

Workshop Vergaberecht

03

Juli 2008



Vergaberecht und Ausschreibungswesen
in der kommunalen Praxis des
nordrhein-westfälischen Stadtumbaus

[Protokoll]

Themen und Ziele

[Themen und Ziele der Veranstaltung]

Das Vergaberecht spielt für Städte und Kommunen bei der Vergabe öffentlicher Bau- und Planungsaufträge seit geraumer Zeit eine immer bedeutendere Rolle. Fragen in diesem Themenkomplex stellen die kommunalen Stellen oftmals vor große Herausforderungen bei der juristisch korrekten Erarbeitung und Formulierung von Ausschreibungen und bei der Verwendung öffentlicher Fördermittel.

Alhorn-Urteil

verunsichert die Kommunen

Darüber hinaus haben die nationale Rechtsprechung sowie Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes [EUGH] den Stellenwert des Vergaberechts für die kommunale Praxis im Hinblick auf die Beauftragung Dritter deutlich erhöht [Alhorn Urteil]. Das Haftungsrisiko für die Kommune hat insgesamt deutlich zugenommen. Während es der EU-Kommission um die Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens geht, fordern viele Städte und Kommunen mehr Flexibilität bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Ziel der Veranstaltung war es, gemeinsam mit Vertretern des MBV, den Bezirksregierungen inklusive Vergabekammer, geladenen Rechtsexperten, sowie Vertretern der Städte mit fundierten Praxiserfahrungen aus URBAN-Projekten, die aktuellen Entwicklungen des Vergaberechts im Bereich der städtebaulichen Planung und Realisierung von Projekten zu diskutieren. Es galt, kompetente und verlässliche Antworten zu erhalten und gemeinsam Lösungswege zu finden. Im Verlauf des Workshops wurden unter anderem folgende Themen und Fragestellungen diskutiert:

Themen

des Workshops

- Welche Voraussetzungen und Verpflichtungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens [nationales oder EU-Recht] sind zwingend zu beachten?
- Welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bieten europäisches und nationales Vergaberecht bei der Ausgestaltung von Ausschreibungsverfahren?
- Wie stellt sich die aktuelle rechtliche Situation bei der Vergabe von Bauaufträgen und bei Grundstücksgeschäften nach den jüngsten Gerichtsurteilen [z.B. Alhorn Urteil] für die Städte und Kommunen dar?

Stichwortverzeichnis

[Stichwortverzeichnis]

Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte	6
Wettbewerbs- und Diskriminierungsfreiheit	8
Wettbewerbsverfahren	10
Verhandlungsverfahren	11
Wettbewerbliches Dialogverfahren	12
Vergabe in der Stadterneuerung	13
Dringlichkeit	14
Bedarfspositionen	16
Quartiersmanagement	18
Grundstücksverkäufe	23
Fallbeispiele zur Urteilen	26
Anders lautende Rechtsprechungen	27
Kommunale Grundstücksgeschäfte	29
Baukonzessionen	30
Gewerbegrundstücke	31
Markterkundung	33
Umgang mit Investoren	34
Festsetzungen im Bebauungsplan	38
Offene Fragen	40
Checkliste	40



[Begrüßung und Einführung]

Herr [Froessler](#) begrüßt die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Workshops „Vergaberecht und Ausschreibungswesen in der kommunalen Praxis des nordrhein-westfälischen Stadtumbaus“. Das alltägliche Beratungsgeschäft der Innovationsagentur zeigt, dass es innerhalb der Kommunen eine erhöhte Verunsicherung bei der Vergabe von Leistungen und Aufträgen gibt. Der Workshop Vergaberecht soll diese Verunsicherungen ein Stück weit entkräften und den Vertretern der Kommunen eine Checkliste an die Hand geben, um in Zukunft gesicherte Vergabeverfahren durchführen zu können.

Thema:

Vergaberecht

Um dieses Ziel zu erreichen, wurden verschiedene Experten eingeladen. Die Kanzlei Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier aus Bonn wird vor allem Fragen zu Anforderungen an europaweite Ausschreibungen und Vergabeverfahren erläutern. Die Kanzlei wird vertreten durch die Rechtsanwältin [Dr. Heike Glahs](#). Die zweite Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen wird vor allem die Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung auf kommunale Bauprojekte und Grundstücksgeschäfte näher beleuchten. Vertreten wird diese Kanzlei durch die Rechtsanwälte [Christian Ruppe](#) und [Carsten Schmidt](#).

Zusätzlich wurde auch [Frau Hugenroth](#) als Vorsitzende der Vergabekammer bei der Bezirksregierung in Arnsberg eingeladen, um Erfahrungen aus der Praxis zu berichten. Ebenfalls von der Bezirksregierung aus Arnsberg konnte [Herr Kordel](#) Details des Förderwesens zur Diskussion beitragen. Weiterhin konnte [Herr Deitelhoff](#) gewonnen werden, der im Rahmen der Umsetzung des Dortmunder URBAN II-Programms Erfahrungen im Bereich der Vergabe gesammelt hat.

Der Workshop will mit allen Teilnehmern gezielt Fragen aus der Praxis beantworten helfen. Der Austausch untereinander und mit den Experten soll neue Sicherheit im Umgang mit dem Vergaberecht geben. Am Ende des Protokolls ist eine Checkliste für Ausschreibungsverfahren eingearbeitet worden, die im Wesentlichen auf der Grundlage der Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen beruht.

Das folgende Protokoll basiert auf den Diskussionsergebnissen des Workshops. Anhand von verschiedenen Oberthemen kann der Leser mit Hilfe von Leitfragen die wichtigsten Informationen zu Ausschreibungsverfahren und dem Vergaberecht nachlesen.

Insgesamt betrachtet gibt es vier Vergabeverfahren, die eine Anwendung in der kommunalen Praxis finden können. Es gibt das offene Verfahren, das nicht-offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog, der nur oberhalb der Schwellenwerte Anwendung findet.

Europäisches Vergaberecht

[Allgemeine Informationen zur Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte]

Frau [Dr. Glahs](#) erklärt, dass unter dem Begriff „europaweite Ausschreibungen“, den viele Kommunen gerne verwenden, verstanden wird, dass es sich um Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte handelt. Unter dem Gesichtspunkt des materiellen Vergaberechts bei Bauaufträgen unterscheiden sich die so genannte europaweite Ausschreibung und eine Ausschreibung unterhalb der Schwellenwerte kaum. Der größte Unterschied ist die Rechtsschutzmöglichkeit für Bieter bei europaweiten Ausschreibungen. Es wird im Augenblick auch sehr kontrovers diskutiert, ob es auch schon einen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte für Bieter geben soll.

Herr [Schmidt](#) ergänzt, dass es als weiteren Unterschied den §13 der Vergabeverordnung gibt. Dieser Paragraph normiert eine Mitteilungspflicht des öffentlichen Auftraggebers. Er muss mitteilen, wer den Auftrag bekommen soll. Man muss danach weitere 14 Kalendertage abwarten, bevor man den Auftrag vergibt. Hält man diese Frist nicht ein, hat man einen nicht wirksamen Vertragsschluss bewirkt. Wenn gegen diesen §13 in dem besagten Sinne verstoßen wird, entsteht ein Nichtigkeitsgrund. Das heißt, dass alle Verträge dann nichtig sind. Von daher ist der §13 sehr zentral im Rahmen der Vergaberichtlinien, was bei Ausschreibungen, die europaweit getätigt werden, beachtet werden muss.

Anders verhält es sich, wenn man die Ausschreibung nicht nach VOB/A [Verdingungsordnung für Bauleistungen – Teil A], sondern nach VOF [Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen] oder auch ansatzweise nach VOL [Vergabeordnung für Lieferungen und Leistungen] durchführen muss. Die VOL/A gilt in NRW unterhalb der Schwellenwerte nur aufgrund von Erlassen. Es gibt dort insbesondere den Runderlass des Innenministeriums in NRW. Dieser empfiehlt, dass die VOL/A angewendet werden soll, stellt aber keine zwingende Vorschrift dar. Oberhalb der Schwellenwerte sind die angesprochenen Verdingungsordnungen [VOB/A, VOL/A, und VOF] zwingend. Unterhalb der Schwellenwerte ist für die Gemeinden die VOB/A ebenfalls zwingend, die VOL/A sollte angewandt werden und die VOF gilt nicht. Das ist ein wesentlicher Unterschied zwischen europaweit und nicht-europaweit.

Das Europarecht hat jedoch eine zweite Ebene des Vergaberechts eingeführt, die sehr weit reichende Folgen auch bei den Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte hat. Auf europäischer Ebene wurde durch verschiedene EUGH-Urteile [Europäischer Gerichtshof] entschieden, dass es auch außerhalb der Richtlinien - das heißt bei Auftragsvergabe unter 206.000 Euro im VOF- und Dienstlei-



Europaweite
Ausschreibung

Mitteilungspflicht nach
§13 Vergabeordnung

Anwendung von
VOB, VOL und VOF

Europäisches Vergaberecht

Bekanntmachung auch
unterhalb der Schwellen-
werte wichtig



stungsbereich und unter 5,1 Millionen im Baubereich - bestimmte Regeln gibt, die als Gemeinde oder als Kreis oder sonstige Gebietskörperschaft eingehalten werden müssen. Das heißt, dass die Kommunen auch unterhalb der Schwellenwerte oder im VOF Bereich eine Bekanntmachung machen müssen. Dies muss nicht unbedingt im Amtsblatt der EU passieren, aber dennoch einer breiten Öffentlichkeit und auch Unternehmen anderer Mitgliedsstaaten die Chance geben, sich für diesen Auftrag ebenfalls zu bewerben.

Hinzu kommt, dass sowohl die Auswahl der Bieter, mit denen man in Verhandlungen eintreten will, als auch das Verfahren selbst den allgemeinen Grundsätzen der Wettbewerbsfreiheit, der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit entsprechen müssen. Das heißt, dass man ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren dokumentieren muss, wozu nach Meinung des EUGH insbesondere auch gehört, dass alle Verfahrensschritte, die eingeleitet werden sollen, vorher bekannt gemacht und niedergelegt werden müssen. Aufgrund dieser Grundfreiheiten des EG-Vertrages gibt es also einen zweiten Schwellenwert.

Es gibt dazu eine Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2006, die auch im Internet unter folgendem Link abrufbar ist:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/cmm_2007_6661_de.pdf

Der Entwurf dazu sah zunächst zwei Schwellenwerte vor und besagte, dass ab 10 Prozent der Schwellenwerte, die dann zu dem Vergaberecht im engeren Sinne führen, schon diese Grundfreiheit beachtet werden müsste. In die endgültige Mitteilung wurde dies aber nicht mehr mit eingestellt. Das bedeutet, dass man sich bei einem Dienstleistungs- oder VOF-Auftrag schon bei etwa 30.000 bis 40.000 Euro Gedanken über eine europaweite Ausschreibung machen muss, bzw. bei einem Bauauftrag schon ab 500.000 Euro.

Auftragsvergaben ober-
halb und unterhalb der
Schwellenwerte

Zusammengefasst gibt es also zum einen die Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte und zum anderen unterhalb dieser Werte. Oberhalb der Schwelle bedeutet bei Bauaufträgen über ca. 5,1 Millionen Euro und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen über ca. 206.000 Euro zu liegen. Der Unterschied bei Bauaufträgen zwischen einer europaweiten und einer nationalen Ausschreibung ist materiellrechtlich nicht sehr groß. Der entscheidende Unterschied sind wie schon erwähnt, die Rechtsschutzmöglichkeiten für Bieter.

Bei den VOF Ausschreibungen ist der Unterschied sehr viel größer, weil die VOF erst ab dem Schwellenwert von 206.000 Euro gilt. Man ist daher lange Zeit davon ausgegangen, dass man unterhalb dieses Schwellenwertes bei freiberuflichen Leistungen frei ist. Dies ist leider

Europäisches Vergaberecht

nicht mehr der Fall, da die Grundfreiheiten des EG-Vertrages auch unterhalb der Schwellenwerte gelten. Die öffentliche Hand muss diese Grundfreiheiten in jedem Fall beachten. Der Begriff "öffentliche Hand" wird dabei in Europa sehr weit verstanden. Eine kommunale GmbH ist aus europarechtlicher Sicht auch schon bei einem Auftrag von 50.000 Euro „öffentliche Hand“. Die zuvor genannte Mitteilung der Kommission ist daher sehr zu empfehlen.

[Unterschied zwischen Wettbewerbs- und Diskriminierungsfreiheit]

Was ist genau der Unterschied zwischen Diskriminierungsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit?

Wettbewerbsfreiheit bedeutet vor allem freien Dienstleistungs- und Warenverkehr und besagt, dass man nicht dadurch benachteiligt werden darf, dass man sich in einem anderen Land niederlässt und sich von dort aus als Ausländer um einen Auftrag bemühen können muss.

Wettbewerbsfreiheit

Diskriminierungsfreiheit bedeutet, dass man weder, weil man aus einem anderen Mitgliedsstaat kommt oder aus anderen Gründen einen Bieter diskriminieren darf. Es kann aber sein, dass sich aus den Grundfreiheiten oder aus den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft unmittelbare Bieterrechte zwischen deutschen Unternehmen ergeben. Eigentlich handelt es sich um ein rein europäisch geprägtes Recht, dennoch streiten sich vor allem die Deutschen darum.

Diskriminierungsfreiheit

Frau [Hugenroth](#) von der Vergabekammer ergänzt, dass dieser Gedanke des freien Wettbewerbs durchaus seine Berechtigung hat. Denn es ist häufig schon auf der regionalen Ebene für manche Bieter nicht einfach, von einer Stadt in die nächste zu wechseln, da die Regionalpolitik hier häufig den Wettbewerb beschränkt.

Da das Vergaberecht sehr stark formalisiert ist und besonderen Wert auf Diskriminierungsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit legt, muss auch ein gewisses Kontingent an Zeit eingerechnet werden. Innerhalb des Vergaberechts gibt es dafür für die Kommunen auch enorme Spielräume, wie z.B. bei den Wertungskriterien, um eine gewisse Qualität einer Leistung zu garantieren. Diese Wertungskriterien gehen zwar primär über den Preis, nichtsdestotrotz kann man auch die Qualität der Vorgehensweise als Auswahlkriterium heranziehen.

Sind die Wertungskriterien nicht diskriminierend, wenn man z.B. verlangt, dass der Bieter die Situation in der jeweiligen Stadt perfekt kennen muss? Dies betrifft viele Kommunen insbesondere im Bereich des Quartiersmanagements. In der Regel wird dort über fünf Jahre ausgeschrieben, womit man über den Schwellenwert steigt. Viele Städte

Auswahlkriterien

haben dabei ihre Kriterien sehr früh definiert und die Ortskenntnis stark gewichtet. Ist dann die Aussage, jemand ist unter solchen Vorauswahlkriterien nicht geeignet, legitim?

Der Teilnahmewettbewerb
als weiteres Verfahren

Im Grundsatz ist das legal. Es gibt die Möglichkeit, zwei verschiedene Stufen zu wählen. Die erste Stufe bedeutet, dass man kein öffentliches Verfahren oder eine öffentliche Ausschreibung machen muss, sondern einen Grund hat, um einen Teilnahmewettbewerb vorzuschalten. Bei einem Teilnahmewettbewerb wird die Bekanntmachung - oberhalb der Schwellenwerte - im Amtsblatt der EU gemacht, einhergehend mit der Aufforderung an die Bieter, ihr Interesse zur Teilnahme am Wettbewerb zu bekunden. Im Rahmen dieses Teilnahmewettbewerbs müssen die Bieter dann Eignungsnachweise einreichen und sich darstellen. Im Rahmen dieses Wettbewerbs wählen die Kommunen dann die Bieter aus, die überhaupt zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Das bedeutet, dass nicht alle, die Interesse bekundet haben, auch aufgefordert werden müssen.

Zunächst muss bei der Auswahl der Bieter die jeweilige Eignung geprüft werden. Die Kriterien kann die Kommune eigenhändig festlegen. Auch weitere Auswahlkriterien können in diesem Zusammenhang festgelegt werden. Nach den geänderten Richtlinien müssen diese Auswahlkriterien jedoch bekannt gegeben werden.

Der Bieter muss die
Chance bekommen, sich
Ortskenntnis zu verschaffen

Bei einem Bieter, der sich nicht so gut in der jeweiligen Kommune auskennt, ist es problematisch, wenn man dies als eine Mindestbedingung für die Eignung festlegt. Auf diese Weise wird dem Bieter nämlich die Chance genommen, sich die Kenntnisse zu beschaffen. Die Bundesagentur für Arbeit, die ein ähnliches Problem hat, hat ein Kriterium festgelegt, dass „Darstellung der Kenntnisse und Vernetzung des regionalen Arbeitsmarktes“ heißt, bzw. wie man sich diese Kenntnisse und Netzwerke verschafft. Es ist jedoch zulässig, laut einer Aussage der Vergabekammer des Bundes, demjenigen Bewerber mehr Punkte zu geben, der bereits über diese Kenntnisse und Netzwerke verfügt. Wenn man außerdem belegen kann, dass ein sachliches Interesse darin besteht, dass Kenntnisse in diesem Bereich vorhanden sind, dann ist es auch dann zulässig, selbst wenn es zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Das Verfahren der Bundesagentur für Arbeit ist deswegen ein gutes Beispiel, weil es oft schon bei der Vergabekammer so entschieden worden ist. Wichtig ist hierbei, die Kriterien einfach zu gestalten, damit die Vergabekammer zügig nachvollziehen kann, warum bestimmte Wertungskriterien gewählt wurden.

Auswahlkriterien

Sind diese Auswahlkriterien vorher in irgendeiner Form bekannt zu geben?

Wenn man oberhalb der Schwellenwerte liegt, müssen die Auswahlkriterien veröffentlicht werden. Das steht ausdrücklich in der Richtlinie und in der Bekanntmachung. Auch unabhängig davon ist es im Sinne der Transparenz wichtig, diese Kriterien bekannt zu geben.

Herr **Kordel** ergänzt, dass es in letzter Zeit bei den Vergaben in den Städtebauprojekten vermehrt zu Vergabebeschwerden gekommen sei, in der Mehrzahl die Verfahren dennoch ohne Vergabebeschwerden durchgeführt würden bzw. werden. Die Kommunen haben jedoch mit einer weiteren Überprüfung des Vergabeverfahrens durch die Staatlichen Rechnungsprüfungsämter zu rechnen. Die Erfahrungen der Bezirksregierung Arnsberg zeigen, dass es bei allen Vergabeentscheidungen sehr wichtig ist, detailliert zu dokumentieren, wie es zu dieser Entscheidung gekommen ist.

Bei einer Feststellung eines Vergabeverstößes, vielfach erst nach mehreren Jahren, durch das Staatliche Rechnungsprüfungsamt, ist diese Dokumentation dann sehr hilfreich. Dann wird nämlich zwischen einem typischen und einem atypischen Fall unterschieden. Grundsätzlich ist bei Vorliegen eines schweren Verstoßes gegen die Vergabevorschriften durch den Zuwendungsempfänger der Zuwendungsbescheid zu widerrufen [Typischer Fall]. Als atypischer Fall wäre der Vergabeverstoß zu bewerten, wenn hinreichende Gründe dokumentiert sind, warum der Zuwendungsempfänger sich damals für die entsprechende Vergabeart entschieden hat, und wie man zu dieser Bewertung gekommen ist. In diesem Fall könnte der Zuwendungsgeber noch Ermessen ausüben und die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigen. Die Rückforderung, die ein Vergabeverstoß grundsätzlich bewirkt, könnte in diesem Fall geringer ausfallen, ggfls. sogar gänzlich entfallen.

Wichtig ist auch bereits vor der Vergabe die kommunalen Rechnungsprüfungsämter in das Vergabeverfahren mit einzubinden und sich bescheinigen zu lassen, dass das Amt mit den Entscheidungen bezüglich des Vergabeverfahrens einverstanden ist.

[Wettbewerbsverfahren]

Wie funktioniert das Wettbewerbsverfahren im europäischen Kontext?

Im europaweiten Ausschreibungskontext kann in einem offenen Verfahren jeder einen Beitrag abgeben. Dort gibt es weder einen Teil-

Vergabeverfahren

genau dokumentieren!

Das Wettbewerbsverfahren

Vergabeverfahren



nahmewert noch einen Teilnahmewettbewerb. Daneben gibt es das nicht offene Verfahren, das mit einem Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Die Voraussetzungen, die dort gelten, findet man in der jeweiligen Verdingungsordnung [VOB/A oder VOL/A]. Neben den nicht offenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb gibt es auch das so genannte Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Dort wird auch eine EU-weite Bekanntmachung vorgeschaltet, und die Bieter können sich wieder um eine Angebotsabgabe bewerben, die Auswahl erfolgt wie beim Teilnahmewettbewerb. Danach erfolgt aber das Verhandlungsverfahren, das auch in der VOB/A und der VOL/A geregelt ist. Die VOF kennt ausschließlich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, jedoch nicht das offene Verfahren. Die Bedingungen für ein nicht-offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb sind in der VOB/A und der VOL/A in §3a geregelt. Weitere Regelungen findet sich in den §§7a VOL/A sowie in den §§7a und 8a VOB/A.

[Verhandlungsverfahren]

Wie verläuft genau das Verhandlungsverfahren? Tritt man bei z.B. fünf Bietern mit allen in Verhandlung?

Das

Verhandlungsverfahren

Beim nicht-offenen Verfahren hat man in einer Auswahl z.B. fünf Bieter ausgewählt. Anschließend werden diese dann aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Dieses Verfahren ist dann praktisch das formalisierte offene Verfahren. An dieser Stelle kann nicht verhandelt werden, daher ist es wichtig, eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, die jedes Detail regelt, vorher schon mit zu senden. Beim Verhandlungsverfahren ist dies stark an den Prozess der freihändigen Vergabe angelehnt. Man ist viel freier, da dort die Leistung noch nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann und Verhandlungsspielraum entsteht.

Zu beachten ist jedoch, wenn bei der Aufforderung, Angebote abzugeben, vorher keine eigene Verfahrensordnung festgelegt wurde, dann führt die Änderung der Vergabeunterlagen, wie bei jedem anderen Verfahren, zum Ausschluss des entsprechenden Angebotes. Die freihändige Vergabe und das Verhandlungsverfahren sind Chance und Risiko zugleich, weil es nur wenige Regelungen gibt, wie es durchzuführen ist. Eine Chance ist, dass man sich im Vorhinein selbst eine Verfahrensordnung geben kann. Diese muss dann aber wieder Diskriminierungsfreiheit, Chancengleichheit und Transparenz bieten.

Gestufte Verfahren

sind möglich

Innerhalb dieses Verfahrens sind auch gestufte Verfahren möglich. Man kann z.B. das Verhandlungsverfahren mit sechs Bietern beginnen und vorher schon darauf hinweisen, dass im Rahmen der weiteren Ver-

Vergabeverfahren

handlungen dieser Kreis eingeschränkt wird. Wenn man vorher deutlich machen kann, wie man vorgehen möchte und dies dann auch genau dokumentiert wird, dann bietet das Verhandlungsverfahren Spielräume, die man nur zu nutzen wagen muss. Ein Vergabeverfahren bedeutet aber in jeden Fall viel Arbeit.

Herr Schmidt ergänzt, dass man im europaweiten, ebenso wie im nationalen Wettbewerb, berücksichtigen muss, dass man nicht frei in der Anwendung der Verfahrensart ist. Im Rahmen der Diskussion wurde auf die §§3 und 3a der VOL/B hingewiesen. Dort muss nachgeschaut werden, ob die Tatbestandsmerkmale eine Abkehr von der so genannten Verfahrenshierarchie zulassen, und ob diese erfüllt sind.



[Wettbewerbliche Dialoge]

Neben den drei bereits erwähnten Verfahrensarten gibt es eine vierte, nämlich den wettbewerblichen Dialog. Dieser ist nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar. Es existiert zwar eine allgemeine Beschreibung zu dem, was man möchte, aber es gibt im Vorfeld erst einmal einen Dialog mit allen Bietern, die ihr Wissen einbringen sollen.

Somit erreicht man sozusagen eine Endwertungsstufe, legt auch den Beschaffungsbedarf genauer fest und fordert dann erst zur endgültigen Abgabe auf. Bislang gibt es jedoch nur wenige Erfahrungen, wie man diesen Dialog genau ausgestalten muss.

Wenn man am Anfang des Vergabeverfahrens die Leistungsbeschreibung noch nicht eindeutig und erschöpfend beschreiben kann, könnte ein Ideenwettbewerb sinnvoll sein. Frau Dr. Glahs erläutert, dass es bei einem Ideenwettbewerb vorrangig darum geht, eine Idee einzukaufen.

Aus ihrer Sicht müsste man am Anfang eine Zielvorgabe machen und die Wertungskriterien bestimmen. Zunächst würden die Konzepte eingereicht, die für die Aufwertung eines Stadtteils herangezogen werden sollen. Daran kann man dann ermesen, durch welche Art der Bebauung eine Aufwertung stattfinden kann. Danach würde man im Rahmen des Verhandlungsverfahrens weiter voranschreiten und auch Zwischenbewertungen unternehmen. Am Ende hätte man eine konkrete Vorgabe. Im Rahmen der VOB/A würde eine Ausschreibung hier so nicht funktionieren.

Diese wettbewerblichen Dialoge funktionieren aber nur, wenn die Kommune keine Vorstellung hat, was sie mit einer entsprechenden

Wettbewerblicher Dialog

nicht immer möglich

Stadterneuerung

Fläche machen will. Wenn keine ausreichenden Antworten über die Entwicklung der Fläche vorhanden sind, dann versucht man erst über den Dialog zu einem Ergebnis zu gelangen. Sobald es aber möglich ist, funktional ausschreiben zu können, ist das Dialogverfahren nicht mehr möglich.

Herr Schmidt erläutert, dass es in diesem Bereich das Problem gibt, dass im Verhandlungsverfahren auch schon ein Kaufpreisgebot im Rahmen der Angebote abverlangt wird. Dieses muss für den Bieter kalkulierbar sein. Wenn man überhaupt keine Angaben macht, ist die Gefahr, dass man sich dem Vorwurf eines ungewöhnlichen Wagnisses aussetzt, nicht von der Hand zu weisen. Wenn man nicht weiß, was gebaut wird und wie es realisiert werden soll, wird es für den Auftragnehmer sehr schwierig, ein seriös kalkuliertes Angebot zu unterbreiten. Es ist daher wichtig, etwas Konkretes erarbeitet zu haben, bevor der endgültige Zuschlag erteilt wird.

Schwäche des Verfahrens:

Geheimnisschutz und Vergleichbarkeit von Angeboten

Er ergänzt, dass eine weitere Schwäche dieses Verfahrens die Abstimmung mit diversen Unternehmen ist. Die unterschiedlichen Unternehmen haben auch unterschiedliche Lösungsansätze. Wenn man sich nun als Kommune für eine Lösung entscheidet, hat man das Problem, dass man für diese Lösung vergleichbare Angebote braucht. Man müsste die Lösung des einen Unternehmens ebenfalls allen anderen präsentieren. Man hat somit ein im Verfahren angelegtes Problem zwischen Geheimnisschutz und notwendiger Vergleichbarkeit der Angebote.

Wenn man am Anfang gar nicht weiß, wie man eine Frage, die man noch nicht einmal präzise formulieren kann, beantwortet bekommt, dann kann dies doch nicht die richtige Verfahrensart sein.

Frau Dr. Glahs gibt dazu zu bedenken, dass es umstritten ist, dass der wettbewerbliche Dialog in diesem Fall Vorrang vor dem Verhandlungsverfahren hat. Dies ist noch nicht eindeutig geklärt. Aber der wettbewerbliche Dialog wäre in solchen Fällen eine Alternative für diese Problematik.

[Vergabe in der Stadterneuerung]



Im Vergabeverfahren ist es grundsätzlich wichtig, zu Beginn eine präzise Aufgabenbeschreibung durchzuführen. Im Neubaubereich ist dies relativ leicht handhabbar. Die Stadterneuerung hat es aber sehr häufig damit zu tun, dass auf Distanz agiert wird. Die Untersuchungen, die man anstellt, können im Rahmen einer Umbaumaßnahme Überraschungen nicht ausschließen. Das heißt, mitten in der Baumaßnahme stellt man fest, die Aufgabenbeschreibung stimmt gar nicht mehr, weil

etwas Unerwartetes hinzugekommen ist. Das ganze Verfahren müsste demnach neu aufgerollt werden.

Wie kann eine Kommune in diesem Fall agieren, und was ist zu tun, damit keine Rückforderungen befürchtet werden müssen?

Wenn man erst im Nachhinein feststellt, dass etwas falsch gelaufen ist, sind die Möglichkeiten, die dann anstehenden Aufträge zu vergeben, begrenzt. Es gibt Vorschriften, die ein Verhandlungsverfahren sogar ohne Bekanntmachung zulassen oder durch Verhandeln mit nur einem Bieter. Die Voraussetzungen sind aber relativ eng und in §3a Nr. 6 VOB/A geregelt.

Zu Beginn der Baumaßnahme kann man abschätzen, dass vielleicht etwas Unvorhergesehenes auftreten wird. Man könnte auch darüber nachdenken, bei verschiedenen Möglichkeiten Verträge auszuschreiben. Zusätzlich kann man auch, wenn keine erschöpfende Leistungsbeschreibung erstellt werden kann, ein Verhandlungsverfahren durchführen.

Zusätzliche Leistungen

für Baumaßnahmen

Herr [Schmidt](#) von Ax, Schneider & Kollegen ergänzt, dass zusätzliche Leistungen auch im Nachhinein erbracht werden können, nachdem die Ausschreibung erfolgt ist. Ob für diese Leistungen eine zusätzliche Ausschreibung von Nöten ist, regelt §I Nr. 4 VOB/B. Es muss eine Leistung sein, die zum ursprünglichen Ziel führt. Die Baumaßnahme bedarf zwingend dieser zusätzlichen Leistung, um realisiert werden zu können. Wenn z.B. eine Kontamination, wie Asbestbefall vorliegt, der vorher nicht so erkannt werden konnte, dann sind zusätzliche Maßnahmen notwendig, um z.B. eine Abrissmaßnahme komplett durchführen zu können. Dann könnte eine zusätzliche Leistung angeordnet werden. Diese müsste dann nicht ausgeschrieben werden.

Frau [Hugenroth](#) erläutert, dass, wenn jemand nach Vertragsschluss diese Schäden oder zusätzliche Probleme erkennt, es wichtig ist, zu wissen, was das Ziel der Maßnahme, die durchgeführt wurde, ist. In diesem Sinne ist die genaue Aufgabenbeschreibung bei einem Objekt wichtig. Wenn dann Unvorhergesehenes in größerem Umfang auftritt, müsste man es unter Umständen neu ausschreiben.

[Tatbestand der Dringlichkeit]

Was passiert, wenn wichtige Termine eingehalten werden müssen, beispielsweise für eine Landesgartenschau? Wenn die Kommune und bestimmten Bedingungen neu ausschreiben müsste, wären wichtige Termine unter Umständen nicht mehr erfüllbar.

Dringlichkeit



Frau [Dr. Glaß](#) erläutert, dass es zwar den Tatbestand der Dringlichkeit gibt, dass dieser allerdings nicht häufig zum Einsatz kommt. Wenn aber eine Leistung dringlich ist, die Dringlichkeit nicht vom Auftraggeber verschuldet wurde, und man innerhalb der Baumaßnahme feststellt, dass Zusätzliches beantragt werden muss, dann würde der Tatbestand der Dringlichkeit gegeben sein. Dies kann man durch ein Verhandlungsverfahren regeln.

Tatbestand der

Dringlichkeit

Das Einzige, was bei der Dringlichkeit beachtet werden muss, ist, dass dieser Tatbestand einem nicht erlauben würde, nur mit dem Bieter, der schon auf der Baustelle ist, zu verhandeln. Bei der Dringlichkeit müssen unter Umständen immer noch drei Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die VOB/B lässt den oben beschriebenen Sachverhalt nur unter bestimmten Umständen zu. Eine Lösung wäre hierbei der schon erwähnte Rahmenvertrag oder aber auch die Definition von Bedarfspositionen. Laut Vergabehandbuch Bund sind diese Bedarfspositionen jedoch nicht mehr zulässig. Schwierig wird diese Regelung vor allem bei gekoppelten Förderungen. Wenn die Ordnungen des Bundes angewendet werden, wäre diese gerade benannte Möglichkeit der Bedarfsposition nicht mehr möglich, da die jeweiligen Bestimmungen zu beachten sind.

Wenn zeitliche Probleme eine Kommune daran hindern, das Projekt in den Fristen des Bewilligungsbescheids umzusetzen, dann fallen bewilligte Fördermittel weg. Auch politische Zielvorgaben, wie zum Beispiel Infrastrukturmaßnahmen, die für ein Großereignis fertiggestellt sein müssen [z.B. die WM 2006] gilt die Dringlichkeit ebenfalls nicht. Sobald man nachweisen kann, dass mit der Planung nicht rechtzeitig begonnen wurde, und ausreichend zeitliche Puffer berücksichtigt wurden, gilt der Tatbestand der Dringlichkeit nicht.

Beispiele für eine

Dringlichkeit

Ein kleines Beispiel dafür, wie restriktiv dies zu sehen ist, ist die Rechtssprechung des europäischen Gerichtshofes in einem südeuropäischen Mitgliedsstaat. Es kam dort zu Waldbränden und die Löschmittel wurden knapp. Dementsprechend mussten schnellstmöglich neuen Löschmittel beschafft werden. Dies wurde in einem schnellen, formlosen Verfahren erledigt. Mit dem Argument, dass es in südeuropäischen Staaten keine Besonderheit ist, dass es in den Sommermonaten zu Waldbränden kommen kann, wurde der Tatbestand der Dringlichkeit nicht gewährt. Die Löschmittel müssen in einem solchen Fall auf Vorrat bereitgehalten werden. Naturkatastrophen, wie das Elbehochwasser würden jedoch unter den Punkt Dringlichkeit fallen.

[Bedarfspositionen]

Bedarfspositionen auf Bundesebene sind nicht mehr zulässig. Wenn man sich aber im Bereich von EU-Förderungen bewegt, wäre so eine Bedarfsposition ebenfalls nicht mehr möglich?

Frau [Hugenroth](#) erklärt, dass es maßgeblich von dem Begriff der Bedarfsposition abhängt. Zurzeit verhält es sich so, dass dieses Verbot für den Baubereich gilt. Es gilt aber, den Unterschied zwischen Bedarfsposition und Option im Einzelfall zu klären. Bei den Bedarfspositionen sind erhöhte Bedarfe, die man im Vorfeld nur nicht genauer abschätzen konnte, im Kern schon enthalten, bei den Optionen nicht.

Frau [Dr. Glahs](#) ergänzt, dass dies ein großes Problem an den Bundeserlassen darstellt. Wenn man über das Zuwendungsrecht spricht, muss man sich auch immer die jeweiligen Erlasse ansehen. Der Bundeserlass sagt eindeutig, dass Bedarfspositionen unzulässig sind. Dabei ist die Definition der Bedarfspositionen, wie bereits erwähnt, wichtig. In ihrem Verständnis ist es eine Leistung, die man im Nachhinein braucht, um funktional eine Maßnahme zu beenden. Es ist aber am Anfang noch nicht klar, ob man diese überhaupt benötigen wird.

Die Option ist es etwas Zusätzliches und nicht zwingend notwendig, sondern vom eigenen Willen abhängig. Das Problem des Bundeserlasses ist es, dass er etwas untersagt, das man nicht voraussehen kann, aber eine Option, also eine willentliche Ausweitung von Leistungen, nicht. Frau [Dr. Glahs](#) rät allen Teilnehmern, sich noch einmal genau in das Vergabehandbuch des Bundes zu vertiefen.

Bei Baumaßnahmen ist es häufig ebenfalls schwierig, genau zu bestimmen, welche Leistungen im Endeffekt ausgeschrieben werden müssen. Bei Aushubarbeiten können z.B. unvorhergesehene Fundamente vorliegen, die man im Vorfeld nicht einkalkulieren konnte.

Herr [Schmidt](#) erklärt dazu, dass man in einem solchen Fall z.B. eine geringe Menge an Fundamentvolumen ausschreibt. Wenn diese hinterher nicht vorgefunden wird, dann wird diese eine Position auch nicht beauftragt. Es ist jedoch wichtig, dass diese Position schon im Vorfeld ausgeschrieben und eine eindeutige Leistungsbeschreibung vorgenommen wurde. Der Bieter konnte die Leistung eindeutig kalkulieren. Und es wurde so beschrieben, dass alle Bieter diese Leistung gleich verstehen konnten. Das ist die eigentliche Forderung der VOB, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben wird. Man sollte allerdings dabei darauf verzichten, dass man dies formal eine Bedarfsposition nennt. Wird das Fundament nicht vorgefunden, ist eben auch kein Auftrag erteilt worden.

Vergabehandbuch des

Bundes bildet eine gute

Entscheidungsgrundlage

Leistungen eindeutig und

erschöpfend beschreiben

Baumaßnahmen



Zusätzlich dazu gibt es aber auch noch den Begriff der Alternativposition. Wenn man sich im Vorfeld nicht klar entscheiden kann, ob man eine Stahlbeton- oder Holzbalkendecke haben möchte, könnte man zunächst eine Stahlbetondecke ausschreiben und hinzufügen, dass es eine Alternativposition gibt. In diesem Falle würde das Angebot für die Stahlbetondecke wegfallen, wenn die Holzdecke günstiger wäre. Damit verstößt man jedoch gegen die VOB, weil die Leistung nicht mehr eindeutig beschrieben wurde, sondern den Bieter in der Kalkulation zu einem Risiko genötigt wird. In diesem erwähnten Runderlass sind daher die Wahl- oder Bedarfspositionen ganz ausdrücklich verboten worden, um eine eindeutige Leistungsbeschreibung einzufordern. Es wird dem Auftraggeber im Prinzip die Verpflichtung auferlegt, sich im Vorfeld zu entscheiden. Wenn dies der Anlass ist, lässt sich aus dem Bundeserlass vielleicht entnehmen, dass es sich nur auf Alternativ- und nicht auf Bedarfspositionen bezieht. Das Problem ergibt sich hierbei aus der Unklarheit der gewählten Begrifflichkeiten.

Könnte man einem Bieter transparent machen, dass man z.B. mit Bauschutt in einem sehr zerstörten Bereich immer rechnen muss?

Bei Ausschreibungen im Tiefbaubereich entsteht nämlich häufig das Problem, dass gerade in NRW der Untergrund nicht so aussieht, wie er nach einem Bodengrundgutachten dargestellt wurde. Es ist dabei gängige Praxis, die eine oder andere „Panikposition“ als Bedarfsposition aufzunehmen.

Bedarfspositionen dürfen
bei der Ausschreibung kein
zu hohes Gewicht haben

Frau [Hugenroth](#) erläutert dazu, dass zu den Bedarfspositionen vor drei Jahren schon einmal eine Entscheidung vorgenommen wurde. Dort wurde gesagt, dass Bedarfspositionen nicht zu viel Gewicht haben dürfen. Das heißt, wenn man eine Ausschreibung erstellt und Bedarfspositionen 50 Prozent davon ausmachen, dann würde die Ausschreibung aufgehoben oder ggf. der Antrag schon nicht genehmigt. Aber wenn Bedarfspositionen in einem angemessenen sachlichen Umfang enthalten sind, wird das in der Regel – pauschal ausgedrückt - nicht beanstandet werden.

In wie weit sind in einer Leistungsbeschreibung variable Positionen zulässig? Wenn man z.B. zehn Workshops haben möchte und dies festschreibt, man aber feststellt, dass man noch einen elften benötigt, kann man hier variabel reagieren?

Frau [Dr. Glahs](#) erläutert dazu, dass solche Positionen grundsätzlich zulässig sind, aber mit den Einschränkungen, die bereits erwähnt wurden: Diese Variablen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu dem Hauptauftrag stehen - so ähnlich, wie es bei den Bedarfspositionen bereits erläutert wurde.

[Ausschreibung von Quartiersmanagements]

Ein konkreter Fall in vielen Kommunen ist das Quartiersmanagement. Da die Laufzeiten in der Regel fünf Jahre betragen, werden die Schwellenwerte in der Regel überschritten. Auf der anderen Seite möchten viele eine Bindung auf fünf Jahre nicht eingehen, da man zum einen nicht immer weiß, ob derjenige der richtige für das Quartier ist und man zum anderen oft nicht einschätzen kann, was sich in zwei Jahren in dem Quartier verändert haben wird. Die Empfehlung ist daher oftmals, nur auf zwei Jahre auszuschreiben und dann die Chance zu nutzen eventuell neu auszuschreiben. Der alte Bewerber hätte dann somit die besten Chancen.

Ist diese Art des Vorgehens zulässig oder handelt es sich dann hierbei um so genannte Kettenverträge?

Frau [Dr. Glaß](#) erläutert, dass es sich bei einer Neuausschreibung mit guten Chancen für den vormaligen Anbieter des Quartiersmanagements nicht um einen Kettenvertrag handelt. Die Frage der Kettenverträge stellt sich dann, wenn man nur für zwei Jahre ausschreiben wollte und dann noch um ein Jahr verlängern möchte. Denn im Grunde war schon vorher klar, dass das Quartiersmanagement insgesamt für fünf Jahre gedacht war. Dann wäre es, wenn man ohne Ausschreibungsverfahren nach zwei Jahren mit dem alten weitermachen würde, ein Kettenvertrag. Es besteht aber die Möglichkeit, erst einmal den Vertrag auf zwei Jahre mit einer Verlängerungsoption um z.B. drei Jahre abzuschließen, dann gilt für die Ermittlung des Auftragsvolumens fünf Jahre. Wenn es ein unbefristeter Vertrag wäre, dann gilt im Zweifel das geschätzte Auftragsvolumen für 48 Monate, also vier Jahre. Bei den Ausschreibungen ist darauf zu achten, dass diese Optionen mitgezählt werden, auch wenn erst einmal nur für zwei Jahre ausgeschrieben wird.

Frau [Hugenroth](#) ergänzt, dass man bei Vergaben im Quartiersmanagement aufpassen muss, wenn man eine zeitliche Voraussicht von fünf Jahren hat. Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, dass man einen Auftrag nicht teilen darf, um z.B. unterhalb der Schwellenwerte zu bleiben.

Frau [Dr. Glaß](#) ergänzt wiederum, dass dieses Feld insgesamt eher ein Graubereich ist. Wenn es keinen sachlichen Grund für eine Neuausschreibung gibt, dann liegt man in jedem Fall – angenommen man würde insgesamt fünf Jahre wollen – über den Schwellenwerten. Bei einem sachlichen Grund und einer erneuten Ausschreibung für nur zwei Jahre, würden die Schwellenwerte unterschritten. Aber die Teilung eines solchen Auftrages kann nicht dazu genutzt werden, um eine

Neuausschreibung bei QM

ist kein Kettenvertrag

Bei der Vergabe des

QM muss europaweit

ausgeschrieben werden

europaweite Ausschreibung zu umgehen.

