

Vermerk

zur

Vergaberechtskonformität der interkommunalen Zusammenarbeit im Bereich der Abfallwirtschaft zwischen der Rhein-Main Deponie GmbH und den Entsorgungsbetrieben der Landeshauptstadt Wiesbaden

Dr. Dominik R. Lück, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht
Peter Kern, Rechtsanwalt
Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Köln, Oktober 2019

A. Sachverhalt

Die Rhein-Main Deponie GmbH (RMD) und die Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden (ELW) schlossen am 11.11.2013 eine Grundlagenvereinbarung über die Errichtung einer interkommunalen Zusammenarbeit im Bereich der Abfallwirtschaft ab. Leistungsbeginn war der 01.01.2015. Die Kooperation ist zeitlich befristet. Als Vertragsende ist der 31.12.2022 vorgesehen, vgl. § 7 Abs. 1 der Grundlagenvereinbarung. Der Vertragstext sieht jedoch vor, dass sich die Vertragslaufzeit um jeweils zwei Jahre verlängert, wenn nicht eine der Parteien mit einer Frist von einem Jahr vor dem jeweiligen Vertragsende den Vertrag kündigt.

Gegenstand der Kooperation ist nach § 1 Abs. 1 der Grundlagenvereinbarung die umfassende Zusammenarbeit der Parteien in abfallwirtschaftlichen Belangen im Bereich Bioabfallverwertung sein. Einschränkend wird die „umfassende Zusammenarbeit“ auf zwei Leistungen begrenzt:

- Entsorgung von Bioabfällen aus dem Gebiet der Landeshauptstadt Wiesbaden für die Dauer von zunächst acht Jahren, mit Option auf Vertragsverlängerung um jeweils zwei Jahre, wobei das Optionsrecht bis spätestens ein Jahr vor Ablauf der Vertragsdauer schriftlich auszuüben ist.
- Lieferung von biogenen Fraktionen zur energetischen Verwertung im BMHKW Wiesbaden der RMD an die ELW.

Diese Leistungsbeziehungen werden auch in § 4 der Grundlagenvereinbarung wiederholt und teilweise konkretisiert.

Faktisch wird die Kooperation jedoch nur einseitig gelebt. In der Vergangenheit hat lediglich die ELW der RMD Bioabfälle aus dem Gebiet der Landeshauptstadt Wiesbaden angedient. Die RMD hat diese Bioabfälle in ihrer Bioabfallbehandlungsanlage entsorgt. Ihrer Leistungsverpflichtung nach § 4 Abs. 3 der Grundlagenvereinbarung zur Anbietung von biogenen Fraktionen ist die RMD dagegen nicht nachgekommen.

Für die Entsorgung des Bioabfalls wird ein Entgelt pro Tonne gemäß den Vorgaben des § 5 der Grundlagenvereinbarung fällig. Demnach entrichtet die ELW der RMD eine Vergütung für die Erbringung einer Entsorgungsdienstleistung. Die Preise verstehen sich als Festpreise, jedoch soll dieses Entgelt nach dem Wortlaut des Vertragstextes mit Hilfe der als Anhang 1 zur Grundlagenvereinbarung beigefügten Preisgleitklausel ab dem zweiten Vertragsjahr (also ab 01.01.2016) angepasst werden können.

Losgelöst von der Preisgleitklausel wurde im Wege eines Nachtrags ein neues Entgelt ab dem 01.01.2018 zwischen den Parteien festgelegt. Diese Nachtragsvereinbarung sieht vor, dass der Preis pro Tonne vom 01.01.2018 bis zum 31.12.2019 58,00 EUR beträgt und vom 01.01.2020 bis zum 31.12.2021 64,81 EUR.

Ab dem 01.01.2022 richtet sich die Anpassung der Vergütung nach der in der Grundlagenvereinbarung enthaltenen Preisgleitklausel, wobei Basis der Preisanpassung das Jahr 2018 ist. Im Verhältnis zum ursprünglichen Entgelt von 49,95 EUR/t (vgl. § 5 der Grundlagenvereinbarung) stellt dies für die Jahre 2018/2019 eine Verteuerung von ca. 17 % und für die Jahre 2020/2021 von ca. 30 % dar. Begründet wurde die Verteuerung mit veränderten gesetzlichen Anforderungen an die Bioabfallentsorgung.

Nunmehr soll wiederum ein neues Entgelt für den Zeitraum ab dem 01.01.2023 verhandelt werden. Angeboten wurde den ELW von der RMD mit Schreiben vom 07.10.2019 ein Entgelt in Höhe von 82,39 EUR/t; gegenüber dem ursprünglich vereinbarten Entgelt stellt dies eine Preissteigerung von rund 65 % dar. Abweichend zu dem bisher Vereinbarten soll das Entgelt nicht nur einer automatischen Preisanpassung ab dem 01.01.2024 unterliegen, sondern eine Preisanpassung auch dann möglich sein, wenn es zu geänderten abfallrechtlichen Bestimmungen kommt oder die Verunreinigungen im Bioabfall mehr als 1 Gew.-% betragen.

