HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Bulletin Gesundheitsmarkt

- Ausgabe 4. Quartal 2011 -

Practice Group Health Care

In dieser Ausgabe lesen Sie:

Vergaberecht

- **Aufhebung von Ausschreibungen nach aktueller Rechtsprechung**
- **Insbesondere: Aufhebung der Ausschreibung wegen fehlender Haushaltsmittel**
- **Auftraggeber müssen Vergabeunterlagen Nachweisliste beifügen**
- **Pauschalvertrag schützt nicht in allen Fällen vor Mehrforderung**
- **Kurz notiert: Ab 2012 neue EU-Schwellenwerte für Vergaben**

Besuchen Sie uns während der Medica vom 16. bis 19. November 2011 in Düsseldorf auf unserem Stand D 18 in Halle 15 zum Expertengespräch. Eine Einladung finden Sie anbei. Wir freuen uns auf Sie!

Aufhebung von Ausschreibungen nach aktueller Rechtsprechung

Die Aufhebung einer Ausschreibung ist für öffentliche Auftraggeber regelmäßig ein sensibles Thema. Die vergaberechtliche Rechtsprechung hat die Voraussetzungen an die Zulässigkeit in jüngster Zeit konkretisiert:

Die jüngste Entscheidung stammt vom 22. Juli 2011 (VK Bund, Az.: VK 3-83/11). Gegenstand war eine Ausschreibung von Schulungsleistungen für die Bundesagentur für Arbeit. Die Behörde hob die Ausschreibung auf, weil aus ihrer Sicht keine wirtschaftlichen Angebote eingegangen waren. Im Anschluss daran wollte sie die beteiligten Bieter nochmals zur Angebotsabgabe im Rahmen einer freihändigen Vergabe aufrufen.

Dies hat die VK Bund unterbunden: Die Voraussetzungen für eine Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit (vgl. § 17 Abs. 1 lit.c) VOL/A 2006 – mittlerweile § 20 EG VOL/A lit. c)) lägen nicht vor. Die von der Behörde angestellte Wirtschaftlichkeitsberechnung lege unrichtige Zahlen für Personal- und Raumkosten zugrunde.

Da der Beschaffungsbedarf fortbestehe, hat die VK Bund die Fortführung des Verfahrens angeordnet.

Soweit ist die VK Bund in der vorangegangenen Entscheidung vom 08.02.2011 (Az.: VK 234/10) nicht gegangen. In dieser Entscheidung ging es um ein Logistikprojekt einer Bundesbehörde. Dort hat sie akzeptiert, dass der Beschaffungsbedarf weggefallen sei. Zwar war nicht der Bedarf für Logistikleistungen entfallen. Die Behörde hatte sich jedoch dafür entschieden, diesen Bedarf nicht mehr im Rahmen eines PPP-Modells zu decken. Vielmehr wollte sie künftig im Wege der Einzelleistungsvergabe vorgehen. Dies genügte der VK Bund um einen Wegfall des Beschaffungsbedarfs zu akzeptieren.

Ähnlich hat das OLG Düsseldorf bei der ebenfalls unlängst entschiedenen Frage argumentiert, ob bei einem Straßen-ÖPP-Modell eine Aufhebung gerechtfertigt ist, wenn im Anschluss daran Einzelgewerksvergaben stattfinden sollen (OLG Düsseldorf vom 08.06.2011 - VII Verg 55/10, vgl. hierzu auch die gesonderte Besprechung in diesem Bulletin)

Dr. Martin Schellenberg, Rechtsanwalt, Hamburg

Insbesondere: Aufhebung der Ausschreibung wegen fehlender Haushaltsmittel

Das OLG Düsseldorf hat am 08.06.2011 (Az. VII-Verg 55/10) entschieden, dass ein schwerwiegender, zur Aufhebung einer Ausschreibung berechtigender Grund vorliegt, wenn im Haushalt keine ausreichenden Haushaltsmittel zur Verfügung stehen. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn der Auftraggeber den Kostenbedarf vorab ordnungsgemäß ermittelt hat.

Der Auftraggeber schrieb im entschiedenen Fall Anfang 2009 europaweit den Abschluss zweier Verträge zur Durchführung eines PPP-Projekts über die mehrjährige Unterhaltung von Landstraßen aus. Beide Verträge sollten im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens vergeben werden. Aufgrund eines Finanzberichts waren im Landeshaushalt Mittel sowie Verpflichtungsermächtigungen eingestellt worden. In der Bekanntmachung wies der Auftraggeber darauf hin, dass die Vergabestelle sich vorbehalte, den Zuschlag nicht zu erteilen, wenn der Wirtschaftlichkeitsvergleich die Eigenrealisierung als die wirtschaftlichere Variante feststellt. Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Der Auftraggeber kam nach Überprüfung der Angebote zu dem Ergebnis, dass das wirtschaftlichste Angebot für das Netz bei einer PPP-Vergabe erheblich günstiger war als eine Eigenrealisierung, während das Angebot der Antragstellerin für das andere Netz – obwohl unter sämtlichen Angeboten das Wirtschaftlichste - 1,84 % unwirtschaftlicher als eine Eigenrealisierung war. Während der Auftraggeber in dem einen Netz einen Zuschlag erteilte, hob er das Vergabeverfahren bezüglich des anderen Netzes unter Hinweis auf den Vorbehalt in der Bekanntmachung auf. Dies rügte die Antragstellerin als vergaberechtswidrig; ein Aufhebungsgrund habe nicht vorgelegen.

Voraussetzung: ordnungsgemäße Kostenschätzung

Das OLG Düsseldorf wies die Beschwerde der Antragstellerin zurück. Es hat fehlende Haushaltsmittel als schwerwiegenden und zur Aufhebung im Sinne von § 26 Nr. 1 c VOB/A (Anm. a. F. - § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A n. F.) berechtigenden Grund anerkannt. Dies gelte jedenfalls, sofern die vorangegangene Kostenschätzung ordnungsgemäß erstellt wurde. Nur sofern der Auftraggeber den Kostenbedarf nicht ordnungsgemäß ermittelt habe, stünden dem betroffenen Bieter Ersatzansprüche auf das negative Interesse zu.

Dr. Daniela Hattenhauer, Rechtsanwältin, Düsseldorf/Frankfurt (Main)
Ute Klemm, LL.M., Rechtsanwältin, Frankfurt (Main)

Auftraggeber müssen Vergabeunterlagen Nachweisliste beifügen

In seiner Entscheidung vom 03.08.2011 (Az. VII-Verg 30/11) äußerte sich das OLG Düsseldorf zu den Folgen, wenn öffentliche Auftraggeber ihren Vergabeunterlagen nicht die in § 9 EG Abs. 4 VOL/A geforderte Nachweisliste beifügen.

Die Vergabestelle schrieb im entschiedenen Fall im Herbst 2010 in mehreren Gebietslosen den Briefversand von Bundesbehörden im offenen Verfahren aus. In der Bekanntmachung waren verschiedene Eignungserklärungen und -nachweise gefordert sowie Ausschlusskriterien benannt. Die "Besonderen Bewerbungsbedingungen und Hinweise" enthielten weitere, neue Anforderungen und Ausschlusskriterien. So sollten Bieter, sofern sie als Briefkonsolidierungsunternehmen anböten, mit dem Angebot eine Teilleistungsvereinbarung mit der x AG vorlegen, was die Antragstellerin - ungeachtet dessen, dass sie sich in ihrem Angebot selbst als Briefkonsolidierer mit Teilleistungsverträgen mit der x AG bezeichnete - nicht tat. Die Vergabestelle schloss das Angebot der Antragstellerin deswegen von der Wertung aus. Der Zuschlag sollte auf das Angebot der Beigeladenen ergehen. Hiergegen setzte sich die Antragstellerin zur Wehr. Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag statt und der Antragsgegnerin auf, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebots in erster Instanz Antragstellerin zu wiederholen.

Ohne abschließende Liste kein Ausschluss unvollständiger Angebote

Das OLG Düsseldorf hat im Gegensatz dazu entschieden, dass die Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg habe, weil die Vergabestelle die von den Bietern verlangten Nachweise, zu denen im Streitfall auch eine Teilleistungsvereinbarung mit der x AG gehörte, entgegen
§ 9 EG Abs. 4 VOL/A in keiner abschließenden Liste zusammengestellt hat und das Verfahren darum keine rechtliche Handhabe gewährt, Angebote wie das der Antragstellerin, denen verlangte Nachweise nicht beigefügt worden sind, von der Wertung auszunehmen. Die Liste diene dazu, die Erstellung vollständiger Angebote zu erleichtern sowie unnötige Angebotsausschlüsse zu vermeiden. Sowohl Wortlaut als auch Sinn und Zweck von § 9 Abs. 4 EG VOL/A geböten die Deutung, dass der Auftraggeber sämtliche verlangten Nachweise in einer Aufstellung gesondert in einer Liste aufzuführen und diese spätestens mit den Vergabeunterlagen bekannt zu geben habe. Dies gelte unabhängig davon, dass solche Nachweise bereits aus den übrigen Vergabeunterlagen hervorgingen.

Praxistipp: Checkliste zusammenstellen

Öffentlichen Auftraggebern ist dementsprechend zu raten, in den Vergabeunterlagen sämtliche geforderten Eignungsnachweise in einer vollumfänglichen Liste zusammenzutragen. Diese Liste kann dabei auch den Charakter einer an die Bieter gerichteten Checkliste zum Abhaken haben und neben den geforderten Eignungsnachweisen auch alle sonst vorzulegenden Angaben und Unterlagen enthalten. Wird die Liste der Form nach als Checkliste gefasst, sollte sie zudem mit dem Zusatz versehen werden „zugleich Liste verlangter Nachweise gem. § 9 EG Abs. 4 VOL/A“.

Dr. Daniela Hattenhauer, Rechtsanwältin, Düsseldorf/Frankfurt (Main)
Martin Schumm, LL.M., Rechtsanwalt, Düsseldorf

Pauschalvertrag schützt nicht in allen Fällen vor Mehrforderung

BGH erkennt mit Urteil vom 30.06.2011 (Az. VII ZR 13/10) trotz funktionaler Leistungsbeschreibung Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers an

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall stritten die Parteien um restlichen Werklohn aus einem Pauschalvertrag. Gegenstand des Vertrages waren Abbrucharbeiten an einem Krankenhaus. Hierzu vereinbarten sie eine Vergütung über 618.655,49 €, die sich aus Pauschalen für den Abriss von drei Bauteilen und Zulagepositionen zusammensetzte. In der Zulagepositionen „Abbruch, Estrich mit Trittschaldämmung“ hatte der Auftraggeber eine Estrichstärke von 3 cm geschätzt angegeben. Später stellte sich jedoch heraus, dass der Estrich tatsächlich eine Stärke von über 4 cm aufwies. Die Klägerin beanspruchte nun den entstehenden Mehraufwand in Höhe von 590.321,76 € im Wege eines Nachtrags. Da eine Einigung nicht zustande kam, kündigte der Auftraggeber den Vertrag, nachdem die Klägerin ihre Arbeiten eingestellt hatte. Mit einer späteren Klage über 124.695 € wegen der Estrichmehrstärke gegen den Auftraggeber konnte die Klägerin nicht durchdringen, da das Kammergericht weder § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. (§ 2 Abs. 5 VOB/B n.F.) noch § 2 Nr. 7 Absatz 1 VOB/B a.F. (§ 2 Abs. 7 VOB/B n.F.) als einschlägig sah. Denn es habe – so das Kammergericht – eine funktionale Leistungsbeschreibung vorgelegen, weshalb die Möglichkeit einer höheren Estrichstärke angesichts der Schätzung ein bewusst mit dem Pauschalpreis von der Klägerin übernommenes Risiko darstelle.

Mengenangabe als Geschäftsgrundlage

Dem trat der BGH teilweise entgegen und entschied, dass bei einem Pauschalvertrag mit funktionaler Leistungsbeschreibung der Auftraggeber auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. nicht in jedem Fall sicher sein kann, nicht mit Mehrforderungen konfrontiert zu werden, wenn sich eine deutliche Mengensteigerung ergibt und die Mengenangabe des Auftraggebers zur Geschäftsgrundlage geworden sei. Hierzu sei maßgeblich, ob der Auftragnehmer davon ausgehen durfte, dass der Auftraggeber eine gewisse Gewähr für eine verlässliche Kalkulation geben wollte.

Leistungsbeschreibung zwischen Mehrvergütungsanspruch und ungewöhnlichem Wagnis

Auf Nummer sicher gehen kann der Auftraggeber daher wohl nur dann, wenn er – bei Vereinbarung eines Pauschalpreises – auf allzu genaue Detailangaben im Leistungsverzeichnis verzichtet. Denn der BGH ließ in seinem Urteil keinen Zweifel daran, dass er Mehrvergütungsansprüche nicht nur im Falle des Überschreitens starrer Risikogrenzen zuerkennen werde, sondern in jedem Fall nach den Umständen des Einzelfalles abwägen werde. Im Falle eine Pauschalpreises kann daher nur folgende Faustregel aufgestellt werden: je detaillierter eine Angabe im Leistungsverzeichnis, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass selbst im Falle von prinzipieller Vorhersehbarkeit bei einer Mengenabweichung Mehrvergütungsansprüche zugesprochen werden. Dennoch darf umgekehrt die Anforderung einer sorgfältigen und möglichst präzisen Leistungsbeschreibung nicht vernachlässigt werden, da andernfalls die Grenze zum unzulässigen ungewöhnlichen Wagnis droht überschritten zu werden.

Dr. Daniela Hattenhauer, Rechtsanwältin, Düsseldorf/Frankfurt (Main)
Martin Schumm, LL.M., Rechtsanwalt, Düsseldorf

Kurz notiert: Ab 2012 neue EU-Schwellenwerte für Vergaben

Zum 01.01.2012 werden die Schwellenwerte voraussichtlich angehoben

Einem laufenden Beteiligungsverfahren ist zu entnehmen, dass es ab dem 01.01.2012 wieder neue EU-Schwellenwerte für Vergabeverfahren geben wird. Den Schwellenwerten liegen sogenannte Euro-Sonderziehungsrechte zugrunde, welche vom Euro-Kurs abhängen. Aufgrund der aktuellen Euro-Schwäche werden die Schwellenwerte voraussichtlich angehoben und erhalten möglicherweise den Stand aus den Jahren 2003 bis 2006.

Die möglichen Schwellenwerte sind:

- für Bauaufträge: 5 Mio. Euro
- für Verträge über Lieferungen und Dienstleistungen: 200.000,00 Euro

Wir werden berichten, sobald weitere Informationen vorliegen.

Dr. Daniela Hattenhauer, Rechtsanwältin, Düsseldorf/Frankfurt (Main)
Kirstin van de Sande, Rechtsanwältin, Düsseldorf

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Unsere jüngsten Veröffentlichungen

Anliegend erhalten Sie folgende Veröffentlichungen:

- Rechtzeitige Auskunftserteilung an die Bieter
  (Dr. Daniela Hattenhauer/Ute Klemm, LL.M., Euroforum-Newsletter Vergaberecht 2011, Ausgabe 10 (2/2011), Seite 8)
- Vorsicht bei Behandlungen außerhalb des Leistungsspektrums der GKV – ohne Hinweis kein Honoraranspruch
  (Dr. Daniela Hattenhauer/Kirstin van de Sande, medintern 03/2011)
- Weite Grenzen der Beschaffung
  (Dr. Daniela Hattenhauer/Ute Klemm, LL.M., Kommunalleasing Magazin 5/2011, S. 10 ff.)

Unsere nächsten Vorträge/Veranstaltungen

- „Vergabe von Bau- und Planungsleistungen“ Seminar beim BEW Bildungszentrum für die Entsorgungs- und Wasserwirtschaft GmbH am 26./27. Oktober 2011 (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)
- „Aktuelles zur Vergabepraxis“ Seminar zum Vergaberecht mit dem Ministerium für Umwelt, Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen am 7. November 2011 in Duisburg (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)
- Medica 2011, 16. bis 19. November 2011 in Düsseldorf
- Inhouse-Seminar zum Thema „Vergaberecht“ bei der Hamburg Port Authority AöR am 141. Juni 2012 in Hamburg (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)
- Tagesseminar zum Thema „Vergaberecht“ bei der Vitos Akademie Gießen am 20. Juni 2012 in Gießen (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)
- “Aktuelles Vergaberecht im Krankenhaus”, Deutsches Krankenhausinstitut, am 25. Juni 2012 in Düsseldorf (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)
- Inhouse-Seminar zum Thema “Vergaberecht” bei der Hamburg Port Authority AöR am 29. November 2012 in Hamburg (Dr. Daniela Hattenhauer und Team)

☐ **Ich möchte den Bulletin Gesundheitsmarkt zukünftig nur per E-Mail erhalten.**

☐ **Bulletin Gesundheitsmarkt bitte nicht mehr zusenden.***

☐ **Bitte übersenden Sie mir Informationen zu In-House-Seminaren**

☐ **Fragen/Anmerkungen:**

_____

_____

_____

_____

_____

* Auf Grund des Versendens durch mehrere unserer Standorte erhalten Sie dieses Bulletin möglicherweise doppelt. Wir bitten Sie dies zu entschuldigen und in diesem Fall das Bulletin bei einem der Standorte abzubestellen.

Kontakt

_____
Name

_____
Unternehmen / Körperschaft / Behörde

_____
E-Mail

_____
Telefon

Kontaktadresse:
Petra Reimer
T +49 (0)69 97 56 1-444
F +49 (0)69 97 56 1-440
p.reimer@heuking.de