EUROFORUM
The Conference Company

Ausgabe 10 (2/2011)

EUROFORUM-Newsletter

Vergaberecht 2011

Ihr begleitender Newsletter zu den renommierten vergaberechtlichen Jahrestagungen und Seminaren!

www.vergaberecht-euroforum.de

Inhaltsverzeichnis

S. 3 **Das Energiepaket der Bundesregierung und seine Auswirkungen auf das Vergaberecht**
Dr. Marc Gabriel LL.M.
Baker & McKenzie

S. 4 **Die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen von Unternehmen am Beispiel des Feuerwehrbeschaffungskartells**
Norbert Portz
Deutscher Städte- und Gemeindebund

S. 7 **Muss man doch nicht so genau dokumentieren? Die Entscheidung des BGH zur nachträglichen Verfahrensdokumentation, BGH, Beschluss vom 08.02.2011, Az.: X ZB 04/10**
Dr. Annette Rosenkötter
Monika Henkelmann
FPS Rechtsanwälte & Notare Fritze Wicke Seelig

S. 8 **Rechtzeitige Auskunftserteilung an die Bieter**
Dr. Daniela Hattenhauer
Ute Klemm, LL. M.
Heuking Kühn Lüer Wojtek

S. 9 **Das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009 – Wegfall oder Fortgeltung?**
Dr. Daniel Soudry, LL.M.
Heuking Kühn Lüer Wojtek

S. 10 **Vergaberechtliche Behandlung von Business Improvement Districts**
Dr. Thomas Mösinger
HFK Rechtsanwälte LLP

S. 12 **Nachforderung: Können auch vorliegende Unterlagen nachgebessert werden?**
Dr. Susanne Mertens, LL.M.
Henrik Baumann
HFK Rechtsanwälte LLP

S. 13 **Die Zulässigkeit elektronischer Auktionen im VOL/A-Verfahren**
Malte Müller-Wrede
Müller-Wrede & Partner

S. 14 **Abfallentsorgung und Konzessionsvergabe**
Uwe-Carsten Völlink
Noerr LLP

S. 15 **Unzulässigkeit von In-house Vergaben bei umfangreichem Nachunternehmereinsatz?**
Dr. Wolfram Krohn
Orrick Hölters & Elsing

S. 17 **Risikofaktor Rügefrist**
Carsten Steinert
Aline Heurley
PricewaterhouseCoopers Legal AG

S. 18 **Interview mit Prof. Dr. Heiko Höfler zur künftigen deutschen Beschaffungspraxis in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit**
Prof. Dr. Heiko Höfler
Orrick Hölters & Elsing

Vergaberecht 2011

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir freuen uns, Ihnen die aktuelle Ausgabe unseres digitalen Newsletters Vergaberecht zuzusenden.

In der zweiten Ausgabe des Jahres 2011 finden Sie wieder interessante Artikel von Vergaberechtsexperten zu breit gefächerten Themen, die in der Vergabelandschaft derzeit diskutiert werden. Lesen Sie Beiträge zu den neuesten Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung, diesmal mit Berichten unter anderem zu dem Thema In-house Vergabe, der Reichweite der nachträglichen Dokumentationsmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers und einem Interview zur künftigen deutschen Beschaffungspraxis in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit sowie weiteren Beiträgen zu aktuellen Vergaberechtsproblematiken.

An dieser Stelle bedanken wir uns ganz herzlich bei den Autoren für Ihre Unterstützung bei der Gestaltung des Newsletters. Wenn auch Sie einen Beitrag für den nächsten Newsletter leisten möchten oder Anregungen für Themen haben, erreichen Sie uns unter 02 11/ 96 86 – 35 24.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß beim Lesen und freuen uns, Sie bei einer unserer Veranstaltungen zu begrüßen.

Mit herzlichen Grüßen

Rechtsanwältin Bettina Cebulla
Senior-Konferenz-Managerin Recht

Rechtsanwältin Luise Gerdemann
Konferenz-Managerin Recht

Das Energiepaket der Bundesregierung und seine Auswirkungen auf das Vergaberecht

Umweltaspekte und Energieeffizienz sind durch die Havarie des Atomkraftwerkes Fukushima-Daiichi verstärkt in den Fokus der Politik geraten und haben die Energiewende forciert. Mit der Veröffentlichung des Energiepakets vom 06.06.2011 unter der Überschrift „Der Weg zur Energie der Zukunft" hat die Bundesregierung auf die Geschehnisse in Japan reagiert.

1. Das Kriterium der Energieeffizienz

Im Entwurf der Vierten Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ist das Ziel formuliert, die Energieeffizienz als wichtiges Kriterium bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte zu berücksichtigen. Das dient ebenfalls der Umsetzung des Art. 9 Abs. 1 Satz 1 RL 2010/30/EU. Durch die Verordnung werden in § 4 VgV die Absätze 4 bis 6b neu gefasst und die Absätze 7 bis 10 geändert. Analoge Änderungen der VgV für die Vergabe von Bauleistungen befinden sich in § 6 des Entwurfs der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV-E). Hiernach sind künftig neue Anforderungen an die Beachtung der Energieeffizienz zu stellen, wenn Gegenstand der Vergabe ein energieverbrauchsrelevantes Produkt i. S. d. Art. 2a) RL 2010/30/EU ist.

Die geplanten Neuregelungen in der VgV beziehen sich nur auf die Energieeffizienz beim Ver- und Gebrauch und nicht beim Herstellungsprozess der Produkte. Allerdings können die Auftraggeber, in Übereinstimmung mit § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB, dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei Auftragsausführung auferlegen. Es wird beispielsweise vom EuGH als zulässig erachtet, dass die Umweltfreundlichkeit der Herstellungsverfahren der anzuschaffenden Produkte zuschlagsrelevant ist.

a) Leistungsbeschreibung

Nach § 4 Abs. 5 VgV-E ist das Kriterium der Energieeffizienz zunächst auf Ebene der Leistungsbeschreibung anzuwenden. Demnach sollen als Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand soweit möglich „die höchste Energieeffizienzklasse" im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV) und das „höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz" gestellt werden. Ist eine Kategorisierung nach EnVKV jedoch nicht möglich, ist es mitunter schwierig das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz zu ermitteln, da hierfür gegebenenfalls keine geeigneten Parameter vorhanden sind.

In solchen Situationen ist davon auszugehen, dass § 4 Abs. 6 und 6a VgV-E maßgebliche Bedeutung zukommen wird. Nach Absatz 6 sind in den Vergabeunterlagen von den Bietern konkrete Angaben zum Energieverbrauch und in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder die Ergebnisse der einer solchen Analyse vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit zu fordern. Nach § 4 Abs. 6a VgV-E dürfen die Auftraggeber die übermittelten Informationen überprüfen und hierzu ergänzende Erläuterungen von den Bietern fordern.

b) Zuschlagserteilung

Auch bei der Zuschlagserteilung wirkt sich das Kriterium der Energieeffizienz aus. Gemäß § 4 Abs. 6b VgV-E ist bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 97 Abs. 5 GWB die ermittelte Energieeffizienz als angemessen gewichtetes Zuschlagskriterium zu berücksichtigen. Die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte war bislang bereits europarechtlich determiniert. Zum einen verpflichtet Art. 11 AEUV bei der Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen Umweltschutzbelange zu berücksichtigen. Zum anderen normieren Art. 26, 53 Abs. 1a) RL 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) und Art. 38, 55 Abs. 1a) RL 2004/17/EG (Sektorenrichtlinie) die Verfolgung ökologischer Zwecke als mögliches Zuschlagskriterium bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Die umweltschutzbezogenen Kriterien müssen dabei nicht wirtschaftlich vorteilhaft oder messbar sein. Auch wenn das Kriterium der Energieeffizienz grundsätzlich mit haushalterischen Vorteilen einhergehen kann, sind diese nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Wertung. Vielmehr sind bei der Beschaffung energieeffizienter Produkte höhere Anschaffungskosten.

Um dem Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB zu genügen, hat der Auftraggeber die beabsichtigte Gewichtung der Energieeffizienz den Bietern bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzuzeigen, sodass ein potentieller Bieter von der Gewichtung der Zuschlagskriterien schon bei Bekanntgabe, jedenfalls aber vor Angebotseröffnung nach § 14 VOB/A bzw. § 17 EG VOL/A Kenntnis erlangen kann. In diesem Zusammenhang ist bei Ausschreibungen darauf zu achten, dass aus den Vergabeunterlagen unmissverständlich hervorgeht, dass Effizienzkriterien nicht lediglich Bestandteil von allgemeinen Hinweisen sind.

c) Weitere Änderungen

Nach § 4 Abs. 7 Satz 1 VgV-E müssen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Umweltauswirkungen als angemessen gewichtetes Kriterium bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden. Weiterhin ist § 4 Abs. 8 VgV-E so gefasst, dass Energieverbrauch und Umweltauswirkungen sowohl bei der Leistungsbeschreibung als auch bei der Zuschlagserteilung Berücksichtigung finden. Grundsätzlich ausgenommen von der Anwendung des § 4 Abs. 7 VgV-E bleiben nach § 4 Abs. 10 VgV-E Einsatzfahrzeuge, beispielsweise der Polizei und der Feuerwehr.

Zugunsten eines Gleichlaufs der Regularien für Bauleistungen soll § 6 VgV ebenfalls geändert werden. Im Gegensatz zu § 4 Abs. 6 VgV-E sind konkrete Angaben zum Energieverbrauch nach § 6 Abs. 4 Nr. 1 VgV-E nicht erforderlich, wenn sich die auf dem Markt angebotenen Waren, technischen Geräte oder Ausrüstungen im zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig unterscheiden. Dies folgt einer Forderung des Bundesrates, die damit begründet wurde, dass bei vielen auf dem Markt angebotenen Produkten die Unterschiede im Energieverbrauch nur geringfügig seien. Die Grundsatzentscheidung über den künftigen Energieverbrauch falle bereits in der vorbereitenden Planung der Bauvorhaben und nicht erst im Vergabeverfahren.

2. Fazit

Im Rahmen der Energiewende, die bereits vor dem öffentlichkeitswirksamen Erlass des Energiepakets im Juni dieses Jahres begonnen hat, zeichnet sich eine weiter zunehmende Prominenz des Umweltschutzes in Gestalt von Energieeffizienzkriterien im Vergaberecht ab.

Dr. Marc Gabriel, LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner,
Baker & McKenzie, Berlin

Die Prüfung der Selbstreinigungsmaßnahmen von Unternehmen am Beispiel des Feuerwehrbeschaffungskartells

1. Wettbewerbsverstöße durch rechtskräftige Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes festgestellt

Das Bundeskartellamt hat Anfang 2011 gegen drei Lieferanten von Feuerwehrlöschfahrzeugen (Albert Ziegler GmbH & Co. KG Giengen, Schlingmann GmbH & Co. KG Dissen und Rosenbauer-Gruppe in Luckenwalde und Leonding / Österreich) inzwischen rechtskräftige Bußgeldbescheide in einer Gesamthöhe von 20,5 Mio. Euro verhängt. Grund für das Bußgeld sind verbotene Quotenabsprachen der Unternehmen im Zeitraum von 2001 bis Mai 2009. Die drei Unternehmen haben wegen ihrer Kooperation mit dem Bundeskartellamt Bonusanträge gestellt und in der Folge ist eine einvernehmliche Beendigung des Verfahrens („Settlement") erfolgt. Nach den rechtskräftigen Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamts waren an den Wettbewerbsverstößen sowohl die Geschäftsführer bzw. der Vorstand der betroffenen Unternehmen als auch die Vertriebsleiterebene beteiligt. Gegen ein viertes Unternehmen (Iveco-Magirus) dauert das Kartellverfahren noch an.

