



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von
LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 15, Mai 2015

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

3 Fünf Fragen an...

Martina Jungclaus, Hauptgeschäftsführerin der Handwerkskammer Bremen

Vergabemanagement

5 Vergabereife – Erforderlichkeit öffentlich-rechtlicher Genehmigungen?

Rechtsprechung und Gesetzgebung

7 Vergabeverzögerung nach einem Verhandlungsverfahren: AG trägt Mehrkosten

8 Korrektur eines fehlerhaften Vergabeverfahrens möglich

9 Grundstücksverkauf für Hotelprojekt ist kein öffentlicher Bauauftrag

10 Ablehnung der Eignung eines Bieters muss tragfähig begründet werden

11 Zur Forderung von Nachweisen und Erklärungen

12 Widerruf einer Zuwendung wegen Verstoßes gegen das Vergaberecht

13 Vergaberechtsverstoß muss auch unterhalb der Schwellenwerte gerügt werden

14 Veranstaltungen und Termine



Liebe Leserin, lieber Leser,

auch mit dieser Ausgabe des Newsletters können wir noch nicht die Vorlage eines Entwurfs für ein neues Vergaberecht verkünden. Hier werden wir wohl noch einige Zeit warten müssen.

Dennoch bewegt uns das Vergaberecht in vielen interessanten Themenbereichen. So befassen wir uns in dieser Ausgabe mit der Frage der erforderlichen Vergabereife, die erreicht sein muss, bevor ein Vergabeverfahren beginnt.

Der BGH hat durch ein Urteil vom Dezember 2014 klargestellt, dass Ansprüche von Bietern aus verzögerter Vergabe auch bestehen, wenn der Auftraggeber ein Verhandlungsverfahren durchgeführt hatte. Hier kommt es im Ergebnis auf den genauen Wortlaut der bei Vertragsschluss zwischen den Parteien gewechselten Erklärungen an. Eine Erweiterung der Spielräume für den öffentlichen Auftraggeber ergibt sich aus einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.01.2015, wonach bei einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung auch nach Submission noch einzelne Positionen neu abgefragt werden dürfen. Das war früher lange als problematisch angesehen worden, wird nun aber durch den Vergabesenat gebilligt. Demgegenüber weist das OLG Koblenz den Ausschluss eines Bieters wegen unzuverlässigen Verhaltens bei einem früheren Auftrag zurück, weil nicht eindeutig festgestellt war, dass der Bieter dort vertragswidrig gehandelt hatte. Ausschlussgründe müssen nun einmal unzweifelhaft vorliegen.

Ich wünsche Ihnen viel Freude bei der Lektüre dieser Ausgabe.

Ihr
Ralf Leinemann



Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt

Foto: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE

Martina Jungclaus

Wirtschaftlichkeit schulen

Für bietende Unternehmen, vor allem für kleinere, bringt die verpflichtende Einführung der E-Vergabe Vorteile. Dadurch würden vor allem, so Martina Jungclaus, Hauptgeschäftsführerin der Handwerkskammer Bremen, die Schnittstellen zu den öffentlichen Auftraggebern klar definiert. Diese hätten demgegenüber bessere Möglichkeiten, einen ganzheitlichen weitgehend digitalisierten öffentlichen Beschaffungsprozess zu erreichen. Bei Abbau von Bürokratie werde die Beteiligung kleiner und großer Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen zunehmen.

Update Vergabe: In Bremen soll eine zentrale Service- und Koordinationsstelle zur Organisation von Bauvorhaben eingerichtet werden. Was erhofft man sich? Wie lassen sich die Interessen des Auftraggebers und vor allem der mittelständischen Bieter am besten ausbalancieren?

Jungclaus: Aufgabe der zentralen Service- und Koordinationsstelle soll es sein, das Vergabewesen überschaubar zu gestalten und das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass mittlere Unternehmen verstärkt am Wettbewerb teilnehmen und das Vorgehen der öffentlichen Auftraggeber so weit wie möglich zu vereinheitlichen. Gerade der Ansatz einheitliche Vertragsbedingungen und Verfahrens- und Formvorschriften zu schaffen, die dann auch für alle öffentlichen Auftraggeber verbindlich sein sollten, halte ich für einen wichtigen und notwendigen Schritt, um mittelständischen Unternehmen die Teilnahme an Vergabeverfahren zu erleichtern.

Update Vergabe: Niemand glaubt daran, dass das neue Vergaberecht in Umsetzung der EU-Richtlinien einfacher und anwenderfreundlicher wird. Was ist aus Ihrer Sicht noch zu retten?

Jungclaus: Glauben hilft nicht weiter! Rettung zu schaffen, allein über die rechtlichen Vorgaben auch nicht. Zweifelslos ist das Vergaberecht in den letzten Jahren immer komplexer geworden. Die Entbürokratisierung und Vereinfachung des Ver-



Martina Jungclaus ist seit kurzem Hauptgeschäftsführerin der Handwerkskammer Bremen

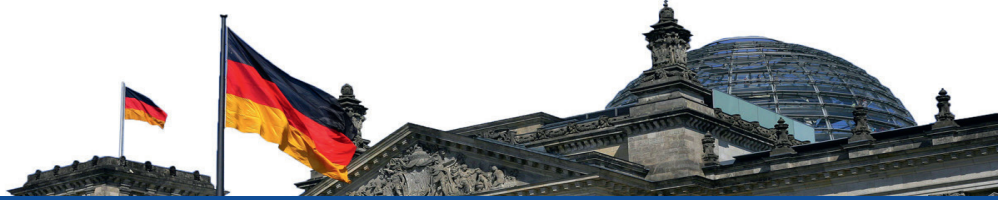
Foto: BS/Senatorin für Finanzen Bremen

gaberechts ist seit vielen Jahren, nicht erst im Zuge dieser Vergaberechtsnovelle, Thema. Mit Blick auf die Bieterlandschaft und einer stärkeren Beteiligung am Wettbewerb, gerade kleiner und mittelgroßer Unternehmen, führen bürokratische Hürden zu weniger Beteiligung - auch das keine neue Erkenntnis. Wie lässt sich Abhilfe schaffen? Der rechtliche Rahmen (Bund) ist das eine, hierzu gehört aber auch der Blick auf die nicht einheitlichen zusätzlichen Vorschriften im Rahmen der Landesvergabegesetze und ganz entscheidend die praktische Umsetzung – die Vergabepraxis.

