Ausschreibung und Vergabe

Bauvergaben

Kein Mietvertrag

Der EuGH sieht Verträge mit Bauverpflichtungen auch dann als vergabepflichtige Bauaufträge an, wenn sie ansonsten als Mietverträge gestaltet sind. (EuGH vom 29. Oktober 2009 – AZ C 5360/07)

Im Gegensatz zu Bauaufträgen unterliegen Mietverträge nicht der Vergabe- pflicht. Die Abgrenzung zwischen beider entscheidet daher über die Pflicht zur Ausschreibung. Im konkreten Fall hatte die Stadt Köln einen Mietvertrag mit einem Investor über die noch zu errichtenden Messehallen ohne Ausschreibung geschlossen. Sie hatte dem Investor jedoch zahlreiche spezifische Vorgaben zur Errichtung gemacht, die weit über die üblichen Vorgaben eines Mieters für einen Neubau hinausgingen.

Nach dem EuGH ist die Bezeichnung als Mietvertrag in derartigen Fällen unerheblich. Entscheidend für die Vergabe- pflicht ist allein, ob das Bauwerk nach den Erfordernissen des Auftraggebers errichtet wird. Dies war angesichts der zahlreichen und detaillierten Vorgaben der Stadt Köln der Fall.

Bieter

Wechsel erlaubt

Ändert sich während eines Vergabe- verfahrens die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, führt dies nicht zu einem Ausschluss ihres Angebots aus der Wertung. (OLG Celle vom 3. Dezember 2009 – AZ 13 Verg 14/09)


Teilnehmerkreis

Gemeinnützig tätig


Der Wettbewerbsgrundsatz des Vergabe- berechts führt zu vielen Auslegungsfragen, insbesondere was seine Reichweite betrifft. So machen gewerbliche Marktteilnehmer oft geltend, dass zwischen ihnen und gemeinnützigen Organisationen kein echter Wettbewerb möglich sei, da diese Steuervorteile genossen.

Dies ist jedoch unbedacht. Im ent- schiedenen Fall ging es um die Teilnahme einer gGmbH an der Vergabe von Transportleistungen einer Schüler. Das Gericht sah ihre Teilnahme trotz Steuervorteilen als unbedenklich an. Denn die Vergabestelle sei nicht verpflichtet, identische Ausgangsbedingungen zu schaffen. Auch müsse die Vergabestelle nicht prüfen, ob die Steuervorteile eine unzulässige Beihilfe darstellen.

Univ bietet mit

Hochschulen und Forschungseinrichtungen dürfen als Bieter an Vergabeverfahren teilnehmen. (EuGH vom 23. Dezember 2009 – AZ C-305/08)


Zu Unrecht, wie der EuGH entschieden hat. Als „Wirtschaftsteilnehmer“ gelten auch Universitäten und For- schungseinrichtungen, die nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet, nicht wie ein Unternehmen strukturiert und nicht regelmäßig am Markt präsent sind.

Nicht überörtlich


Im konkreten Fall hatte sich ein zu 100 Prozent kommunales Unternehmen in einer Ausschreibung des Öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) in einer Nachbargemeinde beteiligt. Um den Auftrag zu erfüllen, hätte es erheblich in Personal und Fahrzeuge investieren müssen.

Dies sah die Vergabekammer als Indiz dafür an, dass der Schwerpunkt außerhalb des eigenen Gemeindegebiets lie-

Inhouse-Geschäfte

Tochter im Konzern

Inhouse-Vergaben scheitern auch dann an unzulässigem Drittgeschäft, wenn nicht das Unternehmen selbst, sondern ein Tochterunternehmen in erheblichem Umfang für Dritte tätig ist. (OLG Celle vom 29. Oktober 2009 – AZ 13 Verg 8/09)


Dem OLG Celle zufolge darf dieser Anteil jedoch nur 7,5 Prozent betragen. Zudem sei hierfür nicht nur das beauftragte Unternehmen selbst maßgeblich, sondern es müssten auch die Umsätze von Tochterunternehmen hinzugerechnet werden.

Die Entscheidung enthält noch weitere Restriktionen. So kommt eine vergabefreie Anpassung eines Vertrages an wesentlich geänderte Umstände selbst dann nicht in Betracht, wenn der ursprüngliche Vertrag eine entsprechende Öffnungsklausel enthält. Im Fall des OLG Celle ging es um die nachträgliche Einführung der „Blauen Tonne“.

Verfahren

Nur ein Bieter

Ein Verhandlungsverfahren, in dem sich nur ein einziger Bieter bewirbt, ist zulässig. (EuGH vom 15. Oktober 2009 – AZ C-138/08)


Der EuGH hat klargestellt, dass ein Zuschlag trotz des notwendigerweise eingeschränkten Wettbewerbs zulässig ist, wenn sich weniger als drei geeignete Bieter beworben haben. Die Pflicht, Wettbewerb herzustellen, beschränkt sich damit auf die erste Phase des Verhandlungsverfahrens.

Falsche Wahl

Bieter in einem Vergabeverfahren sind bereits dann rechtsschutzbedürftig, wenn der Auftraggeber die falsche Verfahrensart gewählt hat. (BGH vom 10. September 2009 – AZ ZB 8/09)

Bieter in einem Vergabeverfahren können nicht beliebig die Nachprüfung von Vergabeeinigungen verlangen. Sie müssen vielmehr geltend machen können, dass ihnen durch die Entscheidung ein Schaden zu entstehen droht. Im Fall des BGH hatte ein Bieter die fehlerhafte Wahl des Verhandlungsverfahrens gerügt. Daraufhin hatte ihm die Vergabestelle einen fehlenden Schaden vorgehalten, da er ja auch im gewählten Verfahren erfolgreich sein könnte.


ÖPP-Projekte

Vergabe als Ganzes

Auftraggeber dürfen einen privaten Partner in einem einzigen Verfahren auswählen und zugleich mit Leistungen beauftragen. (EuGH vom 15. Oktober 2009 – AZ C-196/08)

Beabsichtigt eine Gemeinde die Gründung einer gemischts öffentlich–privaten Gesellschaft, die anschließend Leistungen für sie erbringen soll, stellt sich die Frage nach der Ausschreibungspflicht für beide Teilschritte. Diese Frage ist jedoch überflüssig, wenn beide Schritte „im Paket“ vergeben werden.

Die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens wurde vom EuGH bestätigt. Zwar berechtigt eine solche institutionalisierte Öffentlich–Private Partnerschaft (ÖPP) nicht generell zum Abweichen vom Vergabebrecht. Ihr Sinn liegt aber gerade in der Verfahrenskonomie, die durch eine doppelte Ausschreibung vereitelt würde. Den Grundsätzen des Vergaberechts ist Genüge getan, wenn im Verfahren zur Ermittlung des privaten Partners bereits der Blick auf die später konkrete zu erbringenden Leistungen gerichtet wird.

Ute Jasper / Jan Seidel

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Soziätet 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