Der Verwertungspreis von biogenen Fraktionen im Biomasseheizkraftwerk – also: Dienstleistung der ELW für die RMD – ist nicht vertraglich geregelt. Es soll „im Einzelnen [...] einvernehmlich festgelegt werden, welche Vergütung oder Zuzahlung zu erfolgen hat“, vgl. § 5 der Grundlagenvereinbarung.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend zu prüfen, ob die Preiserhöhung vergaberechtlich zulässig ist und ob die interkommunale Zusammenarbeit unter diesen Umständen vergaberechtskonform erfolgt.

B. Stellungnahme

Gegenstand der Stellungnahme ist zunächst die Frage, inwieweit die angeordnete Preisanpassung vergaberechtlich zulässig ist. Nach § 132 Abs. 1 Satz 1 GWB sind wesentliche Vertragsanpassungen vergaberechtsrelevant. Unbeachtlich wäre eine preisliche Vertragsanpassung hingegen, wenn der Vertrag dem Ausnahmetatbestand des § 108 Abs. 6 GWB (sog. interkommunale Zusammenarbeit) unterfallen würde. Es ist folglich inzident zu prüfen, ob die abgeschlossene Grundlagenvereinbarung tatsächlich unter den Ausnahmetatbestand zu subsumieren ist. Schließlich ist das Rechtsmittelrisiko einer Vertragsanpassung aufzuweisen.

I. Vergaberechtliche (Un-)Zulässigkeit der Preisanpassung

Insoweit im Rahmen der Laufzeit eines Vertrages eine Anpassung des Vertrags erforderlich wird, setzt das Vergaberecht der allgemeinen Vertragsfreiheit Grenzen.

Denn bereits in der Anpassung eines bestehenden Vertrags kann ein auszuscheidender öffentlicher Auftrag zu sehen sein, wenn die Vertragsänderung einer Neuvergabe des Auftrags gleichkommt und die Änderung nicht von der ursprünglichen Vergabe im Wettbewerb gedeckt ist. Hintergrund ist, dass das Vergaberecht nicht dadurch umgangen werden darf, dass ein bestehender Vertrag in wesentlichen Punkten geändert wird, ohne diesen Vorgang dem Wettbewerb zu öffnen. Eine derartige Anpassung einer wesentlichen Vertragsbestimmung würde eine Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil potentieller Bieter bedeuten. Der EuGH hat Leitlinien zur Reichweite der Vergabefreiheit von Vertragsanpassungen aufgestellt,

EuGH, Urteil vom 19.06.2008 - C-454/06, „*pressetext*“,

welche nunmehr auf nationaler Ebene in § 132 GWB kodifiziert wurden.

In Anknüpfung an die „*pressetext*“-Rechtsprechung des EuGH ordnet § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB eine Änderung, mit der das wirtschaftliche Gleichgewicht des Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise verschoben wird, als wesentlich ein. Regelbeispiel für eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts ist die Erhöhung des Preises, ohne dass dem eine gesteigerte Leistungspflicht des Auftragnehmers korrespondieren würde.

Statt vieler: Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 132, Rn. 22.

Allerdings kann auch eine nachträgliche Preiserhöhung zulässig sein, wenn sie bereits in dem ursprünglichen Auftrag, beispielsweise über eine Indexierungsklausel, vorgesehen war. Durch die Loslösung der Preisanpassung von der Preisgleitklausel, welche der Grundlagenvereinbarung innewohnte, ist die nun angedachte Preisanpassung als „im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen“ einzustufen. Auch dürfte es nicht bestritten werden, dass eine Erhöhung des Entgelts um bis zu 65% innerhalb der ersten fünf Jahre der Leistungsbeziehung das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zugunsten der RMD verschiebt. Eine derartige Erhöhung ist schließlich auch nicht von der Regelung des § 132 Abs. 3 GWB (sog. De-minimis-Grenze) gedeckt. Hinzu kommen neu geregelte Möglichkeiten zur außerordentlichen Preisanpassung bei geänderten abfallrechtlichen Bestimmungen und Verunreinigungen im Bioabfall von mehr als 1 Gew.-%. Mithin ist anzunehmen, dass die beabsichtigte Preisanpassung eine wesentliche Vertragsanpassung im Sinne des § 132 Abs. 1 GWB darstellt. Dies hat zur Folge, dass die Vertragsanpassung einer Neuvergabe gleichkommt, sodass ein neues gesondertes Vergabeverfahren hierzu durchzuführen wäre.

Ausnahmsweise kann die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens entfallen, wenn der Vertrag eine ausschreibungsfreie interkommunale Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB darstellt.

II. Prüfung und Bewertung des Status der Grundlagenvereinbarung als interkommunale Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern unterliegt grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Dies hat der EuGH bereits 2005 klargestellt.

EuGH, Urteil vom 13.01.2005 – C-84/03, „*Königreich Spanien*“.

Seitdem sind in der europäischen und nationalen Rechtsprechung als ausschreibungsfreie Möglichkeiten einer interkommunalen Zusammenarbeit das In-House-Geschäft, ein sogenannter „interstaatlicher Organisationsakt“ sowie eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung nach den Kriterien anerkannt, wie sie der EuGH in dem Verfahren „*Stadtreinigung Hamburg*“ erstmals entwickelte und in den Verfahren „*Lecce*“, sowie „*Piepenbrock*“ bestätigt hat. Die dort aufgestellten Kriterien wurden in die Auftragsvergaberichtlinie aufgenommen und erhielten im Wege der nationalen Umsetzung auch Einzug in das deutsche Recht. § 108 Abs. 6 GWB regelt folglich die nationalen Voraussetzungen einer rechtmäßigen interkommunalen Zusammenarbeit.

1. Entwicklung der Ausnahme in der Rechtsprechung

Unter einer interkommunalen Kooperation im vergaberechtlichen Sinne ist eine Zusammenarbeit von zwei oder mehreren öffentlichen Stellen (Kommunen/Kreise oder Kommunalunternehmen) zur gemeinsamen Erbringung von öffentlichen Leistungen zu verstehen (sog. kommunale Partnerschaft), ohne dabei ein gemeinsames Unternehmen zu gründen.

Der Ausnahmetatbestand geht zurück auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache „*Stadtreinigung Hamburg*“.

EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C-480/06, „*Stadtreinigung Hamburg*“.

Gegenstand dieser vergaberechtlich zulässigen Kooperation war eine gemeinsame, auf rein vertraglicher Grundlage basierende Zusammenarbeit zwischen verschiedenen kommunalen Gebietskörperschaften und einem kommunalen Unternehmen über eine Zurverfügungstellung von Verbrennungskapazitäten in einer Müllverbrennungsanlage. Die unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten bestehende „*Unbedenklichkeit*“ einer derartigen Kooperation/Zusammenarbeit (vergaberechtliche Neutralität) wurde in der Folge vom Grunde her bestätigt.

Unter Bezugnahme auf die bis zu diesem Zeitpunkt bereits entwickelte Rechtsprechung zur In-House-Vergabe hat der EuGH in der Rechtssache festgehalten:

*„Eine öffentliche Stelle [kann] ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln und **auch in Zusammenarbeit** mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.“ (Hervorhebung durch die Unterzeichner)*

Der Anwendungsbereich der Ausnahme wurde in der Folge insbesondere in der Entscheidung „Lecce“ vom 19.12.2012 zwar weiter konturiert, jedoch inhaltlich eingeschränkt.

EuGH, Urteil von 19.12.2012 – C-159/11, „Lecce“.

Letztlich wurde mit Urteil vom 13.06.2013 in der Sache „Piepenbrock“ der Anwendungsbereich weiter eingeschränkt und der kommunale Gestaltungsspielraum für derartige Kooperationen tendenziell weiter reduziert.

EuGH, Urteil vom 13.06.2013 – C-386/11, „Piepenbrock“, außerdem dazu Lück, AbfallR 2015, S. 29 ff.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Voraussetzung für eine derartige ausschreibungsfreie Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber ist, dass

- es sich um eine Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern bei einer Wahrnehmung ihnen gemeinsam obliegender öffentlicher Aufgaben handelt;
- die Zusammenarbeit gegenseitige Verpflichtungen beinhaltet, die über ein normales Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnis hinausgehen;
- die Kooperation daher auf eine gewisse Dauerhaftigkeit angelegt ist;
- keine unmittelbare Beteiligung eines privaten Dritten besteht;
- die beteiligten kommunalen Auftraggeber nicht im allgemeinen Wettbewerb tätig sind;
- lediglich Finanztransfers zwischen den öffentlichen Kooperationspartnern vorgesehen sind, die ausschließlich in einer (auch Selbst-) Kostenerstattung an den kommunalen Vertragspartnern bestehen;
- keine Umgehung des Vergaberechts vorliegt.

Die Regelung in § 108 Abs. 6 GWB greift diese Rechtsprechungslinie auf und kodifiziert die notwendigen Voraussetzungen einer vergabefreien interkommunalen Kooperation.

2. Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB an eine vergaberechtskonforme interkommunale Zusammenarbeit

§ 108 Abs. 6 GWB beinhaltet sechs Voraussetzungen an eine vergaberechtskonforme interkommunale Zusammenarbeit.

Dazu im Einzelnen:

a) Öffentliche Dienstleistung

Bei der Aufgabe der Abfallwirtschaft handelt es sich zunächst um eine Allgemeinwohlaufgabe zur Erfüllung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Auch in der bereits oben dargestellten Entscheidung des EuGH „*Stadtreinigung Hamburg*“ hat das Gericht die Abfallentsorgung explizit als allen Vertragsparteien obliegende öffentliche Aufgabe anerkannt.

EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C-480/06, „*Stadtreinigung Hamburg*“, Rn. 37.

Demnach ist die Entsorgung bzw. Verwertung von überlassungspflichtigen Abfällen eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe.

b) Öffentliche Auftraggeber

Nach § 108 Abs. 6 GWB dürfen nur öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bis 3 GWB Parteien eines solchen Vertrages sein. Die Kooperationsfähigkeit der RMD und der ELW dürfte nach § 99 Nr. 2 GWB gegeben sein. Danach sind auch juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

- sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden (a),
- ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt (b) oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind (c);

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, als öffentliche Auftraggeber anzusehen.

Eine Prüfung der Voraussetzungen des § 99 Nr. 2 GWB erfolgt hier nicht, jedoch wird die Erfüllung der Kriterien für die weitere Prüfung unterstellt.

c) **Gemeinsame Aufgabenwahrnehmung**

Konstituierendes Merkmal einer zulässigen horizontalen interkommunalen Kooperation im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung sowie nach Maßgabe der Kriterien des Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU und des § 108 Abs. 6 GWB ist demnach die „*gemeinsame Aufgabenwahrnehmung*“ der kommunalen Partner. Erforderlich ist dabei, dass alle an der Kooperation beteiligten Partner einen eigenständigen, nicht notwendigerweise gleichen Beitrag zur Aufgabenwahrnehmung leisten. Der Beitrag muss dabei nicht identisch sein, sondern lediglich das gemeinsame Ziel der Kooperation fördern.

Vgl. Erwägungsgrund Nr. 33 der Richtlinie 2014/24/EU.

Das Wesensmerkmal einer ausschreibungsfreien interkommunalen Kooperation ist seit der Entscheidung des EuGH in Sachen „*Stadtreinigung Hamburg*“ das Prinzip des „*gegenseitigen Gebens und Nehmens*“ („*do ut des*“).

Vgl. insoweit zum Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C-480/06, „*Stadtreinigung Hamburg*“, Rn. 22.

Auch nach Auffassung der Europäischen Kommission muss die Kooperation eine gemeinsame Wahrnehmung von Aufgaben vorsehen, welche durch Beteiligung und gegenseitige Pflichten der Vertragspartner gekennzeichnet ist und welche dadurch zu gegenseitigen Synergiewirkungen führt.

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) vom 04.10.2011, SEK (2011) 1169 endg., S. 16.

Als Beispiel einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Abfallverwertung führt die Kommission an, dass die entsprechenden Aufgaben zwischen den Partnern etwa so verteilt werden können, dass einer für die Abfallsammlung und der andere für die Abfallverbrennung zuständig ist.

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, a.a.O., S. 16.

Das sowohl vom EuGH als auch in der Richtlinie 2014/24/EU geforderte Kriterium der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung im Sinne eines kooperativen Konzeptes ist bei der bisherigen interkommunalen Kooperation als nicht erfüllt anzusehen.

aa) Wechselseitigkeit der Aufgabenübertragung

Eine vergaberechtlich neutrale interkommunale Kooperation setzt eine echte Zusammenarbeit voraus; das heißt, dass jeder Kooperationspartner Beiträge zur Zielverwirklichung für die anderen Partner wahrnimmt.

Die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB sowie im Sinne der EuGH-Rechtsprechung ist grundsätzlich dann gewährleistet, wenn die Zusammenarbeit gegenseitige Verpflichtungen vorsieht, die über ein normales Auftraggeber-Auftragnehmer-Verhältnis hinausgehen.

Vgl. dazu bereits EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C-386/11 „*Stadtreinigung Hamburg*“; vgl. dazu auch Gruneberg/Wilden-Beck, *VergabeR* 2014, 99 (107 f.); Jäger, *NZBau* 2014, 259 (261 f.); Schwab/Giesemann, *VergabeR* 2014, 351 (356); Dieckmann, *AbfallR* 2014, 130 (134).

Nicht zwingend erforderlich ist dabei, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistungen beizusteuern.

Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017 – 7 Verg 8/16; vgl. dazu auch Ziekow, *NZBau* 2015, 258 (263).

Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen auch nicht identisch sein, sie können sich vielmehr auch ergänzen (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU). Entscheidend ist lediglich, dass eine gemeinsame, allen Beteiligten obliegende Aufgabe erfüllt werden soll.

Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017 – 7 Verg 8/16; vgl. dazu auch Soudry/Hettich, *Das neue Vergaberecht*, S.23; Ziekow, *NZBau* 2015, 258 (263).

Das Paradebeispiel der Europäischen Kommission für eine zulässige öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit sieht dabei etwa vor, dass ein Kooperationspartner die Logistik und der andere Kooperationspartner die thermische Behandlung betreibt.

Vgl. Europäische Kommission, Arbeitsdokument SEK(2011) 1169, 3.3.2., S. 16.

Dieses Beispiel beansprucht zwar keine abschließende Geltung, allerdings verdeutlicht es die grundsätzliche und konzeptionelle Vorstellung einer gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung. Um also ein kooperatives Konzept der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung zu bejahen, ist beispielsweise eine Bün-

delung von Ressourcen, Anlagen und Know-How zu verlangen. Es soll demnach ein Grad an Kooperation geschaffen werden, welcher hinsichtlich der wechselseitigen Beiträge deutlich über ein bloßes Austauschverhältnis, Leistung gegen Geld, hinausgeht.

Vgl. Brockhoff, VergabeR 2014, 625 (633); Gruneberg/Wilden-Beck, VergabeR 2014, 99 (107).

Dies bedeutet konkret, dass es erforderlich ist, dass sowohl die RMD als auch die ELW abfallwirtschaftliche Aufgaben auf den Kooperationspartner überträgt. In der bisherigen Grundlagvereinbarung vom 11.11.2013 wird zwar in § 4 die Leistungsbeziehung der Parteien umrissen, jedoch erreicht dies nicht den Grad eines notwendigen kooperativen Konzepts. Denn während die Andienungspflicht der ELW in § 4 Abs. 1 sehr konkret ausgestaltet ist, sind die Verpflichtungen der RMD sehr vage gehalten. Überdies stellt die Verpflichtung des § 4 Abs. 2 (ordnungsgemäße Entsorgung) keine eigenständige – im Rahmen der Wechselseitigkeit relevante – Verpflichtung dar, sondern vielmehr eine implizierte umweltrechtliche Verpflichtung der eigenen Dienstleistungserbringung. Die Pflicht des § 4 Abs. 3 (biogene Fraktionen der ELW anzubieten) ist sehr allgemein gehalten. Es fehlen beispielsweise Mengenangaben oder eine Abnahmeverpflichtung der ELW. Eine solche ist vertraglich jedoch ausgeschlossen. Die über die in § 4 Abs. 3 genannten Abfälle hinausgehende Annahmeverpflichtung der ELW ist ferner auf deren Leistungsfähigkeit beschränkt.

Die vertraglichen Regelungen lassen ein „bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels“ vermissen. Selbst unter der Annahme, dass es sich um „echte“ Pflichten der RMD handelt, dürfte hier eher von einem bloßen Austausch von Leistungen gegen Entgelt zu sprechen sein. Der wesentliche Inhalt der Zweckvereinbarung beschränkt sich auf die Verpflichtung der RMD (= Auftragnehmer), gegen Entgelt die von der ELW (= Auftraggeber) angelieferten Bioabfälle entsprechend den nationalen gesetzlichen Vorgaben zu entsorgen. Dabei verfolgen die Vertragsparteien, wenn auch unter dem Dach des allgemeinen Interesses an einer ordnungsgemäßen Abfallentsorgung, unterschiedliche Interessen. Die ELW hat eine ihr gesetzlich zugewiesene Aufgabe zu erfüllen; dafür benötigt sie fremde Hilfe, weil sie selbst nicht über eine Bioabfallbehandlungsanlage verfügt. Die RMD gewährt diese Hilfe, weil sie sich von der Annahme der gelieferten Bioabfälle gegen Kostenerstattung eine insgesamt wirtschaftlichere Auslastung ihrer Anlage verspricht. Es fehlt somit an einem kooperativen Konzept zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels.

Wird darüber hinaus tatsächlich die Aufgabenübertragung nur einseitig gelebt, so stellt der Vertrag eine schlichte Regelung einer Dienstleistung gegen Bezahlung dar, was bereits begrifflich hinter der erforderlichen Zusammenarbeit zurückbleibt.

bb) Unzulässige einseitige Aufgabenübertragung

Fehlt es an einer echten Beitragsleistung eines Kooperationspartners, so kann die gesamte Kooperation nach der nationalen Rechtsprechung nicht unter den Ausnahmetatbestand „interkommunale Kooperation“ fallen.

Das OLG Koblenz hat sich 2014 mit einer „delegierenden Zweckvereinbarung“ zwischen zwei Landkreisen in Rheinland-Pfalz beschäftigt, welche die Beauftragung eines Beteiligten der Zweckvereinbarung mit der Behandlung und Verwertung der im Gebiet des anderen Beteiligten angefallenen Bioabfälle gegen einen „Jahresdeckungsbeitrag“ vorsah.

OLG Koblenz, Beschluss vom 03.12.2014 – Verg 8/14.

Nach Auffassung des OLG Koblenz beinhaltet eine derartige Regelung keine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sowie der in Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegten Grundsätze einer ausschreibungsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Insbesondere sei eine „echte Zusammenarbeit“ mehr als eine bloße Leistung gegen Bezahlung anzusehen. Erforderlich sei jedenfalls ein bewusstes Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels. Dem in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Konzept einer ausschreibungsfreien öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit liegt der Gedanke zugrunde, dass jeder Beteiligte einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden Dienstleistung beiträgt. Dabei stellt die bloße Zahlungspflicht eines Beteiligten gerade keinen ausreichenden Beitrag für die gemeinsame Ausführung der betreffenden Dienstleistung dar.

Eine derartige (delegierende) „Zusammenarbeit“ enthalte keinerlei

„kooperative, über die bloße Erbringung einer marktfähigen Leistung gegen Bezahlung hinausgehende Elemente. Somit beinhaltet sie einen normalen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag“.

Auch das OLG Naumburg hatte zu dieser Frage Stellung zu beziehen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017 – 7 Verg 8/16.

In seiner Entscheidung hat das OLG Naumburg zunächst klargestellt, dass keine generelle vergaberechtliche Freistellung der Zusammenarbeit von Hoheitsträgern besteht. Für die Annahme der Ausschreibungsfreiheit sei u.a. erforderlich, dass eine horizontale Zusammenarbeit auf Augenhöhe zur Erfüllung einer allen Beteiligten gemeinsam obliegenden Gemeinwohlaufgabe vorliegt. Eine vertragliche Zusammenarbeit der öffentlichen Auftraggeber soll sicherstellen, dass die von diesen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Das hieraus hergeleitete Kriterium der Zielidentität ist erfüllt, wenn sich die Zusammenarbeit auf

die Wahrnehmung einer allen in einem Kooperationsvertrag verbundenen öffentlichen Auftraggebern gleichermaßen obliegenden öffentlichen Aufgabe bezieht. Hierfür ist notwendig, dass jeder Kooperationsbeteiligte einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der Dienstleistung leistet. Erforderlich ist insofern ein „kooperatives Konzept“. Dieses setzt bereits begrifflich ein bewusstes und gleichberechtigtes, horizontales Zusammenwirken bei der Verrichtung einer Tätigkeit zur Erreichung eines gemeinsamen Ziels voraus. Die gegenseitigen Leistungspflichten müssen demnach ein kooperatives Miteinander aufzeigen.

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017 – 7 Verg 8/16.

Fehlt es hingegen an einer Zusammenarbeit, die auf einem „kooperativen“ Konzept beruht und bei der jeder Beteiligte „einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung“ erbringt, so beschränkt sich der Vertrag regelmäßig auf einen Leistungsaustausch, nämlich die Erbringung einer marktfähigen Dienstleistung.

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.03.2017 – 7 Verg 8/16.

Wird zwar im Vertrag eine wechselseitige Aufgabenübertragung formuliert, jedoch in der Praxis nicht gelebt, so nimmt die Rechtsprechung ebenfalls das Fehlen des kooperativen Elements und damit eine einseitige Aufgabenübertragung an.

OLG Koblenz, Vorlagebeschluss vom 14.05.2019 – Verg 1/19.

Den dortigen Fall hat das OLG Koblenz dem EuGH mit der Frage vorgelegt, ob der Begriff der „Zusammenarbeit“ auch dann erfüllt ist, wenn ein auf seinem Gebiet für die Abfallentsorgung zuständiger öffentlicher Auftraggeber eine ihm nach nationalem Recht allein obliegende Entsorgungsaufgabe, für deren Erledigung mehrere Arbeitsgänge notwendig sind, nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen, von ihm unabhängigen öffentlichen Auftraggeber, der auf seinem Gebiet ebenfalls für die Abfallentsorgung zuständig ist, damit beauftragt, einen der notwendigen Arbeitsgänge gegen Entgelt auszuführen. Es kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH an seiner Definition des Begriffs der „Zusammenarbeit“ vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU festhalten wird. Der EuGH hat stets betont, dass Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nur in engen Grenzen erfolgen dürfen, um eine Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Daher müssen zu einem gewöhnlichen Leistungsaustausch – Geld gegen Leistung – weitere Umstände hinzukommen, um eine Ausnahme zu rechtfertigen. Nach der bisherigen Rechtsprechung handelt es sich hierbei insbesondere um den kooperativen Aspekt der Zusammenarbeit. Diese Rechtsprechung des EuGH war ferner der prägende und bestimmende Faktor bei der Formulierung der Voraussetzungen einer vergaberechtskonformen interkommunalen Zusammenarbeit. Nach Er-

wägungsgrund 31 der Richtlinie 2014/24/EU sollten allenfalls die Kriterien präzisiert werden, wobei die Präzisierung wiederum auf die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH gestützt wurde.

Vgl. Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2014/24/EU.

Der EuGH ist hierbei auch auf einer Linie mit der Europäischen Kommission, die eine einseitige Übertragung einer Aufgabe von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen nicht als „Zusammenarbeit“ betrachtet.

Europäische Kommission, Arbeitsdokument SEK(2011) 1169, 3.3.2., S. 16.

