

# DStGB- DOKUMENTATIONSREIHE N° 4

---

## Fragen, Antworten und Handlungs- empfehlungen zum Vergaberecht



Deutscher  
Städte- und Gemeindebund

## Vorwort

Zum 1. Januar 1999 tritt das seit langem erwartete Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2512) in Kraft, das die EU-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe europarechtskonform umsetzt und dem Bieter erstmals einen subjektiven Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften (VOB/A, VOL/A und VOF) durch den Auftraggeber zugesteht. Die neue Rechtslage hat erhebliche Auswirkungen auf den für die Kommunen wichtigen Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, da die Kommunen mit mehr als der Hälfte aller vergebenen Aufträge von jährlich insgesamt ca. 400 Mrd. DM der größte öffentliche Auftraggeber in Deutschland sind.

Mit der vorliegenden Broschüre „Fragen, Antworten und Handlungsempfehlungen zum Vergaberecht“ möchte der Deutsche Städte- und Gemeindebund dem Informationsbedarf der Kommunen im Vergaberecht mit Rechnung tragen und Ihnen einen Orientierungsfaden zur Verfügung stellen. Ziel ist es, für die Kommunen auf der Grundlage der bestehenden nationalen sowie europarechtlichen Regeln zügige Investitionen zu gewährleisten und Vergabefehler zu vermeiden. Wir haben versucht, ein höchst komplexes und unüberschaubar gewordenes Rechtsgebiet übersichtlich auf begrenztem Raum darzustellen und dabei die für die Kommunen wichtigsten und am häufigsten gestellten Fragen zu beantworten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Gerd Landsberg

# Übersicht

<b>I. Bedeutung der Thematik</b> .....	S. 4
<b>II. Regelungsübersicht</b> .....	S. 4
1. Was regeln die Verdingungsordnungen? .....	S. 4
2. Wie grenzen sich die drei Verdingungsordnungen voneinander ab? .....	S. 5
3. Welchen Einfluß hat das Europarecht auf das deutsche Vergaberecht? .....	S. 5
Zur Zweigleisigkeit des deutschen Vergaberechts	
<b>III. Zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte</b> .....	S. 6
1. Wie werden die EG-Schwellenwerte bestimmt? .....	S. 6
2. Welchen Anwendungsbereich haben die Verdingungsordnungen? .....	S. 6
a) Persönlicher Anwendungsbereich	
b) Sachlicher Anwendungsbereich	
3. Welche Verfahrensarten gibt es? .....	S. 7
4. Welche Grundsätze sind bei der Vergabe zu beachten? .....	S. 7
a) Wettbewerbsgrundsatz	
b) Grundsatz der losweisen Vergabe	
c) Diskriminierungsverbot	
d) (Nach-)Verhandlungsverbot	
5. Wie läuft das Vergabeverfahren ab? .....	S. 8
a) Ausschreibung	
b) Leistungsbeschreibung	
c) Bewerbung	
d) Prüfung der Angebote	
e) Wertung der Angebote	
f) Zuschlag	
6. Dürfen die Gemeinden vergabefremde Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigen? .....	S. 9
7. Welche Folgen hat der Verstoß einer Gemeinde gegen Vergabevorschriften? .....	S. 9
a) Primärrechtsschutz des Bieters	
b) Schadensersatzansprüche	
c) Rechtswidrigkeit kommunaler Bescheide	
8. Welche Möglichkeiten der Kosteneinsparung gibt es bei der Auftragsvergabe? .....	S. 11
a) Sorgfältige Planung und präventive Maßnahmen	
b) Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Kommunen	
c) Veröffentlichung von Ausschreibungen	
9. Welche Maßnahmen kann eine Kommune gegen Manipulation und Korruption bei der Auftragsvergabe ergreifen? .....	S. 11
<b>IV. Zur Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte</b> .....	S. 12
Neuregelung durch das Vergaberechtsänderungsgesetz	
1. Was ändert sich durch das Vergaberechtsänderungsgesetz? .....	S. 12
2. Welchen Anwendungsbereich hat das neue Gesetz? .....	S. 12
a) Persönlicher Anwendungsbereich	
b) Sachlicher Anwendungsbereich	
3. Welche Vergabeverfahren und -grundsätze gelten für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte? .....	S. 13
4. Wie läuft das europaweite Vergabeverfahren ab? .....	S. 13
5. Welche Regelung trifft das Vergaberechtsänderungsgesetz hinsichtlich der Zulässigkeit vergabefremder Aspekte? .....	S. 13
6. Welchen Primärrechtsschutz gewährleistet das neue Gesetz? .....	S. 14
a) Nachprüfungsverfahren	
b) Beschwerde beim Oberlandesgericht	
c) Grenzen des Primärrechtsschutzes	
7. Welche Schadensersatzansprüche stehen den Bietern zu? .....	S. 13
a) Schadensersatz aus § 126 S. 1 GWB	
b) Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB	
Schaubild: Vergabe von Aufträgen durch Kommunen .....	S. 15

## Autoren

Beigeordneter Norbert Portz und  
Rechtsreferendar Felix Engelsing

# I. Bedeutung der Thematik

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist für Gemeinden ein ökonomisch sehr wichtiger Bereich.

Das Marktvolumen aller öffentlichen Aufträge in Deutschland beträgt nach Schätzungen rund 400 Milliarden DM jährlich und macht damit etwa 10-15% des deutschen Bruttoinlandsprodukts aus. Bezogen auf die EU beträgt das öffentliche Auftragsvolumen etwa 720 Milliarden ECU (über 1,4 Billionen DM), was einem Anteil von 11% am EU-Bruttoinlandsprodukt entspricht. Von den klassischen Auftraggebern Bund, Länder und Gemeinden sind die Kommunen mit knapp 60% aller Aufträge der wichtigste öffentliche Auftraggeber in Deutschland. Hinzu kommt, daß neben den Kommunen auch kommunale Unternehmen zur Anwendung des Vergaberechts bei Aufträgen oberhalb der EG- Schwellenwerte verpflichtet sind.

Mit einer ordnungsgemäßen und effizienten Auftragsvergabe lassen sich erhebliche Kosten einsparen und sowohl Nachprüfungsverfahren für Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte als auch Schadensersatzansprüche der nicht berücksichtigten Bieter vermeiden. Eine rechtmäßige Auftragsvergabe gewährleistet daher zügige Investitionen der Kommunen.

## II. Regelungsübersicht

Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt durch den Abschluß zivilrechtlicher Verträge. Bei der fiskalischen Tätigkeit der Beschaffung werden die Gemeinden nicht hoheitlich tätig, sondern handeln wie Private. Gleichwohl bestehen Unterschiede zwischen Aufträgen privater Unternehmen und den Aufträgen der öffentlichen Hand. Die öffentlichen Auftraggeber setzen bei der Beschaffung Gelder der Allgemeinheit ein, an deren effizienter Verwendung ein öffentliches Interesse besteht. Daher bestehen für die öffentliche Hand besondere Bindungen bei der Auftragsvergabe.

Diese Bindungen sind traditionell im Haushaltsrecht geregelt und damit Innenrecht der Verwaltung. Die Auftragnehmer haben prinzipiell keinen Anspruch auf Einhaltung der allein der effektiven Mittelverwendung dienenden haushaltsrechtlichen Vorschriften. Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ist dabei als oberster haushaltsrechtlicher Grundsatz in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie in den Gemeindeordnungen verankert. Ausdruck dieses Grundsatzes ist der in den Gemeindehaushaltsverordnungen festgeschriebene Vorrang der öffentlichen Ausschreibung. Alle weiteren Regelungen zur Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber sind in den Teilen A der Verdingungsordnungen geregelt.

### 1. Was regeln die Verdingungsordnungen?

Die Verdingungsordnungen sind der materielle Kern des Vergaberechts. Es gibt drei verschiedene Verdingungsordnungen: Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), die Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen (VOL) und die am 01. November 1997 in Kraft getretene Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Die Verdingungsordnungen besitzen keine Rechtsnormqualität, sofern sie Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte betreffen. Die VOB und VOL sind in diesem Bereich

lediglich Musterbedingungen, die von nichtstaatlichen Fachgremien, den sog. Verdingungsausschüssen erarbeitet und verabschiedet werden. Die Verdingungsausschüsse setzen sich aus Vertretern von Bund, Ländern, Gemeinden und kommunalen Spitzenverbände sowie Vertretern der Wirtschaftsverbände und Gewerkschaften zusammen.

Bei der VOB und der VOL ist zwischen den Teilen A und B zu unterscheiden; die VOB enthält zusätzlich noch einen Teil C. Dagegen ist die VOF nicht in verschiedene Teile unterteilt.

#### Teil A der VOB und VOL sowie VOF

In den Teilen A der VOB und VOL und in der VOF sind die Regeln enthalten, die die Auftraggeber bei der Anbahnung und Abschluß eines Vergabeverfahrens zu beachten haben: Hier finden sich Vorschriften über die Grundsätze der Vergabe, über die Vergabeverfahren, über Veröffentlichungspflichten und Fristen, über die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung, über die Prüfung und Wertung von Angeboten, über den Zuschlag und die Benachrichtigung der unterlegenen Bieter.

Die VOB/A und VOL/A sind in vier Abschnitte untergliedert: Der erste Abschnitt gilt für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte, der zweite Abschnitt für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte und die Abschnitte drei und vier für die Sektorenauftraggeber, d.h. für Unternehmen, die im Bereich der Energie-, Wasser- und Verkehrsversorgung sowie im Bereich der Telekommunikation tätig sind. Die zweiten, dritten und vierten Abschnitte der VOB/A und VOL/A sowie die VOF sind aufgrund der Umsetzung von EG-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe erlassen worden.

Den ersten Abschnitt des Teils A der VOB und VOL haben Bund, Länder und Gemeinden durch Erlasse für ihre mit der Vergabe von Aufträgen befaßten Behörden in der Regel für allgemein verbindlich erklärt. Wie der BGH in seinem grundlegenden Urteil (BauR 1992, S.221ff.) ausführt, ist die VOB/A - ebenso wie die VOL/A - keine Rechtsnorm, sondern eine Verwaltungsvorschrift, die keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen entfaltet und damit den Bietern keine subjektiven, gerichtlich einklagbaren Rechte gibt.

Für Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte verweist die von der Bundesregierung erlassene Vergabeverordnung auf den zweiten, dritten und vierten Abschnitt der VOB/A und VOL/A sowie auf die VOF, so daß diese Abschnitte bzw. die VOF aufgrund der Verweisung in die Vergabeverordnung inkorporiert sind und daher die Qualität einer Rechtsverordnung besitzen.

#### Teil B der VOB und VOL

Die Teile B der Verdingungsordnungen betreffen den Vertragsinhalt und enthalten Regelungen über Art und Umfang der Leistung, deren Ausführung sowie über Abrechnung, Gewährleistung, Haftung, Kündigung und Verjährung. Sie sind nach herrschender Meinung Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die beim Abschluß eines Vertrages zugrundegelegt und in den Vertrag einbezogen werden müssen, um Vertragsbestandteil zu werden. Ergänzend gelten die Bestimmungen des BGB, für Bauleistungen vor allem die Regeln über den Werkvertrag, §§ 631ff. BGB, und für Lieferleistungen die über den Kaufvertrag, §§ 433ff. BGB.

Der Teil C der VOB enthält allgemeine technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen. Wenn Teil B der VOB in den Vertrag einbezogen wurde, gilt für die Bauleistung auch Teil C.

## 2. Wie grenzen sich die drei Verdingungsordnungen voneinander ab?

Die VOB gilt nur für Bauleistungen. Bauleistungen sind nach § 1 VOB/A Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird. Der Begriff der baulichen Anlage geht dabei über den in den Bauordnungen der Länder verwandten Begriff der baulichen Anlage hinaus, denn er umfaßt auch alle Arbeiten an einem Grundstück i.S.d. § 638 BGB. Bauleistungen sind demnach:

- Arbeiten zur Errichtung einer baulichen Anlage
- Arbeiten an einer bestehenden Anlage
- Abbrucharbeiten
- Garten- und Landschaftsarbeiten (auch ohne Zusammenhang mit einem Bauwerk)
- Einbau maschineller oder elektrotechnischer Teile (z.B. Aufzüge), wenn die Teile durch eine feste Verbindung Bestandteil der baulichen Anlage werden.

Alle anderen Lieferungen und Leistungen unterliegen grundsätzlich der VOL: Neben Warenlieferungen sind das z.B. die für eine bauliche Anlage gelieferten Kommunikations- und EDV-Anlagen, die von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Benutzbarkeit abgetrennt werden können und die einem selbständigen Nutzungszweck dienen.

Dagegen findet auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht (also die Dienstleistungen der Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer etc.) oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, die VOF Anwendung, die am 01. November 1997 aufgrund der Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie in Kraft getreten ist. Sofern die freiberufliche Leistung allerdings eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, gilt nach § 2 Abs. 2 S.2 VOF allein die VOL. Vergibt eine Kommune aber z.B. das gesamte Leistungsbild Objektplanung für ein Gebäude (§ 15 HOAI) an einen Architekten, liegt insgesamt eine nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare Leistung auch dann vor, wenn einige Leistungsphasen (Bsp.: Objektüberwachung und Dokumentation) beschreibbar sind. Die VOF ist in diesem Fall einheitlich anzuwenden.

Anders als die VOB und die VOL, die grundsätzlich für alle Auftragsvergaben ohne Beschränkung auf einen bestimmten Wert gelten, gilt die VOF nur für Aufträge, deren Wert 200.000 SZR (1 SZR = 1,03 ECU) oder mehr beträgt.

Unterhalb dieses Schwellenwertes gilt die VOF für die von ihr grundsätzlich erfaßten freiberuflichen Leistungen nicht. Hier bleibt es für die Kommunen bei der Geltung des allgemeinen Haushaltsrechts. Danach erfolgt die Vergabe einer Architektenleistung wegen deren kreativer Natur in der Regel freihändig auf der Grundlage von Leistungskriterien.

## 3. Welchen Einfluß hat das Europarecht auf das deutsche Vergaberecht?

### Zur Zweigleisigkeit des deutschen Vergaberechts

Die Rechtsetzungstätigkeit der EU hat das deutsche Vergaberecht gravierend verändert. Zur Öffnung des Marktes der Auftragsvergabe, in dem die öffentlichen Aufträge in der Regel nur an nationale Unternehmen vergeben wurden und zur Durchsetzung der Warenver-

kehrs- und Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt, hat die EU die folgenden Richtlinien erlassen, um das Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe europaweit zu harmonisieren: die Baukoordinierungsrichtlinie, die Lieferkoordinierungsrichtlinie, die Dienstleistungsrichtlinie, die Sektorenrichtlinie und zur Durchsetzung dieser Richtlinien die allgemeine Überwachungsrichtlinie und die Sektorenüberwachungsrichtlinie.

Ziel der Überwachungsrichtlinien ist es, dem Bieter einen subjektiven, gerichtlich einklagbaren Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften zu geben, der dem traditionellen deutschen Vergaberecht fremd ist. Zudem erstreckt das EU-Recht den Anwendungsbereich über den bisher vom deutschen Recht nur erfaßten Bereich der öffentlich-rechtlichen Körperschaften hinaus auf öffentliche und kommunale Unternehmen sowie auf private Auftraggeber, sofern diese in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation tätig und mit besonderen Vorrechten ausgestattet sind.

### Schwellenwerte

Die europäischen Richtlinien greifen erst ab einer gewissen Schwellengrenze, nämlich 5 Millionen SZR (Sonderziehungsrechten: ein SZR entspricht in etwa einem ECU) für Bauleistungen sowie 200.000 SZR für Liefer- und Dienstleistungen (für Bundesministerien beträgt die Grenze 130.000 SZR). Für die privaten Sektorenauftraggeber im Trinkwasser-, Energie- und Versorgungsbereich gilt für Liefer- und Dienstleistungsaufträge ein Schwellenwert von 400.000 SZR; im Bereich der Telekommunikation beträgt er 600.000 SZR. Oberhalb dieser Grenzen sind die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinien verpflichtet; darunter können sie weiterhin eigene Regelungen erlassen.

### Aufträge oberhalb der Schwellenwerte

Der deutsche Gesetzgeber hat sich für ein doppelspuriges System entschieden, um unterhalb der EG-Schwellenwerte das traditionelle System des deutschen Vergaberechts, insbesondere den fehlenden Rechtsschutz der Bieter auf der Primärebene, unangetastet zu lassen. Für Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte gelten ab dem 1. Januar 1999 die §§ 97 bis 129 GWB und die aufgrund der §§ 97 Abs. 6, 127 GWB noch zu erlassende Vergabeverordnung der Bundesregierung, die hinsichtlich des von den Kommunen zu beachtenden Verfahrens auf den zweiten Abschnitt der VOB/A und VOL/A sowie auf die VOF verweist.

Auf die Vergabe von Aufträgen der privaten Sektorenauftraggeber oberhalb der EG-Schwellenwerte sind ebenfalls die §§ 97ff. GWB und die Vergabeordnung, die für die Sektorenauftraggeber auf die Abschnitte drei und vier der VOB/A und VOL/A verweist, anzuwenden.

### Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte gelten weiterhin die haushaltsrechtlichen Vorschriften, für Gemeinden also insbesondere die Gemeindehaushaltsverordnung und die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOB/A und VOL/A, die sog. Basisparagrafen.

Die anzuwendenden vergaberechtlichen Vorschriften richten sich also nach der Unter- oder Überschreitung der EG-Schwellenwerte. Dieser von der Höhe des Auftragswerts abhängigen Zweigleisigkeit des deutschen Vergaberechts folgt auch die Gliederung dieses Orientierungleitfadens mit der Unterteilung in die Auftragsvergabe unterhalb (Punkt III) und oberhalb der EG-Schwellenwerte (Punkt IV).

### III. Zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte

#### 1. Wie werden die EG-Schwellenwerte bestimmt?

Die EU-Kommission hat den Gegenwert des ECU in DM für die für eine europaweite Vergabe geltenden Schwellenwerte für den Zeitraum vom 01.01.1998 bis zum 31.12.1999 wie folgt festgelegt (wobei nur die für die Kommunen relevanten Schwellenwerte genannt werden):

Bauleistungen: 5.000.000 ECU = 9.606.331 DM  
Liefer- und Dienstleistungen:  
200.000 ECU = 384.253 DM

Da die EU sich auf internationaler Ebene zur Umsetzung des mit den USA geschlossenen „General Procurement Agreement“ (GPA) verpflichtet hat, gelten ab dem 13.10.1998 statt der Maßeinheit ECU neue Maßeinheiten, die sog. Sonderziehungsrechte (SZR). Ein SZR entspricht 1,03 ECU. Danach ergeben sich folgende Schwellenwerte:

Bauleistungen: 5.000.000 SZR = 5.150.000 ECU  
= 9.894.520 DM  
Liefer- und Dienstleistungen:  
200.000 SZR = 206.000 ECU  
= 395.780 DM

#### Berechnung der Schwellenwerte

Die Schwellenwerte berechnen sich nach dem geschätzten Gesamtauftragswert der Leistung ohne Umsatzsteuer (vgl. § 1a Nr. 1 VOB/A, § 1b Nr. 4 VOL/A, § 3 Abs. 1 VOF). Für die Ermittlung des Auftragswertes darf ein Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden, ihn der Anwendung der europarechtlichen Vergabebestimmungen zu entziehen (vgl. § 1a Nr. 4 VOB/A, § 1b Nr. 9 VOL/A, § 3 Abs. 2 VOF).

Die Aufteilung einer Leistung darf danach nur erfolgen, wenn objektive Gründe für die Aufteilung vorliegen. Das kann bei einem Bauvorhaben z.B. dann der Fall sein, wenn unabhängige und nicht miteinander in Verbindung stehende Funktionseinheiten vorliegen. Wird ein Bauauftrag in Losen vergeben, findet das europäische Vergaberecht auf die Einzellose Anwendung, wenn jedes Los einen geschätzten Auftragswert von mind. 1 Million ECU (ca. 2 Millionen DM) besitzt.

Bei Leistungen nach der VOL/A und freiberuflichen Leistungen nach der VOF sind, wenn die vergebende Leistung in mehrere Teilaufträge aufgeteilt wird, die Teilaufträge zusammenzurechnen.

Bei Daueraufträgen ist grundsätzlich der tatsächliche Gesamtwert des Auftrags maßgeblich. Soweit kein Gesamtpreis angegeben ist, ist bei einer Vertragslaufzeit von bis zu vier Jahren der geschätzte Gesamtwert der Vertragslaufzeit zugrunde zu legen. Bei einer Vertragsdauer von mehr als vier Jahren ist der Auftragswert der geschätzte Gesamtwert für vier Jahre.

#### 2. Welchen Anwendungsbereich haben die Verdingungsordnungen?

##### a) Persönlicher Anwendungsbereich

###### aa) Kommunen

Ausgehend von dem in allen Gemeindeordnungen verankerten Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit

sehen die Gemeindehaushaltsverordnungen (vgl. z.B. § 31 GemHVO NW) vor, daß die Kommunen bei der Vergabe von Aufträgen die Leistungen öffentlich ausschreiben müssen. Dabei sind die von den Innenministern bekanntgegebenen Vergabegrundsätze zu beachten. Durch die Vergabegrundsätze soll sichergestellt werden, daß unter Ausnutzung eines Leistungswettbewerbs und aller Chancen am Markt das günstigste Angebot erzielt werden kann.

Die Anwendung der VOB/A haben alle Länder durch einen ministeriellen Erlaß den Kommunen verbindlich vorgeschrieben. Bei der VOL/A ergibt sich ein differenzierteres Bild. Zwingend vorgeschrieben ist die VOL/A nur in den ostdeutschen Kommunen sowie in Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Rheinland-Pfalz, während Nordrhein-Westfalen seinen Kommunen die Anwendung der VOL/A nur empfohlen hat. In Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und dem Saarland ist die VOL/A nicht durch eine landesweite Verwaltungsvorschrift verbindlich in den Kommunen eingeführt worden. Allerdings haben in diesen Ländern viele Gemeinden durch innerdienstliche Anweisung des Hauptverwaltungsbeamten bestimmt, daß die VOL/A bei der Vergabe von Leistungen zu berücksichtigen ist.

Grundsätzlich erstreckt sich die Geltung der Verdingungsordnung auch auf das Sondervermögen und die Eigenbetriebe einer Gemeinde, da diese unselbständige Einheiten und rechtlich Bestandteile der Kommunen sind.

In Nordrhein-Westfalen hat das Innenministerium NW jedoch mit Erlaß vom 16.05.1994 unter Verweis auf seinen Erlaß vom 08.04.1976 die Auffassung vertreten, daß Eigenbetriebe nicht zur Anwendung der vom Innenministerium bekanntgegebenen Vergabegrundsätze und damit nicht zur Anwendung der VOB/A und der VOL/A verpflichtet seien, wenn es sich um die Vergabe von Aufträgen handele, die unterhalb der EG-Schwellenwerte liegen.

##### bb) Kommunale Unternehmen

Für juristische Personen des Privatrechts (wie GmbH und AG), deren Gesellschaftsanteile zu 100% oder mehrheitlich im Eigentum der Kommune sind (sog. kommunale Unternehmen), gelten die Verdingungsordnungen bei Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte grundsätzlich nicht. Die Anwendung der Verdingungsordnungen sind nur den kommunalen Gebietskörperschaften verbindlich vorgeschrieben worden, nicht aber den privatrechtlichen Gesellschaften.

Allerdings haben die Kommunen als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter bei der Gründung der privaten Gesellschaft häufig in den Gesellschaftsverträgen festgeschrieben, daß die Gesellschaft die Verdingungsordnungen anzuwenden hat.

##### b) Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen hängt davon ab, an wen die Kommune einen Auftrag vergeben will. Nur bei der Vergabe eines Auftrages an einen externen Dritten muß die Kommune die Verdingungsordnungen beachten. Es stellt sich mithin die Frage, wer externe Dritte aus Sicht der Gemeinde sind und wer nicht:

##### Beauftragung von Eigenbetrieben

Die Berücksichtigung der Vergaberegeln der VOB und VOL ist nicht erforderlich, wenn die Kommune ihren Eigenbetrieb mit der Ausführung bestimmter Leistungen beauftragt. Da der Eigenbetrieb nur eine unselbständige Anstalt der Gemeinde und mit dieser rechtlich identisch ist, liegt bei einer Auftragsvergabe der Gemeinde an ihren Eigenbetrieb sozusagen ein „Insichgeschäft“ vor.



### **Beauftragung von privaten Eigengesellschaften der Kommune**

Auch bei der Vergabe von Aufträgen an Gesellschaften des Privatrechts, deren Alleingesellschafter die Kommune ist, sind die Verdingungsordnungen nicht anzuwenden. Zwar sind die Eigengesellschaften rechtlich selbständig, aber da sie von den Kommunen zu 100% beherrscht werden, sind sie im Verhältnis zu den Kommunen nicht als Dritte im vergaberechtlichen Sinne anzusehen. Das folgt auch daraus, daß die Kommunen bei bestimmten öffentlichen Aufgaben die Wahl haben, diese Aufgaben selbst, durch einen Eigenbetrieb oder durch eine juristische Person des Privatrechts erfüllen zu lassen. Den Gemeinden würde der Weg in eine solche grundsätzlich zulässige Organisationsprivatisierung abgeschnitten, wenn die Kommunen bei der Vergabe von Aufträgen an ihre privaten Eigengesellschaften die Verdingungsordnungen einhalten müßten.

### **Beauftragung kommunaler Unternehmen**

Wenn eine Gemeinde einen Auftrag an eine privatrechtliche Gesellschaft vergibt, deren Mehrheitseigner sie ist, liegt wegen des Beherrschungsverhältnisses ebenfalls keine Auftragsvergabe an einen Dritten vor. Die Verdingungsordnungen sind grundsätzlich nicht anzuwenden.

Dagegen hat das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 09. November 1993 aus kartellrechtlichen Gründen entschieden, daß eine Kommune öffentlich ausschreiben müsse, wenn sie einen privaten Mitgesellschafter für eine kommunale Beteiligungsgesellschaft sucht. Da die kommunale Beteiligungsgesellschaft bei der Aufgabenerledigung in der Regel ein Monopol habe, fordere der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB die Ausschreibung der staatlichen Leistung. Nur auf diese Weise könnten im Regelfall sämtlichen Unternehmen der Zugang zu den staatlichen Beschaffungsmärkten eröffnet werden. Für die kommunalen Auftraggeber gelte zudem die Gemeindehaushaltsverordnung, wonach der Vergabe von Aufträgen grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen müsse.

Diese bisher vereinzelt gebliebene Entscheidung ist jedoch insofern fragwürdig, als die öffentliche Ausschreibung einer Gesellschafterstellung nur schwer mit dem Vertrauensverhältnis und der besonderen Beziehung zwischen den Partnern einer Gesellschaft vereinbar ist. Daher muß für die Auswahl eines Mitgesellschafters auch künftig eine „freihändige Auswahl“ durch die Kommune möglich sein.

### **Beauftragung eines gebietsübergreifend tätigen kommunalen Unternehmens**

Problematisch ist der Fall, wenn ein kommunales Unternehmen seine Tätigkeit über das Gebiet „seiner“ Gemeinde hinaus ausdehnt. Unabhängig von der Frage, ob dies mit dem kommunalen Wirtschaftsrecht vereinbar ist, dürfte sich eine solche Ausdehnung auch auf die Anwendbarkeit der Verdingungsordnungen auswirken. Sofern die Gemeinde, die Allein- oder Mehrheitsgesellschafter des Unternehmens ist, Aufträge an ihr kommunales Unternehmen vergibt, liegt in diesem Verhältnis keine Auftragsvergabe an einen Dritten vor. Wenn jedoch Kommunen, die keine Gesellschaftsanteile an dem Unternehmen halten, Aufträge an dieses auf ihrem Gemeindegebiet tätig werdende Unternehmen vergeben, so liegt hier ein externes Auftragsverhältnis vor mit der Folge, daß die Verdingungsordnungen Anwendung finden.

### **Beauftragung eines privaten Unternehmens ohne kommunale Beteiligung**

Bei der Beauftragung eines privaten Unternehmens ohne kommunale Beteiligung hat die Kommune das Vergabericht und den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung zu beachten, da solche privaten Gesellschaften für die Gemeinde externe Dritte sind.

Dies bestätigt das Urteil des Verwaltungsgericht Neustadt a.d. Weinstraße vom 14. April 1997 und das Urteil des OVG Koblenz vom 09.04. 1997. Nach beiden Entscheidungen muß die Vergabe eines Auftrages zur Müllentsorgung an ein privates Unternehmen ohne kommunale Beteiligung öffentlich ausgeschrieben werden und darf nicht freihändig vergeben werden.

## **3. Welche Verfahrensarten gibt es?**

In Teil A der VOB und VOL werden drei Arten der Vergabe (vgl. § 3 VOB/A, § 3 VOL/A) unterschieden, die in einem Stufenverhältnis zueinander stehen:

- (1) öffentliche Ausschreibung
- (2) beschränkte Ausschreibung
- (3) freihändige Vergabe

Die öffentliche Ausschreibung ist in der VOB/A und VOL/A als Regelfall vorgesehen, von der nur abgewichen werden darf, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände, die in § 3 Nr. 3, 4 VOB/A und VOL/A spezifiziert werden, eine Ausnahme rechtfertigen. Bei der öffentlichen Ausschreibung werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben, bei der beschränkten Ausschreibung nur einer beschränkten Zahl von Unternehmen. Die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe ist bei der VOB/A und VOL/A der Ausnahmefall. Bei der nur oberhalb der EG-Schwellenwerte anwendbaren VOF ist allerdings das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabekanntmachung (§ 5 Abs. 1 VOF), das dem Auftraggeber einen weiten Spielraum zubilligt, die Regel.

## **4. Welche Grundsätze sind bei der Vergabe zu beachten?**

### **a) Wettbewerbsgrundsatz**

Die Leistungen sind nach den Verdingungsordnungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben (vgl. § 2 Nr. 1 VOB/A und VOL/A; § 4 Abs. 1 VOF). Der Wettbewerbsgrundsatz verlangt, in einem formalisierten Verfahren möglichst vielen Bietern die Gelegenheit zu geben, ihre Leistung anzubieten. Daher sehen die VOB und die VOL die öffentliche Ausschreibung als Regelfall an, bei der eine unbeschränkte Anzahl von Bietern zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Wenn die Gemeinde gegen den Grundsatz des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung verstößt, kann dies zur Rechtswidrigkeit kommunaler Gebührenbescheide führen (vgl. dazu unten Punkt III 7 c).

