

VERGABERECHT

EuGH konkretisiert die Anforderungen an ein kooperatives Konzept im Rahmen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

Bereits 2009 hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) neben der Inhouse-Vergabe eine weitere Kategorie der vergaberechtsfreien Zusammenarbeit entwickelt (Urteil vom 9. Juni 2009 – C 480/06 „Stadtreinigung Hamburg“). Diese öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (auch „interkommunale Kooperation“ genannt) ist seit der Vergaberechtsnovelle 2016 im § 108 Abs. 6 GWB kodifiziert. Danach liegt kein vergaberechtlich relevanter öffentlicher Auftrag vor, wenn ein zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag:

- eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.

Insbesondere das erste Kriterium wirft in der praktischen Anwendung eine Reihe von Problemen auf. Wann liegt eine Zusammenarbeit vor, welche der Erreichung gemeinsamer Ziele dient? Gemäß Erwägungsgrund 33 zur Richtlinie 2024/24/EU sei hierzu notwendig, dass „die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept“ beruhe. Der EuGH hat sich nun in einer aktuellen Entscheidung (Urteil vom 4. Juni 2020 – C-429/19 „Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel“) auf Vorlage des OLG Koblenz dieser Problematik angenommen und wertvolle Auslegungshinweise gegeben.

SACHVERHALT

Die Antragsgegnerin – ein kommunaler Zweckverband auf dem Gebiet der Abfallentsorgung – und die Beigeladene – ein Landkreis – haben eine Vereinbarung geschlossen, wonach der Zweckverband gegen Entgelt die Mechanisch-Biologische Abfallbehandlungsanlage (MBA) des Landkreises für die Dauer von zehn Jahren nutzen darf. Diese Vereinbarung haben die Parteien als Zweckvereinbarung zur Begründung einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit gemäß § 108 Abs. 6 GWB bezeichnet.

Von der Zweckvereinbarung hat die Antragstellerin – ein privates Unternehmen, welches u. a. im Bereich der Abfallentsorgung und -verwertung tätig ist – Kenntnis erlangt und die geschlossene Zweckvereinbarung als unzulässige De-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gerügt. Nach Zurückweisung der Rüge und einem erfolglosen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht ein. Das Oberlandesgericht sah sich aufgrund der Auslegung von Unionsrecht an einer Entscheidung gehindert und rief den EuGH im Wege der Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV an (Beschluss vom 14. Mai 2019 – Verg 1/19).

ENTSCHEIDUNG

Der EuGH stellt zunächst fest, dass der Begriff der „Zusammenarbeit“ in der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU nicht näher definiert wird. Aus den Erwägungsgründen und der Historie ergäbe sich jedoch, dass das Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich sei. Diese Voraussetzung sei nicht bereits dann erfüllt, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten beschränkt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die vertragliche Entgeltregelung zwischen dem Zweckverband und dem Landkreis lediglich eine Kostenerstattung ohne Berücksichtigung von Gewinnzuschlägen für die laufenden Betriebskosten vorsah. Als konstitutive Voraussetzung für eine Kooperationsvereinbarung müssen die Einrichtungen des öffentlichen Sektors, die eine solche Vereinbarung treffen wollen, gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren.

PRAXISTIPP

Das Kriterium der Zusammenarbeit wurde in der Literatur vereinzelt weiter gefasst und sollte auch bei einer bloßen Leistung gegen Entgelt erfüllt sein. Dieser Auffassung erteilt der EuGH eine klare Absage. In der Praxis wird es jedoch weiterhin auf eine Einzelfallbetrachtung ankommen. Während nunmehr klar ist, was nicht für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit ausreicht – nämlich die bloße



„Zusammenarbeit“ zweier öffentlicher Auftraggeber bei Aufgaben im öffentlichen Interesse gegen Entgelt –, bleibt unklar, wie die Kooperation ausschauen muss, um als vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Kooperation vor den strengen Augen des EuGH zu bestehen.

