

Ausschreibung und Vergabe

Rechtsschutz

Angebotsmängel

Bieter dürfen auch ohne zuschlagsfähiges Angebot einen Nachprüfungsantrag stellen. (EuGH vom 4. Juli 2013 – AZ C-100/12)

Nach italienischem Recht dürfen nur diejenigen Bieter gegen einen Zuschlag vorgehen, deren Angebote selbst den technischen Anforderungen entsprechen. Diese Bedingung verstößt gegen die europäische Rechtsmittelrichtlinie, wie der EuGH nun klarstellte. Ein Nachprüfungsverfahren müsse jeder Person offen stehen, die ein Interesse an einem Auftrag habe und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Die genannte Bedingung sei mit einem effektiven Rechtsschutz nicht zu vereinbaren. Der EuGH bestätigt damit indirekt die deutsche Umsetzung der Richtlinie in Paragraph 107 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Wohnungsbau

Öffentlicher Auftrag

Steuervorteile und Subventionen für den Bau von Sozialwohnungen können gegen Beihilfe- und Vergaberecht verstoßen. (EuGH vom 8. Mai 2013 – AZ C-197/11; C-203/11)

Der EuGH hält Vorteile für Unternehmen, die Sozialwohnungen bauen, nur unter engen Vorgaben für zulässig. Die Vorteile dürfen nur die Kosten (zuzüglich eines angemessenen Gewinns) ausgleichen, die mit dem Bau verbunden sind. Maßgeblich sind die bekannten vier Altmark-Kriterien (EuGH vom 24. Juli 2003 – AZ C-280/00). Die Kosten und die Ausgleichsparameter müssen also transparent festgelegt werden.

Wenn die öffentliche Hand Sozialwohnungen von einem Unternehmen bauen lässt und sie diese Wohnungen kauft oder vertreibt, ist das grundsätzlich ein öffentlicher Bauauftrag. Das Vergaberecht ist anzuwenden, auch wenn nur ein Erschließungsvertrag und im Übrigen gesetzliche Regelungen zugrunde liegen.

Energiekonzessionen

Gleichbehandlung

Kommunen dürfen ihre Stadtwerke bei Konzessionsvergaben nicht bevorzugen. Die Kommunalaufsicht darf gravierende Verstöße gegen das Energiewirtschaftsgesetz beanstanden. (OVG Niedersachsen vom 11. September 2013 – AZ 10 ME 87/12; 10 ME 88/12)

Der Landkreis Leer als Kommunalaufsichtsbehörde beanstandete die Ratsbeschlüsse verschiedener Kommunen. Die Gemeinden hätten die Auswahl in einem intransparenten und diskriminierenden Verfahren getroffen.

Zu Recht, wie das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht feststellte. Das Gericht sah unter anderem darin einen Verstoß, dass die Kommunen ihre Vergabeentscheidung nicht im Wesentlichen mit den Zielen von Paragraph 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) begründeten. Die Kommunen könnten sich auch nicht auf ihre Selbstverwaltungsgarantie berufen, da diese nur im Rahmen der Gesetze gelte, zu denen auch das EnWG gehöre. Die Vorinstanz hatte den Sachverhalt noch anders beurteilt. Diese Entscheidung verdeutlicht, dass Kommunen bei Energiekonzessionsvergaben mit rechtlichen Angriffen von vielen Seiten rechnen müssen.

Schwellenwert

Gesamtbetrachtung

Wird eine Uni-Mensa umgebaut, darf die neue Anlage zur Essensausgabe bei der Schätzung des Auftragswerts nicht isoliert betrachtet werden. (KG vom 13. Mai 2013 – AZ Verg 10/12)

Der Antragsgegner schrieb verschiedene Gewerke zum Umbau einer Mensa einzeln europaweit aus. Der Antragsteller bewarb sich um Bau und Wartung der Anlage zur Essensausgabe und machte Verfahrensverstöße geltend. Seinen Nachprüfungsantrag stellte die Vergabekammer dem Antragsgegner nicht zu, weil die Ausschreibung den Schwellenwert

nach Paragraph 2 der Vergabeverordnung (VgV) nicht erreichte. Die Beschwerde des Antragstellers zum Kammergericht war erfolgreich.

Laut Kammergericht sind Einbau und Wartung der Essensausgabe Teil des Gesamtprojekts „Umbau Mensa“. Die Leistungen sind damit als Los eines einheitlichen Bauauftrages anzusehen. Maßgeblich dafür sind planerische Wechselwirkungen zwischen dem Umbau und der Gestaltung der Essensausgabe sowie die Identität der Vergabestelle. Alle Lose des Umbaus zusammengenommen überstiegen den EU-Schwellenwert, sodass die Nachprüfung eröffnet war. Der Zuschlag hätte laut Gericht dem Angebot des Antragstellers gebührt.

Altpapiersammlung

Verbot aufgehoben

Gewerbliche Unternehmen dürfen wieder Altpapier sammeln. Den privaten Sammlungen steht kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegen, wenn die Kommunen selbst nicht sammeln. (OVG Münster vom 15. August 2013 – AZ 20 A 2798/11; 20 A 3043/11; 20 A 3044/11)

Drei Kommunen hatten die Sammlung von Altpapier eingestellt, die gewerbliche Sammlung nach dem alten Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz aber untersagt. Das jetzt geltende Kreislaufwirtschaftsgesetz erlaubt solche Untersagungen aber nur, wenn überwiegend öffentliche Interessen entgegenstehen, urteilte das OVG und hob die Untersagungsverfügungen der Städte auf.

Diese Voraussetzungen lägen hier aber nicht vor. Weder die Funktionsfähigkeit, Planungssicherheit und Organisationsverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, noch die des Rücknahmesystems für Verkaufsverpackungen seien gefährdet. Den Kommunen werde insbesondere kein Altpapier entzogen, da diese keines mehr sammeln würden. Die Sammlungen hätten keine relevanten Auswirkungen auf die Abfallgebühren und erschwerten oder unterliefen die Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb daher nicht.

Eignung

Getrennte Kriterien

Das OLG Düsseldorf trennt weiter streng Eignungs- und Zuschlagskriterien und setzt sich damit in Widerspruch zum Gericht der Europäischen Union. (OLG Düsseldorf vom 12. Juni 2013 – AZ Verg 7/13)

Auftraggeber müssen auch bei Ausschreibungen von Architekten- und Ingenieurleistungen sauber zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien trennen. Das OLG Düsseldorf sieht einen Verstoß gegen dieses Trennungsgebot, wenn die Erfahrung und die fachliche Kompetenz des Projektverantwortlichen zum Zuschlagskriterium gemacht werden.

Damit widerspricht das OLG Düsseldorf dem Gericht der Europäischen Union (EuG). Dieses erlaubte in einer erst kürzlich veröffentlichten Entscheidung aus 2010 die doppelte Berücksichtigung von Lebensläufen der Mitglieder eines Projektteams sowohl in der Eignungs- als auch in der Zuschlagsphase. Seine Entscheidung begründete es damit, dass gerade die berufliche Erfahrung eines Teams auch den technischen und wirtschaftlichen Wert des Angebots beeinflusse und mit bewertet werden müsse.

Erfahrungen zählen

Auftraggeber dürfen bei der Prognose, ob ein gekündigter Auftragnehmer geeignet ist, Konflikte in einem früheren Vertragsverhältnis berücksichtigen. (OLG München vom 1. Juli 2013 – AZ Verg 8/13)

Bei seiner Prognose, ob ein Unternehmen zur zukünftigen Leistungserbringung geeignet ist, verfügt der Auftraggeber über einen Beurteilungsspielraum. Dabei darf der Auftraggeber eigene negative Erfahrungen mit einem gekündigten Auftragnehmer berücksichtigen. Konflikte (personell, zeitlich, technisch) mit dem bisherigen Auftragnehmer, die das übliche Maß bei Weitem übersteigen, können für eine negative Eignungsprognose genügen.

Das Oberlandesgericht weist jedoch darauf hin, dass der Auftraggeber eine konkrete Eignungsprognose für jeden Auftrag vornehmen muss. Ein Unternehmen kann also für einen Auftrag ungeeignet und für einen parallelen Auftrag geeignet sein.

Aufhebung

Keine Haushaltsmittel

Fehlende Haushaltsmittel rechtfertigen die Aufhebung einer Ausschreibung. (OLG Düsseldorf vom 26. Juni 2013 – AZ Verg 2/13)

Öffentliche Aufträge dürfen nur im Rahmen von Haushaltsmitteln vergeben werden. Stehen solche Mittel nicht oder im Verlaufe eines Vergabeverfahrens nicht mehr zur Verfügung, rechtfertigt das eine Aufhebung des gesamten Verfahrens.

Etwas anderes gilt nur, wenn dem Auftraggeber bereits im Vorfeld bekannt war, dass seine Mittel nicht ausreichen werden oder er damit hätte rechnen müssen. An die Erkennbarkeit stellt die Rechtsprechung aber hohe Anforderungen. Erst durch die endgültige Ablehnung des Haushaltsplans stehe für einen Auftraggeber fest, dass die Haushaltsmittel nicht mehr zur Verfügung stehen werden.

Nebenbei stellt das OLG klar: Ist der Haushaltsplan noch nicht verabschiedet, liegt kein Fall fehlender Ausschreibungsreife vor, wenn dem Auftraggeber die Sicherheit der Finanzierung von der zuständigen Stelle zugesagt wurde. Er darf sich auf eine solche Zusage verlassen und das Vergabeverfahren einleiten.

Beschaffung

Autonomie

Die Vergabekammer kann einen Auftraggeber nicht zwingen, ein Vergabeverfahren durchzuführen. (OLG Frankfurt vom 3. Juli 2013 – AZ 11 Verg 11/13)

Eine Vergabekammer verpflichtete den Auftraggeber, das Vergabeverfahren aufzuheben und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu durchzuführen. Der Auftraggeber erhob sofortige Beschwerde gegen diesen weitgehenden Beschluss.

Mit Erfolg! Dem Auftraggeber steht die Beschaffungshoheit zu. Er kann nur dann verpflichtet sein, ein neues Vergabeverfahren einzuleiten, wenn sein Beschaffungswille fortbesteht.

In einer interessanten Konstellation zeigt das OLG Frankfurt nochmals auf: Auch die öffentliche Hand unterliegt keinem Kontrahierungszwang!

Geltungszeitpunkt

Neue Richtlinie

Ausnahmsweise gilt eine neue Vergaberichtlinie auch für ein bereits eingeleitetes Beschaffungsprojekt. (EuGH vom 11. Juli 2013 – AZ C-576/10)

Grundsätzlich ist das Vergaberecht anzuwenden, das gilt, wenn der Auftraggeber das Verfahren beginnt, so der EuGH. Das Datum der Auftragsvergabe sei regelmäßig nicht maßgeblich.

Der Europäische Gerichtshof formuliert jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz: Verhandeln Auftraggeber und Bieter wesentliche Vertragsbestimmungen im Vergabeverfahren neu, kann eine zeitlich spätere Richtlinie anzuwenden sein. Dazu muss die Umsetzungsfrist zum Zeitpunkt der Neuverhandlung abgelaufen sein.

Unklarheiten

Nachtragsgefahr

Für spätere Vertragsauslegungen ist die objektive Sicht der potenziellen Bieter maßgeblich. Das subjektive Verständnis des Auftraggebers von seiner Ausschreibung ist nicht entscheidend. (BGH vom 12. September 2013 – AZ VII ZR 227/11)

Gerade bei Bauleistungen ist darauf zu achten, auch etwaige Erschwernisse im Bauablauf allen Bietern im Verfahren mitzuteilen. Dazu gehören beispielsweise mögliche Behinderungen durch andere Unternehmen oder – wie in der Entscheidung des BGH – eine nicht dauerhaft entfernte Hochspannungsleitung.

Auftraggeber sollten unbedingt im Vergabeverfahren kalkulationserhebliche Umstände beschreiben. Andernfalls kann eine spätere Vertragsauslegung zu hohen Nachträgen führen.

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 „Öffentlicher Sektor und Vergabe“, **Dr. Jens Biemann** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht