



update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Behörden Spiegel
newsletter

Ausgabe 2, September 2011

Inhalt dieser Ausgabe

2 Editorial

Rechtsanwältin Dr. Ute Jasper, Leiterin Dezernat Public Sector, Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK zum Vergleich des Vergaberechts mit der griechischen Mythologie

3 Fünf Fragen an...

Klaus-Peter Tiedtke, Direktor des Beschaffungsamtes des Bundesministerium des Innern, zur nachhaltigen Beschaffung

Rechtsprechung und Gesetzgebung

5 Inhouse-Vergabe weiter eingeschränkt

6 Erneute Änderung der VgV – Energieeffizienz als wichtiges Kriterium

7 Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie in Kraft getreten

8 Neues Vergaberecht für den ÖPNV wird (endlich) Gesetz

9 Haushaltsmittel gestrichen – Vergabeverfahren gestoppt

10 Mindestlohn und Tariftreue im geplanten Tariftreue- und Vergabegesetz NRW

12 BGH erleichtert Schadensersatzansprüche bei Vergaberechtsverstößen

13 Oft unterschätzt: Kartellverstöße im Vergabeverfahren

14 Veranstaltungen und Termine

Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2011 und Termine 2011



Herakles hätte heute keine Chance mehr!

Was hat das Vergaberecht mit der griechischen Mythologie zu tun? Mehr als Sie denken! Erinnern Sie sich an dieses schlangenähnliche Ungeheuer? Das mit den vielen Köpfen? Immer wenn Herakles dieser Hydra einen Kopf abschlug, wuchsen zwei neue nach. Ähnlichkeiten mit dem Vergaberecht sind natürlich rein zufällig. Vor allem, weil Herakles am Ende die Hydra besiegte.

Wir kennen (und schätzen ☺) das Vergaberecht, wie es unermüdlich neue Gebiete erobert. Sektoren, Verteidigung, Konzessionen und jetzt gleich zwei neue Trendthemen: Umwelt und Soziales. „Vergabefremde Kriterien“ hieß der alte Kopf der Hydra. Die beiden neuen lauten: „BUY GREEN“ und „BUY SOCIAL“.

Die öffentliche Hand ist der größte und mächtigste Einkäufer am Markt. Soll sie mit dieser Nachfragemacht politische Ziele durchsetzen? Wie stehen Sie dazu? Zwei Ansichten zur Auswahl:

1 *Der Staat sollte seine Stärke und Vorbildfunktion nutzen, um umweltfreundliche Waren und Dienstleistungen zu fördern und soziale Standards durchzusetzen. Dafür soll dann auch mehr Geld ausgegeben werden.*

Auch wenn die so bestellten Güter teurer sind, sollten Waren ohne Kinderarbeit, mit geringstem Energieverbrauch, ohne Dumpinglöhne etc. höher bewertet werden.

Im gemeinsamen europäischen Markt muss es einheitliche Standards für umweltfreundliche und sozial verantwortliche Beschaffungen geben.

2 *Der Staat sollte wirtschaftlich einkaufen, um Steuern zu sparen. Umwelt- und Sozialstandards sollten mit gesetzlichen Vorgaben für alle geschützt und gesichert werden, nicht bei Auftragsvergaben verdeckt und ohne Budgetkontrolle subventioniert werden.*

Gesetzliche Mindeststandards sind einzuhalten; strengere Vorgaben machen nur als leistungsbezogene Mindestanforderungen Sinn, z. B. als maximale Emissionswerte.

Einheitliche Standards für die Wertung von z. B. Betriebskindergärten, CO₂-Ausstoß pro Euro Mehrkosten, fair trade bis in die dritte Zulieferstufe sind teuer und unpraktikabel.

Was meinen Sie? Muss derjenige, der bezahlt, bestimmen, wie viel sozialen und grünen Mehrwert er einkaufen will, oder brauchen wir einheitliche Vorgaben? Wollen wir ein Sozial- und Umweltrecht für den Einkauf der öffentlichen Hand?

Lesen Sie dazu das Interview mit Herrn Tiedtke und unseren Bericht über die neuen Vorschriften.

Ihre
Ute Jasper



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

Foto: BS/Archiv

Klaus-Peter Tiedtke, Direktor des Beschaffungsamtes des Bundesministerium des Innern

Nachhaltige Beschaffung

update Vergabe: Was bedeutet aus Ihrer Sicht „nachhaltige Beschaffung“?

Tiedtke: Die nachhaltige Beschaffung ist ein strategisches Ziel. Der Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung hat dieses Ziel am 6.12.2010 ressortübergreifend als Auftrag formuliert. Das Beschaffungsamt des BMI setzt ihn um. Es geht darum, schon bei der Ausschreibung von Produkten und Dienstleistungen neben den bisher bekannten ökonomischen Aspekten gleichrangig auch ökologische, soziale und innovative Aspekte einzubeziehen. Diese Nachhaltigkeitskriterien erhalten dann im Weiteren sowohl bei der Wertung der Angebote, als auch bei der Güteprüfung ein mitentscheidendes Gewicht. Die Strategie des Beschaffungsamtes ist eine doppelte: Die Bedarfsträgerbehörden werden mehr und mehr dahin gebracht, dass ihr Bedarf anhand der Nachhaltigkeitskriterien zu decken ist. Die Bieter wiederum werden veranlasst, ihre Leistungsfähigkeit entsprechend im Wettbewerb darzustellen. So beeinflussen wir nicht nur den mentalen Veränderungsprozess, sondern auch die Entwicklung der Produkte und Dienstleistungen.

update Vergabe: In Deutschland machen Investitionen und andere Aufträge etwa 13 Prozent des Bruttoinlandsprodukts aus. Damit hat die öffentliche Hand eine weitreichende Nachfrage gemacht. Kann die öffentliche Hand hier ihrer Vorbildfunktion gerecht werden?

Tiedtke: Wenn die öffentliche Hand einkauft, hat sie auch bisher schon andere Kriterien zu erfüllen gehabt, als eine Privatperson. So haben wir nicht nur ein gutes Preis-Leistungsverhältnis zu erzielen gehabt. Vielmehr mussten wir den Wettbewerb so gestalten, dass auch kleine und mittelständische Unternehmer zum Zuge kommen konnten; sie durften durch die Nachfrage nicht unterdrückt werden. Bei der Nachhaltigkeit ist es ähnlich. Das Beschaffungsamt beobachtet, dass gerade auch kleine und mittelständische Unternehmer sich recht wendig und pfiffig anstellen, auf die Nachhaltigkeitsanforderungen der öffentlichen Einkäufer zu reagieren. Man hat dort schnell



Seit 2008 leitet Klaus-Peter Tiedtke das Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern

Foto: BS/Archiv

erkennt, wie man sich im Wettbewerb entsprechende Vorteile verschaffen kann. Die „globalen Player“ brauchen da manchmal etwas länger, ihre Organisation umzustellen.

Während also die Wirtschaft die Nachhaltigkeits-Zeichen der Zeit längst erkannt hat, tut sich die Rechtsprechung deutlich schwerer und bringt uns in eine Zwickmühle, was die politischen Implikationen angeht. Einerseits propagieren die Vergabekammern des Bundeskartellamtes und die höchstrichterliche Rechtsprechung in den letzten Jahren immer wieder, dass das Vergaberecht eben gerade nicht politischen Zwecken zu dienen hat, sondern allein der Wirtschaftlichkeit und dem Wettbewerb. Andererseits ist in den letzten Jahren zu beobachten, dass EU-Kommission und Bundesregierung mit politischen Impulsen immer drängender auf den öffentlichen Einkauf Einfluss nehmen.

update Vergabe: Umweltkriterien werden schon heute häufig in den Vergabeprozess aufgenommen. Warum gestaltet sich der Einbezug sozialer Kriterien oft schwieriger?

Tiedtke: Seit der Gesetzesnovelle 2009 können zwar soziale und umweltbezogene Anforderungen in Ausschreibungen angewendet werden. Allerdings muss jedes Kriterium sachlich durch die Besonderheiten des Ausschreibungsgegenstandes gerechtfertigt sein. Ökologische Kriterien können durchaus in die Leistungsbeschreibungen aufgenommen werden – zum Beispiel, wenn energieeffiziente Computer bestellt werden. Anders sieht es bei sozialen Anforderungen aus. Produkte sind oft das Ergebnis eines langen Produktionsprozesses mit

Fortsetzung auf Seite 3 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 2

einer Lieferkette von Zulieferern und Zu-Zulieferern. Die Herstellungsphase ist für uns oftmals ein schwarzes Loch. Hier ist zum einen der Gesetzgeber gefragt: In den Eignungskriterien, bei denen es auch um Zuverlässigkeit und Gesetzestreue geht, braucht es mehr Flexibilität in der Entscheidungsfindung. Zum anderen sind die Unternehmen gefragt, mehr Transparenz zu schaffen – zum Beispiel durch weitreichende, verbindliche Zertifikate. Einfache Eigenerklärungen können nicht ausreichen, weil dadurch potenziell schwarze Schafe gefördert werden, die den Wettbewerb verzerren.

update Vergabe: An welcher Stelle können Nachhaltigkeitskriterien demnach in den Vergabeprozess integriert werden?

Über eine Ergänzung des § 97 GWB. Die zaghaften Ansätze der Gesetzesnovelle reichen nicht aus. Die Eignungskriterien sind nach wie vor starr. Gegenwärtig darf die Eignung nur als Ja-Nein-Kriterium verwendet werden. Im BMWi bemüht man sich allerdings inzwischen, die Realisierung des politischen Willens im Vergaberecht möglich zu machen. Die Lösung wäre es, die Eignungskriterien im Wettbewerb skalierbar, bewertbar zu machen.

update Vergabe: Was macht das Beschaffungsamt, um einen nachhaltigen Beschaffungsprozess umzusetzen – trotz der verbesserungswürdigen Voraussetzungen?

Das Beschaffungsamt hat einen Masterplan Nachhaltigkeit entwickelt. Ziel ist es, umweltbezogene, innovative und soziale Kriterien als Grundlagen des nachhaltigen Einkaufs zu sehen. Als Koordinierungsstelle sind wir Dienstleister des Bundes in Fragen der nachhaltigen Beschaffung. Konkret geht es unter anderem um die Anpassung von Rahmenverträgen, Schulungen und Forschungsvorhaben. Von GreenIT bis zur Elektromobilität – es liegen viele spezifische Themen vor uns. Als Schnittstelle zwischen Verwaltung und Wirtschaft sind wir auch Ansprechpartner für Unternehmen. Ich rate der Wirtschaft dazu, das Thema unter positiven Vorzeichen zu sehen: Nachhaltigkeit ist ein Megatrend, und diejenigen, die sich darauf

einstellen, werden langfristig Wettbewerbsvorteile genießen. Es lohnt sich, über Nachhaltigkeit nicht nur zu reden, sondern sie auch umzusetzen.

Klaus-Peter Tiedtke wurde 1949 in Bremerhaven geboren. Nach Jura-Studium in Köln und Referendariat im OLG-Bezirk Düsseldorf wurde er 1978 beim Bundesverwaltungsamt in Köln eingestellt. Nach seiner Abordnung in das Bundesinnenministerium baute er die Aussiedlerabteilung des BVA auf. Er übernahm dann die Abteilung Sport- und Kulturförderung mit Sonderaufgaben „Aufbau-Ost“. 1992 war er am Aufbau der Behörde des Bundesbeauftragten für Stasi-Unterlagen beteiligt. Von dort ging er nach Nürnberg und gestaltete als Abteilungsleiter den Aufbau des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge und den Umbau zum Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, sowohl in der Zentralabteilung, als auch zuletzt in der Abteilung „Internationale Aufgaben, Migrationsforschung und -grundsatzangelegenheiten sowie Informations- und Kommunikationstechnik“. Nach Durchführung des BMI-Auftrags „Sonderprüfung Doping“, übernahm er am 1. August 2007 im Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe die Funktion des Vizepräsidenten. Seit dem 1. November 2008 leitet er das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern.

Inhouse-Vergabe weiter eingeschränkt

Kreise, Städte und Gemeinden dürfen ihre Tochtergesellschaften nur noch selten direkt und ohne Wettbewerb beauftragen. Das OLG Düsseldorf hat strenge Anforderungen an Inhouse-Aufträge aufgestellt. Auch Anpassungen bestehender Verträge werden künftig schwieriger (**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011, Az. VII-Verg 20/11**).

Der Vergabesenat hält es für besonders problematisch, wenn im „Konzern Stadt“ Umsätze mit Verbrauchern oder Unternehmen erzielt werden, wie zum Beispiel, wenn die Stadtwerke Strom verkaufen oder das Städtische Entsorgungsunternehmen Bauschutt gegen Entgelt abholt. Neu ist, dass der Vergabesenat nicht mehr nur diese Drittgeschäfte der Tochtergesellschaft prüft, die ohne Wettbewerb einen Auftrag der Stadt erhalten soll. Auch Drittgeschäfte anderer Unternehmen können kritisch sein.

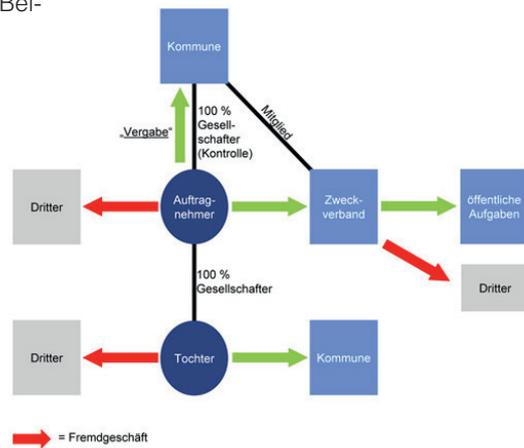
Laut OLG stehen Geschäfte mit Dritten einem Inhouse-Geschäft nicht nur dann entgegen, wenn das kommunale Unternehmen selbst am Markt auftritt. Das OLG hält unter bestimmten Umständen auch die Drittgeschäfte von Vertragspartnern und verbundenen Unternehmen für ein Hindernis, das eine Direktvergabe ausschließt.

Im zu entscheidenden Fall erwirtschaftete das ohne Ausschreibung beauftragte Unternehmen selbst weniger als 10 % seines Umsatzes durch Geschäfte mit Dritten. Ob dies allein als inhouse-schädlicher Anteil ausreicht, ließ das Gericht offen. Zusätzlich müssen dem OLG zufolge die Fremdgeschäfte des Zweckverbands, für den das Unternehmen in weitem Umfang tätig war, bei der Berechnung des Fremdumsatzanteils berücksichtigt werden.

Außerdem stellte der Senat klar, dass auch Umsätze von Tochterunternehmen des Auftragnehmers einzuberechnen seien, wenn diese über kein eigenes Personal verfügen.

Kommunale Unternehmen müssen nach dieser Entscheidung bei der Berechnung des Fremdumsatzes im Ergebnis weitere Drittgeschäfte im Konzern einbeziehen.

Außerdem entschied das OLG, dass neue Leistungen in langfristige Verträge mit kommunalen Unternehmen nicht ohne Weiteres einbezogen werden dürfen. Kommunale Unternehmen wird daher geraten, neue und laufende Verträge schnell dem neuen Recht anzupassen. Beinhaltet der Vertrag nur eine „allgemeine Anpassungsklausel“ müssen die neuen Leistungen ausgeschrieben werden. Nur wenn der Vertrag schon die Umstände und die Richtung für den Fall einer Vertragsänderung vorgibt, können die kommunalen Unternehmen auf ein Vergabeverfahren verzichten. (uj)



Das Wesentlichkeitskriterium im kommunalen Konzern. Grafik: BS/HKLW

Praxisseminar

Der Behörden Spiegel und die Kanzlei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK veranstalten am 11. November 2011 ein Praxisseminar zum Thema „Vergaben im kommunalen Konzern – Inhouse-Geschäfte vor dem Aus?“

Weitere Informationen unter: www.fuehrungskraefte-forum.de

Erneute Änderung der VgV – Energieeffizienz als wichtiges Kriterium

Am 20.08.2011 ist eine erneute **Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge** (VgV) in Kraft getreten. Durch die Änderung wird die Energieeffizienz als wichtiges Kriterium rechtlich verankert.

Nach der Neuregelung müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen deren Energieeffizienz berücksichtigen.

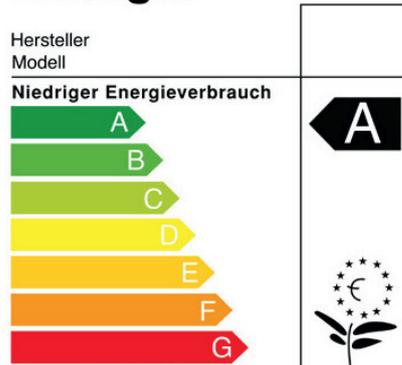
So soll der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz (z. B. den minimalen Energieverbrauch oder den minimalen Verbrauch sonstiger Ressourcen) und, soweit vorhanden, die höchste Effizienzklasse fordern (**§ 4 Abs. 5 VgV**). Der Begriff „sollen“ lässt dem Auftraggeber bei der Leistungsbeschreibung einen Spielraum für die Fälle, in denen die Forderung des höchsten Leistungsniveaus bzw. der höchsten Effizienzklassen ausnahmsweise nicht möglich ist. In diesem Fall sollen die Auftraggeber die höchst möglichen Anforderungen stellen.

Außerdem muss die Energieeffizienz bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes als Zuschlagskriterium „angemessen“ berücksichtigt werden (**§ 4 Abs. 6 b) VgV**). Dies bedeutet, dass bei der Wertung neben dem Preis auch weitere funktionale und qualitative Anforderungen an das Produkt berücksichtigt werden können. Im **Entwurf der Bundesregierung** sollte die Energieeffizienz noch als „hoch gewichtiges Kriterium“ Berücksichtigung finden. Der Bundesrat änderte dies in eine „angemessene“ Berücksichtigung. Besonders in Fällen, in denen bereits in der Leistungsbeschreibung das höchste Leistungsniveau oder die höchste Effizienzklasse verbindlich festgelegt wurden, würden sich die Angebote beim Energieverbrauch nur geringfügig unterscheiden. In diesem Fall soll es möglich bleiben, die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium neben anderen Kriterien geringer zu gewichten. Sie soll nur höher gewichtet werden, wenn in der Leistungsbeschreibung ausnahmsweise keine verbindlichen Anforderungen gestellt werden.

Für die Wertung des Zuschlagskriteriums Energieeffizienz benötigt der Auftraggeber Informationen von den Bietern, die er nach **§ 4 Abs. 6 VgV** anfordern muss. Dazu gehört der konkrete Energieverbrauch, es sei denn, die auf dem Markt angebotenen Waren, Geräte oder Ausrüstungen unterscheiden sich im zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig. Diese Einschränkung durch den Bundesrat soll der Praxistauglichkeit dienen. Ferner muss der Auftraggeber in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten fordern.

Die gleichen Kriterien gelten auch bei der Vergabe von Dienstleistungen und Produkten, die wesentliche Bestandteile von Bauleistungen sind (§ 6 Abs. 2 - 6 VgV). Die Änderung setzt die **Richtlinie 2010/30/EU** und das Energiekonzept der Bundesregierung zur umweltfreundlichen Beschaffung um. (knd)

Energie



Nach der erneuten Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge müssen öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen deren Energieeffizienz berücksichtigen.

Foto: BS/Archiv

Eine Synopse der VgV mit aktuellen Änderungen können Sie kostenlos anfordern unter: publicsector@heuking.de

Verteidigungs- und Sicherheitsrichtlinie gilt unmittelbar

Am 21.08.2011 lief die Frist für die Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG ab. Da der Gesetzgeber die Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt hat, gilt sie nun unmittelbar.

Die **Richtlinie 2009/81/EG** betrifft nicht nur Auftragsvergaben im militärischen Bereich. Auch sonstige „sensible Ausrüstungen“, wie etwa der Druck von Pässen oder Bauleistungen für sicherheitsrelevante Zwecke fallen darunter. Sie erweitert den Anwendungsbereich des Vergaberechts erheblich. Denn viele der Aufträge, die bisher unter die Bereichsausnahme des **§ 100 Abs. 2 lit. d.) GWB** fielen, müssen nun ausgeschrieben werden. Die Regelungen berücksichtigen, dass diese Aufträge oftmals geheimhaltungsbedürftige Sachverhalte betreffen. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht sind nun noch enger als bisher begrenzt.

Der Gesetzgeber hat die Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt. Bisher liegen nur ein **Gesetzesentwurf vom 12.08.2011** und der **Entwurf einer Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 30.06.2011 (VSVgV)** vor. Deshalb gilt die Richtlinie seit dem 22.08.2011 in Deutschland unmittelbar. Das bedeutet, dass sich Unternehmen auf ihre Regelungen berufen können, wenn diese konkret und unbedingt zu ihren Gunsten wirken. Bis zu einer gesetzlichen Regelung gelten die **Erlasse des BMVBS für Bauleistungen** und **des BMWi für Liefer- und Dienstleistungen**, jeweils vom 26.07.2011.

Die Richtlinie 2009/81/EG enthält einige Besonderheiten gegenüber den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Zu nennen sind vor allem die folgenden:

- kein Offenes Verfahren,
- besondere Verpflichtung der Bieter zur Geheimhaltung möglich,
- bereichsspezifische Zuschlagskriterien zulässig (bspw. „Versorgungssicherheit, Einsatzeigenschaften“)
- abweichende Schwellenwerte (Liefer- und Dienstleistungen: € 387.000,-, Bauleistungen: € 4.485.000,-).

Im Übrigen gelten die GWB-Regelungen für Nachprüfungsverfahren vorerst entsprechend. Das gilt insbesondere für die Vorabinformationspflicht des **§ 101a GWB**.

Auch das OLG Düsseldorf hat in seinem **Beschluss vom 08.06.2011 (VII-Verg 49/11)** erstmals zur Richtlinie 2009/81/EG Stellung genommen. Danach ist **§ 115 Abs. 4 S. 1 GWB** nicht mit der Richtlinie vereinbar. Die Vorschrift lässt das Zuschlagsverbot im Nachprüfungsverfahren nach Ablauf von zwei Tagen entfallen. Voraussetzung ist nur, dass sich der Auftraggeber auf eine Ausnahme nach **§ 100 Abs. 2 lit. d.) GWB** beruft. Dies gilt selbst dann, wenn die Vergabekammer in der Kürze der Zeit keine Entscheidung treffen konnte. Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie verbietet hingegen einen Zuschlag, bevor eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist. (ds)



Auch wenn es auf Sicherheit ankommt: Es muss ausgeschrieben werden.

Foto: BS/Archiv

Neues Vergaberecht für den ÖPNV wird (endlich) Gesetz

Die Bundesregierung hat einen **Entwurf zum neuen Personenbeförderungsgesetz** vorgelegt, der Vorgaben der **Verordnung (EG) 1370/2007 (VO)** zur Vergabe von Aufträgen im öffentlichen Personennahverkehr umsetzt. Er stärkt den Genehmigungswettbewerb, indem er die Behörden zur Veröffentlichung und zu wettbewerblichen Verfahren verpflichtet und den Rechtsweg vor die Vergabekammern eröffnet.

Da die Bundesrepublik ihrer Pflicht zum Erlass von Übergangsvorschriften nicht nachgekommen war, gelten die Bestimmungen der Verordnung bislang unmittelbar. Tritt das neue Gesetz am 01.01.2012 in Kraft, dürfen die Behörden Aufträge bis zum 31.12.2013 ohne Beachtung der Verordnung vergeben.

Die Pflicht, die Neuvergabe von Linien ein Jahr vor Auslaufen der Genehmigung europaweit zu veröffentlichen, gewährleistet Transparenz. Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre bleibt bestehen (**§§ 8 Abs. 4 S. 1, 8a Abs. 1 PBefG-E**). Für die Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehre, die durch Ausgleichszahlungen finanziert werden, ist das Wettbewerbliche Vergabeverfahren vorgesehen (**§ 8b PBefG-E**). Der Entwurf hält am Altunternehmerprivileg fest (**§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG-E**). Den Betrieb von Fernbuslinien mit über 50 km Abstand zwischen den Haltestellen liberalisiert er.

Eine ausdrückliche Verankerung von Direktvergaben fehlt. Direktvergaben an interne Betreiber oder von kleineren Aufträgen nach der Verordnung (**Art. 5 Abs. 2, 4 VO**) stehen aber unter dem Vorbehalt des nationalen Rechts. An den Voraussetzungen der Verordnung scheiterten bereits zwei Direktvergaben im ÖPNV (vgl. **OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.03.2011, VII-Verg 48/10; OLG München, Beschluss vom 22.06.2011, Verg 6/11 - siehe update Vergabe Juni 2011 -**).

Die Verkehrsunternehmen besitzen nach dem Entwurf einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen, den sie vor den Vergabekammern geltend machen können. Übernommen wird die Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers aus **§§ 101a, 101b GWB**.

Der Bundesrat hat den Entwurf am 23.09.2011 behandelt. Bezüglich zahlreicher Details verlangte der Bundesrat jedoch Änderungen an dem Regierungsentwurf. (bw)



Die EU-Verordnung 1370/07 erlaubt die Vergabe von Verkehrsverträgen an eigene kommunale Unternehmen ohne Wettbewerb nur, wenn diese keine Verkehrsleistungen außerhalb des Auftraggebergebiets erbringen.

Foto: BS/Usien/wikipedia.de



Haushaltsmittel gestrichen – Vergabeverfahren gestoppt

Bei Infrastrukturprojekten der öffentlichen Hand stellt sich häufig die Frage, ob eine Ausschreibung aus politischen Gründen vor Zuschlag aufgehoben werden darf, und ob in diesem Falle Schadenersatzforderungen der Bieter drohen. Zwei Entscheidungen aus jüngster Zeit sorgen für Klarheit.

Das OLG Düsseldorf hat am 08.06.2011 (**VII Verg 55/10**) entschieden, dass sich die Vergabestelle einen abschließenden Wirtschaftlichkeitsvergleich vorbehalten darf.

Gegenstand der Ausschreibung war das ÖPP-Landesstraßen-Projekt Sauerland-Hochstift. Nach Auswertung der letzverbindlichen Angebote hat die Vergabestelle einen Wirtschaftlichkeitsvergleich durchgeführt. Verglichen hat sie das letzte Angebot mit den prognostizierten Kosten einer Eigenlösung. Hierzu führt das OLG Düsseldorf aus: Stellt der Wirtschaftlichkeitsvergleich fest, dass die Behörde das Projekt intern wirtschaftlicher durchführen kann als durch eine ÖPP-Vergabe, so ist dies von den Bietern entschädigungslos hinzunehmen. Einen Abschluss des Verfahrens durch Zuschlag können die Bieter ohnehin nicht erzwingen. Ausnahme: Es handelt sich um eine Scheinaufhebung. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die zunächst beabsichtigte Generalunternehmervergabe später im Wege der Einzelgewerksausschreibung realisiert wird.

Entschädigungsansprüche werden allerdings fällig, wenn die Vergabestelle die Ausschreibung aus politischen Gründen aufhebt. Dies hat die VK Bund bei einer Ausschreibung entschieden, die durch Entscheidung der politischen Leitung vor Zuschlag beendet worden ist (vgl. VK Bund, Beschluss vom 18.01.2011, VK 2-134/10 - unveröffentlicht).

Allerdings stand hier die Entscheidung der Exekutive und nicht der Legislative in Frage. Spannend bleibt also, wie die Gerichte entscheiden würden, wenn bei Veröffentlichung der Ausschreibung angekündigt wird, dass eine Parlaments- oder Gremienentscheidung vor Zuschlag erforderlich ist. (msb)

*Wann darf die
Vergabestelle eine
Ausschreibung
aufheben?*



Mindestlohn und Tariftreue im geplanten Tariftreue- und Vergabegesetz NRW

Die Landesregierung von Nordrhein-Westfalen hat einen Entwurf für ein Tariftreue- und Vergabegesetz vorgelegt (**Drucksache 15/2379**). Es soll Anfang 2012 in Kraft treten. Auftragnehmer der öffentlichen Hand sollen unter anderem an ein bestimmtes Lohnniveau gebunden werden. Dieses kann sich je nach Branche aus einer Allgemeinverbindlicherklärung, einer Rechtsverordnung, einem für repräsentativ erklärten Tarifvertrag oder unmittelbar aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz ergeben.

Anbieter von Bau- und Dienstleistungen müssen sich danach künftig ab einem Auftragswert von € 20.000,- netto verpflichten, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Stundenentgelt von € 8,62 (brutto) zu zahlen. Sie müssten ihre tarifliche Bindung sowie die Stundenentgelte für die eingesetzten Beschäftigten angeben. Anbieter im ÖPNV müssen tarifvertragliche Löhne zusichern. Das Landesarbeitsministerium benennt dafür geeignete Tarifverträge, die der Auftraggeber in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen auführen muss.

Geltende Tariftreuegesetze

Bundesland	Gesetz (Kurzbezeichnung)	Pflicht zur Einhaltung bundesrechtlicher Mindestarbeitsbedingungen (z.B. AEntG)	Tariftreue im ÖPNV	Vergabe rechtlicher Mindestlohn (brutto)
Berlin	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz	Ja	Ja	7,50 € / Stunde
Bremen	Bremisches Tariftreue- und Vergabegesetz	Ja	Ja	8,50 € / Stunde (nur bei rein nationaler Auswirkung)
Hamburg	Hamburgisches Vergabegesetz	Ja	Nein	Nein
Mecklenburg-Vorpommern	Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern	Ja	Ja	Nein
Niedersachsen	Niedersächsisches Landesvergabegesetz	Nur in der Baubranche	Nein	Nein
Rheinland-Pfalz	Landstariftreuegesetz	Ja	Ja	8,50 € / Stunde
Saarland	Saarländisches Vergabe- und Tariftreuegesetz	Ja	Ja	Nein
Thüringen	Thüringer Vergabegesetz	Ja	Ja	Nein

Auch wo Mindestarbeitsbedingungen kraft Rechtsverordnung oder Allgemeinverbindlicherklärung gelten, müssen sich die Auftragnehmer nach dem Gesetzentwurf vertraglich zur Einhaltung verpflichten. Die gleichen Anforderungen sollen für Nach-

Fortsetzung auf Seite 10 >>>

<<< Fortsetzung von Seite 9

unternehmer und für die Verleiher von Arbeitskräften gelten. Die Vergabestelle muss die Unternehmen immer auf das für die Beschäftigten günstigste anwendbare Lohnniveau verpflichten.

Der Auftraggeber kann selbst Kontrollen durchführen. Ferner soll eine Prüfbehörde eingerichtet werden. Verstöße sollen durch Vertragsstrafen und als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Zusätzlich kann es zu Kündigung und Auftragsperre kommen.

Der Auftragnehmer muss im Ergebnis bei der Leistung für den öffentlichen Auftraggeber den vergaberechtlich bestimmten Lohn, mindestens € 8,62 (brutto), zahlen. Welche Arbeitsabläufe genau zu dieser Leistung gehören, so dass die Lohnhöhevorgabe hierbei einzuhalten ist, sollten die Vergabeunterlagen genau bezeichnen. Für reine Ausbildungsbetriebe gilt die Lohnhöheforderung voraussichtlich nicht. Dies erhöht ihre Chancen beim Kampf um den Zuschlag. Der Auftraggeber kann dem allerdings durch Eignungsanforderungen begegnen. (mk)

Aktuell in Bundesländern geplante Tariftreuegesetze

Bundesland	Aktueller Stand	Pflicht zur Einhaltung bundesrechtlicher Mindestarbeitsbedingungen	Tariftreue im ÖPNV	Vergabe rechtlicher Mindestlohn (brutto)
Baden-Württemberg	Schaffung eines Tariftreuegesetzes ist in Koalitionsvertrag von Bündnis90/Grüne und SPD vereinbart (April 2011, Seite 22)	Unbekannt	Geplant	Geplant 8,50 € / Stunde
Brandenburg	Brandenburgisches Vergabegesetz (beschlossen am 31.08.2011, voraussichtl. in Kraft ab 01.01.2012)	Ja	Ja (für inländische Unternehmen)	8,00 € / Stunde
Nordrhein-Westfalen	Entwurf der Landesregierung für ein Tariftreue- und Vergabegesetz	Ja	Ja	8,62 € / Stunde
Sachsen-Anhalt	Neufassung eines Vergabegesetz im Koalitionsvertrag von SPD und CDU vorgesehen (April 2011, Seite 34)	Unbekannt	Unbekannt	Unbekannt

BGH erleichtert Schadensersatzansprüche bei Vergaberechtsverstößen

Der Bundesgerichtshof hat in einem aktuellen Urteil (**09.06.2011, Az. X ZR 143/10**) die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche von Bietern geändert. Begeht der Auftraggeber Fehler bei der Gestaltung oder Durchführung eines Vergabeverfahrens, so drohen ihm nunmehr bei dessen Aufhebung neben den Kosten des Nachprüfungsverfahrens auch Schadensersatzansprüche sämtlicher Bieter für die Kosten der nutzlosen Angebote.

Bieter können nach der Entscheidung erleichtert die Erstattung der Kosten für die vergebliche Beteiligung am Vergabeverfahren (negatives Interesse) verlangen. Anders als nach der bisherigen Rechtsprechung genügt es für den Schadensersatzanspruch des Bieters, dass der öffentliche Auftraggeber bieterschützende Vorschriften verletzt hat. Nicht mehr erforderlich ist, dass der Bieter zusätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens vertraut hat.

Erkennt ein Bieter anhand der Vergabeunterlagen einen Verfahrensfehler, muss er diesen unverzüglich rügen (**§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB**). Weist der Auftraggeber die Rüge zurück, so kann der Bieter binnen 15 Kalendertagen ein Nachprüfungsverfahren einleiten (**§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB**). Wenn der Auftraggeber den Fehler nicht im laufenden Verfahren beseitigen kann, muss er das Vergabeverfahren aufheben und kann ein neues einleiten. Kann der Bieter sein bisheriges Angebot für die neue Vergabe nicht verwenden, hat er die Kosten hierfür nutzlos aufgewendet.

Nach bisheriger Rechtsprechung konnte der Bieter diese Kosten nicht als Schadensersatz verlangen, wenn ihm die Rechtswidrigkeit des Verfahrens von vornherein klar war. Es galten vielmehr die Grundsätze der sogenannten culpa in contrahendo (Verschulden bei der Vertragsanbahnung): Dem Bieter stand Schadensersatz nur dann zu, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Verfahrens nicht oder nicht so wie geschehen an dem Verfahren beteiligt hätte (**BGH Urteil vom 08.09.1998, X ZR 48/97; Urteil vom 27.11.2007, X ZR 18/07**).

Diese Rechtsprechung änderte der BGH nun ausdrücklich ab. Denn nach den in der Schuldrechtsreform 2002 neu geschaffenen Bestimmungen (**§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB**) setzt ein Schadensersatzanspruch kein Vertrauen des Geschädigten voraus. Der Anspruch beruht vielmehr alleine auf der schuldhaften Verletzung vorvertraglicher Rücksichtnahmepflichten. Die Vorschriften des Vergaberechts konkretisieren diese Pflichten.

Offen ließ der BGH, ob ein Bieter darüber hinaus Ersatz für den Gewinn verlangen kann, den er bei Durchführung des Auftrages gemacht hätte (positives Interesse). Diesen können Bieter damit wie bisher nur einfordern, wenn sie beweisen können, dass sie bei Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hätten. (wr)



Die Voraussetzungen für Schadensersatzansprüche von Bietern hat der Bundesgerichtshof in Karlsruhe in einem aktuellen Urteil geändert.

Foto: BS/Kucharek/wikipedia.de



Oft unterschätzt: Kartellverstöße im Vergabeverfahren

Geben personell oder rechtlich miteinander verbundene Bieter mehrere Angebote für ein Vergabeverfahren ab, so wird widerlegbar vermutet, dass dies den Geheimhaltungsgrundsatz verletzt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat klargestellt, dass es den Bietern obliegt, diese Vermutung zu widerlegen (**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011, VII-Verg 4/11** und **Beschluss vom 11.05.2001, VII-Verg 1/11**). Diese Regel dürfte auch für Mitglieder einer Bietergemeinschaft gelten, die zusätzlich ein eigenständiges Angebot abgeben.

Grundprinzipien des öffentlichen Vergaberechts sind die Vergabe im Wettbewerb, transparente Vergabeverfahren sowie die Geheimhaltung der Angebote (**vgl. § 97 GWB**). Die Bieter haben einerseits einen Anspruch gegen den Auftraggeber auf Einhaltung dieser Vorgaben. Andererseits müssen sie das Wettbewerbsprinzip selbst bei der Angebotslegung beachten.

Dies bezieht sich insbesondere auf das Kartellverbot (**§ 1 GWB**). Danach sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Angebote von Bietern, die sich hinsichtlich des Preises abgesprochen oder abgestimmt haben, sind daher von der Vergabe auszuschließen.

Offensichtlich liegt ein Verstoß bei Submissionskartellen vor. Hier verzichtet ein Bieter zu Gunsten eines anderen Bieters auf die Abgabe eines eigenen Angebots oder bietet nur zum Schein mit. Das Ziel besteht darin, den Preiswettbewerb einzuschränken. Wer nur zum Schein mitbietet, gibt ein überteuertes Angebot ab. Derjenige, der nach der Absprache zum Zug kommen soll, gibt ein günstigeres Angebot ab, das aber über dem Preis liegt, der ohne die Absprache erzielt worden wäre.

Ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten setzt nicht zwingend eine ausdrückliche Vereinbarung voraus. Es kann bereits vorliegen, wenn ein Angebot in Kenntnis der Grundlagen eines Konkurrenzangebots erfolgt. Die Bieter fühlen sich dann nicht mehr unter dem Druck, bis an die Rentabilitätsgrenze ihrer Gewinnzone zu kalkulieren. Denn es genügt, nur die Konkurrenzangebote zu unterbieten.

Der Geheimhaltungsgrundsatz, wonach die Bieter Vertraulichkeit wahren müssen, ist eine wesentliche Voraussetzung für eine Auftragsvergabe mit echtem Wettbewerb. Wenn zwei Bieter miteinander verbunden sind, erhöht sich stets die Gefahr eines Verstoßes. Es liegt daher eine Vermutung für den Verstoß vor, ohne dass eine inhaltliche Übereinstimmung der Angebote oder personelle, räumliche und infrastrukturelle Verflechtungen nachzuweisen sind. Die Bieter können die Vermutung widerlegen, indem sie Vorkehrungen für die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Angebotserstellung nachweisen (z. B. durch „chinese walls“).

Die Gefahr besteht ebenso, wenn ein Unternehmen, das Mitglied einer Bietergemeinschaft ist, zusätzlich ein eigenständiges Angebot in demselben Verfahren abgibt. Deswegen greifen diese Regeln wohl auch in solchen Fällen. (sh)

Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2011

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts hat sich auch 2011 fortgesetzt. 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 Veranstaltung Update Vergaberecht 2011 am 17. November 2011 in München 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 verständlich zusammen und bietet anhand von konkreten Fallbeispielen eine Basis für ein rechtssicheres und wirtschaftliches Vergabemanagement.

In jeder Behörde zur Stelle

Bei der Suche nach einem neuen Mitarbeiter wollen wir Ihnen behilflich sein. Ab der nächsten Ausgabe des Newsletters „update Vergabe“ veröffentlicht der Behörden Spiegel in Listenform offene Stellen im Vergabe- und Beschaffungsbereich. Dieser Service ist für Behörden kostenfrei.

Informationen erhalten Sie unter:
benjamin.bauer@behoerdenspiegel.de

TERMINE 2011

Modernes Finanzmanagement in der öffentlichen Verwaltung

04.10.11, Königswinter bei Bonn

Projektmanagement und Qualitätssicherung in IT-Projekten

04.-05.10.2011, Bonn

Innenrevision in der öffentlichen Verwaltung

10.-11.10.11, Hamburg

Geschäftsprozessmanagement in öffentlichen Verwaltungen

11.-12.10.11, Hamburg

Praktische Führungskompetenz

13.-14.10.11, Bonn

Vergabe von IT-Leistungen

14.10.11, Frankfurt a.M.

Das Ende der Topfwirtschaft

17.10.11, Berlin

Cloud Computing in der öffentlichen Verwaltung

18.10.11, Berlin

Personallogistik

19.-20.10.11, Hamburg

Beförderungsauswahl vor Gericht

26.10.11, Berlin

Qualitätsmanagement in der öffentlichen Verwaltung

03.-04.11.11, Frankfurt am Main

EVB-IT Systemverträge

07.-08.11.11, Berlin

Das Aufsichtsratsmandat im öffentlichen Unternehmen

10.11.11, Berlin

Vergaben im kommunalen Konzern

11.11.11, Düsseldorf

>>> Weitere Informationen unter: 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: Simon Hirsbrunner, LL.M. (sh), Dr. Ute Jasper (uj), Dr. Matthias Kühn, LL.M. (mk), Dr. Kristina Neven-Daroussis (knd), Dr. Wolfgang G. Renner, LL.M. (wr), Dr. Martin Schellenberg (msb), 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 Internet: 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.