

Newsletter Vergaberecht

29. Mai 2008

Einleitung

Das Vergaberecht überrascht immer wieder mit neuen Entscheidungen, die sowohl Auftraggeber wie Bieter zur regelmäßigen Überarbeitung ihrer Dokumentationen und Vergaberoutinen zwingen: Nach einer Reihe Aufsehen erregender Entscheidungen ist nunmehr allgemein im Pharmabereich ein starker Anstieg förmlicher Vergabeverfahren insbesondere der AOKen festzustellen. Auch der Versicherungsbe- reich wird zunehmend als dem Vergaberecht unterworfen erkannt. Gleichzeitig macht sich auch der Gesetzgeber erneut daran, Teile des Vergaberechts zu überarbeiten.

Nach einer Unterbrechung, die der Veröffentlichung einer Reihe von Werken im Vergaberecht gewidmet war (vgl. Ruester (Hrsg.), „Business Transactions in Germany“, Kapitel „Public Procurement“; Campbell (Hrsg.), „International Public Procurement“, Kapitel „Germany“), wollen wir Sie wieder regelmäßig über Neuerungen im Vergaberecht informieren. Zugleich erscheint unser Newsletter nunmehr erstmals in neuem Gewand, das hoffentlich die Lesbarkeit und Verständlichkeit erhöht.

I. Rechtsentwicklung

1. Neue Schwellenwerte

Die EU-Kommission hat die neuen Schwellenwerte für die Jahre 2008 / 2009 bekannt gegeben. Für Liefer- und Dienstleistungen des Bundes betragen sie nunmehr **133.000 Euro** (bisher: 137.000 Euro), im Übrigen **206.000 Euro** (bisher: 211.000 Euro). Im Sektorenbereich liegt der Betrag nun bei **412.000 Euro** (bisher: 422.000 Euro), für Bauleistungen bei **5.150.000 Euro** (bisher: 5.278.000 Euro). Sie gelten für alle Vergabeverfahren, die nach dem **1. Januar 2008** begonnen werden (EG-Verordnung Nr. 1422/2007 vom 4.12.2007).

2. Referentenentwurf zum Vergaberecht

Das BMWi hat einen Referentenentwurf vorgelegt, mit dem insbesondere der Mittelstand gefördert werden soll, indem die Vergabe nach Losen die Regel werden soll (diese Pflicht besteht allerdings schon heute nach überwiegender Rechtsauffassung, vgl. OLG Düsseldorf v. 11.07.2007, Verg 10/07; OLG Celle v. 24.05.2007, 13 Verg 4/07).

Trotz der sich häufenden Entscheidungen, in denen Bietern bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte Rechtsschutz zugestanden wird, soll es weiterhin bei der Zweiteilung der Verfahren bleiben – oberhalb der Schwellenwerte das Nachprüfungsverfahren nach dem Vierten Teil des GWB, unterhalb der Schwellenwerte das zivilrechtliche Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz. Das ist vor allem misslich, weil der EuGH auch unterhalb

der Schwellenwerte bestimmte allgemeine Rechtsgrundsätze für anwendbar erklärt, die er insbesondere aus dem Transparenzprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot ableitet (zuletzt EuGH v. 21.02.2008, Rs. C-412/04, ständige Rechtsprechung).

Die Rügeobliegenheit soll noch einmal erheblich verschärft werden; auch die Möglichkeit, die Nichtigkeit des Vertrages wegen fehlender Information der abgelehnten Bieter geltend zu machen, soll zeitlich beschränkt werden. Beide Änderungen sind europarechtlich durchaus kritisch zu betrachten und es bleibt abzuwarten, ob im Laufe der weiteren Beratungen diese Änderungen tatsächlich umgesetzt werden.

II. Einzelne Branchen

1. Baubranche

Die Vergabestellen des Bundeshochbaues werden ab dem 1. Oktober 2008 bei freihändigen Vergaben und beschränkten Ausschreibungen nur noch Unternehmen berücksichtigen, die sich präqualifiziert haben. In der Baubranche tätige Unternehmen müssen sich also rechtzeitig vorab an den Verein für Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (www.pq-verein.de) wenden.

Nach der geplanten Neuregelung des GWB sollen Baukonzessionen künftig nur noch bei befristeten Nutzungsrechten in Betracht kommen.

2. IT-Branche

Nach langen, letztlich erfolglosen Verhandlungen mit der Wirtschaft hat sich die öffentliche Hand entschlossen, einseitig den EVB-IT-Systemvertrag nebst EVB-IT System zu veröffentlichen und für Ausschreibungen des Bundes für verbindlich erklärt. Bieter werden sich also künftig auf die zwingende Verwendung dieser Ergänzenden Vertragsbedingungen einstellen müssen. Die Rechtsprechung war bei der Prüfung der EVB-IT auf Vereinbarkeit mit den Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) bislang immer eher großzügig - mit der Begründung, diese Bedingungen seien zwischen den Wirtschaftsteilnehmern ausgehandelt worden. Da dies für die EVB-IT System nicht gilt, müsste die Rechtsprechung sie an sich an den (strengen) allgemeinen Grundsätzen zur AGB-Konformität messen. Hier wird man die Entwicklung der Rechtsprechung abwarten müssen.

Bei der Beschaffung von IT-Produkten dürfen öffentliche Auftraggeber seit dem 01.09.2007 vorsehen, dass Bieter Angebote nur noch elektronisch mit qualifizierter elektronischer Signatur einreichen dürfen.

3. Rundfunk und Fernsehen

Der Trend zur Ausweitung des Vergaberechts hält an: Nun hat der EuGH auch klar gestellt, dass die deutschen Rundfunkanstalten und öffentlich-rechtlichen Fernsehsender als „öffentliche Auftraggeber“ gelten und dem Vergaberecht unterworfen sind (EuGH v. 13.12.2007, Rs. C-337/06). Lediglich die Vergabe von Dienstleistungen, die die Programmgestaltung oder -produktion betreffen, unterliegt nicht dem Vergaberecht (Art. 16 (d) RL 2004/18/EG). Künftig ist daher zB die Beschaffung von IT oder die Vergabe von Reinigungsaufträgen für die Gebäude auszuschreiben.

4. Pharmabereich

Die Begründung des EuGH zur Ausschreibungspflicht der Rundfunkanstalten wird überwiegend als klares Indiz gesehen, dass auch die deutschen AOKen und Ersatzkrankenkassen zur Ausschreibung verpflichtet sind (OLG Düsseldorf v. 19.12.2007, VII-Verg 51/07; v. 18.11.2007, VII-Verg 47/07). Derzeit läuft ein Vorlageverfahren beim EuGH zur endgültigen Klärung dieser Frage (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.5.2007, VII Verg 50/06 - Vorabentscheidungsersuchen; OLG

Brandenburg v. 12.2.2008, Verg W 18/07 – Verfahrensaussetzung bis zur Klärung durch den EuGH).

Allerdings bahnt sich derzeit ein weiterer Kompetenzkonflikt an, da sowohl die Sozialgerichte wie die allgemeinen Zivilgerichte sich für zuständig für die Entscheidung solcher Vergabestreitigkeiten halten (OLG Düsseldorf v. 18.11.2007, VII-Verg 47/07 einerseits; SozG Stuttgart v. 20.12.2007, S 10 KR 8404/07 ER andererseits). Soweit nicht der Gesetzgeber die von ihm durch die Neufassung des § 69 SGB V verursachte Verwirrung baldigst beseitigt, wird man wohl auf eine höchstrichterliche Klärung noch einige Zeit warten müssen. Bis dahin werden Bieter zur Wahrung ihrer Rechte Rechtsschutz sowohl bei den Sozialgerichten wie bei den Zivilgerichten suchen können bzw. müssen.

Wenngleich sich derzeit die AOKen formal noch auf einen Beschluss des BayObLG stützen, der eine Ausschreibungspflicht der bayerischen AOK verneint hatte, sind die meisten AOKen dazu übergegangen, öffentlich auszuschreiben. Die derzeit zu beobachtenden zahlreichen Ausschreibungen insbesondere von Rabattverträgen über Pharmazeutika lassen aber noch zahlreiche rechtliche Mängel erkennen, die Bieter unbedingt rügen sollten, um ihre Rechte zu wahren. So dürfte es wohl nicht zulässig sein, den Bietern Vertragsstrafen bei Nichtlieferung der zugesagten Mengen aufzuerlegen, ohne dass der Bieter eine Sicherheit oder auch nur Abschätzung über den voraussichtlichen Bedarf der AOK erhält (VK Bund v. 15.11.2007, VK 2 – 123/07).

5. Banken / Versicherungen

(a) Bedarf die Aufnahme von Krediten durch die öffentliche Hand der Ausschreibung? Es ist zwar unstrittig, dass Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe von Wertpapieren und anderen Finanzinstrumenten nicht dem Vergaberecht unterliegen (§ 100 II (m) GWB); überwiegend wurde aber – nach entsprechenden Aussagen des EuGH – diese Ausnahme eng ausgelegt und die (sonstige) Geld- und Kapitalbeschaffung dem Vergaberecht unterworfen. Nach der Änderung des Wortlautes in Art. 16 (d) der Vergabekoordinierungsrichtlinie (RL 2004/18/EG) dürfte eine Anwendung des Vierten Teils des GWB wohl nicht mehr in Betracht kommen, auch wenn die Neufassung des § 100 GWB bei der Umsetzung der Richtlinie in das GWB offensichtlich vergessen

wurde. Damit ist allerdings die Kreditaufnahme keineswegs „vergaberechtsfrei“:

Die vom EuGH herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung sind nämlich in allen Vergaben der öffentlichen Hand zu beachten. Dazu kommt, dass § 100 (m) GWB lediglich von der Anwendung des 2. Abschnitts der VOL/A befreit, die Pflicht zur Berücksichtigung der Bestimmungen des 1. Abschnitts der VOL/A bleibt aber unberührt. Bei der Kreditvergabe übergangene Banken können ggfls. die Einhaltung dieser Bestimmungen im Wege der einstweiligen Verfügung sicherstellen.

(b) Im Versicherungsbereich ist die Einschaltung von Maklern auf Seiten der Auftraggeber nach wie vor die Regel. Insoweit ist auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf hinzuweisen, wonach sowohl die Einschaltung von Versicherungsmaklern wie die Wahl des Verhandlungsverfahrens „regelmäßig unzulässig“ ist. Das gilt selbstverständlich dann, wenn der Makler schon eine Geschäftsbeziehung mit einem der Bieter unterhält. Unzulässig ist die Beteiligung des Maklers aber auch, wenn der abzuschließende Versicherungsvertrag anschließend vom Makler betreut und/oder verwaltet werden soll (OLG Düsseldorf v. 18.10.2000, Verg 3/00, VergabeR 2001, 45 ff.).

III. Einzelfragen

1. Rahmenvereinbarungen

Nach derzeitiger Rechtslage sollen Rahmenvereinbarungen im Bereich der VOF nicht zulässig sein (VK Sachsen v. 25.01.2008, 1/SVK/088-07).

2. Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung

Es besteht weitgehend Einvernehmen darüber, dass Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung zu Lasten des Auftraggebers gehen, dem Bieter also zB keine Abweichung von den Anforderungen vorgeworfen werden kann, wenn er die missverständliche Beschreibung in einem bestimmten Sinn verstanden hat (OLG Saarbrücken v. 30.07.2007, 1 Verg 3/07; VgK Münster v. 19.06.2007, VK 12/07; LG Frankfurt/O. v. 14.11.2007, 13 O 360/07). Das ist allerdings kein Freibrief für den Bieter: Nach Auffassung des OLG Nürnberg (v. 18.07.2007, 1 U 970/07) kann nämlich ein Bieter wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden, der Unrichtigkeiten im Leistungsverzeichnis erkennt und diese bei der Preis-

gestaltung seines Angebotes ausnutzt, statt den Auftraggeber hierauf hinzuweisen.

3. Änderung der Vergabeunterlagen durch den Bieter

Auf die zum Teil sehr formalistische strenge Rechtsprechung müssen sich Bieter einstellen: Das OLG München hat zB ein Angebot ausgeschlossen, bei dem auf der Rückseite des Angebotsbegleitschreibens die AGB des Bieters abgedruckt waren. Diese AGB wären bei Abschluss des Vertrages mit einbezogen worden. Der Verweis auf eigene AGB stellt aber immer ein Abweichen von der Ausschreibung dar und führt zwingend zum Ausschluss (OLG München v. 21.02.2008, Verg 1/08).

4. Bietergemeinschaften, Nachunternehmer

Ist das Volumen eines Auftrages für einen Bieter zu groß oder kann er in eigener Person die Eignungsanforderungen nicht erfüllen, wird er sich mit anderen Interessenten zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen. Hier drohen allerdings regelmäßig Risiken:

(a) Hat ein Teilnahmewettbewerb statt gefunden und wurden zwei Bieter individuell aufgefordert, ein Angebot einzureichen, ist es nicht mehr gestattet, sich zu einer Bietergemeinschaft zusammen zu schließen – hierzu hätten sich die Bieter vor Teilnahme am Wettbewerb entscheiden müssen (VK Bund v. 22.02.2008, VK 1-4/08).

(b) Unsicherheit besteht häufig darüber, wer die vom Auftraggeber geforderten Belege über die Eignungsanforderungen vorlegen muss. Nach Auffassung des OLG Naumburg (v. 30.04.2007, 1 Verg 1/07) ist es ausreichend, wenn die Erklärungen zu Fachkunde und Leistungsfähigkeit von einem der Mitglieder vorgelegt werden, während Belege zur Zuverlässigkeit von jedem Mitglied beigebracht werden müssen. Es bedarf aber keines Beleges dafür, dass die Mitglieder jeweils auf die Kapazitäten ihrer Mitgesellschafter zugreifen können – das ergebe sich aus der Vereinbarung einer Bietergemeinschaft von selbst (ebenso: OLG Düsseldorf v. 31.07.2007, Verg 25/07). Beim Einsatz von Nachunternehmern müssen dagegen die notwendigen Nachweise für deren Verpflichtung sogar dann vorgelegt werden, wenn die Verdingungsunterlagen dies nicht ausdrücklich fordern (VK Bund v. 24.10.2007, VK 1 – 116/07).

(c) Sorgfältig prüfen sollte jeder Bieter vor Eingehen einer Bietergemeinschaft, ob er auch alleine auf die Ausschreibung bieten will:

Reicht der Bieter sowohl ein eigenes wie ein Gemeinschaftsangebot ein, sind beide Angebote auszuschließen. Wird dagegen ein Bieter zugleich für einen Teil der Ausschreibung als Nachunternehmer eines anderen Bieters tätig, ist das in der Regel unschädlich. Kritisch beurteilt die Rechtsprechung aber Mehrfachangebote von personell und/oder räumlich und/oder strukturell miteinander verflochtenen Unternehmen, zB Konzernunternehmen oder Unternehmen, die beide die gleiche Infrastruktur (Büro) nutzen. Da hier das Risiko groß ist, dass ein Bieter vom Angebot des anderen erfährt, müssen beide Bieter schon mit Einreichen des Angebotes nachweisen, dass und wie sie sicher gestellt haben, dass der Grundsatz des Geheimwettbewerbs nicht verletzt ist (OLG Düsseldorf v. 27.07.2006, Verg 23/06).

(d) Unklar ist bislang auch die Folge, wenn nach Angebotsabgabe ein Mitglied der Bietergemeinschaft ausscheidet. Für den Fall der Insolvenz eines Bieters hat das OLG Celle festgestellt, dass – wenn nach dem insolvenzbedingten Ausscheiden noch mindestens zwei Mitglieder verbleiben – weiterhin eine Bietergemeinschaft besteht. Der Auftraggeber dürfe also die Bietergemeinschaft nicht wegen der Insolvenz ausschließen. Allerdings müsse er erneut prüfen, ob die verbleibenden Mitglieder die geforderte Eignung besitzen (OLG Celle v. 05.09.2007, 13 Verg 9/07).

5. Bindefrist, Bindefristverlängerung

Die steigende Zahl an Nachprüfungsverfahren zwingt Auftraggeber immer wieder, die Bieter um eine Verlängerung der Bindefrist zu bitten.

(a) Bei der Festlegung der Verlängerung sind nach § 19 Nr. 2 VOL/A aber auch die berechtigten Interessen des Bieters zu berücksichtigen, der während dieses Zeitraumes ja seine Kapazitäten nicht anderweit verplanen kann. Eine Verlängerung „bis zum rechtskräftigen Abschluss eines evtl. Nachprüfungsverfahrens“ soll zu lang und damit rechtswidrig sein (VK BW v. 07.11.2007, 1 VK 43/07).

(b) Kann der Bieter eine Änderung der Preise verlangen, wenn er wegen der Verlängerung der Zuschlagsfrist höhere Einkaufspreise erwartet? Er kann nach überwiegender Ansicht nicht die Zustimmung zur Fristverlängerung von einer Preis-

anpassung abhängig machen, da das ein unzulässiges Nachverhandeln wäre. Das OLG Hamm gewährt dem Bieter aber nach dem verspäteten Zuschlag einen Anspruch auf Anpassung der Preise an vergütungsrelevante Veränderungen (hier: gestiegene Stahlpreise) (OLG Hamm v. 05.12.2006, 24 U 58/05). Allerdings muss der Bieter sofort die von ihm für notwendig gehaltene Anpassung der Preise dem Auftraggeber mitteilen.

6. Erschwerung des Rechtsschutzes

(a) In Ausschreibungsunterlagen finden sich immer wieder Regelungen, wonach binnen einer bestimmten Frist ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden müsse. Solche Verpflichtungen hat das OLG Düsseldorf (v. 21.11.2007, VII-Verg 32/07) für AGB-widrig und unwirksam gehalten. Man wird allerdings sehen müssen, ob eine solche (in einem früheren Gesetzentwurf schon einmal vorgesehene) zusätzliche Antragsfrist im Rahmen der geplanten Verschärfungen des Nachprüfungsverfahrens (s.o. unter I.) künftig gesetzlich verankert wird.

(b) Zu begrüßen ist eine Klarstellung durch den EuGH zu den Folgen eines vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrages: Jedenfalls soweit wegen eines solchen Verstoßes ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den Mitgliedsstaat durchgeführt wird, muss dieser den beanstandeten Vertrag beenden. Er kann sich weder auf den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ berufen, noch auf die Möglichkeit verweisen, den unterlegenen Bietern Schadensersatz zu gewähren (EuGH v. 18.07.2007, Rs. C-503/04). Nicht klar ist, ob das auch dann gilt, wenn kein Vertragsverletzungsverfahren durchgeführt wurde (bejahend: *Weyand*, IBR 2007, 504) – nach bisheriger einhelliger Auffassung in Deutschland kann ein einmal erteilter Zuschlag nicht wieder aufgehoben werden (§ 114 II GWB), außer die Bieter wurden nicht rechtzeitig vor dem Zuschlag nach § 13 VgV informiert. Jedenfalls bleibt dem unterlegenen Bieter aber künftig die Möglichkeit einer Anzeige an die EG-Kommission zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens, um einen Vertrag nachträglich noch aufheben zu lassen.

(c) Das OLG Naumburg sieht einen übergangenen Bieter auch bei einer de-facto-Vergabe für rückpflichtig an (OLG Naumburg v. 02.03.2006, 1 Verg 1/06; gegen OLG Düsseldorf v. 21.06.2006, Verg 17/06; BayObLG v. 27.02.2003, Verg 1/03). Das ist in dieser allgemeinen Form schwer nach-

vollziehbar – denn das Wesen der de-facto-Vergabe ist ja gerade, dass der Vertrag ohne Einhaltung des Vergaberechts und ohne Information der potentiellen Mit-Interessenten geschlossen wird. Wie der übergangene Mit-Interessent in solchen Fällen rügen soll, sagt das OLG Naumburg nicht.

IV.

Die vorstehenden Erläuterungen stellen lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen aus dem Vergaberecht dar und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit
Rechtsanwalt
FA für Gewerblichen Rechtsschutz

von Boetticher Hasse Lohmann
Partnerschaft von Rechtsanwälten
Oranienstr. 164, 10969 Berlin

[E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com](mailto:abrandi-dohrn@boetticher.com)
Tel. +49-30-61 68 94 03