



ÖPP-Vergabe • Newsletter

Juli 2010

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,
in einer überraschenden Entscheidung hat der EuGH die Suche nach einem privaten Partner in einer gemischtwirtschaftlichen ÖPP-Gesellschaft – unter spezifischen Prämissen – als nicht ausschreibungspflichtig beurteilt. Dies nehmen wir zum Anlass, Ihnen noch weitere Entscheidungen aus diesem Themenbereich vorzustellen.

An dieser Stelle möchten wir Sie ferner auf den gemeinsamen Workshop von [GGSC] in Kooperation mit dem MUGV Brandenburg hinweisen.

Workshop „Photovoltaikanlagen auf Konversions-, Deponie- und anderen Freiflächen“ am 24.08.2010 in Luckenwalde

Nähere Informationen finden Sie am Ende dieses Newsletters.

Mit freundlichen Grüßen aus Berlin, Köln, Frankfurt (O) und Augsburg

Ihr [GGSC] Anwaltsteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Aktuelle Meldung: Bahnvergaben vor dem BGH](#)
- [Keine Ausschreibungspflicht beim gemischten ÖPP-Auftrag?](#)
- [Inhouse-Kriterien und Aktiengesellschaft](#)
- [Entbehrlichkeit einer doppelten Ausschreibung bei ÖPP-Modellen](#)
- [OLG Naumburg zu Geschäftsanteilsverkäufen](#)
- [Eingangsvermerke auf Angeboten und Antragsbefugnis](#)
- [Steuerrechtliche Fragen als ungewöhnliches Wagnis?](#)
- [VOF-Verfahren und Inländer-HOAI – Wie passt das zusammen?](#)
- [Architektenwettbewerb und Vergaberecht – Rechtsanspruch des Siegers auf Weiterbeauftragung?](#)
- [\[GGSC\] Inhouse-Schulung zum neuen Vergaberecht](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)



[BAHNVERGABEN VOR DEM BGH]

Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 21.07.2010 dem Bundesgerichtshof die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob die Vergabe von Bahnverkehrsleistungen dem Vergaberecht unterliegt. Das OLG Düsseldorf ist anderer Auffassung als das OLG Brandenburg, das in einer Entscheidung aus dem Jahre 2003 eine Ausschreibungspflicht von Bahnverkehrsleistungen verneint hatte.

Zwischen der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr Anstalt öffentlichen Rechts (VRR) und der DB Regio NRW GmbH war nach vorangegangenen Streitigkeiten über eine vom VRR ausgesprochene Kündigung eines Verkehrsvertrags über Nahverkehrslinien im Rhein-Ruhr-Gebiet im November 2009 ein Vergleichsvertrag geschlossen worden. Dieser Vergleichsvertrag sah u. a. vor, dass DB Regio die S-Bahn-Linien über die ursprüngliche Vertragslaufzeit hinaus bis Dezember 2023 betreiben soll. Durch einen Wettbewerber, der DB Regio, die Abelio Rail NRW GmbH, wurde gegen den Vertragsschluss ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Sowohl die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster, als auch der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hielten den Vergleichsvertrag für vergaberechtswidrig. Änderungsverträge seien dann als Neuvergabe anzusehen, wenn sich der Vertragsinhalt, hier die Laufzeit des Vertrages, wesentlich ändere.

Die Entscheidung ist insoweit nicht überraschend, entspricht dies doch der Rechtsprechung des EuGH zur Vergabepflicht wesentlicher Vertragsänderungen.

Von Bedeutung ist aber, dass das OLG Düsseldorf davon ausgeht, dass die Verkehrsverträge zwischen dem VRR und der DB Regio überhaupt dem Vergaberecht unterliegen. Das OLG Brandenburg hatte durch Beschluss vom 02.09.2003 (VergW 3/03 und Verg W 5/03) aus § 15 Abs. 2 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) abgeleitet, dass in derartigen Fällen das Vergaberecht nicht anwendbar ist. Dies sieht das OLG Düsseldorf anders und hat daher mit Beschluss vom 21.07.2010 die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (II-Verg 19/10).

Die Entscheidung des BGH in dieser Streitsache wird von der Verkehrsbranche mit Spannung erwartet.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)



Rechtsanwalt
[Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)



[KEINE AUSSCHREIBUNGSPFLICHT BEI GEMISCHTEM ÖPP-AUFTRAG?]

Nach einer aktuellen Entscheidung des EuGH unterliegen ÖPP-Projekte unter bestimmten Voraussetzungen nicht dem Vergaberecht. Der zu beurteilende Auftrag umfasste den Verkauf von Gesellschaftsanteilen sowie die Erbringung von Dienst- und auch Bauleistungen.

Der Gerichtshof gelangte in seinem Urteil vom 06.05.2010 (Rs.C-145/08) zu dem überraschenden Ergebnis, dass der – per se nicht ausschreibungspflichtige – Anteilsverkauf der dominierende Teil des Gesamtauftrages sei und deshalb der gesamte Auftrag nicht ausschreibungspflichtig wäre. Die Entscheidung könnte hierzulande der ÖPP-Branche neuen Auftrieb verleihen.

Sachverhalt

Ein bisher vom griechischen Staat geführtes Kasinounternehmen sollte teilprivatisiert werden. 49 % der Anteile am Unternehmen sollten an eine vom Privaten zu gründende Gesellschaft verkauft werden. Diese Gesellschaft sollte dann das Kasino modernisieren sowie das umliegende Gelände erschließen. Der Private sollte auch den Betrieb des Kasinos für eine Laufzeit von 10 Jahren übernehmen. Zur Ermittlung des geeigneten pri-

vaten Partners wurde ein zweistufiges Auswahlverfahren durchgeführt.

Die für den Zuschlag nicht berücksichtigten Bieter griffen nach Erhalt der Information über die geplante Entscheidung zum privaten Partner das Verfahren an. Das zuständige griechische Gericht legte dem EuGH daraufhin die Frage vor, ob die europäischen Vergaberichtlinien auf einen derartigen Vertrag überhaupt Anwendung finden.

Besonderheit: gemischter Vertrag

Nach dem Gerichtshof handelt es sich um einen sog. gemischten Auftrag, dessen Bestandteile jedoch untrennbar miteinander verbunden seien. Der Vertrag könne nur mit einem einzigen Partner geschlossen werden, der für den Erwerb der Gesellschaftsanteile die erforderliche Finanzkraft mitbringen und zugleich auch über Erfahrungen im Kasinobetrieb verfügen müsse. Nach dem EuGH sollen mit der Identifizierung des Hauptgegenstandes nicht nur die einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien zu bestimmen sein, sondern sich auch die Frage nach der Ausschreibungspflicht beantworten. Falle nämlich dieser unter keine der europäischen Vergaberichtlinien, gelte dies für den gesamten Auftrag.

Dass Bestandteile des gemischten Vertrages für sich betrachtet ausschreibungspflichtig



sein können, stehe diesem Ergebnis nicht entgegen.

Keine vergaberechtliche „Infizierung“

Im entschiedenen Fall bildet der Verkauf der Gesellschaftsanteile lt. EuGH klar den Hauptgegenstand des Auftrages. Die Einkünfte des privaten Dritten als Aktionär der Kasinogesellschaft lagen nämlich offenbar eindeutig wesentlich höher als die Entgelte für die Bauleistung und die Betriebsentgelte für die vereinbarte Laufzeit. Vor allem sollten diese Einkünfte zeitlich unbegrenzt erzielt werden können, während die Betriebsführung nur für einen Zeitraum von 10 Jahren vereinbart werden sollte.

Die bloße Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an einer öffentlichen Gesellschaft fällt nach dem EuGH unter keine der europäischen Vergaberichtlinien. Etwas anderes kann gelten, wenn mit dem Verkauf der Gesellschaftsanteile auch die Übertragung von damit verbundenen öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen an den Privaten geplant sei. Von einem dahingehenden, sog. „Kapselgeschäft“ ging der EuGH hier nicht aus.

Kein vergabepflichtiges „Kapselgeschäft“

Der Anteilsverkauf wurde als ausschreibungsfrei eingeschätzt.

Allerdings sollen allgemeine Grundsätze des EU-Rechts erfordern, dass auch bei der „bloßen“ Auswahl des Vertragspartners bestimmte definierte Verfahrensgrundsätze eingehalten werden. Der EuGH bezieht sich hierbei auf seine Rechtsprechung, nach der auch beim Verkauf von öffentlichen Gesellschaftsanteilen ein transparentes, dem Gleichbehandlungsgebot entsprechendes und nicht diskriminierendes (Auswahl-) Verfahren durchgeführt werden muss.

Fazit

Die Entscheidung des EuGH ist für die Kommunen, die sich hierzulande mit dem Gedanken tragen, ein ÖPP-Projekt durchzuführen, von entscheidender Bedeutung. Bisher nahm man an, dass bei der Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und der gleichzeitigen oder unmittelbar nachfolgenden Beauftragung regelmäßig beide Vorgänge in einem einheitlichen Verfahren ausgeschrieben werden müssen.

Da infolge der EuGH-Entscheidung in der Sache „Stadt Halle“ die vergaberechtsfreie Erteilung von öffentlichen Aufträgen an bereits gegründete gemischtwirtschaftliche Gesellschaften nicht möglich ist, verloren derartige ÖPP-Konstruktionen an Attraktivität. Die aktuelle Entscheidung des EuGH kann den öffentlichen Auftraggebern nun eine Möglichkeit eröffnen, ein ÖPP-Modell



ausschreibungsfrei umzusetzen. Die Gründung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft durch Verkauf der öffentlichen Gesellschaftsanteile an einen privaten Dritten sowie die Erteilung des öffentlichen Auftrages müssen dann eine untrennbare Einheit bilden. Gleichzeitig muss der Wert der Anteilsveräußerung bedeutend höher als der Wert der zu übertragenden Aufträge sein.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[INHOUSE-KRITERIEN UND AKTIENGESELLSCHAFT]

Der EuGH hat die grundsätzliche Inhouse-Fähigkeit von Aktiengesellschaften der öffentlichen Hand bestätigt. Auch die bloße Möglichkeit einer Beteiligung Privater steht nicht entgegen.

Sachverhalt

Eine italienische Gemeinde als Minderheitsgesellschaftlerin einer von mehreren Kom-

munen gegründeten Aktiengesellschaft wollte diese mit Leistungen der Sammlung, Beförderung und Beseitigung städtischer Abfälle beauftragen. Die Satzung der Aktiengesellschaft sah die Möglichkeit der Öffnung für privates Kapital vor. Tatsächlich war es aber in der Vergangenheit dazu nicht gekommen. Eine private Beteiligung an der AG war im Zeitpunkt der relevanten Auftragserteilung auch nicht konkret absehbar.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 10.09.2009 (Rs. C-573/07, „Sea“) festgestellt, dass allein die „Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals dieser Gesellschaft für private Investoren“ bei der Prüfung der Inhouse-Kriterien nur dann zu berücksichtigen sei, wenn im Zeitpunkt der Vergabe des in Rede stehenden Auftrages konkret beabsichtigt sei, die Gesellschaft für privates Kapital zu öffnen.

Aktiengesellschaft potenziell tauglicher „Inhouse-Partner“

Nach dem Gerichtshof kann auch eine im öffentlichen Eigentum stehende Aktiengesellschaft tauglicher Vertragspartner/Auftragnehmer eines ausschreibungsfreien Inhouse-Geschäftes sein. Der Umstand, dass der Vorstand einer Aktiengesellschaft regelmäßig eigenverantwortlicher als die Geschäftsführung einer GmbH ist, verbietet nicht grundsätzlich die Inhouse-Beauftragung ei-



ner Aktiengesellschaft. Ob die konkreten Voraussetzungen einer Inhouse-Beauftragung in einem solchen Fall vorliegen, sei durch die nationalen Gerichte zu prüfen. Ein vergabefreies Inhouse-Geschäft ist auch gegenüber einer Aktiengesellschaft möglich sein, wenn der Auftraggeber über die Aktiengesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber, der ihre Anteile inne hat, verrichtet. Diese Kriterien seien – vorbehaltlich der Überprüfung durch das zuständige nationale Gericht – erfüllt, da

- die beauftragte Aktiengesellschaft ihre Tätigkeit im Gebiet der den Auftrag erteilenden öffentlichen Körperschaft ausübt und im Wesentlichen für diese Körperschaft tätig ist sowie
- diese Körperschaft durch ihre satzungsmäßigen Organe sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen der beauftragten Aktiengesellschaft ausschlaggebenden Einfluss nehmen kann.

Fazit

Ausdrücklich wird klargestellt, dass auch eine öffentliche Aktiengesellschaft inhousefähig sein kann.

Außerdem rückt der Gerichtshof seine zuvor ergangene Rechtsprechung zur fehlenden Inhousefähigkeit bei der Möglichkeit einer privaten Beteiligung zurecht. Nach dem EuGH soll es an der Inhousefähigkeit nur dann fehlen, wenn sich im Zeitpunkt der Vergabe des in Rede stehenden Auftrages konkret abzeichnet, dass die Gesellschaft für privates Kapital geöffnet werden soll. Die abstrakte Möglichkeit in den Verträgen reicht dafür nicht aus.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Caroline v. Bechtolsheim](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ENTBEHRLICHKEIT EINER DOPPELTEN AUSSCHREIBUNG BEI ÖPP-MODELLEN]

Eine doppelte Ausschreibung zur Auswahl des privaten Partners für eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft einerseits und für die (nachfolgende) öffentliche Beauftragung dieser Gesellschaft andererseits ist nach einer Entscheidung des EuGH aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht erforderlich.



Sachverhalt

Eine zu 100 % im Eigentum der öffentlichen Hand stehende, für die Wasserversorgung in einem Gebiet in Italien zuständige Einrichtung sollte teilprivatisiert werden. Zu diesem Zweck wurde im Rahmen einer europaweit bekannt gemachten Ausschreibung ein privater Partner als Minderheitsgesellschafter gesucht. Er sollte die Wasserversorgung übernehmen und mit einer Konzession für deren Verwaltung betraut werden. Vor der Zuschlagsentscheidung hob die Vergabestelle die Ausschreibung auf, da sie zwischenzeitlich die Vereinbarkeit des Verfahrens mit dem Vergaberecht bezweifelte.

Der nicht berücksichtigte Bewerber verklagte die Vergabestelle daraufhin auf Schadensersatz. Das für den Schadensersatzprozess zuständige nationale Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob für die Beauftragung der Gesellschaft eine erneute Ausschreibung erforderlich sei.

Anforderungen an die Vergabe einer Dienstleistungskonzession

Nach dem EuGH (Urteil vom 15.10.2009, Rs. C-1906/08, „Acoset“) soll darin eine Dienstleistungskonzession zu sehen sein. Auch wenn eine solche nicht dem europäischen Vergaberecht unterfällt, erfordert de-

ren Beauftragung grundsätzlich ein vorheriges, transparentes Auswahlverfahren, von dem nur bei Einhaltung der Inhouse-Kriterien abgesehen werden kann. Da die Konzession vorliegend einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft erteilt werden sollte, war davon nicht auszugehen.

Keine Pflicht zur doppelten Ausschreibung

Ungeachtet dessen hält der EuGH jedenfalls die Pflicht zu einer „doppelten Ausschreibung“ (bzw. vorliegend von „doppelten Auswahlverfahren“) für nicht gegeben. Dies sei mit dem Grundsatz der Verfahrensökonomie kaum zu vereinbaren. Ziel müsse es daher sein, die Auswahl eines privaten Partners sowie die anschließende Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit einer Konzession in ein und demselben Verfahren zu verbinden. Sofern die EG-Grundfreiheiten sowie die genannten Grundsätze bei der Auswahl des privaten Gesellschafters sowie auch der Festlegung der Kriterien für seine Eignung eingehalten wurden, bestehe keine Verpflichtung mehr, in einer weiteren Ausschreibung die Konzessionserteilung vorzunehmen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[OLG NAUMBURG ZU GESCHÄFTS- ANTEILSVERKÄUFEN]

Die Veräußerung von (kommunalen) Anteilen an einem mit einem öffentlichen und vergabepflichtigen Auftrag beauftragten Unternehmen ist nach zwei aktuellen Entscheidungen nicht zwingend vergabepflichtig.

In zwei Beschlüssen vom 29.04.2010 (Az.: 1 Verg 2/10 und 1 Verg 3/10) hielt das OLG Naumburg die Veräußerung des Anteils eines öffentlichen Mehrheitsgesellschafters an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft an ein privates Unternehmen unter den dort gegebenen Rahmenbedingungen für vergaberechtlich unbeachtlich.

In einem der beiden Verfahren (1 Verg 2/10) hatte ein öffentlicher Auftraggeber zunächst im Rahmen eines regulären Vergabeverfahrens einen Entsorgungsauftrag an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben. Nach Auftragserteilung verschlechterte sich die wirtschaftliche Situation der an dieser Gesellschaft beteiligten kommunalen

Gesellschaft (kreiseigene Gesellschaft). Diese verkaufte daher ihre Anteile an der Gesellschaft. Der Entsorgungsvertrag blieb im Übrigen unverändert.

Das OLG Naumburg hielt diese Anteilsveräußerung für eine vergaberechtlich unbeachtliche Änderung.

Anteilsveräußerung berührt nicht die Person des Auftraggebers

Die Veräußerung berühre weder die Person des Auftragnehmers selbst noch den Inhalt und Umfang des Entsorgungsvertrages. Zur Begründung dieses Ergebnisses stützte sich der Vergabesenat auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache presstext Nachrichtenagentur vom 19.06.2008 ([siehe dazu unseren Bericht im ÖPP-Vergabe-Newsletter vom Januar 2009](#)).

Der EuGH beurteilte in der „presstext-Entscheidung“ Änderungen in der Zusammensetzung der Mitglieder einer Genossenschaftsgesellschaft nicht als eine wesentliche Änderung eines vergebenen Auftrags. Diese Überlegungen zur Genossenschaft können nach dem OLG Naumburg durchaus auf eine GmbH übertragen werden.



Vergabepflicht bei Umgehungsgeschäft – anders bei bloßer Anteilsveräußerung

Das OLG Naumburg hebt aber gleichzeitig hervor, dass sich eine andere Bewertung ergeben kann, wenn sich eine Anteilsveräußerung als „Umgehung der vergaberechtlichen Schutzbestimmungen“ darstellt. Dafür gab es im entschiedenen Fall keine Anhaltspunkte. Die Veräußerung der Geschäftsanteile wurde erst aufgrund wirtschaftlicher Entwicklungen beschlossen, die nach Auftragserteilung eintraten.

Unter diesen Umständen ist die Veräußerung von Anteilen an einer beauftragten Gesellschaft also grundsätzlich als vergaberechtlich unbedenklich einzustufen. Sie stellt keine wesentliche Änderung eines Vertrages dar.

Es stellt sich die Frage, ob das gleiche Ergebnis auch für Verträge gilt, die ursprünglich nicht ausgeschrieben wurden, obwohl zum Zeitpunkt ihres Abschlusses aber grundsätzlich ein Vergabeverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Zu einem solchen Fall hat sich das OLG Naumburg in dem zweiten Beschluss (1 Verg 3/10) vom selben Tage geäußert.

Kriterien gelten auch bei ursprünglich vergaberechtswidriger Beauftragung

Auch wenn der ursprüngliche Auftrag vergaberechtswidrig und ohne Rechtfertigung durch eine Inhouse-Konstellation direkt an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben wurde, ist eine Änderung grundsätzlich nach denselben Kriterien zu beurteilen. Der ursprüngliche Vergabefehler kann nicht dadurch „geheilt werden“, dass eine spätere Anteilsveräußerung als mittelbare Beschaffung gedeutet und damit dem Vergaberecht unterworfen wird.

Im zu entscheidenden Fall hätte der Antragsteller seine vergaberechtlichen Bedenken zudem bereits beim ursprünglichen Vertragsabschluss geltend machen können. Da er dies nicht getan hatte, war aus Sicht des OLG Naumburg eine spätere Geltendmachung der Vergaberechtswidrigkeit verwirkt.

Auf die unabhängig vom Anteilsverkauf möglichen Folgen der ursprünglichen Vergaberechtswidrigkeit musste das OLG nicht mehr eingehen.

Keine Pflicht zur doppelten Ausschreibung

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass es der EU-Kommission nach der Entscheidung des EuGH zur Bioabfallentsorgung in der Stadt Bonn (Urteil vom



21.01.2010, Rs. C-17/09) aber offen steht, einen solchen „Altvertrag“ auch noch lange nach Abschluss vor den EuGH zu bringen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die EU-Dienstleistungsrichtlinie 92/50 im Jahr 1993 geschlossen wurde. Dabei kann die Kommission auch auf entsprechende Hinweise eines Konkurrenten aktiv werden, auch wenn diesem eine Nachprüfung verwehrt wäre.

Zudem dürfte nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz i.S. von Art. 3 GG und dem primärrechtlichen Diskriminierungsverbot – unabhängig vom Vergaberecht – ein Auswahlverfahren zwischen mehreren Konkurrenten auch für die Anteilsveräußerung erforderlich sein.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältinnen
[Isabelle-Konstanze Charlier,](#)
[M.E.S.](#)



und
Rechtsanwältin
[Caroline v. Bechtolsheim](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[OLG NAUMBURG ZU EINGANGS- VERMERKEN AUF ANGEBOTEN UND ANTRAGSBEFUGNIS]

Haben es Mitarbeiter der Vergabestelle versäumt, die verschlossenen Angebote mit Eingangsvermerken per Unterschrift oder Namenskürzel abzuzeichnen, stellt dies einen Verfahrensfehler dar, der nur durch Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe geheilt werden kann. Das OLG Naumburg stellt zudem niedrige Anforderungen an die Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren.

In einem Beschluss vom 27.05.2010 (1 Verg 1/10) nahm das OLG Naumburg zu den Anforderungen an die Antragsbefugnis in einem Vergabenachprüfungsverfahren Stellung. Dabei setzte es teils niedrigere Maßstäbe an als bisher. Zum anderen bestätigte es in dieser Entscheidung die Grundsätze seines Beschlusses v. 31.03.2008 zu Eingangsvermerken auf Angeboten (1 Verg 1/08).

Kennzeichnungsfehler = Zurückversetzung

Im entschiedenen Fall hatte die Antragsstellerin die mangelnde Auskömlichkeit ganz allgemein kritisiert, ohne nähere Anhaltspunkte zu geben. Die Prüfungen der Vergabekammer hatten dann den „Kennzeichnungsfehler“ zutage befördert. Der Antrag



sollte trotz des Vortrags „ins Blaue hinein“ zulässig sein.

Ein versehentlicher „Vermerksfehler“ bei der Eintragung von Datum und Uhrzeit sowie eines Kürzels bei der Entgegennahme der Angebote führt danach ungeachtet sonstiger Mängel in Verfahren regelmäßig zur Wiederholung des Verfahrens, auch wenn das Submissionsprotokoll ergibt, dass sämtliche Angebote zu Beginn desselben verschlossen waren. Auf eine vollständige Eingangskennzeichnung der Angebote einschließlich Unterschrift oder Handzeichen des entgegennehmenden Mitarbeiters ist daher großes Augenmerk zu legen.

Nach dem OLG Naumburg soll die Vergabekammer einen solchen Fehler auch von Amts wegen aufgreifen können, auch wenn Unregelmäßigkeiten bei der Entgegennahme der Angebote oder gar der nicht rechtzeitige Eingang des besten Angebotes gar nicht streitig sind.

Großzügiger Maßstab für Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

Für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages legt das OLG Naumburg gerade bei der Darlegung einer Rechtsverletzung einen äußerst großzügigen Maßstab an. Mit bloßen Spekulationen über vermeintliche Wer-

tungsfehler der Vergabestelle kann also der Bieter die Nachprüfung erzwingen.

Stehen einem Bieter über den Inhalt des Informationsschreibens hinaus keine Informationen über die Wertung zur Verfügung, könne dieser lt. OLG auch nichts objektives vortragen und sei auf Spekulationen angewiesen. Rechtsschutz soll im Nachprüfungsverfahren nur dann versagt werden, wenn es an jeglichem Anhaltspunkt für Fehler der Vergabestelle fehlt.

Behauptungen zu Wertungsfehlern „ins Blaue hinein“ ausreichend?

In Anbetracht der Auffassung des OLG Naumburg wird in Sachsen-Anhalt also künftig davon auszugehen sein, dass Nachprüfungsanträge auch bei Vorliegen wenig substantiierter Behauptungen zu vermeintlichen Wertungsfehlern zulässig sein dürfen und eine Nachprüfung des Verfahrens eröffnen können.

Im konkreten Verfahren musste die Abforderung von Angeboten wiederholt werden – nachdem der Antragssteller im Vorfeld infolge seiner Auskömmlichkeitsrüge nähere Hinweise zur möglichen Höhe des Bestpreises erhalten hatte. Das Nachsehen hat dann der ursprüngliche Bestbieter, dessen Erfolg im Vergabeverfahren völlig ohne Zutun und ungeachtet der unsubstantiierten Angriffe



der Antragsstellerin massiv gefährdet wird. Wettbewerbsverzerrungen können so nicht ausgeschlossen werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.](#) und



Rechtsanwältin
[Caroline v. Bechtolsheim](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[STEUERRECHTLICHE FRAGEN ALS UNGEWÖHNLICHES WAGNIS?]

Sind bei der Kalkulation von Angebotspreisen Kosten und Erlöse zu berücksichtigen, ist bei der Preisabfrage besondere Sorgfalt erforderlich. Dies gilt insbesondere, wenn die Grundsätze des tauschähnlichen Umsatzes eingreifen.

Wieviel Umsatzsteuer fällt auf eine ausgeschriebene Leistung an? – Diese Frage interessiert den – ggf. nicht vorsteuerabzugsberechtigten öffentlichen – Auftraggeber, für den es zusätzliche Kosten sind, ebenso wie den Bieter, der gegenüber seinen Wettbewerbern ein vergleichbares Angebot vorlegen und nicht nachträglich mit nicht kalkulierten Steuern belastet werden möchte.

Klärungsbedarf: Verrechnung von Kosten und Erlösen

Für die Angebotswertung ohne Bedeutung ist der Mehrwertsteuerbetrag immer dann, wenn Bemessungsgrundlage für die Steuer und Steuersatz für alle Angebote gleich sind. Für die Reihenfolge der Angebote spielt es also keine Rolle, ob die Preise brutto oder netto anzugeben sind.

Eine unklare Bemessungsgrundlage kann sich aber z. B. bei der Verrechnung von Kosten und Erlösen ergeben, die steuerlich unterschiedlich zu behandeln sind. Aktuell ist dies beispielsweise bei der Wertstoffentsorgung eine Besonderheit, die es bei Ausschreibungen zu beachten gilt. Hier ist dem beauftragten Entsorger regelmäßig gestattet, die Erlöse aus der Wertstoffentsorgung zu vereinnahmen, wenn der Auftraggeber daran partizipieren kann.

Der Angebotspreis kann hierdurch grundsätzlich reduziert werden.

Allerdings kann eine solche Verrechnung in der Praxis zu steuerlichen Problemen führen. Bei der Rechnungslegung muss ggf. ermittelt werden, welches die tatsächliche Bemessungsgrundlage für die auszuweisende Umsatzsteuer ist. Zu den sog. Grundsätzen über den tauschähnlichen Umsatz hat das Bundesministerium der Finanzen am



01.12.2008 eine Mitteilung veröffentlicht, die es in der Praxis zu beachten gilt.

Die Vergabestellen sollten – gerade bei der Abfrage von Einheitspreisen – besondere Sorgfalt walten lassen, damit Unklarheiten über die Bemessungsgrundlage nicht dazu führen, dass Angebote nicht mehr vergleichbar sind. In einer aktuellen – allerdings noch nicht rechtskräftigen – Entscheidung ist die Vergabekammer Südbayern bei der Überprüfung einer Altpapier-Ausschreibung zu der Auffassung gelangt, dass das streitgegenständliche Verfahren zu wiederholen sei (Beschluss v. 24.06.2010, Az.: Z3-3-3194-1-23-04/10).

Richtige Steuerangaben im Angebot als ungewöhnliches Wagnis?

Zwar sei normalerweise die Umsatzsteuer ein typisches Risiko eines Unternehmens und stelle damit kein ungewöhnliches Wagnis gem. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOB/A dar. Durch die Aussage in den streitgegenständlichen Ausschreibungsunterlagen, dass die Vergütung „netto = brutto“ anzugeben sei und durch die Forderung in dem Angebotschreiben, dass die gesamte Angebotssumme einschließlich Umsatzsteuer anzugeben sei, gewährleistete der Auftraggeber nach Ansicht der Vergabekammer aber nicht, dass Angebote abgegeben werden, die vergleichbar gewesen wären.

Preis-/Entgeltstruktur und Steuer

Auch wenn auf Seiten des Auftraggebers ein begründetes Interesse an einer möglichst einfachen Preisstruktur besteht, die einerseits Fehler der Bieter beim Ausfüllen des Angebotsschreibens und andererseits Fehler des Auftraggebers bei der Wertung vermeiden helfen, sollte die Preis-/ Entgeltstruktur immer auch unter steuerrechtlichen Aspekten geprüft werden.

[GGSC] unterstützt bei der entsprechenden Ausgestaltung von Ausschreibungen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VOF-VERFAHREN UND INLÄNDER-HOAI – WIE PASST DAS ZUSAMMEN?]

Durch die seit August 2009 geltende Beschränkung der HOAI auf deutsche Planungsbüros entsteht ein strukturelles Problem, wenn Planungsleistungen nach VOF europaweit ausgeschrieben werden. Das Verfahren muss dann so ausgestaltet werden,



dass es trotz unterschiedlicher Honorarrechtsslage deutsche und ausländische Bieter gleich behandelt. [GGSC] empfiehlt eine „HOAI-neutrale“ Gestaltung der Ausschreibungen.

Das Problem

§ 1 HOAI 2009 regelt, dass die HOAI nur noch für Planer mit Sitz im Inland und für Projekte im Inland gilt. Wird eine Planungsleistung europaweit ausgeschrieben, weil der Schwellenwert überschritten ist, müssen deutsche Büros den HOAI-Mindestsatz einhalten, ausländische Mitbieter aber nicht.

Diese sog. Inländerdiskriminierung hat der Gesetzgeber bei Schaffung der HOAI 2009 hingenommen. Sie führt aber dazu, dass das VOF-Verfahren komplizierter wird:

Die bisherige Praxis, den Bietern die wesentlichen HOAI-Parameter mitzuteilen und Angebote gemäß HOAI abzufordern, wird so nicht mehr zulässig sein. Mit ihr würde man ausländische Bieter einer Honorarordnung unterwerfen, an die sie sich gar nicht halten müssen. Von den deutschen Bietern HOAI-Angebote zu verlangen und von den ausländischen irgendwie anders strukturierte, führt zur fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote.

Lösungsvorschlag

Es muss also ein Weg gefunden werden, die Vergabeunterlagen (Aufgabenbeschreibung, Punktematrix, Vertragsentwurf) so auszugestalten, dass für alle Bieter trotz § 1 HOAI gleiche Verfahrensregeln gelten und die Angebote der Bieter vergleichbar bleiben.

Gerichtliche Entscheidungen zu der Frage, wie dies zu erreichen ist, gibt es noch nicht, und es wird eine Weile dauern, bis die Frage überhaupt bei den Vergabekammern ankommt. Bis dahin vertritt [GGSC] die These:

Die Inländer-Diskriminierung als solche ist hinzunehmen, sie ist vom Gesetzgeber so gewollt. Aber um die Bieter ansonsten gleich zu behandeln und Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen, müssen alle Vergabeunterlagen „HOAI-neutral“ erstellt werden:

„HOAI-neutrale“ Vergabeunterlagen

Sowohl Preisblätter, als auch Bewertungsmatrix als auch Vertrag dürfen und müssen natürlich Regelungen zu den Preisen enthalten. Aber diese sollten bei europaweiten Vergaben nicht nach HOAI-Parametern (anrechenbare Kosten, Honorarzone etc.) aufgeschlüsselt sein. Denkbar ist stattdessen z.B., die Leistungen in Teilleistungen aufzu-



teilen und für jede eine Teilpauschale abzufragen.

Deutsche Bieter dürfen dann in der Gesamtsumme nicht unter dem HOAI-Mindestsatz bieten; aber eine detaillierte Aufschlüsselung nach HOAI-Parametern schon in den Vergabeunterlagen ist nicht unbedingt notwendig. Notwendig ist nur Vergleichbarkeit, nicht aber Vergleichbarkeit nach HOAI-Parametern.

Ausblick

Gerade wenn Fördermittel im Spiel sind, werden öffentliche Auftraggeber durch die Neuregelung des § 1 HOAI 2009 in Zwickmühlen geraten: Einerseits dürfen sie den ausländischen Bietern nicht Honorarregelungen nach HOAI vorschreiben; andererseits verlangen alle Förderrichtlinien im Interesse der Nachvollziehbarkeit die Honorargestaltung nach HOAI. Wie dies zu lösen ist, wird erst die Praxis der kommenden Jahre zeigen.

Wir halten den beschriebenen Weg für den besten, die Vergabeunterlagen „HOAI-neutral“ zu fassen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)



und
Rechtsanwalt
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ARCHITEKTENWETTBEWERB UND VERGABERECHT– RECHTSANSPRUCH DES SIEGERS AUF WEITERBEAUFTRAGUNG?]

Nach einem Architektenwettbewerb ist der Auslober rechtlich nicht ohne Weiteres verpflichtet, den oder die Erstplatzierten mit den Planungsleistungen weiter zu beauftragen.

Schon seit dem Jahr 1983 ist durch den Bundesgerichtshof (BGH) allerdings geklärt, dass ein Auslober eines Architektenwettbewerbs grundsätzlich zur Weiterbeauftragung verpflichtet ist, wenn er in den Auslobungsbedingungen eine solche Weiterbeauftragung in Aussicht gestellt hat.

Ausgangspunkt: Auslobungsbedingungen

Das gilt nach dem BGH schon dann, wenn der Auslober nach dem Wortlaut der entsprechenden Regelung nur „beabsichtigt“, den Preisträger weiter zu beauftragen. Selbst bei dieser vermeintlich unverbindlich gehaltenen Formulierung hat der BGH eine



Rechtspflicht zur Weiterbeauftragung bejaht.

Hiervon kann sich der Auslober nur aus „triftigen Gründen“ lösen, für die hohe Anforderungen gelten, z. B. die vollständige Beendigung des Projektes oder völlig unvorhersehbare Steuer- oder Fördermittelausfälle. Das OLG Hamm hat in einer sehr weitgehenden Entscheidung aus dem Jahr 2008 (Az.: 4 U 190/07) jedoch auch „heftige Bürgerproteste“ bzw. eine freiwillige Bürgerbefragung als triftigen Grund angesehen.

Maßgebliche Bedeutung kommt also dem Text der Auslobungsbedingungen zu, denn nur dieser kann eine Rechtspflicht zur Weiterbeauftragung schaffen. Ist in den Auslobungsbedingungen eine Weiterauftragsklausel enthalten, dann ist das nach BGH und zahlreichen Oberlandesgerichtsurteilen auch grundsätzlich bindend – aber immer nur in dem Umfang wie im Auslobungstext angekündigt.

Sonderfälle

Häufig findet sich in den Auslobungsbedingungen zwar ausdrücklich eine Verpflichtung zur Weiterbeauftragung, aber gerade nicht nur gegenüber dem ersten Preisträger, sondern gegenüber „einem oder mehreren“ Preisträgern. Zu dieser Formulierung gibt es eine klare Tendenz in der Rechtsprechung:

Der Auslober ist dann zwar zur Weiterbeauftragung verpflichtet, aber der erste Preisträger hat gerade keinen zwingenden Anspruch darauf, beauftragt zu werden. Der Auslober darf dann durchaus auch andere Preisträger (einen oder mehrere) beauftragen, so etwa das OLG Dresden im Jahr 2005 (Az.: WVerG 5/05). Nur eine Beauftragung eines Büros, das am Wettbewerb nicht teilgenommen hat, scheidet danach von vornherein aus und wäre unzulässig.

Ist die Klausel in den Auslobungsbedingungen aber offen gestaltet, so führt selbst die einstimmige Empfehlung durch das Preisgericht für einen Auslober nicht zum zwingenden Zuschlag für diesen Planer:

Empfehlung durch das Preisgericht hat nur Indizwirkung

Hintergrund ist, dass das Preisgericht nicht die vergaberechtliche Zuschlagsentscheidung vorwegnehmen darf. Es bleibt aber eine gewisse Indizwirkung zugunsten des Erstplatzierten bestehen.

Begeht das Preisgericht bei seiner Entscheidung schwerwiegende Verstöße gegen Verfahrensregeln, so führt dies zur kompletten Unwirksamkeit der Preisgerichtsentscheidung. Ein Anspruch des oder der Erstplatzierten besteht dann nicht.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)



und
Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[GGSC-SEMINARE]

Photovoltaikanlagen auf Konversions-, Deponie- und anderen Freiflächen

Workshop am 24.08.2010 in Luckenwalde in Kooperation mit dem Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz (MVGv) im Land Brandenburg

[Das Programm und die Anmeldung finden Sie hier.](#)

Hinweis: [GGSC] hat eine Vielzahl von Mandanten bereits zu energie-, abfall-, bau-, vertrags- und steuerrechtlichen Fragestellungen bei der Errichtung und für den Betrieb von Photovoltaikanlagen beraten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Hartmut Gaßner](#)

[GGSC-INHOUSE-SCHULUNG ZUM NEUEN VERGABERECHT – MASSGE- SCHNEIDERT NACH IHREN ANFOR- DERUNGEN]

Mit dem Inkrafttreten der neuen Vergabeverordnung und der Neufassung der VOB/A und VOL/A hat die Vergaberechtsreform ihren vorläufigen Abschluss gefunden. Die öffentlichen Auftraggeber stehen vor der Herausforderung, ihre Vergabepaxis an das neue Vergaberecht anzupassen.

Neben einer umfassenden vergaberechtlichen Beratung bei der Vorbereitung und Durchführung konkreter Vergabeverfahren bietet [GGSC] Inhouse-Schulungen für die Mitarbeiter von Kommunen und anderen öffentlichen Auftraggebern an. Themen und Aufbau der Inhouse-Schulung richten sich nach Ihren Bedürfnissen.

Beispiele sind:

- **Überblick über das neue Vergaberecht**
 - GWB-Novelle
 - Sektorenverordnung
 - Vergabeverordnung
 - VOB/A, VOL/A
- **Vergaberecht und Vergabepaxis für Stadtwerke und andere Sektorauftraggeber**



- **Praxis der Bauvergabe**
 - die neue VOB/A
 - aktuelle Spruchpraxis der Vergabekammern zu Bauvergaben
 - Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte
- **typische Fehlerquellen im Vergabeverfahren**
- **Umgang mit Biiterrügen**

Bei Interesse unterbreiten wir Ihnen gern ein auf Ihre Anforderungen zugeschnittenes Angebot. Die Veranstaltung kann in Ihrem Haus oder auch bei [GGSC] stattfinden. Teilnehmerzahl, Themenstellung und Dauer der Veranstaltung bestimmen Sie.

Anfragen für [GGSC] Inhouse-Seminare richten Sie bitte an



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#) oder



Rechtsanwältin
[Caroline v. Bechtolsheim](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwalt Jens Kröcher

Steigern der Flexibilität / Ausschreibungs- und Vergabeverfahren /Ausschreibungspflichten

10.11.2010 in Berlin

[VKS im VKU-Seminar](#)

Die Rahmenvereinbarung als Instrument der strategischen Beschaffung

[GGSC VERÖFFENTLICHUNGEN]

Erscheint in der Zeitschrift „Müll und Abfall“ Ausgabe 07/2010

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

Praxishinweise zu Ausschreibungen nach der neuen VOL/A

Erscheint in der Ausgabe KommunalPraxis Spezial 2/2010

Rechtsanwältin Katrin Jänicke

Rechtsanwalt Jens Kröcher

Neuerungen im Vergaberecht: GWB 2009, Verdingungsordnungen und Entwicklungen in der Rechtsprechung – Praxistipps und Fallstricke bei der Durchführung von Vergabeverfahren



[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

[Abfall-Newsletter](#) (Juli 2010)

- Altpapier und kein Ende
- Ausschreibungsfreie Pacht von Anlagen

[HOAI - Newsletter](#) (Juni 2010)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- HOAI – Kommt die Reform der Reform?
- Umbau und Instandsetzung in einer Maßnahme – Umbauzuschlag auf das Gesamthonorar?
- HOAI 2009 – mehrere Objekte getrennt oder gemeinsam abrechnen?

[Bau- Newsletter](#) (Mai 2010)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- EuGH: Rechtssichere kommunale Grundstücksverkäufe außerhalb des Vergaberechts

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](#).