

KARTELL-, VERGABE- UND BEIHILFERECHT

Dezember 2017

UPDATE

VERGABENEWS: ANPASSUNG DER EU-SCHWELLENWERTE AB JANUAR 2018

Die EU-Kommission überprüft alle zwei Jahre die Höhe der EU-Schwellenwerte für die Anwendung des EU-Vergaberechts. Zuletzt wurden die Schwellenwerte zum 1. Januar 2016 geändert. In den nächsten Tagen soll dazu eine entsprechende EU-Verordnung veröffentlicht werden. Offizielle Mitteilungen oder Texte gibt es hierzu zwar bislang noch nicht, die neuen Werte sind aber schon „durchgesickert“. Die Änderungen werden zum 1. Januar 2018 in Kraft treten. Eine Umsetzung durch den Bundesgesetzgeber ist nicht von Nöten, da die Vergabeverordnungen direkt auf die EU-Vorschriften verweisen.

Nach diesen Berichten ist mit folgenden Schwellenwerten zu rechnen (alle ohne USt.):

- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden: 144.000 € (bisher: 135.000 Euro)
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber: 221.000 € (bisher: 209.000 €)
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorauftraggebern: 443.000 € (bisher: 418.000 €)
- für Bauaufträge: 5.548.000 € (bisher: 5.225.000 €).

Wichtig: Entscheidend sind bei der Auftragswertschätzung immer die Netto-Auftragswerte, also ohne die Umsatzsteuer.

BKartA veröffentlicht Hinweispapier zum Preisbindungsverbot im Einzelhandel

Das Bundeskartellamt hat am 12. Juli 2017 in einem Hinweispapier offene Fragen des Preisbindungsverbots im stationären Lebensmitteleinzelhandel behandelt, nachdem es bereits zwischen 2011 und 2014 Sektorenuntersuchungen durchgeführt und zahlreiche Bußgeldverfahren gegen Hersteller und Händler, die über Jahre Ladenverkaufspreise bekannter Markenprodukte abgesprochen hatten (Gesamthöhe: 260,5 Mio. €), abgeschlossen hat. Das Papier soll auch für andere Unternehmen auf vergleichbaren Märkten von Bedeutung sein, weil es generell Aufschluss über die Praxis des Amtes in Vertikalbeziehungen – d.h. zwischen Unternehmen, die auf verschiedenen Vertriebsstufen tätig sind – gibt und die Grundsätze der Europäischen Kommission über die Auslegung des europäischen Preisbindungsverbots aus den sog. Vertikalleitlinien ergänzt.

Preisbindungen beinhalten Einschränkungen der Abnehmer, ihren Wiederverkaufspreis selbst festzusetzen und sind als von der sog. Vertikal-GVO nicht freistellungsfähige hardcore-Wettbewerbsbeschränkungen rechtlich grundsätzlich verboten (Ausnahme: Festlegung auf einen Höchstpreis), weil sie aus ökonomischer Sicht schädlich sind: Sie verhindern, dass Händler durch eigene Effizienz erreichte Kosteneinsparungen an Endverbraucher weitergeben, verringern Druck auf die Abgabepreise, setzen im Markt ein höheres Abgabepreisniveau durch und erleichtern die Überwachung der Einhaltung von Kartellabsprachen der Hersteller. Nur in Ausnahmefällen können Preisbindungen ökonomisch vorteilhaft sein, etwa bei der Markteinführung neuer Produkte (Sicherung eines Mindestabsatzes des Händlers, ohne den er z.B. keine produktspezifischen Investitionen träge) oder zwecks Vermeidung sog. Trittbrettfahrens (Inanspruchnahme von Bera-

tungsleistungen bei Händler I, günstigerer Erwerb jedoch bei Händler II, der keine solchen anbietet, oder im Internet). Das BKartA balanciert in seinem Papier ökonomische Vor- und Nachteile aus und versucht die Ergebnisse in rechtliche Leitlinien zu gießen.

Das Amt stellt der Preisbindung die zulässige unverbindliche Preisempfehlung gegenüber, die jedoch eine verbindliche weder tarnen noch Informationen über geplantes Preissetzungsverhalten konkurrierender Händler enthalten darf. Bei der Planung sog. Aktionen hält es die Festlegung von Aktionszeiträumen zwischen Hersteller und Händler für zulässig; dieser darf aber z.B. keinesfalls vorgesehene Ladenverkaufspreise kommunizieren. Sofern ein Hersteller den Markt nicht beherrscht oder Monopolist ist, kann er über die Belieferung seiner Händler grundsätzlich frei entscheiden; wenn er jedoch deutlich macht, dass er sich wegen der Preisgestaltung dagegen entschieden habe, kann darin eine Ausübung von Druck liegen, die für sich genommen verboten ist und bebußt werden kann. Mit Spannung waren die Ausführungen des BKartA zu Informationsaustausch im Vertikalverhältnis erwartet worden. Sie bieten jedoch wenig Neues: Wann Datenkom-

munikation lediglich legitimen Zwecken (z.B. Vertriebsstrategie, Produktplanung) dient und wann die Grenzen eines Kartellrechtsverstoßes überschritten sind, wird nicht präzisiert. Auf bereits bekannte Kriterien (Datenaktualität, Austauschhäufigkeit) wird lediglich verwiesen.

Praxishinweis:

Bedauerlicherweise nimmt das Amt zu sog. hub and spoke-Kartellen – Verhaltensabstimmungen von Händlern über einen Markenhersteller – keine Stellung. Schließlich bindet das Papier weder Kartellbehörden noch Gerichte. Es könne „eine sorgfältige Selbsteinschätzung durch die betroffenen Unternehmen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls keinesfalls ersetzen“. Wie diese das leisten sollen, erscheint v.a. angesichts der inhaltlichen Vagheit der Kriterien (Maßgeblichkeit von Marktstruktur, -konzentration, Verbreitung von Vertikalvereinbarungen am Markt oder Produktheterogenität) und der Beispielsfälle, die die Realität zu stark vereinfachen, unklar. Eine eingehende Prüfung und Beratung im Einzelfall unter Einbezug fundierter ökonomischer Expertise bleiben deshalb unverzichtbar.

Kartellrechtliche Compliance-Defence – Compliancesystem als bußgeldmindernder Umstand!

Kartellrechtsverstöße kommen ein Unternehmen teuer zu stehen (Bußgeld, Schadensersatz), so dass es seinem wirtschaftlichen Interesse entspricht, sie zu vermeiden. Außerdem gehört die Einrichtung eines Compliancesystems zu den gleichsam klassischen Pflichten von Unternehmensleitern (§§ 91 Abs. 2 AktG, 43 Abs. 1 GmbHG), wie z.B. das LG München in seiner Neubürger-Entscheidung v. 10.12.2013 (5 HKO 1387/10) bestätigt hat und Ziff. 4.1.3, S. 2 des Corporate Governance-Kodex unterstreicht. Unternehmen müssen also gleich aus mehreren Gründen daran interessiert sein, ein solches zu installieren, zu unterhalten und zu überwachen.

Wenn es dennoch zu Kartellrechtsverstößen kommt, stellt sich die Frage, ob Aufwand und Kosten dafür nicht nutzlos gewesen sind, weil sich die bloße Tatsache des Vorhandenseins des Compliancesystems, in der sich die rechtstreu Haltung des Unternehmens manifestiert, bußgeldmindernd auswirkt. Bislang wurde dies von Kartellbehörden und Gerichten verneint: Jedes Compliancesystem, das Mitarbeiter von Verstößen nicht abhalten können, sei fehlgeschlagen und deshalb bußgeldrechtlich außer Acht zu lassen. Offensichtlich müsse das zuwiderhandelnde Unternehmen durch eine Buße abgeschreckt werden. Diese Praxis verdient keine Zustimmung, weil sie zu ökonomisch schädlichen

Unterinvestitionen in präventive Maßnahmen innerhalb der Unternehmen führt, was – infolge von Kartellen – Verbraucher zu spüren bekommen. Mit dem Verschuldensprinzip des Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 und der Unschuldsumutung ist das kategorische »Nein« der Behörden und Gerichte unvereinbar: Wenn ein Unternehmen alles getan hat, um Kartellabsprachen zu verhindern, ist fraglich, warum es büßen sollte, wenn Kartellanten ihre Aktivitäten in den Unternehmen mit hohem Aufwand vertuscht haben. Die schlichte Aussage, dass nicht alles getan worden sei, weshalb es zu einem neuen Verstoß gekommen ist, ist zu kurz gegriffen. Gegen kriminelle Energie ist man nie gefeit.

Das BKartA befindet sich allerdings, wie verschiedenen Verlautbarungen zu entnehmen ist, auch diesbezüglich in fortwährendem Überlegungs- und Erkenntnisprozess. Dieser könnte nun durch eine aktuelle Entscheidung des I. Strafsenats des BGH (Urt. v. 9.5.2017, 1 StR 265/16) beschleunigt werden, in der es heißt: „Für die Bemessung der Geldbuße ist zudem von Bedeutung, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat (...). Dabei kann auch eine Rolle spielen, ob die Nebenbeteiligte in Folge dieses Verfahrens entsprechende Regelungen optimiert und ihre betriebsinternen Ab-

läufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.“

Auch wenn es sich um eine Feststellung in einem steuerstrafrechtlichen Verfahren handelt und darüber hinaus auch noch das sog. Nachtatverhalten betraf, kann sie das BKartA wegen der Einheit der Rechtsordnung, der parallelen Anknüpfung an die Pflicht zur Vermeidung von Rechtsverstößen und der diesbezüglichen vergleichbaren Ahndungsintensität des Straf- und Kartellrechts kaum ignorieren. Außerdem ist es wegen des internationalen Systemwettbewerbs geboten, Compliancemaßnahmen zu berücksichtigen, gerade wenn man etwa die Praxis italienischer, englischer, französischer oder öster-

reichischer Kartellbehörden mit der deutschen vergleicht. Diese Länder haben in ihren Bußgeldleitlinien z.T. sogar ausdrücklich fixiert, dass ein Compiencesystem zu Abschlägen führen kann (vgl. etwa österr. Kartellgericht, 7.10.2013, 25 Kt 105/13 – Emmi).

Praxishinweis:

Es ist davon auszugehen, dass Compiencesysteme bei der Bußgeldbemessung künftig v.a. danach berücksichtigt werden, ob sie alle wesentlichen Risiken decken, welches Gewicht der Verstoß hat, welchem Unternehmensbereich er entstammt und inwieweit er vermeidbar war. Compiencesysteme werden auf diese Weise immer bedeutsamer.

Wichtige Fristen für Bieter im Vergabeverfahren

OLG München, Beschl. v. 21.04.2017, Az. Verg 2/17

Das OLG München setzte sich Anfang diesen Jahres in einem Bauvergabeverfahren für ein Strafjustizzentrum gleich mit zwei wichtigen Fristen auseinander, die für Bieter im Vergabeverfahren äußerst relevant sind.

Im konkreten Fall sollte das Nebenangebot eines Bieters, das bei einer reinen Preiswertung auf dem ersten Platz lag, ausgeschlossen werden, weil es Teile der Leistungsbeschreibung berührte, für die keine Nebenangebote zugelassen waren. Vier Tage nach Versendung des Absageschreibens der Vergabestelle rügte der Bieter diesen Ausschluss. Bereits einen Tag später, am 16.11.2016, teilte die Vergabestelle mit, dass der Rüge nicht abgeholfen werde.

Am 17.11.2016 erging das Vorabinformationsschreiben, in dem die Vergabestelle nochmals angab, dass das Nebenangebot des Bieters mangels Zulassung ausgeschlossen werden müsse und sein Hauptangebot nicht das wirtschaftlichste Angebot sei. Diese Vorabinformation rügte der Bieter mit einer zweiten Rüge vier Tage später. Dabei rügte er erneut den Ausschluss des Nebenangebots. Zusätzlich rügte er, dass der für den Zuschlag vorgesehene Bieter die geforderten Zertifizierungen nach § 56 KrWG und § 14 EfbV nicht innehabt. Dieser habe daher bereits mangels Eignung ausgeschlossen werden müssen. Diese Rügen wurden von der Vergabestelle am 24.11.2016 zurückgewiesen.

Am 02.12.2016 erhob der Bieter einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel, der Vergabestelle zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters zu erteilen. In der I. Instanz wurde der Nachprüfungsantrag bezüglich der ersten Rüge als verspätet zurückgewiesen. Die zweite Rüge sei unbegründet. Der vorgesehene Zuschlagsempfänger sei nicht auszuschließen, da es sich bei dem Nach-

weis der Zertifizierungen nach § 56 KrWG und § 14 EfbV nicht um Nachweise der beruflichen Leistungsfähigkeit handele, sondern um einen Nachweis für Maßnahmen des Unternehmens für die Qualitätssicherung. Daraufhin erhob die Antragstellerin sofortige Beschwerde zum OLG München. Dieses bewertete den Sachverhalt im Hinblick auf die Zertifizierungen anders.

Auch das OLG ging allerdings davon aus, dass hinsichtlich der ersten Rüge des Ausschlusses des Nebenangebots die Frist zur Einlegung des Nachprüfungsantrags einen Tag vor der Einlegung des Nachprüfungsantrags verstrichen war. Insofern betonte das OLG München, dass es sich bei der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB (15 Tage ab Nichtabhilfe) um eine echte Rechtsbehelfsfrist handele, für die weder Unterbrechungs- noch Hemmungszeitbestände gesetzlich vorgesehen seien. Die bereits laufende Frist werde durch eine weitere Korrespondenz nach der Nichtabhilfemitteilung der Vergabestelle nicht berührt.

Damit konnten nur noch die mit der zweiten Rüge neu erhobenen Vorwürfe des Bieters im Nachprüfungsantrag berücksichtigt werden. Dazu gehörte die Rüge der fehlenden Eignung des vorgesehenen Zuschlagsempfängers. Nach Einschätzung des OLG München ging aus den Vergabeunterlagen unmissverständlich hervor, dass die Zertifizierungen nach § 56 KrWG und § 14 EfbV „mit dem Angebot nachzuweisen gewesen“ seien. Zu diesem Zeitpunkt habe der vorgesehene Zuschlagsempfänger diese Zertifizierung jedoch noch nicht innegehabt. Die von diesem vorgetragene Behauptung, für die Zertifizierungen komme es auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung an, treffe nicht zu. Die Vergabestelle habe die Zertifizierungen ganz klar als Eignungskriterien bezogen auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit

definiert. Eine solche Forderung nach den entsprechenden Zertifizierungen sei angemessen und zulässig. Ein Unternehmen, das diese Voraussetzung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht erfülle, sei zwingend als ungeeignet auszuschließen.

Der Grundsatz, dass Vergabestellen zu jeden Zeitpunkt nach Angebotsöffnung erneut in die Eignungsprüfung einsteigen dürften, sei auf diese Fälle nicht anwendbar. Auch läge kein Fall einer nachträglichen Aufklärung des Angebots vor. Vielmehr war die Zertifizierung erst nach Angebotsabgabe erteilt worden. Würde diese berücksichtigt, erhielte der Bieter die Chance einer unzulässigen Nachbesserung des Angebots. Die Ausschreibung habe sich aber von Anfang an nur an bereits zertifizierte Unternehmen gerichtet. Diese Voraussetzung erfüllte der vorgesehene Zuschlagsempfänger ersichtlich nicht.

Praxishinweis:

Die Frage nach dem Zeitpunkt des Vorliegens geforderter Zertifizierungen ist sehr praxisrelevant. Soweit Auftraggebern bekannt ist, dass Bieter sich eine Zertifizierung oder andere Genehmigungen noch beschaffen müssen, ist dringend zu raten, die Teilnahme- oder Angebotsfrist zumindest so lang zu setzen, dass Bieter eine realistische Chance haben, die Zertifizierung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorweisen zu können.

Bieter sollten sich nach Erhalt einer Nichtabhilfeentscheidung keinesfalls von weiterer Korrespondenz mit der Vergabestelle „ablenken“ lassen. Mit dem Erhalt der Nichtabhilfeentscheidung beginnt die 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu laufen. Will der Bieter seine Rechte wahren, muss er zwingend rechtzeitig innerhalb dieser Frist seinen Nachprüfungsantrag stellen.

Risikominimierung rechtfertigt produktspezifische Ausschreibung

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 – VII Verg 36/16

Dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31.05.2017 liegt die Beschaffung mehrerer Drohnen durch die Bundesrepublik Deutschland für die Bundeswehr zu Grunde. Die Drohnen sollten in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) beschafft werden. Nach eingehender Analyse mit drei unterschiedlichen Lösungskonzepten, entschied sich die Bundeswehr für die Beschaffung des israelischen Systems Heron TP.

Ein amerikanisches Unternehmen erhob als Antragsteller eine sofortige Beschwerde gegen den zugrundeliegenden Beschluss der Vergabekammer Bund vom 17.08.2016 (Aktenzeichen: VK 1-54/16) und begründete diese mit einem Verstoß gegen den Grundsatz der Produktneutralität.

Die sofortige Beschwerde der ASt blieb erfolglos. Das OLG Düsseldorf urteilte, dass die Vergabeentscheidung, Drohnen des Typs Heron TP zu beschaffen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden sei. Insbesondere seien die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers eingehalten worden und die Grenzen des Leistungsbestimmungsrecht durch den Auftraggeber nicht überschritten worden.

Die Beschaffung der Drohnen des Typs Heron TP stehe dem Grundsatz der Produktneutralität nicht entgegen. Der öffentliche Auftraggeber sei bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, rechtlich ungebunden. Die Wahl unterliege der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers und

werde von zahlreichen Faktoren im Vorfeld des Vergabeverfahrens, insbesondere technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder sozialen Faktoren beeinflusst.

Das Vergaberecht regle nicht, was der öffentliche Auftraggeber zu beschaffen habe, sondern die Art und Weise der Beschaffung. Die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes bedürfe keiner vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage, sondern ergebe sich aus der Vertragsfreiheit. Diese unterliege nicht der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen. Die vorliegende Bestimmung des Auftragsgegenstandes sei als interne Entscheidung der Bundeswehr zu qualifizieren, die nicht dem Grundsatz der Produktneutralität zuwider laufe. Die raschere Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit, sowie Vorteile in Bezug auf die Bewaffnungsfähigkeit der Drohnen, rechtfertigen eine Durchbrechung des Grundsatzes der Produktneutralität.

Ziel der Beschaffung sei das Schließen einer Fähigkeitslücke der Bundeswehr zum Schutz der Soldaten, wobei insbesondere die Drohnen des Typs Heron TP wesentlich früher verfügbar seien als die des Antragstellers. Ein weiterer sachlicher und auftragsbezogener Grund sei in dem späteren Einsatz der Drohnen zu sehen. Zudem entspräche das System auch im Hinblick auf die Bewaffnungsfähigkeit der Drohnen eher dem Bewaffnungskonzept der Luftwaffe.

Praxishinweis:

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kann die Beschaffung eines bestimmten Produktes aus technischen Gründen sachlich gerechtfertigt sein, wenn hierdurch im Interesse der

Systemsicherheit und Funktion eine wesentliche Minimierung von Risikopotentialen bewirkt wird, beispielsweise das Risiko von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen oder ein höherer Umstellungsaufwand. Die Ausführungen zum Grundsatz der Produktneutralität sind über die Beschaffung von

militärischen Ausrüstungen hinaus auch auf andere Produkte übertragbar. In der vergaberechtlichen Praxis dürfte insbesondere bei Beschaffungen im Software- und Hardwarebereich an die hier aufgestellten Grundsätze des OLG Düsseldorf zur produktspezifische Ausschreibung gedacht werden.

Auch unwirtschaftliche Teillose müssen bei einem wirtschaftlichen Gesamtergebnis beauftragt werden

OLG Koblenz, Beschl. v. 28.06.2017 Verg/17

Der Entscheidung des OLG Koblenz vom 28.06.2017 liegt eine europaweite Ausschreibung von Abfallentsorgungsleistungen zu Grunde. Diese Leistung sollte in vier gleich großen Teillosen vergeben werden. Bei der Schätzung des Auftragswertes hat die Vergabestelle Kosten in Höhe von 115,50 €/Mg netto pro Los angenommen. Bei einer Vertragslaufzeit von fünf Jahren und einer geschätzten Gesamtabfallmenge von 52.000 Mg/a wurde der Gesamtauftragswert auf ca. 30 Mio. € taxiert. Bezogen auf die Grundlaufzeit von drei Jahren errechnet sich ein Gesamtbetrag von ca. 18 Mio. €.

Die Antragstellerin war die einzige Bieterin für Los 4. Das von ihr eingereichte Angebot über 144,95 €/Mg netto überstieg den geschätzten Preis der Vergabestelle um über 25 %, allerdings nur bezogen auf den Schätzwert für das Los 4. Bei Zugrundelegung des Gesamtpreises aller Lose und der Vertragslaufzeit von drei Jahren ergäbe sich bei einem Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin und der anderen Bestbieter lediglich eine Abweichung von 1,29 %.

Die Vergabestelle hob das Vergabeverfahren in Bezug auf Los 4 auf und stellte darauf ab, dass die Grundlage des Vergabeverfahrens sich wesentlich geändert haben. Der zu entsorgende Abfall habe sich um 50 % verringert. Hilfsweise wurde auf ein nicht wirtschaftliches Ausschreibungsergebnis abgestellt. Die Vergabekammer wies den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurück, so dass diese eine sofortigen Beschwerde einlegte.

Entscheidung:

Das OLG Koblenz gab der Antragstellerin Recht. Die Teilaufhebung des Vergabeverfahrens sei zwar wirksam, wegen eines fehlenden Aufhebungsgrundes jedoch rechtswidrig. So könne die Vergabestelle die Teilaufhebung nicht auf den Aufhebungsgrund des unwirtschaftlichen Ausschreibungsergeb-

nisses stützen, da allein das Gesamtergebnis aller Lose zu berücksichtigen sei und insoweit nur eine geringe Abweichung vorliege.

Die Aufteilung eines Vergabeverfahrens in mehrere Teillose habe nicht zur Konsequenz, dass es sich nicht mehr um einen einzigen Auftrag handle. Zwar schweige die VgV zu der Frage, ob bei einer Teillosvergabe auf das Gesamtergebnis für das konkrete Beschaffungsvorhaben abzustellen sei oder ob Lose isoliert betrachtet werden müssten. Abzustellen sei auf § 3 Abs. 7 VgV. Danach ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen, wenn die vorgesehen Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führt, der in mehreren Losen vergeben wird. Der Senat begründet seine Ansicht mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 7 VgV, der von „einem Auftrag“ spreche.

Die Vergabestelle habe im Vorfeld der Ausschreibung zu berücksichtigen, dass es Unterschiede hinsichtlich der Angebotspreise geben könne. Zwar sei die Losvergabe die Regel, einen Zwang zur Losvergabe bestehe jedoch nicht. Die Einschätzung, ob ein Ausschreibungsergebnis (un-)wirtschaftlich sei, könne nicht davon abhängen, ob der Auftraggeber von der Möglichkeit einer Teillosvergabe Gebrauch mache oder nicht.

Praxishinweis:

Das OLG Koblenz hat sich hat in seinem Beschluss erstmals zu der Frage geäußert, ob im Rahmen einer Teillosvergabe auf das Gesamtergebnis des Beschaffungsvorhabens abzustellen ist oder ob jedes einzelne Los einer isolierten Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen werden muss. Die Entscheidung zugunsten einer ganzheitlichen Wirtschaftlichkeitsprüfung schließt eine Regelungslücke der VgV Ein Gesamtergebnis ist nicht aus dem Grunde unwirtschaftlich, weil der Bestbieter eines einzelnen Loses mit seinem Angebotspreis in erheblichem Maße nach oben abweicht.

Die Grenzen einer noch zulässigen Angebotsaufklärung

VK Westfalen, Beschl. v. 07.04.2017, Az. VK 1-07/17

Enthält ein Angebot in sich widersprüchliche Angaben, steht der öffentliche Auftraggeber vor der Frage, ob er den betreffenden Bieter zwingend ausschließen muss oder ob es zulässig ist im Wege einer Aufklärung gemäß § 15 Abs. 5 S. 1 VgV die bestehenden Widersprüchlichkeiten zu bereinigen.

Die VK Westfalen hatte sich mit genau dieser Problematik im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens auseinanderzusetzen. In dem zugrundeliegenden Fall hatte ein öffentlicher Auftraggeber EU-weit im offenen Verfahren Entsorgungsdienstleistungen ausgeschrieben. In der Leistungsbeschreibung hieß es unter Ziffer 2.1.6 (Allgemeine Regelungen zum Abfuhrbetrieb):

„Die Nutzung von eigenen Umschlagstellen durch den Auftragnehmer ist nicht zulässig“.

Die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin und spätere Beigeladene im Vergabenaachprüfungsverfahren hatte im Rahmen ihres Angebots darauf hingewiesen, dass die Organisation des Abfuhrbetriebs den allgemeinen Regelungen gemäß Ziffer 2.1.6 der Leistungsbeschreibung entspreche. Weiterhin hatte sie jedoch auch angegeben, dass der eingesammelte Abfall unter zur Hilfenahme einer eigenen Umschlagstelle umgeladen und anschließend in die vorgegebene Verwertungsanlage transportiert werde. Das Angebot der Zuschlagsaspirantin enthielt mithin zwei sich widersprechende Erklärungen.

Der Auftraggeber bat die betreffende Bieterin um Aufklärung. Diese erklärte daraufhin, dass die Nutzung einer eigenen Umschlagstelle nicht vorgesehen sei. Bei dem betreffenden Passus im Angebot handle es sich um einen Textbaustein aus einem anderen Angebot, der lediglich versehentlich Eingang in das hiesige Angebot gefunden habe. Das Angebot sei daher entsprechend zu korrigieren.

In dem von der zweitplatzierten Bieterin angestregten Nachprüfungsverfahren vertrat diese die Ansicht, dass eine solche Korrektur nicht zulässig sei. Die Beigeladene sei vielmehr nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend von der Wertung auszuschließen.

Die VK Westfalen gab der Antragsstellerin Recht. Bestehen Zweifel daran, wie ein Angebot zu verstehen ist, weil dieses zwei sich widersprechende Aussagen enthält, bedarf es der Auslegung dieses Angebots, wobei nicht der subjektive Wille des Erklärenden, sondern der objektive Erklärungswert des Angebots zu ermitteln ist. Der Umstand, dass das abgegebene Angebot objektiv nicht mit dem subjektiv Gewollten des Bieters übereinstimmt ist daher irrelevant.

Das von der Beigeladenen vorgelegte Angebot hatte objektiv nicht den geforderten Erklärungswert. Die Beigeladenen hatte – wenn auch nur versehentlich – auch die Nutzung einer eigenen Umschlagstelle angeboten. Damit entsprach das Angebot nicht den Vorgaben des Auftraggebers. Auch der im Angebot enthaltene Hinweis, dass die Vorgaben der Leistungsbeschreibung eingehalten werden würden, hat zu keinem anderen Ergebnis geführt. Es gibt keinen allgemeingültigen Erfahrungssatz der besagt, dass im Fall widersprüchlicher Angaben stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte zugrunde zu legen ist.

Der Ansicht der Beigeladenen, der bestehende Widerspruch müsse durch Anpassung des Angebots bereinigt werden, ist die VK zu Recht nicht gefolgt. Eine nachträgliche Korrektur ist nur im Fall einer bloß unbeachtlichen Unrichtigkeit in Form eines Schreib- oder Rechenfehlers zulässig vor. Ein solcher Fall lag jedoch hier nicht vor. Dass die Beigeladene einen falschen Textbaustein verwendet hatte, war für einen objektiven Erklärungsempfänger nicht erkennbar. Die seitens der Beigeladenen geforderte Korrektur hat die VK zutreffend als eine unzulässige Änderung des Angebots gemäß § 15 Abs. 5 S. 2 VgV gewertet. Ein objektiv widersprüchliches Angebot kann nicht im Wege nachträglicher Aufklärung des Bieters objektiv eindeutig werden. Es bleibt objektiv widersprüchlich und ist einer Korrektur nicht zugänglich.

Das Abstellen auf den objektiven Erklärungsgehalt eines Angebots und gerade nicht auf das subjektiv Gewollte ist auch mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze zu begrüßen. Nur unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes kann ausreichend Transparenz und Gleichbehandlung sichergestellt werden.

Praxishinweis:

Die VK Westfalen hat in ihrer Entscheidung die Grenzen der zulässigen Angebotsaufklärung nachvollziehbar dargelegt. Ein – wenn auch ungewolltes – Abweichen von den Vorgaben des Auftraggebers kann nicht im Wege der Aufklärung bereinigt werden. Auftraggeber sind gehalten, die formale Angebotsprüfung losgelöst von der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots durchzuführen. Der Zuschlag darf stets nur auf ein formal ordnungsgemäßes Angebot erteilt werden. Die formale Angebotsprüfung hat unabhängig von der Qualität und Güte des jeweiligen Angebots zu erfolgen. Bieter sollten, um nicht Gefahr zu laufen wegen formalen Mängeln von der weiteren Wertung ausgeschlossen zu werden, bei der Angebotserstellung sorgfältig vorgehen.

Europäische Kommission genehmigt öffentliche Zuwendungen für Flughafen Frankfurt-Hahn

IP/17/2221

Die Europäische Kommission hat in einer Pressemitteilung am 31. Juli 2017 festgestellt, dass die öffentlichen Zuwendungen des Landes Rheinland-Pfalz für den Flughafen Frankfurt-Hahn mit den Vorschriften des EU-Beihilferechts vereinbar sind. Der in Rheinland-Pfalz liegende Regionalflughafen Frankfurt-Hahn liegt rund 120 km westlich von Frankfurt am Main.

Die Vorgaben für die Prüfung staatlicher Maßnahmen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften sind in den Luftverkehrsleitlinien der Kommission vom Februar 2014 festgelegt. Die Leitlinien sollen eine gute Anbindung der Regionen, gute Verkehrsverbindungen für die europäischen Bürgerinnen und Bürger sowie fairen Wettbewerb zwischen Flughäfen und Fluggesellschaften im Binnenmarkt sicherstellen.

Aufgrund der staatlichen Zuwendungen wird der Flughafen den Beförderungsbedarf der Region decken können, bis er durch private Investitionen wieder rentabel wird. Derzeit verzeichnet der Flughafen Verluste. Das Verkehrsaufkommen belief sich 2016 auf rund 2,6 Mio. Fluggäste und 72.600 Tonnen Fracht. Das den Flughafen kontrollierende Bundesland Rheinland-Pfalz, welches mit 82,5% Mehrheitseigner des Flughafens ist, unterzeichnete am 1. März 2017 mit dem chinesischen Konzern HNA einen Vertrag über den Verkauf seiner Anteile.

Die von der Kommission genehmigte Maßnahme soll die erwarteten Betriebsverluste von 2017–2021 bis zu einem Höchstbetrag von 25,3 Mio. EUR decken. Bei geringeren Betriebsverlusten sollen weniger staatliche Beihilfen gezahlt werden. Aufgrund der Luftverkehrsleitlinien der Kommission aus dem Jahr 2014 dürfen Betriebsverluste von kleineren Re-

gionalflughäfen bis 2024 mit öffentlichen Mitteln gedeckt werden. Eine Förderungsvoraussetzung besteht darin, dass ein solider Wirtschaftsplan vorgelegt wird, der Aufschluss darüber gibt, wie der Flughafen bis spätestens April 2024 wieder rentabel werden kann.

Die Kommission kam im Rahmen ihrer Beurteilung zu dem Ergebnis, dass die staatlichen Beihilfen für Frankfurt-Hahn die Betriebsverluste des Flughafens decken werden, solange der HNA-Konzern die privaten Investitionen tätigt, die erforderlich sind, damit der Flughafen wie geplant ab 2023 wieder rentabel ist. Dabei wurde auch die Lage des Flughafens im wirtschaftlich eher schwachen Rhein-Hunsrück-Kreis berücksichtigt und seine Wichtigkeit für die örtliche Wirtschaft hervorgehoben, da rund 11.000 Arbeitsplätze in der Region vom Flughafen abhängen. Des Weiteren existieren in einem Umkreis von 100 km bzw. einer Stunde Reisezeit nach Frankfurt-Hahn keine weiteren Flughäfen, so dass eine etwaige beihilfebedingte Beeinträchtigung von Wettbewerb und Handel gering einzuschätzen ist.

Praxishinweis:

Wie bereits mehrfach in unserem Updates aufgezeigt, hat die Kommission die Anwendung der beihilferechtlichen Vorschriften in ihrer jüngeren Praxis erleichtert. So hat die Kommission auch den Anwendungsbereich der AGVO ausgeweitet auf Beihilfen für Hafen- und Flughafeninfrastrukturen ausgeweitet.

In Bezug auf den Flughafen Frankfurt Hahn plant auch das Bundesland den Verkauf seiner Anteile. Hessen will seinen Anteil ebenfalls an den chinesischen Investoren HNA verkaufen.

Die angesprochenen Themen können hier nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also keine Rechtsberatung.

AKTUELLE VERANSTALTUNGEN

29. November 2017

Seminar Ausschreibung von Sicherheitsleistungen

Forum Institut, Düsseldorf; Birgit Lotz, LL.M.

30. November 2017

„Neues zur Bieterungsprüfung“ – Das Wettbewerbsregister

AULINGER, Büro Essen; Dr. Andreas Lotze; Dr. Nicola Ohrtmann; Dr. Stefan Mager; Katrin Weßler

06./07. März 2018

Ausschreibung von Reinigungsleistungen

Forum Institut, Köln; Dr. Stefan Mager

AKTUELLE VERÖFFENTLICHUNGEN

**Kommentierung § 118 GWB, §§ 7, 42 bis 51 VgV, §§ 7, 45 – 50 SektVO, §§ 6 bis 6 e VOB/A EU in:
Beck'scher Vergaberechtskommentar, in 2 Bänden, 3. Auf. 2017, Hrsg. Burgi/Dreher**

Dr. Stefan Mager

AULINGER IM KARTELL-, VERGABE- UND BEIHILFERECHT

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



DR. ANDREAS LOTZE

andreas.lotze@aulinger.eu



DR. STEFAN MAGER

stefan.mager@aulinger.eu



DR. NICOLA OHRTMANN

nicola.ohrtmann@aulinger.eu



BIRGIT LOTZ, LL.M. (BRISTOL)

birgit.lotz@aulinger.eu



PROF. DR. JOHANNES HEYERS

johannes.heyers@aulinger.eu



NILS RICKERT

nils.rickert@aulinger.eu



KATRIN WESSLER

katrin.wessler@aulinger.eu

AULINGER Rechtsanwälte | Notare

BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4
44787 Bochum
Telefon 0234 68779-0
Telefax 0234 68779-993

BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348
45133 Essen
Telefon 0201 95986-0
Telefax 0201 95986-99

www.aulinger.eu