

# Ausschreibung und Vergabe

## Dienstleistungen

### EU-Schwellenwert

**Auftraggeber müssen zusammenhängende Dienstleistungsaufträge zusammenrechnen. Erreicht die Auftragssumme insgesamt den EU-Schwellenwert, ist europaweit auszuschreiben. (EuGH vom 15. März 2012 – AZ C-574/10)**

Die Gemeinde Niedernhausen (Hessen) beauftragte ohne europaweites Vergabeverfahren Architekten aus haushaltsrechtlichen Erwägungen in zeitlichen Abschnitten. Insgesamt wurde der EU-Schwellenwert überschritten. Ein europaweites Vergabeverfahren war damit geboten, so der EuGH.

Der EuGH wendet das zu Bauaufträgen entwickelte Kriterium der funktionellen Betrachtungsweise nun auch bei der Ausschreibungspflicht von Dienstleistungsaufträgen – in diesem Fall Architektenleistungen – an. Der Grundgedanke wird auf sämtliche öffentlichen Dienstleistungsaufträge zu übertragen sein.

Öffentlichen Auftraggebern ist daher zu empfehlen, den Gesamtauftrag europaweit auszuschreiben und sich vertraglich eine stufenweise Beauftragung, zum Beispiel durch Kündigungsrechte, abzusichern. Gerade für Planungsleistungen müssen öffentliche Auftraggeber sich bereits bei den ersten Leistungsphasen grundlegend Gedanken über den Auftragsgegenstand machen.

## Angebote

### Aufklärung

**Auftraggeber dürfen Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen erst ausschließen, nachdem sie den Bieter zur Aufklärung der Einzelposten aufgefordert haben. (EuGH vom 29. März 2012 – AZ Rs. C-599/10)**

Auftraggeber müssen die Einzelposten eines ungewöhnlich niedrigen Angebotes überprüfen. Sie sind verpflichtet, die Bieter schriftlich aufzufordern, alle erforderlichen Belege für die Seriosität ihrer Angebote vorzulegen.

Ist das Angebot hingegen nur ungenau oder entspricht es nicht den technischen Spezifikationen der Vergabeunterlagen, so muss der Auftraggeber keine weiteren Erläuterungen des Bieters verlangen. Der Auftraggeber darf das Angebot ausschließen. Eine entsprechende Aufklärungspflicht bei unpräzisen Angeboten besteht nicht, denn die Verantwortung für ein sorgfältig ausgearbeitetes Angebot liegt allein beim Bieter.

### Mehrvergütung

**Verschiebt sich die Auftragsvergabe, muss der Auftraggeber auch die Mehrkosten für einen teureren Nachunternehmer tragen. (BGH vom 8. März 2012 – AZ VII ZR 202/09)**

In einem Fall europaweit ausgeschriebener Straßenbauarbeiten verzögerte sich die Vergabe. Die Zuschlagsfrist wurde um insgesamt 6,5 Wochen verlängert. Der Nachunternehmer des späteren Auftragnehmers war deshalb nicht mehr bereit, seinen Leistungsanteil zu dem ursprünglichen Preis auszuführen. Ein neu beauftragter Nachunternehmer wurde teurer. Diese Mehrkosten habe der Auftraggeber zu tragen, so der Bundesgerichtshof. Durch die verzögerte Vergabe habe sich der Ausführungszeitraum verschoben.

Der BGH differenziert seine mittlerweile umfassende Rechtsprechung zu Mehrvergütungsansprüchen weiter. Gerade bei komplexen Bauprojekten muss das bedacht werden. In solchen Fällen ist zu empfehlen, erneut zu letztverbindlichen Angeboten aufzufordern, um den Wettbewerb zu erhalten.

## Eignung

### Kein Konzernumsatz

**Kommt es für die Eignung des Bieters auf den Nachweis des innerhalb der letzten drei Jahre erzielten Mindestumsatzes an, darf sich der Bieter nicht auf den Gesamtumsatz des Konzerns berufen. (OLG München vom 15. März 2012 – AZ Verg 2/12)**

Ein bestimmter Mindestumsatz des Bieters innerhalb der letzten drei Ge-

schäftsjahre kann als Eignungskriterium dienen. Er belegt die Erfahrung des Bieters mit Aufträgen der ausgeschriebenen Größenordnung. Der öffentliche Auftraggeber will feststellen, ob der Bieter in der Vergangenheit vergleichbare Aufträge bewältigen konnte.

Dieser Zweck ist nur erreichbar, wenn der Bieter ausschließlich den Umsatz angibt, den er eigenständig erzielt hat. Die Umsätze konzernverbundener Unternehmen gelten hingegen als Umsätze von Drittunternehmen. Auf diese kann sich der Bieter grundsätzlich nicht berufen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Bieter ein Angebot in Form einer Bietergemeinschaft abgibt oder das konzernverbundene Unternehmen als Nachunternehmer benennt.

## Konzessionen

### Vorabinformation

**Bevor Kommunen einen Konzessionsvertrag schließen, müssen sie die Bewerber über den Ausgang des Verfahrens informieren und zwei Wochen abwarten. (OVG Berlin-Brandenburg vom 30. November 2010 – AZ OVG 1 S 107.10)**

Eine Gemeinde schloss mit einem Unternehmen einen Vertrag über die Veranstaltung eines Wochenmarktes. Nach Auffassung des Gerichts sprachen gute Gründe dafür, dass es sich bei dem Vertrag um einen Dienstleistungskonzessionsvertrag handelte.

Zwar unterliegen Dienstleistungskonzessionen nicht dem strengen Vergaberecht. Jedoch sind die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz auch auf Dienstleistungskonzessionen zu übertragen. Deshalb gilt nach Ansicht des Oberlandesgerichts Brandenburg die Vorinformationsfrist auch hier.

Diese Wartepflicht, die sich im Vergaberecht aus Paragraph 101a Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ergibt, dient einem effektiven Rechtsschutz. Nach Vertragsschluss haben Interessenten, für die sich die Gemeinde nicht entschieden hat, sonst keine Möglichkeit mehr, selbst Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers zu werden.

## Rechtsweg

Der Rechtsweg bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen hängt davon ab, ob das streitige Verhältnis dem öffentlichen Recht oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen ist. (BGH vom 23. Januar 2012 – AZ X ZB 5/11)

Wenn eine Dienstleistungskonzession in den Formen des öffentlichen Rechts vergeben wird, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden muss. Wird hingegen eine Dienstleistungskonzession privatrechtlich vergeben, sind für die rechtliche Nachprüfung die ordentlichen Gerichte zuständig.

Die EU-Kommission plant ein Vergaberechtsregime für Konzessionsvergaben. Bei der Umsetzung ins nationale Recht könnten daher in Zukunft die Vergabekammern für Dienstleistungskonzessionen zuständig werden.

## Bietergemeinschaft

### Zulässigkeit

**Bietergemeinschaften zur Teilnahme an einer Ausschreibung sind grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. (OLG Düsseldorf vom 9. November 2011 – AZ VII-Verg 35/11)**

Zwar verabreden Bietergemeinschaften regelmäßig, dass ihre Mitglieder kein eigenes Angebot abgeben. Dies stellt grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung dar. Besteht die Bietergemeinschaft aus Unternehmen unterschiedlicher Branchen, ist sie kartellrechtlich jedoch unbedenklich.

Auch Bietergemeinschaften aus derselben Branche sind zulässig, wenn erst der Zusammenschluss die Bietergemeinschaft in die Lage versetzt, die Leistung erbringen zu können. Dann wird der Wettbewerb durch die Bietergemeinschaft nicht behindert, sondern gefördert.

Da der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft immer eine kaufmännische Unternehmensentscheidung ist, darf dieser von den Vergabeinstanzen nur eingeschränkt auf die generelle Vertretbarkeit überprüft werden.

## Losaufteilung

### Reinigungsleistungen

**Schreibt ein Auftraggeber in derselben Ausschreibung Unterhalts- und Glasreinigungsleistungen aus, so muss er diese Leistungen grundsätzlich in Fachlosen ausschreiben. (OLG Düsseldorf vom 11. Januar 2012 – AZ VII-Verg 52/11)**

Auftraggeber sind nach Paragraph 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) grundsätzlich zu einer Fachlosvergabe verpflichtet. Ob eine Teilleistung ein Fachlos darstellt, richtet sich danach, ob sich für diese Teilleistung ein eigener Markt herausgebildet hat. Für Glasreinigungsleistungen ist dies der Fall.

## Rügen

### Vor Angebotsabgabe

**Bieter müssen Vergaberechtsverstöße vor Abgabe ihres Angebots rügen. (OLG Düsseldorf vom 7. Dezember 2011 – AZ VII-Verg 81/11)**

Eine Rüge zusammen mit dem Angebot geht dem Auftraggeber erst nach Ablauf der Angebotsfrist zu, da er die Angebote bis zu diesem Zeitpunkt nicht öffnen darf. Deshalb ist sie nicht mehr rechtzeitig erhoben.

Eine Rüge ist eine geschäftsähnliche Handlung. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen geht sie dem Auftraggeber erst zu, wenn er von ihr Kenntnis erlangen kann. Ob die Rüge dem Auftraggeber bereits vor Ablauf der Angebotsfrist in dem verschlossenen Angebot vorliegt, ist deshalb unerheblich. Zugeschrieben ist sie dem Auftraggeber erst nach Angebotsöffnung und damit nach Ablauf der Angebotsfrist.

*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

## Aufsichtsrat Abberufung

**Die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds durch den Gemeinderat verletzt dieses nicht in seinen eigenen Rechten, wenn es nicht selbst Mitglied des Gemeinderats ist. (VG Koblenz vom 17. Februar 2011 – AZ 1 K 1058/10.KO)**

In den Gesellschaftsverträgen zweier Gesellschaften der Stadt Bad Kreuznach (Rheinland-Pfalz) ist vorgesehen, dass Mitglieder des jeweiligen Aufsichtsrates im ersten Schritt von der Stadt widerrufen bestellt werden; Aufgabe der Gesellschafterversammlung ist im zweiten Schritt die Wahl und die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern auf der Grundlage der Bestellung durch die Stadt.

Im konkreten Fall wurde der Kläger vom Stadtrat der Stadt Bad Kreuznach im August 2009 in die Aufsichtsräte der beiden Gesellschaften gewählt und danach in diese Gremien aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlungen berufen. Im Dezember 2009 beschloss der Stadtrat in nichtöffentlicher Sitzung den Widerruf dieser Bestellung. In der Sitzungsniederschrift ist vermerkt, der Kläger habe durch seine Aktivitäten in einer Bürgerinitiative die Vertrauensbasis zum Stadtrat zerstört. Ebenso fassten auch die jeweiligen Gesellschafterversammlungen beider Gesellschaften einen Abberufungsbeschluss.

Mit der Abberufung war der Kläger nicht einverstanden. Er war der Ansicht, dass der Beschluss des Stadtrates über seine Abberufung aus den Aufsichtsräten rechtswidrig zustande gekommen sei.

Das Gericht hat die Klage abgewiesen. Eine Rechtsverletzung des Klägers durch den Beschluss des Stadtrates sei ausgeschlossen. Ratsbeschlüsse als gemeindeinterne Willensbildungsakte erlangten erst durch ihre Umsetzung unmittelbare Außenwirkung. Vollzogen werde die Abberufung entsprechend des Gesellschaftsvertrages durch die städtischen Gesellschaften. Erst hierdurch könnten etwaige Rechte des Klägers, die ihm aufgrund seiner Position als Aufsichtsratsmitglied zustünden, verletzt sein.