Ein Beispiel: Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, beim Einkauf von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit zu handeln. Dieses Gebot schließt die Berücksichtigung sozialer, ökologischer und innovativer Kriterien bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ein. Allerdings wird in der Praxis in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeverfahren das Wirtschaftlichkeitsprinzip auf das Kriterium des niedrigsten Preises beschränkt. Hier gilt es, öffentliche Auftraggeber bei der Anwendung des Wirtschaftlichkeitsprinzips unter Einbeziehung der Lebenszykluskosten zu schulen und gegenüber Bietern, die Anforderungen an die zu beschaffende Dienstleistung oder an das zu beschaffende Produkt einerseits und die Wertungskriterien, die über den Preis hinausgehen, andererseits, klar im Rahmen der Ausschreibungen zu formulieren.

Ein weiterer entscheidender Schritt zur Vereinfachung nicht nur der Vergabeverfahren, sondern der öffentlichen Beschaffung ist einen weitgehend digitalisierten ganzheitlichen öffent-

Fortsetzung auf Seite 4 >>>



lichen Beschaffungsprozess anzustreben. Dabei denke ich eben nicht nur an die E-Vergabe, sondern an den ganzheitlichen Beschaffungsprozess.

Der Vorteil für die Bieter – vor allem für die Kleinen und mittleren Unternehmen – besteht darin, dass damit die Schnittstellen zu den öffentlichen Auftraggebern klar definiert sind. Dadurch würde ihnen die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erleichtert. Durch die Steigerung der Prozesseffizienz können die Unternehmen außerdem ihre eigenen Prozesskosten reduzieren.

Update Vergabe: Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag kritisiert, dass die Landesvergabegesetze den drei Kriterien Wettbewerb, Nichtdiskriminierung und Transparenz widersprechen sowie zu einer Verteuerung der Beschaffungen führen. Als Ausgangspunkt werde von den Ländern der § 97 Abs. 4 GWB genommen, der zusätzliche Anforderungen in sozialer, umweltbezogener oder innovativer Hinsicht ermögliche. In wie weit sollten dem Grenzen bei der Novellierung gesetzt werden?

Jungclaus: Es ist dringend erforderlich, dass der Bundesgesetzgeber klarstellt, wo die Grenzen der Landesgesetze liegen.

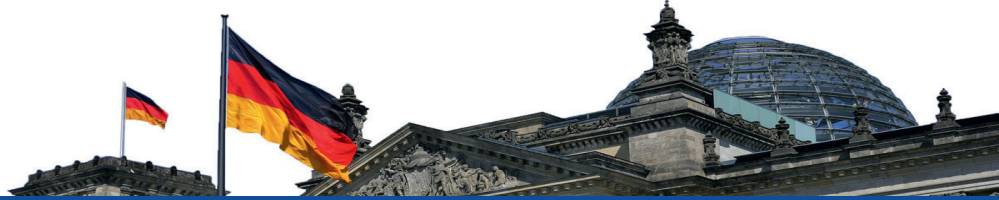
Update Vergabe: An der deutschen Formulierung der Losvergabe wird kritisiert, dass sie große Projekte erschwere, weil der Koordinierungsaufwand zu groß sei. Ist das so? Lässt sich das vermeiden?

Jungclaus: Grundsätzlich stellt die Losvergabe ein probates Mittel dar, um KMU verstärkt gerade bei Großprojekten zu beteiligen. Aber selbstverständlich ist im Vorfeld klar zu definieren, welche Leistungen trennbar sind und welche Leistungen sinnvollerweise aus einer Hand gestellt werden sollten. Um den Koordinierungsaufwand zu reduzieren, gilt es, vorab eine projektbezogene Prüfung vorzunehmen.

Update Vergabe: Wie kann am wirksamsten gegen rechtswidriges Verhalten von Bietern bei öffentlichen Aufträgen vorgegangen werden? Genügt dazu ein bundesweites "Korruptionsregister"? Wie sollte "Gesetzesuntreue" künftig definiert werden?

Jungclaus: Ich will ihrer Frage nicht ausweichen, aber eine Definition für „Gesetzestreue“ abzugeben, überlasse ich anderen. Was ich als Denkanstoß einbringen möchte, ist, dass m.E. auch die Einführung der E-Vergabe sowie eine Änderung der Vergabepaxis – Wirtschaftlichkeit nicht ausschließlich mit Fokus auf den günstigsten Preis als Zuschlagskriterium- zusätzliche Präventivmaßnahmen darstellen können.

Die Fragen stellte Franz Drey



Vergabereife – Erforderlichkeit öffentlich-rechtlicher Genehmigungen?

Öffentliche Auftraggeber sollen einen Auftrag erst dann ausschreiben, wenn die Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und mit der Ausführung begonnen werden kann. Damit ist der Grundsatz der Vergabereife angesprochen. Wann liegt die erforderliche Vergabereife insbesondere im Hinblick auf notwendige öffentlich-rechtliche Genehmigungen eines Projekts vor?

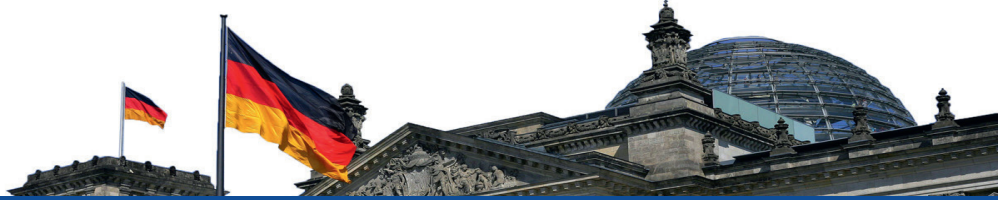
In der Vergabepaxis kommt es immer wieder vor, dass ein Vergabeverfahren eingeleitet werden muss, bevor die Vorbereitungen des Auftraggebers für die Realisierung des Beschaffungsprojekts gänzlich abgeschlossen sind. Bei komplexen funktionalen Ausschreibungen wird die genaue Leistung möglicherweise erst durch den Bieter abschließend bestimmt, so dass vor Beginn des Verfahrens noch nicht völlig feststeht, in welchem Umfang es öffentlich-rechtlicher Genehmigungen bedarf. Hier stellt sich immer die Frage, welche Schritte die Vergabestelle einleiten muss, um die notwendige Vergabereife herzustellen.

Der Begriff der Vergabereife wird in den Vergabevorschriften nicht ausdrücklich verwendet. In § 2 VOB/A – ebenso wie in § 2 EG VOB/A und § 2 VS VOB/A – heißt es: „Der Auftraggeber soll erst dann ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.“ Obwohl eine solche Regelung in Bezug auf die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen weder in der aktuellen VOL/A, noch in der VOF oder der VSVgV und auch nicht in der SektVO zu finden ist, gilt der Grundsatz der Vergabereife im Vergaberecht allgemein.

Die Vergabestelle ist – neben der Sicherstellung der Finanzierung – grundsätzlich verpflichtet, alle privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass mit den ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der angegebenen Frist begonnen werden kann. Dies entspricht auch § 4 Abs. 1 VOB/B, wonach es grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt, alle Genehmigungen und Erlaubnisse zur Ermöglichung der Auftragsausführung herbeizuführen. Beispiele hierfür sind Genehmigungen aus dem Bau-, Straßenverkehrs-, Wasser-, Abfall- oder Immissionsschutzrecht. Maßgeblicher Zeitpunkt ist nach dem Wortlaut des § 2 VOB/A („soll erst dann ausschreiben“) der Beginn des Vergabeverfahrens, also im Regelfall der Zeitpunkt der Bekanntmachung.

Damit ist die entscheidende Frage, welche Voraussetzungen zu diesem Zeitpunkt vorliegen müssen, um von Vergabereife sprechen zu können. Hier ist vor allem der Sinn und Zweck der Vergabereife zu berücksichtigen. Dieser wird vor allem im Schutz der Bieter gesehen. Sie sollen davor bewahrt werden, Kosten und Mühen für die Angebotserstellung auf sich zu nehmen, ohne dass die Aussicht auf einen Vertragsschluss besteht, weil der Auftraggeber ihm obliegende Vorbereitungsleistungen noch nicht abgeschlossen hat.

Fortsetzung auf Seite 6 >>>



Nicht erforderlich ist, dass alle erforderlichen Genehmigungen in bestandkräftiger Form vorliegen müssen. In diesem Sinne hat bereits das OLG Celle in seinem Beschluss vom 12.05.2005 (13 Verg 6/05), der die Errichtung einer Abfallbehandlungsanlage betraf, festgestellt, dass der Auftraggeber mit der Ausschreibung nicht zu warten musste, bis die Genehmigung vorlag. Auch die VK Bund (Beschluss vom 19.07.2013, VK 1-54/13) hat in diesem Sinne entschieden:

„Das Erfordernis des Vorliegens öffentlich-rechtlicher Zulassungen – hier eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses – bereits zu Beginn eines Vergabeverfahrens ist im vorliegenden Fall vergaberechtlich nicht geboten.“

Allerdings hat das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 27.11.2013, Verg 20/13) im Rahmen der sofortigen Beschwerde gegen die vorgenannte Entscheidung – jedenfalls vordergründig – einen strengeren Maßstab angelegt. Im Ergebnis hat es zumindest eine sofort vollziehbare Planfeststellungsentscheidung als ausreichend angesehen:

„Im vorliegenden Fall ist Vergabereife zu bejahen. Die Vergabestelle hat sich bei der Ausschreibung auf die vorliegende Planfeststellung ... gestützt. Sie ist sofort vollziehbar und darf durch die Ausschreibung ausgeführt werden.“

Darüber hinaus hat VK Bund es jüngst in ihrem Beschluss vom 25.11.2014 (VK 2-93/14) als zulässig angesehen, mit der Ausschreibung zu beginnen, obwohl die für die Auftragserteilung erforderliche Erteilung eines Mandats des Deutschen Bundestages noch ausstand. Maßgeblich hierbei war die Einschätzung, dass dieses aller Voraussicht nach zeitnah erfolgen würde.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden: Die Einleitung eines Vergabeverfahrens ist im Hinblick auf die rechtliche Vergabereife in der Regel zulässig, wenn der Auftraggeber die Zulässigkeit des Beschaffungsvorhabens unter allen bei der Vorbereitung erkennbaren Gesichtspunkten überprüft hat und im Rahmen einer Prognose zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die erforderlichen Genehmigungen im Zeitpunkt des Beginns der Leistungserbringung vorliegen werden.

Praxisseminar

Behörden Spiegel

Aus der Praxis für die Praxis
Kompetenz für Fach- und Führungskräfte

Die Beschaffung von Bauleistungen nach der neuen VOB/A

08. Juni 2015, Berlin

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Bildnachweis: Rainer Sturm, pixelio.de, Montage: BS

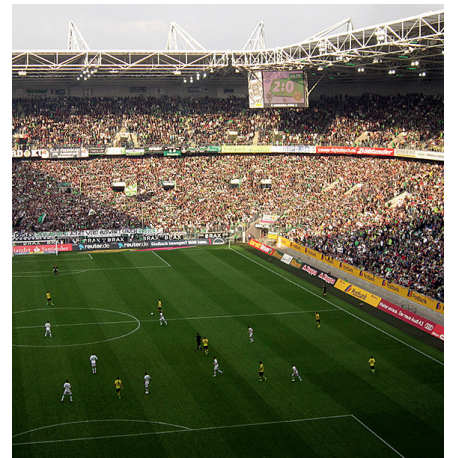
Vergabeverzögerung nach einem Verhandlungsverfahren: AG trägt Mehrkosten

Der BGH (Urteil vom 18.12.2014, VII ZR 60/14) hat entschieden, dass der AG bei einer Vergabeverzögerung nicht nur bei offenen oder nicht offenen Verfahren das sich hieraus ergebende Kostenrisiko trägt, sondern diese Grundsätze auch im Verhandlungsverfahren gelten.

Eine Kommune vergab eine Baukonzession für Planung, Finanzierung, Errichtung und Betrieb eines Fußballstadions. Die Erteilung des Zuschlags und der Projektbeginn verzögerten sich durch Nachprüfungsverfahren um mehr als ein Jahr. Danach meldet der erfolgreiche Bieter am 27. März 2007 Mehrkosten wegen der massiven Verzögerungen an. Der AG lehnt eine Preisanpassung ab. Einen Tag bevor die Parteien den Vertrag letztlich unterzeichnen, schreibt der Bieter „Wir bestätigen hiermit nochmals unsere Rechtsposition im Schreiben vom 27. März 2007, die von der Stadt zurückgewiesen wird“. Der AG will nun die Mehrkosten der Verzögerung nicht zahlen. Zu Unrecht, wie der BGH feststellt.

Der BGH wendet zunächst die Grundsätze zum Vergabeverfahrensrisiko an, wonach dieses grundsätzlich vom AG zu tragen ist. Des Weiteren habe ein Dissens, der einen wirksamen Vertragsschluss verhindert hätte, zwischen den Parteien nicht bestanden, weil die Vertragspartner durchaus den Vertrag in der ursprünglichen Form haben schließen wollen. Offen sei allein die Rechtsfrage geblieben, ob sich aus dem Baukonzessionsvertrag ein Anspruch auf Mehrvergütung aus § 2 Abs. 5 VOB/B wegen einer Bauzeitverschiebung ergibt. Die Auslegung ergibt, dass der Auftraggeber den diesbezüglichen Vorbehalt des Bieters bei Vertragsschluss akzeptiert hat.

Formuliert der Bieter vor Vertragsschluss deutlich seinen Vorbehalt dahingehend, dass er von seinem Anspruch auf Vergütung seiner Mehrkosten nicht Abstand nimmt, so kann der AG den Bieter nicht zwingen, einen solchen Vorbehalt fallen zu lassen. Dies gilt auch im Verhandlungsverfahren. Der AG muss in dieser Situation keinen Zuschlag erteilen. Er kann das Verfahren aufheben, haftet dann aber auf Schadensersatz. Nimmt der AG jedoch das Angebot samt Mehrkostenvorbehalt an, so kommt der Vertrag zustande und ein Mehrkostenanspruch des Bieters aufgrund der Verzögerung ist nicht ausgeschlossen.



Durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerte sich der Bau eines Fußballstadions. Die Mehrkosten trägt der Auftraggeber.

Foto: BS/Genista, CC BY SA 2.0, www.flickr.com

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5151501.
(unten rechts auf Website eingeben).

Korrektur eines fehlerhaften Vergabeverfahrens möglich

Ein Auftraggeber kann eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung auch nach dem Submissionstermin ändern, wenn er sämtlichen Bietern die Möglichkeit gibt, die Kalkulation ihrer Angebote entsprechend anzupassen. Das hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 12.01.2015 (Verg 29/14) entschieden.

Im Oktober 2013 schrieb die Vergabestelle (VSt) die Erweiterung und Instandsetzung eines Polizeipräsidiums europaweit im offenen Verfahren aus. Nach der Submission und Wertung der Angebote stellte die VSt fest, dass im Leistungsverzeichnis die Vordersätze für eine Bohrpfahlwand zu gering angegeben worden waren und die Darstellung zu den Vordersätzen in den Vergabeunterlagen nicht widerspruchsfrei war. Die VSt gab den Bietern sodann die Möglichkeit, die von diesem Fehler betroffenen Positionen unter Vorgabe korrigierter Massenvordersätze neu zu verpreisen. Ein Bieter, der durch die Wertung der neuen Angebote vom ersten auf den zweiten Platz gerutscht war, strengte ein Vergabenachprüfungsverfahren an. Nachdem die Vergabekammer eine Wertung der geänderten Angebote untersagte, wurde das OLG Düsseldorf im Beschwerdeverfahren mit der Sache befasst.

Das OLG hob die Entscheidung der Vergabekammer auf. Die von der VSt durchgeführte teilweise Rückversetzung des Vergabeverfahrens sei nicht zu beanstanden. Ein Auftraggeber sei bei Feststellung eines erheblichen Fehlers in den Vergabeunterlagen vor Zuschlagserteilung grundsätzlich zur Fehlerkorrektur berechtigt. Auch eine bereits durchgeführte Submission hindere die Fehlerkorrektur nicht. Der Auftraggeber unterliege bei einer als fehlerhaft erkannten Ausschreibung keinem Kontrahierungszwang. Einzige Voraussetzung sei, dass der Auftraggeber einen sachlichen Grund für eine (teilweise) Aufhebung vorweisen kann. Diesen sachlichen Grund sah das OLG in den widersprüchlichen und intransparenten Ausschreibungsunterlagen und den fehlerhaften Massenvordersätzen für die Bohrpfahlwand.

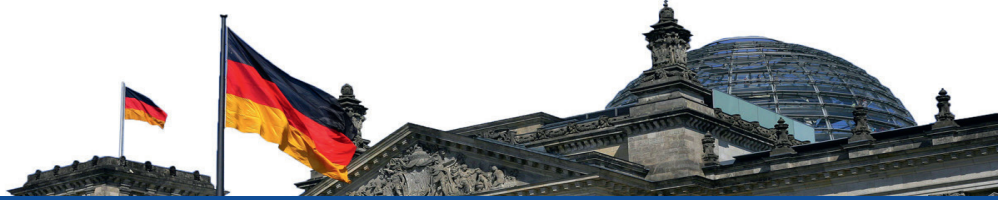
Wie und in welchem Umfang ein öffentlicher Auftraggeber die Korrektur eines erkannten Fehlers in seiner Ausschreibung behebt, unterliege allein seiner Gestaltungsfreiheit. Hierbei sei der Auftraggeber jedoch an die Gebote der Transparenz, der Gleichbehandlung und des fairen Wettbewerbs gebunden. Indem die VSt allen Bietern in transparenter Form die Möglichkeit der erneuten Kalkulation von lediglich sieben Positionen gewährte, wurde das Gebot des fairen Wettbewerbs nicht verletzt. Der Auftraggeber hat jedoch vor einer (teilweisen) Aufhebung jeweils zu prüfen, ob die beabsichtigte Preisänderung Einfluss auf das Preisgefüge im Übrigen haben kann. Nur wenn dies zu befürchten ist, wird ein Auftraggeber an einer Fehlerkorrektur im Detail gehindert und muss ggf. vollständig neue Angebote einholen.



Das Leistungsverzeichnis für die Erweiterung eines Polizeipräsidiums war fehlerhaft, eine spätere Korrektur ist möglich.

Foto: BS/Dierk Schaefer, CC BY 2.0, www.flickr.com

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1041502.
(unten rechts auf Website eingeben).



Grundstücksverkauf für Hotelprojekt ist kein öffentlicher Bauauftrag

Der Verkauf eines Grundstücks durch einen öffentlichen Auftraggeber zum Zwecke des Neubaus und Betriebs eines Hotels durch einen privaten Investor ist kein öffentlicher Bauauftrag. Rein städtebauliche Interessen einer Kommune stellen nach Ansicht der VK Baden-Württemberg (Beschluss vom 02.02.2015, 1 VK 65/14) kein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ an der Bauleistung des Investors dar.

Eine Kommune suchte einen Investor für den Neubau und Betrieb eines Hotels. Dieses sollte auf einem städtischen Grundstück errichtet werden, das bislang an die Antragsteller verpachtet war. Die Kommune wollte weder Eigentümerin des Bauwerks werden, noch das Hotel pachten oder sich rechtlich ein bestimmtes Zimmerkontingent sichern. Auf eine EU-Ausschreibung des Grundstücksgeschäfts wurde verzichtet. Der Gemeinderat bewertete das Konzept der Antragsteller schlechter als das der erfolgreichen Konkurrenten. Die Antragsteller machen nun vor der Vergabekammer geltend, dass das Projekt europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen.

Ohne Erfolg! Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Es liegt schon kein öffentlicher Bauauftrag nach § 99 Abs. 3 GWB vor. Die Erbringung der Bauleistung, zu der sich der Vertragspartner verpflichtet, und die den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers entsprechen, muss im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers liegen. Ein nur mittelbares wirtschaftliches Interesse oder nur mittelbare wirtschaftliche Vorteile reichen nicht aus. Hier verfolgt die Kommune zwar beim Grundstücksverkauf und der beabsichtigten Bebauung mit einem neuen Hotel eigene Ziele. Sie fordert aber keine Bauleistungen, die ihr unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen. Es bestehen rein städtebauliche Interessen, die sich hier aus dem Zusammenhang mit dem angrenzenden Rathaus und der sensiblen Innenstadtlage des Baugrundstücks ergeben.

Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand können nur in Ausnahmefällen vergaberechtlich relevant werden. Dies kommt in Betracht, wenn der öffentliche Auftraggeber

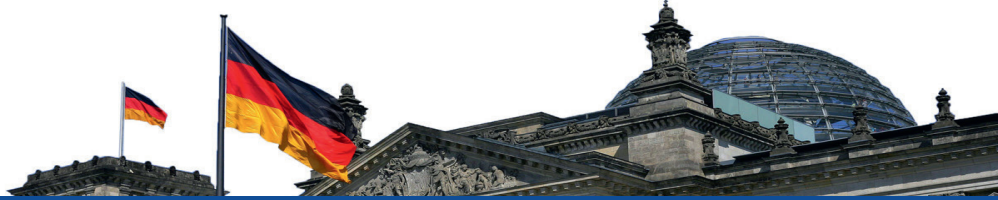
- Eigentum an dem Bauwerk erwirbt,
- über einen Rechtstitel verfügt, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke sicherstellt,
- wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung des Bauwerks erhält (z.B. Behördenparkplätze),
- sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks beteiligt, indem er einen Zuschuss erteilt oder das Grundstück unter Marktpreis verkauft oder
- Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags übernimmt.

Im Übrigen sind im vergaberechtsfreien Raum aus haushaltsrechtlichen Gründen regelmäßig sog. „strukturierte Bieterverfahren“ durchzuführen, bei denen aber allein die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Rücksichtnahme zu beachten sind.



Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 5151502.

(unten rechts auf Website eingeben).



Ablehnung der Eignung eines Bieters muss tragfähig begründet werden

Ein öffentlicher Auftraggeber kann eine negative Eignungsprognose nicht mit einer vermeintlich mangelhaften Ausführung früherer Aufträge begründen, wenn der Bieter nicht gegen die damalige Leistungsbeschreibung verstoßen hat. Das hat das OLG Koblenz mit Beschluss vom 25.02.2015 (Verg 5/14) entschieden.

Im Zuge der Erweiterung einer Fachhochschule sollten Bestandsgebäude teilweise abgerissen werden. Der Auftraggeber schrieb die Leistungen aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Die Antragstellerin (ASt.) gab das Angebot mit dem niedrigsten Preis ab. Der Auftraggeber entschied jedoch, die spätere Beigeladene mit den Abbruchleistungen zu beauftragen. Er hielt die ASt. für ungeeignet. Dabei stützte er seine Auffassung auf die angeblich mangelhafte Erfüllung zweier Aufträge aus jüngerer Zeit. Die ASt. stellte einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer als unbegründet zurückgewiesen hat. Hiergegen wendet sich die ASt. mit der sofortigen Beschwerde.

Die sofortige Beschwerde hat Erfolg. Einem öffentlichen Auftraggeber ist es nicht verwehrt, seine für einen Bieter negative Eignungsprognose auf Mängel bei der Ausführung eines oder mehrerer früherer Aufträge zu stützen. Vorliegend erweist sich jedoch der Vorwurf des Auftraggebers, die ASt. habe bei der Verfüllung einer Baugrube bei einem früheren Bauvorhaben ungeeignetes Material verwendet, als nicht tragfähig. Es liegt nämlich kein Verstoß der ASt. gegen das Leistungssoll vor, wie es sich aus der damaligen Leistungsbeschreibung ergab. Im Hinblick auf die Anforderungen an das zulässigerweise verwandte Recycling-Material aus Bauschutt war die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig. Die ASt. war auch nicht verpflichtet, von sich aus Technische Regeln für die Verwertung von mineralischen Abfällen zu beachten. Die Eignungsprüfung obliegt dann allein dem Auftraggeber.

Bei der Bewertung der Ausführung früherer Aufträge kann die Eindeutigkeit der dafür geltenden damaligen Leistungsbeschreibungen eine entscheidende Rolle spielen. Ein öffentlicher Auftraggeber muss insofern genau prüfen, ob tatsächlich ein Ausführungsmangel vorgelegen hat. Das ist nur dann anzunehmen, wenn die Leistungsbeschreibung hinreichend eindeutige Vorgaben gemacht hat.

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1041502.
(unten rechts auf Website eingeben).

Behörden Spiegel

Ausschreibungen von IT – praxisorientiert und rechtssicher

05. Mai 2015, Berlin

Anmeldung unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Zur Forderung von Nachweisen und Erklärungen

Das OLG Koblenz hat in seinem Beschluss vom 19.01.2015 (Verg 6/14) u.a. Feststellungen dazu getroffen, welche Erklärungen und Nachweise ein Auftraggeber vom Bieter fordern kann und bei deren Fehlen auch nachfordern muss.

Die Vergabestelle (VSt) schrieb im offenen Verfahren nach VOB/A-EG Abriss- und Entsorgungsarbeiten europaweit aus. In der Bekanntmachung forderte die VSt verschiedene Erklärungen und Nachweise, die mit dem Angebot einzureichen waren und verwies hinsichtlich möglicher weiterer Anforderungen auf ein in den Vergabeunterlagen befindliches Formblatt. Darüber hinaus wurden die Bieter in der Aufforderung zur Angebotsabgabe darauf hingewiesen, dass sie auf Verlangen der Vergabestelle binnen 6 Kalendertagen verschiedene weitere Formblätter und Nachweise nachreichen müssten.

Nach der Submission forderte die VSt eine Bieterin auf, verschiedene Unterlagen innerhalb von 6 Kalendertagen vorzulegen. Als dies nur unvollständig geschah, setzte die VSt eine Nachfrist und schloss die Bieterin nach fruchtlosem Verstreichen der Frist aus. Gegen den Ausschluss des Angebotes der Bieterin hatte das OLG Koblenz in zweiter Instanz zu entscheiden. Es stellte eine Vielzahl von Vergaberechtsverstößen fest und wies u.a. darauf hin, dass

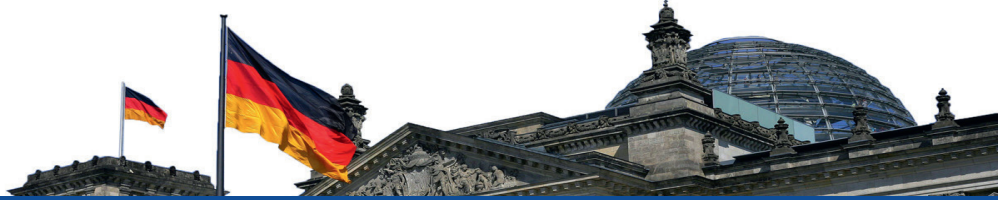
- Eignungsnachweise in der Bekanntmachung zu bezeichnen sind. Ein Verweis auf ein später in den Vergabeunterlagen vorzufindendes Formblatt reicht nicht aus.
- nur Erklärungen und Nachweise gefordert werden können, die die Eignung des Unternehmens betreffen. Eine Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG hat nicht diesen Zweck. Ihre Nichtvorlage kann daher nicht zum Ausschluss führen.
- ein Ausschluss eines Angebotes nicht damit begründet werden kann, der Bieter habe eine Erklärung (hier: Unbedenklichkeitsbescheinigung einer tariflichen Sozialkasse) nicht vorgelegt, wenn es dem Bieter mangels einer Beitragspflicht objektiv unmöglich ist, eine solche Erklärung zu erlangen. Soll der Bieter in diesem Fall eine Eigenerklärung abgeben, so muss diese ausdrücklich gefordert werden.
- eine Nachforderung von Nachweisen und Erklärungen nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nur möglich ist, wenn diese innerhalb der Angebotsfrist vorzulegen waren.
- das Setzen einer Nachfrist nach Ablauf der sechstägigen Nachforderungsfrist nicht zulässig ist. Versäumen Bieter diese Frist, sind ihre Angebote zwingend auszuschließen (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 VOB/A).



Bei einer Ausschreibung zu Abriss- und Entsorgungsarbeiten wurde eine Bieterin vergeblich aufgefordert, Formblätter und Nachweise nachwzuliefern.

Foto: BS/onnola, CC BY SA 2.0, www.flickr.com

Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1031503.
(unten rechts auf Website eingeben).



Widerruf einer Zuwendung wegen Verstoßes gegen das Vergaberecht

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH Bayern) hat mit Urteil vom 09.02.2015 (4 B 12.2326) entschieden, dass Zuwendungen an eine Gemeinde zur Ertüchtigung von Kläranlagen wegen schwerer Vergaberechtsverstöße widerrufen werden können, wenn die Gemeinde die Ingenieurleistungen unter Missachtung der Vorgaben der VOF beauftragt hat.

Die Kommune beantragte im Jahre 2003 beim Wasserwirtschaftsamt München (WWA) Zuwendungen nach dem Sonderprogramm „Badegewässerqualität mittlere Isar und Würm“ und erhielt Zuwendungen in Höhe von rd. EUR 1 Mio. Teil des Zuwendungsbescheids waren die allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften. Diesen Nebenbestimmungen war zu entnehmen, dass – verkürzt dargestellt – die gesetzlichen Vergabebestimmungen (einschließlich der VOF) einzuhalten sind. Ausdrücklich regelte eine Nebenbestimmung: „Bei schweren Verstößen gegen die Vergabegrundsätze (...) bleiben grundsätzlich die Kosten für die jeweilige Auftragsseinheit, bei der der Verstoß festgestellt wurde, bei der Festsetzung der zuwendungsfähigen Kosten unberücksichtigt.“ Mit der Ertüchtigung der streitgegenständlichen Kläranlage beauftragte die Kommune ein mit der Anlage bereits vertrautes Ingenieurbüro. Ein Vergabeverfahren nach Maßgabe der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) wurde nicht durchgeführt. Daraufhin widerrief das WWA im Jahre 2008 seinen Zuwendungsbescheid und forderte eine Teilsumme in Höhe von rd. EUR 90.000 zurück.

Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage hatte zweitinstanzlich keinen Erfolg. Dringlichkeit der Beauftragung oder besondere Vertrautheit des beauftragten Büros mit der Anlage wurden ebenso wenig als Grund für die unterbliebene Ausschreibung zugelassen wie der Umstand, dass die Kommune bereits seit Jahren und mit Kenntnis des WWA mit dem Ingenieurbüro zusammengearbeitet habe.

Die Entscheidung steht im Einklang mit einer Reihe von aktuellen Rückforderungsurteilen, bei denen regelmäßig der Zuwendungsempfänger wegen Missachtung des Vergaberechts zur (teilweisen) Rückerstattung der Zuwendung verpflichtet wurde. So wurde ein Darlehen für die Erweiterung seines Altenheimes 10 (!) Jahre nach dessen Erteilung widerrufen, weil der Darlehensempfänger eine fehlerhafte Vergabeart angewandt hatte (VG Aachen, Urteil vom 16.12.2014, 2 K 1603/12).



Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1031505.

(unten rechts auf Website eingeben).

Vergaberechtsverstoß muss auch unterhalb der Schwellenwerte gerügt werden

Die Obliegenheit, einen erkannten oder erkennbaren Vergaberechtsverstoß zu rügen, besteht auch bei Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Hier gelten nach Ansicht des OLG Saarbrücken (Urteil vom 28.01.2015, 1 U 138/14) § 107 Abs. 3, Satz 1, Nr. 1 bis 3 GWB analog.

Die Vergabestelle hatte den Neubau einer Kita zunächst öffentlich, sodann beschränkt ausgeschrieben. Die öffentliche Ausschreibung wurde aufgehoben, da kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden war. Der Bieter, der im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung das günstigste Angebot abgegeben hatte, wurde an der beschränkten Ausschreibung nicht beteiligt. Hiergegen wehrte er sich mit einer einstweiligen Verfügung und konnte zunächst durchsetzen, dass das Vergabeverfahren nicht fortgesetzt und der Zuschlag nicht erteilt werden durfte. In der Zwischenzeit waren an der Eignung des betreffenden Bieters Zweifel aufgekommen, denen die Vergabestelle mit der Forderung zu näheren Auskünften nachgegangen war. Hiergegen ersuchte der Bieter Rechtsschutz im einstweiligen Verfügungsverfahren.

Das OLG stellt zunächst fest, dass die für das beschränkte Ausschreibungsverfahren getroffene Entscheidung des Auftraggebers, den Bieter nicht zur Abgabe eines Angebotes aufzufordern, willkürfrei getroffen worden sei und den Gleichheitsgrundsatz beachtet hat. Es müssten zwar triftige Gründe vorliegen, weshalb der preisgünstigste Bewerber der ersten Ausschreibung nicht berücksichtigt wurde. Diese lagen hier jedoch aufgrund der Zweifel an der Eignung, die sich im Rahmen der neu vorzunehmenden Eignungsprüfung ergeben haben, vor. Im Übrigen hat der Bieter die Anforderung zur Auskunftserteilung zu Projekten außerhalb seiner Referenzliste nicht unverzüglich als Vergabeverstoß gerügt. Die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3, Satz 1, Nr. 1 bis 3 GWB gilt bei der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte analog. Verstöße gegen Vergabeverstöße, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind oder die im Verfahren erkannt werden, sind daher gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich zu rügen.

Wenn ein Bieter vermeintliche Vergabeverstöße bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht rügt, kann er in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht einwenden, dass die Vergabestelle gegen die Vergabevorschriften verstoßen hat. Das OLG Saarbrücken bestätigt mit seiner Entscheidung die Rechtsprechung des LG Berlin (Beschluss vom 05.12.2011, 52 O 254/11).



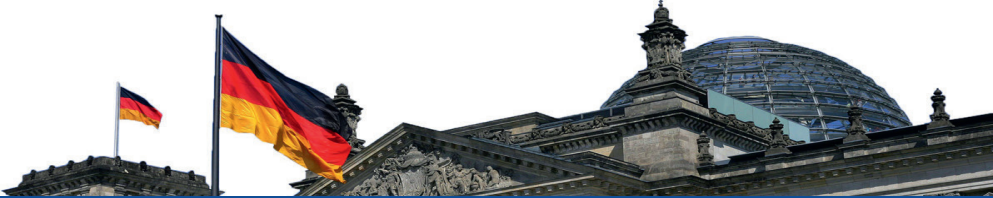
Die öffentliche Ausschreibung eines Kita-Neubaus wurde aufgehoben, da kein wirtschaftliches Angebot vorlag.

Foto: BS/I-I-n-k, CC BY SA 2.0, www.flickr.com



Die Entscheidung ist als pdf-Dokument abrufbar unter www.leinemann-partner.de, Quicklink-Nr. 1041506.

(unten rechts auf Website eingeben).



Vergabeverfahren und Vertragsdurchführung

Was Bieter einerseits im Vergabeverfahren versprechen und was sie dann andererseits nach Zuschlagserteilung bei der Vertragsdurchführung einhalten, sind oftmals zweierlei Dinge. Nach der Auftragsvergabe ist der Auftraggeber oftmals negativ überrascht, dass die Leistungserbringung nicht dem entspricht, was der Auftragnehmer als Bieter im Vergabeverfahren noch zugesichert hat. Die Ursachen für diese Diskrepanz zwischen versprochenen und tatsächlich erbrachten Leistungen liegen in der Regel im Vergabeverfahren. Ziel des Behörden

Spiegel-Seminars „Vergabeverfahren und Vertragsdurchführung“ am 16. Juni 2015 in Bonn ist es, öffentlichen Auftraggebern praktikable und rechtssichere Wege aufzuzeigen, damit sie schon im Vergabeverfahren die Anforderungen an die Leistungserbringung so absichern, dass diese Anforderungen zu verbindlichen Vertragsbestandteilen werden und der Auftragnehmer aufgrund von abgestimmten Sanktionsmechanismen von vornherein zu einer vertragsgemäßen Leistungserbringung angehalten wird. **Weitere Informationen finden Sie hier.**

TERMINE 2015

Ausschreibungen von IT – praxisorientiert und rechtssicher

05.05.15, Berlin

Beschaffung von Einsatzfahrzeugen

05.05.15, Fulda

Marktüberblick und Beschaffungslösungen von Verbrauchsmaterialien

07.05.15, Berlin

Vergaberecht und Fördermittel

08.05.15, Düsseldorf

Vergabe von Wach- und Sicherheitsdienstleistungen

13.05.15, Düsseldorf

Vergaberecht für Jobcenter

20.05.15, Bonn

Update Vergaberecht

20.05.15, Berlin

Vergaberecht für Bieter

21.05.15, Berlin

Das 1x1 des Vergaberechts

22.05.15, Hamburg

Der richtige Preistyp bei öffentlichen Aufträgen

02.06.15, Bonn

Beschaffung von Bauleistungen

08.06.15, Berlin

Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge

09.06.15, Berlin

Vergabeverfahren und Vertragsdurchführung

16.06.15, Bonn

Vergaberecht für Jobcenter

17.06.15, Bonn

Ausschreibung von Versicherungsdienstleistungen

18.06.15, Bonn

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

18.06.15, Bonn

Vergabegesetze der Länder

18.06.15, Bonn

Update Vergaberecht

19.06.15, Düsseldorf

Umweltfreundliche Beschaffung in der Praxis

22.06.15, Bonn

EVB-IT Systemverträge

22.–23.06.15, München

Bieterstrategien und Bieterfragen

23.–24.06.15, Bonn

Vergabe von Reinigungsleistungen

24.06.15, München

Beschaffung von (Hoch-)Sicherheitstechnologie

25.06.15, Hamburg

IT-Vergabe mit der UfAB

25.06.15, Berlin

Update Vergaberecht

26.06.15, Chemnitz

Weitere Informationen zu den einzelnen Veranstaltungen finden Sie unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

IMPRESSUM

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

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer Fachliche Unterstützung: LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185–190, 10117 Berlin, www.leinemann-partner.de

Redaktion: Dr. Martin Büdenbender, Franz Drey, Dr. Oliver Homann, Dr. Thomas Kirch, Dr. Eva-Dorothee Leinemann, Prof. Dr. Ralf Leinemann.

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

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