

Instate: nur Kooperationen oder auch Aufträge?

Der Europäische Gerichtshof schärft die Konturen des engen Begriffs der von den Vergaberichtlinien ausgenommenen öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. In der Schweiz gelten künftig weniger strenge Voraussetzungen, was zu begrüssen ist.

La Cour de justice de l'Union européenne a affiné les contours de la notion étroite de coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants, qui est exclue des directives sur les marchés publics. En Suisse, des conditions moins strictes seront appliquées à l'avenir, ce qui est à saluer.

EuGH C-429/19 (4.6.2020; Remondis)

Martin Beyeler, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg

Der Fall

(178) 1. Ein als öffentlicher Auftraggeber geltender und im Bereich der Abfallbehandlung tätiger Zweckverband (bestehend aus der Stadt K. und den Landkreisen M. und C.) hatte mit dem ebenfalls als öffentlicher Auftraggeber geltenden Landkreis N. eine Vereinbarung geschlossen.

a. Nach dieser Vereinbarung ist der Landkreis N. verpflichtet, eine bestimmte Menge Siedlungsabfälle des Zweckverbands zur gesetzeskonformen Behandlung zu übernehmen, wogegen der Zweckverband dazu verpflichtet ist, erstens die nach der Behandlung übrig bleibenden Deponierungsreste (entsprechend 46% der angelieferten Ausgangsmasse) zurückzunehmen und zweitens dem Landkreis N. die diesem entstehenden und den effektiv gelieferten Abfallmengen entsprechenden Kosten ohne Gewinnzuschläge zu erstatten.

b. Darüber hinaus sieht die Vereinbarung vor, dass der Zweckverband dem Landkreis N. eine mengenabhängige Ausgleichszahlung zu leisten hat, falls die jährlich gelieferte Menge das Mindestmass von 85% der in Aussicht genommenen Jahresmengen unterschreiten sollte. Die Höhe einer allfälligen Ausgleichszahlung soll im Einzelfall auf der Grundlage der in der Vereinbarung festgehaltenen Kriterien vereinbart werden. Dabei sollen nebst der Differenz zwischen der effektiven Menge und dem vereinbarten Mindestmass ersparte Aufwendungen des Landkreises N. und durch diesen zur Auslastung seiner Kapazitäten ad hoc akquirierte Drittaufträge berücksichtigt werden, dies allerdings ohne dass zugleich der Landkreis N. zu entsprechenden Akquisitionen verpflichtet wäre.

2. Über die beschriebene Vereinbarung wollte der Zweckverband 20% seines Gesamtbedarfs an entsprechenden Behandlungsleistungen (die er in seinen eigenen Anlagen nicht durchführen konnte) abwickeln; die übrigen 80% bildeten den Gegenstand von mit Privatunternehmen abgeschlossenen öffentlichen Aufträgen.

3. Sowohl die Mitglieder des Zweckverbands als auch der Landkreis N. waren in ihren Territorien aufgrund öffentlich-

rechtlicher Vorschriften für die Entsorgung von Siedlungsabfällen zuständig.

4. Ein Privatunternehmen, welches im Bereich der Abfallbehandlungsleistungen tätig ist, erhob Beschwerde gegen die (amtlich publizierte) Vergabe der beschriebenen Vereinbarung.

a. Im Zuge des entsprechenden Rechtsstreits legte das OLG Koblenz dem EuGH die Frage vor, ob eine öffentliche Zusammenarbeit im Sinn von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU angenommen werden kann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen öffentlichen Auftraggeber bestimmte Leistungen zur Erbringung überträgt und dafür ein Entgelt leistet.

b. Das vorlegende Gericht äusserte Zweifel an der Qualifikation der streitgegenständlichen Vereinbarung als öffentliche Zusammenarbeit, weil sich die Leistungen des Zweckverbands in Summe auf die Bezahlung einer Vergütung beschränkten. Überdies sah das vorlegende Gericht ein möglicherweise gegen die Annahme einer Zusammenarbeit sprechendes Indiz im Umstand, dass das streitbetroffene Geschäft die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben betraf, welche nach der anwendbaren Gesetzgebung den beteiligten Auftraggeberinnen je separat in ihrem jeweiligen Gebiet anvertraut waren, und nicht die Erfüllung einer durch die beiden Auftraggeberinnen gemeinsam zu erfüllenden Aufgabe.

Der Entscheid

1. Der EuGH antwortet, dass eine Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU nicht vorliegt, wenn einer der daran beteiligten Auftraggeber lediglich ein vergleichsweise unspezifisches Entgelt für charakteristische Leistungen entrichtet.

2. Zuvorderst weist der Gerichtshof darauf hin, dass die RL 2014/24 keine Bestimmung zur Definition der «Zusammenarbeit» nach Art. 12 Abs. 4 enthält und dass der entsprechende Begriff dessenungeachtet autonom zu bilden ist, damit die Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts gesichert ist.

3a. Sodann hebt der EuGH hervor, dass der Begriff der Zusammenarbeit im Rahmen des Textes von Art. 12 Abs. 4 eine zentrale Funktion einnimmt und damit den «Mittelpunkt»

der auszulegenden Bestimmung über die Nichtanwendung der Vergaberichtlinie bildet.

b. In diesem Zusammenhang stuft er den Umstand nicht als erheblich ein, dass ein Entwurf der RL 2014/24 noch von einer «echten» Zusammenarbeit gesprochen hatte, dieses Attribut sich jedoch in der geltenden Fassung nicht findet. Er geht davon aus, dass materiell eine «echte» Zusammenarbeit erforderlich ist, zumal der 33. Erwägungsgrund der Richtlinie die Bedingung aufstellt, dass die Zusammenarbeit auf einem «kooperativen Konzept» beruhen muss, um einschlägig sein zu können.

4. Zur Charakterisierung der Zusammenarbeit als Tätigwerden auf einem kooperativen Konzept führt der EuGH aus:

a. «Eine solche scheinbar tautologische Formulierung ist dahin auszulegen, dass sie auf das Erfordernis der Effektivität der damit begründeten oder erfüllten Zusammenarbeit verweist.»

b. «Daraus folgt, dass das Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich ist und dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt angesehen werden kann, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten [...] beschränkt.»

c. «Würde eine solche Kostenerstattung für sich genommen ausreichen, um von einer «Zusammenarbeit» im Sinne von Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 ausgehen zu können, könnte ausserdem nicht zwischen ihr und einem «öffentlichen Auftrag» unterschieden werden, der nicht unter den in dieser Bestimmung vorgesehenen Ausschluss fällt.»

d. «Diese Auslegung des Begriffs «Zusammenarbeit» [...] wird im Übrigen durch Abs. 2 [des] 31. Erwägungsgrundes [der RL 2014/24] bestätigt, wonach der Umstand, dass beide Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Stellen sind, allein nicht ausreicht, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschliessen.»

e. «Ausserdem muss der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit sein [...]. Der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors hat nämlich eine ihrem Wesen nach kollaborative Dimension, die bei einem unter die Vorschriften der Richtlinie 2014/24 fallenden Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags fehlt. Somit setzt die Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung voraus, dass die Einrichtungen des öffentlichen Sektors, die eine solche Vereinbarung treffen wollen, gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren. Im Rahmen der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags ist eine solche Phase der Bedarfsprüfung und -definition dagegen im Allgemeinen einseitig. Im letztgenannten Fall veröffentlicht der öffentliche Auftraggeber nämlich lediglich eine Ausschreibung, in der die von ihm selbst festgelegten Spezifikationen aufgeführt sind.»

f. «Eine Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors beruht mithin auf einer gemeinsamen Strategie der Partner dieser Zusammenarbeit und setzt voraus, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.»

