



Errichtung und Betrieb Parkhaus sowie Ertüchtigung Friedhofsgebäude

- *vergabe- und beihilferechtliche Aspekte* -

Rechtsanwalt Dr. Andreas Kersting

www.baumeister.org



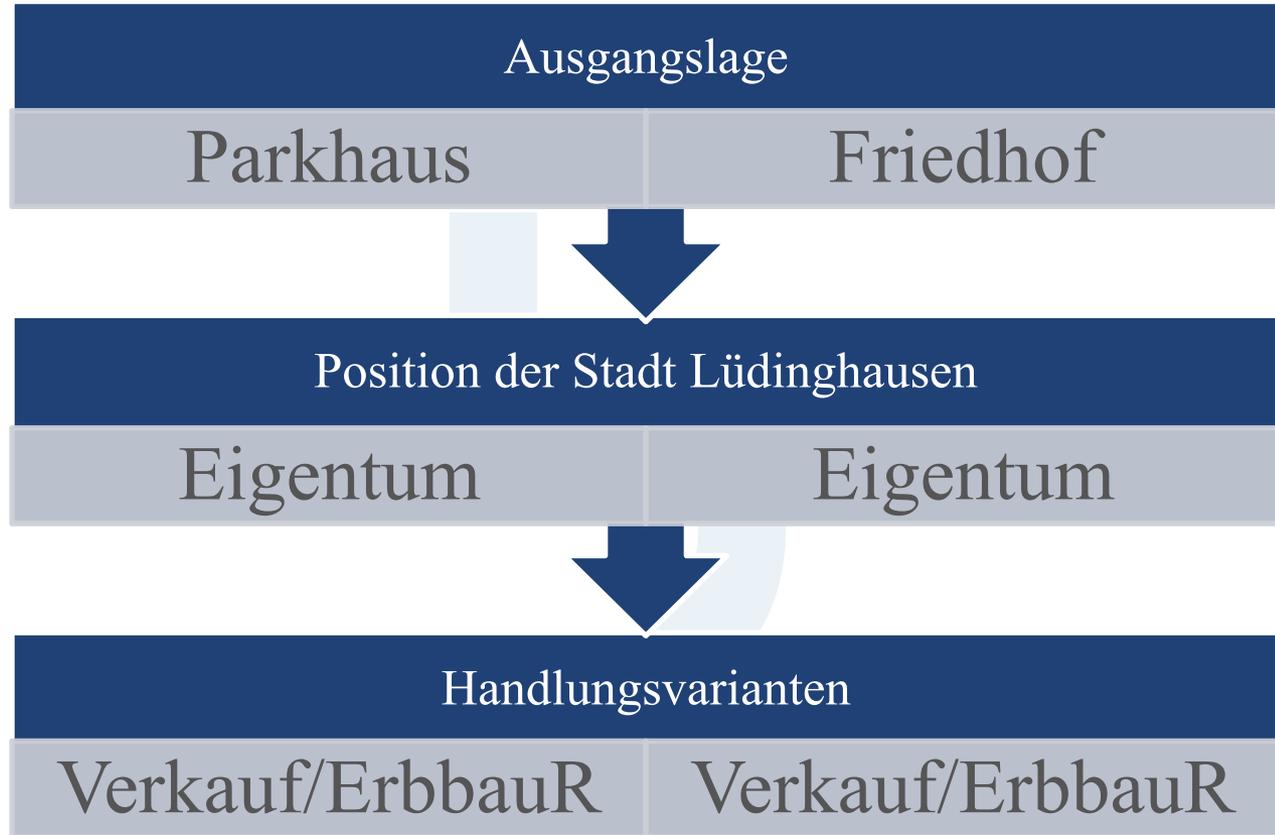
Überblick

Teil 1:

Rechtliche Anforderungen an Errichtung und Betrieb eines Parkhauses

Teil 2:

Rechtliche Anforderungen an die Ertüchtigung der Friedhofsnebengebäude in Seppenrade



Errichtung und Betrieb eines Parkhauses

Vergaberecht

- Abgrenzung Bauauftrag Konzession
- Ober- oder Unterschwellenrecht

Beihilferecht

- Grundsätze für Verkauf und Erbbaurecht
- Kommissionsmitteilung

Vorüberlegungen

Um das öffentliche Bedürfnis an innerstädtischem Parkraum zu befriedigen, beabsichtigt die Stadt Lüdinghausen ein Parkhaus errichten zu lassen. Es sollen insgesamt ca. 130 Stellplätze geschaffen werden.

Erste Vorüberlegungen und Vorplanungen haben ergeben, dass für die Errichtung des Parkhauses Kosten in Höhe von ca. **2.400.000 bis 2.600.000 Euro brutto** anfallen könnten.

Es ist nicht beabsichtigt, das Parkhaus selbst zu bewirtschaften.

Überlegungen:

- die Errichtung und
- spätere Bewirtschaftung an einen Dritten zu vergeben
- Erbbaurecht an dem Parkhausgrundstück
- *alternativ* Verkauf des Grundstücks an Investor

vergaberechtsfreies Grundstücksgeschäft

oder

Baukonzession im Sinne des § 105 GWB

bzw. im Falle des Unterschreitens der EU-Schwellenwerte als Baukonzession im Sinne von § 23 VOB/A

Bei einem **öffentlichen Bauauftrag** besteht die Leistung des Auftragnehmers in der Erbringung von **Bauleistungen**, die der öffentliche Auftraggeber haben möchte, weil sie ihm **unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen** sollen.

Ein im allgemeinen Interesse liegendes öffentliches Ziel wie etwa die **städtebauliche Entwicklung genügt nicht**, um ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse einer Kommune zu begründen.

Ein öffentlicher Bauauftrag setzt voraus, dass der Auftragnehmer eine nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaats **einklagbare Verpflichtung zur Erbringung einer Bauleistung** eingeht.

In § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB

Baukonzession entgeltlicher Vertrag, mit dem der Konzessionsgeber ein Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betraut, die Gegenleistung dabei jedoch entweder allein im Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

§ 105 Abs. 2 GWB, in Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks auf den Konzessionsnehmer über.

(+) wenn unter normalen Betriebsbedingungen **nicht gewährleistet** ist, dass der Investitionsaufwand oder die **Kosten** für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen **wieder erwirtschaftet werden können** und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt

Baukonzession nur dann anzunehmen, **wenn der Vorgang aus Sicht des Auftraggebers einen Beschaffungsbezug aufweist**. Der öffentliche Auftraggeber muss ein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an der zu vergebenden Leistung haben.

Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 105 GWB, Rn. 9

Beispiel:

Infrastrukturprojekte, wie z.B. *Parkhäuser*

Dicks, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht,
4. Auflage 2016, § 105 GWB, Rn. 6



§ 2 Berechnung des geschätzten Vertragswerts (1)

(3) Bei der Berechnung des geschätzten Vertragswerts geht der Konzessionsgeber von dem **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, und
2. für Lieferungen, die mit diesen Bau- oder Dienstleistungen verbunden sind.

....

§ 2 Berechnung des geschätzten Vertragswerts (2)

(4) Der Konzessionsgeber **berücksichtigt** dabei nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls insbesondere

2. die **Einkünfte aus Gebühren oder Entgelten** sowie Geldbußen oder Vertragsstrafen, die von den Nutzern der Bauwerke oder Dienstleistungen gezahlt werden, soweit diese nicht im Auftrag des Konzessionsgebers erhoben werden,

3. die **Zahlungen des Konzessionsgebers** oder jeder anderen Behörde an den Konzessionsnehmer oder weitere finanzielle Vorteile jedweder Art, einschließlich Gegenleistungen für die Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen sowie staatlicher Investitionsbeihilfen,

4. den **Wert von Zuschüssen** oder sonstigen finanziellen Vorteilen jeglicher Art, die von Dritten für die Durchführung der Konzession gewährt werden,

EUROPÄISCHE KOMMISSION

Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union

2016/C 262/01 vom 19.07.2016

76. Anhand des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten soll geprüft werden, ob der **Staat einem Unternehmen einen Vorteil gewährt** hat, indem er sich in Bezug auf eine bestimmte Transaktion nicht wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter verhalten hat. In diesem Zusammenhang ist **nicht von Belang**, ob die Maßnahme für die öffentliche Stelle ein vernünftiges Mittel zur Verfolgung von **Gemeinwohlzielen** (wie Beschäftigung) darstellt.

Rnrn. 89 ff.

Verkauf und Kauf von Vermögenswerten, Waren und Dienstleistungen (oder andere vergleichbare Transaktionen) in wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren.

Das Ausschreibungsverfahren muss wettbewerblich sein, damit alle interessierten und qualifizierten Bieter teilnehmen können.

BMWi-EA 6 Juni 2016

Bietverfahren: Es spielt dann keine Rolle, ob vor dem Bietverfahren eine andere Bewertung des Gebäudes oder des Grundstücks existierte, z.B. für Buchungszwecke oder um ein beabsichtigtes erstes Mindestangebot bereitzustellen. Nach der Mitteilung garantiert ein solches Bietverfahren, dass der Verkauf keine staatliche Beihilfe enthält.

Rn. 96

Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen **kaufen**, sollten jegliche besondere Ausschreibungsbedingungen diskriminierungsfrei sein und in einem engen und objektiven Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand und dem jeweiligen wirtschaftlichen Ziel der Ausschreibung stehen. Sie sollten ermöglichen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht. ...

Rnrn. 101 ff.: Andere Bewertungsmethoden

Beim **Verkauf von Grundstücken** reicht grundsätzlich ein **vor den Verkaufsverhandlungen eingeholtes Gutachten** eines unabhängigen Sachverständigen aus, um auf der Grundlage allgemein anerkannter Marktindikatoren und Bewertungsstandards den Marktwert zu ermitteln. ...

Vergaberechtliche Vorgaben

- Ausschreibung als Baukonzession
- EU-weit oder national, abhängig vom Schwellenwert

Beihilferechtliche Anforderungen

- wettbewerblicher, transparenter, diskriminierungsfreier und bedingungsfreier Wettbewerb
- Ermittlung der Marktpreise durch den Wettbewerb

Ausschreibung Parkhaus Stadt Lüdinghausen Bewertungsmatrix



Oberkriterium			Kriterium			Anteil an der Gesamtwertung	Bewertungsbasis (Punkte ungewichtet)	Anmerkungen zur Bewertungsbasis	Gesamtwertung unter Berücksichtigung der Gewichtung
Nr.	Beschreibung	%-tuale Gewichtung	Nr.	Beschreibung	%-tuale Gewichtung				
1	Grundstückskaufpreis	15%		Grundstückskaufpreis (netto)	100%	15%		Angebot i.H.v. über 25 % > Mio € = 6 Pkt. Angebot i.H.v. über 20 % bis zu 25 % > 4,5 Mio € = 5 Pkt. Angebot i.H.v. über 15 % bis zu 20 % > Mio € = 4 Pkt. Angebot i.H.v. über 10 % bis zu 15 % > Mio € = 3 Pkt. Angebot i.H.v. über 5 % bis zu 10 % > Mio € = 2 Pkt. Angebot i.H.v. bis zu 5 % > Mio € = 1 Pkt. Angebot i.H.v. Mio. € = 0 Pkt.	0,00
Gesamt						15%	0,00		0,00
2	Nebenkosten	15%		Höhe Kostenübernahme Nebenkosten	100%	15%		Angebot i.H.v. über 25 % > Mio. € = 6 Pkt. Angebot i.H.v. über 20 % bis zu 25 % > Mio. € = 5 Pkt. Angebot i.H.v. über 15 % bis zu 20 % > Mio. € = 4 Pkt. Angebot i.H.v. über 10 % bis zu 15 % > Mio. € = 3 Pkt. Angebot i.H.v. über 5 % bis zu 10 % > Mio. € = 2 Pkt. Angebot i.H.v. bis zu 5 % > Mio. € = 1 Pkt. Angebot i.H.v. Mio. € = 0 Pkt.	0,00
Gesamt						15%	0,00		0,00
3	Betreiberkonzept	20%		Betreiberkonzept	100%	20%		Bewertung 0-5 Punkte	0,00
Gesamt						20%	0,00		0,00
4	Städtebauliches/ architektonisches Konzept	25%	4.1	Entwurfsbestimmende Grundidee	25%	6%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			4.2	Einbindung in das Umfeld, insbesondere in Natur und Landschaft, einschließlich Stadtbildverträglichkeit (Baumassen, Bauhöhen, Formgebung, Architektur)	25%	6%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			4.3	Funktionalität und Umfeldverträglichkeit der Erschließung, einschl. des ruhenden Verkehrs	25%	6%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			4.4	Verwendung qualitativ hochwertiger, innovativer Materialien und Baustoffe	15%	4%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			4.5	Verteilung der Baumassen und der Maßstäblichkeit	10%	3%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
Gesamt						25%	0,00		0,00
5	Sicherheiten/ Finanzierungskonzept	15%	5.1	Qualität des Finanzierungskonzeptes (Schlüssigkeit, Tragfähigkeit)	50%	8%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			5.2	Verbindlichkeit des Finanzierungskonzeptes (Finanzierungszusagen, Grad der Verbindlichkeit)	50%	8%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
Gesamt						15%	0,00		0,00
6	Vertragskonzept	10%	6.1	Grad der Bauverpflichtung	40%	4%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			6.2	Ausgestaltung der Rücktrittsmöglichkeiten	40%	4%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			6.3	Ausgestaltung des Vorkaufsrechtes im Rückkaufsfall	10%	1%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
			6.4	Vertragsstrafen	10%	1%		Bewertung durch Punktsystem nach "Noten" ¹	0,00
Gesamt						10%	0,00		0,00
Gesamt						100%	0,00		0,00

Sicherung der städtischen Interessen durch:

- Dienstbarkeiten,
- Vertragsstrafen,
- Rücktrittsrechte,
- Heimfall (bei Erbbaurecht),
- planungsrechtliche Vorgaben,
-

Rn. 95

Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen **verkaufen**, ist das **höchste Angebot das einzige maßgebliche Kriterium** für die Auswahl des Käufers, wobei auch den geforderten vertraglichen Vereinbarungen (zum Beispiel einer Garantie des Verkäufers oder anderer nach dem Verkauf eingreifender Verpflichtungen) Rechnung zu tragen ist.

Teil 2: Rechtliche Anforderungen an die Ertüchtigung der Friedhofsnebengebäude in Seppenrade

Vergaberecht

- Abgrenzung Bau- oder Dienstleistungskonzession
- Ober- oder Unterschwellenrecht

Beihilferecht

- Grundsätze für Verkauf und Erbbaurecht
- Kommissionsmitteilung

Teil 2: Rechtliche Anforderungen an die Ertüchtigung der Friedhofsnebengebäude in Seppenrade

Abgrenzung Baukonzession von Dienstleistungskonzession

- klare Abgrenzung zwischen Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen häufig nicht möglich
- bei Mischformen muss entschieden werden, welche Regelungen gelten sollen
- Vertragsnatur ist nach dem **Hauptgegenstand** bzw. dem Schwerpunkt des Vertrages festzulegen (§ 110 Abs. 1 GWB)

Teil 2:
Rechtliche Anforderungen an die Ertüchtigung
der Friedhofsnebengebäude in Seppenrade

Abgrenzung Baukonzession von Dienstleistungskonzession

Schwerpunkt der Leistung in der Erbringung der Dienstleistungen auf dem Friedhof und nicht in der Sanierung des Friedhofsnebengebäudes

„Vom Dienstleister zu erbringenden Instandsetzungs- und Unterhaltungsmaßnahmen gegenüber der weiteren Verpflichtung, die Leichenhalle zu betreiben, nur von untergeordneter Bedeutung!“

**VG Münster, Beschluss vom 09. März 2007 – 1 L
64/07 –, Rn. 11**

Vergaberechtliche Vorgaben

- Dienstleistungskonzession nicht EU-weit, da Schwellenwert unterschritten
- keine nationale VOL/A
- *aber:* zur Wahrung der Grundfreiheiten wettbewerbliches Verfahren notwendig

Beihilferechtliche Anforderungen

- wettbewerblicher, transparenter, diskriminierungsfreier und bedingungsfreier Wettbewerb
- Ermittlung der Marktpreise

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Andreas Kersting
Rechtsanwalt

Baumeister Rechtsanwälte mbB
Kettelerscher Hof
Königsstraße 51-53
48143 Münster

Tel.: 0251 48488-64

Fax: 0251 48488-69

E-Mail: a.kersting@baumeister.org