

Ausschreibung und Vergabe

Konzessionen

Leichter möglich

Kommunale Auftraggeber dürfen auch in regulierten Bereichen mit eingeschränktem Risiko vergabefreie Konzessionen erteilen. (EuGH vom 10. September 2009 – AZ C-206/08)

Die Vergabe von Konzessionen ermöglicht es Gemeinden, Dienstleistungen ohne Vergabeverfahren zu erlangen. Wichtigstes Merkmal einer Konzession ist die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos. Dieses Merkmal war bislang gerade im Abwasser- und Trinkwasserbereich umstritten, in dem der Fall des EuGH spielt. Denn hier bestehen öffentliche Abgaben und Gebühren sowie Anschluss- und Benutzungszwänge.

Diese öffentlich-rechtliche Ausgestaltung steht nach dem EuGH einer Konzession jedoch nicht entgegen. Zwar ist hier das wirtschaftliche Risiko von vornherein stark eingeschränkt. Für eine Konzession reicht es aber aus, dass dieses eingeschränkte Risiko ganz oder zum wesentlichen Teil auf den Konzessionär übertragen wird. Die Entscheidung des EuGH könnte sich auch auf die strenge deutsche Rechtsprechung zur Altpapierentsorgung auswirken.

Kooperationen

Interkommunal geht

Der EuGH lässt Aufträge zwischen Kommunen nun ohne Ausschreibung zu, auch wenn sie hierfür keine gemeinsamen Gesellschaften oder Zweckverbände gründen. (EuGH vom 9. Juni 2009 – AZ C 480/06)

Bbeauftragt eine Kommune eine andere Kommune damit, für sie tätig zu werden, warf dies bislang die Frage nach der Ausschreibungspflicht auf. Dies galt insbesondere dann, wenn der Auftrag an kommunale Unternehmen in Privatrechtsform vergeben wurde. Die deutsche Rechtsprechung stellte strenge Anforderungen an die Vergabefreiheit von interkommunalen Kooperationen.

Der EuGH hat diese Anforderungen anhand eines Falls aus der Abfallentsorgung deutlich erleichtert. Wenn öffentliche Stellen ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit eigenen Mitteln erledigen und hierzu mit anderen öffentlichen Stellen zusammenarbeiten, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Dann besteht auch keine Ausschreibungspflicht. Den öffentlichen Stellen ist zudem freigestellt, in welcher Rechtsform sie kooperieren. Eine bestimmte Rechtsform – wie zum Beispiel ein Zweckverband – ist für eine vergabefreie Kooperation nicht erforderlich.

Leitungsnetze

Rückübertragung

Gemeinden können weiterhin die Rückübertragung ihrer Strom- und Gasleitungen bei auslaufenden Konzessionsverträgen verlangen, wenn diese eine entsprechende Klausel enthalten. (BGH vom 29. September 2009 – EnZR 14/08; EnZR 15/08)

Viele demnächst auslaufende Konzessionsverträge enthalten eine Rückübertragungspflicht für Strom- und Gasleitungen zugunsten der Gemeinden. Die Verträge wurden vor etwa 20 Jahren geschlossen. Inzwischen ist jedoch gesetzlich geregelt, dass der weichende Vertragspartner diese Überlassungspflicht auch durch Verpachtung erfüllen kann.

Diese Neuregelung im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) warf die Frage nach der Auswirkung auf die bestehenden Konzessionsverträge auf. Im konkreten Fall berief sich ein Energieversorgungsunternehmen, mit dem der Vertrag nicht verlängert wurde, auf sein gesetzliches Wahlrecht und wollte die Leitungen nur verpachten.

Der BGH hat klargestellt, dass die Neuregelung im EnWG keine Auswirkungen auf die Konzessionsverträge hat. Wenn eine vertragliche Rückübertragungspflicht besteht, hat das Energieversorgungsunternehmen kein Wahlrecht zwischen Übereignung und Verpachtung, sondern muss die Netze rückübertragen.

Postdienste

Kein Mindestlohn

Erneut ist gerichtlich bestätigt, dass eine Vergabestelle in Ausschreibungen keine Vergütung von Briefzustellern nach der Postmindestlohnverordnung verlangen darf. (OLG Düsseldorf vom 29. Juli 2009 – AZ VII-Verg 18/09)

Der im Jahr 2007 eingeführte Mindestlohn für Postdienste bleibt auch juristisch umstritten. Erneut hatte das OLG Düsseldorf zu entscheiden, ob ein Bieter, der sich weigert, Postmindestlöhne zu zahlen, als unzuverlässig ausgeschlossen werden darf.

Auch in seiner aktuellen Entscheidung hat das Gericht einen solchen Ausschluss abgelehnt. Dieser kommt nur bei falschen Tatsachenangaben in Betracht; unterschiedliche Rechtsansichten über die Gültigkeit des Postmindestlohns reichen nicht aus. Verstöße gegen die Postmindestlohnverordnung sind dem Gericht zufolge auch deshalb nicht vergaberechtlich relevant, weil sie bereits in zwei Instanzen – wenngleich nicht rechtskräftig – als nichtig erachtet wurde. Über diese Nichtigkeit wird das BVerwG voraussichtlich noch in diesem Jahr entscheiden.

Rügepflicht

Schärfere Regeln

Verschließt sich ein Bieter mutwillig vor Kenntnissen über einen Vergaberechtsverstoß, ist dies einer positiven Kenntnis vom Verstoß gleichzusetzen. (OLG Dresden vom 23. April 2009 – AZ WVerg 11/08)

Hält ein Bieter ein Vergabeverfahren für fehlerhaft, muss er diesen Fehler umgehend rügen. Diese Rügepflicht besteht ab dem Zeitpunkt, in dem der Bieter positive Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß hat. Hierzu muss er sowohl die tatsächlichen Umstände des Verstoßes kennen, als auch die zumindest laienhafte Wertung vornehmen, dass die Umstände rechtlich zu bean-

standen sind. Eine Obliegenheit des Bieters, sich diese Kenntnisse durch eigene Nachforschungen zu verschaffen, besteht grundsätzlich nicht.

Anderes gilt jedoch in dem Fall, wenn sich der Bieter unstreitig weiteren Informationen und Erkenntnissen verschließt. Ein solches mutwilliges Verschließen ist der positiven Kenntnis gleichzustellen. Auch in einem solchen Fall ist der Bieter daher vom Verfahren ausgeschlossen (präkludiert), wenn er den Verstoß nicht unverzüglich rügt.

Verhandlungen

Nur ausnahmsweise

Ein Verhandlungsverfahren ist nur bei der Vergabe von komplexen Leistungen zulässig, die erst im Laufe des Verfahrens entwickelt werden sollen. (OLG Celle vom 17. Juli 2009 – AZ 13 Verg 3/09)

Unter den verschiedenen Verfahrensarten bestehen für das Verhandlungsverfahren die strengsten Anforderungen. Es kommt nur in wenigen Ausnahmefällen in Betracht.

Im konkreten Fall, der die Beschaffung von Endoskopiesystemen betraf, hatte der Auftraggeber das Verhandlungsverfahren gewählt. Nach seiner Ansicht ließ der Auftrag eine vorherige Festlegung des Gesamtpreises nicht zu. Er hatte jedoch ein differenziertes Leistungsverzeichnis und eine für alle Angebote gültige Bewertungsmatrix erstellt. Zudem war es in den Verhandlungen nur um Nachbesserungen im Preis gegangen.

Dies reicht nicht aus, um ein Verhandlungsverfahren zu rechtfertigen. Erforderlich ist vielmehr, dass es sich um komplexe Leistungen handelt, die erst im Laufe des Verfahrens entwickelt werden sollen. Damit ein Konkurrent eine solche fehlerhafte Verfahrenswahl im Nachprüfungsverfahren angreifen kann, muss er lediglich die falsche Verfahrenswahl rügen. Einen weiteren Schaden muss er nicht nachweisen. In diesem Punkt widerspricht das Gericht dem OLG Koblenz. Daher hat es die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Soziale Dienste

Vergabepflichtig

Verträge zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Unternehmen über Leistungen an Versicherte stellen vergabepflichtige Dienstleistungsaufträge dar. (EuGH vom 11. Juni 2009 – AZ C-300/07)

Bislang waren gesetzliche Krankenkassen lediglich in der nationalen Rechtsprechung als öffentliche Auftraggeber eingeordnet. Hierfür sprach ihre Finanzierung durch Mitgliedsbeiträge, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln berechnet und erhoben werden.

Dies hat der EuGH bestätigt. Zudem hat er Vereinbarungen der Krankenkassen mit Unternehmen zugunsten der Versicherten als vergabepflichtige Aufträge und nicht als vergabefreie Konzessionen angesehen. Denn die Unternehmen übernehmen nicht das für Konzessionen typische wirtschaftliche Risiko.

Zugleich hat der EuGH den Anwendungsbereich des Vergaberechts auf soziale Dienstleistungen erstreckt. Bislang war umstritten, ob das Sozialrecht mit dem Vergaberecht kompatibel sei. Wettbewerb fand in dem Bereich kaum statt.

Verzögerung

Frist verschoben

Vergabeverzögerungen führen auch dann zu einer Verschiebung fester Vertragstermine, wenn der Beginn der Leistung flexibel ist. (BGH vom 10. September 2009 – AZ VII ZR 152/08)

In öffentlichen Ausschreibungen wird häufig eine Formulierung aus dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB) verwendet, nach der die Arbeiten spätestens zwölf Werktagen nach Zuschlagserteilung zu beginnen sind. Ein solcher flexibler Beginn ist für Bieter problematisch, wenn zugleich feste Fertigstellungstermine gelten. Denn nach dem Wortlaut ist der Beginn unabhängig von Vergabeverzögerungen.

Einer solchen Auslegung hat der BGH eine Absage erteilt. Auch in einem der-

artigen Fall seien die Bauzeiten zu verschieben. Würde trotz der Verzögerung an den ursprünglichen Bauterminen festgehalten, stellte dies ein ungewöhnliches Wagnis für Bieter dar. Denn in diesem Fall könnten sie ihr Angebot nur aufgrund von Mutmaßungen über eventuelle Verzögerungen kalkulieren.

Eine Mehrvergütung wegen der Verschiebung der Fristen kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Kosten ursächlich auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind.

Höhere Vergütung

Der Auftragnehmer kann bei Vergabeverzögerungen nicht mehr Geld verlangen, wenn sich nur der Zuschlagstermin, nicht aber die Ausführungsfristen ändern. (BGH vom 10. September 2009 – AZ VII ZR 82/08)

Vergabeverzögerungen sind insbesondere wegen möglicher Preissteigerungen problematisch. So können in der Zeit, in der der Bieter auf den Zuschlag wartet, die Preise etwa für Rohstoffe oder Energie steigen. Derartige Preissteigerungen hat der Bieter in der Regel nicht in sein Angebot einkalkuliert.

Im Fall des BGH waren zwischen dem ursprünglich vorgesehenen Zuschlagstermin und dem tatsächlichen Zuschlag die Energiepreise gestiegen. Dies machte der Bieter gegenüber dem Auftraggeber geltend. Der BGH hat einen Mehrvergütungsanspruch verneint. Zwar hat sich der vorgesehene Zuschlagstermin verschoben. Die Ausführungszeit selbst war jedoch nicht geändert worden. Dies ist aber Voraussetzung für einen Mehrvergütungsanspruch. Denn nur in diesem Fall besteht eine ergänzungsbedürftige Regelungslücke des Vertrags. Der Zuschlagstermin wird im Gegensatz zu den Ausführungsfristen nicht Vertragsbestandteil. *Ute Jasper / Jan Seidel*

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“, **Dr. Jan Seidel** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und spezialisiert auf Vergaberecht, Privatisierungen, Öffentliches Recht und Umweltrecht