



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 8, März 2013

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Leiterin Dezernat Öffentlicher Sektor und Vergabe, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

3 Fünf Fragen an...

Heinz-Peter Dicks, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Vergabemanagement

5 Inhouse-Vergaben – richtig gemacht!

6 Ausschreibung von Agenturleistungen

Rechtsprechung und Gesetzgebung

7 Eignungsprüfung: Nachweise zur Leistungsfähigkeit im Gegensatz zu Nachweisen zur Fachkunde frei wählbar

8 Korruptionsregister wird weitergeführt

9 BGH: „Stadtwerke“ müssen mehrheitlich kommunal sein

10 Keine Rüge von Vorbereitungshandlungen

11 OLG Düsseldorf gibt neuen Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben und Energiekooperationen vor

12 Neues PBefG – Vergaben im ÖPNV

13 EuGH gibt grünes Licht für öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

14 Veranstaltungen und Termine



Schlagzeilen, Bürgerinitiativen und Demonstrationen zum Vergaberecht!

Selten war das Vergaberecht so im Fokus der Öffentlichkeit wie in den letzten Wochen. Parteien, Lobbyisten und sogar Bürgerinitiativen glauben, sie müssten Vergabegesetze verhindern.

Was steckt dahinter? Die EU-Kommission will die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen regeln und plötzlich kam die fixe Idee auf: Damit soll das Lebensmittel Wasser in die Hände von bösen privaten Heuschrecken gegeben werden. Was für ein Unsinn!

Heute schon kann jede Kommune entscheiden, ob sie die Wasserversorgung selbst betreibt oder an Dritte vergibt. Daran wird sich nichts ändern. Lediglich die Regeln für eine Vergabe sollen präzisiert werden. Über Details dazu mag man streiten, Qualität und Sicherheit der Wasserversorgung sind allerdings nicht betroffen.

Eines zeigt die Diskussion jedoch deutlich: Die europäischen Regeln sind inzwischen so komplex, dass die Bürger sie nicht mehr verstehen. Wenn sich dagegen eine Bürgerinitiative bildet, werden wir berichten.

Lesen Sie bis dahin zu Konzessionen und zu anderen neuen Vergabethemen in der Versorgungswirtschaft die klaren Antworten von Heinz-Peter Dicks, dem Vorsitzenden Richter des Vergabesenats am OLG Düsseldorf.

Das Team von Update Vergabe wünscht Ihnen einen endlich sonnigen Frühling – tatsächlich und im übertragenen Sinne. Wir hoffen, dass wir viele von Ihnen bei unserer Veranstaltungsreihe „Update Vergabe“ in sieben deutschen Städten im Sommer oder Herbst treffen.

Ein wunderbares Osterfest wünscht Ihnen
Ihre Ute Jasper



Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper,
Leiterin Dezernat Öffentlicher Sektor
und Vergabe,
Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Foto: BS/Archiv

Heinz-Peter Dicks

Handlungsspielräume im Stromnetz erweitert

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit einem Beschluss zur Ausschreibung von öffentlich-privaten Partnerschaften die Position von Kommunen gestärkt. Es billigt eine „Aufrüstung“ kommunaler Elektrizitäts- und Gas-Netzgesellschaften für den Konzessionswettbewerb. update Vergabe befragte Heinz-Peter Dicks vom Vergabesenaat des OLG, zu einigen Aspekten der Entscheidung.

update Vergabe: Das OLG Düsseldorf entschied am 9. Januar 2013 (Az. VII Verg 26/12) zugunsten des Vorhabens mehrerer Münsterländer Kommunen, per eigener Netzgesellschaft Strom- und Gasbetrieb sowie die Netze zu übernehmen. Dieser Beschluss wurde vielfach als „Stärkung der Position der Kommunen“ gedeutet. Wurden neue Maßstäbe für interkommunale Kooperationen gesetzt?

Dicks: Der Beschluss vom 9. Januar 2013 betrifft weniger die Zulassung interkommunaler Kooperationen als die Ausschreibung von öffentlich-privaten Partnerschaften bei bereits gebildeten kommunalen Netzgesellschaften für Strom- und Gasnetzbetrieb. Selbstverständlich war die Gründung der von acht Münsterländer Städten und Gemeinden getragenen kommunalen Netzgesellschaft (einer GmbH & Co. KG) ein Akt interkommunaler Kooperation, freilich einer, der nicht angegriffen worden war, weil sich Kommunen zur gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben der Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts bedienen dürfen.

Wenn die Entscheidung von Kommunen als eine Stärkung ihrer Position bewertet wird, ist das sicher richtig, sofern man darunter versteht: Die Entscheidung hat die Handlungsspielräume der Kommunen bei ÖPP – zumindest in Nordrhein-Westfalen – erweitert und hat dies auch tun wollen, nachdem sie einem infolge der Urteile des OLG Schleswig vom 22. November 2012 (16 U (Kart) 21 und 22/12) und der Vorinstanz LG Kiel doch sehr eingeschränkt vorgekommen sind:

So sind Getrennt- oder Zusammenvergabe von ÖPP und Wegenutzungsrechten gutgeheißen worden. Das Argument der Ausschreibung von Bedarfspositionen ist „vom Tisch“, genauso der Einwand, bei vorangehender ÖPP-Ausschreibung



Heinz-Peter Dicks ist Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf

Foto: privat

lege sich der Auftraggeber gewissermaßen vorweg schon auf den späteren Konzessionsnehmer fest. Die Kommunen dürfen ungeachtet preisrechtlicher Bestimmungen der Konzessionsabgabenverordnung auch wirtschaftliche Ziele und Vorteile für den Haushalt und die Einflussmöglichkeiten, die sie auf die Geschäftsführung des gemeinsamen Netzunternehmens haben (zum Beispiel, um die Netznutzungsentgelte im Gemeindegebiet niedrig zu halten), als Zuschlagskriterien berücksichtigen. Preisvorschriften der Konzessionsabgabenverordnung müssen nicht zu Zuschlagskriterien gemacht werden. Funktionale Leistungsbeschreibungen sind, jedenfalls im Prinzip, nicht zu beanstanden.

Gleichwohl gibt die Entscheidung vom 9. Januar 2013 auch „Wasser in den Wein“, so unter anderem: Sog. Pachtvertragsmodelle sind bei ÖPP vom Vergaberechtsregime nicht aufgenommen, wenn sie jedenfalls auch Dienstleistungen zum Gegenstand haben, die den Schwellenwert erreichen. Die unionsrechtlichen Gebote der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz fordern auch bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten praktisch ein der VOL/A entsprechendes Verfahren. Und da ich das Stichwort dafür soeben selbst gegeben habe: Die Rechtssätze der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 9. Januar 2013 haben wahrscheinlich genauso bei der Vergabe von Konzessionen bei Erzeugung, Vertrieb und Betrieb von Verteilnetzen von und für Trinkwasser zu gelten wie bei der Vergabe von ÖPP auf diesem Gebiet, das aufgrund des Vorschlags der EU-Kommission für eine Dienstleistungskonzessionsrichtlinie politisch derzeit sehr diskutiert wird.

Fortsetzung auf Seite 3 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 2

Hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf neue Maßstäbe gesetzt? Ich würde sagen, er hat versucht, Rechtsunsicherheiten zu beheben und Ausschreibungen aus vergaberechtlicher Sicht auf geordnete „Füße“ zu stellen.

update Vergabe: Zugleich ließ das Gericht die Ausschreibung einer strategischen Partnerschaft mit einem privaten Unternehmen zu. Der Behörden Spiegel titelte dazu: „ÖPP fördert Rekommunalisierung“. Trifft diese Überschrift den Kern oder ist sie eine zu weitreichende Deutung der Entscheidung?

Dicks: Die Entscheidung fördert natürlich eine Rekommunalisierung, soweit sie zulässt, dass sich auch kommunale Netzunternehmen für den Wettbewerb um den Netzbetrieb bei Strom und Gas, mit anderen Worten für den Wettbewerb um Konzessionsvergaben, durch strategische Partnerschaften, mit anderen Worten ÖPP, stärken dürfen. Anderenfalls wären kommunale Netzunternehmen im Konzessionswettbewerb nach § 46 EnWG gegenüber den vier „Großen“ (E.ON, RWE, EnBW und Vattenfall) und ihren Schwester-/Tochterunternehmen sehr benachteiligt und oftmals wohl auch chancenlos. Der Düsseldorfer Vergabesenat hat eine „Aufrüstung“ kommunaler Elektrizitäts- und Gas-Netzgesellschaften für den Konzessionswettbewerb gebilligt. Dass es sich historisch gesehen dabei vielfach nicht um eine Rekommunalisierung, sondern um eine (erstmalige) Kommunalisierung handelt, ist nicht entscheidend.

update Vergabe: In einer nicht entscheidungsrelevanten Passage des Beschlusses (obiter dictum) heißt es, dass bei Konzessionen für Stromleitungen („Wegekonzessionen“) wegen § 46 Abs. 4 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe nicht möglich sei. Ist das EnWG strenger als das Vergaberecht?

Dicks: Ja, das EnWG, und zwar speziell § 46 Abs. 4, ist in der Tat strenger als das Vergaberecht. Das EnWG lässt eine Inhouse-Vergabe im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH nicht zu, und ich hoffe, das haben wir in der Entscheidung auch einigermaßen verständlich begründet. Das ist nicht EU-rechtswidrig, weil dadurch nicht der Wettbewerb eingeschränkt, sondern ein Mehr an Wettbewerb zugelassen wird.

Die rechtspolitische Entscheidung des nationalen Gesetzgebers im EnWG ist von den Nachprüfungsstellen zu respektieren. Sie kann nur durch politisch wirksame Kräfte umgekehrt werden.

update Vergabe: Wie ist bei Streitfragen über die Konzessionsvergabe für kommunale Stromnetze die Rollenverteilung zwischen dem Bundeskartellamt und den vergaberechtlichen Prüfungsinstanzen? Sollte diese Rollenverteilung vom Gesetzgeber anders geregelt werden?

Dicks: Die Zuständigkeiten des Bundeskartellamts und der Vergabenachprüfungsinstanzen bei ÖPP und Vergabe von Wegekonzessionen sind im GWB klar geregelt. Die Dualität einer Verfolgung von Rechtsverstößen – einerseits durch das Bundeskartellamt und andererseits durch privatrechtliche Klage (so auch durch einen Nachprüfungsantrag) - besteht seit vielen Jahren. Daran sollte vor dem Hintergrund, dass das anzustrebende Ziel die Erhaltung und Förderung von Wettbewerb ist, m. E. nichts geändert werden.

update Vergabe: Wird die geplante EU-Richtlinie zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen den Rechtsrahmen für die Konzessionsvergabe für kommunale Stromnetze verändern?

Dicks: Eine EU-Richtlinie zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen wird den Rechtsrahmen, der bei Vorliegen von Binnenmarktrelevanz europarechtlich – dies vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH – ohnehin bereits vorgegeben ist, bei Konzessionsvergaben nach § 46 EnWG, aber auch auf dem Sektor der vorhin angesprochenen Trinkwasserversorgung, nicht entscheidend verändern. Sie zwingt auch zu keinen Privatisierungen oder privaten Beteiligungen, sondern kodifiziert nur die Vergaberegeln, die bislang lediglich in der Rechtsprechung des EuGH festgelegt worden sind. Da die tatsächlichen Anwender des Vergaberechts, was bei den Auftraggebern der sog. gehobene Dienst ist, nicht aber Juristen, die Rechtsprechung des EuGH nicht ständig „unter dem Arm tragen“, kann eine Kodifikation der vergaberechtlichen Regularien eigentlich nur hilfreich sein und gutgeheißen werden.

Die Fragen stellte Franz Drey, stellvertretender Chefredakteur des Behörden Spiegel.

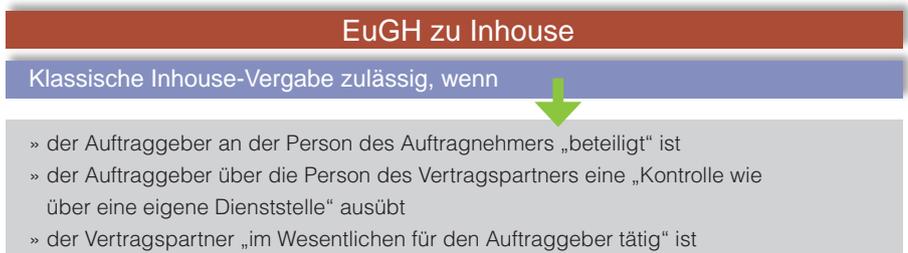


Inhouse-Vergaben – richtig gemacht!

Inhouse-Geschäfte sind nach wie vor gefragt wie nie. Viele Kommunen beauftragen ihre kommunalen (Eigen-)Gesellschaften. Gängig sind Auftragsvergaben oder die Vergabe von Konzessionen von einer Kommune an eine von ihr beherrschte Gesellschaft, ein Kommunalunternehmen oder einen rein kommunalen Zweckverband.

Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor. Beauftragt der öffentliche Auftraggeber ein Rechtssubjekt, das er selbst beherrscht, so handelt es sich um einen internen Vorgang. Der Auftraggeber beauftragt „im Hause“.

Der EuGH hat in seiner Teckal-Entscheidung aus dem Jahre 1999 die Grundvoraussetzungen an ein vergabefreies Inhouse-Geschäft aufgestellt:



Diese Voraussetzungen hat der EuGH weiterentwickelt. Die folgende Übersicht stellt eine Auswahl der bekanntesten Entscheidungen dar:



Auch auf nationaler Ebene haben die Oberlandesgerichte vermehrt über die Zulässigkeit von Inhouse-Vergaben entschieden.



Klar ist: Die Gerichte stellen immer höhere Anforderungen an Direktvergaben an kommunale Unternehmen. Zu Gunsten der Rechtssicherheit verengt sich so der Spielraum für Einzelfallentscheidungen. (bö)



Ausschreibung von Agenturleistungen

Öffentliche Auftraggeber müssen regelmäßig Agenturleistungen ausschreiben. Dabei sind besondere Anforderungen zu berücksichtigen.

Öffentliche Auftraggeber platzieren vermehrt ihre Dienstleistungen am Markt und sind bemüht, den Dialog mit der Bevölkerung zu verbessern. Dafür benötigen sie regelmäßig Leistungen von Werbe-, Media- und Kommunikationsagenturen. Anders als bei Bauleistungen handelt es sich bei der Beratung durch Agenturen nicht um eine Leistung, die der öffentliche Auftraggeber im Vorfeld konkret beschreiben kann. Stattdessen kommt es auf die Kreativität und Initiative der Agentur an.

Auswahl des passenden Agenturpartners

Die Ausschreibung soll sicherstellen, dass der öffentliche Auftraggeber den passenden Agenturpartner für seine Bedürfnisse findet. Dabei stellen sich insbesondere die folgenden Fragen:

- Kreativität und Effizienz als Auswahlkriterium,
- Absicherung der Kreativität,
- Auswahl der Sachbearbeiter in der Agentur,
- vertragliche Regelungen zur Absicherung des Budgets.

Ablauf des Vergabeverfahrens

Aufgrund der besonderen Anforderungen bei der Ausschreibung von Agenturleistungen empfiehlt es sich, ein EU-weites Vergabeverfahren nach Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Dabei sollte sich der öffentliche Auftraggeber von einer Kanzlei unterstützen lassen. Der Ablauf des Vergabeverfahrens könnte wie folgt aussehen:

1. EU-Veröffentlichung,
2. Durchführung des Teilnahmewettbewerbs, um die Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und fachliche Eignung der Agenturen zu prüfen,
3. Übersendung der Vergabeunterlagen an drei Bieter,
4. „Rebriefing“,
5. Abgabe der indikativen Angebote,
6. Verhandlungsverfahren,
7. Abgabe der verbindlichen Angebote,
8. Zuschlagserteilung. (mx)

Checkliste

Vertragliche Eckpunkte für einen Agenturdienstleistungsvertrag:

- Vergütung auf Grundlage einer monatlichen Pauschale und Einzelprodukten
- Vergütung für Medialeistungen
- Fremdleistungen nur mit Genehmigung
- Abrechenbarkeit der Nebenkosten
- Wettbewerbsverbot
- Vertraulichkeitsverpflichtung
- Vollständiger Erwerb der Nutzungsrechte
- Benennung des Teams innerhalb der Agentur

VERGABERECHT

Vergaberecht und Fördermittel

26. April 2013, Düsseldorf

Anmeldung zum Praxisseminar unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Bildnachweis: Rainer Sturm/pixelio
Montage: BS

Eine Veranstaltungsreihe des **Behörden Spiegel**

Mit fachlicher Unterstützung von **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**



Eignungsprüfung: Nachweise zur Leistungsfähigkeit im Gegensatz zu Nachweisen zur Fachkunde frei wählbar

Bei der Bestimmung der Nachweise für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter sind Auftraggeber verhältnismäßig frei. Im Gegensatz dazu sind sie bei der Auswahl der Anforderungen an die fachliche Eignung der Bieter eingeschränkt.

Dies entschied der EuGH in seinem Urteil vom 18.10.2012, Rs. **C-218/11**. Danach folge aus Art. 47 der Richtlinie 2004/18/EG, dass die Vergabestelle sowohl bei der Wahl der geforderten Nachweise als auch bei der Bestimmung der Mindestanforderungen zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit viel Freiheit besitze. Die Mindestanforderungen müssten lediglich mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein. Sie müssten objektiv geeignet sein, über diese Leistungsfähigkeit eines Bieters Auskunft zu geben. Dabei dürften sie aber nicht über das erforderliche Maß hinausgehen.

Bezug zum Auftragsgegenstand erforderlich

In dem konkreten Fall hielt der EuGH eine Mindestanforderung an die finanzielle Leistungsfähigkeit der Bewerber für zulässig, nach der das Geschäftsergebnis der Bewerber in den letzten drei Geschäftsjahren nur einmal negativ gewesen sein durfte, obwohl ein Bewerber diese Anforderung aufgrund von nationalen Regelungen gar nicht einhalten konnte.

Begrenzte Freiheit bei der Bestimmung von Nachweisen an die Fachkunde

Im Gegensatz dazu bewertete der EuGH die in Art. 48 der Richtlinie genannten Nachweise zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bewerber als geschlossenes System. Dieses begrenze die Bewertungs- und Prüfungsmethoden, über die der Auftraggeber verfüge und damit seine Möglichkeit zum Aufstellen von Anforderungen an diese Eignungsnachweise.

Bei dem in Art. 48 der Richtlinie genannten Katalog handelt es sich beispielsweise um Referenzen, Fachkundenachweise, Personal, technische Ausstattung und Umweltmanagementmaßnahmen. (knd)

■ Praxishinweis

Bewerber können mit Verweis auf das neue EuGH-Urteil im Vergabeverfahren darauf hinwirken, dass der Auftraggeber keine anderen Nachweise zur fachlichen Eignung als die in VOL/A, VOB/A und VOF aufgeführten fordert.

Auftraggeber können jedoch im konkreten Fall ihren besonderen Bedarf nach individuellen Nachweisen zur fachlichen Eignung darlegen.

Da dem Urteil kein absolutes Verbot von Abweichungen zu entnehmen ist, bleibt abzuwarten, wo die nationale Rechtsprechung im Einzelfall die Grenze für die Zulassung von individuellen Nachweisen zur fachlichen Eignung zieht.

Korruptionsregister wird weitergeführt

In Nordrhein-Westfalen werden auch im Jahr 2013 Verfehlungen von Unternehmen und Einzelpersonen in ein Korruptionsregister eingetragen. In zahlreichen anderen Bundesländern bestehen ähnliche Register. Die Register dienen dem behördeninternen Informationsaustausch über die Zuverlässigkeit potentieller Auftragnehmer.

Mit Art. 2 des **„Fünften Gesetzes zur Änderung der gesetzlichen Befristungen im Zuständigkeitsbereich des Ministeriums für Inneres und Kommunales sowie des Justizministeriums“** hat der nordrhein-westfälische Landtag die Geltung des Korruptionsbekämpfungsgesetzes NRW wiederholt verlängert.

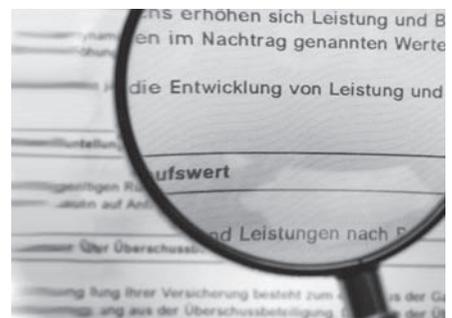
Wann hat eine Eintragung zu erfolgen?

Eine in das Korruptionsregister einzutragende Verfehlung liegt bei betriebsbezogenen Korruptionsstraftaten, Geldwäsche, Betrug, Subventionsbetrug, Kreditbetrug, Untreue, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, illegalen Absprachen bei Ausschreibungen, Steuerhinterziehung, Verstößen gegen das Kriegswaffenkontrollrecht, kartellrechtlichen Verstößen, Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Schwarzarbeit vor. Die Eintragung erfolgt nicht nur bei Verurteilungen, sondern auch bei Einstellung des Verfahrens gegen Geldauflage. Ebenfalls kann eine Eintragung bereits während des laufenden Ermittlungsverfahrens erfolgen, wenn „kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung besteht“.

Kann die Eintragung in das Korruptionsregister verhindert werden?

In Nordrhein-Westfalen muss dem Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, bevor eine Eintragung erfolgt. Hier besteht die Möglichkeit „Zweifel“ an der Tatbegehung zu säen und die persönlichen Interessen darzulegen, um die Eintragung zu verhindern. Korruptionsregister werden derzeit – teilweise auch unter anderer namentlicher Bezeichnung, wie z. B. „Informationsstelle für Vergabeausschlüsse“ – in Bayern, Berlin, Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz geführt.

Das OVG Berlin (**OVG 1 S 159.11**) hat kürzlich entschieden, dass Strafverfolgungsbehörden Verfehlungen in das Korruptionsregister eintragen müssen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Dem OVG lag ein Fall zur Entscheidung vor, in dem ein Staatsanwalt dem Angeklagten im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache („Deal im Strafprozess“) zugesichert hatte, keine Eintragung der Straftat ins Korruptionsregister zu veranlassen. Die Staatsanwaltschaft meldete die Tat gleichwohl zur Eintragung, wogegen sich der inzwischen verurteilte Kläger wendete. Das OVG stellte klar, dass die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Eintragung veranlassen muss, sofern keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstünden. Die Zusicherung im Rahmen des „Deals“ sei rechtswidrig und habe damit keinen Bestand. (lg)



Korruptionsregister bestehen in zahlreichen Bundesländern und dienen dem behördeninternen Informationsaustausch. Foto: Thomas Siepmann, pixelio.de

BGH: „Stadtwerke“ müssen mehrheitlich kommunal sein

Der Bestandteil „Stadtwerke“ im Firmennamen bedeutet, dass das Unternehmen mehrheitlich in kommunaler Hand ist. Andernfalls liege eine irreführende Angabe vor, so der BGH mit Urteil vom 13.06.2012 (**I ZR 228/10**).

Der BGH stellt damit klar, was ein durchschnittlicher Verbraucher mit den Stadtwerken verbindet: ein kommunales Unternehmen. Wenn die Mehrheit in der Stadtwerke-Gesellschaft nicht bei der öffentlichen Hand liegt, werden die potenziellen Kunden letztendlich getäuscht. Die Fehlvorstellung der Verbraucher ist auch wettbewerbsrechtlich relevant, da einem kommunalen Unternehmen ein größeres Vertrauen entgegengebracht wird.

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Anlass für die Entscheidung des BGH war ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, an der neben einer Stadtwerke-Gesellschaft ein privater Partner beteiligt war. Der private Partner hielt 57 Prozent der Gesellschaftsanteile. Im Firmennamen der gemeinsamen Gesellschaft tauchte der Begriff „Stadtwerke“ auf.

Dies hielt der BGH für unzulässig und setzt damit seine Rechtsprechung zu irreführenden Unternehmensbezeichnungen konsequent fort. Ein Hinweis im Firmennamen auf den Bund, ein Bundesland oder beispielsweise eine Kommune setzt grundsätzlich voraus, dass eine entsprechende Verbindung zu der Körperschaft besteht. Für Stadtwerke verfeinert der BGH seine Rechtsprechung dahingehend, dass eine mehrheitliche Beteiligung der öffentlichen Hand vorliegen muss.

Aufklärender Hinweis möglich

Eine Einschränkung macht der Gerichtshof allerdings: Sofern ein aufklärender Hinweis in der Unternehmensbezeichnung enthalten ist, kann der Bestandteil „Stadtwerke“ im Firmennamen zulässig sein. Wie ein solcher Hinweis aussehen muss, bleibt allerdings offen. Wahrscheinlich wäre ein entsprechender Hinweis im Firmennamen zur Kundengewinnung eher schädlich, weshalb Unternehmen gut beraten sind, besser ganz auf die namentliche Verbindung zu Stadtwerken zu verzichten.

Die Rechtsprechung zu irreführenden Firmennamen könnte besondere Relevanz bei anstehenden Privatisierungen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmensgründungen haben. Wenn die kommunale Mehrheit geht, würde auch der Firmenname verschwinden. Sicherlich ein Faktor, der den Unternehmenswert schmälert. Gerade bei der Gründung kommunaler Stadtwerke, die für die Kundengewinnung den regionalen Bezug hervorheben sollten, ist diese Entwicklung zu beachten. Eine Mehrheitsbeteiligung der Kommune ist damit nicht nur aus kommunalrechtlicher Sicht erstrebenswert. (jb)



Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe stellt klar, dass ein „Stadtwerk“ auch mehrheitlich in kommunaler Hand sein muss.

Foto: BS/Archiv



Keine Rüge von Vorbereitungshandlungen

Vorbereitende Handlungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren müssen nicht gerügt werden. Selbst wenn der Auftraggeber die nicht erforderliche Rüge zurückweist, beginnt die 15-Tage-Frist für den Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer nicht.

Dies entschied das OLG Düsseldorf für einen Fall, in dem der Auftraggeber die Vergabeunterlagen an einen Konkurrenten des Bieters versandt hatte (**OLG Düsseldorf, 07.11.2012, VII-Verg 11/12**).

Keine Rügepflicht

Nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB sind nur Vergabeentscheidungen und allenfalls bestimmte Zwischenentscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zu rügen. Dazu gehören nicht bloße Vorbereitungshandlungen im Vergabeverfahren. Der Bieter kann noch nicht beim Versand der Vergabeunterlagen an einen Konkurrenten davon ausgehen, dass der öffentliche Auftraggeber gegen das Vergaberecht verstoßen wird. Denn es ist zu diesem Zeitpunkt noch ungewiss, ob der Konkurrent ein Angebot abgibt und der öffentliche Auftraggeber dieses im Wettbewerb belässt. Erst dann handelt es sich um eine Vergabeentscheidung.

Ohne Rügepflicht keine Präklusion

Weist der Auftraggeber eine nicht erforderliche Rüge zurück, kann dies nicht zu einer Präklusion des Nachprüfungsantrags gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB führen. Die 15-tägige Antragsfrist ist nur anwendbar, soweit der Bieter zur Rüge verpflichtet ist. Denn Präklusionsvorschriften sind eng (restriktiv) auszulegen. Sie schränken die Möglichkeiten des Rechtsschutzes ein, da der Nachprüfungsantrag nach Fristablauf präkludiert, also unzulässig, ist.

Somit muss der Bieter nicht vorsorglich oder „auf Vorrat“ Vorbereitungshandlungen des Auftraggebers rügen, um künftige Vergaberechtsverstöße zu verhindern. (mx)

VERGABERECHT

Seminarreihe

Update Vergaberecht 2013

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Eine Veranstaltungsreihe des **Behörden Spiegel**

Mit fachlicher Unterstützung von  HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Bildnachweis: Rainer Stumm/pixelio Montage: BS

OLG Düsseldorf gibt neuen Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben und Energiekooperationen vor

In zwei aktuellen Entscheidungen setzt das OLG Düsseldorf neue Maßstäbe für Auswahlverfahren für gemeinsame Energiegesellschaften (Beschlüsse vom 09.01.2013, **VII-Verg 26/12** und vom 04.02.2013, **VII-Verg 31/12**). Gleichzeitig nutzt es die Chance, seine konkreten Vorstellungen zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen vorzustellen.

Derzeit laufen viele Strom- und Gaskonzessionen der Kommunen aus. Dies ist häufig der Anlass, um über die Gründung kommunaler Stadtwerke nachzudenken. Da das notwendige Fachwissen bei den Kommunen nicht immer vorhanden ist, suchen sie in einem Vergabeverfahren einen erfahrenen Energieversorger als strategischen Partner. So lag auch der Sachverhalt in den beiden Beschlüssen des OLG Düsseldorf.

Förmliches Vergabeverfahren erforderlich?

Zunächst stellt sich für die Kommune die Frage, ob sie den strategischen Partner in einem förmlichen Vergabeverfahren auswählen muss. Das OLG Düsseldorf stellt hierfür keine sehr hohen Anforderungen. Allein der Umstand, dass der strategische Partner später Dienstleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte für die gemeinsame Gesellschaft oder die Kommune übernehmen soll, begründet regelmäßig die Ausschreibungspflicht. Nur in speziellen Ausnahmefällen, wenn die Dienstleistungen völlig untergeordneter Art sind, kann der öffentliche Auftraggeber im Einzelfall von einem förmlichen Vergabeverfahren befreit sein.

Pachtmodelle regelmäßig ausschreibungspflichtig

Gerade bei den gängigen Pachtmodellen, bei denen die gemeinsame Gesellschaft die Strom- oder Gaskonzession erhält und das Netz an den strategischen Partner verpachtet, wird nur ausnahmsweise kein ausschreibungspflichtiger Auftrag enthalten sein. In der Regel übernimmt der strategische Partner in dem Pachtverhältnis den Netzbetrieb mit vergabepflichtigen Instandhaltungsleistungen etc. oberhalb des einschlägigen EU-Schwellenwertes von € 400.000.

OLG Düsseldorf zu „Mettmann“-Beschluss kommt

Beide Entscheidungen des OLG Düsseldorf geben der öffentlichen Hand neue Spielräume, setzen aber gleichzeitig Grenzen für Rekommunalisierungsmodelle und Konzessionsvergaben im Energiesektor. Kommunen sind gut beraten, die Hinweise des Gerichts zu beachten und in ihre Vorhaben einzubeziehen. Mit Spannung wird ferner eine weitere Entscheidung des OLG Düsseldorf erwartet: Der Beschluss des Bundeskartellamtes zur Stadt Mettmann liegt auf dem Verhandlungstisch in Düsseldorf. Wir halten Sie über die neuen Entwicklungen auf dem Laufenden. (jb)



Das derzeitige Auslaufen zahlreicher Strom- und Gaskonzessionen lässt viele Kommunen über die Neugründung von Stadtwerken nachdenken.

Foto: BS/schulz

Neues PBefG – Vergaben im ÖPNV

Seit dem 01.01.2013 gelten die neuen Regeln des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG). Nachdem 2009 die EU-Verordnung Nr. 1370/2007 (VO 1370) über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schienen und Straßen in Kraft getreten ist, setzt das neue PBefG nun die Vorgaben dieser Verordnung in nationales Recht um.

Für den straßengebundenen Nahverkehr (U-Bahn, Bus) bleibt der Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehre erhalten. **§ 8 Abs. 4 PBefG** definiert nun ausdrücklich, was unter eigenwirtschaftlich zu verstehen ist:

Verkehrsleistungen sind eigenwirtschaftlich, wenn deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach der VO 1370 sowie durch sonstige Unternehmenseinträge im handelsrechtlichen Sinne. Dies gilt aber nur dann, wenn diese keine Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen darstellen und auch keine ausschließlichen Rechte nach der VO 1370 gewährt werden.

Das neue PBefG enthält das Nebeneinander von Aufgabenträgern und Genehmigungsbehörden. Die Regelungen zum Genehmigungsverfahren werden übersichtlicher dargestellt und vom Vergabeverfahren für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag (öDLA) abgegrenzt. So regelt das PBefG nun ausdrücklich die hintereinander gelagerten Verfahrensstufen für die Vergabe von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren:

- Vorabkennzeichnung gemäß **Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007**
- dreimonatige Antragsfrist für eigenwirtschaftliche Verkehre
- nur wenn nach dieser Frist keine oder keine genehmigungsfähigen Anträge für die eigenwirtschaftlichen Verkehre vorliegen, darf die Verkehrsleistung im Wege eines öDLA vergeben werden
- der öDLA wird im Wege der Direktvergabe oder im wettbewerblichen Verfahren nach **Art. 5 Abs. 2 - 4 VO EG Nr. 1370/2007** vergeben.

Um den Genehmigungswettbewerb anzukurbeln müssen die Genehmigungsbehörden am Ende des Kalenderjahres im EU-Amtsblatt ein Verzeichnis aller Genehmigungen mit Linienführung, Geltungsdauer und Antragsfristen veröffentlichen.

Künftig dürfen gemäß **§ 8a Abs. 8 PBefG** Aufgabenträger in öDLA auch ausschließliche Rechte gewähren. Ein solches Recht sperrt während seiner Laufzeit sämtliche Genehmigungsanträge. Nach der Übergangsregelung im PBefG (**§ 62**) dürfen öDLA bis 31.12.2013 aber noch ohne Einhaltung der **Art. 5 Abs. 2 - 4 VO EG Nr. 1370/2007** vergeben werden. Wie deren Vergabe erfolgen soll, regelt das PBefG bedauerlicherweise nicht. Vor allem ist unklar, ob eine Vorabkennzeichnung trotzdem erfolgen muss. Altverträge, die vor Inkrafttreten des PBefG nach der VO 1370 geschlossen wurden, werden von sämtlichen Änderungen des PBefG nicht berührt. (in)



Das neue Personenbeförderungsgesetz setzt die Vorgaben der EU-Verordnung 1370/07 in nationales Recht um.

Foto: BS/IngolfBLN, CC BY-SA 2.0, flickr

Eine Synopse zum PBefG mit aktuellen Änderungen können Sie gern kostenlos anfordern unter:
publicsector@heuking.de



EuGH gibt grünes Licht für öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

Der Leitfaden und die Reformvorschläge der Europäischen Kommission waren nur die Vorreiter. Nun hat es der EuGH bestätigt: Er führt seine Rechtsprechung in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ fort. Öffentliche Auftraggeber dürfen unter bestimmten Voraussetzungen ohne Ausschreibung zusammenarbeiten (**EuGH, 19.12.2012, C 159/11**).

Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH bleibt seiner Linie treu. Entgeltliche Verträge zwischen Auftraggebern fallen grundsätzlich unter das EU-Vergaberecht. Eine Zusammenarbeit ohne Ausschreibung ist jedoch unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

- Zwischen den Auftraggebern muss eine „echte Zusammenarbeit“ bestehen. Diese muss darauf abzielen, gemeinsam dieselbe Aufgabe zu erledigen. An die geforderten Leistungsbeiträge der Parteien dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Wird die Leistungspflicht einer Seite jedoch nahezu komplett übertragen, so liegt keine „gemeinsame Wahrnehmung“ mehr vor.
- Die Auftraggeber dürfen mit Ihrer Zusammenarbeit ausschließlich Ziele im öffentlichen Interesse verfolgen. Sie dürfen sich nur gegenseitig die tatsächlich anfallenden Kosten erstatten. Weitere Geldflüsse zwischen den Parteien stehen der Vergabefreiheit entgegen. Eine übermäßige Tätigkeit am Markt der Kooperation führt ebenfalls zur Vergabepflicht. Gemessen an ihrem Umsatz dürfen die Auftraggeber nicht mehr als 10 % ihrer für die Vereinbarung relevanten Tätigkeiten auf dem offenen Markt ausüben.
- Ausschließlich öffentliche Auftraggeber dürfen kooperieren. Die Beteiligung Privater lässt die interkommunale Kooperation entfallen.

Europäische Kommission sorgt für Rechtssicherheit

Nach dem EuGH Urteil „Stadtreinigung Hamburg“ im Jahre 2009 nahm sich die Europäische Kommission vor, die Feststellungen des EuGH zu kodifizieren und weiter zu konkretisieren. Denn trotz der Rechtsprechung des EuGH besteht nach wie vor Unsicherheit über die Voraussetzungen für die vergabefreie interkommunale Kooperation. In ihrem **Leitfaden vom 04.10.2011** nahm die Europäische Kommission die Voraussetzungen für eine interkommunale Kooperation auf. In ihrem **Richtlinienentwurf vom 20.12.2011** führte sie ihre Gedanken fort und konkretisierte darüber hinaus die Vergaben für den Ausnahmetatbestand.

Ausblick

Nicht nur das Urteil des EuGH vom 19.12.2012, sondern vor allem die Bestrebungen der Europäischen Kommission, die Feststellungen des EuGH festzuschreiben, lassen künftig wesentlich mehr Rechtssicherheit für die Kommunen erwarten. (bö)

Veranstaltungsreihe „Update Vergaberecht 2013“

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts hat sich auch 2013 fortgesetzt. Erfreulicherweise haben sich eine Reihe von Spielräumen ergeben – zum einen aus den neuen gesetzlichen Vorschriften, zum anderen aus aktuellen Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte. „Update Vergaberecht“ bringt Sie auf den neuesten Stand und erklärt, welche praktischen Konsequenzen sich aus den neuen Vorschriften und Entscheidungen ergeben. Die Veranstaltungen fassen den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung verständlich zusammen und bieten anhand von konkreten Fallbeispielen eine Basis für ein rechtssicheres und wirtschaftliches Vergabemanagement. Schwerpunktthemen 2013 sind die neuen Vorgaben zu Umweltschutz und Energieeffizienz sowie die neuen sozialen Kriterien der öffentlichen Auftragsvergabe (Tariftreue, Frauenförderung und Sozialstandards).

Weitere Informationen und Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Termine und Orte:

14.06.2013, Düsseldorf
28.06.2013, Chemnitz
11.07.2013, München
15.08.2013, Hamburg
06.09.2013, Köln
26.09.2013, Frankfurt
25.10.2013, Berlin

TERMINE 2013

Die nachwachsende Verwaltung

19. Juni 2013, München

Die Beschaffung von Bauleistungen nach der neuen VOB/A 2012

17. Sept. 2013, Berlin

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

19. November 2013, east Hotel, Hamburg

Vergabe von IT-Leistungen

19. September 2013, Frankfurt a.M.

Der qualifizierte Beschaffungsmanager

22. – 24. Oktober 2013, Hamburg

Das neue Vergaberecht 2013 – Grundlagen, Probleme und Entwicklungen

25. – 26. November 2013, Bonn

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

16. Oktober 2013, Maritim proArte Hotel, Berlin

Keine Angst vor Rüge und Nachprüfung

18. April 2013, Bonn

ÖPNV-Dienstleistungen im Vergabewettbewerb

26. Juni 2013, Berlin

Ein Jahr Tariftreue- und Vergabegesetz

3. Mai 2013, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf

Vergaberecht und Fördermittel

26.04.2013, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf

IT-Sicherheitsrecht für Behörden

27. Mai 2013, München

Innovativer Datenschutz

13. Mai 2013, Berlin

Einführung in die EVB-IT

10. September 2013, Berlin

EVB-IT Intensiv

22. – 23. April 2013, Berlin

EVB-IT Systemverträge

11. – 12. Juni 2013, Berlin

IT-Ausschreibungen

18. Juni 2013, München

Social Media und öffentliche Verwaltung – Rechtliche Aspekte von Government 2.0

28. November 2013, Berlin

IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter“ und verantwortlich: R. Uwe Proll.

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer (bb) Fachliche Unterstützung: Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Redaktion: Jens Biemann (jb), Sarina Böll (sb), Franz Drey (fd), Laura Görtz (lg), Dr. Ute Jasper (uj), Christoher Marx (mx), Dr. Kristina Neven-Daroussis (knd), Dr. Isabell Niedergöcker (in).

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Am Buschhof 8, 53227 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

E-Mail: redaktion@behoerdenspiegel.de Internet: www.behoerdenspiegel.de.

Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.: DE 122275444 Geschäftsführerin: Helga Woll.

Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter“. Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links“), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.