

Vergabe oder nicht? Was es bei kommunalen Flächen zu beachten gilt.



Dienstag, 2. August 2002
10:15 Uhr, FPS Frankfurt

Standorte

4

Kolleginnen
und Kollegen

300

Jahre
Kanzleierfahrung

>175

2

Kompetenzfelder

13

Anwältinnen
und Anwälte

davon
Partnerinnen
und Partner

>130 > 50

Herzschläge pro Minute
für unsere Mandantinnen
und Mandanten

21.000

Ihr Team



Dr. Annette Rosenkötter

Fachanwältin für
Verwaltungsrecht und
Vergaberecht

rosenkoetter@fps-law.de
T +49 69 95 957-3113

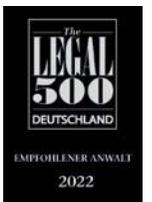
Spezialisierung: Vergaberecht

Mitgliedschaften: Bundesverband PPP (BPPP) | forum vergabe e.V. | Vorsitzende der Regionalgruppe Rhein-Main
Deutsches Vergabernetzwerks (DVNW) | Fachanwaltsausschuss Vergaberecht
Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main |

Die Tätigkeit von Frau Dr. Rosenkötter umfasst sowohl Mandate im Vergaberecht als auch im europäischen Beihilfenrecht, dort insbesondere im Gesundheits- und im ÖPNV-Bereich. Sie berät sowohl die öffentliche Hand bei der Erstellung von Ausschreibungen als auch Bieter in allen Phasen des Vergabeverfahrens. Frau Dr. Rosenkötter hat umfassende Erfahrung in der Vertretung vor diversen Vergabekammern und Vergabesenaten der OLGs. Frau Dr. Rosenkötter hält regelmäßig Vorträge und Schulungen zum Vergaberecht und hat zahlreiche vergaberechtliche Fachbeiträge veröffentlicht. Frau Dr. Rosenkötter promovierte 2000 an der Universität von Freiburg nach dem Studium in Freiburg, Lausanne und München. Sie ist seit 2001 Rechtsanwältin bei FPS und seit 2007 Partnerin. Frau Dr. Rosenkötter leitet seit Ende 2006 die Praxisgruppe Vergaberecht und PPP.

Auszeichnungen im Bereich Vergaberecht / Öffentliches Recht

The Legal 500 Deutschland
WirtschaftsWoche
Handelsblatt / Best Lawyers®
JUVE Handbuch





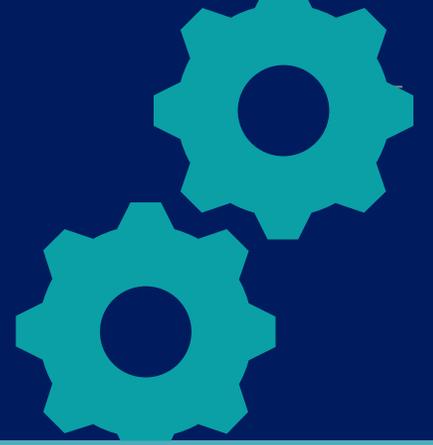
Wann muss ausgeschrieben werden? 06

Sonderfall Bürgerbeteiligung 14

Verfahrensarten im Anwendungsbereich des Vergaberechts 17

Wenn das Vergaberecht nicht anwendbar ist... 22

Wann muss wie
ausgeschrieben werden?



Anwendbarkeit des Vergaberechts

Liegt ein öffentlicher Auftrag vor?

- **definiert in § 103 GWB: Es geht um Bedarfsdeckung des Auftraggebers auf Basis eines entgeltlichen Vertrages**
- **Baufträge liegen vor,**
 - wenn ein Dritter eine Leistung **gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen** erbringt
 - die Bauleistung dem Auftraggeber **unmittelbar wirtschaftlich zu Gute** kommt
 - und dieser einen **entscheidenden Einfluss auf Art und Planung** hatte.

Wann liegt ein unmittelbares wirtschaftliches Zugutekommen des öffentlichen Auftraggebers vor?

EuGH, Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08

1. Der öffentliche Auftraggeber soll Eigentum an dem Bauwerk erwerben.
2. Der öffentliche Auftraggeber soll über einen Rechtstitel verfügen, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke sicherstellt.
3. Der öffentliche Auftraggeber erhält wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung des Bauwerks.
4. Der öffentliche Auftraggeber beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks.
5. Der öffentliche Auftraggeber übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags.



Wann hat der AG „entscheidenden Einfluss auf die Planung“?

EuGH, Urt. . 22.04.2021 – C-537/19 „Wiener Wohnen“

„Öffentliche Auftraggeber **gestalten ein geplantes Gebäude im Sinne eines Bauauftrages entscheidend mit**, wenn die architektonische Gebäudestruktur beeinflusst wird, wie Größe, Außenwände und tragende Wände. Anforderungen dagegen, welche die bloße Gebäudeeinteilung betreffen, müssen sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben, um einen entscheidenden Einfluss zu belegen.“

Grundmodelle

1. Vergaberechtsfrei

A horizontal progress bar with a black border. The leftmost portion, approximately 10% of the total length, is filled with a solid grey color, while the rest is white.

- reiner Grundstücksverkauf/Verpachtung/
Vermietung (maßgeblich ist die vertragliche
Ausgestaltung)
- keine einklagbare Verpflichtung betreffend
die Erbringung von Bauleistungen
- Bauplanungsrechtliche Entscheidungen
für sich genommen nicht
ausschreibungsrelevant

2. Vergaberecht anwendbar

A horizontal progress bar with a black border. The leftmost portion, approximately 10% of the total length, is filled with a solid grey color, while the rest is white.

- eigenes Interesse des Bauherrn an der
Bauleistung
- detaillierte Spezifikationen der zu
errichtenden Anlage
- Kommune partizipiert an Erträgen aus dem
Betrieb

Vergaberecht anwendbar: Unterscheidung Bauauftrag zu Baukonzession

Bauftrag



- Vertrag gegen Entgelt über Ausführung von Bauleistungen
- gemäß den vom AG genannten Erfordernissen/ Einfluss des AG auf Art und Planung der Bauleistung
- dem AG wirtschaftlich zu Gute kommen

Baukonzession



- Leistungsverpflichtung wie bei Bauauftrag, Gegenleistung allerdings **Nutzungsrecht statt Entgelt**
- aber: **Betriebsrisiko** der Nutzung des Bauwerks bei Auftragnehmer

Auftragswertschätzung

Baufträge und
Konzessionen

5.382.000 €

Liefer- und
Dienstleistungsaufträge

215.000 €

Liefer- und
Dienstleistungsaufträge
im Bereich der
Sektoren

432.000 €

Auftragswertschätzung

Konzessionen: § 2 KonzVgV

- „Bei der Berechnung des geschätzten Vertragswerts geht der Konzessionsgeber **vom voraussichtlichen Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer aus, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung erzielt**
 1. für die Bau- oder Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind,
 2. und für Lieferungen, die mit diesen Bau- oder Dienstleistungen verbunden sind.“
- wichtig: **Gesamtlaufzeit**
- Zeitpunkt: Absendung der Bekanntmachung/Einleitung des Vergabeverfahrens

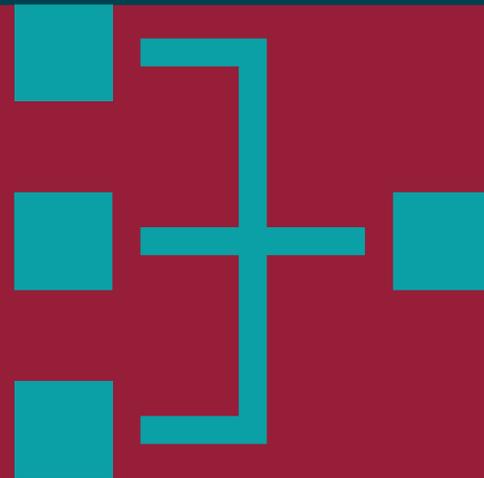


Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft ?

- Gründung von Gesellschaften/ Beteiligung an Gesellschaften grds ausschreibungsfrei
- Anders, wenn der Verkauf der Gesellschaftsanteile **mit einem Beschaffungsgeschäft verbunden** ist, wenn z.B.
 - die Gesellschaft, deren Anteile bisher vollständig in der Hand eines Auftraggebers waren, im Wege eines der Anwendung des Vergaberechts entzogenen Inhouse-Geschäfts iSv § 108 GWB mit der Leistungserbringung beauftragt worden. Später sollen Anteile an dieser Gesellschaft an einen Privaten veräußert werden

Sonderfall: Bürgerbeteiligung

Wie können Bürgerbeteiligungen
vergaberechtskonform umgesetzt
werden?



Bürgerbeteiligungen

Ziel: Bürgerbeteiligungsmodelle für mehr Akzeptanz in der Bevölkerung

Modelle:

- Genossenschaftliche Modelle
- Gesellschaftliche Modelle
- Schuldrechtliche Beteiligungen

Frage: Ausschreibungspflicht nach Vergaberecht?

Ausschreibungspflicht aufgrund von Forderung der Bürgerbeteiligung ?

Gemeinde lässt dem Investor freie Hand und vertraglich ist kein Bauvorhaben vereinbart, jedoch wird von der Gemeinde die Vorgabe gemacht, dass der Investor eine wirtschaftliche Beteiligung der Bürger an der Projektgesellschaft vorsehen muss - Vergaberecht anwendbar? Ist die Bauleistung noch Gegenstand des Vertrages?

Bislang nicht Gegenstand von Gerichtentscheidungen

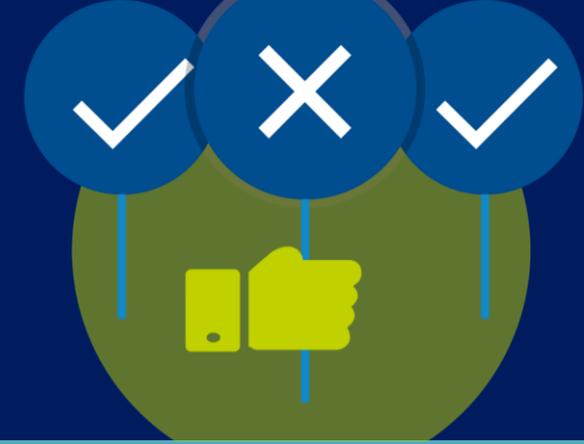
Formale Sichtweise:

Entscheidung des EuGH „Wiener Wohnen“: Maßgeblich ist, ob der AG Einfluss auf die Bauleistung genommen hat

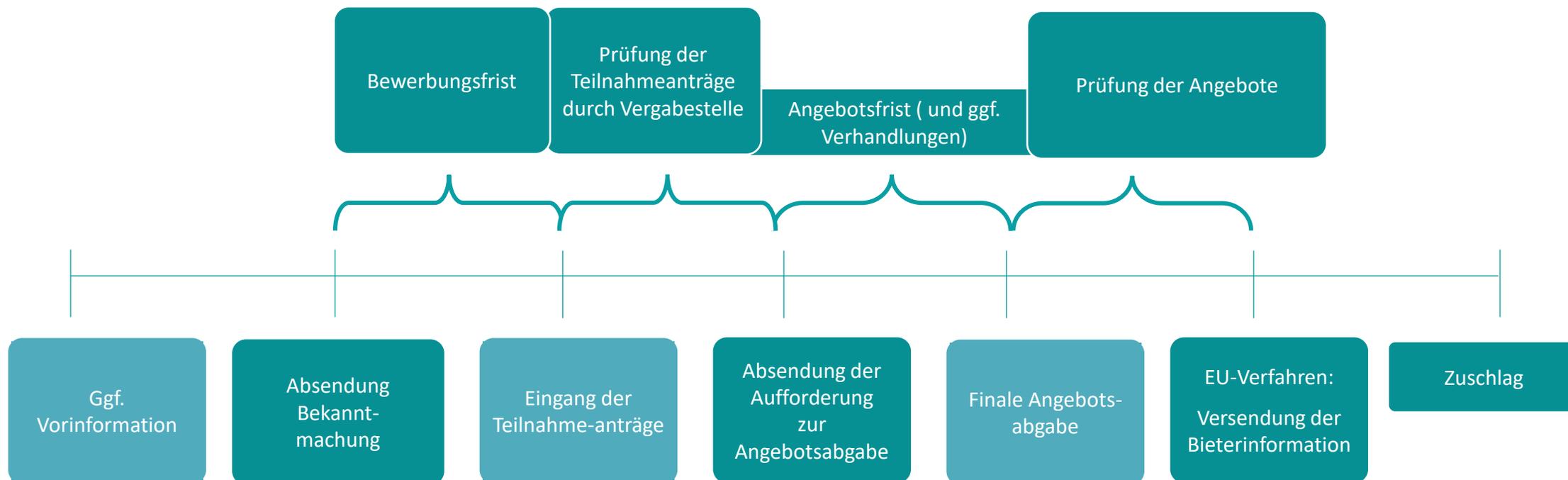
Bei der Vorgabe der Ermöglichung einer Bürgerbeteiligung ist das nicht der Fall.

Verfahrensarten im Anwendungsbereich des Vergaberechts

Wie kann ausgeschlossen werden?



Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (ca. 5-6 Monate)



Beispiel Bauauftrag Windpark Steinberg

I.D.: 70038352

Auftragstyp:	Bauftrag	Veröffentlicht:	10.06.22
Art der Bekanntmachung:	Ausschreibung	CPV:	45251160
Angebotsfrist:	16.08.22 13:00	Verfahren	Wettbewerbliches Verhandlungsverfahren
Form der Bekanntmachung:	EU-weit	Auftraggeber: SUN-Stadtwerke Union Nordhessen GmbH @ Co. KG	
Ausführungsort	DE:		
Kurzbeschreibung:	Lieferung, Aufbau und Inbetriebnahme sowie anschließende Wartung von bis zu 4 Windenergieanlagen mit einer Nabenhöhe von ca. 170m und einem Rotordurchmesser von ca. 150 - 170m inkl. Fundament und Transformator, ggf. auch turn-key, an einem Standort in der Nähe von Witzenhausen gemäß Ausschreibungsunterlagen., siehe Ausschreibungsunterlagen		

Vergabe einer Konzession

Gem. § 12 Abs. 1 KonzVgV:

- Grundsätzlich Freiheit der Verfahrenswahl
- Kann frei einstufig- oder zweistufig ausgestaltet werden, solange die allgemeinen Prinzipien eingehalten sind.

