

Expertenbeitrag:  
Öffentliche Aufträge

# Ein Verwaltungsakt ist nicht immer ausschreibungsfrei



**Holger Schröder,**  
Fachanwalt für Vergaberecht,  
Rödl und Partner, Nürnberg

Öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts erfordern den Abschluss von entgeltlichen Verträgen. Dabei ist die Form des Vertrags – etwa ein Kauf- oder Dienstleistungsvertrag – ebenso unerheblich wie die Rechtsnatur. Vergaberechtliche Abgrenzungsprobleme können sich aber etwa ergeben, wenn die öffentliche Hand Verwaltungsakte erlässt.

**NÜRNBERG.** Verträge werden von öffentlichen Auftraggebern mit Auftragnehmern einvernehmlich abgeschlossen, um Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen gegen Entgelt zu beschaffen. Der Auftraggeber tritt somit als Nachfrager auf dem Markt auf, nicht als Hoheitsträger. Ein Vertrag kommt deshalb durch Angebot und Annahme zustande. Die Annahmeerklärung ist im Vergaberecht der Zuschlag des öffentlichen Auftraggebers. Dem Auftraggeber steht damit ein vertraglich einklagbarer Erfüllungsanspruch im Hinblick auf die geschuldeten Leistungen zur Seite (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, Aktenzeichen: VII-Verg 1/18).

## Kein Vertrag, wenn Leistung einseitig angeordnet wird

Ein Vertrag liegt bei funktionaler Betrachtung aber dann nicht vor, wenn eine Leistung einseitig angeordnet wird und der Verpflichtete weder über den Leistungsinhalt noch über den Preis bestimmen kann und es ihm auch nicht möglich ist, seine



Ein Betriebskostenausgleich für eine Kita ist nicht zwingend ein reiner Zuschuss, der einen öffentlichen Auftrag ausschließen würde. FOTO: DPA-ZENTRALBILDUNGS BÜTTNER

## Was die EU-Vergaberichtlinie dazu sagt

Die Vergaberichtlinie 2014/24/EU erläutert in ihrem Erwägungsgrund 34 folgendes: „Es kann vorkommen, dass eine Rechtsperson gemäß den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften als Instrument oder technischer Dienst für bestimmte öffentliche Auftraggeber tätig ist und verpflichtet ist, von diesen Auftrag-

gebern erteilte Anweisungen auszuführen, und dass sie keinen Einfluss auf die Vergütung ihrer Tätigkeit hat. Angesichts ihrer außervertraglichen Art sollte eine solche rein administrative Beziehung nicht in den Anwendungsbereich der Verfahren für die öffentliche Auftragsvergabe fallen.“

Die für einen Vertrag typische Beziehung von Leistung und Gegenleistung (Entgelt) besteht bei einem Verwaltungsakt nicht. Wenn zum Beispiel ein Fördermittelempfänger gegen einen Zuwendungsbescheid verstößt, indem er etwa die Finanzmittel nicht bestimmungsgemäß verwendet, entsteht kein Leistungserfüllungsanspruch, sondern ein zuwendungsrechtlicher Rückforderungsanspruch der öffentlichen Hand.

Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Inhalt eines Verwaltungsakts vor dem Erlass vertragsähnlich ausgehandelt wurde. Ist

demnach im Einzelfall festzustellen, dass der Adressat eines Verwaltungsakts auf den Inhalt desselben einwirken konnte, liegt ein vergaberechtspflichtiger öffentlicher Auftrag nahe.

## Bloßer Zuschuss oder entgeltlicher Vertrag

Mit einer solchen „Flucht in den Verwaltungsakt“ könnte ansonsten das Vergaberecht allzu leicht umgangen werden. Darauf deutet auch die EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU im Zusammenhang mit Zuschüssen hin. Danach soll Vergaberecht nur „in der Regel“ unanwendbar sein, wenn eine bloße Finanzierung von Tätigkeiten in Rede steht, die häufig mit der Rückzahlung der erhaltenen Finanzmittel bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung verbunden ist (sogenannter Erwägungsgrund 4). Mit anderen Worten: Ausnahmen sind also auch bei mittels Verwaltungsaktes gewährten Fördermitteln durchaus denkbar.

Der thüringische Vergabesatz hat beispielsweise zum Betrieb ei-

nes kommunalen Kindergartens durch einen Dritten entschieden, dass auch ein gesetzlich vorgesehener und vertraglich konkreter Betriebskostenausgleich kein bloßer Zuschuss ist, der einen öffentlichen Auftrag ausschließen würde. Da der Betrieb eines Kindergartens eine Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis erfüllt, ist Vertragsgegenstand eine Leistung, die ohne Beauftragung eines konkreten Betreibers von der Gemeinde selbst erbracht werden müsste. Die Übertragung dieser Verpflichtung auf einen dritten Betreiber und deren Durchsetzbarkeit ist unabdingbare Voraussetzung für die Entbindung der Gemeinde von der Notwendigkeit des eigenen Kindergartenbetriebs.

Damit wird zugleich eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Betreibers begründet, sodass ein Vertrag im Sinne eines öffentlichen Auftrages vorliegt und kein bloßer Zuschuss. Das hat das Thüringer Oberlandesgericht entschieden (Beschluss vom 9. April 2021, Aktenzeichen: Verg 2/20).

## Auftrag für Brückensprengung vergeben

**LÜDENSCHIED.** Die Niederlassung Westfalen der Autobahngesellschaft des Bundes hat den Auftrag für die Sprengung der Talbrücke Rahmede vergeben. Auftragnehmer ist die Firma Heitkamp Umwelttechnik. Die Firma Liesegang ist als einer der Nachunternehmer für die Sprengung verantwortlich. Das Unternehmen hatte im Auftrag der Autobahngesellschaft Niederlassung Westfalen Anfang des Jahres auch die Talbrücke Rinsdorf gesprengt.

Begonnen wurde nun mit den Vorarbeiten für die Sprengung. Dazu zählen etwa Fällarbeiten unter der Brücke und die Sicherung der Hänge. Zugleich wird ein Fallbett unter der Brücke gebaut. Parallel wird nun der Sprengabbruch mit Maschinen- und Materialeinsatz und den Wegen zur Baustelle geplant. (sta)

## Kurz notiert

### Linke legt Entwurf für neues Vergabegesetz vor

**DRESDEN.** Die Fraktion der Linken in Sachsen will die Vergabe öffentlicher Aufträge an bestimmte Kriterien koppeln. Dazu zählen ökologische Aspekte, Tarifreue und ein Vergabe-Mindestlohn von 13,50 Euro brutto auch bei Leiharbeit und Subunternehmern. Die Linke hat dafür einen Gesetzentwurf vorgelegt. Er sieht ferner vor, die ILO-Kernarbeitsnormen zum festen Vergabekriterium zu machen. Zudem soll eine Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung zur Unterstützung der Kommunen eingerichtet werden. (sta)

### Leitfaden zur Vergabe von Architekturleistungen

**BERLIN.** Die Bundesarchitektenkammer hat einen Leitfaden zur Vergabe von Architekturleistungen oberhalb des Schwellenwerts veröffentlicht. Darin werden die verfahrenstechnischen Vergabeabläufe beschrieben. Der Leitfaden soll einen Qualitätswettbewerb fördern und öffentliche Auftraggeber bei der Suche nach der besten Lösung für eine anstehende Bauaufgabe sowie einem geeigneten Partner unterstützen. (leja) <http://vgv-architekten.de>

## Zuschlag erteilt für Feuerwehrfahrzeug

Gesamtkosten liegen bei rund 462 000 Euro

**OBERDERDINGEN.** Der Gemeinderat in Oberderdingen (Kreis Karlsruhe) hat der Vergabe für die Beschaffung eines neuen Feuerwehrfahrzeugs zugestimmt. Es geht um einen Logistik-Gerätewagen des Typs GW-L2, der in drei Losen ausgeschrieben war.

Der Zuschlag für Los 1, Fahrgestell und Aufbau, geht an die Firma Albert Ziegler Feuerschutz in Rendsburg. Die Lose 2 und 3, Beladung und Rollcontainer, gingen an die Albert Ziegler GmbH in Giengen an der Brenz.

Die Kosten für Los 1 liegen bei rund 325 000 Euro. Ein Bieter war aufgrund seines Angebotspreises nach Angaben der Stadtverwaltung nicht konkurrenzfähig und belegte damit mit deutlichem Abstand nur Platz drei. Dies geht aus der Gemeinderatsvorlage hervor. Um die Leistungen der beiden anderen Bieter direkt vergleichen zu können, musste eine technische Nachprüfung durchgeführt werden. Beide reichten die nachgeforderten Unterlagen fristgerecht ein.

Die Ergebnisse der technischen Nachprüfung flossen laut Gemeindeverwaltung in die Gesamtwer-

tung mit ein. Das führte dazu, dass der nun ausgewählte Bieter trotz eines höheren Angebotspreises, „auch aufgrund der Komplexität und den hohen Anforderungen an dieses Logistik-Fahrzeug, die langfristig betrachtet wirtschaftlichsten und praktikabelsten Lösungen anbietet“, heißt es in der Gemeinderatsvorlage. Bei den Losen 2 und 3 kam jeweils der preislich günstigste Bieter zum Zug.

Insgesamt belaufen sich die Kosten für das Fahrzeug auf rund 462 000 Euro. Vom Land bekommt die Kommune pauschale Förderbeträge von insgesamt 66 000 Euro. Vom Landkreis Karlsruhe kommen nochmals 33 000 Fördergelder hinzu. Ein Antrag auf Investitionshilfe aus dem Ausgleichsstock wurde nicht bewilligt.

Nach der Auftragsvergabe findet nun noch eine Detailabstimmung des Ausschreibungsbüros und der Feuerwehr mit den Auftragnehmern statt. Die Lieferzeit für Fahrgestell und Aufbau wird derzeit mit etwa zwei Jahren (104 bis 100 Wochen) angegeben. Für Los 2 und 3 liegt die Lieferzeit bei 20 beziehungsweise 24 Wochen. (sta)

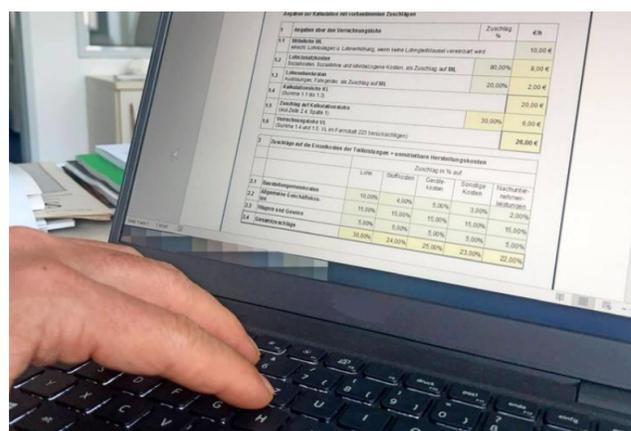
## Name eines Bieters muss bei elektronischer Abgabe des Angebots klar ersichtlich sein

Vergabekammer bemerkt leeres Feld auf Formblatt und sieht darin zwingenden Ausschlussgrund

**ANSBACH.** Für Auftraggeber muss klar ersichtlich sein, von welchem Unternehmen ein Angebot abgegeben wird. Bleibt bei einem elektronischen Angebot das Feld mit dem Namen des Unternehmens leer, so stellt dies nach Ansicht der Vergabekammer Nordbayern mit Sitz in Ansbach einen zwingenden Ausschlussgrund dar. Auch dann, wenn wie in diesem Fall, andere Angaben zum Unternehmen wie Mailadresse, Telefonnummer oder Steuer-Nummer eingetragen worden sind.

### Auftraggeber macht Vorgabe, dass der Bieter zu erkennen sein müsse

Im konkreten Fall ging es um das europaweit ausgeschriebene Aufstellen und Montieren eines Krans (Aktenzeichen: RMF-SG21 -3194-76-1). Auf einem Formblatt hatte der Auftraggeber die klare Vorgabe gemacht, dass bei elektronischer Abgabe des Angebots der Bieter zu erkennen sein müsse. Daran hatte sich der Bieter nicht gehalten und dennoch zunächst den Zuschlag erhalten. Dass das Feld leergeblieben war, hatte erst die Vergabekammer bei der Prüfung der Unterlagen be-



Entspricht ein Angebot nicht allen formalen Vorgaben, muss es von der Vergabe ausgeschlossen werden. FOTO: LEIA

merkt, nachdem der zweitplatzierte Bieter eine Abweichung vom Leistungsverzeichnis vermutet hatte. Den fehlenden Namen hatte er nicht moniert.

Entspreche ein Angebot nicht allen formalen Vorgaben, müsse es ausgeschlossen werden, machte die Vergabekammer in ihrem Beschluss deutlich. Das Formblatt könne nur so verstanden werden,

dass ein Bieter darauf zu erkennen sein muss. Dabei spiele auch keine Rolle, ob es an anderer Stelle der eingereichten Unterlagen Hinweise auf die Identität des Bieters gebe. Und auch die Möglichkeit einer Recherche des Auftraggebers aufgrund der angegebenen Steuer- und Handelsregisternummern reiche in diesem Fall nicht aus. Dazu sei der Auftraggeber nicht ver-

pflichtet, insbesondere dann, wenn er über das Formblatt dazu aufgefordert hat, die Angaben mit einzureichen.

### Vergabekammer setzt Verfahren vollständig zurück

Für die Vergabekammer Nordbayern fehlt ohne die Angabe des Namens ein Kernbestandteil des Angebots. Fehle eine solche Angabe, sei nicht deutlich und zweifelsfrei zu erkennen, von wem das Angebot überhaupt stamme.

Erschwert wird die Identifikation, wenn an anderer Stelle des Angebots weitere Unternehmen genannt werden. Ausschlussgründe wären zudem, wenn ein Angebot auf dem vorgegebenen Formblatt nicht unterschrieben wäre oder ein zu signierendes elektronisches Angebot nicht signiert ist.

Das Verfahren wurde von der Vergabekammer vollständig zurückgesetzt. Mit dem Zuschlag an den Erstplatzierten unter diesen Umständen habe man die Rechte anderer Bieter mit Blick auf das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verletzt. (dis)