

Ausschreibung und Vergabe

Angebote

Vollständige Angaben

Ein Auftraggeber ist auch nach neuem Recht nicht dazu verpflichtet, von den Bietern Erklärungen oder Nachweise zu Dienstleistungen nachzufordern. (OLG Brandenburg vom 20. September 2011 – AZ Verg W 11/11)

Geben Unternehmen Angebote für Dienstleistungsaufträge ab, müssen sie genau darauf achten, alle geforderten Erklärungen und Nachweise vollständig einzureichen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen nur nach pflichtgemäßem Ermessen über die Möglichkeit entscheiden, Angaben nachzufordern. Da dies die übrigen Bieter ungleich behandelt, ist die Nachforderung zurückhaltend zu handhaben. Der Auftraggeber durfte im konkreten Fall ein Angebot wegen fehlender Angaben zum Mindestlohn daher ohne Ermessensfehler nicht berücksichtigen.

Eine Nachforderung scheidet gänzlich aus, wenn wesentliche Preisangaben fehlen (§ 19 Abs. 2 EG VOL/A). Anders liegt die Sache bei der Vergabe von Bauaufträgen: Hier müssen die Auftraggeber Erklärungen und Nachweise nachfordern, wenn das Angebot im Übrigen ordnungsgemäß ist (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Diese Vorschrift lässt sich aber nicht auf Dienstleistungsaufträge übertragen.

Losaufteilung

Kein Anspruch

Öffentliche Auftraggeber müssen bei der Vergabe von Aufträgen regelmäßig Fachlose bilden. Ein Unternehmen hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass Lose auf kleine mittelständische Unternehmen zugeschnitten sind. (OLG Düsseldorf vom 8. September 2011 – AZ Verg 48/11; OLG Karlsruhe vom 6. April 2011 – AZ 15 Verg 3/11)

Bei der Auftragsvergabe sind mittelständische Interessen zu berücksichtigen. Daher müssen öffentliche Auftraggeber regelmäßig Fachlose bilden. Die Lose müssen so zugeschnitten sein, dass sich

eine Mehrheit der potenziellen Bieter bewerben kann. Die möglichen Bieter dürfen nicht gezwungen werden, sich zu Bietergemeinschaften zusammenzuschließen.

Wirtschaftliche Gründe können jedoch gegen eine Fachlosvergabe und gegen einen kleinen Zuschnitt der Lose sprechen. Der Auftraggeber hat daher für die Art der Vergabe und den Zuschnitt der Lose einen Ermessensspielraum.

Die rechtliche Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen ist insofern beschränkt. Sie können nur kontrollieren, ob der Auftraggeber den Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt hat und ob er sein Ermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt hat.

Verträge

Anpassungen

Langfristige Verträge mit kommunalen Unternehmen sind ohne Vergabeverfahren künftig noch schwieriger zu schließen und anzupassen. (OLG Düsseldorf vom 28. Juli 2011 – AZ VII-Verg 20/11)

Neue Leistungen können nicht ohne Vergabeverfahren in einen bestehenden Vertrag einbezogen werden, wenn er nur allgemeine Anpassungsklauseln enthält. Solche Klauseln sind im Sinne der Transparenz und Gleichbehandlung bedenklich. Verträge können nur dann ohne Vergabeverfahren geändert werden, wenn bereits der Ausgangsvertrag Umstände und Richtung der Änderung vorgibt.

Im konkreten Fall ging es um neue Abfallentsorgungsaufgaben, die in einen bestehenden langfristigen Vertrag einbezogen werden sollten. Das OLG verneinte eine Inhouse-Vergabe, da das Unternehmen nicht im Wesentlichen für öffentliche Stellen tätig sei. Zusätzlich zu 9,7 Prozent eigenem Fremdgeschäft seien 38,5 Prozent der Umsätze mit einem Zweckverband problematisch, weil dieser selbst gewerblich tätig sei. Das Gericht deutete an, dass auch Fremdgeschäfte einer Tochtergesellschaft ohne eigenes Personal zuzurechnen seien. Diese Zurechnung von Drittgeschäften im „Konzern Kommune“ wird Inhouse-Geschäfte maßgeblich erschweren.

Rettungsdienste

Zuständigkeit

Werden Rettungsdienstleistungen als Dienstleistungskonzession vergeben, sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Auch bei Dienstleistungskonzessionen kann eine Ausschreibungspflicht bestehen. (OLG München vom 30. Juni 2011 – AZ Verg 5/09)

Das OLG München hat die Erbringung einer Rettungsdienstleistung, bei der ein Dritter das Entgelt für die Transportleistung zahlt und der Auftragnehmer das wirtschaftliche Risiko trägt, als Dienstleistungskonzession qualifiziert. Für Dienstleistungskonzessionen ist das Verwaltungsgericht zuständig. Denn nach Art. 1 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie (2007/66/EG) ist der Anwendungsbereich des dort geregelten Rechtsschutzes auf den Anwendungsbereich der Vergabekoordinierungsrichtlinie beschränkt. Diese gilt jedoch gerade nicht für Dienstleistungskonzessionen, sondern nur für Dienstleistungsaufträge.

Wegweisend für alle Dienstleistungskonzessionen hat das Gericht ausdrücklich betont, dass auch bei Dienstleistungskonzessionen die Grundregeln des Vertrages über die Arbeitsweise der EU, insbesondere die Transparenzpflicht, zu beachten sind, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. Deshalb muss bei grenzüberschreitendem Interesse europaweit ausgeschrieben werden. Hierzu verweist das OLG München auf das Urteil des EuGH vom 13. Oktober 2005 (AZ Rs. C-458/03).

Vergabefehler

Fördermittel

Öffentliche Auftraggeber müssen nur bei schweren Vergabefehlern auf staatliche Zuwendungen verzichten. (VG Potsdam vom 17. August 2011 – AZ 3 K 1383/05)

Allein der Zuwendungsgeber bestimmt aufgrund seines pflichtgemäßen Ermessens, ob Fördermittel gewährt werden. Bei seiner Entscheidung hat er stets den

Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung zu beachten.

Ausgehend von diesen Grundsätzen darf die Bewilligungsbehörde entsprechende Anträge nur bei grundlegenden Vergabeverstößen ablehnen. Denn sie übt ihr Ermessen nur dann fehlerfrei aus, wenn sie nach der Schwere des jeweiligen Verstoßes differenziert. Verfahrensfehler dürfen aufgrund ihrer Verschiedenheit nicht generell zum Ausschluss der Zuwendung führen.

Öffentliche Auftraggeber müssen damit rechnen, dass die Behörden bei schweren Verstößen auch bereits geleistete Zuwendungen zurückfordern. Nicht nur unter diesem Aspekt sind die Vergabestellen daher gut beraten, streng nach den gesetzlichen Vorgaben auszuschreiben. Denn sie allein tragen die Beweislast für die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, wenn zu einem späteren Zeitpunkt streitig werden sollte, ob der Staat zurückfordern darf oder nicht.

Schadensersatz

Bieter können auch dann Schadensersatz verlangen, wenn sie sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit am Vergabeverfahren beteiligt haben. (BGH vom 9. Juni 2011 – AZ X ZR 143/10)

Im konkreten Fall verlangte die Bieterin die Erstattung ihrer Anwaltskosten für die Prüfung der Verdingungsunterlagen und die Beratung bei der Angebotserstellung. Bei der Überprüfung der Unterlagen stellte der Anwalt der Klägerin Fehler im Vergabeverfahren, und zwar namentlich bei den Vergabekriterien, fest. Die Bieterin stellte einen Nachprüfungsantrag, den sie aber später zurücknahm und ein Angebot abgab.

Der Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsanbahnung setzte bislang ein zusätzliches Vertrauenselement voraus. Bieter konnten nur Schadensersatz verlangen, wenn sie sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit am Verfahren nicht beteiligt hätten.

Dies sieht der Bundesgerichtshof im vorliegenden Fall anders. Obwohl die Klägerin um die Rechtswidrigkeit der Vergabekriterien wusste und ein Angebot abgegeben hatte, sei sie als Bieter schutzwürdig.

Aufhebung

Haushaltsmittel

Auftraggeber dürfen ein Vergabeverfahren aufheben, wenn ihnen die erforderlichen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stehen. (OLG Düsseldorf vom 8. Juni 2011 – AZ VII-Verg 55/10)

In dem entschiedenen Fall hob die Vergabestelle eine Ausschreibung auf, weil die in den Landeshaushalt eingestellten Mittel nicht ausreichten. Hiergegen wehrte sich der bestplatzierte Bieter mit einem Nachprüfungsantrag. Ohne Erfolg. Es sei allein Sache des Haushaltsaufstellers zu entscheiden, in welchem Umfang Haushaltsmittel für ein Beschaffungsvorhaben bereitgestellt werden. Reichen die Mittel nicht aus, so der Vergabesatz weiter, ist eine Aufhebung der Ausschreibung zulässig.

Grund benennen

Eine europaweite Ausschreibung kann nicht aufgehoben werden ohne die nachvollziehbare Angabe des Grundes. (VG Koblenz vom 20. Oktober 2011 – AZ 1 K 261/11.KO)

Die Stadt Boppard (Rheinland-Pfalz) hatte im Jahr 2005 Leistungen zur Planung der Modernisierung und Sanierung ihres Hallen- und Freibades vergeben. In der Folgezeit plante sie die Errichtung eines größeren Thermalwasserbades mit Saunabereich (Römertherme). Am 30. August 2008 schrieb sie die Beteiligung an einer zu gründenden Gesellschaft zum Betrieb der Bäder öffentlich aus. Es meldeten sich sieben Interessenten, zwei gaben ein Angebot ab.

Nach einem negativ verlaufenen Bürgerentscheid beschloss der Stadtrat im Oktober 2010, die Verhandlungen zur Weiterentwicklung des Konzepts für die Römertherme wegen fehlender Finanzierbarkeit zu beenden. Auf eine Beanstandung durch den Stadtbürgermeister hob der Stadtrat den Beschluss wieder auf. Er beschloss stattdessen, eine Kommission zur Kompromissfindung für eine reduzierte Schwimmbadlösung einzusetzen, vorläufig auf Verhandlungen mit den betroffenen Gesellschaften in der

Schwimmbadfrage zu verzichten und die europaweite Ausschreibung aufzuheben. Der Stadtbürgermeister setzte diesen Beschluss in Bezug auf die Aufhebung der Ausschreibung aus, weil diese gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoße.

Nach den Vorschriften kann eine europaweite Ausschreibung nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden. Die Bieter sind über den Grund für die Aufhebung zu benachrichtigen, um überprüfen können, ob diese zu Recht erfolgt sei und ihnen Schadenersatzansprüche zustehen.

Die Gründe für die Aufhebung müssen sich nachvollziehbar in der Ratsentscheidung wiederfinden, da der Bürgermeister nur so in der Lage sei, die Bieter ordnungsgemäß zu unterrichten. Vorliegend gebe der vom Stadtbürgermeister ausgesetzte Beschluss hingegen nicht zu erkennen, warum der Stadtrat die Ausschreibung aufgehoben habe.

Private Aufträge

Bindung an VOB/A

Bieter können auch bei privaten Auftraggebern den Zuschlag mit einer einstweiligen Verfügung verhindern – jedenfalls dann, wenn der private Auftraggeber die Einhaltung der VOB/A zugesagt hat. (OLG Düsseldorf vom 15. August 2011 – AZ I-27 W 1/11)

Verpflichtet sich ein privater Auftraggeber, die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) zu beachten, ist er gegenüber den Bietern hieran gebunden. Bieter können nicht nur Schadensersatz für die Verletzung ihrer Rechte verlangen, sondern auch direkt gegen den Zuschlag vorgehen, und zwar im Wege einer einstweiligen Verfügung vor den Zivilgerichten.

Ute Jasper / Jens Biemann

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“. **Jens Biemann** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht