



# update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

**Behörden Spiegel**  
newsletter

Ausgabe 1, Juni 2011

## Inhalt dieser Ausgabe

### 2 Editorial

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Leiterin Dezernat Public Sector, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK zum neuen Newsletter "Update Vergabe"

### 3 Fünf Fragen an...

Ministerialrätin Dr. Kirstin Pukall, Referatsleiterin Öffentliches Auftragswesen im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, zur Zukunft des Vergaberechts

### Rechtsprechung und Gesetzgebung

#### 4 EU-Kommission veröffentlicht Behörden-Leitfaden

#### 5 Neuerungen in der VgV und in der SektVO beim Fahrzeugkauf

#### 6 Vergaberecht: „Kauf“ eines Vertragsarztsitzes nicht ausschreibungspflichtig

#### 7 OLG Hamburg: Stromlieferungen an Private verhindern Direktvergabe

#### 8 ÖPNV: Gerichte kippen Direktvergaben an kommunale Verkehrsgesellschaften

#### 9 OLG Koblenz: Auftraggeber muss Gleichwertigkeit von alternativen Hauptangeboten nicht erkennen

#### 10 Vergabe von Rettungsdienstleistungen

#### 11 Veranstaltungen und Termine

Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2011 und Termine 2011

### Lieber Leser,

Sie bekommen schon reichlich Informationen zum Vergaberecht? Zu reichlich? Sie erhalten Zeitschriften, Newsletter, Urteilsanmerkungen, die auf ein verregnetes November-Wochenende und Muße zum Lesen warten und in der Ecke Ihres Schreibtisches unter der Überschrift „Müsste man mal lesen, ... - wenn Zeit ist ...“ verstauben?

Sie können aufräumen. Schublade, Schrank oder direkt Papierkorb – Sie haben die Wahl. Der Behörden Spiegel hat „Update Vergabe“ entwickelt – für alle, die wenig Zeit haben und trotzdem informiert sein wollen. Der Slogan zeigt den hohen Anspruch:

*Update Vergabe – Prägnant. Praxisnah. Papierlos.*

So will der Behörden Spiegel Sie über das Wichtigste im Vergaberecht informieren. Wir freuen uns und sind stolz darauf, diese Publikation unterstützen zu dürfen.

Das Format soll Zeit sparen und Sie ohne Umwege zu Ihren Themen führen. Fundstellen, Urteile, Vorschriften, Programme sind im Hintergrund verfügbar und werden per Mausklick auf den jeweiligen, rot eingefärbten Link geliefert. Sie sind direkt abrufbar – aber nur auf Wunsch. Update Vergabe hat nur ein Ziel: Ihnen den schnellsten Überblick über die wichtigsten Veränderungen zu liefern. Dazu klicken Sie auf der Titelseite von Update Vergabe nur die Punkte an, die Sie interessieren. Sie müssen nicht suchen, nicht blättern, nicht scrollen. Meinung, Wissenschaft, Hintergründe finden Sie wie gewohnt im Behörden Spiegel.

Update Vergabe liefert die News reduziert auf das Wesentliche, verständlich dargestellt, leicht lesbar und praktisch verwertbar in den Rubriken

- Editorial
- Fünf Fragen an ....
- Rechtsprechung und Gesetzgebung
- Veranstaltungen und Termine

Wir freuen uns, dass Frau Ministerialrätin Dr. Kirstin Pukall sich bereit erklärt hat, die ersten fünf Fragen zur Zukunft des Vergaberechts zu beantworten.

Mit wachsenden technischen Möglichkeiten wird der Behörden Spiegel Update Vergabe anpassen. Dazu, aber auch zu Form, Inhalt und Sprache bitten wir um Ihre Anregungen.

Ihre  
Ute Jasper



Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper,  
Leiterin Dezernat Public Sector, Sozietät  
HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Foto: BS/Archiv

Ministerialrätin Dr. Kirstin Pukall, Referatsleiterin Öffentliches Auftragswesen im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

## Die Zukunft des Vergaberechts

**update Vergabe:** Der Sinn des Vergaberechts ist eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung für die öffentliche Hand. Nähert man sich diesem Ziel in Deutschland oder entfernt man sich von ihm?

**Dr. Pukall:** Wer konsequent die Wirtschaftlichkeit bewertet, der muss auch beispielsweise Kriterien wie Energieeffizienz oder Lebenszykluskosten berücksichtigen. Nach dem deutschen Vergaberecht können ökologische und soziale Kriterien schon jetzt sehr weitreichend angewendet werden. Von daher denke ich, dass wir uns in Deutschland auf einem guten Weg befinden.

**update Vergabe:** Was hat sich positiv beim Vergaberecht entwickelt?

**Dr. Pukall:** Positive Entwicklungen sind bei der elektronischen Vergabe zu verzeichnen. Generell besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Nutzung der E-Vergabe und dem Zentralisierungsgrad der Beschaffung. Je professioneller beschafft wird, desto häufiger wird meiner Meinung nach auch die E-Vergabe angewendet. Bis es jedoch zu einer bundesweiten Anwendung kommt, müssen Standards geschaffen werden, sodass Schnittstellen implementiert werden können und die Kompatibilität erhöht werden kann.

**update Vergabe:** Wie stehen Sie zu dem Thema „nachhaltige Beschaffung“?

**Dr. Pukall:** Das Thema Nachhaltigkeit ist besonders wichtig. Der Staat sollte hier Vorbild sein und eine Vorreiterrolle einnehmen. Leicht umzusetzen sind auf jeden Fall ökologische Ziele wie Energieeffizienz. Hinsichtlich der sozialen Gesichtspunkte ist die Umsetzung schwieriger. Hier gilt es zu unterscheiden zwischen Kriterien, die mit dem Produkt verbunden sind und Kriterien, die sich auf das Unternehmen beziehen. Erstere stellen kein Problem dar, letztere könnten jedoch zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen und für KMU unüberwindbare praktische und finanzielle Hürden aufbauen.



Dr. Kirstin Pukall: „Die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung darf nicht konterkariert werden.“

Foto: BS/Pukall

**update Vergabe:** Welches Maß an zusätzlicher Transparenz ist nötig?

**Dr. Pukall:** Oberhalb der Schwellenwerte haben wir bereits heute ein hohes Maß an Transparenz. Unterhalb der Schwellenwerte bedarf es möglicherweise zusätzlicher Transparenz. Aktuell wollen wir mit der in Auftrag gegebenen Studie „Statistische Daten im öffentlichen Beschaffungswesen“ die Datenlage klären, um zu prüfen, was für den Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte relevant ist. Auf Basis dieses Gutachtens werden wir Empfehlungen hinsichtlich eines möglichen Rechtsschutzes erarbeiten. Damit werden sicher auch Gesichtspunkte der Transparenz verknüpft sein.

**update Vergabe:** Was erhoffen Sie sich, was befürchten Sie aus Richtung Europa?

**Dr. Pukall:** Mit dem Grünbuch zur Modernisierung des Vergaberechts hat die EU-Kommission angekündigt, für das öffentliche Auftragswesen spätestens im Jahr 2012 Legislativvorschläge für eine Modernisierung des EU-Vergaberechts vorzulegen. Insbesondere auf die Vorschläge zur Entbürokratisierung und Flexibilisierung des Vergaberechts bin ich gespannt. Die öffentliche Auftragsvergabe darf aber nicht zu einem Instrument für sonstige Politikziele mutieren. Die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung darf nicht konterkariert werden.

### EU-Kommission veröffentlicht Behörden-Leitfaden

Neues zum Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die EU-Kommission hat einen **Leitfaden** zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse veröffentlicht. Es soll den nationalen Behörden die Orientierung in diesem schwierigen Gebiet erleichtern.

Eine der geheimnisvollsten Bestimmungen des EU-Rechts ist **Art. 106 Abs. 2 AEUV**. Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, sind danach von den EU-Vorschriften ausgenommen. Dies gilt für die kartell- und beihilferechtlichen Bestimmungen, aber auch für die Vergaberegeln.

Unter welchen Umständen kann der Staat Private für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge (wie z.B. sozialer Wohnungsbau, Schuldenberatung, Integrationskurse für Migranten) beauftragen und entschädigen, ohne das EU-Beihilfeverbot oder das EU-Vergaberecht zu verletzen? Das soll der neue Leitfaden klären. Seit dem **Altmark-Trans-Urteil** des EuGH vom 24.07.2003 ist die Faustregel in diesem Zusammenhang vermeintlich simpel. In der Praxis ist sie jedoch sehr schwer anzuwenden: Öffentliche Fördermittel für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind keine Beihilfen im Sinne des EU-Rechts, wenn das begünstigte Unternehmen mit der Erbringung der Dienstleistung förmlich betraut wird. Weitere Bedingung: Die Entschädigung ist im Vorhinein transparent kalkulierbar und übersteigt nicht die tatsächlichen Kosten einschließlich eines angemessenen Gewinns.

Der Leitfaden erweist sich dabei als regelrechte Fundgrube für Rechtssuchende. Er enthält sehr detaillierte Hinweise, die übersichtlich gegliedert sind.

Das „Staff Working Document“ richtet ein besonderes Augenmerk auf soziale Leistungen von allgemeinem Interesse („Social Services of General Interest - SSGI“). Darunter können auch Leistungen der Sozialversicherungssysteme und anderer Dienste mit sozialer Ausrichtung fallen.

Von potenziell großer Brisanz sind die Ausführungen über staatliche Vergünstigungen für Non-Profit-Organisationen. Dass eine Organisation keine Gewinne erzielen will, reicht zwar allein nicht aus, um die EU-Regeln auszuschließen. Es ist aber zulässig, wenn das nationale Recht die Vergabe von gewissen Dienstleistungen auf diese Organisationen beschränkt, wenn es sachliche Gründe dafür gibt und der staatliche Eingriff verhältnismäßig ist. (sh)



Der Behörden-Leitfaden der EU-Kommission klärt, unter welchen Umständen der Staat Private für die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge beauftragen kann.

Foto: BS/Xavier Häpe/wikipedia.de

### Neuerungen in der VgV und in der SektVO beim Fahrzeugkauf

Die am 10.06.2010 verkündete neue Vergabeverordnung (VgV) sowie die novellierte Sektorenverordnung (SektVO) wurde in einigen Punkten geändert. Die neuen Regelungen sind zum 12.05.2011 in Kraft getreten. Schwerpunkt der Änderungen: Regelungen zur Beschaffung von Fahrzeugen.

#### Die Neuregelungen

**§ 4 Abs. 7 VgV n. F.** bestimmt, dass Öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen künftig Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigen müssen. Mindestens folgende Faktoren müssen – jeweils bezogen auf die Lebensdauer – geprüft werden:

- Energieverbrauch,
- Kohlendioxid-Emissionen,
- Emissionen von Stickoxiden und
- Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und partikelförmige Abgasbestandteile.

**§ 4 Abs. 8 VgV n. F.** verlangt, dass Auftraggeber hierfür in der Leistungsbeschreibung oder in den technischen Spezifikationen Vorgaben zu Energieverbrauch und Umweltauswirkungen machen. Alternativ können sie den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen von Straßenverkehrsfahrzeugen als Kriterien bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen.

Hilfe bei der Berechnung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen bieten die **neuen Anlagen 2 und 3 der VgV**.

Entsprechende Regelungen sind nun auch in **§ 7 SektVO n. F.** sowie in deren **Anlagen 4 und 5** enthalten.

#### Hintergrund

Die Änderungen in der VgV und in der SektVO gehen auf die **Richtlinie 2009/33/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zurück. Zur Umsetzung der Vorgaben hat das Bundeskabinett am 02.02.2011 den Entwurf einer Änderungsverordnung der VgV sowie der SektVO beschlossen, die die oben genannten Neuregelungen enthält.

