

**Deutscher Städte- und Gemeindebund
Hessischer Städte- und Gemeindebund
Hessischer Städtetag**

Fachkonferenz: Innovative Beschaffung

**30. 8. 2012
Kelsterbach**

Vergaberecht 2012 – Aktuelle Entwicklungen

Johannes – Ulrich Pöhlker
Hessischer Städte- und Gemeindebund

Übersicht

I Vergaberecht 2012

- 1. Förderung energieeffizienter Straßenfahrzeuge**
- 2. Einheitliche Angaben des Energieverbrauchs**
- 3. Ausschreibungen im Verteidigungsbereich**
- 4. Neue EU – Schwellenwerte**
- 5. Änderungen des zweiten Abschnitts der VOB/A**
- 6. Änderung des § 16 VOB/B**

II Vergaberecht 20XX

- 1. Richtlinienvorschläge der EU – Kommission**
- 2. Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich**
 - a) Änderungsabsichten**
 - b) Bestehende Rechtslage**

Nachhaltige und umweltfreundliche Beschaffung

Umsetzung der EU-Richtlinie 2009/33/EG vom 23.4.2009

Ziel der RL

=

**Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge
Stärkung der Nachfrage für diese Fahrzeuge**

Umsetzung in innerstaatliches Recht

=

**Schaffung von Regelungen im Hinblick auf
Energieverbrauch
und**

Umweltauswirkungen

**beim Kauf von Straßenverkehrsfahrzeugen über deren gesamte
Lebensdauer durch Vorgaben in der Leistungsbeschreibung oder als
Wertungskriterium**

Nachhaltige und umweltfreundliche Beschaffung

Umsetzung der EU-Richtlinie 2009/33/EG vom 23.4.2009

Umsetzung in innerstaatliches Recht

**§ 4 Abs. 7 – 10 Vergabeverordnung
(Art. 5 Abs. 2 und 3, Art. 6 und 2 der RL)**

**§ 7 Abs. 5 und 6 und § 29 Abs. 2 Satz 2 - 4 Sektorenverordnung
(Art. 3 der RL)**

Öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1 – 3 GWB müssen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Umweltauswirkungen als Kriterium und im Hinblick auf Mindestfaktoren aufgrund einer bestimmten vorgegeben Methode angemessen berücksichtigen. Ausnahme: Straßenfahrzeuge die für den Einsatz im Rahmen des hoheitlichen Auftrags der Streitkräfte, des Katastrophenschutzes, der Feuerwehren und der Polizeien des Bundes und der Länder konstruiert und gebaut sind (Einsatzfahrzeuge).

Nachhaltige und umweltfreundliche Beschaffung

Umsetzung der RL 2010/30/EG (Art. 9)

Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen

§ 4 Abs. 4 – 6b Vergabeverordnung für Lieferleistungen

§ 6 Abs. 2 – 6 Vergabeverordnung für Bauleistungen

(4. VO zur Änderung der Vergabeverordnung vom 16.8.2011 (BGBl. I S. 1724))

Bestimmung der Energieeffizienz als „wichtiges Beschaffungskriterium“ bei energieverbrauchsrelevanten Leistungen

=

Grundsatz der Berücksichtigung der höchsten Energieeffizienzklasse

durch

Vorgaben in der Leistungsbeschreibung

und

Berücksichtigung als Zuschlagskriterium

Neue Regeln zur Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsleistungen

(Umsetzung der RL 2009/81/EG)

Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen

Anwendungsbereich

Militärausrüstung

Verschlusssachenauftrag (VS-Auftrag)

Leistungen im Zusammenhang mit Militärausrüstungen/VS-Auftrag

Bau-/Dienstleistungen speziell für militärische Zwecke

§ 99 Abs. 7 – 9 GWB

ab Erreichen der Schwellenwerte

Liefer- und Dienstleistungen: 400.000 Euro

Bauleistungen: 5.000.000 Euro

**§ 1 Abs. 1 Satz 2 VSVgV i.V.m Ziffer 3 der Bekanntmachung des BM für
Wirtschaft und Technologie vom 25.7.2012 (BAnz AT 2.8.2012 B2 vom
25.7.2012)**

Neue Regeln zur Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsleistungen

(Umsetzung der RL 2009/81/EG)

Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen

Umsetzung in innerstaatliches Recht

Liefer- und Dienstleistungen

Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VSVgV vom 12. 7. 2012 (BGBl. I Seite 1509 ff)

Bauleistungen

§§ 1-4, 6-9, 38-42, 44-46 VSVgV

Verfahrensarten: Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog

Vergaberegeln für Unteraufträge

Vorgaben zur Informations- und Versorgungssicherheit
Regelung zu den Schwellenwerten (§ 2 VSVgV)

Verfahrensregeln für Liefer- und Dienstleistungen

VOB/A (Abschnitt 3)

Neue Regeln zur Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsleistungen

(Umsetzung der RL 2009/81/EG)

Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen

Umsetzung in innerstaatliches Recht

Änderungen im GWB-Ausnahmekatalog

=

§ 100 GWB

Ausnahmen, die für alle Aufträge gelten

§ 100a GWB

Besondere Ausnahmen

§ 100b GWB

Ausnahmen im Sektorenvergaberecht

§ 100c GWB

Ausnahmen im Verteidigungs-/Sicherheitsbereich

Neue EU-Schwellenwerte

EU-Verordnung der Kommission Nr. 1251/2011 vom 30.11.2011

Vergabeverordnung

5. VO zur Änderung der VgV vom 14.3.2012 (BGBl. I S. 488)

für

Liefer- und Dienstleistungen = 200.000 Euro

Oberste Bundesbehörden: 130.000 Euro

Bauleistungen = 5.000.000 Euro

und

Aufträge nach der SektVO

Liefer- und Dienstleistungen = 400.000 Euro

Bauleistungen = 5.000.000 Euro

Bekanntmachung des BM für Wirtschaft und Technologie vom 25.7.2012

(BAnz AT 2.8.2012 B2 vom 25.7.2012)

für

Aufträge im Bereich Verteidigungs- und Sicherheitsleistungen

Liefer- und Dienstleistungen = 400.000 Euro

Bauleistungen = 5.000.000 Euro

EU - Schwellenwerte

Ermittlung des Schwellenwertes bei Freiberufliche Dienstleistungen

§ 3 Abs. 7

(Ergänzung: ÄnderungsVO vom 9. 5. 2011 (BGBl. I S. 800))

Besteht die beabsichtigte Beschaffung aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, ist der Wert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Lieferaufträgen gilt dies nur für Lose über gleichartige Lieferungen. Soweit eine zu vergebende freiberufliche Leistung nach § 5 in mehrere Teilaufträge derselben freiberuflichen Leistung aufgeteilt wird, müssen die Werte der Teilaufträge zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes addiert werden.

Handelt es sich um nicht dieselbe freiberufliche Leistung – z.B. bei den Leistungsbildern der HOAI – dürfen die Auftragswerte der verschiedenen Planungsverträge jeweils separat betrachtet werden.

Generalplanervertrag: Addition sämtlicher Leistungen

Stufenweise Beauftragung: Einbeziehung der Optionen

Problem „Projektbezug“: Geplant ist ein Erlass, nach dessen Inhalt auch bei unterschiedlichen Leistungsbildern für ein Objekt Zusammenfassung erforderlich

Änderungen in der VOB/A VOB/A 2012

Abschnitte 2 und 3

vom 24.10.2011, BAnz Nr. 182a vom 02.12.2011, geändert durch Berichtigung vom 24.4.2012, BAnz AT 7.5.2012 B1

Abschnitt 2 (VOB-EU)

**Abschaffung der sog. „a“- und Basis-Paragraphen
Angleichung an die VOL/A 2009**

Geschlossene Regelungen für Unter- und Oberschwellenvergaben

Keine inhaltlichen Änderungen

**Anwendung ab 19.7.2012 durch 6. Änderungsverordnung zur VgV vom
12.7.2012 (BGBl. I S. 1508)**

Abschnitt 3 (VOB-VS)

**Umsetzung der Verfahrensbestimmungen der RL 2009/81/EG Verteidigung und
Sicherheit für Bauaufträge**

**Anwendung ab 19.7.2012 gemäß § 2 Abs. 2 VergabeVO für die Bereiche
Verteidigung und Sicherheit vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1509)**

Aktuelle Fassungen der Vergabevorschriften

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB - (§§ 97 – 131) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 4114; 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.12.2011 (BGBl. I S. 2570)

Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung vom 11.2.2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch ÄnderungsVO vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1508)

VOB/A 2012 (Abschnitt 1) vom 31. Juli 2009 (Bundesanzeiger Nr. 155a vom 15. 10. 2009) idF. vom 19.2. 2010 (Bundesanzeiger Nr. 36 vom 5. 3. 2010), geändert durch Bekanntmachung vom 26.6.2012 (Bundesanzeiger AT 13.7.2012 B3)

VOB/A 2012 (Abschnitte 2 und 3) vom 24. Oktober 2011 (Bundesanzeiger Nr. 182a vom 22.11. 2011), geändert durch Berichtigung vom 24.4.2012 (Bundesanzeiger AT 7.5.2012 B1)

VOL/A (Abschnitte 1 und 2) vom 20. 11. 2009 (Bundesanzeiger Nr. 196a vom 29. 12. 2009 idF. vom 19. 2. 2010 (Bundesanzeiger Nr. 32 vom 26. 2. 2010)

Vergabeverordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) vom 28. 11. 2009 (Bundesanzeiger Nr. 185a vom 8. 12. 2009)

Sektorenverordnung – SektVO vom 23. 9. 2009 (BGBl. I S. 3110) idF. vom 7. 6. 2010 (BGBl. I S. 724)

Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1509)

Struktur der EU - Vergabevorschriften

**EU – Richtlinien
2004/17/EG – 2004/18/EG - 2009/81/EG**

GWB

VgV

SektVO

**VsVgV
Dienst-/Lieferleistungen**

**VOB-EU
(Abschnitt 2)**

**VOB-VS (Abschnitt 3)
Bauleistungen**

**VOL-EU
(Abschnitt 2)**

VOF

Struktur der innerstaatlichen Vergabevorschriften

**§ 154 HGO
§ 29 GemHVO-Doppik**

**Anwendungspflicht der VOB/
A und VOL/A durch Erlass**

VOB/A (1)

VOL/A (1)

**Vergabeerlasse
Vergabegesetze**

Änderungen in der VOB/B: § 16 VOB/B

Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU vom 16.2.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Zahlungsverzugsrichtlinie) durch Neufassung des § 16 VOB/B

Spätester Fälligkeitszeitpunkt für Schlusszahlung = 30 Tage nach Zugang der prüfbaren Schlussrechnung (Abs. 3 Nr. 1)

Möglichkeit der Verlängerung der Frist auf höchstens 60 Tage, wenn sie aufgrund der besonderen Natur oder Merkmale der Vereinbarung sachlich gerechtfertigt ist und ausdrücklich vereinbart wurde (Abs. 3 Nr. 1)



Vereinbarung / Festlegung in den Verdingungs- / Vertragsunterlagen
Verzug tritt – ohne Mahnung - 30 oder 60 Tage nach Zugang der Rechnung (Abschlagsrechnung und Schlussrechnung) ein, wenn Auftragnehmer ordnungsgemäß geleistet hat und Auftragnehmer für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist (Abs. 5 Nr. 3)

Verzug kann durch Nachfristsetzung früher herbeigeführt werden
Einwendungen gegen Prüfbarkeit der Schlussrechnung innerhalb der Fristen
Eildienst Nr. 9 – ED vom 15.8.2012

**Richtlinienvorschläge der Kommission vom 20.12.2011 über
die öffentliche Auftragsvergabe für klassische Auftraggeber**

(KOM (2011) 896 endgültig)

und

Sektorenauftraggeber

Bereiche der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste

(KOM (2011) 895 endgültig)

Ziele

=

Verfahrenseffizienz

Steigerung der Effizienz der öffentlichen Ausgaben

Vereinfachung und Flexibilisierung der bestehenden Vergabevorschriften

**Nutzung der öffentlichen Auftragsvergaben zur Unterstützung gemeinsamer
gesellschaftlicher (politischer) Ziele (Umweltschutz, Beschäftigung und soziale
Eingliederung)**

und

die Vergabe von Konzessionen

(KOM (2011) 897 endgültig)

Richtlinienvorschläge für klassische Auftraggeber und Sektorenauftraggeber

Inhalt

- Ermittlung der Schwellenwerte: Projektbezug**
- Entfall der Differenzierung der primären und sekundären Dienstleistungen
Sonderfall „Soziale Dienstleistungen“: Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung
und Transparenz**
- Interkommunale Zusammenarbeit: Reduzierung auf In-House-Verträge**
- Verpflichtende Berücksichtigung von Eigenerklärungen**
- Losvergaben („Kann-Regelung ab 500.000 Euro)**
- Einrichtung zentraler Beschaffungsstellen**
- Sammelbeschaffungen**
- Stärkung elektronischer Beschaffungsverfahren**
- Ökologische, soziale und sonstige Kriterien**
- „Toolbox-Ansatz“ (Auswahl aus verschiedenen Vergabearten)**
- Lockerung der strikten Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bei
„persönlichen“ Dienstleistungen**

Richtlinienvorschläge für die Vergabe von Konzessionen

Eigenständige RL für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen

Konzessionen

=

entgeltliche Verträge

zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber

über die Durchführung von Bauarbeiten oder die Erbringung von Dienstleistungen,

bei denen die Gegenleistung

im Recht der Nutzung der Leistung besteht,

was die Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Konzessionsnehmer
einschließt

=

Gefahr, dass kein voller Ausgleich der Investitionen und Kosten

Richtlinienvorschläge für die Vergabe von Konzessionen

Inhalt

Veröffentlichungspflicht ab 5.000.000 Euro

**Keine Vorgabe eines speziellen Verfahrens
Grundsatz: (Konzessionsbekanntmachung) Verhandlungsverfahren**

Sonderregelungen für soziale Dienstleistungen

Rechtsschutz vor den Vergabekammern

Interkommunale Zusammenarbeit = Reduzierung auf In-House-Verträge

**Ablehnung durch die kommunalen Spitzenverbände:
Baukonzessionen sind geregelt; für Dienstleistungskonzessionen gilt nach der
Rechtsprechung des EuGH: Schaffung eines „angemessenen Grades“ an Öffentlichkeit
(Interessensbekundungsverfahren) und Beachtung des Transparenz-,
Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatzes
Europaweite Bekanntmachung und Durchführung eines dem Verhandlungsverfahren
angenäherten Verfahrens**

Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Streitig ist die Gewährung des Primärrechtsschutzes

=

Einflussnahme auf das laufende Vergabeverfahren mit dem Ziel der Erreichung einer Neuausschreibung, Neuwertung oder Zuschlagserteilung und

nicht lediglich Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach Zuschlagserteilung (Sekundärrechtsschutz) mit der Behauptung, durch eine fehlerhafte Vergabeentscheidung „um den Auftrag gebracht worden“ zu sein.

Ab Erreichen des Schwellenwertes:

Primärrechtsschutz durch Nachprüfungsverfahren vor
Vergabekammern

und

Oberlandesgerichten
(§§ 102 ff GWB)

Unterhalb der Schwellenwerte

=

Primärrechtsschutz vor Verwaltungs- oder Zivilgerichten?

Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Der Koalitionsvertrag sieht die Einführung eines effektiven Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte vor

Möglichkeiten

Verwaltungsinternes Verfahren

Ergänzende Ausgestaltung des bisherigen Unterschwellenrechtsschutzes

„Schlanker“ Oberschwellenrechtsschutz (Rechtsschutz „light“)

Vollumfänglicher Oberschwellenrechtsschutz

Bewertungsmaßstäbe

Forderung „effektiven“ Rechtsschutzes – Sekundärrechtsschutz ausreichend?

Verhältnis von Aufwand/Bürokratie und Ertrag

Belastung der Beteiligten – Effizienz des Verfahrens

Rechtssicherheit

Unterschiedliche Kompetenzen von Bund, Ländern und Kommunen

Zweigeteiltes Vergaberecht: Gesetzesrecht in Umsetzung der EU-RL und innerstaatliches Landeshaushaltsrecht

Eine gesetzgeberische Lösung innerhalb der laufenden Legislaturperiode (also bis 2013) ist unwahrscheinlich

Bestehender Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Primärrechtsschutz

**VOB-Stellen bei den Regierungspräsidien:
Lediglich „Clearingstelle“ zwischen Auftraggeber und Bieter**

Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten

**BVerwG (Beschluss vom 2.5.2007, 6 B 10.07): Kein Primärrechtsschutz für
Aufträge unterhalb der Schwellenwerte
Vergabe öffentlicher Aufträge unterfällt dem Privatrecht**

Rechtsweg zu den Zivilgerichten

**Verhinderung der Zuschlagserteilung durch einstweilige Verfügungsverfahren
nach der ZPO (§§ 935 ff ZPO)**

Keine einheitlich Rechtssprechung

Bestehender Rechtsschutz unterhalb der EU- Schwellenwerte

Primärrechtsschutz

Rechtsweg zu den Zivilgerichten

**Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerten kein Primärrechtsschutz durch
einstweilige Verfügungsverfahren**

**Keine dem Primärrechtsschutz im Oberschwellenbereich vergleichbare Rechtsnormen /
Effektiver Rechtsschutz durch Sekundärrechtsschutz
(LG Oldenburg, Urteil vom 16.5.2002, 5 O 1319/02)**

Überwiegend gewähren die Gerichte allerdings Primärrechtsschutz

=

**Gerichtliche Überprüfung von Vergabeverfahren unterhalb der
Schwellenwerten vor Zuschlagserteilung
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011, I-27 W 1/11)**

Allerdings wird der Rechtsschutz an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft

Bestehender Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Voraussetzungen

Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers wird vereitelt oder wesentlich erschwert

Versagung des Zuschlags, wenn Vergabestelle willkürlich vorzugehen (willkürliche Verletzung von Vergabevorschriften) oder vorsätzlicher Rechtsbruch droht

Bewusst diskriminierendes Verhalten der Vergabestelle

OLG Düsseldorf (Beschluss vom 13.1.2010, 27 U 1/03) reduziert die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes nicht nur auf Willkür:

Verspricht der Auftraggeber die Einhaltung bestimmter Vergaberegeln (VOB/A, VOL/A), haben die Bieter einen Anspruch auf Einhaltung dieser Regeln und gegebenenfalls einen Anspruch auf Unterlassung eines Regelverstößes, der im Zuschlag an einen Bieter läge, auf dessen Angebot der Zuschlag nach den Vergaberegeln nicht erteilt werden darf.

LG Bad Kreuznach (Urteil vom 20.4.2012, 2 O 77/12): Überprüfung des Ausschlusses eines Angebotes wegen Unauskömmlichkeit (§ 16 Abs. 6 VOB/A)

Da die Vergabestelle die Bestimmungen der VOB/A zum Gegenstand des Vergabeverfahrens gemacht hat, prüft das Gericht nicht nur willkürliche Rechtsverstöße, sondern auch den eingeräumten Beurteilungsspielraum des § 16 Abs. 6 VOB/A.

OLG Koblenz (B. vom 21.01.2011, 1 W 35/11) zum Ausschluss eines Bieters wegen Spekulation. 24

Bestehender Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Sekundärrechtsschutz

**Schadensersatzansprüche der Bieter
(Negatives oder positives („entgangener Gewinn“) Interesse**

**Überprüfung der Berechnung öffentlicher Abgaben im Hinblick auf
Anwendung und Einhaltung der VOB/A**

Mittelkürzungen (Rückforderungen) bei Zuwendungen

Wichtige Änderungen für die Praxis seit 2009

Grundstücksveräußerung und Ausschreibungspflicht

Europaweite Ausschreibung und interkommunale Zusammenarbeit

Verzögerung der Zuschlagserteilung und Mehrvergütungsanspruch

Verwendung von Leitprodukten

Losvergaben

Eignungsnachweise - Eigenerklärungen

Wertgrenzen

Vertragsbedingungen (Sicherheitsleistungen)

Prüfen und Werten der Angebote

Grundstücksveräußerung und Ausschreibungspflicht

Keine Ausschreibung bei fehlendem Beschaffungscharakter

Keine Ausschreibungspflicht, wenn öffentlicher Auftraggeber Sachen oder Grundstücke (Bauwerke) veräußert, vermietet oder verpachtet
(Auftraggeber erhält Kaufpreis, Miet- oder Pachtzins und zahlt nicht selbst ein Entgelt für die Leistung eines Dritten)

Ausnahmen

Verpachtung / Vermietung mit gleichzeitiger Beauftragung einer entgeltlichen Dienstleistung

(Verpachtung eines Schwimmbades mit gleichzeitigen entgeltlichen Betreiberpflichten)

Die Stadt verpachtet ein Freibad an einen privaten Betreiber. In dem Pachtvertrag wird gleichzeitig geregelt, dass der Betreiber für den Betrieb des Freibades von der Stadt ein jährliches Entgelt erhält. Der Abschluss des Pachtvertrages als solcher ist nicht ausschreibungspflichtig, da ihm kein Beschaffungsvorgang innewohnt. Da aber gleichzeitig eine Entgeltvereinbarung für eine Dienstleistung, nämlich das Betreiben des Freibades für erfolgt, liegt ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang vor.

