

Ausschreibung und Vergabe

Auftragnehmer

Auskunft erteilen

Vergibt ein Auftraggeber einen auslaufenden Vertrag aufs Neue, muss der bisherige Auftragnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Auskunft erteilen. (OLG Düsseldorf vom 22. Februar 2012 – AZ VII-Verg 87/11)

Häufig benötigen Auftraggeber vor einer Neuausschreibung Informationen vom bisherigen Auftragnehmer, um die Leistungsbeschreibung erstellen zu können. Einen Anspruch auf Auskunft haben Auftraggeber dann, wenn sie sich die Informationen unverschuldet nicht selbst beschaffen können.

Im vorliegenden Fall schrieb der Auftraggeber Versicherungsleistungen aus und verlangte vom bisherigen Auftragnehmer eine Schadensstatistik. Der Auftragnehmer verweigerte dies, da die Unterlagen über Schadensmeldungen dem Auftraggeber bereits vorlagen. Allein die Tatsache, dass der Auftragnehmer die Informationen leichter zusammenstellen kann als der Auftraggeber, reicht für einen Auskunftsanspruch jedoch nicht aus.

Dienstleistungen

Alttextilentsorgung

Alttextilienentsorgung stellt eine Dienstleistungskonzession dar, wenn der Auftragnehmer nur ein Verwertungsrecht an den Altkleidern erhält. (OLG Düsseldorf vom 7. März 2012 – AZ Verg 78/11)

Eine Kommune hatte die Aufstellung und den Betrieb von Altkleidercontainern sowie die Instandhaltung der Aufstellplätze ausgeschrieben. Dafür zahlte sie an den Auftragnehmer jedoch kein Entgelt. Vielmehr erhielt sie von ihm einen monatlichen Miet-/Pachtzins für die Standplätze.

Kein Dienstleistungsauftrag – entschied das OLG. Es fehlt hier an der Entgeltlichkeit der Leistung, die im Vergaberecht für einen „Auftrag“ Voraussetzung ist. Der Auftragnehmer erhalte auch nicht etwa durch die Alttextilien eine Gegenleistung

von der Kommune. Denn diese wurden ihm nicht von der Kommune, sondern von den Nutzern der Container überlassen. Damit war einzige Gegenleistung der Kommune für die Dienstleistung des Auftragnehmers die Übertragung des Rechts zur wirtschaftlichen Verwertung der Alttextilien.

Dies entspricht einer Dienstleistungskonzession, entschied das Gericht. Daher sind nicht die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig.

Gesamtvergabe

Sachliche Gründe

Bei Vorliegen sachlicher Gründe sind öffentliche Auftraggeber nicht zu einer Losvergabe verpflichtet. (OLG Düsseldorf vom 25. April 2012 – AZ VII-Verg 100/11)

Auftraggeber haben einen Ermessensspielraum, ob und wie sie Aufträge in Lose aufteilen. Dieser Spielraum ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar. Gerichte prüfen die Entscheidung eines Auftraggebers lediglich darauf, ob sie offenkundig fehlerhaft ist oder auf vernünftigen Erwägungen beruht und im Ergebnis vertretbar ist.

Sofern wirtschaftliche oder technische Gründe es erfordern, ist eine Gesamtvergabe zulässig. Im vorliegenden Fall schrieb der Auftraggeber Drucker und die zugehörige Software in einer Leistung aus. Zur Begründung verwies er auf Kompatibilitätsprobleme und technische Schwierigkeiten bei der Integration unterschiedlicher Hard- und Softwarekomponenten. Dies reichte für ein Absehen vom Grundsatz der Losvergabe aus.

Eignung

Insolvenzverfahren

Ein Bieter ist nicht zwingend deshalb ungeeignet, weil über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. (OLG Düsseldorf vom 2. Mai 2012 – AZ VII-Verg 68/11)

Die Vergabeunterlagen eines Auftraggebers bestimmten, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zum Ausschluss des jeweiligen Bieters führt. In diesem Fall sei die erforderliche Leistungsfähigkeit nicht sichergestellt. Zu Unrecht, wie der Vergabesenat des OLG Düsseldorf klarstellt. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befreit den Auftraggeber nicht von der Prüfung der Eignung des betreffenden Bieters im konkreten Einzelfall.

Nach Paragraph 6 Abs. 5 lit. a) VOL/A haben öffentliche Auftraggeber ein Ermessen bei der Entscheidung über den Ausschluss insolventer Bieter. Hiermit ist der automatische Ausschluss eines Bieters ohne jede weitere Prüfung nicht zu vereinbaren. Denn ein Ziel des Insolvenzverfahrens ist die Erhaltung des betroffenen Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzplans. Daran wird erkennbar, dass sich die Eignung eines Bieters und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen nicht zwingend ausschließen.

Fördermittel

Verjährungsfrist

Der Europäische Gerichtshof verschärft die Risiken für Fördermittelpfänger. Mitgliedstaaten müssen Zuschüsse des Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) zurückfordern, wenn der Begünstigte vergaberechtswidrig öffentliche Aufträge vergibt. (EuGH vom 21. Dezember 2011 – AZ Rs. C-465/10)

Sobald der Zuwendungsempfänger bei der Auftragsvergabe gegen das Vergaberecht verstößt, müssen die EU-Mitgliedstaaten gewährte Zuschüsse zurückfordern. Da es sich hierbei um eine gebundene Entscheidung handelt, haben die Mitgliedstaaten kein Entscheidungsermessen.

Die vierjährige Verjährungsfrist für den Rückforderungsanspruch beginnt erst, wenn der rechtswidrig vergebene Auftrag ausgeführt ist. Der Vergaberechtsverstoß hält während der gesamten Vertragsdauer an. Insbesondere bei der Vergabe langfristiger Verträge sollten Zuwen-

dungsempfänger daher ihr besonderes Augenmerk auf die Vergabegrundsätze richten. Andernfalls riskieren sie, noch Jahre nach Erhalt der Zuschüsse diese zurückzahlen zu müssen.

Grundstücksverkauf

Mit Bauverpflichtung

Veräußert die öffentliche Hand ein Grundstück, ist dies auch bei einer Bauverpflichtung meist kein öffentlicher Bauauftrag. (OLG Brandenburg vom 24. April 2012 – AZ 6 W 149/11)

Es bleibt dabei: Das Vergaberecht gilt für Grundstücksveräußerungen regelmäßig nicht, auch wenn sich der Bieter zum Bau verpflichten muss. Das OLG Brandenburg bestätigt die Rechtsprechung des EuGH und des OLG München.

Das Vergaberecht ist nur anwendbar, wenn die öffentliche Hand selbst an dem Verkauf ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ hat. Davon ist beispielsweise auszugehen, wenn der Auftraggeber Eigentümer des Bauwerks werden soll oder wenn er über einen Rechtstitel verfügt, nach dem ihm die Bauwerke für öffentliche Zwecke zur Verfügung stehen. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse liegt darüber hinaus vor, wenn der Auftraggeber aus der Veräußerung des Bauwerks wirtschaftliche Vorteile ziehen soll oder wenn er sich finanziell am Bau beteiligt oder die finanziellen Risiken des Bauwerks übernimmt.

Rahmenverträge

Begrenzte Laufzeit

Rahmenverträge dürfen nur in besonderen Ausnahmefällen länger als vier Jahre laufen. (OLG Düsseldorf vom 11. April 2012 – AZ VII-Verg 95/11)

Nach Paragraph 4 Abs. 1 S. 4 VOL/A und Paragraph 4 Abs. 7 EG VOL/A dürfen Rahmenverträge eine Laufzeit von vier Jahren nur überschreiten, wenn es der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände rechtfertigen. Ansonsten könnten Aufträge dem Wettbewerb zu lange entzogen werden.

Eine längere Laufzeit ist etwa erlaubt, wenn der Auftragnehmer hohe Investitionen tätigt, die sich andernfalls nicht amortisieren. Dagegen reicht es nicht aus, wenn sich die Kosten wegen der längeren Laufzeit insgesamt verringern. Denn dies trifft auf nahezu jede Ausschreibung zu.

Die Entscheidung für eine längere Laufzeit ist gerichtlich voll überprüfbar. Deshalb sollten Auftraggeber die Gründe sorgfältig und nachvollziehbar dokumentieren.

Losaufteilung

Reinigungsleistungen

Bei Reinigungsdienstleistungen ist die Glasreinigung ein eigenständiges Fachlos und muss grundsätz-

lich gesondert vergeben werden. (OLG Koblenz vom 4. April 2012 – AZ 1 Verg 2/11)

Die Glasreinigung ist innerhalb der Reinigungsdienstleistungen ein eigenständiges Fachlos und muss grundsätzlich gesondert vergeben werden. Dies gilt auch dann, wenn ein Auftraggeber schon Gebietslose gebildet hat. Denn nach dem Wortlaut von Paragraph 97 Abs. 3 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der den Grundsatz der losweisen Vergabe regelt, sind Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, wenn beides möglich ist.

Bei Reinigungsdienstleistungen ist es in der Regel möglich, die Glas- beziehungsweise Fensterreinigung getrennt zu vergeben. Denn es sind keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe ersichtlich, die eine gemeinsame Vergabe mit anderen Reinigungsdienstleistungen rechtfertigen. Falls das ausnahmsweise anders ist, muss der Auftraggeber dies jedenfalls sehr ausführlich begründen.

Im Ergebnis folgt das OLG Koblenz damit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Vergabe von Reinigungsleistungen. *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.