In der Sitzung vom 18.03.2011 hat der Bundesrat den Änderungen zwar **zugestimmt**. Er hat die Bundesregierung aber gleichzeitig dazu aufgefordert, geeignete Verfahren für die Berechnung der Emissionen von schweren Nutzfahrzeugen und Bussen bekanntzugeben. Außerdem soll die Lärmemission von Fahrzeugen als Umweltauswirkung, die bei der Beschaffung zu berücksichtigen ist, in geeigneter Form in die Verordnung aufgenommen werden. Die geänderte VgV sowie die SektVO wurden am 12.05.2011 im **Bundesgesetzblatt** verkündet. Damit sind sie zum 12.05.2011 in Kraft getreten. (uw)



Bei der Beschaffung von Fahrzeugen müssen künftig die Neuerungen in der VgV und in der SektVO berücksichtigt werden.

Foto: BS/Archiv

#### Die wichtigsten Änderungen im Überblick

- > Berücksichtigung von Umweltauswirkungen bei der Beschaffung
- > Anforderungen an Energieverbrauch und Umweltauswirkungen in der Leistungsbeschreibung anzugeben

### Vergaberecht: „Kauf“ eines Vertragsarztsitzes nicht ausschreibungspflichtig

Ein Krankenhaus darf einen Vertragsarztsitz erwerben, ohne das Vergaberecht anzuwenden. Denn der Verkauf eines Vertragsarztsitzes ist kein öffentlicher Auftrag im Sinne des europäischen Vergaberechts. Dies hat das **Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 22.12.2010 (Verg 41/10)** entschieden und damit die **Entscheidung der Vergabekammer Detmold vom 06.09.2010 (VK.2-07/10)** bestätigt.

Ein kommunales Krankenhaus wollte von einer radiologischen Praxis einen Vertragsarztsitz kaufen. Der ursprüngliche Inhaber des Vertragsarztsitzes, ein Facharzt für Radiologie, sollte daran mitwirken, dass seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung gemäß **§ 103 Abs. 4a SGB V** auf das Krankenhaus übertragen werden kann. Dies setzt den Verzicht des Vertragsarztes auf seine Zulassung voraus. Außerdem muss der Vertragsarzt bei einem medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) tätig werden. Deshalb sollte der Veräußerer des Vertragsarztsitzes beim MVZ des Krankenhauses angestellt werden.

Ein mit dem Krankenhaus konkurrierendes MVZ hatte hiergegen einen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer gestellt. Der Vorwurf: Der Erwerb des Vertragsarztsitzes hätte ausgeschrieben werden müssen.

Das OLG Düsseldorf wies den Antrag zurück. Der „Ankauf“ eines Vertragsarztsitzes ist danach kein vergaberechtlich relevanter Vorgang. Denn es wird weder eine Ware noch eine Dienstleistung verkauft. Zwar handelt es sich wirtschaftlich gesehen um einen „Kauf“. Geliefert wird aber keine körperliche „Ware“ nach **§ 99 Abs. 2 GWB**. Denn die Vertragsarztzulassung enthält nur die öffentlich-rechtliche Berechtigung, Versicherte der öffentlichen Krankenkassen zu behandeln und dafür ein Entgelt zu erhalten.

Der Kauf des Vertragsarztsitzes ist auch kein Dienstleistungsauftrag nach **§ 99 Abs. 4 GWB**. Denn Leistung im Verhältnis zwischen dem veräußernden Arzt und dem erwerbenden Krankenhaus sind lediglich die Arbeitsleistungen, die der Arzt beim krankenhauseigenen MVZ erbringen sollte. Arbeitsverträge sind jedoch gemäß **§ 100 Abs. 2 (vor a) GWB** von der Geltung des Vergaberechts ausgenommen.

Für die Praxis bedeutet dies: Die entgeltliche Übernahme eines Vertragsarztsitzes muss zwar nach dem Vertragsarzt-Zulassungsrecht sorgfältig geprüft werden. Das Vergaberecht ist aber nicht zu beachten. (ks)



Krankenhäuser dürfen Vertragsarztsitze entgeltlich übernehmen ohne das Vergaberecht zu beachten.

Foto: BS/Martin Büdenbender/pixelio.de

### OLG Hamburg: Stromlieferungen an Private verhindern Direktvergabe

Städte und Kommunen dürfen ihren Strom künftig nicht mehr einfach bei „ihren“ Stadtwerken kaufen. Sie müssen ein förmliches Vergabeverfahren durchführen, wenn die Stadtwerke im Wettbewerb tätig sind. Dies entschied zumindest das OLG Hamburg in seiner Entscheidung **vom 14.12.2010 (Az: 1 Verg 5/10)**.

