



Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

Newsletter *Vergaberecht*

Vergabeverfahren

- Fehlende Eignungsnachweise – Unterschiede in VOB/A und VOL/A Seite 2
- Interkommunale Zusammenarbeit – EuGH klärt Ausschreibungspflicht von „Hilfsgeschäften“ Seite 2
- Neue Schwellenwerte – Gültigkeit erst nach Gesetzesänderung Seite 3

Rechtsschutz

- Dienstleistungskonzessionen – nach Vertragsschluss nicht mehr angreifbar Seite 4
- Zuwendungen – Vorsicht vor Rückforderung bei Vergaberechtsverstößen Seite 5

Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand

- Das „unmittelbare wirtschaftliche Interesse“ – die bisherige Rechtsprechung Seite 6
- Grundstücksverkauf unter Wert – keine generelle Ausschreibungspflicht Seite 7

Newsletter

Vergaberecht

Vergabeverfahren

Fehlende Eignungsnachweise – Unterschiede in VOB/A und VOL/A

Die Verdingungsordnungen VOB/A und die VOL/A sollten im Zuge der letzten Vergaberechtsreform nach dem Willen der Verordnungsgeber angeglichen und vereinheitlicht werden. Dies ist nicht in allen Bereichen gelungen, wie sich am Beispiel des Umgangs mit fehlenden Eignungsnachweisen zeigt:

Während § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A zwingend vorschreibt, dass fehlende Eignungsnachweise nachgefordert werden müssen, ist in § 16 Abs. 2 VOL/A lediglich geregelt, dass solche Nachweise nachgefordert werden können. Viele Stimmen in der Literatur waren bislang nunmehr der Ansicht, dass die zwingende Regelung der VOB/A auch auf die VOL/A zu übertragen sei. Dieser Auffassung ist die Rechtsprechung eindeutig entgegengetreten und hat entschieden, dass die „kann“-Regelung der VOL/A ein Ermessen für die Vergabestelle eröffnet und damit keine zwingende Nachforderungspflicht besteht (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.03.2011 – 15 Verg 2/11; OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.09.2011 – Verg W 11/11).

Andererseits besteht bei VOL/A-Vergaben eine Pflicht für die Vergabestelle, die geforderten Eignungsnachweise in einer „abschließenden Liste“ zusammenzustellen (§ 8 Abs. 3 VOL/A). Dies führt wiederum dazu, dass bei VOL/A-Vergaben Eignungsnachweise, die nicht in der „Checkliste“ aufgeführt sind, nicht wirksam gefordert werden und deren Fehlen weder einen Ausschluss rechtfertigt, noch die Möglichkeit der Nachforderung eröffnet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011 – Verg 30/11). Die VOB/A kennt eine solche Vorschrift nicht, so dass hier eindeutig keine „Checkliste“ notwendig ist.

Die Verwirrung ist damit auf den ersten Blick perfekt. Letztlich ist die Regelungssystematik jedoch im Ergebnis ausgewogen und „in den Griff“ zu bekommen: Der Bieter ist im Rahmen der VOB/A vor ärgerlichem Ausschluss aufgrund bloßer Formalfehler dadurch geschützt, dass die Vergabestelle fehlende Eignungsnachweise nachfordern muss. Im Rahmen der VOL/A darf sich

der Bieter auf eine Nachforderung zwar nicht verlassen. Dafür ist dem Bieter wiederum eine „Checkliste“ an die Hand zu geben, die seine Angebotserstellung und Kontrolle der Vollständigkeit erheblich vereinfacht und formale Fehler vermeidbar macht.

PRAXISHINWEIS

Umgang mit Eignungsnachweisen bei VOB/A-Vergaben:

- ◆ keine Pflicht zur Aufstellung einer „Checkliste“
- ◆ dafür Pflicht zur Nachforderung von in den Vergabeunterlagen geforderten Eignungsnachweisen

Umgang mit Eignungsnachweisen bei VOL/A-Vergaben:

- ◆ Pflicht zur Aufstellung einer „Checkliste“ (nicht aufgelistete Eignungsnachweise gelten als nicht gefordert)
- ◆ dafür keine Pflicht zur Nachforderung von ordnungsgemäß aufgelisteten Eignungsnachweisen (aber Möglichkeit hierzu!)



Thomas Elsner
 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
 Telefon: 0221 - 97 30 02-65
 t.elsner@lenz-johlen.de

Interkommunale Zusammenarbeit – EuGH klärt Ausschreibungspflicht von „Hilfsgeschäften“

In Luxemburg steht derzeit eine für die Praxis hoch relevante Frage auf dem Prüfstand: Wie weit reichen die Möglichkeiten der öffentlichen Hand, durch gezielte Zusammenarbeit auch solche Aufträge dem Vergaberecht zu entziehen, welche jeder private Dritte ebenso gut erbringen könnte?

Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 06.07.2011 – Verg 39/11) hat momentan einen Fall zu entscheiden, in welchem ein Kreis eine benachbarte Kommune im Wege der öffentlich-rechtlichen



Neue Schwellenwerte – Gültigkeit erst nach Gesetzesänderung

Vereinbarung – damit ohne europaweite Ausschreibung – mit Reinigungsdienstleistungen beauftragt hat. Die Richter sehen hier eine Umgehung des Vergaberechts. Aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zur Vergabefreiheit im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit ruft das OLG Düsseldorf jedoch den EuGH im Wege einer so genannten Vorabentscheidung an.

Der EuGH wird nun zu entscheiden haben, ob ein Vertrag zwischen zwei Gebietskörperschaften auch dann nicht als öffentlicher Auftrag zu verstehen ist, wenn keine originär hoheitlichen Tätigkeiten, sondern „lediglich“ Hilfsgeschäfte wie z.B. Reinigungsdienstleistungen übertragen werden.

Während die Vergabekammer in erster Instanz die Auffassung vertrat, dass ein Fall der vergaberechtlich nicht relevanten interkommunalen Zusammenarbeit vorliege, ist das OLG Düsseldorf (a.a.O.) in zweiter Instanz deutlich anderer Meinung. Aus Gründen des Wettbewerbsschutzes ist nun zumindest nicht ausgeschlossen, dass der EuGH seine Rechtsprechung zur interkommunalen Zusammenarbeit präzisieren und einschränken wird.

PRAXISHINWEIS

Es bleibt abzuwarten, wie der EuGH über die Vergabefreiheit der interkommunalen Beauftragung von „Hilfsgeschäften“ entscheiden wird. Hiernach wird sich die nationale Rechtsprechung selbstverständlich richten. Bis dahin sollten öffentliche Auftraggeber bei der „freihändigen“ Übertragung von Hilfsgeschäften (z.B. Reinigungsleistungen) an eine andere öffentliche Stelle Vorsicht walten lassen und im Zweifel von einem öffentlichen Auftrag ausgehen.



Rainer Schmitz
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Telefon: 0221 - 97 30 02-28
r.schmitz@lenz-johlen.de

Ab 01.01.2012 gelten nach der Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 vom 30.11.2011 für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf europäischer Ebene folgende Schwellenwerte:

-  Bauaufträge: 5.000.000 Euro (bisher: 4.845.000 Euro)
-  Dienstleistungs- und Lieferaufträge: 200.000 Euro (bisher: 193.000 Euro)
-  Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich: 400.000 Euro (bisher: 387.000 Euro)
-  Liefer- und Dienstleistungen der Obersten oder Oberen Bundesbehörden: 130.000 Euro (bisher: 125.000 Euro)

Es ist sehr zu begrüßen, dass künftig runde und damit endlich einmal praktikable Schwellenwerte gelten. Während die Änderungen im Sektorenbereich unmittelbar ab dem 01.01.2011 Geltung erlangen, treten die neuen Schwellenwert für andere öffentliche Auftraggeber erst nach einer entsprechenden Änderung der Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (VgV) in Kraft.

PRAXISHINWEIS

Achtung: Da die bisherigen Schwellenwerte niedriger liegen als in der neuen EU-Verordnung vorgesehen, gelten diese alten Werte in Deutschland bis zur Umsetzung der Richtlinie in der VgV fort. Grund hierfür ist, dass es den einzelnen Mitgliedstaaten unbenommen ist, durch niedrigere Schwellenwerte strengere Anforderungen an den Wettbewerb zu stellen. Nachdem der Bundesrat einer entsprechenden Änderung der VgV bereits zugestimmt hat, ist mit einer baldigen Verkündung im Bundesgesetzblatt zu rechnen. Die neuen Schwellenwerte gelten dann ab dem Folgetag der Veröffentlichung.



Martin Hahn
Rechtsanwalt
Telefon: 0221 - 97 30 02-65
m.hahn@lenz-johlen.de

Newsletter

Vergaberecht

Rechtsschutz

Dienstleistungskonzessionen – nach Vertragsschluss nicht mehr angreifbar

Ist die Dienstleistungskonzession einmal wirksam geschlossen, kann der entsprechende Vertrag vergaberechtlich nicht mehr angegriffen werden. Es besteht kein so genannter Primärrechtsschutz auf Vertragsauflösung. Bei von der öffentlichen Hand vergebenen Dienstleistungskonzessionen muss ein Bewerber demnach möglichst vor der Vergabeentscheidung, in jedem Falle aber vor Vertragsschluss mit den Mitteln des einstweiligen Rechtsschutzes vorgehen, will er seinen Anspruch auf Erteilung des Zuschlages sichern.

Das VG Aachen (Beschluss vom 16.06.2011 – 7 L 154/11) bestätigt diesen nicht gesetzlich normierten Grundsatz für einen Fall, in dem eine Stadt mit dem von ihr ausgewählten Bewerber einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abgeschlossen hatte, der die Errichtung und den Betrieb eines Krematoriums nach § 1 Abs. 5 des Nordrhein-Westfälischen Bestattungsgesetzes beinhaltete. Erst nach Abschluss des Vertrages beantragte ein Konkurrent eine einstweilige Anordnung, diese Übertragung vorläufig zu widerrufen. Diesen Antrag lehnte das Verwaltungsgericht mit der Begründung ab, dass die einmal erteilte Dienstleistungskonzession nicht wieder aufgehoben werden könne.

Es ist zu begrüßen, dass die Aachener Richter zur Einheitlichkeit im Vergaberecht beitragen. Für die europaweit auszuschreibenden Bau- und Dienstleistungsaufträge öffentlicher Auftraggeber ergibt sich aus § 114 Abs. 2 S. 1 GWB, dass ein einmal wirksam erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Entsprechende gesetzliche Regelungen fehlen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit geht bei der Frage des Rechtsschutzes gegen abgeschlossene Vergabeentscheidungen keine Sonderwege, sondern orientiert sich richtigerweise an den Grundprinzipien des allgemeinen Vergaberechtes.



PRAXISHINWEIS

Solange ein Vertrag über eine Dienstleistungskonzession nicht wirksam geschlossen worden ist, kann im Wege des Eilrechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten durchaus der Zuschlag verhindert werden. Bei der Vergabe einer solchen Konzession muss nämlich stets der Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung eingehalten werden, eine Verletzung führt zum Zuschlagsverbot. Ist der Vertrag aber einmal geschlossen, ist der benachteiligte Bieter auf Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten angewiesen (so genannter Sekundärrechtsschutz). Solche Ansprüche sind schwer durchsetzbar. Für alle Beteiligten spielen daher zeitliche Abläufe vor Auftragsvergabe eine große Rolle. Teilweise kann es hier um Stunden gehen, weshalb bei jeglichem Zögern eine Verschlechterung der eigenen Rechtsposition zu befürchten ist.



Rainer Schmitz
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
 Telefon: 0221 - 97 30 02-28
 r.schmitz@lenz-johlen.de



Zuwendungen – Vorsicht vor Rückforderung bei Vergaberechtsverstößen

Zuwendungsempfänger werden regelmäßig in den Nebenbestimmungen des Zuwendungsbescheids oder in einem zivilrechtlichen Förderungsvertrag verpflichtet, das nationale Vergaberecht zu beachten. Bei Verstößen droht die Rückforderung der Zuwendung. Dies gilt nach einem Urteil des BGH vom 17.11.2011 (Az.: III ZR 234/10) auch für solche Fälle, in denen erst im Nachgang zur Auftragsvergabe eine zivilrechtlich ausgestaltete Förderung bewilligt wurde und die entsprechende Baumaßnahme bereits begonnen und sogar abgeschlossen wurde. Eine vergaberechtswidrige Vergabe des Auftrags kann sich daher rückwirkend auswirken, obwohl zum damaligen Zeitpunkt ggf. überhaupt keine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts und damit auch kein Bewusstsein hierfür bestand.

Einen praktisch sehr bedeutsamen Fall eines solch relevanten Vergaberechtsverstößes hatte das VG Gelsenkirchen in seinem Urteil vom 14.04.2011 (11 K 4198/09) zu entscheiden: Ein Zuwendungsempfänger, der in unzulässiger Weise eine Generalunternehmervergabe (GU-Vergabe) statt einer Einzelgewerksvergabe durchführt, muss erhaltene Zuwendungen zurückerstatten. Die an sich sachlich nicht dem Vergaberecht betrauten Verwaltungsgerichte legen demnach einen durchaus strengen Maßstab an Zuwendungsempfänger an. Tendenziell werden mittlerweile mehr als bloße Grundkenntnisse im Vergaberecht erwartet. Die dem Schutz des Mittelstands dienende Regelung, dass GU-Vergaben nur unter strengen Ausnahmen zulässig sind, müsse ein Zuwendungsempfänger kennen.



PRAXISHINWEIS

Zuwendungsempfängern muss bei geförderten Bauprojekten oder solchen, für die eine Förderung auch nur theoretisch in Frage kommt, dringend geraten werden, die vergaberechtliche Zulässigkeit der gewählten Vergabeart und -form vor Auftragsvergabe zu überprüfen. Zudem sollte eine Vergabeakte geführt werden, in welcher die Ergebnisse dieser Prüfung zu Beweis-zwecken festgehalten werden. Mit verhältnismäßig geringem Aufwand kann so Sicherheit vor Rückforderungsansprüchen erreicht werden, welche u.U. die Wirtschaftlichkeit des gesamten Projektes gefährden können.



Martin Hahn
Rechtsanwalt
Telefon: 0221 - 97 30 02-65
m.hahn@lenz-johlen.de

Newsletter

Vergaberecht

Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand

Das „unmittelbare wirtschaftliche Interesse“ – die bisherige Rechtsprechung

Das Vorliegen des so genannten „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses“ ist nach der Änderung der Rechtsprechung zur Vergabepflichtigkeit von Grundstücksgeschäften (siehe Lenz und Johlen Newsletter: „Ahlhorn-Rechtsprechung ist Geschichte“) der zentrale Wegweiser in Richtung Ausschreibungspflicht eines Grundstücksgeschäfts.

Wird dem Erwerber mit dem Grundstückskaufvertrag eine Bauleistung einklagbar auferlegt und liegt diese im unmittelbaren wirtschaftlichen – nicht bloß städtebaulichen – Interesse der öffentlichen Hand, muss der Vertrag, sofern er wie in den allermeisten Fällen ein Entgelt oder eine Konzession für den Erwerber vorsieht, bekanntlich nach wie vor ausgeschrieben werden.

Aber wann liegt ein solches „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ vor? Klar ist, dass diese Frage immer dann zu bejahen ist, wenn die öffentliche Hand das Bauwerk selbst als Eigentümer oder Mieter nutzen möchte. Aber auch eine finanzielle Beteiligung, eine Risikoübernahme oder ein wirtschaftlicher Vorteil aus dem Projekt führt nach dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zu einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse“ (EuGH, Urteil vom 25.03.2010 – Rs. C-451/08 – „Helmut Müller“ oder „Wildeshausen“). Diese Begriffe sind allerdings sehr schemenhaft. Sie werden in der nationalen Rechtsprechung mittlerweile überwiegend im Wege einer Ausschlussprüfung konkretisiert:

Kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse soll danach vorliegen

- ◆ im Falle „kleinerer Anpassungsmaßnahmen“ an vorhandenen Straßen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.06.2010 – Verg 9/10);
- ◆ bei Forderung von mehr als bauordnungsrechtlich notwendigen Stellplätzen, wenn diese nicht von der öffentlichen Hand selbst genutzt werden (OLG Düsseldorf, a.a.O.);
- ◆ bei Absicht der Einnahme von Gewerbesteuer oder der

Schaffung von Arbeitsplätzen (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.01.2011, 1 VK 67/10);

- ◆ bei Forderung von Baumaßnahmen, die an sich im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse der öffentlichen Hand liegen, welche aber im Rahmen einer „wertenden Beurteilung“ im Verhältnis zur Gesamtmaßnahme unterhalb einer Art Bagatell- oder Wesentlichkeitsgrenze liegen (VK Baden-Württemberg, a.a.O.);
- ◆ bei Unterwertverkauf im Rahmen des geförderten Wohnungsbaus, solange für die öffentliche Hand kein Zugriff auf das Bauwerk oder dessen Entstehung ermöglicht ist oder eine selbst unmittelbar treffende Aufgabe übertragen wird (OLG München, Beschluss vom 27.09.2011 – Verg 15/11; siehe hierzu auch den folgenden Beitrag).

PRAXISHINWEIS

Bei der Bewertung einer Ausschreibungspflicht genügt es nicht, rein schematisch die teilweise auslegungsbedürftigen Vorgaben des EuGH „abzuarbeiten“. Hier muss anhand der Hintergründe und der Entwicklung der Rechtsprechung im Einzelfall abgewogen werden, ob aufgrund der Interessenlage und der Nutzungsziele der zu errichtenden Bauwerke eine Ausschreibungspflicht für das Grundstücksgeschäft besteht. In Zweifelsfällen besteht im Rahmen vorgegebener Grenzen auch die Möglichkeit einer zielorientierten Vertragsgestaltung. Vergaberecht darf zwar nicht bewusst umgangen werden, bestehende Spielräume für die öffentliche Hand können jedoch ausgenutzt werden.



Thomas Elsner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Telefon: 0221 - 97 30 02-65
t.elsner@lenz-johlen.de



Grundstücksverkauf unter Wert – keine generelle Ausschreibungspflicht

Nach dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) kann jede Art der „finanziellen Beteiligung“ an einem auf dem zu veräußernden Grundstück zu errichtenden Bauwerk ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand begründen (siehe hierzu den vorigen Beitrag). Dann steht – neben einer vergaberechtlich nicht relevanten Beihilfegewährung – ein öffentlicher Bauauftrag im Raum, der ausschreibungspflichtig sein könnte. Das OLG Düsseldorf befand in diesem Kontext ergänzend, dass eine finanzielle Beteiligung u.a. in einem Verkauf des zu bebauenden Grundstücks unter Marktwert gesehen werden kann (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.06.2010, VII Verg 9/10 – „Haan“).



Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt, wie nun die Rechtsprechung erstmals konkret bestätigt: Das OLG München (Beschluss vom 27.09.2011 – Verg 15/11) hat entschieden, dass nicht jeder Grundstücksverkauf unter Marktwert eine

Ausschreibungspflicht nach sich zieht. Dies gilt nach Aussage der Münchener Richter insbesondere im Bereich des geförderten Wohnungsbaus. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse bestehe hier nur dann, wenn zu dem Verkauf unter Marktwert eine „weitere Verpflichtung“ für den Käufer hinzutrete, welche der Kommune entweder einen Zugriff auf das Bauwerk (während oder nach dessen Errichtung) bzw. die Entlastung von einer sie selbst unmittelbar treffenden Aufgabe ermögliche. Dies sei bei verbilligt überlassenen Baugrundstücken nicht der Fall.

Vor dem Hintergrund, dass der EuGH gerade rein städtebauliche und allgemeinwesensbezogene Interessen aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausnehmen möchte, stellt die Entscheidung des OLG München keinen Widerspruch zu der Entscheidung des EuGH oder des OLG Düsseldorf dar, sondern vielmehr eine konkretisierende und sachgerechte Fortschreibung. Eine verbilligte Abgabe mag zwar ein Interesse der öffentlichen Hand an der jeweiligen Bebauung indizieren. Dieses Interesse muss aber eben nicht zwangsläufig unmittelbar wirtschaftlicher Natur sein.

PRAXISHINWEIS

Nur weil ein Grundstück unter Marktwert verkauft wird, ist der Grundstückskaufvertrag mit Bauverpflichtung nicht generell ausschreibungspflichtig. Es müssen vielmehr weitere Faktoren hinzutreten, die ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der öffentlichen Hand erkennen lassen. Die Zulässigkeit eines Unterverkaufs sollte jedoch (ergänzend) vor dem Hintergrund des Beihilfe- und Haushaltsrechts geprüft werden.



Martin Hahn
Rechtsanwalt
Telefon: 0221 - 97 30 02-65
m.hahn@lenz-johlen.de



Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

Prof. Dr. Heribert Johlen^{PV}
Dr. Klaus Schmiemann^{PV}
Dr. Franz-Josef Pauli^P
Dr. Rainer Voß^{PVM}
Dr. Michael Oerder^{PV}
Dr. Thomas Lüttgau^{PV}
Thomas Elsner^{PB}
Rainer Schmitz^{PV}
Dr. Alexander Beutling^{PVM}
Dr. Markus Johlen^{PV}
Eberhard Keunecke^{PB}
Dr. Inga Schwertner^{PV}
Dr. Philipp Libert^{PF}
Dr. Christian Giesecke^{LL.M.PVL}
Dr. Felix Pauli^{PV}
Dr. Giso Hellhammer-Hawig^{DV}
Dr. Tanja Lehmann
Martin Hahn
Dr. Kai Petra Dreesen^{LL.M. Eur.}
Nick Kockler
Niklas Schulte
Dr. Tobias Volkwein
Béla Gehrken

P Partner i. S. d. PartGG
V Fachanwalt für Verwaltungsrecht
B Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht
M Anwalt/Mediator DAA/FU Hagen
L McGill University (Montreal, Kanada)
F Maîtrise en droit (Université Paris X)
D Magister der Verwaltungswissenschaften

Kaygasse 5 • 50676 Köln
Postfach 102365 • 50463 Köln

Telefon: +49 221 97 30 02-0
Telefax: +49 221 97 30 02-22



IN EIGENER SACHE

Am 1. Januar 2012 wurden Dr. Philipp Libert und Dr. Felix Pauli in die Partnerschaft aufgenommen.

Als neue Rechtsanwälte in unserem Team begrüßen wir
Niklas Schulte,
Dr. Tobias Volkwein und
Béla Gehrken.