

BKC Kommunal-Consult

Kommunal-Consult Gesellschaft mbH

Brandenburg:
Gartenweg 9
D - 14558 Saarmund
Tel.: (033200) 52900

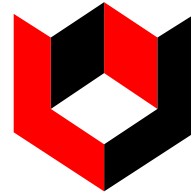
Rheinland-Pfalz:
Assoziiert im TZK
Maria Trost 23
D - 56070 Koblenz
Tel. (02 61) 8854122

auch im Internet unter.

Sachsen-Anhalt:
Schönebecker Str. 82 – 84
D - 39104 Magdeburg
Tel.: (0391) 4016225

Sachsen:
Behringstraße 45
D - 01159 Dresden
Tel.: (0351) 2674800

www.bkc-kommunal-consult.de



Dienstleister für
Bau- und Kommunal-Consulting

beraten – planen – umsetzen

Informationsbrief 02 / 2007

Trink- und Abwasser

Ausgabe Sachsen-Anhalt

August 2007

Die BKC Kommunal-Consult GmbH informiert in dieser Ausgabe zu folgenden Themen:

- Aus dem Vergaberecht: In einem Nichtoffenen Verfahren ausgeschlossene Bieter dürfen nicht immer in einem nachfolgenden Verhandlungsverfahren berücksichtigt werden
- Aus dem Kommunalrecht: Möglichkeiten der Finanzierung von Investitionen im Bereich kommunaler Versorgungs- und Entsorgungsaufgaben
- Aus dem Vergaberecht: Bundesverwaltungsgericht zieht Schlussstrich über den Rechtsweg von unerschwerlichen Vergabeverfahren

Aus dem Vergaberecht: In einem Nichtoffenen Verfahren ausgeschlossene Bieter dürfen nicht immer in einem nachfolgenden Verhandlungsverfahren berücksichtigt werden

1. Einleitung

Immer wieder tritt der Sachverhalt auf, dass bei einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung keine wirtschaftlichen Ergebnisse erzielt werden. In diesen Fällen wird durch die öffentlichen Auftraggeber regelmäßig ein Verhandlungsverfahren nachgeschoben, um die Leistung zu günstigeren Konditionen vergeben zu können. Dass dies nicht unproblematisch ist, zeigt ein aktueller Beschluss des OLG Bremen vom 3. April 2007.

2. Der Beschluss des OLG Bremen vom 3. April 2007 (Verg 2/07)

In dem genannten Fall hatte ein öffentlicher Auftraggeber nach der Aufhebung eines Nichtoffenen Verfahrens (Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb) ein Verhandlungsverfahren nachgeschaltet, ohne dies nochmals öffentlich bekannt zu machen. In diesem Verhandlungsverfahren wurde auch ein Bieter einbezogen, welcher im vorausgegangenen Nichtoffenen Verfahren seine Bewerbung verspätet eingereicht hatte und deshalb im ersten Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

Auf das im Verhandlungsverfahren abgegebene Angebot dieses Bieters sollte nunmehr der Zuschlag erteilt werden. Hiergegen ging ein anderer Bieter mit dem Argument vor, dass dieser Bieter überhaupt nicht zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden durfte.

Während die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag noch zurückgewiesen hatte, gab das OLG Bremen der Beschwerde statt. Das Angebot des im Nichtoffenen Verfahren ausgeschlossenen Bieters durfte nicht gewertet werden, weil er zu Unrecht in das Verhandlungsverfahren mit einbezogen worden ist.

Das Gericht führt hierzu aus, dass nach bisheriger Meinung auch aus formalen Gründen ausgeschlossene Bieter in einem nachfolgenden Verhandlungsverfahren wieder beteiligt werden können. Die Bestimmung des § 3a Nr. 5a VOB/A a. F. bzw. § 3a Nr. 6a VOL/A n. F. bestimmt zwar nicht explizit, dass derartige Bieter nicht zu beteiligten sind, gleichwohl muss die Regelung europarechtskonform ausgelegt werden.

Europarechtlich anwendbare Vorschrift ist hierbei Artikel 30 der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004, welche bis zum 31. Januar 2006 in nationales Recht umzusetzen war. Dieser Artikel 30 bestimmt, dass nur dann keine neuerliche Veröffentlichung des Verhandlungsverfahrens erforderlich ist, wenn in dieses Verfahren alle Bieter und nur die Bieter einbezogen werden, die die Kriterien der Artikel 46 bis 52 erfüllen und die im Verlauf des vorangegangenen Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens Angebote eingereicht haben, die den formalen Voraussetzungen des Vergabeverfahrens entsprechen.

Obwohl diese Vorschrift nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, ist sie bei der Entscheidung zu berücksichtigen. Zwar muss eine direkte Anwendung ausscheiden, aber dennoch müssen die nationalen Gerichte die europarechtlichen Vorgaben bei der Auslegung der nationalen Vorschriften beachten. Dies wurde bereits durch den Europäischen Gerichtshof ausgeurteilt (vgl. EuGH, EuZW 2004, 691, Randnummer 108-113).

3. Fazit

Die Entscheidung des OLG Bremen verdeutlicht die Bedeutung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft. Auch wenn internationale Normen nicht in nationales Recht umgesetzt wurden, sind öffentliche Auftraggeber gehalten, diese nicht aus dem Blick zu verlieren, um Vergabeverfahren europarechtskonform durchführen zu können. Insoweit folgt die Entscheidung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und setzt diese auch national um.

Öffentlichen Auftraggebern ist als Konsequenz der Entscheidung anzuraten, bei unwirtschaftlichen Ergebnissen genau zu prüfen, wer in ein nachfolgendes Verhandlungsverfahren einbezogen wird.

Aus dem Kommunalrecht: Möglichkeiten der Finanzierung von Investitionen im Bereich kommunaler Versorgungs- und Entsorgungsaufgaben

1. Optimierung von Investitionen als Ausgangslage

Investitionen im Bereich kommunaler Ver- und Entsorgungsaufgaben kommt eine besondere Bedeutung zu, da sie über das jeweilige Kommunalabgabengesetz dem Kostendeckungsgrundsatz unterworfen sind. Vordringliches Ziel muss es daher sein, im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge eine möglichst kostengünstige und den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Erledigung zu gewährleisten.

Dies setzt voraus, dass bei der Investitionsplanung immer geprüft wird, welche finanziellen Auswirkungen damit auf Gebühren und Beiträge verbunden sind. Wirtschaftliche Betrachtungen stellen daher keinen Widerspruch zur Ver- und Entsorgungssicherheit dar, sondern komplettieren sie.

Wirtschaften bedeutet in diesem Zusammenhang nichts anderes als eine Aufgabenerledigung, die den sparsamen Umgang mit Geld beinhaltet. Hierbei haben sich so genannte Grenzkostenrechnungen sehr bewährt, weil nur die mit den Investitionen in Zusammenhang stehenden zusätzlichen Kosten und Erlöse betrachtet werden. Wirtschaftlichkeitsmaßstab bildet dabei die erhobene Gebühr, so dass im Ergebnis erkennbar wird, ob der Investition eine gebührenerhöhende oder -entlastende Wirkung zukommt.

Maßgeblichen Einfluss hat nämlich die Investition selbst. Diese zu optimieren ist primärer Ansatzpunkt. Erst unter dieser Voraussetzung macht eine weitere Betrachtung der Möglichkeiten der Finanzierung, welche im klassischen Sinne Eigenmittel, Anschlussbeiträge, Fördermittel sowie Förder- und Kommunaldarlehen umfasst, überhaupt Sinn.

Eigenmittel erfassen im Wesentlichen Finanzmittel, welche der kommunale Aufgabenträger der allgemeinen Rücklage entnimmt, sowie Kapitaleinlagen, die durch die Kommunen eingebracht sind.

Aber auch der über den laufenden Tilgungsdienst hinausgehende Anteil an erwirtschafteten Abschreibungserlösen auf das Anlagevermögen, welcher der allgemeinen Rücklage zugeführt wird, kann als Finanzierungsquelle erschlossen werden.

Für die kommunale Ver- und Entsorgung hat die anteilige Finanzierung der Investitionen über Anschlussbeiträge eine erhebliche Bedeutung, da hierüber die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke an den Investitionskosten der öffentlichen Anlage beteiligt werden. Flankierend können wasserwirtschaftliche Investitionen mit Fördermitteln anteilig aus EU-, Bundes- und Landesmitteln bezuschusst werden.

Aber auch an einen bestimmten Investitionszweck gebundene zinsgünstige Förderdarlehen kommen in Betracht. Hier ist zu beachten, dass eine Finanzierung über Darlehen i. d. R. komplementär - also als Ergänzung - erfolgen sollte. Dies gilt auch für das Kommunaldarlehen, das für die öffentliche Hand wegen der günstigen Konditionen nach wie vor am bedeutsamsten ist.

2. Gestaltungsmöglichkeiten von Fremdfinanzierungen

Neben Möglichkeiten der Festzinsgestaltung bieten Banken auch Finanzierungsmodelle auf variabler Basis sowie weitere flankierende Finanzierungsinstrumente an, deren Ziel es ist, den Kommunen die am Kapitalmarkt etablierten Instrumentarien moderner Finanzierungen und ihrer Derivate zugänglich zu machen.

Mit einem Forward-Darlehen kann sich der Kreditnehmer bereits heute den Zinssatz von Darlehen sichern, deren Auszahlung erst zu einem späteren Zeitpunkt gewünscht ist. Diese Finanzierungsform wird im Zusammenhang mit Anschlussfinanzierungen oder geplanten Umschuldungen angewandt.

Bei einem Forward-Swap vereinbaren die Kreditpartner künftige Konditionen für einen noch nicht in Anspruch genommenen Kredit. Dies ist dann vorteilhaft, wenn ein Investitionsdarlehen mit Abschluss der Bauphase in ein längerfristiges Darlehen umgewandelt werden soll und noch nicht realisierte, aber sicher erwartete Beitragseinnahmen in die Umschuldung einfließen.

Bei einer Swaption schreiben die Kommunen bereits heute den zukünftigen Zinssatz fest, haben aber die Wahl, ob diese in den Vertrag eintreten oder nicht. Somit sichern sich die Kommunen Möglichkeiten, an Zinsänderungen zu partizipieren.

Ein Zinscap beinhaltet eine Vereinbarung einer Zinsobergrenze auf einen bestimmten Betrag über eine festgelegte Laufzeit bei einem variablen Darlehen. Hierdurch sichert die Kommune ab, bei steigendem Zins nie mehr als den als Cap vereinbarten Zins zahlen zu müssen.

Bei einem Zinsswap kann die Kommune die Zinslast eines Darlehens reduzieren, indem sie einen Tausch von Zinszahlungen (Festzinssätze gegen variable Zinssätze oder umgekehrt) mit einem zweiten Partner in einer bestimmten Währung für eine bestimmte Laufzeit, bezogen auf einen vereinbarten Kapitalbetrag, vornimmt. Dadurch besteht die Möglichkeit, die Zinslast durch den Tausch von höheren, langlaufenden, festen Zinsen gegen niedrige kurzlaufende, variable Zinsen zu senken.

Der Einsatz von Derivaten hat für Kommunen bei der Gestaltung zukünftiger Finanzierungskosten viele Vorteile. Hinzu tritt, dass Kreditsicherungsgeschäfte, sofern sie sich auf die fortlaufende Kreditbewirtschaftung beziehen, keine Kreditaufnahmen und daher i. d. R. rechtsaufsichtlich nicht genehmigungspflichtig sind. Gleichwohl sollten kommunale Gremien vor dem Hintergrund des Spekulationsverbots Informationsrechte im Sinne einer Kontrollfunktion wahrnehmen.

3. Chancen und Risiken von ÖPP-Modellen

Unter dem Begriff der Öffentlich-Private-Partnerschaften (ÖPP) werden Modelle zusammengefasst, bei denen hoheitliche Aufgabenträger und private Unternehmen eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge zum gegenseitigen Vorteil gemeinsam erledigen. Eine beiderseits vorteilhafte Situation tritt dann ein, wenn der Unternehmer ein einträgliches Geschäft realisiert, während der hoheitliche Aufgabenträger eine öffentliche Leistung erbringt, die er bei entsprechender Qualität nicht kostengünstig allein erbringen könnte. Da diese Modelle weder rechtliches noch wirtschaftliches Neuland sind, sollen im Folgenden nur die beiden häufigsten Formen vorgestellt werden.

Beim Betreibermodell werden private Unternehmen gebunden, die Einrichtungen der Ver- und Entsorgung zu planen, zu bauen, zu finanzieren und zu betreiben. Während der Betreiber das Finanzierungs- und Betriebsrisiko trägt, organisiert der kommunale Partner die rechtlichen Rahmenbedingungen des Anschlusses und der Benutzung der Einrichtungen und refinanziert die Kosten dieses Modells (Betreiberentgelt) über die Gebührenerhebung, welche bei ihm verbleibt. Betreiberverträge werden in der Regel langjährig angelegt und seit Jahren mit unterschiedlichem Erfolg praktiziert.