Häufig beauftragen Städte und Kommunen „ihre“ Stadtwerke mit Dienstleistungen rund um Stromlieferungen ohne Vergabeverfahren. Damit ist nun Schluss. Denn eine kommunale Stadtwerke-GmbH darf nicht mehr direkt, also ohne Vergabeverfahren beauftragt werden. Dies gilt zumindest dann, wenn sie privaten Anbietern in größerem Umfang Konkurrenz macht. Die zulässige Grenze ist überschritten, wenn die Stadtwerke auch Privatkunden beliefern und diese Lieferungen mehr als 10 % ihres Geschäfts ausmachen. Die Stadt Hamburg hatte eine von ihr beherrschte Stadtwerke-GmbH ohne Ausschreibungsverfahren direkt mit energiewirtschaftlichen Dienstleistungen für ihre öffentlichen Gebäude beauftragt. Sie war der Ansicht, dass die Versorgung von Einwohnern (also Privaten) mit Energie und Wasser kein Konkurrenzgeschäft ist.

Nachdem ein Wettbewerber diese Vorgehensweise gerügt hatte, kippte das OLG Hamburg nun diese Entscheidungspraxis. Es ordnete Stromlieferungen an Privatkunden grundsätzlich als Konkurrenz- oder Drittgeschäft ein. Die Stadtwerke machten lediglich 84 % ihres Umsatzes im Stadtgebiet Hamburg mit öffentlichen Einrichtungen. Der Europäische Gerichtshof (**Urteil vom 19.04.2007, Az.: C-295/05 „Asemfo“**) erlaubt aber nur einen Drittgeschäftsanteil von maximal 10 %. Deshalb waren die Stadtwerke nicht mehr im Wesentlichen für die Stadt tätig. Einen Auftrag ohne Ausschreibung durften sie damit nicht erhalten.

Die Stadt berief sich darauf, dass die Umsätze mit Privatkunden im Stadtgebiet Teil der Daseinsvorsorge seien. Sie könnten deshalb kein Konkurrenzgeschäft sein. Dieser Argumentation folgte das Gericht nicht. Der Stadt sind nur solche Umsätze als Daseinsvorsorge zuzurechnen, die auf einer Vergabeentscheidung beruhen. Die Privatkunden können ihre Versorger jedoch selbst bestimmen. Die Kommunen können nur noch die Konzession zum Netzbetrieb, nicht aber mehr die Stromlieferung selbst vergeben. Deshalb, so der Vergabesenat, war die Beauftragung der Stadtwerke-GmbH eine wettbewerbswidrige Direktvergabe.

Die Entscheidung verringert den Spielraum für vergaberechtsfreie Direktvergaben im Bereich der Strom- und Gaslieferungen. Sie wird erhebliche Auswirkungen auf die Inhouse-Fähigkeit bestehender kommunaler Versorgungsgesellschaften haben. Sollte sich diese Rechtsprechung verfestigen, geht die aktuelle Rekommunalisierungswelle von Stadtwerken womöglich ins Leere, denn Stadtwerke bedienen zum Großteil auch Privatkunden. (ms)



Ohne Vergabeverfahren dürfen kommunale Stadtwerke-GmbHs nun nicht mehr mit Dienstleistungen rund um Stromlieferungen beauftragt werden.

Foto: BS/Archiv

### ÖPNV: Gerichte kippen Direktvergaben an kommunale Verkehrsgesellschaften

Innerhalb kurzer Zeit wurden zwei Direktvergaben von Aufgabenträgern an ihre Tochtergesellschaften gestoppt. Mit **Beschluss vom 02.03.2011 (VII-Verg 48/10)** hat das OLG Düsseldorf die geplante Direktvergabe von Busverkehrsleistungen der Münsterlandkreise an die Regionalverkehr Münsterland (RVM) gekippt. Die VK Südbayern hat mit **Beschluss vom 25.03.2011 (Z3-3-3194-1-63-11/10)** jetzt auch die Direktvergabe der Stadt Lindau an die Stadtverkehr Lindau (SVL) für unzulässig erklärt.

Die **EU-Verordnung 1370/07** erlaubt die Vergabe von Verkehrsverträgen an eigene kommunale Unternehmen ohne Wettbewerb nur, wenn diese keine Verkehrsleistungen außerhalb des Auftraggebergebiets erbringen. Das OLG Düsseldorf hat entschieden, dass die Vergabekammern und -senate für die Überprüfung solcher Vergaben zuständig sind. Es hat zwar klargestellt, dass eine Direktvergabe nicht zwingend die Selbsterbringung der Verkehrsleistungen durch den Auftragnehmer voraussetzt. Deshalb darf er grundsätzlich Subunternehmer einschalten. Zwei Punkte müssen jedoch erfüllt sein:

- Der Auftragnehmer muss einen „bedeutenden Teil“ der Leistungen selbst erbringen und
- er darf keine Verkehrsdienste außerhalb des Zuständigkeitsbereiches seiner eigenen Auftraggeber erbringen.

Die zweite Vorgabe gilt nicht nur für ihn selbst – im vorliegenden Fall für die RVM –, sondern für alle Gesellschaften, auf die der Auftragnehmer einen „auch nur geringfügigen Einfluss“ ausübt. Hieran scheiterte die Direktvergabe an die RVM. Denn sie ist mit Unternehmen verbunden, die genau dies tun: Leistungen im Bereich anderer Aufgabenträger im Wettbewerb anbieten.

Am meisten aber überrascht, wie deutlich der Vergabesenat das Vorgehen der Münsterlandkreise gestoppt hat. Wegen **§ 2 Abs. 10 ÖPNVG NRW** hält er die Direktvergabe größerer Verträge in Nordrhein-Westfalen für derzeit grundsätzlich unzulässig. Die Vorschrift verlangt, dass alle Verkehrsunterunternehmen zu vergleichbaren Bedingungen am ÖPNV beteiligt werden. Es reicht nicht aus, dem eigenen kommunalen Unternehmen ohne Wettbewerb die Genehmigung zu erteilen und die übrigen Unternehmen auf Subunternehmerverträge zu verweisen.

Die Vergabekammer Südbayern hat die Direktvergabe der Stadt Lindau ebenfalls gestoppt, da ein vergabefreies In-House-Geschäft den Wettbewerb verzerre. Beide Entscheidungen zeigen: Kommunale Unternehmen werden sich künftig auf mehr Wettbewerb einstellen müssen. (ds)



Das OLG Düsseldorf kippte die geplante Direktvergabe von Busverkehrsleistungen an die Regionalverkehr Münsterland.

Foto: BS/A. Leistikow/wikipedia.de



## OLG Koblenz: Auftraggeber muss Gleichwertigkeit von alternativen Hauptangeboten nicht erkennen

Bieter müssen auch dann alternative Hauptangebote erläutern, wenn die Gleichwertigkeit des Angebots der Vergabestelle aus anderen Quellen bekannt sein könnte. Das hat das OLG Koblenz mit **Beschluss vom 02.02.2011, 1 Verg 1/11** entschieden.

Der Auftraggeber schrieb EU-weit Straßenbauarbeiten aus. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis. Für zugelassene Alternativangebote stellten die Vergabeunterlagen umfangreiche Mindestanforderungen auf. Deren Einhaltung war mit dem Angebot nachzuweisen. Ein Unternehmen bot neben dem Hauptangebot auch Alternativen an. Unterlagen zu den angebotenen Alternativen reichte der Bieter nicht ein. Sein Hauptangebot wurde von Wettbewerbern unterboten. Die Alternativangebote wertete die Vergabestelle nicht. Denn einziges Wertungskriterium war der niedrigste Preis. Nebenangebote seien unter diesen Voraussetzungen unbeachtlich.

Der Bieter klagte gegen den Ausschluss seiner Alternativangebote. Er behauptete, dass die Vergabestelle aus anderen Verfahren die Gleichwertigkeit der angebotenen Alternativen kenne. Das OLG Koblenz wies den Nachprüfungsantrag zurück. Es grenzt zunächst echte Nebenangebote von den modifizierten Hauptangeboten ab:

- *Ein Hauptangebot liegt vor*, wenn die angebotenen technischen Modifikationen gleichwertig zu den Anforderungen der Leistungsbeschreibung sind (siehe **§ 13 Abs. 2 VOB/A 2009**).
- *Ein Nebenangebot liegt vor*, wenn das Angebot Änderungsvorschläge zur Leistungsbeschreibung vorsieht.

Ob trotz der Modifikationen ein gleichwertiges Hauptangebot vorliegt, muss sich stets aus dem Angebot ergeben. Unklarheiten gehen dabei stets zu Lasten des Bieters. Auf eventuell (irgendwo) vorhandene Kenntnisse bei der Vergabestelle komme es nicht an. Nebenangebote müssen zudem immer die vorgegebenen Mindestanforderungen einhalten. Die umstrittene Frage, ob Nebenangebote überhaupt wertungsfähig sind, wenn sich der Zuschlag allein nach dem niedrigsten Preis richtet, ließ das OLG Koblenz ausdrücklich offen. (mk)

### ■ Praxistipp

Wenn öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zulassen, sollten sie fordern, dass alle Unterlagen zum Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem Angebot einzureichen sind. So lassen sich Verzögerungen vermeiden. Zugleich wird Streitigkeiten um eventuell gebotene Nachforderungen vorgebeugt.

Vorsicht ist geboten, wenn einziges Zuschlagskriterium der Preis ist. Werden dann Nebenangebote zugelassen oder gar aktiv eingefordert, ist ein Vergaberechtsstreit „vorprogrammiert“. Denn ob dies zulässig ist, ist weiterhin ungeklärt (siehe aktuell z.B. **OLG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2011** - 1 Verg 10/10; anderer Ansicht z.B. **OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.03.2011** – Az. 52/10).

### Vergabe von Rettungsdienstleistungen

Rettungsdienstleistungen in Bayern müssen nicht ausgeschrieben werden. Das hat der **EuGH am 10.03.2011 (Rs. C-274/09)** entschieden. Er hat die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach dem Bayerischen Modell als Dienstleistungskonzession qualifiziert. Sie unterliegt damit nicht dem EU-Vergaberecht.

Die Entscheidung betrifft eine Interimsvergabe rettungsdienstlicher Leistungen durch den Zweckverband Passau Ende 2008. Der Zweckverband hatte dem bisherigen Dienstleister gekündigt und wollte ohne Ausschreibung eine Interimsvergabe durchführen. Hiergegen erhob der bisherige Dienstleister einen Nachprüfungsantrag. Der Zweckverband verteidigte sich damit, dass er keinen Auftrag erteile. Er ermögliche nur den Vertragsschluss mit dem Sozialversicherungsträger.

Das OLG München legte dem EuGH die Frage vor, ob hier eine Dienstleistungskonzession vorliegt.

Denn nach dem Bayerischen Rettungsdienstgesetz werden die Benutzerentgelte zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Dienstleistungserbringer direkt vereinbart. Von einer zentralen Abrechnungsstelle erhält der Dienstleister dann monatliche Abschlagszahlungen. Differenzen zwischen den Abschlagszahlungen und den tatsächlich geschuldeten Entgelten werden jedoch erst im Folgejahr berücksichtigt.

Der EuGH hat eine Dienstleistungskonzession bejaht. Denn der Dienstleister trägt das Risiko, dass seine verhandelten Entgelte im entsprechenden Jahr nicht auskömmlich sind. Insofern gewährt ihm das Gesetz keine vollständige Kostendeckung. Außerdem muss er das Insolvenzrisiko für Patienten tragen, die nicht gesetzlich versichert seien. Ein derart eingeschränktes Betriebsrisiko genügt, um den Vertrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren.

Der EuGH bewegt sich damit auf der Linie seiner Leitentscheidung vom **10.09.2009 (Rs. C-206/08 „Eurawasser“)** für Dienstleistungskonzessionen. Bundesländer, in denen der Rettungsdienst nach dem Submissionsmodell organisiert ist, z.B. Schleswig-Holstein, müssen ihre Rettungsdienste dagegen ausschreiben (**EuGH vom 29.04.2010, Rs. C-160/08**). (msb)



Der EuGH hat die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach dem Bayerischen Modell als Dienstleistungskonzession qualifiziert.

Foto: BS/Arno Bachert/pixelio.de

#### ■ Praxistipp

In der Praxis ist zu beachten, dass eine Dienstleistungskonzession einen öffentlichen Auftraggeber zwar vor Nachprüfungsverfahren schützt. Trotzdem ist er nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verpflichtet, das Verfahren nach wettbewerblichen Grundsätzen zu gestalten (**EuGH vom 10.09.2009, Rs. C-206/08**). Da es bisher keine klaren Leitlinien für derartige Verfahren gibt, empfiehlt es sich für den Auftraggeber, die einschlägigen Grundsätze der VOL/A zu beachten.

### Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2011

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts hat sich auch 2011 fortgesetzt. Erfreulicherweise haben sich eine Reihe von Spielräumen ergeben – zum einen aus den neuen gesetzlichen Vorschriften, zum anderen aus aktuellen Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte.

Die Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2011 bringt Sie auf den neuesten Stand und erklärt, welche praktischen Konsequenzen sich aus den neuen Vorschriften und Entscheidungen ergeben. Die Veranstaltungen fassen den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung verständlich zusammen und bietet anhand von konkreten Fallbeispielen eine Basis für ein rechtssicheres und wirtschaftliches Vergabemanagement.

#### Themen u.a.:

- Neue Rechtsprechung
- Neue Anforderungen an die Vergabeverfahren
- Welche neuen Probleme und Lösungsansätze gibt es?
- Praxisrelevante Änderungen

#### Termin und Veranstaltungsort:

- > **Freitag, 17.06.2011** in Düsseldorf, Georg-Glock-Straße 4
- > **Mittwoch, 29.06.2011** in Berlin, NH Hotel, Friedrichstrasse 96
- > **Donnerstag 25.08.2011** in Frankfurt a. M., Grüneburgweg 102
- > **Freitag, 26.08.2011** in Hamburg, Neuer Wall 63
- > **Freitag, 09.09.2011** in Chemnitz, IHK Südwestsachsen, Straße der Nationen 25
- > **Donnerstag 06.10.2011** in München, Prinzregentenstraße 48

#### TERMINE 2011

##### Intensivseminar EVB-IT

12.-13.09.11, Berlin

##### Risikomanagement für öffentliche Verwaltungen

14.-15.09.11, Hamburg

##### Der zertifizierte Beschaffungsmanager

14.-16.09.11, Hamburg

##### Beschaffungsrevision

15.-16.09.11, Hamburg

##### Operatives Controlling und Führungsunterstützung

26.-27.09.11, Hamburg

##### Notfallvorsorge für Behörden

29.-30.09.11, Bonn

##### Projektmanagement & Qualitätssicherung in IT-Projekten

4.-5.10.11, Bonn

##### Innenrevision in der öffentlichen Verwaltung

10.-11.10.11, Hamburg

##### Geschäftsprozessmanagement in öffentlichen Verwaltungen

11.-12.10.11, Hamburg

>>> Weitere Informationen unter: [www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de)

Die Einladung sowie das Anmeldeformular für diese Veranstaltungsreihe finden Sie **hier**.

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter“ und verantwortlich: R. Uwe Proll.

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer (bb) Fachliche Unterstützung: Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Redaktion: Simon Hirsbrunner, LL.M. (sh), Dr. Ute Jasper (uj), Dr. Matthias Kühn, LL.M. (mk), Dr. Martin Schellenberg (msb), Martin Schumm (ms), Dr. Daniel Soudry, LL.M. (ds), Kirstin van de Sande (ks), Ute Wiltheiß, LL.M. (uw)

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Am Buschhof 8, 53227 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

E-Mail: [redaktion@behoerdenspiegel.de](mailto:redaktion@behoerdenspiegel.de) Internet: [www.behoerdenspiegel.de](http://www.behoerdenspiegel.de).

Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.:DE 122275444 Geschäftsführerin: Helga Woll.

Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter“. Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links“), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.