

Magistrat der
Stadt Oestrich-Winkel
Paul-Gerhardt-Weg 1

D 65375 Oestrich-Winkel

Kooperationspartner der Kanzlei:
HARALD M. WEBER Rechtsanwalt | www.rahmw.de

Aktenzeichen: 23/00376
Sachbearbeiter: RA Zweschper
zweschper@rechtsanwaeltesz.de
Durchwahl: (0611) 504063-58
Datum: 02.06.2023

Oestrich-Winkel / Beratung Vergaberecht VI

wegen: Planung, Bau + Betrieb Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie baten um Prüfung der rechtlichen Frage, ob die Stadt Oestrich-Winkel (nachfolgend: „Stadt“) bei dem im Betreff genannten Projekt verpflichtet ist, die hierfür erforderlichen Leistungen „auszuschreiben“ und - wenn ja - auf welche Art und Weise. Hierbei ist folgende Vorgehensweise von Ihnen angedacht (siehe die E-Mail von Herrn Kappenberger vom 23.05.2023):

1. Gemäß dem Grundsatzbeschluss BV-30/2023 der Stadt vom 16.03.2023 sowie gemäß einer weiteren (undatierten) Beschlussvorlage ist die Bethanien Kinderdörfer gGmbH (nachfolgend: „Bethanien“) auf die Stadt zugekommen und hat ihr Interesse bekundet, die geplante Kita nördlich des Bürgerzentrums in Oestrich zu pla-

nen, zu bauen und als Träger zu betreiben. Die Stadt möchte zuvor ein beschränktes „Bekundungsverfahren“ durchführen und noch zwei weitere Betreiber anschreiben. Der ausgewählte Träger soll den Kindergarten komplett (Betrieb und Trägerschaft der Kita sowie Planung und Bau) übernehmen. Für die Errichtung der Kita wird derzeit eine Option in modularer Bauweise favorisiert.

2. Die Stadt schließt einen Betreibervertrag mit dem ausgewählten Träger. Die neue Kita soll möglichst bereits Ende 2024 eröffnet werden. Insoweit soll (gegebenenfalls) auch eine Übergabe der Trägerschaft (Betreiberwechsel) bezüglich der Kita Kunterbunt (= derzeitige Container-Kita) an den o.g. Träger erfolgen. Gemäß diesem Betreibervertrag soll der Träger verpflichtet sein, diejenigen Anträge, die von Trägern selbst zu stellen sind, für die Bewilligung von Zuschüssen fristgerecht stellen. Diese Zuschüsse reduzieren die Betriebskostenzuschüsse der Stadt um den gleichen Betrag.

3. Die Stadt gibt nur Rahmenbedingungen vor, wie z.B. Größe (4-gruppige Kita), Ganztagsbetreuung, keine rechtliche und finanzielle Schlechterstellung der Beschäftigten gegenüber TVÖD und gegenüber gegenwärtigen Angestelltenverträgen. Eine direkte Entscheidungsgewalt der Stadt gegenüber Personal und Einrichtung ist demgegenüber nicht angedacht.

4. Die Stadt stellt das Grundstück zur Verfügung, behält aber das Eigentum an diesem Grundstück. Insoweit ist eine Verpachtung des städtischen Grundstücks an den Träger angedacht.

Gemäß den uns vorliegenden Unterlagen (insbesondere gemäß dem Grundsatzbeschluss BV-30/2023 des Haupt- und Finanzausschusses der Stadt vom 16.03.2023 und einer Betriebskostenschätzung von Bethanien) sowie auch nach den Informationen von Herrn Kappenberger ist der Betrieb der Kita für mindestens 10 Jahre (Erstlaufzeit) bzw. mit Verlängerungsoptionen für ca. 20 Jahre geplant. Sofern der Betreibervertrag zunächst über eine Erstlaufzeit von 10 Jahren geschlossen werden sollte, soll nach Ablauf dieses Zeitraums über die Höhe der Finanzierung neu verhandelt werden, wobei der Betreibervertrag eine (möglicherweise mehrmalige) Verlängerung beinhalten soll. Für die Errichtung und Ersteinrichtung der Kitas sollen Darlehen (vom Träger) aufgenommen werden, die mit einer Bürgschaft der Stadt gesichert werden sollen. Das Darlehen für die Errichtung beträgt (gemäß der Betriebskostenschätzung von Bethanien) 4 Mio. € und wird über 30 Jahre finanziert und zurückgezahlt; das Darlehen für die Ersteinrichtung/Ausstattung beträgt 320.000 € und läuft über 10 Jahre. Die Stadt soll alle anfallenden Finanzierungskosten und die nicht durch Elternbeiträge, Essensgeld und Fördermittel gedeckten Betriebskosten übernehmen. Für den Betrieb der Kita soll Bethanien einen Verwaltungskostenanteil von 3 % aller Kosten abzüglich der Finanzierungskosten erhalten.

Der Betriebskostenzuschuss der Stadt soll gemäß den vorliegenden Unterlagen jährlich neu berechnet werden. Im Jahre 2025 soll dieser Betriebskostenzuschuss 921.400 € und der Investitionskostenzuschuss der Stadt 236.400 € betragen. Jedenfalls im Jahr 2025 soll von Bethanien (offenbar noch) keine Pacht gezahlt werden.

Das Gebäude wird von Bethanien vorfinanziert. Diese Kosten werden in den Folgejahren in der Betriebskostenabrechnung berücksichtigt und umgelegt. Die Baukosten werden zusammen mit den Betriebskosten im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung abbezahlt. Hierzu werden 2 separate Verträge abgeschlossen, hiervon einer über die Baukosten und einer über die laufenden Betriebskosten. Hierbei liegt ein Muster-Betreibervertrag von Bethanien bereits vor, jedoch (noch) kein Vertragsentwurf über die Planungs- und Bauleistungen/ -kosten.

Gemäß den uns vorliegenden Unterlagen ist hinsichtlich des Werts der Planungs- und Bauleistungen (für die Errichtung der Kita) von einem Betrag in Höhe von 236.400 € für das Jahr 2025 auszugehen. Dieser Wert ist (auch gemäß den Angaben von Herrn Kappenberger) gleichzusetzen mit dem jährlichen Investitionskostenzuschuss der Stadt gemäß der Betriebskostenschätzung von Bethanien (siehe oben). Die Stadt zahlt die Kosten für die Errichtung der Kita und für die Einrichtungen somit (mittelbar) durch Übernahme der Finanzierungskosten, und zwar bis zur Rückführung der dafür vom Träger aufgenommenen und von der Stadt verbürgten Kreditverbindlichkeiten (und zwar unabhängig von einer Kündigung des Betreibervertrags und von einer Weiternutzung durch die Stadt).

Auf den weiteren Inhalt der Betriebskostenschätzung von Bethanien, des Grundsatzbeschluss BV-30/2023 des Haupt- und Finanzausschusses der Stadt vom 16.03.2023 sowie auf die (undatierten) Beschlussvorlagen der Stadt wird hiermit Bezug genommen.

