



Freie und Hansestadt Hamburg
Finanzbehörde

Leitfaden
für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen
(außer Bauleistungen)

6. Auflage

Stand: 1. Juli 2015

Inhaltsübersicht

I. Kapitel:	Anwendungsbereich des Leitfadens.....	7
II. Kapitel:	Inhalt und Zweck des Vergaberechts.....	11
III. Kapitel:	Verfahren zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen	21
IV. Kapitel:	Rechtsschutz der Bieter	100
V. Kapitel:	Durchführung des Vertrages (Vertragsmanagement)	103
VI. Kapitel:	Nachträgliche Vertragsänderungen	104

Inhaltsverzeichnis

I. Kapitel: Anwendungsbereich des Leitfadens	7
1. Zweck des Leitfadens	7
2. Vergabe von Lieferungen und Leistungen.....	8
3. Abgrenzung zwischen VOL/A und VOB/A.....	8
3.1 Definition von Bauleistungen in der VOB bzw. in der VOL.....	8
3.2 Nähere Bestimmung von Bauleistungen	8
3.3 Abgrenzung zu Liefer- und Dienstleistungen.....	9
3.4 Einordnung von Leistungen in der Praxis	10
II. Kapitel: Inhalt und Zweck des Vergaberechts	11
1. Zweck des Vergaberechts	11
2. Grundsätze des Vergaberechts	11
3. Rechtliche Grundlagen.....	11
3.1 Überblick zur Entwicklung des Vergaberechts	12
3.2 GWB und HmbVgG als gesetzliche Grundlagen.....	13
3.3 VgV bzw. HmbVgG als Bindeglieder zu den Vergabe- und Vertragsordnungen	14
3.4 Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)	15
3.5 Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL/A und VOF)	16
3.6 Beschaffungsordnung (BO).....	17
3.7 Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbTG).....	17
3.7.1 Verschiedene Formen der Informationspflicht und betroffene Verträge	17
3.7.2 Unterscheidung nach Verfahrensstadien.....	18
3.7.3 Sonderproblem § 10 Abs. 2 HmbTG.....	20
3.8 Gesetz zur Errichtung eines Registers zum Schutz fairen Wettbewerbs (GRfW)	20
III. Kapitel: Verfahren zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen	21
1. Zuständigkeiten und Organisation	21
1.1 Zuständigkeiten	21
1.2 Organisation der Beschaffungsstellen	22
1.3 Zusammenarbeit zwischen Bedarfs- und Beschaffungsstellen	22
1.4 Dokumentation des Vergabeverfahrens und Informationspflichten	22
2. Vorbereitung einer Beschaffung	24
2.1 Bedarfsprüfung und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung	24
2.1.1 Markterkundung.....	24
2.1.2 Interessenbekundungsverfahren.....	25
2.1.3 Wirtschaftlichkeitsberechnung.....	25
2.2 Prüfung der Zuständigkeit	25
2.2.1 Abruf aus bestehenden Verträgen	26
2.2.2 Einzelausschreibung durch eine Zentrale Vergabestelle	26

2.2.3	Eigene Ausschreibung.....	26
2.3	Auftragswert.....	27
2.3.1	Bedeutung des Auftragswertes	27
2.3.2	Ermittlung des Auftragswertes	27
2.3.3	Ausschreibungsreife	28
2.4	Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderungen.....	29
3.	Vorbereitung des Vergabeverfahrens.....	30
3.1	Anwendung des Vergaberechts.....	30
3.1.1	Öffentlicher Auftrag (§ 99 GWB)	30
3.1.2	Ausnahmen (§§ 100 – 100 c GWB).....	31
3.1.3	Inhouse-Vergaben	31
3.1.4	Dienstleistungskonzessionen	34
3.2	Prüfung der Leistungsart (Wahl der Vergabe- und Vertragsordnung)	35
3.3	Wahl der Vergabeart	36
3.3.1	Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren (Überblick).....	37
3.3.2	Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren (Überblick)	38
3.3.3	Wettbewerblicher Dialog.....	38
3.3.4	Dynamisches elektronisches Verfahren.....	39
3.3.5	Elektronische Auktion	39
3.3.6	Freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren (Überblick)	40
3.3.7	Direktkauf gemäß VOL/A und BO	41
3.3.8	Mögliche strafrechtliche Folgen im Falle der Wahl einer falschen Vergabeart	41
4.	Erstellung der Vergabeunterlagen (insbes. Leistungsbeschreibung)	42
4.1	Übersicht über die Vergabeunterlagen	42
4.2	Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe)	44
4.3	Leistungsbeschreibung	44
4.3.1	Vorbemerkung	44
4.3.2	Arten der Leistungsbeschreibung	46
4.3.3	Aufbau der Leistungsbeschreibung.....	46
4.3.4	Inhalt der Leistungsbeschreibung	47
4.3.4.1	Ausschreibungsgegenstand	47
4.3.4.2	Mittelstandsfreundlichkeit	48
4.3.4.3	Losbildung.....	49
4.3.4.4	Nebenangebote	51
4.3.4.5	Zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer	51
4.3.4.6	Wagnisse	53

4.3.5	Umweltorientierte Beschaffung und Möglichkeiten, umweltverträgliche Kriterien bei der Beschaffung zu berücksichtigen.....	53
4.3.5.1	Rechtsgrundlagen.....	53
4.3.5.2	Umweltanforderungen als Wertungskriterium.....	54
4.3.5.3	Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips bei Lieferung von Investitionsgütern.....	56
4.3.6	Anforderungen an die Bewerber- / Bieterreignung	57
4.3.7	Projektanten.....	59
4.3.8	Präqualifizierung von Unternehmen für öffentliche Aufträge	60
4.3.9	Zuschlagskriterien.....	61
4.3.10	Rahmenvereinbarungen.....	62
4.3.10.1	Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen.....	64
4.3.10.2	Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen.....	64
4.4	Vertragsbedingungen	65
4.5	Bietergemeinschaften.....	65
5.	Durchführung des Vergabeverfahrens	67
5.1	Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren	68
5.1.1	Überblick über relevante Fristen	68
5.1.2	Kostenersatz für Vergabeunterlagen	70
5.1.3	Vergabebekanntmachung	70
5.1.4	Versand der Vergabeunterlagen	71
5.1.5	Kontakt mit Bietern (insbes. Nachfragen und Auskünfte).....	72
5.1.6	Angebotsabgabe und Sammlung der Angebote bis zum Öffnungstermin.....	73
5.1.7	Öffnung der Angebote	73
5.1.7.1	Angebotsöffnung.....	73
5.1.7.2	Niederschrift.....	74
5.1.8	Wertung der Angebote	75
5.1.8.1	Nachforderung von Unterlagen, Nachverhandlungsverbot	75
5.1.8.2	Erste Wertungsstufe	77
5.1.8.3	Zweite Wertungsstufe	77
5.1.8.4	Ausschluss von Firmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge.....	78
5.1.8.5	Dritte Wertungsstufe	79
5.1.8.6	Vierte Wertungsstufe	79
5.1.9	Behandlung von Proben und Mustern	83
5.1.9.1	Proben und Muster zu berücksichtigten Angeboten.....	84
5.1.9.2	Proben und Muster zu nicht berücksichtigten Angeboten	84
5.1.9.3	Sonderfälle.....	84

5.1.10	Aufgaben <u>vor</u> Erteilung des Zuschlags	84
5.1.10.1	Auskunft aus dem Gewerbezentralregister	84
5.1.10.2	Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs (GRfW)	85
5.1.11	Erteilung des Zuschlags	86
5.2	Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren	88
5.2.1	Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb	88
5.2.2	Beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb	89
5.2.2.1	Vergabebekanntmachung	90
5.2.2.2	Eignungsprüfung.....	90
5.2.2.3	Informationspflichten zum Abschluss eines Teilnahmewettbewerbs	91
5.2.2.4	Versenden der Vergabeunterlagen	92
5.2.2.5	Weiteres Verfahren.....	92
5.3	Wettbewerblicher Dialog	92
5.4	Freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren.....	92
5.4.1	Freihändige Vergabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb / Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb).....	92
5.4.1.1	Voraussetzungen.....	92
5.4.1.2	Strukturierung des Verfahrens	93
5.4.1.3	Aufforderung zur Angebotsabgabe	93
5.4.1.4	Verhandlungen und Wertung der Angebote	94
5.4.1.5	Erteilung des Zuschlags	94
5.4.2	Freihändige Vergabe mit vorherigem Teilnahmewettbewerb / Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb).....	94
5.4.2.1	Voraussetzungen.....	94
5.4.2.2	Weiteres Verfahren.....	95
6.	Vergabe freiberuflicher Leistungen	95
6.1	Anwendbare Regeln bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen.....	95
6.2	Unterschwellige Vergabe freiberuflicher Leistungen	95
6.3	Zu beachtende Schritte bei einem Vergabeverfahrens für freiberufliche Leistungen	96
6.3.1	Erstellung des Leistungsprofils bzw. der Aufgabenbeschreibung	96
6.3.2	Dokumentationspflicht, Bestandteile der Vergabeunterlagen	97
6.3.3	Aufforderung zur Angebotsabgabe	97
6.3.4	Prüfung der Angebote	98
6.3.5	Bewertung der Angebote.....	98
6.3.6	Auftragserteilung.....	99

7. Aufhebung von Ausschreibungen.....	99
7.1 Aufhebung bei Vorliegen von Aufhebungsgründen.....	99
7.2 Aufhebung ohne Vorliegen von Aufhebungsgründen	99
7.3 Informationspflichten	100
IV. Kapitel: Rechtsschutz der Bieter	100
1. Nachprüfungsverfahren („Primärrechtsschutz“)	101
2. Primärrechtsschutz bei unterschwelligen Vergaben	102
3. Schadensersatz („Sekundärrechtsschutz“)	102
V. Kapitel: Durchführung des Vertrages (Vertragsmanagement)	103
1. Abgrenzung der Zuständigkeiten	103
2. Nebenpflichten des Auftraggebers	103
3. Fristenkontrolle	103
4. Abnahme / Gefahrübergang	103
5. Mängelansprüche.....	103
6. Zahlung.....	104
7. Sicherheiten.....	104
8. Überwachung der Laufzeit des Vertrages	104
VI. Kapitel: Nachträgliche Vertragsänderungen.....	104
Anlage 1: Hilfen zur Abgrenzung zwischen VOL und VOB	107
Anlage 2: Wertgrenzen im Vergaberecht	112
Anlage 3: Erläuterungen zum Hamburgischen Vergabegesetz (HmbVgG).....	113
Anlage 4: Ausschlussklärung bezüglich Scientology	134

I. Kapitel: Anwendungsbereich des Leitfadens

1. Zweck des Leitfadens

Dieser Leitfaden dient als Übersicht über das Vorgehen zur Beschaffung von Lieferungen und Leistungen für die Behörden, Ämter und Hochschulen (einschließlich der Einrichtungen nach § 26 und § 106 der Landeshaushaltsordnung (**LHO**)) der Freien und Hansestadt Hamburg (FHH). Er gibt dabei eine praktische Anleitung, wie die verbindlichen Vorgaben der Vergabevorschriften von den Bedarfs-, Beschaffungs- und Vergabestellen rechtssicher und zweckmäßig in die Praxis umgesetzt werden sollen. Die Hinweise orientieren sich dabei an der Chronologie einer Beschaffung von der Bedarfsermittlung und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bis zum Vertragsabschluss und -management. Der Leitfaden ist auf Grund der weithin zwingenden vergaberechtlichen Regelungen, auf denen er basiert, als Maßstab für „gutes Verwaltungshandeln“ bei der Beschaffung anzusehen.

Zum Inhalt dieses Leitfadens:

- Das II. Kapitel dieses Leitfadens (S. 11 ff.) enthält **Hintergrundinformationen** zum Zweck des Vergaberechts sowie den rechtlichen Grundlagen.
- Im III. Kapitel (S. 21 ff.) finden sich konkrete Informationen, wie Waren und Dienstleistungen für die FHH zu beschaffen sind.
 - Diese beziehen sich auf Fragen der **Beschaffungsorganisation** in der FHH (S. 21 ff.) sowie auf Fragen der ordnungsgemäßen **Vorbereitung** eines konkreten Beschaffungsvorgangs (Bedarfsprüfung, Prüfung der Zuständigkeiten, Ermittlung des Auftragswertes, Wahl der Vergabeart etc.; S. 24 ff.).
 - Einzelheiten zur Erstellung einer **Leistungsbeschreibung** finden sich ab S. 42.
 - Die Besonderheiten der einzelnen **Vergabearten** einschließlich der Durchführung europaweiter Ausschreibungen werden ab S. 67 erläutert.
- In Kapitel IV. wird der **Rechtsschutz** – insbesondere Rechtsschutz der Bieter – im Vergabeverfahren (S. 100 ff.) erläutert.
- Im Anschluss an die vergaberechtlichen Ausführungen finden Sie im V. Kapitel Hinweise zu dem sich an das Vergabeverfahren unmittelbar anschließenden **Vertragsmanagement** (S. 103 ff.).
- Das VI. Kapitel (S. 104 ff.) befasst sich mit **nachträglichen Vertragsänderungen**.
- In den Anlagen finden sich Hilfen zur Abgrenzung zwischen VOL und VOB (S. 107 ff.), eine Übersicht über alle relevanten Wertgrenzen (S. 112), Erläuterungen zum hamburgischen Vergabegesetz (S. 113 ff.) sowie die Ausschlusserklärung bezüglich Sciento-logy (S. 134).

Der Leitfaden basiert auch auf zahlreichen Fragen und Unterstützungersuchen, die in den letzten Jahren an die Finanzbehörde herangetragen worden sind. Er erhebt jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ersetzt insbesondere nicht eine im konkreten Einzelfall erforderliche Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur zu Fragen des Vergaberechts. Im Zweifel ist die zuständige Rechtsabteilung bzw. das zuständige Rechtsamt einzuschalten, um eine rechtssichere und wirtschaftliche Beschaffung zu gewährleisten. Bei konkreten Fragen zum Ablauf eines Vergabeverfahrens kann eine der vier Zentralen Vergabestellen (ZVST) angesprochen werden. Diese sind bei der Behörde für Inneres und Sport, der Behörde für Schule und Berufsbildung, der Finanzbehörde und der Justizbehörde angesiedelt. Die näheren Kontaktdaten finden sich in der Anlage 1, Aufstellung 1 zur Beschaffungsordnung (BO). Bei Grundsatzfragen kann das Referat für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts der Finanzbehörde (Herausgeber dieses Leitfadens) kontaktiert werden.

2. Vergabe von Lieferungen und Leistungen

Dieser Leitfaden gilt für die Beschaffung von Lieferungen und Leistungen mit Ausnahme von Bauleistungen. Freiberufliche Leistungen sind in diesen Leitfaden mit aufgenommen worden, soweit sie nicht – wie z.B. bestimmte Leistungen von Architekten, Ingenieuren, Stadtplanern, Bausachverständigen – dem Baubereich zuzurechnen sind.

Für die grundsätzlichen Regelungen der Auftragsvergaben im Anwendungsbereich der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und an Architekten, Ingenieure, Stadtplaner und Bausachverständige ist die für den Baubereich verantwortliche Behörde¹ zuständig. Für die Beschaffung solcher Leistungen gelten eigene Richtlinien, die in den „Verwaltungsvorschriften über die Durchführung von Bauaufgaben der Freien und Hansestadt Hamburg – VV-Bau“ und im „Vergabehandbuch Freiberufliche Leistungen des Ingenieurbaus (VHBF-I)“² zusammengefasst sind.

3. Abgrenzung zwischen VOL/A und VOB/A

In der Praxis ist es oft nicht einfach zu entscheiden, ob eine zu vergebende Leistung der VOL oder der VOB zuzuordnen ist. Diese Hinweise sollen dabei unterstützen.

3.1 Definition von Bauleistungen in der VOB bzw. in der VOL

Die VOL geht von einer Negativdefinition aus, die VOB definiert positiv.

§ 1 der VOB/A lautet: „Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird.“

Die VOL/A ist nach dem Wortlaut des § 1 für alle Lieferungen und Leistungen anzuwenden, die nicht Bauleistungen oder freiberufliche Leistungen sind (z. B. aufgrund von Kauf-, Werk-, Werklieferungs-, Miet- und Leasingverträgen).

In den Erläuterungen zur VOL/A (Anhang IV) wird zur Abgrenzung zwischen Bau- und Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträgen zu § 1 erster Spiegelstrich ausgeführt:

„Bauleistungen sind Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Darunter fallen auch alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen. Einrichtungen, die jedoch von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbstständigen Nutzungszweck dienen, fallen unter die VOL/A.“

3.2 Nähere Bestimmung von Bauleistungen

Der relativ weite Begriff der Bauleistung ist daher inhaltlich für solche Leistungen anzuwenden, die „mit dem Bau und Bauarbeiten in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen, was sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt. Bei einer vereinbarten Bauleistung handelt es sich regelmäßig um eine Mischform bestehend aus Elementen von Dienstleistungen und Lieferungen (vgl. Marx in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 1. Auflage 2010, § 1 Rn. 32).“³

1 Voraussichtlich ab dem 01.07.2015: Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen (gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 7 des [Gesetzes über Verwaltungsbehörden in der Fassung vom 03.06.2015 – HmbGVBl. S. 108](#))

2 Die Regelungen für den Ingenieurbau sollen in Kürze in die „VV-Bau“ integriert werden, so dass es dann für den gesamten Baubereich nur noch ein Regelwerk gibt.

3 vgl. VERIS-VOB/A-Online Kommentar zu § 1 VOB/A, Autor Christian Braun/Thomas Markpert, Stand 12.2011, II. Begriff der Bauleistung, Rn 5

„Der Begriff der Bauleistungen wird näher dadurch umschrieben, dass es sich im Wesentlichen um inhaltliche Arbeiten im Bereich einer baulichen Anlage handeln muss. Da es sich nach § 1 um "Arbeiten jeder Art" handeln kann, betrifft dies zwar grundsätzlich einen denkbar weiten Bereich, allerdings ist eine Ausweitung ins Uferlose, bei der ein Bezug zum "Bauen" nicht hergestellt werden kann, abzulehnen. So sind die Wartung einer Brandmeldeanlage wie auch die Auswechslung einzelner Brandmelder keine Bauleistungen, sondern reine Dienstleistungsaufträge (OLG Düsseldorf vom 14.04.2010 – Verg 60/09; vgl. auch Bauer in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, 12. Auflage 2011, § 1 VOB/A Rn. 11: Arbeiten der landwirtschaftlichen und gärtnerischen Bodennutzung sowie Arbeiten der Gewinnung von Kohle, Steinen und anderen Bodenbestandteilen zählen nicht zu Bauleistungen).“⁴

Bauleistungen sind also

- die Instandhaltung,
- Änderung und Beseitigung
- sowie der Neubau an einem gesamten Bau, an Bauteilen und Baugliedern
- Bei Neubauten wird alles, was der Herstellung und späteren bestimmungsgemäßen Nutzung (Funktion) des Gebäudes dient, als Bauleistung angesehen und dementsprechend ausgeschrieben.⁵
- Zu den Bauleistungen zählen insbesondere auch die Lieferung und Montage der für die bauliche Anlage erforderlichen maschinellen und elektrotechnischen / elektronischen Anlagen und Anlagenteile. Auch die Ergänzung und der Neueinbau solcher Anlagen in einem bestehenden Gebäude fallen unter den Begriff der Bauleistung, wenn sie für den bestimmungsgemäßen Bestand der baulichen Anlage bzw. für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind. Entscheidend ist, dass das Gebäude ohne den Einbau der Anlagen noch nicht als vollständig fertig anzusehen ist.⁶
- Eingriffe in die Bausubstanz sind dabei ein wichtiges Kriterium

3.3 Abgrenzung zu Liefer- und Dienstleistungen

In Kommentaren zur VOB sowie durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) wird der Begriff der Bauleistung allerdings weiter eingegrenzt:

“Untergeordnete Arbeiten zur Ausbesserung oder unwesentliche Arbeiten wie die Lieferung von Baustoffen und -teilen, soweit keine Be- oder Verarbeitung stattfindet, fallen hingegen ebenso wie das bloße Bereitstellen von Baugeräten, nicht unter den Begriff (vgl. Korbion in: Ingenstau/ Korbion, 17. Auflage 2010, § 1 VOB/A Rn. 1).“⁷

Damit kann grundsätzlich gesagt werden, dass Bauleistungen, sofern sie nicht den wesentlichen Inhalt des Vertrages ausmachen, sondern lediglich von untergeordneter Bedeutung sind, nicht dazu führen können, dass der Auftrag als öffentlicher Bauauftrag eingestuft wird (EuGH vom 26.05.2011 – C-306/08).

Bei dem Begriff Instandhaltung kann zwischen reinen Maßnahmen zur Erhaltung des zum bestimmungsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands (Sollzustands) und Instandsetzungen als Maßnahmen zur Wiederherstellung des Sollzustands unterschieden werden.

4 a.a.O

5 1. VK Brandenburg vom 30.05.2007 - 1 VK 15/07; im Ergebnis ebenso VK Berlin vom 26.04.2011 - VK B 2 - 3/11

6 vgl. Vergaberechtskommentar 2009 von Rudolf Weyand zu § 99 Abs. 2 GWB, Rn 95 bis 226

7 vgl. VERIS-VOB/A-Online Kommentar zu § 1 VOB/A, Autor Christian Braun/Thomas Markpert, Stand 12.2011, II. Begriff der Bauleistung, Rn 5

Reine Instandhaltungsmaßnahmen sind:

- Reinigung,
- Pflege,
- Wartung,
- Beseitigung von Verschleißerscheinungen bzw. kleineren Schäden

Diese Instandhaltungsmaßnahmen werden nach allgemeinem Verständnis auf Grund ihrer nicht oder nur sehr geringfügig in die Substanz eingreifenden Wirkung nicht als Bauleistung angesehen und sind daher nach VOL auszuschreiben.

Schwieriger sind Reparaturen einzuordnen, weil hierunter sowohl Wartungsarbeiten als auch Umbauarbeiten ohne wesentlichen Substanzeingriff verstanden werden können. Maßgebend für die Einordnung als Bauarbeiten wird daher immer sein, inwieweit in nennenswertem Umfang in die Substanz eines Bauwerks eingegriffen wird (VK Berlin vom 26.04.2011 – VK B 2 - 3/11)⁸

„Dienen bei Gartenpflegearbeiten die ausgeschriebenen Tätigkeiten lediglich der Erhaltung des status quo, nämlich der Pflege der bereits vorhandenen Gartenanlagen und sollen die zu erbringenden einfachen Gartenarbeiten ohne Neuanpflanzungen direkt an den Pflanzen bzw. im Wesentlichen unmittelbar an oder allenfalls knapp unterhalb der Grundstücksoberfläche erfolgen (z.B. beim Entfernen von Unkraut samt Wurzelwerk oder dem Lockern der Pflanzflächen bis 3 cm Tiefe), so dass die Substanz der Gartenanlage hierdurch gar nicht oder allenfalls unwesentlich tangiert wird und sind umfangreichere Erdbewegungsarbeiten, die z.B. beim Pflanzen von Bäumen erforderlich sein könnten, ausdrücklich nicht Gegenstand der Ausschreibung, handelt es sich nicht um Bauleistungen (3. VK Bund vom 29.03.2006 – VK 3 - 15/06)“.⁹

3.4 Einordnung von Leistungen in der Praxis

In Abstimmung mit der für Bauvergaben zuständigen Behörde¹⁰ wird vorgeschlagen, sich in der Praxis an Teil C der VOB (VOB/C) und deren Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) zu orientieren. Leistungen, die dort enthalten sind, sind nach diesen ATV abzuwickeln. Daher ist es sinnvoll, für die Ausführung derartiger Arbeiten die VOB als maßgebliche Vergabeordnung zu Grunde zu legen.

Die ATV (und teilweise nähere Inhalte) können der [Anlage 1](#) entnommen werden. Sollten auch diese keinen eindeutigen Aufschluss darüber geben, welcher Vertragsordnung die zu vergebende Leistung zuzuordnen ist, sollte bei Erreichen eines Gesamtauftragswertes nahe oder über dem Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung nach der VOL diese als Verfahrensgrundlage genommen werden. Ausführliche Beispiele aus der Rechtsprechung zur Einordnung vergebener Leistungen finden Sie ebenfalls in der [Anlage 1](#).

8 vgl. Vergaberechtskommentar 2009 von Rudolf Weyand zu § 99 Abs. 2 GWB, Rn 95 bis 226

9 vgl. Vergaberechtskommentar 2009 von Rudolf Weyand zu § 99 Abs. 2 GWB, Rn 95 bis 226

10 vgl. Fußnote 1 auf S. 8

II. Kapitel: Inhalt und Zweck des Vergaberechts

1. Zweck des Vergaberechts

Die öffentliche Hand (Bund, Länder, Kommunen und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts) benötigt zur Erfüllung ihrer Aufgaben vielfältige Lieferungen und Leistungen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Beschaffung für den Wettbewerb und die öffentlichen Haushalte ist enorm. Die rechtlichen Anforderungen an die Durchführung von Vergabeverfahren verfolgen dabei folgende Ziele:

- (1) Bedarfsdeckung: Sicherung einer wirtschaftlichen Beschaffung und einer sparsamen Verwendung von Haushaltsmitteln,
- (2) Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs: Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter im Vergabeverfahren,
- (3) Steigerung der Verfahrenssicherheit und Korruptionsprävention.

Die bestehende Regelungsvielfalt wird oft beklagt. Im Grundsatz ist festzustellen, dass durch die – teilweise als lästig empfundene – Formalisierung der Beschaffungsvorgänge die Preise, die öffentliche Auftraggeber für Waren und Dienstleistungen zu zahlen haben, um bis zu 30 % gesenkt werden konnten¹¹, wenngleich im Einzelnen eine Verschlankung und damit eine Vereinfachung des Vergaberechts sinnvoll erscheint.

2. Grundsätze des Vergaberechts

Das Vergaberecht wird von folgenden Grundsätzen geprägt (vgl. § 97 Abs. 1, 2 und 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – **GWB**; Nr. 1.1 der Verwaltungsvorschrift zu § 58 der Landeshaushaltsordnung – **VV zu § 58 LHO**¹²):

1. Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt grundsätzlich in einem wettbewerblichen, transparenten und nicht-diskriminierenden Verfahren.
2. Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen: Das Verfahren soll gewährleisten, dass die verfügbaren Haushaltsmittel wirtschaftlich und sparsam verwendet werden.
3. Aufträge sind an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige (geeignete) Auftragnehmer zu vergeben. Andere Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesrecht vorgesehen ist.

3. Rechtliche Grundlagen

Die rechtlichen Grundlagen für den Einkauf von Waren- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber finden sich im europäischen Recht, im Bundesrecht sowie im hamburgischen Landesrecht.

11 EU-Pressemeldung IP/04/149 vom 03.02.2004:
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/149&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>

12 Anstelle des bisherigen § 55 LHO ist aufgrund der Neufassung der LHO vom 17.12.2013 nunmehr § 58 LHO getreten (HmbGVBl. 2013, S. 503); in Nr. 2.1 des [Bewirtschaftungsgrundschreibens 2015 vom 29. Dezember 2014](#) ist angeordnet, dass die Nrn. 1 bis 4 und 6 VV zu § 55 LHO weiter entsprechend anzuwenden sind, solange sie nicht durch VV zur neuen LHO ersetzt worden sind. Die Regelungsinhalte der VV zu § 55 LHO sind inzwischen weitgehend durch höherrangiges Recht ersetzt, sodass auf diese VV im Folgenden nicht mehr weiter eingegangen wird.

3.1 Überblick zur Entwicklung des Vergaberechts

Traditionell war das Vergaberecht Teil des Haushaltsrechts. Die Anknüpfung fand sich daher allein im Haushaltsgrundsätzegesetz (§ 30 **HGrG**) sowie den Bundes- (**BHO**) und Landeshaushaltsordnungen (**LHO**), wonach dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat. Einzelheiten zum Verfahren fanden sich – wie auch heute noch – in den Vergabe- und Vertragsordnungen¹³. Durch den Einfluss der europäischen Integration hat die wettbewerbsrechtliche Komponente des öffentlichen Auftragswesens jedoch stark an Bedeutung zugenommen, was schließlich 1998 zur Streichung von § 57a HGrG und zur Kodifizierung vergaberechtlicher Regelungen im GWB geführt hat. Diese beiden Komponenten, Haushaltsrecht und Wettbewerbsrecht, spielen auch heute noch für das Verständnis des Vergaberechts eine maßgebliche Rolle.

Die Mehrzahl der für das Vergabeverfahren und damit für die Praxis maßgeblichen Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe findet sich auch heute noch in den Vergabe- und Vertragsordnungen

- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (**VOL**),
- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (**VOB**) und
- Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (**VOF**).

Diese Vergabe- und Vertragsordnungen werden nicht vom Gesetzgeber erlassen, sondern in so genannten Vergabeausschüssen, denen neben der öffentlichen Hand (Bund, Länder und Gemeinden) Vertreter der Wirtschaft sowie Gewerkschaften angehören, fortgeschrieben. Mit dieser Zusammensetzung der Gremien wird gewährleistet, dass ein Konsens zwischen den zum Teil widerstreitenden Interessen des Staates auf der einen Seite und der Privatwirtschaft auf der anderen Seite erzielt werden kann. Dabei handelt es sich um den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen (DVVAL), den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) sowie den Hauptausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen.

Diese Ausschüsse haben jedoch nicht die Befugnis, selbst allgemein verbindliche Rechtsnormen wie Gesetze oder Verordnungen zu schaffen. Die Vergabe- und Vertragsordnungen haben damit von sich aus nicht den Charakter von Rechtsnormen und damit aus sich heraus keine Verbindlichkeit für die öffentliche Hand. Hierzu ist es vielmehr erforderlich, dass sie durch Anwendungsbefehle in Vergabegesetzen, Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften für verbindlich erklärt werden. Solche Regelungen finden sich in verschiedenen Bundes- und Landesvorschriften, die je nach Wert des zu vergebenden Auftrags Anwendung finden:

- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, deren Auftragswert den Schwellenwert (dieser wird von der EU-Kommission festgesetzt) von zur Zeit 207.000 Euro ohne Umsatzsteuer erreicht oder überschreitet (man spricht auch von „**oberschwelligem Vergaben**“), findet sich ein solcher Verweis im Wettbewerbsrecht: Hier verweist § 97 Abs. 6 GWB auf die Vergabeverordnung (**VgV**), die wiederum in ihren §§ 4 bis 6 die Verbindlichkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen VOL, VOB und VOF vorschreibt.
- Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der genannten 207.000 Euro (sog. „**unterschwellige Vergaben**“) ist das Landesvergaberecht maßgeblich. Hier schreiben § 2a Abs. 1 Satz 1 des Hamburgischen Vergabegesetzes (**HmbVgG**)¹⁴ die Verbindlichkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen VOL und VOB (nicht aber der VOF) vor.

Die maßgeblichen Schwellenwerte werden grundsätzlich alle zwei Jahre durch die EU-Kommission neu festgesetzt. Dies geschieht mittels einer EU-Verordnung. Die innerstaatliche Verbindlichkeit dieser Schwellenwerte ergibt sich aus § 2 VgV.

13 Ehemaliger, jetzt veralteter Sprachgebrauch: Verdingungsordnungen

14 vgl. Fußnote 12 auf S. 11

Übersicht über die Entwicklung der EU-Schwellenwerte seit 2004:

Zeitraum	Schwellenwert (ohne Umsatzsteuer)
2004/2005	200.000 EUR
2006/2007	211.000 EUR
2008/2009	206.000 EUR
2010/2011	193.000 EUR
2012/2013	200.000 EUR
2014/2015	207.000 EUR

Schwellenwerte spielen im Vergaberecht generell eine große Rolle. In diesem Leitfaden wird im jeweiligen Zusammenhang auf die relevanten Summen hingewiesen. Ein Überblick über alle Schwellenwerte, die aus unterschiedlichen Rechtsquellen resultieren, findet sich in [Anlage 2](#). Ein Kontrollblick auf diese Tabelle ist nach Bestimmung des Auftragswertes ratsam, um sicherzustellen, dass keine wertbezogene Regelung übersehen wurde.

Auf welcher Rechtsgrundlage eine Beschaffung durchzuführen ist, richtet sich folglich danach, ob die europäischen Schwellenwerte erreicht werden oder nicht:

Oberschwellige Vergaben
(≥ EUR 207.000 ohne USt.)



Unterschwellige Vergaben
(< EUR 207.000 ohne USt.)

**3.2 GWB und HmbVgG als gesetzliche Grundlagen**

Gesetzliche Grundlage für die Beschaffung ist im oberschweligen Bereich der Vierte Teil (§§ 97 bis 129b) des GWB, im unterschweligen Bereich das HmbVgG.

Oberschwellige Vergaben:
§§ 97 bis 129b GWB

Ende der 1990er Jahre wurde das Vergaberecht europarechtskonform im GWB verankert. Dort finden sich neben dem Geltungsbereich der Vergabevorschriften allerdings nur allgemeine Grundsätze, nach denen sich die Auftragsvergabe auszurichten hat.

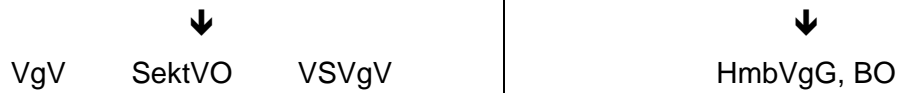
Für „nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren“ verweist § 97 Abs. 6 GWB auf die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO) sowie die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).

Unterschwellige Vergaben:
HmbVgG

Für den Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte finden die europäischen Vergaberichtlinien keine Anwendung. Aus diesem Grund wurde 1998 auch keine Veranlassung gesehen, für den unterschweligen Bereich die gleichen Änderungen wie im GWB vorzunehmen.

Das unterschwellige Vergaberecht ist damit primär Landesrecht.

Nähere Bestimmungen zum Vergabeverfahren sind dem HmbVgG und der Beschaffungsordnung (BO) zu entnehmen.



3.3 VgV bzw. HmbVgG als Bindeglieder zu den Vergabe- und Vertragsordnungen

Weder die gesetzlichen Grundlagen GWB noch die Vorschriften, auf die diese unmittelbar verweisen, enthalten konkrete Regelungen zu den Vergabeverfahren. Vielmehr verweisen die VgV, die daneben auch Angaben zu den maßgeblichen Schwellenwerten, für die Schätzung des Auftragswertes sowie vom Vergabeverfahren wegen Befangenheit ausgeschlossene Personen enthält, und das HmbVgG wiederum weiter auf die Vergabe- und Vertragsordnungen. Dieses sog. **Kaskadenprinzip** trägt maßgeblich zur Unübersichtlichkeit des Vergaberechts bei und wird deshalb zum Teil heftig kritisiert.

Zu den „Bindegliedern“ im Einzelnen:

Oberschwellige Vergaben: VgV, SektVO, VSVgV

Die Vergabeverordnung (VgV) nennt die Schwellenwerte zur Differenzierung zwischen ober- und unter-schwelligem Bereich. Für nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren verweist die VgV auf die Vergabe- und Vertragsordnungen VOL/A, VOB/A und VOF. Grundsätzlich findet von der VOL/A und der VOB/A der 2. Abschnitt Anwendung.

Für Sektorenauftraggeber gilt die Sektorenverordnung (SektVO). Für Vergabeverfahren in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit gilt die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).¹⁵

Die VOF gilt insgesamt nur für den ober-schweligen Bereich.

Eine wesentliche Funktion der VgV besteht darin, für den ober-schweligen Bereich durch Verweis die Verbindlichkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen herzustellen.

↓
VOL/A, VOB/A, VOF

Unterschwellige Vergaben: HmbVgG

Das HmbVgG enthält in § 2a den Anwendungsbefehl für die Vergabe- und Vertragsordnungen. Für den unter-schweligen Bereich findet jeweils der 1. Abschnitt der VOL/A und VOB/A Anwendung. Die VOF findet im unter-schweligen Bereich keine Anwendung.

Mit § 2a HmbVgG wird die rechtsverbindliche Anwendbarkeit der VOL/A und der VOB/A gesetzlich angeordnet.

↓
VOL/A, VOB/A

15 Dieser Leitfaden befasst sich ausschließlich mit Lieferungen und Leistungen nach VOL und VOF. Insofern werden die Inhalte von SektVO und VSVgV nicht weiter vertieft.

3.4 Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)

Weitere verbindliche Regelungen zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von – insbesondere Bau- – Verträgen enthält das Hamburgische Vergabegesetz. Es wurde 2004 mit dem Ziel verabschiedet, die Bauwirtschaft zu stärken und den Mittelstand zu fördern. Es enthält außerdem eine Tariftreuerregelung, die Verpflichtung zur umweltverträglichen Beschaffung sowie die Verpflichtung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen. Das HmbVgG wurde bislang auf Grund notwendiger Anpassungen vier Mal geändert. Der Gesetzestext sowie Erläuterungen dazu befinden sich in der [Anlage 3](#).

Die letzte Änderung, die am 10.06.2013 in Kraft trat, umfasst Regelungen zum sog. vergabespezifischen Mindestlohn und diverse Neuerungen hinsichtlich der Beachtung ökologischer Kriterien.

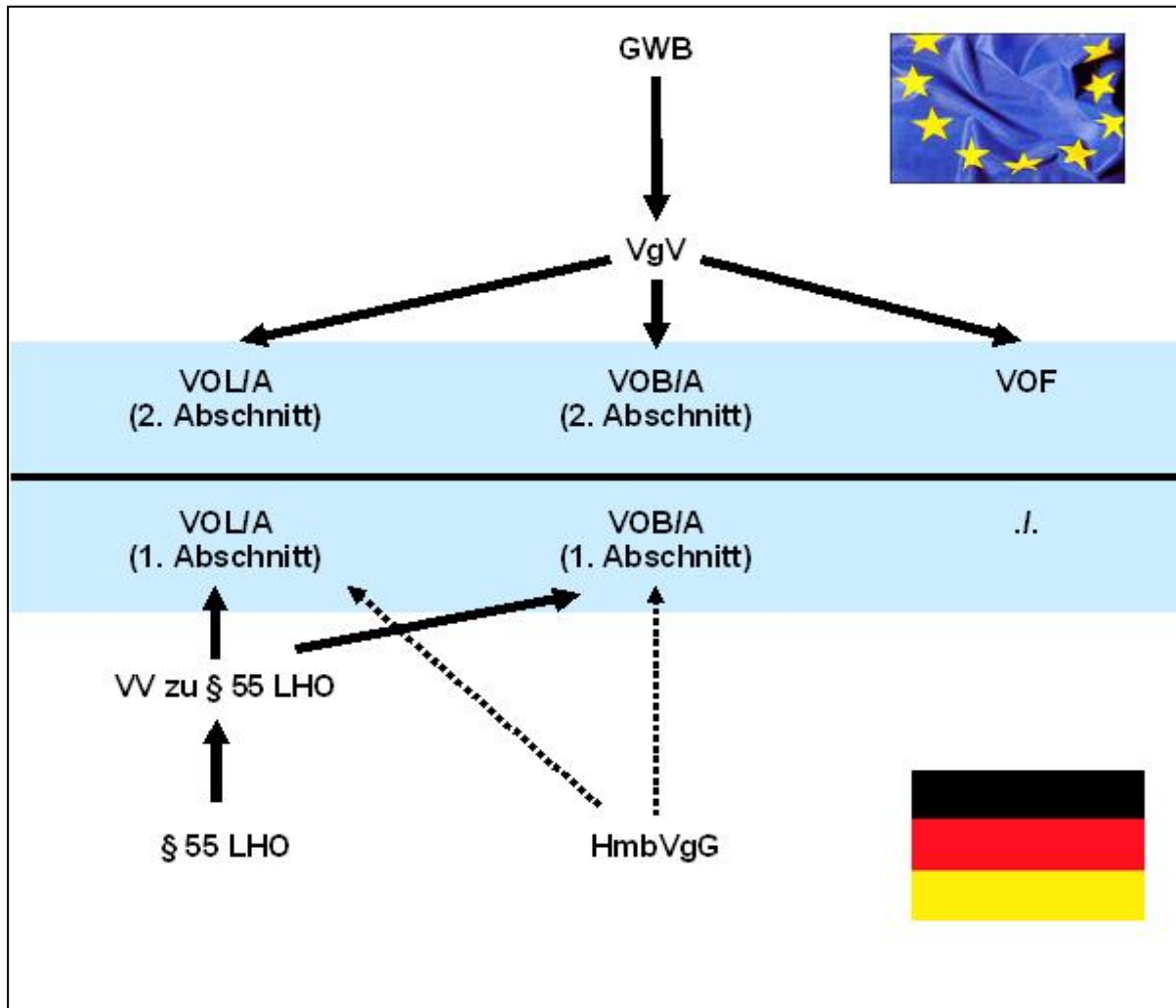
- Gem. § 3 Abs. 2 HmbVgG dürfen öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, einen **Mindestlohn** nach § 5 des Hamburgischen Mindestlohngesetzes (derzeit 8,50 Euro) zu zahlen.
- Die Dienstleistungen anbietenden Unternehmen müssen sich gem. § 3 Abs. 3 HmbVgG verpflichten, im Falle der Arbeitnehmerüberlassung dafür zu sorgen, dass die Verleiher den **Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern** das gleiche zahlen, wie es der Entleiher bei seinen vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern tut.
- Gem. § 3 Abs. 4 HmbVgG müssen die Unternehmen im Rahmen der **Verpflichtungserklärung** die Art der tariflichen Bindung ihres Unternehmens sowie die gezahlte Höhe des Stundenlohns (brutto) für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben.
- Diese Regelungen gelten auch für Konzessionen (§ 3 Abs. 6) (s. S. 34).

Hinweis: Für die soeben erwähnte Verpflichtungserklärung gibt es einen Vorschlag der Finanzbehörde, welcher unter <http://www.hamburg.de/fb/vergaberecht> abgerufen und ggf. dem jeweiligen Vergabeverfahren inhaltlich angepasst werden kann.

Der § 3b HmbVgG („Umweltverträgliche Beschaffung“) ist um die neuen Abs. 2 – 9 ergänzt worden und regelt

- die Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips bei der Lieferung von Investitionsgütern (§ 3b Abs. 2 HmbVgG);
- die Pflicht, im Rahmen einer Bedarfsanalyse eine umweltfreundliche und energieeffiziente Gesamtlösung anzustreben (§ 3b Abs. 3 HmbVgG);
- den Nachweis von Leistungsanforderungen durch die Verwendung von Umweltzeichen (§ 3b Abs. 4 und 5 HmbVgG);
- den im Rahmen der Eignungsprüfung in geeigneten Fällen zu führenden Nachweis, dass bestimmte Normen des Umweltmanagements erfüllt werden (§ 3b Abs. 6 HmbVgG);
- die Berücksichtigung der Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (§ 3b Abs. 7 HmbVgG);
- das Vorschreiben weiterer umweltbezogener Bedingungen für die Ausführung des Auftrags (§ 3b Abs. 8 HmbVgG);
- den Einsatz emissionsfreier Fahrzeug bei der Auftragsdurchführung von Transportdienstleistungen (§ 3b Abs. 9 HmbVgG).

Übersicht über die wesentlichen Rechtsgrundlagen



3.5 Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL/A und VOF)

Die eigentlichen und für die Beschaffungspraxis relevantesten Vorschriften für das Vorgehen beim Einkauf von Waren und Dienstleistungen befinden sich – wie bereits erwähnt – in den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL, VOF). Teil A der VOL (**VOL/A**) regelt das formelle Verfahren der Vergabe von Lieferungen und Leistungen bis zum Vertragsabschluss. Der Teil B der VOL (**VOL/B**) enthält dagegen im Einzelnen die vertraglichen Bedingungen für die zu vergebenden Aufträge. Die VOL wird in Bund, Ländern und Gemeinden gleichermaßen angewendet und soll damit ein einheitliches Verfahren der Ausschreibungen der öffentlichen Auftraggeber sicherstellen. Sie kommt damit auch den Forderungen der Bewerber und Bieter nach überschaubaren Regelungen entgegen und eröffnet ihnen gleiche Chancen im Wettbewerb. Die VOL/A besteht aus zwei Abschnitten:

- **Abschnitt 1** für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen unterhalb des Schwellenwertes der europäischen Vergaberichtlinien.
- **Abschnitt 2** für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen oberhalb des Schwellenwertes der europäischen Vergaberichtlinien.

Die VOL enthält im Anhang IV Erläuterungen. Diese – zum Teil wichtigen und ausführlichen – Erläuterungen behandeln zwar überwiegend die Inhalte des ersten Abschnitts, gelten aber auch für den zweiten Abschnitt, sofern dort keine besonderen Anmerkungen gemacht sind. Unglücklich ist, dass die Nummerierung der Paragraphen nicht durchgängig parallel verläuft, so dass man beim Suchen tatsächlich auf den Inhalt und nicht auf die Nummerierung abstellen muss.

3.6 Beschaffungsordnung (BO)

Neben der VOL/A als allgemeiner Beschaffungsvorschrift enthält die Beschaffungsordnung (BO) der FHH als spezielle Verwaltungsvorschrift weitere für die Mitarbeiter/innen der Verwaltung verbindliche Regelungen zur Zuständigkeit für den Einkauf von Waren und Dienstleistungen und zur Wahl der Vergabeart sowie die für die FHH geltenden Wertgrenzen für die Wahl bestimmter Vergabearten. Für die Hochschulen und die Staats- und Universitätsbibliothek gelten nicht alle Bestimmungen der BO. Sollten Sie in einem dieser Bereiche tätig sein, informieren Sie sich bitte vor Beginn eines Vergabeverfahrens über die Besonderheiten in Ihrem Bereich.

3.7 Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbTG)

Das Hamburgische Transparenzgesetz (HmbTG) regelt zwar das Vergabeverfahren nicht, spielt aber für die Vergabestellen eine gleich doppelte Rolle: Sie müssen die Veröffentlichung bestimmter Verträge im Informationsregister veranlassen und können sich im Übrigen mit Auskunftersuchen von Bürgern, welche nicht unbedingt Beteiligte des Vergabeverfahrens sind, in Bezug auf alle übrigen den Vergabevorgang betreffenden Informationen konfrontiert sehen.

Umfangreiche Materialien und Arbeitshilfen zum Transparenzgesetz stehen im FHHportal unter <http://fhhportal.stadt.hamburg.de/websites/1021/Seiten/default.aspx>¹⁶ zur Verfügung.

Folgende Leitlinien sollen als Orientierung im komplexen Regelungsgeflecht dienen; in Zweifelsfällen wird empfohlen, die zuständige Rechtsabteilung/das zuständige Rechtsamt zu beteiligen.

3.7.1 Verschiedene Formen der Informationspflicht und betroffene Verträge

Das HmbTG unterscheidet zwischen der Auskunftspflicht und der Veröffentlichungspflicht (§ 2 Abs. 9 HmbTG). Die Veröffentlichungspflicht hat die Verpflichtung der Verwaltung zum Inhalt, Informationen in elektronischer Form ab Oktober 2014 im [Informationsregister](#) zu veröffentlichen (§ 10 Abs. 1 HmbTG).

Im Vergabewesen stehen hierbei die abgeschlossenen Verträge im Mittelpunkt. Von der **Veröffentlichungspflicht** betroffen sind zwei Kategorien:

- Verträge der Daseinsvorsorge (definiert in § 2 Abs. 10 HmbTG) gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 HmbTG, für die eine Veröffentlichung obligatorisch ist und
- Verträge, an deren Veröffentlichung ein öffentliches Interesse besteht, gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG, für die eine Veröffentlichung fakultativ ist.

Zu beachten ist, dass Verträge von der Veröffentlichungspflicht ausgenommen sind, deren Gegenstandswert **weniger als 100.000 Euro** beträgt, wenn zwischen den Vertragspartnern im Lauf der vergangenen zwölf Monate Verträge über weniger als insgesamt 100.000 Euro abgeschlossen worden sind (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG).

Die Veröffentlichungspflicht des § 3 HmbTG bezieht sich nach ihrem klaren Wortlaut lediglich auf die Verträge selbst. Solche liegen jedoch rechtlich erst mit erfolgtem Vertragsschluss vor, also mit dem der Erteilung des Zuschlags.

Alle anderen mit dem Vergabeverfahren zusammenhängenden Informationen (Vertragsentwürfe, Vermerke, Dokumentationen, Leistungsbeschreibungen, Kommunikation mit Bietern und anderen Stellen etc.) sind von dieser Vorschrift zwar nicht erfasst. Jedoch handelt es sich hierbei gem. § 3 Abs. 3 HmbTG um andere Informationen, die grundsätzlich **der Auskunftspflicht** unterliegen, denn Informationen sind gem. § 2 Abs. 1 HmbTG alle Informationen unabhängig von der Art ihrer Speicherung.

3.7.2 Unterscheidung nach Verfahrensstadien

Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht und die damit korrespondierenden Ansprüche finden ihre Grenzen in den Vorschriften des Vergaberechts und des HmbTG, wobei eine nach Verfahrensstadien unterscheidende Betrachtung zu erfolgen hat und die teilweise begrenzte Reichweite der jeweiligen Normen zu beachten ist.

a) während des laufenden Vergabeverfahrens

Während des laufenden Vergabeverfahrens liegt (noch) kein Vertrag vor, sodass lediglich eine grundsätzliche Auskunftspflicht hinsichtlich anderer Informationen i. S. d. § 3 Abs. 3 HmbTG gegeben ist. Diese ist jedoch eingeschränkt durch **§ 14 Abs. 3 VOL/A** i. V. m. § 2a HmbVgG, der als Spezialvorschrift i. S. d. § 9 Abs. 1 HmbTG anzusehen ist. Für den überschwelligen Bereich gilt **§ 17 EG Abs. 3 VOL/A** i. V. m. § 4 Abs. 2 VgV als höherrangiges Recht. Diese Normen regeln, dass die Angebote und ihre Anlagen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln sind. Nur insoweit, also bezogen auf diese explizit genannten Dokumente/Informationen, wird man diese Vorschriften als Spezialregelung verstehen können. Aber auch dann besteht gem. § 9 Abs. 1 HmbTG zumindest die Pflicht, eine Darstellung ihres **Gegenstandes** und ihres **Titels** zu veröffentlichen oder zugänglich zu machen.

Hinsichtlich aller weiteren Informationen, die mit dem Vergabevorgang zusammenhängen, ist also grundsätzlich ein Auskunftsanspruch gegeben und ggf. die übrigen Ausnahmevorschriften des HmbTG genau zu prüfen. Die Veröffentlichungspflicht wird durch das HmbTG nämlich eingeschränkt, insbesondere durch

- div. Ausnahmen, z. B. für Vergabekammern (§ 5 Nr. 1 HmbTG),
- den Schutz öffentlicher Belange (§ 6 HmbTG, unmittelbare Willensbildung des Staates usw.),
- den Schutz personenbezogener Daten (§ 4 HmbTG),
- Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (§ 7 HmbTG).

Insbesondere § 7 HmbTG dürfte in der Praxis von hoher Bedeutung sein. Das Informationsinteresse überwiegt das Geheimhaltungsinteresse (vgl. Abs. 2) bei sehr hohen Vertragswerten, unvorhergesehenen Kostensteigerungen und einer Monopolstellung. Bei der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls stellen sich hierbei schwierige Abwägungsfragen, bei denen insgesamt ein strenger Maßstab, der dem Gesetzeszweck Geltung verschafft, anzulegen ist. So begründet etwa ein mit allen Bietern gemeinsam durchgeführter Ortstermin eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht und als solche einen schweren, den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beeinträchtigenden Vergabemangel wegen der Gefahr unzulässiger wettbewerbsverzerrender Preisabsprachen zwischen einzelnen Bietern (BVerwG, Beschluss vom 29.01.2014 – 8 B 26.13).

Besonders zu beachten ist das **Trennungsgebot des § 7 Abs. 3 HmbTG**: Die dort geregelte Kennzeichnung und Trennung der Betriebsgeheimnisse von den übrigen Unterlagen hat unmittelbare Auswirkungen auf das Vergabeverfahren. Die Unternehmen sind in der Aufforderung zur Angebotsabgabe dazu zu veranlassen, vorsorglich ihre Angebote unter Beachtung dieses Prinzips entsprechend gestaltet zu übersenden.

b) während des Nachprüfungsverfahrens

Für den Zeitraum des Nachprüfungsverfahrens ist zunächst festzustellen, dass die Informationspflicht gemäß **§ 5 Nr. 1 HmbTG** nicht für die Vergabekammern gilt.

Hinsichtlich der Frage, wie die rechtliche Lage zu beurteilen ist, wenn sich ein Bieter an die die Ausschreibung durchführende Stelle mit einem Auskunftersuchen wendet, ist auf **§ 111 GWB** zu verweisen. Diese Vorschrift regelt ein Akten-

einsichtsrecht der Beteiligten bei der Vergabekammer und ist für das gesamte Nachprüfungsverfahren als Spezialgesetz i. S. v. § 9 Abs. 1 HmbTG anzusehen. Dieser Anspruch ist nämlich nur gegeben, wenn der Bieter seiner in § 107 Abs. 3 GWB geregelten Rügeobliegenheit nachgekommen ist. Diese spezielle Präklusionsregelung (Ausschlussregelung) würde man unterlaufen, wenn man parallel einen Anspruch nach dem HmbTG gewähren würde, sodass im Ergebnis das HmbTG im Nachprüfungsverfahren nicht anwendbar ist. Dies muss auch hinsichtlich von Auskunftersuchen gelten, die sich direkt an die ausschreibende Stelle richten, weil ansonsten die Regelung des § 111 GWB unterlaufen werden könnte.

Im Ergebnis besteht daher während des Nachprüfungsverfahrens weder eine Veröffentlichungspflicht noch eine Auskunftspflicht.

c) nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens / nach Vertragsschluss

Hinsichtlich der nunmehr geschlossenen Verträge gilt das unter 3.7.1 Gesagte. Bezüglich der übrigen Informationen gilt Ähnliches wie in der Phase des noch laufenden Vergabeverfahrens:

§ 4 Abs. 3 VOL/A und **§ 17 EG Abs. 3 VOL/A** regeln, dass Angebote und ihre Anlagen sowie die Dokumentation über die Angebotsöffnung auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln sind. Die Normen der VOL/A werden über diesen Weg aber lediglich hinsichtlich der dort genannten Gegenstände zu einer spezialgesetzlichen Regelung i. S. d. § 9 Abs. 1 HmbTG. Im Übrigen gilt Entsprechendes wie während des Vergabeverfahrens: auch hier sind die Grenzen der VOL-Vorschriften genau zu beachten und im Übrigen der Umfang der Auskunftspflicht anhand der Ausnahmenvorschriften des HmbTG zu bestimmen.

Es besteht eine umfassende Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht, die Unterlagen der Bieter sind durch die Geheimhaltungsvorschriften der VOL/A und der allgemeinen Ausnahmenvorschriften des HmbTG im dort geregelten Umfang geschützt.

	oberschwelliger Bereich	unterschwelliger Bereich
während des Vergabeverfahrens	<ul style="list-style-type: none"> keine Veröffentlichungspflicht für Verträge (Argumentation: noch kein geschlossener Vertrag vorhanden), im Übrigen bezüglich anderer Informationen zwar grds. Auskunftspflicht, welche regelmäßig ihre Grenzen in der VOL/A und im HmbTG, insbesondere in § 6 Abs. 2 Nr. 1 (Entwürfe zu Entscheidungen), findet. andere Auffassung: Prinzip des (Geheim)-Wettbewerbs schließt als spezialgesetzliche Regelung Anwendung des HmbTG aus 	
während des Nachprüfungsverfahrens	<ul style="list-style-type: none"> keine Veröffentlichungs- und Auskunftspflicht nach HmbTG (Argumentation: § 111 GWG ist lex specialis) Schutz der Vergabekammer durch § 5 HmbTG 	(bisher) kein Nachprüfungsverfahren gesetzlich geregelt.

	oberschwelliger Bereich	unterschwelliger Bereich
nach Abschluss des Vergabeverfahrens	<ul style="list-style-type: none"> • Veröffentlichungspflicht für Verträge der Daseinsfürsorge und bei öffentlichem Interesse an Veröffentlichung • Auskunftspflicht in den Grenzen der VOL/A und des HmbTG • andere Auffassung: Auskunftspflicht (Argumentation: Verfahren abgeschlossen, kein wettbewerbliches Geheimhaltungsbedürfnis mehr), begrenzt durch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und auf bestimmte Gegenstände 	

3.7.3 Sonderproblem § 10 Abs. 2 HmbTG

Gemäß § 10 Abs. 2 HmbTG sind, Verträge, die nach Maßgabe dieses Gesetzes bei Vertragsschluss zu veröffentlichen sind, so zu schließen, dass sie frühestens einen Monat nach Veröffentlichung wirksam werden und die Behörde innerhalb dieser Frist vom Vertrag zurücktreten kann.

Weil die Veröffentlichungspflicht bei Vertragsschluss beginnt und nicht vorher, muss zunächst die Wartefrist des § 101a GWB (sowie ein etwaiges Nachprüfungsverfahren) abgewartet werden.

Angesichts des Wortlauts des § 10 Abs. 2 HmbTG „Verträge, die (..) zu veröffentlichen sind“, ist davon auszugehen, dass hiermit sowohl Verträge der Daseinsvorsorge gem. § 3 Abs. 1 HmbTG als auch die „weiteren Verträge“ gem. § 3 Abs. 2 HmbTG erfasst werden. Letztere „sollen“ zwar lediglich veröffentlicht werden, dies ist nach üblichem juristischem Sprachverständnis jedoch als eine generelle Verpflichtung zu verstehen, die lediglich in besonders gelagerten Fällen Ausnahmen zulässt (sog. gebundenes Ermessen).

3.8 Gesetz zur Errichtung eines Registers zum Schutz fairen Wettbewerbs (GRfW)

Das am 1.12.2013 in Kraft getretene GRfW vom 17.09.2013 (HmbGVBl. Seite 417) hat das Ziel, im Interesse einer effektiven Korruptionsbekämpfung Informationen über unzuverlässige natürliche und juristische Personen oder Personenvereinigungen zu sammeln und den öffentlichen Auftraggebern bereitzustellen, um sie bei der ihnen obliegenden Prüfung der Zuverlässigkeit von Bieterinnen und Bietern, Bewerberinnen und Bewerbern sowie potentiellen Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern zu unterstützen (§ 1 Abs. 1 GRfW). Hierzu führt die bei der Finanzbehörde eingerichtete zentrale Informationsstelle ein Register, in das nachgewiesene korruptionsrelevante oder sonstige Rechtsverstöße im Geschäftsverkehr oder mit Bezug zum Geschäftsverkehr (schwere Verfehlungen) eingetragen werden. Dabei handelt es sich um Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die in § 2 Abs. 2 GRfW aufgeführt sind, sowie Einzelausschlüsse durch Vergabestellen in konkreten Vergabeverfahren und um Vergabesperrn, die von der zentralen Informationsstelle verhängt werden.

Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, der zentralen Informationsstelle unverzüglich schwere Verfehlungen mitzuteilen (§ 4 Abs. 1 GRfW). Außerdem sind sie verpflichtet, vor der Entscheidung über die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen sowie von Planungsleistungen ab einem Auftragswert von 25.000 Euro (ohne USt.) bei der zentralen Informationsstelle abzufragen (<http://www.hamburg.de/fb/register-fairer-wettbewerb/>), inwieweit Eintragungen im Register zu den für den Zuschlag vorgesehenen Bieterinnen und Bietern, deren Geschäftsführungen, Bewerberinnen und Bewerbern, sowie potentiellen Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern vorliegen (§ 7 Abs. 1 GRfW).

Die Vergabestellen entscheiden nach § 6 Abs. 1 GRfW grundsätzlich im Rahmen konkreter Vergabeverfahren in eigener Verantwortung nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften (insbesondere im Rahmen der Eignungsprüfung auf der 2. Wertungsstufe) über den Einzelausschluss von Unternehmen unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Abfrage beim Register. Soweit aus dem Register eine Vergabesperre der zentralen Informationsstelle

der Finanzbehörde ersichtlich ist, sind die Vergabestellen allerdings daran gebunden und dürfen dem gesperrten Unternehmen den Zuschlag nicht erteilen. Ist aus dem Register eine Vergabesperre des Wirtschaftsministeriums Schleswig-Holstein ersichtlich, mit dem die Freie und Hansestadt Hamburg das Register gemeinsam führt, gilt diese Eintragung als Empfehlung, dem betroffenen Unternehmen den Zuschlag nicht zu erteilen.

III. Kapitel: Verfahren zur Beschaffung von Waren und Dienstleistungen

1. Zuständigkeiten und Organisation

1.1 Zuständigkeiten

Mit dem Beschluss der Senatsdrucksache Nr. 2012/2334 vom 13.11.2012 hat der Senat eine grundlegende Neuorganisation des Einkaufs in der FHH beschlossen. Die neue Struktur baut auf vier Zentralen Vergabestellen (ZVST) auf, die mit hauptamtlichen Einkäufern für ihnen zugeordnete Warengruppen (Standardbedarf) hamburgweit zuständig sind. Hinzu kommt als fünfte ZVST Dataport als zentraler Dienstleister für IT.

Die ZVST führen grundsätzlich für die ihnen zugeordneten Warengruppen des Standardbedarfs alle Vergaben oberhalb der Wertgrenze für öffentliche Ausschreibungen (derzeit 100.000 Euro, vgl. § 3 Abs. 6 BO) sowie grundsätzlich Ausschreibungen für Spezialbedarf oberhalb 100.000 Euro durch.

In den Fachbehörden und Bezirksamtern sollen Beschaffungsstellen eingerichtet werden, in denen Beschaffer die Einkäufe für die eigenen Bedarfsträger durchführen. Hierbei handelt es sich um die Direktkäufe, Abrufe aus Rahmenvereinbarungen sowie Vergaben bis zur Wertgrenze der Öffentlichen Ausschreibung. Außerdem werden von den Beschaffungsstellen Spezialbedarfe und freiberufliche Dienstleistungen bis zu einer Wertgrenze von 100.000 Euro eingekauft.

Näheres zu den Zuständigkeiten ist in der BO (VHB 4.5) geregelt. In der Anlage 1 zur BO finden sich die ZVST sowie weitere Beschaffungsstellen mit zentraler Zuständigkeit und eine Auflistung der Waren und Dienstleistungen, die als Standardbedarf gelten, also grundsätzlich für alle Dienststellen der Hamburger Verwaltung zentral eingekauft werden. Bei allen nicht in der Anlage aufgeführten Waren und Dienstleistungen handelt es sich folglich um Spezialbedarf, der dezentral beschafft wird. Bei freiberuflichen Leistungen handelt es sich immer um Spezialbedarf; sie werden daher dezentral eingekauft.

Größte ZVST für Lieferungen und Leistungen mit Ausnahme von Bauleistungen ist das Referat Beschaffung und Strategischer Einkauf für Hamburg in der Finanzbehörde. Dieses nimmt eine besondere Stellung ein, da hier noch weitere Aufgaben stadtweit wahrgenommen werden: Warengruppencontrolling, Fachliche Leitstelle Webshop (zukünftig) und die Fachliche Leitstelle für die Vergabesoftware eVa.

Neben der Zuständigkeit für die Beschaffung eines Großteils der in der FHH benötigten Waren und Dienstleistungen ist die Finanzbehörde auch die ministeriell zuständige Behörde für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts (Federführung Hamburgisches Vergabegesetz, Erlass von Verwaltungsvorschriften, Beschaffungsordnung, Mitwirkung an Bundes- und europäischer Gesetzgebung etc.). Außerdem führt sie regelmäßig Schulungen im Bereich des Vergaberechts für die Mitarbeiter/innen der FHH und verbundener Unternehmen, insbesondere der Beschaffungssachbearbeiter/innen durch. Diese Schulungen werden vom Zentrum für Aus- und Fortbildung (ZAF) organisiert.

1.2 Organisation der Beschaffungsstellen

Die Organisation der internen Beschaffungsstelle obliegt jeder Behörde bzw. jedem Amt selbst. Dabei sind die verbindlichen Anforderungen der BO zu beachten (§ 2 und § 7). Es soll grundsätzlich nur eine Beschaffungsstelle pro Behörde bzw. Amt errichtet werden, die für die interne Beschaffung zuständig ist und das Bindeglied zwischen Bedarfsstellen und den ZVST sein soll. Weitere organisatorische Maßgaben werden durch das elektronische Bestellwesen vorgegeben, das sukzessive zur Abwicklung der Bestellvorgänge und Freihändigen Vergaben eingeführt wird (die ersten Pilot-Dienststellen arbeiten bereits seit dem 15.05.2014 mit dem System).

Die Zentralen Vergabestellen und sonstigen Beschaffungsstellen haben für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich organisatorische Regelungen zu treffen, durch die ordnungsgemäße Vergabeverfahren gewährleistet werden (§ 12 Abs. 2 GRfW). Hierzu zählt insbesondere auch die Einhaltung der allgemein anerkannten Grundsätze zur Korruptionsprävention wie z.B. Schulungen für die Mitarbeiter/innen, die Beachtung des Mehraugenprinzips und stichprobenartige Kontrollen, (vgl. Bürgerschaftsdrucksache 15/6126 vom 24.09.1996, S. 6: „Einzelne Instrumente zur Präventionsverbesserung“).

1.3 Zusammenarbeit zwischen Bedarfs- und Beschaffungsstellen

Voraussetzung für eine reibungslose Beschaffung sind klare Absprachen, die möglichst vor Beginn der Zusammenarbeit schriftlich fixiert werden sollten und eine funktionierende Kommunikation zwischen Bedarfs- und Beschaffungsstelle. Jede Stelle ist zuständig (und verantwortlich) für ihre Kernkompetenzen. Dies bedeutet, dass

- die Bedarfsstelle für diejenigen Bestandteile der Ausschreibung zuständig sein sollte, die einen fachlichen Bezug haben (z.B. Leistungsbeschreibung, besondere Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, individuelle vertragliche Regelungen etc.);
- die Beschaffungsstelle für alle vergaberechtlichen Verfahrensfragen zuständig sein sollte (Wahl der Vergabe- und Vertragsordnungen und Vergabeart, Beratung zu vergaberechtlichen Anforderungen bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung und vergaberechtliche Prüfung derselben, allgemein zu fordernde Eignungskriterien, Durchführung der Wertung (z.B. Wertungsmatrix) unter Beteiligung der Bedarfsstelle, sofern dies fachlich geboten ist, Informationsschreiben an die unterlegenen Bieter etc.). Außerdem läuft ggf. die Kommunikation zwischen Bedarfsträger und ZVST über die Beschaffungsstelle.

Bei komplexen Beschaffungen ist es empfehlenswert, die zuständige Rechtsabteilung bzw. das zuständige Rechtsamt einzuschalten. Dies gilt sowohl in Bezug auf schwierige vergaberechtliche Sachverhalte als auch auf Fälle, in denen individuelle Vertragsklauseln (z.B. Mängelhaftung, Vertragsstrafen etc.) formuliert werden sollen. Schließlich kann auch die Einbeziehung anderer Behörden oder Dienststellen (z.B. Arbeitsmedizinischer Dienst, Fachkräfte für Arbeitssicherheit) geboten sein.

1.4 Dokumentation des Vergabeverfahrens und Informationspflichten

Nach § 20 VOL/A ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, so dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Für den unterschweligen Bereich sind die erforderlichen Angaben im Text der Vorschrift nicht im Einzelnen festgelegt, diese finden sich in den Erläuterungen zur VOL/A (Anhang IV der VOL/A). Für den oberschweligen Bereich regelt § 24 EG VOL/A die Mindestanforderungen an die Dokumentation.

Der Vergabevermerk soll mindestens die nachstehenden Angaben enthalten:

- den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers, Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems,

- die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
- die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung,
- die Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten,
- den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie – falls bekannt – den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt,
- bei nicht offenen Verfahren, Verhandlungsverfahren und wettbewerblichen Dialogen die Gründe, die die Anwendung dieser Verfahren rechtfertigen,
- gegebenenfalls die Gründe, aus denen die Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet haben,
- die Gründe, aufgrund derer mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden sollen,
- die Gründe, warum der Gegenstand des Auftrags die Vorlage von Eignungsnachweisen erfordert und warum in diesen Fällen Nachweise verlangt werden müssen, die über Eigenerklärungen hinausgehen,
- die Gründe der Nichtangabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien.

Der Vergabevermerk muss unterzeichnet sein, um damit die Verantwortlichkeit des Auftraggebers für den Inhalt zu dokumentieren (OLG Karlsruhe vom 21.07.2010 – 15 Verg 6/10). Ein undatiertes Vergabevermerk genügt nicht den rechtlichen Anforderungen (OLG Naumburg vom 20.09.2012 – 2 Verg 4/12). Das Gleiche gilt für einen aus rückschauender Betrachtung gefertigten Vergabevermerk (OLG Sachsen-Anhalt vom 20.09.2012 – 2 Verg 4/12).

Die Dokumentation des Vergabeverfahrens hat kontinuierlich zu erfolgen: Es genügt nicht, die einzelnen Verfahrensschritte im Nachhinein zu dokumentieren, sondern aus dem Vergabevermerk muss aus Transparenzgründen erkennbar sein, dass die Dokumentation zeitnah zu den einzelnen Schritten stattgefunden hat. Im Ergebnis stellt sich der Vergabevermerk in der Vergabeakte daher als eine Vielzahl von einzelnen Vermerken dar, bei denen auch erkennbar sein muss, von wem sie wann gefertigt wurden. Am Ende ist diesen ggf. ein Abschluss- oder „Klammer-“ Vermerk beizufügen, mit dem der Abschluss des Vergabeverfahrens dokumentiert wird. Ist die fortlaufende und zeitnahe Dokumentation nicht nachweisbar, kann eine eventuelle Nachprüfung zur Aufhebung der Ausschreibung führen, so dass einzelne oder alle Vergabeschritte wiederholt werden müssen (vgl. OLG Bremen vom 14.04.2005 – Verg 1/2005).

Beispiele:

- Eine Vergabestelle verletzt wesentliche Rechte eines Bieters, wenn die Vergabeakte erhebliche Dokumentationsmängel aufweist und damit gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB verstößt (VK Finanzbehörde Hamburg vom 30.07.2007 – VgK Fb 6/07).
- Ein Auftraggeber verstößt gegen das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB, wenn er es entgegen § 24 EG Abs. 1 VOL/A versäumt, wichtige Verfahrensschritte zu dokumentieren, seine Entscheidungen im Vergabeverfahren nachvollziehbar zu begründen und die Vergabeakte nicht belegt, dass der Auftraggeber die nötigen Entscheidungen in eigener Verantwortung getroffen hat. (VK Lüneburg vom 31.05.2002 – 203 VgK - 09/2002).
- Um ein in jeder Hinsicht transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten und zugleich etwaigen Manipulationsversuchen vorzubeugen, kommt grundsätzlich eine nachträgliche Heilung von Dokumentationsmängeln nicht in Betracht. Ist der öffentliche Auftraggeber seiner Dokumentationspflicht nicht ordnungsgemäß und zeitnah nachgekommen, ist deren spätere Erstellung ohne Wiederholung des

nicht dokumentierten Vorgangs im Vergabeverfahren nicht möglich (OLG Celle vom 11.02.2010 – 13 Verg 16/09).

Auf Grund haushalts- und vertragsrechtlicher Vorschriften sind die Vergabeunterlagen durch die Vergabe- und Bedarfsstellen grundsätzlich zehn Jahre ab Ende des Jahres, in dem der Vertrag abläuft, aufzubewahren. Die Aufbewahrungsfrist ist im Einzelfall zu verlängern, soweit dies zum Nachweis von Rechten (insbesondere von Garantieansprüchen) erforderlich ist.

2. Vorbereitung einer Beschaffung

2.1 Bedarfsprüfung und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Gemäß der § 7 LHO sind die vorhandenen Haushaltsmittel sparsam und wirtschaftlich einzusetzen. Damit ist vor jeder Beschaffung sorgfältig zu prüfen, ob der Bedarf tatsächlich gegeben ist und in welcher Qualität und Menge er besteht. Allgemein ist hierzu zu bemerken, dass unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten für gleichartige Zwecke grundsätzlich gleichartige Waren zu verwenden sind. Es ist auch anzustreben, handelsübliche Erzeugnisse zu beschaffen. Die einschlägigen Normen und Grundsätze, z.B. EG-Richtlinien, DIN-Normen etc. sind zu beachten.

Gleichzeitig ist sicherzustellen, dass der Bedarf nicht aus bereits vorhandenen Ressourcen – in der eigenen oder auch aus anderen Dienststellen (siehe VB Verwertung, VHB 5.2) gedeckt werden kann. Zudem ist § 3b Abs. 3 HmbVgG zu beachten, nach dem im Rahmen der Vergabe einer Lieferung oder Dienstleistung vorangestellten Bedarfsanalyse eine umweltfreundliche und energieeffiziente Lösung angestrebt werden soll.

2.1.1 Markterkundung

Zur Klärung eines möglichen Bedarfs sowie der damit verbundenen wirtschaftlichen und haushalterischen Auswirkungen ist ggf. eine Markterkundung durchzuführen. Dies gilt für einen Überblick über die Produkt- oder Leistungsvielfalt, den möglichen Bewerber- / Bieterkreis, aber auch bei möglichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des Auftragswertes (S. 27). Auf keinen Fall zulässig ist es, zum Zwecke der Markterkundung eine Ausschreibung durchzuführen (§ 2 Abs. 3 und § 2 EG Abs. 3 VOL/A). Die Markterkundung hat vielmehr der Ausschreibung voranzugehen; sie ist Grundlage für die Wirtschaftlichkeitsberechnung und damit für das „ob“ einer Beschaffung, sowie auch für das „Wie“ einer Beschaffung, z.B. Leasing/ Miete statt Kauf.

Zur Erkundung des relevanten Marktes im Vorfeld der Beschaffung von Waren sind insbesondere folgende Möglichkeiten zu nennen:

- Auftragsberatungsstellen (Hinweise hierzu siehe unter VHB 2.4),
- Kataloge,
- Internetrecherche,
- Abfragen bei den betroffenen/in Frage kommenden Dienststellen zu den bisherigen Bezugsquellen und Auftragswerten,
- Erfahrungswerte früherer Ausschreibungen, entweder in der eigenen oder auch bei anderen Dienststellen,
- Informationsanfragen bei Firmen. Diese müssen allerdings auch deutlich als Informationsanfrage bezeichnet werden, damit die befragte Firma nicht davon ausgeht, in Kürze einen Auftrag zu erhalten!

Bei der Beschaffung von Dienstleistungen ist zur Markterkundung insbesondere auf die beiden letzten der vorgenannten Möglichkeiten zu verweisen; hieraus kann u.U. zuverlässig auf den geschätzten Aufwand in Personentagen sowie zusammen mit dem in der jeweiligen Branche üblichen Stunden- bzw. Tagessatz auf den zu erwartenden finanziellen Umfang der Leistung geschlossen werden.

2.1.2 Interessenbekundungsverfahren

Eine besondere Form der Markterkundung ist das sog. „Interessenbekundungsverfahren“. Irrtümlich wird ein Interessenbekundungsverfahren häufig mit dem Teilnahmewettbewerb im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung, eines Nichtoffenen Verfahrens, einer Freihändigen Vergabe oder eines Verhandlungsverfahrens gleichgesetzt. Richtiger Weise beschreibt das Interessenbekundungsverfahren allerdings eine besondere Form der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die in § 7 Abs. 3 LHO geregelt ist: Im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens wird privaten Anbietern in geeigneten Fällen die Möglichkeit gegeben darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können.

Ziel eines Interessenbekundungsverfahrens ist es, festzustellen,

- ob es Interessenten für die Übernahme der Aufgaben oder der öffentlichen Zwecken dienenden wirtschaftlichen Tätigkeiten gibt,
- welche Vorstellungen die Interessenten von der Art der Aufgabenerfüllung oder der wirtschaftlichen Tätigkeiten haben und
- zu welchem Preis und unter welcher Risikoverteilung diese Leistungen von Dritten übernommen werden könnten.

Einzelheiten finden sich in der Anlage 2 der VV zu § 7 LHO (VHB 4.3). Ein Interessenbekundungsverfahren ersetzt nicht einen vergaberechtlichen Teilnahmewettbewerb.

2.1.3 Wirtschaftlichkeitsberechnung

§ 7 LHO bestimmt, dass für geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung Nutzen-Kosten-Untersuchungen anzustellen sind. Bei einfachen Beschaffungen wie z.B. Papier- und anderem Bürobedarf beschränkt sich die Frage der Wirtschaftlichkeit häufig darauf, zu welchen Konditionen (Laufzeit, Lieferfristen, Lieferorte u. ä.) die Beschaffung am wirtschaftlichsten ist. Bei komplexeren Sachverhalten, insbesondere wenn verschiedene Beschaffungsalternativen zur Verfügung stehen, kommen durchaus aufwändige Untersuchungen zur Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme in Betracht. Dies ist z.B. der Fall, wenn verglichen werden soll, ob eine Eigenleistung durch die Stadt selbst oder eine Beschaffung am Markt die wirtschaftlichere Alternative ist. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung hat in der Regel im Vorfeld einer Ausschreibung zu erfolgen.

Für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist der geschätzte Auftragswert neben anderen Aspekten zu berücksichtigen, d.h. bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen können Aspekte eine Rolle spielen, die bei der Schätzung des Auftragswert ohne Bedeutung sind. Werden z.B. Schulungs- oder Wartungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Kauf einer technischen Ausrüstung nicht ausgeschrieben, fließen diese auch nicht in die Schätzung des Auftragswertes ein. Bei der Frage, auf welche Weise diese Ausrüstung am Wirtschaftlichsten zu beschaffen ist, also bei der Planung der Ausschreibung, müssen allerdings auch diese Aspekte berücksichtigt werden.

Außerdem können diese Wirtschaftlichkeitskriterien, die zwar nicht in die Schätzung des Auftragswertes einfließen, jedoch für die Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme von Bedeutung sind, für die Wahl des besten Angebots eine Rolle spielen: Nach § 97 Abs. 5 GWB und § 18 Abs. 1 bzw. § 21 EG Abs. 1 VOL/A ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. In diesem Sinne können Wirtschaftlichkeitskriterien bei der Wertung berücksichtigt werden, wenn sie zuvor als Zuschlagskriterien ausdrücklich angegeben worden sind.

2.2 Prüfung der Zuständigkeit

Vor der Durchführung eines Vergabeverfahrens ist die Zuständigkeit zu prüfen. In § 2 der BO ist festgelegt, welche Warengruppen und Dienstleistungen der zentralen Beschaffung unterliegen (Standardbedarf) und welche dezentral über die zuständige Beschaffungsstelle als Spezialbedarf selbst zu beschaffen sind. Ist die benötigte Ware oder Leistung in der Anlage 1 der BO aufgeführt, ist eine der ZVST zuständig. Bei Standardbedarf ist die Beschaf-

fungsstelle berechtigt, die benötigte Ware selbst einzukaufen, wenn es keine vertraglichen Verpflichtungen (z.B. auf Grund bestehender Rahmenvereinbarungen einer ZVST) gibt **und** wenn der Gesamtauftragswert 100.000 Euro nicht übersteigt (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 BO). Ausnahmen von dieser Regelung finden sich in der Anlage 1 zur BO, z.B. Kraftfahrzeuge.

2.2.1 Abruf aus bestehenden Verträgen

Häufig schließt eine ZVST als Ergebnis einer Ausschreibung mit dem oder den erfolgreichen Bietern eine in der Regel für alle Bereiche der Verwaltung verbindliche Rahmenvereinbarung, aus der die einzelnen Bedarfsstellen der FHH die benötigten Waren nur noch abzurufen brauchen (per VOL-Bestellschein oder elektronischem Abruf). Dies bedeutet für den einzelnen Sachbearbeiter, dass er lediglich die benötigten Mittel für die Ware reservieren muss und dann die Ware direkt beim Vertragspartner der FHH bestellen kann.

Die Abnahme der Ware, die Lieferkontrolle und das Begleichen der Rechnung sind dann die weiteren Aufgaben der Bedarfsstelle (die konkrete Ausgestaltung dieser Bestellvorgänge ist selbstverständlich abhängig von der Organisation der Verwaltungseinheit, für die beschafft wird).

Gibt es im Zusammenhang mit der Lieferung aus Rahmenvereinbarungen Probleme für die Bedarfsstelle, so ist in jedem Fall die zuständige ZVST zu informieren (z.B. Liefertermine werden nicht eingehalten, die Qualität der Ware ist unzureichend), damit diesem Missstand abgeholfen werden kann.

Eine gemeinsame Beschaffung über Rahmenverträge ist auch für mehrere Auftraggeber möglich. Mit „Auftraggeber“ sind solche nach § 98 GWB gemeint, also Kernverwaltung (einschließlich Landesbetriebe), Anstalten, Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie öffentliche Unternehmen (hier hilft regelmäßig ein Blick in den Beteiligungsbericht weiter). Wichtig ist es, für die Bieter transparent zu machen, welche öffentlichen Auftraggeber an dem Rahmenvertrag beteiligt werden sollen, und für diese den Vertrag dann auch tatsächlich abzuschließen. Eine Inanspruchnahme von Leistungen aus einem Rahmenvertrag durch öffentliche Auftraggeber, die an diesem Rahmenvertrag nicht beteiligt sind, ist nicht zulässig.

2.2.2 Einzelausschreibung durch eine Zentrale Vergabestelle

Auch wenn keine Rahmenvereinbarung existiert, ist ab der Wertgrenze von 100.000 Euro für die Beschaffung von Standardbedarf die Zuständigkeit der ZVST gegeben. Das Verfahren, wie der benötigte Bedarf dann durch die ZVST ausgeschrieben wird, ist zwischen Beschaffungs- und ZVST im Regelfall mit einer Dienstleistungsvereinbarung geregelt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Bedarfsstelle über die interne Beschaffungsstelle bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung, der Termingestaltung und evtl. auch bei der Wertung der Angebote beteiligt wird. Die Mittelreservierung, Abnahme, Lieferkontrolle und Zahlung der Ware bleibt regelmäßig die Aufgabe der Bedarfsstelle.

Die Beschaffungsstellen haben die ZVST so rechtzeitig zu kontaktieren, dass die ordnungsgemäße Durchführung eines Vergabeverfahrens möglich ist. Als grobe Orientierung dafür ist unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorbereitung und der zu beachtenden Fristen für die Durchführung eines Vergabeverfahrens von einer Mindestdauer im unter-schweligen Bereich von drei Monaten, im ober-schweligen Bereich von fünf Monaten auszugehen.

2.2.3 Eigene Ausschreibung

Jede Behörde/jedes Amt richtet eine Beschaffungsstelle ein, die die in Ausgestaltung des durch die Senatsdrucksache Nr. 2012/2334 vom 13.11.2012 beschlossenen Konzeptes Abrufe aus Rahmenvereinbarungen in unbegrenzter Höhe, Vergabeverfahren bis zur Wertgrenze für Öffentliche Ausschreibungen für Standardbedarf (derzeit 100.000 Euro ohne USt.) (außer für Kfz) sowie Vergabeverfahren unter 100.000 Euro für Spezialbedarf durchführt. Einige Behörden und Landesbetriebe haben im Rahmen der Abstimmung dieser Senatsdrucksache für ihren eigenen Bereich Ausnahmen zugesprochen bekommen. Diese sind individuell mit den jeweils betroffenen Einrichtungen vereinbart.

2.3 Auftragswert

Für die Wahl der richtigen Vergabeart ist zunächst der Auftragswert zu ermitteln. Die Kriterien, die im Rahmen der Schätzung des Auftragswertes zu berücksichtigen sind, müssen nicht identisch sein mit denen, die im Rahmen der – einer Beschaffungsentscheidung vorausgehenden – Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 LHO zu berücksichtigen sind (siehe oben S. 25).

2.3.1 Bedeutung des Auftragswertes

Der Auftragswert ist sowohl vergaberechtlich (Zuständigkeit: S. 21 und 25 ff.; Wahl der Vergabeart: S. 65 ff.) als auch haushaltsrechtlich (Wirtschaftlichkeitsberechnung, Mittelreservierung) relevant.

2.3.2 Ermittlung des Auftragswertes

Für den Auftragswert ist von dem Wert auszugehen, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und auf dem Boden einer betriebswirtschaftlichen Finanzplanung veranschlagen würde. Zur ordnungsgemäßen Schätzung gehört zunächst die Ermittlung der Schätzungsgrundlage, insbesondere einer realistischen Auftragsmenge. Diese muss mit gleicher Sorgfalt wie der zur Schätzung des Auftragswertes erforderliche Marktpreis ermittelt werden. Eine sorgfältige Schätzung ist umso mehr dann geboten, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Auftragswert dem maßgeblichen Schwellenwert nahekommt (OLG Karlsruhe vom 16.12.2009 – 15 Verg 5/09).

Gemäß § 1 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 VgV kommt es für das Erreichen des Schwellenwertes auf den vom Auftraggeber geschätzten Nettoauftragswert einschließlich aller Optionen und Vertragsverlängerungen an. Ist die Schätzung ordnungsgemäß erfolgt, bestimmt ausschließlich dieser Wert über die Geltung oder Nichtgeltung des EU-Vergaberechts. Das gilt auch dann, wenn sich im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens insbesondere aufgrund der abgegebenen Angebote herausstellt, dass der Wert der benötigten Leistung tatsächlich oberhalb oder unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes liegt (OLG Düsseldorf vom 22.07.2010 – Verg 34/20).

Verbindliche Vorgaben für die Art und Weise der Schätzung des Auftragswertes enthält § 3 VgV. Bei der Ermittlung des Auftragswertes sind viele Faktoren zu berücksichtigen:

- An erster Stelle steht der reine Warenwert; die Berechnung erfolgt zunächst **ohne** Umsatzsteuer (**USt.**), da die für die Wahl der Vergabeart maßgeblichen Wertgrenzen aus Gründen der Vergleichbarkeit von Angeboten ausländischer Bieter mit denen inländischer Bieter ohne die Umsatzsteuer festgelegt sind. Bei der Ermittlung des Auftragswertes für Versicherungsdienstleistungen ist die Versicherungssteuer in analoger Anwendung des § 1 Abs. 1 VgV ebenfalls außer Betracht zu lassen. Für die Festlegung der Haushaltsmittel ist die Umsatzsteuer dann hinzuzurechnen.
- Weitere Komponenten können Wartungs- und Installationskosten sein, wenn diese Gegenstand des zu schließenden Vertrages sein sollen.
- Bei einer Ersatzbeschaffung kann es sinnvoll sein, die Entsorgung des Altgerätes mit auszuschreiben.
- Sollen Verträge mit einer festen Laufzeit (z.B. für 3 Jahre) geschlossen werden, ist der Gesamtauftragswert zu Grunde zu legen. Die Laufzeit eines Vertrages ist nur bei Rahmenvereinbarungen i. S. von § 4 Abs. 1 bzw. § 4 EG Abs. 7 VOL/A reglementiert. Zu beachten ist dabei, dass die maximale Vertragsdauer hier grundsätzlich 4 Jahre nicht überschreiten darf. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine längere Vertragslaufzeit als 4 Jahre z.B. für die Amortisation von Investitionen auf Auftraggeber- oder Auftragnehmerseite geboten ist.

- Bei unbefristeten Verträgen oder bei nicht absehbarer Vertragsdauer errechnet sich der Gesamtauftragswert aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 (vgl. § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV, § 3 Abs. 2 BO).
- Wirtschaftlich zusammenhängende Aufträge sind zusammenzufassen. Eine Aufteilung des Gesamtauftragswertes (**Stückelung**) zur Umgehung der vorgeschriebenen Vergabeart oder Zuständigkeit ist nicht zulässig (§ 3 Abs. 2 VgV).

Beispiele:

- Bei einem Auftrag über die Lieferung von noch zu montierenden Altpapier-tonnen einerseits und der Montage und Verteilung der Tonnen in dem frag-lichen Stadtgebiet andererseits besteht ein funktionaler Zusammenhang, so dass bezüglich des Schwellenwerts auf den Gesamtauftragswert abzustel-len ist. Die Montage der Achsen und Räder sowie die Verteilung der Altpa-piertonnen stellen keinen von deren Lieferung abtrennbaren Beschaf-fungsvorgang dar. Die Altpapier-tonnen sollten an die Haushalte des Stadt-gebiets verteilt werden, um dort für die Altpapierentsorgung eingesetzt zu werden. Montage und Verteilung vervollständigten somit nur die vorgese-hene Leistung der Versorgung der Haushalte mit Altpapier-tonnen. Die Ton-nen wurden nur deshalb ohne Achsen und Räder angeliefert, um den Transport zu vereinfachen. Ohne Montage und Verteilung waren die Ton-nen nicht nutzbar und die Altpapier-tonnenbeschaffung im Rahmen des Aufbaus des Altpapier-Holsystems unvollständig (OLG Karlsruhe vom 12.11.2008 – 15 Verg 4/08).
- Die Aufteilung der Tausalzlieferung in vier Einzelaufträge entsprechend den Zuständigkeitsbereichen der einzelnen Straßenmeistereien ist unzulässig. Nach § 3 Abs. 1 VgV sind bei der Schätzung des Auftragswertes alle Lose zu berücksichtigen (VK Sachsen vom 15.01.2010 – 1/SVK/068-09).
- Ist die frühere Schätzung des Auftraggebers eines über dem Schwellenwert liegenden Auftragsvolumens ordnungsgemäß erstellt, bleibt der Vierte Teil des GWB auch dann anwendbar, wenn die Angebote die Schwellenwerte unterschreiten (VK Bund vom 01.09.2011 – VK 3-110/11).

Wiederkehrende Bedarfe sind grundsätzlich durch periodische Ausschreibungen (z.B. Jahresausschreibungen) zu decken.

- Prinzipiell gehören zur Ermittlung des Auftragswertes alle Komponenten des Auf-trags, die sich nachher in der Rechnung bzw. in den Rechnungen wieder finden können. Dies beinhaltet auch Optionen (z.B. Verlängerungsoptionen) oder Be-zugsmöglichkeiten für Dritte. Bei der Berechnung des Auftragswertes ist von ei-ner maximalen Inanspruchnahme solcher Optionen und Rechte auszugehen.

2.3.3 Ausschreibungsreife

Die VOL schreibt nicht ausdrücklich vor, dass zu Beginn eines Vergabeverfahrens die not-wendigen Mittel bereit stehen müssen. Ausschreibungen zum Zwecke der Markterkundung oder für Ertragsberechnungen sind allerdings ausdrücklich untersagt (§ 2 Abs. 3 und § 2 EG Abs. 3 VOL/A). Diese Regelung lässt den Schluss zu, dass vor der Durchführung eines Vergabeverfahrens daher die notwendigen Mittel zumindest in einem so weit wie möglich abgesteckten Rahmen (s. auch Ermittlung des Auftragswertes, S. 27) vorhanden, d.h. bei der Mittel bewirtschaftenden Stelle eingeworben bzw. „reserviert“ sein müssen. Dies kann auch bedeuten, die bei einem Titel bereits vorhandenen Mittel (z.B. bei Gutachten) für das konkrete Vorhaben festzulegen. Wenn keine Haushaltsmittel zur Verfügung stehen, sollte mit der Ausschreibung nicht begonnen werden, da das Ziel eines Vergabeverfahrens grundsätz-lich der Abschluss eines Vertrages ist und damit finanzielle Mittel aufgewendet werden müs-sen. Ist die Beschaffungsstelle identisch mit der Bedarfsstelle, ist das Verfahren unkompliziert und zeitnah abzuschließen.

Ist die Bedarfsstelle nicht identisch mit der Beschaffungsstelle, trägt gleichwohl die Bedarfsstelle die Verantwortung dafür, dass für angemeldete Bedarfe oder gestellte Beschaffungsanträge Haushaltsmittel zur Verfügung stehen (§ 7 Abs. 1 BO). Beschaffungsaufträge an die interne Beschaffungsstelle oder Zentrale Vergabestelle sind so rechtzeitig zu stellen, dass eine ordnungs- und sachgemäße Vergabe der Aufträge möglich ist (siehe hierzu S. 26). Zu beachten ist, dass auf ein formelles Verfahren nicht wegen Dringlichkeit (vgl. z.B. § 3 Abs. 5 lit. g), § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A) verzichtet werden kann, wenn die Dringlichkeit selbst verschuldet ist, z.B. die Anträge für die Beschaffung nicht rechtzeitig gestellt wurden. Fehlende Haushaltsmittel können nur ausnahmsweise die Aufhebung einer Ausschreibung rechtfertigen (vgl. hierzu S. 99).

Nach der Rechtsprechung herrscht ein materielles – d.h. inhaltliches - Verständnis vom Beginn des Vergabeverfahrens; auf Formalitäten, wie z.B. eine Angebotsaufforderung kommt es nicht an (OLG Düsseldorf vom 01.08.2012 – Verg 10/12), sondern darauf, dass ein Entschluss zur Beschaffung gefasst wurde und dieser sich nach außen, insbesondere gegenüber Dritten, in irgendeiner Form konkretisiert hat.

2.4 Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderungen

Nach § 3 Abs. 5 lit. j) VOL/A ist eine Freihändige Vergabe zulässig, wenn Aufträge ausschließlich an Werkstätten für behinderte Menschen vergeben werden sollen. Nach den Erläuterungen zur VOL/A gilt dies auch für Aufträge an die anerkannten Blindenwerkstätten nach dem aufgehobenen Blindenwarenvertriebsgesetz (siehe auch § 141 SGB IX). Eine Freihändige Vergabe ist bis an den EU-Schwellenwert möglich, wobei ausschließlich Angebote von Werkstätten für behinderte Menschen – in der Regel mindestens drei – einzuholen sind (§ 3 Abs. 7 BO); ein Wettbewerb findet somit dann nur unter den Werkstätten für behinderte Menschen statt.

Die Entscheidung, einen Auftrag ausschließlich an eine Werkstatt für behinderte Menschen zu vergeben, ist nach pflichtgemäßen Ermessen zu treffen, wobei § 141 Satz 1 SGB IX zu berücksichtigen ist („Aufträge der öffentlichen Hand, die von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen ausgeführt werden können, werden bevorzugt diesen Werkstätten angeboten“). Daraus ergibt sich, dass zunächst geprüft werden muss, welche Werkstätten für behinderte Menschen welche Waren oder Dienstleistungen anbieten (siehe hierzu:

<http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A08-Ordnung-Recht/A081-Schwerbehindertenrecht/Publikation/pdf/Werkstaettenverzeichnis.pdf>).

Die nach § 141 Satz 2 SGB XI vorgesehene Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung ist bisher nicht erlassen worden.

Die Privilegierung des § 3 Abs. 5 lit. j) VOL/A schließt allerdings nicht aus, dass sich Werkstätten für behinderte Menschen in allen übrigen Vergabeverfahren bewerben und in Konkurrenz zu anderen Marktteilnehmern treten dürfen, einen Wettbewerbsausschluss gibt es nur noch für Justizvollzugsanstalten (§ 6 Abs. 7 VOL/A).

In der Regel können Werkstätten für behinderte Menschen mit einem reduzierten Umsatzsteuersatz kalkulieren, was bei der Angebotswertung zu ihren Gunsten zu berücksichtigen ist. Eine (unzulässige) Ungleichbehandlung liegt darin nicht, es handelt sich vielmehr um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Kein taugliches Wertungskriterium wäre eine Differenzierung danach, ob ein Bieter in seinem Betrieb die vorgeschriebene Beschäftigtenquote von Menschen mit Behinderungen erfüllt gegenüber einem Bieter, der stattdessen die Ausgleichsabgabe entrichtet, da insoweit der erforderliche Auftragsbezug (vergl. § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) fehlt. Denkbar ist jedoch in geeigneten Fällen eine Vorgabe, nach der der Auftrag ganz oder teilweise durch Einsatz von Menschen mit Behinderungen zu erfüllen ist.

Das Personalamt hat in seiner [Mitteilung vom 21.09.2001](#)¹⁷ auf die Regelung von § 140 SGB IX und die dort enthaltene Anrechnungsmöglichkeit bei der Ausgleichsabgabe hingewiesen. Diese Regelung hat zurzeit keine Bedeutung, da die Schwerbehindertenquote der FHH deutlich über dem vorgeschriebenen Wert liegt und die FHH die Abgabe nicht entrichten muss.

