



# update Vergabe

Informationsdienst für Entscheider mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

**Behörden Spiegel**  
newsletter

Ausgabe 4, März 2012

## Inhalt dieser Ausgabe

### 2 Editorial

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

### 3 Fünf Fragen an...

Heide Rühle, Mitglied des Europäischen Parlaments, zu den Hauptfragen  
der neuen Richtlinienvorschläge

### Vergabemanagement

### 5 Neue Pflichten nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW

### 6 Drum prüfe, wer sich bindet, ob sich ein geeigneter Auftragnehmer findet

### Rechtsprechung und Gesetzgebung

### 7 Unzulässige Dienstleistungskonzession im Abfallrecht

### 9 Geringe Anforderungen an die Form der Rüge

### 10 Vorlage an BGH: Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bei Nebenangeboten zulässig?

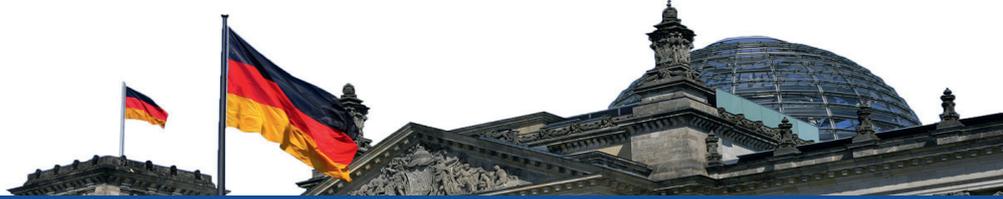
### 11 Kein Anspruch auf Nachforderung fehlender Unterlagen nach VOL/A!

### 12 Können Konkurrenten Bietergemeinschaften bilden?

### 13 Exklusivvertrag für Festbier nicht ausschreibungspflichtig

### 14 Aus dem Säckel, in den Säckel: Neues zur Umsatzsteuerpflicht der öffentlichen Hand

### 15 Veranstaltungen und Termine



## „Darf's ein bisschen mehr sein?“

Sie kennen diese Frage. Wir hoffen, unser Newsletter „update Vergabe“ sagt Ihnen zu und macht Appetit auf mehr frisches, aktuelles Vergaberecht.

Denn wir bauen unser Angebot für Sie aus. Bereits mit der letzten Ausgabe haben wir die Rubrik „Vergabemanagement“ eingeführt. Unsere praktischen Tipps und Checklisten stießen auf ein positives Echo, weshalb wir diese Rubrik gern etablieren.

Die Redaktion von „update Vergabe“ ergänzt das Angebot rund um das Vergaberecht nun mit einer neuen Vortragsreihe. Die Seminare, die mit fachlicher Unterstützung durch die Kanzlei HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK durchgeführt werden, informieren Sie – wenn Sie mögen – in ein paar Stunden knapp, klar und – wo nötig – kreativ über die neueste Rechtsprechung und die aktuellen Gesetze. Wir schildern Lösungen anhand konkreter Fälle aus der Praxis, warnen aber auch vor oft unbekanntem Fallen.

Über Ihren Besuch würden wir uns sehr freuen! Die Termine der Veranstaltungsreihe, in Ihrer Nähe finden Sie auf der letzten Seite dieses Newsletters.

In diesem Sinne hoffe ich auf ein Wiedersehen mit Ihnen bei einem unserer Seminare!

Ihre  
Ute Jasper



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

Foto: BS/Archiv

Heide Rühle, Mitglied des Europäischen Parlaments

## Hauptfragen der neuen Richtlinienvorschläge und mögliche Alternativen

**update Vergabe:** Was sind die Hauptkritikpunkte seitens des Europaparlaments an den Richtlinienentwürfen der Kommission? Haben sie Chancen, sich durchzusetzen?

**Rühle:** Es gibt noch keine offizielle Position des Europaparlamentes, die ersten Aussprachen in unserem Ausschuss haben eher die Differenzen zwischen den Fraktionen aufgezeigt. So will sich der Berichterstatter Marc Tarabella (S&D, Belgien) auf die Punkte „Wahl des Verfahrens“ bei der Auftragsvergabe, „Strategischer Nutzen“, „Zugang für KMU“ und „elektronische Vergabe“ konzentrieren, während mir der Punkt „Anwendungsbereich“ und dabei vor allem das Thema öffentlich-öffentliche Kooperation zentral erscheint. Auch zum Vorschlag der Kommission, den Mitgliedstaaten eine unabhängige zentrale „Aufsichtsstelle“ vorzuschlagen, gibt es unterschiedliche Positionen. Ich halte diesen Vorschlag für problematisch. Er geht meines Erachtens auch weit über die Kompetenzen der EU in diesem Bereich hinaus und mischt sich in die interne Verwaltung der Mitgliedstaaten ein. Regulierungsbehörden in Bereichen, die liberalisiert sind, wie dem Energie- und Telekommunikationsbereich, sind ok, aber die Auftragsvergabe ist eine originäre Aufgabe der staatlichen Stellen in den Mitgliedstaaten und die Aufsicht obliegt den Vergabekammern bzw. den Gerichten. Noch ist aber nicht absehbar, wo die Mehrheiten liegen werden, das wird sich erst zeigen, wenn der Berichterstatter am 18. April seinen Vorschlag einreicht und nach Eingang der Änderungsanträge der verschiedenen Fraktionen am 8. Juni.

**update Vergabe:** Wie sähe aus Ihrer Sicht eine sinnvolle Novellierung des Europäischen Vergaberechts aus?

**Rühle:** Das Vergaberecht ist zu komplex geworden, gleichzeitig hat es aber auch nicht die notwendige Rechtssicherheit geschaffen. Vergabe ohne Rechtsberatung ist inzwischen praktisch unmöglich und die Kosten für die Rechtsberatung steigen. Das liegt nicht nur am europäischen Recht, auch die Umsetzung in den Mitgliedstaaten hat dazu beigetragen.



Heide Rühle ist Mitglied des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz im Europäischen Parlament.

Foto: BS/Archiv

Ich hätte mir einen Vorschlag von Seiten der Kommission gewünscht, der weniger komplex ist und den öffentlichen Auftraggebern mehr Spielräume lässt. Die Idee einer Toolbox mit unterschiedlichen Verfahrenswegen ist gut, aber das Verhandlungsverfahren ist immer noch zu komplex. Die Einbeziehung der elektronischen Vergabe kann große Erleichterungen bringen, allerdings braucht es hier v.a. einheitliche Standards, Kompatibilität der zahlreichen elektronischen Plattformen, mehr Förderung und Hilfe.

**update Vergabe:** Sie sind Mitglied der Grünen-Fraktion im Europaparlament. Dennoch haben Sie Bedenken gegen die Einbindung des Vergaberechts in die Wachstumsstrategie „Europa 2020“ der EU-Kommission mit ihrer Betonung des Ökologischen und des Sozialen. Ist das kein Widerspruch? Immerhin soll das geplante Wachstum „nachhaltig“ sein.

**Rühle:** Die öffentlichen Auftraggeber können und sollen zu einer nachhaltigen Entwicklung in Europa beitragen und innovative Lösungen fördern, das ist auch in ihrem eigenen Interesse, denn nachhaltige Produkte und Dienstleistungen sind auf Dauer effektiver und billiger. Allerdings soll die Entscheidung vor Ort fallen. Ich halte nichts von zentralen Auflagen und Quoten aus Europa, die die örtliche Entscheidungsfreiheit aushöhlen und damit die lokale Demokratie gefährden. Obligatorische Auflagen aus Europa sind auch nicht besonders zielführend, denn es kommt immer auch auf die örtlichen Bedingungen an. Richtig wäre es allerdings gewesen, sich bei den Zuschlags-

Fortsetzung auf Seite 3 >>>



<<< Fortsetzung von Seite 2

kriterien auf das wirtschaftlich günstigste Produkt zu beschränken, nicht wie im Vorschlag auf drei Optionen (wirtschaftlich günstigste, bzw. wirtschaftlich günstigste Kosten unter Einschluss Lifecycle-Kosten und ohne) das schafft nur unnötige Verwirrung. Auch unter der Prämisse wirtschaftlich günstigstes Angebot kann ich den Zuschlag nach dem Preis erteilen.

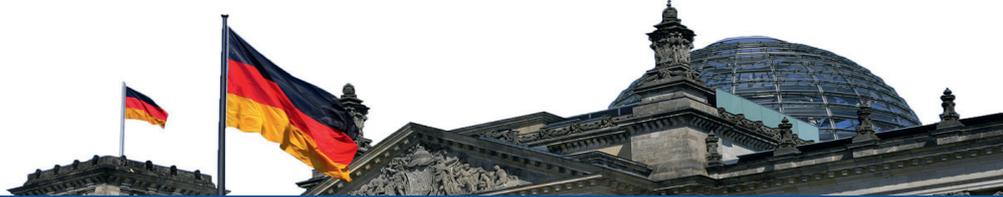
**update Vergabe:** Wird das zu Lasten der Wirtschaftlichkeit gehen?

**Rühle:** Nein, wie gesagt, Energieeffizienz rechnet sich, vielleicht nicht heute aber spätestens morgen, Computer, die weniger Strom fressen, können zu großen Stromeinsparungen in der öffentlichen Verwaltung führen. Lifecycle-Kosten, für die es leider keine gute deutsche Bezeichnung gibt, sind eine gute Grundlage, wenn ich das beste und effizienteste Produkt einkaufen will. Öffentliche Auftraggeber können Märkte für nachhaltige Produkte schaffen und damit die allgemeinen Kosten senken, das hat sich beispielsweise bei der Papierbeschaffung gezeigt.

**update Vergabe:** Einige Bundesländer haben eine „Subsidiaritätsrüge“ gegen die vorgeschlagene Dienstleistungskonzessions-Richtlinie in Gang gesetzt. Würden Sie sich über deren Erfolg freuen? Besteht eine Chance, zumindest diese Richtlinie zu stoppen?

**Rühle:** Ich begrüße jede Initiative, die die Kommission zwingt, nochmals über diesen Vorschlag nachzudenken. Seit Jahren will die Kommission bereits den Bereich der Dienstleistungskonzessionen regeln, obwohl sie bis heute nicht nachweisen konnte, dass es hier ein Marktversagen oder eine Marktverzerrung gibt, was eigentlich nur eine europäische Regelung rechtfertigen würde. Leider ist das Parlament in dieser Frage gespalten und die Mehrheiten sind unklar, ich werde aber auf jeden Fall einen Antrag einbringen, diesen Vorschlag der Kommission abzulehnen.

*Die Fragen stellte Franz Drey.*



## Neue Pflichten nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW

Ab dem 01.05.2012 gilt in Nordrhein-Westfalen das Tariftreue- und Vergabegesetz (**TVgG NRW**).

Öffentliche Auftraggeber können nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) von den potenziellen Auftragnehmern bestimmte Sozialstandards (u. a. Maßnahmen zur Frauenförderung; keine Waren aus Kinderarbeit) bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags fordern. Weiter müssen sie verlangen, dass sich die beauftragten Unternehmen verpflichten, ihren Mitarbeitern (auch Leiharbeitern!) einen Mindestlohn zu zahlen. Ein Großteil der öffentlichen Aufträge in NRW ist betroffen (siehe obere Checkliste):

Das Gesetz gilt grundsätzlich für Bau- und Dienstleistungsaufträge; ausnahmsweise auch für Lieferaufträge. Regelungen zu Tariftreue und Mindestlohn, Umweltschutz und Energieeffizienz sowie zu Sozialkriterien müssen bei allen Aufträgen beachtet werden. Weitere Anforderungen an die Unternehmen, wie zum Beispiel Maßnahmen zur Frauenförderung, gelten hingegen erst ab bestimmten Auftragswerten (bei Lieferaufträgen ab € 50.000, bei Bauaufträgen ab € 150.000).

Öffentliche Auftraggeber sollten folgende Checkliste zur Hilfe nehmen, um den Anforderungen des TVgG NRW zu genügen (siehe mittlere Checkliste):

Die öffentlichen Auftraggeber müssen bereits in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen vorgeben, welche zusätzlichen Anforderungen, die an potenzielle Auftragnehmer gestellt werden. Fordert ein öffentlicher Auftraggeber bestimmte Verpflichtungserklärungen von den Bietern, muss er solche Angebote ausschließen, die die geforderten Nachweise bei Angebotsabgabe nicht enthalten.

Auch die (potenziellen) Auftragnehmer trifft eine Vielzahl an Pflichten. Wenn sie sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, sollten sie daher überprüfen (siehe untere Checkliste):

Der (potenzielle) Auftragnehmer ist zum Teil auch für seine Nachunternehmer verantwortlich. Er muss sich bei Angebotsabgabe dazu verpflichten, dass er seinen Nachunternehmer auffordert, seinerseits eine Erklärung zur Einhaltung von Mindestlöhnen und Tariftreue abzugeben.

Viele Regelungen werfen in der Praxis Fragen auf. Eine Rechtsverordnung wird derzeit vom zuständigen NRW-Wirtschaftsministerium erarbeitet. Sie soll die Anforderungen aus dem TVgG NRW konkretisieren. (in)

### Anwendungsbereich TVgG NRW

Das TVgG findet Anwendung, wenn:

- ✓ ein öffentlicher Auftraggeber aus Nordrhein-Westfalen,
  - ✓ einen öffentliche Bau- oder Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 GWB vergibt,
  - ✓ dessen Auftragswert € 20.000 überschreitet (unterhalb dieser Schwelle finden nur die §§ 3, 4 Abs. 1 sowie §17 und §18 TVgG Anwendung).
- ! Für Lieferaufträge gelten nur die Vorschriften der §§ 3, 17 bis 19 TVgG.

### Checkliste für Auftraggeber

- ✓ Welche Verpflichtungen sollen von den Bietern gefordert werden?
- ✓ Wie sollen die Bieter die entsprechenden Nachweise / Verpflichtungserklärungen einreichen?
- ✓ Sind die Anforderungen in der Auftragsbekanntmachung dokumentiert?
- ✓ Sind die Anforderungen auch in den Vergabeunterlagen enthalten?
- ✓ Hat der Bieter die geforderten Nachweise und Erklärungen vorgelegt?
- ✓ Liegt der Auftragswert über € 25.000? Dann muss eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister über den Bieter eingeholt werden.
- ✓ Werden die nachgewiesenen Verpflichtungen nach dem TVgG in der Wertung hinreichend berücksichtigt?

### Checkliste für Auftragnehmer

- ✓ Welche Verpflichtungen fordert der Auftraggeber von den Bietern?
- ✓ Liegen die entsprechenden Nachweise vor, um sie mit dem Angebot einreichen zu können?
- ✓ Falls Nachunternehmer eingesetzt werden sollen: Können dem Auftraggeber Prüf- und Auskunftsrechte bei Nachunternehmern oder Zeitarbeitsfirmen eingeräumt werden?

Grafiken: HKLW



## Drum prüfe, wer sich bindet, ob sich ein geeigneter Auftragnehmer findet

Schillers Weisheit aus der „Glocke“ auf das Vergaberecht zu übertragen, fällt leicht. Bevor sich ein Auftraggeber auf einen Vertragspartner einlässt, muss er dessen Eignung prüfen. Denn: „Der Wahn ist kurz, die Reu' ist lang!“

### Auf folgende Punkte sollten Auftraggeber bei der Eignungsprüfung achten:

- > Auftraggeber haben einen weiten Beurteilungsspielraum, ob sie einen Bewerber für geeignet erachten. Sie sind nicht an die Beurteilung anderer gebunden.
- > Um die Eignung zu beurteilen, dürfen Auftraggeber mehr als die zwingend verlangten Eignungsnachweise heranziehen. Sie dürfen sich auf Erkenntnisse aus Voraufträgen stützen und sonstige Kenntnisse heranziehen.
- > „Mehr Eignung“ ist kein zulässiges Auswahlkriterium.
- > Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen nicht vermengt werden.
- > Nicht fristgerecht eingereichte Eignungsnachweise darf der Auftraggeber unter Umständen nachfordern.
- > Werden während des Verfahrens Umstände bekannt, die die Eignung eines Bewerbers in Frage stellen, muss die Vergabestelle in eine erneute Eignungsprüfung eintreten.
- > Der Auftraggeber muss die Eignungsnachweise, die er fordert, bereits in der Bekanntmachung angeben. Ausnahme: Im Verhandlungsverfahren ohne europaweite Bekanntmachung.
- > Grundsätzlich reichen Eigenerklärungen als Eignungsnachweise.
- > Die in den Verdingungsordnungen genannten Ausschlusskataloge sind abschließend.

Das Gesetz nennt unter anderem in **§ 97 Abs. 4 GWB** die Kriterien, anhand derer die Eignung eines Bewerbers zu messen ist. Maßgeblich ist demnach, dass ein Unternehmen fachkundig, leistungsfähig sowie gesetzestreu und zuverlässig ist. Die danach geforderte Gesetzestreue ist jedoch nur ein Unterfall der Zuverlässigkeit. (tc)

### Fachkunde

- > Fachkundig ist, wer die erforderlichen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten für die ordnungsgemäße Ausführung eines konkreten Auftrags besitzt.
- > Seine Fachkundigkeit kann ein Bewerber insbesondere durch folgende Unterlagen bekunden:
  - Berufliche Abschlüsse
  - Zertifizierungen
  - Referenzen für Leistungen, die nach Art und Umfang vergleichbar sind
- > Bei Bewerbergemeinschaften reicht grundsätzlich die Fachkunde eines Mitglieds.

### Leistungsfähigkeit

- > Leistungsfähig ist ein Unternehmen, das in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so aufgestellt ist, dass es den Auftrag ordnungsgemäß ausführen kann.
- > Anhaltspunkte sind die technische Ausstattung, die ordnungsgemäße Buchführung, die Anzahl der Mitarbeiter sowie die Höhe des Betriebskapitals.
- > Ein Unternehmen darf sich die Ressourcen von Dritten beschaffen. Die Möglichkeit dazu ist ggf. nachzuweisen.

### Zuverlässigkeit

- > Ein Unternehmen ist zuverlässig, wenn zu erwarten ist, dass es seinen Verpflichtungen nachkommt und den Auftrag ordnungsgemäß ausführen wird.
- > Der Auftraggeber darf sich bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit auf das Verhalten des Bewerbers in der Vergangenheit stützen. Die Verdingungsordnungen konkretisieren durch die darin genannten Ausschlussstatbestände die Unzuverlässigkeitsgründe.

### Unzulässige Dienstleistungskonzession im Abfallrecht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011 – Verg 51/11)

Dienstleistungskonzessionen sind vergaberechtlich unzulässig und können im Nachprüfungsverfahren erfolgreich angegriffen werden, wenn sie abfallrechtlich unzulässig sind. Ansonsten würde das Vergaberecht unzulässig umgangen.

Anders als Dienstleistungsaufträge, Bauaufträge und Baukonzessionen unterliegen Dienstleistungskonzessionen nicht den strengen Regeln des GWB-Vergaberechts. Dies hat der Bundesgerichtshof Ende Januar 2012 für die „alte“ GWB-Fassung von 2009 nochmals bestätigt (**BGH, Beschluss vom 23.01.2012, Az.: X ZB 5/11**). Gestaltet ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistungsbeziehung daher als echte Dienstleistungskonzession, so kann er die Vorschriften des Vergaberechts in zulässiger Weise umgehen und unterliegt nur den weniger strengen europarechtlichen Vergaben, die die Europäische Kommission für Dienstleistungskonzessionen fordert.

Das OLG Düsseldorf hat diesen Weg in seinem **Beschluss vom 19.10.2011 (Az.: VII-Verg 51/11)** für den Bereich von Abfallentsorgungsleistungen nun deutlich eingeschränkt. Das Gericht hat festgestellt, dass Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich unzulässig sind und im Nachprüfungsverfahren erfolgreich angegriffen werden können, wenn sie abfallrechtlich unzulässig sind. In diesem Fall führt die Vergabe einer Dienstleistungskonzession anstelle eines Dienstleistungsauftrages zu einer unzulässigen Umgehung des Vergaberechts.

Im konkreten Fall hatte eine Kommune in Nordrhein-Westfalen eine Vereinbarung über eine Dienstleistungskonzession mit einer eigenen Tochtergesellschaft geschlossen. Nach der Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses lag eine Dienstleistungskonzession vor, da die städtische Gesellschaft als Gegenleistung für die Erbringung von Entsorgungs- und Straßenreinigungsleistungen nicht ein Entgelt von der Stadt erhielt, sondern das Recht zur Nutzung der Dienstleistung und zur Erhebung von Entgelten von den Bürgern. Dabei trug die Gesellschaft trotz Anschluss- und Benutzungszwang ein hinreichendes Betriebsrisiko. Nach neuer Rechtsprechung des EuGH genügt nämlich ein bereichsspezifisches Betriebsrisiko und das ist bei bestehendem Anschluss- und Benutzungszwang vergleichsweise gering (vgl. **EuGH, Urteil vom 10.09.2009, C-206/08, Eurawasser**).

Die Dienstleistungskonzession scheiterte jedoch daran, dass **§ 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG** bei Einbindung Dritter in die Abfallentsorgung keine Verlagerung der Rechtsbeziehung zwischen entsorgungspflichtiger Stelle (also der Stadt) und den Bürgern auf einen Dritten (hier die städtische Gesellschaft als Dienstleistungskonzessionär) gestattet. Dies bedeutet, dass Dienstleistungskonzessionen im Bereich



Dienstleistungskonzessionen sind im Bereich der Abfallentsorgung unzulässig, so lange die Kommune entsorgungspflichtige Stelle bleibt.

Foto: Oliver Weber/pixelio.de

Fortsetzung auf Seite 8 >>>



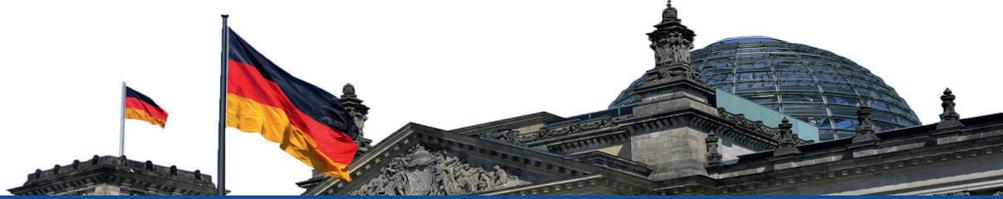
<<< Fortsetzung von Seite 7

der Abfallentsorgung unzulässig sind, so lange die Kommune entsorgungspflichtige Stelle bleibt. Nur die Stadt darf Entgelte für die Abfallentsorgung erheben.

Die Unzulässigkeit der Dienstleistungskonzession nach dem KrW-/AbfG zieht also die Unzulässigkeit der Vergabe nach sich. Ähnlich wie bei unzulässigen de-facto-Vergaben geht das OLG außerdem davon aus, dass die unzulässige Dienstleistungskonzession auch von einem privaten Konkurrenten zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden kann.

Die Entscheidung ist allerdings noch nicht endgültig: Da es nach Auffassung des OLG Jena für die vergaberechtliche Bewertung einer Dienstleistungskonzession unerheblich ist, ob die Dienstleistungskonzession nach anderen rechtlichen Maßstäben, also z. B. denen des Abfallrechts, zulässig ist, entscheidet nun der Bundesgerichtshof.

Möchten Kommunen Dienstleistungskonzessionen im Abfallbereich vergeben, so verbleibt ihnen allenfalls die Möglichkeit, die gesamte Aufgabe der Abfallentsorgung zu privatisieren, so dass der Dritte zukünftig als Aufgabenträger vollständig verantwortlich ist und somit auch eigene Entgelte erheben kann. Dies gilt zumindest noch zurzeit. Nach einem **Richtlinienentwurf** der Europäischen Kommission sollen Dienstleistungskonzessionen in Zukunft ebenfalls den strengen Vorschriften des Vergaberechts unterliegen. Gegen diesen Entwurf erhob der Bundesrat jüngst die Subsidiaritätsrüge. (wr)



## Geringe Anforderungen an die Form der Rüge

Bieter dürfen eine Rüge auch in mündlicher Form abgeben, sofern in den Vergabeunterlagen keine strengeren Anforderungen bestimmt sind. Die Rüge muss jedoch klar und deutlich formuliert sein. Der Auftraggeber muss erkennen können, dass der Bieter die Beseitigung eines Vergabeverstößes geltend macht.

Nach **§ 107 Abs. 3 GWB** sind Verstöße gegen Vergabevorschriften von den Bietern zu rügen. Der Begriff der „Rüge“ wird allerdings gesetzlich nicht weiter definiert. Im Gesetz finden sich auch keine Angaben dazu, ob die Rüge in einer bestimmten Form (z.B. Schriftform) eingereicht werden muss. Welche Anforderungen müssen daher erfüllt sein, damit eine „Rüge“ im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB vorliegt?

Dass an die Form der Rüge nur geringe Anforderungen zu stellen sind, hat das OLG Brandenburg in einem **Beschluss vom 13.09.2011 (Az.: Verg W 10/11)** entschieden.

Zum einen hat das OLG festgestellt, dass § 107 Abs. 3 GWB gerade keine bestimmte Form für die Rüge vorschreibt, so dass die Rüge in jedem Fall auch mündlich erhoben werden kann. Eine Rüge muss nach ihrem Sinn und Zweck lediglich erkennen lassen, gegen welchen Vergaberechtsverstoß sich ein Bieter wendet. Dies kann auch im Rahmen einer mündlichen Rüge erfolgen. Einem Bieter steht es somit frei, eine Rüge mündlich oder schriftlich einzureichen, sofern in den Vergabeunterlagen keine anderen Festlegungen durch den Auftraggeber getroffen worden sind.

Zum anderen muss eine Rüge so klar und deutlich formuliert sein, dass der Auftraggeber überhaupt erkennt, dass ein Vergabeverstoß geltend gemacht wird, dessen Beseitigung der Bieter verlangt. Hierfür ist es ausreichend, wenn konkrete Umstände einer Ausschreibung als „vergaberechtswidrig“ bezeichnet werden und der Auftraggeber zu einer Beseitigung (z.B. durch Neuausschreibung) aufgefordert wird.

Für einen Bieter ist es somit sehr einfach, einen Vergaberechtsverstoß mit einer Rüge beim Auftraggeber zu beanstanden, sofern diese Rüge klar und deutlich genug formuliert wird. Auch wenn die Rüge grundsätzlich mündlich erfolgen kann, hat eine schriftlich erhobene Rüge den Vorteil, dass der Bieter mit dem Schriftstück auch den Inhalt der Rüge sicher nachweisen kann. Mit einer schriftlichen Rüge ist der Bieter daher in der Regel „auf der sicheren Seite“. (us)

### Vorlage an BGH: Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bei Nebenangeboten zulässig?

Bald wird es nicht mehr vom OLG-Bezirk abhängen, wie die Frage nach der Zulässigkeit des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium bei Nebenangeboten beantwortet wird. Denn diese Frage hat das OLG Düsseldorf mit einem aktuellen **Beschluss vom 02.11.2011 (Az.: VII-Verg 22/11)** dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Am 02.11.2011 bekräftigte das OLG Düsseldorf erneut, dass es den Preis als einziges Zuschlagskriterium bei Nebenangeboten für unzulässig erachtet.

Die entgegenstehende Rechtsauffassung vertritt das OLG Schleswig in seinem **Beschluss vom 15.04.2011 (Az.: 1 Verg 10/10)**. Das OLG Schleswig lässt nach diesem Beschluss keinen Zweifel daran, dass Nebenangebote auch dann zu werten sind, wenn der Auftraggeber den günstigsten Preis als einziges Wertungskriterium vorgegeben hat.

Das OLG Düsseldorf begründet seine Rechtsauffassung damit, dass Art. 24 Abs. 1 der Vergabekoordinationsrichtlinie (Richtlinie 2004-18-EG) in einer derartigen Situation Varianten (in der deutschen Terminologie Nebenangebote) nicht zulasse. Denn nach Art. 24 Abs. 1 können die öffentlichen Auftraggeber nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden, Varianten vorlegen.

Da die Richtlinie gemäß Art. 53 Abs. 1 zwischen dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes einerseits und dem niedrigsten Preis andererseits differenziert, könnten Varianten bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des niedrigsten Preises vergeben werden, nicht zugelassen werden.

Ferner begründet das OLG Düsseldorf seine Ansicht damit, dass in der Qualität mindere Nebenangebote sich gegenüber hochwertigen Hauptangeboten durchsetzen könnten, wenn allein der niedrigste Preis maßgeblich wäre. Dies sei aber nicht sachgerecht.

Nach Ansicht des OLG Schleswig liegt ein Verstoß gegen die Vergabekoordinationsrichtlinie hingegen nicht vor. Sie sei zum einen nicht direkt anwendbar, weil sie ins nationale Recht umgesetzt sei. Darüber hinaus sei der Richtlinie ein Verbot des alleinigen Zuschlagskriteriums Preis bei Nebenangeboten an keiner Stelle zu entnehmen. Dies gelte ebenso für die nationalen deutschen Regelungen, insbesondere § 97 Abs. 5 GWB und § 25 Nr. 3 Abs. 3 S. 2 VOB/A 2006. Nach der Ansicht des OLG Schleswig verkennt das OLG Düsseldorf, dass eine Gleichwertigkeitsprüfung bereits auf einer anderen Wertungsstufe vorgenommen werde, so dass der Preis durchaus einziges Wertungskriterium sein dürfe, ohne Hauptangebote zu diskriminieren (knd).



Der BGH in Karlsruhe wird zukünftig die Frage nach der Zulässigkeit des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium bei Nebenangeboten beantworten.

Foto: Thorben Wengert/pixelio.de



## Kein Anspruch auf Nachforderung fehlender Unterlagen nach VOL/A!

Bieter dürfen sich im Anwendungsbereich der VOL/A nicht darauf verlassen, dass der Auftraggeber fehlende Unterlagen nachfordert. Auftraggeber haben zwar das Recht Unterlagen nachzufordern, sie sind dazu jedoch nicht verpflichtet.

Die Vergaberechtsreform 2009 hat erhebliche Erleichterungen einerseits für die Auftraggeber, andererseits aber auch für die Bieter gebracht. Sowohl die VOB/A als auch die VOL/A sehen Regelungen vor, nach denen Angebote wegen formaler Fehler nicht mehr zwingend auszuschließen sind, sondern insoweit nachgebessert werden können.

Doch Vorsicht! Bieter können sich im Anwendungsbereich der VOL/A nicht darauf verlassen, dass der Auftraggeber ihnen tatsächlich die Möglichkeit einräumt, formale Fehler des Angebots nachzubessern.

Das OLG Karlsruhe hat in einem **Beschluss vom 23.03.2011 (Az.: 15 Verg 2/11)** festgestellt, dass ein Auftraggeber aufgrund der Regelung in **§ 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A** zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, Erklärungen und Nachweise, die mit dem Angebot nicht vorgelegt wurden, nachzufordern. Insoweit steht einem Auftraggeber ein Ermessen zu, von einer Nachforderung abzusehen.

Entsprechendes gilt aufgrund der inhaltlich identischen Regelung in **§ 16 Abs. 2 S. 1 VOL/A** auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.

Für Bieter bedeutet dies, dass kein Anspruch darauf besteht, im Angebot fehlende Erklärungen und Nachweise nachträglich vorlegen zu können. Die Bieter haben allenfalls einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber sein Ermessen im Hinblick auf die Nachforderungsmöglichkeit ordnungsgemäß ausübt.

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist es beispielsweise nicht ermessensfehlerhaft, wenn der Auftraggeber von einer Nachforderung in den Fällen absieht, in denen durch ein etwaiges Nachreichen von Erklärungen und Nachweisen eine dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Transparenz widersprechende Beeinflussung des Wettbewerbes naheliegt oder zumindest nicht ausgeschlossen werden kann. Im vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall, welcher eine Ausschreibung von Postdienstleistungen betraf, fehlte eine Angabe zu einer Brieflaufzeit, welche mit 30 % in die Wertung der Angebote eingehen sollte. Der Auftraggeber hatte diese Angabe nicht nachgefordert. Aufgrund der zentralen Bedeutung dieser Angabe für die Angebotswertung (30 % der Wertung) erachtete das OLG Karlsruhe es nicht als ermessensfehlerhaft, diese Angabe nicht nachzufordern. (us)



## Können Konkurrenten Bietergemeinschaften bilden?

Unternehmen dürfen Bietergemeinschaften bilden, wenn der Wettbewerb nicht beschränkt wird. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat am **09.11.2011 (Az. VII-Verg 35/11)**, klargestellt, dass Konkurrenzunternehmen ein gemeinsames Angebot abgeben können, wenn sie sich alleine nicht beteiligen können und die Zusammenarbeit kaufmännisch vernünftig ist.

Die öffentlichen Auftraggeber müssen einen Wettbewerb um ihre Aufträge gewährleisten (vgl. **§ 97 Abs. 1 GWB**). Dazu zählt, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen der Bieter zu unterbinden. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat klargestellt, dass diese Pflicht direkt aus dem Wettbewerbsgebot folgt. Wettbewerbswidrig zustande gekommene Angebote sind auszuschließen.

In dem Fall, der dem Vergabesenat vorlag, verlangte ein Bieter den Ausschluss einer Bietergemeinschaft. Diese sei wettbewerbswidrig. Das Gericht folgte dem nicht. Zwar vereinbarten die Mitglieder einer Bietergemeinschaft, kein eigenes Angebot abzugeben und nicht mit der übrigen Konkurrenz zusammenzuarbeiten. Das ist eine wettbewerbsbeschränkende Absprache im Sinne des Kartellverbots (vgl. **§ 1 GWB**), wenn die Unternehmen sonst im Wettbewerb stehen.

Keinen Wettbewerbsverstoß begehen die Mitglieder der Bietergemeinschaft nach Ansicht des Vergabesenats aber dann, wenn

- die Unternehmen objektiv für sich allein kein Angebot abgeben könnten, weil sie alleine nicht leistungsfähig sind; und
- sich die Zusammenarbeit im Rahmen kaufmännisch vernünftiger Entscheidungen hält.

Das Gericht fand in dem nun entschiedenen Fall solche Gründe zugunsten der Bietergemeinschaft: Deren Mitglieder seien zwar eigentlich Konkurrenten. Eines der beteiligten Unternehmen sei aber allein nicht leistungsfähig gewesen. Ferner lasse die Kapazitätsbündelung voraussichtlich eine bessere Leistungserbringung zu. Die Bietergemeinschaft war daher zulässig. Zu der viel diskutierten Frage, ob kaufmännische Erwägungen alleine ausreichen können, um eine Arbeitsgemeinschaft zu rechtfertigen, nahm das Gericht keine Stellung. (mk)

### ■ Praxistipp

Vorab abgeforderte Eigenerklärungen über die Wettbewerbswirkungen der Bietergemeinschaft beschleunigen und erleichtern die Überprüfung des unbeschränkten Wettbewerbs. Auch andere Fälle möglicher Kartellverstöße sollten in den Vergabeunterlagen geregelt werden, um früh für Klarheit zu sorgen. Hierzu zählt vor allem die Mehrfachteilnahme von Unternehmen und Konzernen an einer Ausschreibung (vgl. **BehördenSpiegel Newsletter „update Vergabe“, 2. Ausgabe 09/2011, Seite 13**).

### Exklusivvertrag für Festbier nicht ausschreibungspflichtig

*(OLG München, Beschluss vom 22.01.2012, Az.: Verg 17/11)*

Räumt eine Kommune einem Bierlieferanten das exklusive Recht ein, bei einem Gemeindefest das Bier zu brauen und auszuschänken, liegt darin kein Akt der Daseinsvorsorge. Zu diesem Ergebnis kommt mit dem OLG München selbst ein bayerisches Gericht.

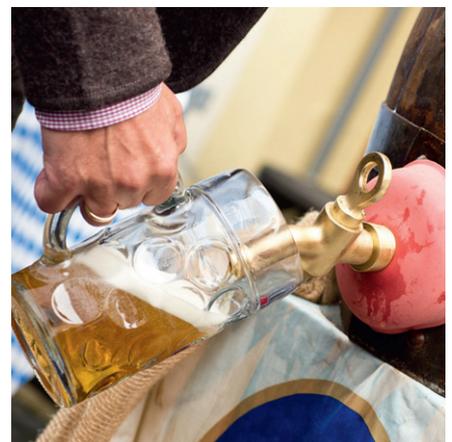
Zuweilen verirrt sich das Vergaberecht in Gefilde, die üblicherweise dem Heimatfilm vorbehalten bleiben. So hatte das OLG München gerade über die Bierlieferung bei den Spessartfestwochen zu entscheiden. Die Kommune räumte dort einem Lieferanten exklusiv das Recht für 10 Jahre ein, das berühmte Spessart-Festbier zu brauen und auszuschänken. Voraussetzung: Es muss vor Ort gebraut werden, der Seniorennachmittag der Gemeinde erhält 2000 Maß Freibier (!) und die Brauerei übernimmt ein Drittel des Defizits des „Festwochenexpresses“.

Eine konkurrierende Brauerei reichte gegen diesen „Deal“ einen Nachprüfungsantrag ein und machte geltend, es liege ein ausschreibungspflichtiger Auftrag vor.

Das OLG München hat sich dem nicht angeschlossen: Die Kommune gäbe nur das Exklusivrecht und sei nicht Besteller des Bieres. Es läge auch keine mittelbare Beschaffung vor, weil die Kommune mit dem Exklusivvertrag keine „unmittelbaren genuinen Aufgaben der öffentlichen Hand“ erfülle. Dass sie die Tradition des vor Ort gebrauten Festbiers aufrecht erhalten wolle und dabei auch die Förderung der örtlichen Wirtschaft im Blick habe, reiche für die Annahme einer Daseinsvorsorgeleistung nicht aus.

Auch ein Umgehungsgeschäft liege nicht vor. Davon könne nur dann ausgegangen werden, wenn bei „typischer und naheliegender Vertragsgestaltung“ die Kommune das Bier selbst beziehen würde. Das sei jedoch gerade nicht der Fall. Regelmäßig sei es der Festwirt, der das Bier beschaffe und ausschänke. Die Kommune sei aber „weder im konkret installierten System noch der geborene Festwirt“. Ihr fehlten dafür vielmehr nahezu sämtliche Voraussetzungen wie Know-how, Fachpersonal und Gerätepark.

Aus norddeutscher Sicht ist die Entscheidung natürlich zu begrüßen und das OLG München insbesondere dafür zu loben, dass es der Versuchung widerstanden hat, bayerisches Brauchtum in den Rang der Daseinsvorsorge zu erheben. (msb)



Als exklusiver Bierlieferant bei einem Gemeindefest Bier zu brauen und auszuschänken ist kein Akt der Daseinsvorsorge. Foto: Light Impression/fotolia.de



## Aus dem Säckel, in den Säckel: Neues zur Umsatzsteuerpflicht der öffentlichen Hand

Der Bundesfinanzhof entschied am 10.11.2011 (**Az.: V R 41/10**), dass die öffentliche Hand künftig mehr Umsatzsteuer zahlen muss. Erbringen Städte und Gemeinden im Wettbewerb mit Privaten Leistungen, sind sie umsatzsteuerpflichtig. Das Echo auf diese Entscheidung ist geteilt.

Schulsport ist nicht gleich Schulsport. Zumindest nicht in steuerlicher Hinsicht. Zu diesem Ergebnis kam jetzt der Bundesfinanzhof. Nutzt eine Kommune ihre Sporthalle für den eigenen Sportunterricht und vermietet sie die Halle auch für den Sportunterricht einer Schule der Nachbargemeinde, muss sie für die Vermietung Umsatzsteuer zahlen. Sogenannte „Beistandsleistungen“, etwa für Nachbargemeinden, können damit steuerbar sein, wenn besondere Befreiungstatbestände fehlen. Bisher ging die Finanzverwaltung davon aus, dass auf Beistandsleistungen die Amtshilfe-grundsätze anwendbar sind, weshalb sie nicht steuerbar waren.

Erbringt die öffentliche Hand auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags nachhaltig und gegen Entgelt eine Leistung, unterliegt diese Leistung der Umsatzsteuer. Dasselbe gilt, wenn die öffentliche Hand die Leistung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erbringt und die Nichtbesteuerung den Wettbewerb nicht unbedeutend verzerren würde. Dabei ist nicht nur der gegenwärtige, sondern auch der potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen. Der Bundesfinanzhof schloss sich damit der jüngeren Rechtsprechung des EuGH an (vgl. **EuGH, Urteil vom 16.09.2008, Az.: C-288/07**).

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs stieß naturgemäß auf ein geteiltes Echo. Während private Verbände das Urteil als einen Beitrag für den fairen Wettbewerb mit der öffentlichen Hand werten, mahnen die kommunalen Spitzenverbände an, dass die kommunale Kooperation auch in Zukunft steuerfrei bleiben müsse. Denn die Mehrkosten müsse letztlich der Bürger zahlen. (tc)

### Veranstaltungsreihe 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 Veranstaltungsreihe Update Vergaberecht 2012, die der Behörden Spiegel mit fachlicher Unterstützung von HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK ab Juni 2012 an verschiedenen Standorten 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)**

#### Termine Update Vergaberecht 2012

- 15.06.2012, Düsseldorf
- 29.06.2012, Chemnitz
- 05.07.2012, München
- 15.08.2012, Hamburg
- 06.09.2012, Frankfurt a.M.
- Herbst 2012, Berlin

#### TERMINE 2012

##### Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen

23.03.2012, München

##### Einführung in die EVB-IT

03.09.2012, Berlin

##### Vergabe von IT-Leistungen

16.03.2012, Frankfurt/Main; 21.09.2012, Frankfurt/Main

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

30.03.2012, Hamburg

##### Städtebauliche Projekte nach „Ahlhorn“ und „Messe Köln“

20.04.2012, Frankfurt/Main

##### Förderungen, Beihilfen und Subventionen

20.04.2012, Düsseldorf; 19.09.2012, Hamburg

##### EVB-IT Intensiv

23. – 24.04.2012, Berlin; 22. – 23.10.2012, Berlin

##### Das neue Vergaberecht 2012 – Grundlagen, Probleme und Entwicklungen

09. – 10.05.2012, Bonn; 20. – 21.11.2012, Hamburg

##### Beschaffung von Verteidigungs- und Sicherheitsgütern

10. – 11.05.2012, München

##### Ausschreibung und Vergabe von Sozialdienstleistungen

11.05.2012, Düsseldorf

##### ÖPNV-Dienstleistungen im Vergabewettbewerb

21.05.2012, Bonn

##### EVB-IT Systemverträge

11. – 12.06.2012, Berlin; 03. – 04.12.2012, Berlin

##### Der Einkauf innovativer Lösungen

12.06.2012, Berlin

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

19.06.2012, Bonn

##### Tariftreue- und Vergabegesetz

22.06.2012, Düsseldorf

##### Der zertifizierte Beschaffungsmanager

24. – 26.10.2012, Hamburg

##### Energieeffiziente Beschaffung

13.11.2012, 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: Dr. Tobias Czepull (tc), Dr. Ute Jasper (uj), Dr. Matthias Kühn (mk), Dr. Kristina Neven-Daroussis (knd), Dr. Isabel Niedergöker (in), Dr. Wolfgang G. Renner, LL.M. (wr), Dr. Martin Schellenberg (msb), Ulrike Siegert (us).

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

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

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

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