5. Der Gerichtshof stellt fest, dass im Licht des Ausgeführten die in casu streitgegenständliche Vereinbarung «keine Form der Zusammenarbeit zwischen [den daran beteiligten öffentlichen Auftraggebern] erkennen lässt».

a. Hierbei ist insbesondere der Umstand ausschlaggebend, dass die Vereinbarung vorsieht, dass ein Auftraggeber (der Landkreis N.) allein die charakteristischen Leistungen betreffend Abfallbehandlung erbringt und sich der Beitrag des anderen Auftraggebers (des Zweckverbands) auf die finanzielle Abgeltung dieser Leistungen beschränkt. Weil eine bestimmte Klausel der Vereinbarung, nach welcher der Zweckverband bestimmte Ausschussprodukte der eigenen Tätigkeit des Landkreises N. übernehmen sollte, eine unverbindliche Absichtserklärung darstellt, kommt es im Übrigen auf die Frage nicht an, ob diese Klausel am gezogenen Schluss etwas zu ändern vermöchte.

b. «Ausserdem lässt sich den [...] Akten nicht entnehmen, dass der Abschluss der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarung das Ergebnis einer Initiative des Zweckverbands und des Kreises zur Zusammenarbeit ist.»

c. «Schliesslich genügt weder der Umstand, dass der Zweckverband [...] die Restabfälle, die 46% der Inputs entsprechen, wieder übernehmen muss, um sie zu entsorgen, noch der Umstand, dass die Vergütung [...] nur mittels einer Kostenerstattung ohne Berücksichtigung von Gewinnzuschlägen [...] erfolgt, zum Nachweis des Bestehens einer echten Zusammenarbeit.»

d. «Folglich scheint die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vereinbarung ausschliesslich den Erwerb einer Leistung gegen Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand zu haben.» Der EuGH entscheidet, dass ein Geschäft unter solchen Umständen als der Richtlinie unterworfenen öffentlicher Auftrag und nicht als öffentliche Zusammenarbeit gilt.

e. Durch die Formulierung der Beantwortung der ihm vorgelegten Rechtsfrage scheint der Gerichtshof betonen zu wollen, dass der Umstand, dass das streitbetroffene Geschäft eine öffentliche Aufgabe betrifft, für deren Erfüllung beide beteiligten Auftraggeber in ihren jeweiligen Territorien aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zuständig sind, das Geschäft nicht zur Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24 werden lässt, wenn dieses strukturell eine reine Auftragsbeziehung ist. Nicht festgehalten hat der Gerichtshof, dass dieser Umstand per se gegen eine Zusammenarbeit spräche beziehungsweise dass eine solche nicht vorliegen könnte, wo jede daran beteiligte Auftraggeberin damit die ihr selbst obliegenden Aufgaben erfüllt und nicht eine allen beteiligten Auftraggeberinnen gemeinsam obliegende Aufgabe.

Anmerkungen

1. Mit diesem Urteil (vgl. zudem Nr. 185 f. auf S. 201 f. im vorliegenden Heft) führt der EuGH unter der RL 2014/24 jene Rechtsprechung weiter, die er schon vor dieser Richtlinie begründet hatte (vgl. insb. Urteile C-15/13, 8.5.2014, TU Hamburg-Harburg, Rn. 34 f.; C-386/11, 13.6.2013, Piepenbrock, Rn. 36 ff.; C-159/11, 19.12.2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Rn. 34 ff.).

a. Das ist insoweit nicht erstaunlich, als der Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24 dieser Rechtsprechung nachempfunden ist und keine Abweichung davon anzustreben scheint.

b. Der vorliegend gebildete Begriff der Zusammenarbeit entspricht ziemlich genau der Konstellation, die dem Urteil Stadtreinigung Hamburg (EuGH C-480/06, 9.6.2009, Kommission gegen Deutschland, insb. Rn. 37 ff.) zugrunde lag. In jenem Fall waren verschiedene Auftraggeberinnen, die je in ihrem Gebiet öffentlich-rechtlich zur Behandlung bestimmter Abfälle zuständig waren, nach einer gemeinsam unternommenen Initiative erstens übereingekommen, dass eine von ihnen eine Abfallbehandlungsanlage errichten (und über eine durch sie allein gehaltene Zweckgesellschaft betreiben) und dafür bestimmte Abfallmengen der anderen übernehmen würde, wobei die anderen Auftraggeberinnen die nicht verwertbaren Residuen ihrer Abfälle wiederum zurücknehmen würden. Zweitens sollten die übrigen Auftraggeberinnen ihrerseits von der ersten Auftraggeberin bestimmte Mengen von Abfällen anderer Art übernehmen. Dabei war vorgesehen, dass lediglich die Kosten der Behandlung der anvertrauten Abfälle in der zu errichtenden Anlage durch Finanztransfers zwischen den beteiligten Auftraggeberinnen (und der Zweckgesellschaft) gedeckt werden sollten. Überdies sah die Vereinbarung gegenseitige Beistandspflichten für Notfälle vor.

