Ausschreibung und Vergabe

Eignung

Nachweise

Der Auftraggeber darf die Mindestanforderungen und Nachweise zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Bieter frei wählen. (EuGH vom 18. Oktober 2012 – AZ C-218/11)

Bei der Wahl der Mindestanforderungen zur Leistungsfähigkeit der Bieter gilt als alleinige Voraussetzung, dass diese Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sind. Dies bedeutet: Sie müssen objektiv geeignet sein, eine konkrete Auskunft über die Leistungsfähigkeit des Bieters für die Auftragserfüllung zu geben. Die Anforderungen dürfen nicht über das vernünftigerweise erforderliche Maß hinausgehen.

Für die fachliche Eignung gelten demgegenüber Grenzen. Hier darf die Vergabestelle nur solche Mindestanforderungen und Nachweise verlangen, die die EU-Vergaberichtlinie ausdrücklich nennt. Dies sind beispielsweise Referenzen, Fachkundenachweise, Mitarbeiter oder technische Ausstattung. Die Aufzählung ist abschließend.

Unterlagen

Unterlassung

Ein (potenzieller) Bieter hat keinen Anspruch, dass ein Auftraggeber in etwaigen zukünftigen Vergabeverfahren keine rechtswidrigen Vergabebedingungen verwendet. (BGH vom 5. Juni 2012 – AZ X ZR 161/11)

Das Angebot eines Bieters wurde in einem nationalen Vergabeverfahren ausgeschlossen. Der Bieter verlangte nun, dass das Gericht eine Schadensersatzpflicht des Auftraggebers feststellen sollte. Zusätzlich klagte er auf Unterlassung der Klausel, die seinen Angebotsausschluss begründete. Dem trat der Bundesgerichtshof entgegen. Ein vorbeugender Unterlassungsanspruch sei nicht anzuerkennen. Nur in einem laufenden Vergabeverfahren könne ein Bieter etwaige Vergaberechtsverstöße angreifen. Die Entscheidung schützt Auftraggeber, indem sie den Rechtsschutz der Bieter in ein laufendes Vergabeverfahren legt. Für eine Vorverlagerung besteht auch kein Anlass. Denn Bieter haben genügend Zeit, etwaige Verstöße im Verfahren anzugreifen.

Partnerschaft

Strategische Wahl

Eine lediglich vermutete Voreingenommenheit der Kommune für die spätere Konzessionsvergabe rechtfertigt keinen Eingriff in das Auswahlverfahren für ein Gemeinschaftsunternehmen. (OLG Düsseldorf vom 9. Januar 2013 – AZ VII-Verg 26/12)

Eine Kommune darf zunächst in einem Vergabeverfahren einen strategischen Partner für eine gemeinsame Netzgesellschaft auswählen. Diese Netzgesellschaft darf sich dann um die auslaufende Stromkonzession der Kommune bewerben. Eine Voreingenommenheit oder Vorfestlegung unterstellt das Gericht der Kommune für die folgende Konzessionsvergabe nicht. Weiterhin gilt allerdings: Eine wettbewerbslose Direktvergabe der Energiekonzessionen an eine Eigengesellschaft oder ein Gemeinschaftsunternehmen ist unzulässig.

Vergabevermerk

Datierung gefordert

Ein undatierter Vergabevermerk genügt nicht den rechtlichen Anforderungen von Paragraf 20 Abs. 1 VOB/A 2009. (OLG Naumburg vom 20. September 2012 – AZ 2 Verg 4/12)

Ein Vergabevermerk, der nicht datiert ist, erfüllt die Dokumentationspflichten für öffentliche Auftraggeber nicht. Die VOB/A verlangt einen chronologischen Vergabevermerk, der zeitnah nach der jeweiligen Entscheidung des Auftraggebers während des Vergabeverfahrens vervollständigt wird. Bei dem vorgelegten Vergabevermerk war erkennbar, dass er erst am Ende des Vergabeverfahrens gefertigt worden sein konnte, weil er bereits inhaltliche Stellungnahmen zum Nachprüfungsantrag eines Bieters enthielt.

Das Gericht weist darauf hin, dass abweichend von der früheren Rechtslage (VOB/A 2006) ein rückschauender und zusammenfassender Vermerk über den Verlauf des Vergabeverfahrens nicht mehr ausreicht. Diese Anforderung an eine Vergabeakte ist aber notwendig, um nachträgliche manipulative Darstellungen auszuschließen. Diese Maßnahme dient dem Schutz der Bieter. Die Entscheidung erging zwar zur VOB/A 2009 im Vergleich zu ihrer Vorgängervorschrift aus dem Jahr 2006. Dieser Maßstab muss aber auch für den neuen Paragraf 20 EG VOB/A (2012) gelten.

Konzession

Rügepflicht

Wenn ein Bieter bereits zu Beginn oder im Laufe des Verfahrens einen Verfahrensmangel hätte erkennen und rügen können, ist er mit diesen Einwendungen auch bei Stromkonzessionsvergaben später präkludiert. (LG Köln vom 7. November 2012 – AZ 90 O 59/12)

Eine Kommune schrieb die Stromkonzession für ihr Stadtgebiet aus. Als entschieden war, welches Angebot den Zuschlag erhalten soll, erwirkte ein unterlegener Bieter ein einstweiliges Zuschlagsverbot.

Zu Unrecht, wie das LG Köln feststellte. Ein Bieter kann ähnlich wie im förmlichen Vergabeverfahren mit seinem Vorbringen präkludiert sein. Das vorvertragliche Schuldverhältnis verpflichtet Bieter und Auftraggeber zu einem fairen Umgang und zur Rücksichtnahme.

Mit dieser Entscheidung setzt das LG Köln eine Zäsur für Strom- und Gaskonzessionsvergaben: Bieter dürfen nicht erst die Zuschlagsentscheidung abwarten, um einen Verstoß zu rügen. Die Grundgedanken der vergaberechtlichen Präklusionsregelungen gelten auch für Konzessionsvergaben. Das OLG Düsseldorf hat diese auftraggeberfreundliche Sichtweise bereits aufgegriffen (OLG Düsseldorf vom 9. Januar 2013 – AZ VII-Verg 26/12).

Kooperation

Interkommunal

Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern sind grundsätzlich vergabepflichtig. (EuGH vom 19. Dezember 2012 – AZ C-159/11)

Nur unter engen Voraussetzungen ist das EU-Vergaberecht nicht anwendbar. Der Europäische Gerichtshof bestätigt seine bisherige Rechtsprechung zur Vergabepflicht öffentlich-öffentlicher Kooperationen (EuGH vom 9. Juni 2009 – AZ C-480/06, i. S. „Stadtreinigung Hamburg"). Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, um ausnahmsweise auf ein Vergabeverfahren verzichten zu dürfen:

- Der Vertrag muss eine öffentliche Aufgabe zum Gegenstand haben, die beiden Partnern gemeinsam obliegt.
- Private Dienstleister dürfen nicht bevorzugt werden. Dies wäre der Fall, wenn der Auftragnehmer für die Aufgabenerfüllung Private heranziehen darf.
- Die Vertragspartner dürfen mit ihrer Zusammenarbeit ausschließlich Ziele im öffentlichen Interesse verfolgen.

Wertung

Punktevergabe

Die Punktevergabe auf Wertungskriterien ist grundsätzlich nicht überprüfbar. (OLG München vom 2. November 2012 – AZ Verg 26/12)

Bei der Punktevergabe hat der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum. Bieter, die sich benachteiligt fühlen, können nur selten auf eine inhaltliche Überprüfung der Punktevergabe hoffen. Nur bei willkürlichen oder sachfremden Erwägungen kann ausnahmsweise ein Vergabeverstoß vorliegen.

Ob der Auftraggeber seine Punktevergabe im Vergabevermerk oder den Auswertungsbögen begründen muss, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Ist die Punktevergabe in den Vergabeunterlagen ausführlich beschrieben, so muss der Auftraggeber lediglich die Punkte vergeben. Anhand der Beschreibung lässt sich sodann nachvollziehen, welche Gründe im Einzelfall ausschlaggebend für die Punktewahl waren.

Inhouse

Unter Kontrolle

Eine vergabefreie Inhouse-Vergabe setzt voraus, dass der Auftraggeber die beauftragte Einrichtung wie eine eigene Dienststelle kontrolliert. (EuGH vom 29. November 2012 – AZ C-183/11)

Grundsätzlich reicht die gemeinsame Kontrolle durch mehrere Auftraggeber für ein vergabefreies Inhouse-Geschäft aus. Nicht erforderlich ist, dass jeder Auftraggeber die Kontrolle einzeln ausüben kann. Sind mehrere Auftraggeber an der Einrichtung beteiligt, erfordert die gemeinsame Kontrolle eine Beteiligung aller Auftraggeber am Kapital sowie an den Leitungsorganen der Einrichtung.

Eine gemeinsame Kontrolle liegt nicht vor, wenn allein der mehrheitlich beteiligte Auftraggeber tatsächlich Kontrolle ausübt. Jeder Auftraggeber muss sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt sein.

Stadtwerke

Name von Bedeutung

Der Bestandteil „Stadtwerke" im Firmenamen bedeutet, dass das Unternehmen mehrheitlich in kommunaler Hand ist. (BGH vom 13. Juni 2012 – AZ I ZR 228/10)

An einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist neben einer Stadtwerke-Gesellschaft ein privater Partner beteiligt. Der private Partner hält 57 Prozent der Gesellschaftsanteile. Im Firmennamen der gemeinsamen Gesellschaft taucht der Begriff „Stadtwerke" auf.

Zu Unrecht! Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist diese Bezeichnung irreführend. Kunden gingen bei Stadtwerken davon aus, dass diese mehrheitlich kommunal seien.

Bei aktuellen Privatisierungsprojekten sollte die öffentliche Hand somit beachten: Mit der kommunalen Mehrheit geht der Name. Sicherlich ein Faktor, der den Unternehmenswert schmälert.

Angebote

Gewöhnliche Prüfung

Aufraggeber müssen die eingehenden Angebote nicht bis ins letzte denkbare Detail prüfen. (OLG Düsseldorf vom 5. Juli 2012 – AZ VII-Verg 13/12)

Im Vergabeverfahren müssen Auftraggeber zwar stets die Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit wahren. Das öffentliche Interesse an einer zügigen Beschaffung ist jedoch ebenfalls zu beachten. Zudem verfügen Auftraggeber nur über begrenzte Ressourcen und administrative Möglichkeiten. Ein zeitnaher Abschluss des Vergabeverfahrens liegt auch im Interesse der Bieter.

Im konkreten Fall klärte der Auftraggeber in mehreren Aufklärungs- und Verhandlungsgesprächen die technischen Details eines komplexen Angebots auf. Die Forderung eines Bieters, das Angebot des Konkurrenten mittels Sachverständigengutachten prüfen zu lassen, geht nach Auffassung des Gerichts jedoch zu weit. Anderenfalls würde das Vergabeverfahren unzumutbar verzögert.

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

gemeinderat-online.de

Erschließen Sie sich die Urteile in der Rechtsprechungsdatenbank des gemeinderat per Mausklick – www.gemeinderat-online.de > Rechtsprechung > Recht Archiv