

Info-Service 6/2019

Die vergaberechtliche Privilegierung einer Öffentlich-Öffentlichen Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB

Öffentliche Auftraggeber haben die Regelungen des GWB-Vergaberechts einzuhalten, wenn sie sich eine Leistung am Markt zur Erfüllung einer ihnen obliegenden Aufgabe beschaffen wollen. Dies hat in der Regel zur Konsequenz, dass der öffentliche Auftraggeber nicht frei darüber entscheiden kann, wen er beauftragen möchte. Vielmehr kann nur der „Gewinner“ des durchgeführten Vergabeverfahrens die nachgefragte Leistung erbringen. Alternativ kommt auch in Betracht, dass die nachgefragte Leistung durch einen anderen öffentlichen Auftraggeber übernommen wird, mithin eine Form der „staatlichen Eigenerledigung“. Fraglich ist dann, ob sich die Beauftragung des anderen öffentlichen Auftraggebers ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens realisieren lässt.

Wenn zwischen beiden öffentlichen Auftraggebern kein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht, ist zur Begründung der Vergaberechtsfreiheit die **Ausnahmevorschrift des § 108 Abs. 6 GWB** heranzuziehen, die auf eine europäische Richtlinienbestimmung zurückgeht. § 108 Abs. 6 GWB legt nämlich fest, wann eine **Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern** frei von vergaberechtlichen Bindungen begründet und durchgeführt werden kann. In der Praxis bestehen allerdings erhebliche Anwendungsunsicherheiten. Denn in der Rechtsprechung ist nicht abschließend geklärt, welche Leistungen überhaupt Gegenstand einer Zusammenarbeit sein können, wie eine Zusammenarbeit von einem vergabepflichtigen Auftragsverhältnis abzugrenzen ist und ob Dritte, die nicht als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind, in die Leistungserbringung eingebunden werden dürfen.

Das **OLG Düsseldorf** (Beschluss vom 28. November 2018 – Verg 25/18) und das **OLG Koblenz** (Beschluss vom 14. Mai 2019 – Verg 1/19) haben diese offenen Fragen nun dem **EuGH** zur Entscheidung vorgelegt.

Im Einzelnen:

1. Das OLG Düsseldorf fragt den EuGH, was **Gegenstand einer Zusammenarbeit** sein kann. Hier kommen zwei Auslegungsmöglichkeiten in Betracht: Zum einen ist denkbar, dass nur die öffentlichen Dienstleistungen an sich – z.B. Feuerwehr- und Rettungsdienstleistungen – Gegenstand der Zusammenarbeit sein können. Zum anderen könnte man annehmen, dass auch vorbereitende und unterstützende Tätigkeiten (sog. Hilfstätigkeiten) – z.B. IT-Leistungen – Gegenstand der

Zusammenarbeit sein können. Das OLG Düsseldorf neigt der Auffassung zu, dass Gegenstand einer Zusammenarbeit auch Hilfstätigkeiten sein können, die der öffentlichen Dienstleistung dienen, die von allen beteiligten öffentlichen Auftraggebern erbracht werden muss. Sollte der EuGH die Auffassung des OLG Düsseldorf teilen, würde sich der Anwendungsbereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit (erheblich) erweitern. Denn eine Abgrenzung zwischen der öffentlichen Dienstleistung und einer Hilfstätigkeit wäre nicht mehr notwendig, um das Eingreifen der Ausnahmevorschrift des § 108 Abs. 6 GWB zu rechtfertigen.

2. Das OLG Koblenz fragt den EuGH, was für **Beiträge** die Beteiligten einer Zusammenarbeit leisten müssen, um von einer wirksamen Zusammenarbeit und nicht von einem faktischen Auftragsverhältnis ausgehen zu können. Mit anderen Worten: wie sind eine Zusammenarbeit und ein öffentlicher Auftrag voneinander abzugrenzen. Nach Auffassung des OLG Koblenz setzt eine Zusammenarbeit voraus, dass jeder Beteiligte einen Beitrag leistet, der ohne die Kooperationsabrede nicht von ihm, sondern von einem anderen Beteiligten geleistet werden müsste. Die Leistung eines finanziellen, auf die Kostenerstattung beschränkten Beitrages reiche nicht aus. Sollte sich die Sichtweise des OLG Koblenz durchsetzen, würde der Anwendungsbereich der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit verengt werden. Eine Leistungsübernahme gegen die Zahlung eines Entgelts würde demnach nicht von der Ausnahmevorschrift des § 108 Abs. 6 GWB erfasst werden.
3. Schließlich fragt das OLG Düsseldorf den EuGH, ob als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu verlangen ist, dass durch die Zusammenarbeit kein (privater) Dritter (z.B. als Auftragnehmer im Rahmen der Umsetzung der Zusammenarbeit) bessergestellt werden darf als seine Wettbewerber (sog. **Besserstellungsverbot**). Das OLG Düsseldorf geht davon aus, dass ein Besserstellungsverbot greift. Es sei allerdings unklar, wie dieses Verbot inhaltlich auszufüllen ist. Klärungsbedürftig wird demnach sein, ob das Besserstellungsverbot absolut gelten soll. Ein absolutes Verbot hätte zur Konsequenz, dass bei der Leistungserbringung im Rahmen der Zusammenarbeit auf überhaupt keinen (privaten) Dritten zurückgegriffen werden darf.

Es ist damit zu rechnen, dass der EuGH die Vorentscheidungsersuchen **Anfang 2020** beantworten wird. Über künftige Entwicklungen werden wir berichten.

Hamburg, den 11. Juli 2019

gez. Joseph Hübner
info@kk-rae.de