



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten

ÖPP/Vergabe • Newsletter

Januar 2009

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

in unserem Januar-ÖPP/Vergabe – Newsletter informieren wir Sie wieder über unsere Arbeit im Bereich Vergabe. Der Umfang zeigt: Schon zum Jahresbeginn fehlt es nicht an interessanten Neuigkeiten – vom aktuellen Stand der Vergaberechtsreform bis hin zu Berichten und Analysen zur Spruchpraxis (unter anderem zu Fällen, die von GGSC betreut wurden)! Sogar das Konjunkturpaket II soll nicht unerwähnt bleiben... Wir wünschen Ihnen einen guten Start in ein erfolgreiches 2009 – zunächst natürlich spannende Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen aus Berlin und Köln
Ihr [GGSC]-Anwaltsteam

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter aus anderen Bereichen haben, senden Sie uns bitte eine E-mail an berlin@ggsc.de oder nutzen Sie im Internet das Newsletter-Archiv unter www.ggsc.de/service.

- Klimaschutz: Ausschreibung von Ökostrom
- Vertragsänderungen und Vergaberechtsrelevanz
- Bundesgerichtshof: Rettungsdienstleistungen sind ausschreibungspflichtig!
- Vergaberechtsnovelle – aktueller Stand
- Konjunkturpaket II und Mindestlohn
- Einstweilige Verfügungen gegen Vergabeverstöße – Fortentwicklung der Rechtsprechung
- EuGH zur Definition des Sektorenauftraggebers
- Vergabekammer Köln: Pacht einer Sortieranlage ist nicht ausschreibungspflichtig
- Vergabekammer Schwerin zu Akteneinsicht und Wettbewerbsverbot
- OLG Karlsruhe zu de-facto-Vergabe und Rückabwicklungsgebot
- Neues [GGSC]-Büro in Köln
- [GGSC]-Seminare
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC]-Veröffentlichungen



[KLIMASCHUTZ: AUSSCHREIBUNG VON ÖKOSTROM]

Die gegenwärtige Diskussion um die in Berlin anstehende Ausschreibung des städtischen Strombedarfs gibt Anlass, auf die Frage der bei einer Ausschreibung von „Ökostrom“ zu berücksichtigenden Aspekte näher einzugehen. Diskutiert wird insbesondere, zu welchem Anteil die gelieferte Strommenge in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt oder aus erneuerbaren Energiequellen stammen soll.

Zulässigkeit von Umweltkriterien

Zwar ist mittlerweile geklärt, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen und Waren Umweltauflagen stellen darf. Bei der Beschaffung von „Ökostrom“ gilt es jedoch einige Besonderheiten zu beachten. Denn schlicht die Lieferung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder aus Kraft-Wärme-Kopplung auszuschreiben, ist noch keine Gewähr dafür, dass mit dem Beschaffungsvorgang tatsächlich ein bestimmtes Umweltschutzziel erreicht wird. Dieses Ziel kann sinnvollerweise nur in der Vermeidung von CO₂-Emissionen bei der Stromerzeugung liegen. Denn nur bei einer Abstimmung auf die konkrete CO₂-Minderung, z.B. im Vergleich zu dem in Deutschland durchschnittlichen Energiemix, handelt es

sich um ein plausibel und logisch aus einem bestimmten Umweltschutzziel (Klimaschutz) abgeleitetes Kriterium. Einen tatsächlichen Umweltnutzen kann das Land Berlin durch die Ausschreibung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder KWK daher nur dann erreichen, wenn eine bestimmte CO₂-Minderungsquote für die ausgeschriebene Stromlieferung festgelegt und belastbare Kriterien gefunden werden, mit dem die Erfüllung dieser Quote von den Bietern nachgewiesen wird. Bereits in der sog. Wienstrom-Entscheidung hatte der EuGH gefordert, dass das Umweltschuttkriterium mit Anforderungen verbunden werden muss, die eine effektive Nachprüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben erlauben.

Wichtig: Belastbarkeit der Umweltkriterien

Weiterhin gilt es zu berücksichtigen, dass eine ökologische Rechtfertigung für die Lieferung von Strom aus Erneuerbaren Energien oder KWK nur dann gegeben ist, wenn die Strombeschaffung außerhalb des Anwendungsbereichs des EEG und des KWKG oder einer vergleichbaren Förderung nachgefragt wird. Denn Strom, der bereits nach EEG, KWKG oder anderen Förderungen vergütet wird, wird durch die konkrete Nachfrage nicht zusätzlich erzeugt – mit der Folge, dass ein konkreter Umweltnutzen nicht



erreicht wird. So beträgt aufgrund des EEG-Umlagemechanismus die sog. EEG-Quote, d.h. der über das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) vergütete Anteil an Strom aus Erneuerbaren Energien bei Lieferungen an Letztverbraucher bereits über 15 %. Im Konzept der Ausschreibung (ggf. auch lediglich für eines von mehreren Losen i.S.v. § 5 VOL/A) ist zu berücksichtigen, dass der Umweltaspekt entweder bereits bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes festgelegt werden kann, indem z.B. die Lieferung von Strom aus Erneuerbaren Energien gefordert wird, oder dass die Umwelteigenschaften im Rahmen der Zuschlagskriterien zum Tragen kommen können.

Zu entscheiden: Umweltaspekte als Mindestanforderungen oder Zuschlagskriterien

Im erstgenannten Fall kann von den Bietern kein Strom angeboten werden, der die Anforderungen an den Auftragsgegenstand nicht erfüllt; Angebote über die Lieferung von Strom aus anderen als Erneuerbaren Energien werden ausgeschlossen und nicht gewertet. Dabei sollte der Auftraggeber eine konkrete Mindestanforderung für die Verminderung der CO₂-Emissionen formulieren und einen entsprechenden Nachweis durch die Bieter fordern. Dabei kann auch das Alter der jeweiligen Stromerzeugungsanlage Berücksichtigung finden, etwa indem vorgege-

ben wird, welcher Anteil einer angebotenen Lieferung von Ökostrom aus näher bestimmten Anlagenkategorien für die Erfüllung der festgelegten CO₂-Minderung angerechnet wird. Weiterhin ist festzulegen, nach welchem Verfahren für die konkreten Angebote die konkrete Reduzierung der CO₂-Emissionen ermittelt und angerechnet wird.

Umfang der CO₂ Minderung als Kriterium

Wird die Höhe der CO₂-Minderung als Zuschlagskriterium berücksichtigt, ist zu gewährleisten, dass eine effektive Nachprüfung der Richtigkeit der in den Angeboten enthaltenen Angaben möglich ist und die Kriterien sich auf die ausgeschriebene Liefermenge beziehen. So kann bei der Wertung eine nach einem vorgegebenen Modell berechenbare Höhe der CO₂-Minderung der Angebote mit einem bestimmten Prozentsatz berücksichtigt werden.

Es bleibt abzuwarten, für welches Modell sich das Land Berlin entscheiden wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Hartmut Gaßner und Rechtsanwältin Dr. Nicole Pippke.



