

Ausnahmen von der produktneutralen Ausschreibung

Beschränkter Wettbewerb kann erlaubt sein

Jede produkt-, verfahrens- oder technikspezifische Ausschreibung ist für sich genommen wettbewerbsfeindlich. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine solche Ausschreibung in jedem Fall vergeberechtlich angreifbar ist. Denn die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes ist der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen, der genauso wie Private allein die Art der zu beschaffenden Leistung bestimmt.

Entschließt sich die Vergabestelle zur Beschaffung, so ist sie frei in ihrer Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand sie für erforderlich oder wünschenswert hält. Die Bestimmung ist einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und muss vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können. Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem öffentlichen Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften anzubieten, also von ihm in den Vergabeunterlagen festgelegt worden ist, so das Oberlandesgericht Düsseldorf in einer Entscheidung vom 17.2.2010 (Az.: Verg 42/09).

Hat die Vergabestelle eine Leistung bestimmt und entsprechend



Wer bei der Beschaffung eines Feuerwehrfahrzeugs produkt-, verfahrens- oder technikspezifische Angaben macht, handelt wettbewerbsfeindlich – aber nicht unbedingt gegen das Vergaberecht. FOTO BSZ

ausgeschrieben, dann unterliegt die ausgeschriebene Leistung zweifelsfrei den einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften. So darf nach §§ 8 Nr. 2 Abs. 3, 8a Nr. 5 VOL/A beziehungsweise § 9 Nr. 10 VOB/A die Beschreibung technischer Merkmale und damit auch die Wahl eines bestimmten technischen Verfahrens oder einer bestimmten Technologie grundsätzlich nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, die gewählte Beschreibung ist durch die Art der zu vergebenden Leistungen beziehungsweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand ist dabei bereits dann anzunehmen, wenn auftrags- oder sachbezogene Gründe zu der bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugenden Leistungsbestimmung führen. Derartige Gründe können nach Auffassung der Düsseldorfer Richter vielfältig sein und sich zum Beispiel aus der besonderen Aufgabenstellung, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben. Es genügt, dass sich die Forderung besonderer Merkmale, bezogen auf die Art der zu vergebenden Leistung, rechtfertigen lässt.

Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in die kaufmännische Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, welche

Leistung mit welchen Merkmalen nachgefragt und ausgeschrieben werden soll, in der Regel eine Vielzahl von Erwägungen einfließt, die sich etwa daraus ergeben können, dass sich die auf dem Markt angebotenen Leistungen trotz grundsätzlicher Gleichartigkeit regelmäßig in einer Reihe von Eigenschaften unterscheiden. Eine Differenzierung nach solchen Kriterien, soweit sie auf die Art der zu vergebenden Leistung bezogen sind, kann der Vergabestelle nicht verwehrt werden.

Nach welchen sach- und auftragsbezogenen Kriterien sie ihre Beschaffungsentscheidung auszurichten hat, ist ihr wegen ihres insoweit bestehenden Bestimmungsrechts in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren nicht vorzuschreiben. Führt eine sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, ist die damit verbundenen Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen. Eine Nachprüfungsinstanz darf die Entscheidung der Vergabestelle insoweit nicht inhaltlich auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit oder erst recht auf Richtigkeit, sondern nur daraufhin kontrollieren, ob sie auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruht. > HOLGER SCHRÖDER

EuGH schränkt öffentlichen Bauauftragsbegriff ein

Mehr Spielraum für Kommunen bei Immobiliengeschäften

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 25.3.2010 (Rs. C-451/08 – Helmut Müller) die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf kommunale Immobiliengeschäfte abgelehnt, wenn die öffentliche Hand selbst kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an einem Bauprojekt verfolgt. Ein solches Interesse fehlt beispielsweise dann, wenn eine Kommune bei einem Grundstücksverkauf einer anderen öffentlichen Stelle selbst lediglich städtebaulichen Interessen nachgeht. Die bloße Realisierung städtebaulicher Maßnahmen (zum Beispiel Aufstellung eines Bebauungsplanes) durch eine Kommune genügt folglich nicht, um ein unmittelbar wirkendes wirtschaftliches Interesse einer Gemeinde für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrages zwischen ihr und dem Erwerber zu begründen.

Der Entscheidung der europäischen Richter ging ein Rechtsstreit zwischen einem potenziellen In-

vestor (Helmut Müller GmbH) und der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben über den Verkauf eines Grundstücks durch die Bundesanstalt voraus. Auf dem von der Bundesanstalt zu veräußernden Grundstück sollte der Erwerber (Gut Spascher Sand Immobilien GmbH) später Bauleistungen erbringen, die städtebaulichen Zielen einer Gebietskörperschaft (Stadt Wildeshausen) entsprechen. Das vorinstanzliche Oberlandesgericht Düsseldorf nahm in diesem Zusammenhang an, dass die Stadt Wildeshausen in nicht näher bestimmbarer Zukunft das ihr obliegende Planungsermessens dahin ausüben werde, dass nach § 12 BauGB ein vorhabenbezogener Bebauungsplan aufgestellt und mit dem Erwerber ein Durchführungsvertrag abgeschlossen werde, also ein öffentlicher Bauauftrag erteilt würde. Da von der Stadt Wildeshausen kein Entgelt gezahlt werden sollte, würde der öffentliche Bauauftrag in der Rechtsform einer öffentlichen Baukonzession erteilt



Kommunen können bei Immobiliengeschäften freier agieren. FOTO BSZ

werden. Letztlich, so die Düsseldorfer Richter, sei der Verkauf des Grundstücks und die Vergabe des öffentlichen Bauauftrages vergaberechtlich als Einheit zu bewerten.

Das Urteil der Luxemburger Richter hat für Städte und Gemeinden weitreichende Bedeutung. Es entscheidet den bisherigen Streit

und die in der Praxis aufgetretene Unsicherheit (vgl. *Bayerische Staatszeitung* vom 25. November 2007, Seite 16; vom 22. Februar 2008, Seite 13; vom 20. Juni 2008, Seite 11) ob allein städtebauliche Interessen für die Begründung eines vergaberechtspflichtigen öffentlichen Bauauftrages genügen, zugunsten und im Interesse der

Kommunen. So werden Städte und Gemeinden zum Beispiel bei der Revitalisierung brachliegender Innenstadtfächen durch Investoren, grundsätzlich nicht durch die Beachtung vergaberechtlicher Vorschriften bei der Verfolgung rein städtebaulicher Interessen eingekengt. Erst recht gilt dies für den bloßen Verkauf eines unbebauten oder bebauten kommunalen Grundstücks an einen privaten Investor. Etwas anderes gilt jedoch beispielsweise dann, wenn vorgesehen ist, dass die Kommune Eigentümer der Bauleistung oder Bauwerks wird oder wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung beziehungsweise Veräußerung eines Bauwerkes ziehen kann oder sich finanziell an der Erstellung eines Bauwerkes beteiligt beziehungsweise die damit verbundenen Risiken im Falle eines wirtschaftlichen Fehlschlages des Bauwerkes trägt.

Die Entscheidung des EuGH darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass kommunale Immo-

bilientransaktionen nicht im rechtsfreien Raum erfolgen. So sind in diesem Zusammenhang vor allem die Anforderungen des europäischen Beihilferechts zu beachten. Diese streiten grundsätzlich für einen diskriminierungsfreien und transparenten Wettbewerb, um die Gefahr einer unzulässigen Beihilfe zu vermeiden. Eine unzulässige Beihilfe ist insbesondere bei der Veräußerung eines öffentlichen Grundstücks unter dem Verkehrswert anzunehmen. Nach der so genannten Grundstücksmitteilung der Europäischen Kommission lässt sich dies nur dadurch ausschließen, dass entweder ein bedingungsloses, hinreichend bekannt gemachtes Bieterverfahren durchgeführt wird oder der Verkauf des Grundstücks zumindest auf der Grundlage eines unabhängigen Sachverständigenurteils zur Höhe des Verkehrswertes erfolgt. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Aus ausschreibungs-abc-GmbH wird Vergabe24 GmbH

250 000 Ausschreibungen pro Jahr

Vergabe24 – Das Vergabeportal für Deutschland wird zukünftig unter neuem Namen betrieben. Die ausschreibungs-abc-GmbH betreibt seit September 2007 Vergabe24. Um ein einheitliches Auftreten zu ermöglichen, erfolgte zum 1. April 2010 die Änderung der Firma in Vergabe24 GmbH. Nun sind Firmen- und Portalname einheitlich, die Anpassung der Produktnamen sowie die Neugestaltung und Weiterentwicklung des Portals folgen im Laufe des Jahres.

Mit der Namensänderung hat auch das Logo einen neuen Anstrich bekommen, welches künftig das Unternehmen und das Vergabeportal symbolisiert. Die Vergabe24 GmbH ermöglicht Bietern und Vergabestellen auch in Zukunft auf Vergabe24.de einen zentralen Zugang zu mehr als 250 000 Ausschreibungen jährlich. Neben der Publikation auf dem Vergabeportal erfolgt darüber hinaus wei-



Bei Vergabe24 kann man bundesweit Ausschreibungen recherchieren. FOTO BSZ

mentstrukturen bleiben von der Umfirmierung unberührt.

Der erste öffentliche Aufruf unter neuem Namen erfolgt zum Kongress der Fachmesse e-procure & supply anlässlich der 5. Zukunftswerkstatt Öffentlicher Einkauf am 28. April 2010 in Nürnberg.

Vergabe24 GmbH ist der Zusammenschluss aus den Staatsanzeigern und Ausschreibungsblättern Bayerns (SOL), Baden-Württembergs, Hessens, Sachsens, Sachsen-Anhalts und Thüringens, des Deutschen Ausschreibungsblatts und der bi Medien GmbH. Auf Vergabe24.de werden länderübergreifend Angebote rund um das öffentliche Auftragswesen gebündelt. Die Vergabe24 GmbH ermöglicht Vergabestellen und Bietern einen zentralen Zugang zu den Leistungen marktführender Vergabeportalen und stellt komplette Lösungen für die öffentliche Auftragsvergabe bereit. > BSZ

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

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

www.baysol.de

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

Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung