



# update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

**Behörden Spiegel**  
newsletter

Ausgabe 6, September 2012

## Inhalt dieser Ausgabe

### 2 Editorial

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

### 3 Fünf Fragen an...

Maria Michalk, Mitglied des Deutschen Bundestages, zur Berücksichtigung  
von Qualität bei der Vergabe von Dienstleistungen

### Vergabemanagement

#### 5 Reinigungs- und Facility-Management-Leistungen – eine saubere Sache!

#### 6 Grundstücksgeschäfte mit kommunalen Eigengesellschaften

### Rechtsprechung und Gesetzgebung

#### 7 OLG Düsseldorf zur Nachforderung fehlender Nachweise bei VOL/A

#### 8 Bieter und gleichzeitig Nachunternehmer: Es kann auch „über Kreuz“ gehen!

#### 9 BGH: Und die Vergabenachprüfungsinstanzen haben doch eine Zuständigkeit für Dienstleistungskonzessionen

#### 10 Abgrenzung von Markterkundung und Vergabeverfahren

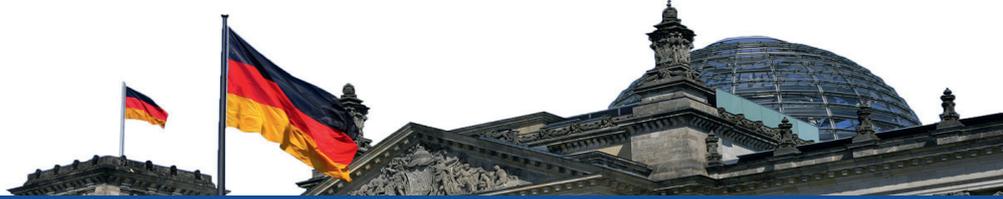
#### 11 FAQ-Liste zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW veröffentlicht

#### 12 Nachforderung von Preisangaben bei Sektorenvergabe möglich

#### 13 Kein zwingender Ausschluss des Angebots bei Insolvenz!

#### 14 Muss der Preis ein Zuschlagskriterium sein?

#### 15 Veranstaltungen und Termine



## Weniger Regelungen, mehr Spielräume!

Sie kennen dieses Phänomen wahrscheinlich: Je länger man an einem Text schreibt, desto unübersichtlicher und unlesbarer wird er. Auch bei guter Absicht!

Details zu optimieren und das Gesamtwerk auf Hochglanz zu trimmen, bewirkt oft nur, dass ein vollgestopft und unverdauliches Monster entsteht.

Ähnlich verhält es sich im Vergaberecht. Wer mag schon monieren, wenn der Gesetzgeber sozial gerechte und ökologisch sinnvolle Auftragsvergaben einfordert?

In der Praxis stößt ein solches Ansinnen jedoch auf wenig Gegenliebe. Zu recht! Wer sich in Details verliert und aus gut gemeinter Regelungswut die Spielräume bei der Auftragsvergabe einschränkt, verliert schnell den eigentlichen Zweck des Vergaberechts aus den Augen: Günstige Angebote für die öffentliche Hand. Mutiert die Vergabe öffentlicher Aufträge hingegen zum bürokratischen Riesen, ist dies mit hohen Kosten verbunden.

Für alle öffentlichen Auftraggeber bedeutet dies: Bestehende vergaberechtliche Spielräume erkennen und sie zu nutzen wissen!

Wir helfen Ihnen hierbei bei zwei praktisch besonders relevanten Themenfeldern. Besuchen Sie unsere Veranstaltungen zu den Themen „Reinigungsleistungen“ und „Grundstücksgeschäfte“! Als Appetizer mögen Ihnen unsere Beiträge in der Rubrik „Vergabemanagement“ in diesem Newsletter dienen.

Ihre Ute Jasper



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

Foto: BS/Archiv

**Maria Michalk, Mitglied des Deutschen Bundestages**

## Berücksichtigung von Qualität bei der Vergabe von Dienstleistungen

**update Vergabe:** Die Regierungsfractionen im Bundestag möchten das Vergaberecht dahingehend ändern, dass man bieterbezogene Qualitätskriterien bei der Zuschlagserteilung stärker gewichtet. Dafür besteht Ihrer Ansicht nach vor allem im Bereich der Integrationsfachdienste dringender Bedarf. Wäre das nicht auch in anderen Bereichen bzw. insgesamt im deutschen Vergaberecht sinnvoll?

**Michalk:** Ja, die Qualität ist generell im Rahmen von Ausschreibungen stärker zu gewichten. Jeder von uns kennt Beispiele aus den unterschiedlichsten Branchen, bei denen der niedrigste Preis den Impuls zur Zuschlagserteilung gab. Viel zu oft ergaben sich dann im Ausführungsprozess bzw. später Probleme, die nur mit hohem organisatorischen und finanziellen Aufwand gelöst werden konnten. Unsere Initiative hat ihren Ursprung in der Vergabe von Leistungen zur beruflichen Eingliederung schwerbehinderter Menschen nach § 46 SGB III und richtet sich speziell auf soziale Dienstleistungen. Gerade in diesem Bereich sind die hohen Erwartungen an Qualifikation und Berufserfahrung des eingesetzten Personals sowie die Vermittlungserfolge des Trägers in der Öffentlichkeit berechtigt.

**update Vergabe:** Die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien ist ein ehernes Gesetz des deutschen (nicht des europäischen) Vergaberechts. Wird durch dessen Einschränkung nicht Newcomern der Zugang zu dem jeweiligen Vergabemarkt verwehrt, sodass bisherige „Hoflieferanten“ bevorteilt werden?

**Michalk:** Nein, das finden wir nicht. Unser gemeinsames Ziel muss es sein, Menschen mit Behinderungen nachhaltig in den regulären Arbeitsmarkt einzugliedern. Dafür sind individuelle Angebote wichtig, die einerseits einen reichen Erfahrungsschatz in der Motivation und Vermittlung dieser Personengruppe haben, und andererseits Kontinuität in der personengebundenen Betreuung, Verlässlichkeit und eine stabile örtliche Vernetzung mitbringen. Das ist entscheidend. Durch welche Maßnahmen die einzelnen Parameter von den Anbietern er-



Maria Michalk ist direkt gewählte Abgeordnete des Deutschen Bundestages im Wahlkreis 157, Bautzen I.

Foto: BS/Archiv

reicht werden, bleibt wettbewerbsrechtlich neutral, so dass für jeden Bewerber Chancengerechtigkeit besteht, der sich diese Kriterien erarbeitet bzw. und nachweist.

**update Vergabe:** Ist es nicht auch nach der gegenwärtigen Gesetzeslage bereits möglich, die Qualität der Leistung als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen? Etwa durch das Anfordern von Leistungserbringungskonzepten?

**Michalk:** Die Bewertung der Angebote erfolgt bisher unter analoger Anwendung der Unterlage für Ausschreibungen und Bewertungen von IT-Leistungen, in der erweiterten Richtwertmethode. Allein die Tatsache, dass im Vergaberecht die Maßgabe des wirtschaftlichsten Angebotes steht, schließt die angemessene Berücksichtigung von Qualitätskriterien ein. Fakt ist aber, und das zeigt die bisherige Praxis, dass letztendlich die Gewichtung des Preisangebotes stärker wirkt. Wir sehen, dass das Vergaberecht in seiner jetzigen Form für soziale Dienstleistungen nicht optimal anwendbar ist, weil z. B. der individuelle Betreuungsfaktor nicht objektiv in der Bewertungsschablone einzufangen ist.

**update Vergabe:** Wird nicht vor allem dadurch, dass Ihr Vorschlag Wettbewerb ganz oder teilweise verdrängt, der Anreiz zu qualitätsgerechter Dienstleistung unterhört?

**Michalk:** Ganz und gar nicht. Unser Antrag hält grundsätzlich am Wettbewerb fest. Wir wollen, dass die europäische Verga-

Fortsetzung auf Seite 4 >>>

<<< Fortsetzung von Seite 3

berichtlinie grundsätzlich exakter auf die Besonderheiten im Dienstleistungsbereich eingeht und wir hier in Deutschland viel konsequenter unseren nationalen Rechtsetzungsspielraum nutzen. Die Anforderungen der Praxis zeigen auf, dass wir eine größere Flexibilität brauchen, die selbstverständlich einen transparenten und fairen Wettbewerb sichert. Deshalb sind auch in Zukunft alle bisher bekannten und bisher unbekanntem Dienstleister gefordert, qualitativ gute, nachhaltige und bezahlbare Maßnahmen entsprechend der jeweiligen Situation vor Ort zu entwickeln, einzureichen und bewerten zu lassen.

**update Vergabe:** Sie fordern die Bundesregierung auf, sich für die Schaffung einer entsprechenden für alle Dienstleistungen geltenden Regelung bei der anstehenden Reform der Vergaberichtlinien einzusetzen. Wie relevant ist die grenzüberschreitende Auftragsvergabe in diese Hinsicht?

**Michalk:** Mit Blick auf die Freizügigkeit in Europa müssen im europäischen Raum auch für soziale Dienstleistungen die gleichen Vergabekriterien gelten. Das ist eine Selbstverständlichkeit. Aber wir wissen, dass in den einzelnen Ländern die Sozialgesetzgebung unterschiedlich tief und differenziert geregelt ist. Deshalb ist besonders auf diesem Gebiet die ergebnisorientierte Herangehensweise bei gleichen Vergabekriterien zwingend notwendig.

Die Fragen stellte Franz Drey, stellvertretender Chefredakteur des Behörden Spiegel.

**Vergaberecht**

**Praxisseminar**

**Update Vergaberecht 2012**

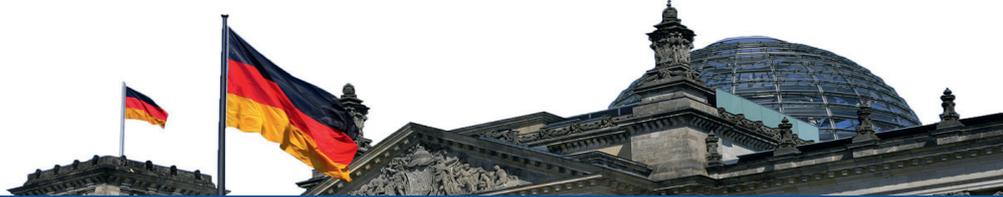
**26. Oktober 2012, Berlin**

Anmeldung unter: [www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de)

Eine Veranstaltungsreihe des **Behörden Spiegel**

Mit fachlicher Unterstützung von **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

Bildnachweis Titelseite: Bahner/Sum/pixelio Montage: BS



## Reinigungs- und Facility-Management-Leistungen – eine saubere Sache!

Vergabeverfahren für Reinigungsdienstleistungen stellen öffentliche Auftraggeber vor eine Vielzahl an Problemen. Sie suchen hier einen künftigen Auftragnehmer auf einem sehr hart umkämpften Markt. Nachprüfungsverfahren sind bei Vergaben im Bereich „Facility Management“ eher die Regel als die Ausnahme.

Am Anfang eines Vergabeverfahrens für Reinigungsdienstleistungen steht die Erstellung der Leistungsbeschreibung. Dort muss der öffentliche Auftraggeber sämtliche zu reinigende Räume angeben, die zu reinigenden Flächen genau kennzeichnen und etwaige Besonderheiten vorgeben. Nur so können die Bieter auf Grundlage der vorgegebenen Quadratmeterzahl und der konkreten Oberflächenstruktur ihre oft sehr eng kalkulierten Angebote erstellen. Besonderheiten, wie der Einsatz von Hebebühnen oder extra hohen Leitern, werden gesondert eingepreist. Grundsätzlich ist die Abforderung eines Reinigungsplanes zu empfehlen. So können öffentliche Auftraggeber sehr übersichtlich vorgeben, wie oft (pro Woche / pro Monat / halbjährlich / pro Jahr) sie die Reinigungsdienstleistung wünschen. Da die Angebote oft umfangreiche Angaben enthalten, bieten sich solche Listen schon aufgrund der Übersichtlichkeit an. Bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung mit Preisblättern und Kalkulationslisten müssen öffentliche Auftraggeber insbesondere bei der Losaufteilung besonders vorsichtig sein. Mehrere Gerichte haben bereits entschieden, dass zwingend eine Aufteilung zwischen Unterhalts- und Glasreinigung vorzunehmen ist. Die Fensterreinigung bildet daher grundsätzlich ein eigenes Los. Einige Unternehmen haben sich auf diese Reinigungsart spezialisiert, weshalb sie sich bei einer Gesamtvergabe des Auftrages nicht auf die Leistungen bewerben könnten.

Auch die beiden neuen „Klassiker des Vergaberechts“, Umweltschutz und Mindest-/Tariflöhne, sind bei der Vergabe von Reinigungsdienstleistungen von Relevanz. Der Umweltschutz muss bei dem Einsatz von Putzmitteln, Strom- und Wasserverbrauch berücksichtigt werden. Hierzu sind Regelungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu treffen. Die Angebote sind zudem auf die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Mindestlöhnen zu überprüfen. Hat der öffentliche Auftraggeber Zweifel, ob die Vorgaben eingehalten wurden, muss er den Auftragnehmer zur Aufklärung seiner Kalkulation auffordern. Gelingt keine Aufklärung, ist das Angebot auszuschließen. Vom Beginn bis zur Zuschlagserteilung enthalten Vergabeverfahren für Reinigungsdienstleistungen eine Vielzahl an Besonderheiten. Öffentliche Auftraggeber sollten solche Ausschreibungen daher nur mit einem großen zeitlichen Vorlauf durchführen. Vorsichtshalber sollte auch die Zeit für ein Nachprüfungsverfahren einkalkuliert werden. Denn die umfangreiche Rechtsprechung von Vergabekammern und Oberlandesgerichten zeigt, dass Bieter in dieser Branche überproportional viele Nachprüfungsverfahren einleiten. (in)



Nachprüfungsverfahren sind bei Vergaben in den Bereichen Reinigung und Facility Management eher die Regel als die Ausnahme.

Foto: Dieter Schütz/pixelio.de



## Grundstücksgeschäfte mit kommunalen Eigengesellschaften

Kommunen bedienen sich oftmals ihrer Gesellschaften, um ihre Aufgaben zu erfüllen. In diesem Zusammenhang übertragen die Kommunen ihren Gesellschaften ggf. Grundstücke. Inwieweit es sich dabei um einen vergaberechtlich relevanten Vorgang handelt, ist unterschiedlich zu beurteilen. (tc)

### Ein Überblick:

#### Konstellationen

Die Gemeinde überträgt ihrer Gesellschaft ein Grundstück. Die Gesellschaft soll darauf ein Verwaltungsgebäude errichten, das die Gemeinde im Anschluss selbst nutzt.

Die Gemeinde veräußert das Grundstück an ihre Eigengesellschaft. Eine Bauverpflichtung ist mit dem Verkauf nicht verbunden oder die Gemeinde hat an dem Bauwerk kein unmittelbares, wirtschaftliches Eigeninteresse.

Die Gemeinde will ein Grundstück an ihre Eigengesellschaft veräußern. Die Gesellschaft soll auf dem Grundstück ein Verwaltungsgebäude errichten. Das Verwaltungsgebäude wird sich zum Teil auch auf einem Grundstück befinden, das ohnehin schon der Gesellschaft gehört.

#### Vergaberechtliche Konsequenz

Da mit dem Grundstücksverkauf eine Bauverpflichtung verbunden ist und da die Kommune an dem zu errichtenden Bauwerk selbst ein unmittelbares, wirtschaftliches Interesse hat, ist das Vergaberecht bei der Veräußerung des Grundstücks anzuwenden.

Das europäische Vergaberecht ist nicht anzuwenden, da die Gemeinde keine Leistungen beschafft, sondern lediglich ein Grundstück veräußert. Das Vergaberecht ist auch nicht deswegen anzuwenden, da die Gemeinde an einem eventuell zu errichtenden Bauwerk ein unmittelbares, wirtschaftliches Eigeninteresse hätte. Sofern andere Interessenten in anderen Mitgliedsstaaten ein Interesse an dem Grundstück haben könnten, ist der Verkauf des Grundstücks jedoch in einem transparenten, diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuschreiben.

Das Vergaberecht ist nicht anzuwenden. Zwar ist mit dem Grundstücksverkauf eine Bauverpflichtung verbunden und die Gemeinde hat ein unmittelbares, wirtschaftliches Interesse an dem zu errichtenden Bauwerk. Jedoch befindet sich das Bauwerk zum Teil auf einem Grundstück, das ohnehin schon der Gesellschaft gehört. Da die Gemeinde gerade auch auf diesem Grundstück das Verwaltungsgebäude errichten will, hat die Gesellschaft ein Ausschließlichkeitsrecht. Nur sie kann über das in ihrem Eigentum stehende Grundstück verfügen. Will die Gemeinde gerade an dieser Stelle das Verwaltungsgebäude errichten, kann von vornherein kein Wettbewerb entstehen. Vor diesem Hintergrund ist auch kein wettbewerbliches Verfahren um das zu veräußernde Grundstück durchzuführen.



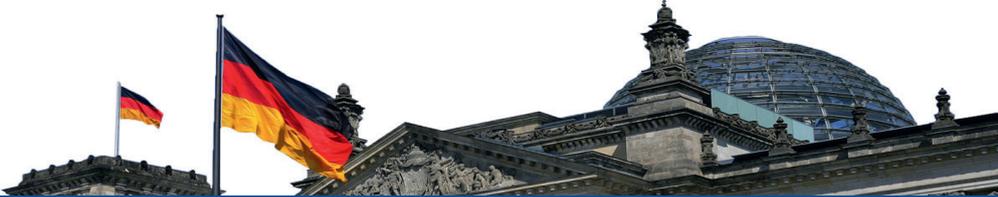
## OLG Düsseldorf zur Nachforderung fehlender Nachweise nach der VOL/A

Nach der VOL/A entscheiden Auftraggeber nach Ermessen darüber, ob fehlende Erklärungen und Nachweise nachgefordert werden (**§ 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A**). Darf der Auftraggeber von vornherein in den Vergabeunterlagen ausschließen, solche Unterlagen nachzufordern? Das OLG Düsseldorf zweifelt offenbar daran (**OLG Düsseldorf, 02.05.2012, Az. Verg 68/11**)!

Im Baubereich ist die Situation vergleichsweise klar: Waren bestimmte Erklärungen oder Nachweise bis zum Ablauf der Angebotsfrist einzureichen und fehlen diese, so muss der Auftraggeber alle fehlenden Erklärungen und Nachweise nachfordern. Reicht der Bieter die Unterlagen nicht innerhalb von sechs Kalendertagen nach, so ist das Angebot auszuschließen. In der VOL/A ist diese Situation nur auf den ersten Blick komfortabler: Der Auftraggeber kann fehlende Erklärungen oder Nachweise nachfordern. Da der Auftraggeber umfassenden rechtlichen Bindungen unterliegt, bedeutet dies aber keineswegs, dass er nach freiem Belieben entscheiden kann: Er muss sein Ermessen ausüben. Gibt der Auftraggeber einem Bieter Gelegenheit zur Nachreichung von Unterlagen, so muss er diese Gelegenheit auch den übrigen Bietern geben. Dies ergibt sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Preisangaben darf der Auftraggeber überhaupt nur dann nachfordern, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt (vgl. zu den Maßstäben hierfür (**OLG Brandenburg, 01.11.2011, Az. Verg W 12/11**)) und die Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Um einer aufwendigen Ermessensprüfung aus dem Weg zu gehen, sind findige Auftraggeber auf den Gedanken gekommen, die Nachforderung nach der VOL/A in den Vergabeunterlagen vollständig auszuschließen. Die VK Bund nimmt einen solchen Ausschluss der Nachforderung bereits dann an, wenn der Auftraggeber erklärt hat, dass bestimmte Unterlagen zu einem bestimmten Zeitpunkt vorliegen müssen und die nicht rechtzeitige Vorlage zwingend zum Ausschluss führt (**VK Bund, 04.10.2011, Az. VK 1-120/11**).

Das OLG Düsseldorf streut nun Zweifel, ob sich der Auftraggeber durch eine solche vorweggenommene (abstrakte) Ermessensbetätigung der konkreten Ermessensentscheidung anhand der Angebote entziehen kann. Im vorliegenden Fall musste das OLG darüber nicht entscheiden. Der Auftraggeber scheiterte nämlich bereits an einem Dokumentationsmangel. Die grundsätzliche Frage, ob eine solche Vorwegnahme überhaupt möglich ist, bleibt unentschieden. (wr)



## Bieter und gleichzeitig Nachunternehmer: Es kann auch „über Kreuz“ gehen!

Zwei bietende Unternehmen dürfen sich in einer Ausschreibung gegenseitig als Nachunternehmer benennen. Voraussetzung ist jedoch, dass dem jeweils anderen Bieter trotz der „Überkreuzbeteiligung“ wesentliche Teile des Angebots unbekannt bleiben. Dies hat das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 21.05.2012 (**Az. VII-Verg 3/12**) erneut klargestellt.

Das Gericht setzt mit dieser Entscheidung die Rechtsprechung zur Mehrfachbeteiligung fort: Janusköpfige Bieter, die zugleich Nachunternehmer eines anderen Bieters sind, darf es auch weiterhin geben.

Das Urteil enthält jedoch keinen Persilschein. Ob die Beteiligung als Bieter und zugleich als Nachunternehmer zulässig ist, richtet sich danach, ob der Geheimwettbewerb durch diese Konstellation verletzt ist. Es führt nämlich zum Ausschluss, wenn ein Bieter die Grundlagen eines Konkurrenzangebots kennt.

Die „Überkreuzbeteiligung“ hat zur Folge, dass beide Bieter das Nachunternehmerentgelt des jeweils anderen kennen, welches in den Angebotspreis einfließt. Das allein verletzt nach der Rechtsprechung aber in der Regel noch nicht den Geheimwettbewerb. Entscheidend ist, ob den Bietern jeweils eigene, nennenswerte Kalkulationsspielräume bleiben. Solche Spielräume können vor allem bei der veranschlagten Gewinnmarge bestehen sowie bei weiteren Kostenpositionen.

Weniger zu wissen ist demnach mehr: Erkennt das Gericht Indizien, dass ein Bieter weitergehende Erkenntnisse über das Angebot des anderen Bieters hat, wird es den Geheimwettbewerb als verletzt ansehen. In diesem Fall dürfen die Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. (mk)

**Vergaberecht**

**Praxisseminar**

**Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand**

**16. November 2012, Düsseldorf**

Eine Veranstaltungsreihe des **Behörden Spiegel**

Mit fachlicher Unterstützung von **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

Bildnachweis: Titebette - Bahner/Sum/pixelio Montage: BS



## BGH: Und die Vergabenachprüfungsinstanzen haben doch eine Zuständigkeit für Dienstleistungskonzessionen

Ob das Vergaberecht anwendbar ist, richtet sich ausschließlich danach, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt oder nicht. Was aber, wenn die Parteien gerade darüber streiten, ob es sich um einen vergabepflichtigen Dienstleistungsauftrag oder aber vielmehr um eine vergabefreie Dienstleistungskonzession handelt? Und noch viel wichtiger: An welches Gericht müssen sie sich wenden? Der BGH hat nun entschieden: Hier geht es im Kern um Vergaberecht. Die Vergabenachprüfungsinstanzen entscheiden (**BGH, 18.06.2012, X ZB 9/11**).

Grundsätzlich unterliegen Dienstleistungskonzessionen nicht den strengen Bestimmungen des EU-Vergaberechts. Davon ausgehend hatte der BGH Anfang 2012 noch Folgendes festgestellt: Für die Überprüfung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession, sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Der Verwaltungsrechtsweg ist hingegen eröffnet, wenn die vergebene Dienstleistungskonzession dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist (**BGH, 23.01.2012, X ZB 5/11**). Nur ein halbes Jahr später hat der BGH seine Rechtsprechung gelockert und sich damit der Auffassung der Vorinstanz (OLG Düsseldorf) angeschlossen. Seinen Beschluss vom 19.10.2011 begründete das OLG Düsseldorf wie folgt (**OLG Düsseldorf, 19.10.2011, VII-Verg 51/11**): Erstens habe der Auftraggeber gegen den noch bis Ende Mai 2012 geltenden § 16 Abs. 1 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes verstoßen, wonach Dienstleistungskonzessionen nicht zulässig seien. Die Schlussfolgerung liege auf der Hand: Wenn das Gesetz die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Bereich der Entsorgungsleistung nicht vorsehe, erübrige sich die Frage nach der Zuständigkeit. Dann bleibe nur die Möglichkeit einer Ausschreibung gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen.

Neuland beschritt das OLG mit seinem zweiten Argument, denn tatsächlich könne die Vergabe einer Dienstleistungskonzession eine unrechtmäßige Umgehung des Vergaberechts bedeuten. Unter solchen Umständen, seien die Nachprüfungsinstanzen gefragt. Der BGH schloss sich diesem Argument am 18.06.2012 an. Die Frage, ob Entsorgungsleistungen überhaupt per Dienstleistungskonzession übertragen werden können, ließ er hingegen offen. Das Durcheinander rund um die Rechtswegfrage bei Dienstleistungskonzessionen scheint damit perfekt. Der BGH hatte die Entscheidungshoheit bei Dienstleistungskonzessionen den ordentlichen Gerichten zugesprochen. Ist nun alles anders? Mitnichten. Dienstleistungskonzessionen bleiben Sache der Zivilgerichte. Neu ist lediglich eine sachgerechte Ausnahme: Bestehen Zweifel, ob die Vergabe einer Dienstleistungskonzession rechtmäßig ist, dann fällt die Prüfung in die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen. (sb)

### Abgrenzung von Markterkundung und Vergabeverfahren

Hat der Auftraggeber ein Vergabeverfahren eingeleitet oder hat er sich lediglich am Markt über Leistungen informiert? Das OLG München nennt in seinem Beschluss vom 19.07.2012 (**Az.: Verg 8/12**) Anhaltspunkte, wie diese Frage im Einzelfall zu beurteilen ist. Demnach kommt es darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber mit konkreten Maßnahmen den Beschaffungsvorgang eingeleitet hat. Davon ist insbesondere auszugehen, wenn er zu potenziellen Auftragnehmern Kontakt mit dem Ziel aufgenommen hat, einen Vertragsschluss herbeizuführen.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt beabsichtigte ein öffentlicher Klinikbetreiber, medizinische Geräte anzuschaffen. Dazu fragte er bei mehreren Anbietern Angebote ab. Nach einer „Projektdemonstration“ durch die Anbieter und nach der Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses holte der Klinikbetreiber erneut Angebote ein und lud die Anbieter zu einem als „Vergabesitzung“ bezeichneten Gespräch ein. Ein förmliches Vergabeverfahren leitete er jedoch nicht ein. Nachdem der Klinikbetreiber mitteilte, den Auftrag doch auf eine andere Art zu vergeben, kam es, wie es kommen musste: Einer der Anbieter stellte einen Nachprüfungsantrag.

Liegt bereits ein Vergabeverfahren vor? Nach Ansicht des OLG München schon. Denn der interne Beschaffungsentschluss des Klinikbetreibers trat konkret nach außen. Seine Mühen konnten nicht mehr als einfache Vorbereitungs- und Sondierungsmaßnahmen bezeichnet werden. Aus Sicht eines außenstehenden Dritten führte er mit potenziellen Anbietern konkrete Verhandlungen. In diesem Fall kann sich der öffentliche Auftraggeber nicht darauf berufen, er habe lediglich den Markt erkunden wollen.

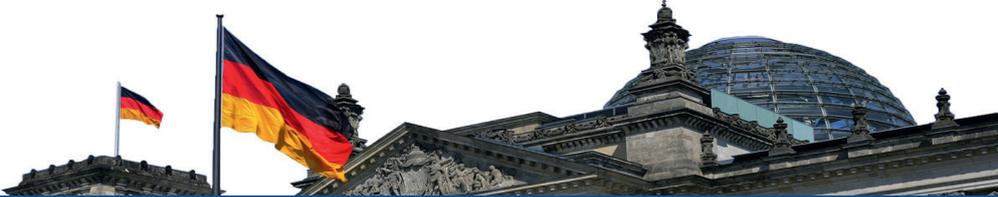
Für die Annahme des internen Beschaffungswillens, der von dem Bieter kaum nachzuweisen ist, reicht es nach den Feststellungen des OLG München aus, wenn nach den nach außen tretenden Erklärungen und Handlungen auf den Beschaffungswillen des Auftraggebers zu schließen ist. Der Blick in den Kopf des Auftraggebers bleibt den Bietern daher erspart.

Der Beschluss des OLG München zeigt erneut: Öffentliche Auftraggeber sind gut beraten, Markterkundungsmaßnahmen nur in überschaubarem Maße durchzuführen. Gerade bei direktem Kontakt mit potenziellen Anbietern ist darauf zu achten, nicht in konkrete Verhandlungen einzutreten, um sich nicht anschließend einem Nachprüfungsverfahren ausgesetzt zu sehen. Der Auftraggeber kann dem Nachprüfungsantrag nicht mit dem Argument begegnen, es habe kein formelles Vergabeverfahren stattgefunden. (scs)



Der Beschluss des Oberlandesgerichtes München zeigt, dass Öffentliche Auftraggeber gut beraten sind, Markterkundungsmaßnahmen nur in überschaubarem Maße durchzuführen.

Foto: Bubo/wikipedia.de



## FAQ-Liste zum Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen veröffentlicht

Zum Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (**TVgG NRW**) hat die Landesregierung NRW eine sogenannte „**FAQ-Liste**“ veröffentlicht.

### Anwendungsbereich

Die FAQ-Liste stellt nun ausdrücklich klar, dass öffentliche Auftraggeber, die bislang nicht verpflichtet waren, auch künftig keine förmlichen Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich durchführen müssen. Das TVgG NRW führt insofern keine Änderungen herbei.

### Veröffentlichungspflichten

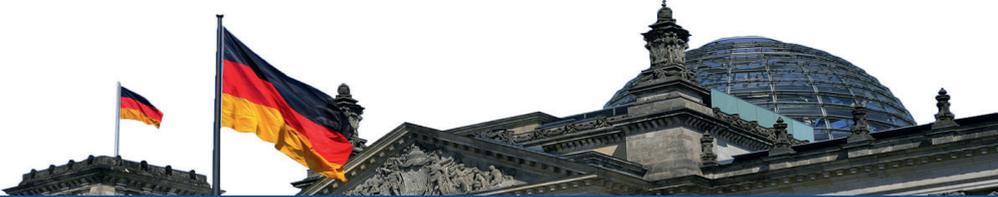
Größte Aufregung brachte die FAQ-Liste hinsichtlich der „Veröffentlichungspflichten“. Gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 1 TVgG NRW müssen öffentliche Auftraggeber ihre Beschaffungsabsicht bei binnenmarktrelevanten Aufträgen veröffentlichen. Die FAQ-Liste enthält Eckdaten zur Definition der Binnenmarktrelevanz und nennt - das ist das Überraschende - einzelne Beträge. So soll bei Bauaufträgen in grenzfernen Regionen ab einem Auftragswert von 100.000 Euro, bei Aufträgen im Ruhrgebiet oder am Niederrhein ab einem Auftragswert von 10.000 Euro von einer Binnenmarktrelevanz ausgegangen werden. Denn Bieter aus den Niederlanden könnten ohne besonderen Aufwand auch bei solch kleineren Aufträgen täglich zur Baustelle anreisen, so dass ein Interesse der Unternehmen gegeben wäre, so die FAQ-Liste.

An dieser Stelle ist die FAQ-Liste mit Vorsicht zu genießen, denn die Binnenmarktrelevanz ist keine Frage fester Auftragswerte. Vielmehr bestimmt sich die Binnenmarktrelevanz nach der Rechtsprechung des EuGH. Nach dem EuGH liegt eine Binnenmarktrelevanz immer dann vor, wenn ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedsstaat als dem, in dem die betreffende Dienstleistung erbracht werden soll, an dem Auftrag interessiert sein kann (**EuGH, Urteil vom 13.04.2010, Rs. C-91/08**). Öffentliche Auftraggeber sind daher gehalten, selbst und in jedem Einzelfall zu prüfen, ob bei ihrer konkreten Leistung und dem konkreten Leistungsort eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist.

### Mindestlohn

Erfreulich sind die Klarstellungen der FAQ-Liste zu **§ 4 Abs. 3 TVgG NRW**. Da beim Mindestlohn immer die für den Arbeitnehmer günstigste Regelung gelten soll, stellt die FAQ-Liste nun für den ÖPNV klar, dass gemäß § 4 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 TVgG NRW so lange, wie kein repräsentativer Tarifvertrag für den ÖPNV beschlossen wurde, den Arbeitnehmern im ÖPNV ein Mindeststundenentgelt von 8,62 zu zahlen ist. (in)

Die FAQ-Liste ist ein erster Schritt der Landesregierung, das TVgG NRW für die Praxis händelbar zu machen. Leider bleiben viele Fragen offen. Andere Fragen werden in der FAQ-Liste doppelt beantwortet, so dass die 16-seitige Liste im Ergebnis doch nicht so viele Informationen bereithält, wie es sich die Anwender erhofft hatten.



## Nachforderung von Preisangaben bei Sektorenvergabe möglich

Fehlen in einem verbindlichen Angebot oder in einem Teilnahmeantrag Erklärungen und Nachweise, können Auftraggeber sie bei einer Vergabe nach der Sektorenverordnung (SektVO) gemäß **§ 19 Abs. 3 SektVO** nachfordern. Dies gilt nach einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25.04.2012 (**VII-Verg 9/12**) auch bei indikativen Angeboten und für Preisangaben.

Vergabestellen können ein Lied davon singen: Zu selten sind Angebote von vornherein vollständig! Besonders heikel ist es, wenn Preisangaben fehlen. Das OLG Düsseldorf entschied nun, dass Preisangaben „Erklärungen und Nachweise“ im Sinne des § 19 Abs. 3 SektVO sind, die bei Vergaben im Sektorenbereich innerhalb einer vom Auftraggeber zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden können.

Zur Begründung verweist das Gericht auf die Regelung des **§ 19 Abs. 2 S. 2 EG VOL/A**. Preisangaben dürfen im Anwendungsbereich der VOL/A jedoch nur nachgefordert werden, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen.

Derartige Anforderungen fehlen in **§ 19 Abs. 3 SektVO** jedoch vollständig, sodass im Bereich der Sektorenverordnung die Nachforderung fehlender Preisangaben nicht diesen besonderen Beschränkungen unterliegt.

Sektorenauftraggeber können im Geltungsbereich der Sektorenverordnung somit fehlende Preisangaben von einem Bieter – selbstverständlich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes – nachfordern und müssen derartige Angebote nicht ausschließen. (uc)

**Vergaberecht**

**Praxisseminar**

**Vergabe von Reinigungs- und Facility Management-Leistungen**

**02. November 2012, Düsseldorf**

Eine Veranstaltungsreihe des **Behörden Spiegel**

Mit fachlicher Unterstützung von **HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

Bildnachweis-Titekte: Bahner/Sum/pixelo Montage: BS

### Kein zwingender Ausschluss des Angebots bei Insolvenz!

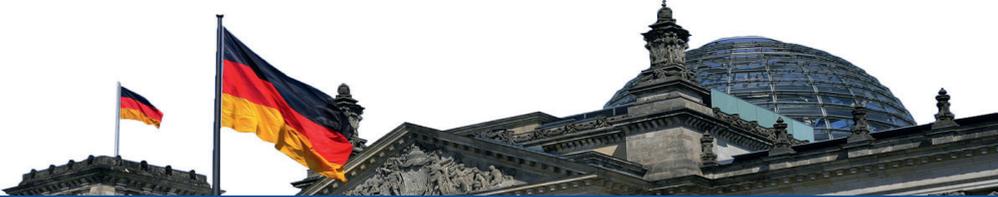
Öffentliche Aufträge sind nach **§ 97 Abs. 4 GWB** an geeignete Unternehmen zu vergeben. Dabei kommt es nicht nur darauf an, dass ein Unternehmen über technisches Know-how für die Auftragsausführung verfügt. Das Unternehmen muss auch finanziell leistungsfähig sein. Zwingend ist ein Ausschluss des Bieters bei Insolvenz jedoch nicht.

Die folgende Situation wäre misslich: Eine Behörde beauftragt ein Unternehmen mit Reinigungsleistungen für ein Jahr. Nach nur einem Monat kann die Reinigungsfirma jedoch ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen, da sie insolvent ist. Um solche Konstellationen zu vermeiden, regeln **§ 19 EG Abs. 4 VOL/A** und **§ 6 EG Abs. 6 a) VOL/A**, dass Unternehmen, bei denen etwa ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können. Eine vergleichbare Regelung ist auch in **§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A** enthalten. Dabei kann einem Bieter auch die Insolvenz eines Nachunternehmers zugerechnet werden. Gegebenenfalls ist der Bieter dann auszuschließen. Dies ist jedoch nicht zwingend. Vielmehr haben die Vergabestellen ein „Ermessen“. Sie können (und müssen) entscheiden, ob ein Ausschluss wegen Insolvenz erfolgt oder ob das Angebot im Vergabeverfahren bleibt. Hierbei ist eine einzelfallbezogene Entscheidung erforderlich. Der Auftraggeber muss im konkreten Fall entscheiden, ob die Leistungsfähigkeit des betroffenen Unternehmens entfallen ist oder weiter fortbesteht.

Diese Prognose kann je nach Vertrag unterschiedlich ausfallen. Längerfristig abzuwickelnde Verträge werden sicherlich anders zu beurteilen sein als einmalige Lieferungen. Erscheint jedoch die Erfüllung der (künftigen) vertraglichen Pflichten gefährdet, wird man im Rahmen der Ermessensentscheidung eher einen Ausschluss begründen können. Jedenfalls darf der Auftraggeber das insolvente Unternehmen nicht mit allgemeinen Erwägungen ausschließen. In einem jüngst vom OLG Schleswig entschiedenen Fall (Beschluss vom 30.05.2012, **1 Verg 2/12**) war in den Vergabeakten lediglich eine pauschale Prognose über „zu große Risiken“ dokumentiert. Auch der Hinweis der Vergabestelle darauf, dass mit öffentlichen Haushaltsmitteln verantwortungsvoll umgegangen werden müsse, wurde vom OLG Schleswig – zu Recht – als „Allerweltsfloskel“ abgetan. In der Begründung der Vergabestelle für den Ausschluss fehlte jegliche einzelfallbezogene Ermessenserwägung. Die Entscheidung der Vergabestelle, das Angebot auszuschließen, wurde vom OLG Schleswig daher zu Recht beanstandet. Auch das OLG Düsseldorf hat in einem aktuellen Beschluss vom 02.05.2012 (**VII-Verg 68/11**) festgestellt, dass ein Bieter im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht zwingend und automatisch auszuschließen ist. (us)



Unternehmen, bei denen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, können vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Foto: Thorben Wengert /pixelio.de



## Muss der Preis ein Zuschlagskriterium sein?

In der Praxis gibt es zuweilen den Bedarf, das Kriterium „Preis“ unberücksichtigt zu lassen. So ist beispielsweise bei der Vergabe von Beratungsleistungen der Aufwand oft nicht sinnvoll schätzbar. Um hohe Risikoaufschläge zu vermeiden, entschließen sich Auftraggeber in diesen Fällen, die Leistung nach Aufwand abzurufen. Denn die tatsächlichen Kosten sind wesentlich davon abhängig, mit wie vielen Personen und wie effizient die Aufgabe erfüllt wird. So kann etwa ein scheinbar günstiger Berater, der sich allerdings erst noch „am Kunden ausbilden muss“, viel höhere Kosten verursachen, als der „Profi“ mit einem höheren Tagessatz.

Dies heißt natürlich nicht, dass sich der Auftraggeber auf „Mondpreise“ einlassen darf. Es stellt sich lediglich die Frage, ob die Berücksichtigung des Preises als Zuschlagskriterium den einzigen wirksamen Weg darstellt, den Marktpreis sicherzustellen. Denkbar wäre es, den Tages- oder Stundensatz in einer Ausschreibung vorzugeben. Doch wäre das vergaberechtlich zulässig? Aus **§ 97 Abs. 5 GWB** könnte man herauslesen, dass ein Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot nur dann erfolgt, wenn Preis und Leistung in ein Verhältnis gesetzt werden. Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots ist ohnehin eine Prognose, die von einer Vielzahl zukünftiger Ereignisse abhängt, wie beispielsweise der Haltbarkeit der Materialien. Mit der Bewertung des Angebots nach Zuschlagskriterien soll lediglich die Wahrscheinlichkeit steigen, das Wirtschaftlichkeitsziel zu erreichen.

Selbst wenn **§ 97 Abs. 5 GWB** dahingehend zu verstehen wäre, dass der Preis zwingend als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen ist, stellt sich die Frage der europarechtlichen Zulässigkeit. **Artikel 53 VKR** sieht in Abs. 1 bekanntlich zwei Wertungsmethoden vor. Die Wertung kann ausschließlich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Die Wertung kann zudem auf der Basis „verschiedener mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien, z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist“ erfolgen.

Nach dem Wortlaut ist die Aufzählung der Zuschlagskriterien lediglich beispielhaft. Dies bedeutet: Auch der Preis kann, muss aber nicht berücksichtigt werden. Eine richtlinienkonforme Auslegung des **§ 97 Abs. 5 GWB** führt also dazu, dass der Preis als Zuschlagskriterium nicht berücksichtigt werden muss. Das deutsche Recht trägt dem insoweit Rechnung, als auch **§ 19 Abs. 9 EG VOL/A** und **§ 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A** den Wortlaut von **Artikel 53 VKR** nahezu unverändert wiedergeben. (msb)

### Informationsveranstaltung Update Vergaberecht 2012

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts wird sich auch 2012 weiter fortsetzen. Erfreulicherweise haben sich eine Reihe von Spielräumen ergeben – zum einen aus den neuen gesetzlichen Vorschriften, zum anderen aus aktuellen Entscheidungen der europäischen und nationalen Gerichte.

Die Veranstaltung Update Vergaberecht 2012, die der Behörden Spiegel mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK am 26. Oktober in Berlin durchführen wird, bringt Sie auf den neuesten Stand und erklärt, welche praktischen Konsequenzen sich aus den neuen Vorschriften und Entscheidungen ergeben. Die Veranstaltung fasst den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung zusammen und bietet anhand konkreter Fallbeispiele eine Basis für ein rechtssicheres und wirtschaftliches Vergabemanagement.

**Weitere Informationen unter: [www.fuehrungskraefte-forum.de](http://www.fuehrungskraefte-forum.de)**

#### Synopse zur VOB/A

Im praxisrelevanten Abschnitt 2 der VOB/A 2012 hat der Gesetzgeber die bisherige Struktur der Basis- und a-Paragraphen aufgegeben. Speziell für diesen Abschnitt hat die Kanzlei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK eine praxisnahe Synopse erstellt, um Ihnen den Übergang vom alten und neuen Recht zu erleichtern. Die Synopse kann kostenfrei angefordert werden unter: [publicsector@heuking.de](mailto:publicsector@heuking.de)

#### TERMINE 2012

##### Ersatzbaustoffe in der Auftragsvergabe

05. Oktober 2012, Köln

##### Innenrevision in der öffentlichen Verwaltung

08. – 09. Oktober 2012, Hamburg

##### Notfallvorsorge für Behörden

09. – 10. Oktober 2012, Hamburg

##### Risikomanagement für öffentliche Verwaltungen

11. – 12. Oktober 2012, Hamburg

##### Forderungsmanagement für Behörden

16. Oktober 2012, Berlin

##### Beförderungsauswahl vor Gericht

17. Oktober 2012, Berlin

##### IT-Beschaffung – Chancen und Risiken der

##### Verfahrensgestaltung

18. Oktober 2012, Hamburg

##### Innerbehördliches Konfliktmanagement

18. – 19. Oktober 2012, Bonn

##### EVB-IT Intensiv

22. – 23. Oktober 2012, Berlin

##### Energie- und ressourcenbewusster Rechenzentrumsbetrieb

23. Oktober 2012, Berlin

##### Der qualifizierte Beschaffungsmanager

24. – 26. Oktober 2012, Hamburg

##### Die Beschaffung von Bauleistungen nach der neuen VOB/A 2012

25. Oktober 2012, Berlin

##### Personalentwicklung in Behörden

29. – 30. Oktober 2012, Frankfurt/Main

##### Vergabe von Reinigungs- und Facility-Management-Leistungen

02. November 2012, Düsseldorf

##### Teambildung und Teamentwicklung für Führungskräfte

05. – 06. November 2012, Bonn

##### Demographiemangement in Behörden

05. – 06. November 2012, Bonn

#### IMPRESSUM

Herausgeber und Chefredakteur von „Behörden Spiegel Newsletter“ und verantwortlich: R. Uwe Proll.

Redaktionelle Leitung: Benjamin Bauer (bb) Fachliche Unterstützung: Sozietät HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Redaktion: Sarina Böll (sb), Ulf Christiani (uc), Dr. Tobias Czepull (tc), Franz Drey (fd), Dr. Ute Jasper (uj), Dr. Matthias Kühn (mk), Dr. Isabel Niedergöker (in), Dr. Wolfgang G. Renner, LL.M. (wr), Dr. Martin Schellenberg (msb), Susanne Christine Schmitz (scs), Ulrike Siegert (us).

ProPress Verlagsgesellschaft mbH, Am Buschhof 8, 53227 Bonn, Telefon: 0049-228-970970, Telefax: 0049-228-97097-75,

E-Mail: [redaktion@behoerderspiegel.de](mailto:redaktion@behoerderspiegel.de) Internet: [www.behoerderspiegel.de](http://www.behoerderspiegel.de).

Registergericht: AG Bonn HRB 3815. UST-Ident.-Nr.: DE 122275444 Geschäftsführerin: Helga Woll.

Der Verlag hält auch die Nutzungsrechte für die Inhalte von „Behörden Spiegel Newsletter“. Die Rechte an Marken und Warenzeichen liegen bei den genannten Herstellern. Bei direkten oder indirekten Verweisen auf fremde Internetseiten („Links“), die außerhalb des Verantwortungsbereiches des Herausgebers liegen, kann keine Haftung für die Richtigkeit oder Gesetzmäßigkeit der dort publizierten Inhalte gegeben werden.