

Öffentliche Bauaufträge

Kommunen haben begrenzte Ausschreibungspflicht

Im Oktober 2008 hatte das OLG Düsseldorf im Rahmen des Rechtsstreits zwischen der Helmut Müller GmbH und der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) eine Reihe von Fragen zur Auslegung des Begriffs des öffentlichen Bauauftrags vorgelegt. Auslöser des Rechtsstreits war der Verkauf einer Immobilie durch die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, gegen den Helmut Müller ein Vergabe-Nachprüfungsverfahren eingeleitet hatte. Das OLG Düsseldorf hielt den Vorgang aufgrund seiner umstrittenen „Ahlhorn“-Rechtsprechung für ausschreibungspflichtig. Nach dieser „Ahlhorn“-Rechtsprechung sollte eine ausschreibungspflichtige Baukonzession vorliegen, wenn die öffentliche Hand mit dem Grundstücksverkauf zumindest auch eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt, zum Beispiel wenn sie die Bebauung des Grundstücks beim Verkauf in einem über das örtliche Baurecht hinausgehenden Maß vorgibt.

terfällt, für die Einordnung als Bauauftrag müssen vielmehr Bauleistungen Vertragsgegenstand sein. Zwar setzt der Begriff des öffentlichen Bauauftrags nicht voraus, dass eine Bauleistung für den Auftraggeber in einem körperlichen Sinne beschafft wird; die Bauleistung muss dem Auftraggeber jedoch zumindest unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Die bloße Ausübung städtebaulicher Regelungszuständigkeiten erfüllt diese Voraussetzung, anders als vom OLG Düsseldorf angenommen, jedoch nicht. Ein öffentlicher Bauauftrag liegt daher nur vor, wenn der Auftragnehmer eine einklagbare Verpflichtung zur Erbringung von Bauleistungen übernimmt. Die bloße Schaffung von Baurecht durch Aufstellung eines Bebauungsplans oder Erteilung einer Baugenehmigung reicht nicht aus, um einen Grundstücksverkauf vergaberechtspflichtig zu machen.

Grundstück zum Marktwert verkauft

Infolge der Entscheidung des EuGH kann die öffentliche Hand Grundstücksverkäufe grundsätzlich wieder ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens abwickeln. Vorsicht ist allerdings dann geboten, wenn sich der öffentliche Verkäufer finanziell oder durch Risikotübernahme am Projekt beteiligen will, denn beides stellt ein Indiz dafür dar, dass ihm die Bauleistung unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt und daher der Grundstücksverkauf doch dem Vergaberecht unterliegt. Außerdem müssen auch reine Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand aus haushalts- und beihilferechtlichen Gründen regelmäßig im Wettbewerb erfolgen, damit der Auftraggeber nachweisen kann, dass er das Grundstück zum Marktwert verkauft hat. Wenn der Auftraggeber dabei Verfahrensregeln aufstellt, ist er daran ebenso gebunden wie ansonsten an das Vergaberecht. Beim Verstoß gegen diese Regeln können benachteiligte Bieter den Verkauf durch einstweiligen Rechtsschutz verhindern oder Schadensersatz in Höhe ihrer Angebotskosten vom Auftraggeber verlangen. Insofern sollte die öffentliche Hand auch nach „Helmut Müller“ nicht unbedenktlich und pauschal mit dem Thema Grundstücksverkäufe umgehen, sondern stets überprüfen, ob beim Verkauf vergaberechtliche, haushaltsrechtliche oder beihilferechtliche Vorschriften zu beachten sind. > VOLKMAR WAGNER

Die Autoren der Artikel dieser Seite sind Rechtsanwältin bei CMS Hasche Sigle.



Wie genau ein zu beschaffendes Produkt in einer Ausschreibung beschrieben sein darf, darüber wird immer wieder gestritten.

FOTO B52

Ausdehnung des Vergaberechts

Der deutsche Gesetzgeber sah diese Ausdehnung des Vergaberechts auf öffentliche Grundstücksverkäufe von Anfang an äußerst kritisch und versuchte gegenzusteuern: Mit der Vergaberichtlinie 2009 wurde auch § 99 GWB, der den Begriff des öffentlichen Auftrags zum Gegenstand hat, geändert; „Ahlhorn“-Konstellationen wurden nach § 99 Abs. 3 GWB ausdrücklich vom Vergaberecht ausgenommen, indem für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags gefordert wird, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss. Die Vorlagefragen des OLG Düsseldorf hatten im Wesentlichen die Europarechtskonformität des neuen § 99 Abs. 3 GWB zum Gegenstand.

Anwendungsbereich überspannt

Am 25.03.2010 entschied der EuGH (C-451/08), dass der neue § 99 GWB den europarechtlichen Anforderungen genügt und stellte damit klar, dass das OLG Düsseldorf den Anwendungsbereich des Vergaberechts überspannt hatte. Der Gerichtshof wiederholte zu nächst, dass ein Grundstücksverkauf allein kein öffentlicher Auftrag sei, der dem Vergaberecht un-

Welche konkreten Anforderungen dürfen in der Leistungsbeschreibung aufgelistet werden?

Die Freiheit des Auftraggebers

Ein bislang ungeklärtes Problem wird nach einigen aktuellen Entscheidungen des OLG Düsseldorf wieder diskutiert: Welche Freiheit hat der Auftraggeber beim Auftragsgegenstand? Die Frage stellt sich vor allem dann, wenn die Leistungsbeschreibung konkrete Anforderungen aufstellt, die bestimmte Unternehmen benachteiligen. Insbesondere sieht der in allen Vergabeordnungen enthaltene Grundsatz der Produktneutralität vor, dass die Vorgabe von Marken, Patenten, einer bestimmten Herkunft oder Produktion grundsätzlich verboten ist, es sei denn, sie ist aufgrund des Auftragsgegenstandes gerechtfertigt oder der Auftragsgegenstand kann nur mit ihrer Hilfe genau beschrieben werden.

Im Ausgangspunkt herrscht in der deutschen Rechtsprechung noch Einigkeit: Ein öffentlicher Auftraggeber darf den Auftragsgegenstand selbst bestimmen. Wo aber ist die Grenze zwischen zulässiger Bestimmung des Auftragsgegenstandes und Verstoß gegen die Produktneutralität? Einige Vergabekammern und Gerichte nehmen an, dass die Vorschriften zur Produktneutralität die Freiheit des öffentlichen Auftraggebers von vornherein begrenzen.

Andere trennen die Beschreibung des Auftragsgegenstands von der grundsätzlichen Entscheidung über den Auftragsgegenstand; diese Entscheidung soll dem Vergabeverfahren vorgelagert sein und nicht den vergaberechtlichen Regeln unterfallen. Dieser Ansicht folgt auch das OLG Düsseldorf (15.06.2010, Verg 10/10; 03.03.2010, Verg 46/09; 17.02.2010, Verg 24/09). Es geht davon aus, dass der Auftraggeber für die produktspezifische Beschreibung lediglich einen auftrags- und sachbezogenen Grund braucht. Die Wettbewerbsbeschränkung durch einen eng gefassten Auftragsgegenstand ist als Folge des vorgelagerten Bestimmungsrechts des Auftraggebers hinzunehmen. Das hatten das OLG Jena (26.06.2006, 9 Verg 2/06) und das OLG Celle (22.05.2008, 13 Verg 1/08) anders gesehen. Sie fordern vom Auftraggeber nicht nur einen sachlichen Grund, sondern eine umfassende Begründung, warum der Auftraggeber nur einen spezifischen Gegenstand beschaffen möchte. Die Hürde des OLG Düsseldorf ist also deutlich niedriger.

Bedeutet die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nun die gro-

ße Freiheit für öffentliche Auftraggeber? Vorsicht bei der Produktneutralität ist immer noch geboten: Zum einen gibt es entgegen gesetzte Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte. Dem Bundesgerichtshof hat das OLG Düsseldorf die Frage nicht vorgelegt. Eine klärende höchstgerichtliche Entscheidung fehlt also nach wie vor. Zum anderen muss der Auftraggeber auch schon von Beginn der Ausschreibung an die sachlichen und auftragsbezogenen Gründe für die spezifische Produktbeschreibung nachvollziehbar dokumentieren. Ob ein Dokumentationsverstoß durch das Nachschreiben einer Begründung geheilt werden kann, ist noch nicht abschließend geklärt.

Warenverkehrsfreiheit ist zu beachten

Darüber hinaus könnte – was die Rechtsprechung bislang offenbar noch nicht bedacht hat – ein zu enger Auftragsgegenstand die europarechtlichen Grundfreiheiten beschränken. Insbesondere die Warenverkehrsfreiheit ist nämlich auch dann zu beachten, wenn der Auftraggeber sich noch

außerhalb vergaberechtlicher Vorschriften bewegt. Selbst wenn die Festlegung eines engen Auftragsgegenstands nach dem OLG Düsseldorf nicht am Vergaberecht zu messen ist, könnte der Auftraggeber damit dennoch die Warenverkehrsfreiheit beschränken. Um eine solche Beschränkung zu rechtfertigen, braucht er nach europarechtlichen Vorgaben zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses wie zum Beispiel Umweltschutz, Aufrechterhaltung des staatlichen Gesundheitssystems, etc. – also weit mehr als der vom OLG Düsseldorf geforderte sachliche Grund oder die vom OLG Jena geforderte Rundumschau. Es könnte daher sein, dass der EuGH im Falle seiner Auffassung einen weit-aus strengeren Maßstab aufstellen könnte als dies die deutschen Gerichte bislang getan haben.

Die Rechtsprechung hat damit das Verhältnis zwischen Beschaffungsgegenstand und produktneutraler Beschreibung wieder entdeckt, ohne es bislang rechtssicher zu klären. Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf belegen aber die aktuelle Tendenz, öffentlichen Auftraggebern mehr Freiheit zu geben.

> PHILIPP-CHRISTIAN SCHEEL

Stadtwerke sind nicht inhouse-fähig

Stromlieferung an Private

Die Inhouse-Vergabe stellt eine der wenigen Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber dar, einen Auftrag ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu vergeben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) setzt eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe voraus, dass der Auftraggeber am Auftragnehmer beteiligt ist und an diesem keinerlei private Beteiligung besteht.

Außerdem setzt sie voraus, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber ausübt, die seine Anteile innehaben („Wesentlichkeitskriterium“). Dabei bereitet vor allem das Wesentlichkeitskriterium regelmäßige Schwierigkeiten.



Wenn mehr als 10 Prozent der Umsätze aus Stromlieferungen an Privatstammen, ist eine kommunale Stadtwerke-GmbH nicht mehr im Wesentlichen für die dahinterstehende Kommune tätig.

FOTO B52

Das Oberlandesgericht Hamburg hat nunmehr entschieden, dass eine kommunale Stadtwerke-GmbH nicht mehr im Wesentlichen für die dahinterstehende Kommune tätig ist, wenn ihre Umsätze zu mehr als 10 Prozent aus Stromlieferungen an Private stammen.

Die Folge dieser Entscheidung ist, dass die Kommune nicht mehr berechtigt ist, die Stadtwerke inhouse ohne Vergabeverfahren zu beauftragen.

Die bisherige Entscheidungspraxis (zum Beispiel VK Arnberg, 26.10.2005, VK 15/05) ging dagegen davon aus, dass die Versorgung der Einwohner mit Energie nicht als inhouse-schädliches Drittgeschäft anzusehen ist. Sollte sich die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamburg durchsetzen, wäre dies das Ende der Inhouse-Fähigkeit der kommunalen Stadtwerke. > VOLKMAR WAGNER

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

Auf der e-Vergabepattform baysol.de finden Sie alle im Bayerischen Staatsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen. Recherchieren Sie gezielt nach den für Sie relevanten Ausschreibungen:

www.baysol.de

- > Zielgenaue Auftragsuche
- > Schnelle und komfortable Volltextsuche
- > Über 1.300 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85% Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung