

An

die Österreichische Präsidentschaftskanzlei,
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
die Volksanwaltschaft,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
das Bundesverwaltungsgericht,
das Bundesfinanzgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen und Stabsstellen des BMJ,
den Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,
die Bundeswettbewerbsbehörde,
die Datenschutzbehörde,
den Rat für Forschung und Technologieentwicklung,
die Kommunikationsbehörde Austria,
das Präsidium der Finanzprokuratur,
die Bundesgeschäftsstelle des
Arbeitsmarktservice Österreich,
den Dachverband der Sozialversicherungsträger,
die Telekom-Control-Kommission,
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH,
die Finanzmarktaufsicht,
den österreichischen Statistikrat,
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“,
die Buchhaltungsagentur des Bundes,
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur,
den Österreichischen Gemeindebund,
den Österreichischen Städtebund,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern
Österreichs (Landwirtschaftskammer Österreich – LKÖ),
den Österreichischen Landarbeiterkammertag,
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag,

Dr. Thomas Ziniel, LL.M., BSc
Sachbearbeiter

thomas.ziniel@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302909
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
team.pr@bmj.gv.at zu richten.

die Österreichische Notariatskammer,
die Österreichische Patentanwaltskammer,
die Österreichische Ärztekammer,
die Österreichische Zahnärztekammer,
die Bundeskammer der Tierärzte Österreichs,
die Österreichische Apothekerkammer,
die Bundeskammer der Architekten und
Ingenieurkonsulenten,
die Kammer der Wirtschaftstreuhandler,
den Verband der Öffentlichen Wirtschaft und
Gemeinwirtschaft Österreichs,
das Austrian Standards Institute,
die Gesellschaft des Österreichischen Roten Kreuzes,
die ASFINAG,
die Bundesbeschaffung GmbH,
die Bundestheater-Holding GmbH,
die ÖBB-Holding AG,
die Österreichische Bundesforste AG,
die Österreichische Post AG,
den Österreichischen Rundfunk,
die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H – BIG,
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs,
den Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverband,
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe,
die Bundesrechenzentrum GmbH,
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-
Gesellschaft mbH,
die AIT Austrian Institute of Technology GmbH,
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft
mbH und
die Austro Control GmbH

Geschäftszahl: 2020-0.335.045

**Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Mai 2020 in der
Rechtssache C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung
(ISE)*, sowie vom 4. Juni 2020 in der Rechtssache C-429/19, *Remondis II*;
Öffentlich-öffentliche Kooperation; Rundschreiben**

Aus Anlass der gegenständlichen Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union teilt die
Stabsstelle für Datenschutz und Vergaberecht im Bundesministerium für Justiz mit:

1. Ausgangsverfahren

1.1. C-429/19, Remondis II

Dem Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel wurde von zwei Landkreisen sowie einer Stadt in Deutschland die Aufgabe übertragen, die in ihrem jeweiligen Gebiet anfallenden Abfälle zu verwerten und zu entsorgen. Der Zweckverband, der selbst öffentlicher Auftraggeber ist, verfügt jedoch nicht über eine biomechanische Anlage zur Behandlung von gemischten Siedlungsabfällen, weshalb er deren Verwertung und Entsorgung zu 80 % auf private Unternehmen überträgt.

Für die verbleibenden 20 % schloss der Zweckverband eine Vereinbarung mit einem weiteren Landkreis ab, der über eine entsprechende Anlage verfügt. Vereinbart wurde unter anderem, dass sich der Zweckverband verpflichtet, dem Landkreis ca. 10 000 Megagramm (Mg) Siedlungsabfälle zur Behandlung in dessen Anlage gegen Kostenersatz zu überlassen. Die dabei anfallenden Restabfälle werden vom Zweckverband zurückgenommen und entsorgt. Komme es zu einem Ausfall in der Anlage des Landkreises, lagere der Zweckverband die Abfälle, soweit als möglich, auf seine Kosten auf seinem Gelände zwischen. Der Zweckverband erklärte sich „[i]m Rahmen der Kooperation“ außerdem dazu bereit, bestimmte mineralische Abfälle im Umfang von bis zu 3 000 Mg vom Landkreis zu übernehmen. Die genauen Mengen würden sich nach der Leistungsfähigkeit des Zweckverbands richten und seien im Einzelnen zu vereinbaren.

Remondis, ein privates Unternehmen im Bereich der Abfallbehandlung, wehrte sich gegen diese Vereinbarung. Nachdem zunächst die Vergabekammer Rheinland-Pfalz den Nachprüfungsantrag zurückwies, weil es sich ihrer Ansicht nach um eine Kooperation öffentlicher Auftraggeber gemäß Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU handle, legte Remondis sofortige Beschwerde beim OLG Koblenz ein. Dieses legte dem EuGH eine Frage zur Auslegung von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU vor.

1.2. C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE)

Das Land Berlin verwendet eine Software zur Einsatzaufnahme, Disposition und Einsatzverfolgung von Tätigkeiten der Feuerwehr in der Brandbekämpfung, technischen Hilfeleistung, Notfallrettung und im Katastrophenschutz (Einsatzleitsoftware). Der Vertrag, mit dem das Land Berlin die Software von einem Unternehmer erworben hat, erlaubt ihm, die Software kostenfrei an andere Behörden mit Sicherheitsaufgaben weiterzugeben.

Am 10. September 2017 schlossen die Stadt Köln und das Land Berlin sowohl einen Softwareüberlassungsvertrag über die „entgeltfreie und dauerhafte“ Überlassung dieser

Software sowie einen Kooperationsvertrag, demzufolge unter anderem die Hinzufügung neuer fachlicher Funktionalitäten durch einen Partner den Kooperationspartnern kostenlos zur Verfügung zu stellen sind. Beide Verträge sind aufgrund wechselseitiger Klauseln nur „als gemeinsames Dokument“ verbindlich.

ISE, die Einsatzleitsoftware entwickelt und verkauft, stellte bei der Vergabekammer Rheinland einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, dass der Softwareüberlassungsvertrag und der Kooperationsvertrag für unwirksam erklärt werden. Die Vergabekammer kam jedoch zu dem Ergebnis, dass es sich bei den Verträgen mangels Entgeltlichkeit nicht um einen öffentlichen Auftrag handle. Es fehle bei den gegenständlichen Verträgen insbesondere die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

Das gegen diesen Beschluss angerufene OLG Düsseldorf legte dem EuGH daraufhin Fragen zur Auslegung der RL 2014/24/EU, im Besonderen von Art. 12 Abs. 4, vor. Für den Fall, dass es sich um einen entgeltlichen Vertrag handle, stelle sich dem Gericht die Frage, ob dieser eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern begründe.

2. Zusammenfassung der Urteilsbegründung

2.1. C-429/19, Remondis II

Der EuGH hebt hervor, dass der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU den Begriff der „Zusammenarbeit“ in den Mittelpunkt stelle, wenngleich er diesen nicht definiere. Aus Abs. 3 des 33. ErwG RL 2014/24/EU ergebe sich, dass die Zusammenarbeit „auf einem kooperativen Konzept beruhen“ solle und insoweit eine „echte Zusammenarbeit“ vorliegen müsse. Daraus folge, so der Gerichtshof weiter, dass das Zusammenwirken aller Vertragspartner für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich sei und dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt angesehen werden könne, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten beschränke (Rz 23 ff.).

Überdies betont der Gerichtshof, dass der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit sein müsse. Der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern habe nämlich eine ihrem Wesen nach kollaborative Dimension, die bei einem öffentlichen Auftrag fehle. Die Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung setze voraus, dass die öffentlichen Auftraggeber, die eine solche Vereinbarung treffen wollen, gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren. Eine entsprechende Zusammenarbeit beruhe mithin auf

einer gemeinsamen Strategie und setze voraus, dass sie ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln würden (Rz 32 ff.).

Im vorliegenden Fall ergebe sich, so der EuGH, dass die zwischen dem Zweckverband und dem Landkreis geschlossene Vereinbarung keine Form der Zusammenarbeit zwischen ihnen „erkennen lässt“. Die Klausel, der zufolge der Zweckverband bestimmte mineralische Abfälle vom Landkreis übernehmen könne, könnte zwar zur Entwicklung einer Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien führen. Im Verfahren habe der Zweckverband aber eingeräumt, dass die Klausel gegenstandslos sei. Außerdem lasse sich für den EuGH nicht erkennen, dass der Abschluss der Vereinbarung das Ergebnis einer Initiative des Zweckverbands und des Kreises zur Zusammenarbeit gewesen sei, was jedoch das vorlegende Gericht zu prüfen habe (Rz 35 f.).

2.2. C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE)

Der Gerichtshof führt einleitend aus, dass sich der Begriff „Vertrag“ in Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU mit dem Begriff „öffentlicher Auftrag“ nach der Definition in Art. 2 Abs. 1 Z 5 RL 2014/24/EU decke (Rz 29 ff.). Ein Vertrag könne folglich nur dann als „öffentlicher Auftrag“ eingestuft werden, wenn er entgeltlich sei und damit impliziere, dass der öffentliche Auftraggeber gegen eine Gegenleistung eine Leistung erhält, die für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse ist. Zur Beurteilung des synallagmatischen Charakters der beiden Verträge seien nicht nur ihre Bestimmungen, sondern auch das Regelungsumfeld, in dem sie geschlossen worden seien, zu berücksichtigen. Zwar heiße es im Überlassungsvertrag einerseits, dass die Überlassung der Software „entgeltfrei“, andererseits, dass sie „dauerhaft“ erfolge (Rz 37 ff.).

