



Vergaberecht

Freifahrt für neue KiTa-Plätze

Neben dem fehlenden Betreuungspersonal müssten in vielen Kommunen noch weitere KiTa-Räume gebaut werden. Das sollte schnell, aber innerhalb des Vergaberechts funktionieren. Eine Hilfestellung.

Der Countdown läuft. Den Kommunen rennt allmählich die Zeit davon: In einem Jahr gilt bundesweit die Betreuungsgarantie für Kleinkinder unter drei Jahren. Doch noch immer fehlen nach Aussage des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zirka 130.000 Kita-Plätze für unter Dreijährige. Kommunen in Nordrhein-Westfalen können gleichwohl zumindest finanziell aufatmen: Die geforderten Kita-Plätze zahlt nämlich das Land. Der Verwaltungsgerichtshof NRW hat mit Urteil vom 12.10.2010 (Aktenzeichen: VerFGH 12/2009) entschieden, dass die Kommunen für die finanziellen Mehrbelastungen entschädigt werden müssen, die ihnen durch den Ausbau der Kleinkindbetreuung entstehen. Das Land dürfe als Gesetzgeber keine neuen Aufgaben auf die Kommunen verlagern oder bisherige Aufgaben stärker verteuern, ohne für einen entsprechenden finanziellen Ausgleich zu sorgen.

Doch wie können die Kommunen ihrer Pflicht zur Schaffung neuer Kita-Plätze möglichst schnell und rechtssicher nachkommen? Dieser Beitrag beleuchtet daher die vergaberechtlichen Gesichtspunkte dieser Herausforderung und stellt die Paketvergabe als Mittel einer schnellen, kosteneffizienten und rechtssicheren Beschaffung in den Vordergrund.

UNTERSCHIEDLICHE WEGE

Der Bund hat den Städten und Gemeinden die Entscheidung über das „Ob“ der Schaffung neuer Kinderbetreuungsplätze bereits abgenommen. Die Städte und Gemeinden sind daher nur noch in ihrer Entscheidung über das „Wie“ frei. Bekanntlich führen aber viele Wege zum Ziel: der Schaffung der erforderlichen Kita-Plätze.

INVESTORENMODELL

ODER EIGENBAU

Eine Möglichkeit der Umsetzung ist das Investorenmodell. Ergebnis des Investorenmodells ist ein öffentlicher Kindergarten mit privater Finanzierung. Der In-



AUTORIN

Dr. Daniela Hattenhauer

ist Rechtsanwältin und Partnerin der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek mit Büro in Düsseldorf und Frankfurt am Main. Ihre Kompetenzen hat sie besonders in den Fachgebieten Restrukturierung, Privatisierung, Public Private Partnerships, Vergaberecht und Krankenhausrecht.



AUTOR

Martin Schumm

ist LL.M. und Rechtsanwalt der Wirtschaftskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf. Seine Kompetenzen hat er besonders in den Fachgebieten Vergaberecht, Krankenhausrecht, Öffentliches Recht und Medizinrecht.

vestor baut für den Träger der Einrichtung das gewünschte Gebäude, welches dieser dann vom Investor langfristig mietet. Vorteil dieses Modells ist zweifelsohne, dass der Investor nach den Vorstellungen des Auftraggebers auf eigene Rechnung plant, baut, finanziert und unterhält. Der Träger der Kita setzt sich am Ende der Baumaßnahmen quasi ins gemachte Nest.

Kehrseite des Investorenmodells sind aber die zumeist höheren Kosten für die öffentliche Hand, da ein privater Investor im Normalfall keine Bankdarlehen zu Kommunalkreditkonditionen erhält. Darüber hinaus entstehen zusätzliche Transaktionskosten in beträchtlicher Höhe, da das Investoren-Modell regelmäßig mit einem Grundstücksgeschäft, nämlich der Übertragung des Grundstücks vom Auftraggeber auf den Investor, verbunden ist.

Auf der anderen Seite können Städte und Gemeinden Kindertagesstätten selbstver-

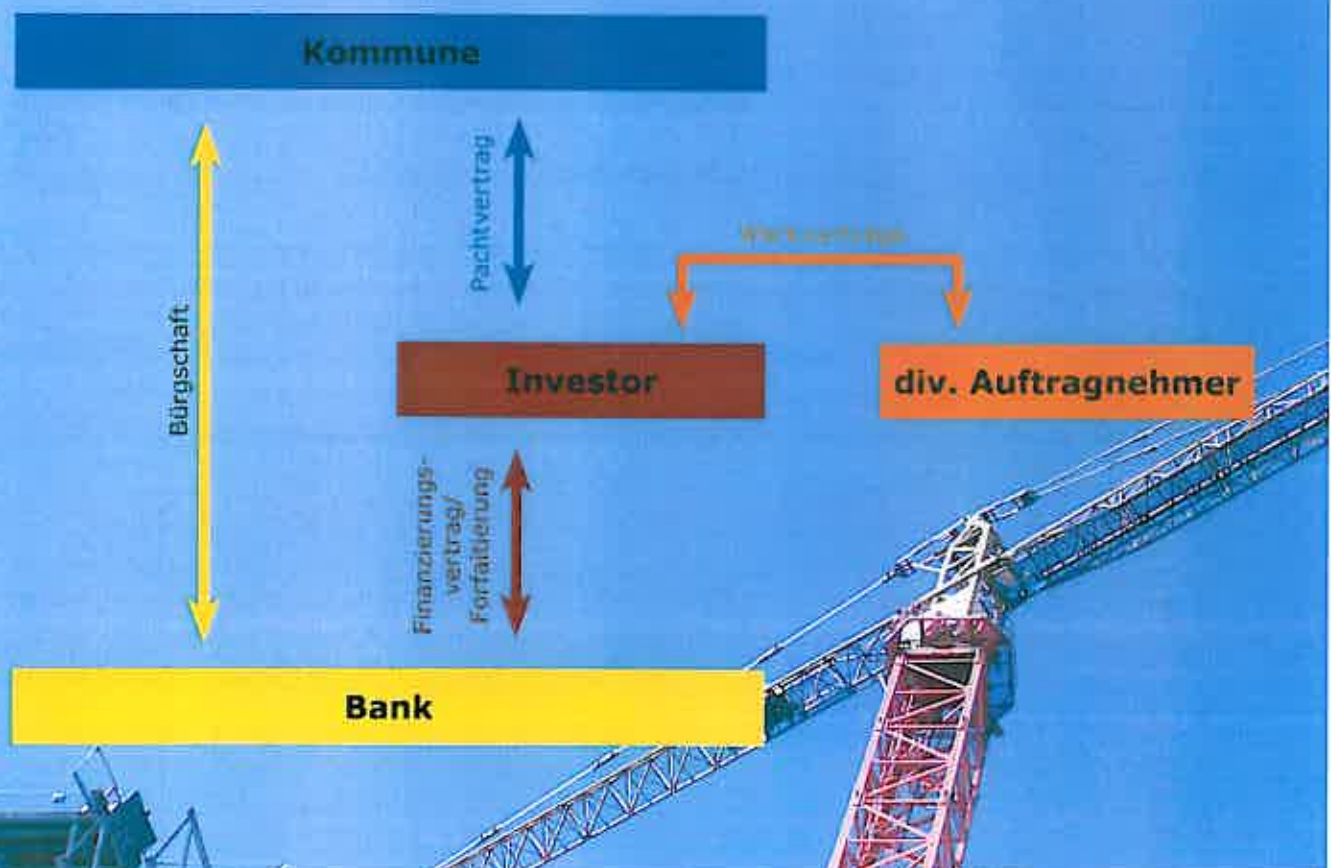
ständiglich auch ohne einen privaten Investor errichten. Sie werden dann Eigentümer der Kindertagesstätten und betreiben diese ohne privaten Partner.

BEIM INVESTORENMODELL?

Noch vor einigen Jahren hätten die Wörter „Grundstücksgeschäft“ und „Investor“ bei jeder Kommune die Alarmglocken schrillen lassen. Ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs aus dem Frühjahr 2010 (Urteil vom 25.03.2010, Rs.C-451/2008) brachte aber die lange ersehnte Erlösung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs soll nunmehr nur dann ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag vorliegen, wenn die Bauleistung dem Öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt.

Ein solches wirtschaftliches Interesse wird selbstverständlich bejaht, wenn der Öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Kita wird. Aber auch ein späteres Nutzungs-

Investorenmodell



recht des Auftraggebers – wie Mietverträge oder ähnlich – über eine noch zu errichtende Kita soll ein dergestalt geartetes wirtschaftliches Interesse begründen. Übt der Auftraggeber allerdings lediglich seine städtebauliche Regelzuständigkeit aus, soll dies im Normalfall nicht zur Ausschreibungspflicht führen. So weit so gut.

AUSSCHREIBUNGSPFLICHT?

Ausgehend von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach ein öffentlicher Bauauftrag nur dann vorliegt, wenn der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zu Bauleistungen übernimmt, können Städte und Gemeinden bei Grundstücksverkäufen mit einem Investor ausschreibungsfrei handeln, wenn sie Nutzungsarten vereinbaren, die nicht einklagbare Pflichten enthalten und ihnen nicht unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen.

Da der Neubau einer Kita meistens weniger als fünf Millionen Euro kostet, dürfte die Rechtslage unterhalb des EU-Schwellenwertes für die Städte und Gemeinden von maßgeblichem Interesse sein. Eine Kommune wird nämlich voraussichtlich keine zentrale Großeinrichtung schaffen wollen, die mehr als fünf Millionen Euro kosten dürfte, sondern vermehrt den Eltern ortsnahe und überschaubare Anlagen bieten wollen. Nichtsdestotrotz wird sich der Öffentliche Auftraggeber aber mit der Frage der Ausschreibungspflicht befassen müssen.

DIE SCHWELLENWERTE

Bis dato lag das Augenmerk in der vergaberechtlichen Rechtsprechung ausnahmslos auf Grundstücksgeschäften mit Bauverpflichtungen oberhalb des EU-Schwellenwertes. Aufgrund der Nichtanwendbarkeit des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) konnten potenzielle Kläger nämlich nicht die Vergabekammern anrufen und um Rechtsschutz nachsuchen. Ein effektiver Rechtsschutz, der im Zweifel bis zum Europäischen Gerichtshof führte, besteht bekanntermaßen – trotz aktueller Be-

strebung zur Novellierung des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems – nur oberhalb der EU-Schwellenwerte.

HAUSHALTSRECHT ENTSCHEIDET

Bei Grundstücksgeschäften mit Bauverpflichtung sprechen daher gute Gründe für eine Ausschreibungsfreiheit, solange der Auftragswert unterhalb des EU-Schwellenwertes liegt. Denn zwar sind Kommunen selbstverständlich auch bei diesen Auftragswerten regelmäßig an das nationale Vergaberecht und damit an den ersten Abschnitt der VOB/A aufgrund ihrer haushaltsrechtlichen Vorschriften gebunden. Bei einem Grundstücksverkauf mit Bauauftrag liegt jedoch – streng genommen – keine Bauleistung im Sinne des ersten Abschnitts der VOB/A vor, da nach § 1 VOB/A Bauleistungen Arbeiten jeder Art sind, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.

Veräußert die öffentliche Hand jedoch ein Grundstück – und sei es mit einer Bauverpflichtung verbunden –, und wird der Auftraggeber am Ende nicht Eigentümer der Bauleistung, ist der Anwendungsbereich der VOB/A mit guten Gründen nicht eröffnet. Die VOB/A geht nämlich von einem unmittelbaren Beschaffungsvorgang seitens des Öffentlichen Auftraggebers aus, der hier mit guten Argumenten nicht vorliegt. Damit wäre lediglich das Haushaltsrecht anwendbar. Die Vorschriften des Haushaltsrechts sollen jedoch lediglich eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung gewährleisten und nicht der Einrichtung einer bestimmten Wettbewerbsordnung für das Nachfrageverhalten des Staates dienen. Das Haushaltsrecht soll nur einen wirtschaftlichen Einkauf des Staates sicherstellen.

ANWENDBARKEIT DER VOB/A

Plant der Auftraggeber jedoch, am Ende der Beschaffung Eigentümer der Bauleistung – und damit Eigentümer der Kita – zu werden, ist von einem unmittelbaren Beschaffungsvorgang von Bauleistungen durch den Öffentlichen Auftraggeber auszu-

gehen. Folglich ist der erste Abschnitt der VOB/A anzuwenden. Öffentliche Auftraggeber möchten Beschaffungsvorhaben vor allem schnell, kosteneffizient und rechtsicher abwickeln. Dies gilt für die zusätzliche Schaffung von Kita-Plätzen wegen des Termindrucks der nahenden Betreuungsgarantie zum 1. August 2013 umso mehr.

PAKETVERGABE SPART UND BRINGT RECHTSSICHERHEIT

Vor dem Hintergrund der Ziele Öffentlicher Auftraggeber hat sich daher das Modell der Paketvergabe bewährt. Anders als bei herkömmlichen Vergabeverfahren schreibt der Auftraggeber bei Paketvergaben die Teilleistungen von Planung, Bau (und Betrieb) nicht in getrennten, sondern in einem gemeinsamen Vergabeverfahren aus, also „in einem Paket“. Die gebündelte Ausschreibung „in einem Paket“ spart dem Öffentlichen Auftraggeber nicht nur Zeit und Geld, sie macht das Vergabeverfahren und den Bauablauf auch rechtsicherer. Denn Auftraggeber haben nur noch einen Ansprechpartner und einen Verantwortlichen für das gesamte Projekt. Gerade im Baubereich entscheiden sich Öffentliche Auftraggeber vermehrt für eine solche Paketvergabe. Selbstverständlich muss die Möglichkeit des Rückgriffs auf eine Paketvergabe im Einzelnen geprüft und begründet werden.

Damit die Beschaffung der öffentlichen Hand schnell geht, möglichst günstig wird und eine hohe Qualität erreicht, sollte der Auftraggeber aber bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens bei der Planung des Verfahrens ansetzen. Gerade der Bau von Kindertagesstätten stellt die öffentliche Hand im Hinblick auf die Budgetplanung und spätere Unterhaltskosten vor große Herausforderungen. Um hier einen reinen Preiswettbewerb zu vermeiden, der den späteren Auftragnehmer nur anhand des Angebotspreises bestimmt, sollten Auftraggeber neben dem Preis daher durchdachte Zuschlagskriterien wählen.

AN DEN LEBENSZYKLUS GEDACHT

So können die späteren Betriebskosten als weiteres Zuschlagskriterium herangezogen werden, um zu vermeiden, dass nach dem Bau die laufenden Betriebskosten den Haushalt stetig und über Gebühr belasten. Auf diese Weise wird zudem sichergestellt, dass nicht das billigste Angebot gewinnt, sondern das Angebot den Zuschlag erhält, das insgesamt die langfristig wirtschaftlichste Lösung bietet.

Der Auftraggeber kann somit für ein gesamtwirtschaftliches Ergebnis den Lebenszyklusansatz auch im Baubereich einsetzen, indem dem Auftragnehmer neben der eigentlichen Bauleistung auch die spätere Instandhaltung übertragen wird. Es gibt also Mittel und Wege, auch noch kurz vor Toreschluss die Betreuungsgarantie umzusetzen und die Bürger nicht mit einem leeren Versprechen stehen zu lassen. ■