

Deutsches Vergaberecht und europäische Rechts- entwicklung

Von Dr. Rüdiger Scheller und Volko Depner

- Müssen städtebauliche Projekte europaweit ausgeschrieben werden? Führt "Defacto-Vergabe" zur Nichtigkeit aller Verträge? Ist Anmieten durch die Kommune immer ausschreibungspflichtig? Zwei Experten beantworten die kniffligen Fragen und geben wertvolle Ratschläge für die Kämmerer-Praxis

PROBLEMKREIS I:

Vergaberechtliche Anforderungen an Immobiliengeschäfte und städtebauliche Verträge

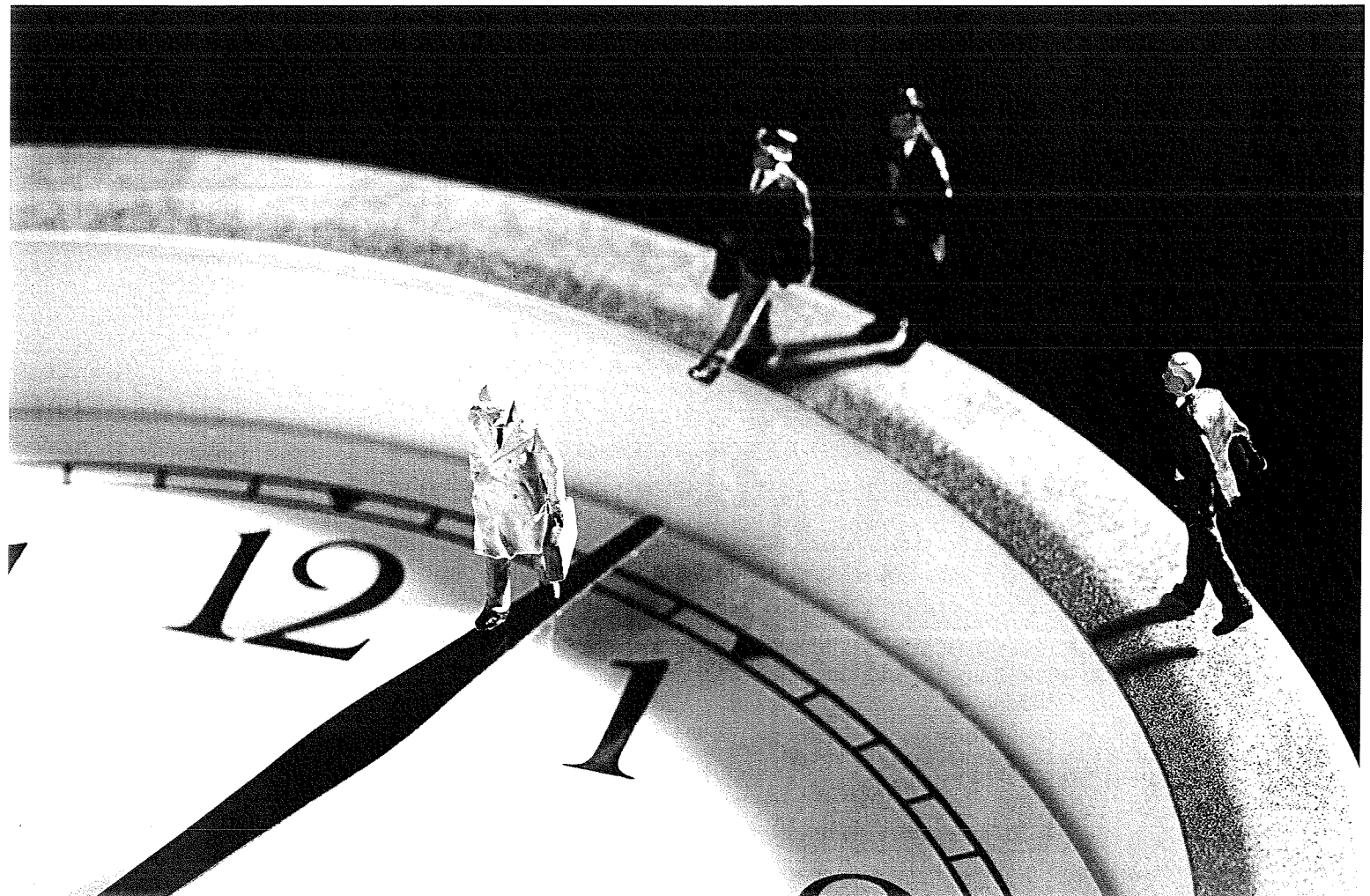
Die Baulandentwicklung steht vor einer neuen, großen Herausforderung, deren Folgen sich bereits jetzt darin zeigen, dass einige Großprojekte seit kurzem

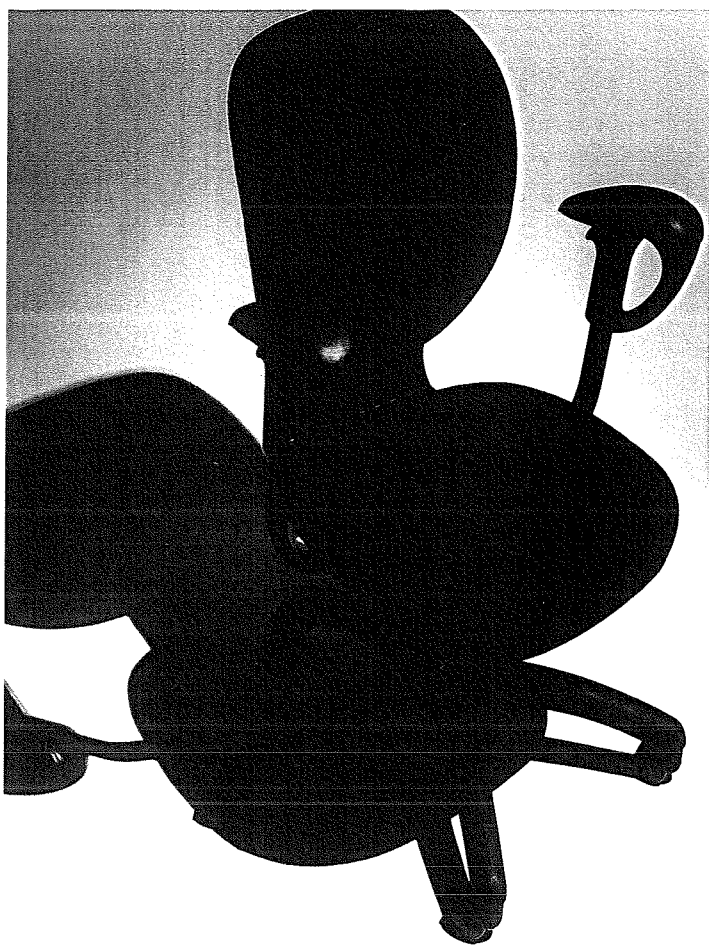
auf Eis liegen. Auslöser ist der am 13.06.2006 ergangene Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf zum Fliegerhorst Ahlhorn (Az.: VII Verg 2/07). Die Richter legen darin neue Maßstäbe für die Frage fest, ob Bauvorhaben, die im Zusammenhang mit städteplanerischen Projekten stehen europaweit ausgeschrieben werden müssen.

Nach dieser Entscheidung und einer Entscheidung des EuGH vom 18.01.2007 (Az.: RS C 220/05) ist nunmehr klar:

Wenn die öffentliche Hand als Auftraggeber ein Grundstück an einen Investor als Auftragnehmer verkaufen will und dieser das Grundstück mit einem bestimmten Vorhaben bebauen soll, ist immer das

Vergaberecht anzuwenden. Sofern die Bausumme größer als 5,1 Millionen Euro ist (neue gesenkte Schwellenwerte ab 2008), muss der Grundstücksverkauf auch europaweit ausgeschrieben werden. Das gilt sogar dann, wenn der Investor von der öffentlichen Hand keine Vergütung erhält, sondern sich über den Weiterverkauf oder die Wei-





tervermietung des bebauten Grundstücks refinanziert. In diesen Fällen liegt eine – ebenfalls ausschreibungspflichtige – Baukonzession vor.

Für die Annahme einer solchen Konzession reicht es nach der genannten aktuellen Rechtsprechung bereits aus, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer zu der Erstellung von Bauvorhaben entsprechend seinen Erfordernissen verpflichtet. Es ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber einen eigenen Beschaffungsbedarf befriedigen will. Schon das mittelbare Eigeninteresse an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung ist ausreichend.

Eine mit dem Verkauf des Grundstücks verbundene Bauverpflichtung genügt für die Annahme eines Bauauf-

trages, selbst wenn der Auftragnehmer seine Leistung selbst nutzt. Ohne Belang für die Frage der Entgeltlichkeit der Baukonzession ist auch, ob der Auftraggeber an den Auftragnehmer als Konzessionär ein Entgelt entrichtet oder nicht. Teilweise wird vertreten, dass eine Ausschreibungspflicht dann nicht besteht, wenn eine konkret und differenziert beschriebene Bauleistung nicht vorgeschrieben wird (so vom Ansatz her Schabel in IBR 2007, 3124).

URTEIL GEGEN WETTBEWERB

Diese Rechtsauffassung muss bezweifelt werden: Besonders bei PPP-Projekten ist es üblich, Leistungen nicht detailliert vorzugeben, sondern vielmehr im Sinne einer Output-Spezifikation (§ 9 Nr. 15 bis 17

DIE NUTZWERT-ANALYSE IST EIN ZULÄSSIGES VERFAHREN ZUR NUTZEN-BEMESSUNG VON ELW.

VOB/A spricht hier von einer sogenannten Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm) zu beschreiben.

Daher kann es nicht darauf ankommen, wie genau die Bauleistung beschrieben wird, vielmehr ist allein entscheidend, dass überhaupt eine Bauleistung - in welcher Form auch immer - vertraglich geschuldet ist.

Diese Rechtsauffassung hat das OLG Düsseldorf aktuell mit einem weiteren Beschluss vom 12.12.2007 (AZ VII Verg 30/07) bekräftigt. In diesem Fall wollte eine Kommune durch einen Investorenwettbewerb den Verkauf und die Bebauung zusammenhängender städtischer Grundstücke erreichen. Die Grundstücke sollten gegen Höchstgebot mit Bauverpflichtung veräußert werden.

NICHT IMMER EIN BAUAUFTRAG

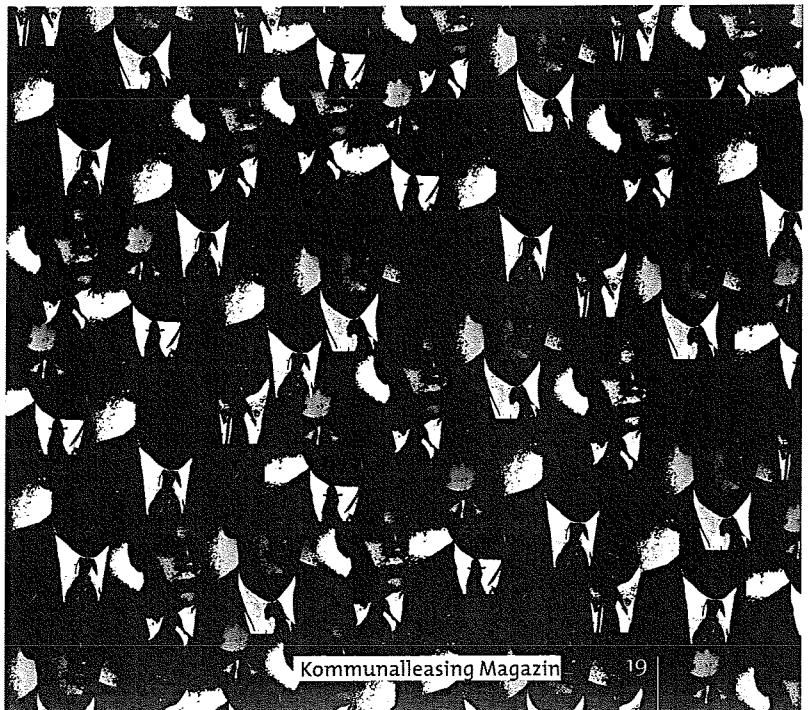
Die Bebauung sollte die städtische Infrastruktur verbessern und den betreffenden Stadtteil aufwerten. Auch hier hat das OLG Düsseldorf das geplante Vertragswerk als einen öffentlichen Bauauftrag mit der Konsequenz der europäischen Ausschreibungspflicht qualifiziert, da neben einem Grundstücksver-

kauf ein Bauwerk zu errichten war, dass eine wirtschaftliche Funktion erfüllen soll.

Abgrenzend dazu wird von einem Bauauftrag beziehungsweise einer Baukonzession dann nicht auszugehen sein, wenn der Investor beispielsweise nur verpflichtet werden soll, Altlasten zu entsorgen oder beim Wohnungsbau bestimmte soziale Quoten zu beachten (zutreffend auch Schabel in IBR 2007, 3124). Dies ist kein Bauauftrag entsprechend den Erfordernissen im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie, die einmal mehr die Dominanz der europäischen Rechtsentwicklung für nationales Recht dokumentiert.

Auf jeden Fall ist zu erwarten, dass unterlegene Investoren in laufenden Verfahren von den Rechtsschutzmöglichkeiten verstärkt Gebrauch machen werden. Oft geht es bei solchen Konstellationen um die Filetstücke der Kommunen und damit um Objekte mit erheblicher wirtschaftlicher und politischer Bedeutung, deren Vermarktung nunmehr nur noch mit hoher Transparenz möglich ist.

Demzufolge ist es zu begrüßen und zu empfehlen, in Grenzfällen ein Vergabeverfahren durchzuführen.



PROBLEMKREIS II: VERTRAGSNICHTIG- KEIT BEI DEFAC- TO- VERGABEN

Mit Urteil vom 18. Juli 2007 (Az.:Rs. C 503/04) hat der EuGH klargestellt, dass vergaberechtswidrige, weil ohne europaweite Ausschreibung – defacto-vergebene Dienstleistungsverträge beendet werden müssen. Diese Verpflichtung gilt für alle staatlichen Untergliederungen mithin auch für Länder und Kommunen, sofern diese den rechtswidrigen Vertrag abgeschlossen haben.

EU SCHLIESST LETZTE LÜCKEN

Mit dieser Entscheidung kommt eine Entwicklung zum Abschluss, welche bereits Mitte der 90er Jahre begonnen hatte. Seinerzeit vergaben die Gemeinde Bockhorn und die Stadt Braunschweig Dienstleistungsaufträge über Abwasserbeseitigungs- beziehungsweise

gleichen Sie bitte Jennert/Räuchle; NZBau 2007, 555 ff).

Der EuGH hat ausgeführt, dass eine zwingende Verpflichtung des Mitgliedsstaats besteht, alle zur Beseitigung der Vertragsverletzung geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, ohne dass dem ein wie auch immer geartetes Hindernis entgegengehalten werden kann. Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich im Verfahren vergeblich auf den im deutschen Recht geltenden Grundsatz „Pacta sunt servanda“ berufen: Mitgliedstaaten oder deren Untergliederungen sind somit verpflichtet, rechtswidrig geschlossene Dienstleistungsverträge zu kündigen und zwar unabhängig davon, ob der private Partner daraus Schadensersatzansprüche ableitet oder nicht.

FAZIT

Dienstleistungsverträge müssen von den öffentlichen Auftraggebern beendet wer-

Müllentsorgungsleistungen mit einer Laufzeit von jeweils 30 Jahren an private Unternehmen, ohne eine europaweite Bekanntmachung zu veröffentlichen (instruktiv zu diesem Problembereich ver-

den – koste es, was es wolle. **Öffentlichen Auftraggebern ist vor diesem Hintergrund dringend anzuraten, Sonderkündigungsrechte für den Fall einer Beendigungspflicht vorzusehen und im übrigen**



auch alle Dienstleistungen entsprechend den Schwellenwerten auszuschreiben.

Im zitierten Urteil hat der EuGH sich nur zu Dienstleistungsaufträgen geäußert. Ob eine Beendigungspflicht oder Rückabwicklung auch bei Bau- und Lieferverträgen besteht, ist vom EuGH bisher nicht entschieden worden.

WARNUNG VOR DEN FOLGEN

Es sind allerdings keine Gründe ersichtlich, bei Bau- oder Lieferverträgen anders zu verfahren, obwohl – gerade bei Bauverträgen – die Rückabwicklung enorme Probleme aufwirft insbesondere dann, wenn die Bauleistung bereits teilweise oder vollständig erbracht wurde.

Würde man diese Rechtsprechung nicht auf Bau- und Lieferverträge anwenden, könnte der Auftraggeber aus seinem vertragswidri-

gen Verhalten Nutzen ziehen und mangels wirksamen Abschreckungseffekt würde kein praktischer Anreiz für die Einhaltung der Vergabevorschriften bestehen.

Inwieweit sich der Auftraggeber gegebenenfalls auf die Unzumutbarkeit einer Rückabwicklung eines zwischenzeitlich fortgeschrittenen Bau- oder Liefervertrages berufen kann, ist bisher nicht geklärt, dürfte aber kaum erfolgversprechend sein. Dieser Gefahr sollte sich kein öffentlicher Auftraggeber aussetzen und daher in jedem Falle unabhängig von der Vertragsart die Ausschreibungspflicht sorgfältig prüfen und im Zweifel auszuschreiben.

Offen ist des Weiteren die Frage, ob eine Beendigungspflicht bei jedem Vergabefehler besteht oder nur der schwerwiegende Verstoß einer „Defacto-Vergabe“ zu einem Vertragsverletzungs-

verfahren und einer vom EuGH auszusprechenden Beendigungspflicht führen kann.

ERSCHWERTE BESCHAFFUNG

Nach einem Vorschlag der EU-Kommission für die Neufassung der Vergabemitteilrichtlinie vom 4. Mai 2006 soll dies jedoch nur für „Defacto-Vergaben“ gelten. Dies erscheint auch sachgerecht. Angesichts der nahezu unüberschaubaren vergaberechtlichen Rechtsprechung kann es nicht sein, dass bei jedem kleinen Vergabeverstoß die Auftragsvergaben in unerträglicher Weise mit Rechtsunsicherheit belastet werden, weil im Anschluss an ein Nachprüfungsverfahren noch mit einer Beschwerde bei der europäischen Kommission gerechnet werden müsste.

Der EuGH würde so zu einer – in aller Regel erst nach Jahren – entscheidenden Superrevisionsinstanz der Vergabekammern und –senate (Jennert / Räuchle NZBau 2007, 557). Dies würde den öffentlichen Beschaffungsprozess unzumutbar erschweren.

Niemand könnte sonst sicher sein, ob ein abgeschlossener Vertrag tatsächlich Bestand hat oder nicht, so dass der restriktiven Auslegung zu folgen ist.

PROBLEMKREIS III: EIN INVESTOR IST EIGENTÜMER EINES GRUNDSTÜCKS, AUF DEM EIN GEBÄUDE ERRICHTET WERDEN SOLL.

Nicht selten treten Investoren, die Eigentümer eines Grundstücks sind oder ein solches „an der Hand“ haben, an die Kommune heran und unter-

breiten Projektentwicklungsvorschläge. In aller Regel ist dann beabsichtigt, auf diesem Grundstück des Investors ein öffentliches Gebäude nach Vorgaben der öffentlichen Hand zu errichten, wobei sich diese verpflichtet, die

Gebäude für einen bestimmten Zeitraum anzumieten. Ob diese Konstellation ausschreibungspflichtig ist, wenn die Bauleistungen mehr als 5,1 Millionen Euro betragen, ist bisher rechtsdogmatisch kaum erschlossen und nicht abschließend geklärt.

Unzweifelhaft ist das Vergaberecht zu beachten, da eine

Freistellung gemäß § 100 Abs. 2 h) GWB nur bei Anmietung von bereits bestehenden Gebäuden besteht. Soll ein Gebäude nach Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers errichtet und von dieser dann angemietet werden, handelt es sich zweifelsfrei um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des GWB.

Fraglich ist indes, ob bei einer derartigen Konstellation ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit der Begründung ausreichend ist, dass nur ein bestimmtes Grundstück für die Errichtung des Gebäudes geeignet ist und der Eigentümer des Grundstücks zu dessen Überlassung nur bereit ist, wenn er auch die Baumaßnahme durchführen darf und das Gebäude dann der öffentlichen Hand gegen Entgelt zur Verfügung stellt.

Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb entspricht dabei im wesentlichen einer freihändigen Vergabe im nationalen Vergaberecht Deutschlands. Gemäß § 3 a Nr. 6 Lit c. VOB/A ist ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb dann zulässig, wenn die Arbeiten auf Grund von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können.

Diese Norm erfasst die so genannten Monopolstellungen, weil es nicht sachgerecht wäre, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen, wenn nur ein einziger Auftragnehmer in Betracht kommt. Die Bestimmung ist aber eng auszulegen. Da das Bauplanungsrecht in Verbindung mit dem Enteignungsrecht der öffentlichen Hand die Möglichkeit gibt, Eigentum an grundsätzlich jedem Grundstück zu erlangen, das für öffentliche Zwecke benötigt wird, kann nicht davon

ausgegangen werden, dass in derartigen Fällen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtssicher ist.

ZEIT SPIELT KEINE ROLLE

Auch die Begründung, dass ein Enteignungsverfahren für die Erfüllung des öffentlichen Interesses an dem Grundstück zu lange dauert, wird in aller Regel nicht greifen, um ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu wählen. Zwar sieht § 3 a Nr. 6 Lit d. VOB/A auch vor, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zulässig ist, wenn die Leistung besonders dringlich ist. Allerdings können bei ordnungsgemäßer Vorbereitung regelmäßig andere Möglichkeiten in Betracht gezogen werden, zumal der Dringlichkeitstatbestand eng auszulegen ist. Als Beispiel kommt eine Anwendung – wie etwa bei Katastrophen oder Flutschäden – in Betracht.

Von der öffentlichen Hand selbst verursachte Dringlichkeit, wie etwa durch langwierige Entscheidungsprozesse und schleppende Bearbeitung, begründen niemals ein Recht zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb.

Im Endeffekt läuft diese Konsequenz darauf hinaus, dass selbst bei Nutzung eines privaten für Zwecke der öffentlichen Hand zu bebauenden Grundstückes uneingeschränkt eine europaweite Ausschreibung vorzuziehen ist, um rechtssicher zu gestalten. ■

Dr. Rüdiger Scheller ist Senior-Partner der Kanzlei der Rechtsanwälte Dr. Scheller, Hofmeister & Partner und Vorsitzender des PPP-Instituts e.V. Volko Depner ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Lehrbeauftragter für Bau- und Vergaberecht.

SELBST VERURSACHTE DRINGLICHKEITEN BEGRÜNDEN NIE DAS RECHT AUF WETTBEWERB ZU VERZICHTEN.

