

Großes Publikumsinteresse beim 6. Nürnberger Vergaberechtstag

Vergaberecht im Wandel

Der Veranstalter Rödl & Partner und der Medienpartner Bayerische Staatszeitung konnten beim 6. Vergaberechtag in Nürnberg knapp 100 interessierte Teilnehmer begrüßen. Das zahlreiche Erscheinen und die Diskussionsfreudigkeit der Besucher verdeutlichten einmal mehr den hohen Stellenwert des öffentlichen Auftragswesens in der Beschaffungspraxis der Vergabestellen.

Rechtsanwalt Holger Schröder erläuterte einleitend die wichtigsten Änderungen und Neuerungen des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts. Besondere Bedeutung kommt hierbei den geplanten Veränderungen im Bereich des öffentlichen Auftragsbegriffes zu. So beabsichtigt der Gesetzgeber, durch Ergänzungen der Definitionen des öffentlichen Bauauftrages beziehungsweise der Baukonzession der für die Vergabepaxis besonders bedeutsamen so genannten Ahlhorn-Rechtsprechung bei kommunalen Immobiliengeschäften entgegenzutreten. Dies soll vor allem dadurch erreicht werden, dass der öffentliche Auftragsbegriff zwingend eine eigene Bedarfsdeckung voraussetzt.

Interkommunale Vergabe ist wie Inhouse-Vergabe

Damit würden rein mittelbare Zielsetzungen einer Vergabestelle, zum Beispiel die Verwirklichung städtebaulicher Interessen, nicht mehr ausreichen, um einen öffentlichen Auftrag anzunehmen. Eine weitere wichtige Neuerung stellt die eigenständige Definition des vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäftes dar. Eine Inhouse-Vergabe soll künftig auch im Rahmen rein interkommunaler Beschaffungsverhältnisse vorliegen, soweit der kommunale Leistungser-

bringer die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbietet. Schröder wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Europarechtskonformität der geplanten Inhouse-Regelung aufgrund der restriktiven Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sehr fraglich sei. Abschließend machte der Referent auf die zur Vergaberechtsnovelle parallel verlaufende Überarbeitung der VOB/A aufmerksam und hob dort vor allem die Aufnahme einer einheitlichen Regelung zu erleichterten Vergabe von Aufträgen im Wege der beschränkten Ausschreibung hervor.

Oberregierungsrat Hans Schaller referierte im Anschluss über die Erscheinungsformen und Bedeutung von Bietergemeinschaften im Vergabewettbewerb. Er betonte hierbei, dass gemeinschaftliche Bieter grundsätzlich Einzelbieter gleichzusetzen sind. Die Grenzen eines zulässigen Zusammenschlusses sieht Schaller dann als überschritten an, wenn die Marktverhältnisse durch die Beschränkung des Wettbewerbs spürbar beeinflusst werden. Besondere Probleme bereiten in der Praxis Angebotskonstellationen, in denen ein Bieter nicht nur ein Angebot als Einzelunternehmen, sondern auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft abgibt. In diesen Fällen – so Schaller – ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Angebote in jeweiliger Kenntnis des Angebotsinhaltes des konkur-

rierenden Angebotes abgegeben und damit der Geheimniswettbewerb verletzt wurde. Folge ist der Ausschluss der Bietergemeinschaft vom Wettbewerb. Schaller beschloss seinen Vortrag über die allgemeinen Voraussetzungen und Auswirkungen der Weitervergabe von Aufträgen.

dem die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers genügen. Dieses Verfahren ist zeitlich befristet und steht während der gesamten Verfahrensdauer jedem Wirtschaftsteilnehmer offen, der die Eignungskriterien erfüllt und ein er-

bewerbsfreundlichen Offenheit des Verfahrens. Problematisch sind nach Ansicht des Referenten die insgesamt komplizierte und schwerfällige Verfahrensgestaltung, der erhebliche technische, finanzielle und organisatorische Aufwand für die Vergabestellen sowie die ungeklärten Auswir-

Zum Abschluss berichtete Rechtsanwältin Ute Beckmann zum Thema „Änderungen, Verlängerung und Übernahme von Verträgen als vergabepflichtige Vorgänge“. Trotz der enormen rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung in der Beschaffungspraxis wurden die mit dem Vortragsthema verbundenen Probleme – so Beckmann – bislang von Rechtsprechung und Literatur nur wenig beachtet.

