

Ausschreibung und Vergabe

Altersvorsorge

Vergabepflichtig

Zumindest große Kommunen müssen die betriebliche Altersvorsorge ihrer Mitarbeiter in einem förmlichen Vergabeverfahren ausschreiben. (EuGH vom 15. Juli 2010 – AZ C-271/08)

Das Vergaberecht erobert laufend neue Anwendungsbereiche. Das jüngste Beispiel des EuGH hierfür betrifft die betriebliche Altersvorsorge für Arbeitnehmer des kommunalen öffentlichen Dienstes. Die Kommune hatte ohne vorherige Ausschreibung die Entgeltumwandlung für die betriebliche Altersversorgung ihrer Arbeitnehmer an öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen, die Sparkassen-Finanzgruppe und Kommunalversicherer vergeben. Vor dem EuGH hatte sich die Bundesrepublik auf die Tariffreiheit der Sozialpartner und auf den Solidaritätsgrundsatz berufen. Zudem läge kein entgeltlicher Vertrag vor, weil die Entgeltumwandlung den Arbeitnehmern zugutekomme.

Dies hat der EuGH zurückgewiesen. Auch die Tariffreiheit müsse im Einklang mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages ausgeübt werden. Die solidarischen Elemente in der bisherigen Praxis könnten auch in einem Vergabeverfahren gewahrt werden.

Von der Entscheidung sind jedoch nur große kommunale Arbeitgeber betroffen. Denn zum Erreichen des jeweiligen Schwellenwertes musste eine Kommune zum Beispiel 2006 und 2007 mindestens 2402 Beschäftigte haben.

Baufträge

Nicht bei Miete

Der Abschluss eines Mietvertrages über eine Bestandsimmobilien ist ausschreibungsfrei. (OLG Schleswig vom 1. April 2010 – AZ 1 Verg 5/09)

Reine Mietverträge über Gebäude bedürfen nach Paragraph 100 Abs. 2 lit. h) GWB keiner vorherigen Ausschreibung. Demgegenüber sind Bauaufträge aus-

schreibungspflichtig. Im verhandelten Fall hatte ein Landkreis einen Mietvertrag für ein Bürogebäude über 25 Jahre abgeschlossen. Zusätzlich musste der Vermieter Umbaumaßnahmen für rund ein bis zwei Millionen Euro durchführen. Fraglich war daher, wie ein solcher gemischter Vertrag vergaberechtlich einzuordnen ist.

Das OLG Schleswig hat auf den Schwerpunkt des Auftragswertes abgestellt und eine Ausschreibungspflicht verneint. Denn der Wert des Mietanteils überstieg den des Bauanteils deutlich. Eine „Infizierung“ des Gesamtauftrages durch die Bauleistungen lehnt es ab. Ähnlich hatte vor Kurzem bereits der EuGH zu einem Verkauf von Geschäftsanteilen entschieden.

DIN-Normen

Kein Ausschluss

Erfüllt ein ausländischer Bieter die zentralen Anforderungen einer DIN-Norm, darf er nicht wegen geringfügiger und für den Auftrag unerheblicher landesspezifischer Abweichungen ausgeschlossen werden. (OLG München vom 8. Juni 2010 – AZ Verg 08/10)

In Ausschreibungsunterlagen wird vielfach auf bestimmte DIN-Normen Bezug genommen. Deren Geltung ist jedoch regelmäßig auf das Inland beschränkt. Im Falle ausländischer Bieter stellt sich daher oftmals die Frage des Vollzugs der geforderten Voraussetzungen nach DIN.

Im konkreten Fall sollten Installations- und Wartungsarbeiten auf der verbindlichen Grundlage von DIN-Normen ausgeführt werden. Der Zuschlag sollte an ein österreichisches Unternehmen gehen. Ein Wettbewerber war der Ansicht, ein ausländisches Unternehmen könne die deutschen DIN-Normen nicht erfüllen. Dies hat das Gericht zurückgewiesen. Bieter aus dem europäischen Ausland dürften nicht diskriminiert werden. Daher dürfte die fehlende Geltung von DIN-Normen im Ausland nicht zu ihren Lasten gehen. Geringfügige landesspezifische Abweichungen fielen nicht ins Gewicht.

EU-Primärrecht

Immer anwendbar

Auch wenn das Vergaberecht nicht anwendbar ist, gelten die europarechtlichen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung. (EuGH vom 3. Juni 2010 – AZ C-203/08)

Das Vergaberecht ist nicht für alle Geschäfte der öffentlichen Hand anwendbar. Bestimmte Verträge unterliegen aufgrund ihres Inhaltes (zum Beispiel Dienstleistungskonzessionen, Grundstückverkäufe) oder aufgrund des Nichterreichens der Schwellenwerte nicht den Vergaberegeln. In diesen Fällen müssen Auftraggeber keine formalen Ausschreibungen vornehmen.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass derartige Verträge überhaupt keinen Anforderungen unterliegen. Neben haushalts- oder fördermittelrechtlichen Anforderungen ergibt sich dies vor allem aus dem europäischen Primärrecht. Dies hat der EuGH nun erneut betont.

Der Fall betrifft die Vergabe einer niederländischen Zulassung für Glücksspiele. In den Niederlanden gibt es für jedes erlaubte Glücksspiel nur eine einzige Zulassung. Zwar unterliegt diese nicht dem Vergaberecht. Der EuGH verlangt gleichwohl, dass bei der Erteilung und Verlängerung der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot beachtet werden. Lediglich bei unmittelbarer staatlicher Aufsicht oder genauer Überwachung durch die Behörde seien diese Grundsätze unbeachtlich.

Nebenangebote

Mindestforderungen

Lässt ein Auftraggeber Nebenangebote zu, muss er hierfür in Vergabeunterlagen genaue Mindestanforderungen benennen. (OLG Düsseldorf vom 19. Mai 2010 – AZ VII-Verg 4/10)

Über das Zulassen von Nebenangeboten können sich öffentliche Auftraggeber das Know-how der Bieter zunutze machen und so günstigere, effizientere

oder technisch ansprechendere Ergebnisse erzielen. Da Nebenangebote von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen dürfen, ist die Wertung dieser Nebenangebote jedoch schwierig.

Die Rechtsprechung verlangt daher die vorherige Festlegung von Mindestanforderungen, wenn Nebenangebote zugelassen werden. Dies hat das OLG Düsseldorf erneut bekräftigt. Fehlen derartige Mindestanforderungen, dürfen die Nebenangebote nicht gewertet werden. Bei inhaltlicher Unklarheit über die Mindestanforderungen ist nicht die subjektive Sicht eines Bieters entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr, wie ein verständiger Bieter sie verstehen würde.

Privatisierung

Nicht doppelt

Wird ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren beauftragt und überträgt die öffentliche Hand später ihre Anteile auf den privaten Partner, muss dieser Anteilsverkauf nicht erneut ausgeschrieben werden. (OLG Naumburg vom 29. April 2010 – AZ 1 Verg 2/10 und andere)

Anteilsverkäufe der öffentlichen Hand unterliegen als solche nicht dem Vergaberecht. Etwas anderes gilt dann, wenn mit dem Anteilsverkauf zugleich öffentliche Aufträge – etwa aus Inhouse-Geschäften – übergehen. Im konkreten Fall war ein Unternehmen, an dem auch die öffentliche Hand indirekt beteiligt war, in einem europaweiten Vergabeverfahren mit Entsorgungsleistungen beauftragt worden. Jahre später übertrug der öffentlich beherrschte Anteilseigner seine Anteile ohne Vergabeverfahren an den privaten Mitgesellschafter. Ein Wettbewerber sah dies als ausschreibungspflichtigen Vorgang an.

Zu Unrecht, wie das OLG Naumburg entschied. Das Gericht stellte darauf ab, dass sich weder der Inhalt oder Umfang des Entsorgungsvertrages noch die Person des Auftragnehmers geändert habe. In dem Anteilsverkauf könne auch keine Absicht zur Umgehung des Vergaberechts erblickt werden.

Rügen

Keine Belehrung

Die Frist für Bieter, vermeintliche Fehler in den Vergabeunterlagen spätestens mit Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist zu rügen, verlangt keine vorherige Rechtsbehelfsbelehrung. (OLG Koblenz vom 10. Juni 2010 – AZ 1 Verg 3/10)

Will ein Bieter einen Vergabefehler geltend machen, muss er diesen zunächst bei der Vergabestelle rügen. Hierfür hat er nicht unbegrenzt Zeit. In Paragraph 107 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind mehrere Fristen genannt, bei deren Überschreiten ein Bieter den vermeintlichen Verstoß nicht mehr geltend machen kann. Fehler in den Vergabeunterlagen müssen bis zum Ende der Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfrist geltend gemacht werden.

Auftraggeber müssen jedoch auf diese Frist nicht gesondert hinweisen. Im konkreten Fall hatte ein Bieter vergeblich geltend gemacht, die Anwendbarkeit der Frist setze eine vorherige Rechtsbehelfsbelehrung voraus.

Einmal reicht aus

Ein Bieter, der seine angekündigte Nichtberücksichtigung im Vorinformationsschreiben rügt und daraufhin vom Auftraggeber weitere Gründe für die Nichtberücksichtigung genannt bekommt, muss diese nicht erneut rügen. (OLG Frankfurt vom 9. Juli 2010 – AZ 11 Verg 5/10)

Ohne eine vorherige Rüge kann ein Bieter einen vermeintlichen Vergabeverstoß nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend machen. Im Fall des OLG Frankfurt war dem Bieter im Vorinformationsschreiben mitgeteilt worden, dass ein anderer Bieter den Zuschlag erhalten solle. Der Bieter rügte seine Nichtberücksichtigung ordnungsgemäß. Auf diese Rüge teilte ihm der Auftraggeber weitere, in der Vorinformation noch nicht genannte Gründe für seine Nichtberücksichtigung mit. Diese Gründe

rügte der Bieter nicht erneut, sondern stellte einen Nachprüfungsantrag, in dem er sich auch gegen die nachgeschobenen Gründe wandte. Der Auftraggeber machte geltend, der Bieter hätte auch die nachgeschobenen Gründe zunächst rügen müssen. Dies hat das Gericht abgelehnt.

Vertraulichkeit

Details im Kreistag

Der vergaberechtliche Vertraulichkeitsgrundsatz verbietet es nicht, das wirtschaftlichste Angebot und weitere Details in einer Beschlussvorlage des Kreistages zu nennen. (OLG Karlsruhe vom 16. Juni 2010 – AZ 15 Verg 4/10)

Die vertrauliche Behandlung der Angebote ist eine zentrale Säule des Vergaberechts. Denn Angebote enthalten vielfach Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bieter. Zudem lässt sich ein echter Wettbewerb nur herstellen, wenn die Bieter nichts über ihre Konkurrenten und deren Angebote wissen.

Im konkreten Fall war fraglich, wie weit dieses Vertraulichkeitsgebot reicht. Die Vergabestelle hatte eine Beschlussvorlage an den Kreistag veröffentlicht, die den Zuschlag an den später erfolgreichen Bieter empfahl. Die Beschlussvorlage enthielt den Namen des Bieters und die Höhe seines Angebotes sowie die Anzahl der Bieter im Verfahren. Ein unterlegender Bieter warf daraufhin der Vergabestelle vor, das Vertraulichkeitsgebot verletzt zu haben.

Dies hat das Gericht zurückgewiesen. Im Vergabeverfahren habe lediglich die formelle Entscheidung über den Zuschlag durch den zuständigen Kreistag noch gefehlt. Zu diesem Zeitpunkt sei die Geheimhaltung daher nicht mehr erforderlich gewesen.

Ute Jasper / Jan Seidel

Die Autoren

Dr. Ute Jasper ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practice Group „Public Sector“. **Dr. Jan Seidel** ist als Rechtsanwalt der Kanzlei ebenfalls am Standort Düsseldorf tätig