfahren vor dem EuGH geltend gemacht, dass die Anpassung, die Pflege und die Weiterentwicklung der Basissoftware in der Praxis ausschließlich dem Lieferanten dieser Software vorbehalten sei, da die Weiterentwicklung es erfordere, nicht nur über den Quellcode der Software, sondern auch über weitere Kenntnisse über dessen Weiterentwicklung zu verfügen. Mit der Überlassung der Software an die Stadt Köln durch das Land Berlin war daher aus Sicht des Antragstellers vorbestimmt, dass auch die – finanziell weitaus bedeutenderen – Pflege- und Weiterentwicklungsleistungen vom Lieferanten der ursprünglichen Software erbracht werden. Dieses Problem erkannte auch das Oberlandesgericht. Da aber Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie – anders als die Rechtsprechung des EuGH zur Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG – kein Besserstellungsverbot vorsieht, fragte es den EuGH, ob dieses auch im Rahmen der Richtlinie von 2014 gelte und, wenn ja, mit welchem Inhalt.

Der EuGH hat zu dieser dritten Vorlagefrage entschieden, dass das richterrechtliche Besserstellungsverbot auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie gilt. Das begründet der Gerichtshof zunächst mit Erwägungsgrund 33, gemäß dem kein privater Dienstleister durch die horizontale Zusammenarbeit einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhalten darf. Der Gerichtshof äußert dabei auch klaren Unmut darüber, dass das Besserstellungsverbot im Rahmen der Richtlinienreform nicht in die Vorschrift aufgenommen wurde. Diese Auslassung sei insbesondere im Hinblick auf den Grundsatz der Rechtssicherheit, der nach der Rechtsprechung ein

grundlegendes Prinzip des Unionsrechts darstellt, bedauerlich. Anschließend argumentiert der EuGH zur Unterstützung seiner Auffassung zusätzlich, das Besserstellungsverbot folge auch aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit sowie dem Umgebungsverbot in Art. 18 der Vergaberichtlinie, der auf Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie Anwendung finde. Zum Regelungsgehalt des Besserstellungsverbots sind die Ausführungen dann eher kurz. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob das Land Berlin und die Stadt Köln über den Quellcode der Software verfügen und diesen im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potenziellen Bietern übermitteln könnten, um so ggf. sicherzustellen, dass an dem betreffenden Auftrag interessierte Bieter transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden. Was die Rechtsfolge ist, wenn das vorlegende Gericht diese Frage verneint, lässt der EuGH indes offen.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung enthält einige Klarstellungen mit Blick auf den Anwendungsbereich von Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie bzw. § 108 Abs. 6 GWB.

Der EuGH bestätigt zunächst sein weites Verständnis des Begriffs der Entgeltlichkeit i.S.d. Art. 2 Abs. 5 der Vergaberichtlinie (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 18.10.2018 - C-606/18 Rn. 31 „IBA Molecular Italy“ m.w.N.). Demnach ist es nicht erforderlich, dass die Gegenleistung für die Ausführung eines Auftrags eine Geldleistung ist (vgl. EuGH, Urt. v. 02.07.2001 - C-399/09 Rn. 76 ff. „Teatro alla Bicocca“). In der vorliegenden Rechtssache bestätigt der Gerichtshof diese Rechtsprechung und wendet sie im Ergebnis auch konsequent auf den Fall an. Es spielt keine Rolle, dass die eigentliche Überlassung der Software unentgeltlich erfolgte, weil das Land Berlin im Gegenzug einen vertraglich verknüpften und einklagbaren Anspruch auf kostenfreie Überlassung der (äußerst wahrscheinlichen) Weiterentwicklungen durch die Stadt Köln hatte.

Ein wesentlicher neuer Aspekt der Entscheidung ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Zusammenarbeit“. Der Gerichtshof folgt im vorliegenden Urteil einem weiten Verständnis. Es ist bereits ausreichend, wenn die Parteien der Zusammenarbeit jede für sich die ihnen obliegenden, öffentlichen Aufgaben selbstständig erbringen. Die Zusammenarbeit kann sich unmittelbar auf die öffentliche Aufgabe beziehen, muss es aber nicht. Das folgert der EuGH aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Vergaberichtlinie, nach dem durch die Zusammenarbeit die Erreichung „gemeinsamer Ziele“ sichergestellt werden soll. Es wird also gerade keine gemeinsame Aufgabenerfüllung verlangt. Dieses Ergebnis der Wortlautauslegung ist zwar nicht zwingend, erweitert aber im Ergebnis die Spielräume bei einer horizontalen Zusammenarbeit. Damit kann die Zusammenarbeit – quasi denklogisch – auch akzessorische Tätigkeiten erfassen, wie der EuGH ausdrücklich ausführt. Eine Zusammenarbeit im Sinne der Vorschrift kann nach dem Urteil des Gerichtshofes damit auch in Fällen vorliegen, in denen beide Kooperationspartner die ihnen obliegende Aufgabe völlig selbstständig ausführen und sich die Kooperation nur auf eine Hilfstätigkeit bezieht. Diese muss lediglich zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beitragen.

Der Begriff „Zusammenarbeit“ unterliegt allerdings auch Grenzen, die der EuGH wenige Tage nach der vorliegenden Entscheidung in der Rechtssache „Remondis II“ (EuGH, Urt. v. 04.06.2020 - C-429/19) präzierte. In dem Fall ging es um einen Zweckverband, der öffentlicher Auftraggeber ist und Restabfälle entsorgt. Mit einem Landkreis hatte der Zweckverband vereinbart, dass der Landkreis 20 % der Siedlungsabfälle des Zweckverbands verwerten und entsorgen solle. Der EuGH kam dort zu dem Ergebnis, dass keine Zusammenarbeit nach Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie vorlag. Die beiden öffentlichen Auftraggeber seien nämlich zum einen nach nationalem Recht in ihrem jeweiligen Gebiet allein für die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich. Zum anderen bestehe die Kooperation lediglich darin, dass einer der notwendigen Ar-

beitsgänge vom anderen Vertragspartner gegen Entgelt ausgeführt werde. Das reiche nicht für eine Zusammenarbeit im Sinne der Vorschrift. In beiden Fällen, C-796/18 und C-429/19, waren die öffentlichen Auftraggeber also jeweils alleine in ihrem Gebiet für die öffentliche Aufgabe verantwortlich und wurden auch bei der Aufgabendurchführung jeweils alleine tätig. Allerdings oblag es im hier besprochenen Fall aufgrund der Kooperationsvereinbarung beiden Parteien, dem jeweils anderen die Weiterentwicklung der Software kostenlos zu überlassen, so dass auch beide Auftraggeber gemeinsam das Ziel verfolgten, eine moderne Software für Feuerwehreinsätze zu nutzen (was der Gerichtshof so klar nicht formuliert). Ein entsprechendes gemeinsames Ziel, welches durch gegenseitiges Erbringen von Dienstleistungen gefördert wird, bestand in der Rechtsache „Remondis II“ nicht.

Nur teilweise hilfreich sind hingegen die Ausführungen des EuGH bei der Beantwortung der dritten Vorlagefrage. Den ersten Teil der Frage, ob das Besserstellungsverbot auch bei Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie gelte, hat der Gerichtshof eindeutig bejaht. Das Argument des EuGH, das Besserstellungsverbot folge aus den allgemeinen Grundsätzen des Art. 18 Abs. 1 der Vergaberichtlinie, führt er allerdings nicht weiter aus. Es bleibt unklar, welcher Grundsatz der Vorschrift aus Sicht des Gerichtshofes maßgeblich ist. Am nächsten liegt das Umgehungsverbot des Art. 18 Abs. 1 Satz 2 der Vergaberichtlinie, das Vertragskonstruktionen verhindern soll, bei denen eigentlich auszuschreibende Leistungen dem Markt entzogen werden. Im Ergebnis ist dem EuGH zuzustimmen, weil der Richtliniengeber – wie der Gerichtshof auch zutreffend ausführt – in Erwägungsgrund 33 klargestellt hat, dass durch Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie kein privater Dienstleister gegenüber seinen Wettbewerbern einen Vorteil erlangen soll. Allerdings zeigt dieses Urteil des EuGH auch einmal mehr, dass die Grenzen zwischen Gesetzestext und Erwägungsgründen bei den Vergaberichtlinien zunehmend verschwimmen, wenn der Gerichtshof ein ungeschriebenes Besserstellungsverbot den Erwägungsgründen entnimmt, für das der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie selbst aber keinerlei Anhaltspunkte bietet.

Weniger klar ist dann die Antwort des EuGH auf den zweiten Teil der dritten Vorlagefrage. Das OLG Düsseldorf hatte den Gerichtshof gebeten, zu konkretisieren, welchen Inhalt das Besserstellungsverbot hat. Das Urteil bleibt hier hinter seinen Möglichkeiten zurück, indem es klare Aussagen vermeidet, wie sich das Besserstellungsverbot konkret auswirkt. Dem OLG Düsseldorf wird lediglich die Prüfung aufgegeben, ob die Wartungs- und Weiterentwicklungsleistungen auch an einen Wettbewerber (z.B. den Antragsteller) vergeben werden könnten, indem die beiden öffentlichen Auftraggeber diesem den Quellcode übergeben. Der EuGH lässt aber offen, welche Folge es hätte, wenn die Prüfung des OLG Düsseldorf zu einem negativen Ergebnis gelangt. Der Gerichtshof weist in seinem Urteil darauf hin, dass das Besserstellungsverbot in der Rechtsprechung zu den Vorgängerrichtlinien eine Tatbestandsvoraussetzung für die Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien, horizontalen Zusammenarbeit war. Das spricht dafür, dass der Gerichtshof den Ausnahmetatbestand in Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie für nicht einschlägig hält, wenn gegen das Besserstellungsverbot verstoßen wird. Unmittelbare Konsequenz wäre, dass Überlassungs- und Kooperationsvertrag rechtswidrig de facto vergeben wurden. Es wäre hilfreich gewesen, wenn der EuGH diese Rechtsfolge ausdrücklich bestätigt hätte. Darüber hinaus bleibt zunächst unbeantwortet, ob in einem Fall, in dem aufgrund der Fristen des § 135 Abs. 2 GWB die Unwirksamkeit der rechtswidrigen de facto-Vergabe nicht mehr festgestellt werden kann, das Besserstellungsverbot noch Wirkung entfaltet. Damit die Benachteiligung eines privaten Wettbewerbers in einem solchen Fall nicht dauerhaft fortbesteht, könnten die öffentlichen Auftraggeber gezwungen sein, zu einem bestimmten Zeitpunkt die rechtswidrig vergebene Leistung neu auszuschreiben, um den Markt erneut zu öffnen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung schafft mehr Rechtssicherheit für die horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber nach § 108 Abs. 6 GWB. Bei einer solchen Zusammenarbeit sind Vertragsschlüsse zwischen den Kooperationspartnern ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens auch dann möglich, wenn sich diese Zusammenarbeit lediglich auf unterstützende Tätigkeiten bezieht, die eigentliche öffentliche Aufgabe aber von den Kooperationspartnern jeweils selbstständig ausgeführt wird. Gegenstand der Zusammenarbeit muss aber weiterhin eine echte Kooperation sein. Ein bloßer Austausch von Leistungen gegen eine Geldzahlung stellt weiterhin eine vergaberechtsrelevante Beschaffung dar, wie der EuGH in der Rechtssache „Remondis II“ klargestellt hat. Ist die Kooperation hingegen unentgeltlich, erhält also ein Kooperationspartner für seine Leistungen keine synallagmatisch verknüpfte Gegenleistung, die für ihn einen wirtschaftlichen Wert hat, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie bereits nicht eröffnet, und die weiteren Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 4 der Vergaberichtlinie müssen nicht geprüft werden.

Hinsichtlich der Auswirkungen des Besserstellungsverbots gibt es hingegen noch keine klaren Vorgaben des EuGH, die in der Praxis zu beachten wären. Hier wird vor allem entscheidend sein, wie das OLG Düsseldorf mit den Vorgaben des Gerichtshofs umgeht. Ist es den öffentlichen Auftraggebern rechtlich oder technisch nicht möglich, den Markt durch eine Weitergabe des Quellcodes an Wettbewerber zu öffnen, wird das Gericht eine Antwort darauf finden müssen, wie es dem Besserstellungsverbot zur Geltung verhelfen kann. Konsequenterweise müsste es die Verträge für unwirksam erklären oder – falls das aufgrund der Fristen des § 135 Abs. 2 GWB nicht mehr möglich ist – entscheiden, ob die Auftraggeber gezwungen sind, die betroffenen Leistungen in einem bestimmten Zeitraum erneut auszuschreiben.