

Gastbeitrag

Vergaberecht: EuGH fällt wichtige Urteile zur kommunalen Zusammen- arbeit

von
Norbert Portz,
Beigeordneter beim Deutschen Städte- und
Gemeindebund, Berlin/Bonn



Der EuGH hat in den letzten gut zwei Jahrzehnten immer wieder wichtige Urteile zu den Fragen vergaberechtsfreier interkommunaler Zusammenarbeit gefällt. Die vom EuGH hierzu normierten Voraussetzungen betrafen zunächst die - vertikale - „In-house“-Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 18. November 1999, NZBau 2000, 90 f. „Teckal“). Diese fand Eingang in das deutsche Recht (§ 108 Abs. 1 - 5 GWB). Danach knüpft ein Absehen von der Ausschreibung bei öffentlich-öffentlichen Kooperationen insbesondere daran, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Betrauung einer anderen juristischen Person über diese eine „ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt“ (§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Später hat der EuGH auch eine vergaberechtsfreie kommunal-horizontale Kooperation auf Augenhöhe zugelassen. Pionier war das EuGH-Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ vom 09. Juni 2009 (VergabeR 2009, 738 ff.), wo der EuGH eine horizontale Kooperation zwischen der Stadtreinigung Hamburg (AöR) und vier Nachbarkreisen über die Abfallentsorgung unter Voraussetzungen für vergaberechtsfrei befand. Auch wenn der EuGH in der Folge weitere Fragen zur Vergaberechtsfreiheit kommunaler Kooperationen klärte, blieben andere Fragen offen.

1. Zwei EuGH-Urteile zu horizontal-kommunalen Kooperationen in einer Woche

Nunmehr hat der EuGH innerhalb von nur einer Woche zwei wichtige und jeweils „deutsche Fälle“ betreffende Urteile zu den Möglichkeiten und auch Grenzen einer vergaberechtsfreien kommunalen Zusammenarbeit gefällt:

Zunächst hat der EuGH am 28. Mai 2020 (C-796/18) auf der Grundlage von konkreten Vorlagen des OLG Düsseldorf vom 28. November 2018 entschieden, dass Kommunen grundsätzlich ohne Ausschreibung auch beim Austausch von Hilfstätigkeiten (Software-Entwicklung) zusammenarbeiten dürfen, sofern diese Tätigkeiten zur wirksamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben beitragen. Jedoch ist Voraussetzung einer Vergaberechtsfreiheit, dass durch die Kooperation kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

In einem weiteren Urteil vom 04. Juni 2020 (C-429/19) hat der EuGH auf Basis eines Vorabentscheidungsersuchens des OLG Koblenz vom 14. Mai 2019 entschieden, dass eine vergaberechtsfreie kommunale Kooperation das Zusammenwirken aller Partner der Kooperationsvereinbarung zur Erbringung der öffentlichen Dienstleistung voraussetzt. Eine Vereinbarung, wonach eine Kommune nur eine bloße Erstattung der Kosten für die von der anderen Kommune zu erbringende Leistung (Hier: Abfallentsorgung) vornimmt, erfüllt diese Voraussetzung nicht.

2. EuGH-Urteil vom 28. Mai 2020: Austausch von Softwareleistungen

- Sachverhalt

Im September 2017 schlossen die Stadt Köln und das Land Berlin einen Software-Überlassungsvertrag, wonach das Land Berlin der Stadt Köln die „*entgeltfreie dauerhafte Überlassung*“ einer Einsatzleitstellensoftware für ihre Feuerwehr überließ. Gleichzeitig vereinbarten die Partner für diese Software einen Kooperationsvertrag. Dieser bezweckt, „eine gleichberechtigte Partnerschaft“ und regelt weiter, dass die

„Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Partners anzupassen und dem Kooperationspartner zur Verfügung zu stellen sind“.

Diese Anpassungen und Erweiterungen waren dem Partner zur „*kostenneutralen Nutzung*“ zu überlassen. Die Anpassung der Basissoftware und der Module war laut Kooperationsvertrag „*eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren*“.

Die ISE entwickelt und verkauft Einsatzleitstellensoftware für Behörden mit Aufgaben im Sicherheitsbereich. Sie stellte bei der VK Rheinland einen Nachprüfungsauftrag mit dem Ziel, den Überlassungs- und den Kooperationsvertrag zwischen dem Land Berlin und der Stadt Köln wegen Nichteinhaltung der Vergaberegeln über öffentliche Aufträge für unwirksam zu erklären. Die Stadt Köln habe einen öffentlichen Auftrag vergeben. Die Beteiligung der Stadt Köln an der Entwicklung der überlassenen Software stelle einen ausreichenden geldwerten Vorteil dar, so dass die Verträge entgeltlich seien.

Die Beschaffung der Basissoftware ziehe auch die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich. Für einen Dritten würden Pflege und Weiterentwicklung der Software einen wirtschaftlich nicht vertretbaren Aufwand bedeuten.

Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsauftrag zurück. Das sodann angerufene Oberlandesgericht Düsseldorf rief mit einem am 28. November eingereichten Vorabentscheidungsersuchen den EuGH an. Es wollte insbesondere wissen, ob bei dem Sachverhalt ein „Öffentlicher Auftrag“ vorliegt. Die Stadt Köln argumentierte, ihre Zusammenarbeit mit dem Land Berlin falle nicht unter das Vergaberecht und nicht unter die Pflicht zur Ausschreibung.

- EuGH bejaht „öffentlichen Auftrag“ trotz Kostenfreiheit

Der EuGH entschied (s. Rn. 37 ff.), dass die Verträge zwischen dem Land Berlin und der Stadt Köln trotz der vereinbarten „Kostenfreiheit“ als „öffentlicher Auftrag“ zu qualifizieren sind, weil sie im Ergebnis „entgeltlich“ i. S. v. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2004/18/EG seien (s. auch § 103 Abs. 1 GWB). Für das Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“ sei entscheidend, dass nach der Vereinbarung jede Partei

„verpflichtet ist, von ihr etwaig hergestellte zukünftige Weiterentwicklungen der Software der anderen Partei kostenfrei zur Verfügung zu stellen“.

Speziell aus dieser Vereinbarung folgt der EuGH, dass der öffentliche Auftraggeber, der einen Auftrag vergibt, eine Gegenleistung erhält, die für ihn von „*unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist*“ (Rn. 40). Denn insoweit haben die Parteien gegenseitige Pflichten, bei denen Gegenleistungen wahrscheinlich sind (Rn. 45), übernommen. Darin liege ein „*synallagmatischer Vertrag*“, der trotz der vereinbarten „*Entgeltfreiheit*“ einen „*entgeltlichen Vertrag*“ begründet (Rn. 41).

- Vergaberechtsfreie Kooperationen erfassen auch freiwillige Hilfsgeschäfte

Im Weiteren befasst sich der EuGH mit den Voraussetzungen einer Ausnahme vom Vergaberecht bei Vorliegen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Insoweit sei Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 (s. die Umsetzung in § 108 Abs. 6 GWB), so auszulegen, dass Kooperationen zwischen öffentlichen Auftraggebern von der Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgenommen sein können. Voraussetzung ist, dass sich die 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 (Rn. 54).

Danach fällt ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der EU-Richtlinie 2014/24, wenn er eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel begründet oder erfüllt, sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden (s. auch § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB).

Die Bestimmung bezieht sich nach dem EuGH (Rn. 57) nur auf eine Gemeinsamkeit der Ziele, ohne die gemeinsame Erbringung ein und derselben öffentlichen Dienstleistung zu verlangen. Auch nach dem ersten Absatz des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 müssen

„die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen“.

Danach ist es nicht zwingend, dass die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen von den an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Personen gemeinsam gewährleistet wird. Der EuGH führt weiter aus (Rn. 59), dass Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 und der erste Absatz des 33. Erwägungsgrundes auch eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit aller Arten von Tätigkeiten, die i. V. m. der Ausführung von Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den öffentlichen Auftraggebern zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen kann.

Der Ausdruck „*alle Arten von Tätigkeiten*“ kann laut EuGH (Rn. 60) auch eine zu einer öffentlichen Dienstleistung „*akzessorische Tätigkeit*“ (Hilfstätigkeit) umfassen, sich also auf eine rein freiwillige Aufgabe beziehen, die gerade keine Pflichtaufgabe ist. Voraussetzung ist, dass diese Tätigkeit zur wirksamen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe beiträgt, die Gegenstand der Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern ist. Der dritte Absatz des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 sieht insoweit nur vor, dass eine (vergaberechtsfreie) Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern eine Verpflichtung beinhalten muss, einen

„Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten“.

Im Übrigen hält es der EuGH für nicht gewiss, dass sich die in Rede stehende Software zur Verfolgung von Einsätzen der Feuerwehr in der Brandbekämpfung, technischen Hilfeleistung, Notfallrettung und im Katastrophenschutz, die für die Erfüllung dieser Aufgaben zwingend erforderlich zu sein scheint, auf den Rang einer rein akzessorischen Tätigkeit reduzieren lässt (Rn. 61). Damit werden diese Softwareleistungen in den Rang möglicher öffentlich-kommunaler (Haupt-)Aufgaben gehoben. Dies hat aber im Ergebnis das vorlegende OLG Düsseldorf zu überprüfen.

- Keine Besserstellung eines privaten Unternehmens erlaubt

Die über die Frage einer Ausschreibung und damit einer Unwirksamkeit der Verträge entscheidende Frage ist, ob durch die Kooperation zwischen dem Land Berlin und der Stadt Köln ein privates Unternehmen gegenüber seinen Wettbewerbern bevorzugt wird (Rn. 63 ff.). Insoweit sind Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 sowie der 33. Erwägungsgrund und Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie nach der EuGH-Rechtsprechung (s. EuGH vom 13. Juni 2013 - C-386/11 - Rn. 36 -38 „Piepenbrock“) so auszulegen, dass eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dazu führen darf, dass ein privates Unternehmen bessergestellt wird als seine Wettbewerber. Dieser Grundsatz gilt, auch wenn er in den genannten Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt wird.

Der EuGH bestätigt damit in seinem Urteil vom 28. Mai 2020 ein ungeschriebenes Besserstellungsverbot. Für die Beantwortung der Frage einer wieder einmal möglichen Besserstellung eines privaten Unternehmens kommt es dabei auf den Inhalt der zwischen dem Land Berlin und der Stadt Köln geschlossenen Verträge an. Maßgeblich dürften insoweit folgende durch das OLG Düsseldorf zu beantwortende Fragen sein:

- Verfügen das Land Berlin und die Stadt Köln über den Quellcode der Einsatzleitstellensoftware? Dies ist anzunehmen, da beide Parteien anderenfalls keine Pflege- und Wartungsmaßnahmen und keine Ergänzung oder Veränderung der Software durchführen könnten.

- Stellen das Land Berlin und die Stadt Köln dann, wenn sie die Software pflegen und/oder weiterentwickeln und hierfür auf Basis eines Vergabeverfahrens externe Unternehmen gewinnen wollen, diesen den Quellcode uneingeschränkt, vollständig und unentgeltlich zur Verfügung?
- Genügt der alleinige Zugang zum Quellcode, um sicherzustellen, dass an dem Auftrag interessierte - externe - Wirtschaftsteilnehmer nicht benachteiligt werden?

In der Praxis muss zwar im Softwareerstellungsvertrag ausdrücklich vereinbart werden, ob die Herausgabe des Quellcodes Gegenstand der vertraglichen Leistung ist. Ist die Übergabe der Software mit Quellcode an den (öffentlichen) Auftraggeber erfolgt und verfügt dieser über das nötige personelle Know-how, kann er die Software auch selbständig warten und entwickeln. Daher ist denkbar, dass die Weiterentwicklung der Software ausschließlich durch das eigene Personal der Metropolen Berlin und Köln erfolgt. Jedenfalls kann vermutet werden, dass das Land Berlin und die Stadt Köln genügend eigenes qualifiziertes Personal zur Entwicklung der Software haben. Folge wäre, dass kein weiteres Softwareunternehmen einbezogen werden müsste und keine Benachteiligung eines Drittunternehmens vorliegt. Diese und ggf. weitere Fragen muss aber das OLG Düsseldorf beantworten.

- Bewertung des EuGH-Urteils vom 28. Mai 2020

Das EuGH-Urteil vom 18. Mai 2020 ist aus kommunaler Sicht - unabhängig vom endgültigen Ausgang und der noch vom OLG Düsseldorf zu beantwortenden Fragen - grundsätzlich zu begrüßen. Der EuGH bejaht für bestimmte Konstellationen auch bei einer „kostenlosen“ Überlassung und Nutzung einer Software einen für das Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“ erforderlichen „entgeltlichen Vertrag“ (s. § 103 Abs. 1 GWB). Nötig ist, dass öffentliche Auftraggeber, die einen Auftrag vergeben, eine Gegenleistung erhalten, die für sie von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist. Dies nimmt der EuGH bei der Vereinbarung gegenseitiger Pflichten, bei denen Gegenleistungen wahrscheinlich sind, an. Hierin liege ein „synallagmatischer Vertrag“, der auch bei einer vereinbarten „Entgeltfreiheit“ einen „entgeltlichen Vertrag“ begründet.

Mit dieser erweiternden Klarstellung eröffnet der EuGH erst den Zugang für die Prüfung einer Ausnahme vom Vergaberecht im Falle einer - horizontalen - öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (s. § 108 Abs. 6 GWB). Der EuGH stellt dabei fest, dass vergaberechtsfreie horizontale Kooperationen (s. § 108 Abs. 6 GWB) jedenfalls über die - kommunalen - Pflichtaufgaben hinaus auch auf sog. Hilfsgeschäfte (Software-Entwicklung) der öffentlichen Hand Anwendung finden, falls diese zu den zu erbringenden öffentlichen (Feuerwehr-)Dienstleistungen akzessorisch sind.

Entscheidende Voraussetzung einer Ausschreibungspflicht und damit ggf. der Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge ist die Antwort auf die Frage, ob die konkrete Zusammenarbeit des Landes Berlin und der Stadt Köln ein privates Unternehmen gegenüber Wettbewerbern besser stellt. Diese Frage muss das OLG Düsseldorf beantworten. Erst danach können die Akten endgültig geschlossen werden.

3. EuGH-Urteil vom 04. Juni 2020: Übertragung der Abfallentsorgung

- Sachverhalt

Die Landkreise Mayen-Koblenz und Cochem-Zell sowie die Stadt Koblenz hatten einen gemeinsam von ihnen kontrollierten Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel gegründet. Diesem wurden die Verwertung und Entsorgung der in ihrem jeweiligen Gebiet anfallenden Abfälle übertragen. Der Zweckverband kann nur hauptsächlich von Haushalten stammende Restabfälle, die keine oder kaum wiederverwendbare Stoffe enthalten, entsorgen. Zum Erhalt der Restabfälle müssen daher die gemischten Siedlungsabfälle vorab in einer biomechanischen Anlage (MBA) vorbehandelt werden.

Da der Zweckverband nicht über eine Vorbehandlungsanlage verfügt, überträgt er mit 80 % den Großteil der Verwertung und Entsorgung der Siedlungsabfälle privaten Unternehmen. Die Behandlung der verbleibenden 20 % wird durch eine Vereinbarung zwischen dem Zweckverband und dem Landkreis Neuwied dem Kreis zugewiesen. Insoweit hat der Kreis als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger die sowohl in seinem Gebiet angefallenen als auch die ihm von dem Zweckverband überlassenen Abfälle aus privaten Haushalten und aus sonstigen Herkunftsbereichen entgegenzunehmen und ordnungsgemäß zu entsorgen.

Im Rahmen der „entsprechend § 108 Abs. 6 GWB geschlossenen Kooperation“ erklärt sich der Zweckverband seinerseits bereit,

„Teilmengen der mineralischen Abfälle zu übernehmen, die im Rahmen der hoheitlichen Beseitigungspflicht des Kreises anfallen.“ (§ 2 Abs. 3 der Vereinbarung).

Als Entgeltregelung ist in der Vereinbarung folgendes bestimmt:

„Für die ordnungsgemäße Behandlung der Restabfälle zahlt der Zweckverband im Wege der Kostenerstattung ohne Berücksichtigung von Gewinnzuschlägen für die laufenden Betriebskosten an den Kreis ein Entgelt nach Abfallaufkommen.“

Gegen diese Gesamtvereinbarung zwischen dem Zweckverband und dem Kreis klagt der Entsorger Remondis, der in dieser Vereinbarung eine unzulässige Direktvergabe sieht. Die Leistungen hätten ausgeschrieben werden müssen. Die beteiligten Kommunen meinen, es handele sich um eine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, die vom Vergaberecht ausgenommen sei. Die Vergabekammer Rheinland-Pfalz wies mit Beschluss vom 06. März 2018 den Nachprüfungsantrag von Remondis als unzulässig zurück, weil die in Rede stehende Vereinbarung eine vergaberechtsfreie Kooperation nach § 108 Abs. 6 GWB und Art. 12 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2014/24 beinhalte. Remondis legt gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland-Pfalz Beschwerde beim OLG Koblenz ein. Dieses hat in seiner Entscheidung u. a. darauf hingewiesen, dass sich anhand des Wortlauts von Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der EU-Richtlinie 2014/24 nicht ermitteln lasse (s. Rn. 15 des EuGH-Urteils),

„ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vereinbarung eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet, mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.“

Daher legte das OLG Koblenz dem EuGH mit einem Vorabentscheidungsersuchen vom 14. Mai 2019 folgende Frage vor:

„Ist Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 dahin gehend auszulegen, dass eine Zusammenarbeit schon dann vorliegt, wenn ein auf seinem Gebiet für die Abfallentsorgung zuständiger öffentlicher Auftraggeber eine ihm nach dem nationalen Recht allein obliegende Entsorgungsaufgabe, für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig sind, nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen und von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der auf seinem Gebiet ebenfalls für die Abfallentsorgung zuständig ist, damit beauftragt, einen der notwendigen Arbeitsgänge gegen Entgelt auszuführen?“

- EuGH: Vergaberechtsfreiheit erfordert gemeinsame Strategie

Der EuGH legt in seinem Urteil vom 04. Juni 2020 die Ausnahmeregeln für die vergaberechtsfreie Zusammenarbeit von Kommunen eng aus.

Zunächst weist der EuGH (Rn. 25) auf Art. 12 Abs. 4 Buchst. a der Richtlinie 2014/24 hin. Danach fällt ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn er eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Schon der Wortlaut dieser Bestimmung stellt somit nach dem Gericht (Rn. 26) den Begriff „Zusammenarbeit“ in den Mittelpunkt der dort vorgesehenen Ausschlussregelung.

- Streichung der „echten“ Zusammenarbeit nach dem EUGH unerheblich

Für den EuGH (Rn. 27) ist es unerheblich, dass der endgültige Wortlaut des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 anders als Art. 11 Abs. 4 des Vorgängervorschlags nicht mehr auf das Erfordernis einer „echten Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern“ verweist. Diese vom EuGH als „unerheblich“ bezeichnete Rechtshistorie bei der Entstehung der Norm überrascht durchaus, da die unter maßgeblicher Initiative der deutschen kommunalen Spitzenverbände auch in Verhandlungen mit dem damaligen EU-Binnenmarktkommissar Michel Barnier zustande gekommene Streichung der „echten“ Zusammenarbeit gerade dem Ziel diene, den vergaberechtsfreien interkommunalen Leistungsaustausch auch auf Sachverhalte wie den Vorliegenden zu erweitern.

- Kooperatives Konzept erforderlich

Der EuGH stellt im Weiteren (Rn. 28) fest, dass sich das Erfordernis einer „echten Zusammenarbeit“ aus der Klarstellung in Abs. 3 des 33. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/24 ergibt, wonach die Zusammenarbeit „auf einem kooperativen Konzept beruhen“ sollte. Daraus folge (Rn. 29), 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.“

Außerdem muss der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung nach dem EuGH (Rn. 32) zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors

„das Ergebnis einer Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit sein.“

Insoweit beruft sich der EuGH ausdrücklich auf sein Grundlagenurteil vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, „Stadtreinigung Hamburg“). Der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors müsse nach dem Gericht, um vom Vergaberecht freigestellt zu werden, eine ihrem Wesen nach *„kollaborative Dimension“*, aufweisen, die bei einem unter die Vorschriften der Richtlinie 2014/24 fallenden Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags fehlt.

Hieraus schließt der EuGH (Rn. 33), dass die Ausarbeitung einer Kooperationsvereinbarung – anders als bei der Vergabe eines normalen öffentlichen Auftrags - voraussetzt, dass die öffentlichen Einrichtungen, die eine solche Vereinbarung treffen wollen,

„gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definieren.“

- Gemeinsame Strategie zur Zusammenarbeit nötig

Eine Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors beruht mithin nach dem EuGH (Rn. 34) auf *„einer gemeinsamen Strategie der Partner dieser Zusammenarbeit“* und sie setzt voraus, dass *„die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.“*

Vor diesem Hintergrund (Rn. 35) sieht der EUGH in der vom Zweckverband und dem Kreis geschlossenen Vereinbarung keine Form der Zusammenarbeit zwischen diesen. Dabei beruft sich der EUGH auf das vorlegende Gericht, das OLG Koblenz. Dieses habe im Wesentlichen ausgeführt, dass allenfalls die Klausel in § 2 Abs. 3 der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarung zur Entwicklung einer Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien führen könnte.

Nachdem die Vertragsparteien noch vorgetragen hatten, dass es sich bei dieser Klausel um eine *„Absichtserklärung“* handele, habe der Zweckverband im Rahmen des Verfahrens vor der Vergabekammer Rheinland-Pfalz *„ausdrücklich eingeräumt, dass die Klausel gegenstandslos sei.“*

In der Folge der Ausführungen des EuGH muss bei Unterstellung der entgegengesetzten Annahme, nämlich dass es sich bei der Vereinbarung der Parteien um eine verpflichtende Absichtserklärung und um Leistungen, die auf einem gemeinsam initiierten *„kooperativen Konzept“* zur Zusammenarbeit beruhen, handeln würde, durchaus eine Freistellung von der Ausschreibung möglich sein. Nach dem EuGH (Rn. 36) lässt sich aber den ihm vorliegenden Akten *„außerdem“* nicht entnehmen, dass der Abschluss der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vereinbarung das

„Ergebnis einer Initiative des Zweckverbands und des Kreises zur Zusammenarbeit ist.“

- Faktische und rechtliche Voraussetzung: „Echte“ Zusammenarbeit

Dies hat nach dem EuGH im Ergebnis das OLG Koblenz zu prüfen. Damit lässt der EuGH die Möglichkeit für die Vergaberechtsfreiheit der Vereinbarung zwischen dem Zweckverband und dem Kreis zumindest einen Spalt breit offen. Ein Verzicht auf eine Ausschreibung könnte dann eingreifen, wenn der Vereinbarung der beiden Parteien eine – dem EuGH nicht bekannte - gemeinsame Initiative zur Zusammenarbeit zugrunde liegt. Der EuGH (Rn. 37) führt zur Abgrenzung aber aus, dass weder die vereinbarte Übernahme der Restabfälle und deren Entsorgung durch den Zweckverband noch die an den Kreis zu zahlende Vergütung mittels einer Kostenerstattung ohne Gewinnzuschläge zum Nachweis dieser „*echten (?) Zusammenarbeit*“ zwischen dem Zweckverband und dem Kreis genügen.

Diese Schlussfolgerung ist nach dem EuGH konsequent, da die Übernahme der Restabfälle durch den Zweckverband und die gezahlte Vergütung „nur“ die dem Zweckverband ohnehin obliegenden Verpflichtungen und kein „*kooperatives Konzept*“ (Rn. 28) beinhalten bzw. das Ergebnis einer „*Initiative der Vertragsparteien zur Zusammenarbeit*“ (Rn. 32) sind. Dies deutet darauf hin, dass ein „*kooperatives Konzept*“ und der für die Vergaberechtsfreiheit nötige Grad der Zusammenarbeit zwischen den Parteien nach dem EuGH stets die „gemeinsame“ und letztlich doch (Entgegen der Rechtshistorie!) auf eine „*echte*“ Zusammenarbeit basierende Zielerreichung erfordert. Diese ist laut dem EuGH nicht gegeben, wenn sich eine Partei der anderen „nur“ als „Erfüllungsgehilfe“ für ihre Aufgaben bedient.

Folglich „*scheint*“ nach dem EuGH (Rn. 38) die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vereinbarung „*ausschließlich*“ den Erwerb einer Leistung gegen die Zahlung eines Entgelts und damit im Ergebnis einen „*normalen öffentlichen Auftrag*“ zum Gegenstand zu haben. „*Unter diesen Umständen*“ falle die Vereinbarung zwischen den Parteien vorbehaltlich einer Überprüfung durch das OLG Koblenz nicht unter den Ausschlussstatbestand in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24 (s. § 108 Abs. 6 GWB).

- Bewertung des EuGH-Urteils vom 04. Juni 2020

Das EuGH-Urteil vom 04. Juni 2020 legt in einem bisher nicht geklärten Bereich die Möglichkeiten und Grenzen einer vergaberechtsfreien kommunalen Kooperation fest. Er legt dar, dass für eine Vergaberechtsfreiheit faktisch und rechtlich eine auf einem „*kooperativen Konzept beruhende Zusammenarbeit*“ erforderlich ist. Das gilt laut EuGH, auch wenn im endgültigen Wortlaut des zugrunde gelegten Art. 12 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2014/24 im Gegensatz zu Art. 11 Abs. 4 des vormaligen Richtlinienvorschlags das Erfordernis einer „*echten*“ Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern gestrichen wurde. Dies hält der EuGH für „*unerheblich*“.

Indem der EuGH für die Vergaberechtsfreiheit ein „*kooperatives Konzept*“ und eine „*gemeinsame Strategie*“ der Partner voraussetzt, erfordert der nötige Grad der Zusammenarbeit zwischen den Parteien letztlich, auch wenn der Begriff im Richtlinienentwurf gestrichen wurde, eine „*echte*“ Zusammenarbeit. Diese ist dann nicht gegeben, wenn sich eine Partei der anderen „nur“ als „Erfüllungsgehilfe“ für ihre Aufgaben bedient.

Offen bleibt die Frage, ab welchem Grad der - horizontal - öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit auf eine Ausschreibung verzichtet werden kann. Hierfür kann es keine „Muster“ geben. Vielmehr ist der jeweilige Einzelfall nach Maßgabe der - wenigen - vom EuGH in seinem Urteil vom 04. Juni 2020 aufgezeigten Eckpunkte entscheidend.

Wegen der verbleibenden Unsicherheiten bei vergaberechtsfreien - horizontal - öffentlich-öffentlichen Kooperationen (s. § 108 Abs. 6 GWB) könnte infolge des jetzigen EuGH-Urteils die „einfache“ vertragliche vergaberechtsfreie - horizontale - kommunale Kooperation (§ 108 Abs. 6 GWB) auf Augenhöhe von der „sicheren“, aber auch komplexeren In-house-Vergabe verdrängt werden. Diese setzt stets eine *„ähnliche Kontrolle des(r) öffentlichen Auftraggeber(s) über die juristische Person wie über seine eigenen Dienststellen“* (s. § 108 Abs. 1 bis 5 GWB), also etwa über eine gemeinsame kontrollierte GmbH, voraus. Die Befürchtung ist insofern, dass angesichts der gerade aktuell hohen Bedeutung interkommunaler Kooperationen, diese „vergaberechtlich gehemmt“ wird. Denn interkommunale Kooperationen werden angesichts der damit verbundenen Kostenersparnis, der zunehmenden Herausforderungen zur Bewältigung des demografischen Wandels, der notwendigen Nutzung von Synergien sowie überhaupt der Aufrechterhaltung der kommunalen Daseinsvorsorge immer wichtiger. Auch basiert die kommunale Zusammenarbeit auf der Erfüllung von Aufgaben durch die demokratisch legitimierten Kommunen. Insoweit bleibt abzuwarten, inwieweit die Entscheidung des EuGH vom 04. Juni 2020 zur Gefahr einer stärkeren Privatisierung kommunaler Aufgaben führen wird.

Kommunen, die künftig mit anderen Kommunen ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens auf Augenhöhe horizontal vertraglich kooperieren wollen (§ 108 Abs. 6 GWB), müssen die Zusammenarbeit stets mit einem auf einer gemeinsamen Initiative beruhenden „kooperativen Konzept“ ausgestalten. Der bloße Austausch von „Leistungen gegen Entgelt“, ohne dass ein „kooperativer Charakter“ zur Zusammenarbeit vorliegt, reicht dafür nicht.

Bereits bestehende Verträge können trotz des Urteils des EuGH vom 04. Juni 2020 dann, wenn der erfolgte Vertragsschluss bereits sechs Monate zurückliegt, nicht mehr von anderen Wettbewerbern durch ein Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer mit dem Ziel, die Unwirksamkeit der Vereinbarung festzustellen, angegriffen werden (s. § 135 Abs. 2 GWB). Jedoch könnte die EU-Kommission bei Kenntnis einer nicht vergaberechtskorrekten Vereinbarung ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland und damit im Ergebnis gegen diese Vereinbarung einleiten. Eventuell anstehende Verlängerungen interkommunaler Vereinbarungen sollten jedenfalls i. S. d. EuGH-Urteils angepasst werden.

4. Gesamtfazit

Mit seinen beiden Urteilen vom 28. Mai sowie vom 04. Juni 2020 hat der EuGH in nur einer Woche zu wichtigen Fragen der Möglichkeiten, aber auch der Grenzen von vergaberechtsfreien interkommunalen Kooperationen, Stellung bezogen:

Das erste Urteil vom 28. Mai 2020 ist aus kommunaler Sicht grundsätzlich zu begrüßen. Es erweitert den Anwendungsbereich einer vergaberechtsfreien interkommunal-horizontalen Kooperation. Der EuGH stellt fest, dass Kommunen ohne ausschreiben zu müssen auch beim Austausch von Hilfstätigkeiten (Software-Entwicklung) zusammenarbeiten dürfen, sofern diese Tätigkeiten zur wirksamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben beitragen. Voraussetzung ist aber, dass durch die Kooperation kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber.

Mit seinem Urteil vom 04. Juni 2020 legt der EuGH die Grenzen für eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit von Kommunen fest. Eine Zusammenarbeit muss danach das „*Ergebnis einer Initiative der Vertragspartner zur Zusammenarbeit*“ sein und auf einem „*kooperativen Konzept*“ beruhen. Die reine Erbringung von „*Leistungen gegen Entgelt*“ ohne dass ein „*kooperatives Konzept*“ vorliegt, reichen nicht. Letztlich ist nach dem EuGH, auch wenn der Begriff im Rechtstext gestrichen wurde, eine auf „*echte*“ Zusammenarbeit basierende öffentlich-öffentliche Kooperation der Parteien erforderlich. Diese ist dann nicht gegeben, wenn rein „*Leistungen gegen Entgelt*“ ausgetauscht werden und sich daher eine Partei der anderen „nur“ als „Erfüllungsgehilfe“ für die Durchführung ihrer Aufgaben bedient.

th-ru