A. Prüfungsergebnis

1. Nach diesseitiger Auffassung dürfte im vorliegenden Fall durch die beabsichtigten Planungs- und Bauleistungen des Trägers im Projekt zwar kein öffentlicher Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts gegeben sein. Jedoch ist hinsichtlich des Betriebs der Kita durch einen noch zu findenden Träger - auch als Schwerpunkt aller benötigten Leistungen - von einem Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts auszugehen, sodass eine rechtlich verbindliche Pflicht der Stadt zur Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bestehen dürfte. Insbesondere aufgrund eines aktuellen Beschlusses des OLG Jena vom 09.04.2021 - Verg2/20 - ist der Stadt dringend anzuraten, vom Vorliegen eines

Dienstleistungsauftrags auszugehen. Vorliegend werden auch die EU-weiten Schwellenwerte überschritten, sodass der Dienstleistungsauftrag EU-weit ausgeschrieben werden sollte (siehe unten unter B. I.).

2. Hierfür sollte ein EU-weites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durchgeführt und über die Vergabeplattform der Zentralen Vergabestelle des Kreises abgewickelt werden. Allerdings ist der Stadt zu empfehlen, vor der Einleitung eines solchen Vergabeverfahrens nochmals belastbare Kostenschätzungen über die gesamte Vertragslaufzeit (gegebenenfalls von Bethanien) einzuholen, um die Schwerpunktbildung des Gesamtauftrags nochmals konkret einordnen zu können. Auch die Gründe für die Durchführung eines (einzigen) einheitlichen Vergabeverfahrens (Planung, Bau und Betrieb der Kita) sollten zuvor nochmals konkret herausgearbeitet, dokumentiert und gegebenenfalls mit dem in Betracht kommenden Fördermittelgeber abgestimmt werden (siehe unter B. II.).
3. Im Falle der Nicht-Ausschreibung dürfte eine (unwirksame) sogenannte de-facto-Vergabe vorliegen. Ferner könnten übergangene Bieter (auch im Falle eines zu Unrecht nur national durchgeführten Vergabeverfahrens) einen Nachprüfungsantrag einreichen und/oder Schadensersatzansprüche geltend machen (siehe unter B. III.).

B. Rechtliche Prüfung

I. Vergaberechtliche Ausschreibungspflicht

Bei der Beschaffung der erforderlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungen haben die Kommunen, als klassische Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie als Adressaten der haushaltsrechtlichen Regelungen, die vergaberechtlichen Vorschriften grundsätzlich zu beachten. Diese statuieren sowohl im Unter- als auch im Oberschwellenbereich regelmäßig eine Ausschreibungspflicht.

1. Öffentliche Auftraggeber

Die Stadt ist "klassischer" öffentlicher Auftraggeber im Sinne des §§ 98, 99 GWB sowie auch im Sinne des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes (HVTG), so dass die dortigen Vorschriften grundsätzlich zwingend anzuwenden sind.

2. Öffentlicher Auftrag

Nicht sämtliche Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand unterfallen allerdings dem Vergaberecht. Vielmehr muss es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 GWB handeln. Demnach sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sowie Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Damit der Anwendungsbereich des Vergaberechts genau bestimmt werden kann, sind hierbei die seitens der Stadt zu vergebenden Leistungen einer Auftragsart im Sinne von § 103 GWB (Bauftrag/ freiberufliche, nicht eindeutig erschöpfend beschreibbare Leistungen/ Liefer- oder Dienstleistungsauftrag) zuzuordnen.

a) (Kein) Bauauftrag

Insofern ist zunächst zu beachten, dass die Stadt Eigentümer des betreffenden Grundstücks bleiben möchte und somit kein Verkauf des Grundstücks beabsichtigt ist, wobei ein bloßer Verkauf kommunaler Grundstücke von vornherein von der Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgenommen ist. Gleiches gilt im Übrigen für eine bloße Vermietung/Verpachtung des für die Kita in Betracht kommenden Grundstücks, da nach § 107 GWB das Vergaberecht für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen sowie Rechten daran nicht anzuwenden ist.

Anders verhält es sich mit Blick auf Aufträge, die mit einer konkreten und verbindlichen Bauverpflichtung gekoppelt sind. Hintergrund und maßstabsbildend ist dazu die Vorschrift des § 103 Abs. 3 S. 2 GWB, wonach es für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags (und der daraus resultierenden vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht) auf einen Beschaffungscharakter ankommt. Nach dieser Vorschrift liegt ein öffentlicher Bauauftrag auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbringt und:

- aa) die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt,
- bb) der private Investor/Träger zur Erstellung des Bauwerks, an dessen Errichtung/Nutzung die Kommune das oben angesprochene unmittelbare wirtschaftliche Interesse hat, vertraglich verpflichtet wird und
- cc) die Kommune einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Treten diese drei Bedingungen zusammen auf, ist (grundsätzlich) ein formales (Bau-)Vergabeverfahren notwendig. Sofern dagegen **nicht alle** drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden, ist kein EU-weites oder nationales (Bau-)Vergabeverfahren durchzuführen. Zu den einzelnen Voraussetzungen wie folgt:

Zu aa):

Im konkreten Fall könnte nach diesseitiger Auffassung noch ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Stadt gemäß dem vorstehenden Buchstabe aa) bejaht werden. Wann ein solches unmittelbares wirtschaftliches Interesse vorliegt, richtet sich maßgeblich nach dem Urteil des EuGH vom 25.03.2010, Rs. C 451/08 - "Helmut Müller", NZBau 2010, 321. In diesem Urteil hat der EuGH folgende Fallgruppen entwickelt, die ein unmittelbares Eigeninteresse begründen:

- (1) Der öffentliche Auftraggeber erwirbt Eigentum an dem Bauwerk,
- (2) es ist vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt,
- (3) der öffentliche Auftraggeber soll wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen können,
- (4) der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks ODER
- (5) der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks.

Insbesondere die vorgenannten Fallgruppen (1) und (4) dürften vorliegend einschlägig sein, da die Stadt, die weiterhin Eigentümer des Grundstücks bleiben soll, auch Eigentum an dem Bauwerk erwirbt und sich zudem auch finanziell an der Erstellung des Bauwerks beteiligt. Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Stadt kann nach diesseitigem Dafürhalten im vorliegenden Fall zumindest nicht rechtssicher verneint werden. Nach den vom EuGH für dieses Kriterium bestimmten Fallgruppen kann ein solches unmittelbares wirtschaftliches Interesse dadurch vorliegen, dass die Stadt Vorteile aus der Nutzung des Objekts zieht, das heißt wenn sie wirtschaftlich von der Bauleistung profitiert. Diese EuGH-Rechtsprechung wurde mittlerweile in § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB übernommen, wonach die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen muss und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung haben muss.

Dagegen sind die Verfolgung städtebaulicher oder sonstiger Ziele in diesem Sinne bloß „mittelbare“ Maßnahmen. Es muss somit ein darüber hinaus gehendes wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber gegeben sein. Erforderlich ist also - wie oben ausgeführt - eine wie auch immer geartete Einwirkungsmöglich-

keit des Auftraggebers, z.B. eine gestalterische Einflussnahme des Auftraggebers auf das Nutzungskonzept des Investors/Trägers.