Beachtung des europäischen Beihilfeverbotes bei Veräußerung (Informelles Bietverfahren mit oder ohne Bedingungen)

Mitteilung der EU-Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand vom 10.7.1997 (97/C 209/03)– Abl. der EU Nr. C 209/3

Grundstücksveräußerung und Ausschreibungspflicht

Veräußerung eines Grundstücks mit Bauerrichtungsverpflichtung

§ 99 Abs. 3 GWB

Baufaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

§ 99 Abs. 6

Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrages, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Grundstücksveräußerung und Ausschreibungspflicht

Veräußerung eines Grundstücks mit Bauerrichtungsverpflichtung

Unmittelbares wirtschaftliches Interesse

Ausübung städtebaulicher Regelzuständigkeiten nicht ausreichend

aber

Veräußerung eines Grundstückes zur Errichtung eines Rathauses mit Bürgerhaus nach den Anforderungen der Kommune und der Vereinbarung anschließender Anmietung

Veräußerung eines Grundstückes unter Wert kann zur Annahme einer finanziellen Beteiligung des Auftraggebers und insoweit zu einem unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse an der Bauleistung führen

Erstellte Parkplätze im Rahmen der Gesamtmaßnahme müssen der Allgemeinheit oder dem öffentlichen Auftraggeber selbst dienen
(OLG Düsseldorf – B. vom 9. 6. 2010 – Verg 9/10)

Umsetzung einer städtebaulichen Maßnahme mit Schaffung von Räumlichkeiten, welche der Auftraggeber anmietet (Bürgerinformationsstelle)
Schwerpunkttheorie oder Auswirkung auf die Gesamtmaßnahme?

Verpachtung eines Grundstücks zum Zwecke der Errichtung einer Windkraft- oder Solaranlage

Europaweite Ausschreibung und interkommunale Zusammenarbeit

EuGH, Urteil vom 18. 11. 1999, Rs. C 107/98 („Teckal“)

Vergabefreies „In – House – Geschäft“

Gebietskörperschaft schließt einen entgeltlichen Vertrag mit einer rechtlich von ihr verschiedenen Person, an der sie beteiligt und an dem privatrechtliches Kapital nicht beteiligt ist

+

sie übt über den Vertragspartner eine Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle (Beherrschung)

+

der Vertragspartner verrichtet seine Tätigkeit im Wesentlichen für die beauftragte Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften

Zweckverband

Aufgaben werden vollständig auf die öffentliche Einrichtung übertragen

Keine Ausschreibung erforderlich

weil

Keine Anwendung des Vergaberechts auf Maßnahmen, die die interne Verwaltungssituation betreffen

und

„In-House“-Situation (gemeinsame Beherrschung und Kontrolle des Zweckverbandes durch die Mitgliedsgemeinden wie über ihre jeweilige eigene Dienststelle)

Europaweite Ausschreibung und interkommunale Zusammenarbeit

Öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen Verwaltungsträgern ohne die Bildung eines Zweckverbandes

=

EuGH – Urteil vom 9. 6. 2009 – C-480/06 („Stadtreinigung Hamburg“)

Eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit liegt vor, wenn

mehrere öffentliche Stellen eine ihnen allen jeweils obliegende öffentliche Aufgabe gemeinsam wahrnehmen,

um so eine effektive Erfüllung dieser Aufgabe sicherzustellen und

sie dabei gegenseitige Beistandspflichten übernehmen.

Es dürfen keine finanziellen Leistungen zwischen den Vertragspartnern erfolgen, die über eine Kostenerstattung hinausgehen, auch darf kein privates Unternehmen beteiligt sein.

Werden durch die Gemeinschaft Dritte mit der Erbringung von Leistungen beauftragt, sind diese auszuschreiben

Europaweite Ausschreibung und interkommunale Zusammenarbeit

Beauftragung eines Dritten mit einer Dienstleistungskonzession

Übertragung aller technischen, kommerziellen und administrativen Leistungen auf dem Gebiet der Wasserversorgung

EuGH – Urteil vom 10.09.2009 , C-206/08 („Wasser und Abwasserzweckverband Gotha“

Dienstleistung oder Dienstleistungskonzession, wenn für die Nutzer der Wasserversorgung ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht?

Der EuGH befasst sich mit der Unterscheidung „vergaberechtpflichtiger Dienstleistungsauftrag und vergaberechtfreie Dienstleistungskonzession“.

Bei der Dienstleistungskonzession refinanziert sich der Auftragnehmer bei einem Dritten, was ein gewisses wirtschaftliches Risiko voraussetzt. An dieses Risiko sind keine allzu großen Anforderungen zu stellen. Es bedarf keines erheblichen wirtschaftlichen Risikos, sondern es reicht aus, dass der Auftragnehmer das Recht enthält, Entgelte von Dritten zu erheben, um den betreffenden Vertrag als Dienstleistungskonzession einzuordnen, wenn das eingegangene Betriebsrisiko aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung der Dienstleistung und des Anschluss- und Benutzungszwangs zwar von vornherein erheblich eingeschränkt ist, der Auftragnehmer aber dieses eingeschränkte Risiko in vollem Umfang oder zumindest zu einem erheblichen Teil übernimmt.

Europaweite Ausschreibung und interkommunale Zusammenarbeit

Keine Erweiterung der interkommunalen Zusammenarbeit bei entgeltlichen öffent – rechtlichen Verträgen zwischen Kommunen

Kommune A beauftragt die Nachbarkommune B mit der Durchführung der Abfallbeseitigung

Unterhalb der Schwellenwerte:

§ 24 Abs. 1 KGG

Gemeinden (...) können vereinbaren, dass eine der beteiligten Gebietskörperschaften (...) sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen.

Keine Ausschreibungsverpflichtung, sondern Möglichkeit der unmittelbaren Beauftragung

Erreichen der Schwellenwerte

§ 24 Abs. 1 KGG wird durch Bundesrecht überlagert.

Die beabsichtigten Zusammenschlüsse und Auftragsvergaben sind ausschließlich nach den europa- und bundesrechtlichen Vergaberegulungen zu beurteilen.

Kein In – House – Geschäft

Die beiden Gemeinden schließen einen klassischen Austauschvertrag (Dienstleistung gegen Entgelt) ab. Diese Leistungen sind dem Markt nicht entzogen.

Auch öffentlich – rechtlicher Vertrag unterliegt der Ausschreibungspflicht

Europaweite Ausschreibungsverpflichtung

Verzögerung der Zuschlagserteilung und Mehrvergütungsanspruch

Verzögerungsursachen

Wertung dauert länger als vorgesehen

Bürgerbegehren / Bürgerentscheide gegen die beabsichtigte Maßnahme

Vergabenachprüfungsverfahren

Fehlende Finanzmittel

=

Verzögerungen liegen in der Risikosphäre des Auftraggebers



Einvernehmliche Verlängerung der Zuschlagsfrist

Verzögerung der Zuschlagserteilung und Mehrvergütungsanspruch

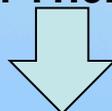
Zuschlagserteilung vor Ablauf der – verlängerten – Zuschlagsfrist

=

Vertragsschluss mit den Bedingungen des Angebots

(auch wenn die Ausführungsfristen (Vertragsfristen) hinfällig geworden sind)

BGH – Urteil vom 11.5.2009 – VII ZR 11/08



Bauzeit ist ab dem Zeitpunkt der 1. Verlängerung anzupassen

+

Bieter hat Anspruch auf verzögerungsbedingte Mehrkosten

Anwendung des § 2 Abs. 5 VOB/B

**Auftraggeber muss in Vertragsnachverhandlungen eintreten (Kooperationsbereitschaft),
anderenfalls kann der Auftragnehmer die Arbeiten einstellen**

**Wird keine Einigung erzielt = gerichtliche Festsetzung unter Berücksichtigung (§§ 315ff
BGB)**

Verzögerung der Zuschlagserteilung und Mehrvergütungsanspruch

Inhalt und Reichweite der Vergütungsanpassung

Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B werden herangezogen: Bildung des neuen Preises durch Fortschreibung der Angebotskalkulation

Mehrkosten bilden die Differenz zwischen den tatsächlichen Kosten aufgrund der verschobenen Ausführungszeit und den hypothetischen Kosten nach der ursprünglich ausgeschriebenen Bauzeit; auf die in der Angebotskalkulation angesetzten Beschaffungskosten kommt es nicht notwendig an

BGH-Urteil vom 10.9.2009- VII ZR 152/08

Mehrkosten, die auf die Verschiebung der Bauzeit zurückzuführen sind

Stoffmehrkosten

Auftragnehmer muss die kalkulierten Einstandspreise darlegen und

Verträge mit Lieferanten vorlegen

Lohnmehrkosten

Verzögerung der Zuschlagserteilung und Mehrvergütungsanspruch

Weitere Fallgruppen

Mehrvergütungsanspruch auch dann, wenn als Ausführungsbeginn „x Werktage nach Auftragserteilung“ festgelegt worden ist

BGH – Urteil vom 10.9.2009 – VII ZR 152/08

Mehrvergütungsanspruch auch dann, wenn Auftraggeber im Auftragsschreiben neue Ausführungsfrist festlegt; Festlegung der neuen Frist wird als Hinweis auf eine noch durchzuführende Einigung gesehen

BGH – Urteil vom 22.7.2010 – VII ZR 129/09

Auftraggeber legt im Auftragsschreiben neue Ausführungsfrist und einen ausdrücklichen Ausschluss einer Anpassung der Vergütung fest



Neues Angebot, welches der Bieter annehmen kann oder nicht

Bei Annahme des Angebotes kein Mehrvergütungsanspruch, bei Nichtannahme kommt ein Vertrag nicht zustande

Kein Mehrvergütungsanspruch, wenn zwar Bindefristverlängerung, aber keine Verschiebung der Ausführungsfrist

Bindefrist: 31.10.2011 – Ausführungsbeginn: 1.1.2012 – Zuschlagserteilung: 21.12.2011

BGH – Urteil vom 10.9.2009 – VII ZR 82/08

Verwendung von Leitprodukten

§ 7 Abs. 8 VOB/A (Abschnitte 1 - 3)
§ 7 Abs. 4 VOL/A (1), § 8 Abs. 7 VOL/A-EG
§ 6 Abs. 7 VOF
§ 7 Abs. 11 SektVO

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Verwendung von Leitprodukten

Vorschrift regelt 2 unterschiedliche – strikt zu trennende – Voraussetzungen für die Abweichung vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung

Satz 1: Es kommt für den konkreten Zweck nur ein Produkt in Betracht
Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden.

Satz 2: Der Auftragsgegenstand lässt sich nicht hinreichend und allgemein verständlich beschreiben

In diesem Fall ist der Zusatz „oder gleichwertig“ erforderlich
Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Der Zusatz „oder gleichwertig“ kann die grundsätzliche Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung nicht generell kompensieren, sondern nur im Fall 2

Verwendung von Leitprodukten

Wann kommt für den konkreten Zweck nur ein Produkt in Betracht

=

Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand aufgrund objektiver Gründe
Nachvollziehbare Begründung im Vergabevermerk erforderlich

Technische Zwänge undgestalterische Gründe

(Erheblicher) Aufwand im Hinblick auf Ersatzteilverhaltung; allerdings zu prüfen, ob
Lagerhaltung im Hinblick auf Beschaffungsmöglichkeit und –verpflichtung gegenüber
Hersteller erforderlich

Schnittstellenrisiken in den Bereichen Mess-, Steuer-, Regeltechnik
(OLG Frankfurt – Beschluss vom 28.10.2003 – 11 Verg 9/03: Auftraggeber muss kein
Risiko als Folge einer zusätzlichen Anbindung übernehmen)

Genehmigungsvorgaben – z.B. bei Brandschutz – können bestimmte Art der
Ausführung bedingen

Gestalterische und optische Konzepte; homogene Gestaltung
Verwendung eines bestimmten Natursteins: VK Münster – Beschluss vom 24.6.2011 –
VK 06/11)

Verwendung von Leitprodukten

Wann lässt sich der Auftragsgegenstand – ausnahmsweise - nicht hinreichend und allgemein verständlich beschreiben

Die Vorschrift muss eng ausgelegt werden

Eine hinreichend genaue, allgemein verständliche allgemeine Beschreibung ist in der Regel möglich, die Vorgabe von Leitprodukten also kaum begründbar

Die Nennung von Leitprodukten ist nur dann gestattet, wenn eine anderweitige Beschreibung des Auftragsgegenstandes auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen würde
OLG Düsseldorf – Beschluss vom 23.3.2010 – VII Verg 61/06

Eine Kompensation durch Zusatz „oder gleichwertig“ ist nicht möglich

Losvergaben

Vergabegrundsätze

Mittelstandsgerechte Ausschreibung

§ 5 Abs. 2 VOB/A 2009 / § 2 Abs. 2 VOL/A 2009

Bauleistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Bei der Vergabe kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden.

§ 97 Abs. 3 Sätze 1 – 3 GWB

Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Losvergaben

§ 97 Abs. 3 Sätze 1 – 3 GWB kollidiert mit § 97 Abs. 5 GWB

Ziel der öffentlichen Beschaffung ist der wirtschaftliche Einkauf und die sparsame Verwendung der Steuergelder

Interessensabwägung

Interessen des Mittelstandes

mit

Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer wirtschaftlichen Vergabe

Bei der Vergabe kann aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf eine Aufteilung oder Trennung der Fach- und Teillose verzichtet werden

Beispiele

Aufteilung bringt unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich (Synergieeffekte) Aufteilung führt zu einer starken Verzögerung des Vorhabens

Straßenbau nebst Fundamente für Lärmschutzwälle (OLG Düsseldorf – B. vom 11. 7. 2007 – Verg 10/07) bzw. Lärmschutzwällen (OLG Düsseldorf – B. vom 25. 11. 2009 – Verg 27/0): Aufteilung führt zu unverhältnismäßigen Kostennachteilen oder starker Verzögerung des Bauvorhabens

Lärmschutzeinrichtungen zusammen mit anderen Ausbauarbeiten bei Notwendigkeit einer Bauzeitverkürzung durch zusammengefasste Vergabe („da der Autobahnabschnitt zu den am stärksten belasteten gehört und dadurch besondere zeitliche Zwänge bestehen“) – VK geht davon aus, dass bei zusammengefasster Vergabe schneller gebaut werden kann (a.A.

VK Arnsberg (Beschluss vom 13. 8. 1999, AZ: VK 11/99)

Die gemeinsame Vergabe von Tunnel und Brücke aus technischen und wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt. Schon aus zeitlichen Gründen müssten die Arbeiten in allen drei Teilbereichen eng verknüpft werden, was wegen des engen Zeitrahmens - maximal dreieinhalb Jahre Bauzeit - nur sichergestellt sei, wenn die Gesamtkoordinierung von einem Auftragnehmer verantwortlich übernommen werde. Auch die logistischen Rahmenbedingungen können wegen der Besonderheiten beim Abtransport der Erdmassen durch den Tunnel herangezogen werden ebenso wie die topografischen Randbedingungen und die dadurch erforderliche bautechnische Koppelung der Baukörper. Geschätzte Mehrkosten von 14 Prozent bei getrennter Vergabe der Tunnel rechtfertigen ebenfalls die Gesamtvergabe; zwei Prozent Mehrkosten reichen nicht aus“

VK Sachsen (Beschluss vom 2. 11. 1999, AZ: 1/SVK/19-1999)

Sicherstellung eines reibungslosen und termingerechten Bauablaufs nur dann berechtigter Ausnahmefall, wenn Auftraggeber der Durchführung der Baumaßnahme nicht gewachsen ist ... bei Schaffung einer Projektorganisation, z. B. durch Architektenbeauftragung, können Koordinationsaufgaben ausreichend wahrgenommen werden. Unterstellung größerer Wirtschaftlichkeit reicht nicht als Begründung für ein Abweichen von der Fachlosvergabe aus. Hierzu bedarf es auf den Einzelfall bezogener nachweisbarer Kriterien. Auch Eilbedürftigkeit reicht nicht als berechtigter Ausnahmefall: In § 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A ist das Kriterium der Eilbedürftigkeit nicht aufgeführt. (VK Detmold - Beschluss vom 8. 3. 2000 - Az: VK 11-3/00)

Alternative: Zusammenfassung der Fachlose in eine Ausschreibung verbunden mit dem Vorbehalt der losweisen Vergabe (Wirtschaftlichkeitsvergleich möglich)

**Unwirtschaftliche Zersplitterung, wenn Einheitlichkeit der Leistungen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand gesichert werden kann und Überwachung und Verfolgung von Mängelansprüchen erschwert wird
VK Hessen, B. 10. 9. 2007 – Az. 69d VK – 37/2007**

**Gewährleistung aus einer Hand nicht per se Grund für Zusammenfassung
(OLG Düsseldorf – B. vom 11. 7. 2007 – Verg 10/07): Eine Mehrzahl von Gewährleistungsgegnern muss ebenso hingenommen werden wie ein kostenaufwendiges Vergabeverfahren; diese Folgen sind der Losaufteilung immanent.**

**Erforderlichkeit der Koordinierung unterschiedlicher fachlicher Beratungsleistungen:
Gesamtberater (wirtschaftliche, technische und juristische Beratungsleistungen) bei ÖPP-Projekten (OLG Celle, B. vom 26. 4. 2010, Az. 13 Verg 4/10)**

OLG Koblenz (B. vom 30.3.2012. 1 Verg 2/11): Bei Gebäudereinigungsleistungen ist Glasreinigung eigenständiges Fachlos

Beispiele

Positionspapier des DVA zu Fach- und Teillosen vom 30. 8. 2000

Wirtschaftliche Gründe

- **Einsparung anteiliger Gemeinkosten durch eine Gesamtvergabe, die zu einer betriebswirtschaftlich günstigeren Kalkulation und damit zu einem deutlich günstigeren Angebot führen; Bsp.: gemeinsame Nutzung von Betriebseinrichtungen**
- **Marktgegebenheiten, aus denen resultiert, dass bestimmte, an sich verschiedenen Losen zugehörige Arbeiten, tatsächlich nur oder im wesentlichen von bestimmten Unternehmen "im Paket" erbracht werden**
- **Eine getrennte Vergabe würde nachweisbar zu einer Verzögerung der Bauzeit mit höheren Kosten führen.**

Technische Gründe

- **Gründe der Verkehrssicherheit;**
- **Reibungsloser und termingerechter Ablauf des Gesamtvorhabens ist nur durch Gesamtvergabe erfüllbar oder jedenfalls erheblich besser zu gewährleisten; hierunter fallen auch Arbeiten, die aus bautechnischen Erwägungen sinnvoll nur zusammengefasst mit den anderen ausgeschriebenen Arbeiten ausgeführt werden können**
- **Gründe des präventiven Arbeitsschutzes und der technischen Sicherheit können es notwendig machen, unterschiedliche technische Arbeiten, wie die Elektro-, Heizungs- und Nachrichtentechnik und die Beleuchtung aus einer Hand vornehmen zu lassen.**

Eignungsnachweise / Eigenerklärungen

§ 6 VOB/A

Zum Nachweis ihrer Eignung ist die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber oder Bieter zu prüfen (Abs. 3 Nr. 1)

Nachweis wird gemäß Abs. 3 Nr. 2 geführt durch

Präqualifikationsverzeichnis (Bund und Länder)

oder

Einzelnachweise

durch

Bescheinigungen

oder

Eigenerklärung und spätere Vorlage der Bescheinigungen von Bietern in der engeren Wahl falls vom Auftraggeber für einzelne Angaben vorgesehen

§ 6 Abs. 3 VOL/A

Grundsatz: Eignungsnachweis durch Eigenerklärung

Forderung anderer Nachweise ist durch Auftraggeber – in Dokumentation – zu begründen

§ 7 Abs. 2 und 3 VOL/A-EG

Detaillierter Katalog möglicher Eignungsnachweise = Anhaltspunkte für unterschwellige Verfahren

Eignungsnachweise / Eigenerklärungen

PQ-Nachweis muss vom Auftraggeber als Nachweis akzeptiert werden.

=

Für Nachweise, die Gegenstand der PQ-Zertifizierung sind, dürfen keine Einzelnachweise gefordert werden

(VK Sachsen, B. vom 11.5.2010, Az. 1/SVK/011-10)

Möglich sind weitere auf den konkreten Auftrag bezogene Nachweise

Einzelnachweise

durch

Bescheinigungen

oder

Eigenerklärung

mit späterer Vorlage der Bescheinigungen von Bietern in der engeren Wahl, falls vom Auftraggeber für einzelne Angaben vorgesehen

(VHB Bund 2008 – Stand August 2011: EFB 124)

Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben

§ 3 Abs. 3 und Abs. 5 Satz 2 VOB/A 2009

Beschränkte Ausschreibung bis zu Nettoauftragswert von

50.000 für Ausbaugewerke

150.000 für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau

100.000 Euro für alle übrigen Gewerke

Ersetzt die Regelung des § 3 Nr. 3 Abs. 1 lit. a VOB/A 2006:

*Beschränkte Ausschreibung für den Fall unverhältnismäßigen Aufwands bei
Durchführung einer Öffentlichen Ausschreibung*

Ex- ante – Transparenz bei Nettoauftragswert ab 25.000 Euro

§ 19 Abs. 5 VOB/A 2009

Rechtsansprüche der Bieter werden damit nicht begründet

Vergabearten

Wertgrenzen für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben

Freihändige Vergabe bis zu 10.000 Euro Nettoauftragswert

Keine Ex- ante – Transparenz

§ 3 Abs. 6 VOL/A

Keine Wertgrenzen, nur Direktkauf bei Nettoauftragswert bis 500,00 Euro
Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

Wertgrenzenregelungen werden – zeitlich - überlagert durch die Wertgrenzen zum jeweiligen Konjunkturprogramm der Länder und des Bundes aufgrund der jeweiligen Ländererlasse und allgemeine Vergabeerlasse der Länder und / oder Vergabegesetze mit besonderen Transparenzvorgaben

Gemeinsamer Runderlass (Vergabebesleunigungserlass) bis 31. 12. 2012 verlängert

Freigrenzen (2.1.1) und Bedingungen für Inanspruchnahme (2.2); Lostrennung (3.1);
Eignungsnachweise (6); Geltungsbereich (13); Erlass Stand 18. 3. 2009 gilt weiter: Bei
Zuschußmaßnahme ausdrückliche Gestattung erforderlich.

Wertgrenzen in kommunalen Dienstabweisungen?

Vertragsbedingungen (Sicherheitsleistungen)

§ 9 Abs. 7 VOB/A

Vertragserfüllungs- und Mängelsicherheit:

Auf Sicherheitsleistung soll ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten. Unterschreitet die Auftragssumme 250000 € ohne Umsatzsteuer, ist auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und in der Regel auf Sicherheitsleistung für die Mängelansprüche zu verzichten. Bei Beschränkter Ausschreibung sowie bei Freihändiger Vergabe sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden.

Ziel: Entlastung kleinerer und mittlerer Unternehmen

Folge: Verlagerung des Insolvenzrisikos auf Auftraggeber

Vertragsbedingungen (Sicherheitsleistungen)

Gegenmaßnahmen des Auftraggebers

Vertragserfüllungssicherheit: „Muss“ – Regelung

Abschlagszahlungen: Auf Nachweis erbrachter Leistungen achten

**Im Hinblick auf mögliche Kündigungsnotwendigkeit: Angebot auf Verhältnis
Leistungsinhalt / Preis überprüfen**

Vertragsverletzungen in eine nachfolgende Vergabeentscheidung einbeziehen

Mängelsicherheit: „Soll“-Regelung

Abweichungen vom Regelfall (Ausnahme) dokumentieren

**Verstärkte Kontrolle möglicher Mängel vor der Abnahme bzw. Schlusszahlung
(Zurückbehaltungsrecht)**

**Prüfung der Zuverlässigkeit bei nicht ordnungsgemäßer Durchführung der
Mängelbeseitigung**

Sicherheitsleistungen: Vorauszahlung und Abschlagszahlung

Prüfung und Wertung der Angebote

§ 16 VOB/A und VOL/A

Angebotswertung nach wie vor in 4 Stufen (Phasen)

Zwingender Ausschluss wegen fehlender formeller Voraussetzungen

(§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und 3 VOB/A; Abs. 3 VOL/A) bzw. **Fakultativer Ausschluss** (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A; Abs. 4 VOL/A)

Eignung des Bieters

(§ 16 Abs. 2 VOB/A; Abs. 5 VOL/A)

Rechnerische Prüfung

(§ 16 Abs. 3 – 5)

Unangemessenheit des Preises

(§ 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2 VOB/A ; Abs. 6 VOL/A)

Wirtschaftlichkeit des Angebotes

(§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A; Abs. 8 VOL/A)

Bei EU – Verfahren dürfen nur Kriterien und deren Gewichtung berücksichtigt werden, die Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen genannt sind; genannte Kriterien müssen berücksichtigt werden

§ 16 Abs. 7 VOB/A-EG und VOB/A-VS

§ 19 Abs. 6 VOL/A-EG, aber auch § 17 Abs. 7 VOL/A

Prüfung und Wertung der Angebote

Zwingender Ausschluss wegen fehlender formeller Voraussetzungen ohne Korrekturmöglichkeiten

Verspätet eingegangene Angebote

(Korrekturmöglichkeiten beachten: § 16 Abs. 3 lit.e VOL/A und § 14 Abs. 6 VOB/A)

Nicht unterschriebene oder mit Signatur versehene Angebote

Nicht verschlossene Angebote

Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Bieter

Nicht zweifelsfreie Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen

Verwendung eigener AGB durch Bieter

Bieter hat wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen

Nicht zugelassene Nebenangebote

VOB/A

Bieter hat unzutreffende Erklärungen zu seiner Eignung abgegeben

**Nebenangebote, die nicht auf besondere Anlage gemacht und nicht als solche
deutlich gekennzeichnet sind**

Prüfung und Wertung der Angebote

Änderungen an den Vergabeunterlagen

Beifügen eigener AGB (Liefer-, Zahlungs-, Verkaufsbedingungen)

Begleitschreiben

Verwendung eines Anschreibens mit eigenen AGB auf der Rückseite

Ersetzen des beschriebenen Materials

Ergänzung des LV um weitere Leistungen

Anbieten einer höherwertigen Leistung durch Änderung

**Streichungen / Änderungen im Leistungsverzeichnis oder durch Inhalt
des Begleitschreibens**

**Will ein Bieter vom Inhalt der Verdingungsunterlagen abweichen, kann
dies nur in Form eines Nebenangebotes / Änderungsvorschlages
geschehen.**

**Auf keinen Fall darauf vertrauen, dass AG Änderungen als Nebenangebot
interpretiert**

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden geforderten Erklärungen oder Nachweisen

Ausschluss nur unter dem Vorbehalt möglicher Korrekturen

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

Fehlen geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird das Angebot nicht entsprechend der Nummern 1 oder 2 ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen und Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von 6 Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den Auftraggeber. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot auszuschließen.

§ 16 Abs. 2 Satz 1 VOL/A

Erklärungen und Nachweise, die auf Anforderung der Auftraggeber bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, können bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden

Vorschriften beziehen sich nur auf Erklärungen oder Nachweise, die bereits in den Vergabeunterlagen wirksam gefordert wurden und die mit dem Angebot vorzulegen waren. (OLG Naumburg, B. v. 23.02.2012 – 2 Verg 15/11)

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden geforderten Erklärungen oder Nachweisen

VOL – Ausschreibungen

Nachforderungsmöglichkeit von Erklärungen und Nachweisen (Abs. 2 S. 1)

Erklärungen und -nachweise können betreffen die Eignung (zumindest analoge Anwendung) und den Angebotsinhalt

Erklärungen und Nachweise waren bis zum Ablauf der Angebotsfrist vorzulegen

**Keine Verpflichtung zur Nachforderung: Ermessensentscheidung
Gleichbehandlung der Bieter**

Gleiche Verfahrensabläufe bei der Durchführung der paralleler und nachfolgender Verfahren

Ermessensreduzierung auf „Null“?: Pflichtverstoß liegt beim Bieter, kein Anspruch; Bieter sollte mit Nachforderung nicht rechnen bzw. spekulieren

Keine Bezuschlagung eines unvollständigen Angebots möglich: Nachforderung erforderlich

Frist: 6 KT wie bei § 16 VOB/A als Anhaltspunkt, aber einzelfallangemessen; Vorlagefrist konkret festlegen

Prüfung und Wertung der Angebote

Welche Erklärungen und Nachweise werden erfasst?

Produkt – und Hersteller- incl. Typangaben

EFB – Preisblätter

Geforderte Aufschlüsselung von Preisen

VHB: EFB 221, 222 (Kalkulationsaufgliederung), EFB 223 (Aufgliederung der EP)

Einheitspreis in Ziffern und in Worten

Nachunternehmerangaben

Referenzlisten

Versicherungsnachweise

Entsorgungsnachweise

Erklärungen / Erläuterungen in der Baubeschreibung (Baustelleneinrichtung-,

Bauablaufplan, technische Erklärungen)

Tariftreueerklärung

Gewerbezentralregisterauszug

Anerkennung der Besonderen Vertragsbedingungen

(VK Nordbayern, B. vom 22. 9. 2010, Az. 21.VK-3194-34/10)

Nachforderung nicht nur, wenn die geforderten

Erklärungen vollständig fehlen, sondern auch, wenn sie aus formellen Gründen nicht ordnungsgemäß sind, insbesondere wenn sie nicht ordnungsgemäß unterschrieben oder signiert sind (OLG Düsseldorf, B. v. 09.05.2011 - Az.: VII- Verg 42/11; B. v. 09.05.2011 - Az.: VII-Verg 41/11 und B. v. 09.05.2011 - Az.: VII- Verg 40/11; OLG Koblenz, B. v. 30.03.2012 - Az.: 1 Verg 1/12

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden Preisen

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c VOB/A

Auszuschließen sind:

Angebote, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nummer 3 nicht entsprechen;

ausgenommen solche Angebote, bei denen lediglich in einer einzelnen unwesentlichen Position die Angabe des Preises fehlt und durch die Außerachtlassung dieser Position der Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung dieser Position mit dem höchsten Wettbewerbspreis, nicht beeinträchtigt werden.

Voraussetzungen für eine Wertung

Es fehlt – nur – ein Preis

Dieser ist unwesentlich

Außerachtlassung dieses Preises beeinträchtigt den Wettbewerb und die Wertungsreihenfolge nicht

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden Preisen

Kein zwingender Ausschluss, sondern Wertung des Angebotes

Rechtliche Behandlung der Position ohne Preis?

Ermittlung eines Preises durch Nachverhandlung?

Verstoß gegen § 24 VOB/A

Einsetzen des höchsten Wettbewerbspreises durch Auftraggeber?
Preis nicht angeboten und keine Rechtsgrundlage in § 2 VOB/A 2009
Gemeinsame Festlegung wäre Verstoß gegen § 24 VOB/A

Position wird – da nicht angeboten - nicht beauftragt, sondern
Nachbeauftragung nach § 1 Abs. 4 VOB/B 2009 mit Rechtsfolge eines
Vergütungsanspruchs gemäß § 2 Abs. 6 VOB/B 2009

Fehlender Leistungsverzeichnisposition kann nicht mit fehlender Preisangabe
gleichgesetzt werden

(VK Hessen, B. vom 10. 12. 2010, Az. 69d-VK-38/2010)

Beispiel 1

Der Auftraggeber erhält 6 Angebote. Das Angebot des Bieters A schließt mit 1.500.000 € und das Angebot des Bieters B mit 1.550.000 € ab. Der Bieter A hat in der Position X mit einem Vordersatz „5“ keinen Einheitspreis und keinen Positionspreis angegeben. Der Bieter B hat einen Einheitspreis in Höhe von 1000 € (Positionspreis: 5000 €), der Bieter F den höchsten Einheitspreis für die Position X in Höhe von 2000 € (Positionspreis: 10.000 €) angegeben.

Bei der Position X handelt um eine unwesentliche Position: Vergleicht man die für diese Position angebotenen Preise mit der Preisdifferenz zwischen dem Erst- und Zweitbieter (50.000 €), so kommt der Position weder im Hinblick auf den Einheitspreis noch auf den Positionspreis zwischen 1000 € (5.000 €) und 2000 € (10.000 €) eine im Hinblick auf das Wettbewerbs Ergebnis wesentliche Bedeutung zu. Im Hinblick auf die Differenz zum Angebotspreis des Zweitbieters kann die Wertungsreihenfolge nicht geändert werden. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des höchsten Einheitspreise beziehungsweise Positionspreis des in Höhe von 2000 € (10.000 €). Das Angebot des Bieters A kann somit gewertet werden. Die Leistung der Position X wird nach Auftragserteilung gemäß § 1 Abs. 4 VOB/B nachbeauftragt.

Beispiel 1

Gesamtpreis	Position X Vordersatz	EP	Positionspreis
Bieter A: 1.500.00,00 €	5	Kein EP	
Bieter B: 1.550.00,00 €	5	1.000,00 €	5.000,00 €
Bieter C	5	2.000,00 €	10.000,00 €
Differenz 50.000,00 €			40.000,00 €

Es fehlt ein Preis in einer einzelnen unwesentlichen Position (Position A). Durch Außerachtlassung dieser Position wird die Wertungsreihenfolge, auch bei Wertung mit dem höchsten Wettbewerbspreis (10.000,00 €) nicht beeinträchtigt.

Handelt es sich bei dem **höchsten Wettbewerbspreis** um einen **Spekulationspreis**, ist gegebenenfalls an eine Korrektur unter Berücksichtigung der entsprechenden Angebotspreise der übrigen Bieter oder im Vergleich zum Marktpreis zu denken.

Beispiel 2

Der Auftraggeber erhält 6 Angebote. Das Angebot des Bieters A schließt mit 1.500.000 € und das Angebot des Bieters B mit 1.550.000 € ab. Der Bieter A hat in den Position X und Y jeweils keinen Einheitspreis und keinen Positionspreis angegeben. Der Bieter B hat einen Einheitspreis in Höhe von 20 €, der Bieter F den höchsten Einheitspreis für die Position X in Höhe von 25 € angegeben. Es handelt sich um absolut unwesentliche Positionen. Gleichwohl darf - anders als nach dem Vorschlag des Deutschen Städte- und Gemeindebundes - eine Wertung nicht erfolgen. Folge davon wäre die - sicherlich kaum nachvollziehbare - die Bezuschlagung eines 50.000 € teureren Angebots, es sei denn, auch dass nachfolgende Angebot wäre nicht zuschlagsfähig oder es käme eine Aufhebung der Ausschreibung wegen Nichterreichens des wirtschaftlichen Ziels in Betracht.

Prüfung und Wertung der Angebote

**Nach wie vor aber zwingender Angebotsausschluss – in der Wertungsstufe 1 -
bei Mischkalkulation**

Nichteinsetzen des geforderten Preises

**Kein Wertungsermessen auf Seiten des Auftraggebers
(BGH – Beschluss vom 18.05.2004 – X ZB 7/04)**

**Mischkalkulation liegt – nur - dann vor, wenn ein Bieter die Einheitspreise
einzelner Leistungspositionen in andere Leistungspositionen umlegt.**

**Mischkalkulation nur wenn Bieter dies erklärt oder
eine Aufklärung / Überprüfung durch den AG diesen Schluss zulässt**

**Auftraggeber muss Angebotsinhalt zur Feststellung einer vermuteten
Mischkalkulation aufklären**

**Bieter muss zur Vermeidung eines Angebotsausschlusses Vermutung
nachvollziehbar ausräumen**

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden Preisen

VOL – Ausschreibungen

**Nachforderung von geforderten Preisangaben bei unwesentlichen Einzelpositionen
(Abs. 2 S. 2)**

Geforderte Preisangaben

Preis ist wie gefordert, vollständig und mit dem Betrag anzugeben, der für die betreffende Leistung vom Bieter beansprucht wird

Nachforderung im Ermessen des Auftraggebers

Voraussetzung für die Nachforderung:

**Unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern
oder**

**Unwesentliche Einzelpositionen, die die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht
beeinträchtigen**

Prüfung und Wertung der Angebote

Angebote mit fehlenden Preisen

VOL – Ausschreibungen

Voraussetzung für die Nachforderung

Unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern

=

Einzelpreise sind eindeutig in die Berechnung des Gesamtangebotes eingeflossen
Rechnerische Differenzen

Unwesentliche Einzelpositionen, die die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht
beeinträchtigen

Von entscheidender Bedeutung ist, ob als Folge des Nachforderns die
Wettbewerbsstellung des Bieters bzw. die Wertungsreihenfolge geändert werden
kann

(Marginaler) Abstand zum Zweitbieter

Vergleich mit den Preisen der anderen Bieter; insb. jeweils höchster Preis