

Uwe Tutschapsky

Vergaberechtsforum 2011 auf dem Hambacher Schloss in der Pfalz



In dem als „Wiege der Demokratie in Deutschland“ bekannten Hambacher Schloss wurde das geistige Fundament der deutschen Demokratiebewegung im 19. Jahrhundert gelegt. Bis heute hat dieser Ort nicht an Anziehungskraft für weltoffene Bürger verloren. Das zeigte sich gerade auch beim diesjährigen Vergaberechtsforum des vhw-Südwest speziell für Teilnehmer aus Hessen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland, die die Gelegenheit nutzten, Impulse zu zentralen Fragestellungen des Vergaberechts und seinen praktischen Auswirkungen bei der öffentlichen Hand durch hochkompetente Referenten zu erhalten und mit ihnen zu diskutieren. Nachfolgend werden die Kernaussagen durch die Referenten zusammengefasst und wiedergegeben.

Neueste Entwicklungen im deutschen und europäischen Vergaberecht

Ministerialrat Ludger Molitor berichtete zunächst über die neusten Entwicklungen im europäischen und nationalen Vergaberecht. Die Europäische Kommission hat mit der Vorlage eines Grünbuchs über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragwesens die interessierten Kreise aufgefordert, zu 114 Fragen Stellung zu nehmen. Dabei geht es nach der Vorstellung der Kommission vor allem darum, wie sich die Vorschriften, Instrumente und Methoden im Bereich des öffentlichen Auftragwesens modernisieren lassen, um vor dem Hintergrund strenger Haushaltszwänge und wirtschaftlicher Schwierigkeiten in vielen EU-Mitgliedstaaten Effizienz und Wirksamkeit des europäischen Vergaberechts zu erhöhen. Anfang 2012 ist mit einem Richtlinienentwurf zu rechnen. Die von der Kommission angesprochenen Themenkomplexe wurden vorgestellt und dazu ein erster Meinungsstand aus den abgegebenen Stellungnahmen wiedergegeben.

Beim Thema Dienstleistungskonzessionen wurde von der Kommission ein Richtlinienentwurf angekündigt. Der Vorschlag sieht wohl eine europaweite Ausschreibungspflicht für Dienstleistungskonzessionen vor, wobei jedoch in Anlehnung an die Regelungen zur Baukonzession in der Koordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) nur einzelne Vorschriften zur Anwendung gelangen sollen.

Molitor berichtete über die Änderungen des nationalen Vergaberechts durch eine neue Vergabeverordnung. Mit der Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 9. Mai 2011 (BGBl. I S. 800) wird der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, nur noch umweltfreundliche Straßenfahrzeuge anzuschaffen. Die öffentlichen Auftraggeber haben allerdings die Wahl, ob

sie den Öko-Faktoren im Rahmen der Leistungsbeschreibung oder bei der Zuschlagsentscheidung Rechnung tragen. Wenn dagegen der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes finanziell bewertet werden sollen, ist eine von der Verordnung näher definierte Methode anzuwenden. Mit der 4. Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 16. August 2011 (BGBl. I S. 1724) dürfen nur noch solche Produkte und Dienstleistungen beschafft werden, die im Hinblick auf die Energieeffizienz das höchste Leistungsniveau aufweisen und zur höchsten Energieeffizienzklasse gehören, wobei die Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen ist.



Abb. 1: Ludger Molitor, Ministerialrat, Leiter Referat „Recht des Bauwesens, Öffentliches Auftragswesen“ im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Berlin, Vorsitzender Hauptausschuss Allgemeines im DVA

Aufgrund des Koalitionsvertrages steht auch das Thema „Rechtsschutz im Unterschwellenbereich“ auf der Agenda der Bundesregierung. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat ein Papier zum Thema vorgelegt, in dem vier Modelle für einen Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte vorgestellt werden. In der dadurch ausgelösten Diskussion stehen die Punkte Beeinträchtigung öffentlicher Investitionen, Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Stärkung der Transparenz durch Vorabinformation im Mittelpunkt.

Der Vorstand des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA) hat beschlossen, die VOB neu herauszugeben. Mit einem Inkrafttreten ist frühestens 2012 zu rechnen. Grund für die Neuherausgabe ist die Änderung des 2. Abschnitts der VOB/A, die Neueinführung eines 3. Abschnitts der VOB/A und die Änderung und Neueinführung von ATVen in der VOB/C. Der 2. Abschnitt der VOB/A ist an die Struktur des 2. Abschnitts der VOL/A angepasst worden, indem die Unterscheidung zwischen Basis- und a-Paragraphen aufgelöst und auf eine einheitliche EG-Paragraphen-Nummerierung umgestellt wurde. Im neuen 3. Abschnitt werden die auf die Durchführung des Vergabeverfahrens für sicherheitsrelevante Bauleistungen bezogenen Regelungen der Richtlinie Verteidigung und Sicherheit (2009/81/EG) aufgenommen. Für entsprechende Liefer- und Dienstleistungen erfolgt die Umsetzung der Regelungen aus der Richtlinie über eine neue Verordnung.

Auch die VOB/B soll nach einem Beschluss des Vorstandes des DVA überarbeitet werden. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH soll überprüft werden, ob die VOB/B als Ganzes ausgewogen ist. Nur dann kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass die Rechtsprechung die von ihr entwickelte Privilegierung der VOB/B, mit der die Inhaltskontrolle einzelner Regelungen entfällt, wenn die VOB/B als Ganzes vereinbart wurde, weiter fortbestehen lässt. Ziel der Überarbeitung ist die Modernisierung und Konsolidierung der VOB/B als Musterbauvertrag der öffentlichen Hand.

Am Schluss seiner Vortrages berichtete MR Molitor über den Stand der Evaluierung der Einführung von Schwellenwerten für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben im Rahmen des Konjunkturpaketes II. Mittlerweile hat das BMVBS seine von den Vergabestellen gemeldeten Zahlen ausgewertet und wird die Ergebnisse demnächst auf seiner Internetseite allen Interessierten zur Verfügung stellen. Beim Gutachten des BMWi und den Prüfungen des Bundesrechnungshofes liegen noch keine endgültigen Ergebnisse vor.

Kommunales Vergabemanagement zielsicher gestalten – Rahmenvereinbarungen nutzen – Selbstreinigung nach Feuerwehrbeschaffungskartell prüfen

Mit dem Vergabemanagement, der Bedeutung der Rahmenverträge und der Selbstreinigung am Beispiel des Feuerwehrbeschaffungskartells referierte der Beigeordnete des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Norbert Portz, beim Vergaberechtsforum 2011 gleich zu drei Themen.

Gutes Vergabemanagement

Der Referent stellte heraus, dass neben der Beachtung der Vergabeordnungen insbesondere einem guten Vergabemanagement und einer zielgerichteten Aufteilung der Verantwortungen zwischen den Fachbereichen und den zentralen

Vergabestellen innerhalb einer Kommune eine besondere Bedeutung zukomme. Hierzu gehöre auch ein offensiver Umgang mit Bieteranfragen in laufenden Vergabeverfahren. Dies könnte dazu führen, etwa Mängel in bestehenden Leistungsverzeichnissen der Auftraggeber zu beheben und damit zur Gewährleistung guter Verträge beizutragen. Für die externe Kommunikation mit den Unternehmen empfahl Portz die Verantwortlichkeit auf einen Ansprechpartner innerhalb der Kommune oder aber auf einen externen von der Kommune Beauftragten zu konzentrieren. Für laufende Vergabeverfahren gelte es auch bei Kontakten mit den Unternehmen immer die drei Grundsätze „Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz“ zu gewährleisten. Wichtig sei es, die Anonymität von Bieteranfragen zu sichern und der zeitnahen Erstellung der Dokumentation eine besondere Bedeutung sowohl im Innenverhältnis als auch nach außen (Nachprüfung etc.) beizumessen. Der Referent ging im Weiteren auf die Aufteilung der Aufgabenbereiche zwischen den Fachbereichen und den zentralen Vergabestellen ein. Dabei müsse gegenseitig ein enges Zusammenwirken gewährleistet sein. Als maßgebliche Aufgaben der Fachbereiche in den Kommunen nannte er die Bedarfsermittlung, die Leistungsbeschreibung und die Erstellung der Vergabeunterlagen, die inhaltlich-fachliche Eignungsprüfung der Unternehmen, die technische und wirtschaftliche Prüfung der Angebote sowie auch die spätere Marktbeobachtung und den Abruf von Leistungen.



Abb. 2: Norbert Portz, Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Leiter des Vergabedezernates und des Bonner Büros des DStGB, Bonn

Demgegenüber seien die zentralen Vergabestellen insbesondere für den formell ordnungsgemäßen Ablauf des Vergabeverfahrens zuständig. Hierzu gehöre die Organisations- und Fristenplanung, die Bekanntmachung der Ausschreibung und der Versand der Vergabeunterlagen, die Sammlung der eingehenden Angebote und die Durchführung des Submissionstermins sowie auch die – formelle – Prüfung der Angebote.

Rahmenvereinbarungen und Rahmenverträge

Portz betonte in seinem zweiten Referat zu den Rahmenvereinbarungen und den Rahmenverträgen die flexible Einsatzmöglichkeit dieses Instruments. Er appellierte an die Kommunen, Rahmenvereinbarungen zukünftig noch verstärkter zu nutzen. Insbesondere könnten bei einer regelmäßig auf vier Jahre befristeten Rahmenvereinbarung sowohl auf Seiten des Auftraggebers als auch auf Seiten der Unternehmen ein oder mehrere Partner stehen. Im Übrigen liege die Flexibilität einer Rahmenvereinbarung darin begründet, dass die später im

Zuge des abzuschließenden Rahmenvertrages auf der zweiten Stufe abzurufenden Menge noch nicht abschließend feststehen müsse. Hieraus ergebe sich außerdem, dass auch die Finanzierung von vornherein gedeckelt werden könne.

Portz bedauerte, dass im deutschen Vergaberecht eine Regelung für die Rahmenvereinbarung ausschließlich nur in der VOL/A und der Sektorenverordnung vorgesehen ist. Hieraus ergebe sich nach herrschender Meinung, dass Rahmenvereinbarungen sowohl im Bereich der VOB/A als auch der VOF unzulässig seien. Als auch im Kommunalbereich wichtige Fälle einer Rahmenvereinbarung benannte Portz Standardleistungen wie die Beschaffung von Büromaterial, die Software-Wartung, Transportleistungen, aber auch Schulungen. Er betonte, dass er eine nachträgliche Einbeziehung sowohl von Auftraggebern als auch von Unternehmen in eine „vorteilhafte“ Rahmenvereinbarung für unzulässig halte und auch „Öffnungsklauseln“ für andere Auftraggeber unzulässig sind.

Insgesamt habe ein Auftraggeber nach seinem Ermessen die Möglichkeit, eine Rahmenvereinbarung entweder mit einem oder aber mit mehreren Unternehmen abzuschließen. Dabei könne er eine einseitig das Unternehmen verpflichtende Rahmenvereinbarung, eine beide Parteien verpflichtende Vereinbarung oder aber eine beidseitig unverbindliche Rahmenvereinbarung vorsehen. Der Referent wies weiter darauf hin, dass bei den Rahmenvereinbarungen und Rahmenverträgen hinsichtlich der Vergabearten, des Mittelstandsschutzes und auch des Primärrechtsschutzes gegenüber den „anderen Vergabeverfahren“ keine Besonderheiten bestehen würden.

Selbstreinigung am Beispiel des Feuerwehrbeschaffungskartells

Der Referent stellte den Sachstand des vom Bundeskartellamt für die Jahre 2001 bis 2009 festgestellten Feuerwehrbeschaffungskartells im Bereich der Feuerwehrlöschfahrzeuge und der Drehleitern dar. Dieses Kartell sei maßgeblich von der persönlichen Unzuverlässigkeit der handelnden Personen geprägt. Daher sei bei künftigen Vergabeverfahren von Kommunen in Zusammenhang mit Feuerwehrlöschfahrzeugen etc. eine Selbstreinigung der Kartellanten zu fordern. Hierzu gehören:

- personelle und strukturell-organisatorische Maßnahmen,
- hochwertiges Kontrollwesen/innere Revision der Unternehmen,
- interne Haftungs-/Schadensersatzregelungen der Unternehmen sowie
- Schadensausgleich gegenüber den Geschädigten (Kommunen).

Norbert Portz wies insbesondere auf eine Entscheidung der Vergabekammer Niedersachsen vom 24. März 2011 hin, wonach diese es als Selbstreinigungsmaßnahme für völlig unzureichend halte, wenn die Unternehmen (Kartellanten) bloß ihre Selbstreinigung behaupten würden. Insoweit seien diese

gegenüber den Kommunen hinsichtlich der Wiederherstellung ihrer Eignung (Zuverlässigkeit) in der Bringschuld.

Anschließend ging Portz auch auf die Probleme bei der Überprüfung der Selbstreinigung ein (die kommunalen Spitzenverbände haben insoweit eine Checkliste erstellt). Er sah das kommunale Interesse darin, zukünftig einen breiteren Bietermarkt im Bereich der Feuerwehrlöschfahrzeuge etc. zu erhalten. Den Kommunen empfahl er, auch bei der Beschaffung von Feuerwehrlöschfahrzeugen etc. produktneutral auszusprechen und Freihändige Vergaben nur in den zulässigen Fällen vorzunehmen.

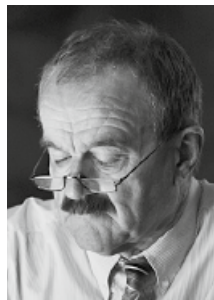


Abb. 3: Dr. Hans-Peter Kulartz, Rechtsanwalt, Kapellmann und Partner Rechtsanwälte, Düsseldorf

Zulässigkeit von Varianten

Im Mittelpunkt stand hier die Frage, wie die Vergabestellen über Nebenangebote, Wahlpositionen oder gar auch Mehrfachangebote ein Mehr an Flexibilität für ihre Vergaben generieren können. Ob für Nebenangebote eine allgemeine Gleichwertigkeitsprüfung zulässig sei, wurde sowohl in der Rechtsprechung als auch im Teilnehmerkreis kontrovers diskutiert.



Abb. 4: Uwe Scharen, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof i.R., gehörte von 1996 bis 2010 dem für Vergabeangelegenheiten zuständigen X. Zivilsenat des BGH in Karlsruhe an

Aktuelle Rechtsprechung des BGH

Zwei Entscheidungen des BGH wurden vorgestellt und in der gewohnten dogmatischen Schärfe analysiert: In der Entscheidung vom 08.02.2011 im Verfahren – X ZB 4/10 – (S-Bahn Verkehr Rhein/Ruhr) zur Vergabe von Schienenverkehrsleistungen im SPNV hat der BGH die vergaberechtliche Zulässigkeit einer Vertragsverlängerung im Spannungsverhältnis zwischen § 15 AEG und dem GWB klären müssen. Hinzugekommen sind erhebliche Abgrenzungsfragen zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession. In der zweiten besprochenen Entscheidung vom 23.03.2011 – X ZR 92/09

– (Ortbetonschacht) hat der BGH ausführlich zur Frage der Gleichwertigkeit von Nebenangeboten Stellung genommen. Schließlich wies der Referent noch auf eine weitere Entscheidung des BGH vom 09.06.2011 – X ZR 143/10 – hin, in der der X. Senat eine Korrektur der bisherigen Rechtsprechung zum Schadensersatz im Zusammenhang mit dem negativen Interesse vorgenommen hat. Die Urteilsgründe waren jedoch noch nicht veröffentlicht, so dass die Einzelheiten erst beim nächsten Vergaberechtsforum vorgestellt werden können.

Die Eignungsprüfung nach neuem Recht

Die Eignungsprüfung ist eine Quelle häufiger Fehler in einem Vergabeverfahren. Nicht selten geschehen bereits Vergaberechtsverstöße bei der Vorbereitung der Eignungsprüfung, etwa der Festlegung der Kriterien, anhand derer die Eignung geprüft werden soll. So sind nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH und des EuGH Eignungs- und Zuschlagskriterien streng voneinander zu unterscheiden, was immer wieder übersehen wird. Wenn es um die Anforderungen an die Bieter und die vorzulegenden Nachweise geht, hat sich der Auftraggeber an der Leistung zu orientieren, die er einkaufen will. Eine geschickte Auswahl seitens des Auftraggebers kann hier einen erheblichen Beitrag zum Gelingen eines Vergabeverfahrens leisten.



Abb. 5: Dr. Martin F. Peter, Vorsitzender der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz beim Ministerium für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung Rheinland-Pfalz, Mainz

Im Rahmen der eigentlichen Eignungsprüfung darf sich der Auftraggeber nicht darauf beschränken zu prüfen, ob die geforderten Unterlagen und Nachweise vollständig vorgelegt wurden (formale Eignungsprüfung), sondern vielmehr ist in einem zweiten Schritt eine Prognose abzugeben, ob anhand der eingereichten Unterlagen bzw. sonstigen Informationen davon ausgegangen werden kann, dass der betreffende Bieter die Leistung ordnungsgemäß erbringen kann (sachliche Eignungsprüfung).

Neue Fragen hinsichtlich der Eignungsprüfung wurden durch die Novellierung der VOB/A und der VOL/A im letzten Jahr aufgeworfen, vor allem, wenn es um die Nachforderung von Eignungsnachweisen geht. Zwar sind bereits Entscheidungen von Vergabekammern und Vergabesenaten ergangen. Vieles ist jedoch noch ungeklärt, beispielsweise ob fehlende Eignungsnachweise auch im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs nachgefordert werden können oder gar müssen. Auch die Frage, in welchem Umfang ein Auftraggeber ein Ermessen

hinsichtlich der Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen im Rahmen der VOL/A hat, wird die Nachprüfungsbehörden sicherlich noch beschäftigen.

Produktneutralität versus Beschaffungsautonomie

Das vergaberechtliche Gebot zur produktneutralen Ausschreibung steht in einem unmittelbaren Spannungsverhältnis zum Wunsch vieler öffentlicher Auftraggeber, bei der Vergabe ihrer Bau- oder Lieferaufträge bestimmte Produkte zu beschaffen. Dieser Beitrag setzte sich mit der häufig nicht vergaberechtskonformen Vergabepraxis auseinander und zeigte vergaberechtlich zulässige Lösungen auf. Er behandelte weiter die jüngere Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17.02.2010, Verg 42/09), die einen Richtungswechsel für die Judikatur bedeuten könnte, zur Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers produktneutral auszuschreiben.



Abb. 6: Gerald Webeler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Kunz Rechtsanwälte, Koblenz/Bonn/Mainz

Wirklich produktneutrale Ausschreibungen sind in der geübten Vergabepraxis selten. Insbesondere bei Hochbauvorhaben ist zu beobachten, dass selbst Standardbauteile unter Angabe eines Leitfabrikates mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ ausgeschrieben werden. Diese Praxis hat mehrere Ursachen: Sie hat sicherlich ihren Ursprung in dem Wunsch eines öffentlichen Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt im Rahmen seines Beschaffungsvorganges zu erhalten. Häufig wird hier mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ die Hoffnung des Auftraggebers verbunden, von dem Bieter mit dem Angebot auch das Leitfabrikat angeboten zu erhalten. Die weitere Ursache für die Häufung von Leitfabrikaten in Ausschreibungen dürfte die Praxis von Produktherstellern sein, für ihre Produkte Musterausschreibungstexte herauszugeben, die sodann von den Architekten und Ingenieuren übernommen werden, die die Ausschreibung für die öffentlichen Auftraggeber durchführen. Diese Praxis wurde insoweit von der Rechtsprechung getragen, die in vielen Entscheidungen die Vorgabe einer produktscharfen Ausschreibung dann für zulässig angesehen wurde, wenn der Zusatz „oder gleichwertig“ zugesetzt wurde (VK Arnsberg, Beschluss vom 10.08.2009, VK 17/09).

Mit den rechtlichen Maßgaben des Vergaberechts hat diese Praxis allerdings wenig gemein. Mit diesen Vorgaben setzte sich Webeler anschließend auseinander und wies auf Wider-



Abb. 7: Beflaggung am Hambacher Schloss: Der vhw ist da

sprüche hin. Deren Lösung wurde von der einhelligen oberlandesgerichtlichen Judikatur darüber vorgenommen, dass die Forderung nach einer produktneutralen Ausschreibung ein legitimes Interesse des öffentlichen Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Art und Weise der Ausführung zu erhalten, nicht einschränken kann. Es kommt demnach auf die Gründe an, die für die Vorgabe eines bestimmten Produktes sprechen. Als Maßstab für die Überprüfung dieser Gründe wandte die Rechtsprechung bisher diejenigen Maßstäbe an, die sie für die rechtliche Kontrolle eines Beurteilungsspielraumes anwandte. Die sich hieraus entwickelnde Rechtsprechung wirkt jedoch einzelfallbezogen und uneinheitlich.

Anschließend setzte Webeler sich mit der Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf auseinander. Da das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung von der Spruchpraxis verschiedener Oberlandesgerichte abweicht, ist eine Rechtsfortbildung in der Sache zu erwarten.

Für die Praxis empfiehlt sich zusammenfassend: Insbesondere der fast schon übliche Gebrauch einer produktspezifischen Ausschreibung unter dem Zusatz „oder gleichwertig“ bedarf nach den nun ergangenen Entscheidungen zu § 7 Abs. 8 Satz 2 VOB/A einer Anpassung. Zur Vermeidung der Angreifbarkeit des Vergabeverfahrens sollte mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ sehr sparsam und nur in Ausnahmefällen umgegangen werden. Lediglich dann, wenn die Leistung nicht hinreichend genau neutral beschrieben werden kann, ist der Zusatz zulässig. Typischerweise dürfte dies bei haustechnischen Gewerken der Fall sein.

Wünscht der Auftraggeber die Festlegung eines bestimmten Produktes, eröffnet die Entscheidung des OLG Düsseldorf einen wesentlich größeren Handlungsspielraum. Gleichwohl sollten die Gründe, die für den Einsatz eines bestimmten Produktes sprechen, im Vergabevermerk stets dokumentiert werden. Dass ein sparsamer Umgang mit der Ausschreibung bestimmter Produkte in jedem Fall erfolgen sollte, ist schon nach den Grundsätzen einer sparsamen Haushaltsführung geboten: Jede Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet letztlich eine Preissteigerung.

Vergabefremde Aspekte

(§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB u. § 1 Abs. 3 LTTG RLP)

Das Vergaberecht wird hierdurch mit Sekundärzielen überfrachtet, für deren Umsetzung besser geeignete Wege zur Verfügung stünden. Die Regelung ermuntert Stadt- und Gemeinderäte, gesellschaftspolitische Forderungen zu stellen, die von Gemeinde zu Gemeinde variieren können. Die Zersplitterung der Märkte wird in Kauf genommen; die Fehleranfälligkeit von Ausschreibungen wird erhöht.

Der Gesetzgeber hat es versäumt, eine klare und strukturierte Regelung zu schaffen, die dem Normadressaten verdeutlicht, um was es überhaupt geht und wie er mit den „Ausführungskriterien“ umgehen soll. Bei den „zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer“ handelt es sich weder um Eignungs- noch um Zuschlagskriterien. Vielmehr wird von dem späteren Auftragnehmer ein Tun oder Unterlassen verlangt, das für den vertraglich geschuldeten Leistungserfolg (z.B. Errichtung eines Gebäudes) nicht notwendig ist.



Abb. 8: Hermann Summa, Richter am Oberlandesgericht, Vergabesenat, Koblenz

Es handelt sich um Vertragsbedingungen, die der Bieter mit der Abgabe eines Angebots als Vertragsbestandteile akzeptiert und deren Erfüllung erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens verlangt werden kann. Folglich kann der Auftraggeber sie bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe auch nicht berücksichtigen. Die weitverbreitete Praxis, von Bieter entsprechende, mit dem Angebot vorzulegende Erklärungen oder Bescheinigungen zu verlangen, ist vergaberechtlich bedenklich. Die praktische Bedeutung der Norm dürfte gering sein, weil insbesondere ökologische Aspekte oft auch leistungsbestimmend und nicht nur leistungsbegleitend sind, also unmittelbar über die Leistungsbeschreibung „bestellt“ werden

können. Soweit soziale Aspekte praktisch relevant sein könnten, ist ihre Vorgabe auf die Vereinbarkeit mit vergaberechtlichen Grundsätzen und sonstigen Rechtsnormen zu prüfen.

Innovative Aspekte sind keine zusätzlichen Anforderungen an den Auftragnehmer, sondern an die zu erbringende Leistung. Innovationen „bestellt“ der Auftraggeber über eine funktionale Leistungsbeschreibung oder die Zulassung von Nebenangeboten. Als Verfahrensarten kommen der wettbewerbliche Dialog und das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb in Betracht.



Abb. 9: Rudolf Weyand, Ltd. Regierungsdirektor, derzeit Berater und Projektleiter im Vergabebereich beim ZDF, Mainz. Leiter von Vergabe-Referaten in saarländischer Ministerialverwaltung, Lehrbeauftragter HTW, Saarbrücken

Mit Blick auf den Umweltschutz standen dem Auftraggeber schon vor dem Inkrafttreten der Neuregelungen zwei effektive Wege für die Berücksichtigung ökologischer Aspekte zur Verfügung. Die Wahl des Auftragsgegenstandes, also die Antwort auf die Frage „*Was will ich, der öffentliche Auftraggeber, bauen oder kaufen?*“ geht der Einleitung eines Vergabeverfahrens voraus. In diesem Stadium hat der Auftraggeber die Möglichkeit zur Berücksichtigung des Umweltschutzes durch die Wahl eines umweltfreundlichen Produktes oder einer umweltfreundlichen Dienstleistung. Der rechtliche Rahmen für die Umsetzung dieser zulässigen Vorentscheidung ergibt sich aus § 7 Abs. 7 VOB/A und § 8 Abs. 5 EG VOL/A.

Umwelteigenschaften sind zulässige Zuschlagskriterien. Unionsrechtlich ist dies durch Art. 53 VKR und die Rechtsprechung des EuGH (17.09.2002 - C-513/99 – juris) abgesichert. Bei den sozialen Aspekten muss man unterscheiden zwischen solchen, die leistungsbestimmend sind, und gesellschaftspolitisch motivierten Anforderungen, die sich nicht auf Art, Eigenschaft und Güte des Leistungsgegenstands beziehen, sondern auf die Art und Weise, wie der Auftrag ausgeführt werden soll.

Leistungsbestimmende soziale Aspekte stellen keine besonderen Anforderungen an den Auftragnehmer, sondern an den Leistungsgegenstand. Insoweit kann der Auftraggeber im Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen von seinem Leistungsbestimmungsrecht als Kunde Gebrauch machen und die gewünschte Leistung – wie barrierefreier Zugang oder Ausstattung eines Museums mit Tafeln in Blindenschrift – über die Leistungsbeschreibung „bestellen“. Eine damit (eher theoretisch) verbundene Einschränkung des Wettbewerbs wäre in aller Regel sachlich begründet.

Echte soziale Anforderungen (wie Frauenquote, Behindertenquote, Ausbildungsquote, Mindestlohn, Beschäftigung ehe-

maliger Langzeitarbeitsloser usw.) sind nur zulässig, wenn sie

- sich auf Ort und Dauer der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags beschränken;
- nicht dazu bestimmt oder geeignet sind, Einfluss auf die allgemeine Unternehmenspolitik zu nehmen;
- (arbeits)rechtlich zulässig sind;
- für einen gutwilligen Bieter mit zumutbaren Anstrengungen erfüllbar sind;
- bei Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz mit dem Unionsrecht zu vereinbaren sind (was z.B. bei dem „vergaberechtlichen Mindestlohn“ wohl zu verneinen ist).

Die richtige Wertung der Angebote in der Praxis

Mit einem Vortrag zur Angebotswertung in der Praxis hat Rudolf Weyand in gewohnter Weise umfassend die aktuelle vergaberechtliche Rechtsprechung zu allen vier Wertungsstufen präsentiert und damit für die Teilnehmer einen wichtigen und grundlegenden Überblick über die rechtlichen Rahmenbedingungen für das „Herzstück“ jedes Vergabeverfahrens gegeben.



Abb. 10: Dr. Kai-Uwe Schneevogl, Rechtsanwalt und Partner der Sozietät GÖRG Rechtsanwälte, Frankfurt am Main

ÖPP in Deutschland heute – Ernüchterung oder Zukunft

Beschlossen wurde die Fachtagung von Rechtsanwalt Dr. Kai-Uwe Schneevogl mit einer Präsentation über „ÖPP in Deutschland heute – Ernüchterung oder Zukunft?“. Schneevogl setzte sich vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise kritisch mit dem ÖPP-Markt in Deutschland auseinander. Dennoch können Öffentlich-Private-Partnerschaften als alternative Beschaffungsvariante nach wie vor sinnvoll eingesetzt werden. Die öffentliche Hand müsse nach geeigneten Projekten Ausschau halten und dürfe sich auch von kritischen Diskussionen nicht verunsichern lassen.

Als Resümee lässt sich damit auch für 2011 wieder festhalten: **„Vergaberecht ist und bleibt spannend“**, wie es RA Dr. Lutz Horn, Rechtsanwalt und Partner der Sozietät GÖRG Rechtsanwälte, Frankfurt am Main, der die Fachtagung souverän moderierte, am Ende formulierte.

RA Uwe Tutschapsky

Geschäftsführer vhw Südwest, Mainz