

# Vergaberecht

Februar 2018

## Auch Interimsaufträge zur Aufrechterhaltung von Leistungen der Daseinsvorsorge können für unwirksam erklärt werden!

Die Auftraggeberin (AG) beabsichtigte, Krankentransportdienste für fünf Jahre mit einem Wert oberhalb der Schwellenwerte ohne ein EU-weites Vergabeverfahren direkt an ein Unternehmen zu vergeben. Sie ging vom Vorliegen einer Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB aus. In Folge eines dagegen gerichteten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin verpflichtete die VK Münster die AG, bei fortbestehender Vergabeabsicht die Leistungen unter Beachtung des GWB-Vergaberechts zu vergeben. Auf die sofortige Beschwerde der AG setzte das OLG Düsseldorf das Verfahren durch Beschluss vom 31. Juli 2017 aus und legte dem EuGH mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor.

Daraufhin forderte die AG drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots für einen (Interims-)Auftrag zur Erbringung von Krankentransportdiensten auf (Laufzeit: 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018) und erteilte einem der Bieter im Oktober 2017 den Zuschlag. Die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderte Antragstellerin reichte dagegen einen Nachprüfungsantrag ein und beantragte u. a. die Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags. Nach ihrer Auffassung hätte der über dem Schwellenwert liegende Interimsauftrag nach dem GWB-Vergaberecht vergeben werden müssen.

### Entscheidung der VK Münster (Beschluss vom 21.12.2017, VK 1 – 40/17)

Mit Erfolg! Die VK Münster stellte fest, dass der Interimsauftrag nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam ist. Zur Begründung führt sie unter Bezugnahme auf ihren früheren Beschluss an, dass die zu vergebenden Leistungen nicht vom GWB-Vergaberecht ausgenommen seien. Die AG habe den Interimsauftrag vergaberechtswidrig nicht in einem EU-weiten Vergabeverfahren, sondern direkt vergeben. Die beim OLG Düsseldorf zum früheren Beschluss der VK Münster eingelegte Beschwerde sei kein Rechtfertigungsgrund für das Vorgehen der AG. Bis zu einer endgültigen Entscheidung habe die Antragsgegnerin auch bei weiteren Vergaben vergleichbarer Dienstleistungen – wie hier gegeben – die Vorgaben aus dem früheren Beschluss zu beachten.

Ferner lagen nach der VK Münster die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 3 VgV nicht vor. Dringliche, das Einhalten von Mindestfristen nicht zulassende, Gründe im Sinne der Vorschrift seien nicht gegeben, weil die AG ein als „Freihändige Vergabe“ bezeichnetes Verfahren mit drei Bietern durchgeführt hat. Die Ausnahmeregelung zielt aber gerade darauf ab, dass „umgehend – ohne Durchführung irgendeiner Verfahren – ein Unternehmen direkt beauftragt wird, damit die Gefahr sofort abgewendet werden kann“. Anstatt des am 30. August 2017 von der AG

durchgeführten Verfahrens hätte sie ein vergabekonformes EU-weites Verfahren beginnen können, auch wenn sie den Zuschlag eventuell erst am 1. Februar 2018 hätte erteilen können. Das Vorliegen dringender Gründe ergebe sich auch nicht aus der Vergabeakte.

