

AUFSATZ

Einzug der interkommunalen Zusammenarbeit – Auszug des Vergaberechts?

Die interkommunale Kooperation als partielles Ende des Vergaberechts – eine Bestandsaufnahme

Die In-house-Vergabe ist seit ihrer Entwicklung durch den EuGH und der Kodifizierung in den Vergaberichtlinien und im nationalen Recht die in der Vergabepraxis wohl bedeutendste Ausnahme von der Anwendung des öffentlichen Vergaberechts. Eine Fallgruppe daraus hat der EuGH in den letzten Jahren als neuen Ausnahmetatbestand entwickelt: die interkommunale Zusammenarbeit. Mit den neuen Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU fand diese Judikatur auch Eingang in das kodifizierte europäische Vergaberecht. Der VwGH¹ hat – noch vor der innerstaatlichen Umsetzung der Vergaberichtlinien – ausgesprochen, dass dieser Ausnahmetatbestand bereits in Österreich gelten soll. Der vorliegende Beitrag soll eine Klarstellung und Bestandsaufnahme bringen.

Deskriptoren: Allgemeininteresse, Beteiligung Privater, gemeinsame Ziele, Gemeinwohlaufgabe, In-house-Vergabe, Interkommunale Kooperation, Interkommunale Zusammenarbeit, Konzessionsrichtlinie, Öffentliches Interesse, Marktbeherrschung, Vergaberichtlinien 2014, Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber.

Normen: Art 14b B-VG, § 23 KartG, § 10 Z 7 BVergG 2006, Art 12 RL 2014/241 EU, Art 28 RL 2014/251 EU.

Von Günther Gast und Philipp Götzl

1. Ausgangslage

1.1. Die Entwicklung der In-house-Vergabe zur Interkommunalen Zusammenarbeit

Nach der europäischen Rsp² ist es für eine Anwendung des Vergaberechts grundsätzlich ausreichend, dass eine „Vereinbarung zwischen zwei wirklich verschiedenen Personen getroffen wurde (...) [wobei es] grundsätzlich genügt, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann indessen nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über

die fragliche Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehat/-haben“.³

Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer In-house-Vergabe – als Ausgangspunkt der Entwicklung zur interkommunalen Zusammenarbeit – bediente sich der EuGH der in der Rs *Teckal*⁴ entwickelten Kriterien, die durch die weiteren folgenden Urteile⁵ noch konkretisiert wurden. Während der Anwendungsbereich der In-house-Vergabe nach dem Urteil *Teckal* relativ weit gefasst war, ist dieser insbesondere durch die Entscheidung in der Rs *Stadt Halle*⁶ restriktiv eingeschränkt worden. Zur Rs *Mödling*⁷ hat der EuGH ausgesprochen, dass eine Beeinträchtigung des fairen und lautereren Wettbewerbs nicht nur dann gegeben ist, wenn Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung an einen Privaten zeitlich zusammenfallen, sondern auch, wenn die Auftragsvergabe zeitlich vorverlagert wurde, mit dem Ziel, mit einer späteren Anteilsveräußerung an einen Privaten der strengen Judikatur des EuGH zu entkommen. Mit EuGH *Asemfo*⁸ wurde erkannt, dass bei In-house-Vergaben die erforderliche Kontrolle auch von öffentlichen Stellen gemeinsam ausgeübt werden kann. Dies war praktisch die Geburts-

1 VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020, *Korneuburg*.

2 EuGH 18. 11. 1998, C-107/98, *Teckal*, Rn 50; EuGH 7. 12. 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rn 40; ua.

3 SA GA *Leger* 15. 6. 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rn 53.

4 EuGH 18. 11. 1998, C-107/98, *Teckal*.

5 Vgl EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*; EuGH 13. 10. 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*; EuGH 10. 11. 2005, C-29/04, *Mödling*; EuGH 11. 5. 2006, C-340/04, *Carbotermo*; EuGH 19. 4.

2007, C-295/05, *Asemfo*; EuGH 18. 12. 2007, C-220/06, *Asociación Profesional*.

6 EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*.

7 Vgl EuGH 10. 11. 2005, C-29/04, *Mödling*, Rn 38.

8 EuGH 19. 4. 2007, C-295/05, *Asemfo*.

9 IdS *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 32 f.

10 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*.

stunde vergaberechtsfreier interkommunaler Kooperation.⁹ Durch EuGH *Stadtreinigung Hamburg*¹⁰ wurde die interkommunale Zusammenarbeit – als weiterer Schritt – bei gemeinsamen Gemeinwohlaufgaben durch schlichten privatrechtlichen Vertrag, also ohne echte Delegation und damit ohne klassisches In-house-Verhältnis ermöglicht. Seither¹¹ kann bei interkommunaler Zusammenarbeit das Kontrollkriterium quasi entfallen, mit der Folge, dass die bis dahin notwendige Zwischenschaltung eines Rechtsträgers zur Erfüllung des In-house-Privilegs nun nicht mehr notwendig ist.¹²

Seit den Entscheidungen EuGH Rs *Ordine degli Ingegneri*,¹³ Rs *Piepenbrock*,¹⁴ Rs *TU Hamburg-Harburg*¹⁵ und Rs *Econord*¹⁶ ist nun im Ergebnis klargestellt, dass es iZm öffentlichen Einrichtungen zwei Arten der Auftragsvergabe ohne Ausschreibung geben kann: einerseits die klassische In-house-Vergabe,¹⁷ die durch ein Kontrollverhältnis zu einer Dienststelle geprägt ist, und andererseits die Zusammenarbeit gleichgestellter öffentlicher Einrichtungen als sog. „interkommunale Kooperation“.¹⁸ Erstere ist nach zutreffender Ansicht¹⁹ durch ihre vertikale Struktur geprägt, die sich iSd *Teckal*-Kriterien entwickelten Kontrolle über den Leistungserbringer und den Umstand kennzeichnet, dass dieser seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringt. Die interkommunale Zusammenarbeit ist hingegen durch ihre horizontale Struktur geprägt, bei der die Vertragspartner rein vertraglich gebunden und faktisch gleichwertig sind. Die jüngste Judikaturentwicklung gibt uns Anlass, den „neuen“ Tatbestand der interkommunalen Zusammenarbeit näher zu betrachten.

1.2. Kennzeichen interkommunaler Zusammenarbeit

Ausgangspunkt für eine interkommunale Zusammenarbeit ist, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit eigenen Mitteln oder in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.²⁰ Demnach obliegt es der öffentlichen Hand, die von ihr zu erfüllenden Aufgaben im Allgemeininteresse selbst zu erbringen oder durch andere öffentliche Stellen erbringen zu lassen; jedenfalls ist aber die Zwi-

schenschaltung eines Rechtsträgers nicht notwendig, da ein Kontrollkriterium, wie eingangs dargestellt, nicht mehr gefordert wird. Grundidee dabei ist, dass öffentliche Stellen ihre gemeinsamen und im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben erfüllen können sollen, ohne dafür einen eigenen Rechtsträger gründen zu müssen.²¹ Das insofern entfallende Kontrollkriterium wird aber durch andere Kriterien ersetzt, deren Schwerpunkt die gemeinsame Gemeinwohlaufgabe (eine öffentliche Dienstleistung im öffentlichen Interesse, siehe unten) darstellt. Nur wenn die Aufgaben an private Unternehmen übertragen werden sollen, komme demnach das Vergaberecht zur Anwendung.²² Solange die Aufgaben in der öffentlichen Hand bleiben, sei keine Ausschreibung erforderlich, sofern die weiteren von der Judikatur entwickelten Voraussetzungen erfüllt sind. Gemäß der eingangs dargestellten Judikatur des EuGH sind bei einer interkommunalen Zusammenarbeit die Vergabevorschriften nicht anwendbar, sofern solche Verträge ausschließlich zwischen öffentlichen Einrichtungen ohne Beteiligung Privater geschlossen werden, kein privater Dienstleistungserbringer bessergestellt wird als seine Wettbewerber und die darin vereinbarte Zusammenarbeit nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.²³

1.3. Die Vergaberichtlinien 2014

Die vorgenannte EuGH-Judikatur wurde in den neuen Vergaberichtlinien der EU umgesetzt. Art 12 Abs 4 und 5 Richtlinie 2014/24/EU und Art 28 Abs 4 und 5 Richtlinie 2014/25/EU, welche umzusetzen sind in nationales Recht bis 17.04.2016, bestimmen:

(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;

11 EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*.

12 Vgl *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

13 EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*.

14 EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*.

15 EuGH 8. 5. 2014, C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

16 EuGH 29. 11. 2012, C-182/11 u C 183/11, *Econord*, RPA 2013, 106 [*Reisner*].

17 Statt vieler: *Reisner*, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 69; *Götzl/Möller*, Aktueller Stand der In-House-Vergabe – Der Versuch einer Systematisierung, RPA 2008, 66.

18 VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020, RPA 2014, 324 [Anm *Casati*].

19 *Reisner*, Neues zur In-House-Vergabe, RPA 2013, 74.

20 EuGH 13. 11. 2008, C-324/07, *Coditel*.

21 *Oppel*, Interkommunale Zusammenarbeit, ZVB 2014, 34.

22 Vgl EuGH 10. 11. 2005, C-29/04, *Mödling*.

23 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 u 47; vgl ferner EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*.

- 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 [...] Abs 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 Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU enthält in Art 17 eine nahezu idente Bestimmung. Damit wird die bisherige Judikatur des EuGH umgesetzt und näher präzisiert.

2. Anwendung der interkommunalen Zusammenarbeit in Österreich

Das BVergG 2006 idF BGBl I Nr 128/2013 berücksichtigt freilich die von der Judikatur des EuGH zuletzt entwickelte und in den Vergaberichtlinien 2014 niedergeschriebene interkommunale Zusammenarbeit als solche noch nicht. Dennoch ist interkommunale Zusammenarbeit iS der jüngsten Spruchpraxis des VwGH als Ausnahmetatbestand auch im Regime des BVergG 2006 in Österreich direkt anzuwenden:²⁴

Der Kompetenzbegriff „öffentliches Auftragswesen“ in Art 14b B-VG ist nämlich im Sinne des Unionsrechts auszulegen und ein offener Begriff, der nicht nur zur Umsetzung des derzeit geltenden Gemeinschaftsrechts, sondern auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des EuGH auf die-

sem Gebiet ermächtigen soll.²⁵ Diese verfassungskonforme Auslegung einfachgesetzlicher Bestimmungen anhand europäischer Rechtsakte wird auch von der Judikatur des EuGH bestätigt: eine derartige Vorgangsweise bringe es mit sich, dass Begriffe, die aus dem EG-Recht übernommen wurden, nicht mehr nach dem österreichischen Rechtsverständnis, sondern vielmehr autonom, dh unter Berücksichtigung der Ziele des Gemeinsamen Marktes und unter Heranziehung der authentischen Sprachfassungen des jeweiligen Rechtsaktes, ausgelegt werden müssen.²⁶ Schließlich lehnte sich das BVergG laut Ansicht des VwGH stets eng an den Text der umzusetzenden EG-Richtlinien an.²⁷ Österreich war schon aufgrund des Art 6 EWRA verpflichtet, EG-Rechtsakte im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen auszulegen, die der EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat. Seit dem Beitritt zur EU ist für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des EuGH unmittelbar von Bedeutung. Die Verwendung einer vom Wortlaut der EG-Richtlinien abweichenden Terminologie würde jedoch gerade in wichtigen Abgrenzungsfragen dazu führen, dass Aussagen des EuGH zur Interpretation von Richtlinienbegriffen für Österreich entweder häufige Novellierungen des Umsetzungsaktes erforderlich machen würden oder den Gesetzeswortlaut europarechtlich problematisch erscheinen ließen.²⁸ Eine abweichende Terminologie könnte sogar dazu führen, dass der Umsetzungsakt nachträglich als lückenhaft anzusehen wäre, mit der Konsequenz, dass die Richtlinienbestimmungen unmittelbar anzuwenden wären.²⁹ Darüber hinaus belegt die bisherige Erfahrung, dass die EG-Kommission bei der Konformitätsprüfung aus nahe liegenden Gründen am Wortlaut des Umsetzungsaktes anknüpft. Für eine an der EG-Terminologie orientierte Umsetzung sprachen und sprechen daher auch Praktikabilitätsabwägungen.

Aus den angeführten Argumenten folgt, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern, die den Kriterien der zitierten Judikatur des EuGH (und der Richtlinien 2014/23, 24 und 25/EU) entspricht, nicht nur vom Anwendungsbereich des Vergaberechts der Union, sondern auch des BVergG ausgenommen ist.³⁰

3. Voraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit

Es ist somit davon auszugehen, dass die interkommunale Zusammenarbeit entsprechend der Judikatur und

24 VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020, RPA 2014, 324.

25 Bericht des Verfassungsausschusses 1118 BlgNR, XXI. GP., S 9.

26 EuGH C-287/98, *Linster*, Slg 2000, I-6917, Rn 43.

27 VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020.

28 Vgl dazu § 6 Abs 1 Z 6 BVergG 2002 und die Judikatur des EuGH zur In-house- Ausnahme, insb EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt*

Halle; 21. 7. 2005, C-231/03, *Coname*; 13. 10. 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

29 Vgl dazu VfGH 15. 10. 1998, B1174/97 – B2761/97; B606/98, VfSlg 15.311/1998.

30 So auch VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020.

den Vorgaben der Vergaberichtlinien bereits jetzt einen Ausnahmetatbestand vom Vergaberechts darstellt. Bei Vorliegen der angeführten Voraussetzungen liegt folglich eine Ausnahme von der Anwendung des BVergG 2006 vor. Diese Voraussetzungen für eine formfreie interkommunale Zusammenarbeit sind die Folgenden:

1. Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern;
2. keine Beteiligung Privater bei der Zusammenarbeit;
3. die Ausführung von zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen dient der Erreichung gemeinsamer Ziele;
4. die Zusammenarbeit liegt ausschließlich im öffentlichen Interesse;
5. die öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt gemeinsam weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

Zu den fünf Voraussetzungen im Detail:

3.1. Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern

Ausgangspunkt dieses Tatbestandselementes ist idR ein Vertrag, mit dem eine Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe vereinbart wird.³¹ Erforderlich scheint nach der Absicht des europäischen Gesetzgebers, dass alle Vertragspartner zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden Dienstleistung erbringen. Ist dies der Fall, können die wesentlichen vertraglichen Pflichten durchaus einem oder mehreren aller Vertragspartner übertragen werden. Idealerweise basiert diese wechselseitige Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept. Ein solches Konzept stellt aber im Ausgangsfall gerade auch ein Vertrag oder wohl auch eine Punktation dar.

Die Zusammenarbeit sollte sohin auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt dabei nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, zumindest einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.³²

In der Rs *Stadtreinigung Hamburg* hat die Stadt Hamburg den Hauptanteil der Leistungen, die den Gegenstand des Vertrags zwischen ihr und vier Landkreisen bilden, erbracht, und zwar die Abfallbehandlung (Müllverbrennung) gegen Entgelt. Die Landkreise haben jedoch ihre nicht selbst genutzten Entsorgungskapazitäten der Stadt-

reinigung Hamburg zur Verfügung gestellt, um Abhilfe für den Mangel an Entsorgungskapazitäten der Stadt Hamburg zu schaffen. Zudem haben sie sich verpflichtet, den Anteil nicht verwertbarer Müllverbrennungsschlacke zur Entsorgung in ihren Deponiebereichen aufzunehmen, der von ihnen angelieferten Abfallmenge entspricht, und in Notfällen Beistand bei der Erfüllung der ihnen gesetzlich obliegenden Entsorgungspflicht zu leisten.³³ Darin hat der EuGH bereits einen ausreichenden Beitrag zur Zusammenarbeit erblickt. Eine strenge Anforderung an den Beitrag bei der Zusammenarbeit lässt sich daraus nicht ableiten.

3.2. Keine Beteiligung Privater

Nach der Judikatur darf kein privater Dienstleistungserbringer bessergestellt werden, als seine Wettbewerber.³⁴ Auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz des fairen Wettbewerbes entsprechend³⁵ müssen alle privaten Unternehmer gleich behandelt werden. Profitiert somit ein Privater von einer vereinbarten Zusammenarbeit,³⁶ und sei es nur durch minderheitliche Beteiligung an einem Vertragspartner,³⁷ liegt eine dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegende Auftragsvergabe vor. Dem gegenüber schadet es laut Judikatur nicht, wenn durch die interkommunale Zusammenarbeit ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber bessergestellt werden als Mitbewerber mit oder ohne private Beteiligung.

3.3. Dienstleistungen dienen der Erreichung gemeinsamer Ziele

Die der Zusammenarbeit zugrunde liegenden Dienstleistungen müssen der Erreichung gemeinsamer Ziele dienen. Dabei müssen die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein, sie können sich auch ergänzen.³⁸ Es ist also zu hinterfragen, welche Ziele die Vertragspartner haben. Würde eine Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht mehr diesen gemeinsamen Zielen, sondern anderen Interessen dienen, ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Zusammenarbeit (überwiegend) Interessen Dritter oder (überwiegend) einem Vertragspartner dient. Schließlich geht aus der Formulierung der Vergaberichtlinien hervor, dass es sich bei der interkommunalen Zusammenarbeit jedenfalls um die *Erbringung von*

31 EuGH 9. 6. 2009 C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 37; VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020.

32 Erwägung 33 zu Richtlinie 2014/24/EU.

33 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 41 u 42.

34 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 u 47 mVa EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 u 51.

35 Vgl etwa Art 7 B-VG und § 19 BVergG.

36 Vgl etwa EuGH 19. 12. 2001, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*.

37 EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 u 51.

38 Erwägung 33 zu Richtlinie 2014/24/EU.

Dienstleistungen handeln muss. Das BVergG unterteilt Aufträge in Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Demnach ist eine interkommunale Zusammenarbeit nur im Bereich von Dienstleistungen, nicht aber im Bereich von Bau- und Lieferaufträgen möglich. Durch die Zusammenarbeit müssen somit Dienstleistungen im öffentlichen Bereich erbracht werden. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich allenfalls ergeben, wenn Dienstleistungen im Bereich von Bauvorhaben oder bei Lieferungen zu erbringen sind. Rein vom Wortlaut der Richtlinie ausgehend sind Dienstleistungen zulässig, auch wenn sie im Zusammenhang mit Bauaufträgen oder Lieferaufträgen erbracht werden. Somit sind auch die Planung von Bauvorhaben oder Dienstleistungen zu Lieferaufträgen über eine interkommunale Zusammenarbeit zulässig. Das Ausführen von Bauwerken und die Erbringung von Lieferungen selbst sind hingegen der interkommunalen Zusammenarbeit nicht zugänglich.

Damit setzt diese interkommunale Zusammenarbeit (auch als Beitrag zur gemeinsamen Ausführung) keine echte Zusammenarbeit in dem Sinn voraus, dass jeder der Vertragspartner gegenüber dem anderen (wechselseitig) entsprechende Dienstleistungen als wesentliche vertragliche Pflichten erbringt; es genügt für eine solche Kooperation, dass eine Gebietskörperschaft gegenüber einer anderen im *gemeinsamen* allgemeinen Interesse (gemeinsames Ziel) gelegene Dienstleistungen gegen Entgelt erbringt, so lange der Vertragspartner noch einen über das Entgelt hinausgehenden Beitrag leistet. Dem kooperativen Konzept wird daher durch eine Tätigkeit im gemeinsamen allgemeinen Interesse entsprochen.

Fehlt das Mindestanforderung der Erledigung einer gemeinsamen öffentlichen Aufgabe, kann ein „horizontales In-house-Geschäft“ als Ausnahmetatbestand nicht begründet werden.³⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn von einem örtlichen Sanitätsbetrieb ein Beratungsvertrag an eine Universität über die Erforschung und Bewertung der Erdbebenanfälligkeit ihrer Krankenhausanlagen vergeben wird: auch wenn diese Leistungen auf einer wissenschaftlichen Grundlage beruhen, sie sind nicht mit wissenschaftlicher Forschung gleichzusetzen. Demnach werden bei diesem Leistungsinhalt keine der beiden Einrichtungen gemeinsam obliegende öffentliche Aufgaben wahrgenommen.⁴⁰

3.4. Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse

Eine nicht unwesentliche Einschränkung von formfreien Auftragsvergaben ist dadurch vorgegeben, dass die Durchführung der interkommunalen Zusammenar-

beit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse gefordert wird. Das ist vermutlich vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die EU auf vier Grundfreiheiten aufbaut, nämlich freier Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit und freier Kapital- und Zahlungsverkehr. Dem folgend soll die Preisfindung grundsätzlich am freien Markt durch Angebot und Nachfrage erfolgen. Das öffentliche Vergaberecht soll dabei bei öffentlichen Auftragsvergaben den fairen Wettbewerb gewährleisten. Wenn nun öffentliche Auftraggeber nicht selbst Leistungen erbringen, sondern gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern zusammenarbeiten, soll der freie Wettbewerb eingeschränkt werden können; dies aber nur dann, wenn diese interkommunale Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse gelegen ist.

Mit anderen Worten kann eine interkommunale Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.⁴¹ Es ist somit eine qualitative Abwägung zwischen dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs und dessen Einschränkung im öffentlichen Interesse vorzunehmen.

Dieses öffentliche Interesse kann unseres Erachtens auch darin liegen, dass kommunale Aufgaben nicht privatisiert werden, sondern bei gesicherter Qualität zu angemessenen Preisen in der öffentlichen Hand verbleiben; oder dass bestehende Strukturen der Daseinsvorsorge und Infrastruktur erhalten oder weiter ausgebaut werden und nicht andere Interessen, wie etwa die Erzielung von Gewinnen, vorgehen.

3.5. Keine Marktbeherrschung

Erforderlich ist schließlich, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Mit diesem Tatbestandselement wird darauf abgestellt, dass der freie Markt durch interkommunale Zusammenarbeit nicht übermäßig eingeschränkt wird. Der europäische Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, einen Schwellenwert einzuführen, bei dessen Überschreiten der freie Markt gefährdet und somit eine (weitere) formfreie Zusammenarbeit zwischen öffent-

39 EuGH 8. 5. 2014, C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

40 EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*, Rn 37.

41 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*, Rn 44 und 47 mVa EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, Rn 50 und 51.

lichen Auftraggebern ohne Ausschreibung nicht mehr zulässig ist. Neben dem vorgenannten qualitativen Tatbestandselement der Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse wird somit eine quantitative Schranke eingezogen, welche vom EuGH bislang nicht aufgegriffen wurde.⁴²

Dieser Schwellenwert wurde mit 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten auf dem offenen Markt festgelegt. Der Begriff „offener Markt“ wird dabei leider nicht definiert. Das österreichische Recht kennt auch keinen offenen Markt. Wir gehen davon aus, dass unter diesem Begriff der freie Markt auf dem Gebiet der Zusammenarbeit gemeint ist. Beabsichtigen öffentliche Auftraggeber eine Zusammenarbeit in einem bestimmten Bereich, ist somit zu prüfen, ob die beiden öffentlichen Auftraggeber in diesem Bereich mit der angedachten Zusammenarbeit 20 % dieser Tätigkeiten auf dem freien Markt ausüben. Die Reichweite des Marktes ist dabei branchenabhängig und am ehesten mit dem rele-

vanten Markt des Kartellrechts vergleichbar. Dieser relevante Markt wird in eine sachliche und eine räumliche, manchmal sogar eine zeitliche Komponente getrennt.⁴³ Betrachtungsobjekt für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist daher gewöhnlich der sachlich und räumlich relevante Markt. Das bedeutet, dass alle betrachteten Dienstleistungen dann dem gleichen Markt angehören, wenn sie aus Sicht der Nachfrager unter den gegebenen Marktverhältnissen der Deckung desselben Bedarfs dienen.

Ist der einschlägige Markt ein lokaler (zB bei der Trinkwasserversorgung oder Abwasserentsorgung), ist die Marktbeherrschung der beiden Auftraggeber auf dem lokalen Markt relevant. Ist der einschlägige Markt jedoch ein weiter (zB bei Stromerzeugung und -handel), ist die Marktbeherrschung der beiden Auftraggeber auf dem europaweiten Strommarkt relevant. Letztendlich bedarf auch dieses Tatbestandsmerkmal immer einer Einzelfallbetrachtung.

Zusammenfassung der Ergebnisse und Praxistipp

Das BVergG 2006 sieht zwar derzeit die von der Judikatur des EuGH entwickelte und in den Vergaberichtlinien 2014 niedergeschriebene interkommunale Zusammenarbeit deziert noch nicht vor. Es ist aber zu erwarten, dass mit der nächsten BVergG Novelle auch das aktuelle Unionsrecht und damit die Regelungen zur interkommunalen Zusammenarbeit umgesetzt werden. Die vom EuGH entwickelten und in den Vergaberichtlinien 2014 kodifizierten Ausnahmen von der Anwendung des unionsrechtlichen Vergaberechts gelten bis dahin auch infolge der E des VwGH vom 17.06.2014⁴⁴ bereits jetzt in Österreich.

Die interkommunale Zusammenarbeit kann die Pflicht zur Durchführung öffentlicher Vergabeverfahren wesentlich einschränken. Öffentliche Auftraggeber können bei Vorliegen der aufgezeigten Voraussetzungen ohne Ausschreibung eine Zusammenarbeit begründen. Private Unternehmen dürfen dabei nicht begünstigt werden. Bei der Zusammenarbeit müssen nicht alle Vertragspartner wesentliche Hauptleistungen erbringen; es genügt, wenn

alle Vertragspartner einen Beitrag zur Zusammenarbeit leisten. Wesentlich ist jedoch die qualitative Einschränkung, dass die Zusammenarbeit gemeinsamen Zielen dienen und im öffentlichen Interesse gelegen sein muss. Schließlich darf durch die Zusammenarbeit der relevante Markt quantitativ nur unter 20 % erfasst werden.

Der Anwendungsbereich der interkommunalen Zusammenarbeit kann ein breiter sein. Wenn sich öffentliche Auftraggeber entscheiden, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Auftraggebern gemeinsam zu erfüllen, werden sie bei Begründung der Zusammenarbeit vom Vergaberecht ausgenommen und von Ausschreibungen befreit. Die genaue Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen bleibt aber unerlässlich. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, kann eine unzulässige Direktvergabe vorliegen; es drohen Sanktionen wie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages und die Verhängung einer Geldbuße.

42 EuGH 9. 6. 2009, C-480/06, *Stadtreinigung Hamburg*; EuGH 19. 12. 2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri*; EuGH 13. 6. 2013, C-386/11, *Piepenbrock*; EuGH 8. 5. 2014, C-15/13, *TU Hamburg-Harburg*.

43 Vgl etwa *Urlesberger/Haid* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG, § 23.

44 VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0020.