

IBRRS 2014, 3146

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Welche Voraussetzungen hat eine vergaberechtsfreie Kooperation?

Fundstellen: **IBR 2015, 86**; **VPR 2015, 9**

OLG Koblenz

Beschluss

vom 03.12.2014

Verg 8/14

GWB § 99 Abs. 1; Richtlinie 2014/24/EU Art. 12 Abs. 4

1. Die Durchführung der Abfallentsorgung ist eine marktfähige Leistung, die grundsätzlich nach den Regeln des Vergaberechts im Wettbewerb zu vergeben ist.*)

2. Eine Vereinbarung zwischen zwei kommunalen Gebietskörperschaften, die alle Tatbestandsmerkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllt, ist nicht allein deshalb „vergaberechtsfrei“, weil sie eine delegierende Aufgabenübertragung beinhaltet.*)

3. Zusammenarbeit ist schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung und beinhaltet ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels.*)

4. Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU meint eine Zusammenarbeit, das auf einem kooperativen Konzept beruht und bei dem jeder Beteiligte einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung einer öffentlichen Dienstleistung erbringt.*)

5. Für eine vergaberechtsfreie Kooperation reicht es nicht aus, wenn sich der „Beitrag“ eines Vertragspartners darauf beschränkt, den anderen für die Erbringung einer Leistung zu bezahlen.*)

OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014 - Verg 8/14

vorhergehend:

VK Rheinland-Pfalz, 05.09.2014 - VK 2-18/14

In dem Nachprüfungsverfahren

betreffend die Behandlung und Verwertung der im Landkreis N. anfallenden Bioabfälle

(…)

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz durch ... in der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2014

beschlossen:

1. Auf sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 5. September 2014 - VK 2 18/14 aufgehoben.

2. Dem Auftraggeber wird untersagt, die in der Zweckvereinbarung zwischen ihm und dem Beigeladenen vom 20. Mai 2014 umschriebene Dienstleistung „Behandlung und Verwertung von Bioabfällen“ ohne förmliches Vergabeverfahren an eine natürliche oder von ihm personenverschiedene, nicht unter Art. 12 Abs. 1 - 3 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 fallende juristische Person zu vergeben.

3. Der Auftraggeber und die Beigeladene tragen als Gesamtschuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens und insoweit je zur Hälfte die notwendigen Auslagen der Antragstellerin. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die insoweit entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt der Auftraggeber alleine.

4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin war notwendig.

5. Der Beschwerdewert wird auf 270.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (Beschwerdeführerin) ist ein privates Entsorgungsunternehmen, das nach einer gewonnenen unionsweiten Ausschreibung im Auftrag des Landkreises N. Bioabfälle entsorgt. Sie betreibt das ihr gehörende Kompostwerk N., in dem überwiegend Bioabfall aus dem Landkreis N. verarbeitet wird. Der Dienstleistungsvertrag läuft zum 31. Dezember 2015 aus; von einer Verlängerungsoption will der Auftraggeber keinen Gebrauch machen.

Vielmehr beschloss der Kreistag am 30. April 2014, ab Anfang 2016 den für die Abfallentsorgung zuständigen Eigenbetrieb „RLK Abfallwirtschaft“ des Beigeladenen, der in S. unter Mitwirkung eines als Betriebsführer beauftragten Privatunternehmens das Abfallwirtschaftszentrum RL. betreibt, mit der Behandlung und Verwertung der im Gebiet des Landkreises N. anfallenden Bioabfälle zu betrauen.

In Umsetzung dieses Beschlusses schlossen der Auftraggeber und der Beigeladene am 20. Mai 2014 eine nach § 12 Abs. 2 KomZG RP genehmigungsbedürftige, aber der zuständigen Behörde noch nicht zur Genehmigung vorgelegte „Zweckvereinbarung“ mit einer Laufzeit von 12 Jahren (mit Verlängerungsoption). Gemäß § 1 dieser Vereinbarung „delegiert“ der Landkreis N. ab dem 1. Januar 2016 die Behandlung und Verwertung von Bioabfällen auf den Beigeladenen; dieser soll gemäß § 4 als Gegenleistung „für den Eintritt in die Pflichten und Zuständigkeiten“ des Vertragspartners einen „Jahresdeckungsbeitrag“ erhalten, der sich nach derzeitigen Schätzungen auf ca. 1,35 Mio. € beläuft. Im Übrigen enthält die Vereinbarung lediglich Detailregelungen zur Durchführung der Leistung (wie Anlieferungszeiten, Umgang mit Störstoffen oder Leistungsnachweise), begründet aber keine weitergehenden Rechte und Pflichten eines Beteiligten.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, Inhalt der Zweckvereinbarung sei ein unionsweit auszuschreibender „normaler“ Dienstleistungsauftrag, während sich der Auftraggeber und der Beigeladene darauf berufen, es handele sich um eine vergaberechtsfreie horizontale Zusammenarbeit kommunaler Gebietskörperschaften.

Die Vergabekammer ist mit Beschluss vom 5. September 2014 auf diesen Streitpunkt nicht eingegangen, sondern hat den Nachprüfungsantrag (der jetzigen Beschwerdeführerin) als unzulässig verworfen: § 101b Abs. 2 GWB sei (noch) nicht anwendbar, weil die nach § 12 Abs. 2 KomZG RLP für die Wirksamkeit der Vereinbarung notwendige Genehmigung fehle, und für den (hilfsweise) geltend gemachten Unterlassungsanspruch fehle es ebenfalls an einer „vollziehbaren Vergabemaßnahme“.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten sofortigen Beschwerde.

II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken.

a) Gemäß § 97 Abs. 7 GWB hat die Antragstellerin als ein am Auftrag interessiertes Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der einschlägigen Vergabevorschriften. Zu diesen gehört als Grundregel auch die in

§ 97 Abs. 1 GWB normierte Ausschreibungspflicht (so schon die amtl. Begründung des Entwurfs des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1999, BT-DRs 13/9340 S. 17 zu § 117-E). Nach (nahezu) einhelliger Auffassung in Rechtsprechung (BGH v. 01.02.2005 - **X ZB 27/04** - VergabeR 2005, 328, BGH v. 18.06.2012 - **X ZB 9/11** - VergabeR 2012, 839; OLG Düsseldorf v. 20.06.2001 - **Verg 3/01** - **VergabeR 2001, 329**; BayObLG v. 28.05.2003 - **Verg 7/03** - **VergabeR 2003, 563**; OLG Frankfurt v. 07.09.2004 - **11 Verg 11/04** - **VergabeR 2005, 80**; OLG Schleswig v. 07.10.2011 - **1 Verg 1/11**; OLG Celle v. 30.10.2014 - **13 Verg 8/14** - VPR 2014, 4719; EuGH v. 11.01.2005 - **C-26/03** - **VergabeR 2005, 44**) und Literatur (siehe z.B. Eschenbruch in: Kulartz/Kus/Portz, GWB, 3. Aufl., § 99 Rn. 125 f.; Kullack/Schüttpelz in: Heiermann/Riedl/Rusam, 13. Aufl., § 104 GWB Rn. 16) gehört zu den der Nachprüfung zugänglichen Handlungen eines öffentlichen Auftraggebers auch dessen Entscheidung, seinen Bedarf in einem unregelmäßigen Vergabeverfahren zu decken; dies jedenfalls dann, wenn er - wie hier - bereits nach außen gerichtete Aktivitäten zur Umsetzung dieser Entscheidung entfaltet hat (OLG Düsseldorf v. 29.10.2008 - **VII-Verg 35/08**). Der vom Auftraggeber mehrmals angeführte, in sich widersprüchliche Beschluss des OLG Schleswig vom 15.03.2013 (**1 Verg 4/12** - **VergabeR 2013, 577**) steht dem nicht entgegen - zumal es dort auch heißt, die Frage, ob ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen sei, könne „vor Vertragsschluss im Wege der Nachprüfung ... überprüft werden“.

b) Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 2, 3 GWB sind zu bejahen. Die Antragstellerin hat schlüssig ein Interesse daran bekundet, als derzeitige Leistungserbringerin und Betreiberin des Kompostwerks N. die verfahrensgegenständlichen Entsorgungsleistungen auch nach dem 31. Dezember 2015 zu erbringen. Sie hat zudem dargelegt, dass und warum sie ein förmliches Vergabeverfahren für notwendig hält und dass ihr ein Schaden droht, weil ihr durch die Vereinbarung des Auftraggebers mit der Beigeladenen die Möglichkeit genommen werden solle, sich um einen Folgeauftrag zu bewerben. Rügepräkusion ist nicht eingetreten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

a) Unerheblich ist allerdings, dass der Beigeladene das Abfallwirtschaftszentrum RL. nicht mit eigenem Personal betreibt, sondern ein von ihm unabhängiges Privatunternehmen mit dem Betrieb der Anlagen betraut hat. Dass der Beigeladene die Dienste eines Erfüllungsgehilfen in Anspruch nimmt, ändert nichts daran, dass die Abfallbehandlung und -entsorgung in S. weiterhin unter seiner alleinigen Verantwortung erfolgt und auch er allein derjenige ist, der die in der Zweckvereinbarung umschriebene Leistung erbringen soll. Eine (indirekte) Beauftragung oder Bevorzugung eines Privaten liegt nicht vor.

b) Bei der Abfallentsorgung handelt es sich um eine Tätigkeit, die nach nationalem Recht zwar Aufgabe kommunaler Gebietskörperschaften ist. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger müssen diese Aufgabe aber nicht „eigenhändig“ erfüllen, sondern können die Dienste von auf dem Markt tätigen und untereinander im Wettbewerb stehenden Wirtschaftsteilnehmern in Anspruch nehmen. Die Durchführung der Abfallentsorgung ist somit eine marktfähige Leistung, die grundsätzlich im Wettbewerb nach den Regeln des Vergaberechts zu vergeben ist.

c) Die Vereinbarung vom 20. Mai 2014 erfüllt alle Tatbestandsmerkmale eines ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB: Ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 Nr. 1 GWB) will eine ihm gesetzlich übertragene Aufgabe nicht selbst erledigen, sondern von einer von ihm personenverschiedenen (und unabhängigen) juristischen Person erledigen lassen; diese soll als Gegenleistung jährlich ca. 1,35 Mio. € erhalten. Der Annahme eines Auftrags im Sinne des Vergaberechts steht nicht entgegen, dass die Vereinbarung öffentlich-rechtlicher Natur und der Ausführende seinerseits öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 1 GWB ist. Auch ist es unerheblich, ob die Gegenleistung des Auftraggebers kostendeckend oder gar gewinnbringend ist (OLG Düsseldorf v. 06.11.2013 - **VII-Verg 39/11** - VergabeR 2014, 169). Da nichts geliefert oder gebaut werden soll, handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag (§ 99 Abs. 4 GWB).

d) Es ist bereits fraglich, ob sich der Auftraggeber überhaupt auf die vom EuGH entwickelte und in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU kodifizierte Unanwendbarkeit des Vergaberechts der Union auf bestimmte Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern berufen kann. Die Richtlinie ist noch nicht in nationales Recht umgesetzt; die Umsetzungsfrist ist noch nicht abgelaufen. Der EuGH legt ausschließlich Unionsrecht aus; seine Entscheidungen haben nicht zwangsläufig Auswirkungen auf das nationale Recht, das von nationalen Auftraggebern, Vergabekammern und Vergabesenaten in erster Linie anzuwenden ist.

Die Reichweite des im Ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB geregelten Vergaberegimes bestimmt sich zunächst einmal nach deutschem Recht (BGH v. 01.12.2008 - X ZB 32/08). Der nationale Gesetzgeber darf zwar bei der Umsetzung von Richtlinien der Union nicht hinter deren Regelungsgehalt zurückbleiben. Es ist ihm aber nicht untersagt, einen Vorgang, der nach dem Unionsrecht (in Gestalt seiner Auslegung durch den EuGH) vergaberechtsfrei wäre, dem Anwendungsbereich des nationalen Vergaberechts zu unterwerfen (sog. überschießende Richtlinienumsetzung).

Das geltende deutsche Recht (§ 100 Abs. 2 - § 100c GWB) enthält keine Regelung, die eine Vereinbarung, welche einerseits alle Merkmale eines öffentlichen Auftrages erfüllt, an denen andererseits aber nur öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, von der Anwendbarkeit des Ersten Abschnitts des Vierten Teils des GWB ausnimmt. Zudem ist auch ein dahingehender Wille des deutschen Gesetzgebers nicht erkennbar; eher ist das Gegenteil der Fall. Der Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 13. August 2008 (BT-DRs.16/10117 S. 1) enthielt zwar einen neuen § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB, wonach die Beschaffung einer Leistung bei einem anderen öffentlichen Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen nicht als ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag gelten sollte. Diese Regelung wurde aber auf Empfehlung des (federführenden) Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (BT-DRs. 16/11428 S. 7, 33) ersatzlos gestrichen. Übrig blieb ein Appell des Bundesrats an den Bund vom 13. Februar 2009 (BR-DRs 35/09), das GWB „bei der nächsten Novellierung“ um eine Regelung zur „Vergaberechtsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit“ zu ergänzen.

e) Aber auch wenn man im Vorgriff auf eine bis Mitte April 2016 zu treffende nationale Regelung und im Wege der teleologischen Reduktion des § 99 Abs. 1 GWB in Verbindung mit einer richtlinienfreundlichen Auslegung die vom EuGH entwickelten und in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegten Grundsätze zur Unanwendbarkeit des Vergaberechts für bestimmte im öffentlichen Sektor geschlossene Verträge auf den vorliegenden Fall anwendet, hat dies nicht zur Folge, dass die Erfüllung der Aufgabe „Behandlung und Verwertung von Bioabfällen“ ohne förmliches Vergabeverfahren auf eine vom Auftraggeber unabhängige juristische Person übertragen werden darf.

Dass alle Parteien einer Vereinbarung selbst öffentliche Auftraggeber sind, reicht allein nicht aus, um die Anwendung der Vergabevorschriften auszuschließen. Der Sonderfall der Aufgabenübertragung ohne Vergütung (Art. 1 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU), die grundsätzlich als vergaberechtfreie Angelegenheit der internen Staatsorganisation angesehen wird, liegt nicht vor. Dem Unionsrecht ist auch nicht zu entnehmen, dass eine Aufgabenübertragung schon deshalb vergaberechtsfrei wäre, weil sie delegierend ist. Nach Art. 12 Abs. 4 lit a) der Richtlinie 2014/24/EU ist vielmehr unabhängig von der rechtlichen Einordnung einer Vereinbarung nach nationalem Recht eine von mehreren Voraussetzungen für die Unanwendbarkeit des Vergaberechts „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“.

Zusammenarbeit (im englischen Richtlinien-text: „cooperation“, im französischen: „coopération“) ist schon begrifflich mehr als bloße Leistung gegen Bezahlung (siehe auch Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB/Teil 2, 5. Aufl. 2014, § 99 Rn. 147: „gegenseitige Kooperationspflichten“) und meint ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels. Dass diese Sichtweise auch dem Unionsrecht zugrunde liegt, kann man in Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU nachlesen. Danach sollen öffentliche Auftraggeber das Recht haben, ohne Anwendung des Vergaberechts „ihre öffentlichen Dienstleistungen gemeinsam im Wege der Zusammenarbeit zu erbringen“; ... Aufträge für die gemeinsame Erbringung öffentlicher Dienstleistungen sollten nicht der Anwendung der in dieser Richtlinie festgelegten Vorschriften unterliegen“. Die Rede ist von einer Zusammenarbeit, die auf „auf einem kooperativen Konzept“ beruht und bei der jeder Beteiligte „einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ leistet. Angesichts dieser eindeutigen Aussagen verbietet es sich, aus dem Umstand, dass in Erwägungsgrund 33 Abs. 3 Satz 2 von einer „Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern“ die Rede ist, zu schließen, für eine (auch nach nationalem Recht) vergaberechtfreie Kooperation reiche es aus, wenn sich der Beitrag eines Vertragspartners auf die bloße Zahlung beschränkt.

Die Zweckvereinbarung vom 20. Mai 2014 enthält keinerlei kooperative, über die bloße Erbringung einer

marktfähigen Leistung gegen Bezahlung hinausgehende Elemente. Somit beinhaltet sie einen „normalen“ ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die vorliegende Vereinbarung angesichts ihrer inhaltlichen Kargheit noch nicht einmal im Ansatz dem komplexen Vertragswerk entspricht, über das der EuGH mit Urteil vom 9. Juni 2009 (**C-480/06 - NZBau 2009, 527** [Stadtreinigung Hamburg]) entschieden und befunden hat, es bilde eine hinreichende Grundlage für die Annahme eines vergaberechtsfreien Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe. Auch aus dem Urteil des EuGH vom 13. Juni 2013 (**C-386/11 - VergabeR 2013, 686**) lässt sich nichts ableiten, was für die Auffassung des Auftraggebers sprechen könnte.

c) Um die Rechte der Antragstellerin aus § 97 Abs. 1, 7 GWB zu schützen, ist es notwendig, wie unter 2. tenoriert zu entscheiden. Dabei geht der Senat davon aus, dass dem Auftraggeber eine sog. In-House-Vergabe nicht untersagt werden kann. Diese fällt auch schon vor der Umsetzung des Art. 12 Abs. 1-3 Richtlinie 2014/24/EU nicht unter den Anwendungsbereich des Ersten Abschnitts des Vierten Teils des GWB, weil faktisch nicht ein vom Auftraggeber unabhängiger externer Wirtschaftsteilnehmer beauftragt, sondern eine abhängige interne Organisationseinheit mit der Erfüllung einer Aufgabe betraut wird und somit kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vorliegt (BGH v. 12.06.2001 - **X ZB 10/01 - VergabeR 2001, 286**). Der Hinweis auf Art. 12 Abs. 1-3 Richtlinie 2014/24/EU dient „nur“ der Abgrenzung und Klarstellung.

d) Eine Vorlage zum Bundesgerichtshof (§ 124 Abs. 2 GWB) wegen des Beschlusses des OLG Schleswig vom 15. März 2013 (**1 Verg 4/12 - VergabeR 2013, 577**) ist nicht geboten. Zum einen enthält jene Entscheidung nicht den diese tragenden Rechtssatz, vergaberechtlicher Rechtsschutz gegen eine drohende Direktvergabe sei überhaupt nicht möglich. Trotz der Beschäftigung mit mehreren Haupt- und Hilfsanträgen der damaligen Antragstellerin hielt das Gericht den Nachprüfungsantrag nicht für unzulässig, sondern für unbegründet, weil es eine nicht dem Vergaberecht unterliegende Vereinbarung annahm. Zum anderen wäre eine Vorlage nicht notwendig, wenn ein Oberlandesgericht ohne die gebotene Vorlage von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes - hier u.a. von BGH v. 01.02.2005 - **X ZB 27/04 - VergabeR 2005** - abgewichen wäre und sich das jetzt zur Entscheidung berufene Oberlandesgericht dem Bundesgerichtshof anschließen will (Meyer-Goßner/Schmidt, StPO, 57. Aufl., § 121 GVG Rn. 8).

III.

Soweit sich die Antragstellerin dagegen wendet, dass die Vergabekammer die Anwaltskosten des Auftraggebers gemäß § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB (i.V.m. § 19 Abs. 2 AGVwGO RLP) für erstattungsfähig erklärt hat, hat sich die Sache dadurch erledigt, dass der Nachprüfungsantrag letztlich Erfolg hat und der Auftraggeber seine Auslagen ohnehin selbst tragen muss.

IV.

Hingegen ist die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Verfahren vor der Vergabekammer durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären, weil Schwerpunkt des Nachprüfungsverfahrens eine schwierige Rechtsfrage ist.

V.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 78 Satz 1, 120 Abs. 2, 128 Abs. 3, 4 GWB i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO. Die im Verfahren vor der Vergabekammer noch passive Beigeladene ist erst im Beschwerdeverfahren mit einem Sachantrag aktiv geworden und auch nur insoweit an den Kosten zu beteiligen.

VI.

Bei der Festsetzung des Gegenstandswerts hat der Senat berücksichtigt, dass sich die Antragstellerin gegen

eine (drohende) Direktvergabe wendet, nicht aber ihrerseits eine Beauftragung mit einer - für förmliche Vergabeverfahren sehr ungewöhnlichen - Laufzeit von 12 Jahren anstrebt. Da aber ungewiss ist, welche Laufzeit ein in einem förmlichen Vergabeverfahren ausgeschriebener Vertrag haben würde, hat sich der Senat hinsichtlich des Auftragswerts an § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV orientiert und den Streitwert auf 270.000 € festgesetzt.