

Ausschreibung und Vergabe

Grundstücksgeschäfte

EuGH entscheidet

Das OLG Düsseldorf hat seine umstrittene Rechtsprechung zu kommunalen Grundstücksgeschäften dem EuGH vorgelegt (OLG Düsseldorf vom 2. Oktober 2008 – AZ VII-Verg 25/08).

Seit Mitte 2007 verlangt das Oberlandesgericht Düsseldorf von Städten und Gemeinden, Grundstücke nur in europaweiten Vergabeverfahren zu verkaufen, wenn sie den Käufer zu bestimmten Bauleistungen verpflichten. Diese sogenannte „Ahlhorn-Rechtsprechung“ hat seitdem viele kommunale Infrastrukturprojekte gestoppt oder verzögert.

Dieser strengen Sichtweise sind allerdings nicht alle Gerichte gefolgt. Und auch die EU-Kommission ist ihr vor kurzem in bestimmten Fällen entgegengetreten. Daher lässt das OLG Düsseldorf nun seine Rechtsprechung vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) überprüfen. Insgesamt hat es ihm neun Fragen vorgelegt. Unter anderem soll der EuGH klären, ob die Anwendung des Vergaberechts einen Beschaffungscharakter des Auftrags voraussetzt oder eine Verpflichtung des Unternehmers zur Erbringung der Bauleistungen verlangt.

Preiserhöhungen

Im Widerspruch

Verzögert sich der Zuschlag, kann es in dieser Zeit zu wesentlichen Preisänderungen kommen. Darüber, wer für die Mehrkosten aufkommen muss, bestehen widersprüchliche Entscheidungen. (OLG Celle vom 25. Juni 2008 – AZ 14 U 14/08; OLG Saarbrücken vom 13. Juni 2008 – AZ 4 U 500/07)

Gerade bei der Vergabe von größeren Projekten kommt es nicht selten zu nennenswerten Verzögerungen bei der Erteilung des Zuschlags. Angesichts der deutlichen Preissteigerungen von Rohstoffen stellt dies den später erfolgreichen Bieter oft vor das Problem, dass seine Kalkulationsgrundlage nicht mehr

zutrifft. Eine Veränderung des Angebots vor dem Zuschlag ist jedoch nicht möglich. Somit ist die Frage, wer für die entstandenen Mehrkosten aufkommt.

Das OLG Celle hat entschieden, dass den öffentlichen Auftraggeber die Mehrkosten treffen. Denn wenn sich die Parteien einig sind, dass der ursprüngliche Zeitplan hinfällig geworden ist, gelte der Zuschlag als neues Angebot. Wenn dann der erfolgreiche Bieter auf seine Mehrkosten verweist, nimmt er dies nicht an und macht gleichzeitig ein Gegenangebot. Nimmt dann der öffentliche Auftraggeber die Leistungen widerspruchslos hin, gilt dieses Angebot als angenommen.

Genau entgegengesetzt hat das OLG Saarbrücken entschieden. Eine Preisanpassung sei problematisch, denn hier bestehe die Gefahr einer umfassenden Nachbesserung des Angebots. – Den Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen wird demnächst der BGH auflösen, dem ein vergleichbarer Sachverhalt zur Revision vorliegt.

Nachunternehmer

Bezeichnung fehlt

Fehlt im Angebot eines Bieters die konkrete Bezeichnung von Nachunternehmern, führt dies nicht zwingend zum Ausschluss des Angebots. (BGH vom 10. Juni 2008 – AZ X ZR 78/07)

Ein Bieter kann für einzelne Leistungsteile Nachunternehmer benennen, wenn er den Leistungsteil nicht selbst erbringen kann oder will. Häufig verlangen die Vergabeunterlagen, dass solche Nachunternehmer bereits bei Abgabe des Angebots namentlich bezeichnet werden. Unterlässt dies ein Bieter, kann sein Angebot ausgeschlossen werden.

Ein solcher Ausschluss ist jedoch nicht immer zulässig. Es ist einem Bieter lediglich zumutbar, bei Angebotsabgabe Auskunft darüber zu geben, ob er für bestimmte Leistungsteile Nachunternehmer einsetzen will. Nicht zwingend erforderlich ist jedoch eine verbindliche Mitteilung bereits im Angebot, welche konkreten Nachunternehmer er hinzuziehen will.

Doppelte Beteiligung

Verschiedene Bieter dürfen für bestimmte Arbeiten denselben Subunternehmer anbieten. (KG Berlin vom 13. März 2008 – 2 Verg 18/07)

Je spezieller ein Leistungsteil ist, desto weniger Nachunternehmer kommen hierfür in Betracht. Daher kann es dazu kommen, dass mehrere Bieter denselben Nachunternehmer benennen. Fraglich ist, ob dies den Wettbewerb beeinträchtigen kann.

Nach Ansicht des Kammergerichts Berlin ist der Wettbewerbsgrundsatz auch dann gewahrt, wenn verschiedene Bieter für bestimmte Arbeiten denselben Subunternehmer anbieten. Dies ist selbst dann zulässig, wenn sich der Subunternehmer eines Bieters daneben mit einem eigenen Angebot beteiligt.

Inhouse-Geschäfte

Nur eingeschränkt

Vergabefreie Inhouse-Geschäfte mit einer AG oder einem VVaG sind grundsätzlich nicht möglich. (BGH vom 3. Juli 2008 – AZ I ZR 145/05)

Ein öffentlicher Auftraggeber muss kein Vergabeverfahren durchführen, wenn er den Auftrag selbst erbringen will. Diese Selbsterbringung ist auch dann möglich, wenn sie durch eine eigenständige Gesellschaft erfolgen soll, die in die Organisation des Auftraggebers eingegliedert ist.

Hierfür gelten jedoch strenge Voraussetzungen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mehrfach den Ausnahmeharakter eines solchen vergabefreien Inhouse-Geschäfts betont. Er lässt dies unter anderem nur zu, wenn der Auftraggeber die Gesellschaft kontrolliert.

Diese Kriterien sieht nun der Bundesgerichtshof sowohl bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVG) als auch bei einer Aktiengesellschaft grundsätzlich als nicht erfüllt an. Beide verfügen über weitreichende Selbstständigkeit gegenüber ihren Anteilseignern, die eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausschließt.

Rügepflicht

Nur bei Kenntnis

Auch große Bauunternehmen mit eigener Rechtsabteilung und ständiger Teilnahme an Ausschreibungen haben nicht automatisch positive Kenntnis vom Rechtsverstoß (OLG Frankfurt vom 10. Juni 2008 – AZ 11 Verg 3/08).

Ein Bieter muss einen Vergabeverstoß unverzüglich rügen, um nicht von einem späteren Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen zu werden. Diese Rügepflicht gilt jedoch nur bei positiver Kenntnis des Bieters vom Rechtsverstoß. Der Bieter muss dazu die Tatsachen kennen, die dem Rechtsverstoß zugrunde liegen, und wissen, dass diese zu einem Verstoß gegen Vergabevorschriften führen.

Ein solches Wissen ist auch bei großen Bauunternehmen mit eigener Rechtsabteilung und ständiger Teilnahme an Ausschreibungen für Bauleistungen nicht automatisch zu unterstellen. Das Vergaberecht unterliege ständigen Veränderungen und sei maßgeblich durch viele Entscheidungen geprägt, die selbst für Fachleute nur schwer überschaubar sei, so das Gericht. Daher seien auch bei großen Bauunternehmen stets die Umstände des Einzelfalls und die individuellen Erkenntnismöglichkeiten der handelnden Personen entscheidend.

Stromkonzessionen

Nichtiger Vertrag

Schließt eine Gemeinde einen Stromkonzessionsvertrag ohne vorherige ordnungsgemäße Bekanntmachung, ist dieser nichtig. (OLG Düsseldorf vom 12. März 2008 – AZ VI-2 U (Kart) 8/07)

Gemeinden müssen spätestens zwei Jahre vor Ablauf von Stromkonzessionsverträgen das Vertragsende bekannt machen. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist, dass Konkurrenten des bisherigen Vertragspartners darüber informiert werden, dass hier die Gelegenheit zur Abgabe eines eigenen Angebots besteht. Schließt eine Gemeinde einen Konzessionsvertrag ab, ohne zuvor das bevorstehende Ende des alten Vertrages ordnungsgemäß bekannt gemacht zu haben, ist dieser neue Vertrag nichtig.

Schwellengrenze

Hohe Hürden

Unterhalb der Schwellenwerte besteht kein Anspruch eines Bieters auf Unterlassung des Zuschlags. (BVerfG vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 437/08)

Das geltende Vergaberecht sieht Rechtsschutzmöglichkeiten eines unterlegenen Bieters, den drohenden Zuschlag an einen Konkurrenten zu verhindern, nur dann vor, wenn der Wert des betreffenden Auftrags bestimmte Schwellenwerte überschreitet. Die meisten Vergaben finden jedoch unterhalb dieser Schwellenwerte statt. Gleichwohl sind hier Bieter ebenso daran interessiert, den Zuschlag an einen Konkurrenten zu verhindern.

Unterhalb dieser Schwellenwerte bestehen jedoch hohe Hürden. Ein Anspruch gegen die Vergabestelle auf Unterlassung des Zuschlags ist nur in Ausnahmefällen wie einer „krassen Fehlentscheidung“ der Vergabestelle gegeben. Hierfür ist erforderlich, dass der Zuschlag unter keinem denkbaren Aspekt mehr rechtlich vertretbar ist. Ist dies nicht der Fall, kann ein unterlegener Bieter allenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen.

Ute Jasper / Jan Seidel

Die Autoren

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