Ein Softwareüberlassungsvertrag, der auf Dauer angelegt sein soll, werde, so der EuGH, aber zwangsläufig weiterentwickelt, um den durch neue Regelungen vorgeschriebenen Anpassungen, der organisatorischen Entwicklung des Rettungsdiensts oder auch des technologischen Fortschritts Rechnung zu tragen. Die Stadt Köln habe dargelegt, dass die betreffende Software drei- bis viermal jährlich erheblich modifiziert und um ergänzende Module erweitert werde. Daher scheine die Überlassung der Software durch das Land Berlin zwar entgeltfrei, aber nicht ohne Gegenleistung zu erfolgen. Gemäß dem Kooperationsvertrag sei die Anpassung der Basissoftware eigenständig durch die jeweiligen Partner zu beauftragen und zu finanzieren, wodurch das finanzielle Interesse des Landes Berlin an der entgeltfreien Überlassung der Software zum Ausdruck komme. Die Verpflichtungen des Kooperationsvertrags sowie des Softwareüberlassungsvertrags seien außerdem einklagbar (Rz 44 ff.).

Weiters führt der Gerichtshof aus, dass sich Art. 12 Abs. 4 Buchst. a RL 2014/24/EU lediglich auf eine Gemeinsamkeit der Ziele beziehe, ohne die gemeinsame Erbringung ein und derselben öffentlichen Dienstleistung zu verlangen. Aus ErwG 33 RL 2014/24/EU ergebe sich nämlich, dass „[die] von den verschiedenen [an einer solchen Zusammenarbeit] teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen ... nicht notwendigerweise identisch sein [müssen]; sie können sich auch ergänzen“. Demnach sei nicht zwingend erforderlich, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von den an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Personen gemeinsam gewährleistet werde. Die beteiligten öffentlichen Auftraggeber seien gleichermaßen ermächtigt, sowohl gemeinsam als auch jeweils allein eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen, sofern ihre Zusammenarbeit es ermögliche, ihre gemeinsamen Ziele zu erreichen (Rz 55 ff.).

Eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern könne alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den beteiligten öffentlichen Auftraggebern zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen. Dies könne auch eine zu einer öffentlichen Dienstleistung akzessorische Tätigkeit umfassen, sofern diese Tätigkeit zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beitrage, die Gegenstand der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern ist (Rz 59 ff.).

Abschließend führt der EuGH aus, dass ein privater Dienstleister im Rahmen einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht bessergestellt werden dürfe als seine Wettbewerber. Das Land Berlin habe die Software von einem Unternehmer erworben, bevor es sie entgeltfrei der Stadt Köln überlassen habe. Die Anpassung dieser Software stelle einen sehr komplexen Vorgang dar, dessen wirtschaftlicher Wert im konkreten Fall deutlich größer als der des ursprünglichen Erwerbs der Basissoftware sei. Diese Märkte seien in der Praxis ausschließlich dem Herausgeber der Software vorbehalten, weil die Weiterentwicklung neben dem Quellcode der Software auch Kenntnisse über dessen Weiterentwicklung erfordere. Ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung einer bei einem Wirtschaftsteilnehmer erworbenen Software durchführen möchte, müsse dafür sorgen, dass er potenziellen Bewerbern und Bietern hinreichende Informationen übermittelt, um die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt für die Pflege, die Anpassung oder die Weiterentwicklung der Software zu ermöglichen.

Abschließend trägt der EuGH dem vorlegenden Gericht auf, dass es erstens zu prüfen habe, ob sowohl das Land Berlin als auch die Stadt Köln über den Quellcode der Software

verfügen, zweitens, ob diese öffentlichen Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potenziellen Bewerbern und Bietern den Quellcode übermitteln, und drittens, ob der Zugang allein zu dem Quellcode genügt, um sicherzustellen, dass an dem betreffenden Auftrag interessierte Wirtschaftsteilnehmer transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt würden.

3. Beantwortung der Vorlagefragen

3.1. C-429/19, Remondis II

Angesichts dessen beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefrage, dass Art. 12 Abs. 4 lit. a RL 2014/24/EU dahin auszulegen ist, dass nicht von einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern ausgegangen werden kann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der in seinem Gebiet für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich ist, diese Aufgabe, die nach dem nationalen Recht allein ihm obliegt und für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig sind, nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der in seinem Gebiet ebenfalls für diese im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich ist, damit beauftragt, gegen Entgelt einen der notwendigen Arbeitsgänge auszuführen.

3.2. C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE)

Vor diesem Hintergrund beantwortet der Gerichtshof die Vorlagefragen wie folgt:

1. Die RL 2014/24/EU ist dahin auszulegen, dass eine Vereinbarung, die zum einen vorsieht, dass ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber eine Software kostenfrei überlässt, und die zum anderen mit einer Kooperationsvereinbarung verknüpft ist, nach der jede Partei dieser Vereinbarung verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen, einen „öffentlichen Auftrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der RL 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 RL 2014/24/EU ist dahin auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser RL 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 RL 2014/24 in Verbindung mit dem zweiten Absatz ihres 33. ErwG 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.

4. Schlussfolgerungen des Bundesministeriums für Justiz

Mit den vorliegenden Urteilen äußerte sich der EuGH erstmals zu den Voraussetzungen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation gemäß Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU, der die Rechtsprechung des EuGH zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit¹ kodifizieren und zugleich klarstellen sollte.²

Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist in § 10 Abs. 3 BVergG 2018 umgesetzt worden.³ Damit ein Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 ausgenommen ist, muss unter anderem der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründen oder implementieren, 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.

4.1. Öffentlich-öffentliche Kooperation als „öffentlicher Auftrag“; Entgeltlichkeit

In Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU wurde für öffentlich-öffentliche Kooperationen bewusst mit dem Begriff des „Vertrags“ ein vom „öffentlichen Auftrag“ (zB zum Gegenstand und Anwendungsbereich der RL) abweichender Begriff verwendet, um die Unterschiede zwischen beiden Konzepten hervorzuheben.⁴ Während bei der öffentlich-öffentlichen Kooperation die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern im Mittelpunkt

¹ Siehe außerdem EuGH 30.6.2020, Rs C-618/19, *Ge.Fi.L.*; vgl. zuvor insb. EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*; s. dazu auch das Rundschreiben BKA-VV.C-480/06/0001-V/7/2010; weiters EuGH 19.12.2012, C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ua*; 13.6.2013, C-386/11, *Piepenbrock*.

² In ErwG 31 ist insoweit ausgeführt, dass „erhebliche Rechtsunsicherheit“ in diesem Bereich bestünde.

³ Für den Sektorenbereich vgl. Art. 28 Abs. 4 RL 2014/25/EU bzw. § 179 Abs. 3 BVergG 2018; für die Vergabe von Konzessionen vgl. Art. 17 Abs. 4 RL 2014/23/EU bzw. § 9 Abs. 3 BVergGKonz 2018.

⁴ Vgl. zB auch die englische („public contracts“ und „contracts“) oder französische („marchés publics“ und „marché“) Sprachfassung.

steht,⁵ konzentriert sich der Begriff des „öffentlichen Auftrags“ auf den (schlichten) Austausch von Leistung gegen Entgelt (geldwerte Gegenleistung⁶). Gleichwohl hat der EuGH in der Rs *ISE* nun ausgeführt, dass sich die beiden Begriffe inhaltlich decken, was er unter anderem damit begründet, dass die RL 2014/24/EU nur für „öffentliche Aufträge“ gelte und sohin öffentlich-öffentliche Kooperation iSd Art. 12 Abs. 4 nicht ausgenommen werden müssten, wenn sie von vorneherein keine „öffentlichen Aufträge“ darstellen würden.

Ein Vertrag, mit dem eine öffentlich-öffentliche Kooperation begründet werden soll, ist daher zunächst dahingehend zu prüfen, ob es sich um einen „öffentlichen Auftrag“ handelt. Als „öffentlicher Auftrag“ gilt nach nunmehr ständiger Rechtsprechung ein die Vertragsparteien gegenseitig verpflichtender (synallagmatischer) Vertrag, gemäß dem der öffentliche Auftraggeber gegen eine Gegenleistung eine Leistung erhält, die für ihn von unmittelbarem wirtschaftlichen Interesse („entgeltlich“) und einklagbar ist.⁷ Erst in der Folge hängt es vom Vorliegen der in Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU bzw. § 10 Abs. 3 BVergG 2018 näher umschriebenen Voraussetzungen ab, ob ein öffentlicher Auftrag als öffentlich-öffentliche Kooperation zu qualifizieren ist. Anders gewendet: Ein Vertrag über eine öffentlich-öffentliche Kooperation behält seine Eigenschaft als öffentlicher Auftrag, nur sind auf ihn die Vorschriften der RL 2014/24/EU bzw. des BVergG 2018 nicht anzuwenden. Als echte Ausnahme vom Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU ist Art. 12 Abs. 4 jedenfalls restriktiv zu interpretieren.

Für die konkrete Beurteilung von Verträgen, die eine öffentlich-öffentliche Kooperation begründen sollen, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dem Verweis des EuGH auf die Rs *Kommission/Österreich* („Stadt Mödling“)⁸ entscheidende Bedeutung zukommt.⁹ Ein aus mehreren Handlungen bestehende Vorgang ist für eine etwaige Einstufung als „öffentlicher Auftrag“ in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung zu prüfen. Damit soll – gerade auch beim Abschluss öffentlich-öffentlicher

⁵ Siehe noch sogleich.

⁶ Zum weiten Verständnis des Entgeltbegriffes der Vergaberichtlinien vgl. etwa EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ua*, Rz 29; 28.1.2016, Rs C-50/14, *CASTA ua*, Rz 52; 18.10.2018, Rs C-606/17, *IBA Molecular Italy*, Rz 27 ff. Nach dieser Rspr des EuGH reicht bereits ein teilweiser Kostenersatz aus, um einen Vertrag als „entgeltlich“ zu qualifizieren.

⁷ Vgl. EuGH 28.5.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 40 und 49 (mit Hinweis auf EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08, *Helmut Müller*, Rz 62); 18.6.2020, Rs C-328/19, *Porin kaupunki*, Rz 47.

⁸ EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04, *Kommission/Österreich* („Stadt Mödling“).

⁹ EuGH 28.5.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 38.

Kooperationen – eine Umgehung des Vergaberechts durch eine entsprechende vertragliche Ausgestaltung verhindert werden.

Im Anlassfall in der Rs *ISE* bedeutete dies, dass beide Verträge, also der Softwareüberlassungsvertrag sowie der Kooperationsvertrag, insgesamt zu beurteilen waren, zumal aufgrund wechselseitiger Klauseln sie nur gemeinsam verbindlich waren. Hierbei ist nach dem EuGH auch das (rechtliche und faktische) Regelungsumfeld, in dem die Verträge geschlossen wurden, zu berücksichtigen. Eine entgeltliche Gegenleistung für die Stadt Berlin, die die Software an sich entgeltfrei überlässt, erkennt der EuGH darin, dass die Stadt Berlin im Gegenzug von Partnern auf deren Kosten vorgenommene Weiterentwicklungen kostenfrei erhält. Dies soll allen Partnern Einsparungen ermöglichen. Obwohl die Kooperationsvereinbarung keine ausdrückliche Verpflichtung zur Weiterentwicklung erkennen lässt, geht der EuGH angesichts der im Verfahren gewonnenen Erkenntnisse davon aus, dass bei der dauerhaften Überlassung der Software zur Leitung von Feuerwehreinsätzen eine Anpassung faktisch unumgänglich sei.¹⁰ Damit liegt aber nach Ansicht des EuGH im Zusammenwirken beider Verträge ein synallagmatisches Verhältnis vor, weil die Überlassung der Software eine Verpflichtung zur ihrer gegenseitigen Weiterentwicklung begründet.

4.2. Begriff der Zusammenarbeit („Kooperation“)

In der Rs *Remondis II* führt der EuGH aus, dass der für das Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Kooperation nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU zentrale Begriff der Zusammenarbeit im Lichte des im 33. ErwG erwähnten erforderlichen „kooperativen Konzepts“ dahingehend zu verstehen ist, dass eine „echte“ (im Sinne von „effektive“) Zusammenarbeit vorliegen müsse.¹¹ Entscheidend ist hierbei nun, durch welche Elemente sich eine derartige Zusammenarbeit kennzeichnet und wie sie sich diese erkennen lassen.

Dem vorliegenden Urteil können dafür folgende Anhaltspunkte entnommen werden:

Wie bereits aus der Vorjudikatur grundsätzlich ableitbar, und in den Erläuterungen zum BVergG 2018 zum Ausdruck gebracht,¹² liegt eine derartige Zusammenarbeit jedenfalls

¹⁰ Dies ergäbe sich, so der Gerichtshof, aus der durch neue Regelungen vorgeschriebenen Anpassungen, den organisatorischen Entwicklungen des Rettungsdienstes sowie aus der Notwendigkeit, den technologischen Fortschritten Rechnung zu tragen, um das Einsatzleitsystem möglichst optimal nutzen zu können. Auch hatte die Stadt Köln in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass die betreffende Software drei- bis viermal pro Jahr erheblich modifiziert und um ergänzende Module erweitert werde.

¹¹ Dies ergäbe sich, so der EuGH, aus der scheinbar tautologischen Formulierung des ErwG 33 wonach eine Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen sollte.

¹² EuGH 13.6.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP, 43.

dann nicht vor, wenn sich der Beitrag des Partners auf eine bloße Kostenerstattung beschränkt.¹³ Bei einem derartigen (entgeltlichen) Vertrag handelt es sich um einen dem Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU unterliegenden öffentlichen Auftrag. Es wird daran erinnert, dass der Umstand, dass beide Vertragspartner selbst öffentliche Auftraggeber sind, nicht bewirkt, dass die Bestimmungen des BVergG 2018 nicht anzuwenden wären.¹⁴

Dass ausweislich der im Ausgangssachverhalt gegenständlichen Kooperationsvereinbarung an sich auch alle Kooperationspartner einen Beitrag, der über die bloße Kostenerstattung hinausgeht, zu leisten gehabt hätten, begründet für sich genommen aber noch keine derartige echte Zusammenarbeit. Soweit vereinbart war, dass der Zweckverband bis zu 3 000 Mg mineralische Abfälle vom Landkreis übernehmen sollte,¹⁵ zeigte das Verfahren, dass diese Vertragsklausel gegenstandslos war. Die schlichte Vereinbarung eines wechselseitigen Leistungsaustausches reicht (vor dem Hintergrund einer allfälligen Umgehung des Unionsrechts) für das Vorliegen einer Zusammenarbeit daher jedenfalls nicht aus.

Hervorzuheben ist, dass der EuGH „außerdem“¹⁶ verlangt, dass die Kooperationsvereinbarung das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit darstellt,¹⁷ weil eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern im Gegensatz zu einem öffentlichen Auftrag eine „kollaborative Dimension“ aufweist. Der Gerichtshof hebt diesbezüglich hervor, dass die betroffenen öffentlichen Auftraggeber „gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen“ definieren müssen¹⁸ und insoweit die Zusammenarbeit auf einer „gemeinsamen Strategie“ beruhen muss.

Ausdruck dieser Strategie ist, dass die Kooperationspartner ihre Anstrengungen und Ressourcen zur Erbringung der gegenständlichen öffentlichen Dienstleistungen bündeln.¹⁹ In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass nach dem 33. ErwG die Beitragsteile der

¹³ EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 29. Anders noch zur alten Rechtslage VwGH 17.6.2014, 2013/04/0020; 22.9.2017, 2013/04/0174.

¹⁴ EuGH 13.1.2005, C-84/03, *Kommission/Spanien*, Rz 37 ff.; 13.6.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*, Rz 29; ErwG 31 RL 2014/24/EU; idS schon EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03, *Kommission/Deutschland*.

¹⁵ Vgl. dazu etwa EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 41.

¹⁶ EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 32 und 36.

¹⁷ Vgl. bereits EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 38; dazu noch im Folgenden.

¹⁸ Hingegen erfolgt dies bei einem regulären öffentlichen Auftrag „im Allgemeinen einseitig“, EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 33.

¹⁹ EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 34.

Kooperationspartner „nicht notwendigerweise identisch sein [müssen]; sie können sich auch ergänzen“. Auch ist es nicht erforderlich, „dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten²⁰ übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten“. Dass diese Beiträge jedoch nicht bloß untergeordnete Bedeutung haben dürfen (insbesondere „verzichtbar“ sein können), ergibt sich aus dem Erfordernis, dass das „Zusammenwirken aller Parteien“ für die Existenz einer Kooperation „unerlässlich“ ist.²¹

Im Urteil bleibt offen, welche Anforderungen an die geforderte gemeinsame Initiative im Einzelnen angelegt werden und auf welche Art und Weise sie belegt bzw. nachgewiesen werden kann. Der EuGH wies die Beurteilung dieses Aspekts an das vorlegende Gericht zurück. Soweit der Gerichtshof aber auf das Urteil in der Rs *Kommission/Deutschland* („Stadtreinigung Hamburg“) hinweist,²² ist festzuhalten, dass die dortige Konstellation insoweit anders gelagert war, als die Errichtung der Abfallentsorgungsanlage überhaupt erst beschlossen wurde, nachdem sich die beteiligten öffentlichen Auftraggeber im Rahmen einer Kooperation zur Nutzung der Anlage verpflichtet hatten. Die Errichtung und der Betrieb der Anlage sollte angesichts der durch die Zusammenarbeit erhöhten Kapazität unter den besten wirtschaftlichen Bedingungen ermöglicht werden.²³

Möchten öffentliche Auftraggeber eine öffentlich-öffentliche Kooperation beschließen und dabei auf bestehende, freie bzw. freigewordene Kapazitäten zur Erbringung einer Dienstleistung zurückgreifen, ist ebenso eine gemeinsame Initiative erforderlich und es muss eine Zusammenarbeit auf einer „gemeinsamen Strategie“ beruhen, allein um zu verhindern, dass hinsichtlich der freien bzw. freigewordenen Kapazitäten ein schlichter (dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegender) Vertrag mit einem wechselseitigen Leistungsaustausch abgeschlossen wird. Angesichts des Umstands, dass in derartigen Fällen keine neuen Kapazitäten maßgeschneidert geschaffen werden, ist den entsprechenden Festlegungen zum Zwecke des Nachweises besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Zur gesamthaften Beurteilung, ob ein Vertrag eine Zusammenarbeit begründet, können insbesondere, worauf hier nur hinzuweisen ist, weitere Elemente von Bedeutung

²⁰ EN: „main contractual obligations“; FR: „des principales obligations contractuelles“; IT: „i principali obblighi contrattuali“.

²¹ EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 29. Dies folgt im Übrigen auch aus dem allgemeinen Umgehungsverbot des unionalen Vergaberechts (vgl. etwa Art. 18 RL 2014/24/EU).

²² EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 32.

²³ EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 38.

sein, wie etwa eine Beistandspflicht,²⁴ Gewährleistungsbestimmungen²⁵ oder die Wahrnehmung gemeinsamer Interessen.²⁶ Da in der Rs *ISE* aber, wie ausgeführt, bereits grundlegend die Zusammenarbeit fehlte, überrascht nicht, dass der EuGH auf weitere Elemente nicht eingegangen ist.²⁷

4.3. Dienstleistungen, die von einer Zusammenarbeit erfasst sein können

Der EuGH bestätigt, dass Gegenstand einer öffentlich-öffentlichen Kooperation Dienstleistungen sein können, die die beteiligten Partner nicht gemeinsam erfüllen müssen; GA *Sánchez-Bordona* hatte schon darauf hingewiesen, dass die gemeinschaftliche Erbringung der Feuerwehrdienstleistungen allein schon wegen der geographischen Entfernung nicht möglich sei.²⁸ Erforderlich ist, wie in Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU vorgesehen, dass die Zusammenarbeit (die Erbringung der konkreten Dienstleistungen) es ermöglicht, „gemeinsame Ziele“ zu erreichen. Die Partner einer öffentlich-öffentlichen Kooperation können daher jeweils für sich die Dienstleistung erbringen, ohne dass eine gemeinschaftliche Erbringung geboten ist.

Der EuGH hat außerdem klargestellt, dass auch Dienstleistungen Gegenstand einer öffentlich-öffentlichen Kooperation sein können, die zu von allen Beteiligten²⁹ zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch (zB Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten) sind, sofern diese Tätigkeiten zur wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistung beitragen.³⁰ Ob dabei tatsächlich eine Einsatzleitsoftware akzessorischen Charakter hat oder vielmehr für die Erfüllung der Aufgaben der Feuerwehr zwingend erforderlich ist, hat der EuGH offengelassen.³¹

²⁴ Vgl. dazu EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 42.

²⁵ Vgl. dazu EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 39; demgegenüber EuGH 13.6.2013, C-386/11, *Piepenbrock*, Rz 27.

²⁶ Vgl. dazu EuGH 9.6.2009, Rs C-480/06, *Kommission/Deutschland*, Rz 40.

²⁷ EuGH 4.6.2020, Rs C-429/19, *Remondis II*, Rz 9: § 9 der Vereinbarung sah, soweit möglich, eine Zwischenlagerungsverpflichtung der Abfälle des Zweckverbandes auf seine Kosten vor. Remondis hatte gleichwohl – im Verfahren unwidersprochen – eingewendet, dass sich der Zweckverband aber nicht um die für die Zwischenlagerung erforderliche Genehmigung bemüht habe (aaO, Rz 16).

²⁸ EuGH *SA Sánchez-Bordona* 29.1.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 65.

²⁹ Zum Erfordernis, dass Ziel der Kooperation die Wahrnehmung einer allen Kooperationspartnern gemeinsam obliegenden öffentlichen Aufgabe ist, vgl. schon EuGH 19.12.2012, Rs C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce ua*, Rz 37, EuGH 13.6.2013, Rs C-386/11, *Piepenbrock*, Rz 39.

³⁰ Es wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Wortwahl („beitragen“ bzw. „dienen“) in Rz 60 bzw. 62 der deutschen Fassung des Urteiles in der Rs *ISE* irrelevant ist, weil in der (intern im EuGH relevanten) französischen Sprachfassung an beiden Stellen der idente Begriff („contribuer“) verwendet wird.

³¹ Vgl. EuGH 28.5.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 61.

4.4. Verbot der Besserstellung von Privaten

Durch eine öffentlich-öffentliche Kooperation darf es zu keiner Besserstellung eines Privaten kommen. Wenngleich dieses Element nicht ausdrücklich in Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU angeführt ist, wollte der Unionsgesetzgeber in diesem Punkt von der einschlägigen Vorjudikatur nicht abweichen.³²

Nach Ansicht des BMJ darf eine öffentlich-öffentliche Kooperation einem privaten Dritten keine Stellung einräumen, die ihm nach dem Vergaberecht nicht zustünde (zB die Einräumung von Exklusivrechten durch die Kooperationsvereinbarung). Abseits davon sind Leistungen, die im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Kooperation von privaten Dritten erbracht und deshalb am Markt zugekauft werden sollen nach den Bestimmungen des BVergG 2018 zu beschaffen, zumal nur öffentliche Auftraggeber eine öffentlich-öffentliche Kooperation eingehen können. Vergabeverfahren mit nur einem Unternehmer sind dabei nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig.³³ Sollten vor Abschluss der Kooperation bereits Leistungsverträge mit privaten Dritten bestehen und ist angedacht, diese in einer Kooperation zur Erfüllung (eines Teils) der wechselseitigen Leistungen heranzuziehen, so ist auf die eingeschränkte Änderbarkeit von Verträgen während ihrer Laufzeit nach § 365 BVergG 2018 hinzuweisen.³⁴

Der EuGH hat nach Auffassung des BMJ in der Rs *ISE* ein weites Verständnis einer möglichen Besserstellung von Privaten im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Kooperation vertreten. Bei Abschluss der öffentlich-öffentlichen Kooperation dürften die faktischen Auswirkungen auf private Unternehmer und deren Wettbewerber jedenfalls zu prüfen sein, unabhängig davon, dass eine Beauftragung jedenfalls in einem Verfahren nach den Bestimmungen der RL 2014/24/EU bzw. dem BVergG 2018 erfolgen müsste. Konkret bedeutete dies ferner auch, dass ein öffentlicher Auftraggeber dafür sorgen muss, dass er im Falle einer Vergabe potenziellen Bewerbern und Bieterinnen hinreichende Informationen übermittelt, um die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt für die Pflege, die Anpassung oder die Weiterentwicklung der Software zu

³² Vgl. idS ErwG 33 RL 2014/24/EU.

³³ Vgl. etwa Art. 32 Abs. 2 lit. b RL 2014/24/EU.

³⁴ Im Besonderen darf eine Heranziehung keine nicht-vereinbarte erhebliche Ausweitung des Umfangs des Vertrags bewirken oder das wirtschaftliche Gleichgewicht zu Gunsten des Auftragnehmers ändern. Im Übrigen wäre außerdem – sofern der Abschluss einer Kooperation zum Zeitpunkt der Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Beschaffung für die Kooperation einschlägiger Leistungen bereits hinlänglich konkret absehbar gewesen wäre – das für die Kooperation einschlägige Volumen im Rahmen der sachkundigen Schätzung des Auftragswertes zu berücksichtigen.

ermöglichen.³⁵ Dies ist deswegen hervorzuheben, weil diese umfassende Informationspflicht vom EuGH unabhängig des Umstands betont wurde, dass bereits der Vertrag des Landes Berlin mit dem Softwarehersteller die kostenfreie Weitergabe der Software an andere Behörden mit Sicherheitsaufgaben ausdrücklich erlaubt hatte. Hintergrund der Ausführungen des EuGH im konkreten Fall könnte sein, dass offenbar nicht eindeutig war, unter welchen Bedingungen bereits die Stadt Berlin die Software ursprünglich erworben hat und ob dabei alle vergaberechtlichen Bestimmungen eingehalten wurden.³⁶

11. August 2020

Für die Bundesministerin:

Mag. Dr. Michael FRUHMANN

Elektronisch gefertigt

³⁵ Hier ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass im Kontext der Vergabe von Softwaredienstleistungen die Zurverfügung-Stellung allein des Quellcodes unter Umständen nicht hinreicht, um dieser Anforderung des EuGH zu entsprechen, vgl. EuGH 28.5.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 74 f.

³⁶ Vgl. dazu auch EuGH *SA Sánchez-Bordona* 29.1.2020, Rs C-796/18, *ISE*, Rz 103. Der EuGH ging in seinem Urteil auf diesen Aspekt nicht ein. Eine unzulässige Wahl eines (intransparenten) Verfahrens hätte jedoch zweifelsfrei eine Bevorzugung eines Dritten zur Folge, die im Rahmen der Beurteilung der Rechtskonformität einer Zusammenarbeit (wiederum) zu berücksichtigen wäre.