Dies gilt insbesondere, wenn die Kooperationsvereinbarung eine Leistung gegen Entgelt vorsieht. Diese Entgeltleistung birgt nach der EuGH-Entscheidung stets die Gefahr, einer vergaberechtsfreien öffentlich-öffentlichen Kooperation entgegenzustehen. Mit anderen Worten: Welches Gewicht muss die Kooperation annehmen, um als vergaberechtlich privilegierte öffentlich-öffentliche Kooperation und nicht bloß als entgeltlicher Vertrag bewertet zu werden? Dies wird die Praxis auch künftig vor Herausforderungen stellen.



Sascha Opheys

Rechtsanwalt

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

E-Mail: Sascha.Opheys@bblaw.com

Entgeltcharakter von Null-Euro-Angeboten

Ist ein Bieter, der Waren oder Dienstleistungen zum Nominalpreis von null Euro anbietet, zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil sein Angebot nicht zu einem „*öffentlichen Auftrag*“ im Sinne des Vergaberechts führen kann? Oder ist das Null-Euro-Angebot lediglich einem ungewöhnlich niedrigem Angebot gleichzusetzen, das zunächst gemäß § 60 VgV durch den Auftraggeber aufzuklären ist?

Dies ist, vereinfacht gesagt, die zu beantwortende Rechtsfrage in einem derzeit beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) anhängigen Vorabentscheidungsverfahren (Rs. C-367/19). In der Begründung seiner Schlussanträge vom 28. Mai 2020 hat nun der Generalanwalt sehr instruktiv Stellung zum richtigen Umgang mit Null-Euro-Angeboten bezogen. Die Ausführungen stehen zudem im Einklang mit einer am selben Tag ergangenen Entscheidung des EuGH zu dem Sonderfall der kostenfreien Überlassung von Software im Rahmen einer interkommunalen Kooperation (Rs. C-796/18).

SACHVERHALT

Das slowenische Innenministerium leitete ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags für den Zugang zu einem Rechtsinformationssystem ein. Das Ministerium schätzte den Wert des in zwei Losen aufgeteilten Auftrags auf insgesamt rund 40.000 Euro. Für das erste Los gaben zwei Bieter fristgerecht Angebote ab. Dabei bot ein Bieter an, die nachgefragten Dienstleistungen für 0 Euro zu erbringen.

Das Ministerium schloss das Null-Euro-Angebot mit der Begründung aus, dass es den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge widerspreche, die zwingend einen entgeltlichen Charakter des Auftrags und damit eine Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers vorschreiben. Das Ministerium bezieht sich dabei auf die in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU (im deutschen Recht in § 103 Abs. 1 GWB) normierte Legaldefinition, wonach ein öffentlicher Auftrag – als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts – zwingend einen „*entgeltlichen Vertrag*“ zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen erfordert.

Der Bieter wehrte sich gegen den Angebotsausschluss und argumentierte vor dem für die Nachprüfung zuständigen slowenischen Gericht, dass er im Vergabeverfahren das Recht zur freien Gestaltung der Angebotspreise und daher auch die Befugnis habe, eine Dienstleistung unentgeltlich anzubieten. Ungeachtet dessen erhalte er vom öffentlichen Auftraggeber sehr wohl eine Gegenleistung. Denn der Abschluss des Vertrags würde ihm als Marktneuling einen Nutzen verschaffen, der darin bestünde, Zugang zu einem neuen Markt und zu neuen Nutzern zu erlangen. Der Auftrag diene zugleich als Referenz für künftige Bewerbungen.

Das slowenische Gericht hegte Zweifel an dem richtigen Verständnis des Begriffs des „*entgeltlichen Vertrags*“ als Bestandteil der Definition des „*öffentlichen Auftrags*“ gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU und legte die Auslegungsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV vor.

RECHTSAUFFASSUNG DES GENERALANWALTS BEIM EUGH

Der Generalanwalt verneint in der Begründung seiner Schlussanträge den Entgeltcharakter des Null-Euro-Angebots und stellt dabei maßgebend auf die herrschende EuGH-Rechtsprechung ab, die sich wie folgt zusammenfassen lässt:

Danach impliziert der Begriff „*Entgeltlichkeit*“ zwar nicht unbedingt die Zahlung eines Geldbetrags durch den öffentlichen Auftraggeber. So sind auch andere Arten der Bezahlung, auch solche nicht finanzieller Art, zulässig. Die Gegenleistung muss aber einen bestimmten wirtschaftlichen Wert haben. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sie dem Wert der gelieferten Ware oder erbrachten Dienstleistungen entspricht. Wesentlich ist vielmehr, dass die vom öffentlichen Auftraggeber auf Grundlage des Vertrags zu erbringende Gegenleistung als unmittelbare und konkret durchsetzbare rechtliche Verpflichtung aus dem Vertrag hervorgeht (u. a. Urteil vom 25. März 2010 – Rs. C-451/08).

Nach diesem Rechtsverständnis ist aus Sicht des Generalanwalts bei dem vorliegenden Null-Euro-Angebot die entscheidende Frage zu klären, ob – wie der Bieter hier vorträgt – allein der Nutzen, mit dem der Bieter aufgrund der Zuschlagserteilung rechnen könne, eine solche durchsetzbare Gegenleistung im Sinne der Rechtsprechung des öffentlichen Auftraggebers darstellt.

Dies verneint der Generalanwalt. Soweit der Bieter die Gegenleistung in dem Sammeln einschlägiger Erfahrungen als neuer Marktteilnehmer erblicke, handele es sich lediglich um eine einfache rechtliche Tatsache, die sich automatisch aus der Vergabe des

Auftrags ergebe. Die Erlangung von Referenzen reiche ebenfalls nicht aus. Denn sie stellen keine den öffentlichen Auftraggeber treffende Verpflichtung dar. Es gebe keine Garantie hinsichtlich der Referenz, auf die sich der Bieter mit Blick auf die Erlangung künftiger Aufträge berufen können. Insoweit handele es sich also um eine bloße Spekulation über die Wirkung des Vertrags für künftige Geschäfte. Nach alledem könne das vorliegende Null-Euro-Angebot nicht zu dem Abschluss eines entgeltlichen Vertrags gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 RL 2014/24/EU führen.

Angebote, die keine wertmäßige Gegenleistung enthalten und deshalb nicht als „öffentliche Aufträge“ zu qualifizieren sind, dürften entgegen dem Rechtsverständnis des slowenischen Ministeriums allerdings nicht automatisch vom Verfahren ausgeschlossen werden.

Vielmehr gelten nach Auffassung des Generalanwalts dieselben Vorgaben wie für sonstige ungewöhnlich niedrige Angebote. Denn aus wirtschaftlicher Sicht gebe es keinen Grund, Null-Euro-Angebote anders zu behandeln als ein Angebot in Höhe von EUR 10 oder EUR 100, solange sämtliche dieser Angebote unterhalb der Kosten des Auftrags lägen.

Der Generalanwalt bezieht sich dabei auf die im deutschen Vergaberecht u. a. in § 60 VgV normierten Verfahrenspflichten. Danach muss der öffentliche Auftraggeber dem Bieter zunächst die Möglichkeit einräumen, die Höhe seines Angebots zu erläutern und dessen Seriosität nachzuweisen. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur die vom Bieter angegebenen Gründe, sondern auch alle sonstigen im Hinblick auf die fragliche Leistung maßgeblichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

Erst wenn die Aufklärung ergebe, dass tatsächlich keine Gegenleistung wirtschaftlicher Art bestehe, sei der Auftraggeber berechtigt, das Null-Euro-Angebot vom Verfahren auszuschließen (vgl. § 60 Abs. 3 VgV).

EINORDNUNG DER RECHTSAUFFASSUNG DES GENERALANWALTS

Die Ausführungen des Generalanwalts zur Entgeltlichkeit öffentlicher Aufträge sind zutreffend und finden ihre Bestätigung u.a. auch in einer aktuellen Entscheidung des EuGH vom gleichen Tag (EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – Rs. C-769/18 „ISE mbH“).