In-House-Vergaben (s. S. 31) an Werkstätten für behinderte Menschen dürften in der Regel nicht in Betracht kommen, da sie regelmäßig in erheblichem Umfang für Dritte tätig sind.

3. Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Zur Vorbereitung für das weitere Verfahren zur Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen sind folgende Fragen zu beantworten:

- (1) Findet das (förmliche) Vergaberecht nach den Vergabe- und Vertragsordnungen VOL/A oder VOF überhaupt Anwendung?
- (2) Welche der Vergabe- und Vertragsordnungen ist ggf. anwendbar (problematisch kann dies etwa bei freiberuflichen oder gemischten Leistungen sein)?
- (3) Welche Verfahrensregeln finden konkret Anwendung, d.h. welche Vergabeart kann oder muss gewählt werden?

3.1 Anwendung des Vergaberechts

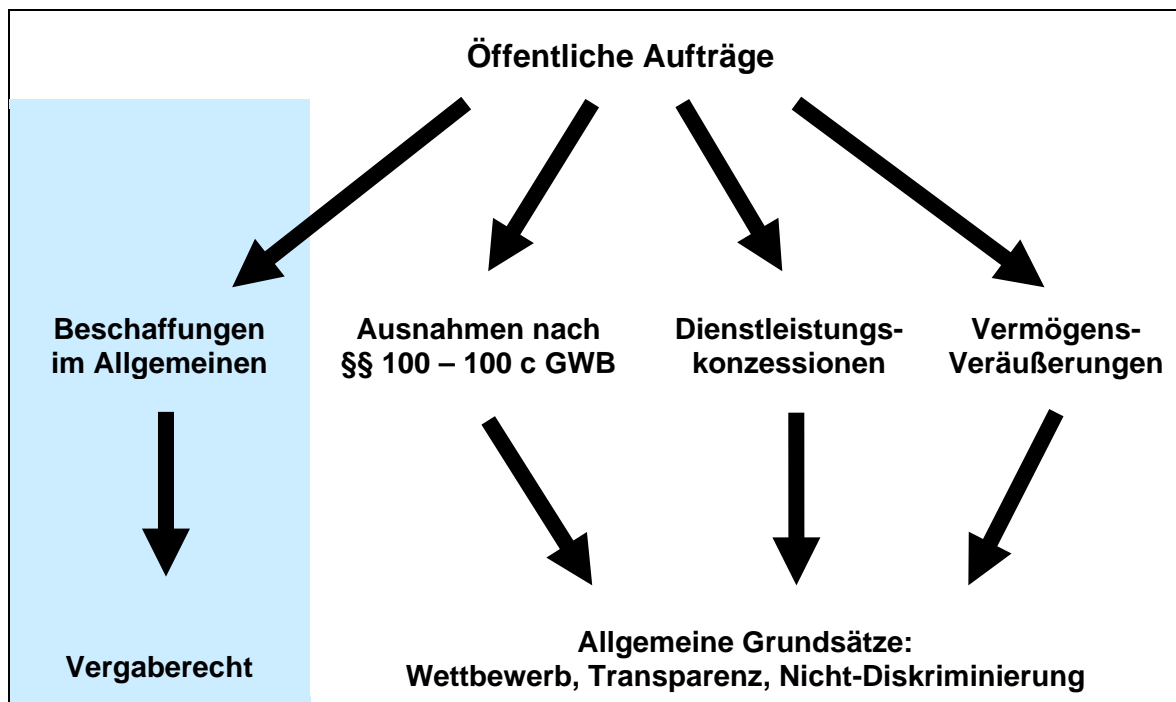
Anknüpfungspunkt für die Anwendung des (förmlichen) Vergaberechts ist der Begriff des „öffentlichen Auftrags“, der in § 99 GWB näher konkretisiert wird. Diese Konkretisierung in § 99 GWB gilt zwar unmittelbar nur für den oberschwelligen Bereich. Sie ist jedoch auf den untereschwelligen Bereich übertragbar, so dass der Begriff des öffentlichen Auftrags im ober- und untereschwelligen Bereich gleich zu verstehen ist.

3.1.1 Öffentlicher Auftrag (§ 99 GWB)

Merkmale des öffentlichen Auftrags sind

- das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages (dies ist z.B. nicht der Fall bei der „Vergabe“ von Dienstleistungskonzessionen, s. S. 33),
- zwischen einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB und einer anderen natürlichen oder juristischen Person (hiervon abzugrenzen sind z.B. so genannte Inhouse-Geschäfte, s. S. 31),
- mit Beschaffungsbezug (dies ist z.B. nicht der Fall bei der Verwertung von Vermögen wie etwa der „Vergabe“ von Grundstücken oder dem Verkauf von Unternehmensbeteiligungen).

17 interner Link in das FHHportal



3.1.2 Ausnahmen (§§ 100 – 100 c GWB)

Es gibt eine Reihe von Verträgen, die zwar unter den Begriff des öffentlichen Auftrags im Sinne des GWB fallen, die der Gesetzgeber aber trotzdem vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, insbesondere also der Vergabe- und Vertragsordnungen ausgenommen hat. Dieser Ausnahmekatalog findet sich in den §§ 100 – 100 c GWB. Die wichtigsten Ausnahmen sind:

- Arbeitsverträge (§ 100 Abs. 3 GWB),
- Grundstücks-, Gebäudemiet- und ähnliche Verträge (§ 100 Abs. 5 GWB).

Wichtig ist bei diesen Geschäften, dass zwar das förmliche Vergaberecht keine Anwendung findet. Gleichwohl sind die allgemeinen Vorschriften für die Beschaffung auch auf den Abschluss von Miet-, Pacht-, Mietkauf-, Leasing- oder ähnlichen Verträgen anwendbar. Verträge mit Zeitarbeitsfirmen (Arbeitnehmerüberlassungsverträge) fallen grundsätzlich nicht unter die Ausnahme des § 100 Abs. 3 GWB, so dass diese auszuschreiben sind.

Die Ausnahmetatbestände des Vergaberechts sind nach allgemeiner Rechtsansicht stets eng auszulegen.

3.1.3 Inhouse-Vergaben

Unter bestimmten Voraussetzungen können Auftragsvergaben an öffentliche Unternehmen (z.B. Anstalten öffentlichen Rechts, 100 %-ige Tochtergesellschaften der FHH in der Rechtsform der GmbH u.a.) nicht vergabepflichtig sein.

Ausgenommen von der Anwendung des Vergaberechts sind so genannte Inhouse-Geschäfte. Dies sind Geschäfte, die ein öffentlicher Auftraggeber (s. S. 30) mit einem zwar von ihm rechtlich verschiedenen Auftragnehmer abschließt, jedoch der Auftragnehmer wirtschaftlich und organisatorisch mit dem Auftraggeber eng verbunden ist.

Unter folgenden Voraussetzungen liegt ein Inhouse-Geschäft vor (EuGH vom 18.11.1999, Az.: C-107/98 „Teckal“):

1. Der öffentliche Auftraggeber muss über den Auftragnehmer eine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle ausüben (sog. „1. Teckal-Kriterium“)

und

2. der Auftragnehmer muss seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichten (sog. „2. Teckal-Kriterium“).

Die am 15.01.2014 verabschiedete EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht erstmals eine Regelung für Inhouse-Vergaben vor. Die in Art. 11 Abs. 1 aufgestellten Kriterien entsprechen im Wesentlichen den Teckal-Kriterien, wobei das Wesentlichkeitsmerkmal nun mit mehr als 80 % beziffert ist. Die Umsetzung der Richtlinie in nationales/deutsches Recht bleibt allerdings abzuwarten, d.h. unmittelbare Rechtswirkungen für die Hamburgische Verwaltungspraxis haben diese Regelungen erst nach ihrer Umsetzung.

Die beiden Teckal-Kriterien hat der EuGH in zahlreichen nachfolgenden Entscheidungen näher konkretisiert. Folgende Aspekte der EuGH-Rechtsprechung sind dabei besonders hervorzuheben:

- **Beteiligung Privater:** Bereits eine Minderheitsbeteiligung eines privaten Dritten am Auftragnehmer - egal in welcher Höhe - sorgt dafür, dass eine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle nicht mehr vorliegen kann (EuGH vom 11.01.2005 – C-26/03 „Stadt Halle“).
- **Mehrere öffentliche Anteilsinhaber:** In seiner Entscheidung „Carbotermo“ vom 11.05.2006 (C-340/04) bestätigt der EuGH, dass die Beteiligung mehrerer öffentlicher Stellen an einem Tochterunternehmen anders als die Beteiligung eines privaten Dritten einem Inhouse-Geschäft im Sinne der Teckal-Kriterien grundsätzlich nicht entgegensteht.
- **„Konzernbeziehungen“:** Auch eine „Mutter-Enkelin-Beziehung“ ist nach dieser Entscheidung nicht von vorn herein schädlich für die Erfüllung des 1. Teckal-Kriteriums (Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle, vgl. auch OLG Düsseldorf vom 15.10.2003 – Verg 50/03). Vielmehr komme es auf die konkrete Ausgestaltung an. Der EuGH hat in der Carbotermo-Entscheidung dabei insbesondere auf die Besonderheiten bei „Holding-Strukturen“ hingewiesen.
- **Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG):** Auch die Rechtsform der AG auf Auftragnehmerseite kann gegen eine Kontrolle ähnlich wie über eine eigene Dienststelle sprechen, da der Vorstand einer AG anders als die Geschäftsführung einer GmbH die Geschäfte in eigener Verantwortung führt und unabhängig von Weisungen der Anteilseigner ist (EuGH vom 13.10.2005 – C-458/03 „Parking Brixen“).
- Die Teckal-Kriterien sind für die Konstellation vertikaler Inhouse-Beziehungen entwickelt worden (Mutter vergibt an Tochter). Weitgehend offen ist bislang noch die Frage, ob diese Kriterien auch für Auftragsbeziehungen zwischen Töchtern (**horizontale Inhouse-Beziehungen**) herangezogen werden können. Unter horizontalen Inhouse-Beziehungen sind Auftragsbeziehungen zwischen zwei Tochterunternehmen der FHH zu verstehen, die jedes für sich in einem Verhältnis zur FHH stehen, das die Teckal-Kriterien erfüllt.

In einem Vorlagebeschluss vom 06.11.2012 (1 Verg 7/11) hat das OLG Hamburg die Frage aufgeworfen, ob es grundsätzlich zulässig ist, die anhand vertikaler Konstellationen entwickelten Kriterien eines ausschreibungsfreien Inhouse-Geschäftes auf horizontale Töchter-/Schwesternkonstellationen zu übertragen. Das OLG führt an, dass nach dem Sinn und Zweck der Inhouse-Ausnahmen eine solche grundsätzlich angenommen werden könnte, schließlich verbleibe der Vor-

gang im staatlichen Bereich, auch wenn nicht Mutter ihre Töchter, sondern die Töchter sich untereinander beauftragen. Voraussetzung sei, dass das vereinbarte Geschäft nicht marktbezogen ist. Gleichzeitig betont das Gericht allerdings, dass der Ausnahmecharakter des Instituts der Inhouse-Geschäfte erhalten bleiben soll.

Der Europäische Gerichtshof hat diesbezüglich in seinem Urteil vom 8. Mai 2014 (C-15/13) eine ambivalente Entscheidung getroffen: Zwar hat er das Verhältnis zwischen zwei „Töchtern“, der Universität Hamburg-Harburg und der Hochschul-Informationssysteme GmbH, als nicht inhousefähig eingestuft, weil kein Beherrschungsverhältnis (untereinander) gegeben sei. Die Frage, ob die Beherrschung der Töchter durch die Mutter, die Freie und Hansestadt Hamburg, ausreiche für die Annahme einer Inhouse-Konstellation, ließ der EuGH aber ausdrücklich offen, weil die FHH die Universität Hamburg-Harburg bereits nicht in ausreichendem Maße, nämlich nur im Beschaffungsbereich, nicht jedoch im Bereich Forschung und Lehre, beherrsche. Vor dem Hintergrund der RL 2004/18 dürften bezüglich dieser Konstellation also noch weitere Entscheidungen zu erwarten sein. Die RL 2014/24 sieht in Art. 12 solche Konstellationen grundsätzlich als inhousefähig vor, entfaltet derzeit aber mangels erfolgter Umsetzung in nationales Recht durch den Bund noch keine Rechtswirkung und hätte im vom EuGH zu entscheidenden Fall zu keinem anderen Ergebnis geführt, weil eine der Voraussetzungen, die Beherrschung beider Töchter, nicht gegeben war.

In Zweifelsfällen wird empfohlen, sich an das für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Referat in der Finanzbehörde zu wenden.

Zum 2. Teckal-Kriterium (Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber) führt das Gericht in der Carbotermo-Entscheidung (11.05.2006, C-340/04) aus, dass für diese Beurteilung alle Tätigkeiten zu berücksichtigen sind, die dieses Unternehmen auf Grund einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, unabhängig davon, wer diese Tätigkeit vergütet – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der erbrachten Dienstleistungen, die auf Grund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht werden. Auf die Höhe des Umsatzes für den öffentlichen Auftraggeber im Sinne einer früher diskutierten 80 %-Regel komme es nicht an. Allerdings hat das OLG Celle am 14.09.2006 (Az. 13 Verg 2/06) entschieden, dass bereits ein Drittgeschäft in Höhe von 8 % des Umsatzes einem Inhousegeschäft entgegenstehen kann. In Zweifelsfällen sollten Inhouse-Vergaben nicht ohne die Begleitung der zuständigen Rechtsabteilung bzw. des Rechtsamtes vorgenommen werden.

Nach einer Entscheidung des OLG Hamburg (vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10 „Hamburg Energie“) ist für das Wesentlichkeitskriterium der Umsatz entscheidend, der mit dem öffentlichen Auftraggeber erzielt wird. Unerheblich ist hingegen die Person des Begünstigten, sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistung. Es kommt auch nicht darauf an, wer die Vergütung zahlt. Ebenso wenig spielt eine Rolle, in welchem Gebiet die Leistung erbracht wird. Der öffentlichen Körperschaft können nur solche Umsätze zugerechnet werden, deren Erzielung sie herbeigeführt hat; erforderlich ist stets ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsbeziehung und dem Umsatz. Daher sind Umsätze von Hamburg Energie mit privaten Haushalten in der FHH keine Leistungen für die FHH, sondern Drittgeschäft, auch wenn die FHH Hamburg Energie ausdrücklich zwecks Versorgung der Hamburgischen Haushalte mit Energie gegründet hat.

Weiterführende Hinweise enthält die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (Entwurf Oktober 2011):

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_de.pdf.

3.1.4 Dienstleistungskonzessionen

Auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen findet das Vergaberecht keine Anwendung. Allerdings kommen die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung zur Anwendung, so dass auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einem „geordneten“ Verfahren zu erfolgen hat. Weiterführende Hinweise enthält die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht (2000/C 121/02):

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:DE:PDF>.

Bei einer Dienstleistungskonzession erhält der Auftragnehmer (Konzessionär) für Leistungen, die er erbringt, grundsätzlich keine Gegenleistung vom Auftraggeber. Vielmehr erhält der Auftragnehmer das Recht, eine bestimmte Rechtsposition wirtschaftlich zu verwerten. Eine öffentliche Dienstleistungskonzession wird definiert als ein Vertrag, bei dem die übertragene Dienstleistung im öffentlichen Interesse liegt, die Gegenleistung für die Erbringung der Auftragsleistung aber nicht in einem vorher festgelegten Preis, sondern in dem Recht besteht, die zu erbringende eigene Leistung zu nutzen oder entgeltlich zu verwerten und bei dem der Konzessionär das wirtschaftliche Nutzungsrisiko trägt. Ein bekanntes Beispiel sind Spielbankkonzessionen. Die Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag lässt sich wie folgt verdeutlichen:

Beispiel: Ein öffentlicher Auftraggeber hat eine Veranstaltungsstätte (z.B. Fischauktionshalle), die er bewirtschaftet haben möchte. Den Betrieb (u.a. Gastronomie / Catering) möchte er nicht selbst erbringen, sondern von einem privaten Unternehmen erbringen lassen. Hierzu hat er nun zwei Möglichkeiten: Zum einen kann er einen Privaten mit dem Betrieb beauftragen und diesem hierfür ein bestimmtes Entgelt bezahlen. Hierbei handelt es sich um einen Dienstvertrag: Für die Dienstleistung „Betrieb der Veranstaltungsstätte“ wird Geld gezahlt. Zum anderen kann er dem Privaten, wenn sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, als Gegenleistung für den Betrieb das Recht einräumen, die Veranstaltungsstätte auf eigene Rechnung zu betreiben. Hierbei handelt es sich um eine Dienstleistungskonzession: Als Gegenleistung für die Dienstleistung „Betrieb“ erhält der Auftragnehmer ausschließlich eine Rechtsposition, die er auf eigenes wirtschaftliches Risiko verwerten kann (vgl. OLG Hamburg vom 11.04.2005 – 1 Verg 2/05).

In vergleichbaren Fällen kann – je nach Erfordernissen des Einzelfalls – die Überlassung der Veranstaltungsstätte als vergaberechtsfreies Mietgeschäft oder vergleichbares Nutzungsverhältnis ausgestaltet werden. Allerdings können für die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession handelt, etwaige geldwerte Vorteile, die der Auftraggeber dem Auftragnehmer gewährt (z.B. eine unentgeltliche Raumüberlassung), von Bedeutung sein und zur Vergabepflichtigkeit des Rechtsverhältnisses führen (vgl. VK Niedersachsen vom 14.06.2005 – VgK-22/2005, zum Kantinenbetrieb auf einem Universitätscampus). Weitere Beispiele für Rechtsbeziehungen, die als Dienstleistungskonzession ausgestaltet sein können, sind die Übertragung der Durchführung eines Wochenmarktes (OLG Naumburg vom 04.12.2001 – 1 Verg 10/01), Verpachtung eines Rechts zur Aufstellung von Großflächenwerbeanlagen (BayObLG vom 04.02.2002 – Verg 01/02), Betrieb einer Fahrradstation (VK Finanzbehörde Hamburg vom 02.04.2003 – VgK FB 2/03) etc. Deutlich wird an Hand dieser Beispiele, dass etwa auch die Überlassung von Räumen oder Grundstücken als Dienstleistungskonzession gewertet werden kann, wenn damit eine öffentliche Aufgabe verfolgt wird (vgl. OVG Münster vom 04.05.2006 – 15 E 453/06).

Zwar sind – wie gesagt – die vergaberechtlichen Regelungen auf Dienstleistungskonzessionen nicht anwendbar. Allerdings hat der EuGH entschieden, dass auf Grund allgemein geltender Grundsätze des EU-Primärrechtes (Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung) eine Verpflichtung zur Transparenz für das Verfahren zur Beauftragung besteht. Diese dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Transparenzpflicht habe zur Folge, dass zu Gunsten potenzieller Anbieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen sei. Dies diene dazu, die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb zu öffnen und die Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Verfahren der Konzessionsgewährung unparteiisch

durchgeführt worden ist. Das völlige Fehlen einer Ausschreibung im Fall der Vergabe einer öffentlichen Dienstleistungskonzession stehe im Widerspruch zu geltendem (europäischen) Recht (EuGH vom 13.10.2005 – C-458/03 „Parking Brixen“ sowie Urteile vom 15.10.2009 – C-196/08 und vom 10.09.2009 – C-206/08).

In der Praxis kann es daher hilfreich sein, sich bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession am üblichen Ablauf eines Vergabeverfahrens zu orientieren.

Zu beachten ist, dass Baukonzessionen im Gegensatz zu Dienstleistungskonzessionen dem Vergaberecht unterliegen und folglich nach der VOB/A zu vergeben sind (§§ 22, 22 EG VOB/A).

Gemäß § 3 Abs. 6 HmbVgG gelten seit dem 10.06.2013 für Dienstleistungskonzessionen die Regelungen zum sog. vergabespezifischen Mindestlohn (vgl. oben, S. 15).

Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe regelt erstmalig die Vergabepflicht von Konzessionen; sie ist am 17.04.2014 in Kraft getreten und muss noch vom Bundesgesetzgeber in nationales Recht umgesetzt werden.

3.2 Prüfung der Leistungsart (Wahl der Vergabe- und Vertragsordnung)

Steht fest, dass eine Auftragsvergabe dem Vergaberecht unterliegt, ist als nächster Schritt die anwendbare Vergabeordnung zu bestimmen. Dies richtet sich nach der Art der zu vergabenden Leistung.

Übersicht Wahl der Vergabeordnung

Schwellenwert	Art der Leistung	Vergabe- und Vertragsordnung
< EUR 207.000	Dienstleistung →	VOL/A, 1. Abschnitt
	Dienstleistungskonzession →	Nicht vergabepflichtig; jedoch Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen und nicht-diskriminierenden Verfahrens.
	Freiberufliche Leistung, die eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. →	Die BO schreibt die Anwendung der Verfahren nach der VOL/A vor.
	Freiberufliche Leistung, die <u>nicht</u> eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. →	Die BO schreibt ein wettbewerbliches, transparentes und nicht-diskriminierendes Verfahren vor (bis EUR 100.000 in „Anlehnung an die Freihändige Vergabe nach der VOL/A“, darüber „in Anlehnung an die VOF“).
≥ EUR 207.000	Dienstleistung →	VOL/A, 2. Abschnitt (mit Ausnahme der Sektorauftraggeber => für diese gilt die Sektorenverordnung (SektVO))
	Dienstleistungskonzession →	Nicht vergabepflichtig; jedoch Durchführung eines transparenten, wettbewerblichen und nicht-diskriminierenden Verfahrens.

Schwellenwert	Art der Leistung	Vergabe- und Vertragsordnung
	Freiberufliche Leistung, die eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.	→ VOL/A, 2. Abschnitt (mit Ausnahme der Sektorenauftraggeber => für diese gilt die Sektorenverordnung SektVO)
	Freiberufliche Leistung, die <u>nicht</u> eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.	→ VOF

Auf die Besonderheiten der Freiberuflichen Leistungen wird an späterer Stelle (S. 95 ff.) ausführlich eingegangen.

Es ist zu vermeiden, Lieferungen und Leistungen zusammengefasst zu vergeben,

- die zur Funktion einer baulichen Anlage erforderlich sind und unter § 1 der VOB/A fallen (z.B. Lieferung von Fahrstuhlkabinen, Wartung der Aufzugsanlage) und
- die von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können, einem selbstständigen Nutzungszweck dienen und von § 1 VOL/A erfasst werden (z.B. Lieferung und Installation von Lautsprecheranlagen oder Beamern an der Zimmerdecke).

Sofern die zusammengefasste Vergabe ausnahmsweise erforderlich ist (z.B. weil die getrennte Vergabe unwirtschaftlich ist), ist in den Vergabeunterlagen zu regeln, für welche Teile der Leistung die VOB/B bzw. die VOL/B und die nach § 9 VOB/A bzw. § 9 bzw. § 11 EG VOL/A zu vereinbarenden Vertragsbedingungen gelten (zur Abgrenzung zwischen VOL/A und VOB/A siehe S. 8 ff.).

Enthält ein öffentlicher Auftrag Merkmale verschiedener Leistungen, bestimmt sich die anwendbare Vergabeordnung wie folgt:

1. Sind sowohl vergabepflichtige, als auch nicht-vergabepflichtige Leistungen Bestandteil eines Auftrags, so unterliegt der Auftrag insgesamt dem Vergaberecht (BayObLG vom 23.01.2003 – Verg 2/03).
2. Ist für einen Teil der Leistung wegen Überschreitung des Schwellenwertes ein europaweites Vergabeverfahren erforderlich, so ist dieses insgesamt nach der Vergabe- und Vertragsordnung durchzuführen, die für die europaweite Vergabe des einen Teils anzuwenden ist.
3. Bewegen sich alle Teile der Leistung gleichermaßen entweder ober- oder unterhalb des EU-Schwellenwertes, ist für das Vergabeverfahren gemäß § 99 Abs. 7 GWB diejenige Vergabe- und Vertragsordnung anzuwenden, die für den überwiegenden Teil der Leistung gilt.

3.3 Wahl der Vergabeart

Schließlich ist innerhalb der einzelnen Vergabe- und Vertragsordnungen die richtige Vergabeart zu wählen. Für den unter- und oberschweligen Bereich gelten unterschiedliche Begriffe für die einzelnen Vergabearten. Folgende Vergabearten entsprechen sich jedoch in wesentlichen Zügen:

	Unter- schwellig 	Ober- schwellig 
Öffentl. Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen	Öffentliche Ausschreibung	Offenes Verfahren
Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen	Beschränkte Ausschreibung	Nichtoffenes Verfahren
Verhandeln mit ausgesuchten Unternehmen	Freihändige Vergabe	Verhandlungsverfahren
Technischer Dialog bei besonders komplexen Vorhaben		Wettbewerblicher Dialog

Anders als in den europäischen Richtlinien, wo eine Wahlfreiheit zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren normiert ist, gilt im nationalen Recht für den unter-schwelligen Bereich der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung (§ 3 Abs. 2 VOL/A), für den ober-schwelligen Bereich der Vorrang des Offenen Verfahrens (§ 101 Abs. 7 GWB, § 3 EG Abs. 1 VOL/A). Dies bedeutet, dass andere Verfahren nur zulässig sind, wenn dies in den Vergabeordnungen ausdrücklich vorgesehen ist. Die Ausnahmetatbestände sind grundsätzlich restriktiv auszulegen.

Besonderheiten bei Vergaben im ober-schwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV gelten für die Vergabe von Aufträgen im ober-schwelligen Bereich, deren Gegenstand Dienstleistungen nach Anhang I Teil B der VOL/A sind, nur die § 8 EG, § 15 EG Abs. 10 und § 23 EG VOL/A sowie die Regelungen des Abschnitts 1 der VOL/A mit Ausnahme von § 7 VOL/A (sogenannte Nachrangige Dienstleistungen). Aufträge, die sowohl Dienstleistungen nach Anhang I Teil A der VOL/A als auch Dienstleistungen nach Anhang I Teil B der VOL/A zum Gegenstand haben, werden nach Abschnitt 2 der VOL/A vergeben, wenn der Wert der Dienstleistung nach Anhang I Teil A überwiegt (§ 4 Abs. 2 Nr. 3 VgV).

3.3.1 Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren (Überblick)

Öffentliche Ausschreibung bzw. Offenes Verfahren sind von ihrer Ausgestaltung her die „wettbewerblichsten“ Verfahren. Dem Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung / des Offenen Verfahrens liegt die Annahme zu Grunde, dass nach Festlegung der unabdingbar erforderlichen Leistungsanforderung im Wettbewerb das kostengünstigste Angebot ermittelt werden kann. Dementsprechend gehen auch die VOL/A und die BO davon aus, dass nur durch die Vergabe im Wettbewerb die wirtschaftlichsten Ergebnisse erzielt werden können. In allen Fällen, in denen eine Freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren und eine Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren nicht in Betracht kommen, ist die Leistung nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten zu vergeben (Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren).

Die öffentliche Ausschreibung ist die Regelvergabeart, von der abzuweichen besondere Sachgründe erfordert. Ihr Vorrang vor anderen Vergabearten verfolgt den Zweck, einen möglichst breiten und transparenten Wettbewerb zu schaffen und damit sicherzustellen, dass der im Sinne der Ausschreibung günstigste Anbieter den Zuschlag erhält. Zuwendungen der öffentlichen Hand werden regelmäßig mit einer Verpflichtung des Zuwendungsempfänger zur

Einhaltung dieser Bestimmung verbunden, weil auf diesem Wege gewährleistet werden kann, dass bei der Verwendung der Zuwendungen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten wird. Ausgehend davon liegt es nahe, einen Verstoß gegen die Bestimmungen über die Vergabeart wegen der damit regelmäßig verbundenen Gefährdung der genannten Haushaltsgrundsätze im Regelfall als so schwerwiegend einzustufen, dass die Rückforderung der Zuwendung gerechtfertigt ist (BVerwG vom 13.02.2013 – 3 B 58.12).

3.3.2 Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren (Überblick)

Im unter-schweligen Bereich kann ein Auftrag in den in § 3 Abs. 3 (mit Teilnahmewettbewerb) und Abs. 4 (ohne Teilnahmewettbewerb) VOL/A genannten Fällen nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben werden (Beschränkte Ausschreibung). Die BO lässt bis zu einem Auftragswert von unter 100.000 Euro Auftragsvergaben im Wege der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb zu. In § 3 Abs. 5 Satz 2 der BO ist geregelt, dass zur Stärkung des Wettbewerbs bei wiederkehrenden Lieferungen und Leistungen alle vier Jahre ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb (zum Teilnahmewettbewerb s. S. 89) stattzufinden hat.

Das Nichtoffene Verfahren ist auf Grund der Regelung in § 101 Abs. 3 GWB immer mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Die Ausnahmetatbestände sind in § 3 EG Abs. 2 VOL/A geregelt. Es handelt sich hierbei um dieselben Ausnahmetatbestände, die im nationalen Bereich für Beschränkte Ausschreibungen vorgesehen sind.

3.3.3 Wettbewerblicher Dialog

Mit dem „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für ÖPP – ÖPP-Beschleunigungsgesetz“ (BGBl. 2005 I, S. 2676) vom 01.09.2005 wurde das Verfahren des wettbewerblichen Dialoges ins deutsche Recht eingeführt. Beim wettbewerblichen Dialog handelt es sich im Kern um ein „Nichtoffenes Verfahren mit vorgeschaltetem technischen Dialog“. Der europäische Richtlinienggeber definiert den wettbewerblichen Dialog wie folgt:

„Der „wettbewerbliche Dialog“ ist ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage beziehungsweise Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.“¹⁸

Es ist nur anwendbar bei besonders komplexen Aufträgen. Ein öffentlicher Auftrag gilt dann als besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, technische Spezifikationen zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen oder die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens anzugeben. Besonders komplexe Aufträge sind z.B. bedeutende integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte oder große Computernetzwerke. Als mögliche Anwendungsfälle werden außerdem PublicPrivatePartnership (PPP)-Projekte genannt.

Das Verfahren ist dreistufig ausgestaltet:

- Auswahlphase (Teilnahmewettbewerb) mit Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung nach dem EU-Standardformular „Bekanntmachung“, ersten Angeboten („Lösungsvorschlägen“) und Auswahl geeigneter Unternehmen,
- Dialogphase, in der mit den ausgewählten Unternehmen der Dialog zur Erörterung aller Auftragsaspekte geführt wird und die optionale Verringerung der Lösungen ein Ziel sein kann und die

- Angebotsphase mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, Klarstellung der angebotenen Lösungen etc. nach der Angebotsabgabe, der Wertung der Angebote und den Erläuterungen/Bestätigungen des wirtschaftlichsten Bieters.

Ein wesentlicher Unterschied zum Verhandlungsverfahren ist, dass die Lösung der ausgeschriebenen Leistung erst im Rahmen des Dialoges mit den Bietern ermittelt wird und kein Vertragsschluss auf dieser Verhandlungsbasis vorgesehen ist. Allerdings sind die Einzelheiten dieses nur unvollständig in den Vergabevorschriften geregelten Verfahrens noch nicht klar. So ist beispielsweise nicht geklärt, wie die Ergebnisse der Vorarbeiten der teilnehmenden Firmen in das weitere Verfahren eingebracht werden sollen. Für die Praxis wird empfohlen, ein solches Verfahren nicht ohne – in der Regel externe – rechtliche Unterstützung durchzuführen; die Ausarbeitung des konkreten Verfahrens dürfte dabei regelmäßig einen nicht unerheblichen Aufwand verursachen. Liegen sowohl die Voraussetzungen für einen Wettbewerblichen Dialog als auch für ein Verhandlungsverfahren vor, dürfte i.d.R. das Verhandlungsverfahren das flexiblere und damit sachgerechtere Verfahren sein¹⁹. Es gibt derzeit nur vereinzelte Referenzprojekte, daher ist die Nennung eines Beispiels nicht möglich. Im Übrigen gibt es zum wettbewerblichen Dialog bisher auch nur sehr wenige gerichtliche Entscheidungen (OLG Brandenburg, NZBau 2009, 734 ff.; OLG Brandenburg NZBau 2010, 71 ff.; OLG Koblenz, ZfBR 2010, 104).

3.3.4 Dynamisches elektronisches Verfahren

Ein dynamisch elektronisches Verfahren ist ein zeitlich befristetes, ausschließlich elektronisches offenes Vergabeverfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Spezifikationen den Anforderungen des Auftraggebers genügen.

Diese Vergabeart ist für den oberschweligen Bereich schon mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts in deutsches Vergaberecht umgesetzt worden und ist mit der VOL 2009 auch für den unterschweligen Bereich eingeführt worden.

Derzeit gibt es noch keinerlei praktische Erfahrungen mit dieser Vergabeart.

3.3.5 Elektronische Auktion

Die VK Niedersachsen prüft in einer Entscheidung eingehend, ob die „elektronische Auktion“ wirksam in deutsches Recht umgesetzt wurde.

Ausgeschrieben war die Lieferung von Strom; durchgeführt wurde eine elektronische Auktion (in einem mehrstufigen Verfahren wird auf den niedrigsten Preis und/oder die besten Konditionen geboten). Der niedrigste Preis war einziges Zuschlagskriterium.

Nach Auffassung der Vergabekammer ist die Durchführung einer elektronischen Auktion im Sinne des § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB i. V. m. Art. 54 Richtlinie 2004/18/EG auch in der VOL/A zulässig. Denn mit der erfolgten Aufnahme der elektronischen Auktion in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB und damit in den Katalog der zulässigen Vergabeverfahrensarten des § 101 GWB habe der Bundesgesetzgeber von der den Mitgliedstaaten durch Art. 54 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG europarechtlich eingeräumten Möglichkeiten Gebrauch gemacht festzulegen, dass die öffentlichen Auftraggeber (auch) elektronische Auktionen durchführen dürfen. Da in Art. 54 Richtlinie 2004/18/EG detaillierte Anforderungen an die Durchführung und den Ablauf einer elektronischen Auktion festgelegt sind, bedurfte es zur Umsetzung dieser bindenden europarechtlichen Vorgaben nicht zwingend einer weiteren Unterstützung in der Vergabeverordnung (VgV) oder den Vergabe- und Vertragsordnungen durch den Ordnungsgeber und die Vergabe- und Vertragsausschüsse (VK Niedersachsen vom 10.05.2011 – VgK-11/2011).

19 Nähere Informationen bei Opitz, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog? – Rechtliche und praktische Probleme, VergabeR 2006, S. 451; Pünder/Franzius, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, S. 20.

3.3.6 Freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren (Überblick)

Im Anwendungsbereich der VOL/A dürfen eine freihändige Vergabe bzw. das Verhandlungsverfahren nur unter den

- in § 3 Abs. 5 VOL/A für unerschwellige Vergaben,
- in § 3 EG Abs. 3 (Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb)) sowie Abs. 4 VOL/A (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) für erschwellige Vergaben

genannten Voraussetzungen durchgeführt werden. Als wettbewerbsbeschränkende Ausnahmen sind die Tatbestände restriktiv auszulegen. Die BO lässt gemäß § 3 Abs. 4 Freihändige Vergaben nach § 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A bis zu einem Gesamtauftragswert von unter 50.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) zu.

Bei Vergaben nach der VOF findet immer das Verhandlungsverfahren statt. Das Verhandlungsverfahren nach der VOF besteht grundsätzlich aus einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb mit anschließenden Verhandlungen (§ 3 Abs. 1 i. V. m. § 10 VOF). In den in § 3 Abs. 4 VOF genannten Fällen kommt ein vereinfachtes Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat mit Rundschreiben vom 9. Januar 2015 ([VHB 2.7](#))²⁰ folgende Anwendungshinweise für die Anwendung des Ausnahmetatbestandes des § 3 EG Abs. 4 Buchstabe d) VOL/A sowie des § 3 Abs. 4 Buchstabe c) VOF (Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb) in Fällen von Dringlichkeit gegeben:

„Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müssen drei kumulative (= summierend, d.h. gleichzeitig) Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung der jeweiligen Ausnahmetatbestände erfüllt sein. Ein Verzicht auf die EU-weite Bekanntmachung ist nur zulässig, wenn

1. ein unvorhergesehenes Ereignis vorliegt,
2. dringliche und zwingende Gründe vorliegen, die die Einhaltung der in anderen Verfahren vorgeschriebenen Fristen nicht zulassen, und
3. ein kausaler Zusammenhang besteht zwischen dem unvorhergesehenen Ereignis und der Unmöglichkeit, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Als Ausnahmen von der allgemeinen Verpflichtung zur Ausschreibung sind die o.g. Vorschriften eng auszulegen. Sie dürfen insbesondere nicht dazu genutzt werden, eine sonst bestehende Ausschreibungsverpflichtung zu umgehen. Entscheidend sind die Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

zu 1. Unvorhersehbarkeit:

Unvorhersehbar sind Ereignisse, die nichts mit dem üblichen wirtschaftlichen oder sozialen Leben zu tun haben. Maßstab für die Existenz eines unvorhersehbaren Ereignisses ist der objektive Maßstab der Sorgfaltspflicht. Nur Umstände, mit denen bei der Planung unter Berücksichtigung der allgemeinen Sorgfaltspflicht nicht gerechnet werden konnte, sind erfasst. Dies ist nicht der Fall, wenn zum Beispiel unter Rückgriff auf bestehende Statistiken ein zukünftiger Beschaffungsbedarf aus objektiver Sichtweise frühzeitig erkennbar ist. Ebenfalls nicht unter den Tatbestand fallen regelmäßig Konstellationen, in denen der Beschaffungsbedarf die Folge einer Nicht- oder Schlechtleistung eines Vertragspartners ist, und dem durch rechtzeitige Aufnahme von Vertragsstrafen oder Streitschlichtungsmechanismen hätte begegnet werden können. Diese Regelbeispiele sind nicht abschließend.

zu 2. Äußerste Dringlichkeit:

Äußerste Dringlichkeit ist regelmäßig nur bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht, etwa durch einen schweren, nicht wieder gutzumachenden Schaden. Durch den Verzicht auf eine europaweite Ausschreibung bzw. den Verzicht auf einen voranzustellenden Teilnahmewettbewerb muss der Bedarf sehr zeitnah gedeckt werden können. Wenn selbst bei Einhaltung der Bekanntmachungsfristen die Durchführung der Maßnahme sich nur gering verzögern würde – absolut oder relativ im Verhältnis zum Abschluss der Gesamtmaßnahme gesehen –, wird i.d.R. keine „gravierende Beeinträchtigung“ durch Voranstellen eines Teilnahmewettbewerbs anzunehmen sein. Die Beurteilung hängt jeweils im konkreten Einzelfall auch von der Bedeutung des betroffenen Rechtsguts ab. In den Abwägungsprozess ist insbesondere auch einzubeziehen, ob bei maximal zulässiger Fristverkürzung die Gefahr der Verletzung des Rechtsgutes wesentlich erhöht würde. Solche beschleunigten Vergabeverfahren sind in jedem Fall vorrangig zu prüfen. Außerdem darf der Auftraggeber die äußerste Dringlichkeit nicht durch eigenes Verhalten herbeigeführt haben. Entscheidend hierfür ist eine objektive Betrachtung der Sachlage. Wenn der Auftraggeber bei sorgfältiger Beobachtung des relevanten Marktes und zu erwartender Entwicklungen seinen Beschaffungsbedarf frühzeitig hätte erkennen können, ist demnach die äußerste Dringlichkeit zu verneinen.

Herauszustellen ist, dass eine äußerste Dringlichkeit regelmäßig nicht mit bloßen wirtschaftlichen Erwägungen begründet werden kann. Die Einhaltung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes rechtfertigt demnach nicht einen Verzicht auf die Bekanntmachung und den Teilnahmewettbewerb aus Gründen der äußersten Dringlichkeit. Ausnahmen hiervon sind allerdings bei wirtschaftlichen Notlagen wie einer Finanzkrise denkbar, wenn eine Auftragsunterbrechung gravierende Folgen für die Allgemeinheit (Versorgungssicherheit) hat.

Wenn die Voraussetzung einer äußersten Dringlichkeit erfüllt ist, muss der betreffende Vertrag kurzfristig vergeben und zeitnah ausgeführt werden können. Das heißt, dass ein Absehen vom Teilnahmewettbewerb für komplexe öffentliche Aufträge regelmäßig nicht geeignet erscheint.

zu 3. Kausalzusammenhang:

Zuletzt muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und der Unmöglichkeit, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Der Verzicht auf den Teilnahmewettbewerb und die Bekanntmachung muss im Vergabevermerk nachvollziehbar begründet werden.

3.3.7 Direktkauf gemäß VOL/A und BO

Leistungen bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert in Höhe von 500 Euro (ohne Umsatzsteuer) können unter Berücksichtigung der Haushaltsgrundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ohne ein Vergabeverfahren beschafft werden (§ 3 Abs. 6 VOL/A und § 3 Abs. 3 BO). Dennoch sollten im Interesse der Schonung des eigenen Budgets Preisvergleiche erfolgen.

3.3.8 Mögliche strafrechtliche Folgen im Falle der Wahl einer falschen Vergabeart

Haushaltsmittel sind sparsam einzusetzen. Aufgrund des stärker stattfindenden Wettbewerbs bei der Aufforderung einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten steigt regelmäßig auch die Wahrscheinlichkeit, ein günstigeres Angebot zu ermitteln. Somit stellt die Öffentliche Ausschreibung grundsätzlich auch die wirtschaftlichste Vergabeart dar und ist gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 VOL/A der Beschränkten Ausschreibung und der Freihändigen Vergabe vorzuziehen. Der Anwendungsvorrang der Öffentlichen Aus-

schreibung ist insofern unmittelbar Ausdruck des Gebots der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei der Verwendung öffentlicher Mittel. Die in § 3 Abs. 3 bis 5 VOL/A geregelten Ausnahmefälle sind daher restriktiv auszulegen und richten sich im Übrigen nach den Vorschriften der Beschaffungsordnung der FHH (vgl. entsprechende Wertgrenzen nach § 3 BO, Wahl der Vergabeart, Wertgrenzen) i. V. m. § 3 VgV (Schätzung des Auftragswertes).

Sofern ein unbegründeter Fall der Abweichung von dem grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Öffentlichen Ausschreibungspflicht vorliegt – etwa im Falle einer unterlassenen Öffentlichen Ausschreibung bei einem geschätzten Gesamtauftragswert von 150.000 Euro – macht sich der/die entsprechende Sachbearbeiter/in in der Beschaffungsstelle u.U. einer Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB schuldig. § 266 StGB ist kein Bereicherungsdelikt, sondern ein sog. Vermögensbeschädigungsdelikt. Dabei ist nach einhelliger Ansicht weder die Herbeiführung eines konkreten Vermögensschadens noch eine Bereicherungsabsicht (etwa zugunsten eines anderen Unternehmens) erforderlich. Vielmehr ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls das sichere Wissen um einen möglichen Vermögensnachteil (sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung) ausreichend, um den Tatbestand der Untreue zu erfüllen. Generell genügt es sogar, dass der Taterfolg lediglich für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen wird (sog. bedingter Vorsatz). Im Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung jedoch nur mit der gesteigerten Maßgabe, dass der Täter sich mit dem Eintritt des (ihm möglicherweise sogar unerwünschten) Erfolges, also mit der bloßen Gefahr einer Vermögensminderung, abfindet. Ein Sachbearbeiter kann dem Vorwurf der sog. Haushaltsuntreue somit nicht mit den Argumenten begegnen, er habe nicht gewusst, ob sein Verhalten zu einem (tatsächlichen) Schaden führen werde und weder gegen vergaberechtliche Vorgaben verstoßen noch sich oder Dritte bereichern zu wollen, solange er ohne zwingenden Grund gegen das grundsätzliche Gebot der Öffentlichen Ausschreibung gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 VOL/A (als Verletzung einer Pflicht i. S. d. § 266 Abs. 1 StGB) verstößt und sich dabei mit der Möglichkeit abfindet, dass bei pflichtgemäßem Verhalten günstigere Angebote von anderen potentiellen Bietern hätten eingehen können.

4. Erstellung der Vergabeunterlagen (insbes. Leistungsbeschreibung)

4.1 Übersicht über die Vergabeunterlagen

Der Begriff der Vergabeunterlagen ist in § 8 Abs. 1 bzw. § 9 EG Abs. 1 VOL/A definiert. Die Vergabeunterlagen bestehen danach in der Regel aus:

1. dem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der geforderten Unterlagen),
2. der Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
3. den Vertragsunterlagen, die aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen bestehen.

In vielen Fällen enthält bereits die Leistungsbeschreibung alle zu vereinbarenden Vertragsbedingungen. Es kann aber auch sein, dass als Ergänzung zur Leistungsbeschreibung noch weitere Vereinbarungen mit individuellen Klauseln zum Bestandteil der Vertragsunterlagen gemacht werden. Regelmäßig sind zudem vorformulierte Vertragsbedingungen für die öffentliche Hand zum Bestandteil des Vertrages zu machen – zusätzliche Allgemeine Vertragsbedingungen dürfen diesen nicht widersprechen. Dies ist in § 9 Abs. 1 bzw. § 11 EG Abs. 1 VOL/A ausdrücklich vorgeschrieben.

Als Vertragsbedingungen zu nennen sind insbesondere:

- die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B),
- die Hamburgischen Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (HmbZVB-VOL/B),

- etwaig anwendbare ergänzende Vertragsbedingungen wie z.B. die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) bzw. – soweit entsprechende EVB-IT noch nicht vereinbart sind – die älteren Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB),
- die gemäß § 3a Hamburgisches Vergabegesetz anzuwendenden EVB-ILO, die die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen sicherstellen und dafür sorgen sollen, dass keine Waren beschafft werden, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt worden sind. Ausschließlich bei Waren oder Warengruppen, bei denen im Einzelfall eine Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Betracht kommen kann, sollen entsprechende Ergänzende Vertragsbedingungen und dazugehörige Erklärungen der Bieter dies gewährleisten,
- Mindestlohnklärung (vgl. S. 15)
- etwaige Technische Vertragsbedingungen.

Darüber hinaus können die Vergabeunterlagen weitere Bestandteile enthalten, z.B.:

- Angebotsvordruck; verbindliche Ausführung siehe Anlage 2 zur BO,
- Eigenerklärung(en)
- ggf. Besichtigungsbestätigung,
- ggf. Musteranhänger oder -aufkleber.

Individuelle Ergänzungen können je nach Auftragsgegenstand notwendig sein. Bei Vergaben von Werbeaufträgen, Heranziehung externer IT-Beratung, Beauftragung von Unternehmensberatungsfirmen und externer Fort- und Weiterbildung (nur bei diesen Themenbereichen) ist z.B. die sog. Scientology-Erklärung zu fordern (s. auch [Anlage 4](#)).

Besonders hinzuweisen ist auf die Regelung in § 8 Abs. 3 bzw. § 9 EG Abs. 4 VOL/A, wonach der Auftraggeber **sämtliche verlangten Nachweise**, unabhängig davon, ob sie die Eignung oder andere Umstände betreffen, **in einer abschließenden Liste** zusammenzustellen und bekannt zu geben hat. Unterlässt er dies, gelten Nachweise als nicht wirksam gefordert, und ein Ausschluss von Angeboten darf wegen Fehlens geforderter Nachweise nicht erfolgen (OLG Düsseldorf vom 03.08.2011 – VII-Verg 30/11). Der Vergabesenat stellte in seiner Entscheidung klar, dass diese – bieterschützende – Vorschrift eine **zwingende Anforderung** an Auftraggeber aufstellt, von der keine Ausnahmen zugelassen werden.

Zu der Ausschlussanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, korrespondiert die Verpflichtung der Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen wann abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, darf der Auftraggeber ein Angebot nicht ohne weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen (BGH vom 03.04.2012 – X ZR 130/10).

Im Überblick setzen sich die Vergabeunterlagen wie folgt zusammen:

1. Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe)
2. Angebotsvordruck
3. Anlage zum Angebotsvordruck (z.B. vorbereitete Matrix, in die der Bieter seine Preise und ggf. gewährte Skontoabzüge eintragen muss)
4. Bewerbungsbedingungen
5. Angabe der Zuschlagskriterien

6. Vertragsunterlagen
 - a) Leistungsbeschreibung – einschließlich besonderer vertraglicher Regelungen
 - b) (vorformulierte) Vertragsbedingungen:
 - Allgemeine Vertragsbedingungen (VOL/B); diese nicht beifügen, nur darauf hinweisen
 - Zusätzliche Vertragsbedingungen (HmbZVB-VOL/B)
 - ggf. Ergänzende Vertragsbedingungen
 - ggf. Technische Vertragsbedingungen
7. abschließende Liste aller geforderten Nachweise/Unterlagen, z.B.
 - Eigenerklärung(en)
 - ggf. Besichtigungsbestätigung
 - ggf. Musteranhänger oder -aufkleber
 - ggf. individuelle Ergänzungen

4.2 Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe)

Der Wortlaut der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist nach der VOL/A nicht festgelegt. Die Finanzbehörde hat einen verbindlichen Vordruck hierfür vorgegeben. Dieser ist Bestandteil der Anlage 2 zur BO. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält mindestens folgende Angaben:

- Art der Ausschreibung, Bezeichnung der Ausschreibung bzw. ggf. Ausschreibungsnummer
- Einreichungstermin (Ablauf der Angebotsfrist; ggf. mit Uhrzeit)
- Ablauf der Bindefrist für den Bieter
- Anlagen (z.B. Leistungsbeschreibung, Eigenerklärung, Zusätzliche Vertragsbedingungen, Angebotsvordruck)
- Hamburgische Bewerbungsbedingungen gemäß § 8 Abs. 1 lit. b) bzw. § 9 EG Abs. 1 lit. b) VOL/A; verbindliche Ausführung siehe Anlage 2 zur BO
- Angabe, wo das Angebot eingereicht werden soll
- Ansprechpartner

4.3 Leistungsbeschreibung

In § 7 und § 8 EG VOL/A ist die Leistungsbeschreibung geregelt. Demnach ist die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

4.3.1 Vorbemerkung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Herzstück“ des Vergabeverfahrens. Auf ihre Formulierung ist größte Sorgfalt zu legen. Sie bestimmt nicht nur, welche Marktteilnehmer sich am Vergabeverfahren beteiligen und wer den Zuschlag für den Auftrag bekommt; sie stellt zudem auch den wesentlichsten Bestandteil des dann geschlossenen Vertrags dar und regelt damit die Beziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über die gesamte Vertragslaufzeit.

Hervorzuheben ist, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei bestimmen kann, ob und welche Leistung er einkaufen möchte. Er ist innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen frei, seinen Bedarf zu definieren. Es müssen lediglich sachgerechte Gründe für die gewählte Festlegung („Definition“) des Beschaffungsbedarfs bestehen. Bei der Leistungsbeschreibung ist allerdings darauf zu achten, dass bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden dürfen, wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung zu rechtfertigen ist. Dies kann z.B. ausnahmsweise der Fall sein, wenn bereits ein bestimmtes Produkt angeschafft wurde und Ersatzteile oder Ergänzungen dazu nur von bestimmten Herstellern verwendet werden können. Dies kann z.B. im Fahrzeugbereich der Fall sein, wenn Kranaufbauten o.ä., die nachträglich eingebaut werden müssen, nur von bestimmten Herstellern gewählt werden können, damit diese zu dem Trägerfahrzeug passen. Auch bauliche Vorgaben können eine Rolle spielen, wenn Geräte in bestimmten Räumen aufgestellt werden müssen und von den Abmessungen her nur einige Geräte passen. Auch im IT-Bereich gibt es Konstellationen, bei denen nicht irgendein Drucker o.ä. verwendet werden kann, sondern die technischen bzw. Softwareanforderungen nur von einigen Modellen erfüllt werden können.

Die Zugrundelegung technischer Merkmale darf jedoch nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugt oder ausgeschlossen werden (Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung, vergl. VK Saarland vom 25.10.2010 – 1 VK 10/2010), es sei denn, dass eine solche Beschreibung durch die zu vergebende Leistung gerechtfertigt ist (vergl. OLG Düsseldorf vom 23.03.2010 – VII-Verg 61/09; VK Münster vom 18.02.2010 – VK 28/09). Die Verwendung von Markennamen ist weitestgehend zu vermeiden. Lässt sich die Nennung nicht umgehen, so muss auf jeden Fall der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet werden, damit keine Diskriminierung vorliegt (§ 7 Abs. 4 VOL/A). Der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ kann entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt. Ein solcher Grund liegt dann vor, wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müssten und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre. Die Gründe sind zu dokumentieren (§ 7 Abs. 4 VOL/A).

Das OLG Düsseldorf (vom 17.02.2010 – Verg 42/09) hat entschieden: Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen.

Folgende Gesichtspunkte sind bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung zu bedenken:

- Welche Zielgruppe soll mit der Leistungsbeschreibung angesprochen werden?
Hierbei geht es um die Frage, welche Unternehmen für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung in Betracht kommen. Eine sachgerechte Eingrenzung des Bewerber- / Bieterkreises kann insbesondere über die vorzulegenden Eignungsnachweise, insbesondere Referenzen erfolgen. Aber auch aus der Beschreibung des Auftragsgegenstandes (z.B. Auftragsvolumen, erforderliche Servicekapazitäten etc.) wird der angesprochene Bewerber- / Bieterkreis festgelegt.
- Wie sieht der Markt für die zu erbringende Leistung aus?
Handelt es sich um Produkte oder Märkte, die unübersichtlich, technisch anspruchsvoll oder wenig erprobt sind, kann es sinnvoll sein, die Innovationspotenziale des Marktes durch eine möglichst offene Leistungsbeschreibung auszuschöpfen (z.B. durch die Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung, Zulassung von Nebenangeboten etc.). Hat die Bedarfs- bzw. Beschaffungsstelle dagegen einen guten Marktüberblick und eine sehr konkrete Vorstellung, wie die Leistung beschaffen sein muss, bietet sich eine möglichst konstruktive Leistungsbeschreibung, ggf. ergänzt durch zahlreiche Ausschlusskriterien an.

- Welche Zuschlagskriterien sind für die Leistung von Bedeutung?
Eine der zentralen „Stellschrauben“ ist die Entscheidung, nach welchen Kriterien der Zuschlag erteilt werden soll. Hier kann als einziges Zuschlagskriterium der niedrigste Preis ausschlaggebend sein. Auf der anderen Seite gibt es zahlreiche weitere Kriterien, die für die Bedarfs- bzw. Beschaffungsstelle für die Wahl des besten (= wirtschaftlichsten) Angebots von Bedeutung sein können.

Als wichtigste Kriterien im Rahmen der Leistungsbeschreibung, mit denen die Beschaffungsstelle die Qualität der Angebote beeinflussen kann, sind daher die Art der Leistungsbeschreibung, die Zulassung von Nebenangeboten, die Anforderungen an die Bieterleistung sowie die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung zu nennen.

4.3.2 Arten der Leistungsbeschreibung

Bei der Leistungsbeschreibung werden vor allem drei Arten unterschieden:

(1) Einfache Leistungsbeschreibung

Hierunter ist zu verstehen, dass die zu beschaffende Leistung durch verkehrsübliche Bezeichnungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang beschrieben werden kann. Sie kann immer dann angewandt werden, wenn standardisierte, marktgängige Waren beschafft werden sollen, die an Hand von DIN-Normen etc. eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Ein gutes Beispiel hierfür ist Papier: Gewicht, Größe, Weißegrad, Paketgröße, Verwendungszweck. Wichtig ist, dass bei Verweisung auf technische Normen die Leistungsbeschreibung immer auch „gleichwertige“ andere technische Lösungen zuzulassen hat (siehe unten).

(2) Konstruktive Leistungsbeschreibung

Bei dieser Leistungsbeschreibung liegt der Schwerpunkt auf technischen Besonderheiten, die als Anforderung an die zu beschaffende Ware gestellt werden müssen. Dabei werden zumeist Waren eingekauft, die über einen Standard hinausgehen oder mit speziellen Funktionen ausgestattet sein müssen. Die notwendigen besonderen Abmessungen, technischen Werte, zu verwendende Materialien usw. werden weitgehend als technische Lieferbedingungen oder Richtlinien festgelegt.

Als Beispiel können hier spezielle Kraftfahrzeuge dienen: Funk (Polizei), Krankenaufbauten (Feuerwehr), Inneneinrichtung (Krankentransporter). In diesem Fall hat die Leistungsbeschreibung für die Bieter den Charakter eines „abzuarbeitenden Leistungsverzeichnisses“.

(3) Funktionale Leistungsbeschreibung

Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung werden nur die Funktionen sowie die sonstigen Anforderungen an das zu beschaffende Gut festgelegt. Dies beinhaltet, dass ein wesentliches Element der Ausschreibung, nämlich Planungs- oder Entwicklungsleistungen einschließlich damit verbundener Risiken auf die Bieterseite übertragen werden: Es bleibt dem Bewerber/Bieter überlassen, auf welche Art und Weise er die festgelegten Ziele erreichen will. Die funktionale Leistungsbeschreibung eignet sich daher insbesondere für solche Aufträge, bei denen Raum für Innovationen verbleiben soll.

4.3.3 Aufbau der Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung erfüllt eine Doppelfunktion: Zum einen konkretisiert sie die Leistung, die der öffentliche Auftraggeber beschaffen will. Sie ist damit Grundlage für die Angebote der Bieter. Zum anderen dient die Leistungsbeschreibung aber auch als Grundlage für die Durchführung des Vertrages. In die Leistungsbeschreibung gehören alle für den Bieter relevanten Fakten, die dieser benötigt, um ein wertbares Angebot abzugeben.

Für die Gliederung einer Leistungsbeschreibung gibt es keine festen Vorgaben. Vielmehr ergibt sich der Aufbau i.d.R. aus den Anforderungen der Bedarfsstelle und ist daher in hohem Maße abhängig von der zu beschaffenden Leistung. Der Aufbau einer Leistungsbeschreibung kann wie folgt aussehen:

1. Vorbemerkung
 - a) Gegenstand der Ausschreibung (Kurzfassung)
 - b) Angaben zum Auftraggeber
2. Leistungsbeschreibung (im engeren Sinne)
 - a) Ausschreibungsgegenstand
 - b) Vertragspartner (z.B. bei gemeinsamen Beschaffungen mehrerer öffentlicher Auftraggeber)
 - c) Laufzeit des Vertrages (z.B. bei Rahmenvereinbarungen)
 - d) Losbildung
 - e) Bedarfsstellen
 - f) Mengen
 - g) Optionen
3. Anforderungen an die Eignung der Bieter / Bewerber
 - a) Eignungskriterien
 - b) Bietergemeinschaften
 - c) Nachunternehmer
 - d) Sonstige Nachweise (z.B. Scientology-Erklärung)
4. Zuschlagskriterien und Gewichtung
5. Erläuterungen zum Vergabeverfahren (soweit erforderlich; dies kann etwa der Fall sein bei besonders komplexen Verfahren, bei gestuften Verfahren usw.)
6. Besondere vertragliche Regelungen

4.3.4 Inhalt der Leistungsbeschreibung

4.3.4.1 Ausschreibungsgegenstand

In der Leistungsbeschreibung im engeren Sinne definiert der Auftraggeber den Ausschreibungsgegenstand und legt die Anforderungen an die konkret zu erbringende Leistung näher fest. Hieraus ergibt sich, wer was an wen wann zu welchen Konditionen zu liefern hat.

Zur Leistungsbeschreibung im engeren Sinne gehören

- die (technischen) **Daten der Ware oder Dienstleistung**, die beschafft werden soll (z.B. DIN A4 Kopierpapier mit 80 % Weißegrad, 80g/m², in Paketen zu 500 Blatt; Bewachung eines Dienstgebäudes außerhalb der Dienstzeit). In diesem Rahmen ist darauf hinzuweisen, wenn die Ware einer Zertifizierung unterliegen soll und die Bieter dies nachweisen müssen.
- die benötigte **Menge**, die möglichst genau anzugeben ist. Bei Rahmenvereinbarungen ohne garantierte Mengenabnahme muss zumindest ein geschätzter Verbrauch angegeben werden, damit die Bieter einen Anhaltspunkt für die Preiskalkulation haben. Hierfür empfiehlt sich u.U. eine Differenzierung nach Mindestabnahmemenge, geschätzter Abnahmemenge und/oder optionaler Höchstmenge.

Besteht kein Anhaltspunkt über die benötigte Menge, so muss ggf. vor Beginn der Ausschreibung eine Bedarfserhebung durchgeführt werden.

- der **Liefer- oder Ausführungsort**. Dabei ist auch zu beschreiben, wie die Leistung an ihren Bestimmungsort gelangen kann (z.B. Größe der Fahrstühle, Stockwerk etc.), um Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung zu vermeiden.
- die Angabe, ob zur Auswahl der Ware **Proben und/oder Muster** benötigt werden (zur Behandlung von Proben und Mustern s. S. 83). Bei einigen Dienstleistungen kann eine **Besichtigung** notwendig sein. Wird diese erwartet, ist dies auch in der Leistungsbeschreibung zu erwähnen und den Vergabeunterlagen eine Besichtigungsbestätigung beizufügen. Genauso ist zu erwähnen, wenn die **probeweise Aufstellung** eines Gerätes gefordert wird. Die Bedingungen hierfür sind ebenfalls zu erläutern (wann, wo, wie lange). Für die probeweise Aufstellung bei der Bedarfsstelle zur Ermittlung des geeigneten Fabrikates oder der geeigneten Ausführung sind mit den Lieferfirmen schriftliche Leihverträge abzuschließen; dies gilt auch für andere unentgeltliche Überlassungen. Soll vor der Beschaffung eines Standardbedarfes eine probeweise Aufstellung erfolgen, so bedarf dies der Genehmigung der zuständigen Zentralen Vergabestelle oder Beschaffungsstelle.
- Angaben zur **Wartung** (evtl. Wartungsvertrag als eigenes Los mit ausschreiben) und zur **Einweisung** der Mitarbeiter, z.B. wenn diese ein Gerät bedienen sollen.
- Regelungen zur **Abnahme** der Leistung sowie zu **Teil- / Zahlungsmodalitäten**.
- Angaben zu **Abweichungen von der gesetzlichen Mängelhaftung** oder **Vertragsstrafen** gehören ebenfalls in die Leistungsbeschreibung. Vertragsstrafen sollen gem. § 9 bzw. § 11 EG VOL/A nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen vereinbart werden, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. Falls im Einzelfall doch einmal eine Vertragsstrafe vereinbart werden soll, sind unbedingt die Höchstgrenzen zu beachten. Weitere Gründe für Vertragsstrafen sind in § 11 HmbVgG vorgesehen.
- ggf. Regelungen zur Überlassung von Material, das sich im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg befindet, zur Be- oder Verarbeitung. In diesen Fällen sind schriftliche **Beistellverträge** (Übereignungserklärungen u. ä.) abzuschließen. Sie sollen mindestens Aussagen über die Beistellung von Material des Auftraggebers zu den Lieferungen und Leistungen des Auftragnehmers und deren Anlieferung enthalten.

4.3.4.2 Mittelstandsfreundlichkeit

Grundsätzlich dient das Vergaberecht dazu, eine wirtschaftliche und wettbewerbsfreundliche Beschaffung zu gewährleisten. Im Rahmen der Wettbewerbsfreundlichkeit spielt der Mittelstand eine besondere Rolle. Im Vergaberecht wird an verschiedenen Stellen vorgeschrieben, dass die Ausschreibungen „mittelstandsfreundlich“ zu gestalten sind (vgl. § 97 Abs. 3 GWB, §§ 2 EG Abs. 2 und 11 EG Abs. 5 VOL/A sowie §§ 4 und 5 HmbVgG). Der Begriff des Mittelstandes ist dabei umfassend zu verstehen und erfasst alle Kleinst- sowie kleinen und mittleren Unternehmen (zur Klassifizierung vgl. Empfehlung der EU-Kommission vom 06.05.2003 (2003/361/EG)), wobei das Unternehmen keiner Gruppe verbundener Unternehmen angehören bzw. nur einer Gruppe verbundener Unternehmen angehören darf, die die genannten Voraussetzungen erfüllen.

Inwieweit Belange des Mittelstandes berücksichtigt werden können, ergibt sich wiederum aus Art und Umfang der zu beschaffenden Leistung. Fehlende Mittelstandsfreundlichkeit trotz entsprechender Möglichkeiten kann u.U. zur Aufhebung einer Ausschreibung führen. Instrumente der mittelstandsfreundlichen Gestaltung von Ausschreibungen können – je nach Zulässigkeit im Einzelfall – sein (vgl. auch Burgi in NZBau 2006, S. 606):

1. Wahl der Vergabeart,
2. besondere Aufforderung zur Angebotsabgabe,

3. Verzicht auf gemeinsame Beschaffung mehrerer öffentlicher Stellen oder Auftraggeber,
4. Bildung von Fach- und / oder Teillosen,
5. Steuerung des Einsatzes von Nachunternehmern,
6. Reduzierung des Ausschreibungsaufwandes,
7. Verzicht auf Sicherheiten,
8. mittelstandsfreundliche Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung (Leistungsverzeichnis statt funktionaler Leistungsbeschreibung),
9. zurückhaltende Anforderungen an die Eignungsunterlagen.

Allgemeine Hinweise, inwieweit im Einzelfall von diesen Instrumenten Gebrauch gemacht werden kann, sind nicht möglich. Als Rahmen ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Ausschreibung nach wie vor eine wirtschaftliche Beschaffung zum Ziel haben muss und die Ausschreibungsmodalitäten haushaltsrechtlich zulässig sein müssen.

4.3.4.3 Losbildung

Die Losbildung – auch als Instrument zur mittelstandsfreundlichen Gestaltung – ist in § 97 Abs. 3 GWB, § 2 und § 2 EG Abs. 2 VOL/A geregelt, wonach Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Bei der Vergabe kann auf eine Aufteilung oder Trennung verzichtet werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Gemäß den Erläuterungen zu § 2 VOL/A kommen beispielsweise als Gründe, von einer Losaufteilung abzusehen, unverhältnismäßige Kostennachteile, die starke Verzögerung des Vorhabens, verringerter Koordinationsaufwand, erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen sowie eine unwirtschaftliche Zersplitterung in Folge einer Aufteilung in Betracht. Letzteres liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Auftragswert so gering ist, dass von vornherein einer Beteiligung mittelständischer Unternehmen möglich ist.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Die Möglichkeit, aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen auf die Bildung von Losen zu verzichten, besteht bei überschwelligen Vergabeverfahren grundsätzlich nicht! § 2 EG Abs. 2 lässt lediglich zu, mehrere Teil- oder Fachlose aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen zusammen zu vergeben. Die Rechtsprechung lässt aber auch Abweichungen zu: hängt z.B. die Durchführung eines Projekts qualitativ von der Koordinierung unterschiedlicher fachlicher Beratungsleistungen ab, ist keine Aufteilung in Fachlose erforderlich; der Auftraggeber ist bei einem ÖPP-Projekt berechtigt, Beratungsleistungen für wirtschaftliche, technische und juristische Gestaltungsmöglichkeiten an einen Gesamtberater zu vergeben (OLG Celle vom 26.04.2010 – 13 Verg 4/10).

Es können verschiedene Arten von Losen gebildet werden. Es gibt z.B. Regionallose, bei denen Transportleistungen in Hamburg nach Bezirksamtsbereichen ausgeschrieben werden können. Eine andere Möglichkeit sind qualitativ unterschiedliche Produkte. So kann beispielsweise Auslegware in verschiedenen Losen angeboten werden. Dabei spielt dann die Beschaffenheit des Teppichbodens eine Rolle, also etwa eine Qualität, die besondere Anforderungen an Haltbarkeit erfüllen muss. Oder der Preis wird unterschiedlich nach der Anzahl der benötigten qm festgelegt. Ebenfalls für die Losbildung eignet sich der Bürobedarf. So ist es Bietern möglich, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, obwohl sie nicht alle benötigten Artikel im Sortiment haben.

Die Bildung von Losen kann für den Auftraggeber unter verschiedenen Aspekten vorteilhaft sein. Mit einer entsprechenden Formulierung in der Leistungsbeschreibung kann der Auftraggeber sehr flexibel entscheiden, ob er einzelne Lose an verschiedene Auftragnehmer

vergift oder mehrere oder alle Lose an einen einzigen Bieter. Auch die Angabe einer Mindest- oder Höchstanzahl von Losen, die an einen Bieter vergeben werden soll, ist möglich.

Mit einer **Loslimitierung** kann eine breitere Risikostreuung und eine Auftragskonzentration auf einen oder wenige Auftragnehmer erreicht werden. Dabei sind aber auch die Interessen der Bieter zu berücksichtigen. Eine Loslimitierung, die bestimmt, dass bei 13 Gebietslosen Unternehmen von vornherein nur auf ein einziges Gebietslos bieten dürfen, greift massiv in den freien Wettbewerb ein und wäre nicht zulässig (VK Brandenburg vom 23.02.2010 – VK 8/10). Demgegenüber hat es das OLG Düsseldorf für zulässig gehalten, dass sich jeder Bieter nur auf fünf von 21 Gebietslosen bewerben kann (vom 17.01.2013 – VII Verg 35/12). Nach VK Baden-Württemberg ist die Angebotslimitierung auf die Hälfte der Lose vergaberechtlich nicht zu beanstanden und durch das Ermessen des Auftraggebers im Rahmen seines Bestimmungsrechts gedeckt (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.03.2014 – 1 VK 9/14).

Ebenfalls hat das OLG Düsseldorf entschieden (VII-Verg 99/11 vom 07.12.2011), dass Auftraggeber vorgeben dürfen, dass Bieter nur für eine begrenzte Anzahl von Losen den Zuschlag erhalten können; zwar nehme eine solche Loslimitierung wirtschaftlich starken Bietern die Möglichkeit, ein Angebot auf die gesamte Leistung abzugeben. Überwiegen aber die Risiken bei einem Ausfall eines einzelnen Auftragnehmers etwa bei Insolvenz, sei eine Loslimitierung gerechtfertigt (Interesse des Auftraggebers an der Versorgungssicherheit). Außerdem kann eine Loslimitierung auch der Sicherung von künftigem Wettbewerb dienen.

Falls eine Ausschreibung aufgehoben werden muss, kann man die Aufhebung möglicherweise auf einzelne Lose beschränken. Dies kann der Fall sein, wenn z. B. für einen Teil der Leistung kein bedingungsgemäßes Angebot abgegeben wurde (Näheres s. S. 99 f.). Dann muss nicht das ganze Verfahren wiederholt werden.

Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Mehraufwand (Ausschreibung, Prüfung, Koordinierung sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen) kann eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen. Die Entscheidung des Auftraggebers ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung beruht.

Der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager hat durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen. Vielmehr bestimmt allein der Auftraggeber im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll. Vergaberecht dient vor allem auch der wirtschaftlichen Leistungsbeschaffung.

Ein Grund für eine Gesamtvergabe kann es auch sein, eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Auftragsvergabe zu vermeiden. Dabei müssen die dafür sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen. Die genannten Koordinierungsgesichtspunkte (Mehrzahl von Auftragnehmern in einem Gebäude; Unmöglichkeit, durch Flüssigkeit verursachte Schäden insbesondere am Fußboden einem bestimmten Unternehmen zuordnen zu können; Notwendigkeit, Grund- und Glasreinigung in den Schulferien durchführen lassen zu müssen) reichen zwar als solche nicht aus. In Verbindung und Gesamtschau mit der Tatsache, dass die Auftraggeberin für die Reinigungsarbeiten bereits fünf (Gebiets-, mithin Teil-) Lose gebildet hat und die Glasreinigung für sämtliche Gebäude einen Wert von weniger als 9.000 Euro jährlich ausmacht, rechtfertigen sie aber ein Absehen von einer Fachlosvergabe aus wirtschaftlichen Gründen. Ein öffentlicher Auftraggeber braucht keine Splitterlosvergabe durchzuführen (OLG Düsseldorf vom 23.03.2011 – VII-Verg 63/10).

Der Umstand, dass sich ein Bieter bei einer Losaufteilung bessere Chancen jedenfalls für einen dahingehenden Teilauftrag ausrechnet, begründet keine Verpflichtung des Auftraggebers zu einer Losausschreibung. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, eine Ausschreibung so zuzuschneiden, dass bestimmte Wirtschaftsteilnehmer und deren einzelwirtschaftlichen Interessen bedient werden. Eine Gesamtvergabe ist gerechtfertigt, sofern wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (OLG Düsseldorf vom 25.04.2012 – VII Verg 100/11).

4.3.4.4 Nebenangebote

Nebenangebote sind solche Angebote, die häufig als zusätzliches Angebot von einer Firma abgegeben werden. Gemäß § 8 Abs. 4 und § 9 EG Abs. 5 VOL/A muss der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung angeben, ob er Nebenangebote zulassen will. Fehlt die Angabe in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen, sind keine Nebenangebote zugelassen. Lässt der Auftraggeber Nebenangebote zu, so sind im europaweiten Bereich zwingend die Mindestanforderungen an die Nebenangebote darzulegen. Dies ist erforderlich, um die Vergleichbarkeit eines Nebenangebots mit anderen Angeboten herzustellen.

Nach zwei Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 23.03.2010 – VII-Verg 61/09 und vom 09.03.2011 – VII-Verg 52/10) dürfen Nebenangebote nicht zugelassen werden, wenn der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist. Die zweite Entscheidung beschäftigte sich außerdem mit der Frage, ob es sich überhaupt um Nebenangebote handelt oder um weitere Hauptangebote des Bieters. Klargestellt wurde darin, dass Bieter in einem Vergabeverfahren mehrere Hauptangebote abgeben dürfen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf darf ein zweites Hauptangebot nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil der Bieter es irrtümlich als Nebenangebot bezeichnet.

Das OLG Schleswig hatte in einer Entscheidung vom 15.04.2011 die entgegengesetzte Meinung vertreten und die Zulässigkeit von Nebenangeboten bejaht, wenn der Preis einziges Zuschlagskriterium ist (OLG Schleswig vom 15.04.2011 – 1 Verg 10/10).

Inzwischen hat der BGH (Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13) entschieden, dass Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, wenn der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist.

Nebenangebote können ein gutes Mittel sein, um Kenntnis über neue Technologien zu erlangen. Es empfiehlt sich daher, diese grundsätzlich zuzulassen, wobei man sich im Vorwege Gedanken über die Wertung dieser Nebenangebote machen muss (Festlegung der Mindestkriterien für die Wertung), damit eine Vergleichbarkeit mit den Hauptangeboten gegeben ist. Zugelassene Nebenangebote sind wie Hauptangebote zu werten.

Im Bereich der Gebäudereinigung bieten Firmen beispielsweise die Reinigung an Hand der zu Grunde gelegten Leistungsbeschreibung an und bieten darüber hinaus eine andere Form der Reinigung – etwa mit vorheriger Versiegelung des Fußbodens und dadurch weniger häufig notwendigem Nasswischen – an. Nebenangebote zeichnen sich also dadurch aus, dass mit anderen Mitteln als in der Leistungsbeschreibung vorgesehen die Leistung trotzdem in vollem Umfang erbracht wird. Ein anderes Beispiel für ein Nebenangebot ist die inzwischen in der Rahmenvereinbarung enthaltene Schaumseife zum Händewaschen, die erstmalig als Nebenangebot angeboten wurde, dann zugelassen wurde und auf Grund der damit gemachten Erfahrungen in die Produktpalette für diese Rahmenvereinbarung aufgenommen wurde. Soweit der Bieter eine Leistung anbietet, die in den Vergabeunterlagen nicht vorgesehen ist, sind von ihm im Angebot entsprechende Angaben über Ausführung und Beschaffenheit dieser Leistung zu verlangen.

4.3.4.5 Zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer

Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben (§ 97 Abs. 4 GWB). Da diese Anforderungen inzwischen ausdrücklich in die vergaberechtlichen Bestimmungen aufgenommen wurden, ist es verfehlt, weiterhin von „vergabefremden Aspekten“ zu sprechen.

Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Beispiele für – unter bestimmten Voraussetzungen zulässige – zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer sind insbesondere die Scientology-Schutzklausel oder die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgeltes das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen auf Grund des Arbeitnehmer-Entsende-

gesetzes gebunden ist oder zumindest die Zahlung eines vergaberechtlichen Mindestlohns. Diese Anforderungen finden sich häufig in speziellen Vergabegesetzen oder -verordnungen der Länder (z.B. die Tariftreue- und Mindestlohnregelung im HmbVgG). Den möglichen Handlungsrahmen zeigt die Mitteilung der Kommission zu diesem Thema auf (2001/C 333/08; KOM(2001) 566 endg. vom 15.10.2001).

Auch die gemäß § 3a Hamburgisches Vergabegesetz anzuwendenden EVB-ILO gehören zu den zulässigen zusätzlichen Anforderungen (s. S 42).

Seit dem 10.06.2013 soll gemäß § 3b Abs. 9 HmbVgG bei der Vergabe von Aufträgen, insbesondere von Transportdienstleistungen, darauf hingewirkt werden, dass bei der Auftragsdurchführung **emissionsfreie Fahrzeuge** zum Einsatz kommen. Unter den Begriff „emissionsfrei“ fallen E-Fahrzeuge, aber auch Brennstoffzellen- und Wasserstoff-Autos. Ausgeschlossen sind Hybridfahrzeuge, weil beim Einsatz des Verbrennungsmotors naturgemäß Emissionen entstehen. Verstärkt eingesetzte E-Fahrzeuge könnten dagegen im Hamburger Ballungsraum einen signifikanten Beitrag zum Klimaschutz leisten, insbesondere zur Reduzierung der Feinstaubbelastung.

Die Formulierung der Vorschrift, dass auf eine Auftragsdurchführung mittels emissionsfreier Fahrzeuge hingewirkt werden soll, ist vor dem Hintergrund einer sich erst entwickelnden und in der Durchsetzungsphase befindlichen Technik auf ein qualifiziertes Bemühen gerichtet. Dies gewährleistet Flexibilität in den Bereichen, in denen zwingende Hindernisse gegen den Einsatz dieser Fahrzeuge sprechen. Bei der Beauftragung von Transportdienstleistungen besteht zudem naturgemäß das Problem, dass Fahrzeuge in vielen Fällen nicht ausschließlich für einen Kunden eingesetzt werden können und bei Fahrzeugflotten, die nicht ausschließlich aus den Anforderungen genügenden Fahrzeuge bestehen, es dem Auftragnehmer faktisch nicht zugemutet werden kann, dass eine Sortierung der zu versendenden Waren derart erfolgt, dass die für die FHH bestimmten exakt in diesen Fahrzeugen transportiert werden. In diesen Fällen genügt es, dass der Anteil der von emissionsfreien Fahrzeugen transportierten Güter am Gesamtumsatz des Auftragnehmers über dem Auftragsvolumen liegt, das von Seiten der FHH beauftragt wurde. Anders ausgedrückt ist es gerade nicht erforderlich, dass die für die FHH vorgesehene Ware ausschließlich mit emissionsfreien Fahrzeugen transportiert wird. Der Steuerungswirkung der Vorschrift wird auch Genüge getan, wenn der Auftragnehmer rechnerisch einen im obigen Sinne beschriebenen bedeutenden Anteil mit diesen Fahrzeugen transportiert.

Auf den Einsatz von E-Fahrzeugen soll insbesondere auch in den Fällen hingewirkt werden, in denen eine Anfahrt unter Vermeidung von Lärm sinnvoll ist, wie z.B. bei Wartungsarbeiten in Schulen oder anderen lärmempfindlichen Einrichtungen oder bei Anfahrten zur Nachtzeit.

Der Auftraggeber kann zudem gemäß § 3b Abs. 8 HmbVgG zusätzliche **umweltbezogene Bedingungen** für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wenn diese

1. mit Recht der Europäischen Union vereinbar sind, insbesondere keinen diskriminierenden Charakter haben,
2. in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben werden und
3. keine versteckten technischen Spezifikationen, Auswahl- oder Zuschlagskriterien darstellen.

Kriterien, die zwar subjektiv dem Auftraggeber bei der Beschaffung wünschenswert erscheinen, die aber bei Anwendung zu einer Diskriminierung der Bieter führen würden, sind i.d.R. nur zulässig, wenn es für sie eine gesetzliche Grundlage gibt (vgl. die Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 3 GWB). Ein unzulässiger vergabefremder Aspekt liegt z.B. vor, wenn ein Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung verlangt, dass alle Produkte, aus denen die Ware besteht, ausschließlich aus heimischer Produktion bestehen. Dies bedeutet nun nicht, dass der Auftraggeber keinerlei "Ansprüche" an die Herkunft der Waren stellen darf, aber man muss sehr vorsichtig bei der Festlegung dieser Kriterien sein, um nicht den Tatbestand der Diskriminierung zu erfüllen.

Eine Bestimmung, dass nur Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter eingesetzt werden dürfen, die über ein aktuelles polizeiliches Führungszeugnis ohne Hinweise auf eine Beteiligung an Straftaten verfügen, ist vergaberechtswidrig, da kein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (Reinigungsarbeiten) besteht (OLG Düsseldorf vom 17.01.2013 – VII Verg 35/12).

In derselben Entscheidung hat das OLG Düsseldorf ausgeführt: „Der öffentliche Auftraggeber hat zwar bereits auf Grund seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls in besonderem Maß soziale Belange zu beachten und zu fördern. Dies allein reicht jedoch nicht aus, einem Auftragnehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen. Die arbeitsrechtlichen und sozialen Belange von geringfügig und zeitlich begrenzt beschäftigten Arbeitnehmern werden durch nationales und europäisches Recht geschützt.“ Die Forderung des Auftraggebers, dass der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Leistung nur sozialversicherungspflichtiges Personal einsetzen darf, ist daher vergaberechtswidrig.

4.3.4.6 Wagnisse

Die Regelung, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden soll (VOL 2006, § 8 Nr. 1 Abs. 3) ist nach der Vergaberechtsreform für den Bereich der Lieferungen und Dienstleistungen entfallen. Die VOB enthält nach wie vor eine solche Regelung.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg stellte dazu fest, dass ein Auftraggeber Risiken auf den Auftragnehmer abwälzen darf, sieht aber den Grundsatz eines fairen Wettbewerbs verletzt, wenn die Bieter auf Grund der Risikoverlagerung nicht mehr vorausschauend planen können und die Leistungsanforderungen für sie nicht mehr beherrschbar sind (VK Baden-Württemberg vom 03.06.2011 – 1 VK 23-24/11).

Nach ständiger Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sind Regelungen, die vergaberechtlich nach früherem Recht als Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses zu tadeln waren, nach derzeit geltender Rechtslage (VOL/A 2009) in Einzelfällen allenfalls unter dem Gesichtspunkt der (Un-) Zumutbarkeit einer für Bieter kaufmännisch vernünftigen Kalkulation zu beanstanden (OLG Düsseldorf vom 07.11.2011 – Verg 90/11 und vom 20.02.2013 – VII-Verg 44/12). Außerdem hat das OLG Düsseldorf entschieden (vom 07.03.2012 – VII Verg 82/11), dass das Verbot einer Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse seit dem Inkrafttreten der Neufassung der VOL/A nicht mehr existiert und von den Vergabenachprüfungsinstanzen als solches nicht mehr zu prüfen ist.

4.3.5 Umweltorientierte Beschaffung und Möglichkeiten, umweltverträgliche Kriterien bei der Beschaffung zu berücksichtigen

4.3.5.1 Rechtsgrundlagen

Der Spielraum der VOL/A für ein **umweltorientiertes** Handeln im nationalen Bereich ergibt sich aus § 16 Abs. 8 bzw. § 19 EG Abs. 9 VOL/A, wonach z. B. auch Gesichtspunkte des Umweltschutzes berücksichtigt werden können. Die Behörden der FHH und die ihrer Aufsicht unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts haben bei der Beschaffung daher zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können, die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen, im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder aus Abfällen zur Verwertung hergestellt worden sind und dadurch keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen (vgl. auch § 2 HmbAbfG). Ergänzend dazu enthält auch das HmbVgG seit dem 01.01.2009 mit dem § 3b eine Regelung zur umweltverträglichen Beschaffung. Danach haben Auftraggeber im Rahmen der Beschaffung dafür Sorge zu tragen, dass bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen negative Umweltauswirkungen vermieden werden, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist.

Seit dem **10.06.2013** ist § 3b HmbVgG um die Absätze 2 bis 9 erweitert worden, die neue ökologische Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge stellen. Hierbei handelt es sich zumeist um zusätzliche Anforderungen an die Auftragsdurchführung i. S. d. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, welche in ähnlicher Form bereits im überschwelligen Bereich durch § 4 Vergabeverordnung (VgV) geltendes Recht sind. Nunmehr gelten diese Anforderungen im Wesentlichen auch im unterschwelligen Bereich.

Viele Vorschriften innerhalb des § 3b HmbVgG sind als „Soll-Vorschriften“ ausgestaltet. Dies bedeutet, dass die Vorschriften grundsätzlich anzuwenden sind und nur im Ausnahmefall, der im Vergabeverfahren natürlich zu dokumentieren ist, von ihnen abgewichen werden kann. Den Bedürfnissen der Praxis nach einer flexiblen Handhabung und dem Gebot der Wirtschaftlichkeit wird dadurch Rechnung getragen, dass die Regelung vielfach nur in den sogenannten „geeigneten Fällen“ (vgl. die Formulierungen in den Absätzen 2, 4 und 6) Geltung beanspruchen.

Die Vorschriften zur umweltverträglichen Beschaffung müssen nicht auf die Vergabe von Leistungen angewendet werden, die wegen ihres **unter 500 Euro** liegenden voraussichtlichen Auftragswerts auch ohne ein Vergabeverfahren gem. § 3 Abs. 6 VOL/A beschafft werden können.

Bei der Lieferung oder Verwendung von Waren, Geräten oder Ausrüstungen ist § 3b HmbVgG nur dann anzuwenden, wenn diese Hauptleistungsgegenstand der Beschaffung oder wesentlicher Bestandteil einer Dienst- oder Bauleistung ist.

Der öffentliche Auftraggeber entscheidet, wie, in welchem Umfang und an welcher Stelle des Vergabeverfahrens er die Vorgaben des § 3b HmbVgG im Rahmen des jeweiligen Beschaffungsvorganges berücksichtigt.

4.3.5.2 Umwelanforderungen als Wertungskriterium

Anforderungen an die Umweltverträglichkeit werden, wenn sie in die Beschreibung der zu beschaffenden Leistung aufgenommen werden, zum Entscheidungskriterium bei der Wertung der Angebote gemäß § 16 bzw. § 19 EG VOL/A.

Seit dem 10.06.2013 regelt der neue § 3b Abs. 4 HmbVgG:

„In der Leistungsbeschreibung oder in der Bekanntmachung sollen die Leistungsanforderungen hinsichtlich des Umweltschutzes und der Energieeffizienz ausdrücklich genannt werden. Der Nachweis kann durch das **Umweltzeichen** „Blauer Engel“ oder durch andere geeignete und gleichwertige Mittel erbracht werden. Beim Kauf technischer Geräte und Ausrüstungen oder bei der Ersetzung oder Nachrüstung vorhandener technischer Geräte und Ausrüstung sind mit der Leistungsbeschreibung im Rahmen der technischen Anforderungen von den Bietern **Angaben zum Energieverbrauch** zu fordern; dabei ist **in geeigneten Fällen** vom Bieter eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit zu fordern.“

Ein geeigneter Fall liegt im Sinne der Vorschrift dann vor, wenn bei Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips der zu erwartende Vorteil in Bezug auf Wirtschaftlichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz im Verhältnis zum hiermit verbundenen erhöhten Verwaltungsaufwand steht. Besonders gewichtige Vorteile, insbesondere solche, die sich auf große Zeiträume auswirken, sprechen also eher dafür, dieses Prinzip zu berücksichtigen.

Ebenso neu ist § 3b Abs. 5 HmbVgG, der regelt, dass bei der technischen Spezifikation eines Auftrags **Umwelteigenschaften** oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt **diskriminierungsfrei festgelegt** werden sollen. Die Anforderungen an die verwendeten Spezifikationen, die in Umweltgütezeichen definiert sind, werden in dieser Vorschrift geregelt.

Für europaweite Vergabeverfahren spezifiziert der § 8 EG VOL/A näher, in welcher Weise Umwelteigenschaften beschrieben werden können und welche Nachweise als geeignet angesehen werden können, um die Umwelteigenschaften eines Produktes nachzuweisen. Dabei ist vor allem die Verwendung anerkannter Umweltzeichen vorgesehen. Allerdings müssen auch alle anderen geeigneten Beweismittel akzeptiert werden. Der EuGH (Urteil vom 10.05.2012 – Rs C-368/10) hat entschieden: „das europäische Vergaberecht steht nicht grundsätzlich einem öffentlichen Auftrag entgegen, für den der öffentliche Auftraggeber verlangt, dass bestimmte zu liefernde Erzeugnisse aus ökologischer Landwirtschaft oder fairem Handel stammen. Umweltgütezeichen oder bestimmte Gütezeichen sind nicht ausreichend, vielmehr muss der öffentliche Auftraggeber insbesondere detaillierte Spezifikationen verwenden.“

In die Leistungsbeschreibung werden die gewünschten und sachlich begründeten **Umwelteigenschaften und -kriterien** für die Lieferungen und Leistungen inkl. der Verpackungen ausdrücklich als Ausschluss- oder Bewertungskriterien aufgenommen. Angebote, die diesen Anforderungen nicht genügen, sind als nicht bedingungsgemäß von der Wertung auszuschließen. Näheres zu den Bewertungskriterien siehe S. 79 ff. Die Leistungsbeschreibung darf jedoch nicht so abgefasst werden, dass durch die Festlegung von Umwelтанforderungen (z.B. bestimmte Label) potenzielle Bieter diskriminiert werden. Statt direkt geeignete Umweltzeichen zu nennen, soll auf deren geeignete Kriterien abgestellt werden. Als Nachweis zur Einhaltung der Kriterien müssen neben den entsprechenden Umweltzeichen auch andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, zugelassen werden.

Es gibt zwei Möglichkeiten:

- Am einfachsten ist es, wenn das Produkt einschließlich seiner Umwelteigenschaften genau beschrieben werden kann, z. B. Recyclingpapier, Möbel aus Vollholz oder formaldehydfreien Spanplatten, Fußboden mit Klettsystem. Dann dürfen die Bieter auch nur solche Waren anbieten. Sofern für die zu beschaffenden Lieferungen und Leistungen eine Auszeichnung mit dem RAL-Umweltzeichen "Blauer Engel" vorliegt, könnten beispielsweise alle oder einige der vom Umweltbundesamt (UBA) erarbeiteten Vergabekriterien übernommen werden. Die jeweils neueste Fassung der Vergabekriterien ist auf der Homepage des „Blauen Engel“ zu finden.
- Wenn nicht genau bekannt ist, ob die Ware in der gewünschten Eigenschaft am Markt zu haben ist, oder wenn die eventuellen Mehrkosten nicht kalkulierbar sind, sollten als Bewertungs- bzw. Zuschlagskriterium nicht nur der Preis, sondern ebenfalls die für dieses Produkt wichtigen Umwelteigenschaften festgelegt werden. Dann können diese – in der Leistungsbeschreibung genannten – Gesichtspunkte bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden.

In der Leistungsbeschreibung ist ggf. festzulegen, dass dem Angebot Sicherheitsdatenblätter neuester Fassung nach der geltenden Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) beizufügen sind.

Wenn es auf die Inhaltsstoffe ankommt, sollte gefordert werden, dass die Inhaltsstoffe deklariert werden; ebenso sollten Auskünfte über die Verpackungen und Entsorgungswege verlangt werden. Bei besonders überwachungsbedürftigen Abfällen sind bestimmte Nachweismodalitäten einzuhalten, deren Kenntnis der Anbieter von Entsorgungsdienstleistungen nachweisen sollte.

In der Leistungsbeschreibung können die Bieter aufgefordert werden, vorhandene ökologische Produktbewertungen, Prüfprotokolle unabhängiger Institute o. ä. mit dem Angebot abzugeben. Bei Dienstleistungen können auch Zertifizierungen des Unternehmens nach Qualitätsmanagementnormen wie z.B. Ökoprofit, DIN ISO 9002, nach EMAS oder DIN 14 000 ff. sowie bei Entsorgungsfirmen gemäß Entsorgungsfachbetriebsverordnung (EfbV) bei der Auswahl des unter ökologischen Gesichtspunkten am besten geeigneten Angebotes hilfreich sein. Außerdem können aussagefähige Angaben über das Entsorgungskonzept bzw. ggf. auch die Vorlage eines Entsorgungskonzepts verlangt werden. Sofern für bestimmte Produkte wie z.B. Elektro- und Elektronikaltgeräte nicht bereits Rücknahmeverpflichtungen bestehen, ist darauf zu achten, ob es eine Rücknahmegarantie gibt, und ob das Produkt oder zu-

mindest Teile davon wieder verwendbar sind. Angaben dazu, ob bzw. inwieweit eine Verwertung (Recycling) stattfindet, können in der Leistungsbeschreibung abgefragt werden. Im Rahmen der Möglichkeiten sollte immer die Verwendung von Mehrwegverpackungen verlangt werden. Soweit Verpackungen unvermeidbar sind, sollen grundsätzlich umweltverträgliche Materialien gefordert werden (Verpackungsverordnung – VerpackV).

Auch wenn die ausgeschriebene Lieferung auf Grund der Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nicht auf umweltfreundliche Produkte beschränkt ist, besteht bei der Wertung der Angebote über die Bewertungskriterien immer noch die Möglichkeit, ökologische Kriterien zu berücksichtigen.

Dieses Vorgehen ist aber nur die zweitbeste Möglichkeit. Es wird empfohlen, so weit wie möglich die Umwelteigenschaften und -kriterien schon in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen.

4.3.5.3 Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips bei Lieferung von Investitionsgütern

Gemäß § 3b Abs. 2 HmbVgG sollen bei der Vergabe einer Lieferung von Investitionsgütern in geeigneten Fällen neben den voraussichtlichen Anschaffungskosten unter Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer, die Kosten für den Energieverbrauch sowie die Entsorgungskosten berücksichtigt werden. Unter den Kosten der Nutzung sind hierbei z.B. Betriebspersonalkosten, Instandhaltungskosten, und Energie- und Verbrauchskosten zu verstehen.

Hierbei ist unter Investitionsgütern z.B. zu verstehen: Einzelgeräte ab 5.000 Euro, Fahrzeuge ab 5.000 Euro, Software ab 5.000 Euro.

Im Fachkonzept Haushaltsplanung, Release 1b, 4.3, S. 26, heißt es zum **Investitionsbegriff**:

„Die Betragsgrenzen im doppischen Rechnungswesen lehnen sich an den haushaltsrechtlichen Investitionsbegriff an. Somit gilt derzeit z. B. der Erwerb eines Vermögensgegenstands nur dann als Investition, wenn dieser den Betrag von 5.000 Euro übersteigt. Alle Beschaffungen unterhalb dieser Wertgrenze werden als laufende Kosten betrachtet und nicht in der Bilanz aktiviert. Sie sind somit über das Regelbudget zu finanzieren. Der doppische Investitionsbegriff weicht vom kameralen Investitionsbegriff ab. Das bedeutet, dass bestimmte Sachverhalte, die kameral als Investition veranschlagt wurden, im doppischen Rechnungswesen keine Investition darstellen (z. B. Instandhaltungsmaßnahmen). Grundsätzlich gilt, dass alle Geschäftsvorfälle, die in der Bilanz als Anlagevermögen aktiviert werden, den Investitionsmitteln zuzuordnen sind.“

Die Einordnung als Investition kann sich somit in bestimmten Fällen als komplex darstellen, so dass empfohlen wird, im Zweifel die für den Haushalt zuständige Abteilung zu beteiligen.

Ein geeigneter Fall liegt im Sinne der Vorschrift dann vor, wenn bei Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips der zu erwartende Vorteil in Bezug auf Wirtschaftlichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz im Verhältnis zum hiermit verbundenen erhöhten Verwaltungsaufwand steht. Besonders gewichtige Vorteile, insbesondere solche, die sich auf große Zeiträume auswirken, sprechen also eher dafür, dieses Prinzip zu berücksichtigen.

4.3.6 Anforderungen an die Bewerber- / Bieterernung

Die Beschaffungsstelle muss sich vor der Ausschreibung überlegen, welche Adressatengruppe mit der Ausschreibung erreicht werden soll, d.h. welche Bewerber oder Bieter sie als geeignet ansieht, den Auftrag ordnungsgemäß erfüllen zu können. Ein Bieter ist geeignet, wenn er für die Erbringung der Leistung die erforderliche

- Fachkunde (Bewerber/Bieter verfügt über objektbezogene Sachkenntnisse),
- Leistungsfähigkeit (Bewerber/Bieter verfügt über die personellen, kaufmännischen, technischen und finanziellen Mittel) und
- Zuverlässigkeit (Bewerber/Bieter ist gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen und lässt auf Grund der Erfüllung früherer Verträge oder anderer Nachweise (z.B. Referenzen) eine einwandfreie Ausführung erwarten)

mitbringt (vgl. § 97 Abs. 4 GWB).

Die Eignung ist **bewerber- bzw. bieterbezogen** und stellt damit auf die Person bzw. das Unternehmen als solches ab. Im Gegensatz dazu sind die Zuschlagskriterien **angebotsbezogen**. Die Eignungskriterien dürfen nicht mit den Zuschlagskriterien (4. Wertungsstufe, s. S. 79) vermischt werden. Eignungs- und Zuschlagskriterien sind danach abzugrenzen, ob sich die Qualitätsmerkmale im Wesentlichen aus den im Rahmen der Eignungsprüfung getroffenen Feststellungen zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters ergeben oder ob für sie unabhängig davon ein Wertungsspielraum bleibt, der den jeweiligen Leistungen unterschiedliche Qualität zumessen kann (OLG Celle vom 12.01.2012 – 13 Verg 9/11).

Mögliche Eignungskriterien sind:

- für die Fachkunde: Handels- oder Berufsregisterauszug des Herkunftslandes, Zertifizierungen etc.;
- für die technische Leistungsfähigkeit: Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Erfahrung der Unternehmer und Führungskräfte, Referenzlisten inkl. Ansprechpartner über einschlägige Erfahrungen, ggf. Bescheinigungen über die ordnungsgemäße Ausführung entsprechender in den letzten fünf Jahren erbrachter Leistungen, technische Ausstattung für die Ausführung des Vorhabens, Erklärung über die Verfügbarkeit von Geräten und Ausstattung (z.B. Spezialgeräte oder hohe Anzahl von Geräten erforderlich), Beschäftigtenanzahl der letzten drei Jahre, Techniker und technische Stellen,
- für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Bankerklärung, Berufshaftpflichtversicherungsdeckung, Bilanzen, Umsatz der letzten drei Jahre,
- für die Zuverlässigkeit: Eigenerklärung (wonach kein Insolvenzverfahren, kein rechtskräftiges Urteil, das die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt, Erfüllung der Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sowie der Steuern und Abgaben, keine schwere Verfehlung im Rahmen der beruflichen Zuverlässigkeit, keine falschen Erklärungen bei der Erhebung der Auskünfte vorliegt).

Seit 10.06.2013 **soll gemäß § 3b Abs. 6 HmbVgG im** Rahmen der Eignungsprüfung der Auftraggeber von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit **in nach Art und Umfang geeigneten Fällen** verlangen, dass das zu beauftragende Unternehmen bei der Auftragsausführung bestimmte Normen für das **Umweltmanagement erfüllt**. Diese können bei umweltrelevanten Bau- und Dienstleistungsaufträgen in der Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen bestehen, die bei der Ausführung des Auftrags zur Anwendung kommen sollen. Zum Nachweis dafür, dass der Bieter bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt, kann der Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen.

In diesem Zusammenhang ist z.B. (jedoch keinesfalls ausschließlich) das Eco-Management and Audit Scheme (EMAS) als europäische Auszeichnung für betriebliches Umweltmanagement zum Nachweis der Erfüllung von bestimmten Normen für das Umweltmanagement ge-

eignet. Die Eintragung eines Unternehmens in das EMAS-Register kann für die Beurteilung der technischen Fachkunde eines Bieters unter folgenden Bedingungen herangezogen werden:

Die Vergabestellen dürfen nicht auf die Registrierung als solche abstellen, sondern es muss ein Bezug zur Ausführung des Auftrags vorhanden sein, und gleichwertige Nachweise für Umweltmanagementmaßnahmen sind anzuerkennen.

„Geeignete Fälle“ im Sinne des § 3b Abs. 6 HmbVgG liegen dann vor, wenn der Auftragswert so hoch ist, dass die mit der Zertifizierung verbundenen Kosten hier in einem vernünftigen Verhältnis stehen und deswegen die Gefahr ausgeschlossen ist, dass kleine Unternehmen aus dem Wettbewerb um solche Aufträge verdrängt werden.

Bei einzelnen Leistungen können die Anforderung einer Auskunft aus dem Gewerbezentralregister (s. S. 84) durch die Vergabestelle, die Abgabe einer Eigenerklärung sowie – bei Vergaben von Werbeaufträgen, Heranziehung externer IT-Beratung, Beauftragung von Unternehmensberatungsfirmen und externer Fort- und Weiterbildung – die Abgabe einer Scientology-Erklärung (s. [Anlage 4](#)) vorgeschrieben sein.

Ein Bieter ist nicht zwingend deshalb ungeeignet, weil über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens befreit den Auftraggeber nicht von der Prüfung der Eignung des Bieters im konkreten Einzelfall, denn Ziel des Insolvenzverfahrens ist auch die Erhaltung des betroffenen Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzplans (OLG Düsseldorf vom 02.05.2012 –VII Verg 68/11; OLG Schleswig vom 30.05.2012 – 1 Verg 2/12).

Es empfiehlt sich, von Bietern **Referenzen** anzufordern, gerade wenn die Firma der Vergabestelle noch nicht als Vertragspartner bekannt ist – mit der Maßgabe, dass bei den genannten Referenzauftraggebern Erkundigungen eingeholt werden können.

Für alle Vergabeverfahren gilt gem. § 6 Abs. 3 bzw. § 7 EG Abs. 1 VOL/A, dass zum Nachweis der Eignung nur solche Unterlagen und Angaben gefordert werden dürfen, die durch den Gegenstand des Auftrags auch gerechtfertigt sind. Grundsätzlich sind Eigenerklärungen zu verlangen. Es ist möglich, andere Nachweise als Eigenerklärungen zu fordern; dann hat die Vergabestelle dies aber in der Dokumentation zu begründen.

Zu der Ausschlussanktion für Angebote, welche geforderte Erklärungen nicht enthalten, korrespondiert die Verpflichtung der Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu formulieren, dass die Bieter diesen Unterlagen deutlich und sicher entnehmen können, welche Erklärungen von ihnen wann abzugeben sind. Genügen die Vergabeunterlagen dem nicht, darf der Auftraggeber ein Angebot nicht ohne Weiteres wegen Fehlens einer entsprechenden Erklärung aus der Wertung nehmen (BGH vom 03.04.2012 – X ZR 130/10)

Die Vergabestelle muss gem. § 8 Abs. 3 bzw. § 9 EG Abs. 4 VOL/A alle geforderten Nachweise in einer abschließenden Liste zusammenstellen. Diese Liste soll Bietern und Bewerbern die Übersicht erleichtern und dazu beitragen, dass weniger Angebote aus formalen Gründen (unvollständige Unterlagen) von der Wertung ausgeschlossen werden müssen (s. S. 42).

Im offenen Verfahren ist die Vergabestelle nicht an eine einmal bejahte Eignung eines Bieters gebunden (BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13); dies ist allerdings im nicht offenen und im Verhandlungsverfahren sowie beim wettbewerblichen Dialog anders, da der Auftraggeber in diesen Verfahren die Eignung prüft, bevor er sie in den Wettbewerb einbezieht und dadurch einen Vertrauenstatbestand für die Bieter schafft, die nicht mehr damit rechnen müssen, der ihnen durch die Erstellung der Angebote und Teilnahme am Wettbewerb entstandene Aufwand könnte dadurch nutzlos werden, dass der Auftraggeber die Eignung bei gleichbleibender tatsächlicher Grundlage abweichend beurteilt.

Die Prüfung der Eignung soll im Vorfeld der Auftragsvergabe das Risiko minimieren, dass der Einsatz öffentlicher Mittel seinen Zweck verfehlt, weil ein Unternehmen beauftragt wird, das mit der Erbringung der zugesagten Leistung überfordert ist, und in der Folge Zeit verloren geht und Mehrkosten entstehen. Dabei entscheidend auf Belange der Bieterseite abzustellen, ist demnach vom Zweck des Entscheidungsspielraums der Vergabestelle nicht mehr

gedeckt. Der BGH (aaO) hat dies dementsprechend nicht akzeptiert, dass die Vergabestelle einen Bieter, der den geforderten Mindestumsatz binnen drei Jahren nicht erreichte, gleichwohl als geeignet ansah, weil ein Ausschluss eine unangemessene Härte bedeuten würde.

Unterhalb des Schwellenwertes sind die Auftraggeber verpflichtet, zum Nachweis der Eignung grundsätzlich nur Eigenerklärungen zu verlangen (§ 6 Abs. 3 Satz 2 VOL/A). Ob und ggf. welche Erklärungen verlangt werden, unterliegt der Einschätzungsprärogative des Auftraggebers, der insbesondere auch die anzuwendende Prüfungstiefe bestimmt. Entscheidend ist das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Umsetzung von Beschaffungsabsichten. Dem öffentlichen Auftraggeber kommt insoweit zugute, dass sich aus dem auch im Vergaberecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben Zumutbarkeitsgrenzen für Überprüfungs- und Kontrollpflichten ergeben. Die Grenzen der Zumutbarkeit werden durch den kurzen Zeitraum, in dem die Entscheidung über die Auftragsvergabe zu treffen ist sowie durch die begrenzten Ressourcen und administrativen Möglichkeiten des Auftraggebers, weitere Überprüfungen vorzunehmen, bestimmt. Für die Entscheidung, ob ein Bieter als geeignet oder als ungeeignet zu beurteilen ist, ist es demnach nicht erforderlich, sämtliche Erkenntnisquellen auszuschöpfen (Weyand § 6 VOL/A Rdz. 49). Für den Bereich der Einkäufe des täglichen Lebens (Direktkauf, freihändige Vergaben) folgt aus diesen Grundsätzen, dass die Eignung eines Unternehmens unterstellt werden kann, bis das Gegenteil ausdrücklich dargelegt und bewiesen worden ist.

4.3.7 Projektanten

Projektanten sind solche Bewerber oder Bieter, die den Auftraggeber im Vorfeld eines Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt haben. Problematisch ist in solchen Konstellationen vor allem, dass diese Bewerber oder Bieter gegebenenfalls einen Wettbewerbsvorteil aus dieser Stellung ziehen können. Dieser Vorteil kann aus einem Informations- und Zeitvorsprung bestehen oder auch daraus, dass der Projektant die Leistungsbeschreibung im Sinne seines Unternehmens ausgestaltet. Durch eine solche Wettbewerbsverfälschung kommen Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot, das Diskriminierungsverbot und die Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs in Betracht (EuGH vom 03.03.2005 – Rs. C-21/03).

Die Vorbefasstheit eines Unternehmens führt allerdings nicht zwangsläufig zum Ausschluss des Projektanten. Ein solcher Ausschluss ist nur dann nötig, wenn gerade durch seine Teilnahme der Wettbewerb verfälscht wird. Es obliegt dem Auftraggeber, einen eventuellen Wissensvorsprung des Projektanten durch Information aller anderen Bieter auszugleichen (OLG München vom 10.02.2011 – Verg 24/10).

Die Projektantenproblematik ist in § 6 Abs. 6 VOL/A und § 6 Abs. 7 EG VOL/A normiert. Nach diesen Vorschriften hat der Auftraggeber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Projektanten am Vergabeverfahren nicht verfälscht wird. Abgestellt wird in diesen Normen auf solche Unternehmen, die den Auftraggeber „beraten oder sonst unterstützt“ haben. Diese Normen sind bieterschützend, so dass Verstöße Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein können.

Eine Beratung in diesem Sinne ist ein kommunikativer Austausch oder auch eine praktische Anleitung, die zum Ziel hat, eine Aufgabe oder ein Problem zu lösen. Der Begriff der sonstigen Unterstützung umfasst nur solche Tätigkeiten im Vorfeld des Vergabeverfahrens, die einen Bezug gerade zu diesem Verfahren aufweisen. Eine solche Tätigkeit setzt ein Auftragsverhältnis zwischen den Beteiligten voraus (VK Hessen vom 12.02.2008 – 69d - VK - 01/2008).

Der bisherige Auftragnehmer ist kein Projektant im Sinne der § 6 Abs. 6 VOL/A und § 6 Abs. 7 EG VOL/A, wenn er den Auftraggeber bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens weder beraten noch sonst unterstützt hat (VK Bund vom 16.07.2013 – VK 3 - 47/13).

Wie der Auftraggeber einer Verfälschung des Wettbewerbs entgegenzuwirken hat ist nicht genau ausgestaltet. Vielmehr steht ihm hier ein Gestaltungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens unter Würdigung der Einzelfallumstände zu. Der Ausschluss eines Projektanten stellt im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur die ultima ratio dar (BT-Drs. 15/5668, S. 12). Der Auftraggeber sollte daher die Tätigkeit des Projektan-

ten genau definieren und dokumentieren, um in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren beweisen zu können, dass keine Wettbewerbsverzerrung stattgefunden hat. Die Projektanten sollten verpflichtet werden, keine Informationen betreffend das Vergabeverfahren an Dritte weiterzugeben und alle für das Vergabeverfahren relevanten gesellschaftsrechtlichen und andere geschäftliche Beziehungen ihres Unternehmens offen zu legen, um wettbewerbsrechtliche Konflikte erkennen und vermeiden zu können (Kolpatzik, VergabeR 3/2007, 279 f.).

Dem Auftraggeber obliegt es weiter, für Informationsgleichstand zwischen den Bewerbern oder Bietern zu sorgen. So sollten alle wettbewerbsrelevanten Informationen, zu denen der Projektant im Rahmen seiner Tätigkeit Zugang hatte, in die Verdingungsunterlagen aufgenommen werden. Als weitere Maßnahme zur Schaffung von Transparenz kommt in Betracht, die vom Projektanten erstellten Unterlagen den anderen Bewerbern oder Bietern zur Verfügung zu stellen (VK Bund vom 12.09.2007 – 1 - 95/07). Darüber hinaus müssen die Fristen zur Angebotsabgabe so ausgestaltet sein, dass der Projektant durch seine Vorbefastheit keinen zeitlichen Vorteil erlangt.

Wird nach Eingang der Angebote eine Wettbewerbsverzerrung festgestellt, so kann diese nur noch durch Ausschluss des Projektanten beseitigt werden. Ein Ausschluss kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Chancengleichheit der Bewerber so erheblich gefährdet wird, dass ein objektives Verfahren nicht mehr gewährleistet werden kann (VK Baden-Württemberg vom 28.10.2003 – 1 VK 60/03).

4.3.8 Präqualifizierung von Unternehmen für öffentliche Aufträge

Bei der Vergabe von Aufträgen haben öffentliche Auftraggeber zu prüfen, ob die Bewerber und Bieter die unternehmensbezogenen Nachweise zur Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) nach VOL/A vollständig, aktuell und korrekt erbracht haben. Fehlende Unterlagen führen in der Regel zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren.

Für Vergabeverfahren, die den Bestimmungen des GWB unterliegen, regelt der § 97 Abs. 4a GWB, dass Auftraggeber Präqualifizierungssysteme einrichten oder zulassen können, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann. Für den nationalen Bereich findet sich die entsprechende Regelung in § 6 Abs. 4 VOL/A und in § 4 HmbVgG.

Die Finanzbehörde hat das Präqualifizierungssystem **PQ-VOL** des Kooperationsverbundes Präqualifizierung-Nord (PQ-Nord) mit Rundschreiben vom 13.01.2010 zugelassen. Bewerber und Bieter können demnach ihre Eignung auch durch dieses Präqualifizierungssystem PQ-VOL nachweisen.

In dem Kooperationsverbund PQ-Nord haben sich Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und Auftragsberatungsstellen in Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Schleswig-Holstein zusammengeschlossen und eine gemeinsame PQ-Nord-Servicestelle bei der Auftragsberatungsstelle Mecklenburg-Vorpommern e.V. eingerichtet.

Unternehmen reichen einmal jährlich bei der PQ-Nord-Servicestelle die vorgesehenen Pflichtdokumente ein. Nach positiver Prüfung erhalten sie ein für ein Jahr gültiges Zertifikat mit Zertifikatscode. Das Unternehmen wird dann in der Datenbank www.pq-vol.de gelistet. Bei jeder Angebotsabgabe muss der Bieter bzw. Bewerber jetzt nur noch den Zertifikatscode angeben bzw. das Zertifikat als Kopie einreichen. Die für die Erlangung des Zertifikats eingereichten Dokumente sind in der Datenbank hinterlegt und können von der Vergabestelle ggf. eingesehen werden.

Regelmäßig gelten bei Vorlage eines PQ-VOL-Zertifikats folgende Nachweise als erbracht:

- Erklärung, dass sich das Unternehmen nicht in Insolvenz oder in Liquidation befindet (Eigenerklärung des Unternehmens),
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes über die Zahlung von Steuern und Abgaben (Original bzw. beglaubigte Kopie); Eigenerklärung des Unternehmens wird nur akzeptiert, wenn das zuständige Finanzamt keine Bescheinigung ausstellt,

- Gültige Unbedenklichkeitsbescheinigung der Berufsgenossenschaft (Original bzw. Kopie),
- Gültige Bescheinigung der Krankenkasse, bei der die meisten Beschäftigten versichert sind (Original bzw. beglaubigte Kopie),
- Gewerbeanmeldung/ -erlaubnis (Kopie),
- Handelsregisterauszug (amtl. beglaubigt oder elektronisch), Bescheinigungen über die IHK-Zugehörigkeit, Nachweis der Eintragung in der Handwerksrolle oder Erklärung der Zugehörigkeit zu freien Berufen (Original bzw. Kopie),
- aktuelle Referenzen (als Eigenerklärung des Unternehmens in Tabellenform oder Einzeldokumente; Angabe von mindestens 3 Leistungen),
- Umsatz und Beschäftigtenanzahl (Eigenerklärung des Unternehmens in Tabellenform),
- Haftpflichtversicherung (Betriebshaftpflicht und/oder Berufshaftpflicht), Kopie der gültigen Police,
- Erklärung, dass keine schwere Verfehlung vorliegt, die eine Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt (Eigenerklärung des Unternehmens).

Bewerber und Bieter sind in den Vergabeunterlagen an geeigneter Stelle darauf hinzuweisen, dass Einzelnachweise durch das PQ-VOL-Zertifikat ersetzt werden können. Die Vorlage eines PQ-Zertifikats für den Baubereich kann für Vergabeverfahren im VOL-Bereich nicht anerkannt werden, da dort andere Kriterien zu berücksichtigen sind. Darauf sollte in den Vergabeunterlagen zur Vermeidung von Missverständnissen ebenfalls hingewiesen werden.

Sollten Unternehmen Zertifikate anderer PQ-Stellen einreichen, wird gebeten, sich mit der Finanzbehörde in Verbindung zu setzen.

Die Präqualifizierung nach der VOL unterscheidet sich inhaltlich erheblich von einer Präqualifizierung nach der VOB. Die Vorlage einer Präqualifizierungsurkunde nach VOL in einem Bauvergabeverfahren führt zu einem inhaltlich ungenügenden Nachweis der Eignung, was auch nicht mehr nachträglich geheilt werden kann; der Bieter ist zwingend auszuschließen (VK Südbayern vom 5.12.2013 – Z3-3-3194-1-38-10/13).

Die Vergabestelle kann von den Unternehmen weitere Unterlagen und Angaben fordern, wenn dies durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist, z.B. Ausstattung mit Personal einer bestimmten Berufsgruppe oder -qualifikation, Ausstattung mit bestimmten Maschinen oder besondere, dem aktuellen Auftrag vergleichbare Referenzen.

4.3.9 Zuschlagskriterien

Eine wesentliche Frage bei der Planung der Ausschreibung ist, ob der Zuschlag allein auf das Angebot mit dem günstigsten Preis erteilt werden soll oder ob auch andere Kriterien für den Zuschlag eine Rolle spielen. Als mögliche Zuschlagskriterien nennt § 16 Abs. 8 bzw. § 19 EG Abs. 9 VOL/A z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit etc.

Am Einfachsten ist die Wertung, wenn der Preis als einziges Zuschlagskriterium benannt ist. Dies setzt jedoch voraus, dass alle übrigen, für die Wertung maßgeblichen Kriterien als Ausschluss- (Muss-, K.O.-) Kriterien berücksichtigt sind. Ist der Preis das alleinige Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote nicht zugelassen werden (OLG Düsseldorf vom 23.03.2010 – Verg 61/09), s. dazu auch S. 51. Sind außer dem Preis andere Zuschlagskriterien zu bewerten, so ist die Bedeutung des Preises je höher anzusetzen, desto weniger bedeutsam die übrigen Kriterien für die Zuschlagserteilung sind. Eine geringere Bedeutung des Preises als 30 % dürfte regelmäßig ausgeschlossen sein (OLG Düsseldorf vom 09.01.2013 – VII Verg 33/12). K.O.-Kriterien können z.B. sein: fehlende Besichtigungsbestätigung bei Reinigungs- oder Bewachungsleistungen, fehlende Scientology-Erklärung bei Dozententätigkeiten oder untertarifliche Entlohnung bei Dienstleistungen.

Im nationalen Vergabeverfahren sind die Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung zu nennen (§ 12 Abs. 2 lit. n)), sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Die Veröffentlichung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ist für den überschwelligen Bereich zwingend in § 9 EG Abs. 2 VOL/A vorgeschrieben. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Kann die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, sind die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung festzulegen.

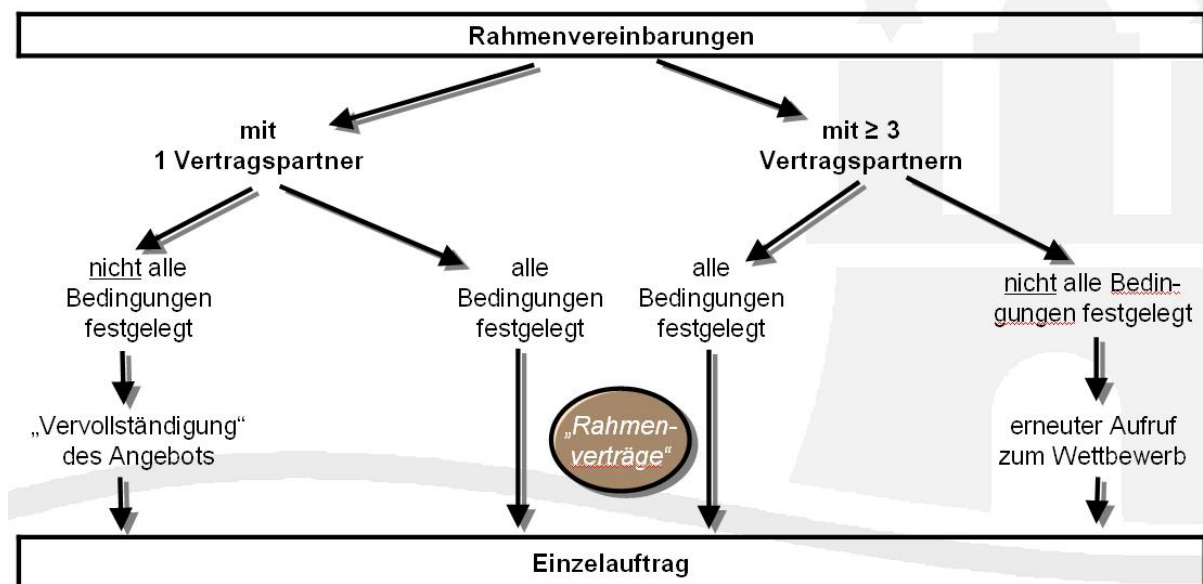
Das OLG Düsseldorf (Entscheidung vom 16.11.2005 – VII-Verg 59/05) hat hierzu entschieden, dass eine Pflicht zur Bekanntgabe von Unterkriterien (bzw. einer Bewertungsmatrix) besteht, wenn diese zum Zeitpunkt der Erstellung der Vergabeunterlagen schon vorliegen. Das OLG Brandenburg weist in diesem Zusammenhang einschränkend darauf hin, dass es etwa bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung oder bei der Beschaffung komplexer Leistungen nicht immer möglich sein wird, die Unterkriterien und ihre Gewichtung im Vorhinein festzulegen (Entscheidung vom 12.12.2006 – Verg W 7/06). In diesem Sinne hat auch der EuGH entschieden, dass es der Vergabestelle nicht verwehrt ist, nachträglich die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für ein Zuschlagskriterium vorgesehenen Wertungspunkte auf Unterkriterien zu verteilen, sofern dabei bestimmte Anforderungen beachtet werden (EuGH vom 24.11.2005 – C-331/04).

Die veröffentlichten Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung sind für die Wertung verbindlich.

4.3.10 Rahmenvereinbarungen

Die Definition und die Bedingungen, unter denen Rahmenvereinbarungen geschlossen werden können, orientieren sich eng an der EU-Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Unter dem nachstehenden Link können die Erläuterungen, die die EU-Kommission zur Anwendung von Rahmenvereinbarungen herausgegeben hat, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-framework_de.pdf abgerufen werden.

Der Begriff der Rahmenvereinbarung beschreibt als Oberbegriff alle Arten von öffentlichen Aufträgen, die die Auftraggeber an ein oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge festzulegen, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen. Der Begriff des Rahmenvertrages wird im Allgemeinen dafür verwendet, solche Rahmenvereinbarungen zu beschreiben, in denen alle Bedingungen für die Vergabe der Einzelaufträge geregelt sind. Im Gegensatz dazu gibt es auch Rahmenvereinbarungen, bei denen nicht alle Bedingungen abschließend festgelegt sind.



Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist bei Rahmenvereinbarungen so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Unter Umständen bietet sich eine Differenzierung nach Mindestabnahmemenge, geschätzter Abnahmemenge, optionaler Höchstmenge an. Von Rahmenvereinbarungen zu unterscheiden sind Sukzessivlieferverträge (Ratenlieferungsverträge), bei denen eine von vornherein fest bestimmte Menge in zeitlich aufeinander folgenden Teillieferungen erbracht wird. Es handelt sich um einen zeitlich gestreckten Kauf- oder Werklieferungsvertrag. Der Begriff des Sukzessivliefervertrages ist vergaberechtlich ohne Bedeutung.

Die Regelung zu den Rahmenvereinbarungen findet sich in § 4 bzw. § 4 EG der VOL, wobei für den EU-Bereich auch eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen vorgesehen ist. In der Praxis dürften sich auf Grund der komplexeren Ausschreibungs- und Vertragsgestaltung vor allem Zentrale Beschaffungsstellen dieses Instruments bedienen; es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auch andere Vergabestellen diese anwenden können.

Für Rahmenvereinbarungen gelten folgende Beschränkungen:

- Die Auftraggeber dürfen für dieselbe Leistung nicht mehrere Rahmenvereinbarungen vergeben.
- Einzelaufträge sind nur zwischen den von Anbeginn an der Rahmenvereinbarung beteiligten Auftraggebern und Unternehmen zulässig.
- Bei der Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge dürfen keine grundlegenden Änderungen an den Bedingungen dieser Rahmenvereinbarung vorgenommen werden.
- Die Regellaufzeit des § 4 Abs. 1 S. 4 bzw. § 4 EG Abs. 7 VOL/A von vier Jahren darf nur ausnahmsweise überschritten werden. Eine Ausnahme liegt beispielsweise vor, wenn die Entwicklung des Vertragsgegenstandes erhebliche Aufwendungen erfordert und dem Auftragnehmer die Amortisation zugestanden werden soll; die Umstände sind detailliert im Vergabevermerk zu dokumentieren. Die Festlegung der Vertragsdauer kann im Nachprüfungsverfahren in vollem Umfang überprüft werden. Allein die Reduzierung der Fixkosten des Auftragnehmers ist jedoch kein rechtfertigender Grund für eine überlange Laufzeit. (OLG Düsseldorf vom 11.04.2012 – VII-Verg 95/11).
- Verlängerungsoptionen sind auch bei Rahmenverträgen zulässig, allerdings darf durch derartige Optionen die Gesamtvertragsdauer von vier Jahren nicht überschritten werden.

Angeboten bei Rahmenvereinbarungen wohnen – in der Natur der Sache liegend und abhängig vom in der Regel ungeklärten und nicht abschließend klärbaren Auftragsvolumen – erhebliche Kalkulationsrisiken inne, die typischer Weise vom Bieter zu tragen sind. Bei Rahmenvereinbarungen gelten die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt (OLG Düsseldorf vom 18.04.2012 – Verg 93/11 und vom 20.02.2013 – Verg 44/12).

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen einer Rahmenvereinbarung mit einem und einer mit mehreren Unternehmen:

4.3.10.1 Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmen

Wird eine Rahmenvereinbarung mit **einem Unternehmen** geschlossen, so werden die auf dieser Rahmenvereinbarung beruhenden Einzelaufträge entsprechend den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vergeben. Vor der Vergabe der Einzelaufträge kann die Vergabestelle das an der Rahmenvereinbarung beteiligte Unternehmen in Textform konsultieren und dabei auffordern, sein Angebot erforderlichenfalls zu vervollständigen.

4.3.10.2 Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen

Wird eine Rahmenvereinbarung mit **mehreren Unternehmen** (§ 4 EG Abs. 4 bis 6 VOL/A) geschlossen, so müssen mindestens drei Unternehmen beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Unternehmen die Eignungskriterien und eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt. Die Vergabe von Einzelaufträgen, die auf einer mit mehreren Unternehmen geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt entweder sofern alle Bedingungen festgelegt sind, nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb

oder

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder nach anderen, in den Vergabeunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen.

In diesem Fall ist wie folgt zu verfahren:

- (1) Vor Vergabe jedes Einzelauftrags konsultieren die Vergabestellen in Textform die Unternehmen, ob sie in der Lage sind, den Einzelauftrag auszuführen.**
- (2) Die Vergabestellen setzen eine angemessene Frist für die Abgabe der Angebote für jeden Einzelauftrag; dabei berücksichtigen sie insbesondere die Komplexität des Auftragsgegenstands und die für die Übermittlung der Angebote erforderliche Zeit.**
- (3) Die Vergabestellen geben an, in welcher Form die Angebote einzureichen sind, der Inhalt der Angebote ist bis zum Ablauf der Angebotsfrist geheim zu halten.**
- (4) Die Vergabestellen vergeben die einzelnen Aufträge an das Unternehmen, das auf der Grundlage der in den Vergabeunterlagen der Rahmenvereinbarung aufgestellten Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hat.**

4.4 Vertragsbedingungen

Grundsätzlich wird die Leistungsbeschreibung ergänzt durch weitgehend standardisierte Vertragsbedingungen. Im Einzelfall kann es gleichwohl erforderlich sein, im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung individuelle vertragliche Regelungen festzulegen.

Hierzu zählen z.B. Regelungen zu Vertragsstrafen. Die individuell vorgesehenen Regelungen müssen in jedem Fall mit den gesetzlichen Regelungen zur Zulässigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) vereinbar sein (§§ 305 ff. BGB).

Gemäß § 9 Abs. 1 bzw. § 11 EG Abs. 1 VOL/A ist in den Vergabeunterlagen vorzusehen, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/Teil B) Bestandteil des Vertrages werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche und Ergänzende sowie Besondere Vertragsbedingungen. Die VOL/B ist für die Praxis das "Kleingedruckte" des Vertrages. Bei Versand von Vergabeunterlagen muss die VOL/B nicht an den Bieter mit versandt werden, da diesem zuzumuten ist, sich diese selbst zu beschaffen (gibt es z.B. in Buchläden als Textausgabe oder im Internet). Die Allgemeinen Vertragsbedingungen sollen grundsätzlich unverändert bleiben. Auftraggeber, die ständig Leistungen vergeben, können diese durch Zusätzliche Vertragsbedingungen ergänzen, die den allgemein gegebenen Verhältnissen entsprechen. Für die FHH gibt es Zusätzliche Vertragsbedingungen (s. auch Vergabeunterlagen, S. 42), die ebenfalls Bestandteil werden. Den Wortlaut finden Sie unter Nr. 6.2 des VHB.

Darüber hinaus ist in § 6 Abs. 1 der BO geregelt, dass die „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (Teil B der VOL)“ sowie die „Hamburgischen Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (HmbZVB-VOL/B)“ - in der jeweils gültigen Fassung - zum Bestandteil der nach der VOL abzuschließenden Verträge zu machen sind (vgl. § 9 VOL/A).

Davon abweichend sind bei der Beschaffung von IT-Leistungen die VOL/B und die jeweils einschlägigen „Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-Leistungen (BVB)“ bzw. „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT)“ zum Vertragsbestandteil zu machen. Darauf ist in den Vergabeunterlagen hinzuweisen.

Bei freiberuflichen Leistungen gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 der Beschaffungsordnung werden die Vertragsbedingungen jeweils auftragsbezogen festgelegt. Die VOL/B sowie die HmbZVB-VOL/B werden nicht Bestandteil des Vertrages.

Gemäß § 3a HmbVgG sind bei bestimmten Warengruppen ab einem Gesamtauftragswert von 10.000 Euro **inkl.** USt. Eigenerklärungen der Lieferanten zu verlangen, dass diese Waren unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen (z.B. Verbot der Kinderarbeit) (EVB-ILO) hergestellt wurden. Die gültige Liste der in Frage kommenden Warengruppen für den VOL-Bereich wird von der Finanzbehörde aufgestellt. Sie finden diese unter Rundschreiben der Finanzbehörde auf der Informationsplattform „Beschaffung“ im FHHportal (Themenportal: Recht). Bei den in Frage kommenden Warengruppen (z.B. Lederwaren) werden die EVB-ILO zum Vertragsbestandteil gemacht.

4.5 Bietergemeinschaften

Bietergemeinschaften entstehen, wenn mehrere Unternehmen sich zu dem Zweck zusammenschließen, sich gemeinsam in einem Vergabeverfahren um einen Auftrag bewerben und diesen ausführen zu wollen. Gemäß den § 6 Abs. 1 S. 1 und § 6 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A sind diese Bietergemeinschaften wie Einzelbewerber zu behandeln. Zweck dieser Vorschriften ist es, die Anzahl der Wettbewerber zu erhöhen und es auch kleinen und mittelständischen Unternehmen zu ermöglichen, sich für größere Aufträge zu bewerben.

Aus dieser Gleichstellung mit den Einzelbietern folgt, dass die Bietergemeinschaft bei der Eignungsprüfung nach § 2 Abs. 1 und § 2 EG Abs. 1 VOL/A die Leistungsfähigkeit für alle gemeinsam nachweisen muss, allerdings die Zuverlässigkeit jedes einzelnen Mitgliedes vorzuliegen hat. Zu beachten ist, dass Erklärungen von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft abzugeben sind, z.B. die Scientology-Erklärung. Ebenso ist die Abfrage beim Register zum

Schutz fairen Wettbewerbs bei Bietergemeinschaften für jedes Einzelunternehmen und deren Geschäftsführung durchzuführen.

Die Bietergemeinschaft tritt regelmäßig als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) im Vergabeverfahren auf; der zugrunde liegende Gesellschaftszweck ist der oben ausgeführte Auftragszuschlag und die Ausführung. Eine besondere Rechtsform kann nur bei vorheriger Bekanntgabe in den Vergabeunterlagen im Fall der Auftragserteilung aufgrund von § 6 Abs. 1 S. 2 VOL/A eingefordert werden, wenn dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags notwendig ist.

Wenn sich Bietergemeinschaften an einer Vergabe beteiligen, sollte diesen klare Ansprechpartner- und Vertretungsregeln abgefordert werden.

§ 1 GWB verbietet Verhaltensweisen, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen. Es kann nicht pauschal gesagt werden, wann dem Angebot einer Bietergemeinschaft eine wettbewerbsbeschränkende Abrede zugrunde liegt; der bloße Verdacht eines Wettbewerbsverstößes begründet noch keinen Ausschlussgrund (OLG Düsseldorf vom 13.04.2011 – VII-Verg 4/11). Anhaltspunkte für ein Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung können sein:

- Die Mitglieder der Bietergemeinschaft konkurrieren miteinander in demselben räumlichen und sachlichen Markt.
- Der Zusammenschluss ist geeignet, die Marktverhältnisse durch eine Beschränkung spürbar zu beeinflussen.
- Für mindestens ein Mitglied stellt die Bietergemeinschaft keine zweckmäßige und kaufmännisch vernünftige Entscheidung dar (OLG Koblenz vom 29.12.2004 – 1 Verg 6/04). Es kommt darauf an, ob die Beteiligung nachvollziehbar ist.

Keinen zwingenden Hinweis auf eine Wettbewerbsbeschränkung stellt es dar, wenn ein, mehrere oder auch alle Mitglieder der Bietergemeinschaft den Auftrag für sich alleine ausführen könnten. Es kommt hierbei darauf an, das eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung verursacht wurde (OLG Frankfurt vom 27.06.2003 - 11 Verg. 2/03).

Nimmt ein Mitglied einer Bietergemeinschaft zugleich als Einzelbewerber an dem Vergabeverfahren zu derselben Leistung teil, liegt eine unzulässige Mehrfachbeteiligung vor. Das betreffende Unternehmen hat dann Kenntnis von zwei Angeboten – seinem eigenen und dem der Bietergemeinschaft – und unterläuft damit den vergaberechtlichen Geheimwettbewerb. Eine Mehrfachbeteiligung begründet daher den Verdacht einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache (OLG Düsseldorf vom 13.04.2011 - VII-Verg 4/11) und führt zum Ausschluss der Angebote von Bietergemeinschaft und Einzelbieter nach § 16 Abs. 3 lit. f) und § 19 EG Abs. 3 lit. f) VOL/A.

Möglich ist es aber, dass Bietergemeinschaft und ein Mitglied als Einzelbewerber sich auf verschiedene Leistungsteile (z.B. Lose) bewerben (OLG München vom 28.04.2006 – Verg 6/06).

Ebenfalls unzulässig ist es, wenn Unternehmen in Vorbereitung einer Bietergemeinschaft ihre Angebotsgrundlagen und -kalkulationen besprechen, sich dann aber für Einzelangebote entscheiden.

Von einer Mehrfachbeteiligung zu unterscheiden ist die Konstellation, in denen ein Unternehmen einer Bietergemeinschaft angehört und zugleich für einen anderen Bieter Leistungsteile als Nachunternehmer ausführen soll. Kennt der so mehrfach beteiligte Nachunternehmer die Angebotsgrundlagen und -kalkulation des Mitbewerbers, z.B. weil dieser wesentliche Leistungsteile erbringen soll, liegt eine „verdeckte Bietergemeinschaft“ vor, die zum Ausschluss der Angebote nach § 16 Abs. 3 lit. f) und § 19 EG Abs. 3 lit. f) VOL/A führen kann (OLG Düsseldorf vom 27.07.2006 – Verg 23/06).

Probleme treten auch auf, wenn ein Mitglied aus einer Bietergemeinschaft austritt oder durch ein anderes Unternehmen ersetzt wird. Kommt das Angebot von einer Bietergemeinschaft, führt ein identitätsändernder Wechsel im Mitgliederbestand der Bietergemeinschaft zu einem

zwingenden Ausschluss aus dem Vergabeverfahren (OLG Hamburg vom 31.03.2014 – 1 Verg 4/13).

Aus § 10 Abs. 2 und § 12 EG Abs. 10 VOL/A ergibt sich, dass nach Ablauf der Frist die Angebote verbindlich sind. Die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft wird zu den verbindlichen Angebotsangaben gezählt (OLG Düsseldorf vom 28.06.2006 - VII-Verg 18/06). Eine Veränderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft zwischen Angebotsende und Zuschlagserteilung führt zum Ausschluss des Angebotes. Ändert sich die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft nach Zuschlagserteilung, kann hierin eine wesentliche Änderung des geschlossenen Vertrages gesehen werden. Diese führt zu einer ausschreibungspflichtigen Neuvergabe (OLG Düsseldorf vom 12.01.2006 – Verg 71/03).


Ein wichtiger Fall einer Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft ist, wenn über ein Mitglied das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Tritt dies ein, müssen neben den vergaberechtlichen Vorgaben auch gesellschaftsrechtliche Aspekte berücksichtigt werden.

In einem ersten Schritt muss geprüft werden, ob die Insolvenz eines Mitgliedes zur Auflösung der Bietergemeinschaft führt. Da die Bietergemeinschaften regelmäßig als GbR auftritt, muss im Falle einer Insolvenz eines Mitgliedes § 728 Abs. 2 S. 1 BGB beachtet werden. Nach dieser Vorschrift wird eine GbR aufgelöst, wenn über einen Gesellschafter ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Diese Rechtsfolge kann allerdings durch sog. Fortsetzungsklauseln im Gesellschaftsvertrag vermieden werden, indem insolvente Gesellschafter aus der Bietergemeinschaft automatisch ausscheiden.

Wenn eine Bietergemeinschaft durch eine Fortsetzungsklausel über die Insolvenz eines Mitgliedes hinaus besteht, ist allerdings erneut die Eignung der verbleibenden Bietergemeinschaft zu überprüfen (OLG Celle vom 05.09.2007 - 13 Verg 9/07).

5. Durchführung des Vergabeverfahrens

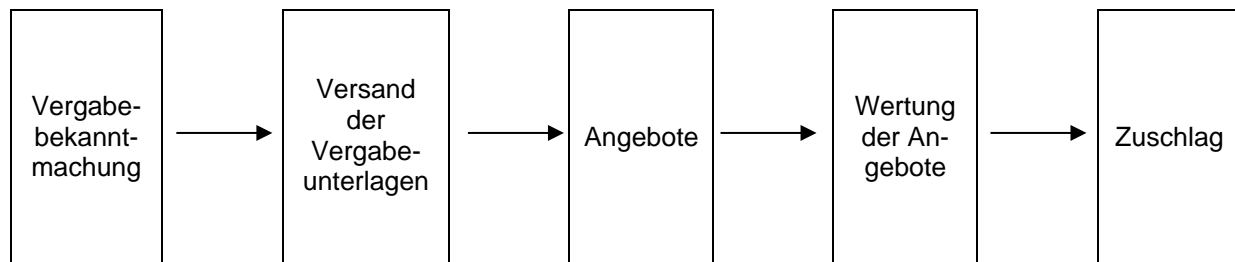
Im folgenden Abschnitt werden die einzelnen Schritte der Vergabeverfahren erläutert. Dabei wird jeweils das unterschwellige Verfahren beschrieben und dabei die Besonderheiten des jeweils korrespondierenden überschwelligen Verfahrens (EU-Vergaben) durch **Fettdruck** hervorgehoben.

	Unter- schwellig 	Ober- schwellig 
Öffentl. Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen	Öffentliche Ausschreibung	Offenes Verfahren
Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen	Beschränkte Ausschreibung	Nichtoffenes Verfahren
Verhandeln mit ausgesuchten Unternehmen	Freihändige Vergabe	Verhandlungsverfahren
Technischer Dialog bei besonders komplexen Vorhaben		Wettbewerblicher Dialog

Hinzuweisen ist noch einmal auf den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung bzw. des Offenen Verfahrens, der an verschiedenen Stellen im GWB, der BO sowie den Vergabe- und Vertragsordnungen betont wird. Dies bedeutet, dass andere Verfahren nur zulässig sind, wenn dies in der Beschaffungsordnung der FHH oder den Vergabe- und Vertragsordnungen ausdrücklich vorgesehen ist.

5.1 Öffentliche Ausschreibung / Offenes Verfahren

Übersicht „Öffentliche Ausschreibung“:



5.1.1 Überblick über relevante Fristen

Für nicht EU-weite Ausschreibungen wird in § 10 VOL/A bestimmt, dass für die Bearbeitung und Abgabe von Angeboten ausreichende Fristen vorzusehen sind. Die **Angebotsfrist**, also die Frist für die Bieter zur Einreichung der Angebote, ist ausreichend zu bemessen. In der Regel werden vier Wochen als angemessen angesehen. Allerdings hängt die Länge der gewählten Angebotsfrist oft auch vom Gegenstand der Ausschreibung ab. Bei einfach zu kalkulierenden Angeboten kann die Frist im Einzelfall kürzer, bei umfangreichen, individuell auszubereitenden Angeboten auch länger sein. Die Frist sollte nicht allzu kurz gewählt werden, da man sonst Gefahr läuft, möglicherweise qualitativ schlechte Angebote zu erhalten. Bei der Öffentlichen Ausschreibung ist bei der Bemessung der Angebotsfrist auch zu berücksichtigen, auf welche Weise die Bieter die Vergabeunterlagen erhalten, z.B. nach Zahlung eines Kostenbeitrags.

Außerdem bestimmt § 10 VOL/A, dass für die Geltung der Angebote ausreichende Fristen vorzusehen sind. Diese Regelung beinhaltet die Bindefrist. Die **Bindefrist** bedeutet, dass der Bieter bis zu diesem Tag an sein Angebot gebunden ist. Innerhalb dieser Frist muss der öffentliche Auftraggeber also seinen Zuschlag erteilen, anderenfalls kann der Bieter von seinem Angebot Abstand nehmen. Reicht die Bindefrist nicht aus, müssen die Bieter gefragt werden, ob sie einer Verlängerung zustimmen.

In der VOL ist für den nationalen Bereich keine Angabe eines konkreten Enddatums für Angebots- bzw. Bindefrist vorgeschrieben. Für die Praxis wird jedoch dringend empfohlen, konkrete Daten zu nennen, damit es bei der Vergabe von Aufträgen keine Probleme mit der Beurteilung gibt, ob Angebote zu spät eingegangen sind bzw. ob ein Bieter noch an ein Angebot gebunden ist.

In der Regel reichen für die Angebotsfrist die nachstehenden Zeiträume aus:

Übersicht über die Angebotsfristen

Verfahrensart	Regelfrist
Öffentliche Ausschreibung	ca. 4 Wochen
Beschränkte Ausschreibung	ca. 4 Wochen
Freihändige Vergabe	Je nach Leistung

Sollte in dringlichen Fällen eine Verkürzung der Fristen notwendig sein, ist die Begründung hierfür in der Dokumentation festzuhalten. Die Bindefrist ist entsprechend den Anforderungen des Einzelfalls vorzugeben und muss im unterschwelligen Bereich mindestens den vollständigen Aufwand für die Wertung der Angebote sowie die Zuschlagserteilung berücksichtigen.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Im überschwelligen Bereich sind Mindestfristen vorgeschrieben. Die Angebotsfrist beträgt mindestens 52 Kalendertage nach Absendung der Bekanntmachung an die EU. Die Zuschlagsfrist muss so bemessen werden, dass Wertung der Angebote und die Information nach § 101a GWB erfolgen kann.

Bei der Bindefrist ist zu beachten, dass sich die Erteilung des Zuschlags (=Vertragsschluss) durch ein Nachprüfungsverfahren erheblich verzögern kann. Es ist daher ratsam, solche möglichen Verzögerungen bei der Fristsetzung ebenfalls zu berücksichtigen.

Als weitere Fristen sind zu nennen:

- die Bewerbungsfrist, die allerdings nur bei vorherigen Teilnahmewettbewerben (Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren) relevant ist;
- die Frist für die Bekanntmachung der Auftragsvergabe (§ 23 EG VOL/A) gegenüber der EU;
- die Frist für die Mitteilung über die Gründe der Nichtberücksichtigung (Näheres dazu s. S. 86 f.).

Die nachfolgende Übersicht gibt die Fristen für europaweite Vergabeverfahren wieder:

Fristen: Überblick			
<i>Tage = Kalendertage</i>	Offenes Verfahren	Nichtoffenes Verfahren	Verhandlungsverfahren
Bekanntmachung im EU-Amtsblatt	Spätestens 12 Tage nach Absendung an das Amtsblatt (elektronisch erstellt und übersandt: spätestens nach 5 Tagen)		
Bewerbungsfrist	./.	37 (15) Tage (nach Absendung (!) der Bekanntmachung) (bei elektronischer Übermittlung: mindestens 10 Tage)	
Angebotsfrist	Mindestens 52 Tage (nach Absendung der Bekanntmachung)	40 (10) Tage nach Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe	./.
Versand der Vergabeunterlagen	6 Tage (nach Eingang des Teilnahmeantrags)	./.	

<i>Tage = Kalendertage</i>	Offenes Verfahren	Nichtoffenes Verfahren	Verhandlungsverfahren
Erteilung zusätzlicher Auskünfte über die Vergabeunterlagen und das Anschreiben	Spätestens 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	Spätestens 4 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist (bei Verhandlungsverfahren: nur bei beschleunigten Verfahren)	
Bindefrist	Dauer: möglichst kurz (Information nach § 101a GWB und ggf. Nachprüfungsverfahren berücksichtigen)		
Bekanntmachung über die Auftragserteilung	48 Tage nach Vergabe des Auftrags		
Mitteilung über Gründe der Nichtberücksichtigung	15 Tage nach Eingang eines entsprechenden Antrags		

5.1.2 Kostenersatz für Vergabeunterlagen

Bei Öffentlicher Ausschreibung bzw. Offenen Verfahren dürfen bei direkter oder postalischer Übermittlung gemäß § 8 VOL/A bzw. § 9 EG VOL/A die Vervielfältigungskosten für die Vergabeunterlagen von den Bietern gefordert werden. Dabei sind die Vervielfältigungskosten gemeint, die für Unterlagen entstehen, die für jede Ausschreibung individuell zu fertigen sind. Vordrucke zählen bei der Berechnung nicht mit. Die Kosten werden den Bietern nicht erstattet. Die Höhe der Kosten muss bereits in der Bekanntmachung angegeben werden. Wenn die Vergabeunterlagen kostenpflichtig abgegeben werden, muss in der Bekanntmachung auch die Zahlungsweise erkennbar sein.

Die Empfehlung der Finanzbehörde für einen Mindest-Kostenbeitrag liegt bei 5,00 Euro, damit der Aufwand der Beschaffungsstelle für Buchung etc. zumindest annähernd gedeckt wird. Der Kostenersatz kann auch durch Beilegen eines frankierten Rückumschlages geleistet werden. Der Sinn des Kostenersatzes wird darin gesehen, dass verhindert werden soll, dass der Verwaltung vergleichsweise hohe Vervielfältigungskosten für eine Ausschreibung entstehen, da viele Bieter die Vergabeunterlagen anfordern und dann nur wenige Angebote abgegeben werden. Wenn für die Vergabeunterlagen zumindest ein kleiner Kostenbeitrag zu entrichten ist, ist anzunehmen, dass tatsächlich nur ernsthaft interessierte Bieter die Vergabeunterlagen erwerben. Ob die Regelung in § 12 Abs. 3 lit. a) bzw. § 15 EG Abs. 11 lit. a) VOL/A, nach der die Vergabeunterlagen an alle anfordernden Unternehmen zu übermitteln sind, Auswirkungen haben wird, bleibt abzuwarten. Eventuell werden auch Unterlagen von Unternehmen abgefordert, die die ausgeschriebene Leistung nicht erbringen. Sollte dies verstärkt vorkommen, ist es ratsam, einen Kostenbeitrag zu fordern. Es ist natürlich auch möglich und inzwischen auch gängige Praxis, die vollständigen Vergabeunterlagen im Internet bereitzustellen. Darüber hinaus ist es ausdrücklich untersagt, von Unternehmen Entgelte für die Durchführung von Vergabeverfahren zu verlangen (§ 6 Abs. 2 bzw. § 6 EG Abs. 3 VOL/A).

5.1.3 Vergabebekanntmachung

Die Vergabebekanntmachung (§ 12 VOL/A) muss alle wesentlichen Angaben zum Vergabeverfahren enthalten; dazu zählen insbesondere:

- Vergabeart,
- die Form, in der die Angebote einzureichen sind,
- Art und Umfang, Ort der Leistung,
- Losvergabe (§ 2 VOL/A),
- Zulassung von Nebenangeboten,

- Fristen,
- Vorzulegende Unterlagen, die für den Nachweis der Eignung verlangt werden,
- ggf. Kosten und Zahlungsweise für die Vergabeunterlagen,
- die Angabe der Zuschlagskriterien, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden.

Die Veröffentlichung (§ 12 Abs. 1 VOL/A) erfolgt in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften oder Internetportalen (mögliche Adressen hierzu siehe VHB 2.4). Bekanntmachungen in Internetportalen müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals www.bund.de ermittelt werden können.

Dabei sind Internetportale Internetseiten, die verschiedene regelmäßig benötigte Dienste bündeln oder eine Übersicht für den Einstieg in einen Themenkomplex schaffen und mit personalisierbaren und sicheren Zugangssystemen versehen sind (Erläuterungen zu § 12 Abs. 1 VOL/A). Frei zugängliche Internetseiten sind KEINE Internetportale im Sinne der VOL/A.

Das Veröffentlichungsmedium oder die -medien sind danach zu wählen, welcher Adressatenkreis für die Ausschreibung erreicht werden soll. Aus Kostengründen ist es möglich, in Tageszeitungen oder Fachzeitschriften eine Kurzfassung zu veröffentlichen, wenn ein Hinweis darauf gegeben wird, wo die vollständige Textquelle (z.B. im Internet) zu finden ist. In der Vergabebekanntmachung ist ein Termin anzugeben, bis zu dem die Unterlagen abgefordert werden können. Dieser soll so liegen, dass es dem Bieter nach Erhalt der Unterlagen noch möglich ist, ein sachgerechtes Angebot zu erstellen, insbesondere, wenn die Vergabeunterlagen für den Bieter kostenpflichtig sind.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Die Vergabebekanntmachung bei überschwelligen Vergaben hat zwingend im EU-Amtsblatt zu erfolgen. Hierzu ist das Formular „2-DE-Bekanntmachung“ entweder schriftlich (maximal 650 Wörter!) oder elektronisch auszufüllen und entsprechend an das Amtsblatt der EU als Veröffentlichungsorgan zu versenden.

Das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU hat im Internet unter <http://simap.europa.eu/enotices/changeLanguage.do?language=de> alle Standardformulare als Online-Version bereitgestellt. Die Formulare können dort nach kostenloser Registrierung ausgefüllt und verwaltet werden. Die Verwendung dieser Online-Formulare ist zwar noch nicht zwingend vorgeschrieben, aber ausdrücklich erwünscht. Sie werden bei der EU bevorzugt behandelt.

Hinweise zur Benutzung des Formulars finden sich im VHB unter Nr. 7.5.3. Bei überschwelligen Vergaben ist es wichtig zu beachten, dass die Veröffentlichung in nationalen Veröffentlichungsorganen (Zeitungen, Zeitschriften, Internet etc.) nicht vor Absendung (!) der Vergabebekanntmachung im EU-Amtsblatt erfolgen darf. Beim Setzen der Angebotsfrist ist zu beachten, dass zwischen der Absendung der Vergabebekanntmachung und der Veröffentlichung im Amtsblatt ein Zeitraum von bis zu 12 Tagen vergehen kann.

In der Bekanntmachung ist unbedingt auf die Frist nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hinzuweisen (Näheres dazu siehe S. 101).

5.1.4 Versand der Vergabeunterlagen

Wenn für die Vergabeunterlagen ein Kostenbeitrag festgesetzt wurde, sind diese umgehend nach Zahlungseingang an die Bieter zu senden. Damit die Bieter entscheiden können, ob sie sich an dem Vergabeverfahren beteiligen möchten, muss eine Stelle zeitlich ausreichend zugänglich sein, bei der die Unterlagen eingesehen werden können (Uhrzeiten sind anzugeben).

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Für den Versand der Vergabeunterlagen gilt im überschwelligen Bereich eine vorgeschriebene Frist, um eine Gleichbehandlung aller Bieter zu gewährleisten. Die Vergabeunterlagen müssen spätestens 6 Tage nach Anforderung durch den Bieter abgesandt werden.

5.1.5 Kontakt mit Bietern (insbes. Nachfragen und Auskünfte)

Während die Angebotsfrist läuft, sollten Kontakte mit potenziellen Bietern weitestgehend vermieden werden. Es müssen allerdings Verständnisfragen zu den Vergabeunterlagen beantwortet werden.

In der VOL ist nicht ausdrücklich festgelegt, dass es einen Ansprechpartner für Bieterfragen geben muss. Es ist lediglich in § 15 bzw. § 18 EG VOL/A das Verhandlungsverbot festgeschrieben und geregelt, dass die Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärungen über das Angebot oder deren Eignung verlangen dürfen.

Es empfiehlt sich allerdings dringend, einen Ansprechpartner für Bieterfragen für ein Vergabeverfahren zu benennen, da objektive Aufklärung im Regelfall dazu führt, dass der Bieter ein brauchbares Angebot abgeben kann.

Sollten sich aus Bieterfragen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eventuell auch andere Bieter Verständnisprobleme haben könnten, kann die Beschaffungsstelle davon ausgehen, dass ein Missverständnis nicht subjektiv, sondern objektiv bedingt ist. Die Aufklärung objektiver Verständnisfragen sollte gegenüber allen Bewerbern / Bietern erfolgen. Sollte eine Nachfrage eines Bieters also ergeben, dass z.B. in der Leistungsbeschreibung wesentliche Angaben nicht gemacht wurden, die jedoch für die Erstellung des Angebotes notwendig sind, so hat die Beschaffungsstelle sicher zu stellen, dass allen anderen Firmen diese Information ebenfalls unverzüglich zugänglich gemacht wird, damit die Firma, die nachgefragt hat, keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen hat.

Im Zweifel sollten die Antworten grundsätzlich allen Bewerbern / Bietern mitgeteilt werden.

Stellt sich auf Grund von Nachfragen heraus, dass die Leistungsbeschreibung an einem erheblichen Mangel leidet, ist die Ausschreibung aufzuheben. Erheblich ist ein Mangel, wenn er nicht durch Auslegung der Leistungsbeschreibung oder durch Nachbesserung – soweit zulässig - behoben werden kann.

Bei „größeren“ Ausschreibungen (in der Regel EU-Verfahren) kann es sich anbieten, im Internet ein „Bieterfrageforum“ einzurichten, in dem die gestellten Fragen öffentlich beantwortet werden. Dies dient auf der einen Seite dazu, die Auskunftsstelle zu entlasten (es werden häufig gestellte Fragen ohne Einzelanruf beantwortet), und es stellt sicher, dass alle potenziellen Anbieter an die notwendigen Informationen heran kommen, damit keine Wettbewerbsverzerrung entsteht. Dies ist deshalb hilfreich, weil die Beschaffungsstelle unter Umständen nicht alle Firmen kennt, die sich potenziell beteiligen möchten.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Die Verpflichtung zur Nennung eines Ansprechpartners für europaweite Vergabeverfahren ergibt sich indirekt aus dem Veröffentlichungsgebot mittels der Standardformulare in § 15 EG VOL/A, da in der Bekanntmachung ein Ansprechpartner (Kontaktstelle) zu nennen ist.

Das Verhandlungsverbot aus § 18 EG erstreckt sich logischer Weise nur auf Offene bzw. Nichtoffene Verfahren.

5.1.6 Angebotsabgabe und Sammlung der Angebote bis zum Öffnungstermin

Der Umgang mit eingehenden Angeboten ist in § 14 bzw. § 17 EG VOL/A geregelt und gilt für alle förmlichen Vergabeverfahren. Auf dem Postweg eingegangene oder direkt übermittelte Angebote sind mit einem Eingangsvermerk auf dem ungeöffneten Umschlag zu versehen (Eingangsstempel o.ä.). Die Angebote sind bis zum Zeitpunkt der Öffnung unter Verschluss zu halten. Angebote, die als Telekopie (Fax) eingehen, sind ebenfalls zu kennzeichnen und auf geeignete Weise unter Verschluss zu halten. Elektronische Angebote sind auf geeignete Weise zu kennzeichnen und zu verschlüsseln.

Versäumt der Auftraggeber, bei mehreren Angeboten die Eingangsvermerke mit einem Namenszug zu versehen, verstößt er gegen § 17 EG Abs. 1 VOL/A. Ein Verstoß gegen diese Regelung liegt auch vor, wenn der Auftraggeber das Verpackungsmaterial nicht in Gänze behält, weil dadurch für die Bieter und die Nachprüfungsinstanzen eine umfassende Dokumentation des Verfahrens nicht sichergestellt ist. Der Verzicht auf eine Verwahrung des Verpackungsmaterials ist somit erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens zulässig (VK Sachsen-Anhalt vom 26.01.2012 – 2 VK LSA 33/11).

Die VOL/A sagt nichts darüber, ob es eine gesonderte Stelle geben soll, die die eingehenden Angebote verwahrt. Es ist daher möglich, Sammlung, Öffnung und Bewertung in einer Hand zu lassen. Die Empfehlung für die Praxis lautet, möglichst eine Sammelstelle für die eingehenden Angebote vorzuhalten (z.B. die Poststelle). Die Sammlung und Öffnung der Angebote sollte – soweit dies organisatorisch leistbar ist – von Personen durchgeführt werden, die nicht mit der Vergabe des Auftrags befasst sind, um Manipulationsvorwürfen vorzubeugen. Beispielsweise denkbar wäre, dass Sammelstelle und öffnende Stelle identisch sind, die Bewertung der Angebote aber von anderen Personen vorgenommen wird.

5.1.7 Öffnung der Angebote

Die nachstehenden Verfahrenshinweise zur Öffnung der Angebote sollen das in § 14 Abs. 2 bzw. § 17 EG Abs. 2 VOL/A beschriebene Verfahren zur Öffnung von Angeboten konkretisieren und damit diesen Teil des Vergabeverfahrens möglichst sicher gestalten.

5.1.7.1 Angebotsöffnung

Die Öffnung der Angebote wird von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam durchgeführt. Bieter sind – im Gegensatz zur VOB – nicht zugelassen. Aus Gründen der Verfahrenssicherheit sollten diese beiden Personen nicht an der Vergabe beteiligt sein.

Wie die Rollen bei der Öffnung verteilt sind, bleibt der einzelnen Dienststelle überlassen. Wichtig ist vor allem, dass mehr als eine Person die Öffnung durchführt. Eine Reihenfolge für die Öffnung der Angebote ist nach der VOL/A nicht vorgegeben. Hilfsmittel für die Kennzeichnung der Angebote (z.B. Stempel) sind unter Verschluss zu halten.

Bei der Öffnung der Angebote werden mindestens folgende Angaben mit einem unveränderlichen Dokument festgehalten (VK Sachsen vom 17.12.2010 – 1/SVK/045-10):

- a) Namen und Anschrift der Bieter,
- b) die Endbeträge ihrer Angebote und andere den Preis betreffende Angaben,
- c) ob und von wem Nebenangebote eingereicht worden sind.

Die nachstehenden Ausführungen sind Empfehlungen der Finanzbehörde, wie eine Öffnung rechtssicher durchgeführt werden sollte.

Die Öffnung im Einzelnen:

- (1) Zunächst wird festgestellt, ob die Angebote ordnungsgemäß verschlossen und äußerlich gekennzeichnet bzw. verschlüsselt bis zum Ablauf der Angebotsfrist bei der Angebotssammelstelle eingegangen sind. Die Angebote werden geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet.

- (2) Bei der Kennzeichnung der Angebote sind mindestens nachstehende Angaben zu dokumentieren:
- Öffnungsdatum,
 - Angebot-Nr.,
 - Blätter (= Gesamtzahl),
 - Blatt-Nr.
- Die wesentlichen Teile der Angebote sind insbesondere alle Blätter, die Angaben über
- Preise,
 - sonstige Konditionen (z.B. eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen des Bieters, Skonto, Mengenbegrenzungen bei der Lieferung),
 - Nebenangebote,
 - Referenzen und Erklärungen (soweit gefordert)
- enthalten. Sonstige, einem Angebot beigefügte Schriftstücke, die nicht vergaberelevante Angaben enthalten (z. B. Unternehmensdarstellung), brauchen nicht gekennzeichnet zu werden.
- (3) Die Prüfung der Angebote soll sich im Wesentlichen auf folgende Auffälligkeiten erstrecken:
- Vom Bieter vorgenommene Änderungen im Angebotsvordruck und/oder in der Leistungsbeschreibung (z. B. technische Maße),
 - Bleistifteintragungen im Angebot,
 - Korrekturen der Angaben des Bieters (z. B. Benutzung von Tipp-Ex, Überschreibung),
 - Fehlende Unterschrift des Bieters sowie Orts- und Datