Ausschreibung und Vergabe

Abfallrecht

Kein Vorrang

Abfallrechtliche Besonderheiten wie das Ortsnäheprinzip können nicht zu einer Befreiung von der Vergabepflicht führen. (EuGH vom 21. Januar 2010 – AZ C-17/09)

Das Vergaberecht ist als Querschnittsgebiet häufig mit anderen Rechtsbereichen konfrontiert. Nicht selten ergeben sich hierbei vermeintliche Widersprüche, die dann die Frage nach dem vorrangigen Rechtsgebiet aufwerfen. Der konkrete Fall betraf ein Vertragsverletzungsverfahren, in dem die Bundesrepublik Deutschland eine unterbliebene Ausschreibung mit dem abfallrechtlichen Ortsnäheprinzip begründet hatte. Die Anwendung des Vergaberechts hätte eine ortsnahe Entsorgung verhindert, so das Argument.

Dies ließ der EuGH nicht gelten. Nach seiner Sicht befreit das Ortsnäheprinzip Auftraggeber nicht von der Ausschreibungspflicht. Denn sie könnten dieses Prinzip auch in einer Ausschreibung unproblematisch berücksichtigen.

Grundstücke

Verkauf vergabefrei

Der EuGH hat die strenge Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen durch Kommunen weitgehend relativiert. (EuGH vom 25. März 2010 – AZ C-451/08)

Im Jahr 2007 legte das OLG Düsseldorf mit seiner „Alhorn"-Entscheidung den Kommunen enge Fesseln an. Sie mussten ihre Grundstücksverkäufe europaweit ausschreiben, wenn sie damit zugleich städtebauliche Interessen verfolgten. Diese Rechtsprechung wurde jedoch von Beginn an kritisiert. Auch der Gesetzgeber wurde tätig, um die Folgen abzumildern. Ende 2008 legte das OLG Düsseldorf daher alle mit seiner Rechtsprechung verbundenen Fragen dem EuGH zur Prüfung vor.

Dem EuGH geht eine Vergabepflicht von Grundstücksverkäufen zu weit. Ihm zufolge ist das Vergaberecht nur dann anwendbar, wenn sich der Investor einklagbar zu einer Bauleistung verpflichtet und diese der Gemeinde unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt. Bloße städtebauliche Interessen im Rahmen einer Investorensuche genügen nicht. Ein Vergabeverfahren ist nur noch erforderlich, wenn die Gemeinde etwa die zu errichtenden Gebäude später selbst nutzen will.

Konzessionen

Mehr Spielraum

Eine vergabefreie Dienstleistungskonzession kommt selbst dann in Betracht, wenn der Auftraggeber den überwiegenden Teil der Kosten übernimmt. (OLG Brandenburg vom 12. Januar 2010 – AZ Verg W 7/09)

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist ein beliebtes Mittel, um das Vergaberecht nicht anwenden zu müssen. Voraussetzung für eine Konzession ist jedoch, dass der Konzessionsnehmer das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit ganz oder zum überwiegenden Teil selbst trägt. Wann genau dies der Fall ist, ist noch nicht eindeutig geklärt.

Das OLG Brandenburg hat dieses wirtschaftliche Risiko für einen Fall bejaht, in dem der Konzessionsnehmer zwei Drittel seiner Kosten vom Auftraggeber ersetzt bekam. Das Gericht begründet dies damit, dass der Fall im Bereich der Daseinsvorsorge liege. Hier sei ausreichend, dass das nach Abzug der erstatteten Kosten noch verbleibende Restrisiko auf den Konzessionär übertragen sei.

Nur transparent

Konzessionsverträge dürfen nicht wesentlich geändert werden, ohne zuvor ein transparentes Wettbewerbsverfahren durchzuführen. (EuGH vom 13. April 2010 – AZ C-91/08)

Trotz ihrer Vergabefreiheit dürfen Dienstleistungskonzessionen nicht ohne jede Voraussetzung vergeben werden. Die Grundregeln des EG-Vertrages, insbesondere Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, sind in jedem Fall zu beachten.

Wie der Europäische Gerichtshof nun klargestellt hat, gilt dies nicht nur bei der erstmaligen Erteilung eines Konzessionsvertrages, sondern auch bei nachträglichen wesentlichen Änderungen. Mit dieser Entscheidung überträgt der EuGH seine Grundsätze aus dem Vergaberecht auf Konzessionen.

Rügefristen

Anwendung fraglich

Die Anwendbarkeit der EuGH-Rechtsprechung zur Dauer der Nachprüfungsfristen ist bei deutschen Vergabekammern umstritten. (VK Bund vom 5. März 2010 – AZ VK 1-16/10; VK Hamburg vom 7. April 2010 – AZ VK BSU 2/10 und VK BSU 3/10)

Auch in Deutschland gibt es Fristenregelungen, um Auftraggebern schnell Rechtssicherheit zu verschaffen. Nach Paragraf 107 Abs. 3 Nr. 1 des Gesetztes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) muss ein Bieter vermeintliche Vergabefehler sofort rügen. Ansonsten kann er diese Fehler im Nachprüfverfahren nicht mehr geltend machen. Wann genau eine Rüge „unverzüglich" ist, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

Dennoch ist die Ausschlussfrist für Bieter ausreichend vorhersehbar, so die VK Bund. „Unverzüglich" bedeutet nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) „ohne schuldhaftes Zögern". Die Rechtsprechung hat dies in zahlreichen Entscheidungen dahin konkretisiert, dass im Regelfall ein bis drei Tage noch als unverzüglich gelten, bei großen Vergabeverfahren sogar bis zu zwei Wochen.

Demgegenüber hält die VK Hamburg das EuGH-Urteil sehr wohl auf die deutsche Regelung zur Rügepräklusion für anwendbar. Anders als die VK Bund sieht sich die VK Hamburg durch die Rechtsprechung des EuGH gehindert, die Vorschrift des Paragrafen 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB anzuwenden. Auch für eine europarechtskonforme Auslegung des Begriffes der Unverzüglichkeit sieht die VK Hamburg keinen Raum.

Kein Ermessen

Ein unterlegener Bieter darf nicht wegen Zeitablaufs von Nachprüfverfahren ausgeschlossen werden, wenn die zeitliche Frist in das Ermessen der Nachprüfungsinstanz gestellt wird. (EuGH vom 28. Januar 2010 – AZ C-406/08 und C-456/08)

Das EU-Vergaberecht verlangt, dass unterlegene Bieter eine Möglichkeit haben müssen, die Rechtmäßigkeit des Zuschlags zu überprüfen. Viele Mitgliedsstaaten lassen diese Nachprüfungen jedoch nur in bestimmten Fristen zu, um Rechtssicherheit herbeizuführen. Die Fälle des EuGH betrafen solche Fristenregelungen in Großbritannien und Irland. Beiden Regelungen war gemeinsam, dass die Dauer der Nachprüfungsfristen letztlich vom überprüfenden Gericht festgelegt werden konnte.

Dies verstößt dem EuGH zufolge gegen EU-Recht. Denn Ausschlussfristen für die Nachprüfung von Vergabeentscheidungen müssen für die Bieter in ihrer Dauer vorhersehbar sein. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn ein nachprüfendes Gericht die Dauer nach seinem Ermessen festlegen kann. In diesen Fällen dürfen Bieter nicht wegen Fristablaufs vom Nachprüfverfahren ausgeschlossen werden.

Schadensersatz

Nur bei Gewinn

Ein unterlegener Bieter hat nur dann Anspruch auf Schadensersatz wegen Vergabefehlern, wenn sein Angebot auch tatsächlich zu einem Gewinn geführt hätte. (OLG Dresden vom 2. Februar 2010 – AZ 16 U 137309)

Hat ein Bieter nur aufgrund eines Vergabefehlers des Auftraggebers den Zuschlag nicht erhalten, kann er von diesem Schadensersatz verlangen. Dieser umfasst sogar den entgangenen Gewinn, wenn der Bieter ohne den Vergabefehler den Zuschlag hätte erhalten müssen. Für diesen Ersatz entgangenen Gewinns bestehen jedoch hohe Anforderungen. Hierzu zählt dem OLG Dresden zufolge der Nachweis, dass der Bieter im Falle des Zuschlages tatsächlich einen Gewinn erwirtschaftet hätte. Da der Bieter im entschiedenen Fall dies nicht nachweisen konnte, hat das Gericht den Anspruch abgelehnt.

Hieran änderte auch der Einwand des Bieters nichts, er habe den Auftrag im Zuschlagsfall anders als angeboten erfüllen wollen, was zu einem Gewinn geführt hätte. Das OLG Dresden erwiderte, eine solche Änderung nach Zuschlag wäre weder vergaberechtlich noch vertragsrechtlich zulässig gewesen.

Auch bei Erfolg

Vergabefehler eines Auftraggebers können auch zu Schadensersatzansprüchen des erfolgreichen Bieters führen. (BGH vom 26. Januar 2010 – AZ X ZR 86/08)

Bislang hatten nur solche Bieter Schadensersatz zugesprochen bekommen, die durch einen Vergabefehler benachteiligt worden waren. Im diesem Fall hatte jedoch der erfolgreiche Bieter Schadensersatz verlangt. Der Auftraggeber hatte Abfallentsorgungsleistungen ausgeschrieben und deren Menge nur grob geschätzt, ohne dies den Bietern offenzulegen. Die tatsächlichen Leistungen waren weitaus umfangreicher.

Der BGH hat dem erfolgreichen Bieter recht gegeben. Die entstandenen Mehrkosten stellen einen Schaden dar, den der Auftraggeber dem erfolgreichen Bieter ersetzen muss.

Nationale Vergabe

Zuschlagsverbot

Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte kann die Erteilung des Zuschlags – in Form einer einstweiligen Verfügung – verhindert werden. (OLG Düsseldorf vom 13. Januar 2010 – AZ 27 U 1/09)

Bei der Vergabe oberhalb der EU-Schwellenwerte kann ein Bieter den Zuschlag verhindern, bis die Rechtmäßigkeit in einem Nachprüfverfahren überprüft wurde. Unterhalb der EU-Schwellenwerte sind die Nachprüfungsinstanzen jedoch nicht zuständig. Das OLG Düsseldorf hat aber klargestellt, dass auch hier ein Zuschlagsverbot bis zur gerichtlichen Überprüfung möglich ist. Denn die Bieter haben einen Unterlassungsanspruch gegen den Auftraggeber, wenn dieser ein Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) oder der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) betreibt, sich aber nicht an deren Vorschriften hält. Dieser Unterlassungsanspruch kann mit einer einstweiligen Verfügung bis zu endgültigen gerichtlichen Klärung gesichert werden.

Verfahrensarten

Keine Neuerungen

Die EU-Mitgliedsstaaten dürfen keine neuen Verfahrensarten erfinden, sondern müssen sich an die nach EU-Vergaberecht bestehenden Verfahren halten. (EuGH vom 10. Dezember 2009 – AZ C-299/08)

Das EU-Vergaberecht kennt mit dem Offenen Verfahren, dem Nichtoffenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren und dem Wettbewerblichen Dialog lediglich vier Verfahrensarten. Um diese Verfahren anwenden zu können, gelten unterschiedliche Voraussetzungen.

In diesem Fall hatte ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren konstruiert, in dem an einem nachfolgenden Vergabeverfahren nur teilnehmen konnte, wer bereits als Planer an einem vorgeschalteten Architekturwettbewerb beteiligt war. Eine derartige Beschränkung des nachfolgenden Vergabeverfahrens ist im EU-Vergaberecht nicht vorgesehen. Mitgliedsstaaten dürfen nur die bestehenden Verfahren europarechtskonform gestalten, nicht jedoch neue Verfahren einführen. *Ute Jasper / Jan Seidel*

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät 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