In dieser Rechtssache – eine Vorlage des Oberlandesgerichts Düsseldorf – stellte sich die Frage, ob die zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern schriftlich vereinbarte Überlassung von Software Entgeltcharakter besitzt, wenn die Stelle, der die Software überlassen wird, weder einen Preis zahlen noch einen Ausgleich für ihre Kosten leisten muss, sondern lediglich verpflichtet ist, der anderen Partei künftige Weiterentwicklungen und Anpassungen der Software unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

Der EuGH hat – entsprechend dem oben geäußerten Rechtsverständnis des Generalanwalts – die Entgeltlichkeit des Softwareüberlassungsvertrags bejaht. Trotz der fehlenden Vergütung bestehe die Gegenleistung von wirtschaftlichem Wert in der durchsetzbaren Rechtspflicht der die Software erhaltenden Stelle,

der anderen Vertragspartei künftig unentgeltlich Updates der Software zur Verfügung zu stellen.

Diese Entscheidung verdeutlicht, dass gerade in dynamischen Bereichen wie der Softwareentwicklung eine Vielzahl atypischer Gegenleistungen denkbar sind, denen ein wirtschaftlicher Wert und damit ein Entgeltcharakter beizumessen ist. Ein entgeltlicher Vertrag liegt beispielsweise auch in den Fällen vor, bei denen (a) Software kostenlos zur Verfügung gestellt wird, ihre künftige Weiterentwicklung jedoch zu vergüten ist oder (b) der öffentliche Auftraggeber dem Softwareentwickler als Gegenleistung für die kostenlose Software seine eigenen Daten übermittelt, damit sie der Programmierer bei späteren Anwendungen verwenden kann oder (c) der öffentliche Auftraggeber zusagt, in regelmäßigen Abständen ein Feedback zu geben, das es dem Entwickler erlaubt, sein Produkt zu verbessern und dessen Vermarktung zu steigern. Alle diese Situationen könnten zum Abschluss entgeltlicher Verträge führen, da sich diese Pflichten klar aus dem mit dem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Vertrag ergeben und eine rechtliche durchsetzbare Gegenleistung definieren.



Dr. Lars Hettich

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht
BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
E-Mail: Lars.Hettich@bblaw.com

NEWTICKER

+++ VK Hamburg: Berufung auf Marktkenntnisse genügt nicht für eine ordnungsgemäße Rüge +++

Die Vergabekammer Hamburg (Beschluss vom 12. September 2019 – VgK FB 6/19) hat einen Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückgewiesen, in dem sich die Antragstellerin darauf berufen hat, dass die anderen Bewerber bestimmte Vorgaben nicht erfüllen. Als Begründung führte die Antragstellerin lediglich „Marktkenntnisse“ an. Auch wenn an eine ordnungsgemäße Rüge gemäß § 160 Abs. 3 GWB nur geringe Anforderungen zu stellen sind, genügte diese pauschale Behauptung der Vergabekammer nicht. Der Rügende muss zumindest darlegen, aufgrund welcher Umstände er zu der Auffassung gelangt, die Wettbewerber erfüllen die von der Vergabestelle gesetzten Anforderungen nicht. Eine entsprechende Substantiierung sei erforderlich, um der Rügeobliegenheit zu genügen.

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
(Herausgeber)
Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Stephan Rechten | Rechtsanwalt

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Alle Rechte vorbehalten 2020.

HINWEIS

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar. Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

IHRE ANSPRECHPARTNER

BERLIN

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin
Tel.: +49 30 26471-219
Frank Obermann | Frank.Obermann@bblaw.com
Stephan Rechten | Stephan.Rechten@bblaw.com

DÜSSELDORF

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf
Tel.: +49 211 518989-0
Dr. Lars Hettich | Lars.Hettich@bblaw.com
Sascha Opheys | Sascha.Opheys@bblaw.com

FRANKFURT AM MAIN

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main
Tel.: +49 756095-195
Dr. Hans von Gehlen | Hans.VonGehlen@bblaw.com
Christopher Theis | Christopher.Theis@bblaw.com

HAMBURG

Neuer Wall 72 | 20354 Hamburg
Tel.: +49 40 688745-145
Jan Christian Eggers | Jan.Eggers@bblaw.com

MÜNCHEN

Ganghoferstraße 33 | 80339 München
Tel.: +49 89 35065-1452
Michael Brückner | Michael.Brückner@bblaw.com
Hans Georg Neumeier | HansGeorg.Neumeier@bblaw.com