

# Vergaberechtliche Rahmenbedingungen für Contracting

**Fachkongress für kommunale Entscheidungsträger**

**Hannover, 27.11.2006**

# Vergaberecht

---

Referent

Wolfgang E. Trautner

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

SNP SCHLAWIEN NAAB PARTNERSCHAFT

Büro: Frankfurt am Main

Darmstädter Landstraße 184

60598 Frankfurt am Main

☎ 069/968 737 - 10 / Fax: 069/968 737 - 50

e-mail: [wolfgang.trautner@schlawien-naab.de](mailto:wolfgang.trautner@schlawien-naab.de)

Internet: [www.schlawien-naab.de](http://www.schlawien-naab.de)

---

## SNP – Partnerschaft



Die Partnerschaft Schlawien - Naab, bestehend aus rund 45 Rechtsanwälten, Notaren, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, unterstützt qualifiziert und spezialisiert ihre Mandanten in allen Fragen des Wirtschafts- und Steuerrechts und übernimmt notwendige Prozessvertretungen. Mit der kontinuierlichen Weiterentwicklung der traditionellen Rechtsgebiete und der Erschließung neu entstehender Tätigkeitsfelder bietet Schlawien Naab eine umfassende, zukunftsgerichtete Beratung an.

## Referenzen ...

---

... für Energieeinspar-Contracting

- Leitfaden Energiespar-Contracting des BMVBW 2003 (3. Auflage) – Vergabeunterlagen und Vertragstext
  - Leitfaden Hessen (HUMLF), 1. Auflage 1998 und 2. Auflage 2003 - Vergabeunterlagen und Vertragstext
  - Rechtliche Beratung bei verschiedenen Gebäudepools
  - Rechtliche Beratung von öffentlichen Auftraggebern
  - Vertretung von Bietern und Auftraggebern in Nachprüfungsverfahren
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Zweiteilung des deutschen Vergaberechts

---

Das deutsche Vergaberecht besteht aus einem komplizierten Geflecht aus EU-rechtlich verankerten Vorschriften des Wettbewerbsrechts und Haushaltsvorschriften.

