

Newsletter Vergaberecht

4. September 2008

Einleitung

Zurück aus der Sommerpause erwarten Sie wieder eine Reihe von Entscheidungen und Neuerungen im Vergaberecht, diesmal mit einem Schwerpunkt bei Grundstücksgeschäften der Öffentlichen Hand – kein offensichtlicher Fall für das Vergaberecht, schließlich tritt dort die Öffentliche Hand als Verkäufer auf.

I. Rechtsentwicklung

1. Referentenentwurf zum Vergaberecht

Der Referentenentwurf zur Anpassung des Vergaberechts befindet sich nach wie vor im Gesetzgebungsverfahren; wir werden berichten, sobald deutlicher wird, auf welchen Inhalt sich der Gesetzgeber verständigt.

2. Verhältnis der EG-Richtlinien zueinander

Der EuGH hat kürzlich Gelegenheit gefunden, eine langjährige Diskussion zu beenden, die sich an seine Entscheidung „Mannesmann Anlagenbau Austria“ (Rs. C-44/96) anschloss: Soweit ein Unternehmen mit Teilen seines Geschäfts unter die Sektorenrichtlinie fällt, mit anderen nicht, sind nur diejenigen Aufträge nach den (weniger strengen) Regelungen der Sektorenrichtlinie zu vergeben, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten in einem der Sektoren stehen – die übrigen sind nach den allgemeinen Vergaberegeln der Richtlinie 2004/18 zu vergeben (EuGH, Rs. C-393/06 – „Aigner“). In Deutschland betrifft das insbesondere Vergabeverfahren der **Deutschen Bahn**.

II. Einzelne Branchen

1. Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand

Im Bereich kommunaler Grundstücksgeschäfte ist in der letzten Zeit eine Flut von Entscheidungen ergangen, die sich mit der Frage befassen, ob solche Grundstücksverkäufe ebenfalls dem Vergaberecht unterliegen.

Ausgangspunkt war die sog. „Roanne“-Entscheidung des EuGH (EuZW 2007, 117), wonach ein „öffentlicher Bauauftrag“ im Sinne der Vergabe-

rechtsrichtlinie auch dann vorliegt, wenn sich ein Vertragspartner dazu verpflichtet, im Rahmen einer Raumordnungsmaßnahme bauliche Anlagen zu errichten. Unbeachtlich ist, ob die öffentliche Hand Eigentümer dieses Gebäudes sei oder werde. Ein „entgeltlicher“ Auftrag liege auch vor, wenn dem Auftragnehmer das Recht eingeräumt wird, die bauliche Anlage an einen Dritten zu verkaufen.

Dem folgend hat das OLG Düsseldorf in mehreren Entscheidungen die Pflicht zur Ausschreibung von Grundstücksverkäufen bejaht, wenn damit zugleich eine Pflicht verbunden war, eine bauliche Anlage nach den Vorstellungen der Gemeinde zu errichten (OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 530 – Ahlhorn“; OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 139 – „Wuppertal“; OLG Karlsruhe, IBR 2008, 466). In einem etwas speziell gelagerten Fall (die Gemeinde versuchte, in Absprache mit dem Käufer, durch eine „Änderungsvereinbarung“ nachträglich sämtliche Bauverpflichtungen des Käufers aus dem Grundstückskauf-Vertrag zu entfernen, um die Konsequenzen der „Roanne“-Entscheidung zu umgehen), nahm das OLG Düsseldorf einen Vergabeverstoß an, weil die Gemeinde nach § 34 BauGB im unbeplanten Innenbereich jedenfalls eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Bebauung habe (OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 271 – „Oer-Erkenschwick“). Das dürfte wohl zu weit gehen, denn einerseits verpflichtet § 34 BauGB den Bauherrn nicht zu bauen, andererseits hat der Bauherr einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn die bauliche Anlage den Anforderungen des § 34 BauGB entspricht (ähnlich auch VK B-W v. 5.6.2008, IBR 2008, 467).

Fazit: Grundstücksgeschäfte, in denen sich der Käufer zur Errichtung baulicher Anlagen verpflichtet, müssen nach den allgemeinen Regeln des Vergaberechts ausgeschrieben werden.

2. Pharmabereich

Die Begründung des EuGH zur Ausschreibungspflicht der Rundfunkanstalten wird überwiegend als klares Indiz gesehen, dass auch die deutschen AOKen und Ersatzkrankenkassen zur Ausschreibung verpflichtet sind (OLG Düsseldorf v. 19.12.2007, VII-Verg 51/07; v. 18.11.2007, VII-Verg 47/07). Derzeit läuft ein Vorlageverfahren beim EuGH zur endgültigen Klärung dieser Frage (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.5.2007, VII Verg 50/06 – das Verfahren wird beim EuGH unter dem AZ C-300/07 geführt).

Der schon im vergangenen Newsletter angesprochene Konflikt zwischen den Sozialgerichten und den allgemeinen Zivilgerichten über die Zuständigkeit für vergaberechtliche Streitigkeiten hat eine Flut von (gegensätzlichen) Entscheidungen und Aufsätzen bewirkt. Der – nur vorläufige - Schlusspunkt dürfte die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 22. April 2008 sein (VergabeR 2008, 693 ff, B1 SF 1/08 R – „Rabattverträge V“), in dem dieses mit ungewöhnlicher Schärfe das OLG Düsseldorf kritisiert und für Rabattverträge der Krankenkassen die Sozialgerichte für zuständig erklärt, Entscheidungen der Vergabekammern zu überprüfen. Die Entscheidung führt dazu, dass zwar zunächst das Verfahren vor der Vergabekammer (nach den Bestimmungen der §§ 102 – 115 GWB) eingeleitet wird, die anschließende Beschwerde aber nicht an das OLG sondern an die Sozialgerichte zu richten ist.

Nachzutragen ist, dass das OLG Düsseldorf zwischenzeitlich den Streit seinerseits dem BGH zur Entscheidung vorgelegt hat (Beschluss v. 16.4.2008, VII-Verg 57/07), sodass eventuell erst eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes für Klarheit sorgen wird.

In der Zwischenzeit hat aber auch die EU-Kommission wegen der Rabattverträge eine Stellungnahme der Bundesrepublik angefordert – die Vorstufe für ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen nicht hinreichender Beachtung des Vergaberechts.

3. Versicherungen

Öffentliche Auftraggeber sind in vielen Bundesländern Mitglieder in einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Auch wenn dessen satzungsmäßige Aufgabe ist, seinen Mitgliedern Versicherungsschutz zur Verfügung zu stellen, han-

delt es sich dennoch nicht um ein vergaberechtsfreies „In-House-Geschäft“ (BGH v. 3. Juli 2008, I ZR 145/05). Das Interessante an der Entscheidung ist, dass sich der unterlegene Konkurrent nicht gegen die öffentliche Hand wandte, sondern – gestützt auf §§ 3, 4 Nr. 11 UWG – gegen den Versicherungsverein voringing. Der BGH stellt fest, dass auch der Versicherer (obwohl selbst nicht Öffentliche Hand) in Anspruch genommen werden kann, wenn er *„öffentliche Auftraggeber auffordert oder ihnen dabei behilflich ist, Versicherungsschutz ohne öffentliche Ausschreibung zu erwerben.“*

III. Einzelfragen

1. Dienstleistungskonzessionen

Nach derzeitiger Rechtslage unterliegen Dienstleistungskonzessionen nicht dem GWB-Vergaberecht. Die allgemeinen Grundsätze der Transparenz, Nicht-Diskriminierung und Objektivität sind allerdings auch bei deren Vergabe zu beachten (vgl. nur EuGH C-324/98 – „Teleaustria“). Eine Konzession liegt dann vor, wenn der Auftragnehmer statt einer Zahlung das Recht erhält, seine Leistung gegen Entgelt zu verwerten. Er trägt also das wirtschaftliche Risiko. Ist unklar, ob eventuell bei der Vergabestelle ein nennenswertes Risiko verbleibt, dann ist im Zweifel von einem öffentlichen Auftrag, nicht von einer Konzession auszugehen (OLG München v. 21.05.2008, Verg 5/08). Gegenstand eines Vorlageverfahrens beim EuGH ist daneben die Frage, ob eine Konzession schon dann ausscheidet, wenn das wirtschaftliche Risiko des Konzessionärs durch gesetzliche Regelungen (zB Anschluß- und Benutzungszwang in der Wasserversorgung) gegenüber dem freien Markt deutlich reduziert ist (Thüringer OLG v. 8.5.2008, 9 Verg 2/08).

2. Tariftreue-Erklärung

Die Entscheidung des EuGH zu den niedersächsischen Tariftreue Regelungen (EuGH v. 3.4.2008, C-346/06 – „Rüffert“) ist schon durch die allgemeine Presse gegangen. Die Konsequenzen seien hier kurz zusammen gefasst:

- Landesvergabegesetze, die Tariftreue Regelungen enthalten, verstoßen nur dann nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt ist.

- Eine zulässige Gestaltungsmöglichkeit des Gesetzgebers wäre daneben nur ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn.
- Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 2007, 51), wonach Tariftreueverpflichtungen nicht dem Grundgesetz widersprechen, läuft damit leer, da das EG-Recht vorrangig ist.
- Angebote, die eine (rechtswidrige) Tariftreueerklärung nicht enthalten, dürfen nicht ausgeschlossen werden.
- Soweit in der Vergangenheit aufgrund solcher Klauseln schon Vertragsstrafen bezahlt wurden, können diese evtl. zurück gefordert werden.

3. Erfolgreicher Nachprüfungsantrag trotz Ausschluss des eigenen Angebotes

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass ein Nachprüfungsantrag – so berechtigt er inhaltlich sein mag – keinen Erfolg hat, wenn das Angebot des Bieters auszuschließen ist (zB wenn geforderte Unterlagen nicht eingereicht wurden). Hiervon wurde bislang nur eine Ausnahme gemacht, wenn der Bieter darlegen konnte, dass sämtliche Angebote an einem „gleichartigen Mangel“ leiden und daher sämtlich hätten ausgeschlossen werden müssen. Das OLG Düsseldorf hat nun den Rechtsschutz explizit erweitert – es müsse kein gleichartiger Mangel vorliegen, es reicht aus, dass im Ergebnis alle Mitbieter hätten ausgeschlossen werden müssen (OLG Düsseldorf v. 12.3.2008, VII Verg 56/07 – „Basis-Software“; ähnlich schon OLG Frankfurt v. 19.12.2006, IBR 2007, 446).

4. Bindefristverlängerung und Zeit- und Kostenänderungen

Ein - insbesondere durch rasch steigende Rohstoffpreise – häufiges Thema ist der Wunsch des Bieters, der nach einer Bindefristverlängerung den Zuschlag endlich erhält, zwischenzeitliche Preissteigerungen noch zusätzlich verlangen zu können. Die überwiegende Zahl der Gerichte hat Verständnis für diesen Wunsch (OLG Celle v. 25.6.2008, 14 U 14/08; OLG Hamm v. 26.6.2008, 21 U 17/08) – schließlich erfolgt die Verlängerung der Bindefrist zwar mit Einverständnis des Bieters, beruht aber meist auf einem noch laufenden Nachprüfungsverfahren, für das der Bieter nicht verantwortlich ist. Andere Gerichte sehen einen solchen Anspruch aber nur, wenn der Bieter der Verlängerung der Bindefrist nur unter Vorbehalt zugestimmt hat (OLG Saarbrücken v. 13.5.2008, 4

U 500/07; nach ganz überwiegender Ansicht würde ein solcher Vorbehalt aber zum Ausschluß des Bieters führen ...).

Ein ähnliches Problem stellt sich bei den Ausführungsfristen: Diese können evtl. bei einer Verschiebung des Zuschlages ebenfalls nicht mehr eingehalten werden. Hier hat nun der BGH festgehalten, dass eine „proportionale“ Verschiebung nur dann zurück gewiesen werden kann, wenn sich aus den Unterlagen für den Bieter ergab, dass der Endtermin auch bei einem verspäteten Baubeginn einzuhalten war. Keinesfalls dürfe die Vergabestelle den Bieter in einem solchen Fall aber einfach ausschließen – vielmehr müsse mit dem Bieter Kontakt aufgenommen und ihm Gelegenheit zur Korrektur gegeben werden (BGH v. 15.4.2008, X ZR 129/06).

5. Vorsicht bei kurzen Skonto-Fristen

Auf eine Entscheidung des BGH ist noch hinzuweisen: Werden die Bieter aufgefordert, Skonti anzubieten, muss die Vergabestelle diese bei der Wertung der Angebote mit berücksichtigen. Ist die Skontofrist aber vom Bieter sehr knapp bemessen, darf die Vergabestelle solche Skonti unberücksichtigt lassen, wenn sie dafür hält, dass sie die Fristen wahrscheinlich nicht einhalten kann (BGH v. 11.3.2008, X ZR 134/05).

IV.

Die vorstehenden Erläuterungen stellen lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen aus dem Vergaberecht dar und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit
FA für Gewerblichen Rechtsschutz
Rechtsanwalt

von Boetticher Hasse Lohmann
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Oranienstr. 164, 10969 Berlin

E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com
Tel. +49-30-61 68 94 03