2. Vertrauensverhältnis zu Kommunen schwerwiegend gestört

Durch die über viele Jahre stattgefundenen Wettbewerbs- und Kartellrechtsverstöße ist das Vertrauensverhältnis zwischen den Kommunen als Hauptauftraggeber von Feuerwehrlöschfahrzeugen und einer Vielzahl ihrer Lieferanten (Kartellanten) schwerwiegend gestört worden (vgl. auch VK Brandenburg, Beschluss vom 17.12.2003 – VK 71/03). Das wettbewerbswidrige Verhalten der Kartellanten hat tatsächliche und rechtliche Folgen für aktuelle bzw. künftige Vergabeverfahren der Städte und Gemeinden.

Grund ist in rechtlicher Sicht, dass in Vergabeverfahren gemäß §§ 16 Abs. 5 VOL/A i. V. m. 6 Abs. 5 Buchstabe c VOL/A sowie §§ 19 Abs. 4 i. V. m. 6 Abs. 6 Buchstabe c VOL/A Bewerber und Bieter ausgeschlossen werden können, die „nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit in Frage stellt". Als „nachweislich schwere Verfehlung" der Kartellanten müssen die in der Zeit von 2001 bis Mai 2009 durch das Bundeskartellamt festgestellten Wettbewerbs- und Kartellrechtsverstöße gelten.

3. Unternehmen müssen Selbstreinigung nachweisen: Beschluss der VK Niedersachsen

Tatsache ist aber, dass die Wettbewerbs- und Vergabeverstöße durch das Bundeskartellamt „nur" für die Vergangenheit festgestellt wurden. Daher müssen die Städte und Gemeinden in künftigen Vergabeverfahren die Eignung der Bewerber und Bieter, zu denen wegen des monopolartigen Unternehmermarktes bei den Feuerwehrlöschfahrzeugen auch regelmäßig die Kartellanten gehören, neu prüfen. Kommunen haben mithin bei Vergabeverfahren, an denen sich die Kartellanten beteiligen, zu kontrollieren, ob das jeweilige Unternehmen eine erfolgreiche „Selbstreinigung" vorgenommen hat (vgl. VK Bund, Beschluss vom 11.10.2002 – VK 1-75/02). Nur dann kann das betreffende Unternehmen als zuverlässig und damit als geeignet gelten. Die „Selbstreinigung" haben die Unternehmen gegenüber den einen Auftrag vergebenden Kommunen i. S. einer Bringschuld nachzuweisen. Folge kann sein, dass die Zuverlässigkeit eines Unternehmens trotz seiner in der Vergangenheit festgestellten Kartellrechtsverstöße wiederhergestellt wurde.

Die Vergabekammer Niedersachsen hat in einem rechtskräftigen Beschluss vom 24.03.2011 (VgK-04/211) Maßnahmen zur „Selbstreinigung" insbesondere in Plänen des betroffenen Unternehmens zur Schadenswiedergutmachung gesehen. Auch hat die VK Niedersachsen für die Wiederherstellung der Zuverlässigkeit der Unternehmen personelle Vorsorgemaßnahmen durch diese in den Fokus gerückt. Das bloße Abstellen auf die Aussage „darüber hinaus haben wir in unserem Unternehmen Maßnahmen getroffen, um auch in Zukunft wettbewerbskonformes Verhalten sicherzustellen", hat die VK Niedersachsen als „völlig unzureichend" angesehen. Vielmehr müssen nach der Vergabekammer „konkrete Informationen zur Selbstreinigung (z. B.: Austausch von Geschäftsführern) stattgefunden haben". Nur dann können diese Maßnahmen positiv in die Erwägungen des Auftraggebers eingestellt werden.

Insoweit ist zu beachten, dass das vom Bundeskartellamt rechtskräftig festgestellte Feuerwehrbeschaffungskartell nicht auf punktuellen Handlungen eines einzelnen Mitarbeiters, sondern auf gezielte Aktivitäten der „Chefetage" und der Vertriebsleiter sowie auf zahlreiche und über Jahre andauernde Wettbewerbsverstöße beruhte. Hieraus folgt, dass neben personellen Maßnahmen auch strukturell-organisatorische Maßnahmen in den Unternehmen zur Selbstreinigung zwingend erforderlich sind.

4. Abgabe der Bietererklärung als Prüfung der Eignung bzw. als Überprüfung der Selbstreinigung

Daher müssen die Lieferanten von Feuerwehrlöschfahrzeugen etc. von den Kommunen als Auftraggeber in Vergabeverfahren aufgefordert werden, die Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit („Selbstreinigung") zu versichern. Angesichts der Schwere der Wettbewerbsverstöße durch die betreffenden Unternehmen und des entstandenen Vertrauensverlustes bei den Kommunen müssen die von den Unternehmen darzulegenden Selbstreinigungsmaßnahmen dabei eine Breite und Differenziertheit aufweisen, die über das normale Maß üblicher Bietererklärungen hinausgehen.

5. Mögliche Inhalte der Bietererklärung (Selbstreinigung)

Mögliche Inhalte einer Bietererklärung und damit einer Überprüfung der Selbstreinigung, zu der die kommunalen Spitzenverbände im Einzelnen eine abrufbare Checkliste erarbeitet haben, sollten jedenfalls sein:

- Personelle Maßnahmen
- Strukturell-organisatorische Maßnahmen
- Hochwertiges Kontrollwesen und innere Revision
- Interne Haftungs- und Schadensersatzregelungen
- Mitwirkung bei Schadensaufklärung / Verzicht auf Einrede der Verjährung
- Schulung der Mitarbeiter
- Sicherstellung der Regelkonformität (Compliance)

6. Fazit Als vergaberechtliches Fazit aus dem vom Bundeskartellamt aufgedeckten Feuerwehrbeschaffungskartell lässt sich festhalten:

- Für die Vergangenheit ist ein Wettbewerbs- und damit auch Vergaberechtsverstoß durch die rechtskräftigen Bußgeldbescheide des Bundeskartellamtes festgestellt. Damit ist für die Vergangenheit auch eine nachweislich schwere Verfehlung der Kartellanten im Vergabewettbewerb als gegeben anzusehen.

- Dieser für die Vergangenheit festgestellte Verstoß begründet keinen zwingenden („Muss"-)Ausschluss für laufende bzw. künftige Vergabeverfahren.

- Ein zwingender („Muss"-)Ausschluss im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote wäre jedoch bei Angeboten von Unternehmen gegeben, die in Bezug auf die konkrete Vergabe eine unzulässige und wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben.

- Im Übrigen ist im Hinblick auf die erforderliche Zuverlässigkeitsprüfung der Unternehmen (Kartellanten) die Möglichkeit eines „Kann"-Ausschlusses in laufenden und künftigen Verfahren im Einzelfall zu prüfen.

- Konkrete „Selbstreinigungsmaßnahmen" sind von den Unternehmen i. S. einer Bringschuld gegenüber den Auftraggebern auf der Grundlage der Vorgaben in der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen glaubhaft nachzuweisen. Bloße Behauptungen oder Presseerklärungen der Unternehmen reichen hierzu nicht aus.

- Bei der Durchführung von Vergabeverfahren sind seitens der Kommunen die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu beachten. Diese beinhalten speziell bei einem „monopolartig ausgeformten Markt" (Feuerwehrlöschfahrzeuge) ein Absehen von unzulässigen und den Wettbewerb einengenden Produktvorgaben des Auftraggebers. Auch muss eine Freihändige Vergabe und eine damit verbundene Begrenzung des Wettbewerbs die absolute und stets vergaberechtlich zu begründende Ausnahme sein.

Norbert Portz
Beigeordneter,
Deutscher Städte- und
Gemeindebund, Bonn

Ihre Studienpunkte

Sie erhalten für Ihre Teilnahme an EUROFORUM-Veranstaltungen im Vergaberecht Studienpunkte – einen pro Veranstaltungstag, bei schriftlichen Management Lehrgängen schreiben wir Ihnen drei Studienpunkte gut.

Für 12 Studienpunkte, die Sie innerhalb von drei Jahren sammeln, übersenden wir Ihnen das **Zertifikat „Experte im Vergaberecht-Gold"** und für 16 Studienpunkte das **Zertifikat „Experte im Vergaberecht- Platin".**

Zusätzlich erhalten Sie gratis mit der Übersendung Ihres Zertifikats eine unserer Tagungsunterlagen zum Vergaberecht Ihrer Wahl.

Wir gewähren Ihnen Studienpunkte rückwirkend für das Jahr 2010. Übersenden Sie uns dafür Kopien Ihrer entsprechenden Teilnahmezertifikate oder bei Jahrestagungen Ihrer Buchungsbestätigungen und wir senden Ihnen ein neues Teilnahmezertifikat, auf dem die Studienpunkte ausgewiesen sind, zu.

Ihre Investition in kontinuierliche Weiterbildung ist ein wertvoller Pluspunkt in Ihrem Lebenslauf. Sie zeigen damit, dass Ihnen Ihre berufliche Weiterentwicklung wichtig ist und Sie Ihr Wissen auf dem neusten Stand halten.

Weitere Informationen erhalten Sie unter:
http://www.vergaberecht-euroforum.de/studienpunkte

EUROFORUM
The Conference Company

Sparen Sie bis zu € 550,- als Behördenvertreter!

16. Jahrestagung

Brennpunkt Vergaberecht

EUROFORUM 2 STUDIENPUNKT + EUROFORUM 1 STUDIENPUNKT

Der Jahrestreff für Vergabepraktiker!

Ihre Referenten unter dem Vorsitz von
Dr. Jan Byok, Bird & Bird LLP und **Prof. Dr. Heiko Höfler,** Orrick Hölters & Elsing

Anne-Christin Frister, Oberlandesgericht Düsseldorf • **Dr. Marc Gabriel**, Baker & McKenzie • **Dr. Walther Graf,** Feigen & Graf Rechtsanwälte • **Matthias Grünhagen**, Grünhagen Vergabe Support Rechtsanwaltskanzlei • **Dr. Gabriele Herlemann,** Bundeskartellamt • **Dr. Wolfram Krohn,** Orrick Hölters & Elsing • **Prof. Dr. Ralf Leinemann**, Leinemann & Partner Rechtsanwälte • **Dr. Susanne Mertens LL.M.,** HFK Rechtsanwälte LLP

Malte Müller-Wrede, Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte • **Dr. Annette Mutschler-Siebert,** K&L Gates LLP • **Bernd Panzer,** Immobilien Bremen (AöR) • **Norbert Portz,** Deutscher Städte- und Gemeindebund • **Dr. Kirstin Pukall,** Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie • **Carsten Steinert,** PricewaterhouseCoopers Legal AG Rechtsanwaltsgesellschaft • **Dr. Tobias Traupel,** Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen

JAHRESTAGUNG | **9. und 10. November 2011, Konferenz | 11. November 2011, Workshops | Düsseldorf**

16. Jahrestagung
Brennpunkt Vergaberecht

☐ Bitte senden Sie mir das **ausführliche Tagungsprogramm** zu.

☐ Bitte informieren Sie mich über **Sponsoring- und Ausstellungsmöglichkeiten**.

☐ Ich möchte meine Adresse wie angegeben korrigieren lassen.

Bitte faxen an: 02 11/96 86-45 01 [Melanie Klein]
Weitere Informationen: www.vergaberecht-euroforum.de

Name, Vorname:	
Position:	Abteilung:
E-Mail:	
Telefon:	Fax:
Firma:	
Straße:	
PLZ, Ort:	

Ich habe Interesse an Informationen von Euroforum auch per: ◯ E-Mail ◯ Fax

Datum:	**Unterschrift:**

D1102939/NLV02_2011

Muss man doch nicht so genau dokumentieren? Die Entscheidung des BGH zur nachträglichen Verfahrensdokumentation, BGH, Beschluss vom 08.02.2011, Az.: X ZB 04/10

In seiner Entscheidung vom 02.08.2011 hat der BGH klargestellt, dass der Auftraggeber nicht automatisch mit allen Argumenten und Aspekten im Nachprüfungsverfahren präkludiert ist, die nicht zeitnah im Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Das OLG Düsseldorf hatte dem BGH den Fall unter anderem vorgelegt, da es von der Rechtsprechung des OLG Celle abweichen wollte. Das OLG Celle ist jeder Verstoß gegen die Pflicht zur zeitnahen Verfahrensdokumentation nicht durch ergänzende Ausführungen im Nachprüfungsverfahren heilbar. Hiervon wollte das OLG Düsseldorf abweichen. Der BGH hat in seiner Entscheidung Auslegungshinweise für die Reichweite der nachträglichen Dokumentationsmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers gegeben.

1. Grenzen der nachträglichen Dokumentationspflicht

Der BGH macht deutlich, dass die Dokumentationspflicht der Vergabestelle zunächst den Mindestanforderungen der § 20 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/A 2009 oder § 24 VOL/A EG erfüllen muss. So sollte unter anderem die Wahl des Vergabeverfahrens, die einzelnen Stufen des Verfahrens und die Begründung der einzelnen Entscheidungen des Auftraggebers festgehalten werden. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob Umstände oder Gesichtspunkte, mit denen die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung zusätzlich nachträglich verteidigt werden soll, zulässigerweise in einem Nachprüfungsverfahren eingebracht werden können. Solche Umstände oder Gesichtspunkte könnten zum Beispiel nähere, konkretisierende Ausführungen zu einer Wertungsentscheidung des Auftraggebers sein, die von einem unterlegenen Bieter vor den Nachprüfungsinstanzen angegriffen wird.

Dem Auftraggeber kann nach der BGH Entscheidung nicht allein mit dem Argument der fehlenden Dokumentation verwehrt werden, dass solche vorgetragene Überlegungen auf ihre Stichhaltigkeit überprüft werden. Zu beachten ist jedoch, dass die zeitnahe Führung des Vergabevermerks der Transparenz des Vergabeverfahrens dient und Manipulationsmöglichkeiten entgegenwirken soll. Gleichwohl haben die überprüfenden Instanzen gemäß § 110 Abs. 4 GWB darauf zu achten, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird. Dieser Ausprägung des vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes würde es widersprechen -so der BGH-, wenn bei Mängeln der Dokumentation generell und unabhängig von deren Gewicht und Stellenwert von einer Berücksichtigung im laufenden Nachprüfungsverfahren abgesehen wird und stattdessen eine Wiederholung der jeweils betroffenen Abschnitten des Vergabeverfahrens angeordnet wird. Dies ist nur in solchen Fällen angebracht, in denen zu befürchten ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation im Nachprüfungsverfahren nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten.

2. Auswirkungen der BGH Entscheidung für die Praxis

Der BGH bestätigt damit die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, die dem Auftraggeber gestattet, eine im Vergabeverfahren gefundene Entscheidung mit nachträglichen und weiteren Argumenten bzw. Gesichtspunkten zu verteidigen, auch wenn eine zeitnahe Dokumentation dieser Aspekte nicht stattgefunden hat. Bei der Frage der Zulässigkeit einer nachträglichen Behebung von Dokumentationsmängeln müssen also das Transparenzgebot, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Beschleunigungsgebot berücksichtigt werden. Die Entscheidung des BGH hat entsprechend nicht als Konsequenz, dass die Heilung von Dokumentationsmängel in der Vergabeakte per se zulässig ist. Die Auftraggeber sind weiterhin gehalten, die Vergabeakte fortlaufend zu führen und zumindest die nach § 20 Abs. 1 und Abs. 2 VOB/A und § 24 VOL/A EG maßgeblichen Entscheidungen zu begründen und zu dokumentieren. So könnte die Wahl eines Vergabeverfahrens (§ 24 Abs. 2 lit. f EG VOL/A) oder aber die Eignungsprüfung (§ 24 Abs. 2 lit. b und lit. c EG VOL/A) nicht zum ersten Mal im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens begründet werden, da dies Manipulationsmöglichkeiten Tür und Tor öffnen würde. Ergänzende Gesichtspunkte, mit denen die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers im laufenden Nachprüfungsverfahren begründet werden, dürfen dagegen zulässigerweise nachträglich eingebracht und berücksichtigt werden.

Die hier durch den BGH vorgenommene Stärkung des Gesichtspunktes der Verfahrenseffizienz ist zu begrüßen. Dies ist jedoch alles andere als eine „Carte Blanche", da eine rechtssichere Abgrenzung, wenn schwerwiegende Dokumentationsdefizite die Vergabe insgesamt Manipulationen aussetzen, teils schwer möglich sein wird. Daher sollte gleichwohl die Vergabeakte immer fortlaufend geführt und die jeweiligen Entscheidungsfindungsprozesse genau dokumentiert und begründet werden.

Dr. Annette Rosenkötter

Monika Henkelmann

Rechtsanwälte, FPS Rechtsanwälte & Notare
Fritze Wicke Seelig, Frankfurt am Main

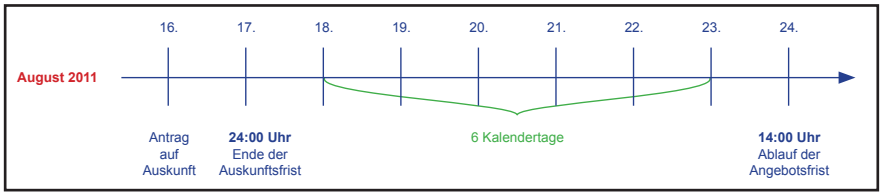
Rechtzeitige Auskunftserteilung an die Bieter

In der vergaberechtlichen Praxis ist es nicht Ungewöhnliche, dass Bieter in einem Vergabeverfahren Fragen zu den Vergabeunterlagen stellen und zusätzliche Auskünfte anfordern. Die Vergabestelle ist verpflichtet, diese Fragen zu beantworten und die begehrten Auskünfte zu erteilen. Je nach Schwierigkeitsgrad und Umfang der jeweiligen Bieterfragen benötigt die Vergabestelle einen gewissen Zeitraum, um die Bieterfragen angemessen zu beantworten. Wie lang dieser Zeitraum im Rahmen von Vergabeverfahren oberhalb des EU-Schwellenwerts maximal sein darf, ergibt sich aus den Vergabe- und Vertragsordnungen.

Nach § 12 EG Absatz 8 VOL/A, § 12 a Absatz 5 VOB/A beziehungsweise § 7 Absatz 3 VOF muss die Vergabestelle rechtzeitig angeforderte Auskünfte über die Vergabeunterlagen im offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren sowie im wettbewerblichen Dialog spätestens sechs Kalendertage, im nicht offenen Verfahren und im beschleunigten Verhandlungsverfahren spätestens vier Kalendertage vor Ablauf der Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfrist erteilen. Wann genau die Auskünfte nach den zitierten Vorschriften an die Bieter erteilt werden müssen, ist vielen Vergabestellen trotz der scheinbar eindeutigen Regelung nicht klar.

Nach den Grundsätzen, die die Vergabekammer Sachsen in ihrer Entscheidung vom 24.04.2008 (Az.: 1/SVK/015-08) aufgestellt hat, zählt der Tag, an dem die Angebote eröffnet werden, bei der Berechnung der Auskunftsfrist nicht mit. Der letzte von den sechs beziehungsweise vier Kalendertagen vor Ablauf der Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfrist ist demnach der Tag, der dem Tag vorangeht, an dem die Angebote eröffnet werden.

Als Beispiel sei ein Fall genannt, in dem ein Bieter in einem offenen Verfahren am 16.08.2011 eine Auskunft erbittet und die Frist für die Abgabe der Angebote am 24.08.2011 um 14 Uhr abläuft. Der letzte Tag vor Ablauf der Angebotsfrist wäre nach der Entscheidung der Vergabekammer Sachsen also der 23.08.2011. Wenn man vom 23.08.2011 sechs Tage zurückrechnet, kommt man auf den 18.08.2011. Da die Auskunft spätestens sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt worden sein muss, muss die Vergabestelle im Beispielsfall dem anfragenden Bieter spätestens bis zum 17.08.2011 um 24 Uhr die begehrten Informationen gegeben haben.



Kurz gesagt: Zwischen dem Tag der Auskunftserteilung und dem Tag des Ablaufs der Angebotsfrist müssen sechs volle Kalendertage liegen.

Wenn aber ein Bieter, wie in dem oben genannten Beispielsfall, erst kurz vor dem Ende der Auskunftsfrist eine Auskunft anfordert, so befindet sich die Vergabestelle in einem Dilemma, wenn es ihr nicht mehr möglich ist, die Auskunft spätestens sechs beziehungsweise vier Kalendertage vor Ablauf der Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfrist zu erteilen.

Die Vergabestelle wird in diesem Fall versuchen, sich darauf zu berufen, dass der Bieter die Auskunft nicht rechtzeitig im Sinne von § 12 EG Absatz 8 VOL/A, § 12 a Absatz 5 VOB/A beziehungsweise § 7 Absatz 3 VOF angefordert hat. Allerdings wird es überwiegend als rechtzeitig angesehen, wenn das Auskunftsverlangen eines Bieters jedenfalls sieben beziehungsweise fünf Tage vor Ablauf der Angebots- beziehungsweise Bewerbungsfrist bei der Vergabestelle eingeht, also im Beispielsfall am 16.08. Ausnahmen gelten für besonders schwierige oder umfassende Fragestellungen.

Wenn die Vergabestelle die Bieterfragen also unter Hinweis auf das nicht rechtzeitige Auskunftsverlangen aufgrund der Komplexität der Fragestellungen zurückweist, weil es ihr nicht möglich ist, die geforderten Auskünfte innerhalb der Auskunftsfrist zu erteilen, so läuft sie dennoch Gefahr, dass dies von dem jeweiligen Bieter gerügt und im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens von der zuständigen Vergabekammer bemängelt wird. Was kann sie tun, um das Rügerisiko zu verringern?

Die Antwort liegt in § 12 EG Absatz 9 VOL/A, in § 10 a Absatz 1 Nr. 3 VOB/A beziehungsweise in § 7 Absatz 4. Nach den genannten Vorschriften kann die Vergabestelle die Frist für die Einreichung der Angebote entsprechend der Dauer ihrer verzögerten Beantwortung der Bieterfragen verlängern.

Nun besteht aber die Gefahr, dass Bieter kurz vor Ablauf der Auskunftsfrist umfangreiche Fragen stellen, um eine Verlängerung der Angebotsfrist zu erwirken, weil sie beispielsweise die festgesetzte Frist für die Angebotserstellung nicht einhalten können. Um dies zu verhindern, ist es ratsam, dass die Vergabestelle bereits in die Bekanntmachung beziehungsweise in die Vergabeunterlagen einen angemessenen Zeitpunkt aufnimmt, bis zu dem die Bieter ihre Auskünfte spätestens anfordern müssen.

Dr. Daniela Hattenhauer

Ute Klemm LL.M.

Rechtsanwälte, HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK, Düsseldorf, Frankfurt am Main

Das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009 – Wegfall oder Fortgeltung?

Dass Auftraggeber in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens einer der größten, in manchen Bereichen sogar der einzige Nachfrager sind, ist bekannt. Bekannt ist auch, dass diese Nachfragemacht bisweilen dazu verführt, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vertragliche Regelungen vorzugeben, die Unternehmen erheblich benachteiligen. Mit dem Verbot ungewöhnlicher Wagnisse soll diese Nachfragemacht begrenzt und verhindert werden, dass Auftraggeber unzumutbare Vertragskonditionen diktieren. Es besagt, dass Auftraggeber den Auftragnehmern keine ungewöhnlichen Wagnisse für Umstände und Ereignisse aufbürden dürfen, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen sie im Voraus nicht abschätzen können.

Ausdrücklich zulässig ist nach der Rechtsprechung zwar die vertragliche Aufbürdung gewöhnlicher Wagnisse, etwa des Risikos sich ändernder Rohstoffpreise oder der Überschreitung von Lieferfristen. Derartige Risiken sind im Wirtschaftsleben unvermeidbar. An ihrer Übertragbarkeit auf Auftragnehmer will auch das Vergaberecht nichts ändern (Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2006, VII-Verg 39/06). Nehmen die von Auftragnehmern zu tragenden Risiken aber ein solches Ausmaß an, dass eine belastbare Kalkulation nach kaufmännischen Grundsätzen schlicht unmöglich ist, wird die Grenze des Zulässigen überschritten. Solche ungewöhnlichen Wagnisse müssen Bieter in Ausschreibungen der öffentlichen Hand nicht akzeptieren (Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2005, VII-Verg 77/04).

Nicht wenige haben deshalb 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 in diesem Zusammenhang nicht zu erkennen. Schnell wurde deshalb argumentiert, in der Streichung des Verbots in der VOL/A 2009 komme der bewusste Wegfall zum Ausdruck. Dies wäre mit erheblichen Einschnitten im Hinblick auf die Risikoverteilung in Ausschreibungen verbunden. Öffentliche Auftraggeber dürften in künftigen Verträgen deutlich mehr Risiken und Wagnisse auf Auftragnehmer abwälzen als bisher. Ein Wegfall des Verbots erscheint deshalb aus Bietersicht unverständlich.

Streichung = Wegfall?

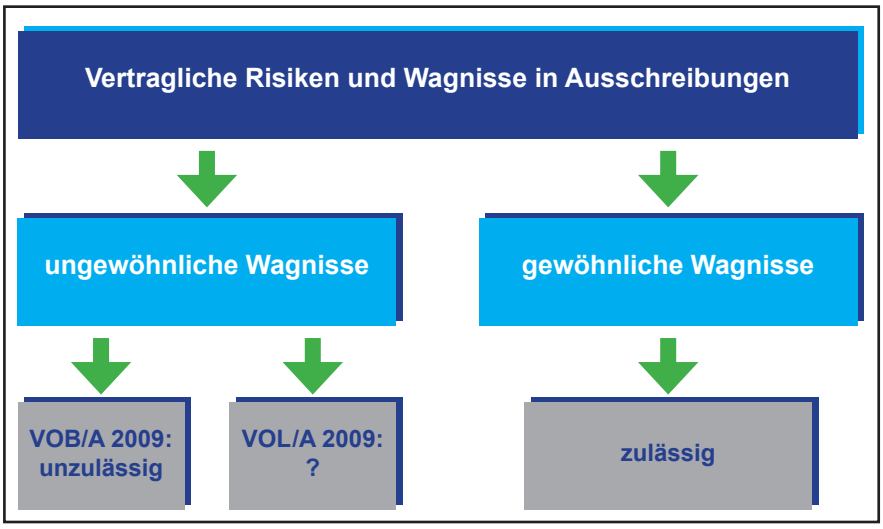
In der Tat sprechen die besseren Argumente dafür, dass das Verbot auch in der VOL/A 2009 weiterhin Gültigkeit hat. Denn streichen wollte der Gesetzgeber aus der VOL/A 2009 nur diejenigen Regelungen, die sich ohnehin aus anderen Grundsätzen ergeben. Dies trifft auch auf das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse zu. Zum einen gebietet schon der Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe nach § 97 Abs. 3 GWB, von ungewöhnlichen Wagnissen abzusehen. Kleinere und mittlere Unternehmen können solche Wagnisse deutlich schlechter eingehen und werden durch sie benachteiligt. Zum anderen sind Auftraggeber auch an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung gemäß §§ 7, 34 Abs. 2 S. 1 BHO und § 6 Abs. 1 HGrG gebunden. Mit diesen Haushaltsgrundsätzen sind ungewöhnliche Wagnisse nicht vereinbar. Denn sie führen in aller Regel zu deutlich höheren Angebotspreisen, da die Bieter die Risiken einpreisen müssen.

Schließlich ist das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse untrennbar mit zwei weiteren Grundsätzen verbunden, die auch unter der VOL/A 2009 Gültigkeit haben: Nach § 7 Abs. 1 VOL/A 2009 bzw. § 8 Abs. 1 EG-VOL/A 2009 sind Auftraggeber zum einen zu einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung verpflichtet. Zum anderen müssen sie für miteinander vergleichbare Angebote sorgen. Eine Leistungsbeschreibung, die ein ungewöhnliches Wagnis enthält, wird in der Regel aber nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben sein, da wesentliche Parameter für eine ordnungsgemäße kaufmännische und belastbare Kalkulation ungeklärt sind. Zugleich werden regelmäßig auch keine miteinander vergleichbaren Angebote eingehen. Denn die Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass Bieter bei dem Versuch, ungewöhnliche Wagnisse in ihrer Angebotskalkulation abzubilden, meistens zu erheblich voneinander abweichenden Angebotspreisen kommen.

Fazit

Starke Argumente sprechen für eine Fortgeltung des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse in der VOL/A 2009. Zwischenzeitlich haben auch mehrere Vergabekammern in diesem Sinne entschieden (vgl. etwa 1. VK Bund, Beschlüsse vom 24.05.2011, VK 1-45/11 und VK 1-48/11). Eine obergerichtliche Entscheidung steht derzeit noch aus. Dennoch sollten Bieter einseitig benachteiligende Vertragsinhalte keinesfalls akzeptieren, sondern frühzeitig rügen.

Dr. Daniel Soudry, LL.M.
Rechtsanwalt,
HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK,
Düsseldorf



Vergaberechtliche Behandlung von Business Improvement Districts

Business Improvement Districts (BID) werden verstärkt als probates Mittels für zeitgemäße Stadtentwicklung wahrgenommen. Sie beruhen auf dem privaten Engagement der in innerstädtischen Gebieten ansässigen Grundstückseigentümer und Mieter. Nach § 171f BauGB können Gebiete festgelegt werden, in denen in privater Verantwortung standortbezogene Maßnahmen durchgeführt werden, die auf der Grundlage eines mit den städtebaulichen Zielen der Gemeinde abgestimmten Konzepts der Stärkung oder Entwicklung von Bereichen der Innenstädte, Stadtteilzentren, Wohnquartiere und Gewerbezentren sowie von sonstigen für die städtebauliche Entwicklung bedeutsamen Bereichen dienen. Die nähere Ausgestaltung ist nach dem BauGB dem jeweiligen Landesrecht überlassen, wovon bisher sechs Bundesländer (u.a. Hessen und Nordrhein-Westfalen) Gebrauch gemacht haben. BIDs wie der „Neue Wall" in Hamburg oder die „PACT" genannte Initiative zur Attraktivierung der Flensburger Innenstadt sind weit über die regionalen Grenzen hinaus bekannt.

In der praktischen Umsetzung stellt sich regelmäßig die Frage nach den vergaberechtlichen Implikationen von derartigen Stadtentwicklungsmaßnahmen. Hierüber soll im Folgenden ein Überblick gegeben werden.

Auslöser eines BID ist grundsätzlich eine freiwillige Initiative, die einen Antrag auf Erlass einer Satzung stellt (vgl. etwa § 1 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 des Gesetzes über Immobilien- und Standortgemeinschaften in Nordrhein-Westfalen). Dieser Antrag enthält ein Maßnahmen- und Finanzierungskonzept. Inhalt der zu beschließenden Satzung ist neben den Zielen und Maßnahmen auch eine verbindliche Gebietsfestlegung sowie eine Abgabenregelung. Zur Finanzierung der Maßnahme erhebt die Kommune Zwangsabgaben von allen im BID ansässigen Grundstücksberechtigten.

Vor Beschluss der Satzung sieht das Gesetz einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der Kommune und der sich aus der freiwilligen Initiative bildenden Immobilien- und Standortgemeinschaft (ISG) vor. Als Partei dieses öffentlich-rechtlichen Vertrages ist die ISG sodann verpflichtet, die Ziele und Aufgaben, die sich aus dem Gesetz, der Satzung und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept ergeben, umzusetzen.

Vertragsschluss zwischen Gemeinde und ISG

Zur vergaberechtlichen Einordnung und Bestimmung des Schwellenwertes stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag um einen Bau- oder einen Dienstleistungsauftrag handelt. Trotz des städtebaulichen Hintergrunds geht es bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Gemeinde und ISG noch nicht um die Erbringung der Bauleistung selbst, sondern eher um das Management bzw. die spätere Beauftragung der Bauleistungen samt Abwicklung und Controlling. Insbesondere beinhaltet der Vertrag keine Bauleistungsbeschreibung gemäß § 7 VOB/A 2009. Die Leistungspflichten der ISG sind in der Regel eher vergleichbar mit denen eines Generalplaners oder Sanierungs- bzw. Entwicklungsträgers. Hierfür spricht auch die Gesetzessystematik, die die Business Improvement Districts in § 171f BauGB regelt und damit in Zusammenhang mit anderen städtebaulichen Gesamtmaßnahmen stellt. Diesen gesetzlich definierten Maßnahmen ist gemein, dass sie in fest umgrenzten Gebieten erfolgen und zur Behebung städtebaulicher und sozialer Missstände, zu städtebaulichen Neuordnungen oder zur Behebung von städtebaulichen Funktionsverlusten dienen, indem durch externe Hilfe die Abwicklung von Maßnahmen vorangetrieben wird. Es handelt sich daher um eine Dienstleistung, die Schwelle zur europaweiten Ausschreibung liegt damit bei einem Netto-Auftragswert von 193.000,00 EUR (§ 2 Nr. 2 VgV).

Bei dem öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Ohne Bedeutung ist dabei die Einordnung des Vertrages als öffentlich-rechtlicher Vertrag. Nach richtlinienkonformer Auslegung sind auch diese vom Vertragsbegriff des § 99 Abs. 1 GWB umfasst (EuGH, Urteil vom 12.07.2001, Rechtssache C 399/98).

Die zur Bejahung eines öffentlichen Auftrags erforderliche Entgeltlichkeit ist auch bei bloßer Kostendeckung der ISG gegeben, da eine Gewinnerzielung nicht erforderlich ist. Es handelt sich weiterhin um eine Dienstleistung zu Gunsten der vertragsschließenden Kommune. Diese verpflichtet als Auftraggeber die ISG zur Realisierung der Ziele und Aufgaben aus dem Gesetz, der Satzung und dem Maßnahmen- und Finanzierungskonzept. Da es sich bei dem Leistungsgegenstand des Vertrags nicht um die Erbringung von Bauleistungen handelt, sind die Aussagen des EuGH-Urteils in der Rechtssache „Wildeshausen" (Urteil vom 25.03.2010 – C – 451/08), die den Geltungsbereich des Vergaberechts im Städtebau einschränken, nicht übertragbar. Entscheidend ist vielmehr die Verpflichtung der ISG gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber und die Vergütung, die durch Weiterleitung der aus der Zwangsabgabe generierten öffentlichen Mittel erfolgt.

Indes sind die vergaberechtlichen Folgen nicht allzu tiefgreifend: Einschlägige Verfahrensart ist nämlich das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 3 Abs. 4 lit. c) EG VOL/A. Da die ISG den Antrag auf den Erlass der Satzung stellt und die Kommune sich entscheidet, diese Satzung erlassen zu wollen, kann nur diese ISG den Auftrag durchführen. Es handelt sich dabei also um eine Monopolstellung, die als Ausschließlichkeitsrecht geschützt werden muss. Wenngleich in der Literatur Ausnahmefälle diskutiert werden, insbesondere das „Erobern des Innovationsbereichs durch mehrere ISGs", ergibt sich hieraus keine andere Bewertung. Zwar ist es denkbar, dass sich für ein Gebiet mehrere konkurrierende Interessengemeinschaften engagieren; die Kommune kann aber immer nur einem Antrag auf Satzungserlass zustimmen, sofern mehrere Anträge konkurrierende Konzepte enthalten. Deshalb ist davon auszugehen, dass § 3 Abs. 4 lit. c) EG VOL/A hier stets einschlägig ist.

Vergaberecht auf der zweiten Stufe?

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die ISG, die die Durchführung der baulichen Maßnahmen etc. bei (Bau-) Unternehmen in Auftrag gibt, hierbei das Vergaberecht beachten muss. Dies ist abzulehnen, da die ISG nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB anzusehen ist. Zwar besitzt sie nach den meisten Landesrechten eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist auch zu dem besonderen Zweck gegründet worden, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, nämlich die der Stadtentwicklung und der Wirtschaftsförderung. Es liegt allerdings keine staatliche Beherrschung vor, da die Finanzierung nicht zu mehr als 50% durch öffentliche Auftraggeber erfolgt. Hierbei gilt zu beachten, dass eine solche Finanzierung nur dann zur Einordnung als öffentlicher Auftraggeber führen kann, wenn sie keine spezifische Gegenleistung beinhaltet (EuGH, Urteil vom

03.10.2000, Rs. C-380/98). Die durch Weiterleitung von Zwangsabgaben erfolgende Finanzierung der Maßnahme selbst ist in diesem Zusammenhang also unbeachtlich. Auch eine sonstige Beherrschung der ISG durch öffentliche Auftraggeber liegt nicht vor. Damit scheidet die Auftraggebereigenschaft nach § 98 GWB aus. Unterhalb der Schwellenwerte gelten ohnehin keine vergaberechtlichen Pflichten für die ISG, da das Haushaltsrecht keine Anwendung findet.

Schließlich liegt auch kein Fall der mittelbaren Stellvertretung vor, da die ISG im eigenen Namen und im eigenen Interesse tätig wird. Im Ergebnis ist also eine Ausschreibungspflicht auf der 2. Stufe zu verneinen.

Fazit:
Business Improvement Districts stellen eine städtebaulich mehr und mehr interessante Alternative für städtebauliche Gesamtmaßnahmen im innerstädtischen Bereich dar. Der Vertrag zwischen Kommune und ISG ist zweifelsfrei ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB und zeigt entsprechende Pflichten insbesondere für den Auftraggeber. Die vergaberechtlichen Hürden können bei Beachtung einiger wesentlicher Grundlagen aber genommen werden und sollten sich nicht als Hemmschuh für die weitere Verbreitung von BIDs erweisen.

Dr. Thomas Mösinger
Rechtsanwalt und Partner,
HFK Rechtsanwälte LLP,
Frankfurt am Main

EUROFORUM 2 STUDIENPUNKT

Kennenlern-Angebot

Sie haben noch nie eine EUROFORUM-Veranstaltung im Vergaberecht besucht?

Dann überzeugen Sie sich von der Qualität unserer Veranstaltungen! Für den Besuch Ihrer ersten EUROFORUM-Veranstaltung im Vergaberecht, erhalten Sie von uns als Anreiz 2 zusätzliche Studienpunkte.

Profitieren Sie von unserem Kennenlern-Angebot und melden Sie sich telefonisch oder schriftlich bei Christine Schories an. Sie nimmt die Anmeldungen für das spezielle Kennenlern-Angebot entgegen und überprüft Ihre Daten. Nach der von Ihnen gebuchten Erst-Veranstaltung im Vergaberecht weisen wir (bei einem Seminar oder der Akademie auf Ihrem Teilnahmezertifikat bzw. bei einer Jahrestagung auf einem Schreiben) Ihre Studienpunkte inklusive der 2 zusätzlichen Kennenlern-Studienpunkte aus.

Nachforderung: Können auch vorliegende Unterlagen nachgebessert werden?

Die Vergabepraxis hat ihre ersten Erfahrungen mit der Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise bzw. Preisangaben gesammelt. Nach wie vor werfen die „neuen" Vorschriften aber eine Vielzahl von Fragen auf. Besonders brisant wird es, wenn sich nachgeforderte Inhalte von Erklärungen und Nachweisen auf das nach Angebotsöffnung bereits bekannte (vorläufige) Wettbewerbsergebnis auswirken. Was gilt also, wenn die/der vorliegende Erklärung/Nachweis zwar mit dem Angebot eingereicht wurde, aber unvollständig oder sonst nachbesserungsfähig ist?

Zunächst ist nach dem Anwendungsbereich des jeweiligen Regelwerks zu unterscheiden. Während die VOB/A eine Pflicht des Auftraggebers zur Nachforderung vorsieht (OLG München, Beschl. v. 23.12.2010 - Verg 21/10), gilt nach der VOL/A, der VOF und der SektVO, dass nachgefordert werden kann. Gegenstand der Nachforderung sind fehlende Erklärungen und Nachweise (VOB/A, VOF) bzw. auf solche, die nicht vorgelegt wurden (VOL/A, VOF, SektVO).

Bei Auslegung der Nachforderungsregeln nach ihrem Sinn und Zweck und unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze gilt: Die Regeln wurden eingeführt, um formale Mängel, Fehler oder Lücken in Angeboten zu beheben bzw. zu schließen. Sie wurden nicht eingeführt, um Angebotsinhalte, die unter den Wertungskriterien relevant sind, zu korrigieren oder nachzubessern. Drehte sich die Diskussion zum „alten Recht" noch oft um die Wertungs-/Wettbewerbsrelevanz fehlender Angebotsinhalte, rückt nach dem „neuen (Nachforderungs-)Recht" deren Relevanz unter den Wertungskriterien in den Vordergrund.

Liegen zum Beispiel unter den Wertungskriterien nicht (mehr) relevante Nachunternehmer-, Bietergemeinschaftserklärungen oder Hersteller-/Typenangaben gar nicht oder auch nur unvollständig oder sonst nicht gemäß den Anforderungen des Auftraggebers vor, kann (VOL/A, VOF, SektVO) bzw. muss (VOB/A) die Nachforderung erfolgen. Nach teilweise vertretener Auffassung spricht sogar „viel dafür", dass die Nachforderungsvorschrift der VOL/A nicht nur dann eingreift, wenn Erklärungen/Nachweise vollständig fehlen, sondern auch dann, wenn sie aus formellen Gründen nicht ordnungsgemäß sind, insbesondere dann, wenn sie nicht ordnungsgemäß unterschrieben oder signiert sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.05.2011 - Verg 45/11). Angesichts der besonderen Bedeutung der Unterschrift bzw. der Signatur für die Abgabe wirksamer rechtsgeschäftlicher Erklärungen und damit für die Rechtssicherheit und -klarheit scheint insoweit das letzte Wort noch nicht gesprochen.

Ob die Nachforderungsregeln auch für Bietererklärungen gelten, die relevant sind für die Bewertung nach den Wertungskriterien - z.B. ein Konzept zur Herangehensweise an die ausgeschriebene Aufgabe - ist bislang offen. Es spricht jedoch viel dafür, dass solche Erklärungen jedenfalls dann nicht im Wege zulässiger Nachforderung nachgebessert werden dürfen, wenn sie zu Manipulationen oder sonstigen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs führen.

Dr. Susanne Mertens, LL.M.

Henrik Baumann

Rechtsanwälte, HFK Rechtsanwälte LLP, Berlin

Die Zulässigkeit elektronischer Auktionen im VOL/A-Verfahren

Der deutsche Gesetzgeber hat im Rahmen des § 101 Abs. 6 S. 1 GWB von der Option Gebrauch gemacht, die elektronische Auktion in nationales Recht umzusetzen. Gleichwohl hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Leistungen (DVAL) bei der Überarbeitung der VOL/A diesbezüglich keine konkretisierenden Regelungen erlassen. Dem Vorwort der Bekanntmachung der VOL/A 2009 lässt sich vielmehr entnehmen, dass der DVAL aus mittelstandspolitischen Gründen auf eine Umsetzung der elektronischen Auktion verzichtet hat. Es ist daher umstritten, ob die Durchführung einer elektronischen Auktion bzw. die Zugrundlegung von Elementen einer elektronischen Auktion im Rahmen eines VOL/A-Verfahrens zulässig ist.

Dagegen spricht, dass keine konkretisierenden Regelungen in der VOL/A getroffen wurden. Da die VOL/A aber die detaillierten Vergabeverfahrensregelungen enthält, scheint eine Anwendung der elektronischen Auktion ohne Verfahrensregelungen nicht möglich zu sein. Hinzu kommt, dass die Auktion der Angebotspreise grundsätzlich dem Nachverhandlungsverbot des § 18 EG VOL/A widerspricht (vgl. VK Nordbayern, Beschluss v. 09.09.2008 – 21.VL-3194-42/08 zur vergleichbaren Vorschrift der VOL/A 2006).

Schließlich ist es auch nicht unproblematisch, dass den Bietern ihre Rangstelle im Verfahren eröffnet werden soll, um ihr Angebot zu verbessern. Denn dadurch könnte gegen den aus dem Wettbewerbsprinzip des § 97 Abs. 1 GWB entwickelten Grundsatz des Geheimwettbewerbs verstoßen werden, welcher im Bereich von Rahmenvereinbarungen eine konkretisierende Regelung in § 4 EG Abs. 6 lit. c VOL/A gefunden hat. Der Grundsatz des Geheimwettbewerbs besteht allerdings nicht ausnahms- bzw. grenzenlos. Dies ergibt sich aus einer Vielzahl von Vergabevorschriften. So zeigen etwa die Regelungen zur Vorabinformation in § 101a GWB und die Bekanntmachungspflichten in § 23 EG VOL/A, dass es keinen absoluten Schutz der Identität der teilnehmenden Unternehmen im Vergabeverfahren gibt und jedenfalls das für den Zuschlag präferierte Unternehmen mit seiner Veröffentlichung zu rechnen hat. In der VOB/A ist darüber hinaus sogar ausdrücklich die Nennung der Angebotspreise der einzelnen Unternehmen bei der für alle Bieter öffentlichen Submission vorgesehen. Folglich kennt das Vergaberecht keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Identität der teilnehmenden Unternehmen, der günstigste Angebotspreis oder die Rangstelle eines Unternehmens im Wettbewerb (Letzteres wird bspw. regelmäßig in Vergabenachprüfungsverfahren im Rahmen der Prüfung der Antragsbefugnis thematisiert) zwingend stets geheim zu halten wären.

Anders als etwa im Submissionstermin nach der VOB/A betrifft allerdings die Bekanntgabe der Rangstelle oder des besten Angebotspreises in einer elektronischen Auktion noch unmittelbar den Wettbewerb, da hierbei gerade die Nachbesserung der Angebote gewollt ist. Auch dies ist dem Vergaberecht aber nicht generell fremd. Im Verhandlungsverfahren kann es durchaus zulässig sein, auf eine Verbesserung von Angeboten auch im Hinblick auf andere Angebote hinzuwirken – solange dabei Identität und Geschäftsgeheimnisse der Bieter geschützt werden. Die Grundsätze des Vergaberechts stehen der Zulässigkeit einer elektronischen Auktion auch ohne konkretisierende Regelungen demnach nicht zwingend entgegen.

Es verbleibt aber bei dem Argument, dass es an einer hinreichenden Umsetzung der in der VKR eingeräumten Möglichkeit der Einführung der elektronischen Auktion in Deutschland fehlt. Dem ist entgegenzusetzen, dass vom Gesetzgeber mit § 101 Abs. 6 S. 1 GWB sehr wohl die elektronische Auktion in Deutschland vorgesehen und damit von der Ermächtigung in Art. 54 Abs. 1 VKR Gebrauch gemacht worden ist. Insofern könnte nun argumentiert werden, dass nach Betätigung der Ermächtigung aus Art. 54 Abs. 1 VKR hinsichtlich der konkreten Verfahrensregelungen ein schlichtes Umsetzungsdefizit vorliegt. Denn nur die Frage, ob die elektronische Auktion durchgeführt werden darf, steht im Belieben der Mitgliedsstaaten. Hingegen ist die Frage, wie dies dann zu geschehen hat, durch die Richtlinie vorgegeben. Die erste Frage hat der deutsche Gesetzgeber mit § 101 Abs. 6 S. 1 GWB beantwortet, die nationale Antwort auf die zweite Frage ist man hingegen bisher schuldig geblieben. Dies führt dazu, dass die Vorgaben aus Art. 54 Abs. 2 bis 8 VKR bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen ggf. unmittelbar anwendbar wären.

Für diese Ansicht spricht auch Folgendes: Die elektronische Auktion ist keine eigene Verfahrensart, sondern vielmehr lediglich eine Durchführungsvariante der gängigen Verfahrensarten. Die Verfahrensanforderungen ergeben sich folglich auch bei einer Anwendung der elektronischen Auktion zunächst einmal aus den Regelungen der jeweiligen Vergabeart. Dass eine elektronische Auktion durchgeführt wird, bedeutet mithin lediglich eine Modifikation der üblichen Regelungen. Wie weit diese Modifikation geht, wäre normalerweise Gegenstand der konkretisierenden Regelungen in den Vergabeordnungen. Da es hieran zurzeit für die elektronische Auktion allerdings fehlt, sind deren Grenzen unmittelbar der Richtlinie zu entnehmen.

Die Vergabekammer Lüneburg hat die umstrittene Frage, ob die Durchführung einer elektronischen Auktion im Rahmen eines VOL/A-Verfahrens zulässig ist, nunmehr eindeutig zu Gunsten der elektronischen Auktion entschieden (vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 10.05.2011 – VgK-11/2011). Bei der elektronischen Auktion handelt es sich nicht um eine eigenständige Verfahrensart, sondern lediglich um eine Durchführungsvariante der gängigen Verfahrensarten des § 3 EG VOL/A. Die Regelung des § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB stellt eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Auftragsvergabe in Form der elektronischen Auktion dar. Der Verordnungsgeber und der DVAL können die Umsetzung in § 101 Abs. 6 S. 1 GWB nicht dadurch außer Kraft setzen, dass sie selbst in der VOL/A-EG keine Regelungen zur elektronischen Auktion treffen. Insoweit ist eine detaillierte Ausgestaltung der Voraussetzungen und Durchführung der elektronischen Auktion in der Vergabeverordnung (VgV) oder den Vergabeordnungen nicht erforderlich. Bei der Durchführung einer elektronischen Auktion ist der Auftraggeber neben den Vorschriften der VOL/A-EG somit an sämtliche Vorgaben des Art. 54 VKR gebunden, welcher die Regelungen der VOL/A-EG ggf. modifiziert.

Malte Müller-Wrede
Rechtsanwalt,
Müller-Wrede & Partner, Berlin

Abfallentsorgung und Konzessionsvergabe

Zu den Dauerbrennern in der jüngeren vergaberechtlichen Diskussion zählt die Abgrenzung zwischen einem „herkömmlichen" Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession. Zur Erinnerung: Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession haben gleichermaßen die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand. Der Unterschied zwischen ihnen besteht in der Erbringung der Gegenleistung des Auftraggebers für die vom Auftragnehmer bzw. Konzessionär erbrachte Leistung, d.h. den Zahlungsströmen: Während beim Dienstleistungsauftrag das Entgelt unmittelbar vom Auftraggeber an den Auftragnehmer gezahlt wird, liegt die Refinanzierung im Fall der Dienstleistungskonzession beim Konzessionär, dem das Recht zur Nutzung seiner Leistung eingeräumt wird.

Wichtigster Anwendungsfall des Erhalts der Gegenleistung durch den Konzessionär ist die Entgeltzahlung durch Dritte für die Nutzung der betreffenden Dienstleistungen, wie dies etwa für Entgelte zur Nutzung eines Parkplatzes (EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005, C-458/03) oder einer Test- und Rennstrecke (OLG Brandenburg, Urteil vom 30. Mai 2008, Verg W 5/08) entschieden worden ist.

Praktische Bedeutung der Abgrenzung Dienstleistungsauftrag – Dienstleistungskonzession

Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession ist in der Praxis von hoher Bedeutung, entscheidet sie doch vor allem darüber, welches Verfahren der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe anzuwenden hat. Im Gegensatz zu Dienstleistungsaufträgen, die – sofern keine Ausnahmen vorliegen – im Rahmen förmlicher Vergabeverfahren auszuschreiben sind, sind Dienstleistungskonzessionen (derzeit) nicht von den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG und den nationalen Vergabevorschriften erfasst. Mit anderen Worten: Dienstleistungskonzessionen sind nicht nach vergaberechtlichen Regelungen ausschreibungspflichtig. Zwar unterliegt auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach ständiger Rechtsprechung (EuGH, Urteil vom 21. Juli 2005, C-231/03; EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-206/08) gewissen wettbewerblichen Rahmenbedingungen; insbesondere muss die Vergabestelle auch hier die aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz sowie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit einhalten. Das bedeutet aber nicht, dass Dienstleistungskonzessionen zwingend entsprechend den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Regeln ausgeschrieben werden müssen. Vor allem sind Dienstleistungskonzessionen für den öffentlichen Auftraggeber auch deshalb von Interesse, weil er bei der Strukturierung und Durchführung seines Verfahrens im Vergleich zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen deutlich mehr Gestaltungsspielräume genießt.

So nimmt es nicht wunder, dass sich die Gerichte in der jüngsten Vergangenheit vermehrt mit der Frage befasst haben, wann ein – ausschreibungspflichtiger – Dienstleistungsauftrag oder eine – ausschreibungsfreie – Dienstleistungskonzession vorliegen. Verwiesen sei insofern exemplarisch auf das Urteil des EuGH vom 10. März 2011, Rs. C-274/09, zum Rettungsdienst in Bayern im sog. „Konzessionsmodell", den Beschluss des BGH vom 08. Februar 2011, X ZB 4/10, zum Schienenpersonennahverkehr sowie den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 02. März 2011, VII Verg 48/10, zur Vergabe von Busverkehrsleistungen.

Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Entsorgungsbereich

Und auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Bereich der Abfallentsorgung erfreut sich inzwischen zunehmender Beliebtheit. Erstmalig hat sich jüngst die Vergabekammer Düsseldorf in ihrem Beschluss vom 16. Mai 2011, VK-12/2011-L, mit einem solchen Fall befasst:

Eine Kommune hatte ein nicht förmliches Verfahren zur Vergabe einer Unterkonzession unter anderem für die Sammlung und den Transport von Abfällen ausgeschrieben. Ihr ging es dabei vornehmlich darum, durch die Annahme einer Dienstleistungskonzession auf eine europaweite Ausschreibung verzichten zu können und damit eine stärkere Einflussnahme bei der Auswahl des Entsorgungsunternehmens zu haben.

Die Konzession war so konzipiert, dass die Vergabestelle die Entsorgungsverantwortung behalten sollte. Der Konzessionär sollte an das bestehende Erfassungssystem gebunden sein, die von der Kommune gestellten Sammelbehälter benutzen und die Abfallsatzung durchführen. Als Gegenleistung sollte der Konzessionär berechtigt sein, von den Nutzern Entgelte zu erheben. Dabei war er selbst für das Inkasso verantwortlich und trug das Risiko der Uneinbringlichkeit der Entgelte. Größere Anfangsinvestitionen waren von ihm nicht zu erbringen.

Auf den Nachprüfungsantrag eines Unternehmens, das die Vergabe der Konzession außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens für rechtswidrig hielt, stoppte die Vergabekammer das Verfahren und verpflichtete die Kommune, ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Es verneinte eine Dienstleistungskonzession (und bejahte einen ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrag) mit der Begründung, dass es bei der gewählten Vertragskonstruktion an der für eine Konzession typischen wirtschaftlichen Freiheit des Konzessionärs und Übernahme des mit den Dienstleistungen verbundenen unternehmerischen Risikos fehle.

In der Gesamtschau konnte die Vergabekammer keine wirtschaftliche Freiheit des Konzessionärs erkennen, die über die eines gegen Entgelt die Abfallbeseitigung erbringenden Unternehmens hinausging. Dass der Konzessionär das Risiko der Uneinbringlichkeit der Entgelte trug, war nicht ausschlaggebend, da er keine konzessionsspezifischen Investitionen tätigen musste, er seine Abnehmer aufgrund des bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs nicht in einer Konkurrenzsituation gewinnen musste und auch keine nennenswerten Zahlungsausfälle zu erwarten waren. Die Wahl einer Dienstleistungskonzession allein zu dem Zweck, kein förmliches Vergabeverfahren durchführen zu müssen, erklärte die Vergabekammer im Übrigen für unzulässig.

Fazit

Die Entscheidung bedeutet keineswegs das Aus für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Entsorgungsbereich. So hebt denn auch die Vergabekammer hervor, dass durchaus andere vertragliche Gestaltungen denkbar gewesen wären, bei denen der Entsorgungsdienstleister ein Mehr an wirtschaftlicher Freiheit und unternehmerischem Risiko hätte übernehmen können. Somit kommt es bei der Wahl einer Dienstleistungskonzession entscheidend auf die richtige vertragliche Ausgestaltung an.

Uwe-Carsten Völlink
Rechtsanwalt und Partner, Noerr LLP, München

Unzulässigkeit von In-house Vergaben bei umfangreichem Nachunternehmereinsatz?

In-house-Vergaben bergen immer wieder neue Fallstricke für die Praxis. Dabei sind die Eckpunkte EU-rechtlich zulässiger In-house Konstruktionen seit der Teckal-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 18.11.1999 (C-107/98) im Grunde geklärt. Eine vergaberechtsfreie In-house Vergabe ist danach zulässig, wenn die Vergabestelle (1.) über die betraute Einheit eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und (2.) die betreffende Einheit im Wesentlichen für die Vergabestelle tätig wird. In einer Reihe von Folgeentscheidungen hat der EuGH sowohl das „Kontrollkriterium" als auch das „Wesentlichkeitskriterium" weiter konkretisiert. Die Vergabekammern Südbayern und Münster haben der Diskussion um die zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten von In-house Vergaben nun eine weitere Facette hinzugefügt: Schließt ein Nachunternehmereinsatz die In-house-Vergabe aus?

Beschlüsse der Vergabekammern Nordbayern und Münster

Die Entscheidung der VK Südbayern (Beschluss vom 25.3.2011, Z3-3-3194-1-63-11/10, nachfolgend OLG München, Beschluss vom 22.6.2011, Verg 6/11) betraf eine sog. Direktvergabe im ÖPNV-Bereich, d.h. die unmittelbare Beauftragung eines Unternehmens mit der Erbringung von Verkehrsleistungen ohne vorangehende Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens. Die Stadt Lindau beabsichtigte, eine kommunale Eigengesellschaft im Wege eines In-house-Geschäfts mit der Durchführung von Busverkehrsleistungen zu betrauen. Das hielt die Vergabekammer Südbayern für unzulässig, da der Eigengesellschaft die Einschaltung von Nachunternehmern gestattet war. Nach Auffassung der Vergabekammer ergab sich hieraus die Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung, die mit den strengen Vorgaben der In-house-Vergabe nicht vereinbar sei.

Zuvor hatte bereits die Vergabekammer Münster (Beschluss vom 7.10.2010, VK 6/10 – „Veelker") ebenfalls im Zusammenhang mit einer Direktvergabe von Busverkehrsleistungen ähnlich argumentiert. Wesensmerkmal der In-house-Vergabe sei, dass der staatliche In-house-Auftragnehmer den Auftrag wie eine eigene Betriebsstelle selbstständig ausführe, so dass der Wettbewerb nicht berührt sei. Zur Begründung verweist die VK auf das vom EuGH entwickelte „Wesentlichkeitskriterium". Dem liege der Gedanke zugrunde, dass die Vergabe keine Auswirkungen auf den Markt habe. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn der eingeschaltete In-house-Betrieb den Auftrag nicht allein ausführen könne, sondern auf Subunternehmer zurückgreifen müsse. Denn durch die Beauftragung von Subunternehmern werde der Markt in die Ausführung der Leistungen einbezogen, so dass der Wettbewerb berührt sei. Die Vergabekammer verweist in diesen Zusammenhang auf die spezielle In-house Regelung in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007, die für ÖPNV-Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der europäischen Vergaberichtlinien gilt. Diese Regelung sieht vor, dass der Auftragnehmer „den überwiegenden Teil des Personenverkehrsdienstes" selbst erbringt. Nach Auffassung der Vergabekammer Münster spricht vieles dafür, die Vorgaben der VO 1370/2007 „erst Recht" außerhalb deren Anwendungsbereichs zu berücksichtigen.

Die Ansicht des OLG Düsseldorf

In der Beschwerdeinstanz folgte das OLG Düsseldorf der Argumentation der Vergabekammer Münster nicht. Aus der Entscheidungspraxis des EuGH lasse sich nicht herleiten, dass eine In-house-Vergabe nur vorliege, wenn der In-house-Auftragnehmer keine Nachunternehmer einschaltet. Das vom EuGH aufgestellte „Wesentlichkeitskriterium" betreffe lediglich auf die Marktstellung des In-house-Auftragnehmers als Leistungserbringer, nicht jedoch seine Stellung als Nachfrager von Leistungen, die er für die Durchführung der ihm erteilten Aufträge benötige. Für ÖPNV-Vergaben im Anwendungsbereich der VO 1370/2007 stellt das OLG Düsseldorf mit Blick auf die speziellen In-house Regeln des Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 allerdings fest, dass die dortigen Vorgaben nicht dadurch ausgehölt werden dürfen, dass der „interne Betreiber" (d.h. der In-house-Auftragnehmer) den überwiegenden Anteil der Verkehrsleistungen unter Ausschluss des Wettbewerbs an Unterauftragnehmer vergibt und sich damit zu einer „reinen Regieebene" entwickelt. Dem könne – wie Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 vorgesehen – nur durch die Verpflichtung des internen Betreibers entgegengewirkt werden, den überwiegenden Teil des Personenverkehrsdienstes selbst zu erbringen.

Da der Verkehrsvertrag im Fall OLG Düsseldorf bzw. der VK Münster im konkreten Fall als Dienstleistungskonzession ausgestaltet war, fanden die europäischen Vergaberichtlinien und das GWB-Vergaberecht keine Anwendung, sondern nur die speziellen Vorgaben der VO 1370/2007. Daher musste sich der Senat mit der Rechtslage bei „allgemeinen" In-house-Vergaben nicht weiter befassen. Gleichwohl wies das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss auf eine Entscheidung des Englischen Supreme Court (Urteil vom 9. Februar 2011, 2011 UKSC 7) hin, der sich ebenfalls mit der Frage beschäftigt hatte, ob eine umfangreiche Nachunternehmerbeauftragung (konkret der Abschluss von Rückversicherungsverträgen) durch den In-house-Auftragnehmer am Markt eine In-house-Vergabe ausschließt. Nach Auffassung des Englischen Gerichtshofs ist das jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die In-house-Vergabe nicht zur Umgehung des Vergaberechts genutzt werde. Hierfür sah das OLG Düsseldorf bei dem ihm vorgelegten Sachverhalt keinen Anhaltspunkt, da der In-house Auftragnehmer als Sektorenauftraggeber selbst zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet war.

Bewertung der Entscheidungen

Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf dürfte die Einschaltung von Unterauftragnehmern durch einen In-house Auftragnehmer im Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien jedenfalls dann auch weiterhin unschädlich sein, wenn der In-house Auftragnehmer die Nachunternehmeraufträge selbst nach Vergaberecht vergibt. Einige Brisanz erhält die Argumentation der Vergabekammern Südbayern und Münster allerdings in Situationen, in denen der In-house Auftragnehmer bei der Vergabe der Unteraufträge selbst kein Vergaberecht anwendet. Es ist nicht ausgeschlossen, dass in diesem Fall eine Überprüfung auf Wettbewerbsverzerrungen stattfinden muss. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine In-house Gesellschaft vergaberechtsfrei beauftragt, die anschließend ihrerseits – gleichsam als vergaberechtsfreie „Agentur" und verlängerter Arm der Einkaufsabteilung des dahinter stehenden Auftraggebers – ohne Ausschreibung Unteraufträge vergibt, könnte darin eine Umgehung des Vergaberechts zu sehen sein.

Auch in der Rechtsprechung des EuGH finden sich Hinweise, dass die Frage, ob der Auftragnehmer seinerseits Vergaberecht anwendet, unter Umgehungsgesichtspunkten von Bedeutung ist. In der Entscheidung zur Österreichischen Staatsdruckerei (Urteil v. 15.1.1998, C-44/96 „Mannesmann Anlagenbau" Rn. 43) stellt der EuGH fest, dass der Zweck der europäischen Vergabevorschriften dadurch vereitelt würde, wenn ihre Anwendung allein durch eine Übertragung der sich aus einer Ausschreibung ergebenden

Rechte und Pflichten auf ein Unternehmen, das kein öffentlicher Auftraggeber ist, vermieden werden könnte. Die Situation der Einschaltung von In-house-Auftragnehmern, die mangels eigener Kapazitäten oder Fähigkeiten aber gar nicht selbst nicht zur Leistungserbringung in der Lage sind, erscheint dem in mancher Hinsicht vergleichbar.

Die Entscheidungen der Vergabekammern Südbayern und Münster könnten danach durchaus zu einer weiteren Einschränkung zulässiger In-house-Konstruktionen führen. Es bleibt abzuwarten, ob privatwirtschaftliche Wettbewerber die aktuellen Entscheidungen zum Anlass nehmen, In-house Vergaben auch außerhalb des ÖPNV unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Nachunternehmerbeauftragung anzugreifen. In diesem Fall wäre mit Spannung zu erwarten, wie die Obergerichte losgelöst von den Besonderheiten der VO 1370/2007 mit derartigen Konstellationen umgehen. Es ist nicht auszuschließen, dass erst der EuGH hierzu das letzte Wort haben wird.

Dr. Wolfram Krohn
Rechtsanwalt und Partner,
Orrick Hölters & Elsing, Berlin

Risikofaktor Rügefrist

1. EuGH-Rechtsprechung sorgt für Unsicherheit

Auch mehr als eineinhalb Jahre nach dem Urteil des EuGH vom 28.01.2010, Az. C-406/08, bleibt die Rechtslage zur Frage der Unverzüglichkeit der Rüge, wie es im nationalen Recht der § 107 Abs. 3 Nr. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vorschreibt, weiterhin unklar. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 28.01.2010 unterstrichen, dass das Tatbestandsmerkmal der „Unverzüglichkeit" – in dem zugrunde liegenden Sachverhalt findet es sich in einer britischen Vergaberechtsnorm – europarechtswidrig sei. Denn mit einer solchen Formulierung sei die Länge der Frist für den Bieter nicht erkennbar, was zu einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit führe.

Die seither ergangenen nationalen Entscheidungen zur Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB sind widersprüchlich. So vertreten etwa die 1. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt und die Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschluss vom 19.04.2011, Az. 1 VK 14/11) die Auffassung, dass die Rechtsbegriffe im deutschen und britischen Vergaberecht nicht vergleichbar seien. Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB sei weiterhin anwendbar, da der Begriff der „Unverzüglichkeit" im deutschen Recht definiert und aufgrund einer ausgeprägten Rechtsprechung zu § 107 Abs. 3 GWB zudem auch weitergehend konkretisiert wurde. Die gegenteilige Ansicht vertreten das OLG Celle (Beschluss vom 26.04.2010, Az. 13 Verg 4/10) und andere Vergabesenate, wonach eine Rügepräklusion gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB aufgrund der Vorgaben des EuGH von vornherein nicht mehr in Betracht komme. In Übereinstimmung mit dem EuGH wird auch die nationale Regelung im deutschen Recht als europarechtswidrig eingestuft.

2. Praxishinweis

Aufgrund der schwierigen Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 GWB zeigt die Vergaberechtspraxis, dass Bieter weiterhin so früh wie möglich vermeintliche Vergabeverstöße rügen sollten. Mit der jüngsten Entscheidung der Vergabekammer Sachsen-Anhalt (Beschluss vom 28.05.2011, Az. 1 VK LVwA 68/09) ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hinzuweisen, dass die persönliche Arbeitsbelastung oder interne Abstimmungsprozesse die Frist nicht verlängern.

Der öffentliche Auftraggeber kann demgegenüber der Rechtsunsicherheit entgegenwirken, indem er den Begriff der Unverzüglichkeit in den Vergabeunterlagen konkret definiert und vorgibt, dass erkannte Verstöße gegen Vergabevorschriften „unverzüglich", etwa binnen 7 Tagen, zu rügen sind.

Carsten Steinert

Aline Heurley

Rechtsanwälte, PricewaterhouseCoopers Legal AG, Düsseldorf

Interview mit Rechtsanwalt Prof. Dr. Heiko Höfler zur künftigen deutschen Beschaffungspraxis in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit

Frage: Am 21. August 2011 läuft die Umsetzungsfrist für die sogenannte EU-Beschaffungsrichtlinie ab. Eine fristgerechte Anpassung der Vergabevorschriften des GWB ist aber bisher ebenso wenig erfolgt wie eine spezielle gesetzgeberische Maßnahme für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit. Wie sieht der aktuelle Sachstand aus?

Prof. Dr. Höfler

Nach einem seit einigen Tagen vorliegenden BMWi-Rundschreiben soll es ein neues Änderungsgesetz zum Vergaberecht geben, das Anpassungen im Vierten Teil des GWB, der Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung regelt. Daneben liegt ein Entwurf einer neuen „Verteidigungsvergabeverordnung (VSVgV)" vor, die aber abgesehen von der Festschreibung spezieller Schwellenwerte keine materiellen Vergabevorschriften enthält. Es ist momentan nicht absehbar, wann dieses Paket in Kraft treten wird. Aufgrund des Verstreichens der Umsetzungsfrist für die Beschaffungsrichtlinie muss aber kurzfristig etwas für die Rechtsklarheit im Bereich Verteidigung und Sicherheit getan werden. Deshalb hat das BMWi mit einem Rundschreiben vom 26. Juli 2011 erläutert, wie die betroffenen öffentlichen Auftraggeber den Übergangszeitraum zwischen dem 21. August und dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes handhaben sollen.

Frage: Muss man sich das so vorstellen, dass die auftragsvergebenden Stellen in so bedeutenden Bereichen wie Rüstung und innere Sicherheit jetzt in Ermangelung ausdrücklicher nationaler Vergabevorschriften die Bestimmungen der EU-Beschaffungsrichtlinie unmittelbar anwenden sollen?

Prof. Dr. Höfler

Im Grunde führt daran kein Weg vorbei. Europarechtlich ist die unmittelbare Geltung einer Richtlinie vorgesehen, wenn konkrete Umsetzungsmaßnahmen in der betreffenden nationalen Rechtsordnung notwendig gewesen wären, aber unterblieben sind. Weitere Voraussetzungen wären nach der Judikatur des Gerichtshofs inhaltliche Unbedingtheit und hinreichende Bestimmtheit der relevanten Richtlinienvorschriften. Das dürfte bei der Beschaffungsrichtlinie ganz unproblematisch sein. In der Vergabepraxis der Ressorts Verteidigung und Sicherheit stellt sich jetzt natürlich die Frage, welche Vergabe- und Nachprüfungsverfahren nun statthaft sind und was von den in § 100 GWB geregelten Ausnahmebestimmungen noch übrig bleibt. Hierzu nimmt das BMWi in seinem Rundschreiben Stellung.

Frage: Was ändert sich denn ab dem 21. August nun konkret für die Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern?

Prof. Dr. Höfler

Zunächst einmal wird für die beiden wichtigsten Auftragsarten ein neuer Schwellenwert eingeführt: Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge liegt dieser nun bei 387.000 Euro. Der aus der Vergabekoordinierungsrichtlinie bekannte niedrigere „Regierungsbeschaffungsschwellenwert" gilt also für diese Beschaffungen nicht, wenn sie von den Bundeministerien oder ihren nachgeordneten Stellen durchgeführt werden.

Wichtig ist weiterhin, dass nun bestimmte Auftragsvergaben erstmals in den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen: die sogenannten „verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Aufträge". Hierzu zählt die Lieferung von Militärausrüstung, ebenso sonstige Ausrüstung, die als Verschlusssachenauftrag eingestuft ist. Ebenso alle hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Aufträge. Schließlich auch klassifizierte Militärbauten und die damit zusammenhängenden Dienstleistungsaufträge, wie beispielsweise Planeraufträge.

Die spannendste Frage ist natürlich, wie die von der Richtlinie erfassten Aufträge von denjenigen abzugrenzen sind, die unter Art. 346 Abs. 1 AEUV fallen. Diese Vorschrift des Europäischen Vertrags (AEUV) schützt die wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten insbesondere im Rüstungsbereich. Hierzu hat der EuGH in seiner „Agusta-Hubschrauber" Entscheidung (Rs. C-337/05) bekanntlich schon einmal entschieden, dass allein eine Notwendigkeit der Geheimhaltung bestimmter Inhalte der Ausschreibungsunterlagen noch kein Absehen von einer Ausschreibung unter Berufung auf die Vorgängervorschrift im EG-Vertrag rechtfertigen könne. Auch liest man in den vergaberechtlichen EuGH-Entscheidungen regelmäßig, dass Ausnahmevorschriften sehr restriktiv anzuwenden sind. Das BMWi-Rundschreiben legt sich insoweit nicht fest, spricht aber als mögliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Beschaffungsrichtlinie Aufträge an, die der Terrorismusbekämpfung dienen, im Zusammenhang mit einem Einsatz unserer Streitkräfte stehen oder auch die Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen. Das BMWi gibt den Auftraggebern zur Prüfung, ob ein Auftrag unter Art. 346 AEUV fällt, auch ein konkretes Prüfungsschema an die Hand, das u.a. auf die Liste der unverzichtbaren nationalen „Wehrtechnischen Kernfähigkeiten" Bezug nimmt, die indes selbst eine Verschlusssache ist. Hierin werden bestimmte Waffen- und andere Systeme aufgeführt, die besondere Bedeutung für die Nachrichtengewinnung, Aufklärung, Führungsfähigkeit und Einsatzwirksamkeit haben.

Frage: Wenn diese Ausnahmen nicht greifen und der Auftrag europaweit ausgeschrieben werden muss: gibt es spezielle Verfahrensvorschriften, die die Auftraggeber im Bereich Verteidigung und Sicherheit nun beachten müssen und die zu einem veränderten Beschaffungsverhalten zwingen?

Prof. Dr. Höfler

Wichtig ist zunächst, dass die nun dem Vergaberecht unterliegenden Aufträge so ausgeschrieben und vergeben werden, dass der Auftrag rechtswirksam erteilt werden kann. Dazu ist nun anders als bisher die sogenannte Bieterinformation zwingende Voraussetzung. Auch hierauf weist das BMWi in seinem Rundschreiben hin. Bei der Verfahrenswahl ist neu, dass das Offene Verfahren nicht zum Katalog der statthaften Vergabeverfahren zählt. Der Grund hierfür dürfte auf der Hand liegen: Die Notwendigkeit der vertraulichen Behandlung bestimmter Teile der Ausschreibungsunterlagen. Dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb wird überdies ein größerer Anwendungsbereich eingeräumt. Die unabhängig hiervon stets geltenden Pflichten zur wettbwerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe gelten natürlich auch hier. Neu ist schließlich noch, dass die Auftragsvergaben jetzt auch der Nachprüfung durch die Vergabekammern und –senate bei den Oberlandesgerichten unterliegen. Bieter oder Interessenten an derartigen Aufträgen können also künftig ihre Rechte gegen die Auftraggeber im Wege des förmlichen Vergaberechtsschutzes durchsetzen.

Prof. Dr. Heiko Höfler
Rechtsanwalt und Partner,
Orrick Hölters & Elsing,
Berlin

EUROFORUM
The Conference Company

! Vorankündigung

Deutscher Vergaberechtstag 2012

Deutscher Vergaberechtstag 2012 | Die Plattform für Experten des Vergaberechts

Treffen Sie unter anderem Entscheidungsträger und Experten des Vergaberechts

„Vergaberecht am Puls der Zeit – brandaktuelles und hoch ergiebiges Forum für die Vergabepraxis."
Joachim Barone, Oberfinanzdirektion Magdeburg

„Informativ und aktuell, ‚must have' für die Praxis."
Martina Schönherr-Bald, Zentraldienst der Polizei des Landes Brandenburg

„Notwendig für alle ‚Ausschreiber'."
Wolfgang Gentner, SWP Stadtwerke Pforzheim GmbH & Co. KG

EUROFORUM 2 STUDIENPUNKT

7. JAHRESTAGUNG | 19. und 20. Juni 2012, Berlin | www.vergaberecht-euroforum.de

Deutscher Vergaberechtstag 2012

☐ Bitte reservieren Sie mir **unverbindlich** ___ Platz/Plätze bis zum 13. April 2012. [P1105023]

☐ Bitte senden Sie mir **ausführliche Informationen** zu (Programm erhältlich ab Mitte März 2012).

☐ Bitte informieren Sie mich über **Sponsoring- und Ausstellungsmöglichkeiten**.

Besuchen Sie unsere Domain mit vielen Informationen rund um das Vergaberecht unter:
www.vergaberecht-euroforum.de

Bitte faxen an: 02 11/96 86-45 01
Info-Telefon: 02 11/96 86-35 24 [Kirsten Mölle]
E-Mail: kirsten.moelle@euroforum.com

Name, Vorname:	
Position:	Abteilung:
E-Mail:	
Telefon:	Fax:
Firma:	
Straße:	
PLZ, Ort:	

Ich habe Interesse an Informationen von EUROFORUM auch per: ◯ E-Mail ◯ Fax

Datum:	**Unterschrift:**

D1102939/NLV10_2011

EUROFORUM
The Conference Company

Qualifizierte Weiterbildung für die Vergaberechtspraxis!

7. EUROFORUM-Jahrestagung [P1105023]

Deutscher Vergaberechtstag 2012

19. und 20. Juni 2012, Berlin

☐ Bitte senden Sie mir das **ausführliche Tagungsprogramm** zu. [erhältlich ab Mitte März]

EUROFORUM-Seminar [P1104871]

Öffentliche Ausschreibungen gewinnen

27. und 28. September 2011, Köln
17. und 18. November 2011, Berlin

☐ Bitte senden Sie mir das **ausführliche Seminarprogramm** zu.

EUROFORUM-Akademie [P1104947]

Der zertifizierte Vergabepraktiker

17. bis 21. Oktober 2011, Potsdam
28. November bis 2. Dezember 2011, Potsdam

☐ Bitte senden Sie mir das **ausführliche Seminarprogramm** zu.

16. EUROFORUM-Jahrestagung [P1104126]

Brennpunkt Vergaberecht

9. und 10. November 2011, Düsseldorf
11. November 2011 Workshop, Düsseldorf

☐ Bitte senden Sie mir das **ausführliche Tagungsprogramm** zu.

Informationen

per Fax: +49 (0)2 11/96 86-45 01
per Post: EUROFORUM Deutschland SE
Postfach 11 12 34, 40512 Düsseldorf

Weitere Informationen zu unseren Vergaberechtsveranstaltungen:

im Internet: www.vergaberecht-euroforum.de
per Telefon: +49 (0)2 11/96 86-35 24

Ansprechpartnerin:
Kirsten Mölle
Senior-Konferenz-Koordinatorin

Name:
Position:
Abteilung:
E-Mail:

Firma:
Ansprechpartner im Sekretariat:
Anschrift:

Rechnung an (Name):
Abteilung:
Anschrift:

Datum:
Unterschrift:

Code: D1102939/NLV9_2011