



Schwerpunktthema: Vergaberecht

- *Dietmar Ruf*, Vergaberecht für die Gemeinden
- *Dr. Sönke E. Schulz*, Die Reform des EU-Vergaberechts – Auswirkungen auf die Kommunen
- *Dr. Benjamin Pfannkuch*, Inhouse-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien
- *Norbert Portz*, Flexible Vergaben durch Rahmenvereinbarungen: Klarstellungen durch die EU-Vergaberichtlinie 2014
- *Hans Lemster*, Vergaberechtssichere Ausschreibung – 10 Jahre Einkaufskooperation des SHGT mit der GMSH

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

66. Jahrgang · Juli/August 2014

Impressum

Schriftleitung:

Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Redaktion:

Ute Bebensee-Biederer
Stellv. Geschäftsführerin

Anschrift Schriftleitung und Redaktion:

Reventlouallee 6, 24105 Kiel
Telefon (0431) 57 00 50 50
Telefax (0431) 57 00 50 54
E-Mail: info@shgt.de
Internet: www.shgt.de

Verlag:

Deutscher Gemeindeverlag GmbH
Jägersberg 17, 24103 Kiel
Postfach 1865, 24017 Kiel
Telefon (0431) 55 48 57
Telefax (0431) 55 49 44

Anzeigen:

W. Kohlhammer GmbH
Anzeigenmarketing
70549 Stuttgart
Telefon (0711) 78 63 - 72 23
Telefax (0711) 78 63 - 83 93
Preisliste Nr. 36, gültig ab 1. Januar 2014.

Bezugsbedingungen:

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 84,90 € zzgl. Versandkosten. Einzelheft 10,55 € (Doppelheft 21,10 €) zzgl. Versandkosten. Abbestellungen: 6 Wochen vor Jahresende beim Verlag.
Die angegebenen Preise enthalten die gesetzl. Mehrwertsteuer.

Druck: dfn! Druckerei Fotosatz Nord, Kiel

Satz & Gestaltung:

Agentur für Druck und Werbung, Laboe
Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernehmen Verlag und Redaktion keine Verantwortung.
Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitungen vor. Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beiliegt.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Sommer in Wenningstedt
Foto: Martin Rosenthal, Kiel

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Vergaberecht

Aufsätze

Dietmar Ruf
Vergaberecht für die Gemeinden174

Dr. Sönke E. Schulz
Die Reform des EU-Vergaberechts –
Auswirkungen auf die Kommunen179

Dr. Benjamin Pfannkuch
Inhouse-Vergabe und interkommunale
Zusammenarbeit nach den neuen
Vergaberichtlinien186

Norbert Portz
Flexible Vergaben durch Rahmen-
vereinbarungen: Klarstellungen durch
die EU-Vergaberichtlinie 2014191

Hans Lemster
Vergaberechtssichere Ausschreibung -
10 Jahre Einkaufskooperation des
SHGT mit der GMSH197

Rechtsprechungsbericht

BGH:
Hausgemachte Aufhebungsgründe
sind keine Aufhebungsgründe!199

Aus der Rechtsprechung

Preis als alleiniges Zuschlagskriterium,
„Stadtbahnprogramm Gera“
BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014
- X ZB 15/13 -199

Aus dem Landesverband203

Buchbesprechungen204

Dieser Ausgabe liegt eine Beilage
des Kohlhammer Verlages bei.

Wir bitten um Beachtung.

Vergaberecht für die Gemeinden

Dietmar Ruf, Referent für Planen und Bauen beim Gemeindetag Baden-Württemberg

Das öffentliche Auftragswesen umfasst die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand, insbesondere von Bund, Ländern, Gemeinden, Gemeindeverbänden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand ist mit der der privaten Beschaffer vergleichbar. Wenn Städte und Gemeinden öffentliche Aufträge vergeben, hat ihr Handeln keinen hoheitlichen Charakter, sondern ist fiskalischer Natur; es handelt sich regelmäßig um privatrechtliche Verträge zwischen der öffentlichen Hand und den Unternehmen, die die Deckung eines Bedarfs an Liefer-, Bau- und Dienstleistungen gegen Entgelt zum Gegenstand haben. Die wichtigsten Vergaberegeln enthält die VOB 2012. Die Zahl der Vergabefälle unterhalb der EU-Schwellenwerte dürfte insbesondere auf die Gemeinden bezogen bei etwa 97 Prozent aller Vergaben liegen; bezogen auf das Auftragsvolumen dürften dies im Unterschwellenbereich etwa 60 bis 70 Prozent sein.

Die anzuwendenden Rechtsgrundlagen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hängen davon ab, ob der zu vergebende Auftrag europaweit oder nur national ausgeschrieben werden muss, der geschätzte Auftragswert somit unterhalb der EU-Schwellenwerte liegt oder ob er die Schwellenwerte erreicht.

Die am 28.03.2014 veröffentlichten neuen EU-Vergaberichtlinien sind am 17.04.2014 in Kraft getreten und müssen innerhalb von 2 Jahren, also bis April 2016 in das deutsche Recht umgesetzt werden¹.

Bei Vergaben ab der EU-rechtlichen Schwellenwerte gilt für die Vergabe der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB –², für die Anwendung der Schwellenwerte und der Vergabe- und Vertragsordnungen³ die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung⁴ – und bei Vergaben im Sektorenbereich die Sektorenverordnung⁵.

Begriff des öffentlichen Auftraggebers

Beim Begriff des öffentlichen Auftraggebers wird die Zweiteilung des Vergaberechts deutlich. Unterhalb der Schwellenwerte ist öffentlicher Auftraggeber der Staat und seine Untergliederungen, wie die Bundesländer und die Kommunen (Städte, Gemeinden und Landkreise). Die Anwendung ist abhängig von der Rechtsform und auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt (klassische öffentliche Auftraggeber).

Der Anwendungsbereich des GWB (also oberhalb der EU-Schwellenwerte) ist dagegen wegen der Vorgaben des EU-Rechts erheblich weiter. Erfasst werden auch bestimmte von der öffentlichen Hand beherrschte juristische Personen des privaten Rechts und zwar insbesondere öffentliche Auftraggeber, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen (funktionaler Auftraggeberbegriff).

Bei Unternehmen, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung und des Verkehrs tätig sind, liegen so genannte Sektorenauftraggeber vor, wenn sie entweder diese Tätigkeit aufgrund von besonderen oder ausschließlichen, ihnen von den zuständigen Behörden eingeräumten Rechten ausüben oder wenn sie von einem oder von mehreren der genannten klassischen Auftraggeber zumindest mitbeherrscht werden.

Daneben sind auch Zuwendungsempfänger öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts, wenn sie für bestimmte Vorhaben, die im Einzelnen in § 98 Nr. 5 GWB genannt sind, von öffentlichen Auftraggebern zu mehr als 50 Prozent finanziert werden.

Begriff des öffentlichen Auftrags

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienst-

leistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen (§ 99 Abs. 1 GWB)⁷.

Der Auftragsgegenstand wird in § 99 Abs. 2 bis 4 GWB definiert⁸:

- Lieferaufträge sind danach Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miete oder Pacht mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.
- Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den

¹ Die Modernisierung des EU-Vergaberechts umfasst insgesamt drei Richtlinien:

- Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Richtlinie (RL 2014/24/EU, ersetzt die bisherige Vergabekoordinationsrichtlinie 2004/18/EG), (Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge)
- Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU, ersetzt Richtlinie 2004/17/EG), (Sektorenrichtlinie)
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe (neue Konzessions-Richtlinie, RL 2014/23/EU), (Konzessions-Richtlinie)

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 78 des Gesetzes vom 7.08.2013 (BGBl. I S. 3154). Darstellung der Rechtsänderungen siehe Ruf in BWGZ 7/2009, S. 258.

³ Die VOB heißt ausführlich: "Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)", die VOL "Vergabe- und Vertragsordnung (VOL)".

⁴ Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 15.10.2013 (BGBl. I S. 3854)

⁵ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO). Sektorenverordnung vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2722).

⁶ Die Neufestsetzung der Schwellenwerte erfolgt auf der Grundlage des Art. 7 der Richtlinie 2004/18/EG ("Vergabekoordinationsrichtlinie") turnusmäßig alle zwei Jahre im Wege der Verordnung durch die Europäische Kommission. Durch die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren) wurden die Schwellenwerte erhöht. Diese EU-Schwellenwerte gelten auf Grund einer dynamischen Verweisung in § 2 VgV wird auf die jeweils angepasste EU-Verordnung verwiesen. § 2 VgV enthält insoweit eine gesetzliche Definition des EU-Schwellenwerte.

⁷ i.d.F. des Gesetzes vom 20.04.2009 (BGBl. I S. 790).

⁸ Abs. 3 und 4 neu gefasst durch Gesetz vom 20.4.2009 (BGBl. S. 790).

Vergabeverfahren	Schwellenwert
Bauaufträge (VOB)	5,186 Mio. Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträge / (VOL und VOF)	207.000 Euro
Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich (Trinkwasser / Energieversorgung / Verkehr)	414.000 Euro

Tabelle: Schwellenwerte ab 1.1.2014⁶.

öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

- Dienstleistungsaufträge sind diejenigen Verträge über Leistungen, die weder Bauleistungen noch Lieferleistungen sind, so dass der Begriff des Dienstleistungsauftrags eine Auffangfunktion übernimmt.

Vergabearten

Auch hier zeigen sich unterschiedliche Begriffe zwischen nationalen und europaweiten Vergabeverfahren.

Nationale Vergabeverfahren

Die **öffentliche Ausschreibung** hat den Vorrang nach den haushaltsrechtlichen Bestimmungen und wird in den Basisparagrafen der VOB (und der VOL) geregelt. Eine Beschränkte Ausschreibung oder eine Freihändige Vergabe kann unter bestimmten Voraussetzungen durchgeführt werden. Die Öffentliche Ausschreibung ist ein vorgeschriebenes Verfahren, in dem Leistungen nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben werden. Die öffentliche Aufforderung hat in einem solchen Umkreis um die Vergabestelle zu erfolgen, dass eine ausreichende Zahl von Bietern zu erwarten ist (also beispielsweise in der regionalen Tagespresse). Die Öffentliche Ausschreibung ist vorrangig, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.

Die **Beschränkte Ausschreibung** ist ein vorgeschriebenes Verfahren, in dem Leistungen nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen (mindestens drei geeignete Bewerber) zur Einreichung von Angeboten vergeben werden. Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft sind zur Abgabe von Angeboten aufzufordern, soweit die Art der zu vergebenden Leistung dies zulässt⁹. Die Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, sollen möglichst gewechselt werden¹⁰.

Die **Freihändige Vergabe** erfolgt ohne förmliches Verfahren, wobei auch hier grundsätzlich ein Wettbewerb stattfinden soll, indem Vergleichsangebote eingeholt werden. Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft sind zur Angebotsabgabe aufzufordern, soweit die Art der zu vergebenden Leistung dies zulässt¹¹. Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, sollen möglichst gewechselt werden¹².

Der Öffentliche Teilnahmewettbewerb bei der Beschränkten Ausschreibung und der Freihändigen Vergabe dient der Erkun-

dung des Bewerberkreises und zwar in Form einer öffentlichen Aufforderung, sich um Teilnahme an einer Beschränkten Ausschreibung oder Freihändigen Vergabe zu bewerben.

Europaweite Vergabeverfahren:

Die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen erfolgt in offenen Verfahren, in nicht offenen Verfahren, in Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog.

Offene Verfahren sind Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Öffentliche Auftraggeber haben das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet. Bei **nicht offenen** Verfahren wird öffentlich zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Ein **wettbewerblicher Dialog** ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. In diesem Verfahren erfolgen eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags.

Verhandlungsverfahren sind Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Eine **elektronische Auktion** dient der elektronischen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Ein dynamisches elektronisches Verfahren ist ein zeitlich befristetes

gaberichtlinie und Konzessionsrichtlinie enthalten erstmals eine Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Vergabe bzw. horizontalen Zusammenarbeit. Das Kontroll-Kriterium des EuGH für die Zulässigkeit der In-House-Vergabe bedeutet, dass bei Verträgen zwischen Gemeinden und einer anderen juristischen Person die Gemeinde über diese Einrichtung eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben muss. Hinzukommen muss das Wesentlichkeitskriterium, d.h. die von der Gemeinde beherrschte juristische Person muss mehr als 80 Prozent der Tätigkeit bzw. des Umsatzes für diese Gemeinde ausüben¹³.

Konzessionen

Zu den drei neuen Richtlinien der EU gehört auch die Konzessionsrichtlinie. Konzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass bei diesen nicht der Auftraggeber ein Entgelt für eine zu erbringende Leistung an den Auftragnehmer (Konzessionär zahlt, sondern dass der Konzessionär selbst das wirtschaftliche Risiko der Konzession trägt. Diese Konzessionen können in Form von Dienstleistungskonzessionen oder Baukonzessionen vorliegen. Sie müssen ab einem Schwellenwert von 5 Mio. Euro EU-weit ausgeschlossen werden. Beispiele für Konzessionen im kommunalen Bereich sind: Netzbetrieb einer von der Gemeinde geschaffenen Breitband-Infrastruktur, die Verpachtung des Plakatschlags im öffentlichen Raum, Betrieb von Parkplätzen durch private Dritte, Altkleidersammlungen¹⁴.

Die Vergabearten sind somit wie folgt zu unterscheiden:

Nationale Vergabeverfahren	Europaweite Vergabeverfahren
Öffentliche Ausschreibung	Offenes Verfahren
Beschränkte Ausschreibung ohne / mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb	Nichtoffenes Verfahren
Freihändige Vergabe ohne / mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb	Verhandlungsverfahren

ausschließlich elektronisches offenes Vergabeverfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Spezifikationen den Anforderungen des Auftraggebers genügen.

Sektorenbeauftragte: Auftraggebern stehen, soweit sie auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung.

In-House-Vergaben

Die im März 2014 bekannt gegebene Ver-

Wertgrenzen für die Vergabearten

Die VOB enthält folgende Wertgrenzen für die Anwendung der Vergabearten der

⁹ Nr. 4.3 MRöA.

¹⁰ Nr. 4.5 MRöA.

¹¹ Nr. 4.4 MRöA.

¹² Nr. 4.5 MRöA.

¹³ Weitere Details dazu siehe Portz, Auswirkungen der neuen EU-Vergaberichtlinien auf die Kommunen: Eine kritische Würdigung, in Die Gemeinde 3/2014.

¹⁴ Weitere Details dazu siehe Portz, Auswirkungen der neuen EU-Vergaberichtlinien auf die Kommunen: Eine kritische Würdigung, in Die Gemeinde 3/2014

beschränkten Ausschreibung und der Freihändigen Vergabe¹⁵.

Beschränkte Ausschreibung kann erfolgen bis zu folgendem Auftragswert der Bauleistung ohne Umsatzsteuer¹⁶:

- 50.000 Euro für Ausbaugewerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung
- 150.000 Euro für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau
- 100.000 Euro für alle übrigen Gewerke.

Die VOL enthält die Definition des Direktkaufs: Leistungen mit einem voraussichtlichen Auftragswert von 500 Euro (ohne Umsatzsteuer) können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne ein Vergabeverfahren beschafft werden¹⁷. In Schleswig-Holstein bestimmt § 9 Landesverordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung – SHVgVO, GVOBl. 2013, 439):

Bis zum 31. Dezember 2015 gelten folgende Wertgrenzen, die sich auf den Gesamtauftragswert beziehen:

1. die beschränkte Ausschreibung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A ist zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 100.000 Euro;
2. die freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 VOL/A ist zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 100.000 Euro;
3. eine beschränkte Ausschreibung gemäß § 3 Abs. 3 VOB/A ohne Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs ist zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 1.000.000 Euro;
4. eine freihändige Vergabe gemäß § 3 Abs. 5 VOB/A ist zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes in Höhe von 100.000 Euro;
5. der Verzicht auf eine Bekanntmachung ist zulässig unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 100.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und unterhalb eines geschätzten Auftragswertes von 1.000.000 Euro bei Bauaufträgen.

Vergabegrundsätze

Die in § 97 GWB formulierten Vergabegrundsätze gelten über die Basisparagrafen von VOB/A und VOL/A auch bei Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte:

- Wettbewerbsgrundsatz
- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Grundsatz der losweisen Vergabe
- Gebot der Wirtschaftlichkeit.

Der Wettbewerbsgrundsatz verlangt, dass in einem formalisierten und transparenten Verfahren möglichst vielen Bietern die Gelegenheit gegeben wird, ihre Leistungen anzubieten. Deshalb haben die Öffentliche Ausschreibung und das Offene Verfahren den Vorrang vor den weiteren Vergabearten.

Das Gleichbehandlungsgebot gebietet, alle Bieter gleich zu behandeln, und verbietet, vergabefremde Kriterien anzuwenden. Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen vergeben werden (§ 97 Abs. 4 GWB). Der öffentliche Auftraggeber hat die Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreu und Zuverlässigkeit der Bewerber/Bieter sorgfältig zu prüfen, wobei ihm ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben muss die Eignung vor Aufforderung zur Angebotsabgabe geprüft werden. Bei Öffentlichen Ausschreibungen erfolgt die Prüfung im Rahmen der Wertung der Angebote.

Vorbefassung/Projektanten. Hat ein Unternehmen vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt, so hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Unternehmens am Vergabeverfahren nicht verfälscht wird¹⁸.

Der Grundsatz der losweisen Vergabe ist aus mittelstands- und wettbewerbspolitischen Gründen notwendig. Die bisherige Mittelstandsklausel im GWB wurde durch die Novelle 2009 insoweit verstärkt, als eine Losvergabe stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Umfangreiche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sind somit möglichst nach Losen – nach Teillosen bzw. nach Fachlosen – zu vergeben:

- Damit sich auch Unternehmen der mittelständischen Wirtschaft entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit um Aufträge bewerben können, sind umfangreiche Leistungen in Lose zu teilen und nach Losen zu vergeben – Teillose –, soweit dies technisch und in der Abwicklung möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.
- Bauleistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebranchen sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben – Fachlose –¹⁹.

Die ausnahmsweise Zusammenfassung mehrerer oder sämtlicher Fachlose bei einem Bauvorhaben ist nur zulässig, wenn dies aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen Vorteile bringt²⁰.

Zur Anregung technischer Entwicklungen sollen Nebenangebote zugelassen werden; in geeigneten Fällen soll auf die gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots verzichtet werden²¹.

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit verlangt, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen – also nicht auf das billigste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB, § 16

Abs. 6 Nr. 3 VOB/A). In VOB/A und VOL/A wird ausdrücklich klargestellt, dass der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist bzw. auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden darf²². Spekulationspreise berechtigten bzw. verpflichten zum Ausschluss des Angebots. Bei Angeboten, die 10 Prozent unter dem preislich folgenden Angebot bzw. der eigenen Preisschätzung liegen, erfolgt eine Prüfung auf die Angemessenheit des Preises.

Soweit die Leistungsbeschreibung dies vorsieht, kommen als Zuschlagskriterien auch Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und -frist für die Lieferung bzw. die Ausführung der Bauleistungen in Betracht²³.

Diese Kriterien müssen – um bei der Wertung berücksichtigt werden zu können – in der Ausschreibung, also im Leistungsverzeichnis, bereits genannt werden. Eine Diskussion über Wertungskriterien erst bei der Vergabeentscheidung ist zu spät.

Ortsansässige Unternehmen

Im Hinblick auf die Förderung des Wohls der Einwohner wird in den kommunalen Gremien regelmäßig darüber diskutiert, ob öffentliche Aufträge möglichst den lokal ansässigen Unternehmen zugute kommen sollten. Auch die auf Grund des Konjunkturpakets II eingeführten gegenüber bisher wesentlich höheren Wertgrenzen haben selbst in großen Städten zur Forderung nach bevorzugter Vergabe an die örtlichen mittelständischen Unternehmen geführt. Es wird also überlegt, bei beschränkter Ausschreibung den Kreis der für die Aufforderung zu Angebotsabgabe ausgewählten Unternehmen vorzugsweise aus örtlichen oder ortsnahen Anbietern zu bilden.

Derartige Überlegungen stehen grundsätzlich nicht in Einklang mit den vergaberechtlichen Grundsätzen, wonach

¹⁵ Vereinfachung des Vergaberechts im Zusammenhang mit dem Konjunkturpaket II – höhere Wertgrenzen:

Nachdem die Bundesregierung am 27.01.2009 zur Beschleunigung von Investitionen beschlossen hat, die Vergabeverfahren des Bundes für die Jahre 2009 und 2010 zu vereinfachen, wurden für die öffentlichen Auftraggeber zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge abweichende Wertgrenzen eingeführt.

¹⁶ § 3 Abs. 3 Nr. 1 VOB.

¹⁷ § 3 Abs. 6 VOL/A.

¹⁸ Nr. 10.2 MRöÄ.

¹⁹ Siehe auch Nr. 5.2 MRöÄ.

²⁰ Nr. 5.3 MRöÄ.

²¹ Nr. 7 MRöÄ.

²² § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A.

²³ § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A.



Die Präventionskampagne für einen gesunden Rücken

„Denk an mich. Dein Rücken“

Prävention lohnt sich – auch finanziell. Das zeigt eine Studie der gesetzlichen Unfallversicherung, für die 300 Unternehmen aus 15 Ländern befragt wurden. Ergebnis: Ein Unternehmen, das einen Euro pro beschäftigter Person und Jahr in Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz investiert, kann mit einem potenziellen ökonomischen Erfolg („Return on Prevention“) in Höhe von 2,20 Euro rechnen. Besonders deutlich wird der Nutzen betrieblicher Prävention beim Thema Rückenbeschwerden. Sie gelten als Volkskrankheit Nummer eins und sind für die Unternehmen mit hohen Folgekosten verbunden. Zum Beispiel durch Arbeitsausfall: Fast 25 Prozent aller Arbeitsunfähigkeitstage eines Jahres entfallen auf Muskel-Skelett-Erkrankungen. Der Bereich der öffentlichen und privaten Dienstleistungen ist dabei – im Hinblick auf die absoluten Zahlen – am stärksten betroffen, gefolgt vom produzierenden Gewerbe. Für rund 24.000 Beschäftigte sind Rückenbeschwerden noch folgenreicher – sie müssen deshalb ihre Erwerbstätigkeit vorzeitig aufgeben. Es gehen Fachkräfte mit wertvoller Berufserfahrung verloren. Als Ersatz muss kurzfristig Nachwuchs gewonnen und ausgebildet werden.

Aber auch Beschäftigte, die trotz wiederkehrenden Rückenschmerzes zur Arbeit gehen, sind für Unternehmen kein Gewinn. Denn Schmerzen und Unwohlsein schmälern die Qualität der Arbeit. Fazit: Rund 16 Milliarden Euro betrug allein 2010 der Ausfall an Bruttowertschöpfung durch Krankheiten des Muskel-Skelett-Systems und Bindegewebes.

Was können Unternehmerinnen und Unternehmer tun, um diesen Kosten vorzubeugen? Hier bieten Berufsgenossenschaften und Unfallkassen gemeinsam mit ihren Partnern, der Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau sowie der Knappschaft, konkrete Unterstützung an: Seit 2013 läuft die aktuelle Präventionskampagne „Denk an mich. Dein Rücken“. Sie wendet sich unmittelbar an Arbeitsschutzverantwortliche in Unternehmen, die dazu beitragen können, arbeitsbedingte Rückenbelastungen zu reduzieren.

So vielfältig die Ursachen der Rückenbeschwerden sind, so unterschiedlich sind auch die Möglichkeiten der Vorbeugung. Die Prävention kann ebenso in einer Verbesserung der Arbeitsbedin-



gungen liegen wie in der Unterstützung eines gesundheitsförderlichen Verhaltens der Beschäftigten. Denn ein gesunder Rücken will weder unter- noch überfordert werden. Eine Gefährdungsbeurteilung hilft dabei, Risiken im Betrieb aufzudecken und Belastungsschwerpunkte zu erkennen.

Die Kampagne „Denk an mich. Dein Rücken“ vermittelt das nötige Wissen für einen gesunden Rücken. Sie gibt Tipps und Ratschläge zu Präventionsmöglichkeiten in Betrieben. Weitere Informationen für Unternehmerinnen und Unternehmer unter: www.aeinruecken.at

bei der Auftragsvergabe kein Unternehmen diskriminiert werden darf, vielmehr alle Unternehmen ohne Rücksicht auf ihren Sitz gleich zu behandeln sind und der Wettbewerb insbesondere nicht auf regionale oder örtliche Bewerber beschränkt werden darf. Diese Grundsätze hängen insbesondere auch mit dem Diskriminierungsverbot im EU-Vertrag zusammen, das jede Art von Beschränkung des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge auf bestimmte Orte oder Regionen verbietet.

Ortskenntnis, vorangegangene Beauftragungen und schnelle Verfügbarkeit des Unternehmens (z.B. bei Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten) sind nur dann zu berücksichtigen, wenn sie im Einzelfall infolge von Besonderheiten des Auftrags für eine ordnungsgemäße Erfüllung entscheidend sind – alle Kriterien sind bereits in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen.

Aufklärungsgespräch mit Bietern

Bei Ausschreibungen darf der Auftraggeber nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen²⁴. Die Ergebnisse solcher Aufklärungen sind geheim zu halten und sollen in Textform niedergelegt werden. Verweigert ein Bieter die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so kann sein Angebot unberücksichtigt bleiben.

Verzicht auf Sicherheitsleistungen²⁵

Auf Sicherheitsleistung soll ganz oder teilweise verzichtet werden, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten. Unterschreitet die Auftragssumme 250.000 Euro ohne Umsatzsteuer, ist auf Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung und in der Regel auf Sicherheitsleistung für die Mängelansprüche zu verzichten. Bei Beschränkter Ausschreibung sowie bei Freihändiger Vergabe sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden²⁶.

Transparenz und Dokumentation der Vergabeverfahren

Die VOB enthält hohe Anforderungen an die Ex-ante- und Ex-Post-Transparenz sowie an die Dokumentation des Vergabeverfahrens:

- Ab einem Auftragswert von 25.000 Euro müssen die Vergabestellen im Internet über beabsichtigte beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb berichten²⁷.
- Das Vergabeverfahren ist zeitnah zu dokumentieren, wobei der Mindestinhalt der Dokumentation dann 10 Punkte umfasst²⁸.
- Nach Zuschlagserteilung hat die Vergabestelle bei Auftragswerten ab 25.000 Euro (beschränkte Ausschrei-

bungen ohne Teilnahmewettbewerb) bzw. 15.000 Euro (freihändige Vergabe) im Internet über die Auftragserteilung zu informieren; diese Informationen müssen 6 Monate vorgehalten werden²⁹.

Generalübernehmer

Unternehmen, die die Planung, Koordination und Finanzierung von Bauvorhaben insgesamt übernehmen, die aber selbst keine Bauleistungen gewerbsmäßig ausführen (Generalübernehmer), dürfen am Wettbewerb um die Vergabe von Bauleistungen nicht beteiligt werden³⁰.

Baubetreuungsunternehmen dürfen mit der Planung, Koordination und Finanzierung nur beauftragt werden, wenn

- baufachliche, technische, personelle oder organisatorische Gründe dies erfordern,
- dem öffentlichen Auftraggeber alle wichtigen Entscheidungen insbesondere über Planungs- und Vergabeanlagen (z. B. Wahl des Vergabeverfahrens, Auswahl der Bewerber, Zuschlagerteilung) vorbehalten bleiben,
- das Unternehmen verpflichtet wird, die für den öffentlichen Auftraggeber geltenden Vorschriften (z.B. VOB/A, VOL/A, MRöA, HOAI)³¹.

Generalunternehmer

Einem Unternehmer kann die Herstellung eines Bauwerks mit sämtlichen erforderlichen Bauleistungen als Generalunternehmer insgesamt übertragen werden, wenn er wesentliche Teile, im Allgemeinen mindestens ein Drittel, selbst ausführt³².

Nach den Erfahrungen der Gemeindeprüfungsanstalt Baden-Württemberg führen Vergaben an Generalunternehmer in der Regel zu höheren Preisen als die Vergabe nach Fachlosen. Die kommunale Praxis sieht dies differenzierter und vergibt durchaus an Generalunternehmer.

Nachunternehmer

In den Verdingungsunterlagen ist vorzuschreiben, dass der Auftragnehmer für den Fall, dass er Bauleistungen oder sonstige Leistungen an Unterauftragnehmer vergeben will, Folgendes zu beachten hat: Angabe der an den Nachunternehmer zu vergebenden Leistungen, Pflicht zur Heranziehung der mittelständischen Wirtschaft, Vorrang des Wettbewerbs, keine Benachteiligung der mittelständischen Wirtschaft, bestimmte Vergabevorschriften sind zum Vertragsinhalt zu machen, keine ungünstigeren Bedingungen (insbesondere der Zahlungsweise, Mängelansprüchen und Vertragsstrafe) auferlegen, Hinweis auf den Charakter als öffentlicher Aufträge, auf Verlangen erbringen der Nachweise für die Beachtung dieser Regelungen³³.

Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

Architekten- und Ingenieurleistungen fallen nicht unter den Begriff der „Bauleistungen“ im Sinne von § 1 VOB/A, sie können daher auch nicht Gegenstand einer Vergabe nach der VOB sein; sie werden nach den Kriterien Sachkunde und Leistungsfähigkeit vergeben. Ab dem EU-rechtlichen Schwellenwert von 207.000 Euro ist die VOF anzuwenden. Architekten- und Ingenieurleistungen sind hinsichtlich der Entgelte unter Beachtung der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten- und Ingenieure – HOAI) zu vergeben³⁴.

Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der EG-Schwellenwerte gibt es keinen spezifischen Primärrechtsschutz³⁵. Die unterschiedliche Behandlung von unter- und überschwelligen Aufträgen ist sachlich gerechtfertigt, zumal bei Beschaffungen durch die öffentliche Hand auch das Ziel der Gewährleistung eines wirtschaftlichen Einkaufs gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 2006 entschieden, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht eröffnet ist³⁶. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte unterliegen nach wie vor ausschließlich den haushaltsrechtlichen Bestimmungen. Vergabeentscheidungen können nicht zur Überprüfung vor die Verwaltungsgerichte gebracht werden³⁷; möglich ist einstweiliger Rechtsschutz vor den Zivilgerichten.

²⁴ § 15 Abs. 1 Nr. 1 VOB.

²⁵ Nachfolgend Wortlaut von § 9 Abs. 7 VOB.

²⁶ Dieser Auftragswert entspricht Nr. 9.1.2 MRöA und dem Kommunalen Vergabehandbuch – Bau – Baden-Württemberg.

²⁷ § 19 Abs. 5 VOB.

²⁸ § 20 Abs. 1 VOB.

²⁹ § 20 Abs. 3 VOB. Bei Anwendung der VOL gilt dies nach § 19 Abs. 2 VOL/A für Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und bei Freihändiger Vergaben für die Dauer von 3 Monaten.

³⁰ Nr. 10.3 MRöA.

³¹ Nr. 10.3 MRöA.

³² Nr. 10.4 MRöA.

³³ Nr. 10.5 MRöA.

³⁴ HOAI vom 10.07.2013, BGBl. I S. 2276.

³⁵ Versuche, über die Zivilgerichte einen Rechtsschutz zu erreichen, sind bisher weitgehend gescheitert. In der Legislaturperiode des Bundestags 2009 bis 2013 sollte ein Rechtsschutz für den Unterschwellenbereich geschaffen werden: „Zur Reform des Vergaberechts wird ein wirksamer Rechtsschutz bei Unterschwellenaufträgen gehören. Ein Gesetzentwurf für das reformierte Vergaberecht wird bis Ende 2010 vorgelegt.“ (Koalitionsvertrag 2009, Zeilen 435 bis 437). Im aktuellen Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 ist dies nicht angesprochen.

³⁶ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03.

³⁷ Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 2.5.2007 – 6 B 10.07.

Unabhängig davon kann der Bieter Sekundäransprüche bzw. zivilrechtliche (Schadensersatz-)Ansprüche aus einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis geltend machen. Die Höhe des Schadensersatzanspruchs bemisst sich entweder am negativen Interesse (also den Kosten für die Angebotserstellung) oder am positiven Interesse (entgangenem Gewinn). Dieses positive Interesse kann nur dann geltend gemacht werden, wenn der Zuschlag auf das Angebot einem andern Bieter erteilt wurde, während bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens das Angebot zwingend auf den Bieter hätte erteilt werden müssen, der den Schadensersatz fordert. Die Verletzung von Rücksichtnahmepflichten durch Missachtung von Vergabevorschriften führt regelmäßig zu einem Schadensersatzanspruch³⁸.

Informations- und Wartepflicht (§ 101a GWB)³⁹

Der Vergabestelle obliegt bei europarechtlichen Ausschreibungen eine Informations- und Wartepflicht gegenüber den Bietern, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen. Der Vertrag über die zu vergebende Leistung darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden⁴⁰.

Für rein nationale Vergabe gibt es eine solche Vorab-Informations- und Wartepflicht nicht. Bei berücksichtigten Bewerbungen und Angeboten besteht im Rahmen der VOB eine nachträgliche Informationspflicht.

Rechtsschutz bei Vergaben ab Schwellenwert – Nachprüfungsverfahren bei Vergaben nach dem GWB (§§ 102 ff. GWB)

Die Zahl der Vergabefälle ab den oben genannten EU-rechtlichen Schwellenwerten liegt bei etwa 2 bis 3 Prozent, d.h. etwa 97 Prozent der Vergabeverfahren sind nur nach dem nationalen Vergaberecht durchzuführen; volumenmäßig dürften es im europaweiten Ausschreibungsverfahren um die 30 bis 40 Prozent sein. In der Diskussion um die Reform und die Bedeutung des Vergaberechts geht es regelmäßig um die Rechtsvorschriften und die Vergabeverfahren ab der EU-rechtlichen Schwellenwerte. Dies wird in der Diskussion meist nicht ausreichend beachtet mit der Folge, dass die meisten Vergabeverfahren in den Gemeinden davon überhaupt nicht betroffen sind.

Das Nachprüfungsverfahren sieht die Nachprüfung durch Vergabekammern des Bundes und der Länder in einer ersten Instanz vor. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern ist in zweiter Instanz die sofortige Beschwerde beim zuständigen Oberlandesgericht vorgesehen. Die Prüfungsmöglichkeiten der kommunalen Aufsichtsbehörden bleiben

unberührt. Deren Tätigkeit ist jedoch kein formeller Bestandteil des Nachprüfungsverfahrens.

Die Vergabekammern sind zuständig für die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 104 Abs. 1 GWB). Den Vergabekammern ist damit die ausschließliche Zuständigkeit für die Vergabeverfahren zugeordnet. Die Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, können nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Demnach sind vorbeugende Unterlassungsansprüche und ihre Durchsetzung mittels einer einstweiligen Verfügung unzulässig. Allerdings bleiben die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Befugnisse der Kartellbehörden unberührt (§ 104 Abs. 3 GWB).

Das Verfahren vor der Vergabekammer wird durch einen schriftlichen Antrag, der unverzüglich zu begründen ist, eingeleitet (§§ 107, 108 GWB). Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das Interesse an dem in Rede stehenden Auftrag hat und die Verletzung seiner Rechte durch Nichtbeachtung der Vergabevorschriften geltend macht. Zu berücksichtigen ist, dass ein Antrag unzulässig ist, wenn ein erkannter Vergabeverstoß nicht im vorangegangenen Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber gerügt wurde. Verfahrensbeteiligte sind der Antragsteller und der Auftraggeber sowie dritte Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung der Vergabekammer schwerwiegend berührt würden.

Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen (Untersuchungsgrundsatz, § 110 GWB). Die Vergabekammer ist berechtigt, die Vergabeakten des Auftraggebers anzufordern, die von diesem sofort zur Verfügung zu stellen sind. Die am Verfahren Beteiligten können die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. Die Einsicht ist nur dann zu versagen, wenn aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, die Versagung geboten ist. Um hier eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, hat jeder Beteiligte bei der Übersendung seiner Unterlagen auf Geheimnisse hinzuweisen und entsprechende Unterlagen kenntlich zu machen (§ 111 Abs. 2 und 3 GWB).

Die Vergabekammer entscheidet aufgrund einer mündlichen Verhandlung (§ 112 GWB). Für die Tätigkeit der Vergabekammer gilt der Beschleunigungs-

grundsatz (§ 113 GWB). Dies bedeutet, dass eine schriftliche Entscheidung der Vergabekammer innerhalb von fünf Wochen nach Antragseingang zu treffen ist. Die Vergabekammer entscheidet darüber, ob eine Rechtsverletzung vorliegt oder nicht; sie kann Maßnahmen treffen, um Schädigungen zu beseitigen oder die Schädigung der Interessen der Beteiligten zu verhindern (§ 114 GWB). Allerdings kann ein einmal erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden. Nach Zuschlagerteilung ist wie bisher die Feststellung möglich, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

Für Amtshandlungen der Vergabekammer werden Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwands erhoben (§ 128 GWB). Die Mindestgebühr beträgt 2.500 Euro. Die Höchstgebühr liegt bei 50.000 Euro, kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu 100.000 Euro erhöht werden. Die Kostentragung ist nun wie folgt geregelt (§ 128 Abs. 3 und 4 GWB): Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, hat der Antragsteller die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen. Aus Gründen der Billigkeit kann von der Erhebung der Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden.

Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde beim Vergabesenat des für den Sitz der Vergabekammer zuständigen OLG (siehe § 116 GWB). Das OLG kann auch angerufen werden, wenn eine Vergabekammer nicht fristgerecht die Nachprüfung durchgeführt hat. Die Rechtsmittelfrist beträgt zwei Wochen nach der Zustellung der Entscheidung bzw. nach Ablauf der Frist für das Nachprüfungsverfahren. Sie sofortige Beschwerde ist schriftlich und mit Begründung einzureichen. Erwähnenswert ist ferner, dass eine Anwaltpflicht besteht; eine Ausnahme gilt hier nur für juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde führt zu einer aufschiebenden Wirkung, und zwar bis zu zwei Wochen nach Ablauf der Beschwer-

³⁸ BGH, Urteil vom 09.06.2011 – X ZR 143/10 –, Anwendung von vergaberechtswidrigen Vergabekriterien, geltend gemachter Schaden in Höhe von Rechtsanwaltskosten.

³⁹ i.d.F. des Gesetzes vom 20.04.2009 (BGBl. I S. 790).

⁴⁰ bisher Vor-Informationspflicht nach § 13 Vergabeverordnung mit 14 Kalendertagen.

defrist; soweit ein Nachprüfungsauftrag von der Vergabekammer abgelehnt worden ist, kann die aufschiebende Wirkung bis zur endgültigen Entscheidung des Vergabesenats verlängert werden. Eine ausgesprochene Untersagung des Zuschlags durch die Vergabekammer bleibt in jedem Fall wirksam.

Schadenersatzansprüche nach GWB

Gesetzlich geregelt ist der Schadenersatz bei Rechtsmissbrauch (§ 125 GWB) und der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (§ 126 GWB).

Erweist sich der Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens oder die ungerechtfertigte sofortige Beschwerde

als unbegründet, ist der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Missbrauch des Antrags- oder Beschwerde-rechts entstanden ist (§ 125 Abs. 1 GWB).

Die Reform des EU-Vergaberechts – Auswirkungen auf die Kommunen

Dr. Sönke E. Schulz*

I. Einführung

Am 28.03.2014 wurden im Amtsblatt der Europäischen Union die umfassend überarbeitete allgemeine Vergabe- und Sektorenrichtlinie sowie die neue Konzessionsrichtlinie veröffentlicht¹. Damit endet eine langjährige Reformdebatte auf europäischer Ebene, die 24-monatige Umsetzungsfrist für den nationalen, in Deutschland den Bundesgesetzgeber beginnt hingegen erst. Insofern wird es in den nächsten Jahren zu einer umfassenden Anpassung der §§ 97 ff. GWB kommen; spannend ist insofern, wo die Vergabe von (Dienstleistungs-)Konzessionen verortet wird, zumal auch in anderen spezielleren Gesetzen Vorgaben zur Ausschreibung von Konzessionen zu finden sind (bspw. § 46 EnWG²). Die Reform des Vergaberechts wird nicht nur wegen der Konzessionsrichtlinie, die im Kontext kommunaler Daseinsvorsorge von Bedeutung ist³, sondern auch angesichts der erstmaligen gesetzeförmigen Erfassung der sog. Inhouse-Vergabe als Ausnahme von der generellen Ausschreibungspflicht erhebliche Auswirkungen auf den kommunalen Bereich haben. Die lange Diskussion in Rechtsprechung und Wissenschaft zur Einordnung der interkommunalen Kooperation als Organisation auf der einen oder Beschaffung auf der anderen Seite, ist damit zwar nicht entschieden, die geschriebene Regelung (die für die letztgenannte Sichtweise spricht) ist aber geeignet, Rechtssicherheit zu schaffen. Auch der nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit staatlicher Stellen, vor allem angesichts der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ vielfältig diskutiert⁴, wird ein Rechtsrahmen gegeben. Die nachfolgende Darstellung will einen ersten Überblick geben, kann aber weder die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber vorhersehen und bewerten, noch alle Detailfragen, die unter Umständen erst aus Umsetzung und Anwendung resultieren, analysieren.

Nach einem kurzen Überblick über das Rechtsetzungsverfahren auf europäischer Ebene (II.) werden die wesentlichen Inhalte der drei Richtlinien dargestellt (III.), um nachfolgend auf einige kommunal-relevante Fragestellungen näher einzugehen (IV.).

II. Verfahrensgang

Bereits seit 2011 wurde basierend auf einer Grünbuch-Konsultation der Europäischen Kommission die Modernisierung des EU-Vergaberechts vorbereitet. Ziele der Novellierung sind eine Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren, eine Erweiterung der elektronischen Vergabe sowie die Verbesserung des Zugangs für kleine und mittlere Unternehmen zu den Vergabeverfahren. Auch sollen künftig strategische Aspekte zur Erreichung der sog. Europa 2020-Ziele (insbesondere soziale und umweltpolitische Ziele) stärker berücksichtigt werden. Zudem werden erstmals gesetzliche Regelungen zur öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit eingeführt.

Die Vertreter des Europäischen Parlaments, des Rates und der Europäischen Kommission haben sich am 25.06.2013 im Rahmen des sog. Trilog-Verfahrens auf die wesentlichen Eckpunkte geeinigt. Während die allgemeine Vergaberichtlinie und die Sektorenrichtlinie vorhandene Richtlinien ersetzen, ist die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen ein neuer Rechtsakt. Durch diesen soll bei der Vergabe von Konzessionen die Rechtssicherheit erhöht und der Wettbewerb gestärkt werden. Sie erfasst, anders als der ursprüngliche Vorschlag der EU-Kommission, den Wassersektor nicht mehr⁵. In seiner Sitzung vom 15.01.2014 hat das Europäische Parlament schließlich den Entwürfen für eine Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber, für eine Sektorenrichtlinie und für eine Richtlinie für die Vergabe von Konzessionen zugestimmt. Damit war der Weg frei für

eine Beschlussfassung im Rat der Europäischen Union am 11.02.2014. Die Richtlinien treten zwanzig Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt am 28.03.2014 in Kraft (Art. 93). Damit beginnen auch die Umsetzungsfristen, die – bis auf den Bereich der E-Vergabe – 24 Monate betragen. Noch nicht abgeschlossen ist das Gesetzgebungsverfahren für den Legislativvorschlag zum Zugang von Drittstaaten zu EU-Beschaffungsmärkten⁶. Die erforderliche Umsetzung des neuen EU-Vergaberechts soll auf nationaler Ebene dazu genutzt werden, um Vergabeverfahren auch in Deutschland einfacher, flexibler und anwenderfreundlicher zu gestalten (Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie). Gleichzeitig soll die Rechtssicherheit für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber erhöht werden. Die Möglichkeit, soziale und ökologische Aspekte im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, soll gestärkt werden. Die Vergaberichtlinien sind bis April 2016 in deutsches Recht umzusetzen; die federführende Zuständigkeit liegt beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie.

III. Überblick über die Reforminhalte

Während die allgemeine Vergaberichtlinie und die Sektorenrichtlinie jeweils die Vor-

* Dr. Sönke E. Schulz ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag auf dem 18. Schleswiger Forum zum Öffentlichen Recht am 20.06.2014 im Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht.

¹ ABLEU L 94 S. 1 ff., 65 ff. 243 ff.

² Dazu jüngst umfassend Brüning u. a., Die Rolle der Kommunen bei der Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG, 2013; vgl. auch BGH, ZNER 2014, 168 ff.

³ Zur kommunalen Daseinsvorsorge im Spannungsverhältnis zum europäischen Recht Schulz, Die Gemeinde SH 2010, 214 ff.

⁴ EuGH, NVwZ 2009, 898 ff. – Stadtreinigung Hamburg; dazu statt Vieler Raabe, VergabeR 2012, 697 ff.; Hertwig/Lamm, KommJur 2009, 274 ff.; Brüning, DVBl 2009, 1539 ff.

⁵ Zur kontroversen Diskussion zum Wassersektor Merkel, Kommunalpraxis Bayern 2013, 10 f.; Rühle, BWGZ 2013, 296 f.

⁶ Dazu Schäfer, VergabeR 2014, 266 ff.

gängervorschriften ablösen, waren die (Dienstleistungs-)Konzessionen bisher nicht sekundärrechtlich erfasst, ihre Vergabe richtete sich nach der Rechtsprechung des EuGH und nationaler Gerichte nach primärrechtlichen Grundsätzen. Die ausdrückliche Erfassung in einer eigenen Richtlinie trägt den Besonderheiten Rechnung und ist geeignet, die Rechtssicherheit nachhaltig zu erhöhen.

1. Neufassung der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe

Die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe ersetzt die Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG). Neben den nachfolgend detailliert beschriebenen Vorgaben zur Inhouse-Vergabe und zur nicht-institutionalisierten Kooperation finden sich vor allem folgende Veränderungen:

- Art. 31 etabliert mit der sog. Innovationspartnerschaft eine neue Verfahrensart. Ziel sind die Entwicklung und der anschließende Kauf eines innovativen Produkts (Liefer-, Dienst- oder Bauleistung). Dadurch soll die Notwendigkeit eines erneuten Vergabeverfahrens für den Kauf, welcher der Entwicklung nachfolgt, vermieden werden. Der Ablauf des Verfahrens entspricht im Wesentlichen dem Verhandlungsverfahren.
- Die bislang vorhandene Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen wird aufgegeben. Dennoch unterliegen „soziale und andere besondere Dienstleistungen“ weiterhin einem abgeschwächten Vergaberegime (Art. 74 ff.). Der Schwellenwert liegt bei 750.000 Euro und es werden lediglich rudimentäre Verfahrensvorgaben gemacht. Der Katalog der sozialen und besonderen Dienstleistungen wurde reduziert; eine Generalklausel für „sonstige Dienstleistungen“ fehlt.
- Im Bereich der Eignungskriterien (Art. 57 ff.) wird festgelegt, dass grundsätzlich kein Mindestumsatz von Bietern gefordert werden darf, der den geschätzten Auftragswert um das zweifache übersteigt – es sei denn, es liegen spezielle, mit der Wesensart des Auftrags einhergehende Risiken vor. Zum anderen wird eine „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ eingeführt, die auf der Grundlage eines Standardformulars elektronisch erstellt werden soll.
- Die Regelung über die Zuschlagskriterien (Art. 67) wurde weitgehend angepasst. Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ ist zukünftig der alleinige Oberbegriff für die Zuschlagserteilung. Es bleibt jedoch nach wie vor möglich, den Preis als einziges Zuschlagskriterium zu wählen. Da künftig auch Organisation, Qualifikation und Erfah-

ung des vom Bieter eingesetzten Personals gewertet werden dürfen, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“, wird die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht mehr aufrechterhalten.

- Art. 72 sieht erstmals eine explizite Regelung von Vertragsänderungen vor. Die Anforderungen an die Zulässigkeit orientieren sich dabei an der „Presse-text“-Entscheidung des EuGH⁷.
- Die Schwellenwerte bleiben unverändert (Art. 8) und sollen alle zwei Jahre überprüft werden (Art. 9).

2. Neufassung der Richtlinie für Sektorauftraggeber

Die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste führt die bisherigen Regelungen der Sektorenrichtlinie fort. Ziel ist ebenfalls die Erhöhung der Rechtssicherheit, zum Teil durch die Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH. Wo die Besonderheiten der Sektoren nicht entgegenstehen, sind die Vorgaben an die der allgemeinen Vergaberichtlinie angelehnt. Die Sektorenrichtlinie bleibt *lex specialis* für die Auftragsvergabe, sofern die Bereiche Gas, Wärme, Elektrizität und Wasser, Verkehrsleistungen, Häfen und Flughäfen, Postdienste, die Förderung von Öl und Gas sowie die Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen betroffen sind.

3. Konzessionsrichtlinie

Bisher war lediglich die Vergabe von Baukonzessionen vom europäischen (Art. 56 ff. VKR) und deutschen Vergaberecht (§ 99 Abs. 6 GWB) erfasst. Nunmehr erweitert die Konzessionsrichtlinie den Anwendungsbereich des sekundärrechtlichen europäischen Vergaberechts auch auf die sog. Dienstleistungskonzessionen. Dies sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (vgl. nunmehr Art. 5 Nr. 1 der Konzessionsrichtlinie). Konsequentermaßen wurden beide Arten der Konzessionen in einer Richtlinie und mit weitgehend einheitlichen Regelungen zusammengeführt. Erfasst werden daher bspw. auch der Netzbetrieb und die Einspeisung von Gas, Wärme und Elektrizität, der Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit in den Bereichen Schienenverkehr, die Nutzung von Terminalanlagen für Luft-, See- oder Binnenschiffahrts-Verkehrsunternehmen, Flughäfen, See- oder Binnen-

häfen oder andere Terminaleinrichtungen sowie Tätigkeiten im Zusammenhang mit Postdiensten. Neben allgemeinen Ausnahmen wurden im Verfahren in Art. 12 der Konzessionsrichtlinie „besondere Ausschlüsse im Bereich Wasser“ ergänzt. Der Schwellenwert für die Vergabe von Konzessionen beträgt gem. Art. 8 Abs. 1 der Konzessionsrichtlinie einheitlich (ohne Differenzierung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzessionen) 5.186.000 Euro.

IV. Ausgewählte – kommunalrelevante – Einzelfragen

Kommunalrelevanz hat vor allem die erstmalige Erfassung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit, bei der weitgehend die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifiziert, zum Teil zugunsten staatlicher Stellen erweitert wurden. Einer Regelung zugeführt wurden auch Sonderkonstellationen, bei denen die sog. Teckal- bzw. Inhouse-Kriterien nur bedingt anwendbar sind (bspw. die umgekehrt vertikale Quasi-Inhouse-Vergabe); zudem werden einzelne Aspekte konkretisiert (bspw. die Anforderungen an eine gemeinsame Beherrschung und die Methode zur Berechnung der wesentlichen Tätigkeit für den kontrollierenden Auftraggeber).

1. Inhouse-Vergabe

Bei der sog. Inhouse-Vergabe werden Leistungen innerhalb eines öffentlichen Auftraggebers oder durch eng mit ihm verbundene Körperschaften erbracht. Erste Kriterien für die Beurteilung der Ausschreibungspflicht einer gemeinsamen kommunalen Aufgabenerfüllung hat der EuGH mit der Grundsatzentscheidung in der Rechtssache „Teckal“ im Jahr 1999 geschaffen⁹. Das Vorliegen einer (vergaberechtsfreien) Inhouse-Vergabe sollte demnach auf Grundlage von zwei Kriterien geprüft werden: eine Ausschreibungspflicht entfällt, wenn eine Gebietskörperschaft zwar mit einer rechtlich von ihr verschiedenen juristischen Person eine Vereinbarung über die Erbringung von Leistungen schließt, aber über diese Person eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium). Zugleich muss die kontrollierte Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für den Anteilseigner erbringen (Wesentlichkeitskriterium)¹⁰. Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie

⁷ EuGH, NVwZ 2008, 865 ff. – Presse-text; dazu Krohn, NZBau 2008, 619 ff.

⁸ Kloster, Auftraggebergemeinschaften der öffentlichen Hand, 2009, S. 125.

⁹ EuGH, NZBau 2000, 90 f. – Teckal.

¹⁰ Vgl. statt Vieler die Darstellung der bisherigen Inhouse-Rechtsprechung und -Kriterien bei Erps, Kommunale Kooperationshoheit und europäisches Vergaberecht, 2010.

über die Vergabe öffentlicher Aufträge greift diese Kriterien auf, sodass sie weiterhin für die Beurteilung der Vergabefreiheit institutionalisierter interkommunaler und interstaatlicher Kooperation maßgeblich sind:

Ein von einem öffentlichen Auftraggeber an eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts vergebener öffentlicher Auftrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- (a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus, wie über seine eigenen Dienststellen;
- (b) mehr als 80% der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber ... betraut wurden und
- (c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person,

Die nach dem Teckal-Urteil aufgeworfene Frage, inwiefern das Kontrollkriterium auch bei der Beteiligung privater Dritter an interkommunalen Kooperationen erfüllt sein könnte, hat der EuGH in der Rechtsache „Stadt Halle“ in eindeutiger Weise beantwortet: jede – auch nur minderheitliche – Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, schließt eine ausschreibungsfreie Vergabe aus¹¹. Der EuGH kommt zu dem Schluss, dass das Verhältnis zwischen Unternehmen und Auftraggeber bei einer privaten Beteiligung immer auch von privaten Interessen bestimmt werde und damit wettbewerbliche Vorteile für das beteiligte private Unternehmen nicht ausgeschlossen werden könnten¹². Dieser Grundsatz wird nunmehr in Art. 12 Abs. 1 lit. c) aufgenommen, zugleich aber geringfügig eingeschränkt. Künftig wären – bei Beachtung des Erfordernisses der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ – folgende Beteiligungen möglich: private Beteiligungen auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers, private Kapitalbeteiligungen auf nachgelagerten Ebenen des Auftragnehmers, private Beteiligungen ohne Kapitalbeteiligung (z. B. persönliche Mitgliedschaften) und private Minderheitsbeteiligungen, die gesetzlich vorgesehen sind¹³ (z. B. Private in Zweckverbänden nach § 2 Abs. 2 Satz 2 GkZ SH).

a) Beherrschung

Probleme ergaben sich bei der Beteiligung verschiedener Akteure vor allem hinsichtlich des Erfordernisses der „Beherrschung wie eine eigene Dienststelle“; demgegenüber lässt sich das Wesent-

lichkeitskriterium durch die Geschäftspolitik beeinflussen¹⁴. Das Merkmal „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ wird vom EuGH so ausgelegt, dass der Auftraggeber „unter Berücksichtigung aller Rechtsvorschriften und maßgeblicher Umstände“ sowohl auf die „strategischen Ziele als auch auf die wichtigsten Entscheidungen ausschlaggebenden Einfluss“ nehmen können muss¹⁵. Die Kontrolle muss nicht unmittelbar erfolgen; die Zwischenschaltung von (ebenfalls öffentlich beherrschten) Holdinggesellschaften schadet nicht¹⁶. Für das Kontrollkriterium kann auch auf eine Kontrolle abgestellt werden, die öffentliche Stellen gemeinsam ausüben¹⁷. Der Umstand, dass diese insoweit nur über gesellschaftsrechtliche Entscheidungsbefugnisse und ggf. Mehrheitsbeschlüsse verwirklicht werden kann, hindert die Annahme einer entsprechenden Kontrolle nicht¹⁸. Zwar ist die gesellschaftsrechtliche Struktur allein nicht ausschlaggebend¹⁹, allerdings zieht der EuGH diese stets bei seiner rechtlichen Bewertung heran. So hat er festgestellt²⁰, dass die Voraussetzung selbst in einem Fall, in dem der öffentliche Auftraggeber nur 0,25% des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens hielt, unter bestimmten Umständen erfüllt sein könnte. „Zur Beantwortung dieser Frage [gemeint ist das Kontrollkriterium] ist darauf hinzuweisen, dass der öffentliche Auftraggeber zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Grundkapital einer den Zuschlag erhaltenden Gesellschaft hält, darauf hindeutet – ohne entscheidend zu sein –, dass er über diese Gesellschaft eine Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle ausübt.“²¹ Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung ebenfalls darauf hingewiesen, dass das Kontrollkriterium auch durch interne Regelungen, bspw. Entscheidungsstrukturen, Satzungen usw. gewährleistet werden kann; bloß „symbolische“ oder mittelbare Beteiligungen, bspw. über Verbände u. Ä., dürften wohl kaum ausreichen. Der EuGH präzisierte unlängst, wann Minderheitsgesellschafter noch eine für das Kontrollkriterium ausreichende Kontrolle ausüben könnten. Die öffentlichen Auftraggeber müssten auch tatsächlich zur Kontrolle des Auftragnehmers beitragen können. Deshalb müsse jeder der Beteiligten sowohl am Kapital, also an der Gesellschaft selbst, als auch an den Leitungsorganen der Gesellschaft beteiligt sein²². Nunmehr wird die gemeinsame Beherrschung einerseits als eigenständige Ausnahme von Art. 12 Abs. 3 der allgemeinen Vergaberichtlinie anerkannt:

Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Absatz 1 ausübt, kann

einen öffentlichen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- (a) Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;
- (b) mehr als 80% der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern ... betraut wurden und
- (c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, ...

Andererseits werden die konkreten Anforderungen an einen hinreichenden Einfluss, die sich in ähnlicher Weise schon in der Rechtsprechung herausgebildet hatten, in Art. 12 Abs. 3, 2. Unterabsatz normiert:

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a üben öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;
- ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und
- iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

¹¹ EuGH, NZBau 2005, 111 ff. – Stadt Halle; s. auch v. Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361 (361).

¹² Schulz, in: Glock/Broens (Hrsg.), Organisation des öffentlichen Einkaufs: Grundlagen, rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Fallbeispiele, 2011, S. 101 (113).

¹³ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (44).

¹⁴ Die Schwierigkeiten, den anteiligen Umsatz zu berechnen, haben den europäischen Gesetzgeber veranlasst, in Art. 12 Abs. 5 eine explizite Regelung aufzunehmen.

¹⁵ EuGH, NZBau 2005, 644 ff. – Parking Brixen.

¹⁶ EuGH, NZBau 2007, 381 ff. – Asemfo/Tragsa.

¹⁷ EuGH, NZBau 2009, 54 ff. – Coditel Brabant.

¹⁸ EuGH, NZBau 2009, 54 ff. – Coditel Brabant.

¹⁹ EuGH, NVwZ 2006, 800 ff. – Carbotermo.

²⁰ EuGH, NZBau 2009, 1421 ff. – Sea.

²¹ EuGH, NZBau 2009, 1421 ff. – Sea.

²² EuGH, NZBau 2013, 55 ff. – Econord.

b) Wesentlichkeit

Weitere Voraussetzung eines vergabefreien Inhouse-Geschäfts nach den Teckal-Kriterien ist, dass die beauftragte Institution „im Wesentlichen für den (öffentlichen) Auftraggeber“ arbeitet. Diese Voraussetzung gilt nach der Rechtsprechung des EuGH dann als erfüllt, wenn die Einrichtung insgesamt 90% ihrer Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile innehat²³. Zum Umfang des zulässigen Drittgeschäfts wurden in der nationalen Rechtsprechung sowohl restriktivere als auch weitergehende Ansätze entwickelt²⁴. In Fällen der gemeinsamen Beherrschung ist auf diejenigen Tätigkeiten abzustellen, die für die Gesamtheit der beherrschenden öffentlichen Auftraggeber wahrgenommen werden; Drittgeschäft ist insofern nur die Tätigkeit für Akteure, die keinen – auch nicht gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern – (beherrschenden) Einfluss haben. Dies wird in Art. 12 Abs. 3 lit. b) der Vergaberichtlinie nunmehr explizit klargestellt.

In Kontext des Wesentlichkeitskriteriums führt die Neufassung der Richtlinie zu erheblichen Veränderungen. Das Wesentlichkeitskriterium stellt künftig auf „mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person“ ab. Der europäische Gesetzgeber folgt der insofern zuletzt strengeren Rechtsprechung somit nicht²⁵. Die „Tätigkeiten“ beschränken sich nicht auf die Umsätze der kontrollierten juristischen Person, sondern können sich auch auf „alternative tätigkeitsgestützte Werte, wie z. B. Kosten“ beziehen (Art. 12 Abs. 5). An den Begriff der „Aufgaben“, die der kontrollierten juristischen Person übertragen wurden, werden keine weiteren Anforderungen gestellt. Insbesondere werden keine öffentlichen Aufgaben vorausgesetzt²⁶. Insofern besteht ein Unterschied zum Wortlaut des Art. 12 Abs. 4 im Kontext der nicht-institutionalisierten Zusammenarbeit, die das Zusammenwirken bei öffentlichen Dienstleistungen, im Sinne von außenbezogenen Verwaltungsaufgaben²⁷, nicht Hilfstätigkeiten, voraussetzt. Bei der nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit, bei der die gemeinsame Beherrschung (und damit die Eingliederung in den Konzern) nicht explizit festgestellt werden kann, sollen lediglich echte Organisationsentscheidungen, die zwangsläufig aufgabenbezogen sind, privilegiert werden, während die Eingliederung über (gemeinsam) beherrschte Einrichtungen gerade auch Aufgabenteile, Hilfstätigkeiten und Einzelfunktionen erfassen kann. Bereits im Rahmen der Ermittlung der Wesentlichkeit findet sich – wie auch im Kontext der horizontalen Vergabe zwischen Schwestergesellschaften und der umgekehrt vertikalen Quasi-Inhouse-Vergabe – ein allgemeiner „Konzerngedanke“²⁸, der öffentliche Auftraggeber und die zwar

rechtlich selbstständigen, aber ihm zugeordneten Rechtsträger weit mehr als in der Vergangenheit als Einheit betrachtet. In die Bestimmung des Wesentlichkeitskriteriums sollen gem. Art. 12 Abs. 1 lit. b) der allgemeinen Vergaberichtlinie auch Anteile der Tätigkeiten für andere vom öffentlichen Auftraggeber kontrollierten juristischen Personen einbezogen werden.

2. Umgekehrt vertikale Quasi-Inhouse-Vergabe

Mit der sog. umgekehrt vertikalen Quasi-Inhouse-Vergabe (auch „Bottom-up-Auftragsvergabe“) ist die Konstellation gemeint, dass das beherrschte Unternehmen seinerseits die beherrschende öffentliche Stelle beauftragt. Die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB für Beschaffungen durch das beherrschte (Tochter-)Unternehmen ergibt sich in der Regel aus der Beherrschung und der damit verbundenen Eigenschaft als funktionaler Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB. Die Voraussetzungen einer regulären Inhouse-Vergabe liegen nicht vor: Eine Beherrschung wie eine eigene Dienststelle kann denklösig nur in einer Richtung vorliegen; das Wesentlichkeitskriterium dürfte ebenfalls nicht erfüllbar sein. Teilweise wird dieser umgekehrte Fall nach Sinn und Zweck des Inhouse-Geschäfts dennoch als vergaberechtsfrei angesehen²⁹. Das Inhouse-Privileg finde seine Begründung darin, dass ein Auftrag der Mutter an eine Tochtergesellschaft bei Vorliegen der Inhouse-Kriterien einen rein internen Vorgang darstellt, der den Wettbewerb nicht berührt. Dies gelte in umgekehrter Richtung ebenfalls, da der gleiche interne Bereich betroffen ist. Außerdem bestünden auch in diesem Fall keine zwei unabhängigen Entscheidungsträger³⁰.

Art. 12 Abs. 2 der Vergaberichtlinie nimmt diesen Sachverhalt auf und begründet eine neue sekundärrechtliche Ausnahme von der generellen Ausschreibungspflicht. Voraussetzung ist, dass die kontrollierte juristische Person ihrerseits öffentlicher Auftraggeber und daher ans Vergaberecht gebunden ist, sowie die fehlende private Kapitalbeteiligung auf Seiten des Auftragnehmers, also der beherrschenden öffentlichen Stelle. Die Vergaberechtsfreiheit kann also auseinanderfallen, wenn an der kontrollierenden öffentlichen Stelle Private beteiligt sind. Die Inhouse-Vergabe an die Tochter bleibt davon unberührt, die umgekehrte Vergabe ist hingegen nicht ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Nicht explizit angesprochen ist die Konstellation der gemeinsamen Beherrschung – ob und inwieweit die vergaberechtsfreie Beauftragung aller (gemeinsam) kontrollierenden öffentlichen Stellen („Mütter“) durch die kontrollierte Einrichtung („Tochter“) zugelassen werden kann, bedarf einer Klärung. Gegen diese Annahme spricht aber, dass dadurch letztlich über

den Umweg der gemeinsamen Beherrschung die (mangels Beherrschung) nicht zulässige freihändige Vergabe zwischen mehreren „Müttern“ realisiert werden könnte.

3. Vergabe zwischen Schwestergesellschaften

Vergleichbar kontrovers wurde bisher die horizontale Vergabe, also zwischen Schwestergesellschaften, diskutiert. Dies gilt bspw. aufgrund der rechtlichen Eigenständigkeit für die mittelbare Staatsverwaltung (Anstalten, Körperschaften, Stiftungen) sowie vor allem privatrechtlich organisierte Unternehmen (in 100prozentiger Trägerschaft). Während der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen hinsichtlich eines Vorabentscheidungsersuchens des Hanseatischen Oberlandesgerichts die Vergabefreiheit einer horizontalen Inhouse-Vergabe annahm³¹, hat der EuGH hat offen gelassen, ob das Vergaberecht diesen Fall auch erfasst, da es schon an der Beherrschung (und damit der Schwesterbeziehung) fehlte³² – obwohl die nationalen Gerichte insofern auf eine Klärung gehofft hatten³³. In der Literatur wird eine horizontale (Inhouse-)Vergabe teilweise für zulässig gehalten³⁴. Hierfür wird angeführt, dass es die Funktion der Inhouse-Vergabe sei, eine sachlich ungerechtfertigte überschießende Anwendung des Vergaberechts zu beseitigen. In diesem Sinne sollen innerorganisatorische bzw. verwaltungsinterne

²³ EuGH, NZBau 2007, 381 ff. – Asemfo/Tragsa.

²⁴ Ausführlich zum Wesentlichkeitskriterium Schröder, NVwZ 2011, 776 ff.

²⁵ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (44).

²⁶ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (44).

²⁷ Zum Begriff der Verwaltungsaufgabe ausführlich Baer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 11 (S. 779 ff.).

²⁸ Zum Konzerngedanken im kommunalen Bereich Mehde, in: Schliesky (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Informationsgesellschaft, 2010, S. 47 ff.

²⁹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Aufl. 2007, § 99 Rn. 72; ders., NZBau 2004, 14 (18 ff.); Neun/Otting, EuZW 2012, 566 (568).

³⁰ Neun/Otting, EuZW 2012, 566 (568).

³¹ EuGH, Schlussanträge v. 23. 01. 2014, C-15/13.

³² EuGH, NZBau 2014, 368 ff. – TU Hamburg-Hamburg.

³³ So ließ das OLG Düsseldorf die Frage offen, da ihre Beantwortung im vorliegenden Fall nicht erforderlich war, und verwies auf den EuGH; vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, 744 ff. Das OLG Hamburg gestand zwar zu, dass Sinn und Zweck der Inhouse-Vergabe für die Zulässigkeit einer horizontalen (Inhouse-)Vergabe sprechen könnten, schrieb die Entscheidung aber ebenfalls dem EuGH zu; vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 06. 11. 2012, 1 Verg 7/11.

³⁴ Dreher (Fn.), § 99 Rn. 73; ders., NZBau 2004, 14 (20); Orłowski, NZBau 2007, 80 (87); Wagner/Piesbergen, NVwZ 2012, 653 (657); Krajewski/Wethkamp, DVBl 2008, 355 (359).

Vorgänge vom Vergaberecht ausgeschlossen werden, da sonst eine doppelte Anwendung des Vergaberechts die Folge wäre, obwohl nur eine marktbezogene Tätigkeit durch das Tochterunternehmen vergeben wird³⁵. Bei einer konzerninternen Aufgabenerfüllung bestehe kein Wettbewerb³⁶, ob ein Unternehmen horizontal oder vertikal organisiert sei, mache keinen Unterschied, da nur entscheidend sei, ob Auftragnehmer und Auftraggeber einer Betriebsabteilung bzw. einer eigenen Dienststelle gleichstünden³⁷. Die unterschiedlichen Verhältnisse innerhalb eines horizontal organisierten Konzerns seien lediglich Folge der Unternehmensorganisation³⁸. Es käme nur darauf an, dass der Konzern eine wirtschaftliche Einheit bilde³⁹. Die Aufträge der Töchter wären dann vergaberechtlich der Mutter zuzurechnen, da die Töchter lediglich Betriebsabteilungen darstellten⁴⁰, die nur formal eine Personenverschiedenheit aufwiesen⁴¹. Die Gegenmeinung hält eine horizontale (Inhouse-)Vergabe ohne Ausschreibung hingegen für nicht zulässig⁴². Die Schwestergesellschaften seien in ihren geschäftlichen Entscheidungen zumindest einander gegenüber frei und handelten rechtlich selbstständig, weshalb sie als unabhängige Unternehmenseinheiten der gemeinsamen Mutter anzusehen seien. Der Innenbereich bestehe jeweils nur zwischen Mutter und Tochter und nicht zwischen den Schwestergesellschaften⁴³. Zudem seien Ausnahmen vom Vergaberecht immer eng auszulegen⁴⁴.

Auch hinsichtlich der Anforderungen an das Wesentlichkeitskriterium herrscht Uneinigkeit. Teilweise wird vertreten, dass die Tätigkeit im Wesentlichen für die auftraggebende Schwestergesellschaft erfolgen muss, diesem Anteil aber der Anteil der Tätigkeit für die Mutter zugerechnet werde⁴⁵ bzw. sogar alle Tätigkeiten für den Gesamtkonzern⁴⁶. Andere stellen allein auf die Tätigkeit für die Schwestergesellschaft ab⁴⁷.

Art. 12 Abs. 2 der allgemeinen Vergaberichtlinie schafft nun auch diesbezüglich Rechtssicherheit. Die horizontale Vergabe zwischen Schwestergesellschaften wird vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen, soweit an der beauftragten Schwester ihrerseits kein privates Kapital beteiligt ist. Dem Verweis auf Art. 12 Abs. 1 kann entnommen werden, dass für die Bestimmung des Wesentlichkeitskriteriums auf die Gesamtheit der Tätigkeiten für die kontrollierende juristische Person sowie alle Schwestergesellschaften, also für den „Gesamtkonzern“ abzustellen ist.

Die Vorschrift legitimiert die horizontale Vergabe im Konzern grundsätzlich, gleichwohl dürften einige Aspekte weiterhin klärungsbedürftig bleiben. Dies betrifft zunächst die Frage, wann eine Beherrschung, bspw. zwischen Verwaltungsträ-

gern, angenommen werden kann. Diese war zwar schon im Rahmen der „echten“ Inhouse-Vergabe zu ermitteln; sie erhält durch die Legitimation von Schwesterkonstellationen zusätzliche Relevanz, da gerade in diesem Bereich eine Zusammenarbeit Einsparpotenzial bieten könnte. Insofern ist das Urteil des EuGH, in dem zwar die Frage der Vergaberechtsfreiheit im horizontalen Verhältnis offen geblieben ist, von Interesse: Gegenstand des Verfahrens war die Technische Universität Hamburg-Harburg, die nicht vollständig der Freien und Hansestadt Hamburg zugeordnet wurde, da sich die über „die Universität ausgeübte Kontrolle ... nur auf einen Teil von deren Tätigkeiten, und zwar allein auf den Beschaffungsbereich, nicht aber auf die Bereiche Lehre und Forschung, in denen die Universität über eine weitgehende Autonomie verfügt“ bezieht⁴⁸. Diese Argumentation dürfte eine Beherrschung über Selbstverwaltungskörperschaften, aber auch über Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung, die zumindest über eine gewisse Autonomie verfügen (was zum Beispiel in einer Beschränkung auf eine Rechtsaufsicht zum Ausdruck kommt) grundsätzlich ausschließen. Eine weitere Besonderheit besteht bei gemeinsam beherrschten Unternehmen⁴⁹. Insofern kann angenommen werden, dass nur „gemeinsame Töchter“, also nicht auch „Halbgeschwister“, untereinander an der Vergaberechtsprivilegierung partizipieren. Wenn allerdings die gleichen öffentlichen Auftraggeber mehrere Töchter in gleicher Weise, mit den gleichen Anteilen, Beteiligungen und Rechten beherrschen, könnte man nach Sinn und Zweck von einer Vergaberechtsfreiheit der horizontalen Vergabe ausgehen, was aber bspw. zu umfassenden vom Vergaberecht freigestellten Kooperationsmöglichkeiten zwischen Bundesländer-Einrichtungen führen würde. Explizit geregelt wird diese Konstellation von der Neufassung der Vergaberichtlinie nicht.

4. Nicht-institutionalisierte Zusammenarbeitsformen

Ob auch die vertragliche Zusammenarbeit, bei der auf die Gründung einer gemeinsamen Einrichtung verzichtet wird, vergaberechtsfrei ausgestaltet werden kann, wenn lediglich öffentliche Stellen beteiligt sind, wird nicht einheitlich beurteilt. Selbst nach einem grundlegenden Urteil des EuGH in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“⁵⁰ sind die Kriterien und Voraussetzungen bisher nicht hinreichend konkretisiert. Eine Ausnahme als reguläres Inhouse-Geschäft wird nicht begründet, da die beauftragende Körperschaft über die ausführende in der Regel keine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ wird ausüben können. In diesem Kontext wurde in der Vergangenheit

oftmals zwischen der (ausschreibungspflichtigen) Mandatierung (bei der lediglich die Durchführung einer Aufgabe verlagert wird) und der vollständigen Übertragung der entsprechenden Verwaltungsaufgaben (Delegation) differenziert, die als innerstaatlicher Organisationsakt nicht dem Vergaberecht unterfallen soll. Der EuGH betont hingegen, dass die Abgrenzung von Mandat und Delegation, also Aufgabenübertragung und Aufgabendurchführung, allein nicht maßgeblich sei⁵¹, dennoch dürfte vor allem das Zusammenwirken bei einer öffentlichen Aufgabe, die den Beteiligten obliegt, zu berücksichtigen sein. Dies wurde in der Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ herausgestellt, zudem wurde ein gegenseitiges Beziehungsgeflecht (im Gegensatz zum einmaligen Leistungsaustausch) für erforderlich gehalten⁵² und die Ausnahme auf Fallgestaltungen ohne jegliche private Beteiligung beschränkt⁵³. Diese Anforderungen wurden mittlerweile vom EuGH bestätigt und konkretisiert⁵⁴. Die Orientierung an der öffentlichen Aufgabe mag zwar auf den ersten Blick hilfreich erscheinen, allerdings ist der Aufgabenbegriff einerseits bisher nicht abschließend definiert⁵⁵, andererseits ist

³⁵ Dreher, NZBau 2004, 14 (18); Just, EuZW 2009, 879 (884).

³⁶ Krajewski/Wethkamp, DVBl 2008, 355 (359).

³⁷ Dreher, NZBau 2004, 14 (18); Dabringhausen, NZBau 2009, 616 (617); Krajewski/Wethkamp, DVBl 2008, 355 (359).

³⁸ Dabringhausen, NZBau 2009, 616 (617).

³⁹ Storr, LKV 2005, 521 (525).

⁴⁰ Dreher, NZBau 2004, 14 (19).

⁴¹ Dabringhausen, NZBau 2009, 616 (617).

⁴² Schröder, NZBau 2005, 127 (129); Ziekow, VergabeR 2006, 608 (613).

⁴³ Schröder, NZBau 2005, 127 (130).

⁴⁴ Schröder, NZBau 2005, 127 (129).

⁴⁵ Dreher, NZBau 2004, 14 (18); Orłowski, NZBau 2007, 80 (87); Dabringhausen, NZBau 2009, 616 (619 f.).

⁴⁶ Eibel, VergabeR 2011, 185 (193).

⁴⁷ Schröder, NZBau 2005, 127 (130).

⁴⁸ EuGH, NZBau 2014, 368 ff. – TU Hamburg-Harburg

⁴⁹ Da der EuGH bereits das Kontrollkriterium hinsichtlich der TU Hamburg-Harburg verneinte, musste auf diese Besonderheit des Falls nicht mehr eingegangen werden. Der Vertrag wurde nämlich mit der HIS GmbH geschlossen, deren Gesellschafter der Bund und die 16 Bundesländer sind.

⁵⁰ EuGH, NVwZ 2009, 898 ff. – Stadtreinigung Hamburg;

⁵¹ EuGH, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock.

⁵² Zu den Anforderungen v. Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361 (363 f.); s. auch Schulz (Fn.), S. 101 (110 ff.); ausführlich Tallich, Shared Service Center als innovative Organisationsform, 2012, S. 211 ff.

⁵³ v. Donat/Lipinsky, KommJur 2009, 361 (365).

⁵⁴ EuGH, NZBau 2013, 114 ff. – Lecce.

⁵⁵ Vgl. Schliesky, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt-Sammlung (Stand: 164. Ergänzungslieferung, Dezember 2013), Art. 91d Rn. 3: "eine Vergewisserung über die Inhalte der öffentlich-rechtlichen Aufgabekategorie" sei dringlich.

er aufgrund der fehlenden Begrenzung des Aufgabenfindungsrechts der öffentlichen Verwaltung ggf. zu weitgehend. Zudem zeigen zahlreiche Beispiele – die Zusammenarbeit bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen⁵⁶, IT, Gebäude- und Personalmanagement –, dass die Kooperation bei Unterstützungsleistungen, die nur mittelbar der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen, auch vergaberechtlich nicht hinreichend erfasst wird⁵⁷.

Auch in der europäischen Rechtsprechung ist bisher nicht allgemein beantwortet, was eine öffentliche Aufgabe in diesem Sinne ausmacht⁵⁸, die eine vergaberechtsfreie Kooperation ermöglicht. Der EuGH legt kein restriktives Verständnis – etwa im Sinne einer Verengung auf gesetzliche Pflichten – zugrunde⁵⁹. Es wurden aber bspw. Zweifel geäußert, ob eine Ausgestaltung als innerstaatliche Organisationsentscheidung überhaupt in Betracht kommt, wenn marktgängige Leistungen betroffen sind⁶⁰; jedenfalls wurden Reinigungsdienstleistungen⁶¹ und die Bereitstellung von IT-Systemen⁶² vom EuGH und die Entwicklung und Pflege von Software vom KG Berlin⁶³ zutreffend aus dem Kreis der öffentlichen Aufgaben ausgenommen, hinsichtlich derer eine vergaberechtsfreie nicht-institutionalisierte Kooperation in Betracht kommen kann. Abzugrenzen ist die Zusammenarbeit bei öffentlichen Dienstleistungen also von der gemeinsamen Durchführung reiner Hilfsdienstleistungen⁶⁴, wobei weder der eine noch der andere Begriff definiert ist.

Diese Rechtsprechung wird nunmehr in Art. 12 Abs. 4 der allgemeinen Vergaberichtlinie kodifiziert. Die beschriebenen Schwierigkeiten, die (zulässige) vertragliche Zusammenarbeit im Rahmen der öffentlichen Aufgabe (die Richtlinie verwendet nun den Begriff der „öffentlichen Dienstleistungen“) von sonstigen Gegenständen der Zusammenarbeit abzugrenzen, bestehen also weiterhin und sind weiterhin rechtlich relevant. Darüber hinaus führt die Richtlinie eine neue Anforderung ein, die dem Wesentlichkeitskriterium der Inhouse-Vergabe nachgebildet ist (Art. 12 Abs. 4 lit. c)⁶⁵. Dieses Kriterium ist jedoch unklar formuliert und wird für Klärungsbedarf sorgen. Zu hoffen bleibt daher, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber die Kriterien im Interesse der Rechtssicherheit weiter konkretisiert. Art. 12 Abs. 4 lautet:

Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

(a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern

mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

(b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und

(c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20% der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

5. Dienstleistungskonzessionen

Mit der Konzessionsrichtlinie wird erstmals auch die Dienstleistungskonzession einer sekundärrechtlichen Regelung zugeführt. Anders als bei der Baukonzession (vgl. Art. 56 ff. VKR und § 99 Abs. 6 GWB) richtete sich die Vergabe bisher ausschließlich nach primärrechtlichen Vergabegrundsätzen (Diskriminierungsfreiheit und Transparenz⁶⁶). Diskriminierungsfreiheit bedeutet europa- wie verfassungsrechtlich, dass die zu Beginn des Vergabevorgangs festgelegten Kriterien eingehalten werden müssen⁶⁷. Bei der Festlegung darf nicht auf die Staatsangehörigkeit und nicht auf verwandte Kriterien wie Ortsansässigkeit oder langjährige Erfahrung im Gemeindegebiet abgestellt werden⁶⁸. Leistungsmerkmale müssen für alle Bewerber erfüllbar sein. Jede Anforderung, die an die Bewerber gestellt wird, muss in einem angemessenen Verhältnis zu der dahinterstehenden Zielsetzung stehen. Solange die Verfolgung vergabefremder Zwecke einen Bezug zum Konzessionsgegenstand hat, bestehen keine Bedenken⁶⁹. Die Verpflichtungen zur vorherigen Veröffentlichung und Transparenz sind unstreitig⁷⁰. Der EuGH betont in ständiger Rechtsprechung, dass öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, die Grundregeln des AEUV, insbesondere die Art. 49 und 56 AEUV sowie die daraus folgende Transparenzpflicht, zu beachten⁷¹. Die Forderung nach Transparenz richtet sich an die Vergabestelle⁷². In diesem Sinne durchzieht das Transparenzgebot das gesamte Vergabeverfahren, unabhängig von der jeweiligen Verfahrensart⁷³. Es fordert allgemein eine übersichtliche und klar abgestufte Verfahrensgestaltung⁷⁴. Die das Verfahren abschließende Vergabeentscheidung muss ebenfalls transparent sein, d. h., die maßgeblichen Wertungskriterien müssen schon bei der Ausschreibung offengelegt werden und die vergleichende Wertung der abgegebenen Angebote muss sachlich nachvollziehbar sein⁷⁵.

Umstritten ist, ob es einer dieser Anforderungen entsprechenden Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen auch beim Vorliegen der Inhouse-Voraussetzungen bedarf. Diese Ausnahme wird

zum Teil für Dienstleistungskonzessionen entsprechend angewendet⁷⁶. Dies lässt sich im Wege eines Erst-recht-Schlusses begründen: Wenn die Inhouse-Vergabe als Ausnahme vom sekundärrechtlich ausgeformten förmlichen Vergabeverfahren Anwendung findet, welches strengere Vorgaben formuliert als das Primärrecht, dann müssen die Ausnahmetatbestände in vergleichbaren Fällen ebenfalls im Primärrecht anerkannt werden⁷⁷. Soweit dagegen eingewendet wird, das Wesentlichkeitskriterium sei bei Dienstleistungskonzessionen nicht erfüllt bzw. aufgrund der Ausgestaltung nicht erfüllbar, da der Konzessionär nicht für den Auftraggeber, sondern die Kunden tätig werde⁷⁸, kann dies nicht überzeugen⁷⁹. Nach der Recht-

⁵⁶ Ausführlich Schulz (Fn.), S. 101 ff.

⁵⁷ Auch im Bereich des Verwaltungskooperationsrechts wird diese Zusammenarbeit nicht ausreichend erfasst, zumal Zweckverbänden regelmäßig nur abgrenzbare „Aufgaben“ übertragen werden können, s. dazu Arndt, Die Gemeinde SH 2004, 86 ff.; Franke, NdsVBl 2007, 289 ff.

⁵⁸ Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712 (712).

⁵⁹ Schrotz/Ahlhaus, NVwZ 2013, 712 (712). Demgegenüber scheint das KG Berlin (NZBau 2014, 62 ff.) einem engeren Verständnis verhaftet zu sein, wenn es im Kontext der Frage, ob die Entwicklung und Pflege von Software zulässiger Gegenstand der vergaberechtsfreien Zusammenarbeit sein können, ausführt, dass sich »weder aus der Verfassung des Landes noch nach dem einfachen Recht des Landes oder des Bundes eine solche Aufgabe ergibt.«

⁶⁰ EuGH, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock.

⁶¹ EuGH, NZBau 2013, 522 ff. – Piepenbrock.

⁶² EuGH, NZBau 2014, 368 ff. – TU Hamburg-Harburg.

⁶³ KG Berlin, NZBau 2014, 62 ff.

⁶⁴ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (46).

⁶⁵ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (46).

⁶⁶ Zum Folgenden Brüning u. a. (Fn.), S. 31 f.

⁶⁷ Mitteilung der EG-Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht v. 12.4.2000, ABI C 121/02, Nr. 3.3.1.

⁶⁸ Burgi, NZBau 2005, 610 (615).

⁶⁹ Burgi, NZBau 2005, 610 (615).

⁷⁰ OLG München, NZBau 2011, 380 (384); vgl. auch Bulla/Schneider, ZfBR 2011, 657 (659).

⁷¹ Braun, NZBau 2011, 400 (401); vgl. bspw. EuGH, NZBau 2001, 148 ff. – Teleaustria.

⁷² Fehling, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2011, § 97 GWB Rn. 65.

⁷³ Fehling (Fn.), § 97 GWB Rn. 65.

⁷⁴ Fehling (Fn.), § 97 GWB Rn. 65.

⁷⁵ Fehling (Fn.), § 97 GWB Rn. 65.

⁷⁶ Huber, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, 3. Kap. Rn. 283.

⁷⁷ VG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2012, 1 B 3594/12, Rn. 96; vgl. auch Hellermann, Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen – Möglichkeiten der Wahrung kommunaler Interessen und Spielräume in dem Verfahren der Konzessionsvergabe, Rechtsgutachten im Auftrag des Verband kommunaler Unternehmen e. V., 2013, S. 17; ders., EnWZ 2013, 147 ff.

⁷⁸ Im Kontext des Energiesektors OLG Schleswig, EnWZ 2013, 84 ff.; Büdenbender, Materielle rechtliche Entscheidungskriterien der Gemeinden bei der Auswahl des Netzbetreibers in energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2011, S. 79.

⁷⁹ So auch Hellermann (Fn.), S. 17 f.; dagegen auch Schüttpelz, VergabeR 2013, 361 (363 f. mit Fn. 33).

sprechung des EuGH sind »alle Tätigkeiten zu berücksichtigen, die dieses Unternehmen auf Grund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen«⁸⁰. Maßgeblich ist insofern, dass durch die Tätigkeit des Unternehmens nicht nur eine Leistung gegenüber den Endverbrauchern erfüllt, sondern damit gerade die öffentliche Aufgabe des Auftraggebers verwirklicht wird⁸¹.

Die Konzessionsrichtlinie kodifiziert nunmehr nicht nur die allgemeinen Anforderungen an eine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (vgl. Art. 3: Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz), die an das allgemeine Vergaberecht und die Vergabe von Baukonzessionen angenähert sind, sondern zugleich auch die Inhouse-Ausnahme⁸². Erweitert werden die Ausnahmetatbestände um die vergaberechtsfreie Beauftragung im Konzern und die nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit. Insofern besteht ein Gleichlauf zwischen Art. 12 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe und Art. 17 der Konzessionsrichtlinie.

6. Trinkwasserversorgung

Die primärrechtlichen Grundsätze, die bisher die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen allgemein prägten, haben Bedeutung weiterhin aber in Sektoren, die von der Richtlinie ausgenommen sind –

vorrangig im Bereich der Trinkwasserversorgung. Die entsprechende Ausnahmenvorschrift (Art. 12) bedeutet, dass bei der Vergabe von Wasserkonzessionen ein förmliches Vergabeverfahren einschließlich einer Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht im Amtsblatt der EU auch in Zukunft nicht erforderlich sein wird⁸³. Auch die Rechtsmittelrichtlinie wird nicht anzuwenden sein mit der Folge, dass nicht berücksichtigte Bieter bei den Vergabekammern kein Nachprüfungsverfahren initiieren können⁸⁴. Auf jegliche Ausschreibung kann aber nicht verzichtet werden; vielmehr ist davon auszugehen, dass bei der Konzessionsvergabe im Bereich der Trinkwasserversorgung die Rechtsgrundsätze des Primärrechts zu beachten sind⁸⁵. Ein Vergabeverfahren entfällt nur, wenn die Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts vorliegen oder die Voraussetzungen einer Zusammenarbeit von öffentlichen Einrichtungen bei der Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden Gemeinwohlaufgabe⁸⁶.

V. Ausblick

Die Neufassung der Vergaberichtlinien ist aus Sicht der Kommunen positiv zu bewerten, da die interkommunale Kooperation insgesamt gestärkt wird. Neben der Festschreibung der Inhouse-Ausnahme wird vor allem die Absenkung der Wesentlichkeitsgrenze und die Möglichkeit, horizontal zwischen Schwestern zu kooperieren, neue Handlungsfelder eröffnen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Vergaberecht nicht das einzige

Rechtsgebiet mit Einschränkungen der innerstaatlichen Zusammenarbeit ist: Die Frage, inwieweit der Leistungsaustausch im Rahmen solcher Kooperationen der Umsatzsteuerpflicht unterfällt⁸⁷, ist bisher nicht abschließend geklärt und wird insofern eine nachhaltige Kooperation, die gerade im Bereich von Unterstützungsleistungen kommunale Handlungsfähigkeit zurückgeben⁸⁸ und als Alternative zu Gebiets- und Verwaltungsstrukturreformen⁸⁹ dienen kann, weiter behindern.

⁸⁰ EuGH, NVwZ 2006, 800 ff. – Carbotermo.

⁸¹ Brüning u. a. (Fn.), S. 17.

⁸² Ob vor diesem Hintergrund weiterhin daran festgehalten werden kann, dass § 46 EnWG einer Privilegierung kommunaler Eigengesellschaften entgegenstehe (BGH, ZNER 2014, 168 ff.), erscheint fraglich; vgl. zur derzeitigen Rechtslage Brüning/Schulz/Tischer, ER 2013, 219 ff.

⁸³ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (42).

⁸⁴ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 26.09.2012, Az. I-12 U 142/12, Rn. 47.

⁸⁵ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (42).

⁸⁶ Sudbrock, KommJur 2014, 41 (42).

⁸⁷ Dazu BFH, KommJur 2012, 139 ff.; s. auch Dziadkowski, BB 2011, 3031 ff.; Becker, BB 2012, 2154 ff.; Buhs, Die Gemeinde SH 2013, 102 ff.; Zimmermann, Die Gemeinde SH 2013, 311 f.

⁸⁸ Schulz, NordÖR 2011, 311 (316)

⁸⁹ Zu diesem Aspekt ausführlich Schliesky, in: Henneke (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsreform in Mecklenburg-Vorpommern, 2004, S. 57 ff.; Schliesky/Schulz/Tallich, in: Schliesky (Hrsg.), Staatliches Innovationsmanagement, 2011, S. 77 (85f.).

Inhouse-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien

Dr. Benjamin Pfannkuch, Rechtsanwalt bei Wiegert Werner & Partner, Kiel

I. Einführung

Das Vergaberecht spielt in der Praxis der Kommunen eine immer größere Rolle. Mittlerweile ist bei der Beschaffung durch die Kommunen ein komplexes Gefüge europarechtlicher Vorgaben, bundes- und landesrechtlicher Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen sowie europäischer und nationaler Rechtsprechung zu beachten. Bei Fehlern drohen zeit- und kostenaufwändige Nachprüfungsverfahren, die Notwendigkeit, einen Beschaffungsvorgang zu wiederholen oder auch Schadensersatzansprüche von Unterneh-

men gegen die öffentlichen Auftraggeber. Daher ist die Kenntnis der maßgeblichen Bestimmungen und ihrer Auslegung umso wichtiger. Besondere Bedeutung kommt hierbei den Ausnahmetatbeständen zu, die eine vergabefreie Beschaffung ermöglichen. Hervorzuheben sind dabei vor allem die Inhouse-Vergabe und die interkommunale Zusammenarbeit. Liegen die jeweiligen Voraussetzungen dieser Konstellationen vor, bedarf es keiner Ausschreibung – eine wesentliche Erleichterung für die Kommunen bei der Gestaltung ihrer Beschaffungsvorhaben.

Die Ausnahmefälle der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit wurden von der Rechtsprechung entwickelt und ihre Voraussetzungen im Laufe der Zeit konkretisiert. Nunmehr werden diese von der Rechtsprechung geprägten Ausnahmen ausdrücklich in den neuen EU-Vergaberichtlinien normiert.

Der vorliegende Beitrag möchte einen Überblick über die Inhouse-Vergabe und die interkommunalen Zusammenarbeit nach den neuen Vergaberichtlinien geben und herausarbeiten, worauf sich Kommunen künftig einstellen müssen. Hierzu werden zunächst kurz die Entstehungsgeschichte wiedergegeben (II.) und anschließend der wesentliche Inhalt der EU-Vergaberechtsreform dargestellt (III.). Sodann werden die Ausnahmefälle der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit (IV.) besprochen.

II. Entstehungsgeschichte der EU-Vergaberichtlinien

Im Jahr 2011 hatte die Kommission ein

Grünbuch zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens publiziert¹. Nach Durchführung eines Konsultationsverfahrens einigten sich im Juni 2013 das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission über den Inhalt der Vergaberechtsreform. Das Europäische Parlament beschloss die neuen Richtlinien am 15. Januar 2014, der Rat am 11. Februar 2014. Die Richtlinien sind am 17. April 2014 in Kraft getreten. Der Bundesgesetzgeber hat nun bis zum 17. April 2016 Zeit, die Richtlinien in nationales Recht umzusetzen.

Mit der Reform soll das EU-Vergaberecht vereinfacht werden. Angestrebt ist eine erhöhte Flexibilität der Verfahren. Die elektronische Vergabe soll verpflichtend und der Zugang für kleine und mittlere Unternehmen zu den Vergaben erleichtert werden. Stärkere Berücksichtigung finden zudem strategische, vor allem soziale und umweltpolitische Ziele bei der Vergabe.

Mit der EU-Reform werden die bisherige Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG) und die für die Sektoren Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und Postdienste maßgebliche Richtlinie (2004/17/EG, Sektorenrichtlinie) aufgehoben und durch die folgenden Richtlinien ersetzt:

- Richtlinie 2014/24/EU des Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG vom 26.02.2014 („Vergaberichtlinie“ – nachfolgend VRL genannt²) und
- Richtlinie 2014/25/EU des Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG vom 26.02.2014 („Sektorenvergaberichtlinie“ – nachfolgend SRL genannt³).

Vollständig neu und bisher ohne Vorgängerkodifikation ist die Richtlinie 2014/23/EU des Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 26.02.2014 (nachfolgend „Konzessionsvergaberichtlinie“ – KRL – genannt⁴).

III. Überblick über den wesentlichen Regelungsgehalt der neuen Richtlinien

Abgesehen von den sogleich unter IV. dargestellten Bestimmungen zur Inhouse-Vergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit bringen die Richtlinien weitere Neuregelungen mit sich, die in einem – nicht abschließenden - Überblick dargestellt werden sollen.

1. Vergaberichtlinie

Die VRL wird ab den folgenden Schwellenwerten anzuwenden sein (vgl. Art. 4 VRL): Für Bauaufträge ab einem Auftrags-

wert von 5.186.000,00 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zentraler Regierungsbehörden ab einem Auftragswert von 134.000,00 Euro und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge subzentraler öffentlicher Auftraggeber, d.h. aller sonstigen Auftraggeber wie insbesondere Kommunen, ab einem Auftragswert von 207.000,00 Euro.

Ein besonderer Schwellenwert gilt für Dienstleistungsaufträge für soziale und andere besondere Dienstleistungen (Art. 4 lit. d) VRL, z.B. Gesundheits- und Sozialwesen, administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits und kulturellen Bereich). Für diese Dienstleistungen ist die VRL erst ab einem Auftragswert von 750.000,00 anzuwenden; zudem gelten nur bestimmte Regelungen der VRL, im Wesentlichen: Vereinfachte EU-weite Bekanntmachung der Beschaffungsabsicht und der erfolgten Vergabe sowie die Beachtung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebotes.

Hervorzuheben ist ferner die Flexibilisierung der Vergabeverfahren, insbesondere im Hinblick auf das Verhandlungsverfahren, das künftig in weiteren Fällen als bisher zulässig ist (Art. 26 Abs. 4 VRL). Den Auftraggebern wird im nichtoffenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren die Möglichkeit geboten, den Aufruf zum Wettbewerb nicht durch die Auftragsbekanntmachung, sondern durch eine Vorinformation durchzuführen, Art. 48 Abs. 2, 26 Abs. 5 UAbs. 2 VRL. Ferner werden die Mindestfristen verkürzt: Im offenen Verfahren beträgt die Angebotsfrist künftig 35 anstatt 52 Tage (Art. 27 Abs. 1 UAbs. 2 VRL; maximale Verkürzung auf 15 Tage), im nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren beträgt die Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge von der Absendung der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbetätigung 30 anstatt 37 Tage (Art. 28 Abs. 1, 29 Abs. 1 UAbs. 4 VRL), die Angebotsfrist beträgt 30 anstatt 40 Tage und kann maximal auf 10 Tage verkürzt werden (Art. 28 Abs. 2, 3, 5, 29 Abs. 1 UAbs. 4 VRL). Mit der Innovationspartnerschaft (Art. 31 VRL) wird ein gänzlich neues Vergabeverfahren eingeführt⁵. Des Weiteren werden die vom EuGH entwickelten Grundsätze zu Vergaberelevanz von Vertragsänderungen⁶ aufgegriffen (Art. 72 VRL). Den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) soll die Unterteilung in mehrere Lose zugute kommen, Art. 46 VRL. Zum Nachweis der Eignungskriterien (Art. 57 und 58 VRL) ist eine standardmäßige Eigenerklärung in Gestalt eines Formulars der Kommission („Einheitliche Europäische Eigenerklärung“) vorgesehen (Art. 59). Im Rahmen der Zuschlagskriterien kann der Auftraggeber nach Art. 67 Abs. 2 VRL künftig auch soziale und umweltpolitische Kriterien einbeziehen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung ste-

hen. Nach Art. 22 VRL wird zudem die ausschließlich elektronische Kommunikation im gesamten Vergabeverfahren vorgeschrieben. Den Mitgliedstaaten steht hierbei jedoch eine verlängerte Umsetzungsfrist offen, und zwar bis zum 18. Oktober 2018 (Art. 90 Abs. 2 VRL)⁷.

2. Sektorenvergaberichtlinie

Die SRL erfasst wie bisher die Beschaffungstätigkeit der sog. Sektorenauftraggeber in den Bereichen Trinkwasser- oder Energieversorgung und Verkehr⁸. Die Schwellenwerte betragen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 414.000,00 Euro, für Bauaufträge 5.186.000,00 Euro und für soziale und besondere Dienstleistungsaufträge nach Anhang XVII 1.000.000,00 Euro (Art. 15 SRL). Auch im Sektorenbereich wird die Innovationspartnerschaft als neues Vergabeverfahren eingeführt (Art. 49 SRL). Die Dauer von Rahmenvereinbarungen umfasst künftig acht anstelle von bislang vier Jahren (Art. 51 SRL). Die auch bisher geltende Privilegierung bei der Wahl der Verfahrensart bleibt erhalten⁹, ebenso wie das Konzernprivileg (Art. 29 SRL), wonach die Vergabe von Aufträgen, die sich als konzerninterne Vorgänge darstellen, nicht dem Vergaberecht unterfallen¹⁰.

3. Konzessionsvergaberichtlinie

Für die Vergabe von Konzessionen gelten bislang die vom EuGH aufgestellten Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung¹¹.

¹ Grünbuch der Kommission über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge vom 27.01.2011 (KOM(2011) 15).

² ABl. 2014 L 94, 65.

³ ABl. 2014 L 94, 243.

⁴ ABl. 2014 L 94, 1.

⁵ S. hierzu Jaeger, in: NZBau 2014, 259, 264.

⁶ Grundlegend EuGH, Urteil vom 19.06.2008 - C-454/06 - „presstext“.

⁷ S. zu den vorgenannten und weiteren Regelungen umfassend Jaeger, in: NZBau 2014, 259 ff.

⁸ Erfasst sind auch Häfen und Flughäfen, Postdienste sowie die Förderung von Öl und Gas und Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen, Art. 8-14 SRL. S. im geltenden nationalen Recht § 98 Nr. 4 GWB, § 1 Abs. 1 SektVO.

⁹ S. dazu im nationalen Recht § 6 SektVO.

¹⁰ S. dazu § 100b Abs. 7 i.V.m. Abs. 6 GWB. Konzerninterne Sektorenaufträge sind hiernach vergabefrei, wenn die Konzernzugehörigkeit mindestens drei Jahre besteht oder jedenfalls für diesen Zeitraum vereinbart ist, zudem darf das zu beauftragende Unternehmen nicht mehr als 20% Drittgeschäft erzielen, s. Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 100, Rn. 91. Zur neuen Sektorenrichtlinie ausführlich Prieb/Stein, in: NZBau 2014, 323 ff.

¹¹ S. dazu EuGH, Urteil vom 13. 10. 2005 - C-458/03 - Parking Brixen. Für die Vergabe von Konzessionen im Bereich öffentlicher Personenverkehrsdienste gelten die Sonderregelungen der VO 1370/2007, s. Ziekov, in: NWZ 2009, 865, 868.

Diese werden künftig in der KRL kodifiziert. Eine Dienstleistungskonzession ist nach der Definition des Art. 5 Nr. 1 lit. b) KRL ein „entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.“ Verallgemeinernd liegt eine Dienstleistungskonzession dann vor, wenn der Auftraggeber keine Vergütung erhält, er sich vielmehr aus dem Nutzungsrecht refinanziert und hierbei das Betriebsrisiko trägt. Die KRL wird einheitlich ab einem Schwellenwert von 5.186.000 EUR anzuwenden sein. Für erhebliche Diskussionen sorgten die ursprünglichen Pläne der Kommission, die KRL auch auf den Trinkwasserbereich auszudehnen. Nachdem sich sogar die EU-weite Bürgerinitiative „right2water“ formiert hatte, wurde dieser Bereich nach Art. 12 KRL letztlich vom Anwendungsbereich der KRL ausgenommen. Damit wird Bedenken Rechnung getragen, wonach mit der KRL ein mittelbarer Privatisierungsdruck auf die Wasserwirtschaft ausgeübt werde, was letztlich die Versorgungssicherheit und -qualität des elementaren Versorgungsgutes „Wasser“ beeinträchtigen könnte¹². Zum Vergabeverfahren werden in der KRL keine Vorgaben gemacht. Bei der Ausgestaltung des Verfahrens zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession sind die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz einzuhalten (Art. 3 Abs. 1 KRL). Rechtsschutz gegen eine fehlerhafte Konzessionsvergabe durch den Auftraggeber ermöglicht Art. 46 KRL; Bieter können hiernach künftig ein Nachprüfungsverfahren beantragen¹³.

IV. Inhouse-Vergabe und interkommunale Zusammenarbeit – geltende Grundsätze und Neuregelungen

Nach diesem gestrafften Überblick soll nun vertieft auf die Konstellationen der Inhouse-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit eingegangen werden. Zu beiden Aspekten werden zunächst jeweils die aktuell geltenden Grundsätze dargestellt. Anschließend werden jeweils die diesbezüglichen Regelungen der neuen Richtlinien erörtert.

1. Inhouse-Vergabe

Das EU-Vergaberecht ist anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag vergeben will und der Auftragswert die maßgeblichen Schwellenwerte überschreitet. Der Begriff „öffentlicher Auftrag“ i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VRL setzt ein Auftragsverhältnis zwischen

verschiedenen Rechtsträgern voraus. Dieses Merkmal ist nicht erfüllt, wenn ein Auftrag innerhalb eines einzigen Rechtsträgers erteilt wird. Aber auch zwischen rechtlich selbstständigen Rechtssubjekten kann ein Auftrag unter bestimmten Bedingungen erteilt werden, ohne dass das Vergaberecht anzuwenden ist. Nachfolgend wird zunächst die Entwicklung der Inhouse-Vergabe anhand der Rechtsprechung dargestellt (a.). Anschließend wird auf die diesbezüglichen Regelungen der neuen Vergaberichtlinien (b.) und auf die Folgen für die Praxis (c.) eingegangen.

a. Überblick über die Entwicklung der Inhouse-Vergabe durch die Rechtsprechung

Der EuGH hat erstmals im Jahr 1999 die Voraussetzungen für die Konstellation der Inhouse-Vergabe aufgestellt, unter denen ein Auftrag nicht ausgeschrieben werden muss¹⁴. Danach muss der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausüben wie über eine eigene Dienststelle (Kontrollkriterium), und der Auftragnehmer muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichten (Wesentlichkeitskriterium). Das Kontrollkriterium ist erfüllt, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit hat, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen¹⁵. Der EuGH hat dies mit einer Beteiligung an Kapital und Leitungsorgan konkretisiert¹⁶. Eine Kontrolle ist nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ausgeschlossen, wenn privates Kapital an der zu beauftragenden Gesellschaft beteiligt ist, und sei es auch nur zu einem äußerst geringen Anteil¹⁷. Denn die Beteiligung privaten Kapitals führt stets dazu, dass auch private Interessen verfolgt werden und ist daher unzulässig¹⁸. Wird zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe an eine Gesellschaft deren gesamtes Kapital vom öffentlichen Auftraggeber – allein oder mit weiteren öffentlichen Stellen – gehalten, ist die Möglichkeit einer Öffnung des Kapitals für private Investoren nur zu berücksichtigen und steht dem Kontrollkriterium entgegen, wenn zu diesem Zeitpunkt bereits eine konkrete Aussicht bzw. ein konkreter Hinweis auf eine baldige entsprechende Kapitalöffnung besteht¹⁹. Das bedeutet, dass die bloße Möglichkeit einer Beteiligung privaten Kapitals so lange unschädlich ist, als kein konkreter Hinweis auf eine solche Beteiligung vorliegt. Erfolgt eine private Beteiligung jedoch, stellt dies eine ausschreibungspflichtige Änderung des Auftrags dar²⁰. Die Inhouse-Fähigkeit des Auftragnehmers entfällt dann, eine ausschreibungsfreie Vergabe ist nicht mehr möglich. Sofern an dem Auftragnehmer mehrere öffentliche Stellen beteiligt sind²¹, ist es

ausreichend, wenn diese die Kontrolle gemeinsam ausüben²². Für die Möglichkeit der Ausübung der Kontrolle ist die Gesellschaftsform des Auftragnehmers ein Indiz. So wird aufgrund der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers einer GmbH, deren Anteile zu 100% von einer Kommune gehalten werden, das Kontrollkriterium regelmäßig vorliegen²³. Die Rechtsform der Aktiengesellschaften, die im kommunalen Bereich aber ohnehin keine große Rolle spielen dürfte, ist hingegen kritisch zu beurteilen²⁴. Für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ist entscheidend, dass jede andere Tätigkeit des Auftragnehmers nur nebensächlich sein darf. Es kommt bei der Beurteilung auf den Umsatz des Auftragnehmers mit dem Auftraggeber an²⁵. Dieser muss nach dem EuGH²⁶ in der Regel mindestens 90 % betragen, damit der Auftragnehmer "im Wesentlichen" für den Auftraggeber tätig ist. Die nationalen Gerichte haben jedoch in jüngerer Zeit die Anforderungen an die Berücksichtigung der Fremdotsätze verschärft²⁷. Maßgeblich für die Zuordnung zum „wesentlichen“ Umsatz ist hiernach u. a., welche Tätigkeiten auf einer Vergabeentscheidung des Auftraggebers beruhen und welche im liberalisierten Markt erzielt wer-

¹² Opitz, in: NVwZ 2014, 753, 758, m.w.N.

¹³ S. ausführlich zur Dienstleistungskonzession nach der KRL Opitz, in: NVwZ 2014, 753 ff. sowie Dürstendiek, in: Die Gemeinde 2013, 222 f.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 18.11.1999 - C-107/98 – Teckal; s. auch EuGH, Urteil vom 11.01.2005 - C-26/03 - Stadt Halle; EuGH, Urteil vom 13.10.2005 - C-458/03 - Parking Brixen.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 13.10.2005 - C-458/03 - Parking Brixen; Urteil vom vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11 – Econord.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 11.01.2005 - C-26/03 - Stadt Halle.

¹⁸ EuGH, Urteil vom 11.01.2005 - C-26/03 - Stadt Halle; EuGH, Urteil vom 10.11.2005 - C-29/04 - Stadt Mödling.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 10.09.2009 - C-573/07 - Sea.

²⁰ EuGH, Urteil vom 10.09.2009 - C-573/07 Sea; s. hierzu auch Urteil vom 10.11.2005 - C-29/04 - Stadt Mödling und zu wesentlichen Vertragsänderungen Urteil vom 19.06.2008 - C-454/06 – pressetext.

²¹ Z.B. halten mehrere Gemeinden die Anteile an einem gemeinsamen Unternehmen.

²² Urteil vom 13.11.2008 – C-324/07 – Coditel.

²³ S. insbesondere § 37 GmbHG, wonach die Geschäftsführer zur Einhaltung der Beschränkungen der Vertretungsbefugnis aufgrund des Gesellschaftsvertrags oder von Gesellschafterbeschlüssen verpflichtet sind.

²⁴ S. hierzu EuGH, Urteil vom 13.10.2005 - C-458/03 - Parking Brixen, aber auch BGH, Urteil vom 03.07.2008 - IZR 145/05.

²⁵ EuGH, Urteil vom 11.05.2006 - C-340/04 – Carbotermo.

²⁶ S. z.B.; EuGH, Urteil vom 19.04.2007 - C 295/05 – Asemfo.

²⁷ OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 - 1 Verg 5/10; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.08.2011 - 11 Verg 3/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011 - VII Verg 20/11.

den. Letztgenannte Tätigkeiten können vor dem Hintergrund dieser nationalen Rechtsprechung nicht mehr dem Umsatz mit dem Auftraggeber zugerechnet werden. Auswirkungen hat dies insbesondere auf die liberalisierten Bereiche der Strom- und Gasversorgung. Außerdem ist nach der Rechtsprechung des OLG Celle die für die „Wesentlichkeit“ erforderliche Umsatzgrenze nicht einmal bei einer 92,5% der Tätigkeit erreicht²⁸. Deutlich werden hierbei die Diskrepanzen zwischen der nationalen Rechtsprechung und jener des EuGH sowie die damit verbundene Rechtsunsicherheit.

Die Inhouse-Vergabe kommt typischerweise im Verhältnis zwischen öffentlicher Stelle auf der Auftraggeberseite und kontrollierter (Tochter)Gesellschaft auf der Auftragnehmerseite zur Anwendung. Denkbar ist aber auch die Konstellation einer Beschaffung durch die (Tochter)Gesellschaft bei der sie kontrollierenden öffentlichen Stelle oder Auftragsverhältnisse zwischen Schwestergesellschaften. Bislang war bzw. ist hier jedoch vieles unklar.

b. Die Regelungen der neuen Vergaberichtlinien zur Inhouse-Vergabe

Die bisher von der Rechtsprechung geprägte und fortentwickelte Inhouse-Vergabe wird in den neuen Richtlinien nun erstmals kodifiziert. Die Regelungen in der VRL, der SRL und der KRL sind diesbezüglich identisch²⁹. Der Übersichtlichkeit halber wird hier nur auf die VRL betreffend die „klassische“ Auftragsvergabe eingegangen.

Nach Art. 12 Abs. 1 VRL ist eine vergabefreie Inhouse-Vergabe demnach zulässig, wenn folgende Voraussetzungen vollständig erfüllt sind:

- a) Der öffentliche Auftraggeber übt über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über seine eigenen Dienststellen (Kontrollkriterium);
- b) mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von dem die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber oder von anderen von diesem kontrollierten juristischen Personen betraut wurden (Wesentlichkeitskriterium) und
- c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Im Hinblick auf das unter a) genannte Kontrollkriterium wird nach Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 VRL davon ausgegangen, dass der Auftraggeber über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt, wenn er einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Eine solche Kontrolle kann auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird.

Die VRL sieht das unter b) beschriebene Wesentlichkeitskriterium bereits bei einer Tätigkeit von 80% für den Auftraggeber als erfüllt an. Wie oben dargestellt, wird die Grenze nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH erst bei 90 % gezogen; den Auftraggebern wird damit künftig nach der VRL ein erweiterter Spielraum bei der Inhouse-Vergabe eingeräumt.

Neu ist die unter c) normierte Zulässigkeit der Beteiligung privaten Kapitals in den dort genannten Grenzen. Diese Ausnahme soll gemäß Erwägungsgrund 32 den besonderen Merkmalen öffentlicher Einrichtungen mit Pflichtmitgliedschaft wie den für die Verwaltung oder die Ausführung bestimmter öffentlicher Dienstleistungen verantwortlichen Organisationen Rechnung tragen, bei denen die Kapitalbeteiligung bestimmter privater Wirtschaftsteilnehmer durch nationales Gesetz vorgeschrieben ist³⁰. Diese Neuregelung darf aber nicht zu der Annahme verleiten, dass eine private Kapitalbeteiligung ist nur dann zulässig, wenn diese in Übereinstimmung mit dem Europarecht durch nationale gesetzliche Bestimmungen – also nicht etwa durch kommunale Satzungen – vorgeschrieben (also nicht: ermöglicht) ist³¹. Im Gesetzgebungsprozess ist dabei etwa an bestimmte öffentlich-rechtliche Zwangsverbände nach deutschem Landesrecht gedacht worden, an denen Private sich beteiligen müssen³². Im Übrigen, und damit faktisch in aller Regel, gilt wie bisher der Grundsatz, dass bei privater Beteiligung das Kontrollkriterium nicht erfüllt ist³³. Klargestellt ist in Art. 12 Abs. 2 VRL des Weiteren, dass eine Inhouse-Vergabe nun auch im Konzernverbund in Betracht kommt. Die ausschreibungsfreie Beauftragung ist danach zum einen zulässig, wenn die kontrollierte juristische Person, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, einen Auftrag an ihren kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber vergibt (sog. bottom-up-Vergabe) und zum anderen, wenn die kontrollierte juristische Person eine andere, von demselben öffentlichen Auftraggeber kontrollierte juristische Person beauftragt (Schwestergesellschaft). Zu beachten sind auch hier die Grenzen des Abs. 1, d.h. eine direkte Beteiligung privaten

Kapitals ist nicht zulässig, es sei denn es handelt es sich um nicht beherrschende Formen der privaten Kapitalbeteiligung oder Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

c. Folgen für die Praxis

Öffentlichen Auftraggebern werden mit den Regelungen zur Inhouse-Vergabe künftig erweiterte Handlungsspielräume und mehr Rechtssicherheit geboten. Zugunsten der Auftraggeber wirkt sich auch die ausdrückliche Regelung der Inhouse-Vergabe im Konzernverbund aus. Vorsicht ist jedoch angezeigt, wenn erwogen wird, eine Inhouse-Vergabe unter Beteiligung privaten Kapitals durchzuführen. Die dargestellte Zulässigkeit einer solchen Beteiligung greift nur in den dargestellten engen Grenzen. Es ist im Vorfeld stets genau zu prüfen, ob die Beteiligung privaten Kapitals – wie es in aller Regel der Fall sein wird – der ausschreibungsfreien Vergabe entgegensteht.

2. Interkommunale Zusammenarbeit

Als weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts hat die Rechtsprechung des EuGH wiederum unter bestimmten Bedingungen die Zusammenarbeit zwischen zwei öffentlichen Rechtsträgern entwickelt, die jeweils beide öffentliche Auftraggeber sind. Nachfolgend wird zunächst ein Überblick über die Entwicklung der interkommunalen Zusammenarbeit gegeben (a.), um anschließend auf die Regelungen der neuen Richtlinien (b.) sowie die Folgen für die Praxis (c.) einzugehen.

²⁸ OLG Celle, Beschluss vom 14.09.2006 - 13 Verg 2/06.

²⁹ Art. 12 Abs. 1-3 VRL, Art. 28 Abs. 1-3 SRL, Art. 17 Abs. 1-3 KRL.

³⁰ S. Jaeger, NZBau 2014, 259, 261, der diese Regelung für bedenklich hält, weil der private Anteilseigner an der kontrollierten juristischen Person quotaal beteiligt sei und dementsprechende Vorteile aus deren erfolgreicher Auftragsstätigkeit ziehe. Zutreffend weist Jaeger, a.a.O., auf die Rechtsprechung des EuGH vom 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11 (Econord) hin, wonach nur eine Auftragnehmergesellschaft „mit vollständig öffentlichem Kapital“ für eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe in Betracht komme; wenn an dem öffentlichen Auftraggeber als Muttergesellschaft privates Kapital beteiligt sei, könne das Kapital der kontrollierten Tochtergesellschaft nicht mehr „vollständig“ der öffentlichen Hand zugeordnet werden.

³¹ Neun/Otting, in: EuZW 2014, 446, 448.

³² Ebd. Ein solches Gesetz ist aktuell nicht bekannt. Auch Jaeger, a.a.O., vermag eine solche gesetzliche Regelung über die zwingende Mitgliedschaft Privater nicht zu erkennen.

³³ So auch Neun/Otting, a.a.O.

a. Überblick über die Entwicklung der interkommunalen Zusammenarbeit durch die Rechtsprechung

Maßgeblich für diese Ausnahme vom Anwendungsbereich ist die Erwägung des EuGH, dass das EU-Recht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt³⁴. Die wesentlichen Voraussetzungen für eine interkommunale Zusammenarbeit hat der EuGH grundlegend in seinem Urteil vom 09.06.2009 in Sachen Stadtreinigung Hamburg aufgestellt³⁵. Diesem Urteil lag die Konstellation zugrunde, dass die Stadtreinigung Hamburg mit vier angrenzenden Landkreisen ohne Ausschreibung einen Vertrag über die Abfallentsorgung in der Müllverbrennungsanlage Rugenberger Damm geschlossen hatte. Der EuGH hielt diese Form der Kooperation für vergaberechtlich zulässig. Verallgemeinernd sind nach dem EuGH für eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit folgende Voraussetzungen erforderlich:

- Vertragsgegenstand muss eine allen Vertragsparteien obliegende öffentliche Aufgabe sein,
- die Zusammenarbeit muss durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt sein, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen,
- im Vertrag müssen gegenseitige Verpflichtungen geregelt sein, insbesondere auch in Notfällen,
- an der Zusammenarbeit darf kein Privater beteiligt sein,
- kein privates Unternehmen darf besser gestellt werden als seine Wettbewerber,
- es dürfen keine Finanztransfers vereinbart werden, die über eine reine Kostenerstattung hinausgehen.

In seinen nachfolgenden Entscheidungen konkretisierte der EuGH die Voraussetzungen, insbesondere mit Blick auf das Verbot der Besserstellung eines Privaten gegenüber seinen Wettbewerbern. In seinem Urteil vom 19.12.2012³⁶, das die nicht ausgeschriebene Vergabe eines Forschungsauftrags einer Kommune an eine Universität zum Gegenstand hatte, legte der EuGH in Anknüpfung an sein Stadtreinigung-Hamburg-Urteil größeres Gewicht auf die Auswirkungen des in der Entscheidung zu beurteilenden Vertrags auf den privaten Wettbewerb. In jenem Forschungsauftrag war die Möglichkeit vorgesehen, externe Dritte für die Vertragserfüllung heranzuziehen. Nach dem EuGH konnte der Vertrag durch diese Möglichkeit der Drittbeauftragung zu einer Bevorzugung bestimmter Unternehmen führen.

Auch in seinem Urteil vom 13.05.2013³⁷, das einen nicht ausgeschriebenen Reinigungsvertrag zwischen einer Stadt und

einem Kreis mit der Möglichkeit einer Drittbeauftragung zum Gegenstand hatte, hob der EuGH hervor, dass jener Vertrag zur Erfüllung der Aufgabe den Rückgriff auf einen Dritten gestatte, so dass dieser Dritte gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden könnte. Ein solcher Vertrag, aufgrund dessen sich ein Vertragspartner u.a. zur Aufgabenerfüllung eines Dritten bedienen dürfe, der u.U. in der Lage ist, zur Durchführung der Aufgabe auf dem Markt tätig zu werden, stelle einen – ausschreibungspflichtigen – Dienstleistungsauftrag dar. Das Kriterium der Marktrelevanz spielt demnach eine größere Rolle. Die vertraglich vorgesehene Möglichkeit zur Drittbeauftragung wird vom EuGH offenbar als ausreichend angesehen, um die Zulässigkeit der vergabefreien interkommunalen Zusammenarbeit zu verneinen³⁸.

b. Die Regelungen der neuen Vergaberichtlinien zur interkommunalen Zusammenarbeit

Entsprechend den Regelungen zur Inhouse-Vergabe hat der Richtliniengeber auch die Rechtsprechung des EuGH zur interkommunalen Zusammenarbeit nunmehr in den Richtlinien jeweils inhaltsgleich kodifiziert³⁹. Damit liegen nun erstmals ausdrückliche Normen zur interkommunalen Zusammenarbeit vor. Die Richtlinien setzen für eine vergabefreie interkommunale Kooperation Folgendes voraus⁴⁰:

- a) Der Vertrag begründet oder verwirklicht eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass sie öffentliche Dienstleistungen erbringen, die sie im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausführen werden.
- b) Diese Zusammenarbeit und ihre Durchführung werden ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt.
- c) Die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20% derartiger Tätigkeiten, die durch ihre Zusammenarbeit erfasst werden.

Die erbrachten Dienstleistungen müssen im Hinblick auf die unter a) genannte Voraussetzung nach dem Erwägungsgrund 33 nicht gleichartig sein, sondern können sich auch ergänzen. Auch muss nicht jede beteiligte Stelle „wesentliche“ vertragliche Pflichten übernehmen, so lange sie sich jeweils verpflichtet, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der Dienstleistung zu leisten.

Mit der unter c) genannten Voraussetzung wird für die interkommunale Zusammenarbeit das aus der Inhouse-Vergabe bekannte „Wesentlichkeitskriterium“ auch in

den Anwendungsbereich der interkommunalen Zusammenarbeit eingeführt. Es wird noch von der Rechtsprechung zu klären sein, welche Bedeutung diesem der interkommunalen Zusammenarbeit an sich fremden Kriterium zukommt.

Bemerkenswert ist, dass in den Katalog der Voraussetzungen das Verbot der Besserstellung von Privaten nicht ausdrücklich aufgenommen wurde. In diesem Zusammenhang wird in Erwägungsgrund 32 zwar festgehalten, dass auch öffentliche Auftraggeber wie Einrichtungen des öffentlichen Rechts, bei denen eine private Kapitalbeteiligung bestehen kann, in der Lage sein sollten, die Ausnahmeregelung für eine horizontale Zusammenarbeit in Anspruch zu nehmen. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine interkommunale Zusammenarbeit auch künftig nicht dazu führen darf, dass Private durch diese Kooperation gegenüber ihren Konkurrenten einen Vorteil erlangen. Denn zum einen ist nach wie vor die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH⁴¹ zu beachten, auf die Erwägungsgrund 31 ausdrücklich Bezug nimmt, und zum anderen enthält Erwägungsgrund 33 die klare Forderung, dass die Zusammenarbeit ausschließlich von Erwägungen des öffentlichen Interesses bestimmt wird und dass kein privater Dienstleister einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erhält. Eine private Beteiligung führt aber in aller Regel dazu, dass die Zusammenarbeit auch den Interessen des privaten Mitgesellschafters dient und damit gerade nicht „ausschließlich“ den öffentlichen Interessen. Dass eine Wettbewerbsverzerrung durch die Beteiligung privaten Kapitals bei der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit unzulässig ist, wird auch in Erwägungsgrund 31 ausdrücklich festgehalten. Die Regelung über die künftige Zulässigkeit der Beteiligung privaten Kapitals dürfte demnach folgenlos bleiben und keine Änderung im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH und den darin aufgestellten Voraussetzungen mit sich bringen.

³⁴ EuGH, Urteil vom 09.06.2009 - C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg.

³⁵ EuGH, Urteil vom 09.06.2009 - C-480/06 – Stadtreinigung Hamburg.

³⁶ EuGH, Urteil vom 19.12.2012 - C-159/11 – Lecce.

³⁷ EuGH, Urteil vom 13.05.2013 - C-386/11 – Piepenbrock.

³⁸ vgl. hierzu Geitel, in: NVwZ 2013, 765, 767; Kunde, in: NZBau 2013, 555, 557; s. auch Neun/Otting, in: EuZW 2013, 529, 533; Schrotz/Raddatz, in: NVwZ 2013, 931, 934.

³⁹ Art. 12 Abs. 4 VRL, Art. 28 Abs. 4 SRL, Art. 17 Abs. 4 KRL.

⁴⁰ Gem. Art. 12 Abs. 4 VRL.

⁴¹ S. oben, Fußnoten 35-37.

c. Folgen für die Praxis

Öffentliche Auftraggeber, die eine interkommunale Zusammenarbeit anstreben oder bereits vereinbart haben, sind gehalten, ihre vertraglichen Regelungen nach den vorgenannten Bestimmungen auszugestalten. Dies bedeutet die klare Definition des gemeinsamen Ziel, das im öffentlichen Interesse liegen muss, z.B. die gemeinsame Durchführung der Wasserversorgung. Alle beteiligten Stellen müssen zudem den von ihnen zu erbringenden Beitrag zu dieser gemeinsamen Aufgabenerfüllung formulieren; dieser Beitrag muss zwar nicht wesentlich sein, aber in einer Gesamtschau müssen sich die Beiträge ergänzen. Die beteiligten Stellen müssen daher zunächst jeweils bestimmen, welchen Beitrag sie zu leisten imstande und willens sind und sodann mit dem Partner bzw. den Partnern die Eignung zur Ergänzung dieses Beitrages abstimmen. Ferner müssen sie eine Marktanalyse durchführen, um sicherzustellen, dass die Obergrenze von 20% nicht überschritten wird.

3. Fazit

Die Regelungen der neuen Vergaberichtlinien zur Inhouse-Vergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit führen in erster Linie zu größerer Rechtssicherheit. Es wird den Auftraggebern künftig erleichtert, Inhouse-Vergaben durchzuführen und interkommunale Kooperationen einzugehen, da ihnen die Bestimmungen der Richtlinien zumindest teilweise klare Zulässigkeitskriterien an die Hand geben. Soweit die Richtlinien jedoch die Beteiligung privaten Kapitals in diesem Kontext erwähnen, sollte erhöhte Aufmerksamkeit bestehen. Im Klaren muss man sich auch darüber sein, dass die Bestimmungen der Richtlinien ganz überwiegend „lediglich“

eine Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung darstellen. Doch ist dessen Rechtsprechung nicht in Stein gemeißelt; auch die Regelungen zur Inhouse-Vergabe und zur interkommunalen Zusammenarbeit nach den neuen Richtlinien werden Gegenstand von Entscheidungen des EuGH sein.

V. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, in welcher Art und Weise die Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt werden. Möglicherweise wird auch das geltende Kaskadensystem, d.h. das Gefüge aus GWB, VgV und Verdingungsverordnungen, modifiziert werden. Bis die Richtlinien schließlich umgesetzt worden sind, ist zu beachten, dass zwar die Richtlinien bereits gegenüber den Mitgliedstaaten gelten. Allerdings besteht vor Ablauf der Umsetzungsfrist keine Verpflichtung zur Umsetzung und damit auch nicht zur richtlinienkonformen Auslegung, soweit die Handlungen die Umsetzung der Richtlinie und die Verwirklichung ihrer Ziele nicht ernsthaft gefährden⁴². Daraus folgt, dass abgewartet werden muss, ob während der Umsetzungsfrist gerichtliche Entscheidungen ergehen, die eine Inhouse-Vergabe oder eine interkommunale Zusammenarbeit nach Maßgabe der neuen Richtlinien rechtssicher ermöglichen; ohne eine solche Rechtsprechung sollte dieses Risiko nicht eingegangen werden⁴³.

Neben der Tätigkeit des Bundesgesetzgebers ist auch die Reaktion des Landesgesetzgebers abzuwarten. Insbesondere gilt dies für die Bestimmungen des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit über die öffentlich-rechtliche Vereinbarung, mit der die Zuständigkeit für eine Aufgabe übertragen werden kann (§ 18

GkZ). Diese sog. delegierende Vereinbarung als innerstaatlicher Organisationsakt wurde als weitere Ausnahme neben den Grundsätzen der EuGH-Rechtsprechung zur Stadtreinigung Hamburg letztlich nicht in den Entwurf Richtlinie aufgenommen, obwohl dies in dem vorangegangenen Grünbuch der Kommission⁴⁴ noch so vorgesehen war⁴⁵. Wenn nun lediglich die „Zusammenarbeit“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung in Sachen Stadtreinigung Hamburg und deren Fortbildung in der Richtlinie normiert ist, wird zu klären sein, ob der Landesgesetzgeber Handlungsbedarf für die delegierende Vereinbarung nach dem GkZ sieht. Generell muss sich der Landesgesetzgeber – spätestens angesichts der nun in Kraft getretenen Vergaberichtlinien - die Frage nach einem Anpassungsbedarf des GkZ stellen, da die Regelungen des GkZ die schon bisher geltenden Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH vollständig unerwähnt ließen, die kommunale Zusammenarbeit vielmehr einschränkungslos erlauben und damit gegen EU-Recht verstoßen⁴⁶. Ob der Landesgesetzgeber das Inkrafttreten der Richtlinien zum Anlass nehmen wird, tätig zu werden und den Kommunen Rechtssicherheit zu verschaffen, darf mit Spannung beobachtet werden.

⁴² Müller/Klostermann, in: ZfBR 2014, 347, 351, m.w.N.

⁴³ Dies., a.a.O., 347, 354.

⁴⁴ Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens - Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge vom 27.01.2011 - KOM(2011) 15 endg., S. 24.

⁴⁵ Gruneberg/Wilden, in: ZfBR 2013, 438, 445 f., m.w.N.

⁴⁶ So auch Geitel, in: NVwZ 2013, 765, 769.

Flexible Vergaben durch Rahmenvereinbarungen: Klarstellungen durch die EU-Vergaberichtlinie 2014

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

Rahmenvereinbarungen sind zwar als flexibles Beschaffungsinstrument bei öffentlichen Auftraggebern anerkannt. Ihre konkrete Anwendung ist aber, etwa hinsichtlich der erfassten öffentlichen Auftraggeber oder einer Hinzunahme von Unternehmen, mit Rechtsunsicherheiten verbunden. Dabei ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen gerade im Be-

reich der Vergabe von Standardleistungen (Bsp.: Beschaffung von Büromaterial) von großem Vorteil. Denn der Abschluss von Rahmenvereinbarungen gewährleistet insbesondere für die Auftraggeber ein schnelles und zielgenaues Vorgehen. Die allgemeine EU-Vergaberichtlinie 2014 (AVR) ist am 28. März im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden. Sie ist

20 Tage später, also am 17. April 2014, in Kraft getreten. Diese allgemeine EU-Vergaberichtlinie (AVR) muss – ebenso wie die neue EU-Sektoren- sowie die neue EU-Konzessionsrichtlinie - aufgrund der vorgegebenen zweijährigen Umsetzungsfrist bis spätestens zum 17. April 2016 im deutschen Recht verankert werden. Die allgemeine EU-Richtlinie (AVR) beseitigt in Art. 33 bestehende Rechtsunsicherheiten bei der Ausgestaltung von Rahmenvereinbarungen. Zudem hebt sie in Erwägungsgrund 60 die Rahmenvereinbarungen als „effiziente Beschaffungsmethode“, die aber mit noch „mehr Flexibilität“ (Erwägungsgrund 61) auszustatten ist, ausdrücklich hervor.

I. Aufwertung der Rahmenvereinbarung durch neue EU-Vergaberichtlinie (AVR)

Durch die allgemeine EU-Vergaberichtlinie 2014 (AVR) hat die Rahmenvereinbarung eine Aufwertung erfahren. So sind durch Art. 33 und den Erwägungsgründen 60-62 der AVR Klarstellungen zur Ausgestaltung der Rahmenvereinbarung erfolgt. Bereits vorher konnten Rahmenvereinbarung gemäß § 4 EG-VOL/A nicht nur bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, also von 207.000 € ohne Umsatzsteuer, geschlossen werden. Eine – wenn gleich kürzere – Regelung der Rahmenvereinbarung findet sich auch in § 4 VOL/A, Abschnitt 1, für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte. Über die VOL/A hinaus enthalten auch Art. 51 der neuen EU-Vergaberichtlinie zu den Sektoren (SVR) sowie bisher schon § 9 SektVO Regelungen über die Rahmenvereinbarung.

II. Rahmenvereinbarungen zukünftig auch im VOB- und VOF-Bereich möglich

Demgegenüber enthalten weder die aktuelle VOB/A noch die VOF Vorschriften zur Rahmenvereinbarung. Die Bundesrepublik Deutschland und damit die Vergabeausschüsse haben in der Vergangenheit von der nach dem bisherigen Art. 32 Abs. 1 EU-VKR (RL 2004/18/EG) durchaus bestehenden Möglichkeit („Die Mitgliedstaaten können für die öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen vorsehen“), Rahmenvereinbarungen auch für den Bereich der VOB/A und der VOF vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht. Daher ist davon auszugehen, dass in Deutschland für VOB-Leistungen und für Dienstleistungen nach der VOF Rahmenvereinbarungen aktuell nicht zulässig sind¹. Etwas anderes kann zum Beispiel im „Baubereich“ dann gelten, wenn hier Wartungsarbeiten in Form von Dienstleistungen nach der VOL/A ausgeführt werden.

Mit der Herausnahme der Bauleistungen sowie der freiberuflichen Leistungen aus der Rahmenvereinbarung wurden in Deutschland bisher die Spielräume der öffentlichen Auftraggeber begrenzt. Dies ist zu bedauern, da sowohl Auftraggeber wie Unternehmer ohne ersichtlichen Grund in ihren Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt sind. In der Zukunft wird sich dies spätestens mit der Umsetzung der Vergaberichtlinien zum 17. April 2016 ändern. In Art. 33 Abs. 1 S. 1 der AVR ist nunmehr bestimmt, dass „die öffentlichen Auftraggeber Rahmenvereinbarungen abschließen können“. Damit hängt das Ermessen zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen nicht mehr von den Mitgliedstaaten, sondern allein vom öffentlichen Auftraggeber selbst ab. Folge ist, dass anders als bisher künftig nicht nur im VOL-Bereich, sondern auch im Bereich der VOB und der VOF der

Abschluss von Rahmenvereinbarungen grundsätzlich möglich ist.

III. Vorteile von Rahmenvereinbarungen

1. Flexibilität bei der Auftragsvergabe

Im Gegensatz zu den klassischen Beschaffungen (EU-Bereich: Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren bzw. im nationalen Bereich: Öffentliche Ausschreibung, Beschränkte Ausschreibung und Freihändige Vergaben) haben Rahmenvereinbarungen einen großen Vorteil: Sie erlauben es den Auftraggebern, die Vergabe von Einzelaufträgen in einem einzigen Verfahren zu bündeln². Damit sind Rahmenvereinbarungen wesentlich effizienter und zielgerichteter als die demgegenüber sonst erforderliche Durchführung einzelner Beschaffungen in separaten Vergabeverfahren. Hinzu kommt, dass Rahmenvereinbarungen im Vergleich zu den „klassischen Vergabearten“ auch deswegen sehr viel flexibler sind, weil sie es nach §§ 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A, 4 EG Abs. 1 S. 2 VOL/A den Auftraggebern ermöglichen, das in Aussicht genommene Auftragsvolumen nur „so genau wie möglich“ zu ermitteln und bekannt zu geben, nicht jedoch bereits abschließend festzulegen³. Denn Sinn und Zweck einer Rahmenvereinbarung ist es, dass der Auftraggeber erst auf der Grundlage der folgenden späteren Einzelauftragsvergabe die konkrete Leistung bei seinem Vertragspartner abrufen.

2. Keine zwingende Vorabfinanzierung erforderlich

Aus Sicht des Auftraggebers beinhalten Rahmenvereinbarungen aber nicht nur ein flexibles Instrument, weil viele Einzelvergaben durch eine einzige Ausschreibung, der dann einseitige und kurzfristige Abrufe durch die Vergabestelle folgen, ersetzt werden können. Vielmehr ist beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung auch keine zwingende Vorabfinanzierung sämtlicher später in Erwägung gezogener Leistungen erforderlich. Stattdessen ist von vornherein eine finanzielle Deckelung bei der Beschaffung der ausgeschriebenen Leistungen möglich. Da beim Leistungszeitpunkt und der konkret abgerufenen Menge ebenfalls eine Flexibilität besteht, ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung oftmals mit einer Senkung der Verfahrenskosten und einer Verringerung des Verwaltungsaufwandes für den Auftraggeber verbunden.

3. Festlegung des Auftragsumfangs nicht abschließend

Auch aus Bietersicht ist beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen von Vorteil,

dass hiermit grundsätzlich noch keine abschließende Festlegung des Auftragsumfangs verbunden ist. Weiter haben die in die Rahmenvereinbarung eingebundenen Unternehmen eine bevorzugte Stellung. Denn der Auftraggeber darf bei einem späteren Abruf der Leistungen nur auf diese „privilegierten Unternehmen“ zurückgreifen.

IV. Definition und Partner von Rahmenvereinbarungen

Nach der Definition der Rahmenvereinbarung in Art. 33 Abs. 1 S. 2 AVR ist

„eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die dazu dient, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und ggf. die in Aussicht genommene Menge.“

Partner einer Rahmenvereinbarung können daher sowohl auf der Auftraggeberseite ein oder mehrere Auftraggeber als auch auf der Unternehmerseite ein oder mehrere Unternehmen sein. Danach ergeben sich folgende Konstellationsmöglichkeiten:

Ein Auftraggeber	- Ein Unternehmer
Ein Auftraggeber	- Unternehmer A, B, C ...
Auftraggeber Nr. 1, 2, 3 ...	- Ein Unternehmer
Auftraggeber Nr. 1, 2, 3 ...	- Unternehmer A, B, C ...

V. Festlegung der Bedingungen für spätere Einzelaufträge

Entscheidend ist, dass durch eine Rahmenvereinbarung die durchaus noch konkretisierbaren Bedingungen für die späteren Einzelaufträge innerhalb eines bestimmten Zeitraums vorgegeben werden und eine Festlegung hinsichtlich der einzelnen Bedingungen zunächst rein in Bezug auf den Preis erfolgt.

Im Hinblick auf die in Aussicht genommene Menge ist zwar das „Auftragsvolumen („nur“) so genau wie möglich zu ermitteln“ (§§ 4 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOL/A sowie 4 EG Abs. 1 Sätze 1 und 2 VOL/A). Trotz dieser unterschiedlichen Vorgaben von „Preis“ und „Menge“ finden in der Praxis häufig diese beiden vergaberechtlichen Stellschrauben aufgrund der

¹ VK Sachsen, Beschluss vom 25.01.2008, Az. 1/SVK/088-07.

² Knauff, VergabeR 2006, 24 [26]; Franke, ZfBR 2006, 546.

³ VK Hessen, Beschluss vom 05.11.2009, Az.: 69 d VK-39/2009.

bezweckten Flexibilität der Rahmenvereinbarung im Ursprungsvertrag noch keine abschließende Regelung. Vielmehr werden die Einzelheiten von Preis und Auftragsvolumen oftmals erst abhängig von der konkreten Bedarfs- und Marktentwicklung der längerfristig laufenden Rahmenvereinbarung und damit erst bei Abruf der konkreten Leistung durch den jeweiligen Einzelvertrag festgelegt⁴. Dies bedeutet, dass auch die konkreten Leistungspflichten zwischen den Vertragsparteien auf der Grundlage des zunächst festgelegten Vertragsrahmens erst beim Abruf bestimmt werden. Folge ist, dass im rechtlichen Sinne Rahmenvereinbarungen aufgrund dieser Zweistufigkeit dogmatisch betrachtet zumindest auf der ersten Stufe oftmals keine öffentlichen Aufträge im Sinne des § 99 GWB sind, da insoweit wesentliche Vertragsbestandteile fehlen⁵.

VI. Erfasste Beschaffungen und mögliche Anwendungen

Beispiele für die von Rahmenvereinbarungen erfassten Beschaffungen durch Auftraggeber sind insbesondere wiederkehrende Standardleistungen und Massenwaren. Über die bereits genannte Lieferung von Büromaterial hinaus fallen hierunter zum Beispiel die Beschaffung von Streusalz, die Software-Wartung im Dienstleistungsbereich, aber auch die Vergabe ständig erneut in Anspruch genommener Transport-, Schulungs- oder Beratungsleistungen.

1. Märkte mit Innovationskraft

Aber auch in sonstigen Bereichen wird die Rahmenvereinbarung, etwa von der EU-Kommission, als flexible und effiziente Beschaffungsmethode angesehen⁶. Rahmenvereinbarungen eignen sich insoweit auch für die Märkte, die wegen ihrer Innovationsfähigkeit von einem schnellen Wandel betroffen sind und damit kurzen Innovationszyklen unterliegen. Dies ist speziell im Bereich der Informationstechnologie der Fall. Grund ist insbesondere, dass es in diesen schnell sich entwickelnden und innovativen Märkten schwer vertretbar ist, den Auftraggeber an feste Preise und Bedingungen, die sich stets ändern und – was die Preise betrifft – auch sinken können, zu binden. Andererseits besteht auf Seiten der Auftraggeber das Bedürfnis an einer langfristigen Planung. Mit dem Instrument der Rahmenvereinbarung haben die Vertragspartner aber gerade in diesen innovativen (IT-)Märkten eine Vergabe- und Vertragsmöglichkeit zur Verfügung, die bei den wesentlichen Einzelheiten eines Vertrags genügend Flexibilität bietet, um diesen Anforderungen Rechnung zu tragen.

Ansonsten würde es den Bietern angesichts des von einer Rahmenvereinbarung „nur“ geschaffenen Rasters gerade

bei „innovativen Waren“ oftmals schwerfallen, eine seriöse Angebotskalkulation über einen längeren Zeitraum, etwa im IT-Bereich, zu erarbeiten. Eine kurzfristige Anpassung des Preises anlässlich einer Einzelbestellung (Abruf) erspart daher sowohl dem Bieter als auch dem Auftraggeber die Nachteile eines spekulativen Angebots und lässt die Bieter das ihnen bestmögliche Preis-Leistungsverhältnis anbieten⁷. Eine sachgerechte Vertragsgestaltung gerade im IT-Bereich bietet zudem für den Auftraggeber die Möglichkeit, zum Beispiel zu einem noch zu bestimmenden Zeitpunkt die dann aktuelle Software-Lizenz abzurufen⁸.

2. Möglichkeit der Angebotsbündelung

Rahmenvereinbarungen können auf der Seite der Auftraggeber als Möglichkeit einer Angebotsbündelung genutzt werden⁹. Dementsprechend sieht auch die Definition in Art. 33 Abs. 1 S. 2 der AVR 2014 ebenso wie §§ 4 Abs. 1 Satz 1 VOL/A und 4 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A vor, dass Partner von Rahmenvereinbarungen ein oder „mehrere Auftraggeber“ sein können. Eine Bündelbeschaffung durch viele Auftraggeber gemeinsam hat Vorteile. Diese bestehen nicht nur darin, dass die Verwaltungskosten gesenkt und bessere Preise erzielt werden können; entscheidend ist, dass durch die Bündelung der Ausschreibung auch vergaberechtlicher Sachverstand zentralisiert werden kann. Insbesondere bei den schwierigen Fragen der Vergabeart, einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung, der Vorgabe sachgerechter Eignungskriterien sowie auch der formalen und inhaltlich richtigen Wertung der Angebote können gerade zentrale Beschaffungsstellen wertvolle Hilfe leisten. Dabei ist zu beachten, dass trotz dieser gebündelten Ausschreibungen auch hier das vergaberechtliche Mittelstandsgebot des § 97 Abs. 3 GWB sowie der §§ 2 Abs. 2 VOL/A und 2 EG Abs. 2 VOL/A zu berücksichtigen ist.

Auch muss bei einer Bündelung der Nachfragemacht auf der Auftraggeberseite stets das Kartellverbot sowie das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beachtet werden¹⁰. Zudem ergibt sich aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB ein Verbot wettbewerbswidriger Rahmenvereinbarungen. Dies bedeutet, dass insbesondere bei einer Monopolsituation eines Auftraggebers, der eine Rahmenvereinbarung abschließen will (Bsp.: Bundeswehr), rechtlich ein Verzicht auf die Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen angebracht sein kann oder zumindest die Laufzeit der Rahmenvereinbarung (Bsp.: Ein Jahr) begrenzt werden muss.

VII. Beschreibung des Leistungsgegenstandes

Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen

erfordert trotz der möglichen Flexibilität nicht zwingend, dass bestimmte Vertragselemente offengelassen werden. Es ist daher durchaus möglich, dass der Rahmenvertrag bereits alle Bedingungen der späteren Einzelverträge enthält und diese daher nur noch vom Auftraggeber abgerufen werden müssen. Die EU-Kommission schlägt für diesen Fall die Bezeichnung „Rahmenvertrag“ im Gegensatz zu den „Rahmenvereinbarungen“, die die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien noch nicht abschließend festlegen, vor¹¹. Auch dann, wenn noch nicht alle Vertragselemente in der ursprünglichen Rahmenvereinbarung bestimmt oder bestimmbar sind, dürfen die Parteien dennoch die Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung niemals grundlegend ändern. Insbesondere sollte darauf geachtet werden, dass der jeweilige Leistungsgegenstand in der Rahmenvereinbarung so eindeutig wie möglich festgelegt wird. Daher gilt der Grundsatz der klaren und eindeutigen Leistungsbeschreibung grundsätzlich auch für Rahmenvereinbarungen¹².

Ohne eine derartige genauestmögliche Ermittlung und Bekanntgabe der erfassten Leistung wäre ein Bieter nicht in der Lage, eine ordnungsgemäße Angebotskalkulation vorzunehmen und seinen Aufwand sowie die erforderlichen Ressourcen für den Auftrag (Material, Personal, Finanzmittel etc.) einschätzen zu können. Dies könnte zu einer unter Umständen nicht gerechtfertigten Verschiebung des Risikos auf die Bieterseite führen¹³. Die in der Natur der Rahmenvereinbarung liegende Ungewissheit, dass sich das angestrebte und beschriebene Auftragsvolumen auch tatsächlich realisiert, ist demgegenüber kein ungewöhnliches, sondern ein der Rahmenvereinbarung innewohnendes typisches Risiko (s. hierzu Punkt VIII)¹⁴.

Wenn es beim Abruf der Einzelaufträge eine Unterschreitung des ursprünglich

⁴ Gröning, VergabeR 2005, 156 [158]; Opitz, NZBau 2003, 183 [193].

⁵ Zeise in: Kularztz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage 2014, § 4 EG-VOL/A RdNr. 11 unter Verweis auf die EU-Kommission.

⁶ Erwägungsgrund 60 der EU-Vergaberichtlinie 2014 für den Bereich der klassischen Auftragsvergabe. 8 (AVR).

⁷ Jacoby, VergabeR 2004, 768 [770].

⁸ Beispiel von Haak/Degen, VergabeR 2005, 164 [165].

⁹ Siehe hierzu Opitz, NZBau 2003, 183 [192].

¹⁰ Zeise, a. a. O. RdNr. 15.

¹¹ Zeise, RdNr. 17 unter Verweis auf die EU-Kommission.

¹² Vergabekammer Bund, Beschluss vom 21.08.2013 – VK 1-67/13.

¹³ VK Bund, Beschluss vom 29.07.2009, Az. VK 2-87/09.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 11.06.2009, VergabeR 2009, 744 ff.

festgelegten Auftragsvolumens gibt, ist dies im Grundsatz unbeachtlich. Anders ist die Rechtslage nur dann, wenn der Auftraggeber mit dem Vertragspartner der Rahmenvereinbarung eine Mindestabnahmemenge vereinbart hat. Dann können zumindest bei einer wesentlichen Unterschreitung der abgerufenen Menge Schadensersatzansprüche des Auftragnehmers die Folge sein. Ebenso wäre es möglich, dass sich ein Auftraggeber durch eine fehlerhafte und unkorrekte Ermittlung der Auftragsmenge schadensersatzpflichtig macht, wenn dies in der Folge zu erhöhten Vorhaltekosten bei den Auftragnehmern führt. Der Auftraggeber ist daher schon im eigenen Interesse gehalten, Bedarfsänderungen bei der Menge dem Partner oder den Partnern der Rahmenvereinbarung unmittelbar nach Kenntniserlangung bekannt zu geben¹⁵. Umgekehrt braucht der Leistungsgegenstand bei Rahmenvereinbarungen nicht von vornherein so präzise und abschließend beschrieben zu werden, dass die Bieter bereits zuschlagsfähige Angebote auch schon für die späteren Einzelgebote abgeben können¹⁶. Damit würde der Vorteil der Flexibilität der Rahmenvereinbarung gerade bei langjährig laufenden Verträgen aufgegeben. Folge könnte sein, dass die Vertragspartner ihre Angebote für die Einzelverträge nicht mehr dem neuesten Stand der Entwicklung anpassen können. Gerade dieses Vertragsziel soll der Rahmenvertrag jedoch ermöglichen¹⁷.

VIII. Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse zulässig

Mit der VOL/A 2010 (s. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, a. F.) ist das Verbot der Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse vom Auftraggeber auf die Unternehmer weggefallen. Damit stellt sich die Frage, ob ungewöhnliche Wagnisse generell vom Auftraggeber auf den Unternehmer überwälzt werden dürfen, oder ob dies nach wie vor aus allgemeinen Gründen, etwa wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungsverbot nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB, unzulässig ist¹⁸. Diese Frage braucht nicht abschließend entschieden zu werden. Denn zumindest für den Bereich der Rahmenvereinbarung beinhaltet die hiermit verbundene Flexibilität, etwa bezogen auf den konkreten Zeitpunkt sowie auch den Umfang des Leistungsabrufs, systemimmanent die Überwälzung von ansonsten (ungewöhnlichen) Wagnissen auf die Seite des oder der Unternehmen. Daher hat insbesondere das Oberlandesgericht Düsseldorf wiederholt entschieden¹⁹, dass gerade bei Rahmenvereinbarungen die Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse vom Auftraggeber auf die Unternehmen rechtlich zulässig ist. Dieser Rechtsprechung ist zu folgen. Sie be-

deutet keinesfalls, dass damit der Auftraggeber „tun und lassen kann“ was er will. Vielmehr sind auch bei Rahmenvereinbarungen die Leistungsinhalte so genau und klar wie möglich zu beschreiben²⁰. Eine Überwälzung ungewöhnlicher, aber für den oder die Unternehmer zumutbarer Wagnisse bei Rahmenvereinbarungen, die von der konkreten Ausgestaltung der Rahmenvereinbarung gedeckt sind, ist aber zulässig.

IX. Festlegung des endgültigen Preises erst bei Abruf

Der Preis muss – wie ausgeführt – nicht notwendig bereits in der ersten Stufe der Rahmenvereinbarung festgelegt werden. Überlegenswert ist aber schon wegen der längeren Laufzeit die Bezugnahme auf eine Preis- oder/und Materialanpassung, so dass der Preis für einen bestimmten Auftrag beim Abruf in objektiver Weise bestimmt werden kann. Dennoch kann sich der Auftraggeber auch dafür entscheiden, den endgültigen Preis erst im Rahmen des späteren Einzelvertrags (Abruf) durch Vervollständigung „nachreichen zu lassen“ oder – bei mehreren Rahmenvertragspartnern – diese bei Abruf der konkreten Leistung auffordern, nochmals neue und aktuelle Preisangebote in einem (Mini-)Wettbewerb zueinander abzugeben. Voraussetzung ist jeweils, dass der Preis als Zuschlagskriterium für die späteren Einzelverträge bereits in der Ursprungsausschreibung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung genannt ist²¹.

X. Bekanntmachung und Inhalt der Rahmenvereinbarung

Auf der Grundlage einer möglichst genauen Ermittlung des Beschaffungsvolumens (pro Tonne / pro Stunde / pro Arbeitskraft etc.) hat der Auftraggeber – je nach Auftragswert – die Rahmenvereinbarung entweder europaweit oder zumindest in nationalen Ausschreibungsblättern²² bekannt zu machen. Nach dem klaren Wortlaut der §§ 4 Abs. 1 Satz 1 VOL/A und 4 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A wird in der Rahmenvereinbarung jedenfalls der von ihr erfasste und damit „bestimmte Zeitraum“ (Vertragszeitraum) vorgegeben. Grund ist, dass der Zeitraum, über den hinweg ein Leistungsabruf aus dem Rahmenvertrag möglich ist, sich aufgrund der anfallenden Vorhaltekosten als wesentliche Kalkulationsgrundlage für die potenziellen Auftragnehmer darstellt. Auch für die Frage, wann durch den Auftraggeber wieder ein Wettbewerb eröffnet werden muss, spielt der Vertragszeitraum eine entscheidende Rolle. Nicht erforderlich ist in der Bekanntmachung der Rahmenvereinbarung jedoch die Angabe von Zeit und Ort der später abzurufenden Einzelleistungen.

1. Zeitliche Begrenzung auf grundsätzlich vier Jahre

Der Wert einer Rahmenvereinbarung wird nach § 3 Abs. 6 VgV auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwerts aller Einzelaufträge berechnet, die während der Gesamtlaufzeit geplant sind. Hierbei sind Optionen (Verlängerungsklauseln) einzurechnen. Nach Art. 33 Abs. 1 S. 3 der AVR 2014 sowie §§ 4 Abs. 1 Satz 4 VOL/A und 4 EG Abs. 7 VOL/A ist die zeitliche Regellgrenze für Rahmenvereinbarungen grundsätzlich – mit Ausnahme angemessen begründeter Sonderfälle, in denen dies insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden kann – maximal vier Jahre. Schon vor dieser jetzt in Art. 33 Abs. 1 S. 3 der AVR beschriebenen Ausnahme hatte das OLG Düsseldorf²³ eine Überschreitung der Vier-Jahre-Frist als im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren angreifbar angesehen. Nach dieser Entscheidung kann ein länger als vier Jahre laufender Vertragszeitraum als eng zu begrenzender Sonderfall vom Auftraggeber nur „aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung“ rechtfertigt werden, wobei der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände herangezogen werden können. Für die Auftraggeber im Sektorenbereich enthält Art. 51 Abs. 1 auf der Grundlage der am 17. April 2014 in Kraft getretenen EU-Sektorenvergaberichtlinie die Möglichkeit, die maximale Laufzeit bei Rahmenvereinbarungen über die vier Jahre nach der AVR hinaus auf bis zu acht Jahre auszudehnen.

2. Überschreitung des Vierjahres-Zeitrahmens im Ausnahmefall

Ausnahmen vom Vier-Jahres-Zeitrahmen sind in der Vergabedokumentation zu begründen. In der AVR 2014²⁴ ist bestimmt, dass Ausnahmefälle für eine längere Laufzeit als vier Jahre beispielsweise auftreten können,

„wenn Wirtschaftsteilnehmer Ausrüstung benötigen, deren Amortisierungs-

¹⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2005, Az. 7-Verg 40/05; Zeise, a. a. O. RdNr. 21.

¹⁶ VK Südbayern, Beschluss vom 12.08.2013 – Z 3-3-3194-1-18-07/13; Knauff, VergabeR 2006, 24 [29].

¹⁷ Zeise, a. a. O. RdNr. 18.

¹⁸ Für eine zulässige Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse: OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 762 ff.; dagegen: OLG Dresden, NZBau 2011, 775; OLG Jena, NZBau 2011, 771.

¹⁹ OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19.10.2011 – Verg 54/11, vom 07.11.2011 – Verg 90/11, vom 07.12.2011 – Verg 96/11 sowie vom 20.02.2013 – Verg 44/12.

²⁰ VK Bund, Beschluss vom 21.08.2013 – VK 1-67/13.

²¹ So auch Zeise, a. a. O. RdNr. 19.

²² Siehe auch www.bund.de.

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.04.2012 – Verg 95/11.

²⁴ Siehe Erwägungsgrund 62.

zeitraum mehr als vier Jahre beträgt und die während der gesamten Laufzeit der Rahmenvereinbarung jederzeit verfügbar sein muss.“

Ebenso wird in der AVR erläuternd ausgeführt²⁵,

„dass zwar auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Aufträge vor Ablauf der Laufzeit der Rahmenvereinbarung selbst zu vergeben sind, die Laufzeit der einzelnen auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Aufträge jedoch nicht der Laufzeit jener Rahmenvereinbarung entsprechen muss, sondern gegebenenfalls kürzer oder länger sein kann.“

Dabei ist es nach dem Erwägungsgrund 62 der AVR zulässig, bei der Festlegung der Länge einzelner auf einer Rahmenvereinbarung beruhender Aufträge insbesondere Faktoren zu berücksichtigen, wie beispielsweise die für ihre Durchführung erforderliche Zeit, eine vorgesehene Wartung von Ausrüstung mit einer erwarteten Nutzungsdauer von mehr als vier Jahren oder eine für die Auftragsausführung erforderliche umfassende Mitarbeiterschulung.

3. Verfahrensart und Mittelstandsgebot

Auch für die Rahmenvereinbarung stehen den Auftraggebern nach den jeweiligen rechtlichen Vorgaben (siehe etwa § 3 EG-VOL/A) die normalen Verfahrensarten (Beispiel: Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren) zur Verfügung. Auch gilt das Mittelstandsgebot (§ 97 Abs. 3 GWB) genau wie bei anderen Vergaben für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen.

4. Eignungs- und Zuschlagskriterien

Auf der Grundlage der Benennung der Eignungs- und separaten Zuschlagskriterien bereits in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen erfolgt der Zuschlag auch bei Rahmenvereinbarungen grundsätzlich auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB). Von Bedeutung ist, dass die jeweiligen Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Gewichtung nicht nur für die Rahmenvereinbarung, sondern grundsätzlich auch für die späteren Einzelverträge bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt werden müssen. Dies bedingt aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers, dass dieser sich im „Großen und Ganzen“ bereits vor der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung über den gesamten Verfahrensablauf bis hin zur Vergabe der Einzelverträge Klarheit verschafft und entsprechend seine Vergabeunterlagen gestaltet. Insbesondere ist festzulegen, ob bereits die Rahmenvereinbarung alle Bedingungen der späteren Einzelverträge enthalten soll oder erst die Einzelverträge die vorab festgelegten einzelnen Grobbedin-

gungen konkretisieren. Für den Fall einer späteren Konkretisierung muss bestimmt werden, wie diese im Einzelfall – insbesondere bei Festlegung mit mehreren Vertragspartnern – erfolgen soll.

5. Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Partnern

Auch müssen bereits die Vergabebekanntmachung und die Vergabeunterlagen eine Aussage darüber enthalten, ob der Auftraggeber die Rahmenvereinbarung mit einem oder mit mehreren Vertragspartnern abschließen will. Denn speziell für den Bieter ist relevant, ob er im Falle eines Zuschlags der einzige Vertragspartner ist oder ggf. erneut mit mehreren Vertragspartnern um den späteren Einzelauftrag konkurrieren muss²⁶.

Insoweit gibt es zwei Arten von Rahmenvereinbarungen: Die Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen (siehe § 4 EG Abs. 3 VOL/A) und die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen (siehe § 4 EG Abs. 3 bis 6 VOL/A). Welche Rahmenvereinbarung der Auftraggeber abschließt, liegt allein in seinem Ermessen. Wichtig ist, dass er darauf achtet, dass bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen mindestens drei beteiligt sein müssen (siehe § 4 EG Abs. 4 VOL/A).

Der öffentliche Auftraggeber muss auch bereits im Vorhinein die konkrete Anzahl der Partner der Rahmenvereinbarung festlegen²⁷. Grund ist, dass es erhebliche Auswirkungen auf die Kalkulation eines Bieters hat, ob er einer von (minimal) drei oder aber einer von sieben oder noch mehr Auftragnehmern sein wird, da jedenfalls seine späteren Abrufchancen mit Zunahme der Vertragspartnerzahl schwinden.

6. Rechtliche Ausgestaltungen von Rahmenvereinbarungen

- Rechtliche Ausgestaltung: Abnahmeverpflichtungen oder Optionen

Anders als bei anderen vergaberechtlichen Vertragsarten enthalten Rahmenvereinbarungen für den Auftraggeber inhaltlich-rechtlich nicht unbedingt Abnahmeverpflichtungen²⁸. Vielmehr können sie dem Auftraggeber grundsätzlich auch eine einseitige Option einräumen, auf deren Grundlage er die von der Rahmenvereinbarung erfassten Leistung entweder abrufen kann oder auch nicht. Diese Wahlmöglichkeit besteht insbesondere dann, wenn dem Auftraggeber mehrere Vertragspartner auf der Seite der Auftragnehmer zur Verfügung stehen, aber auch dann, wenn der Rahmenvertrag nur mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer abgeschlossen wurde²⁹. Zwar ist es durchaus denkbar, dass die Rahmenvereinbarung mit einem sowohl den

Auftraggeber als auch die Unternehmen verpflichtenden Inhalt abgeschlossen wird; dies dürfte aber in der Regel nur bei einer Rahmenvereinbarung mit nur einem Rahmenvertragspartner der Fall sein.

Ein weiterer Fall einer – verbindlichen – Abnahmepflicht durch den Auftraggeber muss in der Regel dann angenommen werden, wenn dieser über die Rahmenvereinbarungen komplexe Leistungen, etwa im IT-Bereich, beschafft. Dann ist es für Unternehmen regelmäßig unzumutbar, derartig komplexe Leistungen einerseits gegenüber dem Auftraggeber vorhalten zu müssen, ohne dass diesem andererseits eine Abnahmepflicht obliegt. In diesem Zusammenhang sollte zumindest die Garantie einer Mindestabnahme durch den Auftraggeber gegenüber den Rahmenvertragspartnern vereinbart werden. Hierdurch können Risiken, die sich aus einer „unverbindlichen Rahmenvereinbarung“ für die Unternehmen ergeben würden, abgemildert werden. Innerhalb der möglichen Formen der Rahmenvereinbarungen sind damit drei rechtliche Ausgestaltungen zulässig:

- Einseitig das Unternehmen verpflichtende Rahmenvereinbarung (zum Beispiel Beschaffung von Standardware);
- Rahmenvereinbarung als beide, also den Auftraggeber und die Unternehmen, verpflichtende Vereinbarung sowie
- Beidseitig unverbindliche Rahmenvereinbarung, die in der Regel nur bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen eingreifen kann. Dabei ist aber wegen der beiderseitigen Unverbindlichkeit zu fragen, ob hier überhaupt inhaltlich eine Rahmenvereinbarung vorliegt.

- Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen

Bei einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen (siehe Art. 33 Abs. 3 AVR, § 4 EG Abs. 3 VOL/A) konzentriert sich das Vergabeverfahren auf die erste Auswahlstufe. Insoweit ergeben sich die Bedingungen für die später folgenden Einzelaufträge aus der Rahmenvereinbarung selbst. Auf der anschließenden zweiten Stufe erfolgt die Einzelauftragsvergabe auf der Grundlage

- der Bedingungen der Rahmenvereinbarung, sodass der Auftraggeber ohne erneuten Wettbewerb abrufen kann;
- eines Verlangens des Auftraggebers nach Vervollständigung des Angebots

²⁵ Siehe Erwägungsgrund 62.

²⁶ Knauff, VergabeR 2006, 24 [31].

²⁷ Zeise, a. a. O. RdNr. 53.

²⁸ Zeise, a. a. O. RdNr. 12.

²⁹ Siehe OLG Celle, Urteil vom 10.07.2003, Az. 14 U 263/02, IBR 2004, 259.

in Textform bzw. der schriftlichen Konsultation des konkreten Wirtschaftsteilnehmers mit der Aufforderung, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen (Beispiel: Neuester IT-Standard). Niemals ist aber eine grundlegende Änderung der ursprünglichen Rahmenvereinbarung zulässig.

- Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen

Bei einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen (siehe Art. 33 Abs. 4 (a) – (c) AVR, § 4 EG Abs. 4 bis 6 VOL/A) erfolgt dann, wenn alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind:

- Die Einzelauftragsvergabe zu den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Wettbewerb.
- Maßgeblich sind sodann die Zuschlagskriterien der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung, die auch beim Abruf fortgelten.
- Sind nicht alle Bedingungen bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt (Beispiel: IT) erfolgt ein erneuter Aufruf zum Wettbewerb entweder zu
 - o den selben Bedingungen wie auf der ersten Stufe, wobei Präzisierungen, etwa im technischen Bereich, möglich sind oder aber
 - o nach anderen und in den Vergabeunterlagen bereits genannten Bedingungen.

Bei nicht insgesamt in der Rahmenvereinbarung vorab festgelegten Bedingungen ist vor der Einzelvergabe eine Konsultation der (geeigneten) Unternehmen bzw. des (geeigneten) Unternehmens durch den Auftraggeber im Hinblick auf die mögliche Ausführung des Einzelauftrags durchzuführen. Dies beinhaltet einen erneuten Aufruf zum Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern, die Parteien der Rahmenvereinbarung sind (Art. 33 Abs. 4 (c) und Abs. 5 AVR). Dabei ist den Unternehmen eine angemessene Frist für die Abgabe eines „ergänzten“ Angebots einzuräumen. Der Einzelzuschlag erfolgt sodann grundsätzlich auf das wirtschaftlichste Angebot.

XI. Ausschreibungspflichtige und nicht ausschreibungspflichtige Vertragsänderungen

Kommt es nach dem Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem konkret angegebenen Auftragsvolumen zu einer wesentlichen Überschreitung der ursprünglich vereinbarten Menge, sind die Partner der Rahmenvereinbarung nicht ohne Weiteres berechtigt, auch Leistungen auf diesen „überschießenden Teil“ zu erbringen. Vielmehr ist bei wesentlichen Änderungen des ursprünglichen Vertrages, wozu insbesondere wesentliche Leistungs- und damit verbundene Preisänderungen gehören, eine neue Aus-

schreibung vorzunehmen³⁰. Dabei wird jedoch nicht jede geringfügige Überschreitung des Auftragsvolumens zur Unzulässigkeit eines nachfolgenden Abrufs auf der Grundlage der ursprünglichen Rahmenvereinbarung führen können. Umgekehrt sind konkrete (Prozent-)Zahlen, ab denen eine Überschreitung zu einer Neuausschreibung (Wesentlichkeit) führt, bisher keine rechtlich zulässigen Größenordnungen. Entscheidend ist stets der Einzelfall³¹.

Dabei kommt es insbesondere auf die Art der nachgefragten Leistung sowie auf den angesprochenen Bieterkreis an. Maßgeblich ist insbesondere, ob auf der Grundlage der Überschreitung des ursprünglich angenommenen Mengenvolumens und einer erforderlichen Neuausschreibung eine „Wesentliche Vertragsänderung“ gegeben ist und sich ein erneuter Bieterkreis ergründen lässt („Anstoßwirkung“). Damit verbunden ist die Frage, ob die Beibehaltung der bisherigen Rahmenvertragspartner eine missbräuchliche und damit auch rechtswidrige de-facto-Vergabe darstellt. Für die Beantwortung der Frage einer wesentlichen und damit ausschreibungspflichtigen Vertragsänderung kann als Orientierungsleitlinie in der Zukunft die erstmalige Kodifizierung der „Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit“ in Art. 72 AVR mit den dortigen Fallgruppen einer nicht gegebenen Ausschreibungspflicht (s. etwa die 10 %-ige „de-minimus-Regel“ in Art. 72 Abs. 2 AVR) zugrunde gelegt werden.

XII. Verbot von „Öffnungsklauseln“ für weitere Auftraggeber und Unternehmen

Rahmenvereinbarungen sind stets zweistufig: Auf der ersten Stufe erfolgt die Auswahl des oder der potentiellen Partner und damit der eigentliche Vergabewettbewerb. Auf der zweiten Stufe kann sodann grundsätzlich die privilegierte Einzelauftragsvergabe an die in der ersten Stufe im Wettbewerb ausgewählten Unternehmen stattfinden. Eine nachträgliche Einbeziehung von Unternehmen oder etwa eine „Öffnungsklausel“ für andere Auftraggeber ist – auch bei Bündelausschreibungen – rechtlich unzulässig. Sie ist nicht von der ursprünglichen Vergabebekanntmachung gedeckt. Insofern bestimmt Art. 33 Abs. 2 S. 2 der AVR 2014 klar und deutlich:

„Diese Verfahren dürfen nur zwischen jenen öffentlichen Auftraggebern angewandt werden, die zu diesem Zweck im Aufruf zum Wettbewerb oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung eindeutig bezeichnet worden sind, und jenen Wirtschaftsteilnehmern, die zum Zeitpunkt des Abschlusses Vertragspartei der Rahmenvereinbarung waren.“

Weitergehend heißt es in Erwägungs-

grund 60 der AVR zu diesem Verbot von „Quereinsteigern“:

„Zu diesem Zweck sollten die öffentlichen Auftraggeber, die von Anfang an Partei einer bestimmten Rahmenvereinbarung sind, eindeutig angegeben werden, entweder namentlich oder durch andere Mittel, wie beispielsweise eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geografischen Gebiets, so dass die betreffenden öffentlichen Auftraggeber ohne Weiteres und eindeutig identifiziert werden können. Außerdem sollten nach dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung keine neuen Wirtschaftsteilnehmer aufgenommen werden können.“

Quereinsteiger außerhalb der von der Rahmenvereinbarung erfassten Partner sind somit sowohl auf Auftraggeber- wie auf Unternehmenseite von der Vergabe von Einzelaufträgen ausgeschlossen. Handelt auf Auftraggeberseite eine zentrale Beschaffungsstelle für mehrere öffentliche Auftraggeber, so müssen daher alle Auftraggeber als Vertragspartner in der Rahmenvereinbarung entweder namentlich benannt werden oder auf andere Weise eindeutig identifizierbar gemacht werden. Dies kann zum Beispiel durch die konkrete Angabe aller erfassten Städte und Gemeinden in einem bestimmten geografischen Gebiet erfolgen³².

XIII. Primärrechtsschutz

Auf der ersten Stufe der Rahmenvereinbarung gilt wie bei herkömmlichen Aufträgen ein umfassender Primärrechtsschutz bei allen Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte (siehe §§ 101a, 101b GWB). Im Rahmen der zweiten Stufe (Einzelaufträge) ist dann keine erneute Information an die Vertragspartner der Rahmenvereinbarung nach § 101a GWB vorzunehmen, wenn sich die zweite Stufe ausschließlich in einem von der ursprünglichen Vereinbarung umfassend abgedeckten und einseitigen Abruf der zu beschaffenden Leistungen durch die Vergabestelle erschöpft. Führt der Auftraggeber aber bei nicht vorab in der Rahmenvereinbarung festgelegten Bedingungen (siehe § 4 EG Abs. 5 Buchst. b) zwischen den mehreren Partnern bei Abruf der konkreten Leistungen noch einen neuen (Mini-) Wettbewerb auf der Grundlage seiner Zuschlagsbedingungen durch,

³⁰ VK Bund, Beschluss vom 21.08.2013 – VK 1-67/13

³¹ Zeise, a. a. O. RdNr. 27.

³² Siehe Erwägungsgrund 60 der AVR 2014.

sind die im Ergebnis nicht berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmer nach § 101a GWB zu informieren. Will darüber hinaus der Auftraggeber ein Unternehmen ohne vorherige Ausschreibung mit einer Leistung beauftragen, die nicht Gegenstand der Rahmenvereinbarung war, kann eine sog. rechtswidrige „de-facto-Vergabe“ vorliegen. Folge ist, dass auf der Grundlage eines Nachprüfungsverfahrens eine Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b GWB möglich ist.

XIV. Fazit

Als Fazit für die durch die EU-Vergaberichtlinie 2014 (AVR) konkretisierten Rahmenvereinbarungen gilt:

- Rahmenvereinbarungen sollten von Auftraggebern als flexible Beschaffungsvariante, bei der viele Parameter im Ursprungsvertrag noch offen gehalten werden können und erst beim konkreten Leistungsabruf konkretisiert werden, für Standardbeschaffungen sowie für Märkte mit Innovationskraft genutzt werden.
- Rahmenvereinbarungen setzen als zweistufige Verfahren zumindest auf einer Stufe die Durchführung eines Vergabewettbewerbs voraus. Sie können mit einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen werden.
- Bei Rahmenvereinbarungen gilt ein Verbot von Öffnungsklauseln („Quereinsteiger“) für zusätzliche Auftraggeber und Unternehmen.
- Rahmenvereinbarungen können als nur einseitig den oder die Wirtschafts-

teilnehmer verpflichtender Vertrag sowie auch als beiderseitig und damit zusätzlich den oder die Auftraggeber verpflichtender Vertrag ausgestaltet werden.

- Das Verbot der Überwälzung ungewöhnlicher Wagnisse gilt bei Rahmenvereinbarungen grundsätzlich nicht.
- Rahmenvereinbarungen privilegieren die Unternehmer, die nach einem Vergabewettbewerb auf der ersten Stufe Partner des Vertrages geworden sind. Diese müssen bei Abruf der Leistungen gegebenenfalls eine Anpassung vornehmen und haben sich bei mehreren Unternehmen als Partner erforderlichenfalls einem erneuten (Mini-) Wettbewerb zu stellen.

Vergaberechtssichere Ausschreibung - 10 Jahre Einkaufskooperation des SHGT mit der GMSH

Hans Lemster, GMSH



Der Schleswig-Holsteinische Landtag hat die Gebäudemanagement Schleswig-Holstein AöR (GMSH) 1999 als zentralen Dienstleister für Bauen, Bewirtschaften und Beschaffen errichtet. Die GMSH soll für das Land und die sonstigen Träger der öffentlichen Verwaltung, also auch für Gemeinden, eine Effizienzsteigerung in allen Bereichen des öffentlichen Bauens, der Gebäudebewirtschaftung und der Beschaffung erzielen und so zu einer nachhaltigen Entlastung der Haushalte beitragen.

Zwischen dem Schleswig-Holsteinischen Gemeindetag und der GMSH wurde im Februar 2004 eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen, die es den Mitgliedern des Gemeindetages ermöglicht, die GMSH für die Beschaffung von Material und Dienstleistung aller Art in Anspruch zu nehmen. Ziel war und ist es, über die Bündelung von Beschaffungsmengen und Beschaffungsprozessen Einsparungen zu erzielen. Die Einzelheiten der Zusammenarbeit werden in einem Kooperationsvertrag geregelt, der direkt von der Gemeinde- oder Amtsverwaltung mit der GMSH abgeschlossen wird.

Im Laufe von zehn Jahren der Zusammenarbeit wurden etwa 40 Einzelverträge mit Ämtern und Gemeinden abgeschlossen. Dadurch erfolgt für mehr als 300 Gemeinden die Bündelung der Beschaffung über die GMSH. Die Beschaffungsvorgänge und Ausschreibungsverfahren werden durch neue und geänderte Gesetze und Verordnungen immer komplizierter. Bei Beschaffungen über die zentrale Beschaffung des Landes steht die GMSH in allen Fällen für die Rechtssicherheit der Vergabe und für die Gewährleistung der Ansprüche ihrer Auftraggeber. Durch die Möglichkeit, die Bedarfe der Kommunen und des Landes an zentraler Stelle zu verknüpfen, lassen sich außerdem die Beschaffungskosten für die einzelnen Bedarfsstellen senken und Preis- und Nachfragevorteile erzielen.

Vor zehn Jahren wurde auch die Zusammenarbeit über den GMSH-Online-Shop gestartet mit der Beschaffung von

- Büromaterial, Reinigungs- und Elektroartikeln
- Büromöbeln (eine Beratung vor Ort ist hierzu möglich und im Preis enthalten)

Die Produkte, die den Dienststellen über den GMSH-Online-Shop angeboten werden, sind im Regelfall mit zuvor nach öffentlichem Vergaberecht ausgeschriebenen Rahmenverträgen hinterlegt. Die im GMSH-Online-Shop aufgeführten

Preise enthalten bereits die Beschaffungskosten und die Mehrwertsteuer.

Schnell hatte sich jedoch gezeigt, dass die Ämter und Gemeinden neben den standardisierbaren Produkten im Online-Shop auch viele Bedarfe haben, die gesondert zu beschaffen sind. In diesen Fällen vergibt die GMSH die Aufträge nach den Vorgaben und Entscheidungen der beauftragenden Dienststelle. Dazu zählt beispielsweise die Beschaffung von

- Feuerwehrfahrzeugen und -geräten
- Dienstkraftfahrzeugen
- Fahrzeugen und Maschinen für Bauhöfe
- Multifunktionsgeräten
- Möbeln und Ausstattungen für Schulen und Kindergärten
- Laboreinrichtungen und Unterrichtsmaterialien für Schulen
- Betrieb von Schulmensen
- Gutachtern und Beratern
- Softwarelösungen
- Postdienstleistungen

Die Durchführung der Vergaben durch die GMSH erspart den Ämtern und Gemeinden das (oftmals sehr kostspielige) Verhalten von vergaberechtlichem Know-how im eigenen Haus. Wer sich jemals mit dem zeitlichen Aufwand und dem Preisniveau von vergaberechtlichen Schulungen oder den Kosten langwieriger Rechtsstreitigkeiten bei öffentlichen Ausschreibungen beschäftigt hat, wundert sich nicht, dass das Angebot der GMSH, komplexe Ausschreibung durchzuführen, immer stärker in Anspruch genommen wird.

Im Rahmen der Einkaufsgemeinschaft wurden über die systemgestützte Materialwirtschaft der GMSH etwa 5.000 Aufträge mit etwa 20.000 Auftragspositionen (zumeist elektronisch) abgewickelt, mit



Ansicht der Bestellseite

steigender Tendenz. Gleichzeitig wurden bereits 200 Vergabeverfahren für Ämter und Gemeinden durchgeführt und dabei Aufträge im Wert von 20 Millionen Euro für Lieferungen und Leistungen erfolgreich vergeben.

Als zentrale Beschaffungsstelle hat sich die GMSH in ihrer Tätigkeit gemeinsam mit ihren Kunden kontinuierlich weiterentwickelt. Laufend werden neue Warengruppen in den Online-Shop aufgenommen. Beispielsweise ist der gemeinsam mit dem Landesbetrieb für Straßenbau und Verkehr (LBV-SH) entwickelte Shopbereich „Sonderartikel LBV-SH“ auch für kommunale Bauhöfe zugänglich.

Auf Wunsch wird der Online-Shop um regelmäßige wiederkehrende Bedarfe erweitert.

Ganz besonders umweltverträgliche Produkte werden im Online-Shop mit einem grünen Baum auf weißem Grund gekennzeichnet. Dies ist nur eine der Maßnahmen, die die GMSH im Rahmen ihres regelmäßig auditierten Umweltmanagements nach EMAS (Eco-Management and Audit Scheme) getroffen hat. Die GMSH gehört zu den wenigen Unternehmen in Schleswig-Holstein, die das EMAS-Zertifikat führen.



Vor dem Hintergrund der Regelungen im Tarifreugesetz in Schleswig-Holstein (TTG) bedeutet umweltgerechtes Handeln der GMSH aber auch, dass die Gemeinden bei der Beschaffung über die GMSH gewisse gesetzliche Pflichten, die

sie eigentlich im eigenen Haus zu leisten haben, nicht mehr selbst erbringen müssen. Dazu gehört vor allem die gesetzlich vorgeschriebene Beschäftigung mit Umweltkriterien in allen Phasen einer Beschaffungsmaßnahme. Das gilt im Übrigen auch für alle anderen Anforderungen des TTG, insbesondere im Bereich der sozialverträglichen Beschaffung (Mindestlohn, Ilo-Kernarbeitszeitnorm usw.). Die Rahmenverträge für Dienstleistungen wie das Leasen von Multifunktionsgeräten oder Dienstkraftfahrzeugen, die Prüfung von ortsveränderlichen Betriebsmitteln, die Prüfung und Wartung von Feuerlöschern, die Durchführung von Umzügen und vieles mehr sind ebenfalls zentral vergeben worden und stehen allen angeschlossenen Dienststellen zur Verfügung. Um eine ständige, zuverlässige und kompetente Ansprechbarkeit der zentralen Beschaffung sicher zu stellen, ist zu den üblichen Dienstzeiten eine Telefonhotline der Kundenbetreuung unter der Nummer 0431/599-1460 erreichbar.

Wie auch der SHGT mit der „Info-Intern“ nutzt auch die GMSH mit ihrem „Beschaffungsinfo“ die Möglichkeit, um die angeschlossenen Dienststellen per E-Mail schnell zu informieren, zum Beispiel über neue Rahmenverträge oder über Artikel, die andere Dienststellen zur Weitergabe anbieten.

Die gut funktionierende Zusammenarbeit aller Beteiligten zeigt sich letztendlich auch darin, dass die GMSH als bündelnde Stelle die Beschaffung aller nicht-polizeilichen BOS für die Ausstattung mit Digitalfunkendgeräten übernommen hat und die Ausschreibung in Zusammenarbeit mit den kommunalen Spitzenverbän-

den und dem Innenministerium durchführt. Die 1.500 Endnutzer beziehen ihre Geräte über die GMSH, die auch die logistische Steuerung, die Abrechnung und Rechnungslegung übernimmt. Über den GMSH-Online-Shop soll zukünftig auch die Ersatzbeschaffung unbürokratisch und bequem möglich sein.

Nach Vorgabe der EU soll die öffentliche Beschaffung ab 2016 auf elektronische Auftragsvergabe (e-Vergabe) umgestellt werden. Die GMSH hat frühzeitig ein elektronisches Vergabesystem aufgebaut und führt mittlerweile alle Vergabeverfahren nach VOB und VOL über die elektronische Vergabe der GMSH durch.

Die Ämter und Gemeinden, die sich der Einkaufsgemeinschaft angeschlossen haben, haben schon jetzt die Gewissheit, dass alle Vergabeverfahren über die zentrale Beschaffung per e-Vergabe von der GMSH durchgeführt werden. Der aufwändige Aufbau und Betrieb einer eigenen e-Vergabe ist für sie nicht erforderlich. Sie profitieren außerdem davon, dass die GMSH die Verantwortung dafür trägt, dass die jeweils aktuellen Gesetze und Verordnungen berücksichtigt werden, dass immer aktuelles Vergaberecht zur Anwendung kommt und dass die aktuelle Rechtsprechung in die Gestaltung der Ausschreibungen einbezogen wird.

Der Aufbau und die Einführung der e-Vergabe in der GMSH wurden von den Organisationen der Wirtschaft im Land begrüßt und eng begleitet. Die Unternehmen haben das System derart gut angenommen, dass mittlerweile die Versendung von VOB-Vergabeunterlagen nur noch elektronisch abgewickelt wird. Ein Bedarf für den Abruf von Unterlagen in Papierform ist kaum noch vorhanden.

Eine detaillierte Darstellung der e-Vergabe finden Sie im Internet unter www.gmsch.de/ausschreibungen

Außerdem kann über die Kundenhotline der GMSH eine Broschüre über die e-Vergabe angefordert werden. Bemerkenswert ist, dass sich die einzelnen Ämter und Gemeinden in ganz verschiedenen Segmenten der GMSH-Beschaffung bedienen. Letztendlich bringt sich jede Kommune in die Zusammenarbeit ein. So können wertvolle Informationen zu Produkten, Märkten und Verfahren über die zentrale Beschaffungsstelle der GMSH zusammengetragen und allen angeschlossenen Dienststellen zur Verfügung gestellt werden.

All dies sind gut Gründe, über die GMSH immer wieder Möglichkeiten der Zusammenarbeit auszuloten, um in den Gemeinden Kosten zu sparen. Die GMSH, die als Anstalt öffentlichen Rechts des Landes keine Gewinnerzielungsabsicht hat, kann bei allen Fragen rund um ihren gesetzlichen Auftrag gern angesprochen werden. Schließlich profitiert auch das Land davon, wenn Beschaffungstechnologien

modern aufgestellt und Beschaffungskosten von möglichst vielen Schultern gemeinsam getragen werden. Dafür steht als erster Ansprechpartner die

Fachgruppe Kundenbetreuung in der zentralen Beschaffung der GMSH mit ihrer Kundenhotline zur Verfügung. Telefon 0431/599-1460 oder

E-MailHotline_Beschaffung@gmsh.de
Weitere Informationen zur GMSH finden Sie unter www.gmsh.de

Rechtsprechungsbericht

(Quelle: DStGB aktuell)

**BGH:
Hausgemachte Aufhebungsgründe sind keine Aufhebungsgründe!**

Der BGH hat mit Beschluss vom 20.03.2014 - X ZB 18/13 – folgende – zusammengefasste – Entscheidung zur Aufhebung der Ausschreibung gefällt:

1. Ein zur Aufhebung der Ausschreibung Anlass gebendes Fehlverhalten der Vergabestelle genügt nicht als Aufhebungsgrund. Andernfalls könnte diese nach freier Entscheidung durch Rechtsverstöße ihren vergaberechtlichen Bindungen entgehen. Dies gilt unabhängig von Fragen des Verschuldens.

2. Die Vergabestelle kann von einer Beschaffung ohne Aufhebung Abstand nehmen. Die Abstandnahme rechtfertigt Schadensersatzansprüche der Bieter.

Problem/Sachverhalt

Die Vergabestelle (VSt) schreibt Fahrbahnerneuerungsarbeiten europaweit aus. Im Vergabeverfahren treten unterschiedliche Vorstellungen der Beteiligten zutage, wie die Vergabeunterlagen zur Ausführung der Fahrbahndecke zu verstehen sind, ein-

streifig oder zweistreifig. Der Antragsteller (ASt) im Nachprüfungsverfahren gibt mit einer zweistreifigen Ausführung das günstigste Angebot ab. Die VSt schließt das Angebot wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen aus. Die angerufene Vergabekammer hält die Vergabeunterlagen für uneindeutig. Sie verpflichtet die VSt, das Angebot des ASt zu werten. Die VSt hebt nun das Vergabeverfahren auf und kündigt ein neues Verfahren an. Die einstreifige Ausführung biete erhebliche qualitative Vorteile. Bei Beauftragung des ASt entstünden Mehrkosten. Der ASt beantragt mit weiterem Nachprüfungsantrag die Aufhebung der Aufhebung, hilfsweise die Feststellung, dass die Aufhebung rechtswidrig und er in seinen Rechten verletzt sei. Die Vergabekammer weist den Antrag zurück. Der ASt legt sofortige Beschwerde ein. Das OLG Karlsruhe weist den Hauptantrag ab. Beim Hilfsantrag divergiert der Senat mit dem OLG Düsseldorf (Beschluss vom 16.02.2005 - Verg 72/04). Er legt dem BGH die Frage vor: „Setzt ein sonstiger schwerwiegender Grund im Sinne von § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2012 uneingeschränkt voraus, dass der Auftraggeber diesen Grund nicht selbst verschuldet hat?“. Der BGH bestätigt im Hauptantrag das OLG. Die Bieter müssen Aufhebungen nicht nur dann hinnehmen, wenn sie von

den normierten Aufhebungsgründen gedeckt sind. Eine Vergabestelle kann grundsätzlich auch ohne Aufhebungsgrund von einer Beschaffung Abstand nehmen. Die Bieter können die Feststellung beantragen, dass die Abstandnahme sie in ihren Rechten verletzt, und Schadensersatz geltend machen. Dieser beschränkt sich regelmäßig, wie hier, auf das negative Interesse, das heißt auf die Aufwände. Ein Anspruch auf das positive Interesse - entgangener Gewinn - kommt nur ausnahmsweise in Betracht, etwa dann, wenn der Auftraggeber die Aufhebung dazu einsetzt, den Auftrag an einen bestimmten Bieter oder Bieterkreis zu vergeben. Den Hilfsantrag hält der BGH für begründet. Für die Frage, ob eine Aufhebung rechtmäßig war, sind alle für die Aufhebungsentscheidung erheblichen Gründe zu berücksichtigen. Die VSt hat hier aufgehoben, um nicht ein ihren Vorstellungen widersprechendes Angebot zu beauftragen. Ihre Entscheidung war somit eine Maßnahme zur Korrektur eines eigenen vergaberechtlichen Fehlers. Die beteiligten Interessen wären im Streitfall nicht angemessen berücksichtigt, wenn der Verursacher von den Folgen seines eigenen Handelns freigestellt und diese den Bietern aufgebürdet würden.

Aus der Rechtsprechung

Preis als alleiniges Zuschlagskriterium, „Stadtbahnprogramm Gera“
GWB § 97 Abs. 2, 5; VOB/A § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b, § 16 EG Abs. 2, 6 ff.; SektVO § 8 Abs. 1, § 29 VOB/A § 16 EG Abs. 2; SektVO § 20 Abs. 1, 2

1. Ist in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren der Preis alleiniges Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden.

2. Die für Nebenangebote vorzugebenen Mindestanforderungen brauchen im Allgemeinen nicht alle Details der Ausführung zu erfassen, sondern dürfen Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen und sich darauf beschränken, den Bietern, abgesehen von technischen Spezifikationen, in allgemeinerer Form den Standard und die wesentlichen Merkmale zu vermitteln, die eine Alternativausführung aufweisen muss.

3. Die vergaberechtskonforme Wertung

von Nebenangeboten, die den vorgegebenen Mindestanforderungen genügen, ist durch Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien zu gewährleisten, die es ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technisch-funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen.

4. Im offenen Verfahren ist die Vergabestelle nicht an die einmal bejahte Eignung eines Bieters gebunden; verneint sie dessen Eignung nachträglich, insbesondere erst, nachdem dieser einen Nachprüfungsantrag gestellt hat, kann dies lediglich Anlass geben, besonders kritisch zu prüfen, ob die Entscheidung die im Interesse eines verantwortungsvollen Einsatzes öffentlicher Mittel gebotene Korrektur einer Fehleinschätzung darstellt oder von sachfremden Erwägungen getragen ist.

BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014 - X ZB 15/13 -

Gründe:

I. Das vorliegende Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf den Umbau einer in Betrieb befindlichen Straßenbahntrasse unter eingleisigem Fahrbetrieb des Straßenbahnverkehrs in einem bestimmten örtlichen Bereich der Stadt Gera ("Stadtbahnprogramm Gera") und dort auf die von der Antragsgegnerin (Vergabestelle) unionsweit im offenen Verfahren ausgeschriebene Vergabe des Loses 2 (Straßen- und Tiefbauarbeiten).

1. An der Ausschreibung beteiligten sich vier Unternehmen, die auch alle Nebenangebote abgaben. Von den Hauptangeboten war dasjenige der Antragstellerin das preislich günstigste vor dem der Beigeladenen. Die Vergabestelle bewertete jedoch ein Nebenangebot der Beigeladenen als das günstigste Angebot und informierte darüber, dass darauf der Zuschlag erteilt werden solle. Die Antragstellerin machte daraufhin geltend, Nebenangebote dürften nicht gewertet werden, und hat, nachdem die Vergabestelle der Rüge nicht abhalf, Vergabeanachprüfung beantragt. Zeitlich danach entschied die Vergabestelle, die Antragstellerin "wegen Unterschreitung der explizit geforderten Referenzobjekte nicht in die Wertung einzubeziehen."

2. Die Vergabekammer hat ausgesprochen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt und die Vergabestelle verpflichtet sei, das Vergabeverfahren unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung mit der Wertung beginnend zu wiederholen. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin erscheint dem vorlegenden Vergabesenat unbegründet. Er geht davon aus, dass die Abgabe von Nebenangeboten im Streitfall zwar zugelassen war, vertritt aber - wie das OLG Düsseldorf (VergabeR 2012, 185) - die Auffassung, Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (Vergabekoordinierungsrichtlinie VKR) gestatte die Zulassung von Nebenangeboten nur, wenn der Zuschlag auf das - anhand einer Mehrzahl von Wertungskriterien zu ermittelnde - wirtschaftlichste Angebot erteilt werden solle, hingegen nicht, wenn, wie hier, alleiniges Zuschlagskriterium der Preis sei. So zu entscheiden hat sich der Vergabesenat durch eine Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts gehindert gesehen (Beschluss vom 15. April 2011 1 Verg 10/10, VergabeR 2011, 586) und die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II. Die Vorlage ist zulässig.

Die Voraussetzungen des § 124 Abs. 2 Satz 1 GWB liegen nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das vorliegende Oberlandesgericht seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der sich mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz nicht in Einklang bringen lässt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 X ZB 4/10, BGHZ 188, 200 S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr). So verhält es sich hier, weil die vom vorlegenden Vergabesenat erwogene Entscheidung mit der dem Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 15. April 2011 zugrunde liegenden

59. NordBau Neumünster

Kommunaltechnik – Topthema Wegebau
- wirtschaftliche Unterhaltung durch alternative Bauweise -

NEUMÜNSTER: - Ein breites Angebot an Dienstleistungen haben die Aussteller zur NordBau (Mittwoch 10.- Sonntag 14. September 2014) in Neumünster wieder im Angebot. Das wird besonders an den Messeständen deutlich, wo Maschinen und Geräte für Kommunen, Städte und Gemeinden präsentiert werden. „Alternativer Wegebau“ und „Die grüne Stadt“ sind Themen, die dabei im Focus der Besucher stehen werden.

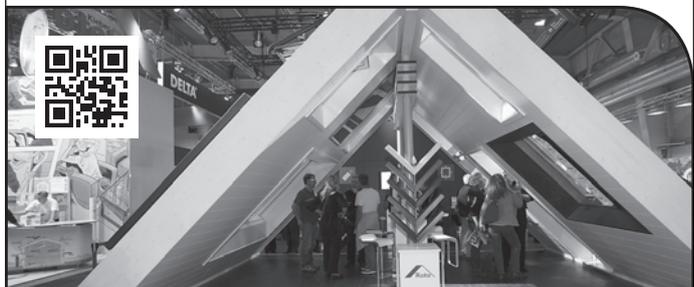
„Aussteller mit einem flächendeckenden Vertriebs- und Service-netz bieten auch in diesem Jahr ein breit gefächertes Programm mit Maschinen für Kommunen, Land- und Gartentechnik an“, betont Messeprojektleiter Wolfgerd Jansch. Damit habe sich die NordBau mittlerweile zu einer nordeuropäischen Plattform für den professionellen Maschineneinsatz in Kommunen und Städten etabliert. Über die unterschiedliche Technik, beispielsweise Kommunaltraktoren, Kehrmaschinen, Mähmaschinen, Bodenfräsen oder Häckslern bis hin zu Salzstreuern und Schneepflügen können sich die Besucher auf dem Freigelände über die Vielfalt und Qualität der Maschinen und Anbaugeräte informieren.

Ein Schwerpunkt beim Praxisforum Kommunal- und Umwelttechnik wird in diesem Jahr der alternative Wegebau sein, koordiniert durch den Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr, den Lohnunternehmerverband sowie den Schleswig-Holsteinischen Gemeindegtag.

Während die Radwege sich überwiegend im Zuständigkeitsbereich von Kreis und Land befinden, liegt die Unterhaltung des ländlichen Wegenetzes weitestgehend in der Verantwortung von Städten und Gemeinden. Das finanzielle Budget dafür steht aber nur begrenzt zur Verfügung. In diesem Praxisforum sollen Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie bereits mit der Planung die Folgekosten reduziert werden können. Außerdem werden Lösungsansätze geboten, um erforderliche Unterhaltungsarbeiten effizient und damit kostensparend ausführen zu können. Die Vorträge behandeln die Themen „Anforderungen an die ländlichen Wirtschaftswege“, „wassergebundene Wirtschaftswege“, „Planung, innovative Bauweisen und Erhaltungsstrategien“.

Der Fachverband Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau Schleswig-Holstein wird eine rund 300 qm große Sonderschau „Die grüne Stadt“ - urbanes Grün in der Stadtentwicklung, sowie eine dazu ergänzende Fachtagung organisieren. Menschen zieht es verstärkt in die Städte; „wohnen wo man arbeitet“. Keine langen Anfahrtswege zur Arbeit, die Nähe nach einem breiten Versorgungsangebot, werden für die Menschen zunehmend wichtiger und stellt die Städte vor die Aufgabe, lebenswert auch im Sinne von „Wohlfühl-Stadt“ zu werden. Vertikalbegrünung, Baumschutzmaßnahmen, blühendes Stadtgrün sind nur einige Stichworte bei der Sonderschau und Vortragsveranstaltung, die Impulse für Kommunen geben will.

Auf rund 69.000 m² im Freigelände und über 20.000 m² Hallenfläche bietet die Branchenplattform im Norden jedes Jahr über 900 Ausstellern Platz, um die komplette Bandbreite des Baugeschehens mit modernen Baustoffen und Bauelementen, leistungsstarken Baumaschinen, Kommunalgeräten und Nutzfahrzeugen für Bau und Handwerk sowie der neuesten Energietechnik zu präsentieren.



59. NordBau Neumünster
Nordeuropas Kompaktmesse des Bauens

10.-14. September 2014

NEU – Mittwoch bis Sonntag, 9-18 Uhr

NB NORD
BAU¹⁴

Neumünster Messegelände
Holstenhallen (direkt an A7),
www.nordbau.de

Rechtsauffassung nicht zu vereinbaren wäre.

III. Die Divergenzfrage ist dahin zu entscheiden (§ 124 Abs. 2 Satz 3 GWB), dass Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, wenn in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium vorgesehen ist.

1. Zutreffend hat der Vergabesenat angenommen, dass im Streitfall die Einreichung von Nebenangeboten zugelassen war. Soweit in dem Formblatt 211 EU die angekreuzte Variante des Preises als alleiniges Wertungskriterium den Klammersatz "Nebenangebote nicht zugelassen" aufwies, handelt es sich bei diesem Zusatz ersichtlich nicht um eine angebotsbezogene, für die Bieter bestimmte Erklärung, sondern um einen an die Verwender dieses Vordrucks gerichteten rechtlichen Hinweis oder eine Empfehlung, dass nicht gleichzeitig die Unterbreitung von Nebenangeboten zugelassen werden sollte, wenn sie den Preis als alleiniges Wertungskriterium bestimmen. Die Vergabestelle, die sich nach den Feststellungen der Vergabekammer darüber bewusst hinweggesetzt hat, hätte diesen Zusatz jedenfalls streichen oder einen entsprechend angepassten Vordruck verwenden müssen, um Irritationen bei den Adressaten der Vergabeunterlagen zu vermeiden. Sie hat ihren abweichenden Willen, nach dem Preis zu werten und Nebenangebote gleichwohl zuzulassen, gegenüber den Bietern aber nachträglich bekräftigt.

2. Der Vergabesenat hat auch zu Recht angenommen, dass die Antragstellerin mit ihrer auf die Zulassung von Nebenangeboten zielenden Rüge anders als mit ihrer die Mindestbedingungen für Nebenangebote betreffenden Beanstandung - nicht nach § 107 Abs. 3 Nr. 2 oder 3 GWB präkludiert ist. Er meint mit Recht auch, dass das Angebot der Antragstellerin nicht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen ist. Auf die diese Punkte behandelnden Ausführungen im Vorlagebeschluss (II 1 und 2 a der Gründe) wird Bezug genommen.

3. Es wäre vergaberechtswidrig, im Streitfall auf ein zugelassenes Nebenangebot den Zuschlag zu erteilen. Ist in einem in den Geltungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fallenden Vergabeverfahren, wie hier, der Preis das alleinige Zuschlagskriterium (vorstehend III 1), dürfen Nebenangebote bereits nach dem Inhalt des anzuwendenden nationalen Vergaberechts, unabhängig von sich aus den vergabe-

rechtlichen Richtlinien des Unionsrechts ergebenden Schranken, nicht zugelassen werden. Ist dies, wie hier, doch geschehen, dürfen diese Nebenangebote jedenfalls nicht gewertet werden.

a) Nebenangebote sind in den Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A 2012 und in der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) über die Angebotswertung (§ 16 EG Abs. 6 bis 10 VOB/A; § 29 SektVO) nicht Gegenstand besonderer Regelungen und auch nicht besonders erwähnt. Soweit § 16 EG Abs. 9 VOB/A 2012 bestimmt, Angebote nach § 13 EG Abs. 2 VOB/A 2012 seien wie Hauptangebote zu werten, wird damit lediglich klargestellt, dass Angebote mit (gleichwertigen) abweichenden technischen Spezifikationen im Sinne von § 7 EG Abs. 3 VOB/A 2012 der Sache nach Haupt- und gerade keine Nebenangebote darstellen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 23. März 2011 X ZR 92/09, VergabeR 2011, 709 - Ortbetonschacht). Darüber hinaus ist in § 8 EG Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b VOB/A 2012 (§ 16a Abs. 3 VOB/A 2009) und in § 8 Abs. 1 Satz 2 SektVO lediglich bestimmt, dass die öffentlichen Auftraggeber, wenn sie die Einreichung von Nebenangeboten zugelassen haben, in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festlegen müssen, denen diese Nebenangebote zu genügen haben, um gewertet werden zu können. Mit diesen Regelungen sind unionsrechtliche Vorgaben umgesetzt worden (vgl. Art. 19 Abs. 2 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993; Art. 24 Abs. 3 VKR; Art. 36 Abs. 1 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste - Sektorenverordnung [SKR], ABl. Nr. L 134 vom 30. April 2004, S. 1).

b) Verlangt das anzuwendende Recht, für Nebenangebote (lediglich) Mindestanforderungen vorzugeben, ohne Regelungen darüber zu treffen, wie Nebenangebote im Verhältnis zu der als Hauptangebot vorgesehenen Ausführung ("Amtsvorschlag") zu werten sind, ist eine wettbewerbskonforme Wertung der Nebenangebote nicht gewährleistet, wenn für den Zuschlag allein der Preis maßgeblich sein soll. Ist beispielsweise ein den Mindestanforderungen genügendes Nebenangebot zwar geringfügig billiger als das günstigste Hauptangebot, bleibt es aber überproportional hinter dessen Qualität zurück und

erweist es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung deshalb gerade nicht als das günstigste Angebot, müsste es mangels geeigneter Zuschlagskriterien, mit denen diese Diskrepanz in der Wertung erfasst werden kann, dennoch den Zuschlag erhalten, wenn nur der Preis berücksichtigt werden darf (vgl. auch OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 185, 191). Eine solche Wertungspraxis wäre unvereinbar mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 2 GWB) und mit dem mit diesem in engem Zusammenhang stehenden, aus § 97 Abs. 5 GWB folgenden Gebot, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

c) Dieser Mangel kann durch ungeschriebene Wertungskriterien regelmäßig nicht behoben werden. Soweit in der Rechtsprechung der Vergabesenate verlangt wird, dass zuschlagsfähige Nebenangebote über die Erfüllung der Mindestanforderungen hinaus mit dem Amtsvorschlag gleichwertig sein müssen (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, VergabeR 2011, 586, 591; OLG München, Beschluss vom 9. September 2010 - Verg 16/10; Brandenburgisches Oberlandesgericht, VergabeR 2009, 222; 2012, 124; OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2012, 884, 894; vgl. auch Kues/Kirch, NZBau 2011, 335 ff.; Dittmann in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, VOB/A § 16 Rn. 293 ff.; vgl. auch Vavra in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl., § 16 VOB/A Rn. 62; zur Problematik insgesamt beispielsweise Bauer in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkomm. zur VOB, 13. Aufl., § 16 EG VOB/A Rn. 183f ff.), mögen solche ungeschriebenen Gleichwertigkeitsprüfungen, die ersichtlich auch die Vergabestelle im Streitfall vorgenommen hat, zwar im Einzelfall durchaus geeignet sein, den Wert von Nebenangeboten im Verhältnis zu den abgegebenen Hauptangeboten zu beurteilen. Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung genügt eine Gleichwertigkeitsprüfung, für die es keine benannten Bezugspunkte gibt, weil der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein soll, jedoch nicht den Anforderungen an transparente Wertungskriterien, da für die Bieter bei Angebotsabgabe nicht mehr mit angemessenem Sicherheitsgrad voraussehbar ist, welche Varianten die Vergabestelle bei der Wertung noch als gleichwertig anerkennen wird und welche nicht mehr. Zudem droht eine Gleichwertigkeitsprüfung mit den Mindestanforderungen in Konflikt zu geraten, deren Erfüllung in der Regel ohne Aussagekraft für die Berücksichtigungsfähigkeit des Nebenangebots wäre. Dies kann auch nicht dadurch vermieden werden, dass die Vergabestelle, wie im Streitfall geschehen, die Gleichwertigkeit als Mindestanforderung definiert. Denn bestimmte oder bestimmbar konkrete Anforderungen an die anzubietende

Leistung werden damit nicht formuliert.

d) Daraus die Konsequenz zu ziehen, dass Mindestanforderungen so konkret definiert werden müssen, dass die Vergleichbarkeit mit dem Qualitätsstandard und den sonstigen Ausführungsmerkmalen des Amtsvorschlags gewährleistet ist, wäre weder mit Sinn und Zweck der Zulassung von Nebenangeboten vereinbar, noch ist es nach dem Schutzzweck des Gebots der Vorgabe von Mindestanforderungen erforderlich.

aa) Die Zulassung von Nebenangeboten soll das unternehmerische Potenzial der für die Deckung des Vergabebedarfs geeigneten Bieter dadurch erschließen, dass der Auftraggeber Alternativlösungen vorgeschlagen bekommt, die er selbst nicht hätte ausarbeiten können, weil seine Mitarbeiter naturgemäß nicht in allen Bereichen über so weitreichende Fachkunde wie die Bieter verfügen (BGH, Urteil vom 30. August 2011 - X ZR 55/10, VergabeR 2012, 26 - Regenentlastung). Die Bedeutung der Zulassung von Nebenangeboten für die Gewinnung innovativer Lösungen hebt auch die kurz vor der Verabschiedung stehende, an die Stelle der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG tretende Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe hervor (vgl. Dokument PECONS 74/13 - 2011/0438 (COD), Erwägungsgrund 17a).

bb) Das Gebot, für Nebenangebote Mindestanforderungen festzulegen, dient der Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll (EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003 C421/01, VergabeR 2004, 50 Rn. 29 - Traunfellner). Öffentliche Auftraggeber sollen sich von vornherein auf bestimmte Vorgaben für Nebenangebote festlegen müssen, damit erschwert ist, Nebenangebote mit der vorgeschobenen Begründung zurückzuweisen, sie seien gegenüber Ausführungen nach dem Amtsvorschlag (Hauptangebot) minderwertig oder wichen davon unannehmbar ab.

cc) Je mehr diesem letzteren Regelungsziel durch die Anhebung der Mindestanforderungen Rechnung getragen wird, desto mehr bleiben die mit der Zulassung von Nebenangeboten verfolgten Zwecke unberücksichtigt. Die öffentlichen Auftraggeber müssten die zulässigen Alternativen weitgehend gedanklich-planerisch vorwegnehmen, und Nebenangebote könnten nur in dem dadurch vorgegebenen Rahmen ausgearbeitet werden. Dieser würde aber häufig hinter den Möglichkeiten der regelmäßig fachlich besser instruierten Anbieterseite zurückbleiben, so dass deren Potenzial zum Teil unge-

nutzt bliebe (vgl. BGH, VergabeR 2012, 26 Rn. 19 - Regenentlastung). Dies wäre im Zweifel nicht nur zum wirtschaftlichen Schaden des Auftraggebers, sondern verfehlte auch gleichermaßen das Ziel, den Bieter die Möglichkeit zu geben, sich durch Nutzung ihres kreativen Potentials und eine dem Auftraggeber hierdurch eröffnete günstigere Alternative zu einem Zuschlag auf ein Hauptangebot einen Vorteil im Wettbewerb zu verschaffen. Im Interesse eines möglichst lebhaften Vergabewettbewerbs wäre es deshalb unzumutbar, wenn die Mindestanforderungen für Nebenangebote den Vergabegegenstand in allen seinen Aspekten und Details beschrieben (vgl. auch OLG Koblenz, NZBau 2011, 58 f.).

dd) Wie eingehend und detailliert die an Nebenangebote gestellten Anforderungen in den Vergabeunterlagen beschrieben sein müssen, lässt sich in Anbetracht der Anwendungsbreite der Bestimmung und der Vielfältigkeit der auszuscheidenden Leistungen nicht allgemein festlegen, sondern nur im Einzelfall unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung und der jeweiligen Gesamtumstände, insbesondere der Komplexität des einzelnen Vergabegegenstands, bestimmen. Generell sind Mindestanforderungen zweckmäßig, die Spielraum für eine hinreichend große Variationsbreite in der Ausarbeitung von Alternativvorschlägen lassen. Erforderlich, aber im Interesse des Transparenzgebots auch ausreichend ist, dass den Bieter - neben technische Diversität zulassenden technischen Spezifikationen - als Mindestanforderungen in allgemeinerer Form der Standard und die wesentlichen Merkmale deutlich gemacht werden, die eine Alternativausführung aus Sicht der Vergabestelle aufweisen muss. Dadurch wird, soweit möglich, vermieden, dass den Bieter Aufwand aus der Erarbeitung von Alternativvorschlägen erwächst, die von vornherein keine Aussicht auf Berücksichtigung haben. Zugleich werden die Auftraggeber gebunden und daran gehindert, Nebenangebote zurückweisen zu können, die den Mindestanforderungen genügen, auf die sie sich festgelegt haben.

e) Die dem Ziel der Erschließung des wettbewerblichen Potentials entsprechende und damit vergaberechtskonforme Wertung von Nebenangeboten, die den vorgegebenen Mindestanforderungen genügen, ist durch Festlegung aussagekräftiger, auf den jeweiligen Auftragsgegenstand und den mit ihm zu deckenden Bedarf zugeschnittener Zuschlagskriterien zu gewährleisten. Sie müssen ermöglichen, das Qualitätsniveau von Nebenangeboten und ihren technischen funktionellen und sonstigen sachlichen Wert über die Mindestanforderungen

hinaus nachvollziehbar und überprüfbar mit dem für die Hauptangebote nach dem Amtsvorschlag vorausgesetzten Standard zu vergleichen, so dass das wirtschaftlichste Angebot auf dieser Basis ermittelt und dabei gegebenenfalls auch eingeschätzt werden kann, ob ein preislich günstigeres Nebenangebot mit einem solchen Abstand hinter der Qualität eines dem Amtsvorschlag entsprechenden Hauptangebots zurückbleibt, dass es nicht als das wirtschaftlichste Angebot bewertet werden kann.

4. Die Einholung einer Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist im Streitfall nicht erforderlich. Die Anwendung des nationalen Rechts steht offenkundig nicht in Widerspruch zu den vergaberechtlichen Bestimmungen und Vorgaben des Unionsrechts.

Soweit der Senat in einem früheren Fall zum Ausdruck gebracht hat, dass er ohne die dort übereinstimmend erklärte Erledigung des Nachprüfungsverfahrens in der Hauptsache die Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Auslegung von Art. 24 Abs. 1 VKR eingeholt hätte (BGH, Beschluss vom 23. Januar 2013 - X ZB 8/11, VergabeR 2013, 547), beruhte dies auf den besonderen Umständen jenes Falles. Gegenstand des Vergabeverfahrens war dort mit der Abholung und Zustellung von auf eine bestimmte Art und Weise bereitgestellten (vorsortierten) Briefsendungen eine in massenhafter Wiederkehr zu erbringende homogene Dienstleistung. Als alleiniges Wertungskriterium dafür den Preis heranzuziehen, war vergaberechtlich ebenso sachgerecht, wie das Interesse der Vergabestelle anerkennenswert, gleichwohl Varianten angeboten zu bekommen, die sich nach den Umständen im Übrigen vom Hauptangebot nur in der modifizierten Vorsortierung der abzuholenden Sendungen unterscheiden konnten. Die Zulassung von Varianten hätte dort zwar (auch) die Notwendigkeit mit sich gebracht, die Preiswürdigkeit von Nebenangeboten zu vergleichen und zu bewerten, die die vorgegebenen Mindestbedingungen (vgl. Art. 24 Abs. 3 VKR, § 8 EG Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b VOB/A) auf unterschiedliche Weise erfüllten. Infolge der Homogenität der nachgefragten Leistung und nach den Umständen erschien eine unverfälschte Wertung von Haupt- und Nebenangeboten nach dem Preis aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Für die Entscheidung des dortigen Falls in der Hauptsache wäre es danach darauf angekommen, ob das Unionsrecht (Art. 24 Abs. 1 VKR) - etwa wie das nationale Recht durch das Institut der teleologischen Reduktion - eine Auslegung des nationalen Rechts erlaubt hätte, nach der Nebenangebote in einer solchen Konstellation zugelassen werden können, obwohl

der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein soll.

Der Streitfall ist damit nicht vergleichbar, und eine entsprechende Auslegung des nationalen Vergaberechts kommt mithin - wie ausgeführt - nicht in Betracht. Das ausgeschriebene Los umfasst zahlreiche Gewerke (Bauteilgruppen), namentlich den Gleisunterbau, Mastgründungen, Bahnstromanlagen, Haltestellen, Straßenbau, Gehwege, Parkmöglichkeiten, Lichtsignalanlagen, Markierungen und

Beschilderungen, GVB-Koordinierungstrassen, Stützwände, Beleuchtung sowie diverse Versorgungsleitungen. Nebenangebote waren nach den Vergabeunterlagen zudem nur für die gesamte Leistung, nicht aber nur für eingegrenzte Bereiche zugelassen.

5. Im Streitfall ist es nach den vom Vergabesenat getroffenen Feststellungen zur Herstellung eines regulären Vergabewettbewerbs ausreichend, dass die vergabe-

rechtswidrig zugelassenen Nebenangebote nicht gewertet werden. Eine Verzerrung des Wettbewerbs bei Wertung allein der Hauptangebote ist nicht zu besorgen, weil - anders als in dem vom Senat am 23. Januar 2013 entschiedenen Fall (BGH, VergabeR 2013, 547) - nicht geltend gemacht ist, dass ein Hauptangebot anders kalkuliert worden wäre, wenn Nebenangebote nicht zugelassen gewesen wären.

Aus dem Landesverband

Wirtschaftswege pflegen und schonend befahren!

Zum aktuell viel diskutierten Thema Pflege und Umbau von Wirtschaftsweegen informiert der Lohnunternehmer-Verband anlässlich der Landwirtschafts- und Verbrauchermesse Norla vom 4.-7. September 2014 auf dem Rendsburger Messegelände Fachpublikum und Besucher.

Die Werterhaltung der Wirtschaftswege, die unabhängig von der Wegebefestigung überwiegend land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden und ganz gleich, in welchem Ausbauzustand sie sich befinden - ob wassergebunden, als Betonspurbahn oder in Asphalt - kann durch entsprechende Pflegemaßnahmen und Nutzungsregeln nachhaltig gesichert werden. Es kann nicht häufig genug betont werden, dass es derzeit keine Alternative zum Gebot gibt, schonender mit unseren Wirtschaftsweegen umzugehen - auch allein

aufgrund der leeren Kassen. Es gibt eine Reihe von Einflussfaktoren, mit denen der Zustand der Wirtschaftswege beeinflusst werden kann. Die Norla ist eine gute Plattform für Landwirte, Lohnunternehmer und die Verantwortlichen in den Kommunen, sich zu diesem Thema auszutauschen. Ergänzende Informationen wird es darüber auch im Norla-Forum geben. Neben dem Lohnunternehmerverband stellen natürlich noch weitere Aussteller Kommunalmaschinen, Kommunaltechnik, Schneefräsen, Salz- & Splittstreuer, Schneepflüge- & -schilder etc. aus. Es ist also für jeden etwas dabei!

leistungskonzessionsrichtlinie abdeckt. Nicht zuletzt werden Rechtsprobleme bei der Einführung wiederkehrender Beiträge erörtert. Zu den Einzelheiten des Programms informieren wir auf unserer Internetseite www.shgt.de.

Bitte melden Sie sich zu der Veranstaltung zeitnah bei der Geschäftsstelle des SHGT an und informieren Sie auch andere interessierte Kolleginnen und Kollegen in den Kommunalverwaltungen oder Stadt- und Gemeindewerken, wir freuen uns auf Ihre Teilnahme!

Veranstaltungsankündigung des SHGT 4. Forum der Kommunalen Wirtschaft

Nach den großen Erfolgen der vorangegangenen Kommunalforen veranstaltet der SHGT in diesem Jahr erneut ein „Forum der kommunalen Wirtschaft“ unter wissenschaftlicher Leitung durch Prof. Dr. Christoph Brüning und Prof. Dr. Marcus Arndt

am Montag, 29. September 2014,
9.30 – 17.00 Uhr

in Kiel, Christian-Albrechts-Universität
Otto-Hahn-Platz 2, Otto-Hahn-Hörsaal.

Wir freuen uns, Ihnen wieder ein äußerst interessantes Programm vorlegen zu können, das die gesamte Breite von der Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts, zur aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vergabe von Wegekonzessionen, zum aktuellen Sachstand der Ausweitung der Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand bis hin zu Fragen zum Tarifreue- und Vergabegesetz und der neuen europäischen Dienst-

leistungskonzessionsrichtlinie abdeckt. Nicht zuletzt werden Rechtsprobleme bei der Einführung wiederkehrender Beiträge erörtert. Zu den Einzelheiten des Programms informieren wir auf unserer Internetseite www.shgt.de.

Bitte melden Sie sich zu der Veranstaltung zeitnah bei der Geschäftsstelle des SHGT an und informieren Sie auch andere interessierte Kolleginnen und Kollegen in den Kommunalverwaltungen oder Stadt- und Gemeindewerken, wir freuen uns auf Ihre Teilnahme!

Speyerer Vergaberechtstage 2014

Wie in jedem Jahr werden auch die Speyerer Vergaberechtstage 2014 am 29. und 30. September 2014 in zahlreichen Beiträgen aktuelle Fragen des Vergaberechts analysieren und diskutieren. Die Veranstaltung richtet sich in erster Linie an

alle mit der praktischen Anwendung des Vergaberechts Befassten.

Als Themen sind u.a. geplant:

- Modernisierung des europäischen und deutschen Vergaberechts
- Der neue Rechtsrahmen für die Verga-

be von Dienstleistungskonzessionen

- Pflicht zur eVergabe
- Konsequenzen der neuen Vergaberichtlinien für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen in Deutschland
- Zuwendungen und Vergaberecht
- Erhöht sich der Prüfaufwand bei Angeboten von Bietergemeinschaften für die Vergabestellen?

- Inhouse-Vergabe nach aktuellem und künftigen Recht
- Inhalt, Ausgestaltung und Grenzen bei der Festlegung von Wertungskriterien
- Bewertungsmethoden auf dem Prüfstand
- Eignungskriterien: Neue Rechtspre-

chung zu Möglichkeiten und Grenzen in rechtlicher und praktischer Hinsicht

- Korrektur der Vergabeunterlagen nach Eingang der Angebote – eine Alternative zur Aufhebung?

Detailliertes Programm, Auskünfte und Anmeldung: Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow,

Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Postfach 1409, 67324 Speyer, Tel. 06232 / 654-360, Fax - 421.
e-mail ziekow@uni-speyer.de.
Internet: www.uni-speyer.de

Infothek

Termine:

18.-19.09.2014: Bürgermeisterfachkonferenz des SHGT, Alt Duvenstedt

23.09.2014: Sitzung der Geschäftsführer der Kreisverbände, Kiel

24.09.2014: Klimakonferenz des SHGT, Bürgerhaus Kronshagen

25.09.2014: Bürgervorsteher tagung des SHGT

29.09.2014: 4. SHGT-Forum der kom-

munalen Wirtschaft, Universität Kiel
07.10.2014: Landesvorstand des SHGT, Kiel

31.10.2014: Delegiertenversammlung des SHGT in Nortorf,

16.12.2014: Landesvorstand des SHGT (Jahresabschlussitzung)

Buchbesprechungen

Franz, Schwabe

Fischereirecht Schleswig-Holstein

*Kommunal- und Schulverlag, Wiesbaden
Kommentar, 2013, kartoniert, 226 Seiten
€ 39,-*

Ziel des Kommentars ist es, die in der Praxis auftretenden Auslegungs- und Anwendungsfragen zum schleswig-holsteinischen Fischereirecht zu erläutern und zu beantworten. Darüber hinaus werden notwendige Zusammenhänge zu anderen Rechtsgebieten aufgezeigt, um damit das Landesfischereigesetz sowie die dazugehörigen Verordnungen weiterführend zu veranschaulichen. Die Kommentierung berücksichtigt alle zwischenzeitlich erfolgten Rechtsänderungen bis zum Oktober 2012. Sie enthält zudem alle wesentlichen Vordrucke, die auf Basis des Fischereirechts in Schleswig-Holstein zu verwenden sind.

Der Verlagstitel eignet sich als Praxis-Ratgeber insbesondere für die Verwaltungen mit Anknüpfungspunkten zum Fischereirecht, wie Fischerei-, Wasser- und Naturschutzbehörden, Fischereigenossenschaften, Angel- und Fischereivereine, Gewässerwarte und Fischereiaufseher sowie sonstige Verbände mit Bezug zu fischereilichen Fragestellungen.

Autoren: Martin Franz, Mitverfasser des LFischG und Leiter der oberen Fischereibehörde des Landes Schleswig-Holstein, als seinerzeitiger Begründer dieses Kommentars und Michael Schwabe, tätig in unterschiedlichen Funktionen in der oberen und oberen Fischereibehörde des Landes Schleswig-Holstein, verfügen über weit reichende Praxiserfahrungen auf dem Gebiet des schleswig-holsteinischen Fischereirechts und haben die Entwicklun-

gen und Änderungen auf diesem Rechtsgebiet über lange Jahre begleitet und teilweise mitgestaltet.

Schütte/Horstkotte/Schubert/
Wiedemann

Vergabe öffentlicher Aufträge

*Recht und Verwaltung,
3. aktualisierte Auflage XIV,
180 Seiten, Kart.
ISBN 978-3-17-023255-6, € 29,90*

Das Buch behandelt in der 3., aktualisierten Auflage in bewährter Weise die Grundlagen des Rechts der öffentlichen Vertragsvergabe. Es wendet sich sowohl an Praktiker, die sich in kurzer Zeit einen Überblick über das komplexe Rechtsgebiet verschaffen wollen, als auch an Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Die Autoren stellen die tragenden Grundsätze, Ziele und Begriffe des Vergaberechts anhand der aktuellen europäischen wie nationalen Vorschriften prägnant dar. Behandelt werden die Anforderungen an eine fehlerfreie Ausschreibung, an die Abgabe eines einwandfreien Angebots sowie an die rechtssichere Prüfung und Wertung der Angebote durch den Auftraggeber. Den vergaberechtlichen Aspekten interkommunaler Zusammenarbeit sowie Fragen des Rechtsschutzes sind jeweils eigene Kapitel gewidmet. Im Anhang finden sich Texte zentraler Vergabevorschriften. Indem das Buch wesentliche Strukturen und Zusammenhänge aufzeigt und anhand praxisnaher Beispielfälle sowie Tipps die Rechtsanwendung veranschaulicht, soll es auch ein Gespür für tak-

tische Aspekte im Vergabeverfahren entwickeln helfen.

Klaus Dieter Morell

Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben

*6. Nachl., 86 S., 16,90 €,
Kommunal- und Schulverlag*

Die Ausgestaltung und Anwendung von Konzessionsverträgen und Zahlung von Konzessionsabgaben ist im Verhältnis zwischen Versorgungsunternehmen und Kommunen von erheblicher Bedeutung. Unterschiedliche Interessen lassen eine zweifelsfreie Beurteilung der Rechtslage oftmals nicht zu.

Die vorliegende Verlagsausgabe zeigt Lösungen auf und präsentiert sich damit als kompetente und zuverlässige Arbeits- und Orientierungshilfe.

Einen Schwerpunkt bilden die Konzessionsabgaben und deren preis- und steuerrechtliche Bedeutung.

Darüber hinaus werden eingehend Wesen sowie energie- und kommunalpolitische Bedeutung von Konzessionsverträgen unter Berücksichtigung der seit dem Energiewirtschaftsgesetz 2005 geltenden Rechtslage behandelt, typische Vertragsklauseln erläutert und wettbewerbsrechtliche Fragen erörtert. Somit kann bei Anwendungs- und Auslegungsfragen stets auf die aktuellen Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Die praxisnahe Verlagsausgabe richtet sich an die gesamte Kommunalverwaltung und ihre Eigenbetriebe, alle Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, deren Verbände und Institutionen.