

Ein Beitrag aus der Immobilien Zeitung Nr. 43 vom 25.10.2012

Vergaberecht

Öffentliche Auftraggeber können eine Ausschreibung aufheben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Kein wichtiger Grund liegt vor, wenn sie die zur Aufhebung führende Zeitverzögerung selbst verschuldet haben.

Rechtsanwalt
Dr. Martin
Schellenberg von
Heuking Kühn Lüer
Wojtek, Hamburg



OLG München, Beschluss vom 28. August 2012, Az. Verg 11/12

Der Fall

Eine verunglückte Bauausschreibung für das Münchner Residenztheater hätte fast den Spielbetrieb des renommierten Theaters lahmgelegt. Bereits 2010 wurde der Auftrag europaweit ausgeschrieben. Ein ausgeschlossener Bieter wehrte sich seinerzeit mit einem Nachprüfungsverfahren und bekam in beiden Instanzen Recht. Allerdings erging die letztinstanzliche Entscheidung des OLG erst im November 2011. Diese Zeitverzögerung nahm das Theater zum Anlass, die Ausschreibung insgesamt aufzuheben. Der Umbau sei in

der spielfreien Zeit nicht mehr zu bewältigen. Auch die Aufhebung wurde wieder vergaberechtlich angegriffen. Das OLG München entschied: Die Aufhebung ist rechtswidrig. Die Verzögerung bei der Vergabe sei selbst verschuldet, weil seinerzeit ein Bieter zu Unrecht ausgeschlossen wurde. Das Theater habe jedenfalls leicht fahrlässig gehandelt. Allerdings sei die Aufhebung wirksam. Da es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt, könne die Vergabestelle nicht zur Fortsetzung verpflichtet werden.

Die Folgen

Nun steht das Residenztheater wieder am Anfang: Die Ausschreibung muss neu begonnen werden. Zudem können die geschädigten Bieter Schadenersatz in Höhe ihrer Angebotsstellungs- und Prozesskosten geltend machen. Stand bereits fest, wem der Auftrag zugestanden hätte, so kommen sogar Ansprüche auf entgangenen Gewinn in Betracht. Dies zeigt: Der Spielraum für Aufhebungen von Ausschreibungen für Behörden wird enger. Zuweilen ordnen Gerichte sogar an, das

jeweilige Verfahren fortzusetzen (OLG Düsseldorf vom 16. November 2010, Az. Verg 50/10). Zwar erkennen die Gerichte grundsätzlich an, dass öffentliche Auftraggeber nicht zum Abschluss eines Vertrags gezwungen werden können. Wird jedoch im Nachprüfungsverfahren festgestellt, dass die Wertung fehlerhaft und gesetzliche Gründe für die Aufhebung nicht einschlägig sind, bleibt der Vergabestelle faktisch keine andere Wahl, als den Zuschlag an einen bestimmten Bieter zu erteilen.

Was ist zu tun?

Öffentliche Auftraggeber werden künftig vorsichtiger mit dem Instrument der Aufhebung umgehen müssen. Eine „Flucht in die Aufhebung“ wird schwieriger. In der Vergangenheit wurde die Aufhebung vielfach als probates Mittel dafür genutzt, in das Verhandlungsverfahren und damit auch in Preisverhandlungen eintreten zu

können. Für Bieter bedeutet dies: Sie haben bei Immobilienprojekten regelmäßig hohe Planungsaufwände in das Angebot investiert. Eine Aufhebung trifft sie deshalb besonders hart. Bieter haben künftig bessere Chancen, willkürliche Aufhebungen im Nachprüfungsverfahren anzugreifen und zu Fall zu bringen. (ba)