

LESSIAK & PARTNER

rechtsanwälte

Börseplatz-Börsegasse 10
A-1010 Wien
Tel +43 (1) 533 23 00-30
Fax +43 (1) 533 23 00-90
lawyers@lessiak.at
DVR 1016105

Kooperation von:

Dr. Rudolf Lessiak
Rechtsanwalts GmbH

Dr. Gerald Michl
Rechtsanwalt em

Dr. Philipp Pelz
Rechtsanwalts GmbH

Vergaberechtsfreie Kooperation öffentlicher Auftraggeber

von

Dr. Rudolf Lessiak

Rechtsanwalt in Wien

Vortrag vom 12.10.2017
Vergabeforum 2017

I. Ausgangslage

Thema meines Vortrags¹ ist ein Teilaspekt der Frage, unter welchen Bedingungen öffentliche Auftraggeber zusammenarbeiten können, ohne dem Vergaberegime zu unterliegen.

Denn bekanntlich ändert sich grundsätzlich an der vergaberechtlichen Beurteilung nichts durch den Umstand, dass nicht nur der Auftraggeber, sondern auch der Auftragnehmer ein öffentlicher Auftraggeber ist.

In diesem Vortrag geht es um die Voraussetzungen vergaberechtsfreier horizontaler Zusammenarbeit, sohin nicht um die Fälle institutioneller Zusammenarbeit, insbesondere durch gemeinsame Gründung eines öffentlichen Unternehmens und auch nicht um die sonstigen Fälle vergaberechtsfreier in-house-Vergabe, daher auch nicht um die „horizontale in-house-Vergabe“².

Ausgangsfall ist sohin die Zusammenarbeit zwischen zwei (oder mehreren) öffentlichen Auftraggebern auf vertraglicher Grundlage, die den Leistungsaustausch zwischen diesen öffentlichen Auftraggebern regelt.

Praktischer Hauptanwendungsfall ist die Zusammenarbeit zwischen Kommunen (aus der ich auch gleich meinen Beispielsfall im Bereich der Abfallentsorgung beziehe) aber selbst verständlich auch die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, Ländern untereinander oder wo sonst immer Bedarf besteht, dass öffentliche Stellen die ihnen übertragenen Aufgaben mit „eigenen Mitteln“ erledigen, sohin dafür nicht den externen wettbewerblichen Markt betreten.

¹ Auslöser für diese Themenwahl war ein von Herrn o.Univ.-Prof. Aicher, Kollegen Müller-Wrede/Berlin und mir gemeinsam für einen öffentlichen Auftraggeber verfasstes (unveröffentlichtes) Positionspapier zur Zulässigkeit einer vergaberechtsfreien Kooperation öffentlicher Auftraggeber. Zwar wurde jene Arbeit vor Veröffentlichung eines Entwurfs zum BVergG 2017, jedoch bereits nach Umsetzung der VergabeRL 2014/24/EU im (deutschen) GWB verfasst. Da der nunmehr vorliegende Entwurf des BVergG 2017 ebenso wie das GWB den für diesen Vortrag einschlägigen Art 12 Abs 4 und 5 der RL inhaltlich praktisch unverändert übernimmt, war dieses Positionspapier für meinen Vortrag eine wertvolle Hilfe, vor allem in der umfassenden und präzisen Darlegung der deutschen Lehre und Judikatur durch Kollegen Müller-Wrede, auf die ich mich daher in meinem Vortrag mehrfach beziehe.

² Vgl etwa jüngst VwGH 29.06.2017, Ro 2017/04/005 zum Fall einer horizontalen in-house-Vergabe, die (wenn man der Presse, 2017/38/04 folgt) das Ende des „Herzerlbaums“ am Wiener Christkindlmarkt nach sich zog.

II. Umsetzung der Judikatur in RL und BVergG 2017

Dass die Mitgliedstaaten gerade nicht verpflichtet sind, die zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigten Leistungen am externen wettbewerblichen Markt zu beschaffen, betont EW 5 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VergabeRL) in Übereinstimmung mit dem EuGH³, der stets die Freiheit der „öffentlichen Auftraggeber“ unterstrichen hat, ihre Gemeinwohlaufgaben mit eigenen Mitteln zu erledigen, ohne für die Beschaffung dieser Leistungen den wettbewerblich organisierten Markt der Privatwirtschaft zu betreten.

Für eine dieser Möglichkeiten, die vergaberechtsfreie, horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber war 2014 ein spannendes Jahr.

Zunächst wurde im Amtsblatt vom 28.03.2014 die neue Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VergabeRL) publiziert⁴. Sie regelt in Art 12 Abs 4 die Voraussetzungen einer vergaberechtsfreien vertraglichen Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern. Dabei übernimmt die Richtlinie Grundsätze der bisher zu diesem Thema ergangenen Leitentscheidungen des EuGH⁵, die sie zugleich konkretisiert und wohl auch verändert.

In Österreich harrt diese Richtlinie bekanntlich mit einem Verzug von inzwischen rund eineinhalb Jahren ihrer Umsetzung durch das BVergG 2017. Im BVergG 2017 erfolgt diese Umsetzung in § 10 Abs 3 (und Abs 4) durch praktisch inhaltsgleiche (nur geringfügig umformulierte) Übernahme des Textes der Richtlinie.

Der österreichische Gesetzgeber folgt hier dem Beispiel des deutschen Gesetzgebers, der ebenso den Text der Richtlinie inhaltlich unverändert in § 108 Abs 6 GWB übernommen hat.

Beide Gesetzgeber lassen damit die in ihrer praktischen Bedeutung wohl wichtigste (und schwierigste) Auslegungsfrage in der Anwendung dieses Ausnahmetatbestandes ebenso offen wie die Richtlinie selbst. Auch diese Frage stellte sich im Jahr 2014 in voller Deutlichkeit, als sie jeweils durch ein deutsches und durch ein österreichisches Judikat genau gegenteilig beantwortet wurde.

Es ist dies die Frage, ob es für die von Richtlinie und beiden Umsetzungsgesetzen geforderte „Zusammenarbeit“ genügt, wenn (bei zwei Kooperationspartnern) nur ein Kooperationspartner Dienstleistungen erbringt

³ Ständige Rechtsprechung seit EuGH 11.01.2005 – Rs C-26/03 (Stadt Halle).

⁴ Auf die SektorenRL (2014/25/EU), welche die hier gegenständliche Zusammenarbeit in ihrem Art 28 ebenso vom Vergaberegime ausnimmt, gehe ich in diesem Vortrag nicht näher ein.

⁵ 09.06.2009 – Rs C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg); 19.12.2012 – Rs C-159/11 (Azienda Sanitaria Locale di Lecce); 13.06.2013 – Rs C-386/11 (Piepenbrock).

und der andere Kooperationspartner nur Kostenerstattung leistet oder ob es erforderlich ist, dass beide Kooperationspartner (auch) einen sachlichen Beitrag im Sinne einer inhaltlichen Zusammenarbeit leisten.

Den erstgenannten Standpunkt vertrat in einer Entscheidung vom 17.06.2014⁶ der (österreichische) VwGH. Den zweitgenannten, gegenteiligen Standpunkt vertrat mit Beschluss vom 03.12.2014⁷ das OLG Koblenz.

Auf diese Streitfrage gehe ich im Laufe des Vortrags noch näher ein.

Der Abschluss des Vertrages über die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ist vergaberechtsfrei wenn:

- die unter diesem Vertrag geregelten öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden sollen;
- eine Zusammenarbeit der Vertragsparteien erfolgt, in der Geldleistungen über eine Kostenerstattungen nicht hinausgehen, sohin keine Gewinnkomponente enthalten und
- Vorgaben zum Schutz des Wettbewerbsmarktes wie das Verbot der Besserstellung privater Unternehmen sowie eine Wesentlichkeitsschwelle für Tätigkeiten der öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt eingehalten werden.

III. Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele

Die Anforderung, dass es sich um öffentliche Dienstleistungen handeln muss, bedeutet nicht, dass es sich nur um hoheitliche Aufgaben handeln darf. An den damit bloß geforderten Gemeinwohlbezug stellt das Unionsrecht keine sonderlich spezifischen Anforderungen. Jede Dienstleistung, die dem Allgemeinwohl dient, die sohin öffentliche Aufgabe auch mit erwerbswirtschaftlich-fiskalischem Charakter ist, fällt unter diesen Begriff. Die hier geforderte allseitige Orientierung am öffentlichen Interesse dient im Ergebnis lediglich der Abgrenzung zu rein wirtschaftlichen Erwerbsinteressen, die eben nicht zu den öffentlichen Aufgaben im weiteren Sinn zählen.⁸

⁶ ZI 2013/04/0020, 0084 (Abfallverwertung Klosterneuburg) entgegen der in der angefochtenen Entscheidung vertretenen Rechtsansicht des UVS NÖ. Ebenso in der Entscheidung des VwGH 22.09.2017, ZI 2013/04/0174. In seinem Bescheid zur Nichtigkeitsklärung hatte es der UVS NÖ nicht genügen lassen, dass in einer weiteren, in eben dieser Kooperation zur Abfallentsorgung zwischen Wien und Klosterneuburg bekämpften Zuschlagsentscheidung eine „(geringfügige) reale Zusammenarbeit“ vorgesehen war. Der VwGH hob auch diesen Bescheid unter Verweis auf seine im erstgenannten Erkenntnis vertretene Rechtsansicht auf.

⁷ Verg 8/14, BauR 2015,728.

⁸ So etwa *Gurlit*, Rz 37 zu § 108 GWB, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg Burghi/Dreher) 3. Auflage 2017.

Schwieriger ist da schon die Definition der gemeinsamen Ziele. Da ist einerseits nicht gefordert, dass es sich um Ziele handelt, die von den Kooperationspartnern nur gemeinsam erreicht werden können. Die Gemeinsamkeit wird sich vielmehr regelmäßig darauf beschränken, dass die Kooperationspartner ein gleiches Ziel, das auch jeder Kooperationspartner für sich allein verfolgen könnte, erreichen müssen⁹. Das allen Kooperationspartnern im Wesentlichen gleichermaßen vorgegebene Ziel ist sohin der gemeinsame Nenner der Zusammenarbeit.

Das schließt andererseits aus, dass sich ein Kooperationspartner nur als „Erfüllungsgehilfe“ für die Erreichung der anderen Kooperationspartnern vorgegebenen Ziele, die ihm nicht vorgegeben sind, zur Verfügung stellt.

Dass es sich um eine „zu erbringende“ öffentliche Dienstleistung handelt, lässt sich so verstehen, dass damit nicht die im abzuschließenden Vertrag enthaltene Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistung gemeint ist. Diesfalls ist zu fordern, dass es sich nicht bloß um eine Befugnis jedes beteiligten öffentlichen Auftraggebers zur Verfolgung dieses gemeinsamen Ziels, sondern um eine Pflicht zur Verfolgung dieses Ziels handelt¹⁰. Ob diese Pflicht aus Unionsrecht, Bundesrecht, Landesrecht oder aus welcher Rechtsquelle immer folgt, ist allerdings nicht beachtlich. Gefordert ist auch nicht, dass die Zielvorgabe der Kooperationspartner der selben Rechtsquelle entspringt.

Das Erfordernis der Gemeinsamkeit der Zielsetzung im hier verstandenen Sinne, dass es sich um die Wahrnehmung einer allen Kooperationspartnern gleichermaßen obliegenden Aufgabe handelt, ist strikt zu trennen von der Frage, ob auch die Zusammenarbeit in dem Sinne gemeinsam erfolgen muss, dass jeder Kooperationspartner inhaltlich, in der Sache selbst, sohin durch Erbringung von oder Mitwirkung an Dienstleistungen seinen Beitrag leisten muss (inhaltlich – kooperatives Konzept der Zusammenarbeit), oder ob dem Erfordernis der Zusammenarbeit Genüge getan wird, wenn sich der Beitrag eines (oder mehrerer) Kooperationspartner(s) auf bloße Zahlung (Kostenersatz) beschränkt. Dazu im nächsten Punkt.

⁹ Vgl. *Gurlit*, Rz 38 zu § 108 GWB, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil (Hrsg. Burghi/Dreher) 3. Auflage 2017.

¹⁰ Ansätze für dieses strikte Verständnis etwa in OLG München, Beschluss 21.02.2013 – Verg 21/12, BauR 2013, 1742.

IV. Zusammenarbeit

Die oben zitierten Entscheidungen¹¹, jene des VwGH und jene des OLG Koblenz, sind beide bereits nach Veröffentlichung der VergabeRL 2014/24/EU ergangen. Der VwGH lässt es für das Erfordernis der Zusammenarbeit genügen, wenn ein Kooperationspartner bloß durch Kostenersatz beiträgt. Das OLG Koblenz vertritt den gegenteiligen Standpunkt.

Dass in beiden Fällen die Richtlinie noch nicht national umgesetzt war, dass sich das OLG Koblenz auch auf die Möglichkeit stützte, dass deutsches Vergaberecht allenfalls in dieser Frage restriktiver sei als die noch nicht umgesetzte VergabeRL 2014/24/EU, wenngleich das OLG Koblenz dann ausdrücklich doch die Richtlinie für sein restriktives Verständnis heranzog, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass im Ergebnis gegensätzliche Interpretationen dieses Erfordernisses der Zusammenarbeit vorliegen.

Gerade die Sachverhalte dieser beiden Entscheidungen – stets ging es darum, dass die Abfallentsorgung, die ein öffentlicher Auftraggeber benötigt, durch einen „benachbarten“ öffentlichen Auftraggeber gegen Kostenersatz „miterledigt“ wird – zeigen, dass der hohe wirtschaftliche Wert dieser Kooperationen sehr häufig gerade darin liegt, dass sich einer (oder mehrere) der Kooperationspartner den Aufbau der Infrastruktur zur Erledigung dieser öffentlichen Aufgaben erspart (ersparen) und Kostenersatz leistet (leisten).

Wie wohl auch der Sachverhalt der EuGHE Stadtreinigung Hamburg¹² nahelegt, ist es in vielen Bereichen solcher Kooperationen eben deutlich günstiger, wenn die erforderliche Infrastruktur nur ein (einziges) Mal aufgebaut und gegen anteiligen Kostenersatz auch anderen öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung gestellt wird, als im Parallellauf solcher Einrichtungen, mögen ihre Träger (die öffentlichen Auftraggeber) auch in einer Kooperationsvereinbarung zusammenarbeiten, nach Einsparungen in den Gesamtkosten zu suchen.

Daher setze ich in diesem Vortrag den inhaltlichen Schwerpunkt auf dieses Tatbestandselement der Zusammenarbeit.

In dem vom VwGH beurteilten Fall¹³ ging es um eine zwischen der Stadtgemeinde Klosterneuburg und der Stadt Wien direkt, sohin ohne vorangegangenes Vergabeverfahren, abgeschlossene „Vereinbarung zur interkommunalen Kooperation im Bereich der Abfallwirtschaft“. Danach sollte

¹¹ Siehe FN (6) und FN (7).

¹² Siehe FN (5).

¹³ Siehe FN (6).

zwar das Sammeln der Abfälle durch jeden der beiden Kooperationspartner in seinem Gemeindegebiet selbst erfolgen. Jedoch sollte die den Gegenstand der Kooperationsvereinbarung bildende Verwertung der Abfälle aus beiden Gemeindegebieten nur durch die Stadt Wien erfolgen. Dazu gab es keine „reale Aufgabenteilung“ zwischen den Kooperationspartnern, jedoch die Zusammenarbeit in einem Lenkungsausschuss. Während die Entsorgung der Abfälle der Stadtgemeinde Klosterneuburg durch die Stadt Wien erfolgen sollte und die Stadtgemeinde Klosterneuburg dafür nur Kostenersatz leistete, verblieb die Entsorgung der Abfälle der Stadt Wien allein bei dieser, ohne dass die Stadtgemeinde Klosterneuburg dazu einen realen Beitrag leistete oder auch nur Einfluss auf diese Entsorgung nehmen konnte.

Der UVS NÖ beurteilte diese Vereinbarung als vergaberechtswidrig erteilten Dienstleistungsauftrag und erklärte den Vertrag für nichtig. Es liege „keine echte interkommunale Kooperation“ vor, weil eine Zusammenarbeit dahin fehle, dass „beide Gebietskörperschaften ihre jeweiligen Aufgaben im Bereich der Abfallwirtschaft gemeinsam erfüllen würden, also ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne einer echten Zusammenarbeit besteht“. Vielmehr gehe es nur um die entgeltliche Entsorgung der Abfälle der Stadtgemeinde Klosterneuburg.

Der VwGH hob diesen Bescheid wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit auf. Er verwies darauf, dass in der oben zitierten EuGHE Stadtreinigung Hamburg:

„... Vertragsgegenstand in erster Linie die Übernahme des Abfalls zur thermischen Verwertung durch einen Vertragspartner (der Stadtreinigung Hamburg) war, und der andere Vertragspartner (die vier benachbarten Landkreise) dafür als Gegenleistung im Wesentlichen ein Jahresentgelt leisteten. Die Zusammenarbeit bestand somit im Wesentlichen darin, dass eine Gebietskörperschaft gegenüber einer anderen Gebietskörperschaft Dienstleistungen, die im gemeinsamen öffentlichen Interesse lagen, gegen Entgelt erbrachte. Dass ein darüber hinausgehendes „Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne einer echten Zusammenarbeit“ erforderlich wäre, ist weder diesem Urteil noch dem darauf bezugnehmenden, obzitierten Urteil Rs C-159/11 [Anm: Lecce, siehe FN (5)] zu entnehmen.“

Im Ergebnis lässt es daher der VwGH für das Erfordernis der „Zusammenarbeit“ genügen, dass nur ein Kooperationspartner Dienstleistungen erbringt und der andere Kooperationspartner nur Kostenersatz leistet¹⁴.

Gegenteilig der Standpunkt der deutschen Judikatur. Das OLG Koblenz

¹⁴ Was natürlich nichts daran ändert – und dieses Erfordernis betont auch der VwGH – dass es sich um die Besorgung von allen Kooperationsbeteiligten gemeinsam (gleichermaßen) obliegenden Aufgaben handeln muss.

fordert ein strikt verstandenes Konzept inhaltlich – kooperativer Zusammenarbeit. Die Kernsätze lauten:

„Zusammenarbeit (im englischen Richtlinien text: „cooperation“, im französischen: „coopération“) ist schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung ... und meint ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels. Dass diese Sichtweise auch dem Unionsrecht zu Grunde liegt, kann man in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU nachlesen. Danach sollen öffentliche Auftraggeber das Recht haben, ohne Anwendung des Vergaberechts *„ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen. ... Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen“*. Die Rede ist von einer Zusammenarbeit, die auf *„einem kooperativen Konzept“* beruht und bei der jeder Beteiligte *„einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“* leistet. Angesichts dieser eindeutigen Aussagen verbietet es sich, aus dem Umstand, dass in Erwägungsgrund 33 Abs 3 Satz 2 von einer *„Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern“* die Rede ist, zu schließen, für eine (auch nach nationalem Recht) vergaberechtsfreie Kooperation reiche es aus, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung beschränkt.“

Tatsächlich sind die Ausführungen in dem vom OLG Koblenz herangezogenen EW 33 bei weitem nicht so eindeutig, wie es das Gericht vermeint. Denn nach den Ausführungen in EW 33, es *„sollte die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen“* setzt der Text fort mit:

„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.“

Weshalb daher dieser *„Beitrag“* nicht bloß in den gleich im nächsten Satz dieses Erwägungsgrundes für zulässig erklärten *„Finanztransfers“* (im Sinne einer bloßen Kostenerstattung) liegen können soll, bleibt ebenso offen wie die Frage, ob das *„kooperative Konzept“* tatsächlich verlangt, dass jeder Kooperationspartner Dienstleistungen erbringt und dieser Anforderung nicht bereits dadurch Genüge getan wird, dass es Kooperationsmechanismen in der Abwicklung gibt – wie etwa den im vom VwGH entschiedenen Fall vorgesehenen Lenkungsausschuss.

Weder GWB noch BVergG 2017 beseitigen diese Unklarheit.

Die Meinungen der Literatur sind entsprechend geteilt. Ein Teil der Literatur folgt der Entscheidung des OLG Koblenz und fordert die Zusammenarbeit durch Dienstleistungsaustausch¹⁵. Ein Teil der Literatur vertritt die Position, dass es genüge, „dass ein Kooperationspartner die Leistung erbringt und der oder die anderen Beteiligten für die Kostenerstattung aufkommen“¹⁶.

Ich selbst habe in dieser Frage eine Weiterentwicklung meines Standpunkts durchlaufen. Während ich zunächst im Grundsatz dem Konzept der inhaltlich – kooperativen Zusammenarbeit jedenfalls insoweit gefolgt bin, als mir die Abgrenzung von jenen Fällen ein Anliegen war, in denen ein öffentlicher Auftraggeber im Ergebnis nichts anderes tut, als eine Dienstleistung, die der freie Markt gleichermaßen anbietet, bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber zu beschaffen, meine ich nunmehr, dass diese Abgrenzungsarbeit auch geleistet werden kann, wenn man im Grundsatz der Position des VwGH folgt.

Etwa indem man im Sinne einer Gewichtung und Bewertung anderer Tatbestandselemente dieser Norm, wie dies bei Gesetzesauslegung nach der Methodik eines beweglichen Systems¹⁷ durchaus korrekt ist, bei besonders deutlicher Ausprägung (Gewichtung) anderer Tatbestandselemente auch eine bloße Kostenerstattung durch einen Kooperationspartner, der selbst keine Dienstleistungen erbringt, genügen lässt. Dafür kommen mE infrage die Gemeinsamkeit der zu erfüllenden Aufgabe, die strikte Beschränkung auf Kostenersatz unter Ausschluss auch bloß mittelbarer Gewinnanteile und schließlich die ebenso strikte Unterlassung der Besserstellung privater Unternehmen, die daher auch nicht mittelbar, also im Umweg über ihre Leistungserbringung an einen Kooperationspartner, zur Zusammenarbeit (Leistungserbringung an andere Kooperationspartner) herangezogen werden dürfen. Zu letzterem Punkt bei den Einzelfragen.

¹⁵ *Kaelble/von Engelhardt*, in: Müller-Wrede, *GWB Vergaberecht* (2017), § 108, Rn. 85; *Brockhoff*, *VergabeR* 2014, 625 (633); *Gruneberg/Wild-Beck*, *VergabeR* 2014, 99 (107).

¹⁶ *Gurlit*, Rz 39 zu § 108 *GWB* mwN des Meinungsstandes in FN 97, in: Beck'scher *Vergaberechtskommentar*, Band 1: *GWB* 4. Teil (Hrsg Burghi/Dreher) 3. Auflage 2017.

¹⁷ Siehe dazu *W. Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1950); *Die Elemente des Schadensrechts* (1941); *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts*, *AcP* 163 (1964) 346ff sowie die diesem Ansatz folgende Lehre. Vgl weiters statt vieler *F. Bydlinksi*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 529ff (540); *F. Bydlinksi*, *Fundamentale Rechtsgrundsätze* (1988) 127.

V. Einzelfragen

Aus der Anforderung des § 10 Abs 3 Z 2 BVergG 2017, dass die „Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse“ erfolgen darf, wird abzuleiten sein, dass sich die zulässigen „Finanztransfers“ zwischen den Kooperationspartnern auf reine Kostenerstattung beschränken müssen – wie dies der EuGH bereits in Stadtreinigung Hamburg klargestellt hat. Dass diese Kostenerstattung daher – etwa durch Pauschalierungen – letztlich zu einem Gewinn eines Kooperationspartners führt, ist daher unzulässig. Das schließt jedoch mE nicht aus, dass durch solche Kostenerstattungen auch Fixkosten eines Kooperationspartners, die seinen Leistungen an den anderen Kooperationspartner zugeordnet werden können, anteilig reduziert werden.

Dass im Sinne der eingangs zitierten Leitentscheidungen des EuGH¹⁸ (Stadtreinigung Hamburg, Lecce und Piepenbrock) die Zusammenarbeit nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber, bedeutet zunächst einmal nicht, dass es unzulässig sei, wenn aus der Zusammenarbeit ein Wettbewerbsvorteil des (eines) öffentlichen Auftraggebers gegenüber einem privaten Dienstleister folgt. Letzteres hat der VwGH in der Entscheidung¹⁹ Abfallverwertung Klosterneuburg klargestellt. Das ist auch zutreffend. Denn es liegt im Wesen der vergaberechtsfrei gestellten Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, dass dann ein privater Dienstleistungserbringer für diese Dienstleistungen nicht zum Zug kommt.

Schutzziel dieses Verbots der Besserstellung privater Unternehmen ist die Gleichbehandlung privater Unternehmen untereinander, sodass kein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine (privaten) Mitbewerber.

Problematisch sind hier Fälle, in denen sich ein öffentlicher Auftraggeber seinerseits eines privaten Unternehmens für die Erbringung der dem öffentlichen Auftraggeber selbst obliegenden öffentlichen Dienstleistungen, die zugleich von der Zusammenarbeit umfasst sind, bedient.

Dazu ist zunächst klarzustellen, dass im Verhältnis zwischen dem einzelnen Kooperationspartner und dem von ihm eingeschalteten privaten Unternehmen die Ausnahme des § 10 Abs 3 BVergG 2017 vom Vergaberegime selbstverständlich nicht eingreift. Nach dieser vergaberechtskonform begründeten Vertragsbeziehung des jeweiligen Kooperationspartners zum privaten Unternehmen wird daher auch zu beurteilen sein, wem dieses private Unternehmen seine Dienstleistungen erbringen darf - also etwa nicht an einen

¹⁸ Siehe FN (5).

¹⁹ Siehe FN (6).

anderen Kooperationspartner, zu dem es in keinem vergaberechtskonform begründeten Auftragsverhältnis steht. Das gilt auch dann, wenn diese Leistungserbringung nicht durch das private Unternehmen direkt, sondern „im Wege“ jenes Kooperationspartners erfolgt, zu dem das private Unternehmen seine Vertragsbeziehung vergaberechtskonform begründet hat.

All dies gilt sinngemäß, wenn sich ein Kooperationspartner eines Dritten bedient, zu dem er die Auftragsbeziehung (ausnahmsweise) vergaberechtsfrei begründen konnte. Details dieser durchaus komplexen (und vor allem in der deutschen Judikatur eher restriktiv gesehenen) Thematik harren noch ihrer Bearbeitung durch Praxis und Judikatur.

Da die Verwaltungskooperation – wie oben ausgeführt – nicht auf der öffentlichen Hand vorbehaltene Aufgaben beschränkt ist, kann sie durchaus auch Tätigkeiten betreffen, die vom privaten Markt angeboten werden und damit im Wettbewerb mit privaten Marktteilnehmern stehen. Dafür sieht § 10 Abs 3 Z 3 BVergG 2017 eine Wertschwelle von 20 % vor. Gefordert ist sohin, dass „die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen“.

Dazu wird vertreten²⁰, dass diese Grenze von keinem der beteiligten öffentlichen Auftraggeber überschritten werden darf, also keine Zusammenrechnung aller Tätigkeiten erfolgt.

Zentrale Themen der praktischen Umsetzung dieser neuen Regelung der vergaberechtsfreien Kooperation öffentlicher Auftraggeber harren noch ihrer Bearbeitung durch Lehre und Judikatur. Dass dies zeitnah und mit hinreichender Berücksichtigung der praktischen Anforderungen an solche Kooperationen erfolgt, ist mE der entscheidende Faktor, damit dieses Instrument zur Senkung der Kosten bei gleichzeitiger Beibehaltung (oder gar Steigerung) der Qualität in der Erbringung öffentlicher Dienstleistung beitragen kann.

²⁰ *Kaelble/von Engelhardt*, in: Müller-Wrede, *GWB Vergaberecht* (2017), § 108, Rn. 95.

Materialien

Die (zentralen) Regelungen der RL

Zitiert nach der VergabeRL (2014/24/EU).

Erwägungsgrund 5 RL:

Es sei darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten. Die Richtlinie sollte nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder von Arbeitsverträgen gelten. In einigen Mitgliedstaaten könnte dies z.B. bei bestimmten administrativen und staatlichen Dienstleistungen wie Exekutiv- und Legislativdienstleistungen der Fall sein oder bei der Erbringung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit, wie Dienstleistungen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten oder der Justiz oder Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung.

Erwägungsgrund 33 RL:

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 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.

Die Regelung in Artikel 12

Artikel 12

Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

[...]

(4) 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.*

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Absatz 3 Unterabsatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder

dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen.

Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie z.B. Kosten vor oder sind sie nicht mehr relevant, weil die betreffende juristische Person oder der betreffende öffentliche Auftraggeber gerade gegründet wurde oder erst vor kurzem ihre beziehungsweise seine Tätigkeit aufgenommen hat oder weil sie ihre beziehungsweise er seine Tätigkeiten umstrukturiert hat, genügt es, wenn sie beziehungsweise er – vor allem durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung – den tätigkeitsgestützten Wert glaubhaft macht.

Die Umsetzung im BVergG 2017

Gesetzestext:

3. Abschnitt

Ausnahmen vom Geltungsbereich, gemeinsame Auftragsvergabe

Ausgenommene Vergabeverfahren

§ 9. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für

[...]

Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse

§ 10. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht

[...]

(3) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern, wenn

1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder implementiert, mit der sichergestellt werden soll, dass von den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden können,
2. die Implementierung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
3. die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

(4) Zur Ermittlung des prozentualen Anteiles der Tätigkeiten gemäß Abs. 1 Z 1 lit. b, Abs. 1 Z 3 lit. b und Abs. 3 Z 3 ist der durchschnittliche Gesamtumsatz oder ein geeigneter alternativer, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehender, Wert heranzuziehen. Liegen wegen des Gründungszeitpunktes oder des Zeitpunktes der Aufnahme der Tätigkeit für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehenden, Wert vor oder sind diese Daten aufgrund einer erfolgten Umstrukturierung nicht mehr relevant, so genügt es, wenn die Ermittlung des Anteiles der Tätigkeiten etwa durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.

(5) Die Abs. 1 Z 2 und 3 und Abs. 3 sind auch auf Sachverhalte anwendbar, bei denen an Stelle oder neben einem öffentlichen Auftraggeber ein öffentlicher Sektorenauftraggeber oder ein Auftraggeber gemäß Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. a erster Fall der Richtlinie 2014/25/EU beteiligt ist.

(6) Der öffentliche Auftraggeber hat die für die Ausnahme vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes gemäß Abs. 1 bis 5 maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten.

Erläuterungen:

Zu den §§ 9 bis 11 (Ausnahmen vom Geltungsbereich):

Die §§ 9 bis 11 enthalten Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes. Diese Ausnahmebestimmungen sind gemäß der ständigen Judikatur des EuGH (vgl. etwa Rs C-318/94, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Rz 13) eng und im Einklang mit den ihnen zugrunde liegenden unionsrechtlichen Bestimmungen auszulegen. Die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung rechtfertigen, tatsächlich vorliegen, obliegt demjenigen, der sich auf die Bestimmung berufen will. Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Unionsrechts ausschließen, sind insbesondere vor dem Hintergrund der dadurch bewirkten Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen. Der Ausschluss unionsrechtlicher Verpflichtungen muss daher durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt und geeignet sein, das gewünschte Ergebnis herbeizuführen, sowie die gelindeste Maßnahme im Hinblick auf die Zielerreichung darstellen. Die angeführten Ausnahmetatbestände sind taxativ (und können daher auch – ausgenommen durch die Judikatur des EuGH – nicht ergänzt werden).

§ 9 enthält den Katalog der gemäß Art. 7 ff der RL 2014/24/EU ausgenommenen Auftragsvergaben, wobei die Ausnahme betreffend in-house-Vergaben und öffentlich-öffentliche Kooperationen (vgl. Art. 12 der RL) in § 10 gesondert umgesetzt wird. § 11 [...].

Die Umsetzung in Deutschland

§ 108 Abs 6 GWB

§ 108
Ausnahmen bei
öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

(1) [...]

(6) Dieser Teil ist ferner nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 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.