

dass eine andere Vorgehensweise nicht eine andere rechtliche Einordnung bewirken kann. Denn auch in dieser Fallgestaltung ergibt sich aus der Summe der einzelnen Zulassungen das dadurch angestrebte Ziel, nämlich eine einheitliche Marktveranstaltung. Es muss für die Beurteilung dementsprechend eine Gesamtbetrachtung maßgeblich sein.

Eine unterschiedliche Beurteilung führte zu dem Ergebnis, dass das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession davon abhängt, in welcher Variante die öffentliche Hand vorgeht, nämlich mittels Übertragung der Durchführung des Weihnachtsmarktes auf einen Dritten als Veranstalter oder durch Veranstaltung in Eigenregie und Zulassung der einzelnen Marktbeschicker.

In der Konsequenz hätte dann die öffentliche Hand die Möglichkeit, die Anwendung der Richtlinie eigenständig zu steuern und zu umgehen, was mit dem Willen des Gesetzgebers unvereinbar ist. Der Ansicht des BMWi und des Deutschen Städtetages ist insoweit nicht zuzustimmen.

Schwellenwert

Für die Frage der Anwendung des 4. Teils des GWB ist das Erreichen oder Überschreiten des Schwellenwertes maßgeblich. Wie bereits oben ausführlich beschrieben, ist bei dessen Berechnung in objektiver Methodik der voraussichtliche Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer heranzuziehen, den der Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit als Gegenleistung erzielt.

Dementsprechend ist hier der Ansicht des BMWi und des Deutschen Städtetages zuzustimmen, dass der Gesamtumsatz nicht den hohen EU-Schwellenwert erreichen dürfte. Als Gesamtumsatz dürfte hier nicht der gesamte von allen Marktbeschickern zu erzielende Warenumsatz anzusehen sein, sondern der Einzelumsatz.

Allgemeine Ausnahmen

In Bezug auf die Argumentation des BMWi und des Deutschen Städtetages bezüglich des allgemeinen Ausschlussgrundes nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, weshalb diese Meinung als nicht zutreffend angesehen wird.

Verhältnis zum Gewerberecht

Tritt die Kommune als Veranstalterin auf, so können die Märkte gleichfalls festgesetzt werden mit der Folge, dass diese dann den gleichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterfallen wie festgesetzte Märkte für private Veranstal-

ter. Sind Gemeinde und Festsetzungsbehörde identisch, fehlt es grundsätzlich an dem Merkmal der Außenwirkung für den Verwaltungsakt, was allerdings unschädlich ist, weil dieser durch die Einordnung als intrakorporative Maßnahme einerseits und externe implizierende Maßnahme andererseits als dingliche Allgemeinverfügung bewertet wird und damit zu keiner anderen Bewertung führt. Daher ist auch insoweit auf das oben Gesagte zu verweisen.

Fazit

Die Veranstaltung eines Marktes, Weihnachtsmarktes oder eines Volksfestes

wird unabhängig davon, ob die Kommune ein oder mehrere Unternehmen mit der Durchführung beauftragt oder selbst als Veranstalterin agiert, als Dienstleistungskonzession nach der EU-Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU zu qualifizieren sein. Allerdings dürften vielfach die Schwellenwerte nicht erreicht werden. Dies lässt das Erfordernis einer öffentlichen Ausschreibung, in Grenzgebieten auch einer europaweiten Ausschreibung, jedoch nicht entfallen, da nur insoweit der Geltung der Grundfreiheiten, die eine transparente und nachvollziehbare Auswahlentscheidung erfordern, Rechnung getragen wird.

Ein minimaler Freiraum

Wann die Mindestsätze der HOAI nicht gelten und was dabei zu beachten ist



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Die Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sind eine Art Firewall. Sie schützen den Auftragnehmer ebenso wie den Auftraggeber vor Dumpingpreisen. Gleichwohl wird immer wieder versucht diese Hürde einzureißen, mal von dem einen, mal von dem anderen. Dabei sieht die HOAI selbst vor, dass die Firewall manchmal „ausgeschaltet“ ist. In diesen, nicht immer klar definierten Fällen, sind verschiedene Dinge zu beachten.

Das Ziel der HOAI

Treffender als es der Bundesgerichtshof (BGH) in seiner Entscheidung vom 24.4.2014 (VII ZR 164/13) formuliert hat, kann man es nicht sagen. Demnach hat die gesetzliche Regelung den Zweck, zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen. Wörtlich führt der BGH aus:

„Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelten, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und

Unternehmer beeinträchtigen würde (...). Der damit verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit eines Architekten stellt ein legitimes gesetzgeberisches Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss (BVerfG, BauR 2005, 1946, 1948 =NZBau 2006, 121). Für Ingenieure gilt Entsprechendes.“

Weiter betont der BGH:

„Diese Ermächtigung lässt keine Regelung in der Honorarordnung zu, nach der das Honorar frei unterhalb des aus-



kömmlichen Honorars vereinbart werden kann, obwohl kein Ausnahmefall vorliegt. Denn damit würde der Zweck des Gesetzes verfehlt, Architekten und Ingenieure vor einem ruinösen Wettbewerb zu schützen, der sich auf die Qualität der Leistung auswirken kann. Eine derartige Regelung liegt nicht nur vor, wenn das Honorar frei unterhalb des Mindesthonorars verhandelt werden kann, sondern auch dann, wenn diejenigen-Faktoren ausgehandelt werden können, die die Berechnung des Mindesthonorars bestimmen.[...]

Es geht und ging nicht darum, den Planern das Auskommen zu sichern, sondern vielmehr darum, den Leistungswettbewerb zu fördern.

Die Regelung im BGB

Viele Auftraggeber und Auftragnehmer schauen immer nur in die HOAI. Dabei vergessen sie oft, dass auch das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) zur Vergütung eine wichtige Regelung enthält, nämlich:

§ 632 BGB – Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Hieraus ergibt sich für den Regelfall des Planungsauftrags, dass

- der Auftraggeber davon ausgehen muss, dass der Planer zu Recht Honorar verlangen wird,
- sich das Honorar aus der HOAI ergibt, sofern Grundleistungen beauftragt sind,
- das Honorar für alle anderen Leistungen (nicht Grundleistungen) in Höhe der (orts-)üblichen Vergütung zu zahlen sein wird.

Für den Planer gilt, er hat, sofern keine Ausnahmefälle vorliegen, immer das Recht auf ein Honorar. Einzige Voraussetzung ist, dass er beauftragt ist.

Die Bestimmungen der HOAI sind eindeutig

Die wichtigsten Bestimmungen zum Honoraranspruch sind in § 7 geregelt.

§ 7 HOAI – Honorarvereinbarung

(1) Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.

Über die drei Bedingungen

- a) schriftlich (§ 126 BGB)
- b) bei Auftragserteilung
- c) zwischen Mindest- u. Höchstsatz und die Anforderungen daran ist schon häufig berichtet worden. Trifft eine dieser drei Bedingungen nicht zu, dann gilt:

§ 7 HOAI – Honorarvereinbarung

(5) Sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist, wird unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind.

Diese Vorschrift ist nichts anderes als die vormalige Mindestsatzfiktion („gelten als vereinbart“). Das heißt, der Planer kann/muss in den Fällen, in denen eine der drei Bedingungen nicht zutrifft, nach den Mindestsätzen abrechnen. Einen anderen Weg gibt es nicht. Es sei denn, es liegt ein Ausnahmefall vor.

Denn in der HOAI ist auch geregelt:

§ 7 HOAI – Honorarvereinbarung

(3) Die in dieser Verordnung festgesetzten Mindestsätze können durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden.

Eine „schriftliche“ Vereinbarung ist unerlässlich (s. § 126 BGB). Ob sie bei Auftragserteilung geschlossen sein muss, ist umstritten. Zwar verlangt dies der BGH in ständiger Rechtsprechung, in der Literatur werden vereinzelt aber anderslautende Meinungen vertreten (z.B. Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechts-Kommentar, 1. Auflage 2015, § 7 Rn. 142 ff.). Die Meinung, dass es für die Wirksamkeit der Vereinbarung auf den Zeitpunkt unbedingt ankomme (BGH Urteil vom 9.7.1987 – VII ZR 282/86; Korbion/Mantschew/Vygen, Kommentar zur HOAI, 9. Auflage 2016, § 7 Rn. 53) und andernfalls gem. § 7 Abs. 5 nach den Mindestsätzen abzurechnen sei, überwiegt aber deutlich.

Die Ausnahmefälle

Um welche Ausnahmefälle es sich handelt, bei deren Vorliegen das Honorar unterhalb der Mindestsätze wirksam ver-

einbart werden kann, ergibt sich zum einen aus der HOAI selbst und zum anderen aus den Festlegungen des BGH.

Ausnahme 1: § 7 Abs. 2 HOAI

§ 7 HOAI – Honorarvereinbarung

(2) Liegen die ermittelten anrechenbaren Kosten oder Flächen außerhalb der in den Honorartafeln dieser Verordnung festgelegten Honorarsätze, sind die Honorare frei vereinbar.

Dies ist der einfachste Fall, der leicht zu prüfen ist. Ist ein Honorar unterhalb der Mindestsätze nicht schriftlich und bei Auftragserteilung vereinbart worden, so gilt die getroffene Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 1 HOAI). Ist gar keine Honorarvereinbarung getroffen worden, gilt § 632 BGB (übliche Vergütung).

Ausnahme 2: § 44 Abs. 7 HOAI

§ 44 HOAI – Honorare für Grundleistungen bei Ingenieurbauwerken

(7) Steht der Planungsaufwand für Ingenieurbauwerke mit großer Längenausdehnung, die unter gleichen baulichen Bedingungen errichtet werden, in einem Missverhältnis zum ermittelten Honorar, ist § 7 Absatz 3 anzuwenden.

Aus der amtlichen Begründung geht hervor, dass der Ordnungsgeber die Planung solcher Bauwerke aus Ausnahmefall i.S. des § 7 Abs. 3 HOAI betrachtet. Betroffen sein sollen z.B. Deiche und Kaimauern.

Neben den in § 44 Abs. 7 HOAI genannten Bedingungen müssen also auch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 HOAI erfüllt sein.

Zu den einzelnen Bedingungen des § 44 Abs. 7 HOAI (große Längenausdehnung, gleiche bauliche Bedingungen, Missverhältnis zwischen Aufwand und Honorar) ist in dieser Zeitschrift bereits geschrieben worden. In der Praxis ist kein Fall vorstellbar, in denen diese Bedingungen tatsächlich alle erfüllt sein können und dies dann bei Auftragserteilung schriftlich vereinbart werden kann.

Gleichwohl suchen Auftraggeber und Auftragnehmer im Wettbewerb häufig ihr Glück durch Anwendung dieser Vorschrift. Dies führt dann regelmäßig zu vergaberechtlichen Problemen, die letztlich beide Parteien treffen (s.u. Angebote unterhalb der Mindestsätze).

Eine gleichlautende Vorschrift wie in § 44 Abs. 7 HOAI liegt auch in § 52 Abs. 5 HOAI bei der Tragwerksplanung

und in § 56 Abs. 6 HOAI bei der Technischen Ausrüstung vor. Die Begründungen des Verordnungsgebers sind jeweils gleich.

Weitere Ausnahmen

Der BGH hat mit Urteil vom 27.10.2011 (VII ZR 163/10) entschieden:

„(Es) können alle die Umstände eine Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigen, die das Vertragsverhältnis in dem Sinn deutlich von den übrigen Vertragsverhältnissen unterscheiden, dass ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar angemessen ist. Das kann der Fall sein, wenn die vom Architekten oder Ingenieur geschuldete Leistung nur einen besonders geringen Aufwand erfordert, sofern dieser Umstand nicht schon bei den Bemessungsmerkmalen der HOAI zu berücksichtigen ist. Ein Ausnahmefall kann ferner beispielsweise bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder sonstigen besonderen Umständen gegeben sein.“

Der BGH handhabt diese von ihm selbst formulierten Möglichkeiten eines Ausnahmefalls äußerst restriktiv. Es ist also große Vorsicht geboten bei z.B. einer Behauptung, man arbeite schon lange zusammen und dürfe deshalb die Mindestsätze unterschreiten. Dem ist nicht so.

Ausnahme 3: Enge persönliche Beziehung

Das sind keine freundschaftlichen Umgangsformen sondern enge Beziehungen z.B. zwischen Eltern und Kindern oder unter Geschwistern, aber auch z.B. enge Freundschaften (OLG Celle, Urteil v. 24.7.2003 – 14 U 19/03). In diesen Fällen ist zu prüfen, ob ein Ausnahmefall vorliegt. „Duzen“ reicht jedenfalls nicht aus (BGH, Urteil v. 15.4.1999 – VII ZR 309/08).

Ausnahme 4: Soziale Beziehung

Hierzu liegen keine weiteren Informationen vor. Ob sich hier überhaupt eine Abgrenzung zur „engen persönlichen Beziehung“ herleiten lässt, ist in der Literatur umstritten.

Ausnahme 5: Enge wirtschaftliche Beziehung

Hierzu führt der BGH in der bereits erwähnten Entscheidung aus:

„Ein Ausnahmefall in Form enger wirtschaftlicher Beziehung kann nicht allein daraus hergeleitet werden, dass ein Ingenieur als Nachunternehmer über längere Zeit eine Vielzahl von Aufträgen zu einem

unter dem Mindestsatz liegenden Pauschalhonorar ausführt“

(BGH, Urteil v. 27.10.2011 – VII ZR 163/10).

Vielmehr muss für den Auftraggeber eine Sicherheit und Stabilität verbunden sein, die die Annahme des Ausnahmefalls bestätigt. Wenn also z.B. ein Subunternehmer immer nur einen einzigen Auftraggeber hat und seine Existenz von ihm abhängig ist, dann kann ein Ausnahmefall vorliegen.

Eine solche enge wirtschaftliche Beziehung wird man auch bei einer Mehrheitsbeteiligung des Auftraggebers am Auftragnehmer sowie bei einem Auftragsverhältnis von Mutter-/Tochtergesellschaften annehmen können.

Ausnahme 6: Außergewöhnlich geringer Planungsaufwand

Dieses vom BGH aufgegriffene Argument ist äußerst umstritten. Zum einen widerspricht es der Aufwandsneutralität der HOAI. Das Preisrecht berücksichtigt nämlich grundsätzlich nicht, ob ein Honorar im konkreten Fall auskömmlich ist oder nicht oder ob der Aufwand für die Auftragsbearbeitung hoch oder niedrig ist.

Zum anderen ist nicht definiert, was unter einem „außergewöhnlich geringen Planungsaufwand“ zu verstehen ist bzw. wann ein Aufwand außergewöhnlich gering ist.

Hierzu wäre zunächst zu bestimmen, wie hoch er denn gewöhnlich ist. Zudem kann dieser Ausnahmefall nur dann vorliegen, wenn der „gering(ere) Aufwand“ nicht bereits über andere Honorarparameter der HOAI abgebildet ist. Das ist z.B. die Honorarzone, aber das sind z.B. auch die Bestimmungen des § 11 Abs. 2 ff. HOAI. In der Praxis dürfte ein solcher Ausnahmefall nur sehr selten vorliegen.

Sind Angebote unterhalb der Mindestsätze zulässig?

Bekanntlich werden in der Praxis häufig Angebote angefragt, bei denen in der Anfrage bereits die Unterschreitung der Mindestsätze „nahegelegt“ wird. Es werden aber ebenso häufig Angebote abgegeben, die tatsächlich und wissentlich unterhalb der Mindestsätze liegen.

Nach der Entscheidung des OLG Hamm (BauR 1988, 366) ist ein Angebot standesrechtlich und wettbewerbsrechtlich als anstößig und unlauter zu bezeichnen, wenn ein Planer sich bewusst über die Bestimmungen der HOAI hinwegsetzt und sich auf diese Weise einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern verschafft und verschaffen will.

Weiß der Auftraggeber um die Unterschreitung des Mindestsatzes oder musste er davon wissen, muss er das betreffende Angebot aus vergaberechtlichen Gründen von der Wertung ausschließen. Zumindest muss er Aufklärung verlangen. Zeigt sich dann, dass der Auftraggeber z.B. mit einem eingeschränkten Leistungsangebot (das zur Unterschreitung der Mindestsätze geführt hatte) einverstanden ist, muss er nach dem unbedingten Gleichbehandlungsgrundsatz allen Bietern Gelegenheit geben ihr Angebot zu verändern.

In einem Fall hatte ein Bieter mit Hilfe des sog. „Längenfaktors“ (Reduzierung des Honorars auf der Grundlage des § 44 Abs. 7 HOAI, s.o.) sein Honorar so gemindert, dass es unterhalb der Mindestsätze lag. Der Auftraggeber wollte hierauf den Zuschlag erteilen. Daraufhin rief der unterlegene Bieter die Vergabekammer an. In IBRRS 2014, Seite 2124 bzw. VPRRS 2014, Seite 463 ist hierzu ein Beitrag von Rechtsanwältin Dr. Wiebke Mund, Hamburg veröffentlicht, die einen entsprechenden Beschluss der VK Brandenburg vom 25.6.2014 (VK 6/14) wie folgt zusammenfasst:

„§ 44 Abs. 7 i.V.m. § 7 Abs. 3 HOAI

Unwägbarkeiten darüber, ob ein Bieter Minderungsregelungen der HOAI überhaupt in Betracht zu ziehen hat, sind vom Auftraggeber für das jeweils ausgeschriebene Planungsvorhaben in den Vergabeunterlagen mitzuteilen. Die entsprechende Einschätzung des Auftraggebers hat sachlich begründeten Erwägungen Rechnung zu tragen.“

(Quelle: id Verlags GmbH).

In dem zugrunde liegenden Beschluss hat die VK Brandenburg Folgendes entschieden:

„1. Dem Auftraggeber wird untersagt, den Zuschlag auf der Grundlage seiner bisherigen Wertung an die Beigeladene zu erteilen. Dem Auftraggeber wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.“

Die Beigeladene hatte aufgrund der von ihr angenommenen Längenausdehnung des Brückenbauwerks das angebotene Honorar gemäß § 44 Abs. 7 i.V.m. § 7 Abs. 3 HOAI gemindert. Nach Durchführung der Vergabegespräche teilt die Vergabestelle einem Konkurrenten (der späteren Antragstellerin) mit, dass der Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen werden sollte. Die spätere Antragstellerin rügte daraufhin den Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften, weil das Angebot der Beigeladenen wegen Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze

nicht zuschlagsfähig sei. Die Vergabestelle half der Rüge jedoch nicht ab. Die Antragstellerin leitete daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein. Mit Erfolg. Wie oben zitiert, sprach die VK Brandenburg ein Zuschlagsverbot aus und gab der Vergabestelle zudem auf, die eingegangenen Angebote neu zu werten. Nach Ansicht der Vergabekammer wäre der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen rechtswidrig, weil die Minderung des Honorars gegen das Preisrecht der HOAI verstoße. Wenn die Vergabestelle wolle, dass die Bieter die Möglichkeit der Anwendung von Minderungstatbeständen gemäß HOAI in Betracht ziehen, müsse sie im Rahmen der Vorgaben zur Honorarermittlung in den Vergabeunterlagen darauf hinweisen. Andernfalls sei davon auszugehen, dass wegen der lediglich ausnahmsweisen Anwendung eines Minderungstatbestands eine Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze vorläge, welche die Zuschlagserteilung auf das entsprechende Angebot verbiete.

In einem anderen Fall hatte ein Planer damit argumentiert, er betreibe eine „Stammakquise“ bei einem Kunden zu dem er ständige Geschäftsbeziehungen unterhalte. Das OLG Stuttgart hat im Urteil vom 31.3.2015 (10 U 107/14) darin keinen Ausnahmefall erkannt. Auch nach dem Urteil des LG Hamburg vom 29.7.2008 (312 O 228/08) bleibt es dabei, dass Dumping-Angebote unterhalb der Mindestsätze der HOAI wettbewerbswidrig sind.

Fazit

- Die HOAI sieht eine Reihe von Möglichkeiten vor, das Honorar unterhalb der Mindestsätze zu vereinbaren. Dazu müssen jedoch strenge Anforderungen erfüllt sein.
- Für die Wirksamkeit einer Vereinbarung zur Unterschreitung der Mindestsätze ist neben dem Vorliegen einer Ausnahme unbedingt erforderlich, dass diese Vereinbarung schriftlich und bei Auftragserteilung getroffen wird.
- Kommt bei einem Auftrag die Unterschreitung der Mindestsätze in Betracht, so muss der Auftraggeber dies bereits in den Vergabeunterlagen mitteilen. Versäumt er dies, kann er den Zuschlag nicht auf ein Angebot erteilen, dass die Mindestsätze unterschreitet.
- Auf wettbewerbswidrige und unlautere Angebote darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Der Bieter ist zumindest aufzufordern, den Verstoß abzustellen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist zu beachten.

■ Rechtsanwalt Robert Janitzek, Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Berlin

Nachunternehmer sind frei wählbar

EuGH: Bieter müssen vor Zuschlag keinen Kooperationsvertrag eingehen

Ein öffentlicher Auftraggeber kann einen Bieter, der sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützt, nicht dazu verpflichten, vor der Erteilung des Zuschlags mit diesen Unternehmen einen Kooperationsvertrag abzuschließen oder eine Personengesellschaft zu gründen. Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem Urteil vom 14.1.2016 (Rs. C-234/14) entschieden.

Der Sachverhalt

Eine lettische Auftraggeberin schrieb einen Auftrag zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags zur Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur aus. Abschnitt 9.5 der Vergabeunterlagen zu diesem Verfahren sah vor:

„Für den Fall, dass sich ein Bieter auf Kapazitäten anderer Unternehmen stützt, muss er angeben, um welche Unternehmen es sich handelt und den Nachweis erbringen, dass er über die erforderlichen Mittel verfügt. Falls dieser Bieter den Zuschlag erhalten soll, müssen er und die genannten Unternehmen vor der Erteilung des Zuschlags einen Kooperationsvertrag abschließen und diesem dem öffentlichen Auftraggeber übermitteln.“

Dieser Kooperationsvertrag musste insbesondere vorsehen, dass jeder Kooperationspartner einzeln und gesamtschuldnerisch für die Ausführung des fraglichen Auftrags haftet. Der Abschluss eines Kooperationsvertrags konnte durch die Gründung einer Personengesellschaft ersetzt werden.

Ein Bieter stellte vor der Aufsichtsbehörde die Gültigkeit dieses Abschnitts 9.5 der Vergabeunterlagen in Frage. Die Aufsichtsbehörde wies jedoch das Vorbringen mit der Begründung zurück, der öffentliche Auftraggeber habe in diesem Abschnitt rechtmäßig klargestellt, auf welche Art und Weise der Bieter nachzuweisen habe, dass er über die für die erfolgreiche Ausführung des fraglichen Auftrags erforderlichen Mittel verfüge. Gegen diese Entscheidung erhob der Bieter Klage beim zuständigen Bezirksverwaltungsgericht, welches der Klage stattgab.

Das Gericht führte in seiner Entscheidung insbesondere aus, dass hinsichtlich des Abschnitts 9.5 der Vergabeunterlagen weder dem Gesetz über öffentliche Aufträge noch der EU-Vergaberichtlinie 2004/18/EG zu entnehmen sei, dass der öffentliche Auftraggeber einen Bieter verpflichten könne, eine Zusage dahingehend vorzulegen, dass er mit den anderen Unternehmen, auf deren Kapazitäten zur Ausübung des fraglichen Auftrags er sich berufe, einen Kooperationsvertrag schließen werde, und von ihm verlangen könne, diesen Kooperationsvertrag abzuschließen oder mit den genannten Unternehmen eine Personengesellschaft zu gründen.

Gegen diese Entscheidung legten die Auftraggeberin und die Aufsichtsbehörde Kassationsbeschwerde beim Obersten Gerichtshof von Lettland ein.

Der Oberste Gerichtshof war im Wesentlichen der Auffassung, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags in der Lage sein müsse, die Kapazität des Bieters zur Ausführung des fraglichen Auftrags zu prüfen. Fraglich sei allerdings, ob die Richtlinie 2004/18/EG zu diesem Zweck den öffentlichen Auftraggeber dazu ermächtige, die Bieter zu verpflichten, einen Kooperationsvertrag oder einen Gesellschaftsvertrag mit den anderen Unternehmen, auf deren Kapazitäten sie sich bei ihrem Gebot stützen, zu schließen, oder ob die Bieter frei wählen können, auf welche Art und Weise sie sich die Beteiligung dieser anderen Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags versichern. Der Oberste Gerichtshof setzte daher das Verfahren aus und legte dem EuGH den Fall zur Vorabentscheidung vor.