Erwähnenswert ist noch, dass in dieser Fallkonstellation auch die Bestellung eines Erbbaurechts vergaberechtspflichtig wäre. Ein Eigentumserwerb an dem Bauwerk durch den öffentlichen Auftraggeber würde erst nach der Beendigung des Erbbaurechts, das in der Regel für 99 Jahre bestellt wird, erfolgen. Die Rechtsprechung des EuGH fordert jedoch nicht, dass der öffentliche Auftraggeber sofort Eigentümer des Bauwerks werden muss. Vielmehr genügt nach dieser Auffassung der aufschiebend bedingte Eigentumserwerb für die Annahme eines Bauauftrags. Andernfalls könnten die vergaberechtlichen Vorschriften jederzeit durch die Bestellung eines Erbbaurechts umgangen werden. Ohnehin würde der öffentliche Auftraggeber sogar wesentlich früher als mit Beendigung des Erbbaurechtsvertrages Eigentum an dem Bauwerk erwerben, wenn ein Heimfalltatbestand nach dem Erbbaurechtsvertrag erfüllt wäre.

Allerdings müssten eben auch die weiteren vorstehend genannten Bedingungen gemäß den Buchstaben bb) und cc) einschlägig sein. Hierzu wie folgt:

Zu bb):

Ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Bauleistung bejaht der EuGH, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Vertrag mit dem Investor/Träger einen Rechtstitel über die Verfügbarkeit der Bauwerke erlangt hat. Der EuGH hat in der oben zitierten Rechtssache »Helmut Müller« ausgeführt, dass der Begriff »Öffentlicher Bauauftrag« auch erfordert, dass der Investor/Träger direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistung, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt und dass es sich um eine nach dem im nationalen Recht geregelten Modalitäten »einklagbare Verpflichtung« handelt.

Die Eingrenzung, dass es sich um eine einklagbare Verpflichtung handeln muss, unterstreicht, dass es sich um tatsächlich vollstreckbare Bauverpflichtungen handeln muss. Mithin können bloße Rücktrittsrechte o.ä. nicht als einklagbare Bauverpflichtungen im Sinne des EuGH gewertet werden. Insoweit werden Rücktrittsrechte häufig für den Fall vereinbart, dass der Investor/Träger das Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Frist bestimmungsgemäß bebaut bzw. nutzt. In der Vereinbarung eines entsprechenden Rücktrittsrechts kann allenfalls eine »mittelbare Bauverpflichtung« gesehen werden, da der Träger das Grundstück lediglich zurückgeben muss, wenn die Baumaßnahme nicht vertragsgemäß durchgeführt wird. Eine derartige Abrede kann nicht als »öffentlicher Bauauftrag« im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG gewertet werden, weil der Träger keine über seine

mögliche Rückabwicklung hinausgehende Verpflichtung des eigenen Vermögens eingeht. Es ist mithin in jedem Einzelfall eine ausdrückliche Bauverpflichtung zu fordern.

Zwar liegen im konkreten Fall die Vertragsentwürfe hinsichtlich der Bauverpflichtung noch überhaupt nicht vor. Solange die Stadt jedoch keinen einklagbaren/durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Realisierung einer bestimmten Maßnahme (Errichtung der Kita) hat und es nach dem Bauvertrag ausschließlich in der Hand des Trägers selbst liegt, im eigenen Interesse Baumaßnahmen auf eigene Kosten und Risiko durchzuführen, kann regelmäßig nicht vom Vorliegen einer vergaberelevanten Bauverpflichtung gesprochen werden. Fraglich ist allerdings, ob eine solche Fallgestaltung im Sinne der Stadt wäre.

Ein einklagbarer „Rechtstitel“ kann dagegen ein vertragliches Miet- oder sonstiges Belegungsrecht der Stadt sein, etwa für die Nutzung als Kindertagesstätte. Allerdings muss der öffentliche Auftraggeber die im öffentlichen Interesse liegende Verfügbarkeit der Anlagen eben direkt aus dem Vertrag mit dem Investor/Träger und nicht nur aus gesetzlichen Bestimmungen ableiten können (EuGH NZBau 2001, Seite 512 ff.). Bloße bauplanerische Entscheidungen oder Zuständigkeiten des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit der Entwicklung von Baugrundstücken sind dagegen für sich allein keine „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse“ als Teilvoraussetzung einer Bauleistung, die unter das Vergaberecht fällt. Solche bloßen bauplanerischen Entscheidungen sind weder auf den Erhalt vertraglicher Leistungen noch auf ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“, das für die Annahme eines vergaberechtlich relevanten „Baufauftrags“ gegeben sein muss, gerichtet.

Auch das OLG Düsseldorf hat in einem vergleichbaren Fall (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.08.2013 - VII Verg 14/13, NZBau 2014, 57) hinsichtlich der geplanten Errichtung einer Polizeiwache entschieden, dass eine gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen zu erbringende Bauleistung vorliegt, wenn z.B. in der Leistungsbeschreibung sowie im Raumbuch, also in den Vergabeunterlagen, detaillierte sowie qualifizierte Forderungen an das Objekt gestellt werden, etwa in Bezug auf die zu errichtenden Räume, deren Ausgestaltung, Lage, Beschaffenheit und die technische Gebäudeausrüstung sowie hinsichtlich geforderter Zufahrten und Zugänge. Von einem auszuschreibenden Bauleistungsauftrag wurde des Weiteren schon dann ausgegangen, wenn die Herstellung der vorgesehenen Bauwerke nach den vom Auftraggeber gebilligten Plänen erfolgte (OLG Düsseldorf, NZBau 2008, Seite 271 - Oer-Erkenschwick).

So liegt der Fall hier jedoch gemäß den Angaben der Mandantschaft gerade nicht: Der mit dem Träger abzuschließende Bauvertrag soll keine konkreten Vorgaben für die Errichtung der Kita enthalten. Es sind keine ver-

bindlichen Einflussnahmemöglichkeiten für die Stadt hinsichtlich der beabsichtigten Bebauung vorgesehen – wobei sich allerdings die Frage stellt, ob solche "rechtsunverbindliche Verpflichtungen" des Trägers im Sinne der Stadt sind.

Zu cc):

Es ist davon auszugehen, dass vertraglich zwischen der Stadt und dem Träger geregelt wird, dass der Träger verpflichtet ist, das noch zu errichtende Bauwerk (Kita) bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bezugsfertig und abnahmefähig herzustellen. Für den Fall, dass der Träger mit der bezugsfertigen Herstellung des Bauwerks schuldhaft in Verzug gerät, hat dieser üblicherweise eine Vertragsstrafe zu zahlen. Auch hierdurch hat der öffentliche Auftraggeber unmittelbare wirtschaftliche Vorteile.

Im vorliegenden Fall soll allerdings der zukünftige Träger (und nicht die Stadt) Auftraggeber der Bauleistungen werden. Die Stadt möchte nicht als Bauherr auftreten und sie möchte auch keinen entscheidenden Einfluss auf die Erbringung und Durchführung der Bauleistungen ausüben (siehe oben). Allein städtebauliche oder rein gestalterische Vorgaben sind hierbei nicht ausreichend, von einem (mittelbaren) Bauauftrag (sog. „Bestellbau“) auszugehen. Da die Stadt lediglich Rahmenbedingungen vorgeben möchte (wie z.B. Größe (4-gruppige Kita), Ganztagsbetreuung, keine rechtliche und finanzielle Schlechterstellung der Beschäftigten gegenüber TVÖD und gegenüber gegenwärtigen Angestelltenverträgen) und auch keine direkte Entscheidungsgewalt der Stadt gegenüber Personal und Einrichtung angedacht ist, halten sich diese Vorgaben nach diesseitigem Dafürhalten bei verständiger Würdigung noch im Rahmen bloßer städtebaulicher bzw. gestalterischer Vorgaben, ohne dass im vorliegenden Fall die Stadt als Bauherr auftreten würde.

dd) Zwischenergebnis:

In der hiesigen Fallgestaltung ist nach diesseitiger Auffassung davon auszugehen, dass kein öffentlicher Bauauftrag gemäß §§ 103 Abs. 3 S. 2; 105 GWB vorliegt.

Im vorliegenden Fall dürfte es indes die wesentliche Problematik darstellen, dass die einzelnen Inhalte der beabsichtigten Verträge (jedenfalls hinsichtlich der Bauverpflichtung) noch nicht konkret bekannt sind. Ob und wie bindend die Stadt den Träger zur Umsetzung seines Nutzungskonzepts (nach ihren Vorgaben) verpflichtet und welche konkreten Verpflichtungen dieser im Zuge der Errichtung der Kita zu übernehmen hat, damit er im Gegenzug dafür die vereinbarten Gegenleistungen erhält, steht bislang noch nicht abschließend fest. Gleichwohl könnte in dem beabsichtigten Bauvertrag die Verpflichtung zur verbindlichen Umsetzung eines konkreten Nutzungskonzepts (in Form einer Bauleistung im Sinne des Vergaberechts) gesehen werden. Darin könnte nach

der Rechtsprechung eine Verpflichtung des Trägers zur Planung und Ausführung von Bauleistungen liegen, die einen öffentlichen Bauauftrag darstellt. Denn in vergaberechtlicher Hinsicht läge immer dann ein entgeltlicher Bauauftrag im Sinne von § 103 Abs. 3 GWB vor, wenn dem Investor/Träger ein konkretes Nutzungskonzept zum Bau und zum Betrieb der Kita seitens der Stadt vorgegeben wird und der Träger verbindlich verpflichtet werden soll, dieses Konzept umzusetzen (dies wäre dann der o.g. sog. „Bestellbau“), d. h. wenn z.B. im beabsichtigten Bauvertrag eine für die Stadt verbindliche und einklagbare Bauverpflichtung des Trägers (nebst verbindlicher Verpflichtung zum Bau und Betrieb der Kita) verlangt werden würde. In diesem Fall dürfte ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Stadt sowie ein maßgeblicher Einfluss der Stadt auf die Konzeption des Trägers anzunehmen sein. Sofern hierbei der relevante EU-Schwellenwert (5,382 Mio. € netto) erreicht oder überschritten wird, wäre der Bauauftrag nach EU-Kartellvergaberecht ausschreibungspflichtig; ansonsten nach nationalem Vergaberecht.

Sofern die Stadt also - entgegen der bisherigen Informationen - wünschen sollte, den Träger doch verbindlich zur Durchführung von wesentlichen Verpflichtungen vertraglich zu binden und hierbei selbst maßgeblichen Einfluss auf die Konzeption bzw. auf die tatsächliche Umsetzung des Nutzungskonzepts des Trägers - in der Praxis häufig in Form einer Bauverpflichtung - zu nehmen, oder sofern die Stadt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Errichtung der Kita bzw. dem Nutzungskonzept des Trägers verfolgt, ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall ein (gegebenenfalls EU-weites; siehe hierzu unten) Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Daher kann hier lediglich die ganz generelle Aussage getroffen werden, dass insbesondere bei einer verbindlichen und für die Stadt einklagbaren Verpflichtung des Trägers zur Umsetzung seines Nutzungskonzepts von einem Bauvertrag auszugehen ist.

Selbst wenn jedoch von einem öffentlichen Bauauftrag auszugehen wäre, dürfte der Wert der Bauleistungen ohnehin hinter den Wert der Dienstleistungen zurücktreten (siehe hierzu sogleich unten).

b) Dienstleistungsauftrag

Soweit sich die Stadt eines externen Trägers/Betreibers bedienen möchte, um Kita-Plätze bereitzustellen und um den Betrieb der Kita zu gewährleisten, ist zu prüfen, ob aufgrund des beabsichtigten Betreibervertrags ein Dienstleistungsauftrag im Sinne des Vergaberechts gegeben ist. Dienstleistungsaufträge sind alle öffentlichen Aufträge, die nicht Lieferaufträge zur Beschaffung von Waren oder Bauaufträge sind (§ 103 Abs. 4 GWB).

Insoweit ist zu beobachten, dass die aktuelle Rechtsprechung zunehmend der Praxis von Kommunen entgegentritt, den Betrieb von Kitas lediglich national auszuschreiben. Mit dieser Thematik befasste sich auch das Oberlandesgericht (OLG) Jena (Beschluss vom 09.04.2021 - Verg 2/20). Im dortigen Fall errichtete eine thüringische Gemeinde das neue Gebäude, das als Kindergarten genutzt werden sollte, - anders als im hiesigen Fall - zwar selbst. Den Betrieb der Kita sollte jedoch - wie im vorliegenden Fall - ein externer Betreiber für die Gemeinde nach den Anforderungen des thüringischen Kitagesetzes übernehmen. Hierzu war unter anderem ein pädagogisches Konzept vorzulegen. In finanzieller Hinsicht sollte der Betreiber zunächst alle Personal-, Sach- und Betriebskosten, die für die Unterhaltung und den Betrieb des Gebäudes sowie die Betreuung der Kinder erforderlich sind, selbst tragen. Daneben waren die Benutzungs- und Verpflegungsentgelte von den Eltern einzuziehen. Der abzuschließende Betreibervertrag sah ferner vor, dass die erforderlichen Betriebskosten - soweit nicht durch Elternbeiträge und den Eigenanteil des Trägers gedeckt - von der Gemeinde entsprechend den Regelungen des thüringischen Kitagesetzes ausgeglichen werden sollten. Insoweit ist der vom OLG Jena entschiedene Fall mit dem konkret vorliegenden Sachverhalt nach diesseitigem Dafürhalten vergleichbar, wenn nicht sogar identisch.

Der Betreibervertrag sah eine Laufzeit von einem Jahr vor. Er verlängerte sich jedoch um ein weiteres Jahr, soweit eine der Parteien sechs Monate vor Ablauf des Jahres die Verlängerung schriftlich beantragte und die andere Partei binnen zwei Monate nach Antragstellung dem Verlängerungsantrag nicht widerspräche. Die jährliche Höhe der Betriebskostenzuschüsse betrug ca. 86.000 € bei Gesamtbetriebskosten von 235.000 € und Einnahmen von 149.000 €. Die Gemeinde wollte den Betreibervertrag deshalb im Rahmen eines rein nationalen Interessenbekundungsverfahrens vergeben. Sie war der Ansicht, bei dem Betreibervertrag handele es sich um eine Dienstleistungskonzession. Bei einer solchen Konzession liegt der maßgebliche Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung derzeit bei 5.382.000 € netto, der im Fall des OLG Jena unterschritten wurde. Gegen diese Vorgehensweise der Gemeinde, den Betreibervertrag nur national vergeben zu wollen, ging ein unterlegener Bieter gerichtlich vor.

Der Bieter hatte im Ergebnis Erfolg. Bei dem in Frage stehenden Betreibervertrag handelt es sich nach Auffassung des OLG Jena nicht um eine Dienstleistungskonzession i.S.v. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB, sondern um einen Dienstleistungsauftrag. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen Konzession und Auftrag ist die Frage, ob beim Auftragnehmer ein relevantes Betriebsrisiko gemäß § 105 Abs. 2 GWB verbleibt. Ein rein abstraktes oder allgemeines wirtschaftliches Risiko genügt nicht. Das Fehlen des erforderlichen Betriebsrisikos kann auf eine einfache Formel heruntergebrochen werden: Wenn nach menschlichem Ermessen rote Zahlen während der Vertragslaufzeit ausgeschlossen werden können, besteht kein Betriebsrisiko des Betreibers.

Nach diesen Maßstäben befand das OLG Jena, dass bei der vorliegenden Vertragsstruktur ein relevantes Betriebsrisiko des Betreibers fehlt. Unter normalen Bedingungen sei der Betreiber des Kindergartens nicht dem Risiko ausgesetzt, seine Kosten nicht decken zu können. Vielmehr würden seine Kosten vom Auftraggeber vollständig ausgeglichen, sofern sie sich als erforderlich qualifizieren lassen. Auch die Einwände des Betreibers, wonach die Einnahmen aus Elternbeiträgen stets und unvorhersehbar schwanken würden, ließ das OLG Jena nicht gelten. Die potenziell schwankende Höhe der Einnahme aus Elternbeiträgen wirke sich auf den Betreiber wirtschaftlich nicht aus. Ebenso bestehe kein nennenswertes betriebliches Risiko in der Hinsicht, dass getätigte Aufwendungen von der Gemeinde nicht als „erforderlich“ angesehen werden. Im Hinblick auf die Bestimmung der Erforderlichkeit der auszugleichenden Kosten verfügte der Träger nicht über weitgehende Entscheidungsspielräume. Dies zeigten insbesondere die gesetzlichen Regelungen über die Personalausstattung einschließlich eines Personalschlüssels im thüringischen Kita-Gesetz. Ebenso handele es sich bei der Erforderlichkeit um einen vollständig gerichtlich überprüfbaren Rechtsbegriff. Da sich zuletzt auch der vertraglich vorgesehene Eigenanteil des Betreibers auf nichtmonetäre Leistungen beschränkte, konnte auch hieraus kein relevantes Betriebsrisiko erwachsen. Das verbleibende Risiko einer Misswirtschaft sei allgemeiner Natur und ebenso wie dasjenige einer Fehlkalkulation bzw. arbeitsmarktspezifischer Rahmenbedingungen stets vom Auftragnehmer zu tragen. Derartige allgemeine Risiken könnten jedoch die Annahme des Vorliegens eines Betriebsrisikos im Sinne einer Konzession nicht rechtfertigen.

Aufgrund der vergleichbaren Fallgestaltung kann der Beschluss des OLG Jena als Grundsatzentscheidung angesehen werden, die auch auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist. Da somit von einem Dienstleistungsauftrag und nicht von einer Dienstleistungskonzession auszugehen ist, muss der niedrigere Schwellenwert in Höhe von hier 750.000 € für Dienstleistungen im Sozialbereich herangezogen werden (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. d Richtlinie 2014/24/EU). Dieser Wert richtet sich allerdings nicht nach der Grundlaufzeit des Betreibervertrags. Vielmehr sind bei der Schätzung des Auftragswerts gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 Vergabeverordnung (VgV) Optionen oder Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen.

Im vorliegenden Fall liegen allenfalls für das Jahr 2025 belastbare Zahlen vor. Gemäß der Betriebskostenschätzung von Bethanien soll der von der Stadt zu übernehmende Betriebskostenzuschuss im Jahre 2025 bei 921.400 € liegen. Selbst bei einer lediglich angenommenen Vertragslaufzeit von lediglich 10 Jahren (auch ohne Verlängerungsoptionen) läge dieser Zuschuss der Stadt somit bei über 9,2 Mio. €, sodass in jedem Fall von einer Überschreitung des EU-weiten Schwellenwertes für Dienstleistungsaufträge (und sogar für Dienstleistungskonzessionen) auszugehen ist. Selbst bei Annahme eines Auftrags mit unbestimmter Laufzeit und der hierfür gebotenen

Zugrundelegung des 48-fachen Monatswertes nach § 3 Abs. 11 Nr. 2 VgV würde der EU-weite Schwellenwert von 750.000 € netto ohne Weiteres (schon im ersten Vertragsjahr) überschritten.

Nicht zuletzt aufgrund des vorgenannten Urteils des OLG Jena ist der Stadt zu raten, ihre Praxis beim „Outsourcen“ des Kita-Betriebs an die europarechtlichen Vorgaben anzupassen. Weiter macht die Entscheidung deutlich, dass die maßgeblichen Schwellenwerte, ab denen eine EU-weite Ausschreibung erforderlich wird, nicht durch kurze Vertragslaufzeiten mit Verlängerungsoptionen umgangen werden können.

c) Schwerpunkt des Auftrags

In diesem Zusammenhang ist zudem noch zu beachten, dass es sich beim hiesigen Projekt um einen so genannten typengemischten Auftrag handelt, der aus den Elementen „Planen“ und „Bauen“ einerseits sowie „Betrieb der Kita“ andererseits besteht. In diesen Fällen bestimmt sich die Rechtsnatur des Vertrags und damit die Anwendbarkeit des Vergaberechts gemäß § 110 GWB nach dem Hauptgegenstand des Vertrages (EuGH, Urt. v. 29.10.2009 - C-536/07 -, NZBau 2009, Seite 792 ff., Rn 61 - Köln Messe). Dieser lässt sich nicht allein anhand des nominellen Anteils einer Leistung am Gesamtauftrag definieren, sondern bemisst sich nach der vertraglichen Bedeutung und dem prägenden Charakter einer Leistung für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2014 -VII-Verg 35/13 -, NZBau 2014, Seite 589 ff.).

Nach § 110 Abs. 1 GWB ist ein gemischter Vertrag nach den Vorschriften zu vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Hierbei wird bisweilen vertreten, dass ein Dienstleistungsauftrag bzw. eine Dienstleistungskonzession erst dann vorliegen soll, wenn die Bauleistung von bloß untergeordneter Bedeutung ist bzw. jedenfalls dann, wenn die Bauleistung mindestens 40 % des Auftragsvolumens beträgt, ein Bauauftrag bzw. eine Baukonzession vorliegen soll. Allerdings gibt es insoweit keine starren Abgrenzungskriterien.

Die Judikatur, insbesondere die des EuGH, legt demgegenüber vielfach einen - zu Gunsten des Dienstleistungsauftrags bzw. der Dienstleistungskonzession - weniger strengen Maßstab an. Danach soll, wenn ein Vertrag zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines öffentlichen Dienst- oder Lieferauftrags aufweist, der Hauptgegenstand des Vertrages maßgeblich sein (sog. Schwerpunkttheorie). Allerdings hat der EuGH seine Rechtsprechung zwischenzeitlich dahingehend ergänzt, dass im Rahmen einer wertenden Betrachtung auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen ist, die den Auftrag prägen - mit der Folge, dass eine Abgrenzung nicht formell allein anhand der Auftragswertanteile vorzunehmen ist. Eine Bauleistung kann daher auch dann vorliegen, wenn sie weniger als 50 % des Gesamtauftragsvolumens ausmacht.

Im vorliegenden Fall dürfte – ausnahmsweise – nicht die Bauverpflichtung, sondern der Betrieb der Kita im Vordergrund stehen und dem Vertrag seinen prägenden Charakter verleihen. Schwerpunkt des Vertrages ist hier der Betrieb der Kita über eine Laufzeit von mindestens 10 Jahren und nicht die (erstmalige bzw. einmalige) Errichtung der Kita, zumal ein Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts aufgrund unserer obigen Ausführungen nach unserer Auffassung überhaupt nicht vorliegt. Dafür spricht auch der geringere wirtschaftliche Umfang der Planungs- und Bauleistungen, der sich im Jahre 2025 in Höhe des Investitionskostenzuschusses der Stadt 236.400 € belaufen soll. Allerdings liegen für die übrigen Vertragsjahre keine belastbaren Zahlen vor, zumal diese Werte in jedem Vertragsjahr neu ermittelt werden sollen. Zumindest findet sich in der Betriebskostenschätzung von Bethanien der Hinweis, dass das Darlehen für die Errichtung der Kita auf 4 Mio. € betragen soll; dies stellt ein Indiz dafür dar, dass sich die Gesamtkosten für die Errichtung der Kita auf einen solchen Betrag belaufen (der noch immer unter dem EU-weiten Schwellenwert für Bauleistungen von derzeit 5,382 Mio. € netto liegen würde). Angesichts der beabsichtigten, vergleichsweise langen Laufzeit des Betreibervertrags und aufgrund des auf die Dienstleistungen entfallenden Betriebskostenzuschusses der Stadt im Jahre 2025 in Höhe von 921.400 € (der somit etwa vierfach so hoch liegt wie der auf die Bauleistungen entfallende Investitionskostenzuschuss der Stadt) dürften beim vorliegenden Auftrag die Dienstleistungselemente überwiegen.

Mangels gegenteiliger Informationen wird daher vom Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB als Schwerpunkt aller Leistungen ausgegangen. Allerdings ist der Stadt zu empfehlen, vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens nochmals belastbare Kostenschätzungen über die gesamte Vertragslaufzeit (gegebenenfalls von Bethanien) einzuholen, um die Schwerpunktbildung des Gesamtauftrags nochmals konkret einordnen zu können.

Zu erwähnen ist noch, dass nach dem Grundsatz der losweisen Vergabe gemäß § 97 Abs. 4 GWB die aususchreibenden Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Von diesem Grundsatz der losweisen Vergabe darf nur abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Im vorliegenden Fall sollen sämtliche benötigten Leistungen (Planung und Bau der Kita einerseits sowie Betrieb der Kita andererseits) im Rahmen eines (einzigsten) einheitlichen Vergabeverfahrens von ein und demselben Träger „aus einer Hand“ angeboten werden. Wirtschaftliche und technische Gründe könnten zwar konkret gegeben sein (insbesondere aufgrund der von der Stadt bislang favorisierten Modulbauweise). Jedoch müssten diese nochmals herausgearbeitet und auch dokumentiert werden. Im Falle des beabsichtigten Erhalts von Fördermitteln sollte die Art und Weise der Vergabe auch nochmals mit dem Zuwendungsgeber im Vorhinein abgestimmt werden. Da diese Thematiken jedoch den Rahmen unserer vorliegenden Stellungnahme sprengen würde, sei hierauf nur ganz generell hingewiesen.

II. Vergabeart

1. EU-weites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

Hinsichtlich der Art und Weise der Vergabe stellt ein EU-weites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb den Regelfall für Dienstleistungsaufträge dar. Hierbei handelt es sich um ein 2-stufiges Vergabeverfahren. Auf der 1. Stufe (= öffentlicher Teilnahmewettbewerb nach § 119 Abs. 5 Alt. 1 GWB) wird - nach einer entsprechenden Bekanntmachung in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank (HAD), die die Bekanntmachung automatisch an das EU-weite Veröffentlichungsorgan (TED) weiterleitet - die Eignung der Bewerber anhand der zuvor vom Auftraggeber aufgestellten Eignungskriterien (u.a. grobes Erstkonzept des Bewerbers, Versicherungsnachweis, Vorlage eines Firmenprofils mit Umsätzen, Anzahl und Qualifikation der Mitarbeiter, Vorlage einschlägiger Referenzen, etc) geprüft. Der Teilnahmewettbewerb dient somit zur Identifikation geeigneter und leistungsfähiger Bewerber, die in der Lage sind, den geplanten Auftrag durchzuführen. Den interessierten Bewerbern sollten daher eine umfassende Verfahrensbeschreibung/ Beschreibung der geplanten Organisation des Verfahrens sowie ein ausführlicher „Eignungskatalog“ zugesandt werden, der von den Teilnehmern des Wettbewerbs abzuarbeiten ist. Dieser Eignungskatalog ist ebenfalls (durch die beauftragten Anwälte bzw. externen Berater) in enger Abstimmung mit den Verantwortlichen der Gemeinde und unter Berücksichtigung ihrer individuellen Bedürfnisse zu erarbeiten.

Die geeigneten Bewerber/Bewerbergemeinschaften werden sodann auf der 2. Stufe aufgefordert, ein verbindliches (Erst-)Angebot abzugeben. Das Verhandlungsverfahren ist der „Kern“ des Vergabeverfahrens. Die zum Verhandlungsverfahren zugelassenen/geeigneten Bewerber/Bewerbergemeinschaften erhalten neben einer umfassenden Verfahrensbeschreibung auch ein ausführliches Leistungsprogramm. Hierfür wird den Bewerbern auch bereits ein erster Entwurf eines Bau- und eines Betreibervertrags als Verhandlungsgrundlage vorgelegt. Mit den Bewerbern können sodann mehrere Verhandlungsrunden durchgeführt werden, um die Konzepte der Bewerber nach den Vorstellungen und Wünschen der Stadt zu optimieren. Zudem sollte bereits mit der Bekanntmachung eine detailliert ausgearbeitete Wertungsmatrix der Zuschlagskriterien veröffentlicht werden, anhand derer die Bewerber die spätere Gewichtung und Bewertung der einzelnen Angebotsaspekte erkennen können. Zum Abschluss der Verhandlungsphase kann die Kommune die Bewerber zur Abgabe eines endgültigen Angebots auffordern. Ab diesem Zeitpunkt gilt das Nachverhandlungsverbot.

Die für die Entscheidungsfindung maßgeblichen (Qualitäts-)Kriterien müssen vorab hinreichend klar und bestimmt festgelegt werden. Die Bewertungskriterien und ihre Gewichtung müssen schon mit der Bekanntmachung veröffentlicht werden, damit für alle Bieter von Beginn an eine hinreichende Klarheit besteht, auf welche

Kriterien es dem Auftraggeber bei seiner Zuschlagsentscheidung ankommt. Sie dürfen nachträglich nicht mehr verändert werden.

Hierbei kann den Bewerbern auch ein bestimmtes Nutzungskonzept vorgegeben werden. Sofern die Stadt allerdings durch das Vergabeverfahren verbindliche Verpflichtungen und Bedingungen durchsetzen möchte, auf welche Art und Weise der Träger sein bauliches Konzept umsetzt und die Kita errichtet, könnte dies zwar im Rahmen des Bauvertrags verbindlich (durch Vertragsstrafen, etc.) abgesichert werden. In diesen Fällen nimmt der Auftraggeber jedoch entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistungen und er verfolgt auch ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse, sodass in diesen Fällen dann doch ein vergaberechtlicher Bauauftrag vorliegen würde, wobei der Schwerpunkt des hiesigen Vertrags eben auf einem Dienstleistungsauftrag liegt (siehe hierzu bereits oben).

Nachdem die Bewerber auf der ersten Verfahrensstufe zunächst ein erstes Grobkonzept und dann in der zweiten Verfahrensstufe ein Feinkonzept zu erarbeiten haben, kann Letzteres im Rahmen mehrerer Verhandlungsrunden jeweils noch verfeinert werden. Insoweit erfolgen Verhandlungen über die Inhalte des Konzepts und des Vertrags sowie über den Preis).

Bereits mit der Bekanntmachung sollten den Bewerbern die notwendigen Informationen/Unterlagen über das betreffende Grundstück und über die Art und Weise der Errichtung und des Betriebs der Kita zur Verfügung gestellt werden. Gegenüber den Bewerbern sollte hierbei auch sogleich festgelegt werden, welche Unterlagen und Konzepte vorzulegen sind.

Nach Abschluss der Verhandlungen und nach Vorliegen der finalen Angebote der Bewerber erfolgt die endgültige Angebotswertung und die Zuschlagsentscheidung durch das von der Stadt hierfür eingesetzte Gremium (Jury). Das Entscheidungsgremium ist an die zuvor festgelegten Kriterien und (falls vorhanden) deren Gewichtung gebunden. Dieses kann sowohl aus Mitarbeiter*innen der Stadtverwaltung als auch aus den Mitgliedern der politischen Gremien/ Fraktionen bestehen. Hierbei sollte die entsprechende Kompetenz im Entscheidungsgremium vorhanden sein. Dem Gremium sollten keine Personen angehören, bei denen der Anschein einer Interessenkollision bestehen könnte. Eine Beteiligung sämtlicher städtischer Gremien im laufenden Vergabeverfahren empfiehlt sich dagegen nicht, da sämtliche Jury-Mitglieder auch an allen Verhandlungsgesprächen mit den Bewerbern (die in der Regel tagsüber stattfinden) teilnehmen sollten. Die Jury-Mitglieder bzw. der Rechtsbeistand der Stadt sollte allerdings den städtischen Gremien die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung vortragen. Ferner wä-

re auch die Zentrale Vergabestelle des Kreises (ZVS) an dem Vergabeverfahren zu beteiligen, zumal das Vergabeverfahren auch über die Vergabeplattform des ZVS abgewickelt wird.

Sodann erfolgen die Beschlussfassungen der städtischen Gremien. Nach Vorliegen dieser Beschlüsse wird sämtlichen Bewerbern eine Vorabinformation übermittelt, welcher Bewerber den Zuschlag erhalten soll (und wer nicht). Daran schließt sich eine 10-tägige Wartefrist nach § 134 GWB an. In diesem Zeitraum können Bewerber, die meinen, durch die Zuschlagsentscheidung in subjektiven Rechten verletzt worden zu sein, - nach entsprechender Rüge - ein Nachprüfungsverfahren zur zuständigen Vergabekammer einleiten. Falls die Wartefrist (ohne einen solchen Nachprüfungsantrag) verstreicht, kann der Auftraggeber gegenüber dem Bestbewerber den Zuschlag erteilen und die zuvor ausgehandelten Verträge schließen. Zudem erfolgt dann noch eine sogenannte ex post-Vergabebekanntmachung (Bekanntmachung über vergebenen Auftrag) in den einschlägigen Veröffentlichungsorganen (HAD bzw. TED). Das gesamte Verfahren ist zu dokumentieren.

Zu erwähnen ist insoweit noch, dass durch die Durchführung eines solchen Vergabeverfahrens zugleich auch die haushalterischen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemäß der Hessischen Gemeindeordnung eingehalten werden. Diesen Grundsätzen wird in der vorliegenden Konstellation bereits dadurch Rechnung getragen, dass die von der Stadt zu erbringen Gegenleistungen marktüblich sein müssen. Im Übrigen bezieht sich der Grundsatz zur wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln auch generell auf jedwede Auftragsvergabe im Zuge von Beschaffungsvorgängen (vgl. § 55 Landeshaushaltsordnung).

2 Alternative Vergabeart: Wettbewerblicher Dialog

In Fällen, in denen der Auftraggeber den Leistungsgegenstand bzw. die Art der Nutzung und die Zuschlagskriterien noch überhaupt nicht festlegen bzw. näher beschreiben kann, könnte - anstatt eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb - auch ein EU-weiter Wettbewerblicher Dialog durchgeführt werden. Der Wettbewerblicher Dialog gliedert sich in drei Phasen, namentlich den Teilnahmewettbewerb, die Dialogphase und die Abschlussphase.

Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs können sich Interessenten um eine Teilnahme am Verfahren bewerben. Wie beim Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb (siehe oben) prüft die Kommune die Eignung der Bewerber. Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs werden alle geeigneten Teilnehmer zur Teilnahme am Dialog aufgefordert und den Teilnehmern werden die Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt. In der Dialogphase werden die jeweiligen Lösungsvorschläge mit den Bewerbern einzeln erörtert. Die Kommune kann mehrere Dialogrunden durchführen; deren Anzahl richtet sich nach dem konkreten Bedarf. Das Dialogver-

fahren wird beendet, wenn eine Lösung oder mehrere Lösungen gefunden worden sind, die die Bedürfnisse und Anforderungen der Kommune erfüllt, oder wenn erkennbar wird, dass keine Lösung gefunden werden kann.

Nach Abschluss der Dialogphase fordert die Kommune die verbleibenden Bieter auf, Angebote zu unterbreiten. Diese Angebote müssen alle Einzelheiten enthalten, die zur Ausführung des Projekts erforderlich sind. Die Kommune kann Klarstellung oder Ergänzungen zu den Angeboten verlangen. Diese dürfen nicht dazu führen, dass grundlegende Elemente des Angebots oder der Auftragsbekanntmachung geändert werden, der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

Nach diesseitigem Dafürhalten wäre ein Wettbewerblicher Dialog im vorliegenden Fall nicht zu empfehlen. Hierzu wird auf die obige Argumentation, weswegen bei den Bewertungskriterien auf eine Gewichtung nicht verzichtet werden sollte, verwiesen. Ein Wettbewerblicher Dialog wird ja gerade dann gewählt, wenn der Auftraggeber den Leistungsgegenstand bzw. die Art der Nutzung und die Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens noch überhaupt nicht festlegen bzw. näher beschreiben kann. Diese Festlegungen dürften sich nach diesseitiger Auffassung ohne größere Probleme im hiesigen Projekt bewerkstelligen lassen.

III. Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung des Vergaberechts

1. Rechtsfolgen im EU-Vergaberecht

Da die vorstehend genannten Regelungen des EU-Kartellvergaberechts Gesetzesqualität haben, kann ein Unternehmen bei Missachtung dieser Grundsätze oder auch bei einer unzulässigen nationalen Vergabe eine Rüge aussprechen und ein Nachprüfungsverfahren (bei richtigerweise Überschreitung der EU-Schwellenwerte) vor dem zuständigen Regierungspräsidium einleiten, um die Zuschlagserteilung bzw. den Vertragsschluss zu verhindern.

Ein völliger Verzicht auf die Durchführung von Vergabeverfahren würde eine so genannte de-facto-Vergabe nach § 135 GWB darstellen. Der Fall einer unzulässigen de-facto-Vergabe liegt hierbei auch dann vor, wenn der Auftraggeber vergaberechtswidrig eine nationale Ausschreibung anstelle einer eigentlich gebotenen europaweiten Ausschreibung durchführt (VK Thüringen, Beschluss vom 21.05.2015 - 250-4003-2353/201-E-003-SON). Eine solche de-facto-Vergabe ist gemäß § 135 GWB unwirksam, wenn die Unwirksamkeit (im Wege eines Nachprüfungsverfahrens) binnen 30 Kalendertagen ab Kenntnis vom Vergabeverstoß, spätestens aber binnen sechs Monate nach Vertragsschluss (vom übergangenen Bewerber) geltend gemacht wird. Eine vorherige Rüge ist

nicht erforderlich. Ein übergangener Bewerber (also andere potentielle Investoren, die sich für den Abschluss des Kaufvertrags interessieren könnten) könnte somit bis maximal 6 Monate nach der Vergabe die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses feststellen lassen.

Zwar kann die Rechtsfolge der Unwirksamkeit gegebenenfalls vermieden werden, in dem von der Neuregelung des § 135 Abs. 3 GWB Gebrauch gemacht wird. Hiernach tritt die Unwirksamkeit nicht ein, wenn:

1. der Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist,
2. der Auftraggeber eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen (so genannte freiwillige ex ante-Bekanntmachung), und
3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Tagen ab dem Tag nach Veröffentlichung dieser Bekanntmachung abgeschlossen wurde.

Sinn und Zweck dieser Sonderregelung ist, dass ein Auftraggeber, bei dem letzte Unsicherheiten bezüglich der Pflicht zur Bekanntmachung der Auftragsänderung verbleiben, die "Flucht nach vorn" antreten und darauf hoffen kann, dass innerhalb der – auf nur zehn Tage begrenzten – Wartefrist der Vertrag nicht eingegriffen wird. Nach Fristablauf und ausgebliebenen Angriff gilt der Vertrag bzw. dessen Änderung als wirksam, obgleich womöglich eine Pflicht zu seiner bzw. ihrer Bekanntmachung bestand. Allerdings ist die "Auffassung" des Auftraggebers nicht rein subjektiv zu bestimmen; vielmehr ist ein objektivierter Maßstab anzulegen (Henzel, NZBau 2016, 148, 151). Die Nachprüfungsinstanzen können somit überprüfen, ob der Auftraggeber bei seiner Entscheidung, auf die Bekanntmachung zu verzichten, den jeweiligen Ausnahmetatbestand sorgfältig angewendet hat und er deshalb "der Ansicht" sein durfte, ohne Bekanntmachung zu vergeben. An den Sorgfaltsmaßstab sind aufgrund der damit bezweckten Korrektivfunktion daher strenge Anforderungen zu stellen (EuGH, Urteil vom 11.09.2014 - C 19/13, Bd. 50 - "Fastweb"; Henzel, NZBau 2016, 148, 151).

Eine de-facto-Vergabe könnte zudem ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission (Verstoß gegen EU-Vergabevorschriften) gegen die Bundesrepublik Deutschland zur Folge haben.

Darüber hinaus bliebe auch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch andere Anbieter (potentielle andere Träger/Investoren) in diesen Fällen grundsätzlich möglich. Indes müssten diese Anbieter darlegen und beweisen können, dass sie bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit hätten erhalten müssen. Dieser Nachweis gelingt den betreffenden Anbietern regelmäßig nicht. Diese Risiken sind gegenüber den übrigen, vorstehend genannten Sanktionen des EU-Kartellvergaberechts als eher gering einzuschätzen.

2. Exkurs: Rechtsfolgen im nationalen Vergaberecht

Im nationalen Vergaberecht ist der Rechtsfolgen-Bereich weitaus weniger stringent ausgestaltet als im EU-Vergaberecht. Während übergangene Bieter bei EU-Vergaben - nach entsprechender Rüge des Vergabeverantwortlichen - einen Nachprüfungsantrag stellen können, ist dieser Weg bei nationalen Vergaben verschlossen. Stattdessen müssen dortige Bieter einstweiligen Rechtsschutz vor den Zivilgerichten mit dem Ziel suchen, eine einstweilige Verfügung des Gerichts zu erwirken. Ferner können Bieter auch im nationalen Vergaberecht Schadensersatzansprüche geltend machen.

Abschließend sei betont, dass wir gerne bereitstehen, um Sie bei Ihrem vorstehend genannten Projekt weiter zu unterstützen und rechtlich zu beraten. Kommen Sie im Bedarfsfalle gerne wieder auf uns zu.

Mit freundlichen Grüßen



(Zueschper)

Rechtsanwalt