

DStGB DOKUMENTATION N° 90

Vergaberecht 2009

Novellierung, aktuelle Entwicklungen
und Verfahrensablauf



DStGB
Deutscher Städte-
und Gemeindebund
www.dstgb.de



Bundesvereinigung
Mittelständischer
Bauunternehmen e.V.

Inhalt

Vorwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes	4	(5) Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben	12
Vorwort der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V.	5	(6) Exkurs: Durchführung beschleunigter Vergaben im Rahmen des Konjunkturpakets II	12
		(7) Weitere Änderungen durch die neue VOB/A	13
A. Novellierung des Vergaberechts			
I. Bedeutung der kommunalen Auftragsvergabe	6	3. Neufassung der VOL/A	14
II. Aufbau des neuen Vergaberechts	6		
III. Novellierung 2009	7	B. Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht	
1. GWB-Novelle	7	I. Anwendung des Vergaberechts	15
(1) Beschränkung des Rechtsschutzes	7	II. Notwendige Abgrenzung von VOB, VOL und VOF	16
(2) Neuregelung der Informations- und Wartepflicht und der Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe	8	III. Von der VOB erfasste Leistungen	16
(3) Stärkung des Mittelstandsschutzes	9	1. Der Bauleistungsbegriff des § 1 VOB/A	16
(4) Zulassung zusätzlicher Anforderungen an die Auftragsausführung	9	2. Der erweiterte EU-Bauleistungs- und Baukonzessionsbegriff	16
(5) Eignungsnachweise durch Präqualifikationssysteme	10	3. Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte	16
(6) Begrenzung des Vergaberechts bei kommunalen Immobiliengeschäften	10	(1) Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf	16
(7) Zulassung elektronischer Auktionen und dynamischer elektronischer Verfahren	11	(2) EU-Kommission: Keine Ausschreibungspflicht ohne Bauverpflichtung	17
(8) Kostenregelung für Antragsteller bei Rücknahme ihres Nachprüfungsantrags	11	(3) EuGH-Vorlage durch das OLG Düsseldorf	17
(9) Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberechtspflicht	11	(4) Rat: Freiwillig auch weiterhin Vergaberecht anwenden	17
2. Novellierung der VOB/A	12	(5) Richtige Vergabearbeit: Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblicher Dialog	18
(1) Beibehaltung des „Schubladenprinzips“	12	(6) Ausschreibungsfreie Sachverhalte	18
(2) Reduzierung der Paragrafen	12	IV. Von der VOL erfasste Leistungen	18
(3) Orientierung am chronologischen Verfahrensablauf	12	V. Von der VOF erfasste Leistungen	18
(4) Geänderte Untergliederung	12		

Impressum

Autor: Beigeordneter Norbert Portz,
Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

VI. Gemischte Leistungen: Anwendung der Schwerpunkttheorie	19	2. Mittelstandsförderung: Grundsatz der losweisen Vergabe	23
VII. Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts	19	II. Vorbereitung des Vergabeverfahrens	
1. Auftraggeber bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte	19	1. Ausschreibungsreife	23
2. Auftraggeber bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte	19	2. Zusammenstellung der Vergabeunterlagen	24
VIII. Berechnung der EU-Schwellenwerte	20	3. Beachtung des Vorrangs der Öffentlichen Ausschreibung	24
1. Schwellenwertberechnung bei Bauvergaben	20	4. Leistungsbeschreibung	27
2. Schwellenwertberechnung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen	20	5. Eignungskriterien	28
IX. Keine Ausschreibungspflicht bei In-House-Vergaben	20	III. Durchführung des Vergabeverfahrens	28
1. Vergaberechtsfreiheit bei In-House-Geschäften	20	1. Bekanntmachung	28
2. Vergaberechtspflicht bei privater Minderheitsbeteiligung	21	2. Abgabe der Angebote	28
(1) Hintergrund	21	3. Eröffnungstermin und Öffnungstermin	29
(2) Ausschreibungspflicht bei privater Minderheitsbeteiligung	21	4. Prüfung der Angebote	29
(3) Klarstellung	21	5. Wertung der Angebote	29
X. Vergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit	21	(1) Ausschluss von Angeboten	30
1. Generelle Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen EU-rechtswidrig	21	(2) Eignungsprüfung (§ 16 Abs. 2 VOB/A-neu)	32
2. Bestätigung durch die nationale Rechtsprechung	22	(3) Angebotsausschluss wegen unangemessener Preise (§ 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2 VOB/A-neu)	32
3. Vergaberechtsfreiheit institutioneller Zusammenschlüsse	22	(4) Beauftragung des wirtschaftlichsten Angebots (§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A-neu)	32
C. Das Verfahren zur Vergabe kommunaler Aufträge		6. Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote	32
I. Grundleitlinien des Vergabeverfahrens	23	7. Zuschlag	33
1. Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung	23	8. Aufhebung der Ausschreibung	33
		9. Informationspflicht	33
		10. Dokumentation	33
		IV. Schadensersatz	34
		D. Fazit	34

Vorwort des Deutschen Städte- und Gemeindebundes



Dr. Gerd
Landsberg
Haupt-
geschäftsführer
des DSTGB

Das Vergaberecht ist aktuell umfassend novelliert worden. Dies betrifft insbesondere die vom Bundesgesetzgeber verabschiedete Modernisierung des GWB-Vergaberechts und die vom Vorstand des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses beschlossene Novellierung der VOB/A. Die Novellierung der VOL/A steht kurz vor dem Abschluss, während die Arbeiten zur Novellierung der VOF Ende März 2009 beginnen.

In das neue Vergaberecht sind viele der zehn Kernforderungen des Deutschen Städte- und Gemeindebundes übernommen worden. Dies betrifft eine stärkere Investitionsfreundlichkeit durch eine Beschränkung des Rechtsschutzes für Unternehmen. Auch die Stärkung des Mittelstandsschutzes ist zu begrüßen. Die nicht erfolgte Ausdehnung des EU-Primärrechtsschutzes für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte entspricht ebenfalls einer Kernforderung des DSTGB. Zu diesen Forderungen gehört auch die erfolgte Neuregelung über die Kostentragung für Antragsteller bei einer Rücknahme ihres Nachprüfungsantrags.

Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber der Forderung aller drei kommunaler Spitzenverbände nach einer umfassenden Freistellung der interkommunalen Kooperationen vom Vergaberecht. Jedoch hat der Bundesrat in seiner Entschliebung vom 13. Februar 2009 die Bundesregierung aufgefordert, die weiter bestehenden Rechtsunsicherheiten auf der Ebene des EU-Vergaberechts zu beseitigen und bei der nächsten GWB-Novelle die Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen ausdrücklich aufzunehmen.

In der neuen VOB/A sind die Vorschläge des Deutschen Städte- und Gemeindebundes nach einem Wegfall der stringenten Formalisierung aufgegriffen worden. So werden zukünftig nicht automatisch Angebote ausgeschlossen, bei denen eine vom Auftraggeber abverlangte Erklärung oder ein Nachweis nicht mit dem Angebot eingereicht wurde. Weiter führt zukünftig das Fehlen einzelner und unwesentlicher Positionspreise nicht zwingend zum Ausschluss eines Angebots, wenn dieses Fehlen im konkreten Fall nicht wettbewerbsrelevant ist.

Zwar sind einige Neuerungen in der VOB/A, wie zum Beispiel die nicht mehr gegebene Möglichkeit für die Auftraggeber, Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung bis zu einer Summe von 250000 Euro zu verlangen, aus kommunaler Sicht nachteilig.

Dennoch sieht das Gesamtfazit der Novellierung im GWB- und im VOB/A-Bereich positiv aus. Dies gilt gerade für die Kommunen, die mit etwa 60 Prozent aller vergebenen Aufträge die größten öffentlichen Auftraggeber sind.

Die vorliegende Dokumentation stellt zunächst die Novellierungen des Vergaberechts dar. Sie geht im Weiteren auf aktuelle Entwicklungen ein und endet schließlich mit einem Überblick über das Verfahren zur Vergabe kommunaler Aufträge.

Berlin, im März 2009


Ihr Dr. Gerd Landsberg

Vorwort der Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e. V.

Als am 12. Mai des Jahres 2004 die Vergaberechtsreform ihren Marsch durch die Instanzen antrat, hatte keiner der Beteiligten einen so langen und mühsamen Weg erwartet. Knapp fünf Jahre hat es gedauert, bis der Bundesrat am 13. Februar 2009 dem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts endlich zugestimmt hat. Die Vergaberechtsreform darf nun als beschlossen gelten, zumindest mit Blick auf den vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV). Jetzt müssen noch die Vergabeordnungen und notwendige redaktionelle Bereinigungen folgen.

Um es vorweg zu nehmen, die Forderung, das Vergaberecht spürbar zu vereinfachen und verständlich zu gestalten, ist leider nicht in Erfüllung gegangen. Die meisten Bauunternehmen werden das Vergaberecht auch weiterhin nur mit juristischer Hilfe beherrschen können. Es gibt aber auch Positives zu berichten: So ist es gelungen, die Zahl der Paragraphen im Abschnitt 1 der VOB/A von 32 auf 22 zu reduzieren. Neu ist auch die Orientierung der Paragraphenfolge in der VOB/A am chronologischen Verfahrensablauf einer Vergabe. Zu begrüßen ist außerdem die Neuregelung der Informations- und Wartepflicht und die Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe.

Ein „Dorn im Auge“ ist und bleibt aber auch zukünftig, dass der Rechtsschutz für Bieter und Bewerber bei Nachprüfungsverfahren beschränkt ist: Nur oberhalb der EU-Schwellenwerte (bei Bauaufträgen ab 5,15 Millionen Euro) kann ein subjektiver Bieteranspruch auf Durchsetzung ordnungsgemäßer Vergabeverfahren durch den Auftraggeber vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten (sog. genannter Primärrechtsschutz) realisiert werden. Unterhalb dieses Schwellenwertes bestehen demgegenüber rein zivilrechtliche Ansprüche der benachteiligten Unternehmen gegenüber den Auftraggebern, wie zum Beispiel einstweilige Verfügungen oder Schadensersatzansprüche. Diese Ansprüche sind regelmäßig vor den zuständigen Landgerichten geltend zu machen.

Unglücklich dürfte der größte Teil der mittelständischen Bauwirtschaft auch mit der beschlossenen Stärkung des Mittelstandsschutzes im Rahmen des § 97 Abs. 3 GWB sein: Danach sind aus Gründen der mittelstandsfreundlichen Vergabe Leistungen nunmehr in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben. Nur bei Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer Gründe – sie müssen begründet und auch dokumentiert werden – sind Ausnahmen gestattet. Auf den ersten Blick werden sicherlich einige Unternehmer die Neuregelung begrüßen. Bei näherer Betrachtung darf jedoch stark bezweifelt werden, ob diese Regelung wirklich mittelstandsfreundlich ist. Schließlich bedeutet sie in letzter Konsequenz, dass zusammengefasste oder teilweise gebündelte Vergaben, erst recht aber die GU-Vergabe, so gut wie ausgestorben sind, weil alle Aufträge künftig grundsätzlich kleinteilig vergeben werden müssen. Welche Auswirkungen diese Regelung auf PPP-Vorhaben haben könnte, bei denen sich die Effizienzgewinne und die Synergieeffekte bekanntermaßen erst durch die gebündelte Vergabe der Planung, der Bauausführung, der Finanzierung, des Betriebs und der Verwertung ergeben, kann sich jeder selbst ausmalen.

Das neue Vergaberecht beinhaltet zahlreiche Stolpersteine. Es gibt dennoch keinen Grund, den „Kopf in den Sand zu stecken“. Auch wenn es für die meisten Bauunternehmer nicht leichter geworden ist, im Paragraphen-Dschungel des Vergaberechts den Durchblick zu behalten, so bleibt doch ein Trost: Die BVMB als Speerspitze des Mittelstands wird Ihnen auch künftig bei allen baurelevanten Fragen, erst recht aber bei Problemen in Zusammenhang mit dem neuen Vergaberecht, mit Rat und Tat zur Verfügung stehen!



Friedhelm
Noss
Haupt-
geschäftsführer
BVMB

Friedhelm Noss
Hauptgeschäftsführer BVMB

A. Novellierung des Vergaberechts

I. Bedeutung der kommunalen Auftragsvergabe

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Städte und Gemeinden betrifft einen wirtschaftlich sehr wichtigen Bereich. Das Marktvolumen aller öffentlichen Aufträge in Deutschland beträgt nach Schätzungen rund 300 Milliarden Euro jährlich. Von den klassischen Auftraggebern Bund, Ländern und Gemeinden sind die Kommunen mit ca. 60 Prozent aller Aufträge der mit Abstand größte öffentliche Auftraggeber. Was die Anzahl betrifft vergeben die Kommunen über 95 Prozent ihrer Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, so dass umgekehrt nur weniger als fünf Prozent aller Aufträge einer europaweiten Ausschreibungspflicht unterliegen.

Einer transparenten, diskriminierungsfreien und mittelstandsfreundlichen Auftragsvergabe im Wettbewerb kommt sowohl aus Sicht der Kommunen als auch der anbietenden Wirtschaft eine große Bedeutung zu. Denn eine ordnungsgemäße und wirtschaftliche Auftragsvergabe, die in Zukunft auch die Neuregelungen des Vergaberechts 2009 beachten muss, führt nicht nur zu Kosteneinsparungen. Eine derartige Auftragsvergabe gewährleistet darüber hinaus zügige Investitionen in für die Zukunft immer wichtiger werdende Infrastrukturen, wie etwa in den Bildungsbereich (Beispiel: Schulen und Kindergärten). Die durch eine ordnungsgemäße Auftragsvergabe ausgelösten Investitionen sichern darüber hinaus Arbeitsplätze und vermeiden zudem investitionsverzögernde Vergabebeschwerden.

II. Aufbau des neuen Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht bleibt auch nach den Neuregelungen im Jahre 2009 („Novellierung im bestehenden System“) dreistufig (Kaskadenprinzip) aufgebaut. Dabei sind aber wesentliche Regelungen aus der bisherigen Vergabeverordnung in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) übernommen worden:

Stufe 1: Auf der Gesetzesebene regelt das aktuell novellierte Kartellvergaberecht, dass der Bundestag am 19. Dezember 2008 beschlossen und dem der Bundesrat am 13. Februar 2009 zugestimmt hat und dessen Inkrafttreten für das Frühjahr 2009 vorgesehen ist, ausschließlich für Auftragsvergaben oberhalb der EU-

Schwellenwerte (VOB/A: 5,15 Millionen Euro; VOL/A und VOF: 206 000 Euro) – vorrangig die Durchsetzung des subjektiven Bieteranspruchs auf Durchführung ordnungsgemäßer Vergabeverfahren durch den Auftraggeber vor den eigens eingerichteten Vergabekammern und Oberlandesgerichten (Primärrechtsschutz: vgl. insbesondere § 97 Abs. 7 GWB).

Stufe 2: Auf der Verordnungsebene enthielt bisher die Vergabeverordnung (VgV), die ebenfalls nur oberhalb der EU-Schwellenwerte eingreift, insbesondere Regeln:

- über die Höhe der jeweiligen EU-Schwellenwerte
- über die Schätzung und Berechnung der EU-Auftragswerte (§§ 2 und 3 VgV)
- über die Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber den im Vergabeverfahren nicht berücksichtigten Bietern (§ 13 VgV) und
- über den Ausschluss bestimmter Personen beim Vergabeverfahren (§ 16 VgV).

Aufgrund der aktuellen Novellierung des Vergaberechts und insbesondere des GWB werden wesentliche bisherige Regelungen aus der Vergabeverordnung, insbesondere über die Informationspflicht (§ 13 VgV) und die Unwirksamkeit (bisher: Nichtigkeit) von Verträgen, in das GWB übernommen (s. §§ 101 a und b GWB). Ansonsten muss die Vergabeverordnung als „rechtliches Scharnier“ zwischen dem GWB einerseits und der VOB/A, der VOL/A und der VOF andererseits sowie als Voraussetzung zur Inkraftsetzung der Vergabeordnungen noch angepasst werden.

Stufe 3: Demgegenüber regeln die Vergabeordnungen in der VOB/A, der VOL/A und der VOF als dritte Stufe des Vergaberechts die Durchführung des formellen und materiellen Vergabeverfahrens. Alle drei Regelwerke werden bzw. sind –was die VOB/A betrifft- bereits aktuell novelliert worden. Ein Inkrafttreten der neuen Vergabeordnungen ist für Mitte 2009 vorgesehen.

III. Novellierung 2009

Das Vergaberecht ist aktuell umfassend novelliert worden bzw. in der Novellierung begriffen. Die Novellierung betrifft zum einen den Oberschwellenbereich (Bauvergaben: 5,15 Millionen Euro; Liefer- und Dienstleistungsvergaben: 206.000 Euro, jeweils ohne Umsatzsteuer). Hier sind durch den Bundesgesetzgeber mit dem abschließenden Beschluss des Bundesrates vom 13. Februar 2009 insbesondere neue Regelungen zum Rechtsschutz in den §§ 97 ff. GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) geschaffen worden. Zum anderen ist aber auch das Vergabeverfahrensrecht oberhalb wie unterhalb der EU-Schwellenwerte durch eine vom Vorstand des Deutschen Vergabeausschusses am 25. November 2008 beschlossene Änderung der VOB/A novelliert worden. Die VOL/A ist aktuell in der Novellierung begriffen, während die Arbeiten zur Novellierung der VOF Ende März 2009 begonnen haben. Eine Novellierung der Vergabeverordnung steht noch aus. Die bereits beschlossenen bzw. ersichtlichen Änderungen, die im Frühjahr (GWB) bzw. bis zum Sommer (Vergabeordnungen) in Kraft treten sollen, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. GWB-Novelle

Das nur oberhalb der EU-Schwellenwerte insbesondere für den Rechtsschutz der Unternehmen zum Tragen kommende Kartellvergaberecht (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, §§ 97 ff. GWB) ist aktuell novelliert worden und tritt in Kürze in Kraft. Durch die Novellierung haben sich schwerpunktmäßig folgende relevante Neuerungen ergeben:

(1) Beschränkung des Rechtsschutzes

Eine der Kernziele der Novelle ist die Beschränkung des Rechtsschutzes für Bieter und Bewerber bei Nachprüfungsverfahren und damit verbunden eine Stärkung und Beschleunigung von öffentlichen Investitionen. Diese Rechtsschutzbeschränkung macht sich insbesondere an folgenden Neuerungen fest:

- Nach § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist ein Nachprüfungsantrag eines Unternehmens bereits dann unzulässig, soweit er Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Dies bedeutet insbesondere, dass ein Unternehmen die aus einer fehlerhaften

Leistungsbeschreibung des Auftraggebers erkennbaren Verstöße bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen muss, will er nicht mit einem Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen werden.



- Ein Nachprüfungsantrag ist weiterhin dann unzulässig, wenn ein Unternehmen mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, verstreichen hat lassen und er keinen Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer gestellt hat (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB).
- Die Vergabekammer erforscht zwar auch weiterhin nach § 110 Abs. 1 S. 1 GWB den Sachverhalt von Amts wegen. Sie kann sich aber dabei künftig gemäß § 110 Abs. 1 S. 2 GWB grundsätzlich auf das beschränken, was von den Beteiligten im Verfahren vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Nach § 110 Abs. 1 S. 3 GWB ist die Vergabekammer künftig nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet.
- Bei der Möglichkeit und Prüfung einer Voraberteilung des Zuschlags auf Antrag des Auftraggebers im Nachprüfungsverfahren nach § 115 Abs. 2 GWB vor den Vergabekammern sowie auch vor den Vergabegerichten (vgl. §§ 118 Abs. 2 und 121 Abs. 1 GWB) ist nunmehr eine „auftraggeberfreundlichere Abwägung“ eingeführt worden. Danach ist für die Frage einer Voraberteilung des Zuschlags durch den Auftraggeber „bei der Abwägung das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen“. Zu bedenken ist jedoch insoweit, dass dieses „Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung des Auftraggebers“ kaum eingrenzbar ist, da vom Wortlaut her gerade nicht auf Dringlichkeits- oder Nottfälle zur schnellen Zuschlagserteilung abgestellt wird. Hier wird es daher noch einer ergänzenden Auslegung insbesondere durch die Rechtsprechung bedürfen. Denn trotz der weiten Formulierung kann auch künftig jedenfalls nicht jeder allein durch eine Nachprüfung ausgelöster Verzögerungsschaden beim Auftraggeber im Sinne einer Voraberteilung des Zuschlags berücksichtigt werden. Weiter ist in den §§ 115

Abs. 2, 118 Abs. 2 und 121 Abs. 1 GWB sowohl für die Vergabekammern als auch für die Gerichte vorgesehen, dass diese bei der Entscheidung über die Voraberteilung des Zuschlags „auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, berücksichtigen“.

- Die GWB-Novelle sieht in Einklang mit der Rechtsprechung (BVerfG vom 13. Juni 2006) keine Ausdehnung des sogenannten Primärrechtsanspruchs von Bietern bei Nachprüfungsverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte vor. Damit bleibt es bei dem zweigeteilten Rechtsschutz im Vergaberecht: Oberhalb der EU-Schwellenwerte besteht ein Primärrechtsschutz der Unternehmen gegenüber den Auftraggebern auf die Durchführung ordnungsgemäßer Vergabeverfahren. Dieser Primärrechtsschutz kann vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten durchgesetzt werden. Hierbei besteht eine gesetzlich geregelte (§ 115 Abs. 1 GWB) Aussetzung des Zuschlags nach erfolgter Zustellung eines Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber. Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte existieren demgegenüber rein zivilrechtliche Ansprüche der Unternehmer gegenüber den Auftraggebern, wie zum Beispiel einstweilige Verfügungen oder Schadensersatzansprüche. Diese Ansprüche sind regelmäßig vor den zuständigen Landgerichten geltend zu machen.

(2) Neuregelung der Informations- und Wartepflicht und der Unwirksamkeit der De-facto-Vergabe

In einem neuen § 101 a sowie auch § 101 b GWB ist die Regelung aus § 13 Vergabeverordnung über die Informations- und Wartepflicht sowie über die De-facto-Vergabe (Direktvergabe) in einem zum Teil erweiterten, zum Teil aber auch einschränkendem Sinne übernommen worden:

Neuregelung der Informations- und Wartepflicht (§ 101 a GWB)

Nach § 101 a Abs. 1 S. 1 GWB hat bei europaweiten Vergaben der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmen, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe (Bisher: „den Grund“) der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.

Diese Informationspflicht gilt nunmehr nach § 101 a Abs. 1 S. 2 GWB nicht nur wie bisher für Bieter, sondern

auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Vorabinformation an die nicht berücksichtigten Bieter und auch an die Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, geschlossen werden (§ 101 a Abs. 1 S. 3 GWB). Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die vom Auftraggeber einzuhaltende Frist nach § 101 a Abs. 1 S. 4 GWB nunmehr auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an (§ 101 a Abs. 1 S. 5 GWB).

Eine Informationspflicht des Auftraggebers besteht nach § 101 a Abs. 2 GWB in den Fällen nicht, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit zulässig ist.

Neuregelung der De-facto-Vergabe (§101 b GWB)

In einem neuen § 101 b Abs. 1 GWB wird demgegenüber einschränkend zum bisherigen § 13 VgV nicht nur geregelt, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam (nicht wie bisher: „Nichtig“) ist, wenn ein Auftraggeber gegen die Informations- und Wartepflicht des § 101 a GWB verstoßen hat (Nr. 1). Eine (schwebende) Unwirksamkeit ergibt sich zukünftig nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB auch dann wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet ist und die Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist (De-facto-Vergabe bzw. Direktvergabe).

Bestandsschutzregelung

Für das Nachprüfungsverfahren sollen aber in diesem Fall bestimmte Ausschlussfristen vorgesehen sein. So kann eine Unwirksamkeit grundsätzlich

Kernprinzipien des Vergaberechts sind Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung



nur festgestellt werden, wenn das Vergabenaachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss eingeleitet wird. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach der Veröffentlichung (§ 101 b Abs. 2 GWB).

Dies bedeutet, dass Auftraggeber und Auftragnehmer auch bei einer unzulässigen De-facto-Vergabe durch Zeitablauf innerhalb einer bestimmten Frist Rechtssicherheit und damit Bestandsschutz zumindest gegenüber den Unternehmen (Nicht gegenüber der EU-Kommission) hinsichtlich der Wirksamkeit des Vergaberechts selbst bei einem rechtswidrig geschlossenen Vertrag erlangen können.

(3) Stärkung des Mittelstandsschutzes

Die Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB sieht eine Verstärkung des Mittelstandsschutzes vor. Danach sind aus Gründen des Mittelstandsschutzes Leistungen 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 (§ 97 Abs. 3 S. 2 und 3 GWB). Diese Ausnahme ist stets im Vergabevermerk mit sachlich gerechtfertigten Argumenten zu begründen.

Eine weitere Ausweitung der mittelstandsfreundlichen Vergabe auch auf private Unterauftragnehmer regelt § 97 Abs. 3 S. 4 GWB. Danach muss der (öffentliche) Auftraggeber dann, wenn er ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt, dieses Unternehmen bei einer Unterauftragsvergabe an Dritte verpflichten, auch diese an die Unterauftragnehmer weiter vergebenen Leistungen in Lose aufzuteilen. Im Ergebnis bedeutet die Verstärkung des Mittelstandsschutzes, dass für Ausnahmefälle einer Gesamtvergabe (GU-Vergabe) nur noch begrenzte Sachverhalte bleiben. Diese dürften unter anderem bei komplexen ÖPP-Vergaben, bei denen etwa die wirtschaftliche, technische und Rechtsberatung aus „einem Guss“ erfolgen muss, vorliegen (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 6. Juni 2007).

(4) Zulassung zusätzlicher Anforderungen an die Auftragsausführung

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben. S. 2 sieht nunmehr erweiternd zur alten Fassung vor, dass Auftraggeber zukünftig für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer stellen können, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn diese im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Insbesondere die beiden letztgenannten Voraussetzungen eines unmittelbaren Auftragsbezugs sowie die erforderliche Verankerung dieser „zusätzlichen Anforderungen“ in der Leistungsbeschreibung machen deutlich, dass das eignungs- und qualitätsbezogene Vergaberecht auch weiterhin nicht zur Durchsetzung allgemeiner sozial- oder umweltpolitischer Ziele dienen darf.

Mit der neuen und gesetzlich in § 97 Abs. 4 GWB geregelten Möglichkeit sollen bei einem zwingend erforderlichen Auftragsbezug neben einer Verstärkung der umweltfreundlichen Beschaffung (Ausschreibung von CO₂-vermeidenden Fahrzeugen sowie einer umweltfreundlichen Informationstechnologie etc.) insbesondere durch die Auftraggeber auch soziale Aspekte (Beispiel: Verbot der Kinderarbeit) als zusätzliche Anforderung an die Auftragsausführung in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden können. Dies wird auch dadurch verdeutlicht, dass nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und „gesetzestreu“ Unternehmen vergeben werden. Gesetzestreu ist ein Unternehmen aber nur dann, wenn es auch wichtige Grundregeln, wie die Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation, etwa über das Verbot der Kinderarbeit (ILO) einhält, weil diese zwingender Bestandteil auch unserer Rechtsordnung sind.

Zur praxisingerechten Handhabung dieser zusätzlichen Anforderungen ist den Auftraggebern zunächst zu empfehlen, sowohl ihre Beschaffungsstellen als auch die Unternehmen (Geschäftspartner) für die Thematik einer „umwelt- bzw. sozialfreundlichen Vergabe“ zu sensibilisieren und hierüber aufzuklären. Vergaberechtlich muss die Thematik gleichermaßen für die Auftraggeber wie für die Unternehmen vollzugsfreundlich gehandhabt werden. Dies kann dadurch erfolgen, dass in der Leistungsbeschreibung konkret auftragsbezogene Zertifikationen (Beispiel im Umweltbereich: „Blauer Engel“ oder „Europa-Blume“ bzw. im Sozialbereich: „Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm gemäß Konvention

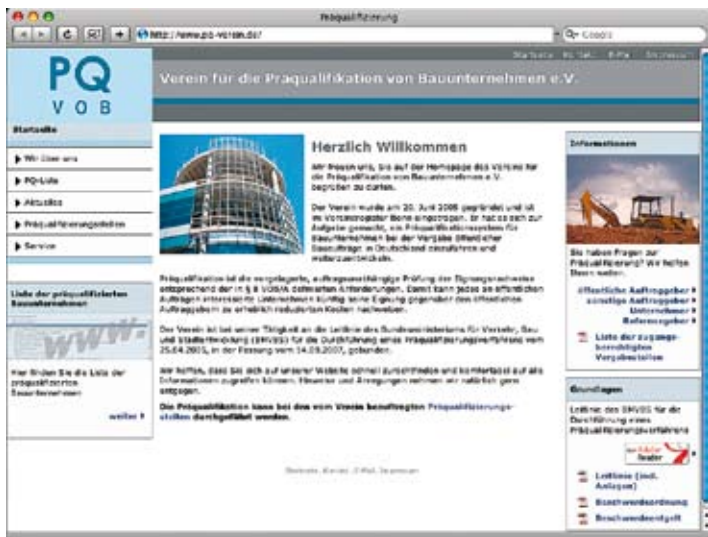


182 zur Unterbindung der Kinderarbeit“) vorgegeben werden. Sodann sollten von den Unternehmen entsprechende Bietererklärungen abverlangt werden oder diese verbindlich erklären, dass das betreffende Produkt nicht mittels Kinderarbeit hergestellt wurde bzw. eine verbindliche Zusage erteilt werden, dass das Unternehmen und dessen Lieferanten aktive und zielführende Maßnahmen gegen Kinderarbeit durchgeführt haben. Auf der Grundlage derartiger Vorgaben ergibt sich für den Auftraggeber jedenfalls eine erleichterte Prüfung und auch Wertung der eingehenden Angebote.

Zu den von allen Unternehmen einzuhaltenden Regeln gehören auch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge sowie Mindestlohngesetze. Insoweit hatte der EuGH in seiner Entscheidung vom 3. April 2008 „nur örtliche Tariftreueklauseln“ als mit dem EU-Recht (Verstoß gegen das EU-Diskriminierungsverbot) unvereinbar angesehen. Zu kritisieren ist insoweit aber der zum Teil erhebliche Aufwand, den die Auftraggeber zur Überprüfung der Einhaltung der entsprechenden Regeln im Vergabeverfahren leisten müssen.

(5) Eignungsnachweise durch Präqualifikationssysteme

§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB ermöglicht es nunmehr auch auf gesetzlicher Ebene, dass dann, wenn vom Auftraggeber im konkreten Fall Eignungsnachweise verlangt werden, die Unternehmen auf eine Präqualifikation verweisen können (vgl. das bereits bestehende VOB Präqualifikationssystem unter www.pq-verein.de).



(6) Begrenzung des Vergaberechts bei kommunalen Immobiliengeschäften

Das neue GWB nimmt weiter eine Beschränkung der durch die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf („Ahlhorn-Rechtsprechung“) bewirkten Ausdehnung des Vergaberechts bei kommunalen Immobilienveräußerungen / städtebaulichen Verträgen (s. B. III. 3.) vor.

Durch eine Neufassung des § 99 Abs. 3 GWB ist der Bauauftragsbegriff mit dem nunmehr erfolgten Abstellen auf einen unmittelbaren Beschaffungsbezug für den Auftraggeber eingegrenzt worden. Die Neuregelung lautet wie folgt:

„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.“

In einem neuen § 99 Abs. 5 GWB ist gleichzeitig der Baukonzessionsbegriff enger gefasst worden. Er gilt künftig nicht für die dauerhafte Übertragung von Grundstücken auf Investoren. Der Wortlaut heißt jetzt:

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

Aktuell hat das OLG Düsseldorf mit seiner Entscheidung vom 2. Oktober 2008 dem EuGH neun Fragen zur Vergaberechtspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte vorgelegt. Vor diesem Hintergrund sind die Kommunen gut beraten, zur Vermeidung von Investitionshemmnissen bis zu einer endgültigen und klärenden Entscheidung des EuGH auch weiterhin freiwillig eine europaweite Ausschreibung kommunaler Grundstücksveräußerungen vorzunehmen. Insoweit wird wegen der Gesamtheit und der im Einzelnen einzuhaltenden Verfahrensschritte auf die DStGB- Dokumentation Nr. 79 vom März 2008 „Kommunale Immobiliengeschäfte und Ausschreibungspflicht“ verwiesen.

(7) Zulassung elektronischer Auktionen und dynamischer elektronischer Verfahren

Nach § 101 Abs. 6 GWB werden sowohl elektronische Auktionen als auch dynamische elektronische Verfahren auf gesetzlicher Ebene als neue Möglichkeiten einer Gestaltung der Vergabeverfahren zugelassen. Dabei dienen elektronische Auktionen der elektronischen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Vorstellbar und einsetzbar sind diese elektronischen Auktionen ausschließlich bei Standardvergaben, etwa bei VOL-Beschaffungen im Bürobereich, nicht aber bei komplexen VOB-Verfahren.

Bei elektronischen Auktionen kann ein Bieter im Rahmen eines bestimmten Zeitfensters die Angebotspreise eines Mitkonkurrenten (nicht dessen Namen etc.) einsehen und hat insoweit die Möglichkeit, sein eigenes Angebot entsprechend „anzupassen“. Inwieweit elektronische Auktionen auch tatsächlich für VOL-Verfahren übernommen werden, bleibt noch abzuwarten.

Demgegenüber ist ein dynamisches elektronisches Verfahren ein zeitlich befristetes ausschließlich elektronisches Offenes Verfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Spezifikationen den Anforderungen des Auftraggebers genügen (§ 101 Abs. 6 S. 2 GWB).

(8) Kostenregelung für Antragsteller bei Rücknahme ihres Nachprüfungsantrags

In § 128 Abs. 4 S. 3 GWB ist eine klarstellende Neuregelung im Hinblick auf die Kostentragung bei einer Rücknahme des Nachprüfungsantrags durch den Antragsteller eingefügt worden. Während bisher insbesondere der Bundesgerichtshof bei einer Rücknahme eines Nachprüfungsantrags durch den Antragsteller nicht grundsätzlich davon ausging, dass dieser dem Auftraggeber die ihm bis dahin entstandenen Kosten zu erstatten hatte, weil eine Rücknahme nach dem bisherigen § 128 Abs. 3 GWB schon vom Wortlaut her nicht ohne Weiteres mit einem Unterliegen des Antragstellers gleichgestellt werden könne, ist die Rechtslage nunmehr anders:

Nach § 128 Abs. 4 S. 3 GWB hat der Antragsteller dann, wenn er seinen Nachprüfungsantrag zurücknimmt, die zur „zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antraggegners und der Beigeladenen“ zu erstatten. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB verweist im Übrigen hinsichtlich der Erstattung von ansonsten anfallenden Kosten im Nachprüfungsverfahren, etwa der Kosten eines vom Auftraggeber als

Antragsgegner eingeschalteten Rechtsanwalts, auf die entsprechende Anwendung des § 80 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes und der entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder. Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nach § 128 Abs. 4 S. 5 GWB ausdrücklich nicht statt.

(9) Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberechtspflicht

In der Neufassung des Vergaberechts ist es im Hinblick auf die stark umstrittene Frage einer Vergaberechtspflicht bzw. Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Zusammenarbeit im Grundsatz bei der Altfassung des § 99 Abs. 1 GWB geblieben. Folge ist, dass zwar im Grundsatz institutionelle interkommunale Kooperationen (kommunale Zweckverbände etc.) bei der Wahrnehmung gemeinsamer Aufgaben (Beispiel: Abfallentsorgung) vergaberechtsfrei bleiben, während nicht institutionelle Kooperationsformen, insbesondere also öffentlich-rechtliche Verträge zwischen zwei Gemeinden, einer Ausschreibungspflicht unterliegen (vgl. Kapitel X).

Allerdings hat der Bundesrat am 13. Februar 2009 einen Antrag des Landes Baden-Württemberg zu der Gesamthematik angenommen. Danach fordert der Bundesrat die Bundesregierung auf, weiter bestehende Rechtsunsicherheiten bei der interkommunalen Zusammenarbeit und anderen innerstaatlichen Kooperationen im Hinblick auf das EU-Vergaberecht zu beseitigen und bei der Europäischen Kommission auf eine entsprechende Klarstellung hinzuwirken. Insbesondere dürfe „die Übertragung von Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern, vor allem kommunalen Körperschaften oder kommunalen Einrichtungen durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder durch Gründung einer kommunalgetragenen Einrichtung in öffentlicher Rechtsform nicht dem Vergaberecht unterworfen werden“.

In dem vom Bundesrat angenommenen Beschluss bittet dieser die Bundesregierung, das Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen bei der nächsten Novellierung in § 99 GWB durch einen neuen Absatz zu ergänzen, mit dem interkommunale Kooperationen als unter das innerstaatliche Organisationsrecht fallend nicht dem Vergaberecht unterliegen.

2. Novellierung der VOB/A

Die Novellierung der VOB/A (www.dstgb-vis.de) ist am 25. November 2008 auf der DVA-Mitgliederversammlung vom Vorstand mehrheitlich beschlossen worden. Ein Inkrafttreten – für die Kommunen ist hierfür bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte eine Regelung durch die jeweilige Landesregierung erforderlich – ist bis Mitte des Jahres 2009 vorgesehen. Schwerpunktartig sind folgende Punkte in der neuen VOB/A hervorzuheben:

(1) Beibehaltung des „Schubladenprinzips“

Die neue VOB/A sieht zunächst eine Beibehaltung der Unterteilung in vier Abschnitte vor. Damit wird insbesondere an der Differenzierung des Vergaberechts für rein nationale Verfahren (Abschnitt 1) und für Verfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte (Abschnitt 2) festgehalten („Schubladenprinzip“). Es ist aber kurzfristig geplant, die bisher in den Abschnitten 3 und 4 geregelten Vorgaben für die Sektorauftraggeber gemeinsam mit den entsprechenden Abschnitten 3 und 4 in der VOL/A in einer eigenen Sektorenverordnung zusammen zu fassen.

(2) Reduzierung der Paragraphen

Weiter ist in der neuen VOB/A eine Reduzierung der Paragraphenzahl erfolgt. Hat der Abschnitt 1 der bisherigen VOB/A noch 32 Basisparagraphen, kommt der erste Abschnitt der neuen VOB/A mit 22 Paragraphen aus. Dabei sind zwar zu recht einige als überflüssig erachtete Normen – wie die Vorschriften über die Mitwirkung von Sachverständigen in § 7 und über die Vertragsurkunde in § 29 der bisherigen VOB/A- entfallen. Eine Reduzierung der Paragraphenzahl ist aber zum Teil auch rein optischer Natur. Dies ergibt sich daraus, dass einige der in der Vergangenheit getrennt aufgeführten Normen in der Neufassung der VOB/A unter einem Paragraphen zusammengefasst wurden. So finden sich die bisher in fünf einzelnen Paragraphen (§§ 11 - 15 VOB/A) wieder gegebenen Regelungen über die „Ausführungsfristen, Vertragsstrafen und Beschleunigungsvergütungen, Verjährung der Mängelansprüche, Sicherheitsleistung und Änderung der Vergütung“ in der Neufassung zusammengefasst unter dem alleinigen § 9 VOB/A mit der Normüberschrift „Vertragsbedingungen“.

(3) Orientierung am chronologischen Verfahrensablauf

Die zum Teil neue Paragraphenfolge in der VOB/A orientiert sich am chronologischen Ablauf des Vergabeverfahrens. So ist zum Beispiel die bisherige Norm des § 16 Nr. 1 und 2 VOB/A über die Grundsätze der

Ausschreibung („Verbot der Markterkundung und Planreife“) in der Neufassung nach vorne gerückt und in § 2 Abs. 4 und 5 VOB/A enthalten. Auch sind für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte nunmehr in § 2 Abs. 1 und 2 alle in § 97 Abs. 1 und 2 GWB für Oberschwellenvergaben normierten drei Vergabegrundsätze „Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung“ übernommen worden. Insgesamt wurde im Zuge der Novellierung auch die Wortwahl modernisiert. So wurde zum Beispiel der Begriff „Verdingungsunterlagen“ durch den neuen Begriff „Vergabeunterlagen bzw. Vertragsunterlagen“ ersetzt.

(4) Geänderte Untergliederung

Die praktische Anwendung und Normwiedergabe hat in der neuen VOB/A wie auch in der neuen VOL/A dadurch eine Änderung erfahren, dass die Untergliederung nicht mehr wie bisher in Nummern und Absätzen, sondern – wie in Gesetzen üblich – in Absätzen und Nummern erfolgt. Statt bisher „§ 3 Nr. 3 Abs. 1a VOB/A“ heißt es nunmehr also „§ 3 Abs. 3 Nr. 1a VOB/A“.

Materiell- und verfahrensrechtlich ist durch die neue VOB/A im Schwerpunkt folgendes neu geregelt worden:

(5) Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben

Die VOB/A (Bundesregelung) sieht erstmalig Empfehlungen für Schwellenwerte zur Anwendung einer Beschränkten Ausschreibung sowie einer Freihändigen Vergabe vor. Nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A kann eine Beschränkte Ausschreibung bis zu folgendem Auftragswert der Bauleistung ohne Umsatzsteuer erfolgen:

- 50000 Euro für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung
- 150000 Euro für Tief-, Verkehrswege und Ingenieurbau
- 100000 Euro für alle übrigen Gewerke.

Freihändige Vergaben können nach der neuen VOB/A bis zu 10000 Euro Auftragswert ohne Umsatzsteuer erfolgen (s. § 3 Abs. Abs. 5 S. 2 VOB/A).

(6) Exkurs: Durchführung beschleunigter Vergaben im Rahmen des Konjunkturpakets II

Für Bundesvergaben ist wegen der Wirtschafts- und Finanzkrise beschlossen worden, auf zwei Jahre befristet bis zum 31. Dezember 2010 die Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben (jeweils ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb) mit folgender Höhe (Nettoauftragswert) einzuführen:

Für Bauleistungen:

- Beschränkte Ausschreibung: 1 Million Euro
- Freihändige Vergabe: 100 000 Euro.

Für Dienst- und Lieferleistungen:

- Freihändige Vergaben und Beschränkte Ausschreibung bis 100 000 Euro.

Aufgrund der gegenwärtigen Wirtschaftslage ist dabei generell von einer Dringlichkeit bei investiven und anderen konjunkturfördernden Maßnahmen auszugehen, die eine solche befristete Ausnahmeregelung rechtfertigt. Der Bund hat die Länder und die Kommunen ausdrücklich aufgefordert, ihre Vergabeverfahren ebenfalls durch Anhebung der Schwellenwerte zu erleichtern.

Für den Kommunalbereich haben die Landesregierungen (Beispiel: Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Brandenburg) ihren Städten, Gemeinden, Kreisen und Zweckverbänden insoweit durch gesonderte Verwaltungsvorschriften und Erlasse ermöglicht bzw. empfohlen, auf der Grundlage der erhöhten Wertgrenzen und befristet bis zum 31. Dezember 2010, von den erleichterten Vergabeverfahren Gebrauch zu machen. Wenn eine Kommune die ihr eingeräumte Möglichkeit der „erleichterten Vergabe“ nutzt, ist aber zu beachten, dass auch hier die Grundsätze des Wettbewerbs, der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit gelten.

Dies beinhaltet, dass bei Beschränkten Vergaben in der Regel drei bis acht Bewerber – je nach Marktsituation und dem Auftragswert – aufzufordern sind und bei Freihändiger Vergabe von den Kommunen mehrere Angebote, in der Regel wenigstens drei, einzuholen sind. Auch ist bei der Aufforderung zur Angebotsabgabe zwischen den Bewerbern zu wechseln und es darf keine Beschränkung auf die in der Region oder am Ort ansässigen Unternehmen erfolgen. Bei der Beschränkten und Freihändigen Vergabe ist die Eignung der Unternehmen vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu prüfen, möglichst durch die Abgabe von Eigenerklärungen der Unternehmen. Im Baubereich kann insbesondere zum Zwecke der Zeiteinsparung auf präqualifizierte Unternehmen (www.pq-verein.de) zurückgegriffen werden.

Um auch bei den beschleunigten Vergaben den Transparenzgrundsatz zu gewährleisten, hat bei den „erleichterten Beschränkten und Freihändigen Vergaben“ nach der Zuschlagserteilung unverzüglich entweder auf einer speziellen Internetseite des Landes (Beispiel: www.vergabe.nrw.de) oder auf der Internetseite

des Auftraggebers für die Dauer von mindestens einem Monat dann eine Information stattzufinden, wenn die Bauleistung bei Beschränkter Ausschreibung 150 000 Euro und bei Freihändiger Vergabe 50 000 Euro erreicht oder übersteigt und Sicherheitsinteressen nicht entgegenstehen. Bei Liefer- und Dienstleistungen gilt diese ex-post-Informationspflicht ab 25 000 Euro (Nordrhein-Westfalen: 50 000 Euro), jeweils ohne Umsatzsteuer. Die Information des Auftraggebers enthält folgende Mindestangaben: Name, Anschrift, Telefon- und Faxnummer sowie E-Mail-Adresse des Auftraggebers, Gewähltes Vergabeverfahren, Auftragsgegenstand (mindestens Art und Umfang der Leistung), Ort und Zeitraum der Ausführung sowie Name des beauftragten Unternehmens.

Für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte ist es den Kommunen nach entsprechenden Vorgaben der EU-Kommission und auf der Grundlage der jeweiligen Landesregelungen erlaubt, die Anwendung der beschleunigten Verfahren mit den sich hieraus ergebenden Fristverkürzungen ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestandes vorzusehen. Die hierfür erforderliche besondere Dringlichkeit ergibt sich aus der außergewöhnlichen gegenwärtigen Wirtschaftslage.

(7) Weitere Änderungen durch die neue VOB/A

Weitere wesentliche Änderungen ergeben sich durch die Neufassung der VOB/A in folgenden Bereichen:

- Zur Vermeidung von Wettbewerbsbeschränkungen werden im Vergleich zum bisherigen § 8 Nr. 6 VOB/A neben den dort erwähnten Einrichtungen (Beispiel: Betriebe der öffentlichen Hand) in § 6 Abs. 1 Nr. 3 der neuen VOB/A zusätzlich auch gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen ausdrücklich nicht zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zugelassen.
- Es wird verstärkt auf die Möglichkeit einer Präqualifikation zum Nachweis der Eignung von Unter-



nehmen und die Möglichkeit zur Abgabe von Eigenklärungen durch die Bieter abgestellt (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A)

- Bei Vergaben mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb oberhalb der EU- Schwellenwerte (Nichtoffenes Verfahren, Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren) ist nach § 6a Abs. 6 VOB/A vorgesehen, dass der Auftraggeber die Zahl der Teilnehmer sowohl im Hinblick auf die Mindest- wie auch die Höchstzahl begrenzen kann, wenn er dies bereits in der Vergabebekanntmachung angibt
- Klargestellt wird nunmehr in § 6a Abs. 7 Nr. 1 VOB/A, dass der Umfang der vom Auftraggeber geforderten Eignungsnachweise sowie die ggf. gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit mit dem Auftragsgegenstand zusammen hängen und ihm angemessen sein müssen
- Neu ist auch, dass der Auftraggeber nach § 6a Abs. 10 S. 2 VOB/A bei Bietergemeinschaften, bei denen sich ein Bieter der Fähigkeit anderer Unternehmen bedient, nur noch „von den in die engere Wahl befindlichen Bietern“ den Nachweis darüber fordert, dass diesen die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem zum Beispiel Verpflichtungserklärungen für die eingebundenen Unternehmen vorgelegt werden. Damit kann der Auftraggeber sich die entsprechenden (Verpflichtungs-) Erklärungen noch nach dem Ablauf der Angebotsfrist von den Bietern nachreichen lassen
- Eine Aufnahme von Bedarfspositionen in Leistungsbeschreibungen ist zum Zwecke der Verhinderung des Missbrauchs und von Schwierigkeiten bei der Wertung grundsätzlich nicht mehr möglich (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Will ein Auftraggeber dennoch ausnahmsweise Bedarfspositionen vorgeben, muss er dies künftig im Vergabevermerk sachgerecht begründen
- Sicherheitsleistungen für die Vertragserfüllung dürfen zum Schutz der Unternehmen von den Auftraggebern bis zu einer Summe von 250 000 Euro nicht mehr verlangt werden. In der Regel gilt dies auch für Sicherheiten bei Mängelansprüchen (§ 9 Abs. 7 S. 2 VOB/A)
- Die verschiedenen Grundsätze der (auch elektronischen) Informationsübermittlung sind nunmehr in § 11 VOB/A geregelt
- Es wird im Eröffnungstermin auch bekannt gegeben, in welcher Zahl Nebenangebote eingereicht sind (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 S. 2 VOB/A).

- Im Eröffnungstermin kann nach § 14 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A die Niederschrift zukünftig auch elektronisch gefertigt werden
- Das Fehlen einzelner und unwesentlicher Positionspreise führt nach der Neuregelung der VOB/A nicht zwingend zum Ausschluss eines Angebots, wenn dieses Fehlen im konkreten Fall nicht wettbewerbsrelevant war (§ 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A)
- Zwingend auszuschließen sind jedoch nach dem neuen § 16 Abs. 1 Nr. 1f VOB/A Nebenangebote, die entgegen den Vorgaben des Auftraggebers seitens der Bieter nicht auf besonderer Anlage gemacht und als solche nicht deutlich gekennzeichnet worden sind (vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 VOB/A)
- Im Zuge der Entformalisierung des Vergaberechts werden zukünftig nicht automatisch Unternehmen ausgeschlossen, die eine vom Auftraggeber verlangte Erklärung oder einen geforderten Nachweis nicht mit dem Angebot eingereicht haben. Vielmehr muss der Auftraggeber in diesem Fall die besagten Unternehmen auffordern, die fehlenden Erklärungen innerhalb von sechs Kalendertagen nach dieser Aufforderung beizubringen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Problematisch ist diese insgesamt zu begrüßende Neuregelung dann, wenn die von einem Bieter nachzureichenden Erklärungen und Nachweise wettbewerbsrelevant sind und der Bieter daher nach Kenntniserlangung im Submissionstermin sein Verhalten hierauf ausrichten kann
- Unaufgefordert angebotene Skonti sind bei der Wertung der Angebote – anders als ausdrücklich vom Auftraggeber verlangte Skonti – nicht zu berücksichtigen (§ 16 Abs. 9 VOB/A)
- Erstmals werden in der neuen Vorschrift des § 20 Abs. 1 VOB/A über die Dokumentation des Vergabeverfahrens (Vergabevermerk) die detaillierten Mindestanforderungen definiert
- Neu in die VOB/A sind Regelungen über die ex-ante sowie ex-post-Transparenz, insbesondere über die Informationen bestimmter Angaben auf Internetportalen des Auftraggebers, aufgenommen worden (vgl. § 19 Abs. 5 und § 20 Abs. 3 VOB/A).

3. Neufassung der VOL/A

Nach dem jetzigen Sachstand sind folgende Leitlinien und absehbaren Neuerungen bei der anstehenden Novellierung der VOL/A zu erwarten. Diese stehen aber unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der noch nicht

abgeschlossenen Beratungen zur Novellierung der VOL/A sowie des noch ausstehenden Beschlusses des DVAL- Vorstandes. Änderungen oder Ergänzungen an den dargestellten Leitlinien sind daher noch möglich:

- Reduzierung der Paragraphen von gegenwärtig 32 (2. Abschnitt) auf 20
 - Begrenzung des 2. Abschnitts allein auf Regelungen über die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU- Schwellenwerte
 - Überführung der bisherigen Abschnitte 3 und 4 (Sektorenbereich) in eine eigenständige Sektorenverordnung
 - Orientierung der Reihenfolge der Paragraphen am chronologischen Ablauf des Vergabeverfahrens
 - Die Untergliederung der einzelnen Paragraphen wird von den bisherigen „Nummern“ in „Absätze“ verändert, so dass eine Angleichung an die sonst üblichen Gliederungen – etwa in Gesetzen – erfolgt
 - Einführung einer „Bagatellgrenze“: Geltung der VOL/A erst ab einem Auftragswert von 500 Euro. Unterhalb dieses Wertes ist ein Direktkauf (ohne Vergabebevermerk) durch den Auftraggeber möglich
 - Möglichkeit zur Freihändigen Vergabe bis zu einem noch zu bestimmenden Auftragswert
- Generelle Regelung und damit Geltung von Rahmenvereinbarungen auch unterhalb der EU-Schwellenwerte
 - Zulassung dynamischer elektronischer Verfahren auf der Grundlage des § 101 Abs. 6 S. 2 GWB für die Vergabe von Aufträgen über marktübliche Waren und Leistungen
 - Festschreibung der Kostenfreiheit für die Teilnahme von Bietern und Bewerbern an Vergabeverfahren
 - Die Eignung der Bieter ist grundsätzlich durch das Abverlangen und das Beibringen von Eigenerklärungen nachzuweisen
 - Grundsätzliche Zulassung öffentlicher und gemeinnütziger Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen und damit Abweichung von der entsprechenden VOB/A-Regelung
 - Einführung einer Nachfrist zum Nachreichen von bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorliegender Erklärungen und Nachweise
 - Kein Ausschluss von Angeboten, bei denen nicht wettbewerbsrelevante Preise in einer unwesentlichen Position fehlen und die Wertungsreihenfolge nicht beeinträchtigt würde.

B. Grundlagen und aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht

I. Anwendung des Vergaberechts

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Kommunen erfolgt durch den Abschluss privater Verträge mit den Unternehmen. Gleichwohl sind die Kommunen als öffentliche Auftraggeber an bestimmte Regelungen gebunden, die insbesondere eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung bei der Beschaffung ihrer Lieferungen und Leistungen sicherstellen sollen. Diese besonderen Bindungen bei der Auftragsvergabe sind den Kommunen auf der Grundlage der Gemeindehaushaltsverordnung, entsprechender Ländererlasse sowie von europäischen Vergaberichtlinien vorgegeben. Hiernach haben die Kommunen bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen entweder die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), die Verdingungsordnung

/ Vergabeverordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) oder aber die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) anzuwenden.

Bei der VOB und der VOL ist zwischen den Teilen A und B zu unterscheiden. Während die Teile A beider Vergabeordnungen Regelungen bis zum Vertragsschluss enthalten, enthalten die Teile B der VOB und der VOL Regelungen über die Vertragsdurchführung und über Leistungsstörungsfälle. Die VOB enthält zusätzlich noch einen Teil C, in dem die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) wiedergegeben sind. Die VOF enthält keinen Teil B und regelt damit ausschließlich das Verfahren zur Vergabe freiberuflicher Leistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte bis zum Vertragsschluss.

II. Notwendige Abgrenzung von VOB, VOL und VOF

Eine Abgrenzung von VOB-, VOL- und VOF-Leistungen ist schon deswegen notwendig, weil die VOB einerseits (5,15 Millionen Euro) und die VOL und die VOF andererseits (206000 Euro) unterschiedliche EU-Schwellenwerte beinhalten. Demgegenüber gilt es nur beim VOB-Verfahren einen Eröffnungstermin mit einer Möglichkeit zur Beteiligung der Bieter und ihrer Bevollmächtigten, während im VOL-Verfahren ausdrücklich Bieter bei der Öffnung der Angebote nicht zuzulassen sind. Weiterhin weisen die VOB/A und die VOL/A einerseits und die VOF andererseits unterschiedliche Verfahrensarten auf. Während im VOB- und im VOL-Verfahren bei der Wahl der Vergabeart der Vorrang des Offenen Verfahrens gilt, ist das Regelverfahren bei der VOF das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung.

Auch kommen nach der VOB/A und der VOL/A zumindest dann, wenn die Parteien nichts anders explizit vereinbaren, unterschiedliche Gewährleistungsfristen zum Tragen. Während nach der VOB eine grundsätzliche Gewährleistungsfrist für Bauwerke von vier Jahren vorgegeben ist (§ 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B), gilt für die von der VOL erfassten Lieferleistungen grundsätzlich die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geregelte BGB-Gewährleistungsfrist von zwei Jahren. Als einzige Regelung enthält die VOB/A eine klare Definition der von ihr erfassten Leistungen, so dass eine Abgrenzung insbesondere zur VOL auch von dieser Definition ausgehen muss.

III. Von der VOB erfasste Leistungen

1. Der Bauleistungsbegriff des § 1 VOB/A

Die VOB gilt nach § 1 VOB/A nur für Bauleistungen. Bauleistungen sind hiernach Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Der Bauleistungsbegriff umfasst auch Arbeiten an einem Grundstück i. S. d. § 638 BGB. Bauleistungen sind unter anderem:

- Arbeiten zur Errichtungen einer baulichen Anlage,
- Arbeiten an einer bestehenden Anlage,
- Abbrucharbeiten,
- Garten- und Landschaftsarbeiten,
- Ausschachtungsarbeiten,
- Lieferung und Einbau maschineller oder elektrotechnischer Teile (zum Beispiel Aufzüge), wenn die Teile durch eine feste Verbindung Bestandteil der baulichen Anlage selbst werden.

2. Der erweiterte EU-Bauleistungs- und Baukonzessionsbegriff

§ 99 Abs. 3 GWB enthält für europaweite Vergaben eine allerdings im Vergleich zu Unterschwellenvergaben (§ 1 VOB/A) erweiterte Definition der Bauaufträge sowie der Baukonzessionen. Danach sind Bauaufträge Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Mit der letzten Alternative fallen unter den Bauleistungsbegriff auch Baukonzessionen. Hierbei handelt es sich um Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei dem die Gegenleistung des Auftragnehmers für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlagen, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht.

3. Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte

(1) Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf hat in drei grundlegenden Entscheidungen vom 13. Juni 2007 (Ahlhorn), vom 12. Dezember 2007 (Wuppertal-Vohwinkel) und vom 6. Februar 2008 (Oer-Erkenschwick) entschieden, dass kommunale Grundstücksveräußerungen, die mit bestimmten städtebaurechtlichen Vorgaben der Gemeinde verbunden sind bzw. gemäß den von der Gemeinde



genannten Erfordernissen gebaut werden sollen, der EU-weiten Ausschreibungspflicht unterliegen. Für die Annahme einer Vergaberechtspflicht ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf, das sich insoweit insbesondere auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Januar 2007 („Stadt Roanne“), vom 10. November 2005 („Stadt Mödling“), vom 18. November 2005 („Donau-Wald/Heizkraftwerk München“) sowie vom 12. Juli 2001 („Mailänder Skala“) beruft, weder das Eigentum des Auftraggebers an dem zu beschaffenden Bauwerk noch ein unmittelbarer (körperlicher) Beschaffungszweck des Auftraggebers und auch nicht eine unmittelbare Entgeltzahlung des Auftraggebers an den Investor notwendig. Ausreichend sei vielmehr, dass sich der Auftraggeber die „Verfügbarkeit“ des Bauwerks für (s)einen öffentlichen Zweck rechtlich sichert.

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung sind kommunale Grundstücksveräußerungen in Verbindung mit städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB, Vorhaben- und Erschließungspläne nach § 12 BauGB, Erschließungsverträge nach §§ 124 ff. BauGB, aber auch Sanierungs- und Entwicklungsverträge gemäß §§ 136 ff. BauGB bei Überschreiten des EU-Schwellenwerts von 5,15 Millionen Euro Gesamtauftragswert grundsätzlich von der europaweiten Ausschreibungspflicht erfasst. Dies ergibt sich nach Auffassung des OLG Düsseldorf insbesondere daraus, dass die 3. Alternative des § 99 Abs. 3 GWB („Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“) einen weit auszulegenden Auffangtatbestand beinhaltet. Dieser erfordere jedenfalls nicht, dass sich der Auftraggeber

(Kommune) das vergebene Projekt, wie etwa beim Bau eines Einkaufszentrums durch einen privaten Investor für dessen eigene Zwecke, unmittelbar körperlich beschafft.

Zwar haben einzelne Spruchkörper die Entscheidung des OLG Düsseldorf kritisiert. So hat zum Beispiel das OLG München in seiner Entscheidung vom 4. April 2008, der allerdings ein sehr spezieller Sachverhalt zugrunde lag, in einem „obiter dictum“ die Städteplanung als Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung als nicht vom Vergaberecht erfasst angesehen. Dennoch ist die generelle Rechtsprechung der Vergabekammern und insbesondere auch der Vergabesenate (Beispiel: OLG Bremen vom 13. März 2008 für Verpachtung von Windenergieflächen; OLG Brandenburg vom 15. Februar 2008 betreffend ein Einkaufszentrum und OLG Karlsruhe vom 13. Juni 2008 betreffend einen Verbrauchermarkt) der Entscheidungslinie des OLG Düsseldorf gefolgt.

(2) EU-Kommission: Keine Ausschreibungspflicht ohne Bauverpflichtung

Allerdings hat die EU-Kommission in einem Beanstandungsverfahren („Stadtwerke Flensburg“) am 5. Juni 2008 festgestellt, dass jedenfalls ohne eine bestehende Bauverpflichtung, die der Auftraggeber gegenüber dem Investor verbindlich vorgegeben habe, keine Ausschreibungspflicht begründet werden könne.

(3) EuGH-Vorlage durch das OLG Düsseldorf

Zwischenzeitlich hat das OLG Düsseldorf am 2. Oktober 2008 auf der Grundlage eines neuen Sachverhalts dem Europäischen Gerichtshof die nach wie vor strittige Frage der Ausschreibungspflicht kommunaler Immobiliengeschäfte vorgelegt. Hintergrund der erst jetzt erfolgten Vorlage an den EuGH ist insbesondere, dass die GWB-Novellierung durch eine Neufassung des § 99 Abs. 3 und Abs. 6 GWB eine Begrenzung des Vergaberechts bei Bauaufträgen und Baukonzessionen gesetzlich regeln will.

(4) Rat: Freiwillig auch weiterhin Vergaberecht anwenden

Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist den Kommunen aber auch nach Inkrafttreten der GWB-Novelle und der dort vorgesehenen Beschränkung der Ausschreibungspflicht dringend zu raten, auch weiterhin kommunale Grundstücksverkäufe etc., die mit städtebaurechtlichen Vorgaben der Gemeinden versehen sind, freiwillig bei Überschreiten des EU-



Foto: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft - Pressedienst

Schwellenwerts (Genaue Ermittlung: Verkaufserlöse des Investors, Miet- oder Pachteinnahmen / evtl. Zahlungen des Auftraggebers / Wohl nicht: Grundstückskaufpreis, da keine Zahlung an Investor) auszuschreiben. Bei einer Nichtausschreibung droht jedenfalls die Gefahr einer Nichtigkeit eines dennoch abgeschlossenen Vertrages mit einem Investor nach § 13 VgV (Nichtinformation anderer interessierter Bewerber / Bieter).

(5) Richtige Vergabeart: Verhandlungsverfahren oder Wettbewerblicher Dialog

Die grundsätzlich richtige Vergabeart dürfte wegen der Komplexität vieler Projekte bei kommunalen Immobiliengeschäften das Verhandlungsverfahren bzw. der Wettbewerbliche Dialog sein. Auf der Grundlage einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt sollten die Kommunen die jeweiligen Eignungs- und auch Zuschlagskriterien (Beispiel: Nutzungskonzept, Mindesthöhe des Kaufpreises, Schaffung von Arbeitsplätzen etc.) den Interessenten bekannt geben und auf dieser Grundlage die Ausschreibung durchführen.

(6) Ausschreibungsfreie Sachverhalte

Als ausschreibungsfrei können auf der Grundlage der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf künftig nur noch reine Grundstücksveräußerungen der Kommunen, etwa auf Basis eines bereits vorher bestehenden Bebauungsplans ohne Bauverpflichtung sowie die Errichtung sogenannter Einzelbauvorhaben ohne Verwirklichung einer wirtschaftlichen / städtebaulichen Funktion (Beispiel: Bau einer großen Krananlage im Rostocker Hafen ohne städtebauliche Funktion) angesehen werden. Auch muss die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Vergabebekanntmachung dann erfolgen können, wenn der Investor bereits Eigentümer der zu bebauenden und allein in Frage kommenden Grundstücke ist und insoweit ein Wettbewerb sinnlos wäre. Zur Gesamthematik wird auf die DStGB-Dokumentation Nr. 79 „Kommunale Immobiliengeschäfte und Ausschreibungspflicht“ verwiesen.

IV. Von der VOL erfasste Leistungen

In Abgrenzung zu den Bauaufträgen sind nach § 99 Abs. 2 GWB Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen. Diese Verträge über Lieferungen unterliegen grundsätzlich der VOL: Neben Warenlieferungen sind das zum Beispiel die für eine bauliche

Anlage gelieferten Kommunikations- und EDV-Anlagen, die von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Benutzbarkeit abgetrennt werden können und die einem selbständigen Nutzungszweck dienen. Daneben erfasst die VOL insbesondere auch gewerbliche Dienstleistungen sowie oberhalb der EU-Schwellenwerte vorab eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Dienstleistungen (s. § 1 VOL/A).

Unterhalb der EU-Schwellenwerte ist die VOL/A gem. § 1 nicht auf die Vergabe freiberuflicher Tätigkeiten anzuwenden. Hier gilt das Haushaltsrecht mit der Vorgabe zur Einhaltung des Wettbewerbs- und Sparsamkeitsprinzips. Allerdings muss bei der Vergabe freiberuflicher Architekten- und Ingenieurleistungen trotz eines auch unterhalb der EU-Schwellenwerte vorzunehmenden Leistungswettbewerbs stets der Preis- und Honorarrahmen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) eingehalten werden.

V. Von der VOF erfasste Leistungen

Auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und die sich auf einen Auftragswert oberhalb von 206000 Euro ohne Umsatzsteuer belaufen, oder die im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigen angeboten werden, findet grundsätzlich die VOF (Regelverfahren: Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung) Anwendung. Sofern die freiberufliche Leistung allerdings eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, gilt nach § 2 Abs. 2 Satz 2 VOF allein die VOL. Vergibt eine Kommune daher zum Beispiel das gesamte Leistungsbild Objektplanung für eine Gebäude (§ 15 Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI) an einen Architekten, liegt wegen des kreativen Schwerpunkts („Entwurfserstellung“ etc.) insgesamt eine nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung auch dann vor, wenn einige Leistungsphasen (Beispiel: Mitwirkung bei der Vergabe, Objektüberwachung und Dokumentation) beschreibbar sind. Würden aber diese beschreibbaren Leistungen (Beispiel: Mitwirkung bei der Vergabe) oberhalb der EU-Schwellenwerte separat vergeben, ist die VOL/A mit der vorrangigen Vergabeart des Offenen Verfahrens anzuwenden.

Unterhalb des genannten Schwellenwerts von 206000 Euro gilt die VOF für freiberufliche Leistungen nicht. Hier bleibt es für die Kommunen bei der Geltung des allgemeinen Haushaltsrechts. Danach erfolgt die Vergabe einer Architekten- und Ingenieurleistung wegen deren kreativer Natur in der Regel freihändig im Leistungswettbewerb. Ein Preiswettbewerb verbietet sich

jedenfalls schon wegen der zwingend erforderlichen HOAI-Einhaltung. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Kommunen freiwillig mit dem Ziel der Verbesserung der Baukultur seit dem 1. Januar 2009 die Richtlinien für Planungswettbewerbe (RPW 2008) anwenden können.

VI. Gemischte Leistungen: Anwendung der Schwerpunkttheorie

Werden Aufträge vergeben, die Leistungen zum Beispiel sowohl aus dem VOB/A-Bereich als auch aus dem VOL/A-Bereich umfassen, etwa bei Betreibermodellen zum Bau und Betrieb einer Abwasseranlage, muss schon wegen der unterschiedlichen EU-Schwellenwerte (VOB: 5,15 Millionen Euro; VOL: 206 000 Euro) bestimmt werden, welche vergaberechtlichen Bestimmungen anwendbar sind. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich nach der sog. Schwerpunkttheorie (s. auch §§ 99 Abs. 7 und Abs. 8 GWB): Um zu bestimmen, ob im konkreten Fall, etwa bei einem Betreibermodell bzw. der Vergabe des Baus und des Betriebs einer Rennstrecke, der Bau- oder der Dienstleistungs(konzessions-)teil überwiegt (Für Dienstleistungskonzession bei Bau und Betreuung einer Rennstrecke: OLG Brandenburg vom 30. Mai 2008) muss als maßgebliche Indizien auf

- den jeweiligen Wert der Auftragsteile, aber auch
- die Bedeutung des jeweiligen (Beschaffungs-) Gegenstandes für das Gesamtprojekt und
- den jeweiligen Arbeitsaufwand abgestellt werden.

Je nach Gewichtung kann danach entweder die VOB/A oder aber auch die VOL/A zur Anwendung kommen. Insbesondere aus Gründen der mittelstandsfreundlichen Vergabe ist jedoch bei Vergaben, die sowohl aus dem VOB- wie auch aus dem VOL-Bereich stammen, zu prüfen, ob nicht zum Beispiel eine Aufteilung der Arbeiten dergestalt in Frage kommt, dass die VOB/A bezogen auf den Bauteil und die VOL/A, bezogen auf den Betrieb der Anlage zur Anwendung kommt.

VII. Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts

1. Auftraggeber bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte

Neben den Kommunen erstreckt sich die Pflicht zur Anwendung von VOB und VOL grundsätzlich auch auf die kommunalen Eigenbetriebe einer Gemeinde, da diese unselbständige Einheiten und rechtliche Bestandteile der Kommunen sind.

Für juristische Personen des Privatrechts (wie zum Beispiel für die als Stadtwerke geführten GmbH's) und für Aktiengesellschaften, deren Gesellschaftsanteile zu 100 Prozent oder mehrheitlich im Eigentum der Kommune sind (kommunale Unternehmen) gilt das Vergaberecht bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte aber grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme besteht, wenn über finanzielle Zuwendungen zum Beispiel des Landes den (privatisierten) kommunalen Unternehmen bei ihren Beschaffungen eine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts vorgegeben wird. Unabhängig davon ist es den Kommunen unbenommen, in den Gesellschaftsverträgen oder in den Satzungen festzuschreiben, dass die privatisierte Gesellschaft das Vergaberecht anzuwenden hat. Häufig ist es aber Ziel einer Privatisierung, das formalisierte Vergaberecht für die privatisierte Einrichtung gerade nicht zur Anwendung zu bringen.

2. Auftraggeber bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte

Bei Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte gilt nicht der institutionelle, sondern der funktionale Auftraggeberbegriff (vgl. § 98 GWB). Entscheidend ist hiernach allein, ob ein auf dem Markt auftretender und durch die Kommune privatisierter Auftraggeber gem. den Vorgaben des § 98 Abs. 1 - 6 GWB öffentliche Funktionen wahrnimmt.

Dem Vergaberecht unterworfen sind danach zum einen

- die klassischen Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Kommunen) und deren Sondervermögen (zum Beispiel Kommunale Eigenbetriebe), vgl. § 98 Nr. 1 GWB
- gemäß § 98 Nr. 3 GWB auch Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften, also etwa Wasserversorgungs-, Abwasser-, Müllbeseitigungs- oder Planungsverbände.

Zum anderen werden von § 98 Nr. 2 GWB insbesondere auch solche juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts als Auftraggeber vom Vergaberecht erfasst,

- die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen
- wenn Gebietskörperschaften sie überwiegend (mehr als 50 Prozent) finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht, etwa über die Mehrheit im Aufsichtsrat, ausüben.

VIII. Berechnung der EU-Schwellenwerte

Die EU-Schwellenwerte werden nach dem geschätzten Gesamtauftragswert der Leistung ohne Umsatzsteuer berechnet, § 1 VgV. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung der Kommune ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Einleitung des ersten Vergabeverfahrens schrittweise, also der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung der beabsichtigten Auftragsvergabe oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens.

1. Schwellenwertberechnung bei Bauvergaben

Werden Bauaufträge, zum Beispiel für ein kommunales Verwaltungsgebäude, in Losen vergeben und beträgt die Addition der Lose über 5,15 Millionen Euro, ist eine europaweite Vergabe durchzuführen,

- bei jedem Los mit einem geschätzten Auftragswert von einer Millionen Euro und mehr (i. d. R.: Rohbau)
- unabhängig davon für alle Bauaufträge, bis mindestens 80 Prozent des geschätzten Gesamtauftragswerts aller Bauaufträge für die bauliche Anlage erreicht sind.

Welche Lose (Gewerke) die Kommune unter den nicht EU-relevanten 20 Prozent-Wert fasst, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen. Sinnvoll ist es jedoch, möglichst viele Kleinlose hierunter zu fassen, um diese nicht europaweit ausschreiben zu müssen. Wird – ausnahmsweise – i. V. m. der baulichen Anlage gemeinsam auch die Planung (Vergabe von Planung und Ausführung eines Bauvorhabens) vergeben, müssen die erforderlichen Planungskosten mit zum Gesamtauftragswert der baulichen Anlage hinzugerechnet werden.

2. Schwellenwertberechnung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen

Bei Aufträgen im Liefer- und Dienstleistungsbereich ist für die EU-Schwellenwertermittlung grundsätzlich der tatsächliche Gesamtwert des Auftrages, der sich aus der Berechnung der Vertragslaufzeit ergibt, maßgeblich. Soweit kein Gesamtpreis angegeben ist, ist bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu 48 Monaten Laufzeit der geschätzte Gesamtwert der Vertragslaufzeit für die Schwellenwertberechnung zugrunde zu legen. Bei unbefristeten Verträgen oder bei nicht absehbarer Vertragsdauer berechnet sich der Vertragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 (§ 3 Abs. 3 VgV).

Ist von vornherein in der Ausschreibung bestimmt, dass eine Verlängerung des zu vergebenden Auftrags bzw. eine Ausübung von Optionsrechten möglich ist, so ist bei der Schätzung des Schwellenwertes auf den voraussichtlichen Vertragswert aufgrund des größtmöglichen Auftragswertes unter Einbeziehung der Optionsrechte abzustellen (§ 3 abs. 6 VgV). Ergibt sich dann insgesamt eine Überschreitung der EU-Schwellenwerte, hat von vornherein eine europaweite Bekanntmachung stattzufinden, auch wenn der zunächst ausgeschriebene Vertrag volumenmäßig unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt.

IX. Keine Ausschreibungspflicht bei In-House-Vergaben

1. Vergaberechtsfreiheit bei In-House-Geschäften

Bei der „Beauftragung“ von Eigenbetrieben sowie auch von privatisierten Eigengesellschaften der Kommunen (Beispiel: Kommunale Abfallentsorgungs GmbH), die von diesen zu 100 Prozent beherrscht sind, findet das Vergaberecht grundsätzlich keine Anwendung. Eigenbetriebe sind im Verhältnis zu den Kommunen als deren rechtlicher Bestandteil keine eigenständige Rechtssubjekte und damit keine Dritte im vergaberechtlichen Sinne. Folge ist, dass schon materiell-rechtlich grundsätzlich kein für die Anwendung des Vergaberechts erforderlicher öffentlicher Auftrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB vorliegt.

Seit der „Teckal“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil des EuGH vom 18. November 1999, C-107/98) ist von einem vergaberechtsfreien „In-House-Geschäft“ auch bei – rechtlich eigenständigen – Eigengesellschaften einer Kommune unter den Voraussetzungen auszugehen,

- dass die Gebietskörperschaft (Kommune) über die fragliche juristische Person eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und
- zusätzlich diese Person (Beispiel: Kommunale Abfallentsorgungs-GmbH) ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichtet, die ihre Anteile innehat.



2. Vergaberechtspflicht bei privater Minderheitsbeteiligung

(1) Hintergrund

In einem Grundsatzurteil vom 11. Januar 2005 hat der EuGH (EuGH-Urteil vom 11. Januar 2005 – Rs. C-26/03) entschieden, dass Kommunen das Vergaberecht auch dann anwenden müssen, wenn sie Aufträge an die von ihnen beherrschten Unternehmen mit privater Beteiligung vergeben.

Das Urteil des EuGH betraf eine ohne Ausschreibung durch die Stadt Halle/Saale im Abfallentsorgungsbereich vorgenommene Vergabe. Diese Direktvergabe der Stadt Halle erfolgte an eine Gesellschaft, an der diese mittelbar über die Stadtwerke mit Mehrheit (75,1 Prozent) und eine private Gesellschaft mit 24,9 Prozent beteiligt waren.

(2) Ausschreibungspflicht bei privater Minderheitsbeteiligung

Nach der Entscheidung des EuGH schließt die auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall aus, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Insofern beruhe die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen – anders als die im öffentlichen Interesse liegenden Ziele zwischen öffentlichen Auftraggebern und ihren Dienststellen – auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen (Rdn. 50 der Entscheidung).

Der EuGH betont weiter, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessen beeinträchtigen würde. Insbesondere würde ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen. Dieser Vorteil wäre gerade angesichts der eng auszulegenden Ausnahmen eines Abweichens vom unverfälschten Wettbewerb nicht zu rechtfertigen

(3) Klarstellung

Klargestellt ist damit, dass selbst bei einer privaten Minderheitsbeteiligung von wenigen Prozent und einer gesellschaftsrechtlich ausgeübten Kontrolle der Kommune über die gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft

der öffentliche Auftraggeber immer verpflichtet ist, bei der Gründung und Beauftragung einer derartigen Gesellschaft das Vergaberecht anzuwenden. Als Regelverfahren dürfte wegen der Komplexität der Gesellschaftsbeteiligung regelmäßig das Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung anzuwenden sein. Eine Vergaberechtsfreiheit kommt danach im Rahmen einer In-House-Konstellation nur in Frage, wenn die Kommune sämtliche, also 100 Prozent der Anteile an der von ihr beauftragten privaten Einrichtung innehat. Selbst wenn aber eine derartige Beherrschung vorliegt, der vom Auftraggeber „beherrschte“ Auftragnehmer aber nicht als GmbH, sondern als Aktiengesellschaft mit einer weitreichenden Selbständigkeit des Vorstands geführt wird, so folgt in diesem Fall mangels umfassender Kontrolle nicht ohne Weiteres die Befreiung aus dem Vergaberecht. Unabhängig von der Kontrolle muss diese vom Auftraggeber beherrschte Einrichtung gleichzeitig ihre Tätigkeit nahezu ausschließlich (Indiz: Umsatz zu über 90 Prozent) für die beherrschende Kommune ausüben. Dies bedeutet konkret, dass dieses (kommunale) Unternehmen gerade keine maßgeblicheren Fremdgeschäfte außerhalb der Gemeinde machen darf, will die Kommune nicht das In-House-Privileg verlieren.

X. Vergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit

1. Generelle Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen EU-rechtswidrig

In einem weiteren Urteil vom 13. Januar 2005 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH, Rs. C-84/03) die Geltung des Vergaberechts umrissen. Die Richter werteten es als Verstoß gegen die EG-Vergaberichtlinien, dass Spanien in einem Gesetz über öffentliche Aufträge „Kooperationsvereinbarungen, die Gebietskörperschaften untereinander schließen“ generell vom Vergaberecht ausgenommen hat, obwohl diese Vereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften öffentliche Aufträge im Sinne der EU-Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinien sein könnten.

Nach den Definitionen in der EU-Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinie genügt es für die Anwendung des Vergaberechts sowohl im Liefer- als auch im Baubereich grundsätzlich, dass ein Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person geschlossen wurde. Etwas anderes kann nach dem EuGH nur dann gelten, wenn die Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle

wie über ihre eigenen Dienststellen ausübt und diese Person zugleich im Wesentlichen für die sie kontrollierende Gebietskörperschaft oder Gebietskörperschaften tätig ist (Urteil „Teckal“, Rdn. 50).

2. Bestätigung durch die nationale Rechtsprechung

Nach dieser Entscheidung des EuGH ist es ausgeschlossen, dass zum Beispiel Kommunen ihre gegenseitigen Beziehungen und Kooperationen generell vergaberechtsfrei stellen. Für Spezialfälle der vertraglichen (nicht institutionalisierten) Übertragung der Abfallentsorgung von einer Kommune auf eine andere Kommune (Vertragliche Aufgabenwahrnehmung in fremdem Namen = Mandatierung) hatten sich bisher schon die Oberlandesgerichte Düsseldorf (OLG Düsseldorf vom 5. Mai 2004, VergabeR 2004, 619 ff.) sowie das OLG Frankfurt/Main (OLG Frankfurt/Main vom 7. September 2004, VergabeR 2005, 80 ff.) für eine Vergaberechtspflicht ausgesprochen. Beide Gerichte kamen zu dem Schluss, dass nach den europarechtlichen Vergabevorschriften auch in diesen Fällen eine Ausschreibung erforderlich sei.

Danach ist eine Vergaberechtsfreiheit bei öffentlich-rechtlichen (Zweck-)Vereinbarungen (Beispiel: Vertragliche Vereinbarung zwischen Nachbarkommunen zur Übernahme der Abfallentsorgung durch eine der Kommunen für die andere Kommune) nur dann gegeben, wenn die abgebende Kommune vertraglich ihre Aufgaben komplett, das heißt, mit dem Übergang aller Rechte und Pflichten auf die übernehmende Kommune (so genannte Delegation) überträgt. Eine derartige delegierende Vereinbarung dürfte jedoch bei vertraglichen Kooperationen zwischen zwei Kommunen kaum vorkommen, da sich in der Regel die abgebende Kommune nach wie vor bestimmte Rechte (Beispiel: Gebührenhoheit etc.) vorbehalten will.

3. Vergaberechtsfreiheit institutioneller Zusammenschlüsse

Demgegenüber nehmen nationale Vergabesenaten sowie auch der EuGH bei sogenannten institutionellen Zusammenschlüssen öffentlicher Körperschaften eine Vergaberechtsfreiheit an. So hat das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 21. Juni 2006 festgestellt, dass der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem gemeinsamen Zweckverband, der die Aufgaben der Abfallentsorgung in der Region Aachen / Düren für die Gemeinden übernommen hat, als In-House-Geschäft vergaberechtsfrei ist. Auch die EU-Kommission hat am 21. März 2007 in dieser Übertragung kommunaler Aufgaben auf einen gemeinsam von den Städten und Gemeinden getragenen Zweckverband eine vergaberechtsfreie Delegation gesehen.

Weitergehend hat der EuGH in einer Entscheidung vom 13. November 2008 („Coditel“) eine Vergaberechts- bzw. Wettbewerbsfreiheit (im entschiedenen Fall ging es um eine Dienstleistungskonzession zur Betreuung eines Kabelnetzes) bei einem kommunalen Beitritt zu einer bestehenden kommunalen Gesellschaft angenommen. In dieser Entscheidung hat der EuGH festgestellt, dass dann, wenn eine öffentliche Stelle einer interkommunalen Genossenschaft, deren Mitglieder sämtlich öffentliche Stellen sind, beitrifft, die Kontrolle über diese Genossenschaft von den angeschlossenen Stellen auch gemeinsam, ggf. auch mit Mehrheitsbeschluss, ausgeübt werden kann. Diese Rechtsprechung bedeutet eine Fortentwicklung der bisherigen EuGH-Linie, da damit sowohl im Nachhinein erfolgte Beitritte von Kommunen zu bestehenden (interkommunalen) Gesellschaften als auch eine gemeinsam ausgeübte Beherrschung (Kontrolle) als vergaberechtsfrei angesehen wird.

Zugleich macht die Entscheidung des EuGH klar, dass die Grundsätze der Vergaberechtsfreiheit sinngemäß auch auf (vergaberechtsfreie) Dienstleistungskonzessionen mit der Maßgabe anzuwenden sind, dass beim Vorliegen eines In-House-Geschäfts auch für Dienstleistungskonzessionen nicht mehr die ansonsten anwendbaren EU-Primärrechtspflichten (Transparenz / Wettbewerb) gelten (s. insoweit bereits EuGH vom 13. Oktober 2005 „Parking Brixen“).

C. Das Verfahren zur Vergabe kommunaler Aufträge

I. Grundleitlinien des Vergabeverfahrens

1. Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung

Die drei wichtigsten Grundsätze im Vergabeverfahren sind sowohl oberhalb der EU-Schwellenwerte (VOB/A: 5,15 Millionen Euro; VOL/A und VOF: 206000 Euro, jeweils ohne Umsatzsteuer) als auch bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte das Wettbewerbsprinzip, das Transparenzgebot und das Gleichbehandlungsgebot (vgl. § 97 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB sowie auch § 2 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A). Diese Prinzipien haben schwerpunktmäßig folgende Bedeutung:

- (1) **Wettbewerbsgebot:** Dieser Grundsatz beinhaltet insbesondere den freien und chancengleichen Zugang aller interessierten Unternehmen zur ausgeschriebenen Leistung, den Vorrang des Offenen Verfahrens sowie die Wahrung des Geheimhaltungsgrundsatzes und die Vermeidung wettbewerbsbeschränkender Handlungen;
- (2) **Transparenzgebot:** Dieses Gebot umfasst die Beachtung der entsprechenden Bekanntmachungsvorschriften, die eindeutige Abfassung der Vergabeunterlagen sowie die Transparenz aller Vergabeentscheidungen und schließlich die ordnungsgemäße Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens;
- (3) **Gleichbehandlungsgebot:** Diese Maxime beinhaltet die Vorgabe, die Bieter und Bewerber im gesamten Vergabeverfahren gleich zu behandeln und Benachteiligungen zu unterlassen. Das bedeutet zum Beispiel, dass Kommunen ortsansässige Unternehmen bei der Auftragsvergabe nicht bevorzugen dürfen und Bietergemeinschaften grundsätzlich Einzelbieter gleichzusetzen sind (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A). Auch müssen nach dem Gleichbehandlungsgebot alle Bieter insbesondere hinsichtlich zusätzlich vom Auftraggeber mitgeteilter Informationen auf dem gleichen Kenntnisstand gehalten werden, so dass es keine wettbewerbsverzerrenden Informationsvorsprünge einzelner Bieter geben darf.

2. Mittelstandsförderung: Grundsatz der losweisen Vergabe

Das GWB (vgl. § 97 Abs. 3 GWB) enthält – durch die Neufassung 2009 nochmals verstärkt – ebenso wie die neue VOB/A 2009 und die VOL/A aus mittelstands- und wettbewerbspolitischen Gründen das Gebot der Losvergabe (vgl. § 5 Abs. 2 VOB/A). Durch die rechtliche Vorgabe einer gewerke- und losweisen Vergabe von Leistungen haben kleine und mittlere Unternehmen mit regionalem Bezug, also insbesondere das örtliche Handwerk, eine größere Chance, bei der Auftragsvergabe den Zuschlag zu erhalten. Wird demgegenüber ein großer Auftrag einheitlich an einen Generalunternehmer vergeben, kommen meist nur Großunternehmen bei der Auftragserteilung zum Zuge. Durch die losweise Vergabe können über kleinere und mittlere Einzelunternehmen hinaus insbesondere auch Bietergemeinschaften mittelständischer Unternehmen gefördert werden. Auf die Möglichkeit der Bildung solcher Bietergemeinschaften sollte die Kommune kleine und mittlere Betriebe bereits in der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe hinweisen.

Auf eine losweise Vergabe darf zugunsten einer Generalunternehmervergabe grundsätzlich nur ganz ausnahmsweise und zwar aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen verzichtet werden (vgl. § 97 Abs. 3 S. 2 GWB und § 5 Abs. 2 S. VOB/A). Das Abweichen von der mittelstandsfreundlichen Losvergabe ist wegen seines Ausnahmecharakters in dem von der Vergabestelle zu erstellenden Vergabevermerk stets zu begründen.

II. Vorbereitung des Vergabeverfahrens

1. Ausschreibungsreife

Eine Kommune darf erst dann eine Leistung ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann, so genannte „Ausschreibungsreife“ (vgl. § 2 Abs. 5 VOB/A). Ein Verstoß gegen diese Vorschrift kann gegebenenfalls Schadensersatzansprüche von Bietergemeinschaften wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen auslösen. Konkret beinhaltet die Ausschreibungsreife als Grundvoraussetzung der Vergabe, dass eine Kommune zur Angebotsabgabe

erst dann auffordern darf, wenn die erforderlichen Genehmigungen erteilt sind, die notwendigen Finanzmittel bereitstehen und/oder eine Verpflichtungsermächtigung erteilt ist. Eine vorzeitige Ausschreibung ist allenfalls dann zuzulassen, wenn bei Beginn der Ausschreibung die Finanzierung zwar noch nicht vollständig sichergestellt ist, die Kommune aber aufgrund von konkreten Zusicherungen davon ausgehen darf, dass dies bis zum Leistungsbeginn bzw. der ersten erforderlichen Abschlagszahlung geschieht. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass die Bieter vom Auftraggeber eindeutig und unmissverständlich auf das Finanzierungsrisiko hingewiesen worden sind. Bleibt die Finanzierung aber im Ergebnis aus, muss der Auftraggeber den Bietern den hieraus ggf. entstandenen Schaden ersetzen.



Nach § 2 Abs. 4 VOB/A sind Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke (zum Beispiel Ertragsberechnungen, Vergleichsanschläge, Markterkundungen) grundsätzlich unzulässig. Eine Kommune darf also nicht im Wege einer Ausschreibung erkunden, ob ihr eigener Bauhof im Vergleich zu externen Anbietern noch wirtschaftlich arbeitet. Das Vergabeverfahren ist vielmehr stets darauf ausgerichtet, dass ein externer Bieter auch tatsächlich einen Auftrag erhält. Eine Ausnahme kann grundsätzlich auch dann nicht gemacht werden, wenn die Bieter im Rahmen der Ausschreibung eindeutig und unmissverständlich auf die fehlende konkrete Vergabeabsicht des Auftraggebers hingewiesen werden. In diesem Fall steht den Bietern jedenfalls gem. § 632 Abs. 1 BGB ein Vergütungsanspruch wegen der durch die Ausarbeitung und die Abgabe des Angebots entstandenen Kosten zu. Auch kommen zugunsten der Bieter darüber hinaus Schadensersatzansprüche in Betracht.

2. Zusammenstellung der Vergabeunterlagen

Die Vorbereitung des Vergabeverfahrens durch die Kommune beginnt sodann mit der entsprechenden Bedarfsanforderung durch die jeweiligen Fachbereiche.

Dabei ist entscheidend die Zusammenstellung der Vergabeunterlagen. Diese bestehen aus dem Anschreiben (der Aufforderung zur Angebotsabgabe), ggf. zuzüglich den Bewerbungsbedingungen und den Vertragsunterlagen. Diese bestehen insbesondere aus der Leistungsbeschreibung und den einzelnen Vertragsbedingungen (vgl. § 8 Abs. 1 VOB/A).

3. Beachtung des Vorrangs der Öffentlichen Ausschreibung

Die Wahl der konkreten und richtigen Vergabeart muss die Kommune bereits in der Vergabebekanntmachung (s. § 12 Abs. 1 Nr. 2b VOB/A) angeben. In der VOB/A und der VOL/A werden i. S. einer Wettbewerbshierarchie jeweils drei bzw. bei Oberschwellenvergaben vier Vergabearten (vgl. §§ 3, 3a VOB/A) unterschieden, die bezogen auf die klassischen Vergabearten in einem Stufenverhältnis zueinander stehen:

- Öffentliche Ausschreibung / EU: Offenes Verfahren
- Beschränkte Ausschreibung / EU: Nichtoffenes Verfahren
- Freihändige Vergabe / EU: Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige Vergabebekanntmachung
- Wettbewerblicher Dialog.

Die Öffentliche Ausschreibung hat nach der VOB/A und der VOL/A als Regelverfahren grundsätzlich Vorrang. Eine Öffentliche Ausschreibung muss stattfinden, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Bei einer Öffentlichen Ausschreibung einer Kommune werden Leistungen nach einer öffentlichen Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben. Bei Beschränkten Ausschreibungen werden Leistungen nach Aufforderung einer von vornherein beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben, ggf. nach Aufforderung, Teilnahmeanträge zu stellen (Beschränkte Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb). Bei Freihändiger Vergabe werden Leistungen ohne ein förmliches Verfahren, das heißt, auch mit möglichen (Preis-) Nachverhandlungen vergeben (vgl. § 3 Abs. 1 VOB/A).

- Beschränkte Vergaben

Eine Beschränkte Ausschreibung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Leistungen nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann, besonders, wenn außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder

Zuverlässigkeit erforderlich sind oder wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert (vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 1 und 2 VOB/A).

Auch eine Dringlichkeit der Auftragsvergabe kann ausnahmsweise eine Beschränkte Ausschreibung rechtfertigen. Allerdings darf die Dringlichkeit nicht von der Kommune selbst verantwortet werden, etwa weil sie mit dem Einbau einer Heizung in ein Schulgebäude so lange wartet, bis die Frostperiode eintritt.

- Freihändige Vergaben

Eine Freihändige Vergabe ist zulässig, wenn die Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist. Hiervon wird zum Beispiel nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 bis 6 der neuen VOB/A dann ausgegangen, wenn

- für die Leistung aus besonderen Gründen (zum Beispiel Patentschutz, besondere Erfahrung oder Geräte) nur ein bestimmtes Unternehmen in Betracht kommt
- die Leistung besonders dringlich ist
- die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können (Beispiel: Komplexere Reparatur)
- nach Aufhebung einer Öffentlichen Ausschreibung oder Beschränkten Ausschreibung eine erneute Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis verspricht
- es aus Gründen der Geheimhaltung erforderlich ist
- sich eine kleine Leistung von einer vergebenen größeren Leistung nicht ohne Nachteil trennen lässt.

Darüber hinaus kann nach § 3 Abs. 5 S. 2 VOB/A eine Freihändige Vergabe außerdem bis zu einem Auftragswert von 10000 Euro ohne Umsatzsteuer erfolgen.

- Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben

Nach § 3 Abs. 3 der neuen VOB/A können Beschränkte Vergaben bis zu folgendem Auftragswert der Bauleistung ohne Umsatzsteuer erfolgen:

- 50000 Euro für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung
- 150000 Euro für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau
- 100 000 für alle übrigen Gewerke.

Eine Freihändige Vergabe ist nach § 3 Abs. 5 Nr. 6 S. 2 der neuen VOB/A außerdem bis zu einem Auftragswert von 10000 Euro ohne Umsatzsteuer möglich. Jedoch haben einige Landesregierungen (Beispiel: Bayern und Nordrhein-Westfalen) durch Sonderregelungen den Städten, Gemeinden und Kreisen schon in der Vergangenheit weit höhere Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben ermöglicht.

Auch auf der Grundlage des Konjunkturpakets II sind zunächst für Bundesvergaben wegen der Wirtschafts- und Finanzkrise auf zwei Jahre befristet die Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben (jeweils ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb) mit folgender – sehr viel größerer – Höhe eingeführt worden:

Für Bauleistungen:

- Beschränkte Ausschreibung: eine Million Euro
- Freihändige Vergaben: 100000 Euro

Für Dienst- und Lieferleistungen:

- Freihändige Vergaben und Beschränkte Ausschreibung bis 100000 Euro

Die Länder haben im Zuge des Konjunkturpakets II auf der Grundlage gesonderter Regelungen auch den Kommunen die Möglichkeit zur „erleichterten Vergabe“ durch die Ausschöpfung der höheren Wertgrenzen gegeben.

- Verhandlungsverfahren

Bei der nur oberhalb der EU-Schwellenwerte anwendbaren VOF ist das sogenannte „Verhandlungsverfahren“ mit vorheriger Vergabebekanntmachung, bei dem der Auftraggeber ausgewählte Personen anspricht, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln, das Regelverfahren (vgl. § 5 VOF). Dieses Verfahren, das auch im Ausnahmefall bei VOB und VOL-Vergaben zur Anwendung kommen kann, gibt dem Auftraggeber einen weiten Spielraum. Jedoch gelten auch für das Verhandlungsverfahren die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Bieter (vgl. § 97 Abs. 1 und 2 GWB). Diese Grundsätze beinhalten insbesondere, dass die Struktur, die konkreten Inhalte und die Zeiträume der jeweiligen Verhandlungen einer Kommune mit den ausgewählten Bietern allen Unternehmen vorab bekannt gegeben werden müssen. Auch darf eine Kommune zum Beispiel ergänzende Informationen nicht nur an einen Bieter mitteilen, sondern es muss eine Gleichbehandlung aller Bieter erfolgen.

- Ausschreibung bei wesentlicher Änderung bestehender Verträge

Auch nach einem einmal erteilten Zuschlag muss ein Auftraggeber – etwa bei einem mehrjährigen Dienstleistungsvertrag mit Optionsrechten zur Verlängerung – eine Leistung dann neu auszuschreiben, wenn es im Nachhinein zu wesentlichen Änderungen des bestehenden Vertrages gekommen ist. Merkmale und Indizien für eine wesentliche Änderung sind nach dem Europäischen Gerichtshof (EuGH, VergabeR 2008, 758 ff.) insbesondere immer dann gegeben, wenn

- die Änderung des Vertrages einen anderen Bieterkreis erwarten lässt
- eine Leistungserweiterung in größerem Umfang stattgefunden hat und dies insbesondere Auswirkungen auf die Leistungsbeschreibung und / oder den Preis hat oder
- das wirtschaftliche Vertragsgleichgewicht durch die Änderung zugunsten des bisherigen Vertragspartners beeinflusst wird.

- Wettbewerblicher Dialog

Bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte kann der Auftraggeber für besondere Sachverhalte den Wettbewerblichen Dialog als spezielle Verfahrensart anwenden. Ein Wettbewerblichen Dialog ist nach § 101 Abs. 5 GWB ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge (Beispiel: ÖPP-Vergaben, Infrastrukturprojekte, Computernetzwerke) durch staatliche (öffentliche) Auftraggeber. Das Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs kommt grundsätzlich nur dann in Frage, wenn Auftraggeber objektiv nicht in der Lage sind

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

Ist dies der Fall, können die Auftraggeber bei komplexen Aufträgen ihre Bedürfnisse und Anforderungen in einer europaweiten Bekanntmachung bzw. Leistungsbeschreibung erläutern und hierin auch eine Höchstzahl von Unternehmen bestimmen, die zur Teilnahme am Dialog aufgefordert werden (nicht unter drei).

Mit den im Anschluss an die Bekanntmachung ausgewählten Unternehmen führen die Auftraggeber den Dialog zur Ermittlung der bestmöglichen Leistungserbringung (Beispiel: Flussquerung entweder durch einen Tunnel oder eine Brücke) durch. Bei dem durchzuführenden Dialog mit den verschiedenen Unternehmen gilt grundsätzlich das Geheimhaltungs- und Gleichbehandlungsgebot.

Ist der Dialog bzw. sind die verschiedenen Dialogphasen auf der Grundlage der konkretisierten Zuschlagskriterien des Auftraggebers abgeschlossen und ist für den Auftraggeber eine Lösung gefunden worden, die seinen Bedürfnissen entspricht, fordern die Auftraggeber die Unternehmen auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher konkretisierten Lösungen auf, ihr endgültiges Angebot vorzulegen. In dieser Phase sind im Gegensatz zur Dialogphase („Verhandlungsphase“) nur noch Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen zu den eingereichten Angeboten möglich. Auf der Grundlage der in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien wählen die Auftraggeber sodann das wirtschaftlichste Angebot aus. Haben die Auftraggeber von den am Wettbewerblichen Dialog teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen oder Berechnungen oder andere Unterlagen verlangt, müssen sie einheitlich für alle Unternehmen, die diese geforderten Unterlagen rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kostenerstattung gewähren.

- Rahmenvereinbarungen

Eine besondere Form im Vergaberecht bilden die Rahmenvereinbarungen, bei denen auf der Grundlage eines zweistufigen Verfahrens zumindest auf einer Stufe ein Wettbewerb stattzufinden hat. Unter Rahmenvereinbarungen fallen Aufträge, die Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis. Dabei ist das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden.

Rahmenvereinbarungen, die im Vergleich zu „normalen Vergabeformen“ insbesondere durch den häufig auf der zweiten Stufe ohne erneuten Wettbewerb möglichen schnellen Einzelabruf der Produkte und Leistungen eine größere Flexibilität beinhalten, finden sich im kommunalen Bereich insbesondere bei der Vergabe zeitlich dauerhafter Lieferleistungen (Beispiel: Bürobedarf, Streusalz etc.), aber auch bei Dienstleistungen oder Wartungsarbeiten im Baubereich. Je nach dem, ob eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen geschlossen wird (Rahmenvertrag) oder mit mehreren Unternehmen, sind die Konkretisierungen und Festlegungen innerhalb des zweistufigen Systems der Rahmenvereinbarung unterschiedlich geregelt. Wesentlich ist, dass die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung

grundsätzlich vier Jahre nicht überschreiten darf, es sei denn der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände rechtfertigen eine Ausnahme (s. im Einzelnen § 4 VOL/A-Entwurf vom 26. Januar 2009).

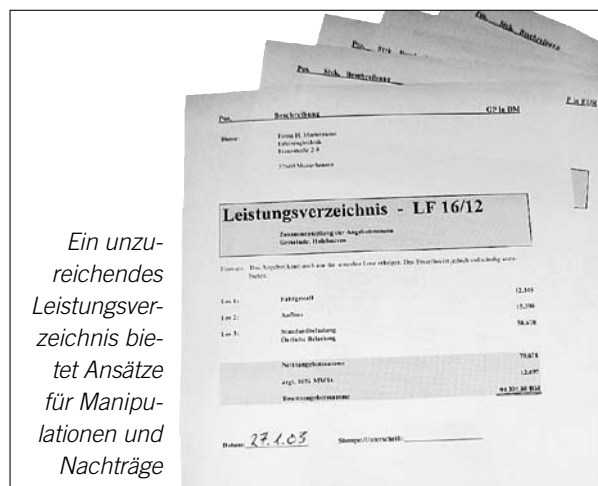
4. Leistungsbeschreibung

- Kernpunkt der Vergabe

Kernpunkt des Vergabeverfahrens ist eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung (s. § 7 VOB/A) durch die Vergabestelle. Diese legt den späteren Vertragsinhalt fest und ist die Grundlage für die Bemessung der Vergütung. Auch die spätere Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung. Eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung, die bei Bauvergaben unter Berücksichtigung der Hinweise in der VOB/C (DIN 18299 ff.) erfolgt, erfordert eine hinreichende Eindeutigkeit und Klarheit, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Den Bietern und Bewerbern darf insbesondere durch die Art der Leistungsbeschreibung kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die sie keinen Einfluss haben (Beispiel: Haftung für Zufall oder höhere Gewalt, überlange Ausdehnung der Verjährungsfristen, Verpflichtung zur Verwendung nicht erprobter Materialien) und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen sie nicht im Voraus schätzen können (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Im Einzelnen sind bei der Leistungsbeschreibung folgende Punkte hervorzuheben:

- Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

Eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung ist Grundlage für eine sachgerechte Angebotsabgabe durch die Bieter. Am Beispiel einer



kommunalen Vergabe von Entsorgungsleistungen kann daher eine eindeutige Leistungsbeschreibung insbesondere folgende Angaben umfassen:

- Konkrete Beschreibung der zu erbringenden Leistung (Einsammeln, Transport, Sortieren etc.)
- Zu entsorgende Abfallfraktur (Restmüll, Bioabfall, Sperrmüll, PPK etc.)
- Entsorgungssystem (Klassische Entsorgung, Ident-systeme etc.)
- Leistungszeitraum, ggf. mit der Möglichkeit einer zeitlich befristeten Verlängerung
- Abfuhrhythmus (zweiwöchig, dreiwöchig etc.)
- Größe des Entsorgungsgebiets
- Menge der zu entsorgenden Abfälle
- Unterteilung in Lose
- Tonnengröße
- Speziell erforderliche Anforderungen an Fahrzeuge, zum Beispiel erforderlicher Einsatz von Seitenladern
- Vorgabe spezieller Umwelteigenschaften, zum Beispiel Emissionswerte
- Umgang mit der Entsorgung bzw. mit der Verwertung anfallender Schlacken etc.
- Nutzung der bei thermischer Behandlung anfallenden Energie etc.
- Eignungsanforderungen an den Entsorgungsbetrieb, insbesondere spezielle Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie ergänzende Kriterien (Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb, Kapazitätsangaben etc.).

- Produktvorgabe für bestimmte Erzeugnisse grundsätzlich unzulässig

Eine Leistungsbeschreibung durch die Kommune muss grundsätzlich produktneutral erfolgen. Soweit dies ausnahmsweise wegen der Art der ausgeschriebenen Leistung und des Auftragsgegenstands nicht möglich ist und konkrete Bezeichnungen in technischen Spezifikationen (zum Beispiel Markennamen, Warenzeichen, Patente) als Leitprodukt (Qualitätsmaßstab) verwendet werden müssen, weil eine genaue Beschreibung des Auftragsgegenstands durch hinreichend genaue, allgemeinverständliche Bezeichnung nicht erfolgen können, muss immer der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ hinzugefügt werden (vgl. § 7 Abs. 8 VOB/A). Gründe, bei denen der Auftraggeber ausnahmsweise eine Produktvorgabe (Namentnennung) vornehmen kann, betreffen den Gesichtspunkt einer notwendig einzuhaltenden Kompatibilität im Falle einer von zu beschaffender Informationstechnologie oder aber die Rechtfertigung einer Produktvorgabe durch

gestalterische Anforderungen. Eine Produkt- oder Markenvorgabe ist wegen ihres absoluten Ausnahmecharakters stets durch die Kommune im Vergabevermerk zu begründen.

5. Eignungskriterien

Kernpunkt einer wirtschaftlichen und qualifizierten Vergabe ist die sachgerechte Aufstellung und die ordnungsgemäße Abverlangung von Eignungskriterien durch den Auftraggeber. Hier gilt der Grundsatz „Weniger ist Mehr“. Die Eignungsprüfung gilt der Ermittlung der individuell geeigneten Unternehmen für die ausgeschriebene Leistung. Sie beinhaltet eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, die nur eingeschränkt durch die Nachprüfungsinstanzen, insbesondere nur darauf, dass keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind, überprüft werden kann.

Für die Erzielung eines „schlanken Angebots“ sollte der Auftraggeber nur auftragsbezogene und verhältnismäßige Nachweise abverlangen. Zur Erleichterung der Eignungsprüfung ist in jedem Fall das Abverlangen von Eigenerklärungen durch die Unternehmen zu überprüfen. Im Übrigen können Eignungsnachweise auch mit der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen (www.pq-verein.de) beigebracht werden (s. im Einzelnen § 6 Abs. 3 VOB/A).

Im Hinblick auf die Eignungsnachweise (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) sollte der Auftraggeber stets von seiner Gestaltungsmöglichkeit, dem Bieter ein Nachreichen einzelner Erklärungen nach der Angebotsabgabe zu ermöglichen, Gebrauch machen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf spezielle Angaben zu Namen und Verpflichtungserklärungen bei der Einschaltung von Nachunternehmern.

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 der VOB/A sieht insoweit vor, dass dann, wenn in einem Angebot geforderte Erklärungen oder Nachweise fehlen, der Auftraggeber diese fehlenden Erklärungen oder Nachweise innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachzuverlangen hat.

Bei der Wertung der Angebote ist streng zwischen der Prüfung der Eignung der Bieter und Bewerber (Unternehmensbezug) einerseits und der hiervon andererseits zu unterscheidenden Zuschlagserteilung (Angebotsbezug) auf das wirtschaftlichste Angebot zu unterscheiden. Dies hat zum Beispiel zur Folge, dass die Anzahl und ein Mehr an Referenzen (Eignungsmerkmal) niemals ein Zuschlagskriterium sein darf (EuGH, VergabeR 2008, 496 ff. sowie BGH, VergabeR 2008, 641 ff.).

III. Durchführung des Vergabeverfahrens

1. Bekanntmachung

Die Bekanntmachung der Ausschreibung ist der erste nach außen kundgetane Schritt zur Durchführung eines Vergabeverfahrens. Die Bekanntmachung erfolgt durch Veröffentlichung in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften oder auf Internetportalen bzw. nationalen Ausschreibungsdatenbanken (s. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Die in der Bekanntmachung einzustellenden Angaben müssen insbesondere die ausgeschriebene Leistung mit allen konkreten Einzelheiten (Insbesondere: Angabe der Eignungsnachweise) erkennen lassen (s. im Einzelnen die Angaben in § 12 Abs. 1 VOB/A).



EUROPÄISCHE UNION
Veröffentlichung des Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union
2, rue Mercier, L-2985 Luxemburg Fax: (352) 29 29 42 670
E-Mail: nfp-ops@opoce.cec.eu.int Infos & Online-Formulare: <http://simap.eu.int>

BEKANNTMACHUNG

ABSCHNITT I: ÖFFENTLICHER AUFTRAGGEBER

I.1) NAME, ADRESSEN UND KONTAKTSTELLE(N)

Offizielle Bezeichnung:		
Postanschrift:		
Ort:	Postleitzahl:	Land:
Kontaktstelle(n):		Telefon:
Bearbeiter:	E-Mail:	
E-Mail:		Fax:
Internet-Adresse(n) (falls zutreffend)		
Hauptadresse des Auftraggebers (URL):		
Adresse des Beschaffers (URL):		

Weitere Auskünfte erteilen:		<input type="checkbox"/> die oben genannten Kontaktstellen
		<input type="checkbox"/> andere Stellen: <i>bitte Anhang A.I ausfüllen</i>
Verdingungs-/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: <i>bitte Anhang A.II ausfüllen</i>
Angebote/Teilnahmeanträge sind zu richten an:		
		<input type="checkbox"/> die oben genannten Kontaktstellen
		<input type="checkbox"/> andere Stellen: <i>bitte Anhang A.III ausfüllen</i>

I.2) ART DES ÖFFENTLICHEN AUFTRAGGEBERS UND HAUPTTÄTIGKEIT(EN)

<input type="checkbox"/> Ministerium oder sonstige zentral- oder bundesstaatliche Behörde einschließlich regionaler oder lokaler Unterabteilungen	<input type="checkbox"/> Allgemeine öffentliche Verwaltung
<input type="checkbox"/> Agentur/Amt auf zentral- oder bundesstaatlicher Ebene	<input type="checkbox"/> Verteidigung
<input type="checkbox"/> Regional- oder Lokalbehörde	<input type="checkbox"/> Öffentliche Sicherheit und Ordnung
<input type="checkbox"/> Agentur/Amt auf regionaler oder lokaler Ebene	<input type="checkbox"/> Umwelt
<input type="checkbox"/> Einrichtung des öffentlichen Rechts	<input type="checkbox"/> Wirtschaft und Finanzen
<input type="checkbox"/> Europäische Institution/Agentur oder international	<input type="checkbox"/> Gesundheit
<input type="checkbox"/> Organisation	<input type="checkbox"/> Wohnungswesen und kommunale Einrichtungen
<input type="checkbox"/> Sonstiges (<i>bitte angeben</i>): _____	<input type="checkbox"/> Sozialwesen
	<input type="checkbox"/> Freizeit, Kultur und Religion
	<input type="checkbox"/> Bildung
	<input type="checkbox"/> Sonstiges (<i>bitte angeben</i>): _____

Der öffentliche Auftraggeber beschafft im Auftrag anderer öffentlicher Auftraggeber Ja Nein

Bei oberhalb der EU-Schwellenwerte stattfindenden Auftragsvergaben erfolgt die Bekanntmachung beim Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg (Internet: <http://ted.europa.eu>).

2. Abgabe der Angebote

Die Bieter müssen innerhalb der vom Auftraggeber in der Bekanntmachung genannten Angebotsfrist (s. § 12 Abs. 1 Nr. 2n VOB/A), die im Hinblick auf die Erstellung der Angebotsunterlagen ausreichend

bemessen sein muss, ihre Angebote einreichen. Der Auftraggeber legt im Einzelnen fest, in welcher Form die Angebote einzureichen sind (vgl. § 13 Abs. 1 VOB/A). Die Angebote müssen insbesondere die geforderten Preise sowie Erklärungen und Nachweise enthalten (s. § 13 Abs. 1 Nr. 3 und 4 VOB/A). Fehlende Angaben führen grundsätzlich zum Ausschluss. Auch sind Änderungen an den Vergabeunterlagen seitens des Bieters unzulässig und führen zum Ausschluss (§ 13 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A).

Das Vergaberecht lässt es zu (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A), dass Bieter neben der schriftlichen Einreichung von Angeboten auch mit digitaler Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehene digitale Angebote einreichen können, vorausgesetzt diese sind verschlüsselt. Digitale Angebote sind nach Wahl des Auftraggebers mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz und den Anforderungen des Auftraggebers oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes zu versehen und zu verschlüsseln (s. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A). Die Verschlüsselung ist bis zum Ablauf der für die Einreichung der Angebote festgelegten Frist aufrecht zu erhalten.

3. Eröffnungstermin und Öffnungstermin

Weiterhin ist auf eine ordnungsgemäße Durchführung

- des Eröffnungstermins im Anwendungsbereich der VOB: Mit Beteiligungsmöglichkeit für Bieter, s. § 14 Abs. 1 VOB/A bzw.
- des Öffnungstermins (im Anwendungsbereich der VOL: Ohne Bieterbeteiligung) zu achten.

Hierzu gehört insbesondere eine exakte Dokumentation des Eingangs von Angeboten (Versehen der Angebote mit Datum und Uhrzeit des Eingangs, Nummerierung in der Reihenfolge des Eingangs, Namenszeichen). Eingehende verschlossene Angebote sind von einem Vertreter der Verwaltung, zu kennzeichnen. Gleiches gilt auch für verschlüsselte digitale Angebote. Die Angebote sind für Dritte unzugänglich aufzubewahren und unter Verschluss zu halten. Elektronische Angebote sind zu kennzeichnen und verschlüsselt aufzubewahren (§ 14 Abs. 1 VOB/A).

Versehentlich geöffnete Umschläge bzw. unverschlüsselte digitale Angebote sind unter Aufsicht wieder zu verschließen. Dieser Vorgang ist in der Niederschrift genau (Zeitpunkt der Öffnung, Benennung der Personen, die Kenntnis erlangt haben, Zeitpunkt des Verschlusses, übrige Begleitumstände) zu dokumentieren.

Bei Öffnung der Angebote erfolgt grundsätzlich eine vollständige Kennzeichnung der Angebote (Lochung oder Stempel) sowie eine Kennzeichnung aller wesentlichen Teile. Die Kennzeichnung beinhaltet die Preise sowie die geforderten Erklärungen und Unterschriften. Alle wesentlichen Vorgänge des Öffnungstermins sind bei VOL-Verfahren in der Niederschrift festzuhalten und – bei VOB-Verfahren – vor den anwesenden Bietern zu verlesen. Hierzu gehört die Verlesung von Name und Anschrift der Bieter, der Endbeträge der Angebote oder ihrer einzelnen Abschnitte sowie die Verlesung anderer den Preis betreffende Angaben (Beispiel: Preisnachlässe ohne Bedingung) sowie bei Nebenangeboten die Angabe der Bieter und nach der neuen VOB/A auch die Anzahl der eingereichten Nebenangebote (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A). Die Niederschrift ist vom Verhandlungsleiter und dem Schriftführer (bei VOB-Verfahren ggf. auch von den anwesenden Bietern oder Berechtigten) zu unterzeichnen oder mit einer Signatur nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A zu versehen (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VOB/A).

4. Prüfung der Angebote

Die Prüfung der Angebote, die in der neuen VOB/A rechtlich mit der Angebotswertung zusammengefasst wurde (s. § 16 Abs. 3-5 VOB/A), erfolgt durch die Kommune in drei Stufen:

- die rechnerische Prüfung,
- die technische Prüfung und
- die wirtschaftliche Prüfung.

Nur formell auszuschließende und daher fehlerhafte Angebote (Beispiel: Verspätete Angebote, nicht unterzeichnete Angebote, Angebote ohne geforderte Preise oder Erklärungen) müssen nach den Voraussetzungen des Vergaberechts gar nicht erst geprüft werden. Dagegen sind die übrigen Angebote rechnerisch, technisch und wirtschaftlich zu prüfen.

5. Wertung der Angebote

Auf der Grundlage der in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen den Bewerbern und Bietern bekannt gegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien (vgl. § 16a Abs. 1 VOB/A) durch den Auftraggeber erfolgt eine vierstufige Prüfung zur Auswahl des Bieters, der den Zuschlag erhält. Dabei sind bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte Nebenangebote von Bietern nur zu berücksichtigen, die die vom Auftraggeber vorab verlangten Mindestanforderungen erfüllen (§ 16a Abs. 3 VOB/A). Der Wertungsvorgang durch die Kommune stellt sich am Beispiel der neuen VOB/A wie folgt dar:

(1) Ausschluss von Angeboten

- Zwingender Angebotsausschluss

Zunächst werden die nicht rechtzeitig eingegangenen bzw. fehlerhaften Angebote ausgeschlossen. Der Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 1a - g VOB/A ist dabei zwingend, das heißt, der Auftraggeber hat hierbei kein Ermessen. Ausgeschlossen werden nach dieser Vorschrift:

- **Angebote, die im Eröffnungstermin dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorgelegen haben, es sei denn der verspätete Eingang ist gemäß § 14 Abs. 6 VOB/A nicht vom Bieter zu vertreten (§ 16 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A):**

Das Risiko für einen rechtzeitigen Zugang eines Angebots beim Auftraggeber trägt grundsätzlich der Bieter. Er kann daher eine Verspätung zum Beispiel nicht mit einem „unvorhergesehenen Wintereinbruch, einem unvorhergesehenen Stau oder einem Streik“ entschuldigen. Nur für Angebote, die nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen waren, aber bei Öffnung des ersten Angebots aus dem Bieter nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen haben, darf kein Ausschluss vorgenommen werden.

- **Angebote, die nicht den Formvorgaben des Auftraggebers bzw. nicht den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A entsprechen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A):**

Zu den auszuschließenden Angeboten gehören alle Angebote, die den Formvorgaben des Auftraggebers bzw. den §§ 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 VOB/A nicht entsprechen, etwa weil sie als schriftlich eingereichte Angebote nicht unterzeichnet sind oder bei elektronischen Angeboten nicht mit der erforderlichen Signatur versehen sind. Auch geöffnete Angebote und nicht verschlüsselte elektronische Angebote sind nach der Neufassung des § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A auszuschließen. Auszuschließen sind nach dieser Vorschrift auch Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind (§ 16 Abs. 1 Nr. 16 VOB/A). Für den Ausschluss bei derartigen Änderungen spielt es keine Rolle, ob diese zentrale und wichtige oder eher unwesentliche Leistungspositionen betreffen. Auch Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind, sind nach § 16 Abs. 1 Nr. 1c i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A auszuschließen.

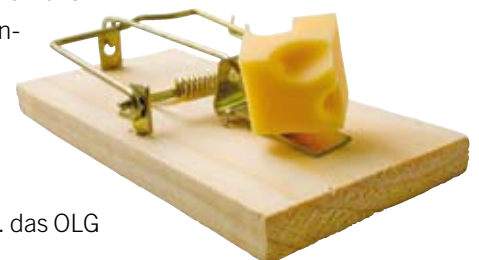
Bieteränderungen an seinen Eintragungen müssen stets zweifelsfrei sein (Beispiel: Korrektur des Preises durch Streichung und Neueintrag mit eindeutiger Angabe des Namenszeichens). Bei Widersprüchen und Zweifeln an den Angebotseintragungen muss daher ein Ausschluss erfolgen. Im weiteren Sinne müssen auch alle Angebote ausgeschlossen werden, die den Vorgaben in den Vergabeunterlagen des Auftraggebers widersprechen. Hierzu gehören insbesondere Angebote von Bietern mit eigenen und von der Ausschreibung des Auftraggebers abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Denn insoweit kann mangels sich deckender Willenserklärungen kein Vertrag zustande kommen (OLG München, VergabeR 2008, 580 ff.).

- **Angebote, für deren Wertung die geforderten (wesentlichen) Preise fehlen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1c VOB/A):**

Von einem Fehlen wesentlicher Preisangaben und damit einem Ausschluss des Angebots muss grundsätzlich dann ausgegangen werden, wenn im Angebot die Einheitspreise nur sehr lückenhaft bzw. als Cent-Preise in Form von Mischkalkulationen (Beispiel: 0,01 Euro als nicht ordnungsgemäßer und zu niedriger Einheitspreis in einzelnen Positionen, der in anderen Positionen aufgepreist ist) enthalten sind. Insoweit hat der Bundesgerichtshof mit einem grundlegenden Beschluss vom 18. Mai 2004 (VergabeR 2004, 473 ff.) entschieden, dass Angebote, bei denen ein Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in Mischkalkulationen auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen sind.

Bei Mischkalkulationen, die auf einem so genannten „Abpreisen“ bestimmter ausgeschriebener Leistungen auf einen Einheitspreis von 0,01 Euro und auf einem so genannten „Aufpreisen“ anderer angebotener Positionen beruhen, werden nach dem BGH die für die jeweiligen Leistungen geforderten tatsächlichen Preise vom Bieter nicht zutreffend angegeben. Ein solches Angebot widerspreche daher der VOB/A und sei grundsätzlich ungeeignet, einen transparenten und alle Bieter gleichbehandelnden Wertungsvorgang zu ermöglichen, so der BGH.

Allerdings hat u. a. das OLG



Rostock (VergabeR 2004, 719 ff.) zu Recht festgestellt, dass allein die Eintragung von Einheitspreisen von 0,01 Euro nicht den Schluss zulasse, dass ein Bieter die für einzelne Leistungspositionen anfallenden Preise auf verschiedene Einheitsleistungen anderer Leistungspositionen verteilt hat. Erforderlich sei in derartigen Fällen vielmehr die Aufklärung des Angebotsinhalts. Im zugrunde liegenden Fall hatte die Bieterin glaubhaft darauf hingewiesen, dass die in mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses angebotene 0,01 Euro-Preise jeweils das Ergebnis einer Kalkulation seien, bei der zugunsten des Auftraggebers unter anderem kompensatorische Geschäfte eingestellt worden seien. So hat die Bieterin mitgeteilt, dass sie unter anderem eigene Gegenansprüche gegen ihren Lieferanten aus anderweitigen Geschäften habe, zum Beispiel auf Boni. Diese seien in der Kalkulation gut gebracht worden und hätten daher insgesamt ein 0,01 Euro-Angebot ergeben. Hieraus hat das Gericht gefolgert, dass dann, wenn eine Aufklärung des Angebotsinhalts das Cent-Angebot rechtfertige, dieses nicht von der Wertung ausgeschlossen werden kann.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1c, 2. Halbsatz der neuen VOB/A werden aber solche Angebote, die nicht die geforderten Preise enthalten trotz dieser lückenhafter Preise dann nicht zwingend ausgeschlossen, wenn „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“. Mit dieser Neuregelung soll einem zu formalistischen Ausschluss des wirtschaftlichsten Angebots begegnet werden.

■ **Angebote von Bietern, die in Bezug auf die Ausschreibung eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben (§ 16 Abs. 1 Nr. 1d VOB/A):**

Grund für den Ausschluss dieser Angebote ist die Beeinträchtigung des Wettbewerbs sowie die Diskriminierung ordnungsgemäß handelnder Bieter. Insbesondere Bieterangebote mit einer verbotenen Preisabsprache sind hierunter zu fassen;

■ **Nebenangebote, soweit der Auftraggeber diese ausgeschlossen hat (§ 16 Abs. 1 Nr. 1e VOB/A):**
Zwingend auszuschließen sind die vom Auftraggeber

nicht zugelassenen Nebenangebote. Da der Auftraggeber aber über zugelassene Nebenangebote regelmäßig ein Mehr an Wettbewerb erreicht, sollte er grundsätzlich von einer Nichtzulassung von Nebenangeboten absehen.

■ **Nicht deutlich gekennzeichnete Nebenangebote (§ 16 Abs. 1 Nr. 1f VOB/A):**

Zwingend auszuschließen sind nach der neuen VOB/A auch Nebenangebote, die entgegen den Vorgaben des Auftraggebers seitens der Bieter nicht auf besonderer Anlage gemacht und als solche nicht deutlich gekennzeichnet worden sind (vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 VOB/A).

■ **Angebote von Bietern, die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen abgegeben haben (§ 16 Abs. 1 Nr. 1g VOB/A):**

Zwingend auszuschließen sind zudem Angebote von Bietern, die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit abgegeben haben.

- „Kann“-Ausschluss

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A können (fakultativ) Angebote von Bietern ausgeschlossen werden. Dies betrifft folgende Fälle:

■ **Zahlungsschwierigkeiten (§ 16 Abs. 1 Nr. 2a und b VOB/A)**

Nach dieser Bestimmung können Angebote von Bietern ausgeschlossen werden, wenn ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde oder ein Insolvenzplan rechtskräftig bestätigt wurde. Das Gleiche gilt, wenn sich das Unternehmen bereits in Liquidation befindet.

■ **Nachweislich schwere Verfehlungen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2c VOB/A)**

Unternehmen können auch dann mit ihren Angeboten ausgeschlossen werden, wenn sie nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt.

■ **Keine ordnungsgemäße Zahlung von Steuern, Abgaben oder Sozialversicherungsbeiträgen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2d VOB/A)**

Auch können Unternehmen mit ihren Angeboten ausgeschlossen werden, die die Verpflichtung zur

Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß nachgekommen sind.

■ **Nichtanmeldung bei der Berufsgenossenschaft (§ 16 Abs. 1 Nr. 2e VOB/A)**

Weiterhin kann ein Unternehmen, das nicht bei der Berufsgenossenschaft angemeldet ist, ausgeschlossen werden.

■ **Sonderfall: Fehlende Erklärungen oder Nachweise (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A)**

Einen neu geregelten Sonderfall stellt § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A dar. Fehlen danach in einem Angebot vom Auftraggeber geforderte Erklärungen oder Nachweise und wird dieses Angebot nicht ansonsten gemäß den vorstehend aufgeführten Sachverhalten ausgeschlossen, verlangt der Auftraggeber die fehlenden Erklärungen oder Nachweise nach. Diese sind spätestens innerhalb von sechs 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.

(2) Eignungsprüfung (§ 16 Abs. 2 VOB/A)

In der zweiten Stufe der Wertung erfolgt sodann – bei der Öffentlichen Ausschreibung – eine durch die Vergabestelle vorzunehmende Prüfung der Bieter auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit anhand der vorgelegten Nachweise. Bei der Beschränkten und der Freihändigen Vergabe muss die Eignungsprüfung der Bewerber bereits vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe von der Kommune vorgenommen worden sein, da nur grundsätzlich geeignete Bieter zur Angebotsabgabe aufzufordern sind (s. im Übrigen die Ausführungen zu den Eignungskriterien unter Punkt C II. 5.).

(3) Angebotsausschluss wegen unangemessener Preise (§ 16 Abs. 6 Nr. 1 und 2 VOB/A)

In der dritten Stufe der Wertung werden Angebote mit unangemessen niedrigen und unangemessen hohen Preisen ausgeschlossen. Hierzu hat die Kommune sich dann, wenn ihr die Angebote im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung als ungewöhnlich niedrig erscheinen, vor einem eventuellen Bieterausschluss in

Textform zwingend die Kalkulationsunterlagen bzw. Einzelposten dieser Angebote der jeweiligen Bieter vorlegen zu lassen (Aufklärung). Sodann ist die Angemessenheit der Angebote zu prüfen.

Bei der Frage, ob ein Preis unangemessen niedrig ist oder nicht, gibt es keine prozentualen Vorgaben. Auch kann allein ein auffallend niedriges Angebot nicht automatisch ein Zuschlagsverbot wegen des Vorliegens eines offenbaren Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung begründen. Grundsätzlich ist der Bieter als Unternehmen auch nicht verpflichtet, bei seinem Angebot einen Gewinn einzukalkulieren. Er kann sogar „unter Preis“ anbieten, wenn es sich hierbei nicht um einen die anderen Bieter aus dem Wettbewerb drängenden „Kampfpreis“ handelt.

(4) Beauftragung des wirtschaftlichsten Angebots (§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A)

In der vierten Stufe der Wertung ist unter den in die engere Wahl gekommenen Angeboten auf der Grundlage der von der Kommune vorgegebenen und gewichteten Zuschlagskriterien (Beispiel: Qualität, Preis, Folgekosten) das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen. Auf dieses Angebot erfolgt sodann der Zuschlag. Der niedrigste Angebotspreis allein ist für die Zuschlagserteilung nicht entscheidend.

6. Nicht berücksichtigte Bewerbungen und Angebote

Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind und solche, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, sollen auch bei rein nationalen Vergabeverfahren unverzüglich unterrichtet werden. Die übrigen Bieter sind zu unterrichten, sobald der Zuschlag erteilt worden ist (§ 19 Abs. 1 VOB/A).

Darüber hinausgehend sind den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang ihres in Textform gestellten Antrags die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots in Textform mitzuteilen, den Bietern auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name (vgl. § 19 Abs. 2 VOB/A).

Bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte ergibt sich eine automatische und erweiterte Informations- und Wartepflicht für den Auftraggeber (vgl. § 101a GWB), die bei Verstoß ggf. zur Unwirksamkeit eines dennoch abgeschlossenen Vertrages von Anfang an führen kann (vgl. § 101b GWB).

7. Zuschlag

Der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot ist möglichst bald, mindestens aber so rechtzeitig zu erteilen, dass dem Bieter die Erklärung noch vor Ablauf der Zuschlagsfrist zugeht. Werden Erweiterungen, Einschränkungen oder Änderungen an dem Bieterangebot vorgenommen oder wird der Zuschlag verspätet erteilt, so ist der Bieter bei Erteilung des Zuschlags aufzufordern, sich unverzüglich über die Annahme zu erklären. Das Angebot kommt sodann mit der Annahme des erneuten Angebots durch den Bieter zustande (vgl. § 18 VOB/A).

8. Aufhebung der Ausschreibung

Im Normalfall wird das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags (vgl. § 18 VOB/A) beendet. Ausnahmsweise hat der Auftraggeber zum Beispiel unter den in § 17 VOB/A geregelten Voraussetzungen die Möglichkeit, das Ausschreibungsverfahren aufzuheben.

Als Aufhebungsgründe kommen ausschließlich die in § 17 VOB/A und der entsprechenden VOL/A-Norm genannten Tatbestände in Betracht. Diese beinhalten, dass

- kein Angebot eingegangen ist, dass den Ausschreibungsbedingungen entspricht.
- die Vergabeunterlagen bzw. die Grundlagen der Ausschreibung grundlegend oder wesentlich geändert werden müssen.
- die Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gebracht hat bzw. für die Aufhebung andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Der Aufhebungsgrund muss – damit er rechtmäßig ist und nicht zu Schadensersatzansprüchen für die Kommune führt – grundsätzlich nach Beginn der Ausschreibung und ohne vorherige Kenntnis bzw. Verschulden des Auftraggebers aufgetreten sein. Eine rechtswidrige Aufhebungsentscheidung der Kommune, also insbesondere eine bewusst in Kauf genommene und nie vorhandene Finanzierung des Projekts, die daher auch nicht durch die Aufhebungsgründe der VOB/A und VOL/A gedeckt ist, kann von den Bietern im Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB vor der Vergabekammer angegriffen werden. Im Übrigen löst eine derartige rechtswidrige Aufhebung Schadensersatzansprüche der Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber aus.

9. Informationspflicht

Nach § 19 Abs. 5 VOB/A informieren die Auftraggeber auf ihren Internetportalen oder in ihren Beschafferprofilen fortlaufend über beabsichtigte Beschränkte Ausschreibungen nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB/A ab einem voraussichtlichen Auftragswert von 25000 Euro ohne Umsatzsteuer. Diese Informationen müssen folgende Angaben zur Vergabe enthalten:

- Genaue Anschrift des Auftraggebers
- Gewähltes Vergabeverfahren
- Auftragsgegenstand
- Ort der Ausführung
- Art und voraussichtlicher Umfang der Leistung
- Voraussichtlicher Zeitraum der Ausführung.

10. Dokumentation

Gem. § 20 Abs. 1 VOB/A sowie auch nach der VOL/A und der VOF ist vom Auftraggeber zeitnah über die Vergabe ein Vermerk bzw. eine Dokumentation zu fertigen, worin die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthalten sind. Die Dokumentation dient sowohl der dienstinternen Überprüfung der Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens als auch der externen Kontrolle speziell durch die Bieter, die sich im Vergabeverfahren ordnungswidrig behandelt fühlen und ggf. auch der Vergabekammern und der Gerichte bei Nachprüfungsverfahren. Zum Vergabevermerk einer Kommune gehören nach § 20 Abs. 1 VOB/A insbesondere folgende Angaben:

- Name und Anschrift des Auftraggebers
- Art und Umfang der Leistung
- Wert des Auftrages
- Name der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und Gründe für ihre Auswahl
- Name der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für die Ablehnung
- Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten
- Name des Auftragnehmers und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes sowie
- falls bekannt, der Anteil, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzugeben beabsichtigt
- bei Verhandlungsverfahren, Beschränkte Ausschreibung und Freihändige Vergabe die Gründe für die Wahl dieses Verfahrens
- ggf. die Gründe, warum der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags verzichtet hat.

Darüber hinaus sind im Vergabevermerk (Dokumentation) alle Stufen des Vergabeverfahrens mit Datumsangabe anzugeben. Auch sind die Ergebnisse der Prüfung und der Wertung der Angebote sowie insbesondere alle Abweichungen von dem wettbewerbsorientierten Vergabeverfahren festzuhalten. Hierzu gehört zum Beispiel neben der Angabe des Grundes für eine – nur ausnahmsweise zulässige – Freihändige Vergabe insbesondere die Begründung für eine – nur ausnahmsweise zulässige – Produktvorgabe im Rahmen der Leistungsbeschreibung.

IV. Schadensersatz

Grundsätzlich ist bei der Verletzung von Vergabeverstößen seitens des Bieters ein auf das negative Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch gem. § 126 GWB auch ohne Verschulden des Auftraggebers möglich. Der Ersatz eines hieraus rührenden Vertrauensschadens setzt aber voraus, dass das benachteiligte

Unternehmen im Vergabeverfahren eine „echte Chance“ auf den Zuschlag gehabt hätte und daher das Angebot nach dem Wertungsspielraum des Auftraggebers den Zuschlag hätte erhalten können (BGH, VergabeR 2008, 219 ff.). Während sich ein ergänzender Bieteranspruch auf den Ersatz des Vertrauensschadens (Kosten für die Angebotsbearbeitung, Kalkulationsaufwendungen etc.) aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) ergeben kann, kann ein Unternehmen in Ausnahmefällen auch das positive Interesse, also den ihm durch die Nichtauftragserteilung entstandenen entgangenen Gewinn, ersetzt verlangen. Hierfür ist jedoch zum einen Voraussetzung, dass der Auftraggeber auch tatsächlich den Zuschlag an ein anderes Unternehmen erteilt hat und zum anderen muss der benachteiligte Bieter auch darlegen und beweisen, dass er bei ordnungsgemäßem Verhalten des Auftraggebers diesen Zuschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte (BGH; VergabeR 2007, 750 ff.).

D. Fazit

Das Vergaberecht ist wie kaum ein zweites Rechtsgebiet in den vergangenen Jahren sowohl durch Novellierungen als auch durch eine Ausweitung seines Anwendungsbereichs (Beispiel: Erfassung von kommunalen Immobiliengeschäften) sowie auch insbesondere durch die Vielzahl der Entscheidungen der Vergabekammern, Vergabesenate, des Bundesgerichtshofs und auch der Zivilgerichte in ein immer schneller werdendes Fahrwasser geraten.

Die Vielzahl der Änderungen und Novellierungen macht es für den Praktiker kaum möglich, sich stets auf den aktuellen Sach- und Rechtsstand zu halten und rechtssicher auszuschreiben. Eine zunehmende Verunsicherung vor Ort, die auch bei allen „Vereinfachungsversuchen“ anhält, ist die Folge.

Gerade deswegen darf das allgemeine Ziel, das Vergaberecht gleichermaßen für Auftraggeber wie für Unternehmen praxisgerecht zu gestalten und Anwendungsunsicherheiten zu vermeiden, nie aus dem Auge verloren werden. Hier gilt für Ausschreibungen insbesondere für die Auftraggeber, etwa beim Abverlangen von Eignungserklärungen von den Unternehmen, der Grundsatz: „Weniger ist Mehr“.

Der vorliegende Beitrag stellt die Neuerungen des Vergaberechts 2009 für die kommunalen Auftraggeber, aber auch für die Unternehmen schwerpunktmäßig dar. Ziel ist es insbesondere, den „vergaberechtlichen Dschungel“ etwas zu lichten und die wesentlichen Entwicklungen und den Verfahrensablauf aufzuzeigen.

Bisher in dieser Reihe erschienen

Nº 89	Gemeindliche Sozialpolitik	4/2009
Nº 88	Leitfaden „Stärkung der kommunalen Infrastruktur durch Kooperationen von Bürgerinnen und Bürgern, Verwaltung und Unternehmen	3/2009
Nº 87	Krise als Chance nutzen – Bilanz 2008 und Ausblick 2009 der deutschen Städte und Gemeinden	1-2/2009
Nº 86	Naturschutz und Lebensqualität in Städten und Gemeinden – Gute Beispiele aus dem Wettbewerb	1-2/2009
Nº 85	Spicken erlaubt – nicht verzetteln bei der Bildungsreform. Sonderdruck des DStGB-Innovators Club	12/2008
Nº 84	Aufgaben, Organisation und Schwerpunkte der kommunalen Wirtschaftsförderung – Umfrage zur Wirtschaftsförderung in kreisangehörigen Städten und Gemeinden unter 50 000 Einwohnern	11/2008
Nº 83	Wege zum nachhaltigen Flächenmanagement – Themen und Projekte des Förderschwerpunkts REFINA	9/2008
Nº 82	Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben nach der Energierechtsreform 2005 – Hinweise für die kommunale Praxis – 2. Auflage	9/2008
Nº 81	Grundsicherung für Arbeitsuchende unter einem Dach Zur Strukturierung der SGB II-Verwaltung ohne Grundgesetzänderung (nur online verfügbar)	6/2008
Nº 80	Breitbandanbindung von Kommunen – 2. Auflage Durch innovative Lösungen Versorgungslücken schließen	5/2008
Nº 79	Kommunale Immobiliengeschäfte und Ausschreibungspflicht Rechtsprechung, Praxishinweise und aktuelle Gesetzesvorhaben	4/2008
Nº 78	Doppik in den kommunalen Haushalten – Auswirkungen auf die Kreisumlage	4/2008
Nº 77	Politik für die Ländlichen Räume (nur online verfügbar)	3/2008
Nº 76	Städte und Gemeinden aktiv für den Naturschutz Gute Beispiele aus dem Wettbewerb „Bundeshauptstadt im Naturschutz“	3/2008
Nº 75	Reformen fortsetzen – Deutschland braucht starke Städte und Gemeinden – Bilanz 2007 und Ausblick 2008 der deutschen Städte und Gemeinden	1-2/2008
Nº 74	Interkommunale Kooperation im Tourismus	12/2007
Nº 73	5 Thesen kommunaler Tourismuspolitik – Erfolgreiche Tourismuspolitik für Städte und Gemeinden (nur online verfügbar)	10/2007
Nº 72	Standortzufriedenheit und Abwanderungsbereitschaft von Unternehmen – Studiensteckbrief und Hauptergebnisse des GEWERBEMonitors	11/2007
Nº 71	Chance Solarenergie – Kommunale Handlungsmöglichkeiten für eine nachhaltige Entwicklung	10/2007
Nº 70	Privatisierung kommunaler Wohnungen	



Marienstraße 6 · 12207 Berlin
Telefon 030 77307-0
Telefax 030 77307-200
E-Mail: dstgb@dstgb.de
Internet: www.dstgb.de

Konzeption und Druck:
Verlag WINKLER & STENZEL GmbH · Postfach 1207 · 30928 Burgwedel
Telefon 05139 8999-0 · Telefax 05139 8999-50
E-Mail: info@winkler-stenzel.de · Internet: www.winkler-stenzel.de