

UPDATE VERGABERECHT

AUSSCHREIBUNG DER GRÜNDUNG EINER ÖPP-GESELLSCHAFT

OLG Rostock, Beschluss vom 30.09.2021, 17 Verg 3/21

Auftraggeber A schrieb „Abfalllogistikleistungen (...), verbunden mit einer Beteiligung des privaten Partners an dem gemeinsamen Unternehmen mit 49 % als öffentlich private Partnerschaft (ÖPP)“ aus. Neben den Abfalllogistikleistungen sollte ein Konzept zum Aufbau eines Gewerbegeschäfts vorgelegt werden. Nach Abgabe indikativer Angebote forderte A die Bieter B und C zur Abgabe eines Angebots auf. Die 1. Angebote beider Bieter sahen für das Gewerbegeschäft die Errichtung einer 100%igen Tochtergesellschaft des gemeinschaftlichen Unternehmens vor. Im 2. Angebot sah C dann, wie mit A verhandelt, die Gründung einer GmbH für das Gewerbegeschäft vor, deren Anteile zu 25,1 % eine 100%ige Tochter des C und zu 74,9 % das gemeinschaftliche Unternehmen halten sollte. Nach Verhandlungsabschluss teilte A dem B mit, den Zuschlag C erteilen zu wollen. B rügte erfolglos u.a. die Anteilsbeteiligung der Tochter der C. Seinem Nachprüfungsantrag wurde stattgegeben. Hiergegen wenden sich A und C mit sofortigen Beschwerden.

Mit Erfolg! Das OLG Rostock hob den Beschluss der Vergabekammer auf und wies den Nachprüfungsantrag der B zurück. Hinsichtlich der 25,1%-Beteiligung der Tochter der C an der zu gründenden GmbH stellt sich das OLG auf den Standpunkt, dass die Gründung einer ÖPP-Gesellschaft nur insoweit ausschreibungspflichtig sei, als sie mit dem öffentlichen Auftrag ein unteilbares Ganzes bilde. Dies sei vorliegend nur hinsichtlich der hoheitlichen Abfalllogistikleistungen der Fall, welche jedoch vollständig durch das gemeinschaftliche Unternehmen erbracht würden. Die gewerbliche Tätigkeit stelle keinen öffentlichen Auftrag, sondern lediglich eine Beteiligung an einem Gewerbeunternehmen, dar. Die an dem rein gewerblichen Unternehmen beteiligte Tochtergesellschaft der C werde insoweit nicht in die Erbringung der ausgeschriebenen hoheitlichen Leistungen eingebunden. Daher sei auch die in der Ausschreibung vorgesehene Beteiligungsquote von 51:49 im Rahmen des öffentlichen Auftrags gewährleistet.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass bei der Ausschreibung von ÖPP-Gesellschaften darauf zu achten ist, inwieweit nach den Vergabeunterlagen mit der Gründung der ÖPP-Gesellschaft ein öffentlicher Auftrag erfüllt werden soll. Falls eine gemeinsame Gesellschaft der Erbringung einer hoheitlichen Aufgabe dienen soll, muss der private Partner in einem förmlichen Vergabeverfahren ausgewählt werden. Nur wenn die ÖPP-Gesellschaft Aufgaben erfüllen soll, die nicht Teil eines öffentlichen Auftrags sind, ist ein solches Vergabeverfahren nicht erforderlich.