c. Im rapportierten Urteil legt der EuGH den Art. 12 Abs. 4 lit. a RL 2014/24 dahin aus, dass die hier verlangte «Zusammenarbeit» demjenigen des Urteils Stadtreinigung Hamburg entspricht.

aa. Es muss sich um ein Geschäft handeln, das im Rahmen einer gemeinsamen Initiative ausgearbeitet (und nicht mehr oder minder unilateral bestellt) worden ist, das von jeder beteiligten öffentlichen Auftraggeberin zu erfüllende öffentliche Aufgaben betrifft und in dem jede dieser Auftraggeberinnen Leistungen von spezifischem Charakter erbringt und nicht nur finanzielle Entgelte zahlt. Bestehen dabei allerdings auch solche Entgelte, dürfen sie höchstens kostendeckend sein und demnach keinen kommerziellen Charakter aufweisen.

bb. Demgegenüber ist nach dem rapportierten Urteil die Frage nicht erheblich, ob die als Auftraggeberin erscheinende Partei des Geschäfts Sachen nach einer vereinbarungsgegenständlichen Verarbeitung durch die als Auftragnehmerin erscheinende Partei zurücknimmt. Die Rn. 41 des Urteils C-480/06 hatte demgegenüber noch den Eindruck entstehen lassen, dass auch in solchen Umständen ein zu berücksichti-

gendes Merkmal einer Zusammenarbeit liegen könnte. Es leuchtet jedoch in der Tat nicht ein, warum hierin ein Unterscheidungsmerkmal zwischen der Zusammenarbeit und einem unterstellten öffentlichen Auftrag zu finden sein sollte. Es ist auch im Rahmen eines gewöhnlichen öffentlichen Auftrags ohne Weiteres denkbar, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine diesem gehörende, bewegliche Sache nach vereinbarungsgemässer Verarbeitung zurückgibt (man denke nur an Fahrzeugreparaturaufträge). In diesem Sinn hat der EuGH im rapportierten Urteil richtigerweise davon abgesehen, diesen Umstand als Indiz für eine Zusammenarbeit zu bewerten.

2. Es bleibt somit dabei, dass reine Auftragsbeziehungen – Bestellung von charakteristischen Leistungen gegen Leistung eines vergleichsweise unspezifischen Entgelts – nach dem Unionsrecht von vornherein nicht dafür in Betracht zu ziehen sind, unter die Ausnahme der öffentlichen Zusammenarbeit i.S.v. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24 subsumiert und damit vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen zu werden.

a. Eine solche Zusammenarbeit kann nur vorliegen, wenn alle beteiligten öffentlichen Auftraggeberinnen mehr als nur finanzielle Leistungen erbringen und zudem das Geschäft beziehungsweise Unternehmen gemeinsam angegangen und ausgearbeitet worden ist.

b. Auf ein solches partnerschaftliches Zusammenwirken, ja möglicherweise auf einen «animus societatis» deutet auch Art. 12 Abs. 4 lit. a RL 2014/24 hin, wo davon die Rede ist, dass die beteiligten Auftraggeberinnen aufgrund der Zusammenarbeit ihre jeweiligen öffentlichen Aufgaben «im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele» erfüllen.

c. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die beteiligten Auftraggeberinnen nach Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24 weniger als 20% «der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten» «auf dem offenen Markt» erbringen dürfen. Diese Bestimmung, deren primärer Grundaussage es entspricht, dass Markttätigkeiten im Bereich der zusammenarbeitsgegenständlichen Leistungen nicht per se verboten sind, präzisiert nicht, dass die Markttätigkeit eine Folge der Begründung der öffentlichen Zusammenarbeit sein muss, so dass nicht auszuschliessen ist, dass die Markttätigkeit schon vor der Zusammenarbeit bestand (das gilt jedenfalls dann, wenn die vorbestehenden Markttätigkeiten nach der Aufnahme der Zusammenarbeit nur noch weniger als 20% ausmachen). Wo das zutrifft, besteht eine Bestellstruktur zur Eingehung von Auftragsbeziehungen, die, wenn sie benützt würde, um die Zusammenarbeit zu begründen, zur Nichtausnahme dieser Zusammenarbeit aus dem Geltungsbereich der Richtlinie führen müsste. Die Zusammenarbeit muss demnach, um unter die Ausnahme zu fallen, ausserhalb allenfalls vorbestehender Strukturen und Abläufe zur Annahme von Aufträgen ausgearbeitet und vereinbart werden. Unter Umständen wird das einen Einfluss auf die vorbestehenden Markttätigkeiten haben.

3. Durch Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB 2019/IVöB 2019 wird zum ersten Mal im schweizerischen Recht eine ausdrückliche allgemeine Grundlage für die sog. Instate-Vergabe (vgl. M. Lu-

DIN, Privilegierte Vergaben innerhalb der Staatssphäre, Diss. Luzern, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 587 ff., insb. Rz. 609 ff. und Rz. 669 ff.; DERS., In-state-Ausnahme im revidierten Beschaffungsrecht, S. 173 ff. im vorliegenden Heft; M. BEYERLER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1300 ff.) geschaffen (vgl. jedoch immerhin Art. 49a Abs. 2 S. 1 NSG).

a. Nach dieser Bestimmung unterliegt eine «Beschaffung von Leistungen» dann nicht dem öffentlichen Vergaberecht, wenn am Geschäft ausschliesslich unterstellte öffentliche Auftraggeberinnen beteiligt sind und keine von diesen die betreffenden Leistungen (auch) im «Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen» erbringt.

b. Der Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB 2019/IVöB 2019 kann sich auf die allgemeine Ausnahme B/1 gemäss Annex 7 GPA 2012 stützen, wonach insbesondere die durch öffentliche Auftraggeberinnen für andere öffentliche Auftraggeberinnen erbrachten Leistungen dem Abkommen nicht unterstellt werden. Hier wird ein Verbot der Leistungserbringung im Wettbewerb, wie es die künftig in der Schweiz geltenden Vorschriften zum Thema Instate (Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB 2019/IVöB 2019) prägt, nicht vorgesehen, doch wird das im Vergleich zum Staatsvertrag strengere binnenstaatliche Recht insoweit ausschlaggebend sein, zumindest wenn es um Beschwerden schweizerischer Anbieterinnen geht. Damit wird das künftige schweizerische Recht jedenfalls insoweit mit dem Unionsrecht übereinstimmen, als es für die Annahme einer Instate-Vergabe zwar notwendig, aber nicht hinreichend ist, dass am Geschäft allein dem Vergaberecht unterstellte Subjekte beteiligt sind (diesem Grundsatz widerspricht der zitierte Annex 7 GPA 2012, welcher ausschliesslich auf die Natur der beteiligten Subjekte abstellt).

c. Indessen besteht kein Grund zur Annahme, dass das künftige schweizerische Recht eine Zusammenarbeit im eigentlichen Sinne, wie sie den Gegenstand der hier rapportierten europäischen Rechtsprechung bildet, verlangt (vgl. M. LUDIN, Privilegierte Vergaben, a.a.O., Rz. 704; DERS., In-state-Ausnahme im revidierten Beschaffungsrecht, S. 173 im vorliegenden Heft). Eine solche Zusammenarbeit kann zwar unter die Ausnahme des Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB 2019/IVöB 2019 fallen, doch erstreckt sich diese Bestimmung, die ausdrücklich von der «Beschaffung von Leistungen» spricht (was im Kontext von Art. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 9 BöB 2019/IVöB 2019 reine Auftragsbeziehungen einzubeziehen scheint) und das Konzept der «Zusammenarbeit» nicht erwähnt, nebst der Zusammenarbeit im eigentlichen Sinn auch auf reine Auftragsbeziehungen (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1906 f.: Hier wird die Zusammenarbeit «beispielsweise» aufgeführt und werden Auftragsbeziehungen nicht ausgeschlossen), sofern sie wettbewerbsneutral bleiben (Botschaft BöB, a.a.O., 1906). Die Einhaltung dieser Voraussetzung wird über das Verbot der wettbewerblichen Erbringung von Leistungen, die einem Instate-Geschäft entsprechen, sichergestellt (Botschaft BöB, a.a.O., 1906). Überdies ist zu fordern, dass das Geschäft allein auf kooperativen und nicht auf kommerziellen Konditio-

nen beruht (M. LUDIN, Privilegierte Vergaben, a.a.O., Rz. 710; vgl. auch unten 5b/cc).

4. Wiewohl die Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Unionsrechts zu keiner Kritik Anlass gibt, ist es doch zu begrüssen, dass das künftige schweizerische Recht das neben den Inhouse- und den Quasi-inhouse-Vergaben existierende «Tertium», nämlich die Instate-Vergabe, nicht auf die blossе Zusammenarbeit im eigentlichen Sinn beschränkt (vgl. vorne 3c).

a. Eine solche Beschränkung ist weder für die Inhouse- noch für die Quasi-inhouse-Vergabe erforderlich, und sie ist auch kein naturgemässes Wesensmerkmal dieser Geschäfte, die grundsätzlich von Hierarchie geprägt sind (vgl. insb. Art. 10 Abs. 3 lit. d BöB 2019/IVöB 2019; Art. 12 Abs. 1 lit. a RL 2014/24); das gilt im künftigen schweizerischen Recht gleich wie im Unionsrecht (Art. 10 Abs. 3 lit. c und lit. d BöB 2019/IVöB 2019; Art. 12 Abs. 1–3 RL 2014/24), welches die Inhouse-Vergabe allerdings nicht ausdrücklich freistellt.

b. Die unionsrechtliche Beschränkung auf die Zusammenarbeit im eigentlichen Sinn erscheint insoweit als atypisch und kann nur mit dem als Ausgangspunkt von Rechtsprechung und Regulierung gewählten Urteil Stadtreinigung Hamburg (vgl. vorne 1b) sowie damit erklärt werden, dass hier eine Auffassung zum Ausdruck kommt, nach der die reine Auftragsbeziehung aufgrund ihrer Struktur und des für sie typischen synallagmatischen Leistungsaustauschs immer der Sphäre der Wirtschaft zuzuordnen ist und in diesem Sinn wesensgemäss nicht der Staatssphäre angehören kann.

5. Diese Auffassung (vorne 4b) ist zu eng.

a. Die Annahme, öffentliche Subjekte würden im Bereich ihrer Aufgabenerfüllung nur partnerschaftlich und egalitär zusammenarbeiten, trifft nicht zu; auch hier können einseitige Vorgänge eine Tätigkeit auslösen (welche nicht gemeinschaftlich ausgearbeitet wurde) und kann eine Konstellation vorherrschen, bei der eine Seite «bestellt und bezahlt» und die andere «ausführt». Dass öffentliche Subjekte immer im öffentlichen Interesse agieren (müssen), bedeutet nicht, dass es im Rahmen der öffentlichen Aufgabenerfüllung nur Zusammenarbeit im eigentlichen Sinn gäbe, bei der ein in einem spezifischen Sinn gemeinsames Interesse verfolgt würde. Innerhalb grosser Verwaltungseinheiten herrschen jedenfalls in Bezug auf bestimmte «Dienste» Auftragsbeziehungen mit interner Kostenverrechnung vor.

b. Dementsprechend eignet sich die Zusammenarbeit nicht zur Abgrenzung von Wirtschafts- und Staatssphäre.

aa. Erstens bürgt auch eine Zusammenarbeit im eigentlichen Sinne nicht per se dafür, dass sie den Wettbewerb nicht direkt tangiert, etwa indem die an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggeberinnen die infrage stehenden Leistungen auch auf dem Markt anbieten (das wird in Art. 10 Abs. 3 lit. b BöB 2019/IVöB 2019 konsequenterweise unterbunden, währenddem es paradoxerweise – aber wohl als Konzession an praktische Bedürfnisse – in Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24 bis

zur Grenze von 20% des Gesamtumsatzes erlaubt wird). Nur wenn die an der Zusammenarbeit beteiligten Subjekte davon absehen, die Zusammenarbeit zur Ermöglichung oder Unterstützung von Marktauftritten auf der Anbieterseite zu nutzen, insbesondere, indem sie die zusammenarbeitsgegenständlichen Leistungen auf dem Markt anbieten, bleibt der Wettbewerb durch das Instate-Geschäft unberührt, weil dem Markt insgesamt zwar theoretische Geschäftsmöglichkeiten entgehen, dies aber keine verzerrenden Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, weil der Markt insgesamt leer ausgeht. Andernfalls wirken sich Vorteile, die sich aus dem Instate-Geschäft ergeben, möglicherweise positiv auf die Marktposition der Beteiligten aus und verzerren so den Wettbewerb.