Vertragsänderungen genau beachten

Die Referentin veranschaulichte die vergaberechtliche Problematik anhand der aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 19.6.2008 („presetext“). Darin nahmen die europäischen Richter Stellung zu wichtigen Abgrenzungsfragen von vergabepflichtigen Vertragsänderungen. Als wesentliche Änderungen sind demnach insbesondere solche Vertragsänderungen zu kennzeichnen, die sich als intransparent, marktabschottend oder diskriminierend auswirken. Anhand von Fallbeispielen für die unterschiedlichen Arten von Vertragsänderungen (zum Beispiel Preisänderungen, Wechsel des Auftragnehmers, Vertragsverlängerungen, Optionen) erörterte Beckmann die möglichen Abgrenzungskriterien zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsänderungen. Im Dialog und in der Diskussion mit den Veranstaltungsteilnehmern entwickelte die Vortragende praktische Lösungsansätze für den Beschaffungsallday öffentlicher Auftraggeber. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.



Bietergemeinschaften für Aufträge sind grundsätzlich Einzelbieter gleichzusetzen.

FOTO BILDERBOX

Im Austausch von Wissenschaft und Praxis gab anschließend Matthias Knauff von der Universität Würzburg einen Überblick über die Anwendungsvoraussetzungen und den Verfahrensablauf der neu einzuführenden so genannten dynamischen Beschaffungssysteme. Der Referent erläuterte, dass es sich bei dem im Rahmen der EU-Vergaberechtsreform 2004 neu eingeführten dynamischen Beschaffungssystem um ein vollelektronisches Verfahren für Beschaffungen von marktüblichen Leistungen handelt, bei

tes Angebot im Einklang mit den Verdingungsunterlagen unterbreitet hat. Beim dynamischen Beschaffungssystem handelt es sich – so Knauff – um kein eigenständiges Vergabeverfahren, sondern um eine besondere Ausgestaltung des offenen Verfahrens. Die positiven Aspekte eines dynamischen Beschaffungssystems erblickt Knauff in der zusätzlichen Möglichkeit der Ausgestaltung einer Auftragsvergabe, in der Zurverfügungstellung eines modernen Verfahrens durch Nutzung elektronischer Mittel und in der wett-

kungen im Falle technischer Probleme. Als Fazit hielt Knauff fest, dass die Einrichtung dynamischer Beschaffungssysteme nur bei häufigen Beschaffungen marktgängiger Güter und Leistungen sinnvoll sei. Auch würde die Attraktivität dynamischer Beschaffungsverfahren darunter leiden, dass der Gesetzgeber die Einführung zentraler Beschaffungsstellen nicht vorsehe. Allerdings übernimmt das dynamische Beschaffungssystem eine Modellfunktion für weiterführende Formen elektronischer Beschaffung.

Die rechtsverbindliche Unterschrift ist möglich, stellt aber kein Muss dar

Keine Unterschrift – Ausschluss

Zwar verzichtet die VOB/A (vgl. § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3) auf das Erfordernis einer „rechtsverbindlichen“ Unterschrift. Gleichwohl sind die Vergabestellen rechtlich nicht gehindert, über ein lediglich unterzeichnetes Angebot hinaus in den Verdingungsunterlagen die Rechtsverbindlichkeit der Angebotserklärung und deren Nachweis zu fordern.

Es ist nach der Rechtsprechung (Oberlandesgericht Frankfurt, 26.8.2008 – 11 Verg 8/08) zu respektieren, wenn ein öffentlicher Auftraggeber den aus der möglichen schwebenden Unwirksamkeit eines von einem nicht bevollmächtigten Vertreter abgegebenen

Angebotes und den Nachweis einer entsprechenden Bevollmächtigung verlangt.

Nachweis über Vertretung kann nachgereicht werden

Wird die Unterzeichnung durch „rechtsverbindliche“ Unterschrift verlangt, nicht jedoch der Nachweis der Vertretungsmacht des Unterzeichners mit dem Angebot, so genügt dieser Anforderung jede Unterschrift eines Erklärenden, der zum Zeitpunkt des Ablaufes der Vorlagefrist tatsächlich bevollmächtigt war. Den Nachweis – so

das Oberlandesgericht Naumburg, 13.10.2008 – 1 Verg 10/08 – über seine Vertretungsmacht kann er jederzeit, auch nachträglich, führen. Die allgemeinen zivil- und handelsrechtlichen Vorschriften, die mangels ausdrücklicher Regelungen im Vergaberecht subsidiär anzuwenden sind, sehen eine Pflicht zur Vorlage einer Vollmachtsurkunde bei einem Handeln in Vertretung nicht vor, sondern lediglich die Pflicht, dass der Wille, in fremden Namen aufzutreten, deutlich zu Tage tritt, und dass das Handeln im Rahmen einer dem Vertreter bereits eingeräumten Vertretungsmacht erfolgt. > HOLGER SCHRÖDER

Eignungsnachweise müssen erbracht werden

Das Können des Bieters prüfen

Die rechtssichere Beurteilung der Eignung der Bieter ist grundlegend für den Erfolg eines Vergabeverfahrens. Doch die Frage, welche Nachweise zulässigerweise zu welchem Zeitpunkt von den Bieter beziehungsweise Nachunternehmern gefordert werden dürfen, birgt in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Das Oberlandesgericht München hat in seinem Beschluss vom 21.8.2008 (Az.: Verg 13/08) betont, dass ein Bieter nicht deshalb nach § 25 Nr. 2 VOB/A ausgeschlossen werden darf, weil er seinem Angebot bestimmte Eignungsnachweise nicht beigelegt habe, wenn die Vergabestelle in den Vergabeunterlagen (zum Beispiel im Formblatt EVM (B) A EG 211 EG) lediglich mitteilt, dass Nachweise der Eignung nur auf Verlangen vorzulegen sind.

Welche Eignungsangaben und Nachweise der Bieter zu welchem Zeitpunkt vorlegen muss, ist eine Frage der Festlegung in der EU-Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen. Umstritten ist hingegen, ob der öffentliche Auftraggeber bereits in der europaweiten Vergabebekanntmachung ankündigen muss, welche Erklärungen und Nachweise er vom Bieter zur Eignungsprüfung verlangt. Die Münchner Richter folgern in der genannten Entscheidung aus dem Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, zumindest in groben Zügen über die vorzulegenden Nachweise bereits in der Bekanntmachung aufzuklären. Ein Interessent müsse in der Lage sein, sich frühzeitig auf die Forderungen des Auftraggebers einzustellen und bereits aus der Bekanntmachung erkennen können, ob er seine Eignung hinreichend wird belegen können oder ob ihm Zeit bleibe, die geforderten Unterla-

gen und Nachweise zu beschaffen. Hinsichtlich des Zeitpunktes der Vorlage der geforderten Nachweise und Erklärungen bestehen – so das Oberlandesgericht München – nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 S. 1 VOB/A grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Der Auftrag-

Nachunternehmern war laut Bewerbungsbedingungen ebenfalls nur auf Verlangen der Vergabestelle zu erbringen, während gleichzeitig die Bewerbungsbedingungen einen Vordruck „Verzeichnis der Nachunternehmer“ enthielten.



Sollen Handwerker für einen öffentlichen Auftrag, der nach VOB ausgeschrieben wird, einen Zuschlag erhalten, muss vorher deren Eignung für die auszuführenden Arbeiten geprüft werden.

FOTO BILDERBOX

geber kann entweder bestimmen, dass diese mit der Angebotsabgabe oder auf Verlangen des Auftraggebers vorgelegt werden. Hat der öffentliche Auftraggeber gefordert, dass die Unterlagen und Nachweise nur auf Verlangen vorgelegt werden müssen, dürfen die Bieter darauf vertrauen, dass diese nachgereicht werden können. Die besondere Bedeutung einer eindeutigen und transparenten Vorformulierung der Eignungsanforderungen wurde jüngst auch vom Bundesgerichtshof (10.6.2008 – Az.: X ZR 78/07) hervorgehoben. Der Nachweis über den Einsatz von

Ein Bieter, der auf dem Formular erklärte, dass er noch mit einigen Nachunternehmern in Verhandlung stehe, wurde ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof bestätigte mit seinem sogenannten „Zumutbarkeitsurteil“, dass ein Ausschluss eines Bieters wegen unvollständiger Erklärungen unzumutbar ist, wenn der Bieter nicht erkennen konnte, dass die Erklärungen verbindlich abzugeben waren oder diese Erklärungen objektiv nicht erbringen kann.

> UTE BECKMANN

Die Autorin ist Rechtsanwältin bei Rödl & Partner in Nürnberg.

> 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 Auftragssuche
- > Schnelle und komfortable Volltextsuche
- > Über 1.300 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85% Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung