

Inhouse-Vergabe, Verwaltungskooperation oder Dienstleistungskonzession können hilfreich sein

Legale Wege aus dem Vergaberecht

Die Pflicht zur Ausschreibung wird häufig als Belastung empfunden. Dennoch geht derjenige, der gegen eine solche Pflicht verstößt, ein hohes Risiko ein – werden übergangene Mitbewerber auf eine so genannte De-facto-Vergabe aufmerksam.

Es drohen die Feststellung der Unwirksamkeit des ohne Beachtung des Vergaberechts abgeschlossenen Vertrags oder gar ein Eingreifen der Europäischen Union, die die Auftragsvergabe erheblich verzögern oder schlimmstenfalls sogar ganz vereiteln können. Umso wichtiger ist es, die legalen Wege aus dem Vergaberecht zu kennen. Nachfolgend werden einige für die Praxis besonders bedeutsame legale Schlupflöcher aus dem Vergaberecht kurz dargestellt.

Zahlreiche Entscheidungen

Unter einem Inhouse-Geschäft versteht man die Erfüllung eines öffentlichen Auftrags durch eine dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnende andere juristische Person. Die Zulässigkeit einer ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe geht auf die sogenannte Teckal-Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshof (EuGH) zurück, der in dieser und zahlreichen nachfolgenden Entscheidungen folgende Voraussetzungen für den Verzicht auf ein Vergabeverfahren aufgestellt hat:

- Der Auftraggeber muss am Auftragnehmer beteiligt sein.
- Am Auftragnehmer darf keinerlei private Beteiligung bestehen.
- Der Auftraggeber muss über

den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben können.

- Der Auftragnehmer muss im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sein.

Ob eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle gegeben ist, hängt von der konkreten gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung beim Auftragnehmer ab. Der EuGH verlangt, dass der Auftraggeber auf alle wichtigen Entscheidungen beim Auftragnehmer Einfluss nehmen können muss. Dies kann zum Beispiel bei Aktiengesellschaften, deren Vorstände grundsätzlich weisungsunabhängig sind, problematisch sein. An einer echten Kontrolle fehlt es häufig auch bei verschachtelten Konzernstrukturen, wie sie zum Beispiel in kommunalen Konzernen nicht selten vorkommen. Schließlich muss der Auftragnehmer im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig sein und darf daher allenfalls in geringem Umfang für andere Auftraggeber tätig sein. Was unwesentlich ist, ist eine Einzelfallfrage. Das Oberlandesgericht Celle hat schon Drittgeschäft in einer Größenordnung von 7,5 Prozent als nicht unwesentlich und damit als Hinderungsgrund für eine ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe eingestuft.

Auch eine Kooperation zwischen mehreren öffentlichen Auf-



Eine Kooperation zwischen mehreren öffentlichen Auftraggebern kann unter bestimmten Voraussetzungen vom Vergaberecht freigestellt sein. FOTO: BSZ

traggebern kann unter bestimmten Voraussetzungen vom Vergaberecht freigestellt sein. Grundsätzlich unterliegen auch Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber einem anderen erteilen will, dem Vergaberecht. Der EuGH hat in seinem „Stadtreinigung Hamburg“-Urteil aus dem Jahre 2009 allerdings entschieden, dass öf-

fentliche Kooperationen unter folgenden Voraussetzungen vom Vergaberecht freigestellt sind:

- Auftragsgegenstand muss die gemeinsame Erfüllung öffentlicher Aufgaben sein.
- Wie schon bei der Inhouse-Vergabe darf auch hier kein Privatunternehmen beteiligt sein.
- Die Kooperation muss grund-

sätzlich ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgen.

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, kommt es nicht darauf an, wie sich die öffentlichen Auftraggeber organisieren. Zulässig ist auch der Abschluss reiner Leistungsverträge („Aufträge“).

Auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterliegt

nicht dem Vergaberecht. Dienstleistungskonzessionen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Konzessionär (Auftragnehmer) als Gegenleistung für die Erbringung der Dienste statt einer Vergütung das Recht zur kommerziellen Nutzung durch den Konzessionsgeber (öffentlicher Auftraggeber) übertragen bekommt. Dabei erhält der Konzessionär keine Bezahlung durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern muss sich teilweise durch Zahlungen Dritter finanzieren und dadurch zumindest einen Teil des wirtschaftlichen Risikos selbst tragen.

Europäisches Recht gilt

Obwohl Dienstleistungskonzessionen nicht dem Vergaberecht unterliegen, muss ihre Vergabe nach der Rechtsprechung des EuGH den allgemeinen Grundsätzen des europäischen Rechts genügen. Zu diesen Grundsätzen gehören zum Beispiel das Transparenzgebot, das Diskriminierungsverbot sowie die Möglichkeit einer gerichtlichen Nachprüfung. In diesem Rahmen ist der Auftraggeber bei der Gestaltung des Verfahrens aber frei: Er kann entweder selbst ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren festlegen, hat aber auch die Möglichkeit, sich an vergaberechtliche Vorschriften wie zum Beispiel die VOL/A anzulehnen und diese ganz oder teilweise zur Grundlage des Verfahrens zu machen.

> VOLKMAR WAGNER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle in Berlin.

Rechte der Auftraggeber – Handlungsmöglichkeiten der Bieter

Vergabesperrn wegen mangelnder Eignung

Grundsätzlich darf sich jedes Unternehmen um jeden öffentlichen Auftrag bewerben. Ein pauschaler Ausschluss von Unternehmen ist grundsätzlich nicht zulässig. Allerdings sind Auftraggeber selbstverständlich berechtigt, die Eignung der Unternehmen, die sich um einen Auftrag bewerben, zu prüfen.

Die Eignungsprüfung stellt einen eigenständigen Prüfungsschritt vor der eigentlichen Wertung der Angebote dar. Sie erfolgt anhand der Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzzestreue. Nur wenn der Auftraggeber nach Maßgabe dieser Kriterien von der Eignung eines Bieters überzeugt ist, darf er dessen Angebot in der weiteren Wertung belassen. Bei der Durchführung dieser Prüfung hat der

Auftraggeber grundsätzlich einen sehr weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Lediglich die Begehung einiger weniger in den Vergabeverordnungen im Einzelnen aufgeführten Straftaten wie zum Beispiel Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug zu Lasten des EU-Haushalts oder Geldwäsche haben einen zwingenden Ausschluss zur Folge.

Mangelnde Fachkunde

Alle anderen Eignungsaspekte stellen lediglich fakultative Ausschlussgründe dar, das heißt es liegt im Ermessen des Auftraggebers, ob er ein Unternehmen, das einen dieser Gründe verwicklicht

hat, als ungeeignet vom weiteren Vergabeverfahren ausschließt. Mangelnde Fachkunde kann zum Beispiel vorliegen, wenn ein Unternehmen noch keinen vergleichbaren Auftrag durchgeführt hat. Mangelnde Leistungsfähigkeit kann zum Beispiel gegeben sein, wenn ein Unternehmen über zu wenig Personal oder keine geeigneten Gerätschaften verfügt.

Mangelnde Zuverlässigkeit und Gesetzzestreue kann zum Beispiel bei der Nichtzahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen, Insolvenz, der Abgabe unzutreffender Erklärungen im Vergabeverfahren oder der nachweislichen Begehung einer schweren Verfehlung, die die Zuverlässigkeit als Bieter in Frage stellt, zu bejahen sein. Dabei darf der Auftraggeber sowohl Kenntnis aus anderen Verga-

beverfahren (sowohl aus eigenen als auch aus solchen anderer Auftraggeber) sowie sonstige Kenntnisse, die er über den Bieter hat (zum Beispiel Presseberichte über ein laufendes Strafverfahren oder eine Verurteilung wegen Korruption), bei der Prüfung der Eignung berücksichtigen.

Korruptionsverdacht

Ist einem Bieter bewusst, dass ihm wegen bestimmter Vorkommnisse wie zum Beispiel Korruptionsverdacht oder Schlechtleistung in der Vergangenheit ein Ausschluss vom laufenden Vergabeverfahren droht, hat er die Möglichkeit, seine Eignung durch Selbstreinigungsmaßnahmen wie-

der herzustellen. Als solche kommen vor allem die Folgenden in Betracht:

- Aktive Mitwirkung bei der Sachverhaltsaufklärung und Schadenswiedergutmachung.
- Personelle Maßnahmen (je nach Schwere der Verfehlung etwa Suspendierung, Versetzung oder Entlassung der Verantwortlichen).
- Organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung gleichartiger Vorkommnisse in der Zukunft. Hier zu sind in der Regel organisatorische Maßnahmen wie die Einführung eines Compliance-Systems und Kontrollmechanismen wie zum Beispiel die Einführung eines Whistleblowing-Mechanismus erforderlich.

Wenn sich ein Unternehmen auf dieser Art und Weise selbst gereinigt hat und der Auftraggeber zu

der Überzeugung gelangt, dass der Bieter trotz der negativen Vorkommnisse in der Vergangenheit wieder geeignet ist, den Auftrag auszuführen, ist der Grund für seinen Ausschluss weggefallen. Da das Vergaberecht kein Nebenstrafrecht ist, mit dem Unternehmen „zur Strafe“ für eine gewisse Zeit vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfen, wäre ein weiterer Ausschluss des Unternehmens von Vergabeverfahren rechtswidrig. Anders ist es natürlich dann, wenn der Auftraggeber die durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen nicht für ausreichend hält oder seit Durchführung der Selbstreinigungsmaßnahmen weitere Vorkommnisse, die Zweifel an der Eignung des Bieters rechtfertigen, eingetreten sind. > VOLKMAR WAGNER

An Ausschreibungen im Ausland teilnehmen

Anpassung an internationale Signaturformate

Ab dem 1. August 2011 tritt der Beschluss der europäischen Kommission zur Vereinheitlichung der elektronischen Signatur-Formate in Kraft. Ziel ist es, die Interoperabilität elektronischer Verfahren im europäischen Binnenmarkt zu verbessern.

Die Mindestanforderungen des EU-Beschlusses 2011/130/EU beziehen sich auf die Verwendung elektronischer Signaturen gemäß den von dem ETSI (European Telecommunications Standards Institute) in Zusammenarbeit mit namhaften Unternehmen aus unterschiedlichen Ländern entwickelten AdES-Standardformaten. Ende Juli stellt bos seinen Kunden entsprechende Updates der Signatur- und Kryptographieanwendung Govenikus Signer Basic-, Professional- und Integration Edition bereit. Unmittelbare Auswir-

kungen haben diese Anpassungen weder auf Vergabestellen noch auf Bieter. Durch die Erweiterung der bos Signaturanwendungen Govenikus Signer an die AdES-Standards ist es möglich, dass ausländische Unternehmen an deutschen Ausschreibungen teilnehmen.

Elsässer bietet in Karlsruhe

So können sich durch die Standardisierung der Signaturkomponente beispielsweise Unternehmen aus dem Elsass auf Ausschreibungen aus Karlsruhe bewerben. Durch den Beschluss der europäischen Kommission sollen sich die verwendeten Signaturformate noch mehr vereinheitlichen und dadurch zu mehr Akzeptanz und Vereinfachung führen. > BSZ

Studie über elektronische Vergabe entsteht

Elektronische Vergaben rücken immer stärker in den Fokus der Öffentlichkeit von Vergabe und Bieterstellen. Kürzere Durchlaufzeiten, sinkende Kosten und geringeren Aufwand, sowohl auf Vergabeseite, als auch auf Anbieterseite, stellen nur einen Bruchteil der Vorteile dar, die E-Vergaben bieten.

Der Markt von E-Vergabe-Plattform-Anbietern wuchs in den letzten Jahren erheblich, weshalb von einer hohen Nachfrage ausgegangen wird. Wie jedoch die eigentliche Resonanz der User auf diese Portale ist und ob bzw. wie diese überhaupt von Vergabestelle und Bieter angenommen werden, ist Teil der Diplom-vorbereitenden-Projektarbeit von Lucas Neddermann von der Uni Stuttgart. Am Institut Bauökonomie fertigt er derzeit eine Marktanalyse zum Thema E-Vergabe an. > BSZ

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

Auf der e-Vergabeplattform baysol.de finden Sie alle im Bayerischen Staatsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen. Recherchieren Sie gezielt nach den für Sie relevanten Ausschreibungen:

www.baysol.de

- > Zielgenaue Auftragsuche
- > Schnelle und komfortable Volltextsuche
- > Über 1.675 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85 % Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatskanzlei