

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 39-40 vom 29.9.2011

## Vergaberecht

Die Aufhebung einer Ausschreibung ist zulässig, wenn sie nicht nur zum Schein erfolgt. Schadenersatzansprüche von Bietern kommen dann nicht in Betracht, wenn der Zuschlag von einem zuvor angekündigten Wirtschaftlichkeitsvergleich abhängig gemacht wird, der nach Auswertung der Angebote zu einem negativen Ergebnis kommt.

*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2011, VII Verg 55/10*

Rechtsanwalt  
Dr. Martin  
Schellenberg von  
Heuking Kühn Lüer  
Wojtek, Hamburg



### Der Fall

Das Landesstraßennetz Sauerland-Hochstift sollte im Rahmen eines PPP-Projekts saniert und betrieben werden. Die Vergabestelle behielt sich vor, den Zuschlag nur zu erteilen, wenn ein abschließender Wirtschaftlichkeitsvergleich feststellt, dass die PPP-Lösung gegenüber der Eigenrealisierung wirtschaftlicher ist. Im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs wurde festgestellt, dass die Eigenrealisierung um 1,84% günstiger wäre.

Daraufhin hob die Vergabestelle das Verfahren auf und plant die Sanierung nun im Rahmen einer Einzelgewerksvergabe. Das OLG Düsseldorf gab der Vergabestelle Recht: Eine gerichtliche Aufhebung des Entschlusses der Vergabestelle, das Verfahren aufzuheben, mit der Folge, dass der Zuschlag erteilt werden muss, komme nur bei einer Scheinaufhebung in Betracht. Davon sei hier jedoch nicht auszugehen.

### Die Folgen

Auch Schadenersatz kann der klagende Bieter nicht verlangen. Die Abhängigkeit von einem abschließenden Wirtschaftlichkeitsvergleich war bekannt gegeben. Die Vergabestelle war auch nicht verpflichtet, wegen der knappen Entscheidung erneut in Nachverhandlung einzutreten, um weitere Preisreduktionen zu erreichen. Vergabeverfahren gerade im PPP-Bereich verursachen bei den Bietern einen erheblichen Aufwand. Das liegt an der funktionalen Ausrichtung der Leistungsbeschreibung, die Bieter zu Planungsleistungen zwingt. Hinzu kommen oft langwierige Verhandlungen, die nur mit externer Unterstützung geleistet werden können. Die Frage, ob eine Ausschreibung ohne Zuschlag beendet werden darf, hat deshalb große wirtschaftliche Bedeutung. Die VK Bund (Beschluss vom 18. Januar 2011, Az. VK 2-

134/10) hat bereits festgestellt, dass die Aufhebung einer Ausschreibung aus rein politischen Gründen ohne Entschädigung nicht zu rechtfertigen ist. Das OLG Düsseldorf konkretisiert die Rechtsprechung nun dahingehend, dass ein negativer Wirtschaftlichkeitsvergleich die Vergabestelle berechtigen kann, die Ausschreibung entschädigungslos aufzuheben. Zweifelhaft erscheint, ob der Wirtschaftlichkeitsvergleich wirklich eine tragfähige Grundlage für diese Entscheidung ist. Immerhin enthält er eine Prognose der Eigenkosten für die nächsten Jahrzehnte, und zwar sowohl für Sanierungsaufwendungen als auch für den Unterhalt. Wenn am Ende der Unterschied zu dem Festpreis des PPP-Vertrags nur, wie hier, 1,84% beträgt, sind Zweifel an der Entscheidung nachvollziehbar.

### Was ist zu tun?

Öffentliche Auftraggeber erhalten durch die genannten Entscheidungen Sicherheit bei der Vorgehensweise im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs bei PPP-Projekten. Sie können Ausschreibungen entschädigungslos aufheben, wenn der Wirtschaftlichkeitsvergleich negativ ist. Bieter haben im Nachprüfungsverfahren nur dann Erfolgsaussichten, wenn die Aufhebung lediglich politisch begründet wird. (law)