

Vorwort

In Deutschland werden von Seiten der öffentlichen Hand jährlich Waren und Dienstleistungen im Wert von fast 350 Milliarden Euro beschafft. Die Vergabe von Öffentlichen Aufträgen erfolgt nach den Regeln des Vergaberechts. Dieses basiert in Deutschland auf dem Haushaltsrecht. Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte muss der öffentliche Auftraggeber europaweit ausschreiben und unterliegt damit dem europäischen Vergaberecht.

Für viele regionale Unternehmen sind öffentliche Aufträge von sehr wichtiger, für manche sogar von existentieller Bedeutung. Nach dem Wettbewerbsgrundsatz und dem Gleichbehandlungsgrundsatz dürfen ortsansässige Bieter bei der Vergabe von Aufträgen nicht bevorzugt werden, allerdings kommt der Mittelstandsförderung im deutschen Vergaberecht eine sehr wichtige Bedeutung zu. So müssen größere Beschaffungsvorhaben in Fach- oder Teillose aufgeteilt werden. Darüber hinaus gibt es im Ausschreibungsverfahren mehrere Ansatzpunkte für die Förderung des Mittelstands, von der Wahl der Verfahrensart über das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers bis zu den Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Der vorliegende Leitfaden soll Vergabestellen für die mittelstandsfreundliche Auftragsvergabe sensibilisieren und aufzeigen, wie im Rahmen des vergaberechtlich Möglichen die regionalen und mittelständischen Unternehmen an Ausschreibungsverfahren beteiligt werden können. Neben einer allgemeinen Behandlung der Mittelstandsförderung im Vergaberecht geht der Leitfaden in einzelnen Fachbeiträgen auf die branchenspezifischen Besonderheiten ein.

Wir wünschen Ihnen interessante Anregungen für Ihre anstehenden Auftragsvergaben.



Dr. Manfred Bitter

Hauptgeschäftsführer
HWK Trier



Dr. Jan Glockauer

Hauptgeschäftsführer
IHK Trier

Inhalt

A. Einführung in das Vergaberecht (Dagmar Lübeck)	S. 3-10
B. Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht (Tobias Oest)	S. 11-18
C. Branchenspezifische Betrachtung der Mittelstandsförderung im Vergaberecht	
Mittelstandsförderung bei Bauvergaben (Dr. Berthold Kohl)	S. 19-22
Mittelstandsförderung bei der Vergabe von Ingenieur- und Architektenleistungen (Michael Wiesner)	S. 23-26
Mittelstandsförderung bei der Beschaffung von (Schul-)Büchern (Oliver Hattig)	S. 27-31
Mittelstandsförderung bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen (Rudolf Kalenberg)	S. 32-34

A. Einführung in das Vergaberecht

1. Rechtliche Grundlagen

Die Vergabe von Öffentlichen Aufträgen erfolgt nach den Regeln des Vergaberechts. Unterschieden wird zwischen dem nationalen Vergaberecht (Haushaltsrecht)

und dem europäischen Vergaberecht (EU-Wettbewerbsrecht).

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte muss der öffentliche Auftraggeber europaweit ausschreiben. Bei der Berechnung des Auftragswertes ist die Netto-Gesamtvergütung für die gesamte Vertragslaufzeit zu ermitteln.

Übersicht: EU-Schwellenwerte

	Bauleistungen	Liefer- und Dienstleistungen		
Auftraggeber	Allgemein, Regierungen und Sektoren	Allgemein	Regierungen	Sektoren
Schwellenwert	5.225.000 Euro	209.000 Euro	135.000 Euro	418.000 Euro

Das deutsche Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte basiert auf der Umsetzung der drei EU-Vergaberichtlinien von 2014: Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe, Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste, Richtlinie 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) regelt in seinem 4. Teil die Vergabe öffentlicher Aufträge ab Erreichen der EU-Schwellenwerte. Es wird durch mehrere Rechtsverordnungen ergänzt, die in einer Mantelverordnung (Verordnung zur Modernisierung des

Vergaberechts) zusammengefasst sind. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Verordnungen:

- Vergabeverordnung (VgV) in Artikel 1, in der die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber näher ausgestaltet wird (sog. „klassische Auftragsvergabe“)
- Sektorenverordnung (SektVO) in Artikel 2, die für Vergaben von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung durch Sektorauftraggeber Regelungen trifft

- Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) in Artikel 3, die umfassende Bestimmungen für Bau- und Dienstleistungskonzessionen enthält
- Vergabestatistikverordnung (VergStatVO) in Artikel 4, mit der eine Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen geregelt wird

Für den Baubereich gilt bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, Abschnitt 2 (Ausgabe 2016). Die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungen und freiberuflichen Leistungen ab Erreichen der EU-Schwellenwerte ist über das GWB und die VgV geregelt.

Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte findet traditionell Haushaltsrecht Anwendung. Über entsprechende Verweise in der Bundeshaushaltsordnung sowie in den Landeshaushaltsverordnungen finden die 1. Abschnitte der Vergabe- und Vertragsordnungen für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen Anwendung:

- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A, Abschnitt 1, (VOB/A)
- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A, Abschnitt 1 (VOL/A)

Die Rechtsgrundlagen zum deutschen Vergaberecht sind hier zu finden: <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>

Darüber hinaus existieren in jedem Bundesland landesrechtliche Regelungen in Form von Landesvergabegesetzen oder Verwaltungsvorschriften. In Rheinland-Pfalz gibt es eine Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen“ vom 24. April 2014. Die Verwaltungsvorschrift ist hier zu finden: <http://www.mwkel.rlp.de> > Themen > Wirtschafts- und Innovationspolitik > Wettbewerbspolitik > Vergaberecht > nationale Vergabeverfahren.

2. Öffentliche Auftraggeber

Es gibt eine Vielzahl öffentlicher Beschaffungsstellen aller Größenordnungen. Bei Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte spricht man von einem institutionellen Auftraggeberbegriff. Dieser richtet sich an diejenigen Auftraggeber, die nach dem Haushaltsrecht das Vergaberecht anwenden müssen. Darunter fallen Bundes-, Landes- und kommunale Behörden. Bei Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte wird ein funktionaler Auftraggeberbegriff zugrunde gelegt. Neben den Gebietskörperschaften werden hier auch juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts einbezogen, die zu dem besonderen

Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

3. Vergabegrundsätze

Vorrangiges Ziel des Vergaberechts ist es, durch die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln den Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand zu decken. Durch die Gebote der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz soll es einen fairen Wettbewerb zwischen den bietenden Unternehmen sicherstellen und Korruption und Vetternwirtschaft wirksam verhindern. Durch die Einbeziehung von nachhaltigen, insbesondere umweltbezogenen, sozialen und innovativen Kriterien kann die Vergabe öffentlicher Aufträge auch der Verwirklichung strategischer Politikziele dienen.

Öffentliche Auftraggeber müssen bei der Vergabe von Aufträgen folgende Vergabegrundsätze beachten.

- Wettbewerbsgrundsatz:
Öffentliche Aufträge sollen im Wettbewerb vergeben werden, so dass sich möglichst viele Unternehmen an einem Vergabeverfahren beteiligen können.
- Transparenzgrundsatz:
Auftraggeber müssen ihren Veröffentlichungspflichten nachkommen, damit Unternehmen

von den Ausschreibungen erfahren. Außerdem muss das Vergabeverfahren für die beteiligten Unternehmen nachvollziehbar ablaufen.

- Gleichbehandlungsgrundsatz:
Alle Unternehmen müssen den gleichen Zugang zu öffentlichen Ausschreibungen haben.
- Wirtschaftlichkeitsgrundsatz:
Öffentliche Auftraggeber sind zum sparsamen Umgang mit öffentlichen Geldern verpflichtet. Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot.

4. Vergabearten

Das EU-Vergaberecht und das nationale Vergaberecht sehen im Wesentlichen drei unterschiedliche Vergabearten vor. Sie unterscheiden sich durch ihre Bezeichnung, inhaltlich stimmen sie jedoch in weiten Teilen überein. Die Begriffe in Klammern kennzeichnen die Verfahrensarten nach dem EU-Vergaberecht.

4.1 Öffentliche Ausschreibung (Offenes Verfahren)

Die öffentliche Ausschreibung bzw. das offene Verfahren ist das Verfahren, das grundsätzlich anzuwenden ist, weil es den größtmöglichen Wettbewerb gewährleistet. Mittels einer öffentlichen Bekanntmachung teilt der Auftraggeber mit, dass er

beabsichtigt, eine bestimmte Leistung zu vergeben. Die Bekanntmachung enthält alle wesentlichen Informationen: Art und Umfang der zu beschaffenden Leistung, Ausführungsfrist, Adresse des Auftraggebers, Modalitäten der Anforderung der Angebotsunterlagen, Angebotsfrist, etc.

In begründeten Ausnahmefällen kann der Auftraggeber von der öffentlichen Ausschreibung bzw. vom offenen Verfahren abweichen und den Kreis potentieller Bieter einschränken. Um einen Missbrauch zu vermeiden, ist der Auftraggeber dazu verpflichtet, die Nichtanwendung des offenen Verfahrens zu begründen und im Vergabevermerk zu dokumentieren.

4.2 Beschränkte Ausschreibung (Nicht offenes Verfahren)

Die beschränkte Ausschreibung bzw. das nicht offene Verfahren sieht vor, dass von vornherein nur ein beschränkter Kreis von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Die beschränkte Ausschreibung ist u. a. zulässig, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Eignung erforderlich ist. Bei beschränkten Ausschreibungen wird in der Regel ein sogenannter öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchgeführt. Dabei handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren. Auf der ersten Stufe müssen

die interessierten Unternehmen mit dem Teilnahmeantrag zunächst die geforderten Kriterien erfüllen und die verlangten Nachweise einreichen. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wählt der Auftraggeber im zweiten Schritt eine Anzahl von geeignetem Unternehmen aus, die dann die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erhalten und ein Angebot abgeben können. Diese Unternehmen müssen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien ausgewählt werden. Die Zahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Bewerber soll mindestens drei betragen, im europaweiten Verfahren mindestens fünf.

Im europaweiten Vergabeverfahren hat der Auftraggeber nach § 119 GWB die freie Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren. Das nicht offene Verfahren erfordert stets einen Teilnahmewettbewerb.

4.3 Freihändige Vergabe (Verhandlungsverfahren)

Bei der freihändigen Vergabe wendet sich der Auftraggeber an mehrere ausgewählte Unternehmen, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Dieses Verfahren erfolgt entweder mit oder ohne Teilnahmewettbewerb. Bei der freihändigen Vergabe muss der Auftraggeber mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern. Eine freihändige Vergabe ist u. a. zulässig bei

geringfügigen Nachbestellungen im Anschluss an einen bestehenden Vertrag (maximal 20% vom Wert der ursprünglichen Leistung) oder bei der Lieferung von Ersatzteilen oder Zubehörstücken zu Maschinen und Geräten.

Neben den geregelten Ausnahmetatbeständen für beschränkte und freihändige Vergaben gibt es Wertgrenzen, bis zu denen ohne weitere Einzelbegründung vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung abgewichen werden darf.

Wertgrenzen nach der VOB/A

Für Bauausschreibungen sind die Wertgrenzen in der VOB/A festgelegt.

Beschränkte Ausschreibungen können erfolgen

- bis 50.000 Euro netto für Ausbauwerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau und Straßenausstattung,
- bis 150.000 Euro netto für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau,
- bis 100.000 Euro netto für alle übrigen Gewerke

Eine freihändige Vergabe kann für Bauausschreibungen bis zu einem Auftragswert von 10.000 Euro netto erfolgen.

Wertgrenzen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge

Die Wertgrenzen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind auf Bundesebene festgelegt.

In Rheinland-Pfalz gelten folgende Wertgrenzen:

- freihändige Vergabe bis 20.000 Euro netto
- beschränkte Ausschreibung bis 40.000 Euro netto

Eine Übersicht der Wertgrenzen in den einzelnen Bundesländern kann hier abgerufen werden: <http://www.abst.de> > Info und Rat > Wertgrenzen.

Transparenzpflichten

Nach erfolgten beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb muss der öffentliche Auftraggeber im Internet über den vergebenen Auftrag informieren, es ist u. a. der Name des beauftragten Unternehmens zu nennen.

4.4 Direktkauf

Aufträge im Liefer- und Dienstleistungsbereich können bis zu einem Auftragswert von 500 Euro netto ohne Vergabeverfahren als sogenannter Direktkauf vorgenommen werden. Allerdings sind die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

5. Veröffentlichung

Ab Erreichen der EU-Schwellenwerte müssen alle Ausschreibungsbekanntmachungen zentral in der TED-Datenbank (Tenders Electronic Daily, <http://ted.europa.eu>) veröffentlicht werden. Die Ausschreibungsbekanntmachungen werden über das Internetportal <http://simap.ted.europa.eu> elektronisch eingegeben und an das Amt für Veröffentlichungen der EU übermittelt. Zur Information der regionalen Unternehmen ist es möglich, eine europaweite Ausschreibung auch national zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung in einem nationalen Medium darf erst nach der Veröffentlichung durch das Amt für Veröffentlichungen der EU erfolgen oder 48 Stunden nach der Bestätigung über den Eingang der Bekanntmachung durch das Amt für Veröffentlichungen der EU. Außerdem darf die Veröffentlichung nur Angaben enthalten, die in den an das Amt für Veröffentlichungen der EU übermittelten Bekanntmachungen enthalten sind. In der nationalen Bekanntmachung ist der Tag der Übermittlung an das Amt für Veröffentlichungen der EU anzugeben.

Ausschreibungen unterhalb der EU-Schwellenwerte werden in Deutschland in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften oder Internetportalen veröffentlicht. Bekanntmachungen in Internetportalen müssen

zentral über die Suchfunktion des Internetportals <http://www.bund.de> ermittelt werden können.

Ausschreibungen der rheinland-pfälzischen Landesbehörden, des Landesbetriebs Liegenschafts- und Baubetreuung (LBB) und des Landesbetriebs Mobilität Rheinland-Pfalz (LBM) werden auf dem Vergabemarktplatz Rheinland-Pfalz veröffentlicht: <http://www.vergabe.rlp.de>

Das Auftragsberatungscentre Rheinland-Pfalz bietet einen Recherchedienst für öffentliche Ausschreibungen an. Auftraggeber können ihre Ausschreibungsbekanntmachungen an das Auftragsberatungscentre zur Veröffentlichung übermitteln.

Bei der Wahl des Ausschreibungsmediums, z.B. eine regionale Tageszeitung, darf die vergebende Stelle nicht bewusst den Wettbewerb zugunsten der regionalen Bieter einschränken.

6. Übersicht zum Ablauf eines Vergabeverfahrens

Der Ablauf eines Vergabeverfahrens kann wie folgt skizziert werden:

- Bedarfsermittlung
- Sicherung der Finanzierung
- Erstellung der Angebotsunterlagen
- Auswahl der Verfahrensart
- Veröffentlichung

- Versenden der Angebotsunterlagen an interessierte Bieter
- Prüfung und Wertung der Angebote
- Zuschlag und Vertragsabschluss

Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt in vier Stufen:

1. formale Prüfung: Ausschluss von Angeboten, die nicht den Formalitäten entsprechen, z.B. nicht fristgerecht eingegangen, fehlende Unterschrift
2. Eignungsprüfung nach den Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue
3. Prüfung der Angemessenheit des Preises
4. Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots entsprechend der zugrunde gelegten Zuschlagskriterien

7. Informationspflichten an nicht berücksichtigte Bieter

Die Vergabestelle muss die nicht berücksichtigten Bieter über den Ausgang des Vergabeverfahrens informieren.

Bei Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwellenwerte ist die Vorab-Informationspflicht nach § 134 GWB zu beachten. Darin informiert der Auftrag-

geber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über

- den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll,
- die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots,
- den frühesten Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden (sogenannte Stillhalte-Frist). Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf zehn Kalendertage. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber.

Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber bei europaweiten und nationalen Ausschreibungsverfahren den nicht berücksichtigten Bietern unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang eines Antrags, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters mitteilen. Nicht berücksichtigten Bewerbern werden die Gründe für die Nichtberücksichtigung mitgeteilt.

Im europaweiten Verfahren muss der öffentliche Auftraggeber spätestens 30 Tage nach der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine Vergabebekanntmachung

mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens an das Amt für Veröffentlichungen der EU übermitteln.

Autorin: Dagmar Lübeck, IHK/HWK-Auftragsberatungscentre Rheinland-Pfalz
www.eic-trier.de

Tel.: 0651-97567-16

E-Mail: luebeck@eic-trier.de

8. Bieterschutz

Bieter, die meinen, im Vergabeverfahren zu Unrecht nicht berücksichtigt worden zu sein, haben die Möglichkeit, sich im Rahmen des Bieterschutzes zu wehren. Es wird unterschieden zwischen dem Bieterschutz oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Der Rechtsschutz oberhalb der EU-Schwellenwerte wird auch als Primärrechtsschutz bezeichnet. Dieser wird im Wesentlichen im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren verfolgt, das im GWB in den §§ 160 ff. geregelt ist. Die gesetzliche Regelung sieht einen zweistufigen Rechtsschutz vor und zwar in erster Instanz bei der zuständigen Vergabekammer und in zweiter Instanz beim Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichts.

Der Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte wird als Sekundärrechtsschutz bezeichnet. Dieser ist auf den Ersatz des Schadens ausgerichtet, indem der Bieter versucht, seine durch die Teilnahme am Vergabeverfahren gemachten Aufwendungen zurückzufordern. Der Sekundärrechtsschutz wird im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess verfolgt.



B. Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht

Ober- wie unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt der Vergabegrundsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen. Dieser verpflichtet alle Anwender des Vergaberechts, die Interessen der mittelständischen Unternehmen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen.

1. Gesetzliche Grundlage

Die Verpflichtung zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen ist eine unmittelbar gesetzlich verankerte Pflicht:

Oberhalb der Schwellenwerte ist diese in § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) festgelegt.

Unterhalb der Schwellenwerte verpflichten entsprechende Regelungen im ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) bzw. im ersten Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) sowie Mittelstandsförderungsgesetze und Vergabegesetze in allen Bundesländern die öffentlichen Auftraggeber zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen.

Nach § 97 Abs. 4 GWB sind mittelständische Interessen bei der

Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen

Nach § 7 des Mittelstandsförderungsgesetzes Rheinland-Pfalz ist die öffentliche Auftragsvergabe so zu gestalten, dass strukturelle Wettbewerbsnachteile der mittelständischen Wirtschaft ausgeglichen werden.

Die Verpflichtung des Auftraggebers, mittelständische Interessen bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, hat bieterschützenden Charakter. Daher kann jeder einzelne (potentielle) Bieter die Einhaltung des Grundsatzes auch mit Rechtsmitteln durchsetzen.

2. Begriff des Mittelstands

Mitunter kompliziert ist die Bestimmung des Mittelstandsbegriffes.

Nach wie vor fehlt eine einheitliche rechtliche Definition, was unter „Mittelstand“ bzw. unter mittelständischen Unternehmen zu verstehen ist.

Weder im nationalen Recht noch in den europarechtlichen Vorschriften, wo synonym oft der Begriff der KMU (= kleine und mittelständische Unternehmen) verwendet wird, finden sich entsprechende Bestimmungen.

Da die Mittelstandsklauseln einem verfahrensrechtlichen Ausgleich der strukturellen Schwächen mittelständischer Unternehmen dienen, ist der Schutzbereich der Bestimmungen auf strukturell schwächere Marktteilnehmer

und damit kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken.

Nach der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung ist der Mittelstandsbegriff nicht absolut, sondern relativ, bezogen auf einen relevanten Markt zu bestimmen, also den Markt, in dem die Beschaffung vorgenommen werden soll.

Entscheidend ist die Struktur des Beschaffungsmarktes, die Zahl der Marktteilnehmer sowie die Größe, deren Umsatz, Beschäftigungszahlen und Finanzkraft. Anhand dieser Kriterien ist zu ermitteln, bis zu welcher Größe in dem relevanten Markt Unternehmen noch als strukturell schwächere Marktteilnehmer anzusehen sind und ab welcher Größe Unternehmen bereits als Großunternehmen anzusehen sind.

In den Fachartikeln werden von den Autoren und Autorinnen zu den einzelnen Gewerbebezügen Anhaltspunkte zur Mittelstandsbestimmung gegeben.

Kleinstunternehmen

Eine Untergrenze, bei deren Unterschreiten Unternehmen sich auf die Nichtberücksichtigung mittelstandsschützender Vorschriften berufen können, gibt es nicht.

Aus dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass es neben Großunternehmen und mittelständischen Unternehmen noch eine dritte Gruppe von nicht geschützten Kleinstunternehmen gibt.

3. Wichtiges Instrument der Mittelstandsförderung: Die Loseilung

Den Mittelstandsklauseln gemeinsam ist die Verpflichtung der Auftraggeber zur losweisen Vergabe, so etwa in § 97 Abs. 4 GWB und in § 7 des Mittelstandsfördergesetzes Rheinland-Pfalz.

Das Prinzip der losweisen Vergabe gilt als das wichtigste Instrument zur Förderung des Mittelstandes. Lose nennt man kleinere Auftragseinheiten, in die umfangreiche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen aufgeteilt werden. Auf diese Weise wird der Wettbewerb auch für die einzelnen Lose eröffnet.

Hierdurch sollen kleine und mittelständische Unternehmen in die Lage versetzt werden, Angebote abzugeben, zu deren Durchführung die Unternehmen auch tatsächlich in der Lage sind.

Dabei steht das Gebot jedoch immer auch im Spannungsfeld zu dem Gebot der wirtschaftlichen Mittelverwendung, denn durch die Verteilung des Auftragsvolumens auf mehrere Aufträge geht zumeist ein Mehraufwand an Verwaltung und Leitung einher. Auch sind vielfach die Leistungen dann weniger rationell und damit teurer.

Systematisch liegt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor:

Die losweise Vergabe ist die Regel. Die nicht losweise Vergabe die Ausnahme.

In begründeten Fällen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe

eine Gesamtvergabe erfordern, darf der öffentliche Auftraggeber von dem Regelfall der Losvergabe absehen.

Der Auftraggeber hat zuvor die Interessen des Mittelstandes an einer losweisen Vergabe mit seinen eigenen Interessen einer wirtschaftlichen Vergabe abzuwägen. Erst wenn diese Abwägung eindeutig zugunsten einer Gesamtvergabe des Auftrags ausfällt, darf der öffentliche Auftraggeber von einer Losvergabe absehen. Dies ist nicht schon bei typischen Nachteilen jeder Losvergabe – wie etwa ein erhöhter Koordinierungsaufwand – gerechtfertigt. Eine Gesamtvergabe des Auftrags kann jedoch berechtigt sein, wenn die Losvergabe zu erheblichen Kostennachteilen oder einer beträchtlichen Verzögerung des Vorhabens führt.

Teillose

Quantitativ abgrenzbare Teilleistungen lassen sich als Teillose vergeben.

Fachlose

Qualitativ abgrenzbare Fachgebiete oder Leistungen aus abgrenzbaren Gewerbezweigen lassen sich als Fachlose vergeben.

Gelegentlich kompliziert ist die Frage, ob Teilausschnitte einer Tätigkeit ein eigenes Fachlos sind.

Nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung richtet sich die Frage, ob ein Teilabschnitt ein eigenes Fachlos bildet, nach der Marktüblichkeit.

Rückgriff genommen werden kann dabei auch auf gewerberechtliche Vorschriften und allgemeine oder regional übliche Abgrenzungen.

Dabei ist auch von Belang, ob sich für spezielle Arbeiten möglicherweise zwischenzeitlich ein eigener Markt herausgebildet hat.

Ein Leistungsabschnitt, der von Unternehmen mit einem anderen Kerngeschäft als Service oder Nebenleistung angeboten wird, stellt allerdings kein eigenes Fachlos dar.

Losgrößen

Die Aufteilung einer Leistung in Teillose führt aber nur dann zu einer Verbreiterung des Anbieterkreises, wenn die Losgrößen einerseits so groß sind, dass sie für mittelständische Unternehmen zu schaffen, andererseits aber nicht so klein, dass die Einzellöse uninteressant für die Unternehmen sind.

Grundsätzlich steht es jedem Auftraggeber frei, die auszuschreibende Leistung nach seinen individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in diesem von ihm selbst gesetzten Rahmen den Wettbewerb zu eröffnen.

Der Auftraggeber allein befindet darüber, welchen Umfang die zu vergebende Leistung haben soll und ob gegebenenfalls mehrere Leistungseinheiten gebildet werden, die gesondert vergeben und vertraglich abzuwickeln sind.

Der Auftraggeber kann daher grundsätzlich über den konkreten Zuschnitt von Losen entscheiden.

Diese Freiheit wird nur durch die Verpflichtung zur wirtschaftlichen Auftragsvergabe einerseits und der Verpflichtung zur Bildung von Teillosen andererseits, mit dem Ziel mittelständische Interessen zu berücksichtigen, eingeschränkt.

Dabei müssen die Lose nicht so zugeschnitten werden, dass tatsächlich jedes am Markt tätige Unternehmen sich darum auch bewerben kann, was auch praktisch nicht möglich wäre.

Die Losaufteilung muss nur dazu führen, dass sich mittelständische Unternehmen auch tatsächlich beteiligen können.

Ziel ist, dass geeignete mittelständische Unternehmen sich eigenständig bewerben können und nicht nur als Teil von Bietergemeinschaften die Leistung erbringen können.

Ausnahmen vom Gebot der losweisen Vergabe

Da die Vergabe einzelner Lose stets auch mit einem erhöhten Aufwand und regelmäßig auch mit höheren Kosten verbunden ist, stellt sich häufig die Frage, wann mehrere Lose zusammen vergeben werden dürfen.

Nach der Ausnahmenvorschrift des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB können mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden.

Voraussetzung hierzu ist, dass wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Daher hat ein Auftraggeber in der Regel abzuwägen, ob der Fach- oder Teillosvergabe ernsthafte wirtschaftliche oder technische Belange entgegenstehen. Denn eine Zerlegung des Auftrags in einzelne Teil- oder Fachlose muss immer dann ausscheiden, wenn die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele durch die Zerlegung nicht mehr zu erreichen sind.

Allerdings können nur solche Belange Berücksichtigung finden, die nur durch eine Gesamtvergabe zu erreichen sind.

Welche Qualität die Gründe, die gegen eine losweise Vergabe sprechen, im Einzelfall haben müssen, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt.

Die vergaberechtliche Rechtsprechung fordert, dass die gegen eine losweise Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein müssen, sondern überwiegen müssen.

In aller Regel genügen daher der mit einer Einzelvergabe allgemein verbundene höhere Koordinierungsaufwand bzw. ein höherer Aufwand bei der Sicherung von Gewährleistungsansprüchen für sich nicht, eine Gesamtvergabe zu rechtfertigen.

Denn bei diesen Nachteilen handelt es sich um typische Folgen einer Losvergabe, die nach dem Sinn und Zweck der Bestimmungen von dem Auftraggeber aus Gründen der Mittelstandsförderung in Kauf zu nehmen

sind und deshalb bei der Abwägung grundsätzlich unberücksichtigt bleiben müssen.

Problematisch ist allerdings die Frage, inwieweit Synergie-Effekte, die durch eine zusammenfassende Vergabe zu erwarten sind, Berücksichtigung finden können.

Dieser Punkt wird in Zukunft noch durch die Gerichte näher geklärt werden müssen.

4. Weitere Möglichkeiten der Berücksichtigung mittelständischer Interessen

Loslimitierung

Entscheidet sich ein Auftraggeber Teillose zu bilden, kann er darüber hinaus auch die Anzahl der Lose, die ein Bieter erhalten kann, limitieren.

Durch die Begrenzung der Anzahl der Lose, die ein Bieter erhalten kann, wird eine breite Streuung der Aufträge erreicht. Dies dient einerseits mittelständischen Interessen und hilft mittel- und langfristig, ein breites Anbieterspektrum sicherzustellen.

Zudem spricht für die Loslimitierung, dass die Auswirkungen des Ausfalls eines Auftragnehmers geringer werden.

Der Auftraggeber kann entweder eine Angebotslimitierung vornehmen, also von vornherein die Anzahl der Angebote, die ein Auftragnehmer abgeben kann, begrenzen oder er kann eine sogenannte Zuschlagslimitierung festlegen. Hierbei

kann ein Bieter zwar grundsätzlich auf alle Lose anbieten, die Anzahl der Lose, die auf einen Bieter entfallen können, wird aber durch den Auftraggeber begrenzt.

Ausschreibungsverfahren

Mittelständische Interessen können auch durch die Wahl des Ausschreibungsverfahrens berücksichtigt werden.

In der Praxis ist vielfach zu beobachten, dass es kleinen und mittelständischen Unternehmen schwer fällt, sich in mehrstufigen Verhandlungsverfahren durchzusetzen.

In aller Regel fehlt es diesen Unternehmen an der notwendigen Struktur, kurzfristig eigenständige Angebote zu erstellen, Konzepte zu erarbeiten und diese im Wettbewerb zu verteidigen und anzupassen.

In der Praxis kommen Ausschreibungen mit einem festen Leistungskatalog kleinen und mittelständischen Unternehmen entgegen, da diese dann zunächst nur die Preise für die Leistung kalkulieren müssen.

Nach Ansicht der Europäischen Kommission kann auch das Absehen von einer europaweiten Ausschreibung mittelstandsfördernd sein.

Es ist daher die Möglichkeit geschaffen worden, bei größeren Projekten einen bestimmten Prozentsatz nicht europaweit, sondern rein national auszuschreiben.

Überschreitet der geschätzte Nettoauftragswert eines Teillostes bei einem Liefer- und Dienstleistungsauftrag nicht

80.000 Euro, im Falle von Bauleistungen 1 Mio. Euro, so können Teillöse, die im Gesamten nicht mehr als 20 % der Gesamtnettoauftragssumme ausmachen, rein national ausgeschrieben werden.

Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Einen wesentlichen Anteil an der Frage, wer einen Auftrag überhaupt ausführen und an einem Wettbewerb überhaupt teilnehmen kann, hat die ausgeschriebene Leistung selbst.

Grundsätzlich kann ein öffentlicher Auftraggeber innerhalb der Grenzen der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze die Leistung frei bestimmen.

Gerade durch die Formulierung von Bedingungen der Leistungserbringung kann der Auftraggeber Einfluss auf den möglichen Bieterkreis nehmen.

So sind etwa maximale Transportzeiten von Nahrungsmitteln oder maximale Reaktionszeiten bei Störfällen u.ä. ein Kriterium, das ortsansässigen Unternehmen entgegenkommt, oder aber auch den Wettbewerb für eine größere Anzahl von Unternehmen öffnet.

In geeigneten Fällen lässt auch das Zulassen von Sondervorschlägen (Nebenangeboten) Unternehmen Raum, ein auf die eigenen Möglichkeiten der Leistungserbringung zugeschnittenes Angebot zu unterbreiten.

Eignungsanforderungen

Äußerst mittelstandsrelevant ist die Frage der Eignungsanforderungen.

Für die überwiegende Mehrzahl der kleineren und mittelständischen Unternehmen stellen zum Beispiel bestimmte Zertifizierungen eine Hürde dar, die sie oft nicht überwinden können.

Auftraggeber sollten daher weitestgehend auf Nachweise in Form von Zertifizierungen verzichten oder zumindest auf übliche Zertifizierungen zurückgreifen.

Vertragsbedingungen

Ein eher praktisches Problem für kleinere und mittelständische Unternehmen stellt oft die Stellung von Bürgschaften dar.

Da die Banken mehr und mehr dazu übergegangen sind, Bürgschaften zu 100 % in die Kreditlinie einzustellen, bedeutet die Verpflichtung, eine Bürgschaft zu stellen, für viele Unternehmen eine auch wirtschaftlich erhebliche Hürde.

Auftraggeber sollten daher immer wieder prüfen, ob eine Sicherheitsleistung überhaupt erforderlich ist oder ob auf die Forderung nach einer Sicherheitsleistung verzichtet werden kann.

Kooperationen

Häufig sind kleinere Unternehmen nicht in der Lage, alle Teile eines Auftrags auch selbst auszuführen.

Hier hilft es kleinen Unternehmen oft, wenn Subunternehmer eingesetzt werden können.

Veröffentlichung

Da kleinere Unternehmen in aller Regel nicht ständig die Veröffentlichungen in der TED-Datenbank verfolgen, kann es sich auch als zweckmäßig erweisen, Bekanntmachungen zusätzlich regional zu veröffentlichen.

Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass erst nach der Absendung der EU-Bekanntmachung regional informiert werden darf.

Nicht betroffen ist allerdings die pressemäßige Berichterstattung über zukünftige Ausschreibungsverfahren.

Zuschlagskriterien

Häufiger Anlass zur Beschwerde gibt kleineren Unternehmen die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien bei der Zuschlagerteilung.

Nach wie vor verfügt die überwiegende Anzahl der kleineren und mittleren Unternehmen über keine qualifizierten Umweltmanagementsysteme und nur über geringe Informationen über die Einhaltung sozialer und ökologischer Standards bei Lieferanten.

Meistens fehlt es diesen Unternehmen auch an der wirtschaftlichen Durchsetzungskraft, solche Informationen einzufordern.

Im Sinne einer mittelstandsfreundlichen Auftragsvergabe sollte daher stets geprüft werden, welche Kriterien tatsächlich als Zuschlagskriterien erforderlich sind.

5. Verbot der Berücksichtigung der Ortsansässigkeit

Rechtlich unzulässig ist die Berücksichtigung der Ortsansässigkeit, sowohl als Eignungs- wie auch als Zuschlagskriterium.

Eine Ausschreibung, die das Kriterium der Ortsansässigkeit berücksichtigt, ist rechtswidrig.

Auch die verdeckte Berücksichtigung dieses Kriteriums ist nicht zulässig.

Der Auftraggeber ist zwar grundsätzlich berechtigt, sich bei der zu seinem Leistungsbestimmungsrecht gehörenden Festlegung des Leistungsorts oder des Orts, an dem mit der Leistungserbringung begonnen werden soll, an seinen eigenen Bedürfnissen zu orientieren.

Die damit unter Umständen verbundene Beschränkung des Wettbewerbs insbesondere in Form einer potentiellen Benachteiligung nicht ortsansässiger Unternehmen ist hinzunehmen, wenn die Ortswahl sachlich legitimiert ist, die Vergabebedingungen zur Erreichung des legitimen Zwecks geeignet sind und die Ungleichbehandlung sich auf das Notwendige beschränkt, also verhältnismäßig ist.

Dem Auftraggeber ist es aber untersagt, die Vergabebedingungen so zu gestalten, dass sich faktisch nur Unternehmen um den Auftrag bewerben können, die entweder ortsansässig sind oder mit einem ortsansässigen Unternehmen zu-

sammenarbeiten. (OLG Koblenz,
Beschluss vom 20.04.2016 - Verg 1/16)

Autor: Rechtsanwalt Tobias Oest, LL.M.,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kanzlei
Wohlleben und Partner, Trier, Zell/Mosel,
Kirchberg

www.wohlleben-partner.de



C. Branchenspezifische Betrachtung der Mittelstandsförderung im Vergaberecht

Mittelstandsförderung bei Bauvergaben

Die Struktur der rheinland-pfälzischen Baufirmen ist stark mittelstandsgeprägt. Neun von zehn Betrieben des Bauhauptgewerbes sind Kleinbetriebe mit weniger als 20 Mitarbeitern, die übrigen ganz überwiegend Mittelbetriebe mit weniger als 100 Mitarbeitern. Im Schnitt erwirtschaften die Unternehmen mehr als die Hälfte ihres Umsatzes durch öffentliche Bauaufträge. Nationale Bauaufträge spielen die Hauptrolle, europaweite lediglich eine Nebenrolle.

Denn dem Bau kommt im Vergaberecht eine Sonderstellung zu. Der Schwellenwert für europaweite Ausschreibungen liegt mit 5,225 Millionen € netto (geschätztes Auftragsvolumen) 25 Mal höher als derjenige für sonstige Lieferungen und Leistungen (209.000,00 € netto).

Demzufolge ist der Prozentsatz der europaweiten Bauvergaben gegenüber demjenigen an nationalen Bauausschreibungen deutlich geringer als in Branchen mit niedrigem Schwellenwert. Die ganz überwiegende Zahl der Bauaufträge wird national vergeben.

Da Deutschland sich den Luxus leistet, Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte rechtlich unterschiedlich zu behandeln, kommt der mittelständische Bauunternehmer mit dem Recht der europaweiten Vergaben eher selten in Berührung. Entsprechend verbreitet ist die sachlich jedoch unbegründete „Scheu“ vieler Unternehmen vor europaweiten Ausschreibungen.

Mit der VOB/A gönnt der Gesetzgeber dem Bau zudem eine eigene Regelungsmaterie, die auch die am 18. April 2016 in Kraft getretene Reform des deutschen Rechts für europaweite Vergaben unbeschadet überlebt hat, während die frühere EG VOL/A und VOF der Reform zum Opfer gefallen sind.

Das Bauvergaberecht entfaltet mitunter sogar eine regelrechte Sogwirkung. Beschaffungen der öffentlichen Hand, die „eigentlich“ einen Mietvertrag (Anmietung eines noch zu errichtenden Gebäudes nach den Anforderungen des Mieters) oder Liefervertrag (Einrichtung eines zentralen EDV-Rechenzentrums in geeigneten Räumlichkeiten) darstellen, werden von der Rechtsprechung vergaberechtlich häufig als Bauvertrag eingeordnet und laufen nach den Regeln der Bauvergabe ab.

Die genannte Vergaberechtsreform soll es mittelständischen Unternehmen erleichtern, sich an öffentlichen Aufträgen zu beteiligen. Die vom öffentlichen Auftraggeber aufzustellenden Eignungs-

kriterien sollen dabei nur so hoch angesetzt werden, wie sie zur Erfüllung des Auftrages notwendig sind. So sollen auch kleinere Unternehmen eine Chance erhalten, am Wettbewerb teilzunehmen (§ 6 EU VOB/A).

Unterhalb der Schwellenwerte hat dagegen eine umfangreichere Prüfung der Eignung hinsichtlich Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit stattzufinden (§ 6 a VOB/A).

Dass die Eignungsprüfung bei höheren Auftragsvolumina großzügiger ausfällt als bei kleineren, ist Folge der geschilderten Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in Ober- und Unterschwellenwertverfahren; sinnvoll ist dies jedoch nicht.

Jeder öffentliche Auftraggeber sollte sich vor Augen halten, dass die Ausgestaltung der Eignungskriterien die mittelständische Wirtschaft fördert oder hemmt. Je aufwändiger geforderte Nachweise zu erlangen sind (zum Beispiel Zertifikate des Qualitäts- und Umweltmanagements), desto weniger wird ein kleinerer Betrieb seine Zeit, Energie und Geld hierfür aufwenden können und wollen. Präqualifizierungen können hier vereinfachend wirken, aber auch diese sind finanziell und zeitlich mit Aufwand verbunden.

Besonders die in der jüngeren Vergangenheit intensiv diskutierten „vergabefremden“ Kriterien spielen bei der Mittelstandsförderung eine (wenn auch

nicht zwingend positive) Rolle. Hier treiben landesgesetzliche Bestimmungen mitunter seltsame Blüten. Bekanntestes Beispiel hierfür ist das anerkanntermaßen weitgehend misslungene Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 10. Januar 2012.

Deutlich besser, wenngleich keineswegs perfekt, ist die relativ junge Verwaltungsvorschrift der Ministerien für Wirtschaft, des Inneren, der Finanzen und der Justiz über das öffentliche Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz vom 24. April 2014. Dessen Ziffern 9 und 10 erheben vergabefremde Aspekte nicht nur zu Eignungs-, sondern gar zu Wertungskriterien.

Bei der Wahl umweltverträglicher und energieeffizienter Produkte mag sich dies noch durchaus von selbst erklären. Wenn aber, wie geschehen, die Beauftragung von Straßenbauleistungen von Frauenfördermaßnahmen oder der Art der baubegleitenden Behandlung von Amphibien und Reptilien abhängen soll, muss der Gesetzgeber sich entscheiden, ob ein öffentlicher Auftraggeber Vergaberecht anwenden oder Politik machen soll.

Zwar stellt auch die Mittelstandsförderung letztendlich eine politische Zielsetzung dar. Im Unterschied zu den genannten „vergabefremden“ Kriterien ist sie jedoch ein klassisches vergaberechtliches Instrumentarium, da sie letztendlich die Förderung des Wettbewerbs bezweckt. Mittelstandsförderung ist also Wettbe-

werbsförderung; „vergabefremde“ Aspekte sind dies nicht. Denn Konzerne sind deutlich besser in der Lage, „vergabefremde“ Kriterien zu erfüllen als Mittelständler.

Das Beispiel zeigt, dass länderspezifische Vergaberegeln, wie sie in unterschiedlicher Ausprägung in jedem Bundesland existieren, mit rechtlichen Grundprinzipien, insbesondere denjenigen oberhalb der Schwellenwerte, kollidieren können. Dieser latente Konflikt erschwert öffentlichen Auftraggebern die Erstellung rechtskonformer Ausschreibungen; spiegelsbildlich eröffnet er Bietern vielfältige Rügemöglichkeiten.

Insoweit benachteiligt der Mittelstand sich jedoch häufig selbst. Denn die vergabeanwaltliche Beratungspraxis zeigt, dass kleine und mittlere Unternehmen, anders als ihre „großen“ Wettbewerber, die hieraus erwachsenden vielfältigen Rechtsschutzmöglichkeiten unterhalb wie oberhalb der Schwellenwerte nur ausgesprochen zurückhaltend nutzen.

Beide, öffentliche Auftraggeber wie Bieter, werden bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen mittlerweile so mit Aufgaben überfrachtet, dass diese häufig kaum noch zu lösen sind. Der eine muss Anforderungen (auch „vergabefremde“) nicht nur stellen, sondern ihre Einhaltung auch prüfen (was sehr arbeitsintensiv sein kann); der andere muss die Einhaltung zeit- und kostenintensiv nachweisen. Über die

daraus resultierenden Belastungen klagen beide, und das zu Recht. Die Schraube wird dennoch mit jeder Vergaberechtsreform weiter angezogen.

Die dünne Personaldecke der öffentlichen Auftraggeber und die knappen öffentlichen Kassen führen vermehrt dazu, Planungs- und Koordinationsleistungen, klassische Auftraggeberleistungen also, auf den Bieter zu übertragen. Dies erfolgt z. B. durch funktionale Ausschreibungen, durch den Einsatz von General- und Totalüber- oder unternehmern oder (im Oberschwellenbereich) „innovative“ Verfahrensarten wie dem „wettbewerblichen Dialog“, z. B. bei PPP („Public Private Partnership“-Projekten).

Dabei soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass dies in dem einen oder anderen Fall sinnvoll oder geboten ist. Man muss sich jedoch darüber bewusst sein, dass die Mittelstandsförderung umso mehr leidet, je stärker Bauherrenaufgaben auf Unternehmer abgewälzt werden.

Daran ändert auch die Zulassung von Bieter- („BIEGE“) und Arbeitsgemeinschaften („ARGE“) bei Ausschreibungen nichts Wesentliches. Denn die damit verbundene gesamtschuldnerische Haftung jedes BIEGE- oder ARGE-Mitglieds für Fehler jedes anderen Mitglieds scheuen viele Mittelständler wie der Teufel das Weihwasser. Die mit BIEGEN und ARGEN beabsichtigte Mittelstandsförderung läuft also in der Praxis häufig ins Leere.

Auch insoweit müssen viele Mittelständler sich jedoch durchaus an die eigene Nase fassen. Denn die Alternative zur gesamtschuldnerischen Haftung besteht gerade nicht darin, von BIEGEN und ARGEN die Hände zu lassen, sondern sie „richtig“ anzupacken. Die in der Praxis vorzufindende Vielzahl ungeeigneter und einfach „schlecht gemachter“ BIEGE- und ARGE-Verträge zeigt, wo hier der eigentliche Nachbesserungsbedarf besteht, um Bieter- und Arbeitsgemeinschaften zu effizienten Instrumenten der Mittelstandsförderung zu machen. Mittelstandsförderung am Bau scheitert hier am mangelnden spezifischen Know-how der Zielgruppe.

Mittelständler haben erfahrungsgemäß ein feines Gespür dafür, inwieweit die mit einer Ausschreibung verbundenen Risiken für sie beherrschbar sind oder nicht.

Je qualitativ hochwertiger die Ausschreibung ist, desto klarer kann ein Bieter diese Risiken erfassen und desto eher wird sich ein mittelständisches Unternehmen um den öffentlichen Bauauftrag bemühen. Die Ausstattung öffentlicher Auftraggeber mit hierfür ausreichenden personellen und finanziellen Ressourcen wäre ein wichtiger Schritt zur effizienten Mittelstandsförderung, unabhängig von jeder weiteren Reform von europäischen, bundesrechtlichen oder länderspezifischen Vergabevorschriften.

Autor: Dr. jur. Berthold Kohl, Rechtsanwalt, Rechtsanwalt am Barreau de Luxembourg, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Baumediator, Bauschlichter (SOBau), Bauschiedsrichter (SOBau), Kanzlei kohl rechtsanwälte, Trier, Saarbrücken, Luxemburg

www.kohl-law.eu

■■■■ kohl rechtsanwälte



Mittelstandsförderung bei der Vergabe von Ingenieur- und Architektenleistungen

1. Überblick

Eine klare Definition, was Mittelstand genau ist, existiert nicht. Dennoch gibt es in Rheinland-Pfalz Vorgaben, wie dem Mittelstand besser entsprochen wird. Die Verwaltungsvorschrift Rheinland-Pfalz zum Öffentlichen Auftrags- und Beschaffungswesen 2014 (VV) schreibt für alle Vergaben vor, dass Planen und Bauen getrennt werden soll; sog. Totalunternehmer dürfen also nicht beauftragt werden. Weiterhin sollen keine Generalplaner (hier: also keine Gebäude-, Tragwerks- und Haustechnikplanung) beauftragt werden. Das Gleiche gilt für Generalübernehmer, die „nur“ Verträge schließen, selbst aber keine unmittelbaren Leistungen erbringen.

Es bestehen für Vergaben an Planungsbüros zwei getrennte Regelungsbereiche: sog. Unterschwellenvergaben unterhalb des Schwellenwertes von derzeit 209.000.- € netto und sog. Oberschwellenvergaben über diesem Wert. Oberschwellenvergaben sind immer EU-weit auszuschreiben; Unterschwellenvergaben sind in der Regel nicht EU-weit auszuschreiben (Ausnahmen ggfs. bei grenzüberschreitendem Interesse z. B. in Grenzregionen).

Von großer praktischer Bedeutung sind die nachfolgend erläuterten Unterschwellenvergaben, da Aufträge meist unterhalb von 209.000.- € netto liegen (maßgeblicher Wert bis 31.12.2017).

2. Bedarfsplanung

Weithin unbekannt oder ignoriert ist die Bedarfsplanung, obwohl von herausragender Bedeutung. Regelungen finden sich z. B. in der DIN 18205. Dabei hat sie den größten Einfluss auf die Kosten. Viele Projekte scheitern, weil der Auftraggeber keine ordentliche Bedarfsplanung hat. Es handelt sich um eine strukturierte, systematische Erfassung, was benötigt wird und was hierzu getan werden muss (z. B. Nutzeranforderungen, finanzieller Rahmen, Eigenleistungen). Im Unterschied zu den eigentlichen Ingenieur- und Architektenleistungen sind solche Leistungen preislich frei vereinbar. Die Leistungsphase 1 der HOAI knüpft hieran an; danach muss der Auftraggeber einem Ingenieur / Architekt eine Bedarfsplanung oder vergleichbare Vorgaben (Aufgabenstellung) liefern, damit der zu beauftragende Ingenieur / Architekt überhaupt weiß, was der Auftraggeber will (Krankenhaus mit 500 oder 1.000 Betten; Schule für 400 oder 800 Schüler).

3. Unterschwellenvergaben (National)

Wer muss Vergaberecht anwenden?

Die einleitend genannte VV verpflichtet das Land Rheinland-Pfalz und deren Kommunen diese VV anzuwenden. Kommunen sind sowohl Ortsgemeinden, Verbandsgemeinden, Städte, Landkreise und der Bezirksverband Pfalz. Rechtlich gibt es für diese Verpflichtung nur zwei Einfallstore in das rheinland-pfälzische Vergaberecht: entweder die Landeshaushaltsordnung (Land) oder die Gemeindehaushaltsverordnung (Kommunen). Diese sind entweder direkt oder über Gesetzesverweisungen maßgeblich.

Sonderfälle „raus“ aus dem Vergaberecht sind Spezialregelungen z. B. für Studierendenwerke in Rheinland-Pfalz. Auch stadteigene GmbHs wie Wohnungsbau-Gesellschaften, unterliegen nicht dem rheinland-pfälzischen Vergaberecht. Anders kann das jeweils wieder im EU-Oberschwellenbereich aussehen.

Ein Sonderfall „rein“ ins Vergaberecht sind Fördermittelbescheide (Subventionen) an öffentliche oder private Bauherren; diese enthalten auch die Verpflichtung, Vergaberecht anzuwenden.

Wie werden Aufträge an Ingenieure und Architekten vergeben?

Die o. g. VV Rheinland-Pfalz regelt dies für Aufträge bis 209.000.- € netto in Ziffer 6.5.1. mit dem Hinweis, dass „davon auszugehen sei“, dass eine öffentliche Ausschreibung (= jeder darf teilnehmen)

unzweckmäßig sei. Klartext: Der Aufwand seitens der Verwaltung ist außerordentlich hoch, verglichen mit dem meist relativ geringen Auftragswert. Zwar sind recht einfach zu handhabende reine Preisabfragen für preislich gebundene Leistungen nach der Honorarordnung der Architekten und Ingenieure (HOAI) möglich, die aber durch die HOAI sehr enge Grenzen gesetzt sind. Daher wird zutreffend ein besonderer Wert auf einen Leistungswettbewerb gelegt; ein solcher ist aber sehr aufwändig, da Referenzen durch Fachleute zu bewerten sein werden. Das kostet Auftraggeber Zeit und Geld. Daher soll nach Ziffer 6.5.1 der VV folgendermaßen verfahren werden:

Es soll ein wettbewerbsoffenes Verfahren geben. Dabei kommt die Annahme eines unverhältnismäßigen Aufwands in der Regel bei Leistungen nach der HOAI, bei denen ein Preis- und Leistungswettbewerb nicht zum Tragen kommt („Standardleistungen“), in Betracht. Die Aufträge sind, soweit Leistungen an freiberuflich Tätige vergeben werden, an solche Freiberufler zu vergeben, deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit feststeht, die über ausreichende Erfahrungen verfügen und die Gewähr für eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bieten. Im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs sollen die Ingenieure und Architekten, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, möglichst gewechselt werden.

Angebote sollen möglichst im Wettbewerb eingeholt werden. In der Regel sollen mindestens drei Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Nur wenn zwingende Gründe vorliegen (z. B. bei Dringlichkeit oder unverhältnismäßigem Aufwand), ist eine Vergabe auch ohne Einholung von Vergleichsangeboten zulässig.

So steht es in der VV; das hinterlässt Fragen auch bei öffentlichen Auftraggebern.

Praktisch sieht das so aus, dass häufig mit dem (zutreffenden) Verweis auf einen hohen Aufwand eines korrekten Leistungs- und Preiswettbewerbs, wiederkehrend die gleichen Ingenieure / Architekten beauftragt werden.

Die HOAI als zwingendes gesetzliches Preisrecht hat kaum Verhandlungsspielräume, so dass ein Wettbewerb primär als Leistungswettbewerb stattzufinden hat. Die Aufforderung einer Kommune an ein Planungsbüro, die Mindestsätze der HOAI zu unterschreiten ist unwirksam, auch wenn es im Vertrag so niedergeschrieben wird. Wird von dem öffentlichen Auftraggeber später das Mindesthonorar der HOAI verlangt, ist die Drohung mit künftiger Nichtbeauftragung strafrechtlich relevantes Verhalten durch einen öffentlichen Auftraggeber.

Der Leistungswettbewerb erfordert die Bewertung der Ingenieur- und Architekturbüros. Konkret: Um einen Ingenieur auszuwählen für ein Honorarvolumen von z. B. 70.000.- € müssten unter

Zuhilfenahme von einschlägigen Fachleuten seine Referenzen aus Vergleichsobjekten verglichen und bewertet werden. So etwas kann in der Tat sehr aufwändig, nämlich zeit- und kostenintensiv sein mit Blick auf die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit des Haushaltsrechts.

Dennoch: Für völlig unterschiedliche Planungsobjekte immer den / die gleichen Ingenieure / Architekten „aus der Region“ zu beauftragen, ist nicht sinnvoll. Jedes Planungsobjekt ist anders und die Talente und Erfahrungen ebenso. Wenn auch nicht für jedes zu planende Objekt, so ist doch wenigstens gelegentlich zu verlangen, dass sich Auftraggeber über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ein Bild machen und dies dokumentieren. Denn die VV verlangt, dass dies (allgemein) feststehen muss; das geht nur, wenn man sich darüber vor Beauftragung fachlich informiert.

4. Oberschwellenvergaben (EU)

Oberhalb eines zu erwartenden Auftragsvolumens von 209.000.- € netto müssen Auftraggeber Aufträge EU-weit bekanntmachen. Hierauf können sich dann EU-weit Ingenieure / Architekten bewerben. Maßgeblich ist seit dem 18.04.2016 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV). Sonderregelungen gibt es für Sektorenauftraggeber (Verkehr,

Energie, Trinkwasser) in der SektVO und im Bereich Verteidigung und Sicherheit (VSVgV). Gemeinsam ist diesen ein regelmäßig zweistufiges Verfahren. In der ersten Stufe weisen die Ingenieure / Architekten ihre Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) nach, insbesondere anhand von vergleichbaren Referenzen. Das Ganze hat einen personenbezogenen Schwerpunkt, also mit Blick auf den Bewerber. Diejenigen, die sich hierbei am besten qualifiziert haben, gelangen in die zweite Stufe. Dort herrscht vorrangig ein konkret auftragsbezogener Schwerpunkt vor; es geht also primär um Leistung und Vergütung sowie den Vertrag für das konkrete Bauvorhaben.

Hervorzuheben ist, dass der (Primär)Rechtsschutz der Ingenieure / Architekten hier erheblich besser gestaltet ist als im Unterschwellenbereich. Es genügt bereits, wenn die Chance auf den Auftrag beeinträchtigt wird, um Rechtsschutz erfolgreich durchzusetzen. Damit hat man noch keinen Auftrag „in der Tasche“, jedoch die Gewähr, dass alles in einem fairen Verfahren von statten geht.

Zu beachten ist, dass EU-Ausländer sich nicht an die Mindestsätze der HOAI halten müssen, daher also billiger anbieten dürfen. Das kann ihnen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, wenn der Auftraggeber erheblich auf die Vergütung als Zuschlagskriterium abstellt. Zuschlagskriterien muss der Auftraggeber

vorher festlegen und kann später davon nicht mehr abweichen.

Autor: Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Dipl.-Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Rechtsanwälte Wiesner & Riemer, Bad Kreuznach, Mannheim, Frankfurt
www.wiesner-riemer.de

WIESNER  RIEMER



Mittelstandsförderung bei der Beschaffung von (Schul-)Büchern

Das regelmäßige (Schul-)Buchgeschäft ist eine wichtige Einnahmequelle für den Buchhandel. Gleichzeitig ist die öffentliche Hand häufig verpflichtet, ihre (Schul-)Buchaufträge auszuschreiben und in förmlichen Verfahren zu vergeben. Angesichts der Buchpreisbindung und weiterer Besonderheiten des (Schul-)Buchmarktes stellt das den Ausschreibenden und die Anbieter vor besondere vergaberechtliche Probleme.

Die förmlichen Verfahren, die das Vergaberecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorsieht, stoßen bei der Beschaffung von (Schul-)Büchern an ihre Grenzen. Grund sind die wettbewerblichen Rahmenbedingungen, welche die vergaberechtskonforme Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes auf der Grundlage objektiver Kriterien beinahe unmöglich machen: Bücher sind in aller Regel preisgebunden, auch die Höhe zu gewährender Nachlässe bei Sammelbestellungen ist durch das Buchpreisbindungsgesetz vorgegeben.

Ein Preiswettbewerb ist daher von vornherein ausgeschlossen.

Aus Gründen, auf die später noch eingegangen wird, ist das „beste Angebot“ für die Beschaffung von (Schul-)Büchern

in der Regel auch nicht im Wege eines Leistungsvergleichs zu ermitteln. Denn aus kartellrechtlichen Gründen dürfen die Verlage nicht einzelne Buchhändler von der Belieferung ausnehmen, so dass in der Regel alle an einem Auftrag interessierten Buchhändler als leistungsfähig anzusehen sind.

Dies führt dazu, dass über die Auftragsvergabe letztlich im Wege der Auslosung entschieden werden muss.

1. Struktur des Buchhandels

Etwa 50% des Umsatzes werden im Buchhandel von Sortimentsbuchhandlungen getätigt, ca. 20 % entfallen auf den Verlagsbuchhandel und 16 % auf den Internethandel. Diese Marktverteilung ist seit Jahren konstant.

Der Buchhandel ist nach wie vor von starken Konzentrationsbestrebungen geprägt. Den vier größten deutschen Buchhandelsunternehmen mit zusammen mehr als 800 Filialen stehen noch etwa 4.000 kleine und mittlere Sortimentsbuchhandlungen gegenüber, die ihrerseits zumeist Einkaufsgenossenschaften angehören.

2. Buchpreisbindung

Nach § 3 des Buchpreisbindungsgesetzes dürfen preisgebundene Bücher nur zu den festgesetzten Preisen an Letztabnehmer verkauft werden.

Soweit nach dem Buchpreisbindungsgesetz Nachlässe vorgesehen sind, müssen die Lieferanten diese berücksichtigen, da die Nachlässe und deren Einräumung selbst verbindlich vorgegeben sind.

Die Buchpreisbindung verbietet zudem einen Wettbewerb im Bereich der Zusatzleistungen.

Gemäß § 7 Abs. 4 des Buchpreisbindungsgesetzes können Buchhändler ohne eine Verletzung der Buchpreisbindung kostenfrei „branchenübliche Nebenleistungen“ im Rahmen der Lieferung preisgebundener Bücher erbringen. Hierunter fallen zum Beispiel die fachliche Beratung, das Betreiben einer Hotline, die Lieferung direkt in die Schulen oder die Abwicklung von Nachbestellungen.

Nach Auffassung des Börsenvereins des deutschen Buchhandels, dem Berufsverband der Verlage und Buchhändler, stellen jedoch eine Vielzahl von Nebenleistungen, etwa das Folieren von Büchern, die Entsorgung von Altbüchern, das Einräumen von

Zahlungsfristen oder auch das Ausstatten der Bücher mit Bibliothekskennzeichnung keine branchenübliche Nebenleistung bei der Beschaffung von Büchern dar.

Das Angebot solcher Zusatzleistungen, die nicht als branchenüblich anzusehen sind, muss zum marktüblichen Preis geschehen, andernfalls begeht der Buchhändler einen Preisbindungsverstoß durch die Gewährung eines mittelbaren Nachlasses.

Vor diesem Hintergrund unterstützt der Börsenverein des Deutschen Buchhandels Buchhändler dabei, gerichtlich gegen Ausschreibungen vorzugehen, bei denen vermutet wird, dass unzulässige Nebenleistungen bei der Angebotswertung berücksichtigt werden.

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich daher, von vornherein Nebenleistungen nicht zu bewerten, ggf. die Nebenleistung selbst als eigene Leistungsposition auszuschreiben, und darüber hinaus auch keine nicht völlig branchenüblichen Nebenleistungen von den Bietern zu verlangen.

3. Vergaberechtliche Beschaffungsvorgänge

Da Bücher aufgrund der bestehenden Preisbindung nicht in einem wirtschaftlichen Wettbewerb beschafft werden können, wurde die Beschaffung von

Büchern in der Vergangenheit nicht als vergaberechtsrelevanter Vorgang eingestuft.

Allein zum Zweck der „gerechten“ Verteilung der Aufträge wurden unterschiedliche Verfahren zur Streuung von Aufträgen angewendet. In aller Regel wurden Bücher, auch unter dem Gesichtspunkt der Förderung und Stärkung der lokalen Wirtschaft, bei ortsansässigen Buchhändlern bestellt.

Tatsächlich unterfällt die Beschaffung von Büchern aber wie jeder andere Beschaffungsvorgang dem Vergaberecht. Es gibt keine vergaberechtliche Vorschrift, nach der die Beschaffung von Büchern grundsätzlich vom Vergaberecht ausgenommen ist.

Bis zu einem Auftragswert von 209.000 Euro netto sind Aufträge nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A – (VOL/A) auszuschreiben. Eine Ausnahme hierzu gilt nach der Verwaltungsvorschrift Öffentliches Auftrags- und Beschaffungswesen in Rheinland-Pfalz. Nach dieser finden auf die Beschaffung preisgebundener Bücher nach dem Buchpreisbindungsgesetz die Verfahrensvorschriften des Abschnitts 1 der VOL/A keine Anwendung, so dass Auftraggeber unter der Berücksichtigung haushaltsrechtlicher Vorschriften in der Wahl und Ausgestaltung des Beschaffungsverfahrens frei sind.

Ab einer geschätzten Auftragssumme von 209.000 Euro netto sind entsprechende Aufträge europaweit auszuschreiben. Hier gelten dann die Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV).

4. Bestimmung des Auftragswertes und Verfahrenswahl

Gemäß § 3 der Vergabeverordnung ist die Auftragssumme der Gesamtwert der voraussichtlichen Leistung. Maßgeblich ist also der Gesamtwert der Bestellungen je Einrichtung. Bei zentraler (Schul-)Buchbeschaffung ist das der Gesamtwert aller Bestellungen der (zentralen) Beschaffungsstelle, bei dezentraler Beschaffung einzelner Schulen oder Einrichtungen mit eigenem Budget der Gesamtwert ihrer Bestellungen.

Konsequenz ist, dass bei dezentralen Beschaffungen vielfach der Schwellenwert bei einzelnen Einrichtungen unterschritten wird, während bei einer zentralen Beschaffung durch eine Beschaffungsstelle der Schwellenwert häufig überschritten wird.

Durch die Bestimmung der Ebene, auf der beschafft werden soll, kann somit zugleich gesteuert werden, welche Vergaberegeln für die einzelne Beschaffung anzuwenden sind.

Unterhalb der Schwellenwerte sind die Aufträge, soweit nicht die landesrechtlichen Wertgrenzen unterschritten werden, nach der VOL/A öffentlich auszuschreiben. Die Ausschreibung ist dabei in geeigneter Weise öffentlich bekannt zu machen. Rotationssysteme wie in der Vergangenheit praktiziert, bei denen die Aufträge nach einem Verteilungsschlüssel vergeben wurden, sind unzulässig.

Oberhalb der Schwellenwerte ist die Beschaffung regelmäßig im offenen Verfahren, das einer öffentlichen Ausschreibung vergleichbar ist, nach den Bestimmungen des GWB und der VgV europaweit auszuschreiben. Die Ausschreibung ist in der TED-Datenbank der Europäischen Union bekannt zu machen.

5. Losbildung

Auch bei der Beschaffung von (Schul-)Büchern gilt der Grundsatz der Losaufteilung.

Da bei einem Auftrag mit einem Gesamtwert von mehr als 50.000 Euro netto die höchste Rabattstufe nach dem Buchpreisbindungsgesetz zwingend zu gewähren ist, sind aus sachlichen Gründen kleinere Lose eher als unwirtschaftlich zu betrachten, so dass die

Mindestlosgröße meist bei rund 60.000 Euro zu wählen ist.

6. Wertungskriterien

Grundsätzlich ist auch bei der Beschaffung von (Schul-)Büchern der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Da aus den genannten Gründen häufig weder ein echter Leistungswettbewerb noch ein echter Preiswettbewerb stattfinden können, ist bei der Gestaltung von Ausschreibungen von vornherein zu berücksichtigen, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit letztlich der Auftrag im Auslosungsverfahren durchzuführen ist.

Allerdings kann erst dann im Verfahren auf einen Losentscheid zurückgegriffen werden, wenn zuvor die Angebote ordnungsgemäß geprüft und gewertet wurden, und diese Prüfung und Wertung ergeben hat, dass eine objektive Auswahl nicht möglich ist, da mehrere gleichwertige Angebote vorliegen.

7. Praktische Ausgestaltung

Die um sich greifende Einsicht, dass die Beschaffung von Büchern trotz der bestehenden Buchpreisbindung unter das Vergaberecht fällt, hat für die beteiligten Wettbewerbskreise zu erheblichen Um-

stellungen geführt. Für einen Teil der Sortimentsbuchhandlungen hat diese Entwicklung spürbare Umsatzrückgänge bedeutet, da langjährige Lieferbeziehungen beendet wurden.

Um zumindest eine Streuung des Auftragsvolumens auf mehrere Händler zu erreichen, und so die Chance einzelner Händler auf einen Auftrag zu erhöhen, bietet sich die Loslimitierung an. Dabei werden Bieter, die bereits den Zuschlag auf ein (oder mehrere) Los/e erhalten haben, von der weiteren Verlosung ausgenommen. Somit erhalten mehr Bieter die Möglichkeit, jeweils ein Los zu erhalten.

Autor: Rechtsanwalt Oliver Hattig, Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte, Köln

www.hattig-leupolt.de


HATTIG UND DR. LEUPOLT
RECHTSANWÄLTE



Mittelstandsförderung bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen

Die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Bereich der Entsorgung beschäftigen mit schöner Regelmäßigkeit die Vergabekammern und die Gerichte bis hin zu dem Europäischen Gerichtshof (EuGH). Die Gründe hierfür liegen - abgesehen davon, dass der Markt sehr hart umkämpft ist - in den oft hohen Auftragswerten, den erforderlichen Investitionen und den sich stetig wandelnden rechtlichen Rahmenbedingungen für die Dienstleistungen.

Werden die markanten großen Entsorgungsaufträge betrachtet, prägen - regional unterschiedlich - einige wenige private Entsorgungsunternehmen das Geschehen. Einer Mittelstandsfreundlichkeit steht jedoch hauptsächlich das immer stärkere kommunale Engagement in dem Entsorgungssektor entgegen.

Denn haben im Jahr 2006 die Kommunen noch einen Marktanteil bei der Restmüll-Sammlung in Deutschland von 38,7 % gehalten, waren es im Jahr 2015 schon 45,9 %, und für das Jahr 2016 wird von einem Anteil von 47,3 % ausgegangen*.

Der Marktanteil des größten privaten Entsorgers REMONDIS wird aktuell mit 14,3 % angegeben, weitere 18,1 % verteilen sich auf acht private Entsorgungsunternehmen*.

Zunehmend engagieren sich die Kommunen auch in anderen, bisher Bereichen der Entsorgung, wie der Sammlung und Verwertung von Bioabfällen und Altpapier. Der Anteil der Kommunen bei der Sammlung von Leichtverpackungen (sog. Gelber Sack) ist auf aktuell 16,4 % gestiegen*.

Daneben gibt es öffentliche Aufträge zur Gestellung von Containern, zur Durchführung von Behälterservice, über Grünschnitt-Sammelplätze und zur Verwertung von Grünschnitt etc.

Wenn es also zur öffentlichen Ausschreibung für die Abfallentsorgung kommt, dann dient es den Interessen mittelständischer und kleiner Marktteilnehmer, wenn Leistungen je Abfallfraktion ausgeschrieben werden. Dabei sollte auch zwischen der Sammlung und der Verwertung von Abfällen getrennt werden.

Mittelstandsfreundlichkeit kann zudem nur gelingen, wenn Ausschreibungen frühzeitig erfolgen. Denn gerade die Beschaffung von Betriebsflächen beispielsweise zum Umschlagen von Abfällen oder gar die Errichtung von Behandlungsanlagen erfordern Zeit und binden Arbeitskraft.

Die Hürde hoher Anfangsinvestitionen kann umgangen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Durchführung eines Sammelauftrages

nicht den Einsatz von Neufahrzeugen vorgibt.

Auch große Entsorgungsaufträge (nicht solche bezüglich z. B. einer MVA) werden heute längstens für acht Jahre vergeben. Deutlich kürzere Vertragslaufzeiten können kleine und mittelständische Entsorgungsunternehmen aber oft kaum wirtschaftlich bedienen.

Zulässig ist es, wenn für Transporte zu Entsorgungsanlagen ein Umweltfaktor eingesetzt wird; kurze Wege können so gefördert werden - und damit auch regionale Anbieter.

Für viele nur regional tätige kleine und mittelständische Unternehmen ist die Beteiligung an relevanten Ausschreibungen oft schon deshalb unmöglich, weil sie die erforderlichen Referenzen nicht beibringen können. Im Sinne dieser Unternehmen läge es, wenn die Anforderungen an Referenzen reduziert würden.

Auch die Möglichkeit von Preis- anpassungen ist mit Blick auf die Mittelstandsfreundlichkeit öffentlicher Entsorgungsaufträge bedeutsam. Nachteilig wirkt, wenn dem Dienstleister heute in hohem Maße das Risiko von Schwankungen bei den Abfallmengen aufgebürdet wird, ohne dass hier Anpassungen zugelassen wären. Die den Preisgleitklauseln zugrundeliegenden Formeln bilden zum Teil nicht die tatsächlich wichtigen Kosten / Positionen

des Dienstleisters ab. Ein Kostenanteil, welcher von der Kreisleitung gänzlich ausgenommen bleibt, trägt das übrige zu dem oft ungünstigen Gesamtbild bei.

Jede Überlegung, die Vergabe öffentlicher Aufträge mittelstandsfreundlich zu gestalten, läuft aber ins Leere, wenn der Anteil des Staates, der öffentlichen Stellen an der Erbringung abfallwirtschaftlicher Leistungen so bedeutsam bleibt oder sogar noch weiter zunimmt. Tatsächlich wird heute mehr darüber gesprochen, ob eine Kommune Höchstpreise für eine Ausschreibung festlegen soll, ob Nachbar- gemeinden durch Teilnahme am Marktgeschehen wettbewerblichen Druck ausüben, oder ob Entsorgungsleistungen in einem Zweckverband zu organisieren seien.

Deshalb ist es heute umso wichtiger sich zu besinnen, dass eine Gemeinde sich nur wirtschaftlich betätigen darf, wenn ein öffentlicher Zweck dies rechtfertigt und dieser Zweck von der öffentlichen Stelle besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann als durch einen privaten Dritten.

Reformbedürftig sind aber auch die Gemeindeordnungen, welche überwiegend dem Umweltschutz dienende Einrichtungen undifferenziert aus dem Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens ausnehmen. Damit wird jegliche abfallwirtschaftliche Betätigung ausgenommen. Dies ist weder der

Kreislaufwirtschaft angemessen noch mittelstandsfreundlich.

(* Quelle: Euwid, Recycling und Entsorgung, Nr. 8/2016)

Autor: Rechtsanwalt Rudolf Kalenberg,
Koblenz

www.kalenberg-rechtsanwalt.de

 **Kalenberg**
RECHTSANWALT



Impressum

Herausgeber:

EIC Trier - IHK/HWK- Europa- und Innovationscentre GmbH
(Gesellschaft mit beschränkter Haftung)
Herzogenbuscher Straße 14
D-54292 Trier
Telefon: 0651 / 97567-0
Telefax: 0651 / 97567-33
E-Mail: info@eic-trier.de
Internet: www.eic-trier.de

Vertretungsberechtigte:

Christina Grewe (Geschäftsführerin)

Gesellschafter:

Handwerkskammer Trier
Industrie- und Handelskammer Trier

Sitz der Gesellschaft:

Trier

Registergericht:

Amtsgericht Wittlich, HRB 40103

USt-ID:

DE 245826111

Rechtlicher Hinweis:

Der Leitfaden wurde mit größter Sorgfalt zusammengestellt. Für die Richtigkeit der Informationen übernimmt die EIC Trier GmbH jedoch keine Gewähr. Dieser Leitfaden ersetzt in keinem Fall eine rechtliche Beratung. Für Verbesserungsvorschläge, sachliche Hinweise und Anregungen sind wir jederzeit dankbar. Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an: EIC Trier GmbH, Dagmar Lübeck, Tel.: 0651/ 97 567-16, E-Mail: luebeck@eic-trier.de.