



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

## ÖPP/Vergabe • Newsletter

September 2009

Liebe Mandantschaft,  
sehr geehrte Damen und Herren,

Inhouse, Inhouse und kein Ende: In diesen Newsletter haben wir – entsprechenden Bedarf aus unserer Beratungspraxis aufgreifend – zwei Beiträge aufgenommen, die sich mit der Frage nach der vergabefreien Inhouse-Beauftragung und möglichen Folgen für die Organisation kommunaler Aufgabenerledigung befassen. Zudem informieren wir Sie über aktuelle Beratungsschwerpunkte zur Befassung kommunaler Gremien und zu Preisanpassungsbegehren.

An dieser Stelle möchten wir Sie auch auf das interessante Seminar

---

### Rekommunalisierungsforum

05./06. November 2009, in Augsburg

---

hinweisen. Programm und Anmeldung finden Sie im Anhang.

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter aus anderen Bereichen haben, senden Sie uns bitte eine E-Mail an [berlin@ggsc.de](mailto:berlin@ggsc.de) oder nutzen Sie im Internet das Newsletter-Archiv unter [www.ggsc.de/service](http://www.ggsc.de/service).

- Neues zu Inhouse-Vergaben und Dienstleistungskonzessionen
- Von der gemischwirtschaftlichen Gesellschaft zum Eigenbetrieb?
- Preisanpassungsverlangen bei öffentlichen Aufträgen – Veränderung von Ausführungsfristen
- Vergabevorschlag und Gremienvorbehalt
- Das aktuelle Mandat: [GGSC] begleitet ÖPP-Vergabe Landtag Brandenburg
- [GGSC]-Seminare: Rekommunalisierungsforum
- [GGSC] auf Veranstaltungen

Wir wünschen viel Spaß bei der Lektüre!

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



## [NEUES ZU INHOUSE-VERGABEN UND DIENSTLEISTUNGSKONZESSIONEN]

In unserer Beratungspraxis nimmt die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein öffentlicher Auftraggeber von der Durchführung eines Vergabeverfahrens absehen kann, nach wie vor eine große Bedeutung ein. Nachdem der EuGH mit seiner Entscheidung vom 09.06.2009 (Rs. C-480/06 „Stadtreinigung Hamburg“) eine Ausnahmeregelung für sog. interkommunale Kooperationen aufgezeigt hat, hat sich der EuGH zuletzt in zwei Entscheidungen erneut zu den Kriterien für sogenannte Inhouse-Vergaben und zum anderen zum Begriff der Dienstleistungskonzessionen geäußert.

### Inhouse-Kriterien und Aktiengesellschaft

Im Urteil vom 10.09.2009 (Sea Srl gegen Comune di Ponte Nossola, Rs. C-573/07) befasste er sich mit der Anwendung der Inhouse-Kriterien auf eine von mehreren öffentlichen Auftraggebern gehaltene Aktiengesellschaft. Es ging um die Frage, ob diese Aktiengesellschaft gegenüber einem der öffentlichen Auftraggeber inhousefähig ist, obgleich nach ihrer Satzung und den zugrundeliegenden Rechtsvorschriften nicht ausgeschlossen war, dass sich in Zukunft auch Privatpersonen an der Aktiengesellschaft beteiligen können.

Auf entsprechende Fragen des vorliegenden Gerichts antwortete der EuGH, dass davon auszugehen ist, dass das Kriterium einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle vorliegt, wenn folgende Umstände gegeben sind:

- Die Tätigkeit der Aktiengesellschaft ist auf das Gebiet der beteiligten Körperschaften begrenzt und wird im Wesentlichen für diese ausgeübt, und
- diese Körperschaften nehmen durch die satzungsgemäßen Organe, die aus Vertretern dieser Körperschaften bestehen, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der Gesellschaft ausschlaggebenden Einfluss.

Damit scheint der EuGH, ohne explizit vom vorliegenden Gericht danach gefragt worden zu sein, ein neues Kriterium für die Inhousefähigkeit von Aktiengesellschaften aufzustellen, nämlich, dass sich die Tätigkeit der Aktiengesellschaft auf das Gebiet der beteiligten Körperschaften begrenzt sein muss.

### Begrenzung der AG auf Gebiet der Aktionäre

Eine Analyse des Urteils zeigt aber, dass der EuGH die Begrenzung der Tätigkeit der Aktiengesellschaft auf das Gebiet der beteiligten



Körperschaften allein als ein Indiz dafür heranzieht, dass die Aktiengesellschaft keine Marktausrichtung aufweist. Mit anderen Worten liegt es nach dieser Entscheidung nahe, dass eine Gesellschaft, deren Tätigkeit auf das Gebiet der beteiligten Körperschaften begrenzt ist, nicht auf den Markt ausgerichtet ist, sondern im Wesentlichen für die beteiligten Gesellschaften tätig ist. Daraus folgt aber nicht im Umkehrschluss, dass die Inhousefähigkeit einer Gesellschaft, die über das Gebiet der beteiligten Körperschaften hinaus tätig wird, nicht gegeben ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH zuletzt mehrfach bei der Frage der Wesentlichkeit der Tätigkeiten für die beteiligten Körperschaften auf die Marktausrichtung der Aktiengesellschaft als Abgrenzungskriterium eingegangen ist (Urt. v. 13.11.2008, Coditel Brabant SA, Rs. C-324/07; Urt. v. 13.10.2005, Parking Brixen, Rs. C-458/03).

---

### Gebietsbegrenzung / Marktausrichtung

---

Im Ergebnis hat der EuGH damit kein neues Kriterium aufgestellt, das zwingend für eine Inhousefähigkeit gegeben sein muss. Dieses zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass das Urteil ohne entsprechende Schlussanträge eines Generalanwalts ergangen ist. Dieses ist gemäß Art. 20 Abs. 5 der Satzung des EuGH nur möglich, wenn die Rechtssache

keine neuen Rechtsfragen aufwirft. Im Übrigen weist der EuGH darauf hin, dass die Tätigkeit nur im Wesentlichen für die beteiligten Körperschaften ausgeübt werden muss, insoweit unwesentliche Tätigkeiten für Private und außerhalb des Gebiets der Gesellschafter die Inhousefähigkeit nicht beeinträchtigt.

In einer weiteren Entscheidung vom 10.09.2009 (WAZV Gotha gegen EURAWASSER, Rs. C-206/08) befasst sich der EuGH mit der Abgrenzung der Begriffe öffentlicher Auftrag und Dienstleistungskonzession.

Der EuGH hat nunmehr entschieden, dass es für die Annahme einer Dienstleistungskonzession nicht darauf ankomme, ob das Betriebsrisiko des Auftraggebers bereits beschränkt ist. Denn auch bei einem beschränkten Betriebsrisiko (hier durch den Anschluss- und Benutzungszwang) müsse für den öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit erhalten bleiben, zwischen der Vergabe einer Konzession und eines Dienstleistungsauftrages zu wählen.

---

### EuGH und nationale Spruchpraxis

---

Es wird sich zeigen, ob sich der Spielraum, den der EuGH bei der Wahl zwischen einem Dienstleistungsauftrag mit einem formalen Vergabeverfahren und einer Dienstleis-



tungskonzession mit einem vereinfachten Vergabeverfahren den öffentlichen Auftraggebern eröffnet, sich in der nationalen Spruchpraxis wiederfinden und damit in die Entscheidung bei anstehenden Neuausschreibungen einzubeziehen sein wird.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Jens Kröcher und Rechtsanwalt Dr. Peter Neusüß.

### **[VON DER GEMISCHWIRTSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFT ZUM EIGENBETRIEB?]**

Aktuell berät [GGSC] mehrere Kommunen zum künftigen Umgang mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, an denen neben dem öffentlichen Gesellschafter auch private Partner beteiligt sind.

---

#### **Beauftragung von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften nicht vergaberechtsfrei möglich**

---

Die Frage stellt sich vor allem dann, wenn bisherige Verträge mit diesen Gesellschaften auslaufen. In der Stadt-Halle-Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2005 (Urt. vom 11.01.2005, RS. C-20/05) hat der EuGH eindeutig entschieden, dass die Beteiligung von privaten Mitgesellschaftern unabhängig von der Höhe derselben die Inhouse-Fähigkeit

des Unternehmens ausschließt. Die Entscheidung des EuGH gilt dabei grundsätzlich auch für Beauftragungen, die vor dieser Entscheidung, aber nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die EU-Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EG im Jahre 1993 ausgelöst wurden. Wurden in den Jahren zwischen 1993 und 2005 also gemischtwirtschaftliche Unternehmen ohne ein vorheriges Vergabeverfahren beauftragt, liegt schon darin ein Verstoß gegen das Vergaberecht. Erst recht scheidet dann eine vergaberechtsfreie Folgebeauftragung oder Vertragsverlängerung aus, so dass sich die Frage stellt, ob die geschaffenen Strukturen noch zukunftsfähig sind.

---

#### **Wirksamkeit vergaberechtswidrig geschlossener Verträge?**

---

Zwar spricht - trotz des vorliegenden Vergaberechtsverstoßes - jedenfalls nach der bisherigen Rechtsprechung einiges dafür, dass in der Vergangenheit geschlossene Verträge wirksam bleiben, auch wenn dies im Einzelfall geprüft werden muss. Etwas anderes gilt nämlich z.B. dann, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass beide Vertragsparteien sich bewusst über das Vergaberecht hinweggesetzt haben. Dann können solche Verträge nach § 138 BGB sittenwidrig und daher unwirksam sein. Bei neu mit gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften abgeschlos-



senen oder in der Zeit ab April 2009 vergabe-rechtswidrig verlängerten Verträgen ist bei der Frage nach deren Wirksamkeit § 101 b Abs. 1 GWB-neu heranzuziehen: Danach soll ein Vertrag, der unter Verstoß gegen ein Vergabeerfordernis geschlossen wurde, „von Anfang an unwirksam“ sein, wenn die Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde.

---

### **Folgefragen des Umgang mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen für die Zukunft**

---

Zusätzlich zur Frage nach der Wirksamkeit von Verträgen werden für die Zukunft – auch bei noch laufenden Verträgen – Folgefragen aufgeworfen:

- Sollen bestehende Verträge verlängert oder der Auftragsumfang erweitert oder sonstige wesentliche Änderungen vorgenommen werden, die das wirtschaftliche Gleichgewicht zu Gunsten des Auftragnehmers verlagern, liegt eine Neubeschaffung vor, die auch nach der eher großzügigen Rechtsprechung des EuGH (Urt. vom 19.06.2008, C-454/06) nicht ohne ein neues Vergabeverfahren erfolgen darf.
- Wenn der EU-Kommission – etwa aufgrund von anonymen Beschwerden in-

teressierter Wettbewerber – derartige Auftragsverhältnisse bekannt werden, ist damit zu rechnen, dass ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird. Nach einer – zu erwartenden – Verurteilung durch den EuGH sind dann die Bundesrepublik Deutschland und mittelbar die am Vertragsverhältnis beteiligten kommunalen Auftraggeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zur Beseitigung der Vertragsverletzung zu ergreifen.

Diese Risiken werden vermieden, wenn die betreffenden Leistungen neu ausgeschrieben werden mit dem Risiko, dass sich die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft nicht als günstigster Bieter präsentieren kann und den Auftrag verliert.

---

### **Rückführung in Eigengesellschaft oder Eigenbetrieb zur Herstellung Inhousefähigkeit?**

---

Alternativ kann im Einzelfall überlegt werden, ob es möglich ist, durch Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsverhältnisse die Inhouse-Fähigkeit des bisherigen gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens herzustellen. Dazu müssten alle Gesellschaftsanteile an dem Unternehmen durch einen oder mehrere kommunale Auf-



traggeber übernommen werden. Wird dieser Weg erwogen, sind schwierige Bewertungsfragen und solche nach der Finanzierbarkeit solcher Anteilskäufe zu beantworten.

Zudem kann sich – ungeachtet der alleinigen Beteiligung der Kommune - gerade die Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums als Voraussetzung für die Inhousefähigkeit als Problem erweisen, wenn die Gesellschaft verstärkt im nicht hoheitlichen, gewerblichen Abfallgeschäft tätig ist und dort beachtliche Umsätze erzielt.

Die Anforderungen der Rechtsprechung an das Wesentlichkeitskriterium sind zwar höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt. In der obergerichtlichen Rechtsprechung zeichnet sich aber eine restriktive Tendenz ab. So hat z.B. das OLG Celle (Beschl. vom 03.07.2008 – I ZR 145/05) bereits bei einem Anteil der Tätigkeiten für Dritte von 7,5 % am Jahresumsatz der beauftragten Gesellschaft angenommen, dass diese nicht mehr im Wesentlichen für ihren kommunalen Gesellschafter als Auftraggeber tätig ist.

---

### **Notwendigkeit kreativer Verhandlungsansätze**

---

In diesem Zusammenhang ist dann regelmäßig die Frage zu klären, wie gegenüber

dem privaten Gesellschafter das Interesse der Kommune durchgesetzt werden kann.

Z.B. kann überlegt werden, den gewerblichen Teil der bisherigen Geschäftstätigkeit vollständig dem privaten Gesellschafter zuzuordnen. Verschiedene Wege der Umwandlung des bisherigen Unternehmens sind dazu denkbar. Gerade steuerliche Rahmenbedingungen können hier den Ausschlag für die ein oder andere Variante geben. Gefragt ist eine gut vorbereitete Verhandlungsstrategie, die es ermöglicht, den bisherigen privaten Partner zu überzeugen. [GGSC] hat hierbei bereits Kommunen aktiv unterstützt.

Um in Fällen, in denen die Einhaltung des Wesentlichkeitskriteriums zweifelhaft ist, die Inhouse-Fähigkeit herbeizuführen, kann eine Auslagerung des gewerblichen Geschäfts in Tochter- oder Schwestergesellschaften oder eine weitergehende organisationsrechtliche Umgestaltung (Abgabe des Gewerbegegeschäfts an privaten Mitgesellschafter als Ausgleich für Ausstieg) in Betracht gezogen werden.

---

### **Alternative Eigenbetrieb**

---

Eine ehemals gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft kann nach der Kommunalisierung ihrer Anteile und der Übernahme aller Gesellschaftsanteile durch einen kommunalen



Auftraggeber (Kommune oder auch Zweckverband mehrerer Kommunen) aber statt in eine rein kommunale Eigengesellschaft auch in einen nicht rechtsfähigen Eigenbetrieb des kommunalen Gesellschafters umgewandelt werden. Dann stellt eine Beauftragung dieses Eigenbetriebs durch die Trägerkörperschaft keinen entgeltlichen Vertrag mit einem Dritten und daher keinen Beschaffungsvorgang i.S.d. Vergaberechts dar, weil der Eigenbetrieb schon gar nicht rechtlich selbständig ist. Es liegt eine Eigendurchführung durch eine nicht rechtsfähige Organisationseinheit des Auftraggebers (den Eigenbetrieb) vor.

Auf diese Eigendurchführung sind die von der Rechtsprechung entwickelten Inhouse-Kriterien – und damit auch das Wesentlichkeitskriterium, das Aktivitäten der Kommune im Gewerbegeschäft begrenzt – dann gar nicht anwendbar.

Dem Eigenbetrieb könnte mithin die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben auch dann zugewiesen werden, wenn dieser nicht i.S.d. Inhouse-Kriterien im Wesentlichen für die Trägerkommune tätig ist – vorbehaltlich der kommunalwirtschaftlichen Zulässigkeit.

---

## Wege zur Reorganisation

---

Das Umwandlungsrecht bietet durchaus Gestaltungswege für die „Rückführung“ eines privatrechtlichen Unternehmens in die Kommune. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang weiterhin, dass nach der neueren Rechtsprechung des EuGH (Urt. vom 09.06.2009 – Rs. C-480/07) auf die interkommunale Kooperation grundsätzlich keine Anwendung findet.

Ob dies auch für die Kooperation kommunaler Eigengesellschaften gilt, ist bisher nicht eindeutig geklärt. Jedoch hat der EuGH entschieden, dass jedenfalls die für Inhousegeschäfte erforderliche Kontrolle gemeinsam ausgeübt werden kann. Im Ergebnis können die dargestellten vergaberechtlichen Entwicklungen zu einer Renaissance des kommunalen Eigenbetriebs führen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwalt Wolfgang Siederer und Rechtsanwältin Caroline v. Bechtolsheim.



## [PREISANPASSUNGSVERLANGEN BEI ÖFFENTLICHEN AUFTRÄGEN – VERÄNDERUNG VON AUSFÜHRUNGSFRISTEN]

Häufig sehen sich öffentliche Auftraggeber nach Abschluss und im Verlauf der Durchführung eines öffentlichen Auftrages mit Preisanpassungsbegehren von Seiten der Auftragnehmer konfrontiert. Vor allem im letzten halben Jahr hat [GGSC] hierzu mehrere öffentliche Auftraggeber beraten.

### Entscheidend: Vertragliche Regelungen zur Preisanpassung

Sehen die besonderen Vertragsbedingungen des betroffenen Auftrages bereits eine Preisanpassungsklausel vor, sind für eine Anpassung des Preises an geänderte Umstände vorrangig diese Bestimmungen maßgeblich. Solche im Vertrag angelegte Anpassungsmöglichkeiten sind aus Sicht des Vergaberechts grundsätzlich unbedenklich. Sie wurden ja bereits zum Gegenstand des ausgeschriebenen Vertrages gemacht und konnten von allen Bietern bei Abgabe ihres Angebotes berücksichtigt werden. Gerade bei langfristigen Verträgen ist in der Praxis nach Maßgabe von § 15 VOL/A zu überlegen, für Verträge mit einer längeren Laufzeit, bei denen die Kostenentwicklung ungewiss oder mit einer erheblichen Kosten-

steigerung zu rechnen ist, eine sog. Preisanpassungsklausel aufzunehmen. Bei der Ausgestaltung einer solchen Klausel werden die Hauptkostenanteile ausgemacht, beschrieben und quantifiziert bzw. gewichtet. Anhand von Indizes, die die Kostenentwicklung möglichst genau abbilden, kann dann der Steigerungsfaktor errechnet werden, der eine Preisanpassung auslösen soll. Die konkrete Ausgestaltung bedarf also einer möglichst exakten Abbildung der Kostenstruktur für den jeweils einschlägigen Auftrag. Zwingend ist die Vorgabe einer Preisgleitklausel in den Vergabeunterlagen nicht: So hat z.B. das OLG Naumburg entschieden, dass dem Auftraggeber insoweit ein Ausgestaltungsermessen zusteht.

### Praxisbeispiel: Preisanpassungsklausel

Einerseits regelt eine solche Preisklausel regelmäßig die Voraussetzungen für eine Preisanpassung aufgrund von Kostensteigerungen, gleichzeitig können einem Anpassungsbegehren über die damit beschriebene Risikoverteilung im Vertrag Grenzen gezogen werden. So kann z.B. eine Bagatellschwelle vorgesehen sein, nach der nicht jede Kostensteigerung ausreicht, sondern ein bestimmtes Ausmaß erreicht sein muss, z.B. dass erst ab einer Steigerung oder Absenkung des Entgelts um 5 % aufgrund der Preisanpassung dem entsprechenden Be-



gehen statt gegeben werden soll. Dann können nur Kostensteigerungen, die insgesamt zu einer Anpassung um mehr als 5 % führen, eine Anpassung des Entgelts auslösen.

---

### **Folgen fehlender Anpassungsklauseln**

---

Alternativ oder kumulativ kann vorgegeben sein, dass zwischen den Anpassungsbegehren ein bestimmtes Zeitintervall liegen muss. Dann kommt eine Preisanpassung außerhalb der vorgesehenen Anpassungszeitpunkte nicht in Betracht.

Enthält ein Vertrag keine Preisanpassungsklausel, lässt dies i. d. R. eine andere Risikoverteilung dahingehend erkennen, dass mit der Festpreisabrede das Risiko von Kostenveränderungen beim Auftragnehmer liegt. Eine Anpassung kann dann nur ganz ausnahmsweise nach den Grundsätzen von Störung und Wegfall der Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB in Betracht kommen (vgl. dazu auch unseren Abfall-Newsletter vom März diesen Jahres).

---

### **Besonderheit: Mehrkosten aufgrund einer Verlängerung der Bindefrist**

---

Künftig müssen öffentliche Auftraggeber zudem verstärkt mit Preisanpassungsbegehren von Bietern rechnen, die in einem Ver-

gabeverfahren ein Angebot abgegeben haben, in dessen Verlauf (z.B. aufgrund von Nachprüfungsverfahren) die Bindefristen

verlängert werden mussten: Der BGH hat in mehreren aktuellen Entscheidungen Grundsätze für den Umgang mit entsprechenden Preisanpassungsbegehren (Mehrkostenvergütung) aufgezeigt. Jeweils lagen den Entscheidungen Bauvergabeverfahren zugrunde.

---

### **Urteile des BGH zu Verzögerungen bei Bauvergaben**

---

Im vom BGH im Urteil vom 11.5.2009 entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber nach Einreichung der Angebote die Bieter mehrfach um Verlängerung der Bindefrist ersucht. Während dieser Zeit hatte sich der Stahlpreis auf dem Weltmarkt stark nach oben entwickelt. Zusätzlich hatte die Verschiebung der Bindefrist Auswirkungen auf die ursprünglich vorgesehenen Ausführungsfristen. Diese mussten an die neue Situation angepasst werden. Entsprechend bejahte der BGH einen Anspruch auf Vergütung von Mehrkosten, den er aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ableitete, obwohl der Zuschlag auf das ursprüngliche Angebot erteilt worden war. Nach dieser Entscheidung war noch unklar, ob dieses Verlangen allein auf die Verzögerung im



Vergabeverfahren gestützt werden kann und welche Rolle in der Zwischenzeit erfolgreiche Preissteigerungen spielen.

In einer aktuellen Entscheidung des BGH vom 10.09.2009 wird nunmehr klargestellt, dass ein Mehrvergütungsverlangen nur dann berechtigt ist, wenn Verzögerungen im Vergabeverfahren auch zu einer Änderung von Ausführungsfristen führen.

---

### Übertragbarkeit der Spruchpraxis zu Verfahrensverzögerungen auf VOL-Vergaben?

---

Noch nicht entschieden ist, ob diese Grundsätze auch für Vergaben im Bereich der VOL Anwendung finden.

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass auch dort Ausführungsfristen von besonderer Bedeutung für die Leistungserbringung sein können, so dass sich bei deren Verschiebung ein Mehrvergütungsverlangen als berechtigt erweist.

Andererseits argumentiert der BGH in der Entscheidung vom 11.05.2009 wiederholt mit den Besonderheiten eines Bauvergabeverfahrens. Ohne weiteres werden die Grundsätze daher nicht auf Liefer- oder Dienstleistungsvergaben übertragen werden können. Dies bleibt jedoch noch abzuwarten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Isabelle K. Charlier.

### [VERGABEVORSCHLAG UND GREMIENVORBEHALT]

Der von der Vergabestelle ausgearbeitete Vergabevorschlag steht in vielen Kommunen unter Gremienvorbehalt. Bevor also die nicht berücksichtigten Bieter nach § 101 a GWB informiert werden können, bedarf es des Beschlusses des Vergabevorschlags durch ein bestimmtes Organ (z. B. Vergabeausschuss und/oder Kreistag).

Dabei kann es selbstverständlich auch dazu kommen, dass der ausgearbeitete Vergabevorschlag zurückgewiesen wird. Vor diesem Hintergrund ist ggf. von Interesse, wie mit dem zurückweisenden Beschluss umzugehen ist.

---

### Fehlerbehebung

---

Hat das zuständige Gremium Einwände gegen den Vergabevorschlag, die aus seiner Sicht auf einem formellen oder inhaltlichen Fehler der Vergabestelle beruhen, so ist dieser zu prüfen und ggf. zu beheben. Erfolgt die Zurückweisung aus anderen – vergabefremden - Gründen, so sollten die möglichen Konsequenzen hieraus verdeutlicht werden.



---

## Kein „Zuschlagszwang“

---

Wie der Bundesgerichtshof mittlerweile wiederholt entschieden hat, kann ein Vergabeverfahren selbst dann beendet werden, wenn die spezifischen Aufhebungsvoraussetzungen nach § 26 VOL/A nicht vorliegen. Den in der Folge nicht berücksichtigten Bietern steht es frei, diese Entscheidung gleichwohl von der zuständigen Vergabekammer nachprüfen zu lassen. Liegen die Voraussetzungen des § 26 VOL/A nicht vor, wird die betreffende Kommune das Verfahren auch verlieren und die daraus entstehenden Verfahrenskosten zu tragen haben.

Beendet die Kommune aber das Vergabeverfahren, so wird sie darüber hinaus – jedenfalls gegenüber dem Bestbieter – die Kosten der nutzlosen Angebotserstellung zu tragen haben (vgl. § 126 GWB). Darüber hinaus können Bestbieter grundsätzlich auch den sog. entgangenen Gewinn als Schadenersatz geltend machen. Dies wird jedoch dann nicht der Fall sein, wenn sich die Kommune dazu entschieden hat, die zunächst ausgeschriebene Leistung nun (doch) in Eigenleistung zu erbringen. Schadensersatzpflichtig macht sich die Kommune dagegen dann, wenn sie denselben Leistungsgegenstand an ein anderes Unternehmen vergibt, als durch die Ausschreibung ermittelt.

---

## Empfehlung

---

Abweichende Gremienbeschlüsse, die einen von der Vergabestelle vorgesehenen Vergabevorschlag zurückweisen, sind folglich rechtlich und finanziell nicht risikolos, so dass in jedem Fall eine unverzügliche Prüfung geboten ist.

Je nach Landes- und kommunalem Satzungsrecht sollte von der Vergabestelle auch geprüft werden, ob die Vergabestelle bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens mit der Durchführung des gesamten Vergabeverfahrens betraut werden kann, es also eines weiteren Gremienbeschlusses (über den konkreten Vergabevorschlag) gar nicht erst bedarf.

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

## **[DAS AKTUELLE MANDAT: GGSC BEGLEITET ÖPP-VERGABE LANDTAG BRANDENBURG]**

Bitte beachten Sie auch unseren aktuellen Newsletter Sonderausgabe September 2009 - ÖPP Landtag Brandenburg, den Sie auf unserer Homepage [www.ggsc.de](http://www.ggsc.de) herunterladen können!



## **[GGSC-SEMINARE: REKOMMUNALISIERUNGSFORUM]**

Aus den unterschiedlichsten Gründen nimmt die Diskussion über die Rückholung der Entsorgungsleistungen in kommunale Betriebe zu. Ein gewisser Trend zur Rekommunalisierung zeichnet sich ab. Erste Praxisbeispiele geben Aufschluss über Erfolgsfaktoren und Risiken. [GGSC] nimmt dies zum Anlass, in Zusammenarbeit mit Lindauer Managementberatung am 05./06. November 2009 in Augsburg ein „Rekommunalisierungsforum“ durchzuführen.

Das Programm und ein Anmeldeformular entnehmen Sie bitte dem Anhang zu diesem Newsletter.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim und Rechtsanwalt Hartmut Gaßner.

## **[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]**

### **Rechtsanwältin Caroline v. Bechtolsheim**

#### **Ausschreibung und Klimaschutz**

01.10.2009 in Freiberg

Abfallkolloquium Freiberg

### **Rechtsanwalt Jens Kröcher**

#### **Steigern der Flexibilität – Ausschreibungs- und Vergabeverfahren - Ausschreibungspflichten**

25.11.2009 in Berlin

VKS-Seminar Rahmenvereinbarung als Instrument der strategischen Beschaffung

### **Rechtsanwältin Caroline v. Bechtolsheim**

#### **Praxistipps zum Vergabeverfahren**

26. und 27.11.2009 in Berlin

VKS-Fachkonferenz Betriebswirtschaftliche Strategien für die Abfallwirtschaft und Stadtreinigung

### **Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel**

#### **Anpassung von Entsorgungsverträgen**

26. und 27.11.2009 in Berlin

VKS-Fachkonferenz Betriebswirtschaftliche Strategien für die Abfallwirtschaft und Stadtreinigung



L I N D A U E R

MANAGEMENTBERATUNG

– ein Unternehmen der GECON – Gruppe –



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



## Know How für strategische Entscheider »Rekommunalisierungsforum IV«

05. / 06. November 2009, Augsburg

Dorint Hotel, 86159 Augsburg, Imhofstraße 12

## Expertenwissen der Praxis

Lindauer Management  
GmbH & Co KG  
und  
Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

### Qualitätsprobleme, drohendes Marktversagen und Unzufriedenheit mit den Sozialstandards privater Entsorgungskonzerne; Unterstützung des VKS im VKU

#### Der Anlass:

Aus den unterschiedlichsten Gründen nimmt die Diskussion über die Rückholung der Entsorgungsleistungen in kommunale Betriebe zu. Ein gewisser Trend zeichnet sich ab. Erste Praxisbeispiele geben Aufschluss über Erfolgsfaktoren und Risiken. Als externe Begleiter namhafter Rekommunalisierungsprojekte (Stadt und Landkreis Straubing, Bayern; Böblingen, Baden – Württemberg; Rhein-Hunsrück-Kreis, Rheinland-Pfalz; Rhein – Sieg – Kreis, NRW) richten wir das nunmehr vierte Rekommunalisierungsforum in Augsburg in Kooperation mit dem Anwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] aus. Es wird von Verband kommunale Abfallwirtschaft und Stadtreinigung (VKS im VKU) unterstützt.

#### Die Teilnehmer:

Entscheider aus der Spitze von kommunaler Politik, Verwaltung und kommunalen Betrieben / Einrichtungen

#### Ihr Nutzen:

Experten der Praxis zeigen in diesem Seminar für strategische Entscheider den Weg von der Vorüberlegung zu einem richtigen Schrittkonzept bei der Rekommunalisierung.

Auf Ihre spezifischen Fallkonstellationen vor Ort gehen wir im Rahmen der Diskussion zu den einzelnen Vorträgen selbstverständlich ein.

Vor allem bieten wir mit der Sprechstunde für Entscheider am Schluss der Veranstaltung die Möglichkeit der gezielten Betrachtung Ihrer Aufgabenstellung vor Ort.

Veranstaltungsende ist um ca.13:00 Uhr bei einem Imbiß.

#### Zielgruppe:

Entscheidungsträger aus

- kommunalen Verwaltungen,
- Betrieben und
- kommunalpolitischen Gremien

#### Referate von:

Karin Opphard  
Geschäftsführerin VKS im VKU

Erik Schmidtmann  
GECON GmbH, Mannheim

Hartmut Gaßner  
GGSC Rechtsanwälte, Berlin

Bernd Klinkhammer  
GECON GmbH, Mannheim

Caroline von Bechtolsheim  
GGSC Rechtsanwälte, Berlin

Andreas Wiebe, Lindauer  
Management GmbH & Co. KG,  
Bielefeld

Thomas Reif  
GGSC Rechtsanwälte, Augsburg

#### Kontakt:

Claudia Bernert  
Lindauer Management GmbH & Co. KG  
Falkstraße 9  
33602 Bielefeld

Tel.: +49(0)621 - 59595 - 00  
Fax: +49(0)621 - 59595 - 79  
E-Mail: [info@lindauermanagement.de](mailto:info@lindauermanagement.de)



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



L I N D A U E R  
MANAGEMENTBERATUNG

– ein Unternehmen der GECON – Gruppe –



Know How für strategische Entscheider

## »Rekommunalisierungsforum IV«

05. / 06. November 2009, Dorint – Hotel Augsburg

### Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die schriftliche Anmeldung (FAX, E-Mail, Brief) zur Veranstaltung ist verbindlich und erkennt die allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Nach Eingang der schriftlichen Anmeldung erhalten Sie mit Ihrer Anmeldebestätigung alle weiteren Informationen zur Veranstaltung und eine Rechnung. Bitte überweisen Sie den Rechnungsbetrag innerhalb von zwei Wochen.

Im Leistungsumfang sind ein Veranstaltungsreader, kalte und warme Getränke jeweils ein Imbiss zu Beginn und zum Ende der Veranstaltung und das Abendessen enthalten. Die Übernachtung buchen Sie bitte selbst unter dem Kennwort „Rekommunalisierungsforum IV“:

Dorint Hotel An der Kongresshalle Augsburg  
Tel.: +49 821 5974-0  
Fax: +49 821 5974-100

Die Urheberrechte für die Beiträge des Veranstaltungsreaders liegen bei Lindauer Managementberatung GmbH & CO KG bzw. bei den Referenten. Sie sind damit einverstanden, dass wir Ihre Angaben zu Person und Betrieb in das Teilnehmerverzeichnis aufnehmen und Sie per E-Mail über weitere Veranstaltungen informieren. Eine Stornierung bedarf der Schriftform. Bei Stornierung bis 14 Tage vor Veranstaltungstermin erheben wir eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 100,00 EUR. Ansonsten wird der gesamte Teilnahmebetrag berechnet. Es gilt das Datum des Poststempels. Gerne akzeptieren wir ohne zusätzliche Kosten einen Ersatzteilnehmer.

Die Haftung beschränkt sich ausschließlich auf den Teilnahmebeitrag. Müssen wir die Veranstaltung absagen werden die Teilnehmer direkt informiert und der bereits eingezahlte Betrag erstattet. In besonderen Situationen behalten wir uns vor, das Programm zu ändern oder Ersatzreferenten zu stellen. Dies berechtigt nicht zum Rücktritt von der Anmeldung.

Sollten mehr Anmeldungen eingehen, als Plätze verfügbar sind, entscheidet die Reihenfolge des Eingangs.

**Teilnahmebeitrag:  
370,00 EUR zzgl. MWSt.**

- 13:00 **Erster Tag: Überblick über aktuelle Formen und Projekte der Rekommunalisierung in Deutschland**
- 13:30 **Rekommunalisierung aus der Sicht des VKS im VKU (anschl. Pause)**
- 14:15 **Die Entscheidungsfindung - Schritte zur eigenen Abfallwirtschaft**
- 14:45 **Fallbeispiel Rhein-Hunsrück-Kreis (anschl. Pause)**
- 15:15 **Rechtsformwahl bei der Rekommunalisierung**
- 15:45 **Logistik- und Standortkonzept (anschl. Pause)**
- 16:30 **Vergaberecht und Rekommunalisierung**
- 17:15 **Aufbau- und Ablauforganisation**

- 09:00 **Zweiter Tag: Fallbeispiel ZAW Straubing (angefr.)**
- 09:30 **Bausteine erfolgreicher Gremienarbeit (anschl. Pause)**
- 10:45 **Rekommunalisierung Schritt für Schritt**
- 11:15 **Sprechstunde mit Experten aus der Praxis**

Anmeldung per FAX: 0621 / 59595 - 79 oder per E – Mail: [info@lindauermanagement.de](mailto:info@lindauermanagement.de)

Betrieb / Verwaltung .....

Vorname & Name .....

Funktion .....

Straße .....

PLZ & Ort .....

Tel. ....

E-Mail .....

Datum, Unterschrift .....