Herr Schmidt fügt hinzu, dass man bei einem immer wiederkehrenden Einbau von Optionen in den Verträgen theoretisch einen Auftrag „auf Lebenszeit“ dem Wettbewerb entziehen könnte. Der Wettbewerbsgedanke im Vergaberecht mit den einzelnen Grundprinzipien geht aber dahin, dass man einen sachlichen Grund für längere Vertragslaufzeiten benötigt. Dann muss im Vorfeld dokumentiert werden, warum es die längeren Vertragslaufzeiten gibt. Optionen sind teilweise tauglich, aber auch mit gewissen vergaberechtlichen Schwierigkeiten verbunden.

Wenn man ein Büro weiter beschäftigen möchte und die Ausschreibung, die unter den notwendigen Bedingungen legitim ist, daraufhin ausrichtet, wäre dies anfechtbar?

Wenn es dabei so sein sollte, dass z.B. 50 Prozent Ortskenntnis gegeben sein muss und dies auch im Vergabevermerk steht, wäre es auf jeden Fall anfechtbar, so Frau Dr. Glahs.

Projektantenproblematik
bei der Vergabe eines
Quartiersmanagements

Daneben gibt es die Problematik, die unter dem Stichwort „Projektant“ läuft. Als solcher wird derjenige bezeichnet, der die Vergabeunterlagen mit dem Auslober gemeinsam erstellt. Das bedeutet dann aber auch, dass er einen Informationsvorsprung besitzt. Als öffentlicher Auftraggeber ist man jedoch nicht unbedingt verpflichtet, diesen von vornherein auszuschließen, aber es muss dafür gesorgt werden, dass dieser Vorsprung ausgeglichen wird. Dies ist in der Praxis häufig eher problematisch zu sehen.

Man hat somit entweder die Möglichkeit, ihn von vornherein auszuschließen, was zu einer Beschwerde führen kann. Wenn aber zulässige Bewertungskriterien verwendet werden und er dadurch einen Wettbewerbsvorteil hat, da er ja der bisherige Auftragnehmer war, dann ist das ein zulässig erworbener Wettbewerbsvorteil, der praktisch auch im Rahmen des weiteren Vergabeverfahrens ein Vorteil bleiben darf. Dazu gibt es auch unterschiedliche Rechtssprechungen. Es ist in der Regel klar, dass der, der es bislang gemacht hat, häufig auch der beste Auftragnehmer ist. Wenn das Wertungskriterium in sich transparent und diskriminierungsfrei ist, dann darf man diesen Wettbewerbsvorteil berücksichtigen.

Wenn man das Quartiersmanagement ausschreibt und dabei mit Privaten, z.B. der Diakonie zusammenarbeitet, bzw. diese beauftragt und die Fördermittel weiterleitet, wäre dies vergaberechtlich zulässig? Es würden ja auch Arbeitsverträge bei der Beauftragung geschlossen werden, die nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen.

Herr **Kordel** weist darauf hin, dass die jeweilige Kommune die Weiterleitung einer Zuwendung bei der jeweiligen Bezirksregierung beantragen muss. Da die Dritten grundsätzlich nicht an die VOB oder die VOF gebunden seien, würde die Zulassung der Weiterleitung mit der Auflage gebunden, dass die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung [ANBest-P] zum Bestandteil der Weiterleitungsbestimmungen an den Dritten zu machen sind. Hierdurch werden die Dritten verpflichtet, die VOB, die VOL und/oder VOF anzuwenden, wenn die Zuwendung oder bei der Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100.000 EUR beträgt.

Weiterleitung von Förder-
mitteln durch BR genehmigt

Zur Weiterleitung der Zuwendung hat Herr **Kordel** ein Dokument „Allgemeine Hinweise zur Vergabe im Zuwendungsrecht“ erstellt, das auch der Innovationsagentur vorliegt und auf Anfrage weitergegeben werden kann.

Herr **Hahn** ergänzt, dass Institutionellenförderung nicht möglich ist, da lediglich eine Projektförderung als ausschreibbare Leistung vorgesehen ist. Eventuelle Personalkosten sind davon ausgeschlossen.

Wenn im Rahmen des Quartiersmanagements europaweit ausgeschrieben werden würde, dürften sich an der Ausschreibung auch gemeinnützige Organisationen beteiligen? Was ist dabei zu beachten?

Vertreter der Wohlfahrtspflege sind ebenso ein Anbieter, wie das Büro XY, das ein Quartiersmanagement anbietet. Das bedeutet, dass hier im Grunde keine Mittel weitergeleitet werden, sondern ein Auftrag an die Diakonie vergeben wird. Einige Tatbestände werden hierbei jedoch auch über Einzelerlasse gesondert geregelt.

Frau **Dr. Glahs** bestätigt, dass es sich, wenn die Weitergabe der Zuwendung nicht möglich ist, um einen öffentlichen Auftrag handelt, der ausgeschrieben werden muss. Gemeinnützige Träger können genauso behandelt werden, wie andere Bieter auch. Wettbewerbsvorteile, die sie erlangt haben, wie z.B. die Gemeinnützigkeit, führen nicht dazu, dass der Bieter ausgeschlossen werden kann. Es gibt eine Vorschrift dazu im §8 VBA und §7 Nr. 6 VOLA. Dabei geht es vor allem aber um Einrichtungen der Jugendhilfe. Eine gemeinnützige GmbH fällt jedoch nie darunter.

Zusammenarbeit mit
gemeinnützigen Organi-
sationen ist möglich

Kann die Kommune frei entscheiden, ob sie Mittel als Zuwendung herausgeben darf [z.B. für Geschäftsstraßenmanagements]?

Frau **Bartholomä** erläutert ein Beispiel aus Dortmund, das im Rahmen des Programms Soziale Stadt durchgeführt wurde. Dort wurde das Quartiersmanagement zusammen mit einem gemeinnüt-

Quartiersmanagement

zigen Träger durchgeführt. Es wurde dazu ein Vertrag abgeschlossen und der kommunale Zuschuss dann weitergeleitet. Wichtig war vor allem die Einhaltung der VOL in den Bereichen, in denen es relevant war. Dieses Verfahren hat sich für die Stadt Dortmund bewährt.

Wenn man das Stadtteilmanagement so versteht, dass ein Team beauftragt wird, um die entsprechende Maßnahme umzusetzen, kann man für bestimmte weitere Leistungen im Rahmen des gesamten Stadtteilmanagements Unteraufträge weiter vergeben.

Herr [Kordel](#) ergänzt, dass bereits bei der Antragstellung angegeben werden muss, wer letztendlich die Zuwendung erhalten soll. Der Antrag der Kommune als Zuwendungsempfängerin sowie die beantragte Weiterleitung der Zuwendung an einen Dritten wird im Vorfeld geprüft. Bei positiver Antragsprüfung würde im Zuwendungsbescheid die Weiterleitung an die im Antrag benannte Stelle zugelassen und die Weiterleitungsbestimmungen festgelegt. Hierdurch wird der Dritte an das Vergaberecht gebunden. Auf eine darüber hinaus gehende Weiterleitung der Zuwendung besteht kein Anspruch.

Kein Anspruch Dritter

bei Mittelweitergabe

Frau [Hugenroth](#) fügt hinzu, dass es wichtig ist, plausibel zu verdeutlichen, wie der Empfänger der Zuwendungen ermittelt wurde. In der Regel ist die Inhouse-Vergabe an einen städtischen Verein oder eine GmbH als verlängerter Arm nachvollziehbar. Bei systemfremden Trägern müssen genaue Aussagen zur Auswahl der Empfänger vorhanden sein. Frau [Dr. Glahs](#) betont, dass im Vergaberecht im engeren Sinne in diesen Fällen ein Vertrag als Voraussetzung vorhanden sein muss, somit wäre der öffentliche Auftrag dann ein entgeltlicher Vertrag.

Wenn man aber einen Zuwendungsbescheid hat, den man zulässig erlassen kann, dann gibt es kein Vergaberecht. Denn dann gibt es keinen öffentlichen Auftrag, und man ist nicht an das Vergaberecht im engeren Sinne gebunden. Sobald ein weiterer Vertrag abgeschlossen werden würde – auch mündlich – käme man in den Bereich des Vergaberechts. Es gibt genügend Fälle, wo im Grunde eine Leistungserbringung erfolgt, die durch einen Verwaltungsakt geschieht und wo keine Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Bei Zuwendungsbescheid

gibt es kein Vergaberecht

Kann man bei der Ausschreibung eines Stadtteilmanagements, das zum einen Teil städtebauliche aber auch soziale Relevanz hat, eine städtische Tochtergesellschaft für dieses Stadtteilmanagement beauftragen?

Herr [Schmidt](#) merkt an, dass hierbei zwei Aspekte berücksichtigt werden müssen. Zum einen muss die Kommune über diese Gesellschaft eine Kontrolle, wie über eine eigene Dienststelle ausüben und diese

eigene Dienststelle muss im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sein. Diese beiden Punkte muss man aufgrund von europäischer Rechtssprechung einhalten. Ist diese Gesellschaft auch für andere Auftraggeber tätig, dann wird es problematisch.



Wenn es sich um eine hundertprozentige Tochter der Stadt handelt und die Kommune den Stadtteilmanager gefördert haben möchte, kann sie ihn nicht durch die städtische Tochter beauftragen, weil Personalkosten dort nicht förderfähig wären. Wenn die Stadt die Stelle komplett finanzieren würde, wäre dies innerhalb einer Vergabe möglich.

Wie sieht es aus, wenn die Kommune eine Tochtergesellschaft hat, an der sie mit mehr als fünfzig Prozent beteiligt ist?

Wenn ein Privater an der Tochtergesellschaft beteiligt ist, muss ausgeschrieben werden. Egal in welcher Konstellation. Man hat dadurch über die Gesellschaft nicht die Kontrolle, wie über eine eigene Dienststelle.

Darf eine Arbeitsbeschaffungsgesellschaft einer Kommune, die dort mit fünfzig Prozent beteiligt ist und die mit einem halbierten Mehrwertsteuersatz operiert, sich nicht an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, weil sie dadurch einen Wettbewerbsvorteil hätte?

Frau Dr. Glahs erläutert den Fall der Bundesagentur für Arbeit. Bei deren Ausschreibungen ergibt sich dort sehr häufig der Fall, dass Bieter beteiligt sind, die einen niedrigeren Umsatzsteuersatz haben. Dies ist kein Grund ein Angebot auszuschließen. Es gibt dazu auch die Vorschriften des §7 Nr. 6 und des §8 Nr. 6 GWB [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen].

Einrichtungen der Jugendhilfe dürfen jedoch nicht beteiligt werden. Dies aber nicht, weil sie den Vorteil aus Gemeinnützigkeit oder wegen der Umsatzsteuer haben, sondern, weil sie unter eine bestimmte Definition des Gesetzes fallen. Dies wurde auch in mehreren Fällen vom OLG Düsseldorf so entschieden. Weder der Umstand der Gemeinnützigkeit, noch der Umstand der umsatzsteuerlichen Bevorteilung ist ein Grund, das Angebot auszuschließen.

Auch im §25a VOB/A oder VOL/A gibt es eine Regelung, die besagt, wann man ein Unternehmen, das Beihilfen bekommen hat, vom Vergabeverfahren ausschließen darf. Im Grunde bedeutet dies, dass ein Unternehmen, das rechtmäßige Beihilfen bekommen hat, niemals als Bieter in einem Wettbewerbsverfahren ausgeschlossen werden darf. Allenfalls bei unrechtmäßigen Beihilfen oder aufgrund der Tatsache, dass der Preis durch die Beihilfe besonders niedrig ist, kann ein Ausschluss vorgesehen werden. In §7 Nr. 6 GWB ist weiterhin von "ähnlichen Einrichtungen" die Rede.

Beihilfen sind kein
Grund für den Aus-
schluss eines Bieters

Quartiersmanagement

Bei einer juristischen Person des Privatrechts handelt es sich nicht um eine ähnliche Einrichtung. Eine gemeinnützige GmbH ist ebenfalls keine ähnliche Einrichtung.

Wer gilt als Privater oder Unternehmer? Und was ist bei gemeinnützigen GmbHs aus, wenn sie an eine Jugendhilfe angeschlossen sind?

Frau Dr. Glahs erläutert, dass bei einer GmbH kein Ausschluss stattfinden muss. Es wird aber problematisch, wenn sich z.B. die VHS der Nachbargemeinde beteiligt und dies ein unselbstständiger Teil der Stadt ist. In diesem Fall wäre die GmbH ausgeschlossen.

Gemeinden werden im
Vergaberecht auch als
Unternehmer betrachtet

Wenn man mit einer anderen Gemeinde Verträge schließt, ist die andere Gemeinde im vergaberechtlichen Sinne ein Unternehmer. Der Begriff des Unternehmers wird demnach im Vergaberecht sehr weit ausgelegt. Auch, wenn man gemeinnützig ist oder öffentliche Zwecke verfolgt, ist der Tatbestand des Unternehmertums schon erfüllt. Wenn man in der Funktion eines Unternehmens auftritt, dann gilt dies auch als Unternehmer im Vergaberecht.

Wie sieht es aus, wenn man eine Ausschreibung vornehmen möchte, die finanziell aber noch nicht eindeutig gesichert ist, beispielsweise, wenn man ein Quartiersmanagement einsetzen möchte? Wäre es zum Beispiel erlaubt, bereits auszuschreiben, wenn man noch auf den Förderbescheid warten muss?

Ohne gesicherte Finanzierung liegt eine Vergabereife nicht vor. Auch im Falle des ausstehenden Förderbescheides bedeutet es, dass die Vergabereife aufgrund fehlender finanzieller Mittel nicht gegeben ist.

[Allgemeine Information zur Auswirkung der aktuellen Rechtsprechung auf kommunale Bauprojekte und Grundstücksgeschäfte]

Herr Schmidt von der Kanzlei Ax, Schneider und Kollegen hat – unterstützt von seinem Mitarbeiter Herrn Ruppe – das Thema kommunale Grundstücksgeschäfte vorbereitet. Auch er betont noch einmal, dass der Unterschied zwischen der europaweiten Vergabe und dem nationalen Bereich nicht allzu groß sei.



Das oben genannte Thema ergibt sich grundlegend ebenfalls aus der europäischen Rechtssprechung. Es handelt sich dabei um die Auswirkungen der aktuellen Rechtssprechung auf kommunale Bauprojekte und Grundstücksgeschäfte. Mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zum Bereich kommunaler Grundstücksverkauf ist bei vielen Kommunen eine große Rechtsunsicherheit eingetreten und führt vielfach zu einem Stillstand im Städtebau. Es herrscht große Verunsicherung darüber, ob man Verkäufe so abwickeln kann wie bis-

her, oder ob es nun gravierende Änderungen gibt.

Grundstücksveräußerungen sind in den vergaberechtlichen Vorschriften des vierten Teils des GWB [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen] erfasst. Es handelt sich bei der Vergabe um einen öffentlichen Auftrag, wenn ein Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand vorliegt, bei dem der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager auftritt. Grundsätzlich stellt die Veräußerung von Grundstücken keine Beschaffung dar, weil die öffentliche Hand mit der Veräußerung keine Leistung beschafft, sondern einen Vermögenswert abstößt. Das heißt, dass grundsätzlich ausgedrückt, Veräußerungen von Grundstücken erst einmal nicht dem Vergaberecht unterliegen.

Grundstücksveräußerungen

ohne Beschaffung sind nicht

vergabepflichtig

Die Einschränkung dabei ist, dass nicht ausgeschlossen ist, dass die Grundstücksveräußerung durch eine mit ihr verbundene Beschaffung vergaberechtlich relevant wird. Diesen Aspekt hat auch das OLG Düsseldorf aufgegriffen. Wenn es einen Grundstücksveräußerungsvertrag gibt, der aber mit einer Bauverpflichtung verbunden ist, existiert möglicherweise eine versteckte Beschaffung eines Bauauftrages. Angesprochen wurde, dass ein Bauauftrag vorliegen muss. Wenn man die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nachvollziehen möchte, muss man sich die Frage nach der Definition eines Bauauftrages im Sinne des Vergaberechts stellen.

Im §99 Abs. 3 GWB gibt es dazu eine Definition. Dort sind drei Typen von Bauaufträgen festgelegt. Zunächst Verträge über die Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerkes. Als zweites die Ausführung oder die Planung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und als dritter Punkt Verträge, die eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen sollen, oder eine Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen bereitstellen. Bezüglich der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf kommt nur die erste oder die dritte Variante in Frage. Die dritte Variante zeigt, dass der öffentliche Auftraggeber nicht als Bauherr gleichzeitig auftritt. Ein Dritter errichtet das Werk, richtet sich aber in diesem Bereich dann nach Vorgaben und Erfordernissen, die der öffentliche Auftraggeber im Vorfeld vorgegeben hat.

Drei Typen von

Bauaufträgen werden

unterschieden

Die aktuelle Rechtsprechung umfasst sowohl das Urteil des OLG Düsseldorf als auch abweichende Rechtsprechungen, die aber mit Vorsicht zu genießen sind, da diese nicht in NRW getätigt wurden. Es ist leider so, dass das, was Vergabekammern in NRW beschließen, nicht zwangsläufig in anderen Bundesländern auch gelten muss. Das heißt, dass die Kommunen in NRW sich bis auf weiteres nach den Entscheidungen des OLG Düsseldorf richten müssen.

- Demnach lautet diese Entscheidung:

Grundstücksgeschäfte



„Auf der Grundlage der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs [EUGH, Urteil vom 18.01.2007, Rs. C-220/05] hat die nationale Rechtsprechung den Verkauf kommunaler Grundstücke unter bestimmten Voraussetzungen als vergaberechtsrelevant eingestuft“.

Das Vergaberecht ist jedoch keinesfalls statisch, sondern dynamisch. Momentan ist eine neue Vergaberechtsnovelle in Vorbereitung und es liegt ein entsprechender Entwurf vor. Es gibt vorgesehene Veränderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und auch eine Änderung im maßgeblichen §99 Abs. 3, in dem der Bauauftrag definiert wird. Dies ist eine Abweichung zu den Vorgaben, die das OLG Düsseldorf festgesetzt hat. Demnach könnten demnächst weitere Änderungen auftreten.

Alte Rechtsprechung

war günstiger

Die alte Rechtsprechung war in dieser Hinsicht wesentlich günstiger. Das Bayrische OLG hat im Jahr 2000 beschlossen, dass auch eine etwaige Bauverpflichtung nicht zwingend zu einem Vergabeverfahren nötigt. Dort wurde gesagt, dass die Verpflichtung des privaten Investors, das Vorhaben auf der Grundlage eines Durchführungsvertrages nach §12 BauGB zu errichten, nicht auf die Erbringung an die Gemeinde gerichtet ist, sondern ausschließlich der Realisierung des Vorhabens selbst dient. Ein entsprechender Durchführungsvertrag zwischen Gemeinde und Investor ist mithin nicht ausschreibungspflichtig. Allerdings ist dies nicht die Rechtsprechung in NRW.

Der EuGH hat geurteilt, dass eine Vereinbarung, nach der ein erster öffentlicher Auftraggeber einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die Errichtung eines Bauwerkes überträgt, einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der jeweiligen Richtlinie darstellt; unabhängig davon, ob vorgesehen ist, dass der erste öffentliche Auftraggeber Eigentümer des gesamten Bauwerkes oder eines Teiles davon ist oder wird.

Es kommt hierbei also darauf an, ob der Beschaffer Eigentümer oder Entgegennehmer ist. Der Bauauftrag ist auch dann zu bejahen, wenn der öffentliche Auftraggeber gerade nicht das Eigentum des Bauwerkes, das zu errichten ist, erhält. So legt zumindest das OLG Düsseldorf die Rechtsprechung des EuGH aus.

Es muss in jedem Einzelfall eine Prüfung des konkreten Sachverhaltes erfolgen. Eine pauschale Herangehensweise ist untauglich. Es ist stets zu hinterfragen, ob der Verkauf eines kommunalen Grundstücks mit einer Bauverpflichtung einhergeht oder ob ein Bauwerk nach den Erfordernissen des Verkäufers erstellt werden soll.

Das OLG Düsseldorf besagt also, eine Vergabe ist notwendig, wenn mit dem Grundstückskaufvertrag

Grundstücksgeschäfte

- eine Bauverpflichtung einhergeht, mit der dann eine bestimmte öffentliche Zweckbestimmung verfolgt wird.
- oder
- ein Dritter ein Bauvorhaben realisiert, dies jedoch auf der Grundlage der Erfordernisse, die dann durch den öffentlichen Auftraggeber vorgegeben wurden.

[Fallbeispiele Oer Erkerschwick und Bremen]

Das OLG Düsseldorf hat eine Entscheidung zu einem Fall in Oer Erkerschwick gefällt, wo es um Bauverpflichtungen ging. In dem Urteil wird gesagt, dass sich eine Bauverpflichtung auch unter anderem aus Rücktrittsrechten bei nicht ordnungsgemäßigem Beginn ergibt. Es muss demnach insgesamt geschaut werden, ob ein faktischer Zwang aufgebaut wird, der dann nichts anderes als die klare Aussage bedeutet, dass eine Bauverpflichtung besteht. Die Kommune muss in solchen Fällen darüber nachdenken, ob eine Bauverpflichtung wirklich notwendig ist. Ist die Antwort positiv, muss ein Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Auch das OLG Bremen hatte einen interessanten Fall zu entscheiden, wo es nicht um den Verkauf, sondern eine Verpachtung eines Grundstückes ging. Es sollte auf einem öffentlichen Grundstück eine Windenergieanlage betrieben werden. Laut des OLG Bremen kommt es in diesem Falle nicht darauf an, wer sich im Besitz des Grundstückes befindet, auf dem eine Baumaßnahme durchgeführt werden soll. Ob es verkauft oder verpachtet wird, ist unerheblich. Auch in derartigen Fällen würde das Vergaberecht anzuwenden sein.

Gibt es dazu auch einen konkreten Fall aus dem Stadtumbau?

Herr Schmidt erläutert, dass es einen Fall in einer Kommune gibt, in der es um die Neugestaltung eines Sportplatzgeländes ging. Um dieses Sportplatzgelände herum sollte weitere Infrastruktur angesiedelt werden, wie z.B. Einzelhandel kombiniert mit einer Wohnbebauung. Für die Kommune stellte sich nun die Frage, ob die Grundstücksveräußerung, bei der ein Investor gesucht wird, europaweit ausgeschrieben werden musste. Das ist ein Standardproblem in Stadtumbau West-Kommunen, bei denen das Verfahren eigentlich schon abgeschlossen war; dann aber doch eine europaweite Ausschreibung stattfinden musste.

Muss die Kommune nach der Ausschreibung jeden beliebigen nehmen, der billig ist?

Es gibt ganz oft den Fall, dass eine Kommune ganz bestimmte An-

Fallbeispiele aus

Oer Erkerschwick und

Bremen



Andere Rechtsprechungen

sprüche an städtebauliche Qualitäten hat und daher lange sucht, bis sie jemanden findet, mit dem sie ein Projekt so entwickeln kann, wie sie es sich vorgestellt hat.

Aspekt der Qualität

kann Zuschlags-

kriterium sein

Herr Schmidt bekräftigt daher, dass dies nicht der Fall sei. Denn preislich günstig bedeutet nicht unbedingt immer auch wirtschaftlich. Die Kommune ist frei, andere Zuschlagskriterien im Vorfeld auch zu benennen. Dabei kann man z.B. die notwendige Qualität durchaus auch mit aufnehmen. Aber dabei ist es wichtig, dass sich die Qualität auch vor dem Hintergrund der Transparenz messen lassen kann. Die Kommune muss dann in den Unterlagen darlegen, was für sie qualitative Maßstäbe sind.

Wie sieht es mit freiwilligen Vereinbarungen aus, die der Investor mit einer Kommune treffen kann, ohne eine Bauverpflichtung einzugehen?

Freiwillige Vereinbarungen

mit dem Investor

Laut Herrn Schmidt hätte die Kommune in diesem Fall überhaupt keine Rechte, da es keine formelle Bauverpflichtung gibt. Dies stellt somit ein Risiko dar, das die Kommune in Kauf nimmt, um dem Vergaberecht zu entgehen. Man muss ebenfalls aufpassen, wie informelle Regelungen oder Absprachen mit einem Investor kommuniziert werden. In diesem Fall befindet sich die Kommune nicht im Vergaberecht, es gibt also auch keine weiteren Verpflichtungen. Im Vergabeverfahren ist bis zur Zuschlagsvergabe eine Kommunikation über die Presse tabu, in einem solchen Verfahren nicht.

Wenn man also keine Bauverpflichtung hat und keine Erfordernisse vorgegeben sind, dann ist der Vorgang vergaberechtsfrei. Dann kann die Kommune einen Bieter selbstverständlich auch öffentlich kritisieren, wenn er sich zu weit aus dem Fenster gelehnt hat. In derartigen Fällen kann es allerdings passieren, dass ein Investor, der kommt und alles verspricht, im Endeffekt aber nicht vertraglich verpflichtet ist. Somit gibt es auch keine echte Interventionsmöglichkeit.

[Anders lautende Rechtsprechungen]

Rechtsprechung aus

Baden-Württemberg

Herr Ruppe ergänzt abschließend einige Beispiele von Rechtsprechungen, die besagen, dass das Vergaberecht nicht anzuwenden ist, so wie es das OLG Düsseldorf entschieden hat. In Baden Württemberg sollte z.B. ein Lebensmittelladen errichtet werden. Die Stadt war der Ansicht, dass dieser Laden wichtig für die Stadtentwicklung sei und hatte einen städtebaulichen Vertrag mit Bauverpflichtung geschlossen, worin unter anderem stand, dass dieser Laden mindestens 15 Jahre betrieben werden sollte. Dieser Vertrag wurde von einem Konkurrenten, der den Zuschlag nicht bekommen hatte angefochten. In der Rechtsprechung wurde aber dann entschieden, dass es sich hierbei

Andere Rechtsprechungen

nicht um einen Kaufvertrag handeln würde. Da es sich um eine Dienstleistung handelte, ist nach dem Urteil eine Ausschreibung nicht zwingend vorgesehen. Dienstleistungskonzessionen sind nämlich ausschreibungsfrei. Die Übertragung auf NRW ist aber in jedem Falle als bedenklich einzuschätzen.

Ähnlich sieht es auch die Vergabekammer Hessen. Dort gab es Planungen auf einer innerstädtischen Fläche. Man schloss im Vorfeld einen städtebaulichen Vertrag und vereinbarte eine Rückkaufoption. Anschließend wurde ein neuer B-Plan erstellt und dazu das Grundstück verkauft. In dem Sinne war in Grundzügen klar, was auf der Fläche realisiert werden sollte. Aber auch hier hat die Vergabekammer in Hessen entschieden, dass das Vergaberecht nicht anzuwenden sei. Laut Vergabekammer handelte es sich nicht um einen öffentlichen Bauauftrag, so dass es hier keine Bauverpflichtung gab.

Wenn man den §99 GWB betrachtet, wird dort gesagt, dass ein Bauauftrag ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmer ist, der Liefer- Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Der Lebensmittelladen als Dienstleistung müsste doch dann unter §99 GWB fallen?

Dienstleistungen im Betreib einer Immobilie sind ausschreibungspflichtig, so Herr [Schmidt](#). Wenn man aber das Risiko des Nutzens der Entgeltlichkeit und Refinanzierung über diese jeweilige Dienstleistung hat, dann ist es eine Dienstleistungskonzession. Es wird unterschieden, ob es sich um eine Dienstleistung handelt oder ob man sich in einer Dienstleistungskonzession befindet, was damit verbunden ist, wer das Risiko trägt.

Ein weiterer Punkt in den beiden angesprochenen Rechtsprechungsbeispielen war die Notwendigkeit eines Beschaffungsortes. Denn nur bei einer tatsächlichen Beschaffung kann man von einer vergaberechtlichen Relevanz reden. Ergänzend dazu ist zu sagen, dass das GWB in Zukunft geändert werden soll.

Herr [Ruppe](#) ergänzt einen Fall, den die Vergabekammer Brandenburg im Februar 2008 beim Kauf eines Einkaufszentrums entschieden hat. In diesem Fall war ein Vertrag mit Bauverpflichtung vorgesehen, auf Grundlage des noch zu erlassenen B-Plans. In Kenntnis der Entscheidungen des OLG Düsseldorf wurde dann davon wieder Abstand genommen und das Grundstück ohne Verpflichtungen veräußert. Da das Grundstück nicht an den originären Interessenten veräußert wurde, kam es zu einer Klage. Diese Klage war jedoch erfolglos, da in diesem Falle tatsächlich nur das Grundstück verkauft worden war, ohne Verpflichtung. Es liegt demnach keine Beschaffung im Sinne des §97 GWB vor. Und trotz der Vorgaben des B-Plans war es auch kein Bauauftrag.



Rechtsprechung aus

Hessen

Rechtsprechung aus

Brandenburg

Andere Rechtsprechungen

Herr [Schmidt](#) betont noch einmal, dass sich die Kommunen im Vorhinein die Frage stellen müssen, ob eine Bauverpflichtung dringend nötig ist. Vielfach kann man aufgrund der Tatsache, dass der Investor nichts anderes kann, als dort zu bauen, von einer Bauverpflichtung absehen. Auf diese Weise umgeht man das Vergaberecht.

