

# TE Vwgh Erkenntnis 2023/4/17 Ra 2020/04/0045

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.04.2023

## Index

E000 EU- Recht allgemein

E3L E06300000

E6j

001 Verwaltungsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

AVG §37

BVergG 2018 §10 Abs3

BVergG 2018 §10 Abs3 Z1

BVergG 2018 §10 Abs3 Z2

BVergG 2018 §10 Abs3 Z3

BVergG 2018 §10 Abs4

EURallg

VwRallg

32014L0024 Vergabe-RL Art12 Abs4

32014L0024 Vergabe-RL Art12 Abs4 litb

32014L0024 Vergabe-RL Art18 Abs1

62006CJ0480 Kommission / Deutschland

62018CJ0796 Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung VORAB

62019CJ0429 Remondis VORAB

1. AVG § 37 heute

2. AVG § 37 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998

3. AVG § 37 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. BVergG 2018 § 10 heute

2. BVergG 2018 § 10 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 10 heute

2. BVergG 2018 § 10 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 10 heute

2. BVergG 2018 § 10 gültig ab 21.08.2018

1. BVergG 2018 § 10 heute
2. BVergG 2018 § 10 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 10 heute
2. BVergG 2018 § 10 gültig ab 21.08.2018

### **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator und die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der M GmbH in S, vertreten durch die Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Mülker Bastei 5, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Steiermark vom 7. Oktober 2019, Zl. LVwG 443.20-2023/2019-37, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1.) A in K, vertreten durch MMag.Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Mariahilferstraße 1b/17; 2.) Stadt Wien, MA 48, pA. 1050 Wien, Einsiedlergasse 2), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Das Land Steiermark hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von 1.346,40 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

1 1. Die Revisionswerberin hatte seit Durchführung eines Vergabeverfahrens im Jahr 2011 als Auftragnehmerin für den Erstmitbeteiligten (einen regionalen Abfallwirtschaftsverband) als Auftraggeber Leistungen betreffend die Behandlung und Entsorgung von unaufbereitetem Restmüll übernommen. Den Bezug habenden Vertrag hatte die Revisionswerberin unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist mit Wirksamkeit zum 31. Dezember 2019 gekündigt, da die vereinbarten Preise nicht mehr den aktuellen Marktgegebenheiten entsprochen hätten.

2 Mit Eingabe vom 19. August 2019 beantragte die Revisionswerberin, die Zuschlagsentscheidung im Verfahren zum Abschluss einer „Vereinbarung zur öffentlich-öffentlichen Kooperation im Bereich der Abfallwirtschaft“ durch den Erstmitbeteiligten zugunsten der Stadt Wien (Zweitmitbeteiligte) für nichtig zu erklären.

3 Der Nachprüfungsantrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der in § 10 Abs. 3 BVergG 2018 normierte Ausnahmetatbestand nicht vorliege. Der Nachprüfungsantrag wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der in Paragraph 10, Absatz 3, BVergG 2018 normierte Ausnahmetatbestand nicht vorliege.

4 2. Mit der angefochtenen Entscheidung erkannte das Landesverwaltungsgericht Steiermark (Verwaltungsgericht) zu Recht, dass dem Antrag keine Folge gegeben werde (Spruchpunkt I.), die Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und sprach unter einem aus, dass gegen das vorliegende Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei (Spruchpunkt III.). 2. Mit der angefochtenen Entscheidung erkannte das Landesverwaltungsgericht Steiermark (Verwaltungsgericht) zu Recht, dass dem Antrag keine Folge gegeben werde (Spruchpunkt römisch eins.), die Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt römisch zwei.) und sprach unter einem aus, dass gegen das vorliegende Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

5 In seiner Begründung traf das Verwaltungsgericht zusammengefasst folgende Feststellungen:

6 Um die Entsorgung des unbehandelten Restmülls ab 1. Jänner 2020 sicherzustellen, habe der Erstmitbeteiligte eine öffentlich-öffentliche Kooperation angestrebt und am 1. August 2019 den Abschluss der verfahrensgegenständlichen Vereinbarung beschlossen. Am 9. August 2019 sei vom Erstmitbeteiligten im Amtsblatt der Europäischen Union eine „freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung“ veröffentlicht worden, wonach beabsichtigt sei, der Zweitmitbeteiligten den Zuschlag zur Behandlung von Siedlungsabfällen und Klärschlamm zu erteilen. Ferner habe die Bekanntmachung die Information über die Bereitstellung von diversen Zwischenlager- und Behandlungskapazitäten durch den Erstmitbeteiligten enthalten und darüber, dass ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei.

7 Auszugsweise laute die zwischen den Mitbeteiligten vorgesehene Vereinbarung wie folgt:

„Präambel

...

(9) Mit der gegenständlichen Vereinbarung soll die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemeinsame Kooperation im Sinne des verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatzes der Sparsamkeit, Effizienz- und Zweckmäßigkeit (Art. 51a B-VG) geregelt werden. Eine wirtschaftliche Tätigkeit wird nicht bezweckt. Mit Privaten soll nicht in Konkurrenz getreten werden und es sollen Private an der Erfüllung der gegenständlichen Vereinbarung auch nicht teilhaben.(9) Mit der gegenständlichen Vereinbarung soll die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemeinsame Kooperation im Sinne des verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatzes der Sparsamkeit, Effizienz- und Zweckmäßigkeit (Artikel 51 a, B-VG) geregelt werden. Eine wirtschaftliche Tätigkeit wird nicht bezweckt. Mit Privaten soll nicht in Konkurrenz getreten werden und es sollen Private an der Erfüllung der gegenständlichen Vereinbarung auch nicht teilhaben.

(10) Die Vertragspartner streben lediglich die Abdeckung ihrer Kosten an, die durch die thermische Verwertung der Abfälle des AWW entstehen bzw. diesen betriebswirtschaftlich zugeordnet werden (z.B. Gemeinkosten). Ein Gewinn soll nicht erzielt werden.

...

§ 1 Paragraph eins

Gegenstand der Vereinbarung

(1) Der AWW betraut die MA 48 mit der öffentlichen Aufgabe der thermischen Verwertung von Siedlungsabfällen (inklusive Baum- und Strauchschnitt) und anaerob behandeltem Klärschlamm gemäß Beilage 1 und die MA 48 nimmt diese Betrauung an. Diese öffentliche Aufgabe der thermischen Verwertung soll von der MA 48 gemeinsam mit ihrer eigenen Tätigkeit der Abfallbehandlung unter allfälliger weiterer Abfallbehandlungsaktivitäten für sonstige öffentliche Aufgabenträger erfolgen.

(2) Der AWW stellt der MA 48 die Siedlungsabfälle gemäß Beilage 1 - je nach Wahl der MA 48 - als Ressource für die thermische und/oder stoffliche Verwertung bei.

(3) Der AWW stellt der MA 48 ihre folgenden behördlich genehmigten Abfallbehandlungskapazitäten zur Behandlung folgender Abfälle der MA 48 zu Selbstkosten (Beilage 2) zur Verfügung: (a) ihre genehmigte Massenabfalldeponie in Allerheiligen zur Ablagerung des Straßenkehrschutt schwer, (d) ihre biologische Behandlungsanlage in Allerheiligen zur Behandlung der organischen Schwerfraktion, (c) ihre Zwischenlager auf der Abfallbehandlungsanlage in Allerheiligen zur Zwischenlagerung von Sperrmüll im Ausmaß von ca. 800 to/Woche für den Fall planbarer und nichtplanbarer Anlagenstillstände, wie z.B. Revision einer der in Beilage 4 genannten Anlagen der MA 48, (d) AWW eigene Transportkapazitäten zum Transport dieser MA 48 eigenen Abfälle von Wien zu den Abfallbehandlungsanlagen des AWW und (e) sonstige AWW eigene Kapazitäten.

(4) Sollte ein Vertragspartner im Bereich der Behandlung eigener Abfälle auf den eigenen Abfallbehandlungsanlagen mit von ihm selbst nicht bewältigbaren Kapazitätsengpässen (z.B. Notfälle) konfrontiert sein (z.B. bei Stillstand einer der in der Beilage 4 genannten Anlagen, Eintritt sonstiger nicht planbarer Umstände), stellt der jeweils andere Vertragspartner nach Maßgabe seiner ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen Abfallbehandlungskapazitäten zu Selbstkosten zur Verfügung.

(5) Im Hinblick auf die gegenständliche Vereinbarung einer öffentlich-öffentlichen Kooperation und die von den Vertragsparteien gemäß Abs. 1 bis Abs. 4 übernommenen Verpflichtungen übernimmt die MA 48 die Verpflichtung zur thermischen Verwertung der Siedlungsabfälle des AWW, insbesondere Restmüll und Sperrmüll gemäß den Übernahmekriterien gemäß Beilage 3, sofern nichts Gegenteiliges in dieser Vereinbarung ausdrücklich geregelt ist und der Lenkungsausschuss nicht einvernehmlich Gegenteiliges bestimmt.(5) Im Hinblick auf die gegenständliche Vereinbarung einer öffentlich-öffentlichen Kooperation und die von den Vertragsparteien gemäß Absatz eins, bis Absatz 4, übernommenen Verpflichtungen übernimmt die MA 48 die Verpflichtung zur thermischen Verwertung der Siedlungsabfälle des AWW, insbesondere Restmüll und Sperrmüll gemäß den Übernahmekriterien gemäß Beilage 3, sofern nichts Gegenteiliges in dieser Vereinbarung ausdrücklich geregelt ist und der Lenkungsausschuss nicht einvernehmlich Gegenteiliges bestimmt.

(6) Der AWW ist für die Logistik und den Transport der Abfälle vom bzw. zu den Anlagen der MA 48 (Beilage 4) verantwortlich. Der AWW hat den Siedlungsabfall zu einer der von der MA 48 bestimmten Behandlungsanlagen in Wien (Beilage 4) auf eigenes Risiko und eigene Kosten zu transportieren. Der Transport des Siedlungsabfalls endet mit dem Abkippen des Abfalls in die jeweiligen Bunker der Behandlungsanlagen der MA 48. Der AWW hat - auf vorangehende schriftliche Anforderung der MA 48 (E-Mail genügt) - die Abfälle der MA 48 als Retourfuhr von den Anlagen in Wien (Beilage 4) zu den Lagerflächen/Behandlungsanlagen des AWW (Beilage 4) gegen Ersatz der damit verbundenen Kosten zu disponieren und transportieren. Mit Verladen auf dem Fahrzeug geht das Risiko auf den AWW über. Für die erforderlichen abfallrechtlich gebotenen Begleitscheine des Transportes sorgt jedoch der jeweilige Vertragspartner, dessen Abfall transportiert wird.

...

(7) Der AWW und die MA 48 vereinbaren, (a) alle im Verbandsgebiet des AWW anfallenden Siedlungsabfälle gemäß Beilage 1 und (b) Sperrmüll, Straßenkehricht schwer und Schwerfraktion zur Zwischenlagerung, Ablagerung in einer Massenabfalldeponie bzw. Behandlung in der mechanisch-biologischen Anlage in Allerheiligen jeweils nach Maßgabe der folgenden Bestimmung insoweit zu übergeben und zu übernehmen, als der Lenkungsausschuss einvernehmlich nichts Gegenteiliges bestimmt.

(7.1) Die zur Behandlung übergebenen Abfälle haben die in Beilage 3 angegebenen Übernahmekriterien einzuhalten.

(7.2) Sollten die Verbrennungsanlagen, an welche die Siedlungsabfälle primär angeliefert werden, stillstehen, so teilt die MA 48 dies rechtzeitig im Vorhinein unter Bekanntgabe allfälliger Ersatzlösungen (die jeweils ersatzweise zuständige Übernahmestation gemäß Beilage 4) mit. Sollte keine Ersatzlösung möglich sein (z.B. keine der in Beilage 4 genannten Übernahmestationen kann die Abfälle übernehmen) wird der Lenkungsausschuss nach einer sonstigen Alternative unter Einsatz aller den Vertragsparteien zur Verfügung stehenden Mittel suchen.

...

(10) Die Vertragsparteien haben sich im Bereich der thermischen Verwertung von Abfällen, (Zwischen-)Lagerung von Abfällen, Deponierung und Behandlung von Abfällen wechselseitig bestmöglich zu unterstützen und aufeinander Rücksicht zu nehmen. In diesem Sinn steht es den Vertragsparteien zu, die in Beilage 4 genannten Abfallbehandlungsanlagen gegen Ersatz der damit verbundenen Kosten nach Maßgabe weiterer Regelungen des Lenkungsausschusses zu nutzen.

(11) Die gegenständliche Vereinbarung bzw. die davon geregelten Leistungen der thermischen Verwertung von Abfällen sind nicht marktorientiert. Im Bereich der thermischen Verwertung von Abfällen darf keine der Vertragsparteien marktorientiert tätig sein, also Leistungen gegen Zahlung eines marktwirtschaftlich kalkulierten Entgelts privaten Personen anbieten bzw. erbringen. Diese Regelung lässt jedoch alle gebührenfinanzierten bzw. durch die jeweiligen Abfallwirtschaftsgesetze dem jeweiligen Vertragspartner vorgegebenen Leistungen, nebensächliche Leistungen und sonstige Leistungen im Bereich weiterer öffentlich-öffentliche Kooperationen unberührt. Diese Regelung lässt auch sonstige marktorientierte Tätigkeiten unberührt, die nicht die thermische Verwertung von Siedlungsabfällen bzw. Behandlung von Abfällen betreffen.

(12) Mit Privaten darf im Bereich der thermischen Verwertung von Siedlungsabfällen bzw. Behandlung von Abfällen nicht in Konkurrenz getreten werden, sofern dies nicht gemeinschaftsrechtlich zulässig ist. In diesem Sinn ist es den Vertragsparteien untersagt, im Bereich der Verwiegung und thermischen Verwertung von Siedlungsabfällen bzw. Behandlung von Abfällen über ein Kalenderjahr betrachtet ihre Leistungen zu mehr als 19,9 % auf dem offenen Markt zu erbringen, das heißt gegenüber Dritten, ohne dass eine Ausnahme für öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors in Anspruch genommen werden kann.

(13) Private - das heißt Einrichtungen, die nicht zu 100 % von der öffentlichen Hand beherrscht werden, dürfen an der Erfüllung der gegenständlichen Vereinbarung nicht teilhaben, sofern dieser Leistungserbringung kein dem Bundesvergabegesetz entsprechendes Vergabeverfahren vorangeht.

(14) Zur Erfüllung der übertragenen Aufgabe der thermischen Verwertung von Abfällen sind die MA 48 und der AWW berechtigt, sich Rechtsträger zu bedienen, die in ihrem hundertprozentigen Einflussbereich stehen. Soweit sonstige Rechtsträger eingesetzt werden, sind die MA 48 und der AWW verpflichtet, diese Leistungen nach den Vorschriften des Bundesvergabegesetzes zu vergeben.

(15) Die MA 48 verpflichtet sich im Vertragszeitraum sämtliche vom AWW vertragskonform angelieferten Abfälle zur thermischen Verwertung zu übernehmen und garantiert eine hundertprozentige Verwertungssicherheit.

#### § 2 Paragraph 2

##### Mitgestaltungsrechte

...

(3) Zur Abwicklung der gegenständlichen Vereinbarung werden die Vertragsparteien einen Lenkungsausschuss gemäß Beilage 5 einsetzen. Der Lenkungsausschuss wird über alle die thermische Verwertung der Siedlungsabfälle bzw. Behandlung der Abfälle der MA 48 betreffenden Angelegenheiten, die insbesondere Details zur Anlieferungsmenge, Anlieferungszeit, Übernahmeort und Qualität der jeweiligen Abfälle, verbindliche Festlegungen treffen. Der Lenkungsausschuss wird auch über Art der Abrechnung und für die jeweils zu zahlenden Kostenbeiträge insoweit Festlegungen treffen, als Änderungen zu dieser Vereinbarung erforderlich sind.

(4) Der Lenkungsausschuss trifft die Entscheidungen einvernehmlich. ...

#### § 3 Paragraph 3

##### Kostenbeitrag und Zahlungsfrist

(1) Die MA 48 und der AWW vereinbaren, die angelieferten und übernommenen (Siedlungs-)Abfälle gemäß den in Beilage 2 jeweils angeführten Kostenbeiträgen zu bewerten. Kein Vertragspartner darf aus und im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Leistungen bei einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung einen Gewinn erzielen.

...

(5) Die jeweiligen Beiträge gemäß Beilage 2 zur Übernahme der Abfälle vom AWW bzw. Zwischenlagerung von Sperrmüll, Deponierung von Straßenkehrschutt schwer und biologische Behandlung von Schwerfraktion decken ausschließlich die Kosten für eine Zurverfügungstellung der Verbrennungskapazitäten der MA 48 und deren Betrieb bzw. der (Zwischen-)Lager bzw. Abfallbehandlungsanlagen des AWW. Diese Beiträge beinhalten keinen Gewinnanteil.

(6) Festgehalten wird, dass die Beiträge gemäß Beilage 2 lediglich einen Kostenbeitrag zu der gemeinsamen Erfüllung der Aufgabe der Verwiegung und thermischen Verwertung von Abfällen bzw. Zwischenlagerung von Sperrmüll, Deponierung von Straßenkehrschutt schwer und biologische Behandlung von Schwerfraktion sind. Sollte die Prüfung dieser Kosten ergeben, dass die vereinbarten Kostenbeiträge gemäß Beilage 2 bei einer jährlichen Durchschnittsbetrachtung einen Gewinn zugunsten eines Vertragspartners zur Folge haben, hat der den Gewinn erzielende Vertragspartner jenen Mehrerlös dem jeweils anderen Vertragspartner zurückzuzahlen, der diesen Gewinn begründet. Klargestellt wird, dass sich aber aus diesem Absatz keine Verpflichtung des AWW ergibt, einen ‚negativen Gewinn‘ (das heißt Verlust der MA 48) zu ersetzen.

...“

8 Im Wesentlichen übernehme die Zweitmitbeteiligte vom Erstmitbeteiligten diverse Müllsorten zur Behandlung und thermischen Verwertung. Es würde sich dabei um ca. 3 Fuhren pro Tag bzw. 750 Fuhren pro Jahr handeln. Die überwiegende Transportkapazität müsse von Dritten zugekauft bzw. ausgeschrieben werden, weil der Erstmitbeteiligte nicht über genügend Transportkapazitäten verfüge. Für die thermische Verwertung des Mülls bezahle der Erstmitbeteiligte ein Entgelt. Die Zweitmitbeteiligte habe derzeit bereits mehrere öffentlich-öffentliche Kooperationen mit einem Volumen von ca. 30.000 bis 35.000 Tonnen Restmüll pro Jahr. Die Kapazitäten für die vom Erstmitbeteiligten anfallenden Mengen seien derzeit noch frei. Im Gegenzug bekäme die Zweitmitbeteiligte bei Anlagestillständen die Möglichkeit, Sperrmüll, Straßenkehrschutt und Schwerfraktion bei den Anlagen des Erstmitbeteiligten zwischenlagern zu können, wobei der Straßenkehrschutt permanent zur Anlage des Erstmitbeteiligten verbracht werden solle, weil die MA 48 über keine eigene Massenabfalldeponie verfüge. Den beiden öffentlich-rechtlichen Körperschaften obliege jeweils die Entsorgung von Müll, die wiederum eine öffentliche Dienstleistung darstelle. Es habe nicht festgestellt werden können, dass die beteiligten Körperschaften durch ihre Zusammenarbeit 20 % oder mehr auf dem offenen Markt erbringen würden.

9 Beweismäßig verwies das Verwaltungsgericht auf die Aktenlage, die Aussagen der einvernommenen Parteienvertreter sowie des Zeugen S. Es habe von Seiten des Erstmitbeteiligten dargelegt werden können, dass der

sprunghafte Anstieg der Sperrmüllmengen in den vergangenen Jahren, bzw. die Differenzen der Sperrmüllmengen durch die Altholzverordnung erklärt werden könne. Anhand vorgelegter Unterlagen über plan- und außerplanmäßige Anlagenstillstände der Zweitmitbeteiligten habe dargelegt werden können, dass diese im Fall von Anlagestillständen bei der Lagerung von Müll auf Private angewiesen sei bzw. eine Möglichkeit für die Zwischenlagerung habe suchen müssen während gleichzeitig entsprechende Kapazitäten beim Erstmitbeteiligten vorhanden seien. Der prognostizierte Anfall von ca. 3.300 Tonnen pro Jahr zur Zwischenlagerung beim Erstmitbeteiligten habe plausibel anhand von Erfahrungswerten der letzten Jahre dargelegt werden können. Ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen sei seit 2007 beauftragt, beihilfenrechtliche Fragen gutachterlich zu erörtern und „auch die Frage der 20 %igen Marktbeteiligung festzustellen, was für 2018 einen privaten Anteil von 39 Mio. von gesamt 340 Mio. Umsatz der Zweitmitbeteiligten ausmache“. Angesichts dessen und des Umstandes, dass die rund 15.000 Tonnen des Erstmitbeteiligten bei einer Gesamtmenge von rund 620.000 Tonnen thermisch verwerteten Restmülls der MA 48, sowie die prognostizierte Lagerung von 3.300 Tonnen pro Jahr in Allerheiligen nicht wesentlich ins Gewicht fallen würden, könne nicht konstatiert werden, dass die Teilnehmer der Kooperation durch ihre Tätigkeit mehr als 20 % am Markt erbringen. Beweiswürdigend verwies das Verwaltungsgericht auf die Aktenlage, die Aussagen der einvernommenen Parteienvertreter sowie des Zeugen Sitzung, Es habe von Seiten des Erstmitbeteiligten dargelegt werden können, dass der sprunghafte Anstieg der Sperrmüllmengen in den vergangenen Jahren, bzw. die Differenzen der Sperrmüllmengen durch die Altholzverordnung erklärt werden könne. Anhand vorgelegter Unterlagen über plan- und außerplanmäßige Anlagenstillstände der Zweitmitbeteiligten habe dargelegt werden können, dass diese im Fall von Anlagestillständen bei der Lagerung von Müll auf Private angewiesen sei bzw. eine Möglichkeit für die Zwischenlagerung habe suchen müssen während gleichzeitig entsprechende Kapazitäten beim Erstmitbeteiligten vorhanden seien. Der prognostizierte Anfall von ca. 3.300 Tonnen pro Jahr zur Zwischenlagerung beim Erstmitbeteiligten habe plausibel anhand von Erfahrungswerten der letzten Jahre dargelegt werden können. Ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen sei seit 2007 beauftragt, beihilfenrechtliche Fragen gutachterlich zu erörtern und „auch die Frage der 20 %igen Marktbeteiligung festzustellen, was für 2018 einen privaten Anteil von 39 Mio. von gesamt 340 Mio. Umsatz der Zweitmitbeteiligten ausmache“. Angesichts dessen und des Umstandes, dass die rund 15.000 Tonnen des Erstmitbeteiligten bei einer Gesamtmenge von rund 620.000 Tonnen thermisch verwerteten Restmülls der MA 48, sowie die prognostizierte Lagerung von 3.300 Tonnen pro Jahr in Allerheiligen nicht wesentlich ins Gewicht fallen würden, könne nicht konstatiert werden, dass die Teilnehmer der Kooperation durch ihre Tätigkeit mehr als 20 % am Markt erbringen.

1 0 In rechtlicher Hinsicht folgerte das Verwaltungsgericht aus dem festgestellten Sachverhalt, gemäß der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 3 BVergG 2018 gelte dieses Bundesgesetz 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. In rechtlicher Hinsicht folgerte das Verwaltungsgericht aus dem festgestellten Sachverhalt, gemäß der Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Absatz 3, BVergG 2018 gelte dieses Bundesgesetz 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.

1 1 Mit dieser Bestimmung werde Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG umgesetzt. Unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass den Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zu § 10 Abs. 3 BVergG 2018 zufolge die neue Rechtslage betone, dass der Vertrag eine Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber begründen müsse. Ferner werde in den Erläuterungen festgehalten, dass damit „freilich auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 2013/04/0020 vom 17.07.2014 und 2013/04/0174 vom 22.9.2017 nicht mehr einschlägig“ sei,

da nunmehr alle Beteiligten einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung erbringen müssten. Das Verwaltungsgericht vermeinte, dem sei entgegenzuhalten, dass sich aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 10 Abs. 3 Z 1 BVerGG 2018 eine derart ausgeprägte Änderung gegenüber der bis dahin bestehenden Rechtsprechung des EuGH nicht ableiten lasse und eine solche Auslegung auch in Hinblick auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU nicht ohne weiteres geboten erscheine. Im vorliegenden Verfahren habe sich gezeigt, dass auf Grund der Ausnahmebestimmungen des § 10 Abs. 3 BVerGG 2018 die gegenständliche Vereinbarung zwischen den Mitbeteiligten nicht dem Bundesvergabegesetz unterliege. Es liege vielmehr ein Zusammenarbeitsverhältnis insofern vor, als die Zweitmitbeteiligte gegen Kostenersatz Restmüll des Erstmitbeteiligten verbrenne, wobei Letzterer für den Transport verantwortlich sei und im Gegenzug Kapazitäten der eigenen Anlagen zur Abfallbehandlung zur Verfügung stelle bzw. den allfälligen Transport von Wien durchführe. Private Dritte seien an den zu erbringenden Leistungen weder unmittelbar beteiligt noch durch die Zusammenarbeit begünstigt. Auf Grund der Festlegungen in der Vereinbarung und der jeweils vereinbarten Kostendeckung könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung in der Zusammenarbeit nicht ausschließlich von Überlegungen des öffentlichen Interesses getragen werde. Dass die Parteien der Vereinbarung auf dem offenen Markt mehr als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen würden, habe sich im Verfahren nicht erhärtet. Schon anhand des anfallenden Restmülls beim Erstmitbeteiligten von rund 15.000 Tonnen pro Jahr sei ersichtlich, dass diese geringe Menge nicht entscheidend ins Gewicht fallen könne. Dies unter dem Gesichtspunkt, dass nach den Angaben der Vertreter der Stadt Wien pro Jahr rund 620.000 Tonnen Rest- und Sperrmüll thermisch verwertet würden. Damit sei insgesamt der Tatbestand des § 10 Abs. 3 BVerGG 2018 erfüllt und die Bestimmungen des Vergaberechts auf die gegenständliche Vereinbarung nicht anzuwenden. Mit dieser Bestimmung werde Artikel 12, Absatz 4, der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG umgesetzt. Unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass den Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zu Paragraph 10, Absatz 3, BVerGG 2018 zufolge die neue Rechtslage betone, dass der Vertrag eine Zusammenarbeit der beteiligten öffentlichen Auftraggeber begründen müsse. Ferner werde in den Erläuterungen festgehalten, dass damit „freilich auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 2013/04/0020 vom 17.07.2014 und 2013/04/0174 vom 22.9.2017 nicht mehr einschlägig“ sei, da nunmehr alle Beteiligten einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung erbringen müssten. Das Verwaltungsgericht vermeinte, dem sei entgegenzuhalten, dass sich aus dem Wortlaut der Bestimmung des Paragraph 10, Absatz 3, Ziffer eins, BVerGG 2018 eine derart ausgeprägte Änderung gegenüber der bis dahin bestehenden Rechtsprechung des EuGH nicht ableiten lasse und eine solche Auslegung auch in Hinblick auf den Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU nicht ohne weiteres geboten erscheine. Im vorliegenden Verfahren habe sich gezeigt, dass auf Grund der Ausnahmebestimmungen des Paragraph 10, Absatz 3, BVerGG 2018 die gegenständliche Vereinbarung zwischen den Mitbeteiligten nicht dem Bundesvergabegesetz unterliege. Es liege vielmehr ein Zusammenarbeitsverhältnis insofern vor, als die Zweitmitbeteiligte gegen Kostenersatz Restmüll des Erstmitbeteiligten verbrenne, wobei Letzterer für den Transport verantwortlich sei und im Gegenzug Kapazitäten der eigenen Anlagen zur Abfallbehandlung zur Verfügung stelle bzw. den allfälligen Transport von Wien durchführe. Private Dritte seien an den zu erbringenden Leistungen weder unmittelbar beteiligt noch durch die Zusammenarbeit begünstigt. Auf Grund der Festlegungen in der Vereinbarung und der jeweils vereinbarten Kostendeckung könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung in der Zusammenarbeit nicht ausschließlich von Überlegungen des öffentlichen Interesses getragen werde. Dass die Parteien der Vereinbarung auf dem offenen Markt mehr als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen würden, habe sich im Verfahren nicht erhärtet. Schon anhand des anfallenden Restmülls beim Erstmitbeteiligten von rund 15.000 Tonnen pro Jahr sei ersichtlich, dass diese geringe Menge nicht entscheidend ins Gewicht fallen könne. Dies unter dem Gesichtspunkt, dass nach den Angaben der Vertreter der Stadt Wien pro Jahr rund 620.000 Tonnen Rest- und Sperrmüll thermisch verwertet würden. Damit sei insgesamt der Tatbestand des Paragraph 10, Absatz 3, BVerGG 2018 erfüllt und die Bestimmungen des Vergaberechts auf die gegenständliche Vereinbarung nicht anzuwenden.

1 2 3. Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision. Der Erstmitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

13 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwo-gen:

1 4 Die von der Revisionswerberin zur Begründung der Zulässigkeit aufgeworfenen Rechtsfragen betreffen unter Anderem grundsätzliche Auslegungsfragen der Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 3 BVergG 2018, zu welchen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt. Die Revision ist daher zulässig. Die von der Revisionswerberin zur Begründung der Zulässigkeit aufgeworfenen Rechtsfragen betreffen unter Anderem grundsätzliche Auslegungsfragen der Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Absatz 3, BVergG 2018, zu welchen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vorliegt. Die Revision ist daher zulässig.

15 4.1. Folgende Rechtsvorschriften (Materialien) sind für den Revisionsfall maßgeblich:

Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: RL 2014/24/EU) lautet:

„(33) 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 Interesses 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.“

Artikel 12 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: RL 2014/24/EU) lautet auszugsweise:

„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.“

§ 10 BVergG 2018, BGBl. I 65/2018, lautet auszugsweise: Paragraph 10, BVergG 2018, Bundesgesetzblatt Teil eins, 65 aus 2018,, lautet auszugsweise:

„Ausgenommene öffentlich-öffentliche Verhältnisse

§ 10. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht Paragraph 10, (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht

1. für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch einen Rechtsträger erbringen lässt,

a) über den der öffentliche Auftraggeber eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,

b) mehr als 80% der Tätigkeiten des kontrollierten Rechtsträgers der Ausführung der Aufgaben dienen, mit denen er von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem öffentlichen Auftraggeber kontrollierten Rechtsträgern betraut wurde, und

c) ...

(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 aller während der letzten drei Jahre vor der Vergabe des Auftrages oder dem Vertragsschluss erbrachten Leistungen oder ein geeigneter alternativer, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehender Wert heranzuziehen. Liegen wegen des Gründungszeitpunktes oder des Zeitpunktes der Aufnahme der Geschäftstätigkeit 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.(4) Zur Ermittlung des prozentualen Anteiles der Tätigkeiten gemäß Absatz eins, Ziffer eins, Litera b,, Absatz eins, Ziffer 3, Litera b und Absatz 3, Ziffer 3, ist der durchschnittliche Gesamtumsatz aller während der letzten drei Jahre vor der Vergabe des Auftrages oder dem Vertragsschluss erbrachten Leistungen oder ein geeigneter alternativer, in Relation zu den jeweiligen Tätigkeiten stehender Wert heranzuziehen. Liegen wegen des Gründungszeitpunktes oder des Zeitpunktes der Aufnahme der Geschäftstätigkeit 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.

...“

1 6 4.2. Vorweg ist zur vorliegend strittigen Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 3 BVergG 2018 allgemein festzuhalten: Diese Ausnahmebestimmung wurde im Verhältnis zum BVergG 2006 neu eingeführt und setzt Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU um, welcher im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EuGH - beginnend mit der Grundsatzentscheidung in der Rechtssache Kommission/Deutschland („Stadtreinigung Hamburg“), C-480/06, - beruht. Eine Verwaltungskooperation kann nur zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern geschlossen und nur als solche

angesehen werden, wenn die in § 10 Abs. 3 Z 1 bis 3 BVergG 2018 genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen (vgl. hierzu Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, 2019, § 10 Rn. 33; Holoubek/Nikolay in Gölles/Casati, BVergG 2018, 2022, § 10 Rn. 49; Funk-Leisch, Eine öffentlich-öffentliche Kooperation von Gebietskörperschaften, RPA 2020, 263; sämtliche mit Verweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH). 4.2. Vorweg ist zur vorliegend strittigen Ausnahmebestimmung des Paragraph 10, Absatz 3, BVergG 2018 allgemein festzuhalten: Diese Ausnahmebestimmung wurde im Verhältnis zum BVergG 2006 neu eingeführt und setzt Artikel 12, Absatz 4, RL 2014/24/EU um, welcher im Wesentlichen auf der Rechtsprechung des EuGH - beginnend mit der Grundsatzentscheidung in der Rechtssache Kommission/Deutschland („Stadtreinigung Hamburg“), C-480/06, - beruht. Eine Verwaltungskooperation kann nur zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern geschlossen und nur als solche angesehen werden, wenn die in Paragraph 10, Absatz 3, Ziffer eins, bis 3 BVergG 2018 genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen vergleiche , hierzu Heid in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, 2019, Paragraph 10, Rn. 33; Holoubek/Nikolay in Gölles/Casati, BVergG 2018, 2022, Paragraph 10, Rn. 49; Funk-Leisch, Eine öffentlich-öffentliche Kooperation von Gebietskörperschaften, RPA 2020, 263; sämtliche mit Verweisen auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH).

1 7 Auf dem Boden des Unionsrechts sind gesetzliche Bestimmungen, die in Umsetzung einer unionsrechtlichen Richtlinie erlassen wurden, so weit wie möglich im Lichte des Wortlauts und des Zweckes dieser Richtlinie auszulegen und anzuwenden, um das mit ihr angestrebte Ziel zu erreichen (vgl. etwa VwGH 21.6.2022, Ro 2021/22/0001). Die hier maßgebliche Bestimmung ist daher richtlinienkonform und im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, die Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU zugrunde lag, auszulegen. Auf dem Boden des Unionsrechts sind gesetzliche Bestimmungen, die in Umsetzung einer unionsrechtlichen Richtlinie erlassen wurden, so weit wie möglich im Lichte des Wortlauts und des Zweckes dieser Richtlinie auszulegen und anzuwenden, um das mit ihr angestrebte Ziel zu erreichen vergleiche , etwa VwGH 21.6.2022, Ro 2021/22/0001). Die hier maßgebliche Bestimmung ist daher richtlinienkonform und im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, die Artikel 12, Absatz 4, RL 2014/24/EU zugrunde lag, auszulegen.

18 4.3. Im vorliegenden Fall ist unstrittig davon auszugehen, dass es sich bei der gegenständlichen Abfallentsorgung um die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe handelt, die den Mitbeteiligten als jeweils öffentlich-rechtlichen Körperschaften obliegt. Dies wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

1 9 4.4.1. Die Revision führt ins Treffen, es fehle Rechtsprechung zur Frage, ob auf Grund der neuen Rechtslage (nach der RL 2014/24/EU und dem BVergG 2018) davon auszugehen sei, dass eine ausschreibungsfrei zulässige öffentlich-öffentliche Kooperation auch dann vorliege, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gegenüber einem anderen öffentlichen Auftraggeber „bloß eine im öffentlichen Interesse gelegene Leistung gegen Entgelt erbringe“.

4.4.2. Nach der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH ist eine Kooperationsvereinbarung dadurch gekennzeichnet, dass sie das Ergebnis einer gemeinsamen Initiative der Kooperationspartner zur Zusammenarbeit darstellt und eine entsprechende „kollaborative Dimension“ aufweist (vgl. EuGH 4.6.2020, C-429/19, Remondis II, Rn. 32). Für das Vorliegen einer „echten Zusammenarbeit“ gemäß der Klarstellung in Abs. 3 des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 spräche nach dem EuGH etwa, wenn die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren, während im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags eine solche Phase der Bedarfsprüfung und -definition im Allgemeinen einseitig verlaufe (vgl. „Remondis II“, Rn. 33). Der EuGH schloss in der genannten Rechtssache, dass von einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht ausgegangen werden könne, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der in seinem Gebiet für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich sei, diese Aufgabe, die nach dem nationalen Recht allein ihm obliege und für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig seien, nicht vollständig selbst erledige, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der in seinem Gebiet ebenfalls für diese im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich sei, damit beauftrage, gegen Entgelt einen der notwendigen Arbeitsgänge auszuführen („Remondis II“, Rn. 39). 4.4.2. Nach der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH ist eine Kooperationsvereinbarung dadurch gekennzeichnet, dass sie das Ergebnis einer gemeinsamen Initiative der Kooperationspartner zur Zusammenarbeit darstellt und eine entsprechende „kollaborative Dimension“ aufweist vergleiche , EuGH 4.6.2020, C-429/19, Remondis römisch zwei, Rn. 32). Für das Vorliegen einer „echten Zusammenarbeit“ gemäß der Klarstellung in Absatz 3, des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 spräche nach dem EuGH etwa, wenn die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür

definieren, während im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags eine solche Phase der Bedarfsprüfung und -definition im Allgemeinen einseitig verlaufe (vergleiche, „Remondis II“, Rn. 33). Der EuGH schloss in der genannten Rechtssache, dass von einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht ausgegangen werden könne, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, der in seinem Gebiet für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich sei, diese Aufgabe, die nach dem nationalen Recht allein ihm obliege und für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig seien, nicht vollständig selbst erledige, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der in seinem Gebiet ebenfalls für diese im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe verantwortlich sei, damit beauftrage, gegen Entgelt einen der notwendigen Arbeitsgänge auszuführen („Remondis II“, Rn. 39).

2 0 Das Wesensmerkmal einer öffentlich-öffentlichen Kooperation im Sinne des Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU ist demnach das Element der Zusammenarbeit zur Bewältigung einer den an der Vereinbarung beteiligten öffentlichen Auftraggebern jeweils obliegenden Aufgabe. Art. 12 Abs. 4 der RL 2014/24/EU ist dahingehend auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein kann, wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten - und sei es allein - zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen (vgl. EuGH 25.5.2020, C-796/18, „Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung“). In diesem Sinne ist § 10 Abs. 3 Z 1 BVerGG 2018 zu verstehen. Die Erläuterungen zu § 10 Abs. 3 BVerGG 2018 betonen dabei in Übereinstimmung mit dem Erwägungsgrund 33 der RL 2014/24/EU, dass es nicht erforderlich sei, dass alle an einer Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber äquivalente Pflichten übernehmen (vgl. RV 69 BlgNR XXVI. GP 43). Nach Erwägungsgrund 33 müssen die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können einander auch ergänzen. Das Wesensmerkmal einer öffentlich-öffentlichen Kooperation im Sinne des Artikel 12, Absatz 4, RL 2014/24/EU ist demnach das Element der Zusammenarbeit zur Bewältigung einer den an der Vereinbarung beteiligten öffentlichen Auftraggebern jeweils obliegenden Aufgabe. Artikel 12, Absatz 4, der RL 2014/24/EU ist dahingehend auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein kann, wenn sich diese Zusammenarbeit auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten - und sei es allein - zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen (vergleiche, EuGH 25.5.2020, C-796/18, „Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung“). In diesem Sinne ist Paragraph 10, Absatz 3, Ziffer eins, BVerGG 2018 zu verstehen. Die Erläuterungen zu Paragraph 10, Absatz 3, BVerGG 2018 betonen dabei in Übereinstimmung mit dem Erwägungsgrund 33 der RL 2014/24/EU, dass es nicht erforderlich sei, dass alle an einer Kooperation beteiligten öffentlichen Auftraggeber äquivalente Pflichten übernehmen (vergleiche, Regierungsvorlage 69, BlgNR römisch 26. Gesetzgebungsperiode 43, ). Nach Erwägungsgrund 33 müssen die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können einander auch ergänzen.

2 1 4.4.3. Fallbezogen ist festzuhalten, dass der Inhalt der vorgesehenen Vereinbarung angesichts der wechselseitigen Zurverfügungstellung von Abfallentsorgungs- bzw. Abfallagerungskapazitäten keinen Anlass zur Annahme gibt, dass es sich hier um eine bloß einseitig gegen Entgelt erbrachte Leistung einer der Mitbeteiligten handelt, die ausschließlich dem Bedarf einer bestimmten Aufgabenerfüllung der anderen Partei dient. Der Erstmitbeteiligte stellt der Zweitmitbeteiligten Deponien zur Zwischen- und Ablagerung für den von ihr zu entsorgenden Abfall zur Verfügung, während die Zweitmitbeteiligte für den Erstmitbeteiligten die thermische Entsorgung des Restmülls übernimmt, dessen Entsorgung diesem obliegt. Die Mitbeteiligten haben demnach jeweils freie Kapazitäten, um im Rahmen der Aufgabenerfüllung der jeweils anderen Partei benötigte Leistungsbeiträge zu erbringen, sodass die getroffene Vereinbarung eine kooperative Bewältigung der den an der Vereinbarung beteiligten Parteien obliegenden öffentlichen Aufgabe z

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)