



# update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

## Behörden Spiegel newsletter

Ausgabe 3, Dezember 2011

### Inhalt dieser Ausgabe

#### 2 Editorial

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Leiterin Dezernat Public Sector, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK über „Weihnachtsgrüße“ der Europäischen Kommission

#### 3 Fünf Fragen an...

Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes zur Novellierung der Vergaberichtlinien

#### 5 Neues aus Brüssel

Die EU-Kommission sieht keine Nachteile

#### Vergabemanagement

#### 6 Dokumentation des Vergabeverfahrens – Was gehört in die Vergabeakte?

#### 7 Die Rahmenvereinbarung – das alternative Beschaffungsmittel

#### 8 Je detaillierter, desto besser! – Die Leistungsbeschreibung

#### Rechtsprechung und Gesetzgebung

#### 9 Wer zu spät kommt... Neues zu den Nachprüfungsfristen im Vergaberecht

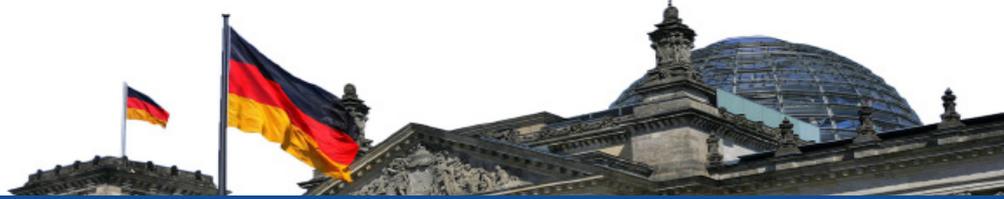
#### 10 Totgesagte leben länger – Das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse

#### 11 Neue Grenzen für die vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit

#### 12 Neue Schwellenwerte ab 2012

#### 13 Gerichte dürfen den Zuschnitt der Lose nur eingeschränkt überprüfen

#### 14 Veranstaltungen und Termine



## „Weihnachtsgrüße“ der Europäischen Kommission

Die Europäische Kommission hat ein dickes Paket für alle Vergabejuristen und Ausschreibungspraktiker geschnürt und es selbst schon am 20. Dezember ausgepackt. Das Weihnachtsgeschenk der Kommission wird vermutlich nicht nur Dankesbriefe auslösen. Der eine oder andere würde sicher eine Krawatte oder ein Fläschchen Duftwasser vorziehen.

Das Paket enthält ganz neue Regelwerke mit aktualisierten und konsolidierten Regeln für alle Auftragsarten und Auftraggeber. Für die Dienstleistungskonzessionen gibt es sogar eine eigene, ganz neue Richtlinie.

Neue Spiele und Spielregeln führen zu Weihnachten oft zu gemischten Reaktionen. Die Kinder jubeln und machen sich lärmend und manchmal streitend daran, die neuen Welten zu erobern. Andere reagieren leicht genervt, wie der Familienvater, der sich lange hinter der Zeitung versteckt und darauf hofft, nicht belästigt zu werden, dann aber doch an den Spieltisch gezerrt wird. Er mag keine neuen Regeln lernen und meint, dass die alten Spiele doch auch sehr schön waren und völlig ausreichen.

Ähnlich ist es mit den neuen Vergaberichtlinien. Erfahrene Praktiker sind skeptisch – auch wenn sie noch gar nicht alle neuen Vorschriften kennen. Andere – wie die EU-Kommission – schwärmen von Updates, die ganz neue, einfachere und doch effizientere Spielzüge ermöglichen.

Sind wir also gespannt und voll hoffnungsvoller Erwartung – passend zur Zeit! Lesen Sie zu zu den Einzelheiten und den Vor- und Nachteilen das Interview mit Herrn Portz und den Artikel von Herrn Drey. Bis das Spiel ernst wird, dauert es ohnehin noch ein wenig.

Wir, die Redaktion von Update Vergabe, bieten einstweilen auch einige Neuigkeiten: Berichte über wichtige Gerichtsurteile und einen neuen Service für die Praxis. Mit der neuen Rubrik Vergabemanagement wollen wir Ihnen regelmäßig Checklisten und Arbeitshilfen für den Ausschreibungsalltag bieten. Wir hoffen, sie erleichtern Ihre Arbeit.

Noch mehr hoffen wir, dass einige Tage mit wichtigeren Themen als dem Vergaberecht vor Ihnen liegen mögen!

Eine frohe und besinnliche Weihnachtszeit wünscht  
Ute Jasper



Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper,  
Leiterin Dezernat Public Sector, Sozietät  
HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Foto: BS/Archiv

Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes

## Novellierung der Vergaberichtlinien

**update vergabe:** Beschaffungspraktiker in den EU-Mitgliedstaaten kritisieren an den bisherigen Überlegungen zur Novellierung der Vergaberichtlinien, dass sie sich immer mehr in vergaberechtliche Randthemen verzetteln. Besteht diese Gefahr?

**Portz:** Die Pläne der EU-Kommission zur Novellierung des Vergaberechts wollen zwei divergierende Ziele miteinander vereinbaren. Einerseits will die Kommission zu Recht nach dem Kosten-Nutzen-Prinzip das Vergaberecht auf seinen eigentlichen Zweck zurückführen. Dies ist die effiziente und sparsame Beschaffung von Leistungen für die öffentliche Aufgabenerfüllung in einem transparenten, wettbewerblichen und diskriminierungsfreien Verfahren. Hierzu sollen insbesondere Handlungsspielräume bei Vergaben erweitert werden. Andererseits sieht die Gesamtrevision auch vor, Vergabeverfahren mit der verstärkten Berücksichtigung insbesondere von sozialen Kriterien zu befrachten.

Beide Ziele sind aber entgegenläufig und nicht unter einen Hut zu bringen. Hinzu kommt, dass die bisher vergaberechtsfreie und flexibel anwendbare Dienstleistungskonzession durch ein eigenes Regelwerk dem Vergaberecht und damit auch der Rechtsmittelrichtlinie unterworfen werden soll. Eine einseitige Fokussierung auf ein Mehr an Individualrechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist aber dem Ziel eines schlanken und investitionsfreundlichen Vergaberechts abträglich. Auch ist die Kommission nach wie vor in der Bringschuld dafür, dass in der Vergangenheit die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht nach wettbewerblichen Grundsätzen erfolgt ist.

**update vergabe:** Zu den neuen Vereinfachungsvorschlägen der Kommission zählen nach dem, was bisher bekannt wurde, die vermehrte Möglichkeit zu verhandeln, Eigenerklärungen bei Geeignetheit, Verkürzungen von Fristen, die Bündelung von Nachfrage und Vergabe und andere Verfahrenserleichterungen. Reichen diese aus, um der Ausweitung, die das Vergaberecht durch die zugleich angestrebte Politisierung erfährt, entgegen zu wirken?

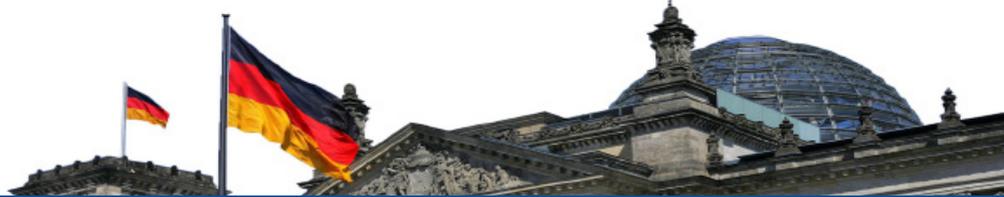


Norbert Portz ist als Beigeordneter beim DStGB u. a. für das Thema Vergaberecht zuständig

Foto: BS/Archiv

**Portz:** Die Kommissionsabsicht, Handlungsspielräume der Auftraggeber in Vergabeverfahren zu erhöhen und damit rechtlich beständigere sowie zielgerichtete Vergaben zu ermöglichen, unterstützt der Deutsche Städte- und Gemeindebund uneingeschränkt. Hierzu gehört die bereits nach den deutschen Vergabeordnungen bestehende Möglichkeit, die Eignungsprüfung stärker über Eigenerklärungen vorzunehmen. Auch eine mögliche Verkürzung von Fristen und die Bündelung von Vergaben bei zentralen Vergabestellen als starke Kompetenzzentren sind richtige Wege. Unsere Zustimmung erfährt insbesondere der Plan der EU-Kommission, Verhandlungsverfahren bei gleichzeitiger Gewährleistung von Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb in einem viel weiteren Umfang als bisher zu erlauben. Dies ermöglicht i. S. einer qualitätsvolleren Vergabe eine größere Übereinstimmung zwischen der vom Auftraggeber konkret gewollten und ausgeschriebenen Beschaffungsleistung und der später tatsächlich vergebenen Leistung. Oder anders ausgedrückt: Zwischen dem Vergabe-Soll und dem späteren Vergabe-Ist kann über konkrete Verhandlungen eine bessere Deckung erzielt werden. Voraussetzung ist aber, dass das Vergaberecht nicht mit immer mehr politischen, insbesondere sozialen und in der Praxis kaum vollziehbaren Aspekten, befrachtet wird. Das leistungs- und wirtschaftlichkeitsbezogene Vergaberecht ist hierfür nicht der richtige Ort. Zudem fehlen gerade den Kommunen als größtem Auftraggeber sowohl das Personal als auch die Finanzmittel, um etwa die Einhaltung der immer mehr werdenden sozialen Aspekte rechtssicher in Vergabeverfahren umzusetzen und insbesondere auch zu kontrollieren.

Fortsetzung auf Seite 3 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 2

**update vergabe:** Wäre es nicht einfacher und übersichtlicher, das Vergaberecht auf seine unabdingbaren Grundregeln zu beschränken und alle angestrebten wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Ziele, die mit ihnen verfolgt werden, der jeweiligen Fachgesetzgebung zu überlassen?

**Portz:** Es spricht in der Tat vieles dafür, das Vergaberecht viel stärker auf seine drei Grundregeln „Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ auszurichten. Dies könnte etwa zur Folge haben, dass manche der heute bestehenden zwingenden und formalen Ausschlussgründe nach der nationalen VOB/A und der VOL/A – das EU-Vergaberecht ist insoweit viel großzügiger - zukünftig nicht mehr diese strenge und absolute Rechtsfolge aufweisen.

Denkbar wäre etwa, dass man über den Weg einer vermehrten Aufklärung bei vorhandenen Zweifeln in den Angeboten, einer verstärkten Heilungsmöglichkeit zunächst formal nicht korrekter Angebote und ggf. auch der Unterscheidung zwischen beachtlichen und damit wesentlichen und nicht beachtlichen und unwesentlichen Formmängeln unterscheidet. Auf diesem Wege könnte es gelingen, die Vergaben in einem umfassenderen Sinn als bisher zu halten und auch bestandskräftig werden zu lassen. Dieser Ansatz würde zudem dem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatz besser entsprechen. Ziel muss jedenfalls sein, dass nicht derjenige, der das formal korrekteste Angebot abgegeben hat, sondern der wirtschaftlichste Bieter den Zuschlag erhält. Zu unterstützende generelle gesellschaftspolitische Ziele gehören dabei nicht in ein Sonderrecht, sondern müssen durch Regelungen in Fachgesetzen allgemeine Gültigkeit beanspruchen.

**update vergabe:** Die EU ist – zumindest bisher – nicht zuständig für die Haushalte der Mitgliedstaaten. Ist nicht dennoch das künftige wirtschaftspolitisch angereicherte Vergaberecht ein Eingriff in die Haushaltshoheit der Mitgliedstaaten?

**Portz:** Das EU-Vergaberecht mit den im Jahr 2012 geringfügig erhöhten Schwellenwerten lässt durchaus Spielräume für eigenständige Regelungen im Haushaltsrecht des vergaberechtlichen Unterschwellenbereichs. Ich denke nur an die er-

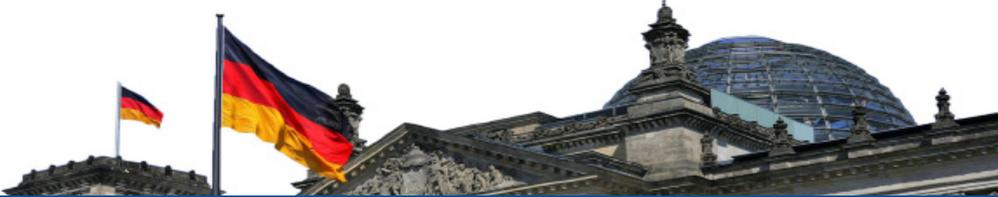
höhten Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben im Zuge des Konjunkturpakets II. Diese Regeln sind nach einer aktuellen Evaluationsstudie im Auftrag des BMWi von der Praxis ganz mehrheitlich begrüßt worden. All dies spricht dafür, das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte als Haushaltsrecht, bei dem größere Handlungsspielräume und damit verbunden auch ein Weniger an rechtlichen Vorgaben möglich ist, zu erhalten.

**update vergabe:** Der bisher entscheidende Faktor des europäischen Vergaberechts, um die öffentliche Beschaffung wirtschaftlicher zu gestalten, ist der Wettbewerb. Wird dieser durch die gesellschaftspolitische Instrumentalisierung des Vergaberechts nicht eingeschränkt?

**Portz:** Die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs lässt sich insbesondere mit der Berücksichtigung ökologischer Kriterien, die in Folge der Energiewende und einer damit verbundenen energieeffizienten Beschaffung einen neuen Stellenwert erfahren haben, durchaus vereinbaren. Wenn etwa ein Auftraggeber zur Einsparung von CO<sub>2</sub> in der Leistungsbeschreibung nur Fahrzeuge zulässt, die die Euro-Fünf-Norm einhalten, oder für den Innenausbau eines kommunalen Kindergartens nur Naturprodukte ist dies wegen der Beschaffungsautonomie des Auftraggebers bei gleichzeitiger Einhaltung des Wettbewerbs ohne weiteres möglich.

Auch die Vollziehbarkeit ist in der Regel bei ökologischen Vorgaben wegen der hier in breiter Form vorliegenden und aussagekräftigen Zertifizierungen (Umweltgütezeichen etc.) gewährleistet. Problematisch ist aber insoweit eine verstärkte Berücksichtigung einer Vielzahl von sozialen Kriterien, insbesondere bei der Wertung der Angebote. Hinzu kommt, dass hier Zertifizierungen kaum vorliegen und in der Praxis der Weg über Eigenerklärungen der Bieter erfolgt.

Daher muss insoweit unbedingt darauf geachtet werden, dass der vom Europäischen Gerichtshof für die Zulässigkeit derartiger Kriterien verlangte Auftragsbezug erhalten bleibt. Ein Abgehen hiervon würde nicht nur das Vergaberecht als Teil des Wettbewerbsrechts konterkarieren. Ausschreibungen ohne Auftragsbezug wären auch in der Praxis nicht umsetzbar.



## Die EU-Kommission sieht keine Nachteile

Das erste und wichtigste Ziel der geplanten Vergaberechtsreform ist für die Europäische Kommission die Vereinfachung und die Flexibilisierung. Daneben sollen „moderne Vergaberegeln“ Werkzeuge zur Verfügung stellen, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, zur Verwirklichung der in der Europa 2020 Strategie verabschiedeten Ziele beizutragen und Waren und Dienstleistungen zu erwerben, die Innovation fördern, die Umwelt schützen und zu einer Verbesserung der Beschäftigungslage, der öffentlichen Gesundheit und der allgemeinen sozialen Lage beitragen. Dies sind für die Kommission keine „Randthemen“.

Zu den neuen Vereinfachungsvorschlägen der Kommission zählen nach dem, was bisher bekannt wurde, die vermehrte Möglichkeit zu verhandeln, Eigenerklärungen bei Geeignetheit, Verkürzungen von Fristen, die Bündelung von Nachfrage und Vergabe und andere Verfahrenserleichterungen. Die Vereinfachungsvorschläge werden, so die Kommission, das öffentliche Vergabewesen effizienter, einfacher und moderner gestalten. Zusätzlich könne das Vergaberecht in seinem Anwendungsbereich einen spürbaren Beitrag zur Umsetzung strategischer Ziele leisten. „Eine Ausweitung ist damit nicht verbunden“, heißt es in Brüssel.

Das Vergaberecht auf seine unabdingbaren Grundregeln zu beschränken und alle angestrebten wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Ziele, die mit ihnen verfolgt werden, der jeweiligen Fachgesetzgebung zu überlassen, hält die Kommission für einen falschen Weg. Das Vergaberecht werde lediglich Werkzeuge zur Verfügung stellen, nicht jedoch selbst die Verfolgung wirtschaftlicher oder gesellschaftspolitischer Ziele vorschreiben.

Die Kommission weist entschieden den Vorwurf zurück, dass das künftige wirtschaftspolitisch angereicherte Vergaberecht ein Eingriff in die Haushaltshoheit der Mitgliedstaaten sei, weil diese nicht mehr selbst darüber entscheiden könnten, wie wirtschaftlich sie ihre Beschaffung vornehmen. „Die Vorschläge werden den öffentlichen Auftraggebern Möglichkeiten geben“, heißt es in Brüssel, „auch umwelt-, innovations- und sozialpolitische Ziele bei der Beschaffung zu berücksichtigen. Sie enthalten keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.“

Zugleich wird betont, dass die Vorschläge der Kommission keine Einschränkung des Wettbewerbs bedeuten. Vergaberecht diene der effizienten Verwendung öffentlicher Mittel, gleichzeitig solle es aber auch intelligentes, nachhaltiges und inklusives Wachstum fördern. „Jeder andere Ansatz würde der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber nicht gerecht.“ (fd)



**Vereinfachung und Flexibilisierung?**  
Für die Europäische Kommission jedenfalls wichtigstes Ziel der geplanten Vergaberechtsreform.

Grafik: Gerd Altmann/pixelio.de



## Dokumentation des Vergabeverfahrens – Was gehört in die Vergabeakte?

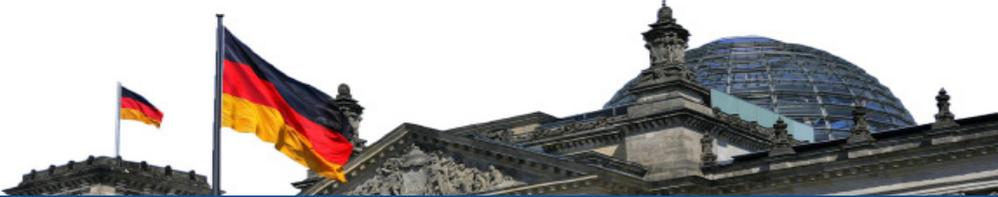
Gebetsmühlenhaft möchte man der öffentlichen Hand zurufen: Nichts hilft besser vor der Vergabekammer als eine gewissenhafte Dokumentation des Vergabeverfahrens. Dennoch zeigt die Praxis: Vergabeakten werden selten zeitnah und vollständig geführt. Oft bringt ein Nachprüfungsverfahren die Aufgabe passend zur Weihnachtszeit: „Wir basteln uns eine Vergabeakte.“ Dann hilft es, die Anleitung zur Hand zu haben.

Normiert ist die Dokumentationspflicht des Auftraggebers unter anderem in **§ 20 VOB/A**, **§ 24 EG VOL/A** und **§ 12 VOF**. Diese Regelungen enthalten zwingende Mindestinhalte, die ein Auftraggeber in der Vergabeakte zu dokumentieren hat. Der Auftraggeber muss daher beispielsweise vor Beginn des Verfahrens nicht nur festlegen, aus welchen Gründen er auf eine Losvergabe verzichtet, sondern dies auch dokumentieren. Zusätzlich muss der Auftraggeber insbesondere die einzelnen Stufen des Verfahrens sowie die Begründung der wichtigen Verfahrensentscheidungen schriftlich festhalten. Als Faustformel gilt: Jede Entscheidung oder Maßnahme im Vergabeverfahren, die für die Bieter relevant sein kann, sollte in der Vergabeakte dokumentiert sein. Falls ein Bieter ein europaweites Vergabeverfahren vor der Vergabekammer angreift, kann eine gut geführte Vergabeakte dem öffentlichen Auftraggeber zum schnellen Erfolg verhelfen. (jb)

### Checkliste für Verhandlungsverfahren

Die Vergabeakte bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb sollte – neben Unterlagen für unvorhergesehene vergaberelevante Vorgänge – im Wesentlichen die folgenden Dokumente enthalten:

- > Vergabevermerk zur Verfahrenseröffnung mit Mindestinhalt, z. B. Vergabeart, Verzicht auf Lose, geschätzter Auftragswert  
**Praxis-Tipp:** Dokumentieren Sie den Auftragswert möglichst genau, da diese Schätzung bei einer möglichen Aufhebung aufgrund zu teurer Angebote wichtig ist.
- > EU-Bekanntmachung
- > Teilnahmeanträge, ggf. separate Nebenakte
- > Vergabevermerk zum Eingang und zur Auswertung der Teilnahmeanträge
- > Absageschreiben an nicht ausgewählte Bewerber
- > Fragen der Bieter mit Antworten an alle Bieter  
**Praxis-Tipp:** Sämtliche Korrespondenz mit den Bietern ist stets anonymisiert an alle Bieter weiterzuleiten, soweit sie angebotsrelevante Auskünfte beinhaltet.
- > Aufforderungen zur Angebotsabgabe mit Vergabeunterlagen und sämtlichen Anlagen, gesondert für indikative und letztverbindliche Angebote
- > ggf. Dokumentation von Ortsterminen
- > sämtliche Angebote der Bieter, indikative und letztverbindliche Angebote in Nebenakten
- > Vergabevermerke zur Prüfung und Wertung der Angebote, gesondert für indikative und letztverbindliche Angebote
- > Einladungen und Protokolle zu Bietergesprächen  
**Praxis-Tipp:** Wichtige Gesprächsinhalte nach den Bietergesprächen allen Bietern anonymisiert mitteilen.
- > verhandelte Verträge
- > ggf. Vermerke über Zwischenentscheidungen, z.B. Einschränkung des Bieterkreises, ggf. Absageschreiben
- > Vergabevorschlag mit Dokumentation der Zuschlagsentscheidung, Vorabinformationsschreiben gem. **§ 101 a GWB** an die unterlegenen Bieter
- > Zuschlagserteilung  
**Praxis-Tipp:** Bekanntmachung über vergebenen Auftrag nicht vergessen!
- > etwaige Rügen und ggf. ein Nachprüfungsverfahren



## Die Rahmenvereinbarung – das alternative Beschaffungsmittel

Sind Rahmenvereinbarungen überhaupt das richtige Beschaffungsmittel für mich? Diese Frage stellen sich viele öffentliche Auftraggeber. Sicher ist: Es handelt sich um eine Form der Vertragsgestaltung. Regelmäßig kommt es zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen, wenn ein wiederkehrender Bedarf für die Beschaffung von Massenwaren und/oder -dienstleistungen besteht. Eine Rahmenvereinbarung eröffnet öffentlichen Auftraggebern in diesen Situationen die Möglichkeit, eine Vielzahl von Einzelaufträgen unter einem rechtlichen Dach zu bündeln.

Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte ist die Rahmenvereinbarung in **§ 4 EG VOL/A** normiert. Die Vorschrift regelt in Absatz 1, welche Mindestbedingungen der öffentliche Auftraggeber bereits beim Abschluss der Rahmenvereinbarung für die späteren Einzelaufträge festlegen muss. Wesentliche Bedingungen einer Rahmenvereinbarung sind danach der in Aussicht genommene Preis, der Leistungszeitraum sowie das in Aussicht genommene Auftragsvolumen. Darüber hinaus ist aber auch die Beschreibung der Leistungen als wesentlich anzusehen, um die geeigneten Unternehmen für den konkreten Auftrag zu ermitteln. In den Absätzen 2 bis 7 sind sodann die Voraussetzungen für den späteren Leistungsabruf normiert.

In jedem Fall muss der öffentliche Auftraggeber während des gesamten Vergabeverfahrens die rechtlichen Grenzen beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen beachten. Dabei hat er insbesondere das Missbrauchsverbot sowie das Verbot der Mehrfachvergabe einzuhalten. (sb)

### Checkliste für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung

Entschließt sich der öffentliche Auftraggeber für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung, muss er beachten, dass dieses Beschaffungsmittel sich in zwei Verfahrensstufen aufteilt. Er kann sich dabei an folgendem Ablauf orientieren:

#### Vergabeverfahren:

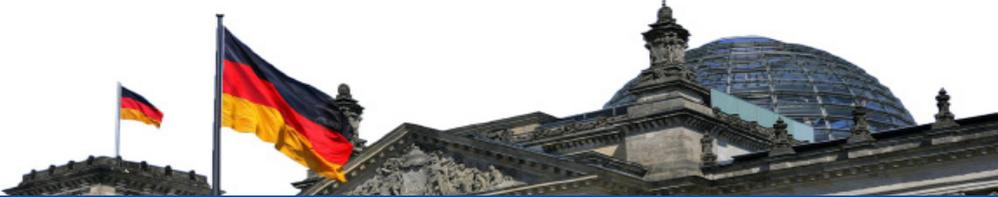
Bei der Wahl des Vergabeverfahrens Hierarchie der Verfahrensarten beachten. Beachtung der vergaberrechtlichen Vorschriften je nach Art der Vergabe, d.h. Schätzung des Auftragswerts, eventuell EU-weite Bekanntmachung etc. in jeder Phase des Verfahrens.

#### Verfahrensstufe 1:

- > Auswahl eines oder mehrerer Unternehmen.
  - > Einmalige Festlegung der wesentlichen Bedingungen für spätere Einzelaufträge, auch bereits abschließend.
- Exkurs:** Inhaltlich kann die Rahmenvereinbarung bereits alle Bedingungen für die späteren Einzelaufträge festlegen. Dies hat den Vorteil, dass der öffentliche Auftraggeber die Aufträge ohne weiteren Verwaltungsaufwand schnell und unkompliziert vergeben kann. Alternativ kann er einzelne Bedingungen aber auch erst vor dem jeweiligen Einzelauftrag bestimmen. So hält er die Bieter längere Zeit im Wettbewerb.
- > Entscheidung für ein Modell der Rahmenvereinbarung (eine oder mehrere Rahmenvereinbarungen mit jeweils einem Auftragnehmer, eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Auftragnehmern).
  - > Regelmäßig Abschluss einer einseitig verbindlichen Rahmenvereinbarung.
- Exkurs:** Öffentliche Auftraggeber entschließen sich regelmäßig für den Abschluss einer einseitig verbindlichen Rahmenvereinbarung. In diesem Fall verpflichtet sich der Auftragnehmer gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, die vertraglich festgelegten Leistungen auf Abruf zu erbringen. Demgegenüber ist der öffentliche Auftraggeber aber nicht dazu verpflichtet, die vorgehaltenen Leistungen auch in Anspruch zu nehmen. Auf diese Weise hat er die Möglichkeit, flexibel auf jedwede Beschaffungssituation zu reagieren.
- > Gegebenenfalls Aufteilung des Gesamtauftrags in Lose.

#### Verfahrensstufe 2:

Abruf der Einzelaufträge, gegebenenfalls Konkretisierung der Angebote durch die Bieter, falls nicht zu Beginn bereits sämtliche Vertragsbedingungen festgelegt wurden. Abschluss eines klassischen Liefer- oder Dienstleistungsauftrags. Insbesondere im Falle von Massenbeschaffungen kann der Abschluss von Rahmenvereinbarungen eine gute und effiziente Alternative für öffentliche Auftraggeber sein.



## Je detaillierter, desto besser! – Die Leistungsbeschreibung

Diesen Leitspruch sollten sich alle öffentlichen Auftraggeber bei der Ausarbeitung der Leistungsbeschreibung zu Herzen nehmen. Sie ist ein wichtiger, wenn nicht sogar der wichtigste, Anknüpfungspunkt sowohl für das Angebot als auch für den späteren Vertrag.

Die Leistungsbeschreibung ist ein wesentlicher Bestandteil der Vergabeunterlagen. Regelungen finden sich beispielsweise in **§ 7 VOB/A**, **§ 8 EG VOL/A** und **§ 7 SektVO**. **§ 6 VOF** gibt an, wie die Aufgabenbeschreibung bei der Vergabe von Aufträgen über freiberufliche Leistungen zu erfolgen hat. Diese Vorschriften haben das gleiche Ziel: Die Gewährleistung des Gleichbehandlungsgebots sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens. Bei Fehlern der Leistungsbeschreibung liegt ein rügefähiger Verstoß gegen diese Gebote vor, der in einem Nachprüfungsverfahren verfolgt werden kann.

Die Leistungsbeschreibung konkretisiert Art und Umfang der Leistung, die der Bieter anbieten muss. Sie legt den Bedarf des Auftraggebers fest und bestimmt den Inhalt des späteren Vertrages. Sie muss eindeutig und erschöpfend sein, damit alle Bieter sie im gleichen Sinn verstehen und keine unterschiedliche Auslegung möglich ist. Die Beschreibung muss in sich widerspruchsfrei sein und hat in verkehrsüblicher, in Fachkreisen allgemein verständlicher Sprache zu erfolgen.

Die Beschreibung muss vor allem Art und Umfang der Leistung sowie alle maßgeblichen Bedingungen für den Auftrag angeben. Es müssen dabei der Umfang und die Reichweite der Leistung erkennbar sein, z. B. durch Angabe von Laufzeiten, Lieferzeiten und Mengenangaben. Die Auftraggeber müssen zudem alle relevanten Umstände für die Preiskalkulation so mitteilen, dass die Bieter die Preise sicher und ohne große Vorarbeiten berechnen können. Für Bauleistungen nach VOB/A gilt weiterhin das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A). Im Bereich der VOL/A ist unklar, ob dieses noch besteht (siehe dazu: **Totgesagte leben länger – Das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009**). Der Auftraggeber muss auch weitere wirtschaftliche Faktoren angeben, so die Zahlungsweise und etwaige vom Auftragnehmer zu leistende Sicherheiten. (knd)

### Folgende Punkte müssen Auftraggeber damit bei der Leistungsbeschreibung beachten:

- eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung
- verkehrsübliche, in Fachkreisen allgemein verständliche Sprache
- widerspruchsfreie Angabe von Art und Umfang der Leistung (z. B. Laufzeiten, Lieferzeiten, Mengenangaben)
- Angabe aller für den Auftrag einzuhaltenden Bedingungen
- Preisvorgaben, nach denen die Preise sicher und ohne große Vorarbeiten zu berechnen sind
- bei Bauleistungen nach VOB/A: keine ungewöhnlichen Wagnisse (umstritten für Dienstleistungen nach der VOL/A).

### Wer zu spät kommt... Neues zu den Nachprüfungsfristen im Vergaberecht

Wer Vergabeverfahren angreifen will, muss die Rügefristen beachten. Die Gerichte haben dazu neue strenge Regeln aufgestellt: Die Fristen können nicht gehemmt werden. Im laufenden Prozess auftauchende Vergabefehler sind vor Schluss der mündlichen Verhandlung zu rügen.

Das OLG München (**Beschluss vom 10.03.2011, Verg 1/11**) befasste sich mit der Frist zur Stellung des Nachprüfungsantrages bei der Vergabekammer nach **§ 101 b Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB**. Der Antragsteller muss den Antrag spätestens 30 Tage nach Kenntnis eines Vergaberechtsverstößes stellen. Dies gilt auch – so das OLG -, wenn der Auftraggeber wahrheitswidrig verspricht, in Bälde ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen. Denn die 30-Tage-Frist dient der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit, weswegen weder eine Verlängerung der Frist noch eine Heilung der Verspätung möglich sind. Ohne rechtzeitigen Nachprüfungsantrag verliert der Betroffene seine Rechte.

Eine Ausnahme gilt nur, wenn das Gebot des fairen Verfahrens verletzt ist. Dazu reicht es aber nicht aus, wenn der Antragsgegner sich unkollegial verhält oder widersprüchliche Angaben macht. Die wahrheitswidrige Zusage des Auftraggebers, in Bälde ein Vergabeverfahren durchzuführen, unterbricht die Nachprüfungsfrist damit nicht.

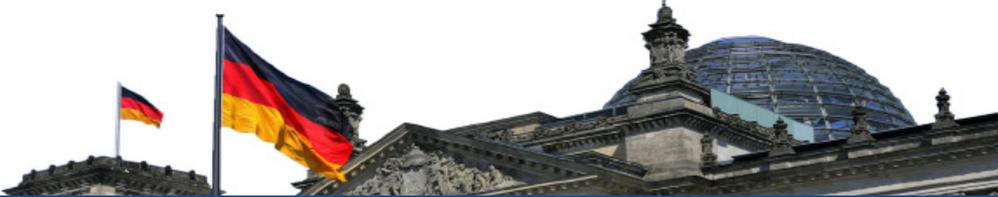
Das OLG Frankfurt (**Beschluss vom 10.06.2011, 11 Verg 4/11**) entschied über die Pflicht zur Rüge von Verstößen, die sich erst während des Nachprüfungsverfahrens herausstellen. Der Antragsteller erfuhr durch den Vortrag des Antragsgegners von einem Verstoß und rügte diesen nach der mündlichen Verhandlung. Dies war dem OLG zu Folge zu spät: Die Rüge von Verstößen ist bei neuem Sachverhalt aus der mündlichen Verhandlung so bald zu erheben, dass die Kammer sie bei der Entscheidung noch berücksichtigen kann. Dies ist nach der mündlichen Verhandlung nicht mehr möglich.

Die Antragsteller müssen somit – zusätzlich zu den Fristen aus **§ 107 Abs. 2 und § 107 Abs. 3 GWB** – beachten, im Prozess neu auftauchende Verstöße noch im Verfahren zu rügen. Dazu reicht das Vorbringen im Verfahren selbst aus und es muss keine förmliche Rüge mehr beim Auftraggeber erfolgen. (uj)



Rügefristen müssen beachtet werden, sonst heißt es: Wer zu spät kommt, den bestraft das OLG.

Foto: wilhei/pixelio.de



## Totgesagte leben länger – Das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009

Zum Erstaunen vieler wurde das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009 gestrichen. Trotzdem besteht das Verbot nach einem Beschluss des OLG Dresden (*OLG Dresden, 02.08.2011, WVerg 0004/11*) fort. Das OLG Düsseldorf sieht dies anders. Dem BGH hat es die Rechtsfrage trotzdem nicht zur Entscheidung vorgelegt.

Nicht wenige haben gestaunt, als die VOL/A 2009 in Kraft trat. Anders als **§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006**, enthalten weder **§ 7 Abs. 1 VOL/A 2009** noch **§ 8 Abs. 1 EG-VOL/A 2009** das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse. In **§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009** wurde das Verbot hingegen unverändert übernommen. Ein Unterschied zwischen Bauleistungen einerseits und Dienst- oder Lieferleistungen andererseits ist nicht zu erkennen.

Schnell wurde deshalb argumentiert, in der Streichung des Verbots in der VOL/A 2009 komme der bewusste Wegfall zum Ausdruck. Dem trat das OLG Dresden in seinem *Beschluss vom 02.08.2011 (WVerg 0004/11)* entgegen. Zwar sei das Verbot nicht mehr ausdrücklich in der VOL/A enthalten. Deshalb sei die Abwälzung ungewöhnlicher Wagnisse auf Bieter bzw. Auftragnehmer jedoch nicht erlaubt. Die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichten öffentliche Auftraggeber auch weiterhin zu einer angemessenen Risikoverteilung in den Vertragsbedingungen.

Das OLG Jena entschied sich in seinem *Beschluss vom 22.08.2011 (9 Verg 2/11)* ebenfalls für eine Fortgeltung des Verbots, und zwar auch bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen. Zwar ist diesen eine Ungewissheit über die Absatzmenge immanent. Allerdings kann die Überbürdung hoher Vorhaltekosten für Personal und weitere Aufwendungen ein ungewöhnliches Wagnis bedeuten.

Umso überraschender ist, dass sich das OLG Düsseldorf in einem *Beschluss vom 19.10.2011 (VII-Verg 54/11)* gegen die Fortgeltung des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009 ausgesprochen hat. Angesichts der Streichung sei es formal kein Rechtsgrundsatz mehr. In seinem *Beschluss vom 07.11.2011 (VII-Verg 90/11)* bestätigte das OLG Düsseldorf seine Auffassung. Beiden Entscheidungen lagen Rahmenvereinbarungen zugrunde. Schon deshalb, so der Vergabesenat, kann die Abwälzung des Verwendungsrisikos der ausgeschriebenen Leistung aus Bietersicht kein Wagnis sein. Gut möglich, dass in Kürze der BGH das letzte Wort hat. Dafür müsste ihm jedoch ein Vergabesenat die Sache zur Entscheidung vorlegen. (ds)

### Unzumutbarkeit statt Wagnis

In der VOL/A 2009 gibt es kein Verbot ungewöhnlicher Wagnisse mehr. Trotzdem können Ausschreibungsbedingungen im Einzelfall „unzumutbar“ sein. Ob der Vergabesenat hier die Wertungen des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse heranziehen will, muss noch geklärt werden.

### Neue Grenzen für die vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit

Die neue Mitteilung der EU-Kommission und eine Vorlageentscheidung des OLG Düsseldorf ziehen enge Grenzen für die vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit. Wettbewerb zu Privaten ist ebenso verboten wie nur die bloße Kostenerstattung für die Aufgabenwahrnehmung erlaubt. Außerdem darf es sich nicht um bloße Hilfstätigkeiten zu öffentlichen Aufgaben handeln und die Kommunen müssen die Aufgabe gemeinsam wahrnehmen.

In vielen Fällen wollen Kommunen zusammenarbeiten, um Aufgaben der Daseinsvorsorge gemeinsam durchzuführen. Die interkommunale Zusammenarbeit ist aber nur unter strengen Voraussetzungen ohne Beachtung des Vergaberechts zulässig, wie die neue Mitteilung der EU-Kommission und die Vorlage des OLG Düsseldorf aufzeigen. In seinem Urteil zur Stadtreinigung Hamburg hatte der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass die horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Aufgabenträger vergaberechtsfrei sein kann (**EuGH, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06**). Der Gerichtshof verlangte dafür neben einer öffentlichen Aufgabe und dem Ausschluss Privater, dass sich die Zusammenarbeit nur nach den Erfordernissen zur Verfolgung von öffentlichen Zielen richtet.

Die EU-Kommission macht in ihrer neuen Mitteilung zu öffentlich-öffentlicher Kooperation deutlich, dass auch hier grundsätzlich das Vergaberecht gilt (**Mitteilung vom 04.10.2011, SEC(2011) 1169 final**). Sie nimmt eine Vergabefreiheit nur unter bestimmten Voraussetzungen an (siehe nebenstehender Kasten).

Das OLG Düsseldorf vermutete unlängst, dass keine vergabefreie Zusammenarbeit, sondern ein öffentlicher Auftrag vorliegt, wenn eine Gebietskörperschaft einer anderen ein Hilfsgeschäft zur hoheitlichen Tätigkeit überträgt (**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.07.2011, VII-Verg 39/11**). Es hält hier eine Ausschreibung für erforderlich, weil die Kommunen die Aufgabe nicht gemeinsam wahrnehmen. Außerdem handele es sich bei der Aufgabe zur Gebäudereinigung um ein bloßes Hilfsgeschäft und damit um keine öffentliche Aufgabe. Das OLG legte diese Frage dem Europäischen Gerichtshof zur Klärung vor.

Die Gemeinden sollten bei der Kooperation untereinander nur zurückhaltend eine Ausnahme vom Vergaberecht annehmen, bis der Europäische Gerichtshof durch seine Entscheidung auf die Vorlage des OLG Düsseldorf mehr Klarheit verschafft.

(bw)



**Klare Gesetzeslage: Interkommunale Zusammenarbeit ist nur unter strengen Voraussetzungen ohne Beachtung des Vergaberechts zulässig.**

Foto: Thorben Wengert/pixelio.de

- Die Zusammenarbeit erfolgt für die öffentliche Aufgabenerfüllung.
- Die Partner erfüllen die öffentlichen Aufgaben gemeinsam mit eigenen Ressourcen.
- Das Entgelt umfasst nur die reine Kostenerstattung.
- Es besteht keine Beteiligung Privater oder von privatem Kapital.
- Die Kooperation besitzt keinerlei Marktorientierung und steht in keinem Wettbewerb zu Privaten, sondern richtet sich ausschließlich nach öffentlichen Interessen.

### Neue Schwellenwerte ab 2012

Im EU-Amtsblatt wurden die neuen Schwellenwerte ab dem 01.01.2012 für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen bekanntgegeben. Diese gelten jedoch in Deutschland nicht uneingeschränkt.

Laut **EU-Verordnung Nr. 1251/2011** müssen öffentliche Auftraggeber künftig europaweit ausschreiben bei:

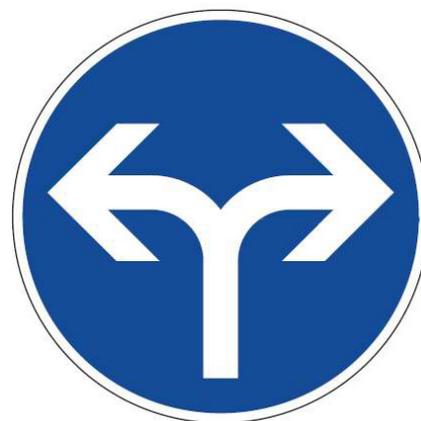
- Bauaufträgen ab 5 Mio €,
- Verträgen über Lieferungen und Dienstleistungen ab 200.000 €,
- Aufträgen von Sektorenauftraggebern für Liefer- und Dienstleistungen ab 400.000 €,
- Verträgen über Lieferungen und Dienstleistungen von obersten und oberen Bundesbehörden ab einem Wert von 130.000 €.

Die neuen Schwellenwerte gelten grundsätzlich unmittelbar in den Mitgliedstaaten. Da es sich dabei aber um Mindestanforderungen handelt, können die Mitgliedsstaaten auch strengere, also niedrigere Schwellenwerte vorgeben, die dann verbindlich sind.

#### Besonderheit in Deutschland

In Deutschland gibt derzeit noch die Vergabeverordnung (VgV) niedrigere Schwellenwerte vor. Diese gelten auch nach dem 01.01.2012 bis zum Inkrafttreten einer neuen VgV vorrangig vor der EU-Verordnung. Die neue VgV soll schon im Februar 2012 vom Bundesrat beschlossen werden.

Für Aufträge in den Sektoren Trinkwasser, Energie und Verkehr gelten hingegen ab dem 01.01.2012 die erhöhten EU-Schwellenwerte, da die Sektorenverordnung im Gegensatz zur VgV eine dynamische Verweisung enthält und damit automatisch auf die aktuellen Schwellenwerte verweist. (in)



EU-Schwellenwerte geben die Auftragswerte wieder, die erreicht werden müssen, damit die Bestimmungen angewendet sind, mit denen die EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt werden.

Foto: BS/Archiv



## Gerichte dürfen den Zuschnitt der Lose nur eingeschränkt überprüfen

Auftraggeber haben einen weiten Ermessensspielraum, ob sie bei der Vergabe von Aufträgen Lose bilden und wie sie die Lose zuschneiden. Die Entscheidung des Auftraggebers ist gerichtlich nur beschränkt überprüfbar. Die Gerichte dürfen nur überprüfen, ob die Entscheidung auf einer zutreffenden und vollständigen Sachverhaltsermittlung beruht und nicht willkürlich ist.

Bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand stellt sich häufig die Frage, ob Fach- oder Teillose zu bilden sind. Das OLG Düsseldorf (**Beschluss vom 08.09.2011, VII-Verg 48/11**) und das OLG Karlsruhe (**Beschluss vom 06.04.2011, 15 Verg 3/11**) entschieden, dass Auftraggeber beim Zuschnitt von Losen einen Ermessensspielraum haben. Sie müssen einerseits das Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgebot beachten und andererseits mittelständische Interessen berücksichtigen.

Dabei können diese Gebote einander entgegenstehen. Denn je stärker der Auftraggeber eine Leistung in Lose aufteilt, desto höher ist der Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand. Der Mehraufwand verursacht Kosten. Damit ist das Wirtschaftlichkeitsgebot berührt.

Grundsätzlich sind zwar Lose zu bilden. Allein der Mehraufwand an Kosten reicht nicht aus, um ausnahmsweise von der Losvergabe abzusehen. Denn er ist der Losvergabe immanent und nach dem Zweck des Gesetzes in Kauf zu nehmen. Die Gründe für ein Absehen von der Losvergabe müssen daher nicht nur anerkanntswert sein, sondern überwiegen. Aus **§ 97 Abs. 3 GWB** ergibt sich jedoch nicht, dass Lose so zugeschnitten sein müssen, dass sich alle mittelständischen Unternehmen bewerben können. Vielmehr reicht es aus, wenn sich die Mehrheit der potenziellen Bieter an der Ausschreibung beteiligen kann, ohne sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen zu müssen.

In aller Regel gibt es mehrere Möglichkeiten, sowohl das Wirtschaftlichkeitsgebot als auch das Gebot zur Förderung des Mittelstandes zu berücksichtigen. Deswegen haben die Auftraggeber beim Zuschnitt der Lose einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Ermessensspielraum. Die rechtliche Kontrolle ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Entscheidung des Auftraggebers auf einer zutreffenden und vollständigen Sachverhaltsermittlung beruht und nicht willkürlich ist.

Die beiden Entscheidungen zeichnen das Spannungsverhältnis nach, das bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen ist. Die Gerichte stärken die Auftraggeber in ihrer Befugnis, die Leistung autonom zu bestimmen und sie in dieser Gestalt dem Wettbewerb zuzuführen. Aus Sicht der Bewerber beantworten die beiden Entscheidungen indes nur unzureichend, wann die Losbildung zwingend geboten ist. (tc)

### Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2012

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts wird sich auch 2012 weiter fortsetzen. Erfreulicherweise haben sich eine Reihe von Spielräumen ergeben – zum einen aus den neuen gesetzlichen Vorschriften, zum anderen aus aktuellen Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte.

Die Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2012, die der Behörden Spiegel mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK im Juni 2012 an verschiedenen Standorten durchführen wird, bringt Sie auf den neuesten Stand und erklärt, welche praktischen Konsequenzen sich aus den neuen Vorschriften und Entscheidungen ergeben. Die Veranstaltung fasst den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung zusammen und bietet anhand konkreter Fallbeispiele eine Basis für ein rechtssicheres und wirtschaftliches Vergabemanagement.

Weitere Informationen unter: [praxisseminare@behoerdenspiegel.de](mailto:praxisseminare@behoerdenspiegel.de)

#### Termine Update Vergaberecht 2012

|              |                |
|--------------|----------------|
| 15.06.12,    | Düsseldorf     |
| 28.06.12,    | Frankfurt a.M. |
| 12.07.12,    | München        |
| 15.08.12,    | Hamburg        |
| Herbst 2012, | Chemnitz       |
| Herbst 2012, | Berlin         |

Die Veranstaltungen finden jeweils in den Räumlichkeiten der Kanzlei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK statt.

#### TERMINE 2012

##### Das neue Vergaberecht 2012 –

##### Grundlagen, Probleme und Entwicklungen

09. – 10.05.12, Bonn

20. – 21.11.12, Hamburg

##### Der zertifizierte Beschaffungsmanager

24. – 26.10.12, Hamburg

##### Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen

10.02.12, Düsseldorf

23.03.12, München

##### Einführung in die EVB-IT

13.02.12, Berlin

03.09.12, Berlin

##### EVB-IT Intensiv

23. – 24.04.12, Berlin

22. – 23.10.12, Berlin

##### Innovative Beschaffung

12.06.12, Berlin

##### EVB-IT Systemverträge

11. – 12.06.12, Berlin

03. – 14.12.12, Berlin

##### Vergabe von IT-Leistungen

16.03.12, Frankfurt am Main

21.09.12, Frankfurt am Main

##### IT-Beschaffung – Chancen und Risiken der

##### Verfahrensgestaltung

26.03.12, München

25.04.12, Berlin

##### ÖPNV-Vergabe

21.05.12, Bonn

##### Förderung, Beihilfen und Subventionen

20.04.12, Düsseldorf

13.09.12, Hamburg

>>> Weitere Informationen unter: [www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de)

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter“ und verantwortlich: R. Uwe Proll.

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer (bb), Fachliche Unterstützung: Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK.

Redaktion: Jens Biemann (jb), Sarina Böll (sb), Dr. Tobias Czepull (tc), Franz Drey (fd), Dr. Ute Jasper (uj), Dr. Kristina Neven-Daroussis (knd), Dr. Isabel Niedergöcker (in), Dr. Daniel Soudry, LL.M. (ds), Beate Winkelhüsener (bw).

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Am Buschhof 8, 53227 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

E-Mail: [redaktion@behoerdenspiegel.de](mailto:redaktion@behoerdenspiegel.de), Internet: [www.behoerdenspiegel.de](http://www.behoerdenspiegel.de).

Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.:DE 122275444, Geschäftsführerin: Helga Woll.

Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter“. Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links“), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.