[Gibt es Rechtsprechungen aus anderen Ländern dazu?](#)

[Richtlinien des europäischen Primärrechtes sind für alle verbindlich](#)

Es gibt momentan keinen anderen bekannten konkreten Fall. Aber in Deutschland kann es durchaus passieren, dass die Urteile nicht eins zu eins umgesetzt werden. Andererseits beruft sich das OLG Düsseldorf auf die Rechtsprechung des EUGH. Und der EUGH beruft sich wiederum auf Richtlinien, die europaweit für jeden Mitgliedsstaat gelten. Es kann sich also kein Mitgliedsstaat einfach darüber hinwegsetzen. Es gibt dennoch von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat andere Ausgestaltungen. Aber über die Richtlinien des europäischen Primärrechtes können sich die Staaten nicht hinwegsetzen.

[Es gibt also unterschiedliche Rechtsprechungen in den einzelnen Bundesländern. Ist denn abzusehen, dass sich in diesem Fall eine höhere Instanz in Deutschland einschaltet?](#)

Herr [Schmidt](#) glaubt, dass es vermessen wäre zu behaupten, dass demnächst bundesweit bei jeder Vergabekammer ein einheitliches Recht bzw. eine abgestimmte Rechtssprechung existieren wird.

Frau [Hugenroth](#) ergänzt, dass das Gewicht des OLG Düsseldorf mit fünf eigenen Kammern und drei Bundeskammern vom Volumen her die meisten Vergaberechtsstreitigkeiten hat und entscheidet. In Folge dessen liefert es somit auch das größte Potenzial an Rechtsprechung. Und insofern kann man sich auch in anderen Bundesländern recht gut daran orientieren.

[\[Definition kommunales Grundstücksgeschäft\]](#)

[Was ist eigentlich genau ein kommunales Grundstücksgeschäft? Handelt es sich auch bei einer Tochter der Stadt um ein kommunales Grundstücksgeschäft? Bei welchen Akteuren würde man sonst noch von „kommunalem Grundstücksgeschäft“ sprechen \[kommunale Wohnungsgesellschaften, Bundesflächen\]?](#)

Herr [Schmidt](#) erläutert, dass man, um das Vergaberecht anwenden zu können, einen öffentlichen Auftraggeber benötigt. Die Frage, ob eine der oben genannten Gesellschaften auch vergabepflichtig ist, kann man nur im Einzelfall klären.

Auch bei Bundeseigentum stellt sich die Frage, ob es einen öffentlichen Auftraggeber gibt. Ist dies der Fall, müsste auch dort das Vergaberecht angewendet werden. Das bedeutet, dass man sich immer die vergaberechtliche Frage stellen und nicht nur darauf achten muss, ob es sich um eine Kommune handelt oder nicht. Die Frage lautet demnach, ob es einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB gibt oder nicht.

Gibt es einen öffentlichen
Auftraggeber im Sinne
des §98 GWB?

Frau Dr. Glahs ergänzt, dass es bei gegenläufigen Interessen von Bund und Kommune in einem solchen Fall zu Ausnahmeregelungen kommen kann. Zum Beispiel, wenn der Bund nur ohne Auflagen verkaufen möchte, die Kommune aber Bauvorschriften festlegen will. Es kommt also zu Interessenkonflikten zwischen beiden Parteien.

[Baukonzessionen]

Sofern es sich bei kommunalen Grundstücken um einen Bauauftrag im Sinne des §99 Abs. 3 GWB in Form einer Baukonzession handelt, stellt sich die Frage nach dem richtigen Verfahren. Die Vergabe einer Baukonzession ist in §32a VOB/A geregelt. Dieser sieht im Grundsatz vor, dass bei der Vergabe von Konzessionen mit einem geschätzten Gesamtauftragswert von mindestens 5.150.000 € die „a-Paragrafen“ der VOB/A keine Anwendung finden. Ausnahmen sind in den Absätzen 2-4 des §32a geregelt. Dieses würde bedeuten, dass die Begrifflichkeiten des europaweiten Vergabeverfahrens keine Anwendung finden. Gleichwohl sollten, da bei einer Vergabe von Baukonzessionen die Schwellenwerte des europäischen Vergaberechts in der Regel überschritten sind, die Begrifflichkeiten des europäischen Vergaberechts Anwendung finden.

Baukonzessionen europä-
weit bekannt machen

Da es sich bei Grundstückstransaktionen regelmäßig um komplexe Aufträge handelt, deren Inhalte nicht bereits zu Beginn eines Verfahrens feststehen, bietet sich das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem öffentlichem Teilnahmewettbewerb an. Die Baukonzession ist demnach europaweit bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind alle Zuschlagkriterien zu nennen, die für die Vergabe eine Rolle spielen. Diese Kriterien dürfen im Nachhinein im Verlauf des Verfahrens nicht mehr geändert werden.

Bei der Wertung der Angebote dürfen nur Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen benannt sind. Den Bietern sind auch so genannte Unterkriterien bekannt zu geben.

Die Leistungsbeschreibung hat nach §9 Nr.1 S.1 VOB/A die Leistung klar und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Be-

Gewerbegrundstücke



schreibung im gleichen Sinne verstehen können. Im Falle der gegenständlichen Grundstücksverkäufe bedeutet dies, dass eine funktionale Leistungsbeschreibung zu erfolgen hat, nach der den Bietern eine einwandfreie Kalkulation der Baukosten möglich ist.

Die Bewerbungsfrist für den Antrag auf Teilnahme muss mindestens 52 Kalendertage betragen. Die Angebotsfrist darf nicht unter 10 Kalendertagen liegen, muss allerdings nicht einer 52-Tage-First wie der Bewerbungsfrist entsprechen.

[Gewerbliche Grundstücke in der Ausschreibung]

Es können nach dem Urteil des OLG Düsseldorf angeblich gewerblich genutzte Grundstücke von der Ausschreibungspflicht ausgenommen werden. Trifft dies zu, oder kann man diesen Tatbestand weiter spezifizieren?

Herr Schmidt erklärt, dass man sich in diesem Bereich wiederum in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 6.2.2008 bewegt. Man braucht in diesem Sinne neben einer Bauverpflichtung, die mit dem Grundstücksveräußerungsvertrag einhergeht, dann auch immer die Verwirklichung einer öffentlichen Zweckbestimmung, die insbesondere, so das OLG, raumordnerischer oder städtebaulicher Natur sein kann. Existiert dieser Tatbestand jedoch nicht und soll womöglich etwas errichtet werden, mit dem man keine raumordnerische oder städtebaulichen Vorsätze verfolgt, kann unter Umständen von einem Einsatz des Vergaberechts abgesehen werden.

Kommt es zu Verpflichtungen beim Verkauf
ist man im Vergaberecht

Ergänzend dazu wird aber angemerkt, dass es letztendlich egal ist, ob ein Gewerbegrundstück oder ein sonstiges Baugrundstück veräußert werden soll. Soweit aus städtebaulichen Gründen irgendwelche Verpflichtungen vereinbart werden, unterliegt dies der Vergabepflicht. Es ist sehr schwer vorstellbar, dass in einem Stadtrat Grundstücke, die sich in einer exponierten Lage befinden, ohne eine entsprechende Bauverpflichtung bzw. Gestaltungsauflagen veräußern würde.

Wenn man den konkreten Fall annimmt, dass ein Zwischenerwerber eine Brache angekauft hat, diese aufbereitet und sie einer gewerblichen Nutzung zuführen will. Anschließend möchte er sie veräußern, was das Ziel des ganzen Verfahrens war. Was wäre, wenn dies im Interesse der Kommune oder unter deren Zielen entstanden ist?

Herr Schmidt schlägt vor, dass in solchen Zweifelsfällen eine Ausschreibung immer das sicherste wäre. Das OLG Düsseldorf schreibt in seinem Urteil „insbesondere Raumordnung und Städtebau“. Welche Hintergründe mit der wirtschaftlichen Nutzung, die hier ange-

sprochen wurden, einhergehen, ist so abschließend nicht klärbar.

Wenn eine Fläche mit der Verpflichtung ausgeschrieben wird, ein gewerblich genutztes Gebäude darauf zu errichten, wäre dies dann schon hinreichend bestimmt, wenn es so formuliert würde?

Herr Schmidt merkt an, dass dies bereits in den Bereich der funktionalen Ausschreibung hineingeht. Die Kommune würde die Eckpunkte für das Vorhaben vorgeben. Im Anschluss wird der Anbieter die entsprechende Planung und Realisierung übernehmen. Das Risiko, dass seine Planung dann den vorgegebenen Eckwerten entspricht, ist dann zulässig. Damit würde man aber den Anforderungen der VOB nicht genüge tun. Dort müssen konkretere Angaben, wie Geschossigkeit oder die Quadratmeterzahl der zu bebauenden Fläche angegeben werden.

Funktionale

Ausschreibung

Beim Verkauf von Gewerbegrundstücken gibt es bereits Festlegungen, welches Gewerbe zulässig ist, welche Baumassenzahl erlaubt ist und auch welche Geschosshöhe.

Muss man bei einer Gewerbefläche mit verschiedenen Grundstücken, die in etwa gleich groß sind, eine Bauverpflichtung haben, weil es ein Entwicklungsgebiet ist? Muss man eventuell jedes Grundstück einzeln ausschreiben?

Bei der Veräußerung dieser Grundstücke geht es zunächst einmal darum, ob man über eine Gesamtbaumaßnahme oder viele kleine spricht, was bei der Frage der Kostenschätzung unter Schwellenwertaspekten problematisch sein kann. Es geht darum, zu schauen, ob zwischen den einzelnen Maßnahmen ein funktionaler Zusammenhang besteht, z.B. auf planungstechnischer, zeitlicher oder finanzierungstechnischer Ebene. Wenn nicht jeder Bauabschnitt für sich gesehen eine eigene Funktion hat, wird es vergabetechnisch als eine Gesamtmaßnahme gewertet.



Wenn man noch nicht genau abschätzen kann, ob man die Flächen parzelliert verkaufen wird oder doch zusammenhängend, sollte man im Vorfeld eine Markterkundung durchführen. Mit Hilfe dieser Markterkundung kann man schon bestimmte Einschränkungen vornehmen. Man weiß dann in der Regel, ob es tendenziell eher einen Gesamtinvestor oder viele kleinere geben wird. Danach müsste man dann wieder für die Ausschreibung konkreter werden. Es kann dann sein, dass am Ende wieder eine klassische Ausschreibung steht. Das Vergaberecht verbietet nicht, sich im Rahmen einer Markterkundung, einen Überblick über die Möglichkeiten zu verschaffen.

Markterkundung

[Markterkundung]

Gibt es zu dem Begriff "Markterkundung" eine gesetzliche Grundlage?

Der Begriff der Markterkundung ist kein vergaberechtlicher Begriff

Die Markterkundung ist im weitesten Sinne kein vergaberechtlicher Begriff. Er kommt nur in der VOL/A vor, wo ausdrücklich gesagt wird, dass man, wenn man den Bieterkreis nicht kennt, im Vorhinein eine Markterkundung durchführen soll. Es ist praktisch dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert. Man muss aber deutlich darauf hinweisen, dass die Markterkundung vom Vergabeverfahren getrennt ist, weil man sonst unter Umständen einen Vertrauenstatbestand schaffen würde. Zweck dieses Verfahrens ist eben nicht die Zuschlagserteilung.

Muss die Kommune die Markterkundung selber vornehmen, oder kann sie auch Dritte damit beauftragen?

Frau Dr. Glahs erläutert, dass die Vergabe der Markterkundung an ein Büro mit vielen anderen Aspekten zu tun hat. Zulässig ist es jedoch, mit Unternehmen, von denen man weiß, dass sie eventuell ein Interesse daran haben können, ein Grundstück zu erwerben, ins Gespräch zu kommen und zu eruieren, was die Kommune sich vorstellen könnte, an dieser Stelle zu bauen. Es wäre sogar nach Ansicht von Frau Dr. Glahs möglich, in der Zeitung eine Veröffentlichung vorzunehmen und die Möglichkeit zu geben, bei konkreten Ideen mit der Stadt in Kontakt zu treten. Es handelt sich hierbei nicht um ein Vergabeverfahren, aber es ist nicht ausgeschlossen, dass am Ende dieser Gespräche ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Wenn man ein Büro mit einer Markterkundung beauftragen würde, dann könnte doch eventuell dieses Büro später nicht mehr mitbieten. Es gibt auch Urteile, dass Architekturbüros nach Beteiligung an einem Ideenwettbewerb ausgeschlossen worden sind, im späteren Verfahren weiter zu arbeiten.

Rechtsprechung zur Projektantenproblematik

Das nennt sich im Fachjargon Projektantenproblematik. Inzwischen lautet die Rechtsprechung oberhalb der Schwellenwerte, dass ein Bieter, der die Projektantenstellung inne hat und bei der Erstellung der Vergabeunterlagen in gewisser Weise mitgewirkt oder dort zusätzliche Informationen hatte, nicht generell mit seinem Angebot ausgeschlossen werden kann. Dies ist oberhalb der Schwellenwerte auch so durch den EUGH entschieden und in nationales Recht übertragen worden. Aber auch hier muss der Informationsvorsprung, den dieser Bieter hat, ausgeglichen werden. Ansonsten würde ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen.

[Umgang mit Investoren]

Das Gesetz besagt, dass der öffentliche Auftraggeber den Informationsvorsprung ausgleichen muss. Dies ist zunächst die Verpflichtung des Auftraggebers und nicht die des Projektanten. Kann dann aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, der Bieter vom Verfahren ausgeschlossen werden? Oder muss in einem solchen Fall die Ausschreibung aufgehoben werden und beim nächsten Mal der Informationsausgleich geschaffen werden.

Frau [Hugenroth](#) erläutert, dass im Grunde nicht alle Fälle gleich behandelt werden können. Es kann unter Umständen darauf hinauslaufen, dass man sagt, diese Ausschreibung kann nur noch ungleiche Angebote produzieren. Wenn dies der Fall ist, muss die Ausschreibung aufgehoben werden, weil sie nicht so angelegt ist, dass vergleichbare Angebote erzielt werden. Die Vergabekammern neigen tendenziell dazu, lieber den einen Bieter auszuschließen und die Vergabe insgesamt zu retten. Der Ausgeschlossene hat dann allerdings Anspruch auf Schadensersatz. Das ist eine mögliche Konsequenz für den Auftraggeber.

Vergabe muss so angelegt
sein, dass sie vergleichbare
Angebote erzielt

Es wäre möglich, im Vorfeld mit einem beauftragten Büro abzuklären, dass sich dieses eventuell hinterher nicht mehr an einer Ausschreibung beteiligen darf. Frau [Hugenroth](#) glaubt jedoch, dass dies in der Praxis kaum durchsetzbar ist. Es gibt bei solchen Zusammenarbeiten auch einen architektonischen und planerischen Input, der ähnlich wie ein Betriebsgeheimnis zu betrachten ist. Es hängt jedoch vom Einzelfall ab. Bestimmte Daten sind dabei unproblematischer als andere und können dann eher allen Bietern zugänglich gemacht werden.

Die Realität sieht aus Sicht der Kommunen in der Regel so aus, dass ein Investor auf die Stadt zukommt, man den Gegenstand verhandelt und anschließend eine Umsetzung erfolgt und ein Wettbewerb also nicht stattfindet.

[Kann man denn, wenn schon im Vorhinein mit einem Investor gesprochen wurde, dessen Planung als Grundlage für eine Ausschreibung machen? Welche Inhalte müsste diese Ausschreibung dann haben?](#)

Der Investor hätte dann ja einen riesigen Wettbewerbsvorteil, weil er den Gegenstand selber entwickelt hat. Also eigentlich müsste man ihn eigentlich komplett rauslassen bei der Vergabe oder alle Anderen dann auf den gleichen Stand bringen, was in der Regel sehr schwierig ist.

Bei der schlussendlichen Durchführung eines Vergabeverfahrens, muss

Chancengleichheit gewährleistet sein. Die Inhalte, die jeder kennen sollte, müssten dann in den Verdingungsunterlagen zu erkennen sein, so Frau [Dr. Glahs](#).

Wenn der Private Vorleistungen erbracht hat, die dann Grundlage der Ausschreibung im Nachhinein sein sollen, wer muss dafür aufkommen?

Vorleistungen der
Privaten müssen im
Vorfeld geprüft werden

Frau [Dr. Glahs](#) führt zur Bezahlung von Vorleistungen, aus dass man sich im Vorhinein darüber klar werden muss, wie genau die Planung ist, die der Investor vorausgelegt hat. Wenn diese Planungsunterlagen eine Höhe erreicht haben, dass sie geschützt sind, dann kann man diese Unterlagen natürlich nicht beim Ausschreibungsverfahren hinzufügen. Diese hätte die Kommune dann bezahlen und vorher in Auftrag geben müssen. Man muss aber auch sehen, wie detailliert man in den Wettbewerb geht. Wenn er allgemein gehalten wird, dann existieren auch gar nicht so viele Planungsunterlagen. Die Leistungsbeschreibung wäre aber dennoch eindeutig genug.

Wenn eine Kommune jedoch über solche Planungsunterlagen verfügen möchte, dann muss sie diese Unterlagen über ein Vergabeverfahren in Auftrag geben oder dem Investor abkaufen. Wenn dies nicht geht, müsste die Kommune es selbst noch einmal planen lassen.

Herr [Schmidt](#) ergänzt, dass er deswegen bei Planungsaufträgen mit darauf bestehen würde, dass in dem jeweiligen Vertrag die Regelung zum Urheberrecht mit aufgenommen wird, so dass die Kommune im Zweifel das Recht besitzt, diese Unterlagen zu publizieren.

Wird bei den Schwellenwerten auch der Grundstückskaufpreis mit einbezogen? Fließt die Gewinnerwartung des Erwerbers auch in irgendeiner Form mit in die Berechnung der Schwellenwerte ein? Wenn ja, wie würde dies berechnet werden?

Grundstückskaufpreis
geht nicht in die Berechnung
der Schwellenwerte ein

Zunächst muss man sich ansehen, wie teuer die Gesamtmaßnahme wird, so Herr [Schmidt](#). Wenn man dabei bereits deutlich über 5 Millionen Euro liegt, ist man in einem europaweiten Wettbewerb. Der Grundstückskaufpreis wird bei der Schwellenwertberechnung nicht mit eingerechnet, weil das, was ein Bieter sich vorstellt als Gewinnprognose zu erlangen, bei der Schwellenwertberechnung, abzüglich des Kaufpreises, Berücksichtigung finden sollte.

Das eigentliche Problem ist, wie man dies alles tatsächlich bestimmen kann, wenn man zum Beispiel nur vermieten möchte. In diesen Fällen ist nämlich noch einiges an Rechtsunsicherheit vorhanden.

Es ist also zunächst erst einmal wichtig zu schätzen, wie teuer die Bau-

maßnahme als solches werden wird. Hier sei auch noch einmal die Auslegung des Gemeindebundes genannt, der sich damit auch befasst hat

Es wurde bereits gesagt, dass man unterhalb der EU Schwellenwerte nicht ausschreiben muss. Es heißt aber weiter, dass es einen inoffiziellen zweiten Schwellenwert gibt. Bedeutet dies, dass man eigentlich nach VOB ausschreiben müsste?

Frau Dr. Glahs erläutert, dass keine Ausschreibungen nach VOB/A verlangt werden. Möglicherweise ändert sich dies aber nach der Mitteilung der Kommission.

Die primärrechtlichen Grundlagen und deren Transparenz gelten für sämtliche Beschaffungsmaßnahmen, auch für den nationalen Bereich. Das heißt, wenn dort eine Binnenmarktrelevanz angenommen würde, dann wäre es hierbei ebenfalls das beste, eine europaweite Bekanntmachung auf den Weg zu bringen. Es wird zwar kein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt, aber es wird für hinreichende Transparenz gesorgt. Die Frage, ob es ein Vergaberechtsverstoß wäre, wenn es nicht gemacht würde, müsste dann noch einmal nachgeprüft werden. Deswegen rät Herr Schmidt, sicherheitshalber das Vergabeverfahren durchzuführen. Es geht einzig und allein darum, die Transparenz zu wahren, so dass auch Investoren im europäischen Ausland von dem Projekt erfahren.

Transparenz

wahren!

Das bedeutet, dass die Kommunen in der Investorenwahl nicht frei wären, sondern auch unterhalb des EU-Schwellenwertes Investorenwettbewerbe durchführen müssten. Würde es dies dann nicht schwieriger machen, den gewünschten Investor auch zu bekommen?

Dies würde unter den Stichpunkt zielführende Vergabe fallen, so Herr Schmidt. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist es durchaus konform, den einen oder anderen Aspekt im Vorfeld zu lenken. Auf diese Weise könnte die Kommune doch noch mit dem gewünschten Investor ins Geschäft kommen. Jedoch gibt es hierbei keine absolute Sicherheit.

Zielführende

Vergabe

Wenn eine Kommune aber bereits einen Investor hätte, der mit hohen finanziellen Mitteln eine Brache entwickeln möchte. Musste man ihm sagen, dass er warten solle, weil ausgeschrieben werden muss?

In dem Moment, wo die Kommune eine einzelfallbezogene Freigabe für ein Unternehmen erteilt, ohne dass damit städtebaulich oder bauordnerische Aspekte berührt werden und eine wirtschaftliche Funktion mit der Bauverpflichtung einhergeht, wäre dies in der Rechtspre-

chung möglich. Es ist aber alles andere als ein rechtssicherer Tatbestand.

Vorher genau prüfen,
ob Bauverpflichtung
notwendig ist

Bei einem Areal, bei dem man genau weiß, was darauf entstehen soll, wie z.B. ein Gewerbe, und für das man einen Investor sucht, der dies städtebaulich nach den Vorstellungen der Kommune realisiert, gibt es eine klare Zielvorgabe. In dem oben genannten Fall ist es so, dass eine außerordentliche Zielvorgabe gar nicht bestehen würde, man bekommt vielmehr von einem Unternehmen den Hinweis, dass es sich an dieser Stelle eben diese Halle vorstellen könnte. In diesem Fall ist der Sachverhalt etwas anders gelagert. Wenn die Kommune die Fläche an den Investor verkauft, ohne dass eine Bauverpflichtung im Vorhinein besteht, müsste sie keine Ausschreibung durchführen. Deshalb ist man im Vorhinein immer daran gehalten zu überlegen, ob man wirklich eine Bauverpflichtung für das Areal benötigt. Wenn bereits klar ist, was der Investor dort realisieren möchte, dann lässt man diese Bauverpflichtung besser. Dabei geht die Kommune jedoch das Risiko ein, dass sie Grundstücke veräußert, auf denen sie nicht mehr mitbestimmen kann, was dort gebaut wird.

Wenn man nun trotz Investor, der schon Interesse angemeldet hat, das Vergabeverfahren durchführt, stellt sich die Frage, mit welchem Zeitraum man zu rechnen hat. Man weiß im Grunde, dass es dieser eine werden wird, sich aber die Vergabe nicht umgehen lässt und durchgeführt werden muss.

Je nach Verfahrensart
gibt es Fristen bis zu
einem halben Jahr

Herr Schmidt erläutert, dass es darauf ankommt, welche Verfahrensart man wählt, welche Fristen dann maßgeblich sind und wie der Bauauftrag als solches definiert ist. Es wird im Zweifel darauf hinauslaufen, dass die Kommune eine Baukonzession im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vergibt. Dabei müssen die Fristen für die Teilnahmeanträge beachtet werden, man müsste Auswertungen vornehmen und dann entsprechende Angebote einholen. Diese müssen verhandelt werden und anschließend muss eine Bewertung der Angebote unter vorgegebenen Bewertungskriterien erfolgen. Wenn man das Ganze auch noch mit den europarechtlichen Anforderungen der Ausschreibung versieht und noch einen Zeitpuffer einbaut, muss man in der Regel mit einem halben Jahr rechnen.

Frau Dr. Glahs ergänzt, dass ein Problem entstehen kann, wenn wider Erwarten weitere Teilnehmer an diesem Wettbewerb teilnehmen wollen. Denen muss dann auch die Möglichkeit gegeben werden, auf den Informationsstand zu kommen, auf dem eventuell der Investor ist, mit dem die Kommune vorher schon einmal gesprochen hat. Frau Dr. Glahs befürchtet dabei, dass noch einmal ein Zeitverlust entstehen könnte, da man den anderen Teilnehmern ebenfalls Zeit einräumen

muss, um auch ein Angebot abzugeben. Dabei ist die Gefahr groß, dass der neue Bewerber die gleiche Bedenkzeit fordern könnte, die auch schon der andere Investor hatte.

[Festsetzungen im Bebauungsplan bei der Ausschreibung]

Wenn man glaubt, durch B-Planfestsetzungen die Qualität einer Baumaßnahme sicherstellen zu können, kann man dann weiter das Grundstück verkaufen, an wen man möchte?

Herr Schmidt erläutert, dass man verkaufen kann, an wen man will. Bei dem Gebot eines Vergabeverfahrens kommt es darauf an, welcher Käufer sich auf der Gegenseite befindet. Wenn man z.B. ein Wohnungsunternehmen hat, das genau das umsetzen soll, was die Stadt möchte, kommt man in den Bereich der Entscheidungen des OLG. Dann gibt es nicht nur eine Grundstücksveräußerung, sondern auch eine an die Veräußerung gekoppelte Bauverpflichtung, die mit einer öffentlichen Zwecksetzung, z.B. Wohnraum für die Stadt dort zu schaffen, verbunden ist. Dies ist dann laut OLG ausschreibungspflichtig.

Die Kommune darf, wenn durch einen Bebauungsplan etwaige Vorgaben gemacht wurden und keine Bauverpflichtung besteht, an jeden beliebigen außerhalb des Vergaberechts verkaufen, weil die erste Variante, dort wo ein Bauauftrag vergeben wird, nicht greift. Die dritte Variante, wenn nach Erfordernissen, die der öffentliche Auftraggeber vorgegeben hat, errichtet wird, ist in diesem Fall ebenfalls nicht gegeben. Festsetzungen in einem B-Plan sind in der Rechtsprechung keine Vorgaben, die der öffentliche Arbeitgeber vorgibt. Ein B-Plan hat den Anspruch auf eine Baugenehmigung, wenn die dort genannten Erfordernisse erfüllt sind. Dies bedeutet, es sind mehr oder weniger Beschränkungen des Eigentumsrechts gegeben. Dies stellt aber keine Vorgabe der Gemeinde für ein konkretes Bauvorhaben dar.

Beim Urteil des OLG Düsseldorf wurde dieser Aspekt offen gelassen. In Brandenburg, als abweichende Rechtsprechung, wurde in diesem Bereich ganz klar gesagt, dass dies nicht ausreichend ist, weil es sich dabei nicht um Erfordernisse handelt und deswegen auch die Belange der dritten Variante eines Bauauftrages nicht erfüllt sind. Aber auch dort ist Vorsicht geboten. Im Zweifel gilt immer der Grundsatz, lieber auszuschreiben.

Frau Hugenroth ergänzt, dass es eine Äußerung des OLG Düsseldorf zu dieser Thematik gibt. Das OLG Düsseldorf hat darin gesagt, dass, wenn ein B-Plan bereits besteht und vom öffentlichen Auftraggeber das Grundstück veräußert wird, ohne dass eine ausdrückliche Bauverpflichtung besteht, das Grundstück innerhalb der Festsetzungen des

Käufer sind grundsätzlich frei wählbar

Festsetzungen im B-Plan sind in der Rechtsprechung keine Vorgaben

B-Plans ohne Ausschreibung bebaut werden kann.

Herr [Schmidt](#) gibt zu bedenken, dass man in diesem Fall sicher sein muss, dass die Kommune keine weiteren städtebaulichen Ziele verfolgen will. Denn dann muss man eventuell mit dem Risiko leben, dass dort etwas nicht gebaut wird, das die Kommune gerne gehabt hätte. Es gibt aber daneben auch immer wieder Varianten, die dann von der Rechtsprechung nicht komplett erfasst werden.

Was passiert, wenn man einen B-Plan mit recht unklaren Bauverpflichtungen hat, also nicht hinreichend beschreiben kann, was genau gebaut werden soll?

Ursprüngliche Kosten-
schätzung ist maßgeblich
für die Vergabe

In diesem Fall muss man einen Rahmen setzen und vielleicht von der teuersten Variante ausgehen, damit man auf der sicheren Seite ist. Wichtig ist das, was im Vorfeld in einer Kostenschätzung angegeben wird. Wenn man zum Beispiel annimmt, dass das zu bauende Objekt 4,8 Millionen Euro Kosten wird, es dann aber ein Angebot über 6 Millionen gibt, ist die ursprüngliche Kostenschätzung maßgeblich für die Vergabe. Man kann schließlich im Vorfeld nicht abschätzen, welche Angebote Investoren einreichen werden. Dies gilt auch für den umgekehrten Fall, wenn die Kostenschätzung oberhalb der Schwellenwerte liegt, bleibt es beim europaweiten Vergabeverfahren. Alles, was an Informationen verfügbar ist, muss zu Grunde gelegt werden. Wenn es keine anderen Anhaltspunkte als die im Vorfeld erstellte Grobplanung gibt, ist dies das Maßgebliche. Es sollte sowohl Verkauf als auch Vermietung dabei Berücksichtigung finden. Es sind dabei nur die Einnahmen aus dem Bauauftrag zu Grunde zulegen, nicht aus den Verkäufen, die auf dem Grundstück dann z.B. im Nachhinein getätigt werden. Es wird also entweder der Verkauf oder die Vermietung mit in die Kalkulation aufgenommen.

Wenn es also einen Bebauungsplan gibt und Bauverpflichtungen im Rahmen dessen bestehen, besteht keine Vergabenotwendigkeit.

Wie sieht es in einem §34er Bereich aus, wo es Baurecht ohne B-Plan gibt? Das Bauvorhaben wird unter Prüfung der Frage, ob es sich einfügt, genehmigt. Durch diese Prüfung der Einfügung ergeben sich bestimmte Qualitäten auch ohne Bauverpflichtung.

Vergabe in einem
§34er-Gebiet

Nach Aussage von Herrn [Schmidt](#) würde sich auch dort die Frage stellen, ob nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers gebaut wird. Festlegungen in §34 BauGB sind demnach keine Erfordernisse, die der Auftraggeber vorgibt.

[Ausblick und offene Fragen]

Können Sie schon sagen, welche Änderungen es im Vergaberecht geben wird?

Herr Schmidt erläutert, dass einige Änderungen z.B. im GWB vorgenommen werden sollen. Momentan kann man zu den Inhalten oder zum Zeitpunkt der Änderungen aber noch nichts Genaueres sagen. Es ist aber unter anderem im Gespräch, eine Konkretisierung der Definition des Begriffs Bauauftrag vorzunehmen. Es bleibt auch die Frage offen, ob das neue Gesetz dann auch europarechtskonform sein wird.

[Checkliste für Ausschreibungen]

Im Folgenden wird eine Checkliste dargestellt, die von der Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen entwickelt wurde. Sie stellt die Stationen eines Verfahrens überblickartig dar. Die wichtigsten Fragen, die aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers zu beachten sind, werden dargestellt. Eine Detailprüfung im Einzelfall ist daher stets notwendig.

Vorüberlegungen zur Vergabe

1. Ermittlung des Beschaffungsbedarfs
 - Was wird benötigt?
 - Wann wird etwas benötigt?
2. Ausschreibungspflicht
 - Muss der Auftraggeber als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des §98 des GWB betrachtet werden?
 - Handelt es sich um ein so genanntes Inhouse-Geschäft, das eventuell ohne Ausschreibung vergeben werden kann?
 - Ist er als nationaler Auftraggeber zu betrachten?
 - Liegt ein entgeltlicher Auftrag gemäß §99 GWB vor?
 - Liegt eine Ausnahme im Sinne des §100 GWB vor?
3. Einordnung des Beschaffungsgegenstandes als Bau- oder Dienstleistungsauftrag
 - Nach der Schwerpunkttheorie kommt es hierbei darauf an, in welcher Kategorie der Schwerpunkt der Maßnahme liegen wird. Daraufhin wird die Maßnahme kategorisiert.

Checkliste

4. Entscheidung über europaweite oder nationale Ausschreibung

- Erreicht der Auftrag die Schwellenwerte nach §2 der Vergabeverordnung [VGV]?
- Muss bei mehrgliedrigen Maßnahmen der Einzel- oder Gesamtwert angesetzt werden?

5. Wahl der Verfahrensart

- Überprüfung, ob Tatbestände vorliegen, nicht nach dem offenen Verfahren auszuschreiben [siehe §§3, 3a VOB/A und VOL/A]
- Offenes Verfahren
- Nicht-offenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren
- Wettbewerblicher Dialog

6. Nebenangebote

- Sollen Nebenangebote zugelassen werden?
- Wenn ja, Mindestanforderungen im europaweiten Verfahren festlegen

7. Losvergabe

- Liegen Ausnahmen vor, die ein Abweichen vom Gebot der losweisen Vergabe rechtfertigen?
- Dürfen ggf. Losgruppen gebildet werden?

8. Festlegung der Eignungskriterien

- Kriterien aufstellen, die ein Anbieter erfüllen muss, damit er als geeignet betrachtet werden kann
- Muss er sofort sämtliche Nachweise für das Erfüllen der Kriterien einreichen, oder ist es ausreichend, wenn er diese auf Nachfrage vorlegen kann?

9. Festlegung der Zuschlagkriterien

- Sind die Zuschlagkriterien [in den Verdingungsunterlagen] hinreichen bestimmt worden?
- Ist die Zuordnung der Kriterien nach Eignung und Zuschlag eindeutig?

10. Festlegung der Fristen

- Sind die festgelegten Fristen ausreichend lang bemessen?
- Sind die Voraussetzungen der §§18ff. VOB/A erfüllt, sodass die Fristen verkürzt werden können?

Erstellung der Unterlagen

1. Erstellung der Vergabeunterlagen [insbes. der Verdingungsunterlagen]
 - Leistungsbeschreibung [hinreichend genau und vollständig; Abschätzung, ob Bieter ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet wird]
 - eventuelle ausnahmsweise Vorgabe von Leitfabrikaten
 - Leistungsverzeichnis [wie konkret müssen Leistungen beschrieben werden?]
 - Funktionale Ausschreibung [Reicht es aus, nur das Ziel festzulegen und die Umsetzung dem Bieter zu überlassen?]
2. Wird die VOB/B durch die Vergabeunterlagen durch besondere oder zusätzliche Vertragsbedingungen abgeändert?
 - Jede Regelung der VOB/B muss einer Inhaltskontrolle unterzogen werden
 - Risiko ist höher, das VOB/B nicht als geschlossenes Werk dem Vertrag zu Grunde liegt

Bekanntmachung

1. Europaweite oder nationale Bekanntmachung
 - Vorgeschriebene Veröffentlichungsmedien für europaweite Bekanntmachungen sind zu beachten
 - Für nationale Bekanntmachungen existieren keine vorgeschriebenen Veröffentlichungsmedien
2. Transparenz und Bindung an bekanntgegebene Umstände
 - Sind Zuschlagkriterien hinreichend bestimmt?
 - Wurde die Gewichtung der Kriterien bekannt gemacht?
 - Gibt es eine transparente Aufschlüsselung der Unterkriterien?
 - Wurde eine Bewertungsmatrix bekannt gemacht?

Versenden der Unterlagen

Eröffnungstermin/Niederschrift/Aufbewahrung der Angebote

Prüfung der Angebote

Checkliste

Wertung der Angebote

1. Wertungsstufe 1

- Prüfung nach §§25 i.V.m. 21 VOB/A, VOL/A
- Ausschluss wegen Form- und Inhaltsmängeln

2. Wertungsstufe 2

- Eignungsprüfung und Ermessensfehlerfreie Entscheidung
- Überprüfung der Anbieter auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit

3. Wertungsstufe 3

- Preisprüfung
- Ausschluss von Angeboten mit unangemessenen Preis-/Leistungsverhältnis
- Verhältnis Angebotspreis zu sonstigen Angebotspreisen und zur eigenen Kostenschätzung prüfen

4. Wertungsstufe 4

- Wirtschaftlichkeitsvergleich, Wertung von Nebenangeboten, Wertung von Preisnachlässen
- Gleichwertigkeit von Nebenangeboten

Zuschlagsentscheidung und Mitteilungspflichten

1. §13 Vergabeverordnung [europaweit]

- Benachrichtigung der nicht zu berücksichtigenden Bieter über den Zuschlag an den Bestbieter
- 14 Tage Sperrfrist vor Vertragsschluss beachten
- Inhalt und Adressat sind zutreffend?

2. §§27, 27a VOB/A [national]

- Nur auf Verlangen sind den unterliegenden Bietern die Gründe für ihr Ausscheiden zu nennen
- 15 Tage-Frist nach Antragseingang

Dokumentation

- Sämtliche Schritte des Verfahrens sowie sämtliche Entscheidungen sind in Form eines Vergabevermerkes chronologisch zu dokumentieren
- Unterlassene Dokumentationspflichten machen das Verfahren angreifbar

[Adressen der beteiligten Anwaltskanzleien]

[Ax • Schneider & Kollegen](#)

Außenstelle Ruhr

Carsten Schmidt und Christian Ruppe

Moritzstraße 56

45131 Essen

Tel.: 0201/437095-0

Fax: 0201/437095-20

eMail: ask-rhein-ruhr@ax-schneider-kollegen.de

[Redeker | Sellner | Dahs & Widmaier](#)

Dr. Heike Glahs

Mozartstraße 4-10

53115 Bonn

Tel.: 0228/72625-120

Fax: 0228/72625-99

eMail: glahs@redeker.de

TeilnehmerInnen

[TeilnehmerInnen]

- Dieter Althaus, Stadt Hagen
- Gisela Bartholomä, Stadt Dortmund, Stadtplanungs- und Bauordnungsamt
- Helga Beckmann, Stadt Kreuztal, Stadtteilbüro Fritz-Erler-Siedlung
- Dieter Bieler-Giesen, Wuppertal, Ressort Stadtentwicklung und Städtebau
- Adelheit Böhm, Stadt Remscheid, FB Städtebau und Stadtentwicklung
- Claudia Christensen, Stadt Duisburg, EGDU
- Norbert Deitelhoff, Stadt Dortmund, Projektgruppe URBAN II
- Dieter Fischer, Stadt Arnsberg, FB Bauen, Planen, Umwelt
- David R. Froessler, Innovationsagentur Stadtumbau NRW
- Norbert Fröhleke, Stadt Recklinghausen, Stabsstelle Techn. Beigeordneter
- Dr. Heike Glahs, Kanzlei Redeker, Sellner, Dahs & Widmaier
- Arne Gogol, Stadt Kamp-Lintfort, Planungsamt
- Ulrich Hahn, Bezirksregierung Düsseldorf
- Sabine Hugenroth, Vergabekammer BR Arnsberg
- Karl-Heinz Kordel, Bezirksregierung Arnsberg
- Stefan Karl, Stadt Leverkusen, Neue Bahn Stadt: Opladen GmbH
- Wolfgang Kritzler, Stadt Krefeld, Vermessungs- und Katasterwesen
- Wolfgang Leste, Stadt Hagen
- Robert Litschke, Stadt Dortmund, Stadtplanungs- und Bauordnungsamt
- Oliver Mailänder, Bezirksregierung Düsseldorf
- Jochem Maliga, Stadt Herne, FB Stadtplanung, Stadterneuerung
- Daniel Matibik, Stadt Herdecke, Planung und Stadtentwicklung
- Dirk Meinert-Jordan, LEG Stadtentwicklung
- Jens Moog, Stadt Bielefeld, Bauamt
- Uwe Möller, Stadt Duisburg, Amt f. Stadtentwicklung u. Projektmanagement
- Olaf Nagel, Wuppertalbewegung
- Sabine Nakelski, Ministerium für Bauen und Verkehr
- Antje Orth-Meier, Stadt Bochum, Amt f. Bauverwaltung und Wohnungswesen
- Thomas Peter, Stadt Bielefeld, Bauamt
- Sabine Parreuter, Stadt Bochum, Amt f. Bauverwaltung und Wohnungswesen
- Martin Plischek, Stadt Gladbeck, Rechnungsprüfung
- Heiko Rottinghaus, Stadt Dortmund, Projektgruppe URBAN II
- Christian Ruppe, Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen

- Carsten Schmidt, Kanzlei Ax, Schneider & Kollegen
- Jutta Schultes, Stadt Wuppertal, Koordinierung Stadtteilentwicklung
- Frank Schulz, Innovationsagentur Stadtumbau NRW
- Nina Somberg, Stadt Kreuztal, Sachgebiet Stadtplanung
- Wilhelm Struck, VBW Bochum
- Birgit Tenne-Pinkvoss, Stadt Hagen, Servicezentrum Wirtschaft
- Helmut Wiegard, Bezirksregierung Arnsberg
- Anne-Marie Wirtz, Ministerium für Bauen und Verkehr
- Torsten Witte, STEG NRW

Bildquellen:

Ausschreibung: www.saarland.de/bilder/thema_ausschreibungen/Ausschreibung248x234_rdax_234x248.jpg

Baustelle: www.limbecker-platz.essen.de/images/baustelle-2-580pixel_77573.jpg

Dringlichkeit: http://img.stern.de/_content/53/17/531700/zeit500_500.jpg

EUGH: http://bvdp.de/files/postmaerkte/images/Europaeischer_Gerichtshof_500x347.gif

Europafahne: www.je-bayreuth.de/downloads/europafahne_wallpaper.jpg

Gesetzbuch: www.adr-blog.de/wp-content/uploads/2007/10/gesetz.jpg

Industriebrache: www.thing-hamburg.de

OLG Düsseldorf: www.ag-rheinberg.nrw.de/links/images/olg.jpg

Paragraph: <http://195.58.166.60/oeobav/user/lav/bilder/Paragraph.jpg>

Paragraph 2: <http://der-mudi.de/ighund/images/stories/paragraph.jpg>

Richter: www.bund.de

Stadterneuerung: www.halle.de/Images/Deutsch/3253/2910/2911/Abriss_SidnB.jpg

Stadtumbau: www.sozialestadt.de/veroeffentlichungen/zwischenbilanz/images/2-cottbus_04.jpg

Verhandlung: www.nrhz.de/flyer/media/91_art09_04.jpg

Restliche Bilder: Eigene Fotografien der Innovationsagentur

Impressum

Workshop Vergaberecht

Vergaberecht und Ausschreibungswesen
in der kommunalen Praxis des
nordrhein-westfälischen Stadtumbaus

Workshop 4/2008

Bearbeitung:
Dipl.-Ing. Frank Schulz
Dipl.-Ing. David R. Froessler
Cand.-Ing. Thomas Boiar



Innovationsagentur Stadtumbau NRW
Fichtenstraße 75, Gebäude 8
D - 40233 Düsseldorf

Fon: 0211 - 5 444 866
Fax: 0211 5 444 865

eMail: info@StadtumbauNRW.de
Web: www.StadtumbauNRW.de

Düsseldorf, Juli 2008