

BKC Kommunal-Consult

Kommunal-Consult Gesellschaft mbH

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

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

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

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

auch im Internet unter: www.bkc-kommunal-consult.de



Dienstleister für
Bau- und Kommunal-Consulting
beraten – planen – umsetzen

Informationsbrief 03 / 2005

Trink- und Abwasser

Ausgabe Brandenburg

Dezember 2005

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

- | | |
|-------------------------------|--|
| Aus dem Vergaberecht: | Das Ende der kommunalen Zusammenarbeit durch Beschluss des OLG Naumburg vom 03.11.2005? |
| Aus dem Abwasserabgabenrecht: | Die Sonderregelung zur Verrechnung der Abwasserabgabe läuft zum 31.12.2005 aus: Möglichkeiten und Chancen! |
| Aus dem Vergaberecht: | Weitere Konkretisierung bei der Angebotswertung so genannter Mischkalkulationen durch das OLG Brandenburg |

Aus dem Vergaberecht: Das Ende der kommunalen Zusammenarbeit durch Beschluss des OLG Naumburg vom 03.11.2005?

1. Einleitung

Das OLG Naumburg (Sachsen-Anhalt) hatte die bedeutsame vergaberechtliche Entscheidung zu treffen, inwieweit die Übertragung einer hoheitlichen Aufgabe ausschreibungspflichtig ist. Bislang wurde immer davon ausgegangen, dass es sich bei Aufgabenübertragungen im Rahmen einer Zweckvereinbarung auf Grundlage des Gesetzes über Kommunale Gemeinschaftsarbeit im Land Sachsen-Anhalt (GKG-LSA) um vergaberechtsfreie Geschäfte handelt. Sowohl durch die nationalen Gerichte als auch durch den Europäischen Gerichtshof wurde diese Frage noch nicht abschließend geklärt.

2. Der Beschluss des OLG Naumburg vom 3. November 2005

Das OLG Naumburg hatte den Fall zu entscheiden, dass zwei benachbarte Landkreise die Aufgabe der Abfallbeseitigung gemeinsam wahrnehmen wollten. Zu diesem Zweck übertrug der eine Landkreis dem anderen die Aufgabe der Abfallbeseitigung. Die tatsächliche Einsammlung und Verwertung der Abfälle sollte sodann durch eine Eigengesellschaft des die Aufgabe übernehmenden Landkreises erfolgen. Gegen diese Verfahrensweise wandten sich Unternehmen, welche bislang die Einsammlung und Verwertung der Abfälle in den Landkreisen wahrgenommen hatten.

In seiner Entscheidung kommt das OLG Naumburg zu dem Ergebnis, dass auch eine Übertragung von hoheitlichen Aufgaben dem Vergaberecht unterliegt und damit auch derartige Aufgabenübertragungen ausschreibungspflichtige Vorgänge darstellen. Dabei blieb auch der Einwand, dass dies einen Eingriff in die kommunale Selbstverwaltung darstellt, ohne Erfolg.

3. Beachtung der europäischen Grundlagen zur Ausschreibungspflicht?

Aus unserer Sicht vermag die Begründung des OLG Naumburg nicht zu überzeugen. Grundsätzlich sind hier zwei unterschiedliche Rechtsverhältnisse betroffen, welche auch verschiedenen Rechtsmaterien unterworfen sind.

Die eigentliche Aufgabenzuständigkeit ist dabei von der Durchführung der Aufgabe zu unterscheiden.

Zunächst ist das Rechtsverhältnis der Übertragung der Aufgabe der Abfallbeseitigung zu betrachten. Hierbei handelt es sich um eine originäre Aufgabe, welche den Landkreisen obliegt. Nur diese können entscheiden, ob sie die Aufgabe eigenverantwortlich wahrnehmen wollen oder ob sie die Aufgabe mit der Folge eines vollständigen Wegfalls der Zuständigkeit auf einen Dritten, ebenfalls zur Wahrnehmung derartiger Aufgaben Verpflichteten, übertragen wollen. Dieses Rechtsverhältnis betrifft ausschließlich das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, welches die Grundlage von Aufgabenübertragungen unter hoheitlichen Aufgabenträgern ist.

Das OLG Naumburg argumentiert, dass der die Aufgabe übernehmende Landkreis außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches auftritt und damit als Leistungserbringer einen Markt betritt, auf dem sich andere Unternehmen auch befinden. Hierbei wird jedoch verkannt, dass durch die Aufgabenübertragung auf den Landkreis dieser für die Aufgabe zuständig ist und damit innerhalb seines eigenen Zuständigkeitsbereiches auftritt. Bereits insoweit liegt darin kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB.

Einen entsprechenden Fall der vollständigen Übertragung einer Aufgabe, die einer öffentlichen Körperschaft obliegt, wurde auch durch den Europäischen Gerichtshof nicht entschieden. Vielmehr hatte dieser im Wesentlichen Fallgestaltungen zu beurteilen, in denen es um die Durchführung von hoheitlichen Aufgaben ging, also nicht die eigentliche Aufgabenübertragung betroffen war, so dass aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes kein Anlass bestand, eine derartige Entscheidung zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber zu treffen.

Von dieser Rechtsfrage zu unterscheiden ist die Frage, wie die eigentliche Aufgabenerledigung durchgeführt wird, wer also letztendlich die Abfälle einsammelt und verwertet. Hier handelt es sich in der Tat um einen öffentlichen Auftrag, welcher dem Vergaberecht unterliegt. Möchte der Landkreis diese Aufgabe daher nicht in eigener Verantwortung erledigen, ist er verpflichtet, ein entsprechendes Ausschreibungsverfahren durchzuführen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn er die Aufgabe über eine eigene Organisationseinheit ausführen lässt. Im konkreten Fall sollte die eigentliche Aufgabe durch einen Eigenbetrieb des die Aufgabe übernehmenden Landkreises erfolgen. Unter Beachtung der europäischen Vorgaben stellt dies ein vergaberechtsfreies Eigengeschäft dar, so dass ein Ausschreibungsverfahren entbehrlich sein würde.

4. Zusammenfassung

Wie vorstehend erläutert, kann der Beschluss des OLG Naumburg im Ergebnis nicht überzeugen und begegnet vielmehr verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Gericht verkennt den Regelungsgehalt des GKG-LSA im Sinne einer vollständigen Aufgabenübertragung und damit die Grundlagen einer kommunalen Zusammenarbeit und der kommunalen Selbstverwaltung.

Hier muss differenziert werden zwischen der hoheitlichen Aufgabenübertragung und der eigentlichen Durchführung der Aufgabenerledigung. Während erstere nicht ausschreibungspflichtig sein kann, ist letztgenannte dem Vergaberecht unterworfen.

Da aber im konkreten Fall die Durchführung an ein vollständig kommunales Unternehmen des übernehmenden Landkreises vergeben werden sollte, läge nach der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft vor.

Aus unserer Sicht handelt es sich um ein Urteil, aus dem noch keine grundsätzliche Richtung in der Rechtsprechung erkennbar ist. Zudem sind durch das Urteil bei bestehenden Zweckvereinbarungen und Verbandsgründungen keine Auswirkungen zu erwarten. Gleichwohl wird die zukünftige Aufgabenübertragung von Hoheitsträger innerhalb des Bundeslandes Sachsen-Anhalt dadurch erheblich erschwert. Für diese bleibt nur zu hoffen, dass entweder der Gesetzgeber oder ein höchstrichterliches Urteil diese Fehlinterpretation korrigiert.

Aus dem Abwasserabgaberecht: Die Sonderregelung zur Verrechnung der Abwasserabgabe läuft zum 31.12.2005 aus: Möglichkeiten und Chancen!

1. Einleitung

Mit der Beendigung des Veranlagungsjahres 2005 endet auch die vereinfachte Verrechnungsmöglichkeit der Abwasserabgabe mit den Investitionen nach § 10 Abs. 5 des Abwasserabgabengesetzes (AbwAG) in den Neuen Bundesländern.

Mit dieser Regelung bestand die Möglichkeit, fast alle Investitionen mit der Abwasserabgabe unabhängig von der Einleitstelle zu verrechnen. Der Lenkungs- und Anreizfunktion des Abwasserabgabengesetzes konnte damit entsprochen werden, welches zur wesentlichen Verbesserung eines effizienten Gewässerschutzes führte.

Eine gemeinsame Initiative der Geschäftsstelle Sachsen-Anhalt des Wasserverbandstages und der DWA zur Verlängerung dieser Möglichkeit um weitere fünf Jahre blieb bis dato erfolglos, so dass ab 2006 die besondere Verrechnungsmöglichkeit entfällt. Aus dem Wegfall dieser Möglichkeit resultieren für die Aufgabenträger der Abwasserbeseitigung in der Regel finanzielle Einbußen.

