

Ausschreibung und Vergabe

Ausschluss

Preisgericht

Ist ein Mitglied des Preisgerichts Angehöriger eines Bieters, ist der Bieter nicht automatisch auszuschließen. (OLG München vom 11. April 2013 – AZ Verg 2/13)

Natürliche Personen oder Organe/Vertreter juristischer Personen, die sich durch Angehörige oder wirtschaftlich verbundene Personen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen können, sind von Wettbewerben nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ausgeschlossen. Damit soll eine wettbewerbsverzerrende Einflussnahme auf das Preisgericht verhindert werden.

Der Bieter darf jedoch nicht automatisch ausgeschlossen werden. Er kann die Vermutung einer Wettbewerbsverzerrung entkräften. Hintergrund ist, dass der Auftraggeber sonst durch Besetzung des Preisgerichts bestimmte Bieter vom Wettbewerb fernhalten könnte.

Vergabepflicht

Datenbank

Der zwischen Bundesverfassungsgericht und Juris geschlossene Vertrag, wonach Juris die Entscheidungen des Gerichts veröffentlicht, verstößt gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. (VGH Baden-Württemberg vom 7. Mai 2013 – AZ 10 S 281/12)

Der vor 20 Jahren geschlossene Vertrag zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Rechtsthemenportal Juris zur exklusiven Veröffentlichung und Dokumentation von Gerichtsentscheidungen durch das Unternehmen ist rechtswidrig. Er missachtet den Grundsatz der Gleichbehandlung, so die Richter.

Bei Vertragsschluss hatte das Bundesverfassungsgericht Juris nicht im Rahmen eines fairen und diskriminierungsfreien Verfahrens ausgewählt. Nach dem Informationsweitergabegesetz sind jedoch alle Personen im Hinblick auf die Weitergabe von Informationen öffentlicher Stellen gleich zu behandeln.

Erstaunliches Detail: Das Bundesverfassungsgericht selbst ging wohl davon aus, dass der Vertrag „rechtlich problematisch“ sei, wie ein interner Vermerk belegt. In Zukunft muss das BVerfG seine Entscheidungen allen Unternehmen in derselben Art und Weise zur Verfügung stellen.

Bauftrag

Grundstücksverkauf

Eine baugesetzliche Durchführungsverpflichtung führt nicht dazu, dass Grundstückskauf und -erschließung dem Vergaberecht unterliegen. (OLG Schleswig vom 15. März 2013 – AZ 1 Verg 4/12)

Die Kommune verkaufte Grundstücke an einen Investor. Der Investor wurde unter anderem dazu verpflichtet, das Gelände zu erschließen. Die Verpflichtung wurde in einem Durchführungsvertrag verankert. Ein Mitbewerber sah darin eine einklagbare Bauverpflichtung. Der Auftrag sei entgeltlich im Sinne der EuGH-Rechtsprechung und unterliege dem Vergaberecht.

Das OLG widersprach. Die Verpflichtung des Investors sei Voraussetzung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Einen entgeltlichen Bauvertrag begründe sie nicht.

Inhouse

Gemeinsame Aufgabe

Ein Kreis darf eine Gemeinde nicht ohne Ausschreibung mit der Gebäudereinigung beauftragen. Eine vergabefreie Aufgabenübertragung ist nur zulässig, wenn hoheitliche Aufgaben, wie beispielsweise die Abfallentsorgung, gemeinsam erfüllt werden. (EuGH vom 13. Juni 2013 – AZ C 386/11)

Der Kreis Düren (Nordrhein-Westfalen) beauftragte die Stadt Düren gegen Kostenerstattung mit der Reinigung seiner Verwaltungsgebäude. Für die Aufgaben durfte sie ein Reinigungsunternehmen

unterbeauftragen. Der EuGH stufte den Vorgang als ausschreibungspflichtig ein. Er hält weder ein Inhouse-Geschäft für gegeben – keine Kontrolle des Kreises über die Stadt – noch sind, so der EuGH, die Voraussetzungen für eine vergabefreie interkommunale Kooperation erfüllt. Das wäre: keine Zusammenarbeit, sondern entgeltlicher Auftrag.

Der EuGH schränkt mit seinem Urteil kommunale Kooperationen weiter ein. Die geld- und ressourcensparende überörtliche Zusammenarbeit wird an immer engere Voraussetzungen geknüpft.

Leistungsbeschreibung

Schadstoffe

Öffentliche Auftraggeber haben in der Leistungsbeschreibung anzugeben, ob zu entfernender Boden mit Schadstoffen belastet ist. (BGH vom 21. März 2013 – AZ VII ZR 122/11)

Ein Auftraggeber schrieb Tiefbauarbeiten für den Ausbau einer Kreisstraße aus. Das Leistungsverzeichnis sah in verschiedenen Positionen vor, dass Boden zu lösen, in das Eigentum des Auftragnehmers zu übernehmen und von der Baustelle zu entfernen war. Der Auftragnehmer stellte dabei eine Bodenkontamination fest und verlangte zusätzliche Vergütung.

Der BGH bestätigte diesen Anspruch. Die ausdrückliche Angabe einer Bodenkontamination könne nur ausnahmsweise unterbleiben. Ein solcher Ausnahmefall liege dann vor, wenn sich aus den gesamten Vertragsumständen klar ergebe, dass eine derartige Kontamination vorliege.

gemeinderat-online.de

Ausschreibung und Vergabe: Weitere aktuelle Urteile aus diesem kommunalwirtschaftlich zentralen Bereich finden Sie auf unserer Homepage www.gemeinderat-online.de unter „Rechtsprechung“ > „aktuell“ und „Archiv“

Konzession

Bekanntmachung

Vorzeitige Beendigungen von Konzessionsverträgen sind so bekannt zu geben wie wettbewerbliche Konzessionsvergaben. Andernfalls ist der neue Konzessionsvertrag nichtig. (OLG Celle vom 23. Mai 2013 – AZ 13 U 185/12 (Kart))

Eine Kommune gab das vorzeitige Ende ihres Stromkonzessionsvertrages im „Deutschen Ausschreibungsblatt“ bekannt. Anschließend schloss sie mit dem Altkonzessionär einen neuen Stromkonzessionsvertrag.

Das reichte nicht aus. Die Bekanntmachung des vorzeitigen Vertragsendes sei in denselben Medien bekannt zu geben, die für die wettbewerblichen Konzessionsvergaben in Paragraph 46 Abs. 3 Energiewirtschaftsgesetz vorgeschrieben seien. Danach muss die Veröffentlichung im Bundesanzeiger und gegebenenfalls sogar im EU-Amtsblatt erfolgen. Rechtsfolge des Bekanntmachungsfehlers war die Gesamtnichtigkeit des Vertrages.

Leistungsverzeichnis

Angebotskalkulation

Erkennt ein Bieter Fehler im Leistungsverzeichnis und nutzt diese bei seiner Kalkulation aus, rechtfertigt dies nicht, den Bieter wegen

Unzuverlässigkeit auszuschließen. (OLG München vom 4. April 2013 – AZ Verg 4/13)

Der Bieter ist nicht verpflichtet, auf Fehler im Leistungsverzeichnis hinzuweisen, es sei denn, eine solche Hinweispflicht ergibt sich aus den Bewerbungsbedingungen.

Nutzt der Bieter den objektiven Fehler im Leistungsverzeichnis für ein günstiges Angebot aus, so handelt es sich nicht um eine wettbewerbsverzerrende oder unlautere Verhaltensweise. Schließlich ist es jedem Bieter möglich, den Fehler ebenso zu erkennen und zu nutzen.

Nebenangebote

Wertung

Ob Nebenangebote gewertet werden dürfen, wenn der niedrigste Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist, muss der EuGH beantworten. Dies hat der BGH für künftige Streitfälle mitgeteilt. (BGH vom 23. Januar 2013 – AZ X ZB 8/11)

Der BGH legte die Frage dem EuGH nicht selbst vor, weil es für die Hauptsache darauf nicht mehr ankam. Damit bleibt die Rechtslage bis auf Weiteres unklar. Der BGH folgte weder der Auffassung des OLG Schleswig. (Beschluss vom 15. April 2011 – AZ 1 Verg 10/10) noch der Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 2. November 2011 – AZ VII 22/11). Das OLG Düsseldorf hatte die Frage dem BGH vorgelegt. Bei einem

künftigen Streit über die Wertung von Nebenangeboten allein anhand des Preises dürfte die Vorlage an den EuGH nun unausweichlich sein.

Direktvergabe

Eignung

Vergibt der Auftraggeber einen Auftrag an einen ihm bekannten Bieter, dann muss er nachweisen, andere ebenfalls in Frage kommende Unternehmen vergeblich gesucht zu haben. (EuG vom 15. Januar 2013 – AZ T-54/11)

Der Auftraggeber beauftragte nach einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb denjenigen Bieter, dem er auch in vorangegangenen Projektphasen Aufträge erteilt hatte. Dieser sei aufgrund seiner umfassenden Kenntnis des Projekts besonders gut geeignet gewesen. Der Auftraggeber konnte aber nicht nachweisen, dass bei ernsthafter Nachforschung kein anderer Bieter für diese Leistung in Betracht gekommen wäre. *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 „Öffentlicher Sektor und Vergabe“.

Dr. Jens Biemann ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig und unter anderem spezialisiert auf Vergaberecht.