

# Aus dem Blickwinkel der Praxis: Erste Entscheidungen zum neuen Vergaberecht

Das Vergaberecht überrascht immer wieder mit neuen Entscheidungen und zwingt auf diese Weise sowohl Auftraggeber als auch Bieter zur regelmäßigen Überarbeitung ihrer üblichen Vorlagen für Dokumentationen und Vergaberoutinen. Nach der letzten Reform des Vergaberechts sind nunmehr neue Rechtsprobleme in den Blickwinkel der Vergabekammern und Oberlandesgerichte gerückt, zu denen der Beitrag einen kurzen Überblick geben möchte.

## Kommunale Grundstücksverkäufe

Das OLG Düsseldorf hat in seinem vielbeachteten Beschluss vom 09.06.2010 (Az.: VII Verg 09/10) eine Kehrtwende seiner bisherigen Rechtsprechung zu kommunalen Grundstücksverkäufen vollzogen, nachdem der EuGH mit Entscheidung vom 25.03.2010 (Rs. C-451/08) klargestellt hatte, dass bei Verkäufen von Grundstücken mit einer Bauerichtungsverpflichtung das GWB und die VOB/A dem Grundsatz nach nicht zur Anwendung gelangen. Denn nach Ansicht des EuGH erfordert ein öffentlicher Bauauftrag zwingend, dass der Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der zu beschaffenden Bauleistung hat.

Nach der neuen Rechtsprechung des EuGH liegt ein Öffentlicher Auftrag nämlich nur dann vor, wenn kumulativ ein schriftlicher Vertrag geschlossen wird, der den Auftragnehmer zur Erbringung einer Bauleistung verpflichtet, die Leistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den Öffentlichen Auftraggeber darstellt und der Vertrag entgeltlich oder in Form einer Baukonzession geschlossen wird. Von daher wird sich die Diskussion zukünftig wohl auf die Frage verlagern, wann ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ des Öffentlichen Auftraggebers vorliegt.

Diesbezüglich präzisiert das OLG Düsseldorf die EuGH-Entscheidung wie folgt: Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse sei bereits dann anzunehmen, wenn der Öffentliche Auftraggeber entweder selbst Eigentümer der zu errichtenden Bausache werden soll, über einen Rechtstitel (z.B. Miet- oder Pachtvertrag) verfügt, der ihm die Nutzung sichert, sich finanziell an der Erstellung beteiligt, Risiken eines Fehlschlages übernimmt oder einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Nutzung ziehen kann. Diese Voraussetzungen erscheinen weit gefasst

und könnten dazu führen, dass die erste Begeisterung über diese Kehrtwende in der Rechtsprechung in absehbarer Zukunft wieder verstummt. Gleichwohl ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf zu begrüßen, da sie Investoren eine gewisse Rechtssicherheit bringt. Denn Öffentliche Auftraggeber haben es zukünftig selbst in der Hand, wie sie mit städtischen Grundstücken verfahren wollen, wodurch ein Stück Handlungsfreiheit in die Kommunen und Gemeinden zurückkehrt. Ungelöst bleibt aber die vom OLG Düsseldorf zwar angesprochene, aber offen gelassene Frage der Schwellenwertberechnung. Soll also nun z.B. die Höhe der finanziellen Beteiligung, der Wert des wirtschaftlichen Vorteils oder doch das gesamte Projekt in die Berechnung einbezogen werden? Hier wird die weitere Entwicklung abzuwarten sein.

## „Unverzüglichkeit“ gemäß § 107 Absatz 3 Nr. 1 GWB

Nachdem der EuGH in zwei Entscheidungen (Rs. C-406/08 und C-456/08) eine britische/irische Norm für europarechtswidrig erklärt hat, nach der der Nachprüfungsantrag „unverzüglich“ bzw. „so früh wie möglich“ einzureichen sei, haben einige Vergabekammern der Länder (VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20.04.2010, Az.: VK 2-7/10; VK Hamburg, Beschluss vom 07.04.2010, Az.: VK BSU 2/10) die europäische Rechtsprechung sogleich auf das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ in § 107 Absatz 3 Nr. 1 GWB übertragen und infolgedessen die Regelung als europarechtswidrig eingestuft. Denn nach dieser Norm ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Dieser Ansicht trat die 1. Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 05.03.2010 (Az.: VK 1 16/10) nun entgegen und erachtete die EuGH-Rechtsprechung vom Januar dieses Jahres in Bezug auf die deutsche Regelung in § 107 Absatz 3 Nr. 1 GWB für nicht einschlägig. Nachdem das OLG Celle in seinem Beschluss vom 11.02.2010 (Az.: 13 Verg 16/09) nur beiläufig zu dieser Frage Stellung nahm und wohl der gegenteiligen Auffassung zuneigte, vertrat das OLG Dresden in seinem Beschluss vom 07.05.2010 (Az.: WVerG 6/10) nun die gleiche Rechtsauffassung wie die der Vergabekammer des Bundes, dass die in § 107 Absatz 3

Nr. 1 GWB gestellte Anforderung, wonach Vergaberechtsverstöße unverzüglich zu rügen sind, europarechtskonform sei.

Das OLG Dresden geht hierbei zu Recht davon aus, dass die EuGH-Rechtsprechung nicht auf die deutsche Rechtssituation übertragbar ist. Denn der EuGH bemängelte an der britischen/irischen Regelung vor allem, dass die dort geltende dreimonatige Klagefrist an das objektive Entstehen des Grundes für eine Klage anknüpfte. In Deutschland wird demgegenüber aber gerade an die subjektive Kenntnis des Bieters von einem Verstoß angeknüpft. Darüber hinaus betreffen die deutschen Regelungen eine materielle Präklusionsregel, wohingegen die Urteile des EuGH zu Klagefristen ergingen. Der EuGH bemängelte zudem, dass es den britischen/irischen Regelungen an Klarheit und insbesondere an Vorhersehbarkeit fehle. Auch die Tatsache, dass das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ in Deutschland ein rein durch lange Rechtstradition geformter Begriff ist (vgl. § 121 BGB), der durch die Rechtsprechung hinreichend präzisiert ist, streitet gegen eine Übertragbarkeit der Argumentation des EuGH auf den § 107 Absatz 3 Nr. 1 GWB.

Auf Grund der unterschiedlichen Ansichten zu dieser Fragestellung kann den Bietern deshalb nur geraten werden, Vergaberechtsverstöße unverzüglich zu rügen, um jegliche Form von Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Denn Rechtssicherheit wird es erst durch eine BGH-Entscheidung geben, wofür allerdings eine Vorlage nach § 124 GWB durch ein Oberlandesgericht notwendig wäre. Bis dahin sollten Öffentliche Auftraggeber eine kurze Frist setzen und einen Hinweis auf die andernfalls eintretende Präklusion erteilen. Endgültige Rechtssicherheit ist erst nach einer Entscheidung des EuGH zur deutschen Regelung des § 107 Absatz 3 Nr. 1 GWB zu erwarten.

## Mittelstandsschutz

Das Thema des Mittelstandsschutzes ist zwar nicht neu, es ist aber durch die Reform des Vergaberechts nun auch in § 2 EG Absatz 2 VOL/A 2009 normiert, wodurch das gesetzgeberische Ziel des Mittelstandsschutzes nochmals an Bedeutung gewinnt. Allerdings hat das OLG Celle mit Beschluss vom 26.04.2010 (Az.: 13 Verg 4/10) entschieden, dass die Pflicht von Auftraggebern gemäß § 97

Absatz 3 GWB, den Mittelstand durch die Vergabe von Fach- und Teillosen zu berücksichtigen, nicht uneingeschränkt gilt und für den entschiedenen Fall bestätigt, dass Auftraggeber die wirtschaftliche, technische und juristische Beratung für ein ÖPP-Projekt an einen Gesamtberater ohne Losaufteilung vergeben dürfen. Denn es stehe jeder Vergabestelle grundsätzlich frei, den Ausschreibungsgegenstand nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen. Daran ändere auch die Verschärfung der Lospflicht durch die GWB-Novelle nichts.

Der Entscheidung des OLG Celle lag der geplante Neubau des Landeskriminalamts Niedersachsen als ÖPP-Modell zugrunde, wofür das Land die Beratungsleistungen als Gesamtberatung EU-weit ausgeschrieben hatte. Daraufhin hatte eine Anwaltskanzlei die Gesamtvergabe als mittelstandsfeindlich gerügt und verlangt, die juristische Beratung als eigenes Fachlos auszuschreiben. Dies hat das OLG Celle nun abgelehnt.

Da aber seit der Novellierung der VOL/A die Dokumentation im Vergabevermerk nun auch die Gründe enthalten muss, weshalb mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden dürfen, müssen sich Öffentliche Auftraggeber in Zukunft vermehrt Gedanken über eine eventuelle Losaufteilung machen. Hierbei gilt Folgendes: Auf der ersten Stufe ist zu fragen, ob auf Grund der Natur der nachgefragten Leistung eine Aufteilung in Lose überhaupt möglich ist. Denn nur wenn dies der Fall ist, ist auf der zweiten Stufe zu prüfen, ob im Einzelfall eine Ausnahme von der allgemeinen Pflicht zur Losaufteilung vorliegt. Ein Absehen von dieser Aufteilung kommt nur dann in Betracht, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. In den Erläuterungen zu § 2 EG VOL/A werden als Gründe für das Absehen von u. a. unverhältnismäßigen Kostennachteilen eine starke Verzögerung des Vorhabens durch die Aufteilung in Lose genannt.

Die Mittelstandsklausel des § 97 Absatz 3 GWB hat mit der Novellierung der VOL/A erheblich an praktischer Bedeutung gewonnen, worüber auch die Entscheidung des OLG Celle nicht hinwegtäuschen kann. Denn für den Öffentlichen Auftraggeber hat sich nicht nur der Dokumentationsaufwand enorm verschärft, eine fehlende Losaufteilung

wird in Zukunft sicherlich auch häufiger durch die Bieter gerügt werden und gegebenenfalls ein Nachprüfverfahren vor den Vergabekammern nach sich ziehen.

#### Vorabinformationspflicht

Eine weitere interessante Entscheidung ist der Beschluss der VK Thüringen vom 07.07.2010 (Az.: 250-4003.20-2249/2010-007-SLF), der sich mit den Folgen eines Verstoßes gegen die Vorabinformationspflicht des § 101a GWB beschäftigt. Danach hat der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.

Die Vergabestelle hatte es versäumt, den Bieter über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu informieren. Der Antragsteller rügte dieses Verhalten der Vergabestelle und brachte vor, dass auf Grund dieses Verstoßes der Vertrag nach § 101b Absatz 1 GWB unwirksam sei. Die Vergabestelle argumentierte dagegen, dass die Norm teleologisch zu reduzieren sei, da dem Bieter der frühestmögliche Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung aus den Daten des Vorabinformationsschreibens errechenbar gewesen sein müsse. Dem widersprach die VK Thüringen und stellte fest, dass der Inhalt der Verpflichtung des § 101a GWB eindeutig sei und den europäischen Vorgaben entspreche, weshalb für eine Umdeutung der Verpflichtung in eine reine Formalie kein Raum bestehe. Mit der Feststellung eines Verstoßes gegen § 101a GWB trete vielmehr die unausweichliche Rechtsfolge des § 101b Absatz 1 Nr. 1 GWB – die Unwirksamkeit des Vertrages – ein.

Die Entscheidung der VK Thüringen verdeutlicht abermals die voranschreitende Formalisierung des Vergaberechts und zeigt auf, dass Öffentliche Auftraggeber auch an Pflichten, wie die der Bekanntmachung des frühestmöglichen Zeitpunkts des Vertragsschlusses, gebunden sind.

#### Vertraulichkeit bei Beschlussvorlage

Vom Inhalt nicht neu, aber gleichwohl von hoher Bedeutung, ist der aktuelle Beschluss des OLG

Karlsruhe vom 16.06.2010 (Az.: 15 Verg 4/10) zum Thema Vertraulichkeit des Vergabeverfahrens im Zusammenhang mit Beschlussvorlagen für einen Kreistag. Da in diesen die Nennung des wirtschaftlichsten Angebotes, dessen Angebotspreis und die Zahl der übrigen Angebote unumgänglich ist, wurde teilweise vertreten, dass darin ein Verstoß gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz zu sehen sei. In seinem Beschluss spricht das OLG Karlsruhe nun endlich aus, was mittlerweile in der Vergaberechtspraxis üblich ist: Dass Beschlussvorlagen den Namen des zu bezuschlagenden Bieters und die Höhe seines Angebotes sowie die Anzahl der Bieter im Verfahren enthalten kann, weil nach dem Stand des Vergabeverfahrens und dem Zweck des Vertraulichkeitsgebotes die Geheimhaltung dieser Angaben bei Veröffentlichung im Kreistag nicht mehr erforderlich ist. Das OLG Karlsruhe begründete seine Auffassung damit, dass lediglich die formelle Entscheidung über den Zuschlag durch den zuständigen Kreistag ausgestanden habe und eine Einflussnahme Dritter auf die Zuschlagsentscheidung zu diesem Zeitpunkt nahezu ausgeschlossen gewesen sei.

#### Beginn des Vergabeverfahrens

Abschließend sei auf eine Entscheidung aus dem Oktober 2009 verwiesen, die sich mit dem Zeitpunkt des Beginns eines Vergabeverfahrens auseinandersetzt und die unter Umständen seit dem Inkrafttreten der neuen VgV und damit auch der VOB/A 2009, der VOL/A 2009 und der VOF 2009 auf Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte an Bedeutung gewinnen könnte. Denn § 23 Satz 1 VgV bestimmt zwar, dass bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens galt, beendet werden. Es fehlt allerdings eine entsprechende Regelung im GWB zum Beginn des Vergabeverfahrens.

Das OLG Naumburg hat sich bereits im letzten Jahr mit dem Zeitpunkt des Beginns des Vergabeverfahrens auseinandergesetzt und in seinem Beschluss vom 08.10.2009 (Az.: 1 Verg 9/09) entschieden, dass ein EU-weites Vergabeverfahren im Moment der Absendung der Vergabebekanntmachung an das EU-Amtsblatt beginnt, weil in diesem Moment der Öffentliche Auftraggeber seinen Willen nach außen trage, dass er Leistungen aus-

schreiben möchte. Es gelte auf Grund fehlender Einflussmöglichkeiten des Öffentlichen Auftraggebers gerade nicht das Datum der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt.

Diese Entscheidung könnte weitreichende Folgen für Verfahren haben, die um den 11.06.2010 begonnen haben. Denn für den Fall, dass die Vergabeunterlagen von der Vergabestelle noch nach altem Recht entworfen wurden, aber die Absendung zufällig am oder nach dem 11.06.2010 stattfand, gilt für das Verfahren nunmehr das neue Vergaberecht. Gegebenenfalls dürfte dann – beispielsweise bei einer Vergabe von Bauleistungen – der Auftraggeber den Bieter, der vergessen hat, gewisse Formblätter einzureichen, die zwingend mit dem Angebot abzugeben waren, nicht ausschließen, sondern müsste diesen auffordern, diese nachzureichen. Denn nach § 16 Absatz 1 Nr. 3 VOB/A 2009 muss der Öffentliche Auftraggeber bei Fehlen geforderter Erklärungen oder Nachweise diese nachverlangen, wenn das Angebot nicht entsprechend der Nummern 1 oder 2 ausgeschlossen wird. Nach früherer

Rechtslage erfolgte hier aber der zwingende Ausschluss nach § 25 Nr. 1 Absatz 1 lit.b i.V.m. § 21 Nr. 1 Absatz 1 bis 3 VOB/A.

Insofern führt das neue Vergaberecht nicht nur zur Überarbeitung der Vorlagen für Dokumentation und der Vergaberoutine, sondern stiftet auch Verwirrung während der Übergangszeit. Nichtsdestotrotz führt die Novellierung des Vergaberechts zu mehr Rechtssicherheit und ist somit im Interesse aller Beteiligten im Vergabeverfahren.



Dr. Daniela Hattenhauer,  
Rechtsanwältin und Partnerin,  
Heucking Kühn Lürer Wojtek,  
Düsseldorf/Frankfurt am Main



Martin Schumm LL.M.,  
Rechtsanwalt,  
Heucking Kühn Lürer Wojtek,  
Düsseldorf