

# Ausschreibung und Vergabe

## Nachforderung

### Bilanz folgt

**Fehlende Unterlagen eines Bewerbers darf ein Auftraggeber auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist nachfordern. (EuGH vom 10. Oktober 2013 – AZ C-336/12)**

Auftraggeber dürfen fehlende Unterlagen eines Bewerbers auch nach Ablauf der Bewerbungsfrist nachfordern. Voraussetzung ist, dass die fehlenden Unterlagen bereits vor Ablauf der Bewerbungsfrist existierten. Auch darf der Auftraggeber nicht den Ausschluss eines Bewerbers bei unvollständigem Teilnahmeantrag angedroht haben. Denn in diesem Fall wäre der Auftraggeber an seine eigenen Vorgaben gebunden.

In dem entschiedenen Fall führte der Auftraggeber ein nicht offenes Verfahren durch. Ein Bewerber vergaß, seinen Unterlagen die bereits veröffentlichte Unternehmensbilanz beizufügen.

Der Fall sei genauso zu behandeln wie bei unvollständigen Angeboten, urteilte das Gericht. Das Nachfordern verstößt laut EuGH erst dann gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn ein Bieter die Möglichkeit bekommt, sein Angebot inhaltlich nachzubessern.

## Ausschreibungspflicht

### Subventionen

**Auch Steuernachlässe können Subventionen sein, die den Empfänger zur Durchführung eines Vergabeverfahrens verpflichten. (EuGH vom 26. September 2013 – AZ C-115/12)**

Ein französisches Fremdenverkehrsunternehmen renovierte mit Mitteln der EU-Kommission ohne Ausschreibung einen Club Méditerranée auf Martinique. Die verwendeten Mittel resultierten unter anderem aus Steuerbefreiungen und machten insgesamt 63,33 Prozent der Auftragssumme aus.

Der EuGH qualifiziert einen „Club Med“ als Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtung und erläutert, warum auch „indirekte“ Subventionen, wie bei-

spielsweise Steuernachlässe, unter den vergaberechtserheblichen Subventionsbegriff fielen. Dieser umfasse jede Form der Begünstigung. Im entschiedenen Fall seien die Steuernachlässe den übrigen Subventionen zuzurechnen. Hierdurch überschritt der durch Beihilfen finanzierte Anteil die 50-Prozent-Schwelle und löste die Ausschreibungspflicht aus.

## Preise

### Widersprüche

**Angebote mit Eintragungen und Angaben eines Bieters dürfen nur als unvollständig und widersprüchlich von der Wertung ausgeschlossen werden, wenn die Anforderungen des Auftraggebers eindeutig zu verstehen waren. (OLG Dresden vom 8. Mai 2013 – AZ Verg 1/13)**

Ein Bieter gab im Feld „Nachunternehmerleistungen“ einen Preis an, der keinen Betrag für Wagnis/Gewinn des Nachunternehmers berücksichtigte. Der Auftraggeber verglich den Gesamtbetrag mit den angebotenen Einzelpreisen und stellte einen vermeintlichen Widerspruch fest.

Zu Unrecht. Nach Auffassung des Gerichts durfte der Bieter das Formblatt so verstehen, dass nicht die dem Auftraggeber angebotenen Preise für Nachunternehmerleistungen gefordert waren, sondern die vom Bieter berechneten Preise der Nachunternehmer.

## Kommunen

### Stadt bietet selbst

**Kommunen dürfen sich selbst als Bieter an Ausschreibungen beteiligen, wenn sie einen öffentlichen Zweck verwirklichen. (OLG Düsseldorf vom 7. August 2013 – AZ Verg 14/13)**

Die Kreispolizeibehörde schrieb die Neuunterbringung der Polizeiwache in Ratingen (Nordrhein-Westfalen) aus. Die Stadt Ratingen beteiligte sich selbst an der Ausschreibung. Das OLG Düsseldorf entschied, dass die Teilnahme der Stadt als Bieter zulässig war. Es hielt Paragraph 6

Abs. 1 Nr. 3 EG der Vergabeordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A), wonach Justizvollzugsanstalten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltung im Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen sind, wegen Verstoßes gegen Europarecht für nicht anwendbar. Denn sonst wäre eine Teilnahme der öffentlichen Hand und ihrer Einrichtungen an Vergabeverfahren generell ausgeschlossen, was nach dem Europarecht nicht gewollt sei.

Der Vergabesenat begründete dies mit einem Urteil des EuGH vom 23. Dezember 2009 (AZ Rs. C-305/08). Darin hatte der EuGH für Universitäten entschieden, dass diese sich grundsätzlich an Vergabeverfahren beteiligen dürften, auch wenn sie nicht in erster Linie Gewinne erzielen, nicht wie ein Unternehmen strukturiert und nicht ständig marktpräsenz sind.

## Binnenmarkt

### In Grenznähe

**An Aufträgen von wirtschaftlich sehr geringer Bedeutung, deren Leistungsort nicht in der Nähe einer innereuropäischen Grenze liegt, besteht kein grenzüberschreitendes Interesse. (EuG vom 29. Mai 2013 – AZ T-384/10)**

Auftraggeber müssen bei der Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich nur dann die Vorgaben des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) beachten, wenn an dem Auftrag ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Hierfür kommt es auf das Volumen des Auftrages und die Grenznähe des Leistungsortes an.

In diesem Fall bejahte das Gericht die Binnenmarktrelevanz. Der streitgegenständliche Auftrag hatte ein Volumen von rund einer Million Euro. Der Leistungsort lag in der Nähe der spanisch-portugiesischen Grenze. Das Königreich Spanien nutzte Mittel der EU-Kommission für Bauvorhaben im Bereich der Wasserversorgung und hätte den AEUV beachten müssen: Das Zuschlagskriterium „Erfahrung in Spanien beziehungsweise Andalusien“ verstieß gegen das AEU-vertragliche Diskriminierungsverbot.

## Rüge

### Keine Wartefrist

**Ein Bieter muss die Beantwortung seiner Rüge nicht abwarten, bevor er einen Nachprüfungsantrag stellt. (OLG Düsseldorf vom 17. Juli 2013 – AZ Verg 10/13)**

Ein Bieter rügte einen behaupteten Vergaberechtsverstoß und setzte dem Auftraggeber eine Frist zur Beantwortung von drei Tagen. Nach Ablauf der drei Tage reichte er einen Nachprüfungsantrag ein. Erst danach beantwortete der Auftraggeber die Rüge beziehungsweise wies diese zurück. Das OLG Düsseldorf stellte fest, dass es keine gesetzliche Wartefrist zwischen einer Rüge und der Einreichung eines Nachprüfungsantrags gibt.

Nach wie vor nicht geklärt ist aber, ob ein Bieter auch vor Ablauf der von ihm selbst gesetzten Frist (hier drei Tage) einen Nachprüfungsantrag stellen darf oder sich in dieser Zeit selbst rechtlich gebunden hat.

## Eingangsvermerk

### Schadenersatz

**Bieter dürfen darauf vertrauen, dass Auftraggeber die Auftragsvergabe ordnungsgemäß durchführen. Ein unzureichender Eingangsvermerk kann zu Schadenersatzansprüchen der Bieter führen. (OLG Naumburg vom 1. August 2013 – AZ 2 U 151/12)**

Bringt der Auftraggeber keinen hinreichenden Eingangsvermerk an, sodass nicht festgestellt werden kann, ob Angebote rechtzeitig eingegangen sind, verstößt er gegen das Vergaberecht.

Der Auftraggeber verstößt ebenfalls gegen Vergaberecht, wenn wesentliche Bestandteile der eingegangenen Angebote bei der Angebotseröffnung nicht

gekennzeichnet wurden und daher nicht ausgeschlossen werden kann, dass Angebotsinhalte oder -unterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist manipuliert wurden.

Bieter können dann die Kosten, die bei der Vorbereitung und Erstellung des Angebots notwendigerweise entstehen, als Schadenersatz verlangen. Dies können Sach- und Materialkosten sowie Kosten für Vor-Ort-Besichtigungen oder für Verhandlungen mit Nachunternehmern im Hinblick auf das konkrete Vergabeverfahren sein.

## Dokumentation

### Berater im Boot

**Ein öffentlicher Auftraggeber kann zur Erstellung der Vergabedokumentation einen Berater hinzuziehen. (OLG München vom 25. Juli 2013 – AZ Verg 7/13)**

Eine Vergabedokumentation ist nicht deshalb mangelhaft, weil sich der öffentliche Auftraggeber dafür eines Projektsteuerers bedient. Der Auftraggeber muss den Inhalt des Vergabevermerks allerdings billigen und die wesentlichen Entscheidungen im Verfahren selbst treffen. Stimmt er der Zuschlagsentscheidung zu, billigt er damit auch den Inhalt des Vergabevermerks.

Nebenbei stellt das Oberlandesgericht München klar: Ein Auftraggeber muss einen Vergabevermerk nicht in einem einzigen Dokument zusammenfassen. Eine fortlaufende Dokumentation in mehreren Blättern oder Vermerken genügt, sofern sich hieraus die Stufen des Verfahrens und die Begründungen für die Entscheidungen nachvollziehbar ergeben.

## Energiekonzessionen

### Keine Direktvergabe

**Kommunen dürfen ihren eigenen Stadtwerken die Stromkonzessionen nicht ohne transparentes Wettbewerbsverfahren übertragen. (BGH vom 17. Dezember 2013 – AZ KZR 65/12 und KZR 66/12)**

Der Bundesgerichtshof stellt mit seinen Entscheidungen zur Vergabe von Stromkonzessionen vom Dezember 2013 nochmals klar, dass sich Kommunen bei Energiekonzessionen nicht auf die

Grundsätze zu Inhouse-Vergaben berufen dürfen. Auch das verfassungsrechtlich geschützte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden erlaubt nicht, auf einen Wettbewerb zu verzichten.

Außerdem muss eine Kommune die Wertungskriterien mit ihren Gewichtungen rechtzeitig vor Angebotsabgabe allen Bietern mitteilen, so der BGH. Die Auswahl dieser Kriterien sei vorrangig an den Zielen des Paragraphen 1 des Energiewirtschaftsgesetzes (z. B. Effizienz, sichere Versorgung) auszurichten.

Mit den beiden Entscheidungen greift der Bundesgerichtshof wesentliche Fragen für Energiekonzessionen auf. Weiterhin bestehen aber aufgrund der unklaren Gesetze Lücken, die die Rechtsprechung zu schließen hat – bisher gelang das leider nicht immer einheitlich.

## Auftragsgegenstand

### Autonomie

**Der Auftraggeber darf sich auf einen bestimmten Beschaffungsgegenstand festlegen, auch wenn dies den Wettbewerb beschränkt. (OLG Karlsruhe vom 15. November 2013 – AZ 15 Verg 5/13)**

Der Auftraggeber bestimmt die Anforderungen, die der Auftragsgegenstand in funktionaler, technischer und ästhetischer Hinsicht erfüllen muss. Die Kriterien müssen dabei sach- und auftragsbezogen und dürfen nicht diskriminierend sein.

Der Auftraggeber darf den Beschaffungsbedarf auf eine bestimmte technische Ausgestaltung festlegen, solange seine Entscheidung nicht auf sachfremden Gründen beruht.

Wenn der Auftraggeber in zumutbarer Weise seinen Beschaffungsbedarf ermittelt und sich aus sachlichen Gründen zur konkreten Festlegung entschließt, handelt er vergaberechtskonform. Eine etwaige wettbewerbsverengende Wirkung ist dann hinzunehmen.

*Ute Jasper / Jens Biemann*

Die Autoren

**Dr. Ute Jasper** ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf ([www.heuking.de](http://www.heuking.de)) 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

[gemeinderat-online.de](http://gemeinderat-online.de)

#### Ausschreibung und Vergabe:

Weitere Urteile aus diesem Bereich finden Sie auf unserer Homepage [gemeinderat-online.de](http://gemeinderat-online.de) unter „Rechtsprechung“ > „aktuell“ und „Archiv“.