

UPDATE VERGABERECHT

FEHLENDE GEGENLEISTUNG ALS AUSSCHLUSSGRUND?

Generalanwalt beim EuGH, Schlussanträge vom 28.05.2020, Rs. C-367/19

Auftraggeber A schrieb einen Dienstleistungsauftrag aus, auf den Bieter B mit einem Angebot von null Euro bot. A lehnte das Angebot mit der Begründung ab, dass wegen einer fehlenden Gegenleistung schon kein „entgeltlicher Vertrag“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der RL 2014/24/EU (RL) abgeschlossen werden könne. B stellte Nachprüfungsantrag, denn er „erhalte“ als Gegenleistung Referenzen und den Zugang zu einem neuen Markt und neuen Nutzern. Das damit befasste Gericht hegte Zweifel, ob diese Vorteile das Merkmal der Entgeltlichkeit erfüllen. Es legte diese Frage verbunden mit der weiteren Frage, auf welcher Grundlage ein solches Angebot gegebenenfalls auszuschließen sei, dem EuGH vor.

Der Generalanwalt führt dazu in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (zuletzt gerade erst EuGH Urt. v. 28.05.2020 Rs. C-796/18) aus, dass der Begriff „Entgeltlichkeit“ weit zu verstehen sei. Entscheidend sei, ob sich Verpflichtungen gegenüberstünden, die jede Partei gegen die andere durchsetzen könne. Im hiesigen Fall sei aber gerade nicht erkennbar, dass der Nutzen des B auf einer Gegenleistung von A beruhe. Gleichwohl sei auch ein Angebot von null Euro nicht einfach abzulehnen, sondern wie ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu behandeln und anhand des in der RL in Art. 69 vorgesehenen Verfahrens zu prüfen. Dem Bieter müsse zumindest die Möglichkeit gegeben werden, sein Angebot zu erläutern und über die Art der vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringenden Gegenleistung und dessen wirtschaftlichen Wert aufzuklären. Insofern könne ein Angebot über null Euro nicht anders behandelt werden als etwa ein Angebot mit einem sehr niedrigen oder nur symbolischen Preis. Wenn Ergebnis dieser Prüfung sei, dass es tatsächlich an einer wirtschaftlichen Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers fehle, sei ein solches Angebot dann aber abzulehnen.

Bedeutung für die Praxis

Auch wenn die Abgabe von 0-Euro-Angeboten eher Seltenheit haben dürfte, ist Bieter bis zur abschließenden Klärung zu empfehlen, darauf gänzlich zu verzichten. Während das oben erwähnte Urteil des EuGH die Frage betraf, ob die entgeltfreie Überlassung von der Durchführung eines Vergabeverfahrens entbindet, betrifft das hiesige Verfahren die Frage, ob entgeltfreie Angebote aus einem Verfahren herausfallen müssen. Der Generalanwalt löst das Problem durch die Gewährung von „Verfahrensschutz“ im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung und unterbindet damit voreilige Ausschlüsse. Dass im Ergebnis Angebote, die keine wirtschaftliche Gegenleistung enthalten, abzulehnen sind, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Insoweit bleibt die Entscheidung des EuGH abzuwarten.