

DStGB

DOKUMENTATION N° 61

---



# Vergaberecht 2006

**Aktuelle Neuerungen und kommunale Forderungen**



**DStGB**

Deutscher Städte-  
und Gemeindebund  
[www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

# Inhalt

<b>Vorwort</b>	<b>1</b>	5. Zwingender Ausschluss rechtskräftig verurteilter Unternehmen	8
<b>I Vergaberecht: Rechtsgebiet mit rasanten Änderungen</b>	<b>2</b>	6. Ungewöhnlich niedrige Angebote	9
<b>II Auftraggebereigenschaften</b>	<b>2</b>	7. Umweltmanagement-/Qualitätssicherungsverfahren	9
1. Differenzierung nach Schwellenwerten	2	8. Verlängerung der Angebotsfrist	9
2. Auftraggebereigenschaft auch als Bieter	2	9. Übermittlung von Teilnahmeanträgen erweitert möglich	9
<b>III. Wann liegt ein öffentlicher Auftrag vor?</b>	<b>2</b>	10. Inhalte des Vergabevermerks	9
1. Privater Minderheitsanteil in gemeinsamer Gesellschaft: Ausschreibungspflicht	2	11. Empfehlung zur Anwendung des EU-Vergaberechts auch unterhalb der Schwellenwerte	9
2. Dienstleistungskonzessionen: Transparenz trotz Vergaberechtsfreiheit	3	<b>XI. ÖPP-Beschleunigungsgesetz: Neuregelungen seit September 2005</b>	<b>10</b>
3. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht	3	<b>XII. Wettbewerblicher Dialog als neuer Verfahrenstyp</b>	<b>10</b>
4. Mandatierende und delegierende Vereinbarungen	3	1. Subsidiarität gegenüber Offenem/ Nichtoffenem Verfahren	10
5. EuGH-Entscheidung vom 13. Januar 2005	4	2. Vorrang gegenüber Verhandlungsverfahren	10
6. Nationale Rechtsprechung	4	3. Besonders komplexer Auftrag	10
7. Kommunale Spitzenverbände für Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit	4	4. Europaweite Bekanntmachung	11
8. Vergabekammer Köln verneint Ausschreibungspflicht	4	5. Mindestens drei Bewerber	11
<b>IV. Neue Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben</b>	<b>4</b>	6. Formulierung der Bedürfnisse und Anforderungen	11
<b>V. Neue EU-Standardformulare</b>	<b>5</b>	7. Bewerbungsfrist	12
<b>VI. Präqualifikationsverfahren im VOB-Bereich erleichtert Eignungsprüfung</b>	<b>5</b>	8. Bewerberauswahl/Eignungsprüfung	12
<b>VII. Ordnungsgemäße Wertung der Angebote</b>	<b>5</b>	9. Dialogphase	12
1. Die vier Wertungsstufen	6	10. Umfang der Erörterung	12
2. Unzulässigkeit von Mischkalkulationen	6	11. Gleichbehandlung und Vertraulichkeit	12
3. Fehlen der geforderten Erklärungen	6	12. Reduzierung der Bewerberanzahl	12
<b>VIII. Vergaberechtsreform erfolgt in zwei Stufen</b>	<b>7</b>	13. Abschluss der Dialogphase	13
<b>IX. Seit 31. Januar 2006: Zwingende Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts</b>	<b>7</b>	14. Endgültige Angebotsabgabe	13
<b>X. Die seit dem 31. Januar neu anzuwendenden Regeln</b>	<b>7</b>	15. Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen	13
1. Schwellenwerte gelten fort	7	16. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	13
2. Zwingende Gewichtung von Zuschlagskriterien	7	17. Erläuterung des Angebots – Bestätigung der Zusagen	13
3. Mindestbedingungen für Nebenangebote erforderlich	8	18. Angemessene Kostenerstattung	13
4. Rahmenvereinbarungen: Laufzeit grundsätzlich vier Jahre	8	19. Bewertung des Wettbewerblichen Dialogs	14
		<b>XIII. Weitere Neuerungen durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz</b>	<b>14</b>
		1. Projektantenproblematik	14
		2. Lockerung des Selbstausführungsgrundsatzes	15
		3. Typengemischte Aufträge	15
		4. Rechtsform von Bietergemeinschaften	15
		5. VOB/B-Anwendung bei Unterauftragsvergabe	15
		<b>XIV. Forderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts</b>	<b>16</b>

## Vorwort

Das Vergaberecht ist in einem rasanten Wandel begriffen. Dies macht es für die Städte und Gemeinden als größte öffentliche Auftraggeber immer schwieriger, sich in dem Dschungel vergaberechtlicher Vorschriften sowie der Rechtsprechung zurechtzufinden.

Jüngere Änderungen des Vergaberechts haben sowohl das seit dem September 2005 geltende ÖPP-Beschleunigungsgesetz, u. a. durch die Einführung des so genannten Wettbewerblichen Dialogs, aber auch die seit dem 31. Januar 2006 zwingend anzuwendenden Neuregelungen des EU-Vergaberechts gebracht.

Weitere Neuerungen, wie zum Beispiel die Einführung eines Präqualifikationsverfahrens, sollen dazu beitragen, die Eignungsprüfung der Bieter durch die Kommunen zu erleichtern. Änderungen bewirken auch neue Wertgrenzen, mit denen die Kommunen in einigen Bundesländern vermehrt Beschränkte und Freihändige Vergaben durchführen können.

Kennzeichnend für die Entwicklung des Vergaberechts ist das immer stärker werdende Eingreifen des EU-Vergaberechts und auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Ein Beispiel hierfür ist das Themenfeld der interkommunalen Kooperationen. Die kommunalen Spitzenverbände haben hier frühzeitig Stellung bezogen und fordern von den EU-Institutionen eine ausdrückliche Klarstellung, wonach rein interkommunale Kooperationen als verwaltungsinterne Vorgänge vom Vergaberecht freigestellt werden.

Die vorliegende Dokumentation stellt die aktuellen Entwicklungen und Neuerungen des Vergaberechts praxisgerecht dar. Sie endet mit zehn Forderungen des Deutschen Städte- und Gemeindebundes an die noch kommende Vergaberechtsnovellierung. Ziel dieser Novellierung muss eine deutliche Entbürokratisierung sowie eine Investitionssteigerung insbesondere für den Mittelstand sein.

Berlin, im Mai 2006



Dr. Gerd Landsberg



*Dr. Gerd Landsberg  
Geschäftsführendes  
Präsidialmitglied  
Deutscher Städte- und  
Gemeindebund*

Verfasser: Beigeordneter Norbert Portz

# Vergaberecht 2006

## Aktuelle Neuerungen und kommunale Forderungen



### I. Vergaberecht: Rechtsgebiet mit rasanten Änderungen

Das Vergaberecht ist wie kaum ein zweites Rechtsgebiet in den letzten Jahren rasanten Änderungen unterworfen. Dies trägt nicht gerade zur Übersichtlichkeit und Transparenz für die Anwender, insbesondere die Kommunen als größte öffentliche Auftraggeber bei.

Im Folgenden sollen daher die für die Städte und Gemeinden wesentlichen aktuellen Entwicklungen im Vergaberecht dargestellt werden.

### II. Auftraggebereigenschaft

Grundvoraussetzung zur Anwendung des Vergaberechts ist, dass die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch einen zum Vergaberecht verpflichteten öffentlichen Auftraggeber erfolgt.

#### 1. Differenzierung nach Schwellenwerten

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (VOB: fünf Millionen Euro; VOL und VOF: 200 000 Euro) ist nur die klassische öffentliche Hand, also neben Bund und Ländern die Kommunen mit ihren Eigenbetrieben zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. Es gibt aber Ausnahmen wie zum Beispiel Nordrhein-Westfalen: Hier sind wirtschaftlich geführte Eigenbetriebe durch einen Erlass des Innenministeriums vom 22. März 2006 – anders als eigenbetriebsähnliche Einrichtungen – nicht zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet; umgekehrt sind zum Beispiel in Baden-Württemberg auch privatisierte Kommunaleinrichtungen, also kommunale GmbH's, bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet.

Demgegenüber gilt bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte der so genannte funktionale Auftraggeberbegriff.

Dieser erfasst auch privatisierte kommunale Einrichtungen (vergleiche § 98 Nr. 2 GWB), wenn diese

- Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllen
- diese Aufgaben in nicht gewerblicher Art durchgeführt werden und
- die öffentliche Hand/Kommune die von ihr privatisierte Einrichtung (Beispiel: Abfallentsorgungs-GmbH) überwiegend öffentlich finanziert oder beherrscht.

#### 2. Auftraggebereigenschaft auch als Bieter

Der Europäische Gerichtshof hat am 18. November 2004 (VergabeR 2005, 57 ff.) entschieden, dass die Ausschreibungspflicht eines Auftraggebers auch als Bieter besteht.

Zugrunde lag ein Sachverhalt, bei dem sich die Stadt München als Bieter bei einer Ausschreibung um die Durchführung von Abfallentsorgungsleistungen in einem Vergabeverfahren beworben hatte und auch den Auftrag erhielt. Gemäß einer vorher getroffenen Vereinbarung übertrug die Stadt dem von ihr ohne Ausschreibung beauftragten Subunternehmer den Transport der Abfälle.

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs erfüllt die Stadt München auch als Bieterin die Definition eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Vergaberechts. Die Vergabe eines Teils ihrer Tätigkeiten an ein Subunternehmen hätte sie daher nach den Regeln des Vergaberechts ausschreiben müssen.

### III. Wann liegt ein öffentlicher Auftrag vor?

#### 1. Privater Minderheitsanteil in gemeinsamer Gesellschaft: Ausschreibungspflicht

Für das Vorliegen eines öffentlichen Vertrages und damit einer Ausschreibungspflicht kommt es nach § 99 Abs. 1 GWB darauf an, ob ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen, der die Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand hat, vorliegt.

Dabei war lange Zeit umstritten, ob bei der Gründung und „Beauftragung“ gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften, an denen die Kommune eine Mehrheit hält und ein privater Minderheitsgesellschafter beteiligt ist, ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Grundsätzlich hatte bereits der EuGH in seiner so genannten „Teckal-Entscheidung“ (EuGH, NZBau 2000, 90 f.) bei der Beauftragung einer von der öffentlichen Hand gemeinsam getragenen, aber unabhängigen und selbstständigen Einrichtung die Möglichkeit des Vertrages und damit der Ausschreibungspflicht angenommen. Eine Ausnahme besteht nach dem EuGH nur dann, wenn

- die öffentliche Hand (Kommune) über die neu gegründete Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium) und
- diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentliche Hand (Kommune/n), die ihre Anteile innehaben, verrichtet (Wesentlichkeitskriterium).

Gerade im Hinblick auf das erste Kontrollkriterium war lange streitig, ob bei einer geringen Minderheitsbeteiligung eines Privaten in einer gemeinsamen gemischt-



Foto: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften - Pressedienst

wirtschaftlichen Gesellschaft nicht eine Ausschreibungspflicht entfallen konnte.

In einer grundlegenden Entscheidung vom 11. Januar 2005 (EuGH, VergabeR 2005, 44 ff.) hat der EuGH entschieden, dass jegliche minderheitliche Gesellschaftsbeteiligung eines Privaten die Kontrolle der öffentlichen Hand (Kommune) über diese gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ausschließt. Folge ist, dass in diesen Fällen stets eine Ausschreibung durchzuführen ist.

Ordnungsgemäße Vergabeart dürfte bei der komplexeren Gründung und Beauftragung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft das Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung (Vergleiche: § 3a Abs. 4 Buchstabe b und c VOL/A) sein.

Sind in der Vergangenheit gemischtwirtschaftliche Gesellschaften von Kommunen ohne Beachtung des Vergaberechts beauftragt worden, sollte wegen des vom EuGH angenommenen fortwirkenden Rechtsverstößes dieser Verträge (EuGH, NZBau 2003, 393) eine einvernehmliche Vertragsaufhebung und Neuausschreibung beziehungsweise eine Rekommunalisierung geprüft werden.

Jedenfalls dürfte eine in Kenntnis der neueren EuGH-Rechtsprechung durch die jeweiligen öffentlichen und privaten Partner der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ohne Ausschreibung vorgenommene Verlängerung oder wesentliche Vertragsänderung die Gefahr der Nichtigkeit dieses neuen Vertrages wegen Sittenwidrigkeit (Kollusives Zusammenwirken der Vertragspartner: § 138 BGB) in sich bergen.

## 2. Dienstleistungskonzessionen: Transparenz trotz Vergaberechtsfreiheit

Als „Dienstleistungskonzession“ gelten gemäß Art. 1 Abs. 4 der EU-Richtlinie Verträge,

*„die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht“*

Selbst wenn für Dienstleistungskonzessionen gemäß Art. 17 der EU-Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 das Vergaberecht nicht gilt, hat der EuGH auch für diesen Bereich Grundsätze aufgestellt.

Auch für derartige Dienstleistungskonzessionen gilt nach dem EuGH das Gebot der Transparenz und der Nichtdiskriminierung gemäß Art. 43, 49 EG-Vertrag. Danach ist auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

*„zugunsten potentieller Bieter immer ein angemessener Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der die Dienstleistungskonzessionen dem Wettbewerb öffnet und eine Nachprüfung ermöglicht“*

(Vergleiche zuletzt EuGH vom 13. Oktober 2005, VergabeR 2005, 737 ff. „Parking Brixen“).

Jedoch hat der EuGH gerade in der Entscheidung „Parking Brixen“ zu Recht festgestellt, dass auch für die Vergabe nicht ausschreibungspflichtiger Dienstleistungskonzessionen das vergaberechtliche Privileg der Inhouse-Vergabe zum Tragen kommt. Danach gilt die Vorgabe zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs für Dienstleistungskonzessionen dann nicht, wenn eine Gemeinde über den Dienstleistungserbringer eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und dieser im Wesentlichen seine Tätigkeit für die beherrschte Kommune verrichtet.

Insoweit hat der EuGH in einem Urteil vom 6. April 2006 (Rs C 410/04-ANAV) entschieden, dass eine Kommune nicht nur an eine kommunale Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH, sondern auch an eine vollständig von ihr beherrschte Aktiengesellschaft direkt und freihändig, also ohne Ausschreibung, eine öffentliche Dienstleistung (Verkehrsdienste) vergeben darf. Voraussetzung ist jedoch neben dem vollständigen Innehaben des Kapitals dieser Aktiengesellschaft durch die Gemeinde, dass diese Aktiengesellschaft allein für und im Gebiet dieser Gemeinde tätig wird. Auch eine mögliche Beteiligung privater Kapitalgeber würde daher ein wettbewerbsfreies Inhouse-Geschäft ausschließen und zur Ausschreibung führen.

## 3. Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht

Interkommunale Zusammenarbeit ist gerade in den letzten Jahren nicht zuletzt zur weiteren Gewährleistung eines breiten Dienstleistungsspektrums zugunsten der Bürger trotz Finanznot und veränderten Rahmenbedingungen (Demografie etc.) zu einem Erfolgsmodell geworden. Interkommunale Zusammenarbeit wird auf der Grundlage der landesrechtlichen Regelungen (Gesetze über kommunale Gemeinschaftsarbeit etc.) hauptsächlich in Form des Zweckverbands, also eines Zusammenschlusses von Kommunen, bei denen die Aufgabenerfüllung (Rechte und Pflichten) auf den Zweckverband übergehen, oder aber in Form der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung durchgeführt.

## 4. Mandatierende und delegierende Vereinbarungen

Hierbei wird zwischen der so genannten mandatierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, also der Aufgabewahrnehmung durch die übernehmende Kommune in

fremdem Namen sowie der delegierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, also der kompletten Aufgabenübertragung auf die „übernehmende“ Kommune (Übergang von Rechten und Pflichten), unterschieden.

## 5. EuGH-Entscheidung vom 13. Januar 2005



In einer Entscheidung vom 13. Januar 2005 (EuGH, VergabeR 2005, 176 ff.) hat der EuGH entschieden, dass eine generelle, also gesetzlich vorgesehene Vergaberechtsfreiheit von Kooperationen zwischen Gebietskörperschaften EU-rechtswidrig ist.

Grund sei, dass das Vergaberecht immer bei entgeltlichen Verträgen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern Anwendung finde und dies auch bei Verträgen zwischen öffentlichen Körperschaften der Fall sein könne.

## 6. Nationale Rechtsprechung

Die nationale Rechtsprechung hat in jüngerer Zeit in drei rechtskräftigen OLG-Entscheidungen (OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, 619 ff.; OLG Frankfurt, VergabeR 2005, 80 ff. und OLG Naumburg, VergabeR 2006, 88 ff.), die alle die Übertragung von Abfallentsorgungsaufgaben innerhalb von Kommunen betrafen, ebenfalls eine Ausschreibungspflicht angenommen.

Speziell die Entscheidung des OLG Naumburg vom 03. November 2005, bei der ein Kreis im Vorgriff auf eine Gebietsreform die Übertragung von Abfallentsorgungsaufgaben im Wege der öffentlich-rechtlichen Zweckvereinbarung auf einen Nachbarkreis in Form der Delegation, also mit dem Übergang aller Rechte und Pflichten, vorgenommen hat, ist nicht nachvollziehbar. Ein derartiger rein innerstaatlicher und interkommunaler Organisationsakt muss als verwaltungsinterne Verlagerung von Zuständigkeiten vergaberechtsfrei bleiben.

Insbesondere die Annahme des OLG Naumburg, der übernehmende Kreis trete bei der neu übernommenen Zuständigkeit der Abfallentsorgungsleistungen „wie ein Privater am Markt“ auf, ist kaum nachvollziehbar. Denn im vorliegenden Fall hatten die beiden Kreise ja gerade eine bewusste Organisationsentscheidung zur weiteren öffentlichen Aufgabenwahrnehmung getroffen. Ein Beschaffungsvorgang, der einen der Kreise als Unternehmen „wie ein Privater am Markt“ auftreten lässt, kann daher gerade nicht angenommen werden.

## 7. Kommunale Spitzenverbände für Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit

Die kommunalen Spitzenverbände fordern sowohl gegenüber der EU-Kommission als auch gegenüber dem nationalen Gesetzgeber eine eindeutige Klarstellung, wonach rein interkommunale Kooperationen, die nicht

unter Beteiligung privater Dritter stattfinden, keinen vergaberechtspflichtigen Vorgang von Leistungen auf dem Markt darstellen.

Die von den kommunalen Spitzenverbänden hierzu vorgeschlagene Formulierung gegenüber den europäischen Gremien lautet wie folgt:

*„Die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Einrichtungen auf der Grundlage von Gesetzen, Verordnungen, öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder durch die Bildung von Zweckverbänden stellt eine dem Organisationsrecht der Mitgliedstaaten unterfallende Materie dar und beinhaltet keinen den europäischen Vergaberichtlinien unterfallenden Beschaffungsvorgang. Auf die Vollständigkeit oder Unwiderruflichkeit der Aufgabenübertragung kann es dabei nicht ankommen.“*

## 8. Vergabekammer Köln verneint Ausschreibungspflicht

Die Vergabekammer Köln hat in dem hier vorgeschlagenen Sinne in einem aktuellen Beschluss vom 9. März 2006 (VK VOL 34/2005) eine Ausschreibungspflicht einer interkommunalen Übertragung der Abfallentsorgung von nordrhein-westfälischen Gemeinden auf einen gemeinsam von ihnen getragenen Zweckverband verneint. Die Entscheidung ist in der zweiten Instanz beim OLG Düsseldorf anhängig.

## IV. Neue Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben

Durch Sonderregelungen sind in einzelnen Bundesländern für die Kommunen neue und erhöhte Wertgrenzen insbesondere für die Beschränkte Ausschreibung und die Freihändige Vergabe geschaffen worden.

So hat die Bayerische Staatsregierung, aber auch die Landesregierung Nordrhein-Westfalen (Runderlass des Innenministeriums vom 22. März 2006, Nr. 6 300, veröffentlicht im Ministerialblatt NW vom 5. April 2006) bestimmt, dass zum Beispiel die Kommunen eine Beschränkte Ausschreibung ohne weitere Einzelbegründung im VOB-Bereich bis zu einem Auftragswert (ohne Umsatzsteuer) von höchstens

- 300 000 Euro im Tiefbau,
- 150 000 Euro für Rohbauarbeiten im Hochbau und
- 75 000 Euro für sonstige Gewerke im Hochbau sowie bei der Straßenausstattung

vornehmen können.

Die Durchführung einer Freihändigen Vergabe ohne weitere Einzelbegründung wird den Kommunen in den entsprechenden Landesregelungen (Bayern und Nordrhein-Westfalen) bei der Vergabe von Leistungen sowohl im VOB- als auch im VOL-Bereich bis zu einem Auftragswert (ohne Umsatzsteuer) von höchstens 30 000 Euro gestattet. Darüber hinaus bleibt zum Beispiel nach Nr. 7.3

der Regelung in Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit einer Beschränkten Ausschreibung oder einer Freihändigen Vergabe oberhalb dieser Wertgrenzen bei einer entsprechenden Begründung im Einzelfall unberührt.

## V. Neue EU-Standardformulare

Eine weitere vergaberechtliche Neuerung gibt es im Bereich der EU-Formulare. Unter [www.simap.eu.int](http://www.simap.eu.int) hat die EU-Kommission neue Standardformulare herausgegeben, die unmittelbar gelten. Der große Vorteil dieser EU-Standardformulare besteht in ihrer Online-Verwendbarkeit.

Formulare zum Herunterladen	
1. VORINFORMATION	📄
2. BEKANNTMACHUNG	📄
3. BEKANNTMACHUNG ÜBER VERGEBENE AUFTRÄGE	📄
4. REGELMÄSSIGE NICHTVERBINDLICHE BEKANNTMACHUNG SEKTOREN	📄
5. BEKANNTMACHUNG – SEKTOREN	📄
6. BEKANNTMACHUNG ÜBER VERGEBENE AUFTRÄGE - SEKTOREN	📄
7. BEKANNTMACHUNG ÜBER DAS BESTEHEN EINES PRÜFUNGSYSTEMS - SEKTOREN	📄
8. BEKANNTMACHUNG ÜBER EIN BESCHAFFERPROFIL	📄
9. VEREINFACHTE BEKANNTMACHUNG IM RAHMEN EINES DYNAMISCHEN BESCHAFFUNGSSYSTEMS	📄
10. BAUKONZESSION	📄
11. BEKANNTMACHUNG AUFTRÄGE, DIE VON EINEM BAUKONZESSIONÄR VERGEBEN WERDEN, DER KEIN ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER IST	📄
12. WETTBEWERBSBEKANNTMACHUNG	📄
13. BEKANNTMACHUNG ÜBER DIE ERGEBNISSE EINES WETTBEWERBS	📄

## VI. Präqualifikationsverfahren im VOB-Bereich erleichtert Eignungsprüfung

Mit Datum vom 16. Januar 2006 hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) mit einem Einführungserlass den Startschuss für das bundesweite Präqualifikationsverfahren für Bauunternehmen (VOB-Bereich) gegeben.

Damit soll die Eignungsprüfung von Bieter gemäß § 8 VOB/A, die bisher in jedem Einzelfall geprüft werden muss, für Auftraggeber optional entfallen können. Der Grund hierfür ist, dass pro Eignungsnachweis bei den Unternehmen nach Aussage des Bundesbauministeriums bislang Kosten in Höhe von 150 bis 250 Euro anfallen. Diese Kostenbelastung soll durch das Präqualifikations-system deutlich reduziert werden.

Die durch private Qualifizierungsstellen bereits zertifizierten Unternehmen gelten damit für Auftraggeber grundsätzlich als zuverlässig, fachkundig und leistungsfähig. Die Eignung ist von den Auftraggebern im Rahmen des Vergabeverfahrens durch Einsicht in eine Liste



([www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)), die zum Teil öffentlich und zum Teil passwortgeschützt ist, prüfbar. Das Entgelt für die Präqualifikation entrichtet der Antragsteller.

Das Präqualifikationssystem ist freiwillig, so dass für öffentliche Auftraggeber nach wie vor eine Einzelnachweisabfrage seitens der Bieter möglich ist. Die Gültigkeit der Zertifizierung beträgt grundsätzlich ein Jahr.

## VII. Ordnungsgemäße Wertung der Angebote

Die ordnungsgemäße Wertung der Angebote hat insbesondere aufgrund aktueller Rechtsprechung neu zu berücksichtigende Entwicklungen gebracht.

### 1. Die vier Wertungsstufen

Bei der ordnungsgemäßen Wertung der Angebote kommt es für die Auftraggeber insbesondere darauf an, die vier Wertungsstufen genau zu beachten und im Einzelnen sachgerecht und rechtmäßig auszugestalten. Die vier Stufen im Rahmen der Wertung der Angebote (§ 25 VOB/A und VOL/A) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Prüfung, ob Angebote von Bieter zwingend ausgeschlossen werden müssen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A und VOL/A) beziehungsweise – fakultativ – ausgeschlossen werden können (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A und VOL/A)
2. Prüfung der Eignung der Bieter (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A und VOL/A):

Im Rahmen der Wertung erfolgt die Eignungsprüfung nur bei öffentlicher Ausschreibung, während bei Beschränkten und Freihändigen Vergaben die Eignungsprüfung vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe durch den Auftraggeber erfolgt.

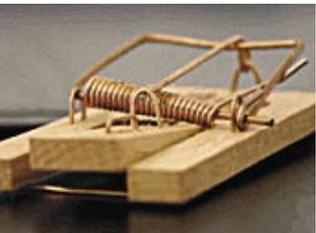
3. Prüfung der Angemessenheit der Preise (§§ 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A, 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A):

Entscheidend für die Frage, ob ein Angebotspreis unangemessen niedrig ist, ist grundsätzlich die Gesamtsumme. Auch hat der Auftraggeber zwingend eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Bieter, die sich nicht nur auf die Ermittlung der Preise für die Gesamtleistung, sondern auch auf Teilleistungen/ Einzelposten erstreckt. Auch Unterangebote der Bieter sind grundsätzlich zugelassene Wettbewerbsangebote. Die Grenze eines unangemessen niedrigen Angebots ist da zu ziehen, wo ein Bieter einen „nicht kostendeckenden Kampfpriest“ abgibt oder die Wahrscheinlichkeit einer nicht ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung aufgrund des Niedrigangebots groß ist.

#### 4. Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB, §§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A, 25 Nr. 3 VOL/A):

Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Maßgeblich für das wirtschaftlichste Angebot ist die beste Erfüllung der vom Auftraggeber seit dem 31. Januar 2006 zwingend vorgegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien (vergleiche Art. 53 der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie).

## 2. Unzulässigkeit von Mischkalkulationen



Falle „Mischkalkulation“

Unter einer Mischkalkulation eines Bieters wird die Verteilung von Kosten einer Position auf eine andere Position, also eine Auf- und Abpreisung, verstanden. Mischkalkulationen zeichnen sich häufig dadurch aus, dass bei bestimmten Leistungspositionen ungewöhnlich niedrige Preise (Cent-Preise)

angeboten werden, die durch erhöhte Preise in anderen Positionen ausgeglichen werden.

Der Bundesgerichtshof hat in einer grundlegenden Entscheidung vom 18. Mai 2004 (BGH, VergabeR 2004, 473 ff.) Mischkalkulationen in Angeboten für unzulässig und daher als zwingend auszuschließen erklärt. In dieser Entscheidung hat der BGH unter anderem ausgeführt:

*„Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A. Deshalb sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen (§ 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A)“*

Allerdings lässt die Eintragung eines Einheitspreises, zum Beispiel von 0,01 Euro, nicht ohne Weiteres den Schluss auf eine „Mischkalkulation“ zu. Insoweit hat das OLG Rostock in einer Entscheidung vom 15. September 2004 (VergabeR 2004, 719 ff.) unter anderem ausgeführt:

*„Allein die Eintragung von Einheitspreisen von 0,01 Euro lässt ohne vorherige Aufklärung nicht den Schluss zu, dass der Bieter die für einzelne Leistungspositionen anfallenden Preise auf verschiedene Einheitspreise andere Leistungspositionen verteilt hätte“*

Ergibt also – wie in dem vom OLG Rostock entschiedenen Fall – die Aufklärung, dass zum Beispiel der Bieter zu Recht einen Einheitspreis von 0,01 Euro angeboten hat, weil er zum Beispiel abzutransportierenden Boden in einer anderen Baustelle gewinnbringend einsetzen konnte, ist dies kein Fall einer unzulässigen Mischkalkulation.

In die gleiche Richtung gehend hat das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 8. Februar 2005 festgestellt:

*„Ist ein Preis von 0,00 Euro ersichtlich ernst gemeint, ohne Preisbestandteile auf andere Positionen zu verteilen und diese darin zu verstecken, ist ein solches Angebot nicht auszuschließen“*

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall konnte ein Bieter eine Leistungsposition mit 0,00 Euro (Übernahme von 34 000 Adressdaten) deswegen zu diesem „Preis“ anbieten, weil er bereits die dem Auftraggeber „anzubietenden“ Adressdaten aus einem vorangegangenen Auftrag digital gespeichert hatte und daher ein kostenneutrales Angebot abgeben konnte.

Eine Grenze, in der auch nicht über eine Aufklärung des Auftraggebers ein Bieterangebot als ordnungsgemäß gewertet werden kann, betrifft die so genannten „Fantasieangebote“. Dieser Fall lag dem OLG Brandenburg (VergabeR 2005, 230 ff.) zugrunde.

Hier hatte ein Bieter 300 Einzelpositionen unterschiedlicher Art jeweils mit einem Fantasiebetrag von 0,90 Euro angeboten. Insoweit hat das OLG Brandenburg zu Recht festgestellt, dass hier ein zwingender Ausschluss wegen fehlender Preisangaben und eines „ersichtlich unauskömmlichen Mischpreises“ erfolgen müsse. Eine Aufklärung könne in diesem Fall zu keinem anderen Ergebnis führen und sei daher unangebracht.

Demgemäß gibt es im Grundsatz für den Problemkreis der „Mischkalkulationen“ zwei Fallgruppen:

1. Bietet ein Bieter Angebote im Wege einer „Mischkalkulation“, also durch bewusstes Auf- und Abpreisen an, liegt ein zwingender Ausschlussgrund vor. Grund ist, dass der betreffende Bieter insoweit nicht die von ihm geforderten Preise nennt, sondern diese zum Teil in anderen Einheitspreisen „versteckt“.
2. Geben jedoch die vom Bieter angebotenen geringen Einheitspreise die für die Leistungen geforderten Preise tatsächlich wieder, ist dies allein kein Ausschlussgrund. Der Auftraggeber muss bei berechtigten Zweifeln eine Aufklärung vom Bieter verlangen. Ergibt diese Aufklärung, dass es sich bei den vom Bieter angebotenen Preisen – und sei es auch im Fall eines „Unterkostenangebots“ – um wahrheitsgemäße Preise handelt, darf kein Ausschluss dieses Angebots erfolgen.

## 3. Fehlen der geforderten Erklärungen

Die formale Strenge zum Ausschluss von Angeboten zeigt sich nicht nur bei der Problematik „Mischkalkulation“, sondern auch beim Fehlen der vom Auftraggeber seitens der Bieter geforderten Erklärungen.

Auch hier hat der Bundesgerichtshof in einer grundlegenden Entscheidung vom 18. Februar 2003 (VergabeR 2003, 317 ff.) einen Zwang zum Ausschluss der Angebote angenommen.

Grund für den Ausschluss sei der Gleichbehandlungsgrundsatz der Bieter. Dieser verbiete es, die Bieter weiterhin mit ihren Angeboten im Wettbewerb zu belassen, die eine vom Auftraggeber abverlangte Erklärung nicht beigebracht haben.

Dieser zwingende Wertungsausschluss gilt grundsätzlich auch beim fehlenden Bieternachweis für Nachunternehmer (OLG Düsseldorf, VergabeR 2005, 222 ff.). Insoweit

ist ein Bieter bei der Abforderung von Nachweisen über Nachunternehmerleistungen seitens des Auftraggebers verpflichtet, nicht nur die Angabe der jeweiligen Nachunternehmer sowie deren Kapazitäten, sondern auch die von ihnen auszuführenden Gewerke als „Nachunternehmernachweis“ beizubringen.

Dem Bundesgerichtshof kommt es für den zwingenden Ausschluss von Bieterangeboten, die abgeforderte Erklärungen nicht enthalten, nicht darauf an, ob die einzelnen Erklärungen für den konkreten Wettbewerb relevant sind oder nicht. Entscheidend sei, dass der Auftraggeber diese Erklärungen abverlangt habe und daher eine Nichtbeibringung seitens des Bieters zum Ausschluss führen müsse.

Für einen Auftraggeber kann diese formale Rechtsfolge (Zwingender Ausschluss von Bieterangeboten) zur Gewährleistung eines weiterhin breiten und auch wirtschaftlichen Wettbewerbs nur bedeuten, dass er nur die Erklärungen von den Bietern abverlangt, die auch tatsächlich für die konkrete Beschaffungsleistung von Bedeutung sind.

## VIII. Vergaberechtsreform erfolgt in zwei Stufen

Die letzte Bundesregierung hatte zur vorgesehenen Verschlinkung des Vergaberechts noch eine grundsätzliche Neukonzeption geplant. Vorgesehen war eine Systemänderung durch die Abschaffung des so genannten Kaskadenprinzips: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Vergabeverordnung (VgV) – Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB, VOL und VOF). Stattdessen war die Schaffung einer einheitlichen Rechtsverordnung (Vergabeverordnung) für alle Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich sowie eine entsprechende Anwendung dieser Vergabeverordnung für den VOL-Bereich auf Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte vorgesehen. Nur die VOB/A sollte unterhalb der EU-Schwellenwerte weiter durch den Deutschen Vergängungsausschuss (DVA) erarbeitet und als eigenständiges Regelwerk beibehalten werden.

Die jetzige Bundesregierung hat diese geplante Systemänderung gestoppt. Sie plant nunmehr eine Vereinfachung und Verschlinkung „im Rahmen des bestehenden Systems“. Dies bedeutet, dass die gegenwärtige Rechtskaskade (GWB-VgV-Vergabe- und Vertragsordnungen – VOB, VOL und VOF-) beibehalten wird und die Novellierung durch deren Änderung erfolgt.

## IX. Seit 31. Januar 2006: Zwingende Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts

Seit dem 31. Januar 2006 ist jedoch in einer ersten Stufe – vor der zeitlich noch folgenden grundsätzlichen Reform (Entbürokratisierung) des Vergaberechts: zweite Stufe

– bereits die Verpflichtung für Auftraggeber und Unternehmen zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EU-Vergaberichtlinien gegeben.

Folge dieser Verpflichtung ist eine von den deutschen Vergängungsausschüssen (DVA und DVAL) vorgenommene Integration des umzusetzenden EU-Rechts in die VOB, VOL und VOF, die durch eine Neubekanntmachung im Bundesanzeiger in Kraft getreten ist.

## X. Die seit dem 31. Januar 2006 neu anzuwendenden Regeln

Im Wesentlichen müssen die Auftraggeber und die Unternehmen auf der Grundlage des EU-Vergaberechts (EU-Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 für den Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich = EU-VKR) seit dem 31. Januar 2006 folgende Neuerungen beachten:

### 1. Schwellenwerte gelten fort

Das EU-Vergaberecht hat in Angleichung an das Welthandelsabkommen (WTO) eine Erhöhung der jetzigen EU-Schwellenwerte von im VOB-Bereich fünf Millionen Euro auf 5,278 Millionen Euro, im VOL- und VOF-Bereich von 200 000 Euro auf 211 000 Euro sowie im Sektorenbereich von 400 000 Euro auf 422 000 Euro vorgenommen. Dennoch gelten in Deutschland vorerst noch die niedrigeren, das heißt die bisherigen (VOB: fünf Millionen Euro; VOL, VOF: 200 000 Euro) Schwellenwerte (ohne Umsatzsteuer) gemäß § 2 VgV fort. Eine Anpassung an die höheren EU-Schwellenwerte bleibt einer förmlichen, aber zurzeit nicht absehbaren Änderung der Vergabeverordnung vorbehalten.



*Kernprinzipien des Vergaberechts sind Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung*

### 2. Zwingende Gewichtung von Zuschlagskriterien

Art. 53 der EU-VKR vom 31. März 2004 enthält eine inhaltlich bedeutende Änderung. Danach müssen öffentliche Auftraggeber seit dem 31. Januar 2006 grundsätzlich eine konkrete Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgeben und gemäß Art. 40 Abs. 5e EU-VKR auch bekannt geben.

Nach § 10a VOB/A beziehungsweise § 9a VOL/A war bislang nur die Angabe der Zuschlagskriterien „möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung“ erforderlich. Diese vage Vorgabe gilt nicht mehr.

Nunmehr ist der Auftraggeber verpflichtet, entweder in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen oder beim Wettbewerblichen Dialog in der Beschreibung anzugeben, wie er die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.

Diese Gewichtung kann gemäß Art. 53 EU-VKR mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss (Beispiel: Preis in einer Marge von 70 bis 80 Prozent, nicht aber 40 bis 80 Prozent).

Kann nach Ansicht der Kommune die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so gibt sie in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen oder – beim Wettbewerblichen Dialog – in der Beschreibung die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung an.

### 3. Mindestbedingungen für Nebenangebote erforderlich

Die VOB/A, die VOL/A und die VOF enthalten bislang keine Vorschrift, wonach Mindestbedingungen für zugelassene Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen zwingend anzugeben sind. Nach der Traunfellner-Entscheidung des EuGH (EuGH, VergabeR 2004, 50 ff.) reicht indes bei einer Zulassung von Nebenangeboten durch den Auftraggeber die bloße Gleichwertigkeitsprüfung durch diesen bei eingehenden Nebenangeboten nicht mehr aus.

Vielmehr müssen nach der EuGH-Rechtsprechung und dem ihr zugrunde liegenden Art. 24 Abs. 3 EU-VKR (früher: Art. 19 Baukoordinierungsrichtlinie) seitens des Auftraggebers Mindestanforderungen für Nebenangebote ausdrücklich in den Verdingungsunterlagen genannt werden. Damit sollen Nebenangebote für den Wertungsprozess schon durch die Vorgaben des Auftraggebers (Mindestanforderungen) vergleichbar gemacht werden. Die Formulierung von Mindestanforderungen kann in der Baubeschreibung, im Leistungsverzeichnis oder im neu durch den Deutschen Verdingungsausschuss (DVA) entwickelten Formblatt EVM Erg Neb EG 247 erfolgen. Berücksichtigen können die öffentlichen Auftraggeber jeweils nur Nebenangebote, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen (Art. 24 Abs. 4 EU-VKR). Sind diese Mindestanforderungen nicht erfüllt oder fehlt der Nachweis des Bieters, werden die Nebenangebote von der Wertung ausgeschlossen.

Um den Wert „kreativer“ Nebenangebote nicht zu konkurrenzieren, ist es nach der bisherigen Rechtsprechung ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Auftraggeber eine Konkretisierung der Mindestanforderungen durch die Angabe konkreter „Rahmenkriterien“ (Negativabgrenzung oder/und Verweis auf konkrete rechtliche/technische Anforderungen wie Erlasse, DIN-Vorschriften, öffentlich-rechtliche Baurechtsvorschriften) vorgibt.

Dagegen genügt ein bloßer Verweis auf die nur das Hauptangebot konkretisierende Leistungsbeschreibung nicht.

Bieter sollten zur Vermeidung einer Nichtwertung ihres Nebenangebots den Auftraggeber informieren, wenn dieser trotz der Zulassung von Nebenangeboten keine Mindestanforderungen angegeben hat. Als Voraussetzung für die Einleitung von Nachprüfungsverfahren durch die Bieter ist bei nicht angegebenen Mindestanforderungen eine Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB erforderlich.

### 4. Rahmenvereinbarungen: Laufzeit grundsätzlich vier Jahre

Beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist seit dem 31. Januar 2006 zwingend die Regelung des Art. 32 Abs. 2, 4. Unterabsatz der EU-Richtlinie 2004/18/EG zu beachten. Danach darf „mit Ausnahme von Sonderfällen, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann, die Laufzeit der Rahmenvereinbarung vier Jahre nicht überschreiten“.

Wird eine im Kommunalbereich übliche Rahmenvereinbarung (Wartungsverträge, Lieferung von Streusalz etc.) mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen, so müssen gemäß Art. 32 Abs. 4 der EU-VKR mindestens drei Parteien beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Wirtschaftsteilnehmern die Eignungskriterien und/oder eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt.

Die Vergabe von Aufträgen, die auf einer mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt gemäß Art. 32 Abs. 4, 2. Unterabsatz der EU-VKR:

- entweder nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb
- oder, sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder gegebenenfalls nach anderen, in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen, und zwar nach einem im Einzelnen in den Ziffern a bis d des Art. 32 Abs. 4, 2. Unterabsatz der EU-VKR geregelten Verfahren.

### 5. Zwingender Ausschluss rechtskräftig verurteilter Unternehmen

Gemäß Art. 45 EU-VKR 2004/18/EG sind Unternehmen zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen, die wegen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, wegen Bestechung oder Subventionsbetrug zu Lasten der Europäischen Gemeinschaft oder wegen Geldwäsche rechtskräftig verurteilt sind. Ein derart konkret fixierter und zwingender Ausschlussgrund existierte zwar bislang weder im deutschen noch im europäischen Vergaberecht; allerdings war ein entsprechender Bewerber oder

Bieter auch schon nach den bisherigen Regelungen im Rahmen der Eignungsprüfung wegen fehlender Zuverlässigkeit auszuschließen.

## 6. Ungewöhnlich niedrige Angebote

Art. 55 EU-VKR 2004/18/EG sieht vor, dass Angebote, die den Eindruck erwecken, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, durch den Auftraggeber „vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich“ aufzuklären sind. Dabei muss der Auftraggeber Aufklärung über die Einzelposten des Angebotes verlangen, wo er dies für angezeigt hält.

Angebote, die wegen der Nutzung staatlicher Beihilfen „ungewöhnlich niedrig“ sind, dürfen nicht ausgeschlossen werden, wenn diese Beihilfen rechtmäßig erteilt wurden.

Neu eingeführt ist in Art. 55 Abs. 3 der EU-VKR zudem die Umkehr der Beweislast. Es ist nicht mehr Aufgabe des Auftraggebers, die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe zu prüfen. Die Beweislast hierfür liegt nunmehr bei dem Unternehmen, das diesen Beweis innerhalb einer bestimmten Frist führen muss.

## 7. Umweltmanagement-/Qualitätssicherungsverfahren

Die Vorschriften der Art. 49, 50 EU-VKR 2004/18/EG beziehen sich auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines Bieters. Verlangt ein Auftraggeber zukünftig von Bietern Nachweise über die Einhaltung von Umweltmanagement- beziehungsweise Qualitätssicherungsverfahren, so ist er nach Art. 49 und 50 EU-VKR zwingend zur Bezugnahme auf entsprechende Normen und anerkannte Verfahren (in Umweltbelangen, zum Beispiel EMAS) verpflichtet.

## 8. Verlängerung der Angebotsfrist

Art 38 Abs. 7 der EU-VKR 2004/18/EG bestimmt, dass die Angebotsfrist verlängert werden muss, wenn rechtzeitig angeforderte zusätzliche Unterlagen oder Auskünfte – aus welchem Grund auch immer – nicht innerhalb der in Art. 39 und 40 festgesetzten Fristen zugesandt beziehungsweise erteilt werden.

Diese Gründe waren zuvor begrenzt auf die Verlängerung durch Ortsbesichtigung und Einsichtnahme beziehungsweise auf den Umfang der Angebotsunterlagen. Damit ist eine Verlängerung nunmehr auch dann geboten, wenn der Grund der Verlängerung nicht im Machtbereich des Auftraggebers liegt, zum Beispiel bei einem Poststreik.

## 9. Übermittlung von Teilnahmeanträgen erweitert möglich

Art. 42 Abs. 6 der EU-VKR erweitert die Rechtsposition von Bietern, da telefonische Teilnahmeanträge zwar schriftlich bestätigt werden müssen. Nach der neuen Definition

von „schriftlich“ in Art. 1 Abs. 12 müssen Unternehmen aber diese telefonischen Teilnahmeanträge nun nicht mehr notwendig per Brief bestätigen, sondern können jede andere schriftliche Form, zum Beispiel Fax oder elektronische Schreiben, verwenden.



## 10. Inhalte des Vergabevermerks

Art. 43 der EU-VKR schreibt detailliert vor, welche Angaben zukünftig in einem Vergabevermerk aufzunehmen sind. Neu aufzunehmen in den Vergabevermerk sind danach insbesondere die „Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten“. Beim Wettbewerblichen Dialog sind die in Art. 29 der EU-VKR genannten Umstände, die die Anwendung dieses Verfahrens rechtfertigen, auch im Vergabevermerk anzugeben.

## 11. Empfehlung zur Anwendung des EU-Vergaberechts auch unterhalb der Schwellenwerte

Zwar gilt seit dem 31. Januar 2006 die zwingende Umsetzung des vorstehend beschriebenen sekundären EU-Vergaberechts grundsätzlich nur für kommunale Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte; dies bedeutet zum Beispiel, dass die aus Art. 24 EU-VKR hergeleitete Vorgabe für Auftraggeber, bei der Zulassung von Nebenangeboten Mindestanforderungen anzugeben, grundsätzlich nicht für Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt.

Insoweit hat sich der DVA auch dazu entschlossen, es bei den Bauvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte beim jetzigen Recht zu belassen: Danach soll es hier weiterhin nur auf die Gleichwertigkeit der Nebenangebote, nicht aber auf die Angabe von Mindestanforderungen ankommen.

Der Europäische Gerichtshof hat jedoch immer wieder betont, dass der Wettbewerbs-, Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgrundsatz als Ausfluss des EU-Primärrechts (Art. 43, 49 EG-Vertrag) auch für nicht vom EU-Vergaberecht erfasst Aufträge gilt (vergleiche zuletzt EuGH vom 13. Oktober 2005 – „Parking Brixen“, VergabeR 2005, 737 ff. sowie vom 6. April 2006 „Gemeinde Bari“).

Um daher durch die öffentlichen Auftraggeber eine einheitliche Handhabung zu gewährleisten, empfiehlt sich grundsätzlich auch bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte die Anwendung der seit dem 31. Januar 2006 geltenden EU-Vergaberechtsbestimmungen. Es spricht zum Beispiel einiges dafür, dass der Grundsatz der Transparenz und des ordnungsgemäßen Wettbewerbs auch bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte durch die öffentlichen Auftraggeber nur dann gewährleistet werden kann, wenn sie auch hier eine zwingende Gewichtung der Zuschlagskriterien gemäß Art. 53 der EU-VKR vornehmen.

# XI. ÖPP-Beschleunigungsgesetz: Neuregelungen seit September 2005

Um insbesondere öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) zu fördern, hat der Deutsche Bundestag bereits im letzten Jahr das so genannte ÖPP-Beschleunigungsgesetz beschlossen. Dieses ist im Bundesgesetzblatt Nr. 56 am 7. September 2005 veröffentlicht worden und am 8. September 2005 in Kraft getreten.



Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz sind für das gesamte Vergaberecht neue Regelungen eingeführt worden. Diese Regelungen lassen sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen:

## XII. Wettbewerblicher Dialog als neuer Verfahrenstyp

Durch § 101 Abs. 1 und Abs. 5 GWB sowie § 6a VgV ist in Umsetzung von Art. 29 der EU-VKR 2004/18/EG durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz der „Wettbewerbliche Dialog“ als neuer Verfahrenstyp in das Vergaberecht eingeführt worden.

Nach Art 1 Abs. 11c EU-VKR lautet die Legaldefinition des Wettbewerblichen Dialogs wie folgt:

*„Wettbewerblicher Dialog ist ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern durchführt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage beziehungsweise Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden“*

Die Voraussetzungen des Wettbewerblichen Dialogs, der gemäß § 6a Abs. 1 VgV grundsätzlich nur oberhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommt, und der von seiner Ausgestaltung her einem strukturierten Verhandlungsverfahren entspricht, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### 1. Subsidiarität gegenüber Offenem/ Nichtoffenem Verfahren

Nach Art. 29 der EU-VKR setzt die Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs voraus, dass der öffentliche Auftraggeber „seines Erachtens“ die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nicht im Wege eines Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens durchführen kann. Obgleich der Gesetzgeber auf die Umsetzung dieses Passus in § 6a Abs. 1 VgV verzichtet hat, ist auch diese Bestimmung europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass der Wettbewerbliche Dialog gegenüber der Anwendung des Offenen oder des Nichtoffenen Verfahrens subsidiär ist.

Da dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zur Möglichkeit der Durchführung einer Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens („seines Erachtens“) zugebilligt wird, besteht nur eine begrenzte Nachprüfbarkeit. Allerdings muss die Kommune ihre Gründe zur Wahl des Wettbewerblichen Dialogs, insbesondere im Vergabevermerk, darlegen.

### 2. Vorrang gegenüber Verhandlungsverfahren

Auch wenn sich der Wettbewerbliche Dialog mit dem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Vergabebekanntmachung zum Teil überschneidet, insbesondere was den Fall der nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung angeht (vergleiche § 3a Nr. 4c VOB/A und § 3a Abs. 4b und c VOL/A), stellt der Wettbewerbliche Dialog im Vergleich zum Verhandlungsverfahren wegen seiner konkret ausgestalteten Strukturierung und seiner dreistufigen Ausgestaltung (Bekanntmachung, Dialogphase, Angebotsphase) ein Mehr an Wettbewerb dar. Folge ist, dass der Wettbewerbliche Dialog gegenüber dem Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung grundsätzlich vorrangig anzuwenden ist.

### 3. Besonders komplexer Auftrag

Der optional durch die Auftraggeber anwendbare Wettbewerbliche Dialog (§ 6a Abs. 1 VgV: „Können“) setzt das Vorliegen eines besonders komplexen Auftrags voraus. § 6a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VgV bestimmt insoweit, dass die Auftraggeber „objektiv“ nicht in der Lage sind

- 1. die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder
- 2. die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Erforderlich ist damit ein objektiv nachprüfbares, qualifiziertes Unvermögen des Auftraggebers, die Bedürfnisse, Ziele beziehungsweise Bedingungen des Vorhabens vorab anzugeben. Zu prüfen ist daher immer, ob dem Auftraggeber über die Beziehung von Experten und Sachverständigen oder aber auch über eine funktionale Leistungsbeschreibung eine „Auflösung“ der Komplexität des Auftrags möglich ist.

Allerdings wird man keine überhöhten Anforderungen an diese Pflicht zur Hinzuziehung externen Sachverständigen stellen dürfen. Grund ist, dass im Wettbewerblichen Dialog externer Sachverständiger gerade in der Dialogphase über die beteiligten Unternehmen eingebracht werden soll.

Sachverständige, Experten und Projektanten müssen daher nicht herangezogen werden,

- wenn dies wegen einer vorschnellen einseitigen Vorgabe die Gefahr einer verfrühten Festlegung auf einen Lösungsansatz und damit ein Weniger an Wettbewerb in sich birgt
- oder wenn hierdurch unverhältnismäßige Kosten
- oder ein unverhältnismäßiger Zeitaufwand entstehen würde
- oder wenn innovative Lösungen gerade in der Dialogphase über eine Vielzahl kompetenter Unternehmen herausgefunden werden sollen.

Als Beispiele für eine objektive Unmöglichkeit, die technischen, rechtlichen oder finanziellen Mittel/Bedingungen eines Vorhabens vorab anzugeben erwähnt der Erwägungsgrund Nr. 31 der EU-VKR 2004/18/EG insbesondere die Durchführung

- bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte
- großer Computernetzwerke oder
- Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus vorgeschrieben werden kann.

#### 4. Europaweite Bekanntmachung

Der erste nach außen sichtbare Schritt beim Wettbewerblichen Dialog besteht gemäß § 6a Abs. 2 VgV in einer europaweiten Bekanntmachung. Hierfür verwenden die Auftraggeber das Standardformular 2 „Bekanntmachung“ der VO 1564/2005, im Internet abrufbar unter <http://simap.eu.int/>. Das ausgefüllte Formular ist an die in der Kopfleiste angegebene Anschrift des Amtes für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zu senden.

In der Bekanntmachung formuliert der Auftraggeber seine Bedürfnisse und Anforderungen an den zu vergebenen Auftrag. Diese Bedürfnisse und Anforderungen, die nicht mit einer konkreten Leistungsbeschreibung einer Standardausschreibung verwechselt werden dürfen, sind in der Bekanntmachung oder in einer zusätzlichen Beschreibung zu erläutern (§ 6a Abs. 2, 2. Halbsatz VgV).

Insbesondere sind – soweit bekannt – auch die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung oder in der Beschrei-

 EUROPÄISCHE UNION Veröffentlichung des Suplements zum Amtsblatt der Europäischen Union 2, rue Mercier, L-2985 Luxembourg Fax: (352) 29 42 679 E-Mail: <a href="mailto:rup-ajs@opoco.cec.eu.int">rup-ajs@opoco.cec.eu.int</a> Infos & Online-Formulare: <a href="http://simap.eu.int">http://simap.eu.int</a>		
<b>BEKANNTMACHUNG</b>		
<b>ABSCHNITT I: ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER</b>		
I.1) NAME, ADRESSE UND KONTAKTSTELLE(N)		
Offizielle Bezeichnung:		
Postanschrift:		
Ort:	Postleitzahl:	Land:
Kontaktstelle(n):		Telefon:
Bearbeiter:	F-Mail:	
F-Mail:		Fax:
Internet-Adresse(n) (falls zutreffend) Hauptadresse des Auftraggebers (URL):		
Adresse des Beschafferprofils (URL):		
Weitere Auskünfte erteilen:		
		<input type="checkbox"/> die oben genannten Kontaktstellen
		<input type="checkbox"/> andere Stellen: bitte Anhang A.I ausfüllen
Verfügbare/Ausschreibungs- und ergänzende Unterlagen (einschließlich Unterlagen für den Wettbewerblichen Dialog und ein dynamisches Beschaffungssystem) sind erhältlich bei:		
		<input type="checkbox"/> den oben genannten Kontaktstellen
		<input type="checkbox"/> anderen Stellen: bitte Anhang A.H ausfüllen
Angebote/Teilnahmeanträge sind zu richten an:		
		<input type="checkbox"/> die oben genannten Kontaktstellen
		<input type="checkbox"/> andere Stellen: bitte Anhang A.HI ausfüllen
I.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(E)		
<input type="checkbox"/> Ministerium oder sonstige zentral- oder bundesstaatliche Behörde einschließlich der lokalen Unterbehörden	<input type="checkbox"/> Allgemeine öffentliche Verwaltung	
<input type="checkbox"/> Agentur/Anstalt	<input type="checkbox"/> Verteidigung	
	<input type="checkbox"/> Sicherheit und Ordnung	

bung anzugeben (§ 6a Abs. 4 S. 1, Abs. 6 S. 1 VgV). Eine konkretere Gewichtung wird zu diesem Zeitpunkt jedoch regelmäßig kaum möglich sein, da der Auftragsgegenstand in der Dialogphase erst noch verhandelt wird und daher Anpassungen auch aus Sicht des Auftraggebers notwendig werden können (Art. 53 Abs. 2 Unterabsatz 3 EU-VKR).

Grundsätzlich in der Bekanntmachung sind auch die geforderten Eignungsnachweise, die von den Unternehmen beizubringen sind, anzugeben. Insoweit kann der Auftraggeber auch Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Unternehmen (Beispiel: Vorlagen von Bilanzen etc.) in der Bekanntmachung angeben.

#### 5. Mindestens drei Bewerber

Die Mindestzahl an Bewerbern, die beim Wettbewerblichen Dialog einzuladen sind, beträgt nach Art. 44 Abs. 3 EU-VKR drei. In jedem Fall muss jedoch die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Wollen die Auftraggeber die Zahl der in der späteren Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien verringern, ist dies bereits in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung anzugeben (§ 6a Abs. 4 S. 1 und 2 VgV).

#### 6. Formulierung der Bedürfnisse und Anforderungen

Die Formulierung der Bedürfnisse und Anforderungen in der Bekanntmachung beziehungsweise Beschreibung erfolgt so präzise wie dies zu diesem frühen Zeitpunkt durch den Auftraggeber, zum Beispiel durch Zielvorgaben an das Projekt, möglich ist. Zu berücksichtigen ist, dass der Auftraggeber von seinen Vorgaben im Laufe der

nachfolgenden Dialogphasen nicht mehr grundlegend abweichen darf und daher im Ergebnis keine anderen Leistungen als die zunächst formulierten beschaffen darf. Auch dürfen die vom Auftraggeber als feststehend beschriebenen Anforderungen nicht mehr verhandelt werden, so dass gewollte Verhandlungsgegenstände entweder nicht aufgeführt oder ausdrücklich als verhandelbar gekennzeichnet werden sollten.

## 7. Bewerbungsfrist

Beim Wettbewerblichen Dialog beträgt die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme durch die Unternehmen gemäß Art. 38 Abs. 3a EU-VKR mindestens 37 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften an.

## 8. Bewerberauswahl/Eignungsprüfung

Der Teilnahmewettbewerb endet mit der Auswahl der Unternehmen für die Dialogphase. Diese Auswahl und Eignungsprüfung richtet sich sowohl nach den EU-Regeln (vergleiche Art. 44 – 55 EU-VKR) als auch nach den nationalrechtlichen Vergabebestimmungen.

Entscheidend kommt es daher in dieser Phase insbesondere auf die persönliche, wirtschaftliche, finanzielle, technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber an (vergleiche Art. 45, 47 und 48 EU-VKR).

## 9. Dialogphase

Die Dialogphase mit der auf der Grundlage der Eignungsprüfung ausgewählten Unternehmen dient dem Auftraggeber zur Ermittlung und Festlegung seiner exakten Mittel für seine bestmögliche Bedürfniserfüllung.

Im Rahmen dieses Dialogs können die Auftraggeber mit den von ihnen ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrags erörtern (§ 6a Abs. 3 S. 2 VgV).

## 10. Umfang der Erörterung

Dies bedeutet, dass insbesondere die technischen Mittel beziehungsweise die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Auftrags sowie auch dessen Kosten erörtert werden dürfen.

Beispielhaft kann und sollte daher in der Dialogphase über den konkreten Leistungsumfang, die jeweilige Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Unternehmer, über Vergütungsmodalitäten sowie auch über Sicherheitsleistungen und vertragliche Streitschlichtungsmechanismen verhandelt werden.

Da der eigentliche Preiswettbewerb jedoch erst in der nachfolgenden Angebotsphase stattfindet, ist in der Dialogphase ein Preiswettbewerb ebenso wenig zulässig wie eine Verhandlung über die Zuschlagskriterien. Allenfalls kann eine Konkretisierung der Zuschlagskriterien in der Dialogphase erfolgen.

## 11. Gleichbehandlung und Vertraulichkeit

Nach § 6a Abs. 3 S. 3 VgV haben die Auftraggeber dafür zu sorgen, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden. Nach S. 4 dürfen sie insbesondere nicht Informationen so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Auch dürfen die Auftraggeber Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden (§ 6a Abs. 3 S. 5 VgV).

Die Auftraggeber tragen damit eine umfassende Verantwortung dafür, Ungleichbehandlungen zu verhindern und die Vertraulichkeit zu wahren. Dies bedeutet, dass der Auftraggeber die Dialoge (Gespräche) mit den einzelnen Verhandlungsteilnehmern zeitlich trennen sollte. Auch wenn Gespräche in Anwesenheit sämtlicher Verfahrensteilnehmer nicht per se gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, sind insoweit Verstöße gegen den Vertraulichkeitsgrundsatz kaum zu vermeiden.

Auch darf der Auftraggeber keine von einem Unternehmen als vertraulich (Schriftform empfohlen) eingestufte Information weitergeben. Nicht vertrauliche Informationen sind solche, die etwa über die Fachpresse öffentlich sind oder zum Beispiel im Rahmen einer öffentlichen Darstellung des Unternehmens präsentiert wurden.

## 12. Reduzierung der Bewerberanzahl

Nach § 6a Abs. 4 S. 1 VgV können die Auftraggeber vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Dies bedeutet, dass nachdem der Dialog auf der Grundlage einer schriftlichen Einladung des Auftraggebers mit den ausgewählten Unternehmen eröffnet worden ist (§ 6a Abs. 3 S. 1 VgV) und der Auftraggeber den Unternehmen den Ablauf der Dialogphase erläutert hat, die Verfahrensteilnehmer entweder Fragen zu der bezweckten Beschreibung der Leistungsanforderung stellen oder aber auch erste Lösungsansätze mit dem Auftraggeber erörtern können.

Der Auftraggeber kann den Dialog entweder in eine oder in mehrere Phasen gliedern. In diesen verschiedenen Phasen ist er frei, entweder über den gesamten Auftragsgegenstand zu verhandeln oder aber jeweils spezifische Aspekte des Auftragsgegenstandes anzusprechen und zur Abgabe von Lösungsvorschlägen aufzufordern. Sinnvoll ist es jedenfalls, dass der Auftraggeber nach Abschluss jeder Phase eine Übersicht erstellt, in der er die abgegebenen Lösungsvorschläge in eine gewichtete Reihenfolge bringt.

Eine Verringerung der erörterten Lösungsvorschläge, respektive der Teilnehmer, erfolgt gemäß Art. 44 Abs. 4 EU-VKR anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien. Der Ausschluss eines Verhandlungsteilnehmers beziehungsweise einer Lösung führt grundsätzlich dazu, dass keine Fortführung dieses Dialogs mit diesem Teilnehmer mehr erfolgen darf.

### 13. Abschluss der Dialogphase

Gemäß § 6a Abs. 5, 1. Halbsatz VgV haben die Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen zu erklären, wenn

1. eine Lösung gefunden worden ist, die ihre Bedürfnisse erfüllt oder
2. erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann. Hierüber haben sie die Unternehmen zu informieren.

Während im ersteren Fall der Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung vorgeben kann, die hinreichend bestimmt zur Abgabe vergleichbarer Angebote in der nachfolgenden dritten Stufe befähigt, ist im zweiten Fall, bei dem keine Lösung gefunden worden ist, der Wettbewerbliche Dialog aufzuheben. Jedoch kann der Auftraggeber nicht anschließend in ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Bekanntmachung wechseln, da die entsprechenden Ausnahmetatbestände beim Scheitern der Dialogphase nicht einschlägig sind.

Den Abschluss der Dialogphase kann der Auftraggeber mit der Information über die Erfüllung seiner Bedürfnisse durch die gefundene Lösung, aber auch mit der Aufforderung zur Abgabe der Angebote verbinden (§ 6a Abs. 5 S. 2 VgV). Auch wenn hinsichtlich der Abschlusserklärung keine Schriftform vorgesehen ist, ist hierzu aus Beweisgründen zu raten.

### 14. Endgültige Angebotsabgabe

Wenn eine Lösung oder Lösungen in der Dialogphase gefunden worden sind, die die Bedürfnisse des Auftraggebers erfüllen, hat dieser gemäß § 6a Abs. 5 S. 2 VgV die Unternehmen schriftlich aufzufordern, endgültige Angebote unter Festsetzung einer bestimmten Angebotsfrist, die der Komplexität des Auftrags Rechnung trägt, abzugeben. Als Anhaltspunkt für die angemessene Angebotsfrist kann die 40-tägige Mindestangebotsfrist für das Nichtoffene Verfahren (vergleiche § 18a Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOB/A) gelten.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgt an sämtliche Unternehmen, die am Dialog teilgenommen haben und aus diesem nicht vorzeitig ausgeschieden sind.

Die Angebotsabgabe erfolgt nach § 6a Abs. 5 S. 2 VgV auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher „ausgeführten Lösungen“. Dies bedeutet, dass jeder Bieter das Angebot auf Grundlage seines Lösungsvorschlags abgibt; praxisgerechter dürfte es jedoch sein, dass im Ergebnis der Dialogphase nur eine einheitliche Lösung und damit Leistungsbeschreibung als Grundlage für das oder die Angebote vorliegt.

Bei mehreren Lösungen, gleichsam als Rahmenkonzept im Sinne einer funktionalen Leistungsbeschreibung, muss jedenfalls eine Vergleichbarkeit der hierauf eingehender Angebote gewährleistet sein. In einem solchen Fall kann die zur Ausschreibung gebrachte Leistungsbeschreibung nur Rahmenbedingungen und Zielvorgaben enthalten, die aber auf einer einheitlichen Grundlage basieren. Wäre dies nicht der Fall, könnte eine Vergleichbarkeit der eingehenden Angebote nicht erfolgen.

### 15. Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen

Nach Eingang der Angebote kann der Auftraggeber gemäß § 6a Abs. 5 S. 4 VgV verlangen, dass der Bieter „Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen“ zu seinem Angebot vornimmt. Dieser Ergänzungsspielraum geht über den Spielraum der Aufklärungsgespräche (vergleiche § 24 VOB/A und VOL/A) im Offenen und im Nichtoffenen Verfahren hinaus.

Insbesondere „Ergänzungen“ beinhalten im Sinne von „Feinabstimmungen“ auch geringfügige Änderungen der Angebote. Dies folgt aus § 6a Abs. 5 S. 5 VgV, wonach unter anderem Ergänzungen zu den Angeboten zulässig sind. Diese Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderungen der „grundlegenden Elemente“ des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken können.

### 16. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Auf der Grundlage der vorgegebenen Zuschlagskriterien erfolgt die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (§ 6a Abs. 6 S. 1 VgV). Dabei ist es sachgerecht, dass der Auftraggeber eine Wertungsmatrix erstellt, auf dessen Grundlage er die Zuschlagskriterien gemäß Art. 53 Abs. 2 EU-VKR im Einzelnen gewichtet.

### 17. Erläuterung des Angebots – Bestätigung der Zusagen

Nach § 6a Abs. 6 S. 2 VgV darf der Auftraggeber das Unternehmen mit dem wirtschaftlichsten Angebot auffordern, bestimmte Einzelheiten des Angebots näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen. Während „Erläutern“ eine Verdeutlichung beziehungsweise die Beseitigung von Unklarheiten beinhaltet, kann eine Bestätigung von Zusagen, zum Beispiel einer erforderlichen Drittelfinanzierung von ÖPP-Modellen, zum Zwecke einer endgültigen Rechtsbindung (Garantie) sinnvoll sein.

Nach § 6a Abs. 6 S. 3 VgV darf weder die Erläuterung noch die Zusage dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebotes oder der Ausschreibung geändert werden beziehungsweise der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

### 18. Angemessene Kostenerstattung

Verlangen die Auftraggeber, dass die Dialogteilnehmer Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie gemäß § 6a Abs. 7 VgV einheitlich für alle Unternehmen, die die geforderte Unterlage rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kostenerstattung hierfür gewähren.

Das „Verlangen“ von Unterlagen von den Unternehmen kann sowohl in der Dialog- wie auch in der Angebotspha-



se erfolgt sein. Eine Kostenerstattung an den Bewerber oder an den Bieter setzt jeweils eine individuelle Arbeitsleistung des Unternehmens, die über die übliche Form der Bewerbung und damit der Vorbereitung von Angeboten hinausgeht, voraus. Die Berechnungsgrundlage für die dann angemessene Vergütung muss für alle Unternehmen – etwa in Form gleicher Stundensätze – einheitlich sein. Entscheidender Maßstab für die Kostenerstattung ist der Marktpreis für die jeweilige Leistung. Allerdings werden nur die Kosten, nicht aber der dem Unternehmen zukommende Gewinnanteil erstattet. Sinnvoll ist es, die Berechnungsgrundlage bereits in der Beschreibung gemäß § 6a Abs. 2 VgV festzulegen.

## 19. Bewertung des Wettbewerblichen Dialogs

Angesichts der sehr detaillierten und strukturierten Voraussetzungen des Wettbewerblichen Dialogs bleibt abzuwarten, inwieweit dieser sich insbesondere gegenüber dem Verhandlungsverfahren mit Teilnehmerwettbewerb durchsetzt. Zwar wird über den Wettbewerblichen Dialog der zu begrüßende Ansatz, optimale und wirtschaftliche Lösungen für die jeweilige Projektvorgabe zu erzielen, unterstützt.

Es muss sich noch zeigen, inwieweit die Verlagerung der normalerweise vom Auftraggeber wahrzunehmenden Aufgabe der Projektklärung auf spezialisierte Unternehmen auch tatsächlich in der Praxis stattfindet oder nicht der „Einkauf von Unternehmerkreativität“, der mit der „Gefahr“ eines nicht erhaltenen Zuschlags verbunden ist, eher zur Zurückhaltung bei den Bewerbern führt.

Schließlich kann der Zeitrahmen des Wettbewerblichen Dialogs sowie die mögliche Inanspruchnahme von Rechtsschutz über Nachprüfungsverfahren durch Bewerber aktuell nicht sachgerecht eingeschätzt werden.

Ein Unterschied zum Verhandlungsverfahren besteht darin, dass beim Wettbewerblichen Dialog in der Angebotsphase die Angebote grundsätzlich nicht mehr verhandelt, sondern nur präzisiert und erläutert werden dürfen, während im Verhandlungsverfahren auch umfassende Verhandlungen über die Angebote bis zur „Aliud-Grenze“ zulässig sind.

Wenn die Auftraggeber von den Unternehmen beim Wettbewerblichen Dialog Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten lassen, müssen sie zwingend eine angemessene Kostenerstattung gewähren. Demgegenüber erfolgt eine Kostenerstattung beim Verhandlungsverfahren nur auf freiwilliger Basis.

Auftraggeber sollten insgesamt den Wettbewerblichen Dialog für Spezialfälle durchaus als zusätzliches Instru-

ment aus dem vergaberechtlichen Instrumentenkasten nutzen. Inwieweit er angesichts seiner Voraussetzungen und des möglichen Parallelweges zur Durchführung von Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung auch in der Praxis in nennenswertem Umfang tatsächlich zum Tragen kommt, wird die Zukunft zeigen.

## XIII. Weitere Neuerungen durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz

### 1. Projektantenproblematik

Haben öffentliche Auftraggeber sich, insbesondere bei komplexen Beschaffungen, etwa im Rahmen der Leistungsbeschreibung beraten lassen und nehmen diese „Berater“ auch als Bieter am nachfolgenden Vergabeverfahren teil (Projektant), war in der Vergangenheit die vergaberechtliche Beurteilung dieser Problematik wegen des möglichen Informationsvorsprungs des Projektanten nicht klar bestimmt.

Nunmehr gilt nach § 4 Abs. 4 VgV, dass dann, wenn

*„ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt hat, der Auftraggeber sicherzustellen hat, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird“*

Grundlage dieser Neuregelung ist die EuGH-Rechtsprechung (Fabricom, VergabeR 2005, 319 ff.) vom 3. März 2005. In dieser Entscheidung hat der EuGH zwar eine potentielle Ungleichbehandlung und Wettbewerbsverzerrung bei Beteiligung eines vorbefassten Bieters (Projektant) an einem Vergabeverfahren anerkannt. Ein pauschaler Ausschluss von Projektanten geht jedoch nach Auffassung des EuGH über das hinaus, was erforderlich ist, um das Ziel der Gleichbehandlung aller Bieter zu erreichen. Vielmehr muss es für den Bieter und auch für den Auftraggeber zulässig sein, einen durch einen Informationsvorsprung vermuteten Wettbewerbsverstoß gegenüber anderen Bietern zu widerlegen.

Dies kann zum Beispiel dadurch erfolgen, dass als „gleichheitswahrende Maßnahme“ der Auftraggeber vor der Angebotsabgabe auch allen anderen Bietern die dem Projektanten im Rahmen seiner Vorbefasstheit erlangten Informationen beziehungsweise die von diesem erstellten Unterlagen zukommen lässt. Stellt der Auftraggeber fest, dass der Projektant ein überlegenes Angebot abgegeben hat und ergibt sich aus diesem Angebot (Informationsvorsprung) die Indikation einer Wettbewerbsverzerrung, ist es Sache des Bieters (Projektanten) diese zu widerlegen. Gelingt dem Bieter diese Widerlegung nicht, ist sein Angebot auszuschließen. Dies bedeutet, dass ein Projektant nicht per se in seiner Eigenschaft als Projektant vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, sondern nur im Einzelfall auf der Grundlage einer nachgewiesenen Wettbewerbsverzerrung.

## 2. Lockerung des Selbstausführungsgrundsatzes

Gemäß § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A und § 2 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A dürfen an Vergabeverfahren grundsätzlich nur Unternehmen teilnehmen, die sich selbst „gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen und die – wie zum Beispiel in § 25 Nr. 6 VOB/A bestimmt ist – die Arbeiten „im eigenen Betrieb“ ausführen. Aus diesen Regelungen wurde bisher eine grundsätzliche Selbstausführungsverpflichtung eines wesentlichen Teils der Leistung durch die anbietenden Unternehmen abgeleitet (Generalunternehmervergabe zulässig, Generalübernehmervergabe unzulässig).

Nach § 4 Abs. 4 und § 6 Abs. 2 Nr. 2 der im Zuge des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes geänderten VgV können sich nunmehr auch „Auftragnehmer bei der Erfüllung der Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen“. Neben der Umsetzung der gesetzgeberischen Intention, den Kreis möglicher Bieter durch diese Neuregelungen zu erweitern, wird damit auch die Zulässigkeit der in der EuGH-Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit (vergleiche grundlegend EuGH, Urteil vom 14. April 1994, „Ballast Nedam Groep“) anerkannten Vorgehensweise normiert. Obwohl die Neuregelung im ÖPP-Beschleunigungsgesetz ausdrücklich nur den Bereich von VOL/A und VOB/A betrifft, gilt sie aufgrund der EuGH-Vorgabe auch im Bereich der VOF.

Damit sind grundsätzlich auch Generalübernehmer, die tatsächlich keine Leistungen gewerbsmäßig erbringen, als Anbieter im Vergabeverfahren zulässig, wenn diese einen tatsächlichen Einfluss auf ihre eingebundenen Unternehmen haben und zumindest in Form einer bindenden Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen (siehe Formblatt EFB-U EG 317 EG) nachweisen, dass sie auf diese tatsächlich Zugriff nehmen können.

## 3. Typengemischte Aufträge

Neu geregelt durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz (§ 99 Abs. 6 GWB) ist die Abgrenzung bei so genannten typengemischten Aufträgen mit verschiedenartigen Leistungselementen.

Danach gilt „ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, als Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt. Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als Dienstleistungsauftrag“.

Die Abgrenzung zwischen Liefer- und Dienstleistungsverträgen erfolgt mithin nach dem Wert der Dienstleistung bzw. der Ware. Auch wenn für beide Fälle die VOL/A zum Tragen kommt, differenzieren einige VOL/A-Vorschriften (vergleiche § 3a Nr. 2b, e, f und g) im Hinblick auf die konkret anzuwendende Vergabeart durchaus zwischen Liefer- und Dienstleistungen.

Bei der Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungen wird als Unterscheidungskriterium zwischen dem

vertraglich zugesicherten Hauptgegenstand und Nebenarbeiten unterschieden. Im Hinblick auf die Festlegung des Hauptgegenstandes kommt es maßgeblich auf den nach den Intentionen der Vertragsbeteiligten bestimmten Schwerpunkt des Vertrages an (Schwerpunkttheorie).

Soll daher zum Beispiel nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten primär ein Bauwerk errichtet werden und stellen die vom Auftrag mit umfassten Dienstleistungen nur Nebenleistungen zu diesem Bauauftrag dar, ist der Auftrag einheitlich als Bauleistung zu behandeln. Gleichwohl kann in diesem Zusammenhang auch das Kriterium des Wertes der jeweiligen Auftragsteile zur Mitbestimmung des Hauptgegenstandes herangezogen werden.

## 4. Rechtsform von Bietergemeinschaften

Bei der Vergabe von VOB-Leistungen ist durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz mit § 6 Abs. 2 Nr. 1 VgV eine Regelung zu Bietergemeinschaften eingeführt worden. Danach gelten

*„§ 2 Nr. 1 und § 25 Nr. 2 VOB/A bei einer Auftragsvergabe an mehrere Unternehmen mit der Maßgabe, dass der Auftraggeber nur für den Fall der Auftragsvergabe verlangen kann, dass eine Bietergemeinschaft eine bestimmte Rechtsform annehmen muss, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags notwendig ist“*

Diese neue Regelung fand sich bisher nur im dritten Abschnitt der VOB/A in § 8b Nr. 4 VOB/A.

Grund für die Neuregelung ist, dass das Verlangen eines Auftraggebers zur Eingehung einer bestimmten Rechtsform bereits vor der Auftragsvergabe, also etwa bei der Bewerbung, einen zu hohen Aufwand (Gesellschaftsgründung etc.) mit sich bringen würde. Nach der Neuregelung können Bietergemeinschaften nunmehr nicht dazu verpflichtet werden, bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Wird allerdings der Auftrag an eine Bietergemeinschaft erteilt, kann der Auftraggeber eine für die Auftragsdurchführung sachgerechte Rechtsform vorgeben.

## 5. VOB/B-Anwendung bei Unterauftragsvergabe

Neu durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz eingeführt wurde auch § 6 Abs. 2 Nr. 3 VgV. Danach gilt

*„§ 10 Nr. 5 Abs. 3 VOB/A mit der Maßgabe, dass der Auftragnehmer bei der Weitergabe von Bauleistungen nur die Bestimmungen des Teiles B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) zugrundelegen hat“*

Mit dieser Regelung wird klargestellt, dass insbesondere § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer durch den Auftragnehmer so auszulegen ist, dass sich die dort geregelte Verpflichtung zur Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung bei der Weitervergabe nur auf die Anwendung der VOB/B bezieht, nicht aber auf die VOB/A oder die VOB/C.

## XIV. Forderungen des DStGB an eine Novellierung des Vergaberechts

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund hat bereits im Jahr 2005 zehn Kernforderungen für die noch ausstehende (zweite Stufe) der Reform des Vergaberechts, mit der insbesondere eine Entbürokratisierung und Verschlankung erreicht werden soll, erhoben. Diese Kernforderungen sind im Folgenden wiedergegeben:

### 1. Investitions- und Mittelstandsfreundlichkeit statt Verrechtlichung und Intransparenz

Ziel muss es sein, überflüssige Regelungen im Vergaberecht zu beseitigen und nur das Bewährte, das sich an den drei Grundsätzen „Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung im Vergabeverfahren“ festmacht, aufrecht zu erhalten.

Mehr und mehr klagen insbesondere Mittelständler über die Kompliziertheit öffentlicher Auftragsvergaben und über die Schwierigkeit zur Abgabe ordnungsgemäßer Angebote. Auch in deren Sinne und zum Zwecke einer ausreichenden Beteiligung des Mittelstandes an öffentlichen Ausschreibungen ist eine Verschlankung und Investitionsfreundlichkeit des öffentlichen Auftragswesens dringend erforderlich.

### 2. Gleiche Regelungsbereiche bei VOB, VOL und VOF auch identisch formulieren (Wortlautidentität)

Gegenwärtig haben insbesondere VOB und VOL trotz der Regelung identischer Sachverhalte (Bsp.: Nebenangebote) einen unterschiedlichen Wortlaut und damit auch unterschiedliche Regelungsinhalte. Dies ist insbesondere dadurch bedingt, dass die VOB federführend beim Bundesbauministerium und dem dortigen Deutschen Verdingungsausschuss für Bauleistungen (DVA) und die VOL beim Bundeswirtschaftsministerium (DVAL) erarbeitet wird. Hier muss zum Zwecke der Vermeidung unnötiger Probleme in der Praxis und bei der Rechtsauslegung dringend eine bessere Abstimmung und eine Angleichung gleicher Regelungsbereiche, insbesondere im Wortlaut (VOB und VOL), erfolgen.

### 3. Verzicht auf überbordenden Formalismus (Bsp.: Kein zwingender Ausschluss des wirtschaftlichsten Angebots nur wegen fehlender Erklärungen)

Insbesondere die auf der Grundlage der VOB und der VOL ergangene BGH-Rechtsprechung (vgl. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A: „Die Angebote müssen die Preise sowie die geforderten Angaben und Erklärungen enthalten“) führt dazu, dass auch die mit Abstand wirtschaftlichsten Angebote von Bieterinnen zwingend

ausgeschlossen werden müssen, auch wenn diese Bieter die beste Gewähr für die Durchführung des Auftrags bieten.

Auch wenn dem Auftraggeber empfohlen werden sollte, nur die wirklich erforderlichen Erklärungen vom Bieter abzuverlangen, muss in Zukunft der Gesichtspunkt der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsverwendung insbesondere für die öffentlichen Auftraggeber wieder verstärkt in den Mittelpunkt des Vergaberechts rücken. Dies bedingt, dass es z. B. den Bieterinnen ermöglicht wird, auch nicht mit dem Angebot beigebrachte Erklärungen bis zur Wertung der Angebote noch nachreichen zu können.

### 4. Keine 1:1-Ausdehnung des gegenwärtig nur für Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Bieterprimärrechtsschutzes auf Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte

Insoweit ist daran zu erinnern, dass über 95 Prozent aller kommunalen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte stattfinden. Der gegenwärtige Bieterprimärrechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte (VOB: 5 Millionen Euro; VOL und VOF: 200 000 Euro) führt dazu, dass seit dem 1. Januar 1999 (Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes) in ca. 5 000 Vergaberechtsfällen bei EU-weiten Ausschreibungen Nachprüfungsverfahren von Bieterinnen stattgefunden haben. Dies führt regelmäßig zu Investitionsverzögerungen (5-Wochen-Entscheidungsfrist der Vergabekammern).

Bei aller Anerkennung einer rechtmäßigen Auftragsvergabe ist daran zu erinnern, dass Bieterinnen auch unterhalb der EU-Schwellenwerte zivilrechtliche Ansprüche geltend machen (einstweiliger Rechtsschutz etc.) oder Schadensersatz einklagen können (Sekundärrechtsschutz). Auch sind die Rechts- und Fachaufsichtsbehörden der Kommunen gehalten, ordnungswidrige Vergaben zu verhindern. Jedenfalls würde eine 1:1-Ausdehnung des gegenwärtigen EU-Primärrechtsschutzes zu einem unnötigen Bürokratismus und zu einer personellen Ausweitung von Vergabekammern führen. Dies wäre mit dem Ziel einer Verschlankung des Vergaberechts nicht vereinbar.

### 5. Genereller Verzicht auf vergabefremde Aspekte (Bsp.: Tariftreueregelungen)

Das Vergaberecht ist produkt- und eignungsbezogen. Der wirtschaftlichste Bieter sollte den Zuschlag erhalten. Vergabefremde Aspekte, etwa im Sozialbe-

reich, die durchaus von ihrer politischen Zielrichtung her sinnvoll sind (Bsp.: Verhinderung eines Dumpingwettbewerbes), sollten daher nicht mit dem rein leistungs-, wettbewerbs- und eignungsbezogenen Vergaberecht vermengt werden.

#### **6. Lockerung der faktischen Kontaktsperre zwischen Auftraggebern und Bietern durch freiere Wahl der Vergabeart**

Es ist daran zu erinnern, dass im EU-Bereich das Offene Verfahren und das Nichtoffene Verfahren (Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung) gleichberechtigt und nicht in einer Hierarchie zueinander stehen. Eine Lockerung der Kontaktsperre zwischen Auftraggebern und Bietern durch eine freiere Wahl der Vergabeart ist daher überlegenswert. Eine derartige freiere Wahlmöglichkeit durch mehr Verhandlungsmöglichkeiten zwischen Auftraggebern und Bietern auch im nationalen Bereich, die die Grundsätze der Transparenz und des gleichberechtigten Wettbewerbs beachtet, kann im Einzelfall zu einer wirtschaftlicheren Vergabe beitragen.

#### **7. Klare und transparente Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben**

Aus Rechtssicherheitsgründen ist es sinnvoll, dass den Kommunen die Möglichkeit gegeben wird, klare und transparente Wertgrenzen für die Durchführung Beschränkter und Freihändiger Vergaben festzulegen. Damit kann insbesondere dem Gesichtspunkt Rechnung getragen werden, dass gerade bei wertmäßig kleineren Vergaben eine öffentliche Ausschreibung häufig einen Aufwand verursacht, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis steht.

#### **8. Generelle Zulassung kommunaler Einrichtungen als Bieter im Vergabeverfahren**

Gegenwärtig gibt es sowohl in der VOB als auch in der VOL Bestimmungen (vgl. § 8 Nr. 6 VOB/A und § 7 Nr. 6 VOL/A), wonach u. a. Betriebe der öffentlichen Hand zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen sind. Diese Regelung ist überholt und im Grundsatz auch EU-rechtswidrig. Nicht die Rechtsform bzw. die Tatsache einer öffentlichen Einrichtung führt per se zu einem Wettbewerbsvorteil dieser Einrichtung. Vielmehr muss entscheidend für die Frage eines Vergaberechtsverstößes die konkrete Beurteilung eines Wettbewerbsvorteils im Einzelfall – etwa durch Erhalt einer europarechtswidrigen Beihilfe – sein.

Jedenfalls ist es rechtlich äußerst bedenklich, wenn bestimmte kommunale Einrichtungen (Bsp.: Volkshochschule im Zuge der HARTZ IV-Reform) sich nicht mehr im Rahmen der Ausschreibung von Bildungsmaßnahmen in Konkurrenz zu rein privaten Einrichtungen bewerben können sollen.

#### **9. Kostenerstattung für Auftraggeber bei Rücknahme des Nachprüfungsantrags des Antragstellers**

Bei der Frage der Kostenerstattung ist eine gesetzliche Korrektur der gegenwärtigen und auf der Grundlage des Vergaberechts (§ 128 GWB) fußenden BGH-Rechtsprechung erforderlich. Wenn gegenwärtig ein Antragsteller (Unternehmen) bei einem vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag gegenüber einer Kommune oder einem anderen Auftraggeber seinen Antrag vor der Entscheidung der Vergabekammer zurücknimmt, ist dies nach der BGH-Rechtsprechung – anders als in anderen Rechtsbereichen – kein „Unterliegen“ dieses Antragstellers, so dass die Kommune, auch wenn sie zu Unrecht in das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren hereingezogen wurde, die ihr bis dahin entstandenen Kosten selbst zu tragen hat.

Dies ist unbillig und nicht sachgerecht und sollte daher dringend geändert werden.

#### **10. Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen**

Dieser Punkt ist aus kommunaler Sicht zentral. Die gegenwärtige Rechtsprechung, zuletzt des OLG Naumburg vom 03. November 2005, konterkariert die immer wichtiger werdende interkommunale Kooperation, insbesondere für kleinere Städte und Gemeinden.

Interkommunale Aufgaben- und Zuständigkeitsverlagerungen, etwa im Abfallbereich, aber auch im Bereich der Informationstechnologie und der Rechnungsprüfung, bei denen keine externen privaten Dritte beteiligt werden, sind keine Beschaffungsvorgänge auf dem Markt, sondern Ausfluss der kommunalen Organisationshoheit. Sie müssen daher als vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte (Verwaltungsinternum) behandelt werden.

Neben der primär verantwortlichen EU-Kommission ist auch der nationale Gesetzgeber weiter aufgefordert, interkommunale Kooperationen vom Vergaberecht frei zu stellen (ein diesbezüglicher Entwurf der letzten Bundesregierung liegt mit § 99 GWB-E vor).

## Bisher in dieser Reihe erschienen

Nº 60	Sichere Städte und Gemeinden Unterstützungs- und Dienstleistungsangebote des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe für Kommunen	5/2006
Nº 59	Für ein starkes Deutschland – Arbeitsplätze und Wachstum in der Fläche Stärkung der Gemeinden und Mittelstädte unverzichtbar (Nur Online-Version)	4/2006
Nº 58	Handlungsempfehlung zur Kostensenkung in der kommunalen Abfallentsorgung Ergebnisse aus dem BMBF-Forschungsverbund zur betrieblichen Kostenoptimierung	4/2006
Nº 57	Bildung im Wandel – Schulen ans Netz	4/2006
Nº 56	Breitbandanbindung von Kommunen Durch innovative Lösungen Versorgungslücken schließen Grundlagen – Beispiele – Ansprechpartner	1-2/2006
Nº 55	Intelligenter Energieeinsatz in Städten und Gemeinden Klimaschutz und Kostensenkung: Gute Beispiele aus dem Wettbewerb „Energiesparkommune“	1-2/2006
Nº 54	Mit starken Kommunen Aufschwung und Reformen Bilanz 2005 und Ausblick 2006 der deutschen Städte und Gemeinden	3/2006
Nº 53	Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit Bewertung des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD aus kommunaler Sicht	12/2005
Nº 52	Mobile Kommunikation Anwendungsbeispiele für Kommunen, Bürger und Wirtschaft (Nur Online-Version)	12/2005
Nº 51	Interkommunale Zusammenarbeit – Praxisbeispiele, Rechtsformen und Anwendung des Vergaberechts	10/2005
Nº 50	Erfolgreiche Abstimmungsprozesse beim Aufbau der Mobilfunknetze Ergebnisse einer Befragung zur Zusammenarbeit von Kommunen und Netzbetreibern	9/2005
Nº 49	Forderungen der deutschen Städte und Gemeinden an die Bundesregierung und den Bundestag – Ohne starke Kommunen keine erfolgreichen Reformen und kein Aufschwung	9/2005
Nº 48	Kommunal Finanzen in struktureller Schieflage Datenreport Kommunal Finanzen 2005 Fakten, Trends, Einschätzungen (nur Online-Version)	7/2005
Nº 47	Gemeinden sagen Ja zu Kindern – Konzepte und Maßnahmen für mehr Kinder- und Familienfreundlichkeit in Städten und Gemeinden	6/2005
Nº 46	Zukunft der Kommunen	5/2005
Nº 45	Neustart in der Arbeitsmarktpolitik fortsetzen Bilanz 2004 und Ausblick 2005 der deutschen Städte und Gemeinden“	1-2/2005
Nº 44	„Die Kommunen sind nicht die Kolonien des Staates“ Beiträge von Dr. Wulf Haack aus 25 Jahren Tätigkeit im Deutschen Städte- und Gemeindebund (nur Online-Version)	12/2004



**DStGB**

Deutscher Städte-  
und Gemeindebund

Marienstraße 6 · 12207 Berlin  
Telefon 030.773 07.0 · Telefax 030.773 07.200  
E-Mail [dstgb@dstgb.de](mailto:dstgb@dstgb.de)  
[www.dstgb.de](http://www.dstgb.de)

Verlag WINKLER & STENZEL GmbH  
Postfach 1207 · 30928 Burgwedel  
Telefon 05139.8999.0 · Telefax 05139.8999.50  
E-Mail [info@winkler-stenzel.de](mailto:info@winkler-stenzel.de)  
[www.winkler-stenzel.de](http://www.winkler-stenzel.de)