Beispiel Baukonzession „Kahlberg“

Bewerbungsschluss	29.08.2014, 10:00 ●
Verfahren	Öffentliche Baukonzession
Gebäudetyp	Technische Infrastruktur
Art der Leistung	Objektplanung Ingenieurbauwerke / Bauleistung / Betrieb
Sprache	Deutsch
Auslober/Bauherr	Gemeinde Fürth, Fürth (DE), Gemeinde Grasellenbach, Grasellenbach (DE)
Betreuer	Kommunalberatung Rheinland-Pfalz GmbH, Mainz (DE)
Aufgabe	<p>Verpachtung von kommunalen Waldflächen der Gemeinden Fürth und Grasellenbach am Standort „Kahlberg“ zur Planung, Errichtung und Betrieb von bis zu fünf Windenergieanlagen; Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden Fürth und Grasellenbach am Windpark durch schlüsselfertigen Kauf von Anlagen oder Beteiligung an einer Projektgesellschaft mit Sitz in Fürth oder Grasellenbach unter Vorgaben der Gemeinden verbunden mit einer Bauverpflichtung.</p> <p>Die hessischen Gemeinden Fürth und Grasellenbach beabsichtigen, innerhalb ihrer Gemeindegebiete die Entwicklung und den Betrieb von Windenergieanlagen zu realisieren. Es ist vorgesehen, die im Gebiet der Gemeinden Fürth und Grasellenbach gelegenen Grundstücke zur Errichtung, Bau und Betrieb von Windenergieanlagen an geeignete, leistungsfähige und erfahrene Unternehmen zu verpachten und eine vollständige Entwicklung der Standorte nach Baugenehmigung innerhalb eines Zeitraums von 2 Jahren durchzuführen. Die vorgesehenen Anlagenstandorte für Windenergieanlagen liegen auf forstwirtschaftlich genutzten Flächen der beiden Gemeinden auf einem vollständig bewaldeten Bergrücken („Kahlberg“) in Höhenlagen bis zu 521 m ü. NN. Das Vorranggebiet befindet sich in kommunalem Eigentum der Gemeinden Fürth und Grasellenbach.</p> <p>Der Aufruf zielt auf die Vergabe einer Baukonzession nach § 22 EG VOB/A zur Entwicklung, Bau und Betrieb von Windkraftanlagen auf Flächen der Gemeinden Fürth und Grasellenbach ab. Das Verfahren dient zur Ermittlung geeigneter Unternehmen und Konzepte zur eigenständigen Entwicklung und nachhaltigem, langjährigem Betrieb der vorgesehenen Windkraftanlagen innerhalb der Vorrangflächen unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Gemeinden Fürth und Grasellenbach. Wirtschaftliche Interessen der Gemeinden Fürth und Grasellenbach sind u. a.</p>

Wenn das Vergaberecht nicht
anwendbar ist...

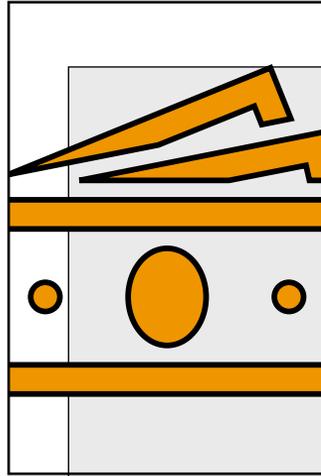
...was muss beachtet werden?



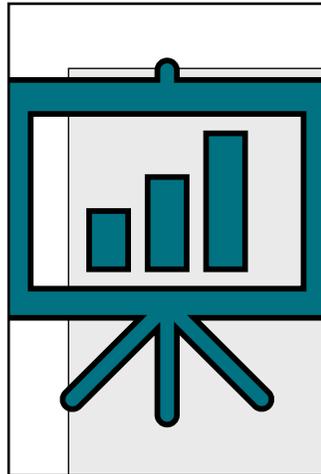
Vermeidung beihilfe- und haushaltsrechtlicher Risiken

- Verpachtung unterhalb des Marktpreises kann eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verbotene Beihilfe sein
- Haushaltsrecht bedingt Mindestmaß an Wettbewerb i.S.d. sparsamen Haushaltsführung

Vergaberechtsfreie Grundstücksveräußerung/ -verpachtung



Sicherstellung einer marktüblichen Gegenleistung / Pacht durch Wettbewerb (beihilferechtlich und haushaltsrechtlich geboten)



Verfahren bei Beachtung der allgemeinen Prinzipien (Transparenz/ Wettbewerb/ Gleichbehandlung) frei gestaltbar.

Einzuhaltende Verfahrensgrundsätze



Wettbewerbsgrundsatz



Grundsatz der
Transparenz



Grundsatz der
Diskriminierungsfreiheit



Grundsatz der
Bedingungsfreiheit

Auswahlverfahrens zur Vermeidung einer rechtswidrigen Beihilfe

Ablauf des Verfahrens

- Bekanntmachung mit Aufforderung zur Einreichung von Interessenbekundungen
- Prüfung der Interessenbekundungen
- Auswahl der Verhandlungspartner
- Aufnahme der Verhandlungen mit ausgewählten Bewerbern
- Beendigung der Verhandlungen und Vertragsschluss

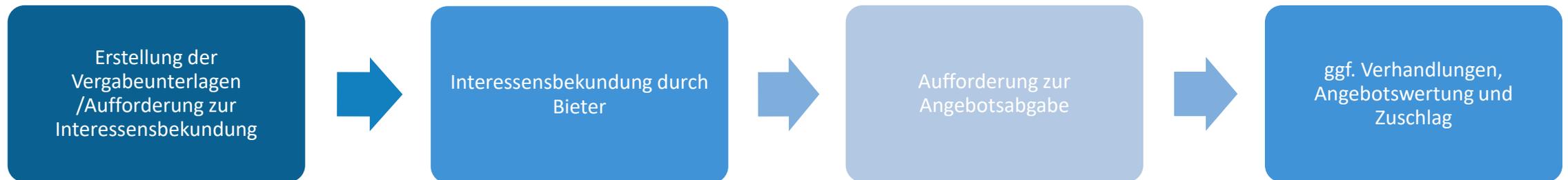
Hinweise zum Bieterverfahren für die Nutzung forstfiskalischer Grundstücke für den Bau und Betrieb von Windenergieanlagen am Standort 4115a

HessenForst bittet für die Staatswaldflächen des im Teilregionalplan Energie Mittelhessen ausgewiesenen Standortes **4115a** im Forstamt Wettenberg um ein schriftliches Angebot für die Errichtung und den Betrieb von Windenergieanlagen (WEA) in einem offenen Bieterverfahren. Die Vergabe erfolgt durch ein Bieterverfahren mit mehreren Interessenten. Alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben in diesem Exposé sind mit größtmöglicher Sorgfalt zusammengestellt worden. Gleichwohl kann für die Richtigkeit keine Gewähr übernommen werden. Dies schließt auch die dem Exposé beiliegende Karte ein. Die genannten Daten erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Eignung der Flächen übernehmen wir keine Gewährleistung.

Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, siehe im Detail Folie 20 (ca.5-6 Monate)



freiwilliges Interessensbekundungsverfahren nach dem Haushaltsrecht (ca. 4-5 Monate)



Fazit

- Allgemeine Verfahrensgrundsätze sind im Anwendungsbereich des Vergaberecht und auch außerhalb davon einzuhalten.
- Maßgeblicher Unterschied ist, dass im Anwendungsbereich des Vergaberechts ein Rechtsschutzregime etabliert ist, in dem ein unterliegender Bieter eine etwaige Rechtsverletzung relativ einfach geltend machen könnte.



Fragen?

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit!

Ihre Kanzlei. Ihr Partner.

Berlin

Kurfürstendamm 220
10719 Berlin
T +49 30 88 59 27-0
F +49 30 88 59 27-100
berlin@fps-law.de

Düsseldorf

Immermannstraße 20
40210 Düsseldorf
T +49 211 30 20 15-0
F +49 211 30 20 15-90
duesseldorf@fps-law.de

Frankfurt am Main

Eschersheimer Landstr. 25–27
60322 Frankfurt am Main
T +49 69 95 957-0
F +49 69 95 957-455
frankfurt@fps-law.de

Hamburg

Große Theaterstraße 31
20354 Hamburg
T +49 40 37 89 01-0
F +49 40 36 62 98
hamburg@fps-law.de