

Ein einheitliches förmliches Gesetz für alle Beschaffungsvorgänge

Die unbekannte Sektorenverordnung

Seit nunmehr fast exakt zwei Jahren (29. September 2009) ist die Sektorenverordnung in Kraft getreten. Mit dieser Verordnung wurde erstmals ein einheitliches förmliches Gesetz für alle Beschaffungsvorgänge und alle (öffentlichen und privaten) Sektorenauftraggeber geschaffen. Die Sektorenverordnung löste die etwas unübersichtlichen Regelungen im dritten und vierten Abschnitt der VOB/A bzw. VOL/A ab.

Allerdings zeigt sich in der Praxis immer wieder, dass die Sektorenverordnung nach wie vor ein gewisses Schattendasein führt, insbesondere deshalb, weil sich viele öffentliche Auftraggeber unsicher sind, ob sie unter den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

1. Anwendungsbereich
Die Sektorenverordnung (SektVO) gilt für alle öffentlichen Auf-

trag im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit vergibt. In diesem Fall hat der öffentliche Sektorenauftraggeber (z.B. Wasserverbund) das klassische Vergaberecht zu beachten (GWB, VgV, VOL/A, VOB/A und VOF), während der private Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB Aufträge frei vergeben kann. Mit der SektVO wurde gleichzeitig der Streit geklärt, ob etwa Gemeinden, die im Sektorenbereich tätig sind, nach der VOB/A bzw. VOL/A ausschreiben müssen oder ob für diese die speziellen Regelungen für die Sektorentätigkeit gilt.

Beispiel: Der Eigenbetrieb einer Stadt schreibt Bauleistungen für ein Wärmeverorgungsnetz aus.

Die Sektorenverordnung stellt klar, dass die genannten öffentlichen Auftraggeber immer dann die Sektorenverordnung anwenden müssen, wenn Aufträge vergeben werden, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser-, Energieversorgung oder des Verkehrs vorliegen werden. Die SektVO ist also „lex specialis“. In unserem Beispielfall hat also die Ausschreibung auf der Grundlage der SektVO zu erfolgen. Dies bedeutet, dass auch eine Gemeinde, wenn sie Beschaffungsprozesse auf diesen Gebieten durchführt, nicht die VOB/A oder VOL/A anzuwenden hat, sondern die Regelungen der SektVO.

Welche Tätigkeiten dem Sektorenbereich unterfallen, regelt im Einzelnen die Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB. Dazu zählt u.a. das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit

- der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser (nicht Abwasser),
- der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Strom oder der Gewinnung von Gas,
- Versorgung dieser Netze mit Strom und Gas,
- der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Wärme oder
- das Bereitstellen und Betreiben von Flughäfen.

Beispiel: Wird eine Gemeinde oder eine von ihr beherrschte Beteiligungsgesellschaft im Rahmen der „Energieerzeugung“ selbst zum Stromerzeuger (etwa durch Windkraftanlagen) und speist diese



Private Sektorenauftraggeber wie zum Beispiel eine Städtische Wasser GmbH sind in der Beschaffung frei.

FOTO BILDERBOK

Strom in das Netz des Netzbetreibers ein, wird sie zum Sektorenauftraggeber.

Als „Auslegungshilfe“ können auch die in den Anhängen I bis X der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/56 genannten Auftraggeber herangezogen werden. Anwendung findet die SektVO überdies nur dann, wenn folgende Schwellenwerte überschritten sind: bei Bauaufträgen 4 845 000 Euro und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 387 000 Euro. Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, gilt Folgendes: Öffentliche Sektorenauftraggeber haben die Haushaltsordnungen und den ersten Abschnitt der VOB/A ggf. auch der VOL/A (die Anwendung der VOL/A ist in Bayern für Gemeinden nicht verbindlich) anzuwenden.

Private Sektorenauftraggeber sind dagegen in der Beschaffung frei. Beispiel: Städtische Wasser GmbH beschafft Planungsleistungen für ein neues Leitungsnetz im Wert 180 000 Euro als formlose Vergabe (Variante 1) oder im Wert von 250 000 Euro nach VOF; weil die Städtische Wasser GmbH auch öffentlicher Auftraggeber i.S. d. § 98 Nr. 2 GWB ist.

Der Sektorenauftraggeber hat also zunächst eine zweifache Prüfung durchzuführen: Schritt 1: Erfolgt die Beschaffung „in Zusammenhang mit“ einer Sektorentätigkeit?

Schritt 2: Werden die Schwellenwerte überschritten?

Doch selbst wenn eine oder beide Fragen mit „nein“ zu beantworten sind, ist die Prüfung zur Anwendung von Vergaberecht noch nicht beendet. Denn in einem weiteren Schritt ist der Frage nachzugehen, ob der Sektorenauftraggeber nicht zugleich „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne von § 98 Nr. 1 bis 3 GWB ist mit der Folge, dass „klassisches“ Vergaberecht Anwendung findet.

2. Verfahrenswahl

Eines der wesentlichen Merkmale der Sektorenverordnung ist die flexiblere Handhabung der einzelnen Verfahrensarten: Anders als die VOB/A oder VOL/A gibt es kein Rangverhältnis der einzelnen Verfahrensarten. Vielmehr kann der Sektorenauftraggeber frei zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung oder dem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung wählen. Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist nur ausnahmsweise zulässig.

Verallgemeinernde Empfehlungen zur Wahl der richtigen Verfahrensart verbieten sich. Jede Verfahrensart hat Vor- und Nachteile. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang der Vorteil des Verhandlungsverfahrens im Hinblick auf die Möglichkeit zur Verhand-

lung des Preises und des Leistungsumfanges.

Die Praxis zeigt freilich, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nicht automatisch die „bessere“ Verfahrensart ist. Nach wie vor werden bei standardisierten Bau- und Dienstleistungen in großem Umfang offene Verfahren durchgeführt. Hier liegt der Vorteil in einem streng formalisierten und standardisierten Verfahren, das den Aufwand bei der Abwicklung in Grenzen hält.

3. Weitere Voraussetzungen

Im Wesentlichen ähneln die Vorgaben und Regelungen der SektVO denen der VOB/A bzw. VOL/A. So muss etwa auch bei der SektVO der Ausschreibung eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zugrunde liegen. Auch gilt hier ebenso der Grundsatz der Produktneutralität der Ausschreibung. Die Vergabestelle ist ferner gehalten, Eignungsvoraussetzungen und Zuschlagskriterien zu benennen und klar voneinander abzugrenzen. Auch wenn die SektVO keine gesonderten Regelungen im Hinblick auf Wertungsschritte bei der Angebotsprüfung kennt, so bieten sich doch die Wertungsschritte entsprechend § 16 VOB/A (Ausschluss, Eignung, Prüfung und Wertung), die sich in der Praxis durchaus bewährt haben, an.

Wichtig erscheint der Hinweis, dass auch im Ausschreibungsverfahren nach der Sektorenverordnung das gesamte Verfahren in einem Vergabevermerk dokumentiert und zeitnah zu dokumentieren ist.

4. Fazit

Entscheidend ist zunächst die Frage nach der persönlichen und sachlichen Anwendbarkeit der SektVO. Die Beschaffungsstelle muss klären, ob ihr konkreter Beschaffungsvorgang in den Anwendungsbereich der Sektorenverordnung fällt und wenn nicht, ob „klassisches“ Vergaberecht Anwendung findet. Dafür gilt es, die Vergabestellen, insbesondere Eigenbetriebe oder kommunale Beteiligungsgesellschaften wie etwa Stadtwerke, Zweckverbände oder Kommunalunternehmen für den Geltungsbereich der Sektorenverordnung zu sensibilisieren. Die Praxis hat gezeigt, dass der Gesetzgeber durch die Sektorenverordnung ein den Anforderungen der Sektoren entsprechenden flexibles Instrumentarium an die Hand gegeben hat, um Beschaffungsvorgänge mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand durchführen zu können.

> NORBERT HUBER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Heussen Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in München

traggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 - 4 GWB, also insbesondere für Gebietskörperschaften und Zweckverbände, aber auch für private Sektorenauftraggeber etwa in Form der GmbH.

Die früher durchaus wichtige Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Sektorenauftraggebern hat enorm an Bedeutung verloren. Vor Geltung der SektVO unterlagen private Sektoren der Anwendung des 4. Abschnitts der VOL/A bzw. VOB/A, wohingegen der öffentliche Sektorenauftraggeber je nach Art der Tätigkeit, entweder den 3. oder 4. Abschnitt anzuwenden hatte. Mit der SektVO ist nun klargestellt, dass die SektVO für alle Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 4 GWB gilt. Bedeutungslos ist die Differenzierung gleichwohl immer noch nicht: Neben einzelnen Regelungsbeständen (vgl. § 21 Abs. 1 und § 24 Abs. 15 SektVO), kommt der Unterscheidung in dem Fall Bedeutung zu, dass der Sektorenauftraggeber keinen Auf-

INFO Vergaberechtstag

Die Staatsanzeiger Online Logistik GmbH (SOL), eine Tochtergesellschaft des Verlags Bayerische Staatszeitung GmbH, veranstaltet zusammen mit der Rechtsanwaltskanzlei Heussen aus München am 16. November einen Vergaberechtstag zum Thema „Sektorenausschreibung“. Dieser findet von 9 bis 15 Uhr im Süddeutschen Verlag (Hultschiner Straße 8, 81677 München) statt.
Teilnahmegebühr: 30 Euro
Anmeldung bei SOL:
Tel.: 089 / 693907-20
Fax: 089 / 693907-55
manfred.jahr@staatsanzeiger-online.de

Rügepräklusion auch im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

Rechtzeitig rügen

Nach § 107 Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 GWB sind Verstöße gegen Vergabebestimmungen, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu rügen. Diese Vorschrift findet nach Auffassung des Oberlandesgerichtes Naumburg (18.8.2011 - Az.: 2 Verg 3/11) auch auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb entsprechende Anwendung.

Zwar kennt diese Art des Verhandlungsverfahrens weder eine „in der Bekanntmachung benannte Frist zur Angebotsabgabe“ noch eine „in der Bekanntmachung benannte Frist zur Bewerbung“, weil eine Auftragsbekanntmachung gerade nicht veröffentlicht wird. Jedoch lassen weder der Gesetzeswortlaut noch

der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens oder der Zweck der Präklusionsnorm Anhaltspunkte dafür erkennen, dass die Rügeobliegenheit nicht in allen Vergabeverfahren entstehen soll und insbesondere nicht in solchen Verfahren, die ohne eine Vergabebekanntmachung durchgeführt werden dürfen, so die Naumburger Richter.

Rüge planwidrig versäumt

Gleiches gilt für die angeordneten Rechtsfolgen der Unzulässigkeit der Geltendmachung einer nicht innerhalb der absoluten Rügeausschlussfrist gegenüber dem Auftraggeber erhobenen Rüge in einem Nachprüfungsverfahren sowie der materiellen Präklusion des die Obliegenheit verletzenden Bieters mit dieser Rüge. Für den

sachsen-anhaltischen Vergabese-nat ist es daher offensichtlich, dass bei der Abfassung der Vorschrift planwidrig versäumt wurde, für diese nur ausnahmsweise zulässige Vergabeart eine alternative Bestimmung der Rügeausschlussfrist zu formulieren.

Insbesondere nach dem Zweck der Norm steht den beiden in § 107 Absatz 3 Satz 1 Nr. 3 GWB genannten Ausschlussfristen in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung diejenige Frist gleich, die als Ausschlussfrist für die Einreichung entweder der Eingangsangebote oder als Ausschlussfrist für die Einreichung fehlender Unterlagen in den Vergabeunterlagen des Verhandlungsverfahrens benannt wurden.

> HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Rödl & Partner in Nürnberg.

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

Auf der e-Vergabepattform 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 1.675 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85% Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung