

Grundlagen der kommunalen Auftragsvergabe

I. Bedeutung der Vergabe öffentlicher Aufträge

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Städte und Gemeinden betrifft einen wirtschaftlich sehr wichtigen Bereich. Das Marktvolumen aller öffentlichen Aufträge in Deutschland beträgt nach Schätzungen rund 250 Mrd. € jährlich. Von den klassischen Auftraggebern, Bund, Länder und Gemeinden sind die Kommunen mit knapp 60 % aller Aufträge der mit Abstand größte öffentliche Auftraggeber. In den neuen Ländern kommt der öffentlichen Auftragsvergabe im Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbereich nach wie vor wegen des Investitionsbedarfs eine zusätzliche Bedeutung zu.

Eine ordnungsgemäße und effiziente Auftragsvergabe durch die Kommunen führt nicht nur zu Kosteneinsparungen; eine rechtmäßige Auftragsvergabe gewährleistet darüber hinaus zügige Investitionen und vermeidet Vergabebeschwerden.

II. Anwendung der Verdingungsordnungen (VOB/VOL/VOF)

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Kommunen erfolgt durch den Abschluss privater Verträge mit den Unternehmen. Gleichwohl sind die Kommunen als öffentliche Auftraggeber an bestimmte Regelungen gebunden, die eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung bei der Beschaffung ihrer Lieferungen und Leistungen sicherstellen sollen. Diese besonderen Bindungen bei der Auftragsvergabe sind den Kommunen auf der Grundlage der Gemeindehaushaltsverordnungen, entsprechender Ländererlasse sowie von europäischen Vergaberichtlinien vorgegeben. Hiernach haben die Kommunen bei der Vergabe von Lieferungen und Leistungen entweder die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), die Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL) oder aber die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) zwingend anzuwenden.

Bei der VOB und der VOL ist zwischen den Teilen A und B zu unterscheiden. Während die Teile A beider Verdingungsordnungen Regelungen bis zum Vertragsschluss enthalten, enthalten die Teile B der VOB und der VOL Regelungen über die Vertragsdurchführung und Leistungsstörungsfälle. Die VOB enthält zusätzlich noch einen Teil C, indem die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) wiedergegeben sind. Die VOF enthält als seit dem 01.11.1997 geltende neue Verdingungsordnungen keinen Teil B und regelt damit ausschließlich die Vergabe freiberuflicher Leistungen oberhalb der EG-Schwellenwerte bis zum Vertragsschluss.

III. Abgrenzung der drei Verdingungsordnungen

Eine Abgrenzung der drei Verdingungsordnungen ist schon deswegen notwendig, weil z. B. die VOB einerseits und die VOL andererseits unterschiedliche Gewährleistungsfristen beinhalten. Während nach der VOB 2002 eine grundsätzliche Gewährleistungsfrist für Bauwerke von nunmehr vier Jahren vorgegeben ist (§ 13 Nr.

4 Abs. 1 VOB/B), soll für die von der VOL erfassten Leistungen die BGB-Gewährleistungsfrist von zwei Jahren gelten (§ 14 Nr. 4 VOL/B).

Die VOB gilt nach § 1 VOB/A nur für Bauleistungen. Bauleistungen sind hiernach Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instandgehalten, geändert oder beseitigt wird. Der Bauleistungsbegriff umfasst auch Arbeiten an einem Grundstück. Bauleistungen sind u.a.:

- Arbeiten zur Errichtungen einer baulichen Anlage;
- Arbeiten an einer bestehenden Anlage,
- Abbrucharbeiten,
- Garten- und Landschaftsarbeiten,
- Ausschachtungsarbeiten,
- Lieferung und Einbau maschineller oder elektrotechnischer Teile (z. B. Aufzüge), wenn die Teile durch eine feste Verbindung Bestandteil der baulichen Anlage selbst 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.

Auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und die sich auf einen Auftragswert oberhalb von 200 000 € belaufen, oder die im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, findet seit dem 01. November 1997 die VOF Anwendung. 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 eine 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.

Unterhalb des genannten Schwellenwerts von 200 000 € gilt die VOF für freiberufliche Leistungen nicht. Hier bleibt es für die Kommunen bei der Geltung des allgemeinen Haushaltsrechts. Hiernach erfolgt die Vergabe einer Architekten- und Ingenieurleistung wegen deren kreativer Natur in der Regel freihändig auf der Grundlage vorgegebener Leistungskriterien.

IV. Anwendungsbereich der Verdingungsordnungen

Neben den Kommunen erstreckt sich die Geltung der Verdingungsordnungen auch auf die kommunalen Eigenbetriebe einer Gemeinde, da diese unselbständige Einheiten und rechtliche Bestandteile der Kommunen sind.

Für juristische Personen des Privatrechts (wie die als Stadtwerke geführten GmbH's) und für Aktiengesellschaften, deren Gesellschaftsanteile zu 100 % oder mehrheitlich im Eigentum der Kommune sind (kommunale Unternehmen) gelten die Verdingungsordnungen bei Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte (Bauleistungen: 5 Mio. €; Liefer- und Dienstleistungen: 200 000 €) grundsätzlich

nicht. Unabhängig davon ist es den Kommunen unbenommen, in den Gesellschaftsverträgen festzuschreiben, dass die Gesellschaft die Verdingungsordnungen anzuwenden hat.

Bei der Beauftragung von Eigenbetrieben sowie von privaten Eigengesellschaften der Kommunen, die von diesen zu 100 % beherrscht sind, findet das Vergaberecht keine Anwendung. Weder Eigenbetriebe noch die insgesamt kommunalbeherrschten privaten Eigengesellschaften sind im Verhältnis zu den Kommunen Dritte im vergaberechtlichen Sinne, man spricht auch von sog. „In-House“-Vergaben.

Auch wenn eine Gemeinde einen Auftrag an eine privatrechtliche Gesellschaft vergibt, deren Mehrheitsgesellschafter sie ist, kann wegen des Beherrschungsverhältnisses eine Freistellung von der Anwendungsverpflichtung des Vergaberechts vorliegen. Hierbei handelt es sich allerdings um eine eng begrenzte Ausnahmeregelung. Nach der „Teckal“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil des EuGH vom 18.11.1999, C-107/98) ist von einem vergaberechtsfreien „In-House-Geschäft“ nur dann auszugehen, wenn die Gebietskörperschaft über die fragliche juristische Person eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle und wenn diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft verrichtet, die ihre Anteile innehat.

Die Frage, ob und in welcher Form von einer Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ gesprochen werden kann, soweit die öffentliche Hand eine Anteilsmehrheit an einer privatrechtlichen Gesellschaft hält, ist umstritten. Zumindest dann, wenn einem Minderheitsgesellschafter kraft der Höhe seiner Minderheitsbeteiligung oder kraft Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages eigene Kontroll- oder Sperrrechte zustehen, somit sicherlich ab einer Beteiligung von 10 %, erscheint es nach den vom EuGH aufgestellten Kriterien ausgeschlossen, eine Auftragsbeziehung als vergaberechtsfreies „In-House-Geschäft“ zu werten.

V. Grundvoraussetzungen für eine ordnungsgemäße Auftragsvergabe durch die Kommunen

Eine Kommune darf erst dann eine Leistung ausschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und die Leistung innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann (vgl. § 16 Nr. 1 VOB/A und VOL/A). Ein Verstoß gegen diese Vorschrift kann ggf. Schadensersatzansprüche von Bietern wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen auslösen. Konkret beinhaltet die in § 16 VOL/A, VOB/A aufgeführte Grundvoraussetzung der Vergabe, dass eine Kommune zur Angebotsabgabe erst dann auffordern darf, wenn die erforderlichen Finanzmittel zugewiesen sind und/oder eine Verpflichtungsermächtigung erteilt ist. Eine vorzeitige Ausschreibung ist ausnahmsweise allenfalls dann zuzulassen, wenn bei Beginn der Ausschreibung die Finanzierung noch nicht vollständig sichergestellt ist, der Auftraggeber aber aufgrund von konkreten Zusicherungen davon ausgehen darf, dass dies bis zum Leistungsbeginn geschieht. Voraussetzung ist jedoch auch hier, dass die Bieter vom Auftraggeber eindeutig und unmissverständlich auf das Finanzierungsrisiko hingewiesen worden sind.

Nach § 16 Nr. 2 VOB/A und VOL/A sind Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke (z. B. Ertragsberechnungen, Vergleichsanschläge, Markterkundung) grundsätzlich unzulässig. Die Kommune darf also nicht im Wege einer Ausschreibung erkunden,

ob ihr eigener Bauhof im Vergleich zu externen Anbietern noch wirtschaftlicher arbeitet. Das Vergabeverfahren der Verdingungsordnungen ist vielmehr darauf ausgerichtet, dass der einzelne Bieter einen Auftrag erhält. Eine Ausnahme kann allenfalls nur dann gemacht werden, wenn die Bieter im Rahmen der Ausschreibung eindeutig und unmissverständlich auf die fehlende konkrete Vergabeabsicht des Auftraggebers hingewiesen werden. In diesem Fall steht den Bietern allerdings ein Vergütungsanspruch wegen der durch die Ausarbeitung und die Abgabe des Angebots entstandenen Kosten zu. Erklärt der Auftraggeber sich nicht eindeutig, stehen den Bietern Schadensersatzansprüche zu.

VI. Vorrang der öffentlichen Ausschreibung

In der VOB/A und der VOL/A werden jeweils drei Vergabearten unterschieden, die in einem Stufenverhältnis zueinanderstehen:

- (1) Öffentliche Ausschreibung
- (2) Beschränkte Ausschreibung
- (3) Freihändige Vergabe.

Die öffentliche Ausschreibung hat nach der VOB/A und der VOL/A grundsätzlich Vorrang. Öffentliche Ausschreibung muss stattfinden, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Während bei einer öffentlichen Ausschreibung Leistungen nach einer öffentlichen Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben werden, werden bei einer beschränkten Ausschreibung Leistungen nach Aufforderung einer von vornherein beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben.

Eine beschränkte Ausschreibung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Leistungen nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann, besonders, wenn außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich sind.

Auch eine besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe kann ausnahmsweise eine beschränkte Ausschreibung oder sogar eine freihändige Vergabe rechtfertigen. Allerdings darf die Dringlichkeit nicht von der Kommune selbst verantwortet werden, etwa weil sie mit dem Einbau einer Heizung in ein Schulgebäude solange wartet, bis die Frostperiode eintritt.

Bei der nur oberhalb der EG-Schwellenwerte anwendbaren VOF ist das sog. Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung, bei dem der Auftraggeber ausgewählte Personen anspricht, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln, das Regelverfahren. Dieses Verfahren gibt dem Auftraggeber einen weiten Spielraum.

VII. Grundsätze des Vergabeverfahrens

1. Keine einseitige Bevorzugung ortsansässiger Bieter

Einer der wichtigsten Grundsätze des Vergaberechts ist das Gleichbehandlungsgebot. Es verbietet, die Auftragnehmer ohne sachlichen Grund

ungleich zu behandeln. Dies bedeutet insbesondere, dass Kommunen ortsansässige Unternehmen bei der Auftragsvergabe nicht bevorzugen dürfen. Im Übrigen führt eine Verletzung dieses Grundsatzes auch faktisch dazu, dass z. B. ein in einer Kommune ansässige Auftragnehmer nicht oder kaum die Chance erhält, in der Nachbarkommune einen Auftrag zu bekommen. Dies schwächt im Ergebnis die eigene Wirtschaftskraft nicht nur des Unternehmens, sondern über die Gewerbesteuererinnahmen mittelbar auch die der betroffenen Gemeinde.

2. Grundsatz der losweisen Vergabe

Die VOB/A und die VOL/A enthalten aus mittelstand- und wettbewerbspolitischen Gründen das Gebot der Losvergabe. Durch die losweise Vergabe haben kleine und mittlere Unternehmen mit regionalem Bezug eine größere Chance, bei der Auftragsvergabe den Zuschlag zu erhalten. Wird demgegenüber ein großer Auftrag einheitlich vergeben (Bsp. Generalunternehmer), kommen meist nur Großunternehmen bei der Auftragserteilung zum Zuge. Durch die losweise Vergabe 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 hinweisen.

3. Vergabe nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Unternehmen

Nach § 2 Nr. 1 VOB/A bzw. § 2 Nr. 3 VOL/A sind Leistungen von der Kommune nach den Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben.

- Fachkunde

Fachkundig ist ein Bewerber, der nicht nur notwendige, sondern umfassende Kenntnisse auf dem speziellen Sachgebiet hat, mit dem der zu vergebende Auftrag in Zusammenhang steht.

- Zuverlässigkeit

Zuverlässig ist ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen, auch zur Entrichtung von Steuern und Abgaben, nachgekommen ist und der aufgrund der Erfüllung früherer Verträge (Referenzen) eine einwandfreie Ausführung einschließlich Gewährleistung erwarten lässt.

- Leistungsfähigkeit

Bei der Frage der Leistungsfähigkeit geht es darum, ob das Unternehmen des Bewerbers von seiner Größe und Organisation her geeignet und in der Lage ist, den zu vergebenden Auftrag ordnungsgemäß auszuführen. Maßgeblich sind somit kaufmännische, technische, personelle und finanzielle Belange.

Während bei der freihändigen Vergabe und der beschränkten Ausschreibung vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Eignung der Bewerber zu prüfen ist, erfolgt diese Prüfung bei der öffentlichen Ausschreibung im Rahmen der Wertung.

VIII. Ablauf des Vergabeverfahrens

1. Zusammenstellung der Vergabeunterlagen

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 und den Vertragsbedingungen zusammen.

2. Bekanntmachung

Eine Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgt durch Veröffentlichung in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften, deren Verbreitungsgrad einen ausreichenden Wettbewerb gewährleisten muss.

3. Leistungsbeschreibung

Kernpunkt des Vergabeverfahrens ist eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung. Diese legt den späteren Vertragsinhalt fest und ist die Grundlage für die Bemessung der Vergütung. Auch die spätere Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt anhand der Leistungsbeschreibung. Eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung erfordert eine hinreichende Eindeutigkeit und Klarheit, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können. In der Praxis gibt es standardisierte Ausschreibungstexte, die in Standardleistungsbüchern enthalten sind.

4. Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse grundsätzlich unzulässig

Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren müssen grundsätzlich produktneutral erfolgen. 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.

5. Bewerbung

Die Bieter müssen innerhalb der vom Auftraggeber genannten Angebotsfrist, die im Hinblick auf die Erstellung der Angebotsunterlagen ausreichend bemessen sein muss, ihre Angebote einreichen. Die Angebote müssen insbesondere mit einer rechtsverbindlichen Unterschrift versehen sein, so dass Telefaxangebote schon aus Gründen der Manipulationsgefahr nicht ausreichend sind. Ebenso führen Änderungen an den Verdingungsunterlagen seitens des Bieters zum Ausschluss.

6. Prüfung der Angebote

Die Prüfung der Angebote durch die Kommune erfolgt in drei Stufen: Rechnerische Prüfung, technische Prüfung und wirtschaftliche Prüfung. Nur formell fehlerhafte Angebote müssen nach den Verdingungsordnungen nicht geprüft werden.

7. Wertung der Angebote

Im Rahmen der Wertung der Angebote erfolgt eine vierstufige Prüfung:

Zunächst werden die nicht rechtzeitigen bzw. formell fehlerhaften Angebote ausgeschieden. Sodann erfolgt eine Prüfung der Bieter auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Anschließend werden Angebote mit unangemessen niedrigen und unangemessen hohen Preisen ausgeschlossen. Hierzu hat die Kommune sich ggf. die Kalkulationsunterlagen vorlegen zu lassen. In der vierten Stufe ist unter den in die engere Wahl gekommenen Angebote nach der VOB/A das annehmbarste, nach der VOL/A das wirtschaftlichste und nach der VOF das Angebot, das die bestmögliche Leistung erwarten lässt, auszuwählen. Auf dieses Angebot erfolgt sodann der Zuschlag.

IX. Dürfen Gemeinden vergabefremde Aspekte bei der Auftragsvergabe berücksichtigen?

Die Verdingungsordnungen sehen ebenso wie das am 01. Januar 1998 in Kraft getretene neue Vergaberechtsänderungsgesetz (§ 97 Abs. 4 GWB) vor, dass bei der Auftragsvergabe grundsätzlich nur die bieterbezogenen Kriterien Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit zu beachten sind. Sog. vergabefremde Kriterien wie Tariftreueerklärungen, Frauenförderung, Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte etc. sind demgegenüber rechtlich wie auch tatsächlich kritisch zu sehen.

So hat das Kammergericht Berlin in einer Entscheidung vom 20.05.1998 die Tariftreue-Erklärung des Berliner Senats, die dieser im Rahmen der Auftragsvergabe von den Bewerbern gefordert hatte, aus wettbewerbsrechtlichen Gründen für unzulässig erklärt. Grund hierfür ist nach Auffassung des Kammergerichts, dass diese Tariftreue-Erklärung gegen das Diskriminierungsverbot des Wettbewerbsrechts, das für das Land Berlin als marktstarker Nachfrager im Bereich des Straßenbaus gelte, verstößt.

Grundsätzlich sollten die Kommunen daher die Auftragsvergabe nicht mit vergabefremden Aspekten belasten. Das den Grundsätzen der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung dienende Vergaberecht ist der falsche Platz, um politische Ziele durchzusetzen. Auch führt die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte zu einer Wettbewerbsverzerrung und ist für die Kommune in praktischer Hinsicht nur schwer umsetzbar. Als nicht vergabefremder, sondern produktbezogener Aspekt müssen Leistungsbeschreibungen, in denen spezielle Umweltaforderungen enthalten sind (Bsp.: Einbau von Fenstern aus einheimischem Holz), angesehen werden. Derartige Vorgaben sind damit zulässig.

X. Kosteneinsparungen bei der Auftragsvergabe

1. Sorgfältige Planung und präventive Maßnahmen

Eine sorgfältige Planung bei der Auftragsvergabe hilft Kosten einzusparen. Neben der fundierten Kenntnis des Vergaberechts gehört hierzu insbesondere auch bei kleineren Gemeinden die Auswahl und Kontrolle qualifizierter Büros zur Vorbereitung

und Durchführung der Vergabe. Dies betrifft insbesondere Ingenieurbüros, bei komplexeren Vergabeverfahren kann allerdings auch die Rechtsberatung durch qualifizierte Rechtsanwälte angeraten sein. Daneben sollten die Kommunen sowohl von der Möglichkeit der Einschaltung von Sachverständigen (§ 7 VOB/A, § 6 VOL/A und § 6 VOF) als auch von der Inanspruchnahme der Auftragsberatungsstellen Gebrauch machen. Diese in allen Bundesländern bestehenden Auftragsberatungsstellen verstehen sich als ehrliche Makler zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern.

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

2. 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. Dem Zusammenschluss mehrerer kleinerer und mittlerer Gemeinden kommt nach einem Urteil des OLG Düsseldorf vom 12. Mai 1998 die Privilegierung des § 5 c GWB (Gemeinsamer Einkauf von Waren) zugute, deren Sinn und Zweck es u.a. ist, dass diese Gemeinden im Vergleich zu Großstädten nicht wesentlich teurer einkaufen müssen.

3. Veröffentlichung von Ausschreibungen

Da komplette Ausschreibungen in den regionalen Tageszeitungen mit einer vollständigen Bekanntmachung in der Regel hohe Kosten verursachen, geben viele Gemeinden in den Tageszeitungen nur einen kurzen Hinweis auf den Auftrag bekannt. Die vollständige Bekanntmachung erfolgt bei einem entsprechenden Hinweis in der Tageszeitung sodann in einem kostengünstigeren amtlichen Veröffentlichungsblatt. Als solche kostengünstige Veröffentlichungsorgane kommen insbesondere der Submissionsanzeiger in Hamburg, der Subreport Verlag Schawe in Köln sowie das Bundesausschreibungsblatt in Düsseldorf in Betracht.

Um Wettbewerbsbeschränkungen zu Lasten der Bieter zu verhindern, die mit einem mittelbaren Zwang zur Bestellung der jeweiligen Veröffentlichungsorgane verbunden sein könnte, sollten folgende Möglichkeiten berücksichtigt werden:

- (1) Die Gemeinden geben in den üblichen Bekanntmachungsblättern nur den Hinweis auf eine Ausschreibung bekannt, der komplette Ausschreibungstext wird aber über einen kostenlosen Faxabruf interessierten Bietern bereitgestellt.
- (2) Die Gemeinden weisen in den üblichen Bekanntmachungsorganen auf die Ausschreibung als solches hin. Der gesamte Ausschreibungstext wird über Internet allen interessierten Bietern zugänglich gemacht. Anstelle des Internet-Zugangs bei der Gemeinde könnte auch eine private Datenbank mit diesen Unterlagen treten (z. B. Planungsbüro, Ingenieurbüro).

Ausschreibungen, deren Volumen die EG-Schwellenwerte überschreitet, müssen darüber hinaus europaweit beim Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2, Rue, mercier L-2985 Luxemburg 1, bekanntgemacht werden. Das Amt veröffentlicht diese Ausschreibungen kostenlos.

XI. Schadensersatz

Während grundsätzlich bei der Verletzung von Vergabeverstößen seitens des Bieters ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen (c.i.c.) sich auf Ersatz des Vertrauensschadens (Portokosten, Kalkulationsaufwendungen etc.) beschränkt, kann der Bieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BauR 1993, S. 214), die am 08. September 1998 in vier Grundsatzurteilen bestätigt wurde, in Ausnahmefällen auch das positive Interesse ersetzt verlangen. Hierfür ist jedoch Voraussetzung, dass der Bieter darlegen und beweisen kann, dass er bei ordnungsgemäßem Verhalten der Kommune den Zuschlag mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erhalten hätte.

XII. Neuregelung durch das Vergaberechtsänderungsgesetz

1. Geltung nur oberhalb der Schwellenwerte

Das am 01. Januar 1998 in Kraft getretene Vergaberechtsänderungsgesetz (§§ 97 bis 129 GWB) beinhaltet für den Bieter im Gegensatz zur nationalen Rechtsschutzregelung einen erhöhten Rechtsschutz. Der Bieter hat erstmalig ein gesetzlich normiertes subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen durch die Kommune. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Vergaberechtsänderungsgesetz nur oberhalb der EG-Schwellenwerte gilt. Diese betragen für:

- Bauleistungen: 5 Mio. €
- Liefer- und Dienstleistungen: 200 000 €.

2. Eckpunkte der Neuregelungen

Die Neuregelungen durch das Vergaberechtsänderungsgesetz lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Bei einer Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch den Bieter kommen als ausschließliche Nachprüfungsinstanzen die Vergabekammern sowie in zweiter Instanz das Oberlandesgericht zum Tragen. Die im nationalen Bereich für die Kommunen bestehenden Vergabepflichten werden nur noch fakultativ durch die Länder eingerichtet.

Hat ein Bieter bei einem Vergabeverstoß des Auftraggebers auf seinen Antrag hin ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, darf der Auftraggeber nach Zustellung dieses Nachprüfungsantrags an ihn einen Zuschlag nicht erteilen. Ein dennoch erteilter Zuschlag ist nichtig (automatische Aussetzung des Zuschlags). Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist allerdings darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Wird dem Auftraggeber vor der Vergabekammer oder dem Oberlandesgericht ein Vergabeverstoß nachgewiesen, kann der benachteiligte Bieter einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber geltend machen. Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat und das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, diese aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde. Weitergehende Ansprüche auf Schadensersatz – also insbesondere solche auf entgangenen Gewinn – können hinzukommen.

Allerdings ist der Bewerber und Bieter aus dem Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, einen von ihm im Vergabeverfahren erkannten Vergabeverstoß unmittelbar gegenüber dem Auftraggeber bereits im Verfahren zu rügen. Rügt er einen erkannten Vergabeverstoß nicht, führt dies zur Unzulässigkeit seines Nachprüfungsantrags. Ein Antrag des Bieters ist außerdem dann unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Vergabekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung bekannten Frist zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.

Verfasser: Norbert Portz