

Update Vergaberecht

Zur Bedeutung des wirtschaftlichen Gesamtvorteils

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.06.2021 – Verg 3/21

Die Auftraggeberin - ein kommunales Logistikunternehmen - schrieb den Betrieb eines Logistikterminals als Dienstleistungskonzession aus. Einziges Zuschlagskriterium war die Höhe des vom Konzessionsnehmer an die Auftraggeberin zu zahlenden Pachtzinses. Nach Ermittlung des Submissionsergebnisses hob die Auftraggeberin das Vergabeverfahren nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 KonzVgV mit der Begründung auf, es sei kein wirtschaftliches Angebot abgegeben worden. Diese Annahme begründete sie damit, dass der von ihr kalkulierte Pachtzins von den abgegebenen Angeboten nicht erreicht werde. Es käme gegenwärtig zu einer Kostenunterdeckung, weswegen das Vergabeverfahren neu durchgeführt werden solle. Gegen die Aufhebung erhob die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag und anschließend eine sofortige Beschwerde.

Die Ausführungen der Auftraggeberin genügten dem OLG Düsseldorf nicht für die Feststellung, dass kein wirtschaftliches Angebot abgegeben worden sei. Es komme bei der Konzessionsvergabe nicht allein auf die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes, sondern vielmehr auch darauf an, ob ein Angebot für den Auftraggeber einen wirtschaftlichen Gesamtvorteil darstelle. Dieser beurteile sich auch nach nicht wirtschaftlichen Faktoren - wie Umwelt, Lebensqualität, Gesundheitsschutz, Nachhaltigkeit -, welche nicht einmal in den Zuschlagskriterien Niederschlag gefunden haben müssten. Dies sei Ausfluss der Besonderheiten der Konzessionsvergabe, nach denen finanzielle Kriterien oftmals nicht die zentrale Rolle spielten. Vielmehr übernehme der Konzessionsnehmer eine typischerweise öffentlich-rechtliche Aufgabe für einen öffentlichen Auftraggeber, der sich seinerseits aufgrund kommunalrechtlicher Vorgaben nur dann wirtschaftlich betätigen dürfe, wenn die Betätigung einen öffentlichen Zweck verfolgt. An diesen öffentlichen Zweck sei daher auch der Konzessionsnehmer gebunden. Einen solchen öffentlichen Zweck erkannte das OLG Düsseldorf in dem volkswirtschaftlichen Nutzen eines Terminals, da dieses die Verkehrsumlagerung weg vom motorisierten Verkehr und hin auf umweltfreundlichere Alternativen ermögliche. Dies genüge - trotz Kostenunterdeckung - zur Begründung eines Gesamtvorteils, insbesondere, da die Auftraggeberin das Terminal selbst aktuell mit Verlust betreibe.

Bedeutung für die Praxis

Das OLG Düsseldorf arbeitet die grundsätzliche Bedeutung des wirtschaftlichen Gesamtvorteils nach § 152 Abs. 3 GWB heraus, der auch auf Basis nicht wirtschaftlicher Faktoren zu ermitteln sein kann. Dies verpflichtet den Konzessionsgeber aber nicht einseitig, sondern ermöglicht es ihm auch, sonstige einem öffentlichen Zweck dienende Faktoren bei der Zuschlagserteilung zu werten. Ob diese Grundsätze auch auf Auftragsvergaben zu übertragen sind, dürfte hingegen fraglich sein. Zwar ist die Aufhebung wegen der Nichterzielung eines wirtschaftlichen Ergebnisses bei Auftrags- und Konzessionsvergaben weitestgehend kongruent geregelt. Die Ermittlung des wirtschaftlichen Gesamtvorteils im Rahmen der Zuschlagserteilung ist aber nur im Konzessionsvergaberecht vorgesehen.