### Praxishinweise

Die Grundaussage der Entscheidung der VK Münster enthält zunächst nichts Neues: Für Interimsaufträge und „normale“ Aufträge gelten dieselben vergaberechtlichen Regeln. Bedeutung erlangt der Beschluss der VK Münster aber, weil hier Krankentransportdienste und damit wohl Leistungen der Daseinsvorsorge betroffen waren. Für Auftragsvergaben zur Daseinsvorsorge gelten nach herrschender Meinung im Rahmen des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV weniger strenge Voraussetzungen als für „normale“ Aufträge. Denn bei der Auslegung der Vorschrift bzw. der entsprechenden Vorgaben der EU-RL ist der Grundsatz der Kontinuität von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge zu beachten, der im EU Primärrecht in Art. 14 AEUV verankert ist. So kann die Zurechenbarkeit oder Voraussehbarkeit der Funktionsstörung durch den Auftraggeber unbeachtlich und der Auftraggeber zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV berechtigt sein, wenn die Aufrechterhaltung der Leistungen zur Daseinsvorsorge nicht mit mildereren Mitteln erreicht werden kann.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass die VK Münster wenige Tage vor der benötigten Leistungserbringung den diesbezüglich vergebenen Auftrag für rechtswidrig erklärte, ohne darauf einzugehen, ob die Kontinuität der Leistungen – ggf. durch eine Selbsterbringung der AG – gewährleistet bleibt. Dies gilt umso mehr aufgrund eines Hinweises der VK, mit dem sie auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf Bezug nimmt: Im Extremfall könne dem „Auftraggeber eine weitere Vergabe von Interimsaufträgen versagt“ sein. Dies könne bedeuten, dass der Auftraggeber „Rettungsleistungen und Krankentransporte im Wege der Eigenleistung sicherstellen [...] und selbst durchführen muss.“

Angesichts der primärrechtlich verankerten Bedeutung von Leistungen der Daseinsvorsorge erscheinen diese Aussagen rechtlich kritisch. Dennoch dürfte die Entscheidung der VK Münster im Ergebnis zutreffend sein, weil die Laufzeit des vergebenen Auftrags gemessen an den Vorgaben von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (wohl) zu lang war. Da der für unwirksam erklärte Auftrag eine Laufzeit von einem Jahr hatte und die Vergabekammer für eine wettbewerbliche EU-weite Vergabe ca. sechs Monate veranschlagte, verblieb danach für einen wettbewerblich zu vergebenen Vertrag eine erhebliche Laufzeit von ca. sechs Monaten. Geht man ferner davon aus, dass die AG die bis zum Abschluss eines durchzuführenden EU-weiten Verfahrens benötigten Interimsleistungen hätte sicherstellen können – entweder durch Selbsterbringung oder durch einen Interimsauftrag an den AN des unwirksam erklärten Auftrags –, wird den widerstreitenden Interessen weitgehend genüge getan; einerseits dem Grundsatz der Kontinuität von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge und andererseits den vergaberechtlichen Grundsätzen.

**Fazit**

Auch bei Interimsaufträgen zur Daseinsvorsorge ist das GWB-Vergaberecht zu beachten. Verstöße dagegen können dazu führen, dass der vergebene Auftrag durch eine Vergabekammer für unwirksam erklärt wird.



Daniel Rusch, LL.M.,  
Rechtsanwalt,  
BEITEN BURKHARDT  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
E-Mail: Daniel.Rusch@bblaw.com

**Newsticker**

### +++ Auftraggeber kann Bieterfragen und -antworten auf seiner Internetseite zur Verfügung stellen +++ Ein Angebot ist ohne Nachforderungsmöglichkeit zwingend auszuschließen, wenn eine wesentliche Preisangabe fehlt +++

Nach einem Beschluss des OLG München vom 7. November 2017 (Verg 8/17) verstößt es nicht gegen den Grundsatz der Transparenz und der Gleichbehandlung, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Antworten auf Bieterfragen über seine Internetseite allen interessierten Unternehmen zur Verfügung stellt. Voraussetzung ist lediglich, dass der Auftraggeber dieses Vorgehen und die entsprechende Internetseite vorher in den Vergabeunterlagen (Bewerbungsbedingungen) bekannt macht. Das OLG stellt überdies fest, dass ein Angebot zwingend auszuschließen ist, wenn eine wesentliche Preisangabe fehlt. Deren Nachforderung nach § 56 Abs. 3 S. 2 VgV ist nicht möglich, was unabhängig von ihrer wettbewerblichen Relevanz gilt. Die Wesentlichkeit der Preisangabe ist im Einzelfall anhand des fraglichen Leistungsgegenstands und seiner Bedeutung, seines wertmäßigen Anteils für die Gesamtleistung sowie für den Gesamtpreis zu beurteilen.