bb. Zweitens ist angesichts der Tatsache, dass die den Regelfall der Inhouse- und der Quasi-inhouse-Geschäfte darstellende, reine Auftragsbeziehung bei diesen Geschäften durchaus wettbewerbsneutral sein kann, nicht nachvollziehbar, warum eine solche Beziehung bei Geschäften zwischen voneinander unabhängigen Auftraggeberinnen (Instate-Geschäften) per se und ohne weitere Prüfung als wettbewerbsverzerrend gelten und daher unterbunden werden müsste. In dem bei Inhouse- und Quasi-inhouse-Vergaben zwischen der auftraggebenden und der auftragnehmenden Stelle bestehenden (und bei Instate-Geschäften gerade nicht bestehenden) Beherrschungsverhältnis liegt kein Merkmal, das eine Ungleichbehandlung der Sachverhalte zu begründen vermöchte. Zunächst ist es bei Inhouse- und Quasi-inhouse-Geschäften nicht stets die auftraggebende Stelle, welche die auftragnehmende Stelle beherrscht; die Verhältnisse können auch umgekehrt liegen (vgl. nur Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24). Vor allem aber verhindert nicht diese Beherrschung, sondern die Regel der limitierten Markttätigkeit (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b RL 2014/24), dass die auftragnehmende Stelle durch die Auftragserfüllung nicht (bzw. nicht in wesentlichem Mass) Marktteilnehmer konkurrenziert. Weil

auch eine öffentliche Zusammenarbeit der Regel der limitierten Markttätigkeit (für alle Beteiligten) unterliegt (Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24), ist nicht anzunehmen, dass die Auftragsstruktur per se dazu führt, dass mindestens eine der an der Zusammenarbeit beteiligten Auftraggeberinnen durch die Auftragserfüllung Marktteilnehmer (in mehr als unwesentlichem Ausmass) konkurrenziert. Das Beherrschungsverhältnis führt auch nicht (notgedrungen oder wenigstens häufig) dazu, dass die Auftragsbeziehung in Inhouse- und Quasi-inhouse-Geschäften zur Kooperation würde; insbesondere Quasi-inhouse-Subjekte werden häufig gegründet, um die Beziehungen zwischen Leistungsbestellern und Leistungserbringern zu formalisieren und einer privatwirtschaftlichen Auftragsbeziehung anzugleichen.

cc. Drittens verhält es sich entgegen dem EuGH nicht so, dass die Zusammenarbeit im eigentlichen Sinn das einzige Mittel darstellt, um einen gewöhnlichen, der Vergaberichtlinie unterworfenen öffentlichen Auftrag von einem auszunehmenden Instate-Auftrag zu unterscheiden. Ist jegliche (direkte) Privatbeteiligung am Geschäft und den daran beteiligten Auftraggeberinnen ausgeschlossen, geschieht keine (wesentliche) Markttätigkeit betreffend Tätigkeiten der geschäftsgegenständlichen Art und beruht das Geschäft trotz Auftragsstruktur auf nicht kommerziellen Konditionen (insb. Kostendeckung bei offener Abrechnung, gemeinsame Tragung von Risiken nach jeweiligem Vermögen usw.), so dass es ausschliesslich Zielen im öffentlichen Interesse dient, ist der Unterschied zum unterstellten öffentlichen Auftrag hinreichend klar erkennbar. Ebenso wird erkennbar, dass es sich um ein wettbewerbsneutrales Geschäft handelt (jedenfalls wenn die beteiligten Auftraggeberinnen überhaupt keine parallele Markttätigkeit entfalten; vgl. dazu Art. 10 Abs. 3 lit. b BÖB 2019/IVöB 2019; dogmatisch inkonsequent hingegen Art. 12 Abs. 4 lit. c RL 2014/24).