

zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot auf Grund ihrer betrieblichen oder geschäftlichen Verhältnisse (z. B. mit Blick auf Kapazitäten, technische Einrichtungen und/oder fachliche Kenntnisse) nicht leistungsfähig sind, und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran zu beteiligen. In subjektiver Hinsicht ist außerdem darauf abzustellen, ob die Zusammenarbeit eine im Rahmen wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende Unternehmensentscheidung darstellt, wobei den beteiligten Unternehmen eine Einschätzungsprärogative zuzuerkennen ist, deren Ausübung im Prozess nicht uneingeschränkt, sondern – wie im Fall eines Beurteilungsspielraums – lediglich auf die Einhaltung ihrer Grenzen, kurz zusammengefasst: auf Vertretbarkeit, zu kontrollieren ist.

4. Ein Verstoß gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Betätigungsverbote (§ 107 NWGO), der die Leistungsfähigkeit aus Rechtsgründen entfallen lassen und einen Wettbewerbsverstoß darstellen kann, liegt bei nichtwirtschaftlichen Betätigungen, zu denen auch die Abfallentsorgung zählt (vgl. § 107 II Nr. 4 NWGO), von Kommunen und deren Verbänden, und zwar auch ihrer Eigenunternehmen vor. Außerhalb ihres Gebiets unterliegen sie hingegen nach § 107 IV NWGO bestimmten Restriktionen. (Leitsätze der Redaktion)

(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 11. 2011 – VII-Verg 35/11, BeckRS 2011, 29682)

Standpunkt

Mehr Transparenz im Vergaberecht

Das Vergabewesen funktioniert nur, wenn alle Bieter auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den öffentlichen Auftraggeber vertrauen können. Dafür ist Transparenz eine wesentliche Grundlage: Sie kann noch verbessert werden!

Das öffentliche Auftragswesen hat eine herausragende wirtschaftliche Bedeutung, nicht nur für die großen, sondern vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen. Die Masse der Aufträge wird nicht europaweit ausgeschrieben (unterschwelliger Bereich nach § 2 VgV). Kommunen gehören dabei zu den wichtigen Auftraggebern. Auf 704 Mrd. Euro schätzt das Deutsche Institut für Urbanistik im Rahmen einer Studie aus dem Jahr 2008 den Investitionsbedarf und –rückstand bei den Kommunen für den Zeitraum 2006 bis 2020 (Reidenbach u. a., Investitionsrückstand und Investitionsbedarf der Kommunen, Bd. 4, 2008). Dies entspricht jährlichen Investitionen in Höhe von etwa 47 Milliarden Euro (pro Kopf sind das in den alten Bundesländern 755 Euro; in den neuen Bundesländern und Berlin 858 Euro). Transparency International Deutschland (www.transparency.de) fordert deshalb gerade in diesem Bereich Transparenz, um das Vertrauen in das gesetzmäßige Handeln der Verwaltung zu erhalten und dem Korruptionsrisiko vorzubeugen. Folgende Maßnahmen könnten dies unterstützen (vgl. TI Positionspapier Vergaberecht, <http://transparency.de/index.php?id=1996>):

1. Im Rahmen des Konjunkturpakets II wurden beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben ohne nähere Begründung zugelassen, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht überschreitet. Damit wurde eine große Anzahl von Aufträgen de facto einer Kontrolle unterzogen. Diese Regelung war in Baden-Württemberg bis Ende 2011 befristet. Sie sollte nicht mehr verlängert werden.

2. Die In-House-Vergabe sollte weitgehend vermieden werden: Kommunale Einkaufsgesellschaften sollten unterbunden werden.
3. Statt einer Vielzahl unterschiedlichster Anbieter von Vergabe-Plattformen im Internet sollte eine einheitliche Ausschreibungsdatenbank (z.B. www.bund.de) zur verbindlichen Plattform für alle öffentlichen Auftraggeber ausgebaut werden. Nach VOL/A ist die Auffindbarkeit des Angebots über www.bund.de zu gewährleisten, wenn der Auftrag im Internet veröffentlicht wurde. Ob er aber überhaupt veröffentlicht wird, steht im Ermessen des Auftraggebers.
4. Bei den Vergabestellen sollten die Grundsätze des Vergaberechts (Vergabe an fachkundige, zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen, Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes, Gleichbehandlung der Bieter) auch durch Schulung stets im Bewusstsein verankert bleiben. Die Bevorzugung von solchen Unternehmen, die mit der Vergabestelle regional verbunden sind, gehört nicht zu den Grundsätzen des Vergaberechts.
5. Transparenz wird durch öffentliche Kontrolle sicher gestellt. Dazu gehört auch, dass alle Länder die Informationsfreiheitsgesetze in Kraft setzen. Baden-Württemberg hängt hier seit Jahren hinterher.
6. Die unterlegenen Bieter und die Öffentlichkeit sollten sicher sein können, dass die Vergabeentscheidung regelgerecht erfolgte. Die Veröffentlichung wesentlicher Teile der Vergabeunterlagen im Internet könnte hierzu einen Beitrag leisten.
7. Alle abgeschlossenen Verträge jedenfalls ab 25 000 Euro, bzw. 15 000 Euro bei freihändiger Vergabe, sollten im Internet aufgelistet werden. Das ermöglicht Rückfragen bei auffälligen Häufungen von Aufträgen an einzelne Bieter.
8. Die restriktive Handhabung der Vergabestellen bei der Akteneinsicht sollte aufgegeben werden. Derzeit ist ein solcher Antrag weitgehend nutzlos, weil wesentliche Teile der Akte mit der Begründung, es handele sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, nicht freigegeben werden. Ob dies wirklich in allen Fällen so ist, ist nicht nachvollziehbar. Deshalb sollte die Begründung der Vergabestelle, warum ein berechtigtes Interesse an der Nichtweitergabe von Informationen bestehen soll, veröffentlicht werden.
9. Transparenz ist nur dann gewährleistet, wenn das Verfahren auch gerichtlich vollständig überprüft werden kann. Das ist im Unterschwellenbereich bis heute trotz massiver Kritik nicht oder nur eingeschränkt der Fall.
10. Die Nachprüfungsmöglichkeit sollte grundsätzlich nicht nur für den unmittelbar Unterlegenen gelten. Interesse an dem rechtmäßigen Verwaltungshandeln und an der Einhaltung des Vergabeverfahrens haben auch die anderen.
11. Bieter, die das Vertrauen in das Vergabeverfahren dadurch unterminieren, dass sie versuchen, den Ausgang durch Bestechung zu beeinflussen, sollten öffentlich bekennt gemacht werden. Bundesländer, die ein Korruptions-Register eingeführt haben, berichten überwiegend positiv über die abschreckende Wirkung; ein zentrales Bundesregister wäre sinnvoller. Öffentliche Auftraggeber müssten verpflichtet werden, sich dort automatisch zu informieren.
12. Das Land Baden-Württemberg hat einen Vertrauensanwalt eingesetzt, der Hinweise auf Korruption und sonstige Verstöße entgegennimmt, qualifiziert bearbeitet und die entsprechenden Stellen informiert. Seine Funktion sollte ausgebaut und stärker öffentlich bekannt gemacht werden.

13. Der Forderung des Landeskriminalamtes Baden-Württemberg und von Transparency International Deutschland nach Einführung eines internetbasierten Hinweisgeber-systems im Lande sollte endlich nachgekommen werden.
14. Großprojekte sind in besonderer Weise anfällig für Korruption und unlauteren Wettbewerb. Transparency International hat hierzu ein besonderes Vertragswerk zur Aufrechterhaltung der Transparenz und Vermeidung von Korruption bei der Vergabe von Subunternehmerleistungen entwickelt, den Integritätspakt, wie er z. B. bei dem Neubau des Flughafens Schöneberg in Kraft getreten ist. Dies sollte bei Großprojekten in Baden-Württemberg ebenfalls der Falls sein.
15. Das Vergaberecht ist grundsätzlich auch für Dienstleistungsaufträge sinnvoll. Derzeit unterliegen Dienstleistungsaufträge nach VOF 2009 nur dann dem Vergaberecht, wenn der Gegenstand eine Aufgabe ist, die nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann und wenn der geschätzte Auftragswert die Schwellenwerte für Dienstleistungen nach § 2 VgV erreicht, § 1 VOF: 193000 (125000 oberste Bundesbehörden). Wesentliche Dienstleistungsbereiche sind dem Vergaberecht mit Ausnahme der Beachtung von § 6 II – VII und § 14 VOF ganz entzogen, das sind Dienstleistungen nach Kategorie Teil B, also z. B. keine Vergabeverfahren für Rechtsberatung, Gesundheits-, Sozialwesen, Kultur, Sport, Sonstige Dienstleistungen. Viele Dienstleistungsaufträge vor allem der Kommunen können damit nach Belieben vergeben werden. Die Konkurrenz hat keine Möglichkeit zu erfahren, warum sie den Auftrag nicht bekommen hat. Alle Anfragen sollten im Internet veröffentlicht werden, damit Konkurrenten wenigstens von der Möglichkeit erfahren. Ebenso sollte veröffentlicht werden, wer den Auftrag bekommen hat.
16. Dem Vergaberecht entzogen sind Maßnahmen der Justiz. Die Beauftragung von Insolvenzverwaltern, Sachverständigen, Dolmetschern etc. erfolgt durch Rechtspfleger, Richter, Staatsanwälte nach eigenem Ermessen. Eine einheitliche Regelung, wie die Justiz mit diesen Aufträgen umgehen soll, besteht nicht. Auch hier fragen sich zahlreiche Mitbewerber, warum sie nicht berücksichtigt werden. Die Justiz hat heute – anders als leider viele andere Bereiche unserer Gesellschaft – noch immer einen hohen Stellenwert bei der Bevölkerung. Die Justiz sollte alles daran setzen, dieses Vertrauen zu erhalten und diesen Bereich transparent regeln. Auch hier bietet es sich an, alle erteilten Aufträge grundsätzlich im Internet zu veröffentlichen, um auffällige Auftragshäufungen im Blick zu behalten.

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors anlässlich des 10. Stuttgarter Vergaberechtssymposiums der IHK Stuttgart am 24. 11. 2011.

Rechtsanwalt und Mediator Dr. Peter Hammacher, Heidelberg

Pressemitteilungen

Stellungnahme des DAV zum Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe

Im Folgenden nimmt der Deutsche Anwaltverein durch den Ausschuss Vergaberecht zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe KOM (2011) 896/2 vom 21.12.2011 Stellung:

Im Januar 2011 hatte die Europäische Kommission das Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens – Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge [KOM(2011) 15/4] vorgelegt. Der Deutsche Anwaltverein hat hierzu am 12. 4. 2011 Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 19/11). Hierin hatte der Deutsche Anwaltverein die Absicht der Kommission, die Regelungen über das öffentliche Auftragswesen zu vereinfachen und zu aktualisieren, begrüßt.

Gleichzeitig hat der Deutsche Anwaltverein vor dem Hintergrund, dass das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe auf europäischer Ebene erst im Jahr 2004 einer grundlegenden Revision unterzogen wurde, dafür plädiert, Eingriffe in die existierenden vergaberechtlichen Vorschriften nach Möglichkeit zu beschränken, um auf diesem Wege zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten beizutragen.

Der Deutsche Anwaltverein erkennt an, dass die Kommission sich mit ihren nunmehr vorgelegten Vorschlägen bemüht hat, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Die Vorschläge für neue Richtlinien orientieren sich in weiten Bereichen an den existierenden Regelungen und nehmen teilweise Präzisierungen vor. Hierbei begrüßt der Deutsche Anwaltverein insbesondere, dass Rechtsprechung des *EuGH* zu zentralen vergaberechtlichen Fragen erstmalig in den Text der Richtlinie aufgenommen werden soll. Die Kommission beschränkt sich hierbei nicht darauf, lediglich die Rechtsprechung wiederzugeben, sondern sieht gleichzeitig Regelungen für wichtige Detailfragen vor, zu denen der *EuGH* bisher noch keine Gelegenheit zur Stellungnahme hatte. Dies gilt beispielsweise für Art. 11 I – III (Inhouse-Vergabe), Art. 11 IV (interkommunale Zusammenarbeit) und Art. 72 (Auftragsänderungen).

Demgegenüber ist in dem Richtlinienentwurf aus Sicht des Deutschen Anwaltvereins das auch von der Kommission proklamierte Bedürfnis nach Vereinfachung und Flexibilisierung an vielen Stellen nicht hinreichend umgesetzt. Es finden sich in dem Vorschlag zahlreiche Bestimmungen, die zu einer unnötigen Verkomplizierung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe, zu mehr bürokratischem Aufwand für beide Marktseiten und auch zu einer unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts führen. Dies gilt beispielsweise für die Vorschriften zur Schwellenwertberechnung (Art. 1 u. 5), neue Restriktionen beim Verhandlungsverfahren (Art. 27, 30), die Schaffung neuer Regelungen zu Dokumentenarchiven (Art. 57 III u. 58) und die Schaffung neuer Konstrukte wie der „Innovationspartnerschaft“ (Art. 29).

Inakzeptabel ist die Ausdehnung der uneingeschränkten Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Verfahrensvorschriften auf die in aller Regel nicht binnenmarktrelevanten Dienstleistungen (bisher „nicht-prioritäre“ oder Anhang II B-Dienstleistungen).

Durchgreifenden verfassungsrechtlichen und praktischen Bedenken begegnet die vorgeschlagene Schaffung einer zentralstaatlichen Öffentlichen Aufsicht (Art. 84).

Der Deutsche Anwaltverein würde es – auch im Interesse der Akzeptanz des Vergaberechts – sehr begrüßen, wenn die Bestrebungen, in diesen Bereichen neue Anforderungen und Vorschriften zu schaffen, zurückgenommen werden könnten.

Die Stellungnahmen zu den einzelnen Regelungsvorschlägen sind abrufbar unter

<http://anwaltverein.de/downloads/Stellungnahmen>

DAV–Stellungnahme Nr. 7/12 v. 10. 2. 2012