Es wendet verschiedene Regeln an auf

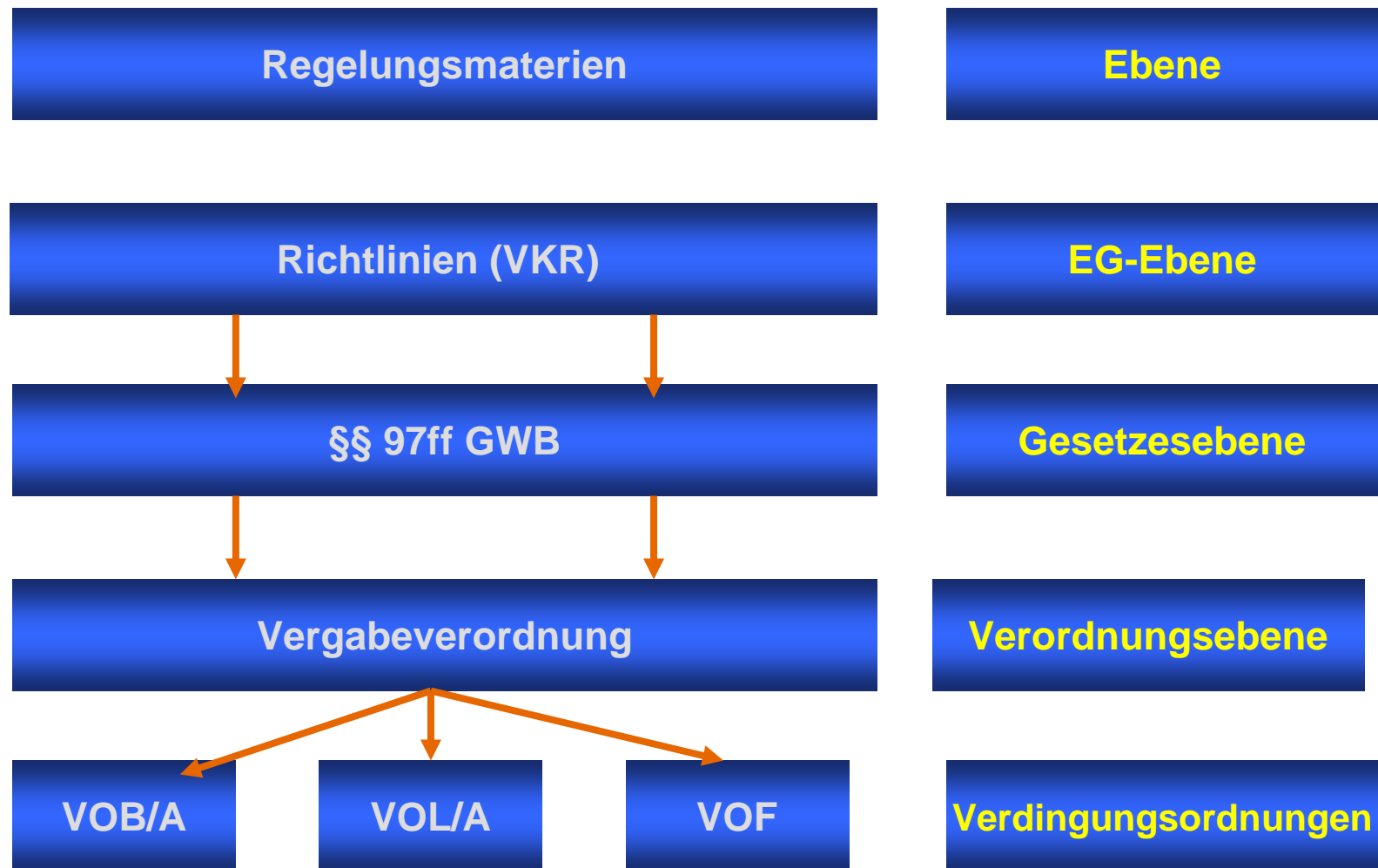
- Aufträge, welche die EU-Schwellenwerte übersteigen
  - Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte und außerhalb des Anwendungsfeldes des EU-Vergaberechts
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Schwellenwerte (seit 01.11.2006)

	Baufträge	Liefer- aufträge	Dienstleistungs- aufträge
Öffentliche Auftraggeber	5.278.000 Euro	211.000 Euro	211.000 Euro
Sektoren- auftraggeber	5.278.000 Euro	422.000 Euro	422.000 Euro
Oberste Bundes- behörden	5.278.000 Euro	137.000 Euro	137.000 Euro

# Grundlagen des Vergaberechts – Übersicht über die Regelungsmaterien oberhalb der Schwellenwerte



# Grundlagen des Vergaberechts

## Schwellenwert überschritten

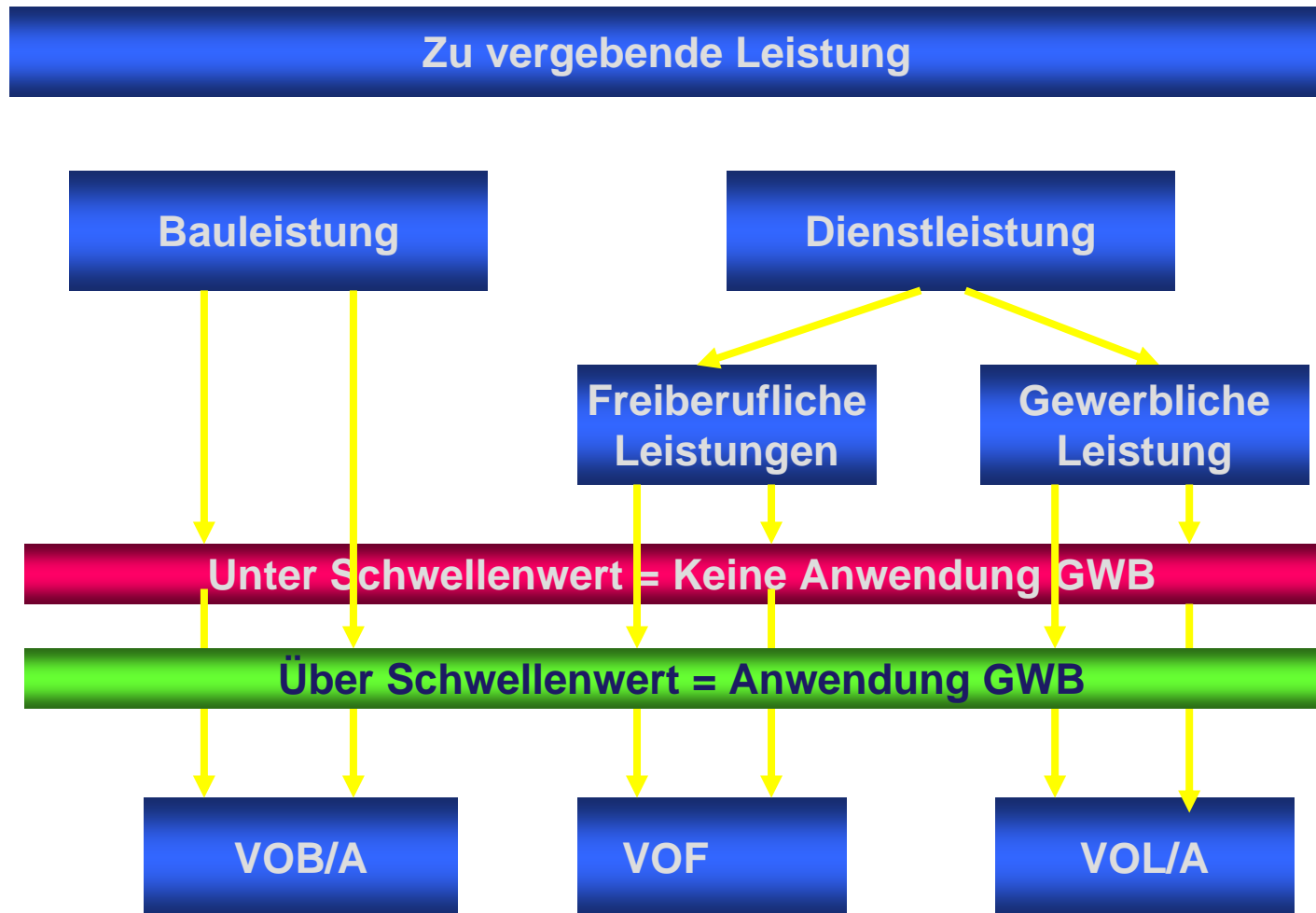
### Haushaltsvorschriften des Bundes, der Länder, der Gemeinden (§§ 55 HGrG, BHO, LHO)



Daneben gelten eine Fülle weiterer Vorschriften,  
die von Land zu Land unterschiedlich sein können

# Richtige Vergabe von öffentlichen Aufträgen

## Schritt 3: Richtige Einordnung = Welche Verdingungsordnung?



# Grundlagen des Vergaberechts

## Öffentlicher Auftrag, § 99 GWB

---

- § 99 Abs. 1 GWB:  
Öffentlicher Auftrag = **entgeltliche Verträge** zwischen einem **öffentlichen Auftraggeber** und Unternehmen, die zum Gegenstand haben:
    - § 99 Abs. 2 GWB: Lieferaufträge
    - § 99 Abs. 3 GWB: Bauaufträge
    - § 99 Abs. 4 GWB: Dienstleistungsaufträge = Verträge, die nicht unter Abs. 2 und Abs. 3 fallen und keine Auslobung sind
- = auch verwaltungsrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge unterfallen § 99 GWB
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Öffentlicher Auftrag, § 99 GWB

---

- § 99 Abs. 6 GWB:
    - Auch Dienstleistung,
      - ☒ ... wenn Dienstleistung und Lieferung gemeinsam vergeben werden, aber der Wert der Dienstleistung den Wert der Waren übersteigt
  
      - ☒ ... wenn Dienstleistungen und Bauleistungen gemeinsam vergeben werden, aber die Bauleistungen im Verhältnis zu Hauptgegenstand nur Nebenarbeiten sind.
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Öffentlicher Auftrag, § 99 GWB

---

- Ungelöst – durch § 99 Abs. 6 GWB:
    - ☒ ... wenn Liefer- und Bauleistungen zusammen vergeben werden, z.B. Energieliefer-Contracting
    - ☒ ... nach sog. „Schwerpunkttheorie“ (vgl. Aufsatz: Otting, CuR 2006, S. 83 – 88)
    - ☒ = eine am objektiven Maßstab auszurichtende wertende Betrachtung, wo der wirtschaftliche oder rechtliche Schwerpunkt des Vertrags liegt
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Öffentlicher Auftrag, § 99 GWB

---



### Kriterien

- Vergütungsstruktur
  - Vertragliche Leistungspflicht
  - Endschaftsregelungen
  - Wertmäßiger Schwerpunkt
  - Risikoverteilung
-

## Schwellenwert überschritten?

---

- Bauleistungen:  
§ 3 Abs. 1 VgV: Wert der Gesamtleistung  
Bei Einspar-Contracting: Summe der garantierten Einsparung
  - Lieferaufträge - mit mehr als 12 Monaten Laufzeit:  
§ 3 Abs. 3 Satz 2 VgV: Gesamtwert einschließlich geschätztem Restwert
  - Dienstleistungsaufträge – mit Laufzeit von mehr 12 Monaten:  
Keine Regelung in § 3 VgV, aber durch Auslegung -  
Monatsbetrag x 48
-

# Grundlagen des Vergaberechts

## Vergabearten

---

### Nationale Verfahren

Öffentliche Ausschreibung

Beschränkte Ausschreibung

Freihändige Vergabe

### Eu-Weite Verfahren

Offenes Verfahren

Nichtoffenes Verfahren

Verhandlungsverfahren

Seit 08.09.2005:  
Wettbewerblicher Dialog

---

## Wahl der Vergabeart

### Rangfolge bei öffentlicher Ausschreibung nach VOB/A

#### Öffentliche Ausschreibung

- öffentliche Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen, Angebote einzureichen (§ 3 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A [§101 Abs. 2 GWB])

#### Beschränkte Ausschreibung

- - ggf. mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb –
- Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen, Angebote einzureichen (§ 3 Nr. 1 Abs. 2, Nr. 3 VOB/A [§101 Abs. 3 GWB])

#### Freihändige Vergabe

- - ggf. mit Öffentlichem Teilnahmewettbewerb –
- kein förmliches Verfahren (§3 Nr. 1 Abs. 3, Nr. 4 VOB/A [§101 Abs. 4 GWB])

## Wahl der Vergabeart

---

Grundsatz:

### Öffentliche Ausschreibung nach § 3 Nr. 2 VOB/A

- soweit nicht die Natur des Geschäfts/Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen

Ausnahme:

§ 3 Nr. 1 VOB-SKR bzw. VOL-SKR

Freie Wahl der Vergabeart, wenn Abschnitt 4 VOL/A bzw. VOB/A anwendbar ist.

---

## Wahl der Vergabeart

---

**Beschränkte Ausschreibung nach § 3 Nr. 3 VOB/ A**  
ist in folgenden Fällen zulässig:

- Nur beschränkter Kreis von Unternehmen erfüllt die außer gewöhnlichen Eignungsanforderungen bei speziellen Leistungen.
  - Öffentliche Ausschreibung würde unverhältnismäßigen Aufwand verursachen.
  - Öffentliche Ausschreibung hat kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt.
  - Andere Gründe (z.B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) führen zur Unzweckmäßigkeit.
-

## Wahl der Vergabeart

---

### Freihändige Vergabe nach § 3 Nr. 4 VOB/A

ist in folgenden Fällen zulässig (Auswahl):

- a) Für die Leistung kommt nur ein Unternehmen in Betracht.
  - b) Keine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung möglich.
  - d) Besondere Dringlichkeit
  - e) Erneute Ausschreibung verspricht – nach Aufhebung einer Ausschreibung – kein wirtschaftliches Ergebnis.
-

## Wahl der Vergabeart

---

### Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung nach § 3a Nr.4 c VOB/A

- Zulässigkeit wie bei freihändiger Vergabe
  - AG kann das Verfahren im wesentlichen frei gestalten
  - öffentliche Vergabebekanntmachung vorgeschrieben
  - Verhandlungen mit mindestens 3 Bewerbern (wenn vorhanden)
-

## Wahl der Vergabeart

### Wettbewerblicher Dialog als geeignete neue Vergabeart?

---

#### Wettbewerblicher Dialog nach § 6a VgV (2005)

- neues 4. Verfahren
  - für besonders komplexe Vorhaben
  - bei objektiver Unmöglichkeit der Beschreibung der technischen Mittel oder rechtlichen oder finanziellen Bedingungen
  - wenn offenes oder nichtoffenes Verfahren nicht möglich
  - einzig zulässiges Vergabekriterium: „wirtschaftlich günstigstes Angebot“
-

## Wahl der Vergabeart

### Wettbewerblicher Dialog als geeignete neue Vergabeart?

---

- Das Vergabeverfahren beginnt mit einer europaweiten Bekanntmachung, die einer (vereinfachten) funktionalen Ausschreibung ähnelt.
  - Es kann mit einer Vielzahl von Unternehmen in mehreren Phasen verhandelt werden. Mit den Bietern wird eine Lösung (= endgültige Leistungsbeschreibung) formuliert, auf die jetzt die Unternehmen verbindliche Angebote abgeben können.
  - Der Auftrag ist an dasjenige Unternehmen zu vergeben, das das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.
-

Wahl der Vergabeart

Wettbewerblicher Dialog als geeignete neue Vergabeart?

---

Bekanntmachung

Dialogphase 1

Dialogphase 2

Ausschreibungsphase

Zuschlag

„cherry picking“ ?

## Wahl der Vergabeart Wettbewerblicher Dialog als geeignete neue Vergabeart?

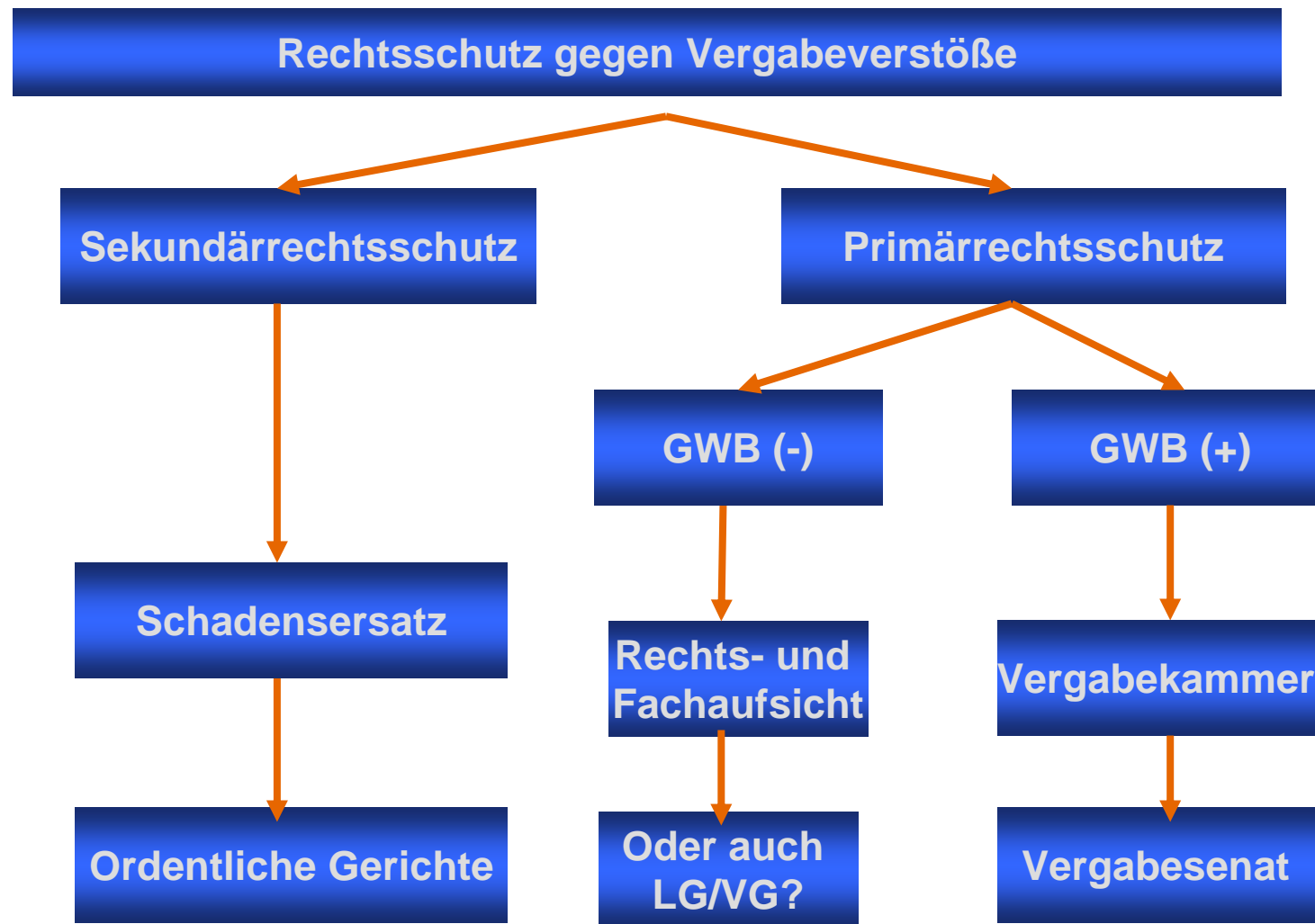
---

Ja!

... insbesondere wenn das eigentliche Contracting mit weiteren Leistungen verzahnt ist.

---

# Rechtsschutz im Vergabeverfahren Überblick



## Aufträge unterhalb Schwellenwert – Rechtsschutz?

- Ja – beim Verwaltungsgericht
  - OVG NRW, Beschluss vom 20.09.2006, 15 E 1188/05 (Zweistufentheorie)
  - OVG NRW, Beschluss vom 04.05.2006, 15 B 692/06
  - OVG Sachsen, Beschluss vom 13.04.2006, 2 E 270/05
  - OVG Rheinland-Pfalz, IBR 2005, 386
  
- Ja – ohne ausdrückliche Entscheidung
  - VG Frankfurt
  
- Ja – beim Zivilgericht
  - OVG Niedersachsen, Beschluss vom 26.07.2006, 7 OB 65/06: keine öff.-rechtl. Streitigkeit

## Aufträge unterhalb Schwellenwert – Rechtsschutz?

- **Nein** – Nicht beim Verwaltungsgericht (und auch sonst nicht)
  - OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.07.2006, 1 L 59/06
  - VG Karlsruhe, Beschluss vom 14.06.2006, 8 K 1437/06
- **BVerfG** – Beschluss vom 13.06.2006
  - Nichterstreckung des Rechtsschutzes vor den Vergabekammern auf Aufträge unterhalb Schwellenwert ist verfassungsgemäß
  - keine abschließende Aussage, ob Verwaltungsgerichte nicht doch zuständig sind

## Änderungen durch die VOB/A 2006 - Im einzelnen:

- § 3a Nr. 4 VOB/A:  
Neu: Wettbewerblicher Dialog
  
- § 3a Nr. 7 VOB/A:  
Neu: Zum Verhandlungsverfahren
  - Nr. 7 Abs. 1: keine diskriminierende Informationsweitergabe
  - Nr. 7 Abs. 2: Sukzessive Verringerung der Teilnehmerzahl
  
- § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A:  
Neu: Eignungsnachweis auch über Präqualifikationsverzeichnis

## Änderungen durch die VOB/A 2006 - Im einzelnen:

- § 8a VOB/A:  
umfangreiche Änderungen im Hinblick auf  
Eignungsnachweise
- § 8a Nr. 4 VOB/A:  
Bei Festlegung der Bewerberzahl im Verhandlungsverfahren  
und Wettbew. Dialog berücksichtigen, dass Wettbewerb  
zustande kommt
- § 8a Nr. 6 VOB/A:  
sukzessive Begrenzung der Teilnehmerzahl setzt  
Bekanntgabe der Kriterien sowie Mindest- und Höchstzahlen  
voraus

## Änderungen durch die VOB/A 2006 - Im einzelnen:

- § 8a Nr. 9 VOB/A:  
Beteiligung von Projektanten an der Ausschreibung:  
Wettbewerb darf nicht verfälscht werden
- § 8a Nr. 10 VOB/A:  
Zugriff auf Fähigkeiten auch anderer Unternehmen zum  
Nachweis der eigenen Eignung
- § 8a Nr. 11 VOB/A:  
AG kann zusätzlich Angaben über Umweltmanagement-  
verfahren bei der Auftragsausführung verlangen (EMAS) und  
Nachweise über die Erfüllung von Qualitätssicherungs-  
normen verlangen

## Änderungen durch die VOB/A 2006 - Im einzelnen:

- § 10a VOB/A:  
Anpassungen des Inhalts der Vergabeunterlagen, z.B.
  - lit a): Gewichtung der Wertungskriterien
  - lit d): Reduzierung der Teilnehmerzahl
  - lit f): Nennung von Mindestanforderungen für Nebenangebote
  - lit g): Termin/Ort der Konsultationsphase im Wettbewerblichen Dialog

## Änderungen durch die VOB/A 2006 - Im einzelnen:

- § 18a VOB/A  
Kürzere Fristen bei elektronischer Bekanntmachung über Internetportal des Amtes für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften (<http://simap.eu.int>) oder sonst elektronischer Übermittlung
- § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/A:  
Schriftliche Angebote sind immer zuzulassen ...
- Aber: § 21a VOB/A  
... nur bei Aufträgen unterhalb Schwellenwert

## „Inkrafttreten“ der Änderungen

- Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeordnung vom 23. Oktober 2006, BGBl. I, 2334 – 2335
- Inkrafttreten am 01.11.2006
- Änderungen:
  - Neue Schwellenwerte
  - Anwendung der Neufassungen der VOB/A, VOL/A und VOF für Aufträge oberhalb Schwellenwert
  - Redaktionelle Anpassungen

## Pflicht zur Anwendung der neuen Vergabe/Verdingungsordnungen

... unterhalb Schwellenwerten:

- **Länderebene:**
  - Länder mit „dynamischen“ Verweisungen, wie z.B. Sachsen nach § 1 SächsVergabeDVO
  - oder Hessen:  
nach 38./39. Bekanntmachung zu § 30 GemHVO  
Abschnitte 1 der VOL/A VOB/A gelten seit Bekanntmachung
  - Länder mit statischen Verweisungen: ist noch ein Erlass bzw. Änderung im Vergabegesetz erforderlich
  
- **Bund:** Erlass für Einführung der VOB/A im Bund;  
VOL/A – ist den einzelnen Ressorts vorbehalten

Vielen Dank !

Wolfgang E. Trautner

SNP Kompetenzteam Bau- und Immobilienrecht

S·N·P | SCHLAWIEN · NAAB  
PARTNERSCHAFT

Frankfurt am Main

München

Düsseldorf

Berlin

Leipzig

Mailand