

# Ausschreibung und Vergabe

## RECHTSSCHUTZ

### Fristen

*Nationale Fristen sind stets darauf zu überprüfen, ob sie mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes kollidieren. (EuGH vom 8. Mai 2014 – AZ C-161/13)*

Ein italienischer Sektorenauftraggeber bezuschlagte vergaberechtswidrig eine Bietergemeinschaft. Nach Zuschlag, aber vor Vertragsschluss, schied ein Mitglied aus der Bietergemeinschaft aus. Ein Konkurrent erfuhr erst Monate nach Vertragsschluss davon und griff den Vertrag an. Die im italienischen Recht zu beachtende Antragsfrist war da längst abgelaufen.

Dies stehe einer Nachprüfung nicht im Wege, so der Europäische Gerichtshof. Nachprüfungsfristen beginnen erst zu laufen, wenn der Antragsteller von dem geltend gemachten Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen müssen.

## IN-HOUSE-GESCHÄFTE

### Kontrollkriterium

*„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ erfordert, dass der Auftraggeber auf sämtliche Bereiche des Auftragnehmers wirksam, strukturell und funktionell Einfluss nehmen kann. (EuGH vom 8. Mai 2014 – AZ C-15/13)*

Die Technische Universität Hamburg-Hamburg wollte eine Gesellschaft beauftragen. An beiden – Auftraggeber und Auftragnehmer – hält die Stadt Hamburg Anteile. Sie ging davon aus, das Geschäft zwischen Schwestergesellschaften sei als horizontales In-House-Geschäft ausschreibungsfrei.

Zu Unrecht! Hierfür fehle es bereits an einer Kontrolle der Stadt Hamburg über die Universität, urteilte der Europäische Gerichtshof. Die Stadt habe nur Einfluss auf die Beschaffungstätigkeit der Hochschule. In Forschung und Lehre sei diese hingegen weitgehend autonom. Dies sei mit der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ nicht vereinbar.

Ob horizontale In-House-Geschäfte zulässig sind, ließ der EuGH offen. Art. 12 Abs. 2 der neuen Vergaberichtlinie (2014/24/EU) nimmt solche Geschäfte vom Geltungsbereich des Vergaberechts aus.

## ABSPRACHEN

### Straftaten

*Bieter begehen mit wettbewerbsbeschränkenden Absprachen eine Straftat – unabhängig von der Art der Ausschreibung. (BGH vom 17. Oktober 2013 – AZ 3 StR 167/13)*

Ein öffentlicher Auftraggeber schrieb Bauleistungen in einer beschränkten Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb aus. Zwei Geschäftsführer von Bauunternehmen stimmten sich vor Angebotsabgabe über die Höhe ihrer Gebote ab, um die Chance eines Bauunternehmens auf den Zuschlag zu erhöhen. Die Geschäftsführer wurden wegen wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäß Paragraf 298 Abs. 1 StGB verurteilt.

Zu Recht, urteilte der Bundesgerichtshof, denn der Straftatbestand erfasse auch beschränkte Ausschreibungen ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb. Der Wortlaut des Paragrafen 298 Abs. 1 StGB sei nicht auf bestimmte Arten von Ausschreibungen begrenzt.

## VERGABEVERSTOSS

### Aufhebung

*Ein Vergabeverfahren darf nicht allein deshalb aufgehoben werden, weil der Auftraggeber gegen das Vergaberecht verstoßen hat. (BGH vom 20. März 2014 – AZ X ZB 18/13)*

Der Bundesgerichtshof verlangt, alle Umstände des Einzelfalls umfassend abzuwägen, um festzustellen, ob ein schwerwiegender Grund für eine Aufhebung vorliegt. Mängel, die die Durchführung des Verfahrens und die Vergabe des Auftrags

selbst ausschließen, wie etwa das Fehlen öffentlicher Mittel, sieht der Senat als Aufhebungsgründe an.

Grundsätzlich genüge demgegenüber ein eigenes „Fehlverhalten der Vergabestelle“ nicht, weil sich diese sonst selbst durch Rechtsverstöße den Bindungen des Vergaberechts entziehen könne.

## HAUSHALTSRECHT

### Verstoß

*Verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen Haushaltsrecht, führt dies nicht zwingend zu einer Nichtigkeit des Vertrages. (BGH vom 24. April 2014 – AZ VII ZR 164/13)*

Im vorliegenden Fall verstieß das Land Rheinland-Pfalz zwar gegen die Kostenregelungen des Paragrafen 54 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung (LHO-RP). Beim Haushaltsrecht handelt es sich aber nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des Paragrafen 134 BGB. Denn das Haushaltsrecht ist ein Innenrecht, das nur die Verwaltung bindet. Es hat lediglich eine beschränkte Außenwirkung.

Eine Nichtigkeit kommt allenfalls in Betracht, wenn der Verstoß gegen das Haushaltsrecht im krassen Widerspruch zum Gemeinwohl steht und beiden Vertragspartnern zuzurechnen ist. Nur dann, so die Auffassung des Bundesgerichtshofs, wäre der Vertrag sittenwidrig und nach Paragraf 138 BGB nichtig.

## VERTRAGSÄNDERUNG

### Neuausschreibung

*Erweitern Vertragsparteien den Leistungsumfang um mehr als 20 Prozent und überschreitet die Erweiterung den Schwellenwert, muss neu ausgeschrieben werden. (OLG Düsseldorf vom 12. Februar 2014 – AZ VII-Verg 32/13)*

Der Vergabesenat verweist auf die berühmte Priesstext-Entscheidung des EuGH vom 19. Juli 2008 (C-454/06) und hält an dieser Linie weiter fest: Wesentliche Ver-

tragsänderungen erfordern ein neues Vergabeverfahren.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hält allerdings eine Neuausschreibung für entbehrlich, wenn die beabsichtigte Vertragserweiterung mit der ursprünglichen Ausschreibung bekannt gemacht und so für die Bieter erkennbar war. Bei allen Vergaben, besonders bei langlaufenden Dauerschuldverhältnissen, sollten die Auftraggeber mögliche Nachträge schon in der Bekanntmachung aufführen, um die Verträge später an geänderte Rahmenbedingungen anpassen zu können.

## RECHTSÄNDERUNG

### Kein Hinweis

*Ein öffentlicher Auftraggeber muss in seinen Vergabeunterlagen nicht darauf hinweisen, dass (möglicherweise) Rechtsänderungen eintreten. (OLG Düsseldorf vom 5. Februar 2014 – AZ Verg 42/13)*

Eine geänderte Rechtslage muss ein Auftraggeber erst bei Inkrafttreten der Regelung berücksichtigen. Nur wenn sich das Recht während des Vergabeverfahrens ändert, ist ein Hinweis notwendig.

Falls der öffentliche Auftraggeber aber absehen kann, dass die Änderung keine Auswirkungen auf „sein Verfahren“ (insbesondere in Bezug auf die Angebotskalkulation) hat, muss er die Bieter auch nicht informieren. Dies gilt vor allem, wenn eine Rechtsänderung erst nach Abschluss des Verfahrens und damit nach Vertragsschluss eintritt.

## EIGNUNGSNACHWEISE

### Konkrete Vorgaben

*Ist nicht eindeutig ersichtlich, welche Erklärungen und Nachweise im Einzelnen gefordert sind, so geht dies zu Lasten der Vergabestelle. (OLG München vom 30. April 2014 – AZ Verg 2/14)*

Sofern Erklärungen und Nachweise nachgefordert werden, muss für den Bieter hinreichend bestimmt sein, was konkret vorzulegen ist. Legt ein Bieter im Rahmen der Nachforderung ein anderes als das vom Auftraggeber eigentlich gewünschte Zertifikat vor, aber ist dieses ebenfalls als Eignungsnachweis geeignet, so darf der Bieter nicht ausgeschlossen werden. Für alle Anforderungen an Eignungsnachweise gilt: Auftraggeber müssen deutlich machen, welche Eignungsnachweise beizubringen sind, und im Zweifel andere geeignete Nachweise ebenfalls zulassen. Ist die Anforderung unklar, trifft den Bieter keine Pflicht zur Rückfrage.

## RÜGE

### Rücknahme zulässig

*Bieter dürfen Rügen gegenüber dem Auftraggeber zurücknehmen. Die Rücknahme stellt keinen dauerhaften Rechtsmittelverzicht dar. (OLG Dresden vom 25. Februar 2014 – AZ Verg 9/13)*

Selbst wenn die Rücknahme einer Rüge im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht gesetzlich geregelt ist, steht es einem Bieter dennoch frei, an den geltend gemachten

Vergabeverstößen nicht länger festzuhalten. Er muss dies nur ausdrücklich gegenüber dem Auftraggeber erklären.

Die nicht aufrechterhaltene Rüge ist für das weitere Verfahren unbeachtlich. Der Auftraggeber braucht die Rüge weder zu beantworten noch sein weiteres Vergabeverhalten auf die Rüge einzustellen.

Im Gegensatz zur Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt (VK Bund vom 16. Oktober 2013 – AZ VK 1-81/13) bedeutet die Rügerücknahme keinen unwiderruflichen Rechtsmittelverzicht. Will ein Bieter den Verstoß erneut rügen, muss er hierfür geltende Fristen beachten.

*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)). Sie leitet dort die Practice Group „Öffentlicher Sektor und Vergabe“. Dr. Jens Biemann ist Rechtsanwalt in der Kanzlei.

Die von Dr. Ute Jasper geführte Praxisgruppe konzipiert und gestaltet Infrastrukturprojekte von Bund, Ländern und Kommunen, beispielsweise das Nahverkehrsprojekt RRX.

## @ ONLINE

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



**Sparda**  
**TelefonService**

■ MENSCH ■ QUALITÄT ■ EFFIZIENZ

Ihr Kontakt: **Managerin**  
**Sabrina Woll** Vertrieb und Marketing

Kastanienweg 11-13  
66386 St. Ingbert

Telefon: 06894/145-1500  
E-Mail: [sabrina.woll@sparda-telefon.de](mailto:sabrina.woll@sparda-telefon.de)