### **b) Grundsatz der losweisen Vergabe**

Die VOB/A und VOL/A enthalten aus mittelstands- und wettbewerbspolitischen Gründen das Gebot der Losvergabe (§ 4 VOB/A, § 5 VOL/A), während die VOF von der einheitlichen Vergabe der Leistungen ausgeht.

Durch die losweise Vergabe haben kleine oder mittlere Unternehmen mit regionalem Bezug eine größere Chance bei der Auftragsvergabe den Zuschlag zu erhalten. Wird demgegenüber ein großer Auftrag einheitlich vergeben

(Beispiel: Generalunternehmer), kommen meist nur Großunternehmen bei der Auftragserteilung zum Zuge. Durch die getrennte Vergabe der Leistungen können Bietergemeinschaften mittelständischer Unternehmen gefördert werden. Auf die Möglichkeit der Bildung solcher Bietergemeinschaften sollte die Kommune kleine und mittlere Betriebe bereits in der Bekanntmachung zur Auftragsvergabe verstärkt hinweisen.

#### **c) Diskriminierungsverbot**

Einer der wichtigsten Grundsätze des Vergaberechts ist das Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot. Es verbietet, die Auftragnehmer ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Das bedeutet beispielsweise, daß Auftraggeber ortsansässige Unternehmer bei der Auftragsvergabe nicht bevorzugen dürfen. Das Diskriminierungsverbot gilt während des gesamten Vergabeverfahrens. Ein Bieter darf demnach z.B. keine Auskünfte des Auftraggebers erhalten, die über die Informationen der Vergabeunterlagen hinausgehen, wenn nicht die anderen Mitbieter diese Auskünfte auch erhalten.

#### **d) (Nach-)Verhandlungsverbot**

Die VOB/A und die VOL/A verbieten den Auftraggebern grundsätzlich nach Abgabe der Angebote mit den Bietern über die Preise zu verhandeln (§ 24 VOB/A, § 24 VOL/A). Es ist den Gemeinden also verwehrt, durch Nachverhandlungen die Preise zu drücken. Verhandlungen dürfen nur zum Zwecke der Unterrichtung über das Angebot oder zur Feststellung der Zuverlässigkeit und Eignung des Bieters sowie bei unumgänglichen technischen Änderungen und daraus resultierenden Preisänderungen geführt werden. Davon abgesehen ist der Auftraggeber an seine Ausschreibung und die darin enthaltenen Angaben sowie die aufgrund der Ausschreibung erfolgten Angebote der Bieter gebunden.

Das Verbot gilt nicht für das Verhandlungsverfahren. Es ist daher in die VOF, die für die Vergabe freiberuflicher Leistungen das Verhandlungsverfahren vorsieht, nicht aufgenommen worden. Allerdings kommt hier über § 16 Abs. 2 S.2 VOF die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) zur Anwendung, so daß bei unter die VOF fallenden Vergaben ein Preiswettbewerb gar nicht möglich ist.

## **5. Wie läuft das Vergabeverfahren ab?**

### **a) Ausschreibung**

Das Vergabeverfahren beginnt mit der Zusammenstellung der Vergabeunterlagen, die aus den Verdingungsunterlagen und dem Anschreiben (der Aufforderung zur Angebotsabgabe) bestehen. Die Verdingungsunterlagen setzen sich aus der Leistungsbeschreibung (bei Bauleistungen bestehend aus einer allgemeinen Baubeschreibung und einem Leistungsverzeichnis) und den Vertragsbedingungen zusammen.

Die Vergabeunterlagen sind durch Veröffentlichung in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften mit den in § 17 Nr. 1 VOB/A, VOL/A genannten Angaben bekanntzumachen.

### **b) Leistungsbeschreibung**

Die Vorschrift über die Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A, § 8 VOL/A) ist das Kernstück der Vergabeunterlagen und des späteren Vertragsinhalts. Sie legt Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung fest und ist die Grundlage für die Bemessung der Vergütung. Auch die spätere Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt anhand der Leistungsbeschreibung. Daher ist eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung in der Praxis ungemein wichtig.

Die Leistungsbeschreibung muß nach § 9 Nr. 1 VOB/A, § 8 Nr. 1 VOL/A die erwartete Leistung so eindeutig und erschöpfend beschreiben, daß alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können und ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können. In der Praxis gibt es standardisierte Ausschreibungstexte, die in Standardleistungsbüchern enthalten sind. Darzustellen sind insbesondere die Mengen aufgrund der Mengenerrechnungen, die Art der Leistungen mit Erläuterungen der Konstruktion und der Baustoffe, besondere technische und bauphysikalische Anforderungen, örtliche Gegebenheiten, die einzuhaltenen Maße etc. Wesentlich ist, daß bei der Beschreibung der Leistung die verkehrsüblichen Bezeichnungen (insbes.: DIN-Normen nach Teil C der VOB) beachtet werden.

Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sollten produktneutral und allgemeinverständlich sein. Soweit dies ausnahmsweise nicht möglich ist und konkrete Bezeichnungen (z.B. Markennamen, Warenzeichen, Patente) verwendet werden müssen, muß immer der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ hinzugefügt werden.

Das Leistungsverzeichnis bei Bauleistungen kann bei entsprechender Ausschreibung durch ein Leistungsprogramm ersetzt werden, das lediglich die Art der Bauaufgabe und den Zweck der Baumaßnahme vorgibt, die konstruktive Lösung aber den Bietern überläßt (sog. funktionale Leistungsbeschreibung).

### **c) Bewerbung**

Die Bieter müssen innerhalb der vom Auftraggeber genannten Angebotsfrist, die im Hinblick auf die Erstellung der Angebotsunterlagen ausreichend bemessen sein muß und nach § 18 Nr. 1 VOB/A auch bei Dringlichkeit 10 Tage nicht unterschreiten darf, ihre Angebote einreichen. Die Angebote müssen die in § 21 VOB/A und VOL/A genannten Angaben enthalten. Die Öffnung der Angebote erfolgt im Eröffnungstermin, bei dem nach § 22 Nr. 1 VOB/A die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein dürfen; im Eröffnungstermin nach der VOL/A ist ihre Anwesenheit dagegen nicht zulässig (§ 22 Nr. 1 VOL/A).

### **d) Prüfung der Angebote**

Zunächst ist zu klären, ob die Angebote die Angebotsfrist eingehalten haben und den in § 21 Nr. 1, 2 VOB/A, VOL/A genannten formellen Anforderungen genügen. Formell fehlerhafte Angebote müssen nach § 23 Nr. 1 VOB/, VOL/A nicht geprüft werden. Danach erfolgt die sachliche Prüfung der Angebote in drei Stufen: rechnerische Prüfung, technische Prüfung, wirtschaftliche Prüfung.

### **e) Wertung der Angebote**

Die Wertung der Angebote erfolgt nach § 25 VOB/A und VOL/A in vier Schritten:

Zunächst werden die nicht rechtzeitigen, formell fehlerhaften Angebote ausgeschieden, dann erfolgt eine Prüfung der sachlichen und persönlichen Eignung der Bieter auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Anschließend werden Angebote mit unangemessen niedrigen und unangemessen hohen Preisen ausgeschlossen. Schließlich ist unter den Angeboten der engeren Wahl nach der VOB/A das annehmbarste, nach der VOL das wirtschaftlichste und nach der VOF das Angebot, das die bestmögliche Leistung erwarten läßt, auszuwählen. Dabei ist der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend.

Der BGH hat in zwei neuen Urteilen vom 08.09.1998 Maßstäbe für die Wertung von Angeboten vorgegeben: Zum einen darf bei der Vergabeentscheidung nach § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A nach Bejahung der generellen Eignung der in die engere Wahl kommenden Bieter ein „Mehr an Eignung“ eines Bieters nicht als entscheidendes Kriterium



für den Zuschlag berücksichtigt werden. Zum anderen ist eine Abweichung des Angebots eines Bieters vom Leistungsverzeichnis als eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen zu werten, so daß dieses Angebot, auch wenn es sich um das preislich günstigste handelt, nicht in die Wertung miteinbezogen werden muß.

#### **f) Zuschlag**

Der Zuschlag ergeht auf das annehmbarste bzw. wirtschaftlichste Angebot. Der Zuschlag ist die zivilrechtliche Annahme des Angebots des Bieters, durch den der Vertrag zustandekommt. Nichtberücksichtigte Bewerber sind unverzüglich zu benachrichtigen (§ 27 Nr. 1 VOB/A), wobei die Benachrichtigung nach § 27 Nr. 1 VOL/A von einem vorherigen schriftlichen Antrag des erfolglosen Bieters abhängt.

## **6. Dürfen die Gemeinden vergabefremde Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigen?**

Eines der umstrittensten und am häufigsten diskutierten Themen im Vergaberecht ist die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien wie Tariftreue, Lehrlingsausbildung, Ertragsberechnungen, Ortsansässigkeit etc.

Die Verdingungsordnungen (§ 2 Nr. 1 VOB/A, § 2 Nr. 3 VOL/A, § 4 Abs. 1 VOF) und der neue § 97 Abs. 4 GWB sehen vor, daß nur die ausschließlich bieterbezogenen Kriterien Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bei der Auftragsvergabe zu beachten sind. Dagegen wird in Erlassen von Bund, Ländern und Gemeinden bestimmt, daß bei der Vergabe eines Auftrags durch die öffentliche Hand auch sog. vergabefremde Kriterien wie Tariftreueerklärungen (vgl. den entsprechenden Berliner Erlaß vom 09.02.1995), Lehrlingsausbildung (vgl. den hessischen Lehrlingserlaß vom 15.09.1997), Frauenförderung, Bevorzugung regionaler Anbieter, Zugehörigkeit zur Scientology-Sekte, Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte usw. zu berücksichtigen sind. Solche Erlasse gehen als spezielle Bestimmungen der Regelung in den Verdingungsordnungen vor, da diese bei Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte ja nur den Rang einer Verwaltungsvorschrift haben und deshalb durch Verwaltungsvorschriften abgeändert werden können.

#### **Ertragsberechnung und Markterkundung**

Ausdrücklich verboten ist nach § 16 Nr. 2 VOB/A bzw. VOL/A ein Mißbrauch der öffentlichen Ausschreibung bei der Auftragsvergabe für die vergabefremden Zwecke der Ertragsberechnung und Markterkundung. Die Gemeinde darf also Leistungen nicht deshalb ausschreiben, um zu prüfen, ob beispielsweise ihr Bauhof noch wirtschaftlich arbeitet oder ob es ökonomischer wäre, den Bauhof aufzulösen und die Leistungen von einem privaten Unternehmen erbringen zu lassen.

#### **Tariftreueerklärung**

Der Berliner Senat hatte in einem Rundschreiben vom 09.02.1995 festgelegt, daß öffentliche Straßenbauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die eine sog. Tariftreueerklärung unterzeichnet haben. Durch diese Erklärung verpflichteten sich die Bauunternehmer, die geltenden, jedoch nicht für allgemein verbindlich erklärten Berliner Lohntarife einzuhalten.

Der Kartellsenat des Kammergerichts Berlin hat in seiner Entscheidung vom 20.05.1998 diese Tariftreueerklärung für unzulässig erklärt und damit den Beschluß des

Bundeskartellamtes vom 07.11.1997 bestätigt, gegen den der Berliner Senat Beschwerde eingelegt hatte. Die Berliner Tariftreueerklärung verstößt nach Ansicht des Kammergerichts gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB, das für das Land Berlin als zumindest marktstarker Nachfrager im Bereich der Straßenbauleistungen gelte. Das Land dürfe seine marktstarke Stellung nicht dazu mißbrauchen, mit der Tariftreueerklärung wirtschaftspolitische Ziele durchzusetzen.

#### **Kartell- und europarechtliche Bedenken**

Dieses Urteil zeigt, daß die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien kartellrechtlich problematisch ist. Darüber hinaus ist die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten bedenklich, denn wenn öffentliche Aufträge nicht nach bieterbezogenen Kriterien, sondern nach gesellschaftspolitischen Zielen vergeben werden, kann dies unter Umständen gegen die Warenverkehrsfreiheit des Art. 30 EGV, die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV und die Vorschriften über staatliche Beihilfen, Art. 92, 93 EGV, verstoßen.

Deshalb sollten die Kommunen die Auftragsvergabe nicht mit vergabefremden Aspekten belasten. Das den Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung dienende Vergaberecht ist der falsche Platz, um gesellschaftspolitische Ziele wie die Frauenförderung durchzusetzen. Zudem führt die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte zu einer Wettbewerbsverzerrung und ist für die Kommunen in praktischer Hinsicht nur schwer umzusetzen und nachzuprüfen.

#### **Berücksichtigung von Umweltbelangen**

Umweltaspekte können seitens der Gemeinden bei der Auftragsvergabe durch die Leistungsbeschreibung vorgegeben werden. Anforderungen an die Leistungen, die ausgeschrieben werden - z.B. die Umweltfreundlichkeit von Bauprodukten und zu liefernden Fahrzeugen - sind keine vergabefremden Kriterien, sondern zulässige Produktbeschreibungen.

Bei Bauleistungen können nach den allgemeinen technischen Vertragsbedingungen ökologische Anforderungen an den Auftrag sowohl durch Angaben zur Baustelle als auch durch Angaben zur Ausführung vorgeschrieben werden. Wenn in der Leistungsbeschreibung die Bevorzugung umweltfreundlicher Produkte angegeben ist, kann der Auftraggeber den Auftrag selbst dann an ein Unternehmen vergeben, wenn dieses einen teureren, dafür aber umweltfreundlichen Baustoff liefert. Allerdings muß der Auftraggeber bereits in der Leistungsbeschreibung angeben, daß er umweltfreundliche im Rahmen seiner Wertung Produkte bevorzugt zum Zuge kommen läßt.

Die Umweltfreundlichkeit eines Produkts kann sich dabei auch auf die Herstellungs-, Transport- und Entsorgungsphase beziehen, was in der Praxis allerdings nur schwierig überprüfbar sein dürfte. Bei der Bewertung der Umweltfreundlichkeit von Produkten empfiehlt es sich, das vom Bundesumweltamt in Berlin in dritter Auflage herausgegebene Buch „Umweltfreundliche Beschaffung“ zugrunde zu legen.

## **7. Welche Folgen hat der Verstoß einer Gemeinde gegen Vergabevorschriften?**

#### **a) Primärrechtsschutz des Bieters**

Aufgrund des Innenrechtscharakters des deutschen Vergaberechts hat ein Bieter grundsätzlich keine Möglich-

keit, gegen eine Verletzung vergaberechtlicher Bestimmungen durch den Auftraggeber gerichtlich vorzugehen. Aus der VOB/A und VOL/A, die lediglich Verwaltungsvorschriften sind, lassen sich keine subjektiven, gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche der Bieter auf Einhaltung der Vergaberegeln ableiten.

Mittelbare Außenwirkung entfalten die Verdingungsordnungen nur über den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz läge z.B. vor, wenn eine Gemeinde trotz der in einer Verwaltungsvorschrift für die Anwendung des freihändigen Vergabeverfahrens festgelegten Wertgrenze von 10.000 DM auch Aufträge mit einem höheren Auftragswert im freihändigen Verfahren vergibt. Hiergegen kann ein Unternehmer verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz erlangen.

Primärrechtliche Ansprüche der Bieter können sich auch aus dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB ergeben, z. B. wenn die Gemeinde ortsansässige Bewerber allein wegen ihres regionalen Bezuges bevorzugt. Die Anwendbarkeit des § 26 Abs. 2 GWB setzt allerdings eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung des Auftraggebers voraussetzt. Des weiteren kann sich ein Bieter primärrechtlich gegen öffentlich-rechtliche Eingriffe der öffentlichen Auftraggeber wie z.B. Auftragsperren, zur Wehr setzen.

Daneben kommt für den Bieter eine Dienstaufsichtsbeschwerde bei der vorgesetzten Behörde in Betracht. Die Dienstaufsichtsbeschwerde ist jedoch kein sehr erfolgversprechender Ansatzpunkt, da der Auftragnehmer keinen Anspruch auf ein Tätigwerden der vorgesetzten Behörde hat.

#### **b) Schadenersatzansprüche**

##### **aa) Schadenersatz aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c.i.c)**

Die wichtigste Anspruchsgrundlage für einen nicht berücksichtigten Bieter ist der Schadenersatzanspruch aus der Verletzung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses (*culpa in contrahendo*). Ein solcher Anspruch setzt die Aufnahme von Vertragsverhandlungen zwischen Auftraggeber und Bieter voraus, wofür bereits die Teilnahme an der öffentlichen Ausschreibung genügt. Durch die Teilnahme entsteht ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, aus dem für beide Parteien gegenseitige Schutzpflichten, wie Mitteilungs-, Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten erwachsen. Wenn die Gemeinde während des Vergabeverfahrens Vorschriften der VOB und VOL mißachtet, verletzt sie ihre vorvertraglichen Schutzpflichten. Das ist z.B. der Fall, wenn die Gemeinde nur ortsansässige Bewerber berücksichtigt (Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A, § 7 Nr. 1 S.2 VOL/A). Des weiteren muß die Gemeinde schuldhaft gehandelt haben, was jedoch regelmäßig vorliegt, da der Gemeinde bei einem Vergabeverstoß in der Regel Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

#### **Ersatz des Vertrauensschadens**

Entscheidend für den Schadenersatzanspruch eines Bieters ist die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem entstandenen Schaden. Nach der Rechtsprechung kann ein Bieter nur dann Schadenersatz verlangen, wenn er ohne den Vergabeverstoß eine Chance gehabt hätte, den Auftrag zu erhalten oder nicht am Vergabeverfahren teilgenommen hätte. Die Darlegungs- und Beweislast für den Ursachenzusammenhang trägt der Bieter.

Gelingt der Kausalitätsnachweis, so kann der Bieter im Regelfall nur den Vertrauensschaden (negatives Interesse)

verlangen, d.h. er ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht an dem Vergabeverfahren teilgenommen hätte. Denn wenn der Bieter gewußt hätte, daß der Auftraggeber die einschlägigen Vergabevorschriften nicht einhält, hätte er gar kein Angebot gemacht. Der Bieter kann daher die Aufwendungen für die Teilnahme an der Ausschreibung (Kosten für die Beschaffung der Verdingungsunterlagen, Kalkulationsaufwendungen, Reisekosten, Porto etc.) als Schaden ersetzt verlangen.

#### **Ersatz des Erfüllungsschadens**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BauR 93, S.214), die dieser in mehreren am 08.09.1998 erlassenen Entscheidungen bestätigt hat, kann der Bieter in Ausnahmefällen auch den Erfüllungsschaden (positives Interesse) ersetzt verlangen. Allerdings ist dafür Voraussetzung, daß der Bieter darlegen und beweisen kann, daß er bei ordnungsgemäßem Verhalten der Gemeinde den Zuschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte, weil sein Angebot das annehmbarste bzw. wirtschaftlichste Angebot war. In diesem Fall ist der Bieter so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er den Zuschlag erhalten hätte; er kann also auch den entgangenen Gewinn als Schadenersatz fordern.

##### **bb) Schadenersatz aus anderen Anspruchsgrundlagen**

Neben dem Anspruch aus c.i.c. kommt bei marktstarken oder marktmächtigen Auftraggebern auch ein Schadenersatzanspruch aus § 35 Abs. 1 des GWB in Betracht, insbesondere dann, wenn bei der Auftragsvergabe gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 und 3 GWB verstoßen wurde.

Ein Anspruch aus unerlaubter Handlung steht dem Bieter nur in Ausnahmefällen zu. Eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß die Gemeinde durch den Vergabeverstoß ein Rechtsgut des Auftragnehmers wie Eigentum oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt hat. Bei einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung des Bieters, die z. B. bei einem kollusiven Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer vorliegt, steht dem nicht zum Zuge gekommenen Bieter ein Anspruch aus § 826 BGB zu.

Dagegen scheidet ein Schadenersatzanspruch des Bieters aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Verdingungsordnungen aus, weil die Verdingungsordnungen als Verwaltungsvorschriften im Allgemeininteresse erlassen worden sind und keinen Individualschutz bezwecken. Sie sind daher keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

##### **c) Rechtswidrigkeit kommunaler Bescheide**

Ein Verstoß der Gemeinde bei der Auswahl des richtigen Vergabeverfahrens, insbesondere die Nichtbeachtung des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung, kann die Rechtswidrigkeit kommunaler Gebührenbescheide nach sich ziehen.

Dies hat das Verwaltungsgericht Neustadt a.d. Weinstraße mit Urteil vom 14. April 1997 für die Vergabe eines Müllentsorgungsauftrages so entschieden. Die Gemeinde hatte einen Entsorgungsauftrag freihändig an ein privates Unternehmen vergeben und nicht öffentlich ausgeschrieben. Aus dem Fehlen einer öffentlichen Ausschreibung folgt nach Auffassung des Verwaltungsgerichts, daß die rechtssatzmäßige Festlegung der Gebührensätze auf einer nicht ordnungsgemäß entstandenen Berechnungsgrundlage beruht, was die Unwirksamkeit der die Gebührensätze betreffenden Satzungsregelungen nach sich zieht.

Mit Urteil vom 09.04. 1997 hat das Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz gleichlautend entschieden. Nach dem Urteil sind kommunale Gebietskörperschaften

grundsätzlich verpflichtet, eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, wenn sie Aufträge über Maßnahmen vergeben wollen, deren Kosten in Form von Beiträgen umgelegt werden. Auf einen Verstoß gegen das Ausschreibungsverbot könne sich der Beitragspflichtige berufen.

Daher ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß Kommunen bei der Vergabe von Aufträgen im Entsorgungsbereich, auch bei der Verlängerung von Verträgen mit Entsorgungsunternehmen, öffentlich ausschreiben müssen.

## 8. Welche Möglichkeiten der Kosteneinsparung gibt es bei der Auftragsvergabe?

### **a) Sorgfältige Planung und präventive Maßnahmen**

Hinsichtlich der Vermeidung von Kosten und späteren Beschwerden gegen die Vergabeentscheidung ist eine gute und sorgfältige Planung im vorhinein Grundvoraussetzung für die Vergabe eines Auftrags. Bei der Grundlagenermittlung für die Planung sollten mehrere Vorschläge eingeholt und Alternativen überlegt werden, damit es nicht zu einer überdimensionierten Planung kommt.

Da das Vergaberecht in den letzten Jahren immer komplexer und unübersichtlicher geworden ist, sollten die Gemeinden eine gute Ausbildung und die Fortbildung ihrer Mitarbeiter auf diesem Gebiet fördern und bei schwierigen Fragen Beratungshilfe in Anspruch nehmen. Der Auftraggeber kann nach § 7 VOB/A, § 6 VOL/A sowie § 6 VOF in jedem Stadium des Vergabeverfahrens Sachverständige einschalten, insbesondere bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung und zur Klärung fachlicher Fragen. Bei großen Aufträgen und hochkomplexen Vergabeentscheidungen, etwa im Entsorgungsbereich, sollten qualifizierte Büros und u.U. auch spezialisierte Rechtsanwälte zur Vorbereitung und Durchführung von Vergabeentscheidungen ausgewählt werden.

Zudem existieren in den Bundesländern Auftragsberatungsstellen, die sich als ehrlicher Makler zwischen den Auftraggebern einerseits und den Auftragnehmern andererseits verstehen. Sie beraten, benennen und informieren über grundlegende Entwicklungen auf dem Gebiet des Auftragswesens sowie in konkreten Einzelverfahren. Die Auftragsberatungsstellen sind Selbstverwaltungseinrichtungen der Wirtschaft, die von den Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern der Länder getragen werden.

Aus Gründen der Ermöglichung eines innovativen und breiten Wettbewerbs sollten Bieter verstärkt zur Abgabe von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen mit kostensparender Bauausführung aufgefordert werden.

### **b) Gemeinsame Vergabe von Aufträgen durch mehrere Kommunen**

Kommunen können sich zum Zwecke der Kosteneinsparung zu einer Einkaufsgemeinschaft zusammenschließen, um so günstigere Konditionen bei den privaten Auftragnehmern zu erhalten. Dabei sind allerdings die kartellrechtlichen Bestimmungen, insbesondere § 1 GWB zu beachten. Das OLG Düsseldorf hat in einem Urteil vom 12. Mai 1998 entschieden, daß zum Zwecke der Preisersparung die gemeinsame Ausschreibung eines Auftrages über den Kauf von Feuerwehrfahrzeugen durch mehrere kleinere Gemeinden zulässig ist. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf handelte es sich in dem Fall um kein unzulässiges Nachfragekartell im Sinne des § 1 GWB, weil

die Ausschreibungen höchstens 15 % des Bedarfs im Lande Nordrhein-Westfalen abdecken würden. Daß ein solcher Prozentsatz zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Marktes führen könne, sei nicht ersichtlich. Vielmehr ermögliche ein Zusammenschluß von mittleren und kleineren Gemeinden günstigere Preise auf der Anbieterseite und damit eine Verbesserung der im Vergleich zu großen Gemeinden bestehenden strukturellen und wirtschaftlichen Nachteile kleinerer Gemeinden. Dem Zusammenschluß mehrerer solcher Gemeinden komme die Privilegierung des § 5c GWB (gemeinsamer Einkauf von Waren) zugute, deren Sinn und Zweck es u.a. sei, daß kleinere und mittlere Gemeinden im Vergleich zu Großstädten nicht wesentlich teurer einkaufen müßten.

Der vom OLG Düsseldorf entschiedene Sachverhalt läßt sich auf den Kauf anderer Produkte und damit die Vergabe von Leistungen insgesamt übertragen. Allerdings ist zu beachten, daß der Zusammenschluß nicht ein zu großes Ausmaß annimmt; ansonsten besteht aufgrund der großen Nachfragemacht die Gefahr, daß es sich hierbei um ein unzulässiges Nachfragekartell im Sinne des § 1 GWB handelt.

### **c) Veröffentlichung von Ausschreibungen**

Die Ausschreibungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen werden in der Regel in den regionalen Tageszeitungen bekanntgemacht. Da die vollständige Bekanntmachung in Tageszeitungen hohe Kosten verursacht, kann man in den Tageszeitungen auch nur einen kurzen Hinweis auf den Auftrag und die vollständige Bekanntmachung in einem kostengünstigeren amtlichem Veröffentlichungsblatt oder einer Fachzeitschrift veröffentlichen. Der Hinweis in den Tageszeitungen beschränkt sich dann i.d.R. auf die Bekanntmachung des Auftraggebers, die Art der ausgeschriebenen Leistungen (Kurzform) und einem Verweis auf die vollständige Bekanntmachung in einem anderen Veröffentlichungsorgan.

Als kostengünstigere Veröffentlichungsorgane kommen insbesondere der Submissionsanzeiger (Emilienstraße 14a, 20259 Hamburg), der Subreport Verlag Ewald Schawe GmbH (Postfach 910860, 51101 Köln), das Bundesausschreibungsblatt (Postfach 200180, 40099 Düsseldorf), sowie für den Baubereich die ibau-Planungsinformation GmbH und Co KG (Postfach 8607, 48046 Münster) in Betracht.

Ausschreibungen, deren Volumen die EG-Schwellenwerte überschreitet, müssen darüber hinaus europaweit ausgeschrieben werden. Sie sind dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2, Rue mercier, L-2985 Luxemburg 1 zuzuleiten. Das Amt veröffentlicht die Ausschreibung kostenlos.

## 9. Welche Maßnahmen kann eine Kommune gegen Manipulation und Korruption bei der Auftragsvergabe ergreifen?

Korruption und Manipulation bei der Auftragsvergabe sind in den Medien aufgrund einiger öffentlichkeitswirksamer Vorfälle in den Kommunen, insbesondere in der Bauverwaltung, ein beliebtes Thema. Zwar entbehrt der häufig anzutreffende „permanente Korruptionsverdacht“ der Grundlage, es sollten dennoch von Seiten der Gemeinden alle Möglichkeiten ausgeschöpft werden, um einen Korruptionsverdacht überhaupt nicht entstehen zu lassen. Hierzu bieten sich folgende Maßnahmen an:

- Rotation von Mitarbeitern, insbesondere in korruptionsgefährdeten Bereichen, soweit dies möglich ist,

- Information und Aufklärung von Verwaltung und Politik,
- Beachtung des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung,
- Wechsel der Büros, die mit der Auftragsvergabe für den Auftraggeber betraut sind,
- Regelung über die Verwendung größerer Geschenke von Bewerbern, z.B. für soziale Zwecke,
- Berücksichtigung des Mehraugen-Prinzips bei der Durchführung der Vergabeentscheidung,
- Transparenz des Vergabeverfahrens durch kontinuierliche Dokumentation der einzelnen Vergabeschritte,
- Ausschluß von Bewerbern, die eine schwere Verfehlung begangen haben.

Eine Auflistung der verschiedenen möglichen Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung bietet die Richtlinie der Bundesregierung zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung vom 17. Juni 1998 (am 14. Juli 1998 im Bundesanzeiger, Jg. 50, Nr. 127, S.9665, veröffentlicht).

Auch der Gesetzgeber ist in diesem Bereich tätig geworden und hat mit dem am 20.08.1997 in Kraft getretenen Gesetz zur Bekämpfung der Korruption einen neuen Straftatbestand, den § 298 StGB, erlassen, nach dem wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen mit einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft werden.

## IV. Zur Vergabe öffentlicher Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte:

### Neuregelung durch das Vergaberechtsänderungsgesetz

#### 1. Was ändert sich durch das neue Vergaberechtsänderungsgesetz?

Durch das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998, veröffentlicht im Bundesgesetzblatt am 2. September 1998 (BGBl. I S. 2512) wird ein neuer Abschnitt über die Vergabe öffentlicher Aufträge in das GWB eingefügt: Das Vergaberechtsänderungsgesetz bezeichnet den Teil über die Vergabe öffentlicher Aufträge als sechsten Teil (§§ 106ff. GWB), aber aufgrund des gleichzeitig ergangenen sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB verschiebt sich die Paragraphenfolge, so daß die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge in der Neubekanntmachung des GWB vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2547) nunmehr als vierten Teil des GWB in den §§ 97 bis 129 GWB verankert sind. Aufgrund des Vergaberechtsänderungsgesetzes wird auch die Vergabeordnung, zu deren Erlaß die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates aufgrund der neuen §§ 97 Abs. 6, 136 GWB ermächtigt ist, neu gefaßt werden (ein Entwurf ist in der Bundestags-Drucksache 13/9340 veröffentlicht).

Durch die §§ 97 bis 129 GWB wird die bisherige Regelung in den §§ 57a-57c Haushaltsgrundsatzgesetzes (HGrG) abgelöst. Die sog. haushaltsrechtliche Lösung durch die §§ 57a-57c HGrG räumte den Bietern in Anlehnung an das traditionell innenorientierte deutsche Vergaberecht keine subjektiven Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften ein. Damit stand es in Widerspruch zu den europäischen Koordinierungs- und Überwachungsrichtlinien, die gerade einen subjektiven Schutz der Bieter und Interessenten vorsahen, wie der EuGH in mehreren Urteilen entschied. Eine Neuregelung des Vergaberechts für Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte war daher erforderlich.

Das neue Vergaberechtsänderungsgesetz setzt nunmehr die europäischen Koordinierungs- und Überwachungsrichtlinien europarechtskonform um: Es räumt den Bietern erstmals einen subjektiven, gerichtlich einklagbaren Anspruch darauf ein, daß die Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhalten (§ 97 Abs. 7 GWB). Der Rechtsschutz wird durch Vergabekammern mit einer Beschwerdemöglichkeit zu den bei den Oberlandesgerichten zu bildenden Vergabesenaten gewährleistet.

## 2. Welchen Anwendungsbereich hat das neue Gesetz?

### a) Persönlicher Anwendungsbereich

Das deutsche Vergaberecht betrifft unterhalb der Schwellenwerte im Grunde nur den Staat und seine Untergliederungen, ist also rechtsformabhängig auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt. Dagegen ist der Anwendungsbereich der Vorschriften des Vergaberechtsänderungsgesetzes, bedingt durch die Vorgaben der europarechtlichen Koordinierungsrichtlinien, erheblich weiter. Die Koordinierungsrichtlinien bestimmen die Auftraggeber rechtsformunabhängig und erfassen auch von der öffentlichen Hand beherrschte privatrechtliche Gesellschaften.

In den Anwendungsbereich der neuen Regelungen fallen zum einen nach § 98 Nr. 1 GWB öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften einschließlich ihres Sondervermögens und darüber hinaus nach § 98 Nr. 2 GWB auch andere juristische Personen des öffentlichen und juristische Personen des Privatrechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Das bedeutet, daß die §§ 97ff. GWB für alle kommunalen Gebietskörperschaften gelten und darüber hinaus - anders als die Verdingungsordnungen unterhalb der Schwellenwerte - auch für privatrechtliche kommunale Unternehmen, die im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen. Was unter „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art“ zu verstehen ist, ist allerdings nicht sehr klar, da das Allgemeininteresse ein weiter und dehnbarer Begriff ist.

Im Allgemeininteresse liegen prinzipiell öffentliche Aufgaben und die Aufgaben der Daseinsvorsorge. Anhaltspunkte dafür, welche Aufgaben damit gemeint sind, können dem Katalog der in Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie (der für jeden Mitgliedstaat ein Verzeichnis der Einrichtungen enthält, für den die Richtlinie gilt) aufgezählten juristischen Personen des Privatrechts entnommen werden. Aufgelistet sind dort Krankenhäuser, Tierkörperbeseitigungsanstalten, Bibliotheken, Altersheime, Schwimmbäder, Rettungsdienste, Großforschungseinrichtungen, Straßenreinigung und Wohnungsunternehmen. Der Katalog ist allerdings nicht konstitutiv und nicht abschließend.

Da die meisten kommunalen Unternehmen öffentliche Aufgaben oder Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen und sich teilweise in dem Katalog des Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie wiederfinden, werden kommunale Unternehmen im Regelfall von § 98 Nr. 2 GWB erfaßt werden.

### Worunter fallen kommunale Unternehmen, die gleichzeitig Sektorauftraggeber sind?

Darüber hinaus gelten die Vorschriften des Vergaberechtsänderungsgesetzes aufgrund der europarechtlichen Sektorenrichtlinie auch für juristische Personen des Privatrechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind (§ 98 Nr. 4 GWB). Für die kommunala-



len Unternehmen, die auf diesem Gebiet tätig sind - insbesondere Energie-, Wasser- und Verkehrsversorgungsunternehmen - stellt sich die Frage, ob sie unter § 98 Nr. 2 GWB oder unter § 98 Nr. 4 GWB fallen. Das hat insofern weitreichende Auswirkungen, als für die unter § 98 Nr. 4 GWB fallenden privaten Sektorauftraggeber nach der Vergabeverordnung der weniger strikte vierte Abschnitt der VOB/A bzw. der VOL/A gilt (der Auftraggeber kann hier frei zwischen den verschiedenen Vergabeverfahren wählen), während für Auftraggeber, auf die § 98 Nr. 2 GWB Anwendung findet, die strengeren Vorschriften des dritten Abschnitts der VOB/A und VOL/A gelten, die den Vorrang des offenen Verfahrens vorschreiben.

Das Verwaltungsgericht Koblenz hat in einem nicht-rechtskräftigen Urteil vom 08. Juli 1997 entschieden, daß ein kommunales Unternehmen (eine Stadtwerke GmbH im Bereich der Wasserversorgung) unter § 57a Abs. 1 Nr. 2 HGrG (der dem § 98 Nr. 2 GWB entspricht) falle und damit den dritten Abschnitt und nicht den vierten Abschnitt der VOB/A anzuwenden habe. Das kommunale Wasserversorgungsunternehmen hätte daher den Auftrag öffentlich ausschreiben müssen.

Für eine Anwendung des § 98 Nr. 2 GWB und damit der strengeren Vorschriften des dritten Abschnitts der VOB/A bzw. VOL/A spricht, daß kein sachlicher Grund dafür ersichtlich ist, warum im Sektorenbereich tätige kommunale Unternehmen nur aus dem Grund, weil sie im Sektorenbereich tätig sind, den grundsätzlich für alle kommunalen Unternehmen geltenden strikteren Vorschriften des dritten Abschnitts der VOB/A und VOL/A entzogen sein sollten.

#### **b) Sachlicher Anwendungsbereich**

Sachlich gilt das Vergaberechtsänderungsgesetz nur für öffentliche Aufträge, die Bau-, Liefer- und Dienstleistungen (Legaldefinition in § 100 Abs. 2 bis 4 GWB) zum Gegenstand haben und die die europäischen Schwellenwerte erreichen oder überschreiten (§ 100 Abs. 1 GWB). Von diesem Grundsatz sieht § 100 Abs. 2 GWB eine ganze Reihe von Ausnahmen für bestimmte Aufträge vor.

### **3. Welche Vergabeverfahren und -grundsätze gelten für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte?**

Für das europaweite Vergabeverfahren gibt es drei verschiedene Verfahrensarten, die inhaltlich den nationalen Verfahrensarten entsprechen:

<b>Europaweites Vergabeverfahren:</b>	<b>Nationales Vergabeverfahren:</b>
1) offenes Verfahren	1) öffentliche Ausschreibung
2) nichtoffenes Verfahren	2) beschränkte Ausschreibung
3) Verhandlungsverfahren	3) freihändige Vergabe

Nach § 101 Abs. 5 GWB haben öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Aufträgen grundsätzlich das offene Verfahren anzuwenden, bei dem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Es gilt also bei der Vergabe von Bau- und Lieferleistungen auf europäischer Ebene ebenso wie beim nationalen Vergabeverfahren der Vorrang des offenen Verfahrens; nur in besonderen Ausnahmefällen ist das nichtoffene und das Verhandlungsverfahren anzuwenden.

Dagegen kommt bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen nach § 5 Abs. 1 VOF das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung als Regelverfahren zum Tragen. Das europaweite Verhand-

lungsverfahren entspricht nicht ganz dem nationalen freihändigen Verfahren, denn während beim freihändigen Verfahren die Leistungen ohne förmliches Vergabeverfahren vergeben werden, werden beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich nach vorheriger Bekanntmachung ausgewählte Personen vom Auftraggeber angesprochen, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

#### **Vergabegrundsätze**

Die Vergabegrundsätze entsprechen denen, die bei der Vergabe eines Auftrages unterhalb der Schwellenwerte nach nationalem Recht gelten (siehe dazu Punkt III 4): Das sind der Wettbewerbsgrundsatz, der Grundsatz der losweisen Vergabe, das Diskriminierungsverbot und das (Nach-)Verhandlungsverbot.

### **4. Wie läuft das europaweite Vergabeverfahren ab?**

Der Ablauf des europaweiten offenen Vergabeverfahrens richtet sich nach dem zweiten Abschnitt der VOB/A und der VOL/A bzw. nach der VOF. Die Vergabeverordnung bestimmt, daß öffentliche Auftraggeber den zweiten Abschnitt der VOB/A und der VOL/A bzw. die VOF bei der Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden haben.

Grundsätzlich läuft das europaweite Vergabeverfahren genauso wie das nationale Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ab (siehe dazu oben Punkt III. 5.). Besonderheiten bestehen bei der europaweiten Vergabe im Hinblick auf das bei der VOF grundsätzlich zum Tragen kommende Verhandlungsverfahren

(§ 5 VOF), die Beschreibung der Leistung (§ 9a VOB/A, § 8a VOL/A), die nach § 8 VOF Aufgabenbeschreibung heißt, die Vergabeunterlagen (§ 10a VOB/A), die Vorinformation, die Bekanntmachung und den Versand der Vergabeunterlagen (§ 17a VOB/A, § 17a VOL/A), die Angebots- und Bewerbungsfrist (§ 18a VOB/A, § 18 VOL/A), die Wertung der Angebote (§ 25a VOB/A), die Auftragserteilung nach § 16 VOF, die Aufhebung der Ausschreibung (§ 26a VOB/A), die Mitteilung an nichtberücksichtigte Bewerber (§ 27a VOL/A) und die Bekanntmachung der Auftragserteilung (§ 28a VOB/A, § 28a VOL/A).

Verfahrensrechtlich ist bei Aufträgen, die oberhalb der EG-Schwellenwerte liegen, vor allem die europaweite Ausschreibungspflicht zu beachten. Die Vergabe solcher Aufträge ist nach § 17a Abs. 1 VOB/A, VOL/A, § 9 Abs. 3 VOF im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekanntzumachen und zwar nach den im Anhang zur VOB/A, VOL/A und VOF enthaltenen Mustern. Diese sind dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2, Rue mercier, L-2985 Luxemburg 1, unverzüglich zu übermitteln, das die Bekanntmachung unentgeltlich im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften in ihren Originalsprachen veröffentlicht. Gleichzeitig sind die Bekanntmachungen inländisch zu veröffentlichen.

### **5. Welche Regelung trifft das Vergaberechtsänderungsgesetz hinsichtlich der Zulässigkeit vergabefremder Aspekte?**

Durch das Vergaberechtsänderungsgesetz sind die rechtlichen Anforderungen an die Zulassung vergabefremder Aspekte für Aufträge oberhalb der EG-Schwellen-



werte erhöht worden. Für die Vergabe solcher Aufträge bestimmt § 97 Abs. 4 GWB, daß Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden und andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer nur durch Bundes- oder Landesgesetz gestellt werden dürfen. Andere Kriterien als die drei in § 97 Abs. 4 GWB genannten dürfen damit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nur dann berücksichtigt werden, wenn ein Bundes- oder Landesgesetz dies explizit vorsieht.

Durch Rechtsverordnungen, Satzungen oder Verwaltungsvorschriften dürfen Regelungen über die Zulässigkeit vergabefremder Aspekte wie Tariftreue, Ausbildung von Lehrlingen und Frauenförderung mithin nicht mehr getroffen werden. Das ist insofern bedeutsam, als die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien zumeist in Erlassen der Länder, also in Verwaltungsvorschriften vorgeschrieben ist.

Die bestehenden Vorschriften in Erlassen, Satzungen und Rechtsverordnungen über die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte dürfen allerdings noch in einer Übergangsfrist bis zum 30.06.2000 in Kraft bleiben, wenn sie vor dem 01.06.1998 in Kraft getreten sind.

Dagegen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß für die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, die den Großteil der gemeindlichen Aufträge ausmachen, die Rechtsverordnungen, Satzungen und Verwaltungsvorschriften hinsichtlich der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien zunächst weiterhin in Kraft bleiben. Auf die kartell- und europarechtlichen Bedenken wird aber hingewiesen (s. III. 6).

## 6. Welchen Primärrechtsschutz gewährleistet das neue Gesetz?

Der Schwerpunkt des Vergaberechtsänderungsgesetzes liegt auf der Neuregelung des Rechtsschutzes und des Nachprüfungsverfahrens.

### a) Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer

Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge nehmen in erster Instanz die Vergabekammern des Bundes bzw. der Länder wahr (§ 104 Abs. 1 GWB). Die Vergabekammern ersetzen die bisherigen Vergabeüberwachungsausschüsse. Sie sind unabhängige Verwaltungsbehörden, die durch Verwaltungsakt entscheiden (§ 114 Abs. 3 GWB). Das Verfahren vor den Vergabekammern ist folglich ein Verwaltungsverfahren, für das subsidiär die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes bzw. der Länder gelten, soweit im GWB nichts anderes bestimmt ist.

Ein Nachprüfungsverfahren wird von den Vergabekammern nur auf Antrag eingeleitet. Antragsbefugt ist nach § 107 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch die Nichtbeachtung der Vergabebestimmungen geltend macht. Die Darlegungslast für die Verletzung in eigenen Rechten obliegt dem Unternehmen. Diese Darlegung dürfte z.B. dem an 10. Stelle liegenden Bieter nicht gelingen, weil dieses Unternehmen auch bei Beachtung der Vergabevorschriften keine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Die Entscheidung der Vergabekammern über den Nachprüfungsantrag des Unternehmers muß nach § 113 Abs. 1 GWB aus Beschleunigungsgründen innerhalb einer Frist von fünf Wochen erfolgen.

Eine wichtige Neuregelung ist die dem Antragsteller gewährte begrenzte aufschiebende Wirkung des Antrags: Der Auftraggeber ist nach Zustellung eines Nachprüfungs-

antrags an ihn und bereits vor einer Entscheidung der zuständigen Vergabekammer nach § 115 Abs. 1 GWB gehindert, den Zuschlag zu erteilen. Ein dennoch erteilter Zuschlag ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig.

### b) Beschwerde beim Oberlandesgericht

Gegen die Entscheidung der Vergabekammern kann binnen einer Notfrist von zwei Wochen sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht eingelegt werden. Die Beschwerde ist auch zulässig, wenn die Vergabekammer nicht innerhalb der Fünf-Wochen-Frist entscheidet (§§ 116 Abs. 1, 2 GWB). Die kurzen Fristen sollen den Auftraggeber schützen, der ein Interesse an einer schnellen Auftragsvergabe hat.

Gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer hat die sofortige Beschwerde nach § 128 Abs. 1 GWB aufschiebende Wirkung, die allerdings zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt. Auf schriftlichen Antrag des Auftraggebers kann das Oberlandesgericht gem. § 131 Abs. 1 GWB unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten.

### c) Grenzen des Primärrechtsschutzes

Die unterlegenen privaten Unternehmen können ein Vergabeverfahren durch das Einlegen eines Nachprüfungsantrages und einer sofortigen Beschwerde zeitlich „verschleppen“ und die Kommunen als Auftraggeber dadurch unter Druck setzen. Einer solchen „Taktik“ sind jedoch in mehrfacher Hinsicht Grenzen gesetzt.

Zum einen führen die begrenzte zeitliche Dauer der aufschiebenden Wirkung und die kurzen Fristen für die Entscheidungen der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte dazu, daß die Vergabe des Auftrages nicht für längere Zeit aufgeschoben werden kann. Zum anderen sieht § 125 Abs. 1 GWB bei rechtsmißbräuchlichen Anträgen oder Beschwerden, die von Anfang an ungerichtet waren, in Anlehnung an § 945 ZPO eine Schadensersatzpflicht des Antragstellers oder Beschwerdeführers vor. Wenn der Auftraggeber wegen der Unterbrechung neu ausschreiben muß, muß der Schädiger für die daraus folgenden Verwaltungskosten ebenso wie für die Preisdifferenz, die aufgrund höherer Angebote in der neuen Ausschreibung liegen kann, haften.

Desweiteren muß nach § 107 Abs. 3 GWB ein Unternehmen einen Vergabeverstoß unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber rügen, wenn es den Verstoß bereits im Vergabeverfahren erkannt hat; ansonsten verliert es seine Antragsbefugnis für das Nachprüfungsverfahren. Schließlich sind als vierte Schranke die hohen Kosten- und Gebührenregelungen für die Anrufung der Vergabekammern und die Beschwerde zum OLG zu nennen, die eine Inanspruchnahme des neuen Rechtswegs teuer machen.

## 7. Wie wirkt sich die neue Rechtslage auf die Schadensersatzansprüche der Bieter aus?

Das Vergaberechtsänderungsgesetz wirkt sich auch auf die sekundärrechtlichen Schadensersatzansprüche der Bieter aus. Die sekundärrechtlichen Schadensersatzansprüche sind nicht vor den Vergabekammern, sondern nach § 104 Abs. 2 S.2 GWB weiterhin vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Die ordentlichen Gerichte sind im Schadensersatzanspruch allerdings an die Entscheidungen der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte gebunden, wenn diese vorher im Wege des Primärrechtsschutzes über einen Vergabeverstoß entschieden haben.

**a) Schadensersatz aus § 126 S.1 GWB**

§ 126 S.1 GWB sieht nunmehr ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch des unterlegenen Bieters bei einem Verstoß des Auftraggebers gegen eine den Schutz des Unternehmens bezweckende Vorschrift des Vergaberichts vor. Die bisherige und durch die Rechtsprechung entwickelte Haftung aus culpa in contrahendo wird damit gesetzlich verankert.

Der Schadensersatzanspruch nach § 126 S.1 GWB setzt voraus, daß der Auftraggeber gegen eine den Schutz des Unternehmens bezweckende Vorschrift verstößt und das Unternehmen ohne den Verstoß bei der Wertung der Angebote eine „echte Chance“ (ein aus der europarechtlichen Überwachungsrichtlinie übernommener Begriff) gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags hätten in der Regel nur die drei bis fünf an der Spitze einer Bieterliste liegenden Bewerber gehabt, wenn diese Bewerber nach Preis und Leistung dicht beieinander liegen. Liegen nur zwei Bieter nach Preis und Leistung weit vorne, so hätten nur diese beiden eine „echte Chance“ gehabt. Es hängt also vom Einzelfall ab, wer für einen Schadensersatzanspruch nach § 126 S.1 GWB in Betracht kommt. Im Regelfall werden das nur wenige Bieter sein.

§ 126 S.1 GWB gibt dem Bieter nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens. Der Unternehmer kann nur

Ersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder für die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren verlangen. Einen Anspruch auf den Ersatz des Erfüllungschadens sieht § 126 S.1 GWB - anders als die Rechtsprechung zur Haftung aus culpa in contrahendo - nicht vor. Allerdings schließt der Schadensersatzanspruch aus § 126 S.1 GWB weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz, die sich aus anderen Vorschriften ergeben, auch nicht aus, wie sich aus § 126 S.2 GWB ergibt.

**b) Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB**

Weiterreichende Ansprüche auf Ersatz des Erfüllungschadens können sich insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den §§ 97ff. GWB und der Vergabeverordnung i.V.m. dem zweiten Abschnitt der VOB/A und VOL/A sowie der VOF ergeben. Da das Vergaberechtsänderungsgesetz den Bieter durch § 97 Abs. 7 GWB einen einklagbaren subjektiven Anspruch auf Einhaltung der Vergabennormen einräumt, dienen die Vergabevorschriften der §§ 97ff. GWB und des zweiten Abschnitts der VOB/A und VOL/A sowie der VOF nunmehr auch dem individuellen Schutz der Bieter. Sie sind damit Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Bei einer schuldhaften Verletzung von Vergabevorschriften müssen die Gemeinden also gem. § 823 Abs. 2 BGB einem Bieter für den durch die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften entstandenen Schaden haften.





Deutscher  
Städte- und Gemeindebund

Mit freundlicher Unterstützung der Deutschen Bank 

---

Marienstraße 6 · 12207 Berlin

Telefon 030.773 07.0

Telefax 030.773 07.200

eMail [dstgb@dstgb.de](mailto:dstgb@dstgb.de)

Verlag WINKLER & STENZEL GmbH, Postfach 1207, 30928 Burgwedel