[VERTRAGSÄNDERUNGEN UND VERGABERECHTSRELEVANZ]

Beinhalten Dienstleistungsverträge Klauseln, die in absehbarer Zeit eine Kündigung des Vertrages erlauben, stellt sich für die betroffenen Auftraggeber oft die Frage, ob eine Fortführung des Vertrages zu den bestehenden Konditionen noch wirtschaftlich ist. Nicht selten werden dann Überlegungen angestellt, inwiefern Anpassungen oder Änderungen des bestehenden Vertrages im Lichte des Vergaberechts zulässig sind. Insbesondere das Zugeständnis von Preisnachlässen ist dabei für viele Auftraggeber Voraussetzung für eine positive Entscheidung über die Fortsetzung des Vertrages. In diesem Rahmen ist [GGSC] derzeit mit der Überprüfung zahlreicher Leistungsverträge verschiedener Auftraggeber, die zu Beginn der 90 Jahre abgeschlossen wurden, befasst.

Häufiger Prüfungsanlass: Überlegungen zur Vertragsfortführung mit Preisnachlass

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Gebrauchmachen von einer etwaigen Kündigungsmöglichkeit sinnvoll, ggf. sogar rechtlich erforderlich ist, ist zunächst zu berücksichtigen, ob der betreffende Dienstleistungsvertrag seinerzeit unter Berücksichtigung der maßgeblichen vergaberechtlichen Bestimmungen abgeschlossen und ggf. ge-

ändert wurde. Die für Dienstleistungsaufträge einschlägige Vergaberichtlinie 92/50/EWG war erst zum 01.07.2003 in nationales Recht umzusetzen. Zuvor konnten Leistungsverträge auch größeren Umfangs grundsätzlich allein nach den nationalen Vorschriften vergeben werden. Verträge, die zeitlich vor der Anwendbarkeit der europarechtlichen Vorgaben abgeschlossen wurden, können grundsätzlich auch nach Änderung des Gemeinschaftsrechts wirksam fortgeführt werden (zumindest solange sie unverändert bleiben) Eine Kündigung ist nicht geboten. Dies hat der EuGH in einer Entscheidung im Jahr 1998 festgestellt (Rs. C-76/97, Urteil vom 24.09.1998).

Vertrag ursprünglich ausgeschrieben?

Ebenfalls nicht in Frage zu ziehen ist der Grundsatz, dass Verträge, die unter Verstoß gegen das (damals schon geltende europäische) Vergaberecht abgeschlossen wurden, zum nächstmöglichen Zeitpunkt beendet werden sollten. Insofern betrachtet der EuGH die Durchführung eines öffentlichen Auftrages, der abgeschlossen wurde, ohne dass der Auftraggeber ein den europäischen Vorgaben entsprechendes Vergabeverfahren durchgeführt hätte, als einen fortwährenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, der abzustellen ist (vgl. EuGH, Rs. C-20/01 und 218/01, Urteil vom 10.04.2003 und Rs.



C-503/04, Urteil vom 18.07.2007). Die Durchführung einer Ausschreibung zur Neuvergabe der Leistung führt dann zu rechtmäßigen Rahmenbedingungen für die künftige Vertragserbringung. Nebenbei wird sie den Effekt häufig haben, dass die Leistung mittlerweile zu günstigeren Preisen angeboten werden kann.

Gewicht der Änderungen entscheidend

Ist der Vertrag in der bestehenden Form mit Vergaberecht vereinbar, stellt sich die Frage der Zulässigkeit erwünschter Vertragsänderungen. Die Zulässigkeit richtet sich stets nach dem aktuellen Vergaberecht. Schwierigkeiten bei der Beurteilung bereiten nach wie vor Abgrenzungsfragen im Einzelfall dahingehend, ob einzelne Vertragsänderungen, ggf. in ihrer Kombination mit anderen Anpassungen des Vertrages, als Neuvergaben zu betrachten sind. Dem Grundsatz nach lässt sich für die Beurteilung von Vertragsänderungen aus einer Entscheidung des EuGH vom 19.06.2008 (Rs. C-454/06) entnehmen, dass Änderungen eines öffentlichen Auftrages während seiner Laufzeit dann als Neuvergabe des Auftrages anzusehen sind, wenn sie „wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen“.

Zusammenfassend kommt es für die Zulässigkeit von Vertragsänderungen daher auf deren „Wesentlichkeit“ an. Maßgebliche Anhaltspunkte lassen sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen.

Kriterien des EuGH für die Erheblichkeit von Änderungen

Die Änderung kann im Grundsatz jedenfalls dann als wesentlich angesehen werden, wenn sie

- Bedingungen einführt, die „die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätte, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären“.
- den Auftrag „in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert“.
- das „wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers“ ändert.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf die ihm zur Beurteilung vorgelegten Fragen kam der EuGH jedoch zu dem Ergebnis, dass sämtliche geprüften Vertragsänderungen



sich als nicht wesentlich erwiesen. Danach kann davon ausgegangen werden, dass folgende Änderungen in laufenden Verträgen vergaberechtlich grundsätzlich unbedenklich sein dürften:

Beispiele für unbedenkliche Änderungen

Geringfügige Rundungen von Preisen, um beispielsweise die Rechnungsstellung zu vereinfachen und so die Durchführung des Auftrages zu erleichtern, lassen sich nach Ansicht des EuGH objektiv erklären und sind – sofern es sich um geringfügige Anpassungen handelt – als unwesentlich einzuschätzen. Auch die Neuformulierung von Wertsicherungsklauseln unter Bezugnahme auf aktualisierte Preisindizes, die bereits im ursprünglichen Vertrag angelegt war, hat der EuGH nicht beanstandet.

Weiter wird nach der Entscheidung des EuGH auch die Vereinbarung einer neuen sog. Kündigungsverzichtsklausel während der Laufzeit eines unbefristeten Vertrages zulässig sein. Dies gilt zumindest dann, wenn der Verzicht für einen überschaubaren Zeitraum erklärt wird (im dortigen Fall drei Jahre) und der Auftraggeber in diesem Zeitraum ansonsten nicht von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht hätte. Nicht zulässig soll es jedoch sein, eine solche Verzichtsklausel regelmäßig immer wieder in

den Vertrag einzufügen. Dadurch kann sich vielmehr der Wettbewerb zum Nachteil potentieller neuer Bieter verfälschen. Eine mit einem solchen Kündigungsverzicht verbundene geringfügige Änderung des vom Auftraggeber zu zahlenden Entgeltes für einen Teil der Dienstleistung muss noch nicht zu einem Nachteil potentieller Bieter und einer Wettbewerbsverzerrung führen. Unter den im konkreten Fall gegebenen Umständen erachtete der EuGH beide Änderungen als unwesentlich. Geringfügige Entgeltermäßigungen können daher vorgenommen werden, ohne dass der Vertrag als Neuvergabe angesehen werden müsste. Für Anpassungen, die der ursprüngliche Vertrag bereits vorsah, dürfte dies ohnehin gelten.

Mögliche Kontrollüberlegungen

Über diese Beispiele hinaus lassen sich die Beurteilungsgrundsätze nur vorsichtig abstrahieren. Kontrollfrage für die Zulässigkeit einer Änderung eines laufenden Vertrages ist zum einen der Vergleich mit dem ursprünglichen Vertrag und der ursprünglichen Wettbewerbssituation. Werden nachträgliche Änderungen vorgenommen, die damals ein anderes Ergebnis der Ausschreibung bzw. Auswertung ermöglicht hätten, spricht viel für eine wesentliche Änderung. Dies ist insbesondere der Fall, wenn zusätzliche andere Auftragsgegenstände in nicht



unerheblichem Umfang vereinbart werden. Nicht ausgeschlossen ist dies auch, wenn die Vertragslaufzeit deutlich verändert werden soll. Im Rahmen einer zweiten Kontrollfrage ist die aktuelle Wettbewerbssituation zu betrachten.

Mögliche Wettbewerbsverzerrung?

Insofern ist eine Änderung des Vertrages dahingehend zu hinterfragen, ob sie zu einer Verzerrung im aktuellen Wettbewerb führt, also z.B. potentielle neue Bewerber benachteiligt. Schließlich kommt es, insbesondere bei preislichen Änderungen, darauf an, dass diese das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages nicht zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verändern, die nicht im Vertrag vorgesehen ist und sich überdies nur als geringfügige Änderungen darstellen. Preisänderungen, die sich aus einer Bezugnahme auf Indizes oder Preisanpassungsklauseln ergeben, sind nach unserem Verständnis danach regelmäßig zulässig.

Bei weiteren Änderungen dürfte es insbesondere auch darauf ankommen, inwieweit diese zu einer Erleichterung der Vertragsdurchführung sich objektiv rechtfertigen lassen, die Wettbewerbssituation insgesamt jedoch nicht beeinflussen und nicht zu einer Bevorteilung des Auftragnehmers führen.

Bestandsschutz für Altverträge?

Ob und inwiefern es für „Altverträge“, die vor Inkrafttreten des europäischen Vergaberichts für Dienstleistungsaufträge abgeschlossen wurden, einen erweiterten „Bestandsschutz“ dahingehend gibt, dass bei diesen Verträgen großzügigere Änderungen vorgenommen werden dürfen, lässt sich den bisherigen Entscheidungen, auch der vom Juni 2008, nicht entnehmen. Auch bei solchen „Altverträgen“ werden sich Änderungen daher grundsätzlich an den oben dargelegten Maßstäben messen müssen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S. und Rechtsanwalt Dr. Peter Neusüß.

[BUNDESGERICHTSHOF: RETTUNGSDIENSTLEISTUNGEN SIND AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIG!]

Mit zwei Grundsatzbeschlüssen hat der Bundesgerichtshof am 01.12.2008 (Az.: X ZB 31/08 und 32/08) klargestellt, dass Rettungsdienstleistungen nach Maßgabe von § 97 Abs. 1 GWB öffentlich auszuschreiben sind, wenn der Wert des abzuschließenden Vertrages den Schwellenwert erreicht.



Im konkreten Fall nahm ein sächsischer Zweckverband mehrerer Kommunalkörperschaften die öffentliche Aufgabe des Rettungsdienstes wahr, gemäß § 3 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (SächsBRKG) vom 24.06.2004 insbesondere die Notfallrettung und den Krankentransport im Gebiet der angeschlossenen Körperschaften, aber auch z.B. die Unterhaltung der Leitstellen.

Inhalt der Entscheidung

§ 31 SächsBRKG stellt es dabei in das Organisationsermessen des Aufgabenträgers, ob er die notwendigen Leistungen selbst durchführt (Abs. 7) oder die „Durchführung“ Dritten (sog. Leistungserbringern) „überträgt“. Das für diesen Fall vorgesehene „Auswahlverfahren“ ist in § 31 SächsBRKG und einer hierauf erlassenen Verordnung näher geregelt. Während der Zweckverband auf dieser Grundlage allein ein öffentlich-rechtliches Auswahlverfahren nach SächsLRettDPVO durchzuführen beabsichtigte, verlangte der im Ergebnis erfolgreiche Rettungsdienstleister die Durchführung eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens. Die Vergabekammer folgte insoweit zunächst dem Zweckverband und sah eine europaweite Ausschreibung im Hinblick auf § 1 a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A (2006) nicht als erforder-

lich an. Auf Grund einer divergierenden Entscheidung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.04.2006, Vergaberecht 2006, S. 787) legte das für die sofortige Beschwerde zuständige Oberlandesgericht Dresden mit Entscheidung vom 04.07.2008 (Az.: WVerg 3/08) die Sache dem Bundesgerichtshof vor.

OLG Dresden contra OLG Düsseldorf

Anders als das Oberlandesgericht Düsseldorf, das im Hinblick auf Art. 45, 55 EG-Vertrag davon ausgegangen war, dass solche Rettungsdienstleistungen von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen seien, sieht der Bundesgerichtshof nunmehr eine Ausschreibungspflicht gemäß § 97 ff. GWB für gegeben. Denn im konkreten Fall sei der Zweckverband öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 3 GWB. Dieser wolle nach Auffassung des Bundesgerichtshofs einen Vertrag mit einem Dritten abschließen, der Dienstleistungen i.S.v. § 99 Abs. 4 GWB zum Gegenstand habe. Im Kern gehe es um die Verpflichtung eines Dritten zur Erbringung von Dienstleistungen, unbenommen der Frage, ob hier eine Aufgabenübertragung vorliege. Auch stehe die Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht etwa entgegen. Die Entgeltlichkeit des Vertrages, auf die vorrangig abzustellen sei, sei ohne weiteres festzustellen.



Bei alledem komme es auf die eigentliche, die Divergenzvorlage begründende Frage betreffend Art. 45, 55 EG-Vertrag nicht an, da es für eine Anwendung dieser Vorschriften letztendlich die Reichweite des nach nationalem Recht geregelten Vergaberegimes entscheidend sein soll.

BGH: § 99 Abs. 1 GWB einschlägig

Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs jedoch gerade nicht von dem GWB-Vergaberegime ausgenommen. Denn einerseits lägen – wie vorgehend ausgeführt – die allein maßgeblichen Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 GWB vor. Zum anderen seien Rettungsdienstleistungen in dem als abschließend angesehenen Katalog des § 100 Abs. 2 GWB nicht angeführt. Sodann entspreche die Anwendung auch dem Zweck des Gesetzes und schließlich führe auch eine historische Auslegungsmethode zu keinem anderen Ergebnis.

Auch der Rückgriff auf eine sog. Dienstleistungskonzession, zu deren Vergabe nur die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts anzuwenden sind, scheidet im vorliegenden Fall aus, da diese begrifflich nicht vorläge.

Schließlich durfte sich der Zweckverband in dem Auswahlverfahren nicht auf das nach Landesrecht vorgesehene Verfahren be-

schränken. Insoweit sei es dem sächsischen Landesgesetzgeber mangels Kompetenz nicht gestattet, eigene Regelungen zu treffen, nachdem der Bundesgesetzgeber das Vergaberechtsregime der §§ 97 ff. GWB geschaffen hatte.

Bundesweite Bedeutung der Entscheidung

Wenngleich sich der maßgebliche Sachverhalt auf eine Regelung des sächsischen Landesrechts bezog, haben die Entscheidungen bundesweite Bedeutung, weil bislang eine öffentliche Ausschreibung vergleichbarer Rettungsdienstleistungen in den meisten Bundesländern unterblieben ist.

Bekanntlich verfügt jedes Bundesland über ein eigenes Landesrettungs-(dienst)gesetz. In der Folge müssen sich alle Aufgabenträger, d.h. in der Regel Landkreise und kreisfreie Städte, mit der Frage befassen, ob und ggf. in welcher Form Rettungsdienstleistungen auszuschreiben sind, werden diese vom Aufgabenträger nicht selbst erbracht.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs umfasst dies also z.B. eine Prüfung der Voraussetzungen der sog. Inhouse-Beauftragung, bei deren Vorliegen von einer Ausschreibung abgesehen werden kann.



Vergleicht man die einzelnen Landesrettungs-(dienst)gesetze, so ist einerseits formell ein unterschiedlicher „Aktualisierungsstand“ und sind andererseits unterschiedliche organisatorische Ansätze festzustellen.

Unterschiedliche Ansätze Landesregelungen

Während manche Landesrettungs(dienst)gesetze „Übertragungen der Durchführung“ von Aufgaben vorsehen (vgl. z.B. § 10 Abs. 1 BbgRettG; § 6 Abs. 4 RDG M-V; § 6 Abs. 1 ThürRettG; § 8 Abs. 1 SaarRettG), sehen andere Gesetze lediglich die „Beauftragung“ Dritter vor (vgl. z.B. § 5 Abs. 1 NdsRettDG; § 13 Abs. 2, 15 Abs. 2 Satz 4, 17 Abs. 1 Satz 2, 18 Abs. 1 Satz 2 BayRDG; § 11 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 RettDG LSA).

Da der Bundesgerichtshof in seiner Begründung weniger auf den Wortlaut der landesrechtlichen Regelungen abzustellen, sondern sich allein auf die Frage zu beschränken scheint, ob im Konkreten ein „entgeltlicher Vertrag“ i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB gegeben ist, dürfte eine sehr weitgehende Verpflichtung der Aufgabenträger gegeben sein, die Erbringung von Rettungsdienstleistungen europaweit auszuschreiben.

Risiken bei Nichtbeachtung

Im Hinblick auf die mittlerweile recht weit entwickelte Rechtsprechung zu sog. de-facto-Vergaben hat der Aufgabenträger erhebliche Folgekosten (Verfahrenskosten und evtl. Schadensersatzforderungen) zu gegenwärtigen, missachtet er bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen künftig die nunmehr vom Bundesgerichtshof festgestellte Ausschreibungspflicht.

Für Aufgabenträger hat [GGSC] einen kleinen (kostenlosen) Leitfaden zu den Konsequenzen aus der BGH-Entscheidung zusammengestellt, der auf Anforderung gerne (als pdf-Datei) übersandt wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel.

[VERGABERECHTSNOVELLE – AKTUELLER STAND]

Am 19.12.2008 hat der Bundestag auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses dessen Entwurfsstand des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beschlossen (BT-Drs. 16/11428).



Stimmt der Bundesrat diesem Entwurf zu, kann das Gesetz in Kraft treten. Der Bundesrat könnte sich noch im Februar mit dem Entwurf befassen. Ob seine Zustimmung realistisch ist, kann nur schwer beurteilt werden.

Schon der Entwurf der Bundesregierung, der dem Wirtschaftsausschuss vorgelegt worden war, wich in einigen zentralen Punkten von Vorschlägen des Bundesrats ab, so z.B. in der Weigerung, die interkommunale Kooperation ausdrücklich vom Vergabeerfordernis freizustellen. Zudem stand der Bundesrat der Einführung neuer Vergabearten wie des dynamischen elektronischen Verfahrens und der elektronischen Auktion skeptisch gegenüber, an der die Bundesregierung jedoch festhielt.

Abweichung vom Regierungsentwurf

Die nun vom Bundestag beschlossene Fassung des Gesetzentwurfs enthält wiederum einige Abweichungen vom Vorschlag der Bundesregierung: So findet sich z.B. keine Verkürzung der Beschwerdefrist mehr. Zudem wurde völlig auf eine Definition des In-house-Geschäfts verzichtet. Erst recht ist im jetzt beschlossenen Entwurf kein Hinweis auf die Vergabefreiheit der interkommunalen Kooperation enthalten, den bereits die Bundesregierung abgelehnt hatte.

Die Vorschläge der Bundesregierung zur Umschreibung der de-facto-Vergabe und die im Zusammenhang damit stehenden Neuregelungen dagegen wurden dagegen übernommen. Für die öffentlichen Auftraggeber in Zweifelsfällen (z.B. interkommunale Kooperation!) besonders interessant: De-facto-Vergaben können nur innerhalb eines begrenzten Zeitraums - gerechnet vom Vertragsschluss - vor die Vergabekammer gebracht werden.

Mehr Rechtssicherheit für Zweifelsfälle wegen Neuregelungen zu de-facto-Vergaben

Auch nach dem aktuellen Entwurf bleibt es bei dem Regelungsvorschlag, wonach de-facto-Vergaben nur unwirksam sind, wenn dies von der Vergabekammer bzw. der Nachprüfungsinstanz festgestellt worden ist. Die Rechtssicherheit in Zweifelsfällen wird somit zugunsten der Vertragspartner erhöht.

Dagegen wurden die Anforderungen an unverzügliche Rügen von Bietern im Vergleich zum Regierungsentwurf wieder abgesenkt: Insbesondere die Anforderung, wonach Rügen unverzüglich nach Erhalt der Vergabeunterlagen angebracht werden sollten, ist im aktuellen Entwurfsstand nicht mehr enthalten. Bieter müssen es sich künftig aber jedenfalls gründlich überlegen, ob sie ein



Nachprüfungsverfahren einleiten wollen: Anders als nach aktueller Rechtslage soll auch nach diesem Entwurfsstand die Rücknahme eines Nachprüfungsantrags eine Kostentragungspflicht des Antragsstellers begründen.

Weiteres Gesetzgebungsverfahren

Jetzt bleibt zunächst abzuwarten, wie der weitere Gang des Gesetzgebungsverfahrens verläuft, insbesondere ob der Bundesrat dem Entwurf seine Zustimmung erteilt. Abgesehen vom Reformvorhaben „Vergaberecht“ sind – zumindest für Unterschwellenvergaben – künftig auch verfahrensrechtlichen Vereinfachungen im Zusammenhang mit dem Konjunkturpaket möglich. Bitte beachten Sie dazu den untenstehenden Beitrag.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

[KONJUNKTURPAKET II UND MINDESTLOHN]

Am 13.01.2009 hat sich der Koalitionsausschuss auf das zweite Konjunkturpaket verständigt, das nunmehr in „handfeste“ Regelungen umgemünzt werden soll. Neben dem Projekt „Zukunftsinvestitionen der öffentlichen Hand“, im Zuge dessen mit einigen Bauvergaben zu rechnen ist (Volumen ca. 14

Mrd. €), wurden im Beschluss 2 auch „Vereinfachungen des Vergaberechts“ beschlossen.

Vereinfachungen des Vergaberechts

Befristet auf zwei Jahre sollen bundesweit folgende „Bagatellgrenzen“ für die Wahl flexiblerer Verfahren unterhalb der Schwellenwerte gelten: Für Bauleistungen bis zu 100.000 € Volumen soll der Auftraggeber eine freihändige Vergabe, für solche bis zu 1 Mio. € eine beschränkte Ausschreibung durchführen können. Für Dienst- und Lieferleistungen kann bis zu einem Wert von 100.000 € eine Freihändige Vergabe erfolgen. Aller Voraussicht nach müssen zur Umsetzung die landesrechtlichen Regeln zu den Bagatellgrenzen angepasst werden. Zudem sollen angesichts der dringenden konjunkturellen Lage die Vergabefristen verkürzt werden. Bei Baumaßnahmen des Bundes sowie Zuwendungsmaßnahmen kann bis zu einem Wert von 5 Mio. € ein „vereinfachtes Verfahren“ durchgeführt werden.

Mindestlohn für mehr Branchen als bisher

Der Bundestag hat am 22.01.2009 auch die Aufnahme weiterer sechs Branchen (Pflegebranche, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten, Wäschedienstleistungen



gen, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst sowie Aus- und Fortbildungsleistungen nach dem 2. und 3. SGB) in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz beschlossen (BT-Drs. 16/11669 und 16/10486). Damit wurde der Weg für die verbindliche Vorgabe von Mindestlöhnen – auch bei Ausschreibungen – jedenfalls ein Stück vorangebracht. Im Bereich der Entsorgungswirtschaft hatten sich die Tarifpartner der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände sowie der Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft (BDE) einerseits als auch die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di auf einen Mindestlohn von 8,02 € geeinigt. Diese Tarifparteien können nunmehr die Erstreckung der von ihnen geschlossenen Tarifverträge auf alle Arbeitnehmer beantragen. Nunmehr muss noch der Bundesrat zustimmen, der noch im Februar befasst werden könnte. Zudem soll nach dem Willen der Koalition eine Mindestentlohnung für Leiharbeiter im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz festgeschrieben werden.

Bedeutung für laufende Vergaben

Es zeichnet sich – vorbehaltlich der Zustimmung des Bundesrates, hinsichtlich der aufgrund der starken Position der FDP womöglich Unsicherheiten bestehen – also eine neue Rechtslage ab: Im Einklang mit dem

EuGH kann dann eine entsprechende Entlohnung künftig auch in Vergabeverfahren Eingang finden: So kann z.B. deren Einhaltung im Vertrag mit Vertragsstrafen bewehrt werden.

Aber auch in laufenden Vergabeverfahren kann z.B. bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise bzw. entsprechender Kalkulationsdaten die Frage aufgeworfen werden, wie mit einem Angebot, das klar mit einer niedrigeren Entlohnung rechnet, umzugehen ist.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim und Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

[EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN GEGEN VERGABEVERSTÖßE – FORTENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG FÜR]

Für die Vergaben oberhalb der sog. Schwellenwerte sind seit langem klare Verfahrensregeln zum Rechtsschutz aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beachten (§ 97 ff. GWB). Für die Verfahren unterhalb der Schwellenwerte, die jedenfalls im Bereich von Bauverfahren die überwiegende Mehrzahl ausmachen, wird von den Zivilgerichten zunehmend die Möglichkeit anerkannt, im Wege der einstweiligen Verfügung nach ZPO gegen eine Zuschlagserteilung vorzugehen. Wir hatten darüber bereits



in unseren zurückliegenden Ausgaben berichtet (Vgl. z.B. Ausgabe September 2007).

Bisheriger Stand Unterschwellenvergaben

Geklärt ist inzwischen, dass es *überhaupt* zulässig ist, unterhalb der sog. Schwellenwerte ein Gericht anzurufen. Dies wird auch durch ein Urteil des OLG Jena (Urteil vom 08.12.2008 - 9 U 431/08) und einen Beschluss des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 15.10.2008 - 27 W 2/08) bestätigt. Auch [GGSC] hat im Dezember 2008 beim Landgericht Frankfurt (Oder) erneut eine einstweilige Verfügung erwirkt, mit der die Vergabe gestoppt werden konnte.

Einigkeit besteht inzwischen auch darüber, dass jedenfalls grobe und vor allem „willkürliche“ Vergabeverstöße einen Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung geben können, also z.B. bei völlig unzureichenden Leistungsverzeichnissen oder einer Diskriminierung bestimmter Bieter im Vergleich zu anderen Bietern.

Jeder Verstoß ist relevant

Nach den vorgenannten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Jena und Düsseldorf sollen aber schon „bloße“ Verfahrensfehler bzw. Verstöße gegen die Verdingungsord-

nungen gegenüber dem Bestbieter einen Eilrechtsschutz auslösen können.

In beiden Entscheidungen wurde klargestellt: Eine Vergabestelle, die nach einer bestimmten Verfahrens- bzw. Verdingungsordnung (z.B. VOB/A oder VOL/A) ausschreibt, ist an die Anwendung der Verfahrensregeln gebunden - und zwar insgesamt und ggf. auch gegenüber dem Bieter. Jeder Verstoß dagegen kann dann Grund für eine einstweilige Verfügung sein.

Geschützt ist nur der Erstplatzierte

Allerdings spricht einiges dafür, dass diese Erleichterung des Rechtsschutzes auch nur dem jeweils besten Bieter zugute kommen soll. Schon das Brandenburgische OLG hatte im Jahr 2008 entschieden (12 U 235/07): Eine einstweilige Verfügung darf nur ergehen, wenn der Bieter nachweist, dass ihm ohne eine einstweilige Verfügung „wesentliche Nachteile“ drohen, er also bei korrekter Vergabe entweder den Zuschlag hätte erhalten müssen oder mindestens eine „realistische Chance“ auf den Zuschlag hatte. Danach kann vor allem der Erstplatzierte einer Submission Erfolgsaussichten haben. Eilanträge schon vor der Submission und Eilanträge von nachrangigen Bietern haben dagegen deutlich geringere Chancen.



Das OLG Jena hat dies bestätigt und zugunsten eines Erstplatzierten eine einstweilige Verfügung erlassen.

Folgerungen für die Praxis

Für die öffentliche Hand steigen die Sorgfaltsanforderungen. Die Verfahrensregeln der VOB/A bzw. der VOL/A müssen also penibel und nachvollziehbar eingehalten werden.

Für Bieter wiederum gilt: Gerade wer Erstplatziertes ist, hat auch unterhalb der Schwellenwerte gute Erfolgsaussichten, wenn Rechtsverstöße zu beobachten sind. Es ist dann aber schnelles Handeln gefragt, denn sobald der Zuschlag erteilt ist, kommt Eilrechtsschutz zu spät.

Bei Fragen hierzu wenden Sie sich bitte an Rechtsanwalt Dr. Schattenfroh und Rechtsanwalt Dr. Wrase

[EUGH ZUR DEFINITION DES SEKTORAUFGABEGEBERS]

In seinem Urteil vom 10.04.2008 (Az.: C-393/06) hat sich der EuGH mit der Frage befasst, welchem Vergaberechtsregime ein öffentlicher Auftraggeber unterfällt, der sowohl der Richtlinie 2004/17 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und

Verkehrsversorgung als auch der Richtlinie 2004/18 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterfällt.

Der EuGH stellt fest, dass die „Fernwärme Wien GmbH“, die im Eigentum der Stadt Wien steht, eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ im Sinne beider Richtlinien ist. Die Voraussetzungen einer solchen „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ entsprechen der Definition eines öffentlichen Auftraggebers in § 98 Nr. 2 GWB nach deutschem Recht. Öffentliche Auftraggeber sind danach auch „andere juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (...)“.

Bedeutung des entwickelten Wettbewerbs

Im Hinblick auf die Voraussetzung der Erfüllung „im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art“ kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt. Dabei sei unbeachtlich, ob die betreffende Einrichtung nur ihre im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, oder ob sie – in Gewinnerzielungsabsicht – auch andere Tätigkeiten ausübt, sofern sie



nur weiterhin die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben wahrnimmt, die sie als besondere Pflicht zu erfüllen hat. Welchen Anteil die in Gewinnerzielungsabsicht ausgeübten Tätigkeiten an den Gesamttätigkeiten dieser Einrichtung ausmachen, ist für die Frage, ob sie als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren ist, ebenfalls unerheblich.

Damit unterliegt diese Einrichtung insgesamt dem Vergaberecht, auch wenn sie Vorkehrungen für eine klare Trennung zwischen den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art einerseits und den unter Wettbewerbsbedingungen ausgeübten Tätigkeiten andererseits getroffen hat, die eine Querfinanzierung dieser beiden Arten von Tätigkeiten ausschließen.

Steht danach fest, dass es sich bei der Einrichtung um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne beider Richtlinien handelt, bestimmt sich die Anwendung der einen oder der anderen Richtlinie danach, ob der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Zusammenhang mit Tätigkeiten ausschreibt, die den in der Sektorenrichtlinie genannten Sektoren unterfallen.

Sektorentätigkeit ausgeschlossen?

Nur in diesen Fällen kann der öffentliche Auftraggeber auf das weniger strenge Ver-

gaberechtsregime der Sektorenrichtlinie zurückgreifen; in allen anderen Fällen gilt die allgemeine Vergaberichtlinie 2004/18.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Pia Denzin.

[VERGABEKAMMER KÖLN: PACT EINER SORTIERANLAGE IST NICHT AUSSCHREIBUNGSPFLICHTIG]

In einem Nachprüfungsverfahren wegen der Pacht einer Sortieranlage für Sperrmüll hat die Vergabekammer Köln entschieden, dass der Abschluss eines derartigen Pachtvertrages unter die Ausnahmeregelung des § 100 II lit. h GWB fällt und daher nicht ausgeschlossen werden musste (Entscheidung v. 06.06.2008 – AZ: VK VOL/ 2/08)

Nach § 100 II lit. h GWB sind Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse über oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung vom Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB ausgenommen.

Grundsätzlich gilt für die Bestimmungen des § 100 II GWB, dass es sich um eine abschließende Aufzählung handelt und diese als Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind. Rechtsprechung und Literatur behandeln die Ausnahmeregelungen des § 100 II GWB nur recht spärlich, belastbare Aussagen fehlen



insbesondere zur Ausnahme bei immobilienbezogenen Rechtsgeschäften des § 100 II lit. h GWB.

Technisch komplexe Anlagen

Die Vergabekammer Köln hat in ihrer Entscheidung vom 06.06.2008 der vergaberechtlichen Rechtsprechung zum Ausnahmetatbestand des § 100 II lit. h GWB bezogen auf den Abschluss eines Pachtvertrages eine interessante Nuance hinzugefügt.

Der Beschluss ist deshalb erwähnenswert, da er auch Pachtverträge, die in tatsächlicher als auch technischer Hinsicht als komplexeres Gebilde ausgestaltet sind und die lediglich zur vertragsgemäßen Pflichtenerfüllung leistungsnotwendige weitergehende Mitwirkungshandlungen (vertragliche Nebenpflichten) gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber enthalten, von einer Ausschreibungspflicht ausnimmt.

Sachverhalt

Im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens machte die Antragstellerin (ASt), ein privates Entsorgungsunternehmen, geltend, dass zwischen der Antragsgegnerin (AG) und der Beigeladenen vergaberechtswidrig ein Vertrag über Leistungen zur Sortierung und

Verwertung von Sperrmüll geschlossen worden sei und begehrte insbesondere die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages sowie die AG zu verpflichten den streitgegenständlichen Vertrag nicht ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu schließen.

Im Kern ging es um einen über eine Sperrmüllaufbereitungsanlage geschlossenen Pachtvertrag zwischen der AG und der Beigeladenen, den die ASt im Gesamtzusammenhang als Vereinbarung über Leistungen zur Sortierung und Verwertung von Sperrmüll deutete und somit eine Umgehungsabsicht der Ausschreibungspflicht von abfallrechtlichen Entsorgungsleistungen annahm, sowie darum, dass ein Pachtvertrag über eine Aufbereitungsanlage nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 100 II lit. h GWB fallen könne.

Pachtgegenstand war ein bestimmter Teilbereich der Aufbereitungsanlage, in der die AG die in ihrem Zuständigkeitsbereich angefallenen Sperrmüllmengen sortierte und aufbereitete, so dass die danach separierten Fraktionen einer weiteren Verwertung zugeführt werden konnten. Vertraglich geregelt war ferner die Nutzungsmöglichkeit von Grundstücksflächen auf dem Areal, auf dem sich die Sortieranlage befand, so dass die Sperrmüllfraktionen in Containern angeliefert und verwogen sowie die Outputfraktio-



nen nach der entsprechenden Behandlung wiederum in Containern auf separat gekennzeichneten Flächen bereitgestellt und durch beauftragte Dritte einer weiteren Verwertung zugeführt werden konnten.

In dem Pachtvertrag war ausdrücklich geregelt, dass die AG das Pachtobjekt mit eigenem Personal zu nutzen hatte. Die Beigeladene als Verpächterin hatte während der Dauer des Pachtverhältnisses dafür zu sorgen, die Anlage in einem funktionstüchtigen Zustand zu halten und ggf. auftretende Mängel oder Defekte unverzüglich zu beseitigen, um die vereinbarte Anlagenkapazität auch gewährleisten zu können.

Die wesentlichen Entscheidungsgründe der Vergabekammer

Den Vorwurf der ASt, es handele sich bei den vertraglichen Beziehungen zwischen der AG (Pächterin) und der Beigeladenen (Verpächterin) insgesamt um ein vergaberechtswidriges Umgehungsgeschäft, da letztendlich die Beigeladene kaschiert durch den Pachtvertrag tatsächlich die Sortierung und Verwertung des Sperrmülls vornehme, indem sie eigenes Personal einsetze und den sortierten Sperrmüll selbst der Verwertung zuführe, konnte die AG auch zur Überzeugung der Vergabekammer Köln entkräften.

Keine Dienstleistungselemente

Denn die AG verhielt sich in den Teilbereichen auch außerhalb der geregelten Rechte und Pflichten des reinen Pachtvertrags vergaberechtskonform. Insbesondere führte sie Transporte des gesammelten Sperrmülls zur Aufbereitungsanlage selbst durch, bediente die Anlage wie schon im Pachtvertrag geregelt mit eigenem Personal und hatte die Verwertung des in der fremden Anlage eigens sortierten Sperrmülls in einem europaweiten Vergabeverfahren ausgeschrieben und an einen auf diesem Wege ermittelten Dritten vergeben.

Somit bestanden keine Dienstleistungselemente außerhalb des Pachtvertrages, die diesen nach einer Gesamtbetrachtung als vergabepflichtigen Entsorgungsvertrag hätten klassifizieren können. Im Ergebnis stellt auch die Vergabekammer fest, dass „nicht erkennbar ist, dass von vornherein beabsichtigt gewesen wäre, die Beigeladene für die gesamte Pachtzeit mit der Erbringung von Dienstleistungen (über abfallrechtliche Entsorgungsaufgaben) zu beauftragen“.

Die Besonderheit, dass durch die Beigeladene weitergehende Mitwirkungshandlungen (*Dienstleistungen*) - allerdings lediglich zur Erfüllung der pachtvertraglichen Pflichten, vergleichbar mit den mietvertraglichen In-



standhaltungspflichten des Vermieters - zu erbringen sind, steht dem auch nach Auffassung der Vergabekammer nicht entgegen.

Nebenvertragliche Pflichten irrelevant

Denn bei der Bereinigung von technischen Anlagenproblemen, der Wartung und Instandhaltung sowie insgesamt der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit handelt es sich um klassische nebenvertragliche Pflichten, die die ordnungsgemäße Abwicklung des Vertragsverhältnisses erst ermöglichen bzw. aufrecht erhalten.

Komplexität der Anlage unerheblich

Darüber hinaus griff auch der Einwand der Ast nicht durch, dass betreffend den streitgegenständlichen Pachtvertrag die Ausnahmevorschrift des § 100 II GWB nicht einschlägig sei, da es sich bei dem Vertragsgegenstand um eine sowohl in tatsächlicher als auch technischer Hinsicht komplexe Anlage handele, die ohne zusätzliche Dienstleistungen im Rahmen der Pachtvertragserfüllung nicht auskomme.

Vielmehr sollen nach Auffassung der Ast diese Dienstleistungen „innerhalb“ der pachtvertraglichen Rechte und Pflichten dazu führen, dass ein an sich vorliegendes grundstücksbezogenes und somit vergabe-

freies Vertragsverhältnis ausschreibungspflichtig werde.

Dem folgte die Vergabekammer jedoch nicht. Maßgeblich war nach deren Ansicht, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 100 II lit. h GWB ersichtlich Aufträge mit Grundstücksbezug, die auch darauf vorhandene Gebäude zum Gegenstand haben, vergaberechtsfrei stellen wollte.

Damit zeigt sich im Ergebnis, dass die Vorschrift des § 100 II lit. h GWB nicht nur bei Verträgen mit einfachem Grundstücksbezug greift. Vielmehr gilt dies auch wenn schon vorhandene Gebäude Vertragsgegenstand sind, die im Rahmen der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung funktionstüchtig gehalten oder gewartet werden müssen.

Weiter ergibt sich, dass bei einem in tatsächlicher oder technischer Hinsicht komplexer ausgestalteten Pachtgegenstand der Anwendungsbereich des § 100 II lit. h GWB nicht ausgeschlossen ist, wenn weitere – ggf. auch umfangreichere – zur Vertragserfüllung erforderlichen Handlungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu erbringen sind.

Empfehlung

Aufgrund des Gebots der engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen ist jeweils ge-



nau zu prüfen, ob Leistungselemente vergaberechtliche Pflichten begründen können. Bezieht sich der zugrunde liegende Auftrag nicht wie es § 99 I GWB fordert, auf Verträge, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Inhalt haben, sondern ist auf einen reinen Grundstücksbezug beschränkt und beziehen sich die – ggf. – dennoch zu erbringenden „Dienstleistungen“ lediglich auf die für den Vertrag charakteristischen, Nebenpflichten, dürfte das Risiko nicht dem Ausnahmetatbestand des § 100 II lit. h GWB zu unterfallen, beherrschbar sein.

Diese Schnittstelle ist in einem zu entwerfenden Pachtvertrag zu beachten und entsprechend darzustellen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Dr. Ralf Gruneberg (Köln)

[VERGABEKAMMER SCHWERIN ZU AKTENEINSICHT UND WETTBEWERBSVERBOT]

In einem Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausschreibung einer kommunalen Altpapier-Entsorgung (Az.: 2 VK 07/08) hat die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern drei Entscheidungen abgesetzt. Zunächst hatte die Vergabekammer unter dem 28.11. und dem 02.12.2008 gesonderte Beschlüsse zur Akteneinsicht verfasst.

Akteneinsicht gewährt

So hatten einerseits Antragstellerin (unterlegener Bieter) und Beigeladene (erfolgreiche Bieterin) jeweils einen Antrag auf Akteneinsicht gestellt, andererseits die Vergabestelle ausdrücklich beantragt, die Akteneinsicht mit der Begründung abzulehnen, es liege eine offensichtliche Unzulässigkeit (und Unbegründetheit) des Nachprüfungsantrages vor, hilfsweise sei jedenfalls der Umfang der Akteneinsicht erheblich einzuschränken. Darauf hatte die Vergabekammer mit ihren Beschlüssen zwar die Akteneinsicht gestattet, diese jedoch vom Umfang her deutlich eingeschränkt.

Zulässige Inhalte der Altpapiervergabe

Mit Beschluss vom 08.01.2009 ist die Vergabekammer in ihrer Entscheidungsbegründung inhaltlich dem Vorbringen der Vergabestelle zwar in den meisten Punkten gefolgt. So hielt sie z.B. die Abgrenzung der Altpapier-Systeme von öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger und Systembetreiber für hinreichend präzise und auch die parallele Einführung eines Holsystems zu einem bestehenden kommunalen Bringsystem sowie weiter bestehenden gewerblichen Sammlungen für zulässig. Schließlich hatte die Vergabekammer auch an der konkreten Durchführung des Vergabeverfahrens



rens, insbesondere der Prüfung und Wertung, einschließlich der „Auskömmlichkeitsprüfung“ nichts zu beanstanden.

Da jedoch nach Auffassung der Vergabekammer die in den Besonderen Vertragsbedingungen vorgesehene „Treuepflicht“ unzulässig sei, verhängte sie zulasten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers „ein Zuschlagsverbot“ (unter Abweisung der vorgehenden Anträge auf Aufhebung oder erneute Prüfung/Wertung). So hatte die Vergabestelle dem Auftragnehmer (nicht aber allen Bietern!) für die Vertragslaufzeit im Entsorgungsgebiet die Aufnahme oder Durchführung einer mit dem kommunalen Holsystem konkurrierenden „gewerblichen Sammlung“ untersagen wollen. Nach Auffassung der Vergabekammer soll dies jedoch einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz im Sinne von § 97 Abs. 2 GWB beinhalten.

Beschwere beim OLG Rostock eingelegt

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Nachdem die Vergabestelle [GGSC] mit der Einlegung der sofortigen Beschwerde beauftragt hat, wird das OLG Rostock nun bald über die Richtigkeit dieser Rechtsauffassung zu entscheiden haben.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel.

[OLG KARLSRUHE ZU DE-FACTO-VERGABE UND RÜCKABWICKLUNGSGEBOT]

Infolge sog. gewerblicher Sammlungen von Altpapier (und anderen Wertstoffen) sahen sich viele Kommunen im abgelaufenen Jahr gezwungen, kurzfristig selbst Behälter zu beschaffen. In seinem Beschluss vom 12.11.2008 hat sich das Oberlandesgericht Karlsruhe (Az.: 15 Verg 4/08) mit einem solchen Fall befasst und den vorgehenden Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe vom 31.03.2008 (Az.: 1 VK 4/08) geändert.

Im Ergebnis kam das Oberlandesgericht zu der Feststellung, dass die maßgeblichen Verträge der Kommune über die Lieferung und Montage sowie Verteilung von insgesamt ca. 13.500 Abfallbehältern nichtig seien. In Abgrenzung zur Vergabekammer hielt das Oberlandesgericht die Anordnung einer Rückabwicklung der Verträge aber nicht für geboten.

Zur Begründung führt das OLG aus: Im Allgemeinen sei auch die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, kein Vergabeverfahren einzuleiten, der Nachprüfung zugänglich.



Antragsbefugnis eines Konkurrenten

Eine Antragsbefugnis des nicht berücksichtigten Unternehmens sah das OLG deshalb als gegeben, weil dieses nach Bekanntwerden der Einführung der „Blauen Tonne“ ihr Interesse an dem Auftrag bekundet hatte.

Ferner sei der maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 206.000 € überschritten gewesen. Insoweit sei auch der Wert der unterschiedlichen Teilaufträge (hier: Lieferung, Montage und Verteilung) zu addieren. Die maßgebliche Schätzung sei überdies nicht hinreichend sorgfältig gewesen, da nicht alle für die Schätzung relevanten Umstände berücksichtigt worden seien.

Die maßgeblichen Verträge sind nach Auffassung des OLG entsprechend § 13 Satz 6 VgV nichtig. Allerdings sei entgegen der Ansicht der Vergabekammer keine Rückabwicklung der vergaberechtswidrig geschlossenen Verträge gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB anzuordnen. Zwar folge aus der Nichtigkeit des § 13 Nr. 6 VgV, dass die Verträge zivilrechtlich grundsätzlich zurückabzuwickeln sind. Als geeignete und verhältnismäßige Maßnahme i.S.d. § 114 Abs. 1 GWB genüge jedoch die bloße gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit.

Gesetz- und Ordnungsgeber gingen davon aus, dass sich der öffentliche Auftragge-

ber rechtstreu verhält und somit die Rechtsfolgen der Vertragsnichtigkeit eigenständig beachtet, ohne dass es einer entsprechenden Anordnung durch die Vergabekammer oder das Oberlandesgericht bedürfte. Der benachteiligte Bieter habe insoweit auch kein subjektives Recht auf Rückabwicklung, und zwar weder gemäß § 97 Abs. 7 GWB noch nach dem UWG.

Kein Recht auf Rückabwicklung

Das Oberlandesgericht Karlsruhe erweitert somit die Rechtsprechung zu sog. de-facto-Vergaben. In tatsächlicher Hinsicht verdeutlicht der Fall die Schwierigkeiten eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, im Interesse der Bürger kurzfristig auf sog. gewerbliche Sammlungen zu reagieren, ohne gegen geltendes Vergaberecht zu verstoßen.

Paradoxerweise bedeutet die Ausschreibungspflicht letztlich einen Wettbewerbsnachteil der Kommune gegenüber den privaten Entsorgungsunternehmen im „Kampf um das Altpapier“.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel.

[NEUES GGSC-BÜRO IN KÖLN]

[GGSC] hat am 02.01.2009 – wie angekündigt – ein weiteres Büro in Köln eröffnet. Es arbeitet dort das Anwaltsteam Dr. Ralf Gru-



neberg, Ulrich Cronauge und Sahra Peter mit der Sekretariatsunterstützung durch Kerstin Siever. Der Kollege Dr. Huffmann hat sich kurzfristig nicht zu einem Wechsel aus Düsseldorf nach Köln entscheiden können.

[GGSC] Köln wird sich schwerpunktmäßig mit Beratungsaufgaben auf den Arbeitsfeldern Abfallwirtschaft und Abfallrecht, Wasser- und Abwasserwirtschaft sowie Kommunalrecht und Kommunalwirtschaft befassen. Außerdem stärken die KollegInnen unser [GGSC]-Stadtwerketeam (Energie, Wasser, ÖPNV).

[GGSC] Köln

Vogelsanger Str. 321, 50827 Köln

Tel. 0221.270 705.0, Fax. 0221.270 705.99

E-Mail koeln@ggsc.de

www.ggsc.de

[GGSC] arbeitet nunmehr mit über 30 RechtsanwältInnen in Berlin, Köln und Frankfurt (Oder).

[GGSC-SEMINARE]

[GGSC]-Grundlagen-Seminar „Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz“

25.02.2009, ganztägig in Berlin

unter anderem mit den Themen:

Die Auswirkung des EEWärmeG auf Planung und Bauausführung

Nachweise zum EEWärmeG im Genehmigungsverfahren und während der Gebäudenutzung

Die Umsetzung des EEWärmeG in Planer- und Bauverträgen

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Wertstoffe und Sortieranlagen am Markt – Besonderheiten des Kartell-, Vergabe- und Steuerrechts

12.-14./15.05.2009 in Hannover

3. Internationale Tagung MBA und Sortieranlagen



[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

Rechtsanwältin Caroline v. Bechtolsheim

Sachstand Vergaberechtsnovelle und abfallwirtschaftliche Ausschreibungspraxis

(erscheint in Müll + Abfall, Heft Nr. 2/2009)

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Vergaberecht und Gebührenrecht

(Besprechung der Monografie von Mager), LKV 2008, 123.

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Anhörung zur Ausgestaltung und Wirksamkeit ökologischer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Berliner Vergabegesetzes

Stellungnahme als Sachverständiger, Abgeordnetenhauses Berlin, Drs. 16/1693.

Vergaberechtliche Entscheidungen sind regelmäßig Gegenstand von Beiträgen von [GGSC]-RechtsanwältInnen, die in der Rubrik „Aktuelles aus der Rechtspraxis“ in der Zeitschrift „Müll + Abfall“ veröffentlicht werden.

Nachfolgend seien aus den letzten Ausgaben der Zeitschrift „Müll + Abfall“ beispielhaft folgende Beiträge genannt:

- Neue EuGH-Entscheidung zur vergabefreien Zulässigkeit kommunaler Kooperationen (Heft Nr. 1/2009)
- Vergaberechtswidrige Beschaffung von Blauen Tonnen (Heft Nr. 12/2008)
- Vergabekammer Nordbayern zu Internet-Auktionen (Heft Nr. 11/2008).