

Ausschreibung und Vergabe

Ausschluss

Verfehlung

Ein Angebot ist zwingend auszuschließen, wenn der Bieter aufgrund einer schweren Verfehlung für diesen Auftrag unzuverlässig erscheint. (EuGH vom 13. Dezember 2012 – AZ C-465/11)

Eine Vertragsverletzung des Bieters aus der Vergangenheit reicht für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nicht aus. Das Fehlverhalten muss so schwer sein, dass es der Zuverlässigkeit des Bieters nachvollziehbar entgegensteht. Eine schwere Verfehlung liegt vor, wenn sich der Bieter fahrlässig oder vorsätzlich gravierend falsch verhalten hat.

Der Auftraggeber muss in jedem Einzelfall konkret prüfen, ob das Fehlverhalten des Bieters schwerwiegend war. Diese Prognose ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren zulässig. Der Bieter kann sich im Wege der Selbstreinigung vom Verdacht der Unzuverlässigkeit befreien.

Konzession

Bau und Betrieb

Die einheitliche Vergabe von Bau und Betrieb einer Raststätte und Tankstelle ist eine Dienstleistungskonzession. (OLG Karlsruhe vom 6. Februar 2013 – AZ 15 Verg 11/12)

Die Abgrenzung zur Baukonzession bestimmt sich allein nach dem Unionsrecht. Der Hauptgegenstand des Vertrages ist maßgeblich. Voraussetzung ist, dass die ausgeschriebenen Leistungen untrennbar miteinander verbunden sind.

Bei Bau und Betrieb der Tankstelle und Raststätte liegt laut OLG eine Dienstleistungskonzession vor, da die Betriebsleistung überwiegt. Daher war ein Nachprüfungsverfahren gemäß den Paragraphen 107 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unzulässig. Der unterlegene Bieter musste vor dem Verwaltungsgericht klagen, da der öffentliche Auftraggeber mit dem Unternehmer einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen hatte.

Beihilfe

Abfindung

Eine staatliche Beihilfe ist unzulässig, wenn ein privater Kapitalgeber unter vergleichbaren Umständen keine Abfindung an die Beschäftigten eines Unternehmens ausbezahlt hätte. (EuGH vom 11. September 2012 – AZ T 565/08)

Die Abfindung muss wirtschaftlich vernünftig sein. Abfindungen, die über die streng gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen der öffentlichen Hand hinausgehen, sind langfristig wirtschaftlich unvernünftig und stellen eine unzulässige Beihilfe dar. Für die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Abfindung durch die öffentliche Hand reicht es nicht aus, wenn die Auszahlung einem sozialen Zweck dient.

Nachunternehmer

Wechsel zulässig

Ein Nachunternehmerwechsel kann die Neuausschreibungspflicht begründen, wenn dem Nachunternehmer ein ausschlaggebendes Gewicht bei der Zuschlagserteilung zukam. (OLG Frankfurt vom 29. Januar 2013 – AZ 11 U 33/12)

Ein Auftraggeber schrieb die Stadtmöblierung als Dienstleistungskonzession aus. Ein Bieter benennt in seinem Angebot einen Nachunternehmer. Nach Zuschlagserteilung will dieser Bieter seinen Nachunternehmer austauschen. Der Auftraggeber stimmt dem zu. Dagegen wendet sich der Nachunternehmer.

Ohne Erfolg! Die Person des Nachunternehmers sei kein wesentliches Kriterium für die Zuschlagsentscheidung gewesen, so das Gericht. Ein späterer Austausch verpflichte den Auftraggeber daher nicht zur Neuausschreibung.

Die Entscheidung des Gerichts wird insbesondere bei langfristigen Verträgen relevant. Ein Nachunternehmerwechsel ist hierbei keine Seltenheit. Wenn der Auftraggeber bei jedem Wechsel neu ausschreiben müsste, wäre dies unzumutbar für die öffentliche Hand.

Verträge

Widerspruch

Ein Auftraggeber darf ein Angebot nur dann ausschließen, wenn er seine Vergabeunterlagen eindeutig formuliert hatte. (BGH vom 15. Januar 2013 – AZ X ZR 155/10)

Ein Auftraggeber übergab den Bietern mit den Vergabeunterlagen ein Muster für ein Kurztextleistungsverzeichnis. In diesem Verzeichnis wurden bestimmte Angaben gefordert. An einer anderen Stelle der Vergabeunterlagen forderte der Auftraggeber weitergehende Angaben, die die Bieter in dem Kurztextleistungsverzeichnis zusätzlich einzutragen hatten. Ein Bieter tat dies nicht, weshalb der Auftraggeber sein Angebot ausschloss.

Grundlos, urteilte der Bundesgerichtshof. Der Bieter durfte das Muster so verstehen, dass die im Muster geforderten Angaben ausreichend wären. Der BGH folgt damit der Rechtsprechungslinie: Unklarheiten und Widersprüche in den Vergabeunterlagen können keinen Ausschluss rechtfertigen. Vor jedem Angebotsausschluss sollte daher ein Auftraggeber stets prüfen, ob die Vorgaben eindeutig waren.

Vergabeunterlagen

Legt ein Auftraggeber in einem offenen Verfahren einen Vertragsentwurf vor, ist dieser Teil der Vergabeunterlagen. (OLG Düsseldorf vom 5. Dezember 2012 – AZ VII-Verg 29/12)

Bei einer Ausschreibung von Reinigungsleistungen im offenen europaweiten Verfahren legte der Auftraggeber den Entwurf eines Servicevertrages bei. Dieser enthielt Mindestanforderungen, die in der Bekanntmachung nicht enthalten waren. Auf die Rüge eines Bieters entgegnete der Auftraggeber, es handele sich bei dem Entwurf nicht um Vergabeunterlagen.

Zu Unrecht! Der Vergabesenat stellte fest, dass in einem offenen Verfahren das Verhandlungsverbot gilt. Allein die Bezeichnung als Entwurf ändert deshalb nichts an der Zugehörigkeit des Vertrages zu den Vergabeunterlagen. Der Bieter

rügte allerdings zu Recht, dass der Vertragsentwurf erstmals Mindestanforderungen an die Eignung enthielt. Diese hätten bereits in der EU-Bekanntmachung genannt werden müssen.

Bring-or-Pay-Klausel

In Anlieferungsverträgen sind sogenannte Bring-or-Pay-Klauseln unter bestimmten Bedingungen unwirksam. (BGH vom 22. November 2012 – AZ VII ZR 222/12)

Bring-or-Pay-Klauseln regeln den Fall, dass der Lieferant eine vertraglich zugesicherte Menge in einem bestimmten Zeitraum nicht liefert. In diesem Fall müssen die Lieferanten für die nicht gelieferte Menge dennoch den vereinbarten Entsorgungspreis zahlen.

Nicht immer, so der BGH. Wenn eine solche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist, kann sie unwirksam sein. Die Vertragspartner sollten daher solche Klauseln unbedingt individuell aushandeln.

Zuwendung

Rückforderung

Wenn ein Zuwendungsempfänger den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung missachtet, verstößt er in der Regel schwerwiegend gegen Vergaberecht. (BVerwG vom 13. Februar 2013 – AZ 3 B 58.12)

Wenn Land, Bund oder Europäische Union Fördermittel verteilen, verpflichten die Zuwendungsbescheide die Fördermittelempfänger, das Vergaberecht anzuwenden. Damit müssen sie auch den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung vor anderen Verfahrensarten einhalten.

Verstößt ein Fördermittelempfänger in schwerwiegender Weise gegen diese Pflicht und wendet er ein weniger förmliches Vergabeverfahren an, handelt es sich in der Regel um einen schwerwiegenden Verstoß. Wenn im Einzelfall keine besonderen Gründe gegen die Regelannahme eines schwerwiegenden Falles sprechen, darf der Zuwendungsbescheid widerrufen und die Zuwendung zurückgefordert werden.

Auftragsbeginn

Geräte vorhalten

Verlangt der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung spezielles Gerät zur Auftragsausführung, so muss der Bieter erst bei Leistungsbeginn darüber verfügen. (OLG München vom 17. Januar 2013 – AZ Verg 30/12)

Die Bieter müssen zum Zeitpunkt ihrer Angebotsabgabe nicht auch schon die zur Leistungserbringung geforderten Gerätschaften vorhalten. Das Gericht urteilte, es reiche aus, wenn sie durch Eigenklärung versichern, zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns über die entsprechenden Gerätschaften zu verfügen.

Binnenmarkt

Inländische Bieter

Wenn an einem europaweiten Vergabeverfahren nur inländische Bieter teilnehmen, fehlt die Binnenmarktrelevanz. (VGH Hessen vom 11. Dezember 2012 – AZ 8 B 1668/12.R)

Eine deutsche Kommune schrieb Rettungsdienstleistungen als Dienstleistungskonzession europaweit aus. Lediglich in Deutschland ansässige Unternehmen haben daraufhin ihre Angebote eingereicht.

Für einen solchen Fall nimmt der Verwaltungsgerichtshof an, dass sich ein unterlegener Bieter nicht auf die europäischen Gleichbehandlungsgrundsätze berufen kann. Die notwendige Binnenmarktrelevanz fehle bei diesem rein innerstaatlichen Vorgang. Mögliche Verstöße gegen allein europarechtliche Gleichbehandlungsregeln blieben dann unbeachtlich. *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



Foto: BilderBox

Hundehalter: Die Stadt Mainz ist berechtigt, mit höheren Hundesteuern ihre Einnahmen zu verbessern.

Hundesteuer

Mainz im Recht

Die Änderung der Hundesteuersatzung der Stadt Mainz, mit der die Hundesteuer für den ersten Hund von 120 auf 186 Euro und für den zweiten Hund von 156 auf 216 Euro im Jahr erhöht wurde, ist wirksam. Dies entschied das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz in Koblenz (Urteile vom 14. Mai 2013 – AZ 6 C 11124/12.OVG und 6 C 11221/12.OVG)

Die beiden Antragsteller halten im Stadtgebiet von Mainz einen beziehungsweise zwei Hunde. Sie wenden sich mit ihren Normenkontrollanträgen gegen die Erhöhung der Hundesteuer für nicht gefährliche Hunde. Das Oberverwaltungsgericht lehnte die Normenkontrollanträge ab. Die festgesetzte Hundesteuer entfalte durch ihre Höhe keine erdrosselnde Wirkung. Dies belege auch die Zahl der in Mainz angemeldeten Hunde, die im Vorfeld der Hundesteuererhöhung um weniger als vier Prozent gesunken und seitdem stabil geblieben sei.

Die Stadt habe eine politische Gesamtabwägung vorgenommen. Dabei habe sie mit der Hundesteuererhöhung als einer von vielen Maßnahmen der Haushaltskonsolidierung im Rahmen eines Sparpakets in erster Linie die Absicht verfolgt, höhere Einnahmen zu erzielen, um so ihre Teilnahme am Kommunalen Entschuldungsfonds zu sichern. Dieser Zweck allein rechtfertige bereits eine Hundesteuererhöhung.