### +++ Bayern: Neuregelungen der VVöA über die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen sowie über die Berücksichtigung bevorzugter Bieter für Kommunen bereits seit 1. Januar 2018 verbindlich +++

Am 14. November 2017 ist die neue Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA) durch die Bayerische Staatsregierung bekanntgemacht worden (siehe unseren [Newsletter vom Dezember 2017](#)). Die Regelungen betreffen zunächst nur staatliche Auftraggeber. Die Nummern 2 und 3 dieser Verwaltungsvorschrift sind durch Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Innern, für Bau und Verkehr vom 22. Dezember 2017 auch für kommunale Auftraggeber bereits ab dem 1. Januar 2018 im Vorgriff auf die noch ausstehende Neufassung der Bekanntmachung zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich für verbindlich angewend-

bar erklärt worden. Nummer 2 betrifft die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen und löst die bis 31. Dezember 2017 geltenden Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (öAMstR) ab. Nummer 3 ersetzt die bisherigen Bevorzugten-Richtlinien (öABevR) und trifft Regelungen über die Berücksichtigung bevorzugter Bieter, worunter nunmehr gemäß des im Jahr 2016 verabschiedeten Bundesteilhabegesetzes auch Inklusionsbetriebe fallen (siehe § 224 Abs. 2 SGB IX).

### +++ Kommunale Finanzierung von Alten- und Pflegeheimen ist keine rechtswidrige EU-Beihilfe +++

Das OLG Nürnberg hat mit Urteil vom 21. November 2017 (3 U 134/17) entschieden, dass Zuwendungen einer kreisfreien Stadt an ein Alten-/Pflegeheim, das ein örtlich geprägtes Einzugsgebiet hat, Standardleistungen im Pflegebereich anbietet und dessen Bewohner nicht aus anderen Mitgliedstaaten, sondern nur aus der näheren Region stammen, keine staatlichen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Es handele sich um rein lokale Fördermaßnahmen ohne Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel. Damit hat das OLG wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche des Bundesverbands privater Anbieter sozialer Dienste (BPA) gegen die Stadt Regensburg verneint. Eine Handelsbeeinträchtigung liege mangels Binnenmarktrelevanz der erbrachten Leistungen nicht vor, da die Bewohner fast ausschließlich aus Regensburg oder dem näheren Umfeld stammten. Eine ähnlich gelagerte Unterlassungsklage im Bereich der Finanzierung von öffentlichen Krankenhäusern hatte der BGH mit Beschluss vom 24. März 2016 unter dem Aspekt der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse abgewiesen und dabei Hinweise zum Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung gegeben (I ZR 263/14), auf die sich das OLG Nürnberg nun wesentlich stützt.

### +++ Verstoß gegen Geheimwettbewerb erfordert konkrete Wettbewerbsbetroffenheit +++

Im Beschluss vom 28. November 2017 (VK 1-28/17) führt die VK Westfalen aus, dass das vergaberechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs nur dann verletzt sein kann, wenn der Wettbewerb in Bezug auf den konkret zu vergebenden Auftrag betroffen ist. Im Falle des Wechsels eines Mitarbeiters vom Auftraggeber zum Bieter liege keine konkrete Wettbewerbsbetroffenheit vor, wenn sich die frühere Tätigkeit des Mitarbeiters beim Auftraggeber auf andere Aufträge als den nun zu vergebenden Auftrag bezog. Ein anderer Auftrag liege bei zeitlich gestaffelten Vergaben ähnlicher Aufträge jedenfalls dann vor, wenn sich Vergütungsstruktur und Konzeptanforderungen unterscheiden.

### +++ Bei Rahmenvereinbarungen – auch im Gesundheitsbereich – dürfen Bietern relativ hohe Kalkulationsrisiken aufgebürdet werden +++

Nach dem Beschluss der VK Bund vom 7. Dezember 2017 (VK 1 –

131/17) ist die Übertragung relativ hoher Kalkulationsrisiken auf die Bieter bei Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zumutbar. Der Auftraggeber handele im Einklang mit dem Wettbewerbsgebot und gewährleiste die Abgabe vergleichbarer Angebote, wenn er hinsichtlich des künftigen Leistungsumfangs diejenigen Angaben macht, über die er verfügt oder die von ihm in zumutbarer Weise zu beschaffen sind und die die Bieter für eine seriöse Angebotskalkulation benötigen. Für den betroffenen Fall der Beschaffung von Schlaftherapiegeräten genüge die Mitteilung der entsprechenden Abgabedaten aus der Vergangenheit, weil auch in Zukunft mit ähnlichen Werten zu rechnen sein werde.

### +++ Neue Fassung der VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße am 24. Dezember 2017 in Kraft getreten +++

Am 24. Dezember 2017 ist die neue Fassung der VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße in Kraft getreten. Die konsolidierte Version kann bei uns abgerufen werden. Die Änderungen beruhen auf der VO (EU) Nr. 2016/2338, die Teil des vierten Eisenbahnpakets war, und betreffen daher überwiegend Dienstleistungsaufträge über öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste. Allerdings sind auch Änderungen mit übergreifender Wirkung für den ÖPNV im Anwendungsbereich des Personenbeförderungsgesetzes enthalten. So werden im neuen Art. 2a insbesondere zusätzliche Anforderungen an die Spezifikation der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gestellt.

### +++ Anwendbares GWB-Vergaberecht überlagert § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V (Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung) vollständig +++

Das SG Reutlingen stellt in seinem Beschluss vom 28. Dezember 2017 (S 1 KR 2858/17 ER) unter Bezugnahme auf das OLG Düsseldorf klar, dass der Einwand fehlender Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung von Verträgen über die Versorgung mit Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V vollständig vom GWB-Vergaberecht überlagert wird, wenn dieses anwendbar ist. Zudem seien bei Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts die gemeinsamen Empfehlungen der Spitzenorganisationen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1a SGB V für die Entscheidung, ob ausgeschrieben werden solle oder nicht, irrelevant.

## Hinweise

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsletter nicht mehr erhalten möchten, können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff „Abbestellen“ an [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)) oder sonst gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.  
Alle Rechte vorbehalten 2018.

## Impressum

BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
(Herausgeber)  
Ganghoferstraße 33, D-80339 München  
AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:  
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

## Redaktion (verantwortlich)

Stephan Rechten,  
Rechtsanwalt

## Ihre Ansprechpartner

**Berlin** • Kurfürstenstraße 72-74 • 10787 Berlin  
Tel.: +49 30 26471-219  
Frank Obermann • [Frank.Obermann@bblaw.com](mailto:Frank.Obermann@bblaw.com)  
Stephan Rechten • [Stephan.Rechten@bblaw.com](mailto:Stephan.Rechten@bblaw.com)

**Düsseldorf** • Cecilienallee 7 • 40474 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 518989-0  
Dr. Lars Hettich • [Lars.Hettich@bblaw.com](mailto:Lars.Hettich@bblaw.com)  
Sascha Opheys • [Sascha.Opheys@bblaw.com](mailto:Sascha.Opheys@bblaw.com)

**Frankfurt am Main** • Mainzer Landstraße 36  
60325 Frankfurt am Main • Tel.: +49 756095-195  
Dr. Hans von Gehlen • [Hans.VonGehlen@bblaw.com](mailto:Hans.VonGehlen@bblaw.com)

**München** • Ganghoferstraße 33 • 80339 München  
Tel.: +49 89 35065-1452  
Michael Brückner • [Michael.Brueckner@bblaw.com](mailto:Michael.Brueckner@bblaw.com)  
Hans Georg Neumeier • [HansGeorg.Neumeier@bblaw.com](mailto:HansGeorg.Neumeier@bblaw.com)



Weitere interessante Themen und Informationen zum Vergaberecht finden Sie in unserem Onlinebereich.



BEIJING • BERLIN • BRÜSSEL • DÜSSELDORF • FRANKFURT AM MAIN  
HAMBURG • MOSKAU • MÜNCHEN • ST. PETERSBURG

[WWW.BEITENBURKHARDT.COM](http://WWW.BEITENBURKHARDT.COM)