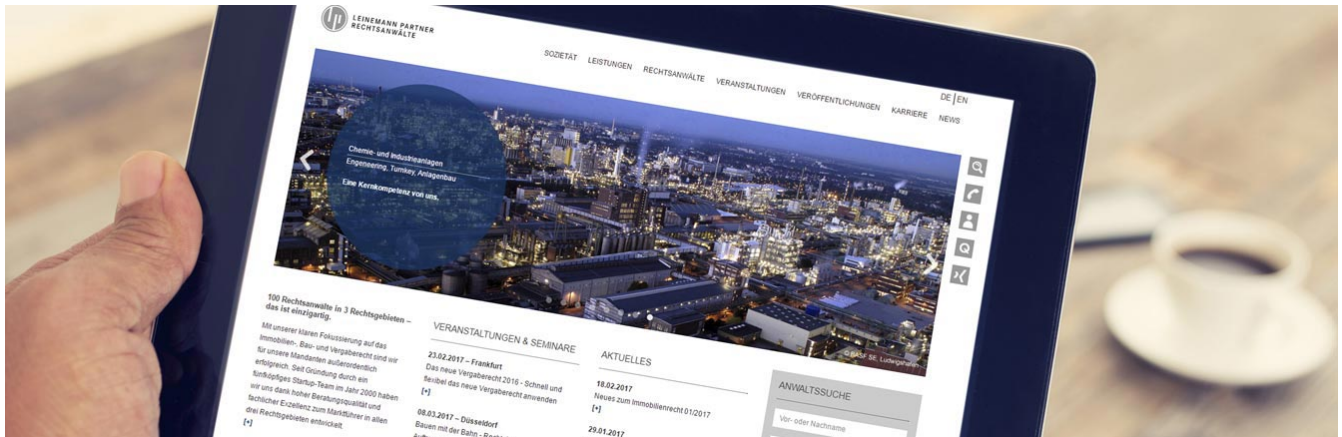




Neues zum Vergaberecht 02/2021



Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Vergaberechtsnewsletters präsentieren zu dürfen, der erneut die praxisrelevantesten Entscheidungen aus den letzten Monaten umfasst.

Hervorzuheben ist hierbei sicherlich die Grundsatzentscheidung des OLG Jena (**Beschluss vom 09.04.2021 – Verg 2/20**), das die Frage, ob Betreiberverträge für Kindergärten ausschreibungspflichtig sind, grundsätzlich klärt. Nicht minder relevant ist sodann die Entscheidung des EuGH (**Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20**), der klarstellt, dass Rahmenverträge stets unter Angaben von Mengengrenzen auszuschreiben sind, was in der Praxis allzu häufig unterbleibt. Ein weiteres „Schreckgespenst“, das nach wie vor die Vergabepaxis heimsucht, ist die Entscheidung der VK Südbayern (Beschluss vom 29.03.2019, Z3-3-3194-1-07-03/19), wonach Vorabinformationsschreiben nicht über e-Vergabepattformen „versandt“ werden können – hier stellt sich die VK Saarland (**Beschluss vom 22.03.2021- 1 VK 6/20**) luss vom 22.03.2021- 1 VK 6/20) offen gegen die VK Südbayern, sodass abzuwarten bleibt, ob sich die streng formale Ansicht der VK Südbayern oder die wohl praxisnähere Auslegung der VK Saarland letztlich durchsetzt.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre.

Über Ihre Anregungen, Rückfragen oder auch Diskussionen über weitere Problemstellungen resultierend aus der derzeitigen Praxis freuen wir uns. Schreiben Sie uns unter: vergaberecht@leinemann-partner.de.

Einen Überblick über unser Seminarangebot finden Sie [hier](#).

Mit den besten Grüßen aus Frankfurt und bleiben Sie gesund

Jonas Deppenkemper

Themen

Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

KiTa Betrieb ist auszuschreiben!

Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Vorabinformationsschreiben im Sinne von § 134 GWB via Vergabeportal möglich!

Dr. Jonas Asgodom, Frankfurt am Main

Rahmenvereinbarungen – Flexibilität ja, aber bitte mit Augenmaß



Jonas Deppenkemper, Frankfurt am Main

KiTa Betrieb ist auszuschreiben!

Das OLG Jena (**Beschluss vom 09.04.2021 – Verg 2/20**) hatte über die in vielen Kommunen diskutierte Frage, ob der reine Betrieb einer KiTa ausschreibungspflichtig ist, zu entscheiden. Das OLG stellte zunächst fest, dass der Betrieb eines Kindergartens der Kategorie „Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen“ unterfällt und somit grundsätzlich vergaberechtspflichtig ist.

Hervorzuheben ist sodann die Klarstellung, dass auch dann ein öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn dem Betreiber lediglich ein Verlustausgleich gezahlt wird. Auch in solchen Konstellationen, die in der Praxis sehr häufig anzutreffen sind, da die Finanzierung des Kindergartenbetriebs allein aus den Elternbeiträgen in aller Regel nicht kostendeckend ist, ist nicht von einer ausschreibungsfreien Dienstleistungskonzession auszugehen.

Sachverhalt:

Die Kommune vergab den Betrieb eines von ihr zuvor errichteten Kindergartens und führte zunächst ein Interessenbekundungsverfahren – allerdings explizit unter Ausklammerung des Vergaberechts – durch.

Die im Rahmen dieses Verfahrens aufgestellten Bedingungen sahen unter anderem und wie für derartige Vergaben üblich, vor, dass die landesrechtlichen Anforderungen des Kindergartengesetzes einzuhalten sind. Weiterhin sollte der künftige Betreiber die anfallenden Beiträge einziehen. Etwaige Defizite sollten sodann von der Kommune ausgeglichen werden.

Nach Präsentation der Betriebskonzepte wurde ein Betreiber ausgewählt. Daraufhin rief ein unterlegener Bieter die Vergabekammer an und begehrte die Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages gem. § 135 GWB, da der Auftrag ohne förmliches Vergabeverfahren erteilt worden sei. Die Vergabekammer gab dem Antrag statt und vertrat die Auffassung, dass der Auftrag hätte ausgeschrieben werden müssen.

Daraufhin rief der zunächst beauftragte Betreiber das OLG Jena an und wandte im Wesentlichen ein, dass es die Vergabekammer bereits nicht zuständig sei, da es sich nicht um eine vergabe- sondern um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handele. Insbesondere handele es sich bei dem Betreibervertrag nicht um eine Dienstleistungskonzession, da der Betreiber ein wirtschaftliches Risiko trage und es sich bei dem Verlustausgleich um eine Zuwendung handele.

Entscheidung:

Das OLG Jena folgte der Ansicht der Vergabekammer und ist hierbei der Ansicht, dass es sich sehr wohl um eine dem Vergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzession i. S. d. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handelt, denn der vertraglich vorgesehene Verlustausgleich führe gerade dazu, dass ein wirtschaftliches Risiko de facto nicht bestehe. Denn die potentiell schwankenden Einnahmen aus den Elternbeiträgen wirken sich wirtschaftlich bereits deshalb nicht aus, weil die Kommune etwaige Fehlbeträge ohnehin ausgleiche. Entsprechend sei auch eine Entgeltlichkeit, die Voraussetzung für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts ist, eindeutig gegeben:

„Die Entgeltlichkeit, die zugleich die Wirtschaftlichkeit der in Frage stehenden Dienstleistung von allgemeinem Interesse begründet (vgl. zur Abgrenzung Knauff, in: Loewenheim u.a., Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, Art. 106 AEUV Rn. 62 m.w.N.) wird durch den gesetzlich vorgesehenen und vertraglich konkretisierten Betriebskostenausgleich begründet, der Bestandteil des den Vertrag kennzeichnenden Leistungsaustauschverhältnisses ist.“

Diese Auffassung folgt letztlich der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung, wonach ein Vertrag nicht allein deswegen aus dem Begriff des öffentlichen Auftrags herausfallen könne, weil die darin vorgesehene Vergütung auf den Ersatz der Kosten beschränkt bleibt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen (EuGH, Urt. v. 19.12.2012 - C-159/11, NZBau 2013, 114 Rn. 29; Urt. v. 11.12.2014 - C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 37).

Entgegen der Ansicht des Betreibers scheidet das Verständnis des Betriebskostenausgleichs als bloße Zuwendung somit aus, denn der Ausgleich bewirkt rein faktisch eine Entgeltlichkeit im Sinne einer Vergütung und ist gerade kein „Zuschuss“: Der Betriebskostenausgleich ist nämlich, vereinfacht ausgedrückt, ein „Freifahrtsschein“ (jedenfalls in Bezug auf erforderliche Kosten), der das unternehmerische Risiko des Betreibers – anders als ein Zuschuss – gänzlich entfallen lässt.

Auswirkungen auf die Praxis

Die Grundsatzentscheidung des OLG Jena überzeugt und schafft endlich Klarheit: Betreiberverträge für Kindergärten sind, obwohl sie öffentlich-rechtlich geprägt sind, auszuschreiben.

Die gängige Praxis, die teilweise zudem von den Kindergartengesetzen der Bundesländer gefordert ist, dem Betreiber einen Verlustausgleich zu zahlen, ändert hieran nichts. Im Gegenteil ist gerade diese Vertragskonstruktion ein entscheidender Grund dafür, dass eine Ausschreibungspflicht besteht.

Unabhängig von allen juristischen Überlegungen erscheint es zudem mehr als angezeigt, dass sich Betreiber, die risikolos und steuermittelfinanziert Dienstleistungen erbringen, in einem förmlichen Vergabeverfahren durchsetzen müssen. Denn spätestens dann, wenn der Preis aufgrund eines garantierten Verlustausgleichs nur noch eine nachrangige Rolle spielt, sollte sich – gerade im Bereich der Kindergartenbetreuung – Qualität durchsetzen.



Sabrina Hißting, Frankfurt am Main

Vorabinformationsschreiben im Sinne von § 134 GWB via Vergabeportal möglich!

VK Saarland (Beschluss vom 22.03.2021- 1 VK 6/20).

Einführung

Steht der „Sieger“ der Ausschreibung fest, so müssen vor Zuschlagserteilung die Vorabinformationen gem. § 134 Abs. 1 GWB erfolgen. Erst ab dem Zeitpunkt des Versands läuft die obligatorische Stillhaltefrist, die den unterlegenen Bieter eine Überprüfung der Vergabeentscheidung ermöglichen soll.

Mit Einführung der eVergabe hielten eine Vielzahl von Vergabestellen, jedenfalls bis zur Entscheidung der VK Südbayern (Beschluss vom 29.03.2019, Z3-3-3194-1-07-03/19), die Bereitstellung der Vorabinformationen auf der Vergabepattform für ausreichend. Diese forderte den „Versand“ der Schreiben und hielt eine „Zurverfügungstellung“ bzw. eine „Bereitstellung zur Abholung“ auf der Plattform für nicht ausreichend. Denn das bloße Freischalten der Information auf der Plattform sei nicht mit einem postalischen/elektronischen Versand gleichzusetzen. Denn beim Upload der Nachricht könne man nicht davon sprechen, dass die Information zielgerichtet *„in Richtung des Machtbereich“* des Bieters entlassen werde, was ein „Versand“ jedoch erfordere.

Die hier besprochene Entscheidung der saarländischen Vergabekammer widerspricht – wohl zur Erleichterung vieler Vergabestellen – der VK Südbayern.

Sachverhalt der Entscheidung

Im entschiedenen Fall erfolgte die komplette Abwicklung der hier zugrundeliegenden EU-weiten Ausschreibung über eine e-Vergabepattform. Nach Angebotsauswertung wurden die Vorabinformationen den Bieter über die Kommunikationsfunktion des Vergabeportals zur Verfügung gestellt. Eine automatisch generierte E-Mail informierte die Bieter, dass eine neue Nachricht zum Abruf bereitstehe.

Einer der unterlegenen Bieter leitete daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein. Unter Verweis auf die Entscheidung der VK Südbayern rügte er, dass das Einstellen der Vorabinformationen auf der Vergabepattform nicht der Form im Sinne von § 134 Abs. 2 S. 2 GWB genüge, da ein „Versand“ durch das Bereitstellen der Nachricht nicht erfolgt sei.

Die Entscheidung

Nach Ansicht der VK Saarland genügt das Einstellen der Vorabinformationsschreiben in das elektronische Postfach der Plattform den Voraussetzungen des „Absendens“ im Sinne des § 134 Abs. 2 S. 2 und 3 GWB, denn das Vergabeverfahren sei vollständig über die Vergabeplattform abgewickelt worden.

Bei dem „Versenden“ im Sinne des § 134 Abs. 2 S. 2 und 3 GWB komme es nicht ausschließlich auf das Absenden einer weiteren E-Mail, eines Faxes oder eines postalischen Schreibens an.

Vielmehr sei die Norm in ihrem Kontext nach dem Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck auszulegen. Der Fristlauf durch elektronisches Versenden wird entsprechend den Anforderungen des § 134 Abs. 2 GWB in Gang gesetzt, *„wenn die elektronische Information den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann, in Textform, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach (Benutzerkonto), über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird, eingelegt wird.“*

Nach Auffassung der VK Saarland wird die Bieterschutzfrist wird gem. § 134 Abs. 2 GWB somit in Gang gesetzt, wenn die Vergabeplattform folgende Voraussetzungen einhält:

- elektronisches Informationsschreiben hat den Machtbereich des Sendenden derart verlassen, dass eine nachträgliche Veränderung und Löschung unmöglich ist,
- ist in Textform speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar und
- nur von dem Empfänger in einem ihm allein zugeordneten Bereich, welcher mit einem Postfach vergleichbar ist, eingelegt.

Auswirkungen für die Praxis/ Handlungsfazit

Die Ausführungen der VK Saarland scheinen – gerade im Hinblick – auf die eVergabe konsequent und praxistauglich. Aufgrund der unterschiedlichen Ansichten der Vergabekammern bleibt abzuwarten, welche Entscheidungen zu dieser Thematik folgen.

Bis zu einer abschließenden Entscheidung erscheint es für Vergabestellen jedoch weiterhin sinnvoll, den sicheren, wenn auch etwas veralteten Weg des Faxes oder der separaten E-Mail zu gehen, da man ansonsten riskiert, dass die Bieterschutzfrist nicht in Gang gesetzt wird, der Zuschlag angreifbar bleibt und schlimmstenfalls festgestellt wird, dass der Vertrag im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam ist. Die strenge, wenngleich juristisch durchaus konsequente, Ansicht der VK Südbayern ist jedenfalls, wie die praxisnahe Entscheidung der VK Saarland belegt, nicht zwingend.



Dr. Jonas Asgodom, Frankfurt am Main

Rahmenvereinbarungen – Flexibilität ja, aber bitte mit Augenmaß

Auftraggeber (AG) greifen gerne zu Rahmenvereinbarungen (RV), wenn es mal wieder etwas flexibler sein darf. Da Flexibilität und Vergaberecht bekanntermaßen ein ungleiches Paar sind, kommt es dann häufig zu Streit. Zuletzt hatte der EuGH (**Urt. v. 17.6.2021 – C-23/20**) erneut über die leidige Frage der Abnahmemaximierungen zu befinden. Und, wer hätte es gedacht? AG haben verbindliche Höchstmaximierungen anzugeben und die Lebensdauer der RV endet mit deren Erreichen auch.

Sachverhalt

Der AG, eine dänische Region, schrieb eine RV zur Beschaffung von Sonden zur künstlichen Ernährung aus. Optional sollte ein weiterer AG hinzutreten können. Statt einer Auftragswertschätzung gab der AG nur eine unverbindliche „Erwartung“ der Beschaffungsmengen an. Tatsächlich sollten die Abnahmemengen „höher oder niedriger“ ausfallen können. Nach dem Zuschlag legte ein nicht berücksichtigter Bieter Beschwerde ein, weil er die fehlende Angabe von Schätz- bzw. Höchstmaximierungen für vergaberechtswidrig hielt. Dem trat der AG entgegen. Der Schätz- bzw. Höchstwert könne schon optionsbedingt nicht benannt werden. Eine Verpflichtung dazu bestehe sowieso nicht. Die Beschwerdestelle fragte den EuGH, inwieweit AG bei der Bekanntmachung einer Beschaffung durch eine RV zur Angabe von Schätz- und/oder Höchstmaximierungen verpflichtet seien und ob der Mangel eine RV insgesamt zwingend unwirksam mache.

Die Entscheidung

Höchstmaximierungen sind anzugeben!

AG seien für sich und optional hinzutretende AG zur **Angabe von Abnahmemaximierungen bzw. -mengen** und zur **Angabe des Schätzwerts bzw. der -menge** entweder in der Bekanntmachung oder in den (frei zugänglichen!) Vergabeunterlagen verpflichtet. Ein anderes Ergebnis sei dem Wortlaut nach zwar denk-, mit dem Vergaberecht aber unvereinbar. Nach Art. 5 Abs. 5 RL 2014/24 müssten AG den Auftragswert schätzen. Das vorhandene Ergebnis könnten sie in der Bekanntmachung dann auch mitteilen. Zudem seien AG zur Leistungsbeschreibung verpflichtet, wozu Angaben über die Höchstmenge gehörten. Ähnlich sei es bei der Losvergabe. Bieter müssten ihre Leistungsfähigkeit einschätzen können, weshalb der Transparenzgrundsatz die Angabe von Höchstmaximierungen gebiete. Ohne rechtsverbindliche Höchstmaximierungen wären Auftragnehmer einem unvorhersehbaren Haftungsrisiko ausgesetzt. Schließlich könnten AG durch uneingeschränkte Abrufmöglichkeiten den Wettbewerb unzulässig beschränken.

AG sind nach Ansicht des EuGH ebenfalls zur **Angabe eines Gesamtwerts bzw. einer -menge** in der Bekanntmachung verpflichtet. Diese Angabe könne aufgliedert nach Gegenständen oder AG erfolgen.

Verneint hat der EuGH die Frage, ob dementsprechend fehlende Angaben in der Bekanntmachung die **Unwirksamkeit der ganzen RV** nach sich ziehen müssen. Die Unwirksamkeit sei das schärfste Schwert und solle auch nur schweren Vergaberechtsverstößen vorbehalten bleiben.

Praxishinweis

Die Entscheidung setzt den Kurs des EuGH konsequent fort (vgl. EuGH, Urt. v. 19.12.2018 – C-216/17 zur alten Rechtslage). Die deutsche Rechtsprechung ging grds. auch von der Pflicht zur Angabe von Höchstmengen bei der Vergabe einer RV aus. Allerdings hat die VK Bund (B. v. 19.7.2019, VK 1 – 39/19) in Auseinandersetzung mit der früheren EuGH-Entscheidung vertreten, die fehlende Angabe des Schätz- bzw. Höchstwerts sei ausnahmsweise zulässig. Argument war der Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 2 VgV (Ermittlung „so genau wie möglich“). Mit der aktuellen Entscheidung des EuGH dürfte diese Rechtsprechung der Vergangenheit angehören. Der Wortlaut ist nach EuGH gerade nicht der Weisheit letzter Schluss. Das Argument ist direkt auf die VgV übertragbar.

AG sollten die Schätz- bzw. Höchstwerte bei Beschaffungen mit RV künftig immer angeben. Wo eine abschließende Schätzung des Bedarfs nicht möglich ist, dürften Auftraggeber darauf verwiesen sein, das Volumen ungefähr abzuschätzen, und bei den Höchstmengen eventuell einen Sicherheitsaufschlag vorzunehmen. Denn eines macht der EuGH klar: Ist die anzugebende Höchstmenge erreicht, endet die Rahmenvereinbarung.