

# Ausschreibung und Vergabe

## Abfallrecht

### Bieterschutz

**Abfallrechtliche Vorschriften, die keinen Wettbewerbsbezug haben und dem Allgemeininteresse dienen, sind nicht bieterschützend. (OLG Karlsruhe vom 1. April 2011 – AZ 15 Verg 1/11)**

Für den Erfolg eines Nachprüfungsantrages müssen Bieter immer in eigenen Rechten verletzt sein. Solche eigenen Rechte können sich aber nur aus den Bestimmungen des Vergaberechts ergeben. Das Abfallrecht zählt hierzu nicht.

Gegenstand des Verfahrens war eine Ausschreibung von Abfallentsorgungsleistungen in Baden-Württemberg. Ein Bieter, dessen Kapazitäten außerhalb des Bundeslandes lagen, rügte, dass der Auftraggeber eine Entsorgung innerhalb des Bundeslandes forderte. Erfolglos, wie der Vergabesenat klarstellte. Denn die einschlägigen abfallrechtlichen Vorschriften haben keinen Bezug zum Wettbewerb und dienen Allgemeininteressen.

## Gemischte Aufträge

### Hauptgegenstand

**Bei gemischten Aufträgen bestimmt der Hauptgegenstand, welche Rechtsvorschriften über öffentliche Aufträge anwendbar sind. Untergeordnete Bauleistungen führen nicht zu einer Einordnung des gesamten Auftrags als öffentlicher Bauauftrag. (EuGH vom 26. Mai 2011 – AZ C-306/08)**

Mit dieser Entscheidung führt der Europäische Gerichtshof (EuGH) seine Rechtsprechung konsequent fort. Öffentliche Bauaufträge enthalten häufig neben der Bauleistung zusätzlich Liefer- oder Dienstleistungen. Wenn die Bauleistung überwiegt, ist der Gesamtauftrag als öffentlicher Bauauftrag auszuschreiben. Aber nicht nur dann: Auch in den Fällen, in denen die Bauleistung etwas geringer als der andere Leistungsanteil ist, sind die Vorschriften für Bauaufträge anzuwenden. Denn in diesem Fall ist die Bauleistung nicht nur untergeordnet.

Die wesentlichen Aussagen der EuGH-Rechtsprechung finden sich im deutschen Recht in Paragraph 99 Abs. 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Ab welchem Prozentwert an Bauleistungen der gemischte Auftrag als öffentlicher Bauauftrag auszuschreiben ist, lässt sich nicht genau bestimmen. Ab 40 Prozent oder mehr Bauleistungsanteil dürfte aber regelmäßig der Gesamtauftrag als Bauauftrag zu qualifizieren sein.

## Ausschluss

### Bieterabsprachen

**Hat ein Auftraggeber konkrete Anhaltspunkte dafür, dass Bieter wettbewerbsbeschränkende Absprachen getroffen haben, muss er den Sachverhalt aufklären. (OLG Düsseldorf vom 13. April 2011 – AZ VII-Verg 4/11)**

In Vergabeverfahren kommt es immer wieder zu wettbewerbsbeschränkenden Absprachen zwischen Bietern. Insbesondere die Preise werden dabei abgestimmt.

In dem entschiedenen Fall gaben zwei konzernverbundene Unternehmen Angebote auf verschiedene Lose einer Ausschreibung ab. Bereits dieser Umstand begründet eine widerlegbare Vermutung dafür, dass wettbewerbswidrige Absprachen zwischen ihnen getroffen wurden. Unter diesen Umständen ist ein Auftraggeber verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären, so der Vergabesenat.

Konkurrierende Bieter können stets den Ausschluss der betreffenden Angebote verlangen, denn das Verbot wettbewerbswidriger Absprachen ist bieterschützend.

## Hauptangebote

### Mehrere zulässig

**Bieter dürfen in einem Vergabeverfahren mehrere Hauptangebote abgeben. (OLG Düsseldorf vom 9. März 2011 - AZ VII-Verg 52/10)**

Mit dieser Entscheidung hat das OLG Düsseldorf eine lange Zeit ungeklärte Frage beantwortet. Nach Ansicht des Vergabesenats bestehen keine Bedenken

dagegen, mehrere Hauptangebote eines Bieters zuzulassen. Zum einen enthält das Vergaberecht kein Verbot mehrerer Hauptangebote. Zum anderen werden Auftraggeber nach Ansicht des Vergabesenats dadurch nicht überlastet. Denn bei Nebenangeboten müssen sie auch mehrere Angebote desselben Bieters prüfen.

Ein zweites Hauptangebot kann auch nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil der Bieter es irrtümlich als Nebenangebot bezeichnet. Für den Ausschluss eines solchen falsch bezeichneten Angebots besteht keine vergaberechtliche Grundlage, so das Gericht.

## Losaufteilung

### Keine Splitterlose

**Die grundsätzliche Losaufteilungspflicht darf nicht zu einer großen Zersplitterung des Auftrages führen. (OLG Düsseldorf vom 12. Januar 2011 - AZ VII Verg 63/10)**

Gemäß Paragraph 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind Auftraggeber grundsätzlich zur Losaufteilung verpflichtet. Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Der Auftraggeber hatte im der Entscheidung zugrundeliegenden Fall Facility-Management-Leistungen im Gesamtwert von unter 250 000 Euro in fünf Gebietslose aufgeteilt, im Übrigen aber keine Aufteilung in Fachlose vorgenommen. Ein Bieter verlangte, die Unterhalts-/Grundreinigung und die

## gemeinderat online

**Planungsverfahren:** Der EuGH hat die Klagebefugnisse von Umweltverbänden erweitert. Für die Planungs- und Genehmigungsbehörden ist dies ebenso von Bedeutung wie für Unternehmen und Gerichte. – Lesen Sie dazu den Beitrag „Umweltverbände gestärkt“ auf [gemeinderat-online.de](http://gemeinderat-online.de) – Fachthemen – Umwelt & Verkehr

Glasreinigung gesondert auszuschreiben. Dabei berief er sich auf das Gebot der Losteilung.

Diesen Vorwurf wies das Gericht zurück. Eine Aufteilung in Fachlose zusätzlich zu den bereits bestehenden Gebietslosen hätte zu Splitterlosen geführt. Angesichts des geringen Anteils der Glasreinigung von weniger als fünf Prozent des Gesamtwertes wäre ein Splitterlos selbst dann entstanden, wenn der Auftraggeber auf die Teilung in Gebietslose verzichtet hätte. Eine zu große Zersplitterung des Auftrages ist dem Auftraggeber jedoch nicht zuzumuten, so das OLG Düsseldorf.

## Nebenangebote

### Doch nur der Preis?

**Ein Auftraggeber darf einem Nebenangebot auch dann den Zuschlag erteilen, wenn er als Zuschlagskriterium ausschließlich den Preis festgelegt hat. (OLG Schleswig vom 15. April 2011 – AZ 1 Verg 10/10)**

Im Fall der Vergabe von Straßenbauarbeiten waren Nebenangebote zugelassen. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Der Auftraggeber wollte einem Nebenangebot den Zuschlag erteilen. Die Vergabekammer verpflichtete ihn jedoch, das Verfahren aufzuheben. Nebenangebote seien bei reiner Preiswertung nicht zulässig.

Dies hat das OLG Schleswig korrigiert. In seinem Beschluss führt das Gericht aus, dass das europäische Vergaberecht ein solches Verbot von Nebenangeboten nicht vorsehe. Zwar seien Nebenangebote auf ihre Gleichwertigkeit zu prüfen. Dies erfolge jedoch nicht auf der gleichen Wertungsebene wie die Preiswertung.

Mit der Entscheidung widerspricht das OLG Schleswig dem OLG Düsseldorf (sh. zur Entscheidung des OLG Düsseldorf – AZ VII-Verg 39/19 – der gemeinderat 3/2011, S. 67). Gleichwohl hat es die Frage nicht dem Bundesgerichtshof oder dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt. Auftraggeber sollten daher aufgrund der unklaren Rechtslage vorsichtshalber bei der Zulassung von Nebenangeboten neben dem Preis mindestens ein weiteres Zuschlagskriterium wählen.

der gemeinderat 9/11

## Angreifbarkeit

**Ein Nebenangebot muss nicht gesondert unterschrieben werden. Außerdem ist der Nachweis der Gleichwertigkeit im Schadensersatzprozess nur eingeschränkt überprüfbar. (BGH vom 23. März 2011 – AZ ZR 92/09)**

Im konkreten Fall des Vergabeverfahrens um den Bau eines Regenrückhaltebeckens erhielt das günstigste Nebenangebot den Zuschlag. Danach sollte ein Betonteil vor Ort gefertigt statt als Fertigteil geliefert werden. Die Genehmigung des Herstellers lag dem Angebot bei, das nicht gesondert unterschrieben war. Der mit dem günstigsten Hauptangebot unterlegene Bieter verlangte daraufhin Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns.

Der Bundesgerichtshof hielt das Nebenangebot für wirksam. Eine gesonderte Unterschrift sei nicht nötig, wenn die Unterschrift auf dem Anschreiben oder auf den Vergabeunterlagen zweifelsfrei erkennen lasse, dass sie sich auch auf die Nebenangebote beziehe. Der unterzeichnete Verweis im Hauptangebot erfüllte die Schriftform auch für das Nebenangebot.

Der Bundesgerichtshof erklärte, dass die Beurteilung des Gleichwertigkeitsnachweises im Schadensersatzprozess nur eingeschränkt überprüfbar sei. Sie muss vertretbar im Lichte der Transparenz und des Wettbewerbs sein. Die Kriterien zum Spielraum innerhalb von Hauptangeboten gelten entsprechend. Die Herstellergenehmigung genügte im konkreten Fall als Nachweis.

## Vergaberechtsverstoß

### Anforderungen

**Die Behauptung eines Vergabeverstoßes ins Blaue hinein liegt nicht vor, wenn der Antragsteller unter Hinweis auf seine Branchen- und Marktkenntnis die Wertung angezweifelt hat. (OLG Düsseldorf vom 13. April 2011 – AZ VII-Verg 58/10)**

Gemäß Paragraph 108 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) muss die Begründung eines Nachprüfungsantrages die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen, dass eine Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist. Das OLG Düsseldorf hat die Anforderungen an die Begründung eines Nachprüfungsantrages und somit auch an Rügen von Vergaberechtsverstößen deutlich gesenkt.

Ausreichend für eine Rüge ist es, wenn ein Bieter konkrete Tatsachen benennt, aus denen sich ein Verstoß ergeben kann. An Rügen sollen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.

*Ute Jasper / Jens Biemann*

#### Die Autoren

**Dr. Ute Jasper** ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“. **Jens Biemann** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht

## Schuldenmanagement

leicht gemacht...

- > Verschaffen Sie sich schnell Überblick
- > Decken Sie neue Einsparpotentiale auf
- > Sichern Sie sich bankunabhängiges Know-How
- > Schonen Sie Ihre Ressourcen

Das Kompetenzzentrum für das kommunale Schuldenmanagement

Kontakt:  
Telefon: 030-206 41 76 60  
info@makrofinance.de  
www.makrofinance.de

MAKROFINANCE  
Software GmbH  
Geneststraße 5  
10829 Berlin

 **MAKROFINANCE**  
Zins-SBÜ-Management