Beim Kooperationsmodell gründen der Aufgabenträger und der private Partner ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen mit kommunaler Beteiligung von mindestens 51 %. Dieses gemeinsame Unternehmen plant, baut und finanziert. Während der private Dritte selbst oder die Kooperationsgesellschaft die Betriebsführungsgeschäfte erledigt, besorgt der kommunale Partner ähnlich wie beim Betreibermodell die Geschäfte der Einnahmeerwirtschaftung.

Ein wesentlicher Aspekt der Betreiber- und Kooperationsverträge liegt in der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs bei den Investitionskosten begründet, der neben der Einbindung privaten Know-hows einen Finanzierungsvorteil sichern soll. Dieser Vorteil, der letztlich eine Verlagerung der Umsatzsteuer auf die folgenden Nutzungsperioden nach sich zieht, bildet wiederum die Problemseite, wenn der Umsatzsteuerersatz im Zeitablauf steigt. Aber auch ertragssteuerliche Kostenbelastungen sind zu beachten.

Betreiber- und Kooperationsmodelle mit geringerem Erfolg leiden neben Ausschreibungs- und Vergabemängeln oft an konzeptionellen und operativen Fehlern, die bei der Planung und Durchführung der Investitionen beginnen und letztlich in der Wahrnehmung gegenseitiger vertraglicher Pflichten enden.

Daher stellen die eingangs angesprochenen Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen im Vorfeld jeder Investitionsmaßnahme eine unabdingbare Voraussetzung dar, um ein böses Erwachen zu vermeiden.

Aus dem Vergaberecht: Bundesverwaltungsgericht zieht Schlussstrich über den Rechtsweg von unerschwelligen Vergabeverfahren

1. Einleitung

Bei Vergabeverfahren, bei denen die Schwellenwerte überschritten werden, richtet sich der Rechtsschutz nach den Vorschriften der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Werden die Schwellenwerte unterschritten, stellt sich die Frage, welchen Rechtsweg die Bieter einschlagen müssen.

2. Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 2. Mai 2007 (6 B 10.07)

Während in einigen Bundesländern der Verwaltungsrechtsweg für zulässig erachtet wurde, war es in anderen Bundesländern der Zivilrechtsweg. Auch in der Literatur war diese Frage umstritten. Hier wurden auch die bereits in der Rechtsprechung bestehenden Auffassungen vertreten, so dass eine bundeseinheitliche Klärung dieser Rechtsfrage angezeigt gewesen ist. Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht diese Frage mit überzeugenden Argumenten dahingehend entschieden, dass der ordentliche Rechtsweg zu den Zivilgerichten für derartige Verfahren der zulässige Weg ist.

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge werden der Staat bzw. seine Untergliederungen als normaler Nachfrager am Markt tätig. In dieser Rolle unterscheidet er sich nicht von anderen Marktteilnehmern. Regelmäßig gehören die abgeschlossenen Verträge auch dem Privatrecht an, denn hierbei handelt es sich zumeist um Dienst- oder Werkverträge.

In einem Vergabeverfahren trifft daher die öffentliche Hand die Entscheidung über die Abgabe einer privatrechtlichen Willenserklärung. Zudem entsteht mit der Einleitung eines Vergabeverfahrens ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Bieter und Vergabestelle. Aus diesen Gründen und weil die Vergabe öffentlicher Aufträge als ein einheitlicher Vorgang anzusehen sind, ist auch eine Beschwerde in unerschwelligen Vergabeverfahren den ordentlichen Gerichten zugewiesen.

Nicht von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe von Aufträgen zumindest mittelbar auch öffentliche Aufgaben wahrnimmt, denn maßgeblich für die Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht ist nicht das Ziel, sondern die Rechtsform, in der das statliche Handeln erfolgt.

Keiner Bedeutung haben die Richter auch dem Umstand beigemessen, dass die öffentliche Hand bei Vergabeverfahren öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterliegt, welche in dieser Form für Private nicht gelten. Insbesondere auch die haushaltsrechtlichen Bindungen führen zu keiner anderen Beurteilung, denn diese nehmen unmittelbar keinen Einfluss auf das Vergabeverfahren. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich ausschließlich um Innenrecht, welches die öffentliche Hand zu berücksichtigen hat.

3. Fazit

Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes hat in einer bereits seit längerem offenen Frage nunmehr Klarheit geschaffen. Insoweit wurde für das Land Brandenburg die durch das OVG Berlin-Brandenburg (vgl. Beschluss vom 28. Juli 2006; 1 L 59.06) geschaffene Rechtslage bestätigt.