2. Folgen des Wegfalls der erleichterten Verrechnungsmöglichkeit

Zunächst gilt der Wegfall der erweiterten Verrechnung nach § 10 Abs. 5 erst nach dem Veranlagungsjahr 2005. Es gilt also darauf zu achten, für welches Jahr der Abwasserabgabenbescheid gilt. Mit dem Bescheid zum Veranlagungsjahr 2006 kann die Abwasserabgabe für eine bestimmte Einleitstelle auch weiterhin verrechnet werden, wenn die Investitionen im dazugehörigen Entwässerungsgebiet realisiert werden. Die Investitionen der letzten drei Jahre vor Inbetriebnahme der Anlage sind weiterhin zu beachten.

Mit dem Wegfall der Sonderregelung des § 5 Abs. 5 kommt nunmehr die bundeseinheitliche Verrechnungsmöglichkeit des § 5 Abs. 4 und der dazugehörigen Rechtsprechung in Betracht. Hiernach können auch Überleitungen aus Entsorgungsgebieten an eine höherwertige Reinigungsleistung (z. B. zentrale Großkläranlage mit schärferen Überwachungswerten) verrechnet werden, wenn eine einfache Minderung der Schadstofffracht eintritt. In diesem Fall muss die Frachtreduzierung um mindestens 20 % nicht nachgewiesen werden, wenn die Kläranlage, in welche eingeleitet werden soll, eine Erlaubnis nach § 18b WHG und damit § 7a WHG besitzt, was für alle neu errichteten Anlagen der Fall sein dürfte.

3. Möglichkeiten und Chancen aus der Rechtsprechung

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. Januar 2004 zu diesem Thema (9 C 13.03), welches für die Neuen Bundesländer erst ab 2006 relevant wird. Es zeigt die Möglichkeit auf, die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Verrechnung optimal zu nutzen. Konkret lag hier ein häufiger Fall vor, dass technisch getrennte Systeme zu einem Gesamtsystem mit einer zentralen Kläranlage zusammengeführt wurden. Gleichzeitig fielen dadurch Einleitungen weg.

Das Bundesverwaltungsgericht hat dabei entschieden, dass Investitionsaufwendungen für Entwässerungskanäle auch mit solchen Abwasserabgaben verrechnet werden können, die für die Einleitung der aufnehmenden Abwasserbehandlungsanlage geschuldet sind. Das bedeutet, dass die Investitionen nicht nur mit der Abwasserabgabe für die weggefallenen Einleitstellen, sondern auch mit der Abwasserabgabe für das zentrale Klärwerk verrechnet werden kann, obwohl an diesem keinerlei Arbeiten stattfanden. Diese Auslegung des § 5 Abs. 4 erweitert die bis dahin in den Alten Bundesländern praktizierte Möglichkeit der Verrechnung von Investitionen mit der Abwasserabgabe erheblich. Gerade bei der Zusammenführung getrennter oder der Neuorganisation bestehender Systeme kann diese Möglichkeit zu bemerkenswerten Lenkungswirkungen führen.

4. Fazit

Der Wegfall der privilegierenden Möglichkeit der Verrechnung von Investitionen mit der Abwasserabgabe in den Neuen Bundesländern führt zu einer differenzierteren Betrachtung bei der Planung und Realisierung des Investitionsgeschehens in den Abwassersystemen. Die Erfordernis der differenzierten Betrachtung verdeutlicht aber auch, dass weiterhin Potenziale zur Umsetzung von Investitionen im Abwasserbereich eröffnet werden. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes verdeutlicht, dass weiterhin Verrechnungsmöglichkeiten bestehen, welche im Sinne eines nachhaltigen Gewässerschutzes wirken.

Aus dem Vergaberecht: Weitere Konkretisierung bei der Angebotswertung so genannter Mischkalkulationen durch das OLG Brandenburg!

1. Einleitung

Die Problematik der Wertung von Angeboten, denen eine so genannte Mischkalkulation zugrunde liegt, wurde durch den Bundesgerichtshof und das OLG Brandenburg bereits behandelt. In einem neuerlichen Verfahren hatte sich das OLG Brandenburg nunmehr mit einer Vielzahl von Fragen zu beschäftigen, welche in einem unmittelbaren Zusammenhang hierzu stehen. Insoweit dient der Beschluss der weiteren Klärung dieser brisanten Rechtsmaterie.

2. Der Beschluss des OLG Brandenburg vom 13. September 2005

a) Vorliegen einer Mischkalkulation

In dieser Frage, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass insbesondere ungewöhnlich niedrig bepreiste Angebote in einzelnen Leistungspositionen eine widerlegbare Vermutung begründen, dass eine Mischkalkulation vorliegt. Die kann aber gerechtfertigt sein, wenn der Bieter nachweist, dass er die Preise korrekt angegeben hat und sie die ausgeschriebene Leistung vollständig erfassen.

b) Aufklärung der Angebotsinhalte

Besteht eine Vermutung, dass eine Mischkalkulation vorliegt, so ist die Vergabestelle gehalten, eine Aufklärung der Angebotsinhalte herbeizuführen. Dies basiert auf dem Gedanken, dass eine Vermutung nicht genügt, ein Angebot von der Wertung auszunehmen. Vielmehr muss die bestehende Vermutung durch Tatsachen bestätigt werden. Hierbei kann der Bieter aufgefordert werden, die betreffenden Preise und Darlegung der Kalkulationsansätze zu erläutern. Insoweit obliegt dem Bieter eine Mitwirkungsverpflichtung.

c) Art und Umfang der Auskunftserteilung

Auf Grundlage der Mitwirkungspflicht ist der Bieter sodann verpflichtet, Auskunft über sein Angebot und die Kalkulationsgrundlagen zu erteilen. Dieser Verpflichtung kommt er nicht nach, wenn er nur pauschale Behauptungen und ungenügende Erklärungen vorbringt. Auch die Bereitstellung der Angebotskalkulation heilt einen solchen Mangel nicht.

Nach dem Beschluss des OLG Brandenburg ist der Bieter vielmehr verpflichtet, zu den beanstandeten Positionen im Leistungsverzeichnis detailliert Stellung zu nehmen und zu erläutern, wie sich der angebotene Preis zusammensetzt. Kommt ein Bieter dieser Pflicht nach, so ist die Vermutung, er habe unvollständige Preise angeboten, da Kostenverlagerungen in andere Positionen erfolgten, ausgeräumt.

d) Einheitspreise unter Einstandspreisen

Bedeutsam ist auch, dass es das Gericht für zulässig erachtet, dass Preise unterhalb von Einstandspreisen angeboten werden können. Solange der Bieter einen nachvollziehbaren Grund für eine derartige Vorgehensweise darlegen kann, führt ein solches Verhalten nicht unmittelbar zum Ausschluss eines Angebotes. Hier wird es durch das Gericht für zulässig erachtet, dass beispielsweise der Verzicht auf Kostendeckung aus Gründen der Kapazitätsauslastung oder die Absicht, sich einen Marktzutritt zu verschaffen, ausreicht.

e) Spekulationspreise

Auch die Frage von Spekulationspreisen wurde durch das Gericht geprüft. Spekulationspreise liegen vor, wenn der im Leistungsverzeichnis eingetragene Preis nicht ausreicht, um den mit der einzelnen Leistung verbundenen Aufwand zu decken. Hier kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass solche Spekulationspreise nicht per se unzulässig sind, insbesondere stellen sie keine unvollständigen Preise dar. Spekulationspreisen kann eine Vergabestelle nicht durch einen Ausschluss in der ersten Stufe der Wertung begegnen. Hier ist die Vergabestelle gehalten, in den weiteren Wertungsstufen auf derartige Angebote zu reagieren.

3. Zusammenfassung

Die Problematik von Mischkalkulationen bereitet der Praxis immer noch Probleme. Durch den Beschluss des OLG Brandenburg werden die Fragen der Beweislast für das Vorliegen einer Mischkalkulation sowie Art und Umfang der Auskunftspflicht der einzelnen Bieter definiert.

Zu beanstanden ist lediglich, dass keine klare Abgrenzung zwischen Mischkalkulation und Spekulationsangeboten vorgenommen wird. Regelmäßig wird ein Spekulationsangebot im Wege einer Mischkalkulation ermittelt, so dass hier eine potenzielle Abgrenzungsproblematik besteht. Hier wäre zu wünschen gewesen, dass sich das Gericht, ähnlich wie bei den anderen Fallfragen, klarer und deutlicher positioniert.