Eine Abkehr der Rechtsprechung ist folglich weder durch die neue Gesetzgebung angezeigt noch gibt es hierfür irgendwelche andere Anzeichen.

Ähnlich zu dem, dem Vorlagebeschluss zugrundeliegenden, Fall verhält es sich auch hier. Denn faktisch dient lediglich die ELW der RMD Bioabfälle zur Verwertung an. Der Umstand, dass die Grundlagenvereinbarung vorsieht, dass die RMD biogene Fraktionen der ELW anbieten darf, kann lediglich als Versuch, ein kooperatives Konzept vorzutäuschen, verstanden werden. Diese Annahme wird dadurch unterstützt, dass ein Verwertungspreis der biogenen Fraktionen bis heute – also immerhin fast fünf Jahre nach Leistungsbeginn – nicht festgelegt wurde. Nach dem Vertragswortlaut gingen die Vertragsparteien bereits beim Abschluss der Grundlagenvereinbarung davon aus, dass die RMD der Verpflichtung aus § 4 Abs. 3 nicht nachkommen würde, da die Festlegung von Verwertungspreisen der biogenen Fraktion jeweils im Einzelfall erfolgen soll.

d) Ausschließliche öffentliche Interessen

Darüber hinaus muss die interkommunale Kooperation ausschließlich von öffentlichen Interessen bestimmt werden.

Denn für die Durchführung der Zusammenarbeit zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein, § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB. Danach dürfen keine privatwirtschaftlichen Erwägungen im Rahmen der interkommunalen Kooperation eine Rolle spielen, ebenso darf die Kooperation nicht in Konkurrenz zu privaten Leistungserbringern treten.

Da es sich bei den hier zu übertragenden Aufgaben der Kooperationspartner um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt, ist das Tätigwerden ausschließlich im öffentlichen Interesse grundsätzlich anzunehmen.

So EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11, „Lecce“ mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 09.06.2006 – C-480/06, „Stadtreinigung Hamburg“, Rn. 37.

e) Keine Besserstellung Privater

Es muss darüber hinaus stets sichergestellt werden,

„dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister besser gestellt wird als seine Wettbewerber“.

Vgl. Erwägungsgrund 31 a. E. der Richtlinie 2014/24/EU.

Trotz Fehlens einer ausdrücklichen Normierung der Voraussetzung in § 108 Abs. 6 GWB, hat der EuGH vor Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU diese Voraussetzung entwickelt.

Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 28.11.2018 – VII-Verg 25/18.

Das Verbot der Besserstellung Privater meint typischerweise den Fall, dass private Unternehmen durch die Kooperation gegenüber ihren Wettbewerbern bevorzugt werden, indem sie von der gegründeten Kooperation Aufträge erhalten, die ohne Anwendung des Vergaberechts erteilt werden können.

Demnach soll sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene öffentliche Zusammenarbeit keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister bessergestellt wird als sein Wettbewerber. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass interkommunale Kooperationen vom Vergaberecht befreit sind, da sie, ähnlich wie In-House-Geschäfte, keine Marktberührung aufweisen, sondern die Aufgabenerledigung im Binnenverhältnis mehrerer Verwaltungsträger betrifft und damit eine Form der Eigenerledigung darstellt.

Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108, Rn. 79 f.

Eine Bevorzugung Privater ist aufgrund der ausschließlichen Beteiligung kommunaler Gebietskörperschaften, hier der Kreise Main-Taunus und Hochtaunus auf Seiten der RMD und der Stadt Wiesbaden auf Seiten der ELW nicht ersichtlich, da an der interkommunalen Kooperation auf der ersten Ebene kein privater Dritter beteiligt ist.

f) Beteiligte öffentliche Auftraggeber nicht im allgemeinen Wettbewerb tätig

Schließlich ist es den beteiligten Akteuren der Kooperation untersagt, im allgemeinen Wettbewerb tätig zu sein. Dies bedeutet konkret, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen, vgl. § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB.

Das Erfüllen dieser Voraussetzung wurde vorliegend nicht geprüft, jedoch unterstellt.

3. Zwischenergebnis

Problematisch ist vorliegend insbesondere, dass die Vertragsparteien allenfalls auf dem Papier wechselseitige Aufgaben übertragen. Ohne gelebte, wechselseitige Aufgabenübertragung, stellt sich die Zusammenarbeit als bloße Leistung gegen Bezahlung dar. Eine derartige Zusammenarbeit zweier öffentlicher Auftraggeber ohne die Erfüllung der Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB stellt eine unzulässige de-facto Vergabe dar. Diese Art der Leistungsbeziehung ist der Gefahr ausgesetzt, dass ein damit befasster vergaberechtlicher Spruchkörper die Kooperation für unrechtmäßig erachtet und folglich als unwirksam erklärt.

III. Rechtsmittelrisiko

Aus dem Umstand, dass mit guten Argumenten vertreten werden kann, dass die am 11.11.2013 abgeschlossene Grundlagenvereinbarung zwischen der RMD und der ELW keine vergaberechtskonforme interkommunale Zusammenarbeit darstellt, steht zu befürchten, dass die Kooperation in Gänze vergaberechtlich angreifbar ist.

Im Falle eines Nachprüfungsverfahrens würde die gesamte bestehende Vertragskonzeption (zumindest mittelbar) der Nachprüfung unterliegen.

Vgl. zum Prüfungsumfang OLG Schleswig, Beschluss vom 04.11.2014 – 1 Verg 1/14.

In Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber einen ausschreibungspflichtigen Vertrag ohne vorherige förmliche Ausschreibung schließt, ohne zuvor mit anderen als dem Vertragspartner verhandelt zu haben, ergibt sich ein gesteigertes Rechtsmittelrisiko aus § 135 GWB. Nach § 135 Abs. 1 GWB ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber

- gegen die Informations- und Wartepflicht des § 134 GWB verstoßen hat oder
- den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist,

und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

§ 135 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Unwirksamkeit nach Abs. 1 nur festgestellt werden kann, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Information der betroffenen Bieter und Bewerber durch den öffentlichen Auftraggeber über den Abschluss des Vertrags, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.

Daraus folgt, dass die Kooperation der RMD und der ELW für von Anfang an unwirksam erklärt werden kann, da es an einer gesetzlichen Gestattung der Direktvergabe mangelt. Dass dies überhaupt nun – also knapp 6 Jahre nach Vertragsschluss – noch vergaberechtlich überprüft werden kann, ergibt sich durch Vertragsanpassung hinsichtlich des Entgelts. Indem die Vertragsanpassung einer Neuvergabe gleichkommt, beginnt die Rechtsmittelfrist des § 135 Abs. 2 GWB erneut zu laufen.

Statt vieler: OLG Rostock, Beschluss vom 17.02.2016 – 17 Verg 4/15.

Zu beachten ist ferner, dass es neben den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten ein Beschwerdeverfahren bei der EU-Kommission mit dem Ziel der Initiierung eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Artikel 258 AEUV eingeleitet werden kann. Eine Frist zur Initiierung eines solchen Beschwerdeverfahrens natürlicher oder juristischer Personen ist in Artikel 258 AEUV nicht vorgesehen. Die Beschwerde kann also so lange erfolgen, wie ein etwaiger Verstoß gegen Verpflichtungen aus dem AEU-Vertrag vorliegen kann, Artikel 258 S. 1 AEUV.

Der EuGH stellte in dem Verfahren Kommission/Deutschland („Abfallentsorgung Braunschweig II“) fest, dass der Mitgliedsstaat bei noch anhaltenden Verletzungen die vergaberechtswidrigen Verträge im Einzelfall beenden muss, jedenfalls sofern die Vergaberechtswidrigkeit vom EuGH zuvor festgestellt wurde.

Vgl. EuGH, Urteil vom 18.07.2007 – C-503/04.

Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass die finanziellen Sanktionen, welche der EuGH als ultima ratio der Bundesrepublik Deutschland auferlegen

kann, gemäß Art. 104a GG i. V. m. § 1 LastG im Verhältnis Bund und Länder von der staatlichen Ebene getragen wird, in deren innerstaatliche Zuständigkeit die lastenbegründende Pflichtverletzung erfolgt ist.

Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Rundschreiben zur Anwendung von § 3 EG Abs. 4 lit. d VOL/A, vom 09.01.2015.

Neben dem Rechtsmittelrisiko des § 135 GWB ist ferner auf die Kündigungsmöglichkeit eines rechtswidrigen Vertrages nach § 133 Abs.1 GWB hinzuweisen. Zwar gewährt die Vorschrift des § 133 GWB dem Auftraggeber grundsätzlich ein Entschließungsermessen („Ob“ der Kündigung), jedoch kann sich der Ermessensspielraum auf null reduzieren. Im Falle einer solchen Ermessensreduktion auf null wandelt sich das Kündigungsrecht zur Kündigungspflicht des Auftraggebers.

Vgl. Braun in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 133, Rn. 39 f.

Gründe für das Vorliegen einer solchen Ermessensreduktion auf null können insbesondere aus höherrangigem Recht bestehen, so aus den Grundrechten und dem europäischen Primärrecht.

Vgl. Braun in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 133, Rn. 39 f.

Das Unionsrecht sieht u.a. vor, dass ein laufender Vertrag, welcher sich im Nachhinein als vergaberechtswidrig erweist, umgehend beendet werden muss.

Vgl. Püstow/Meiners, EuZW 2016, 325.

Hieraus kann sich eine Beendigungspflicht der vergaberechtswidrigen interkommunalen Vereinbarung für beide Vertragsparteien ergeben.

gez. Dr. Dominik R. Lück und Peter Kern, Rechtsanwälte

Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
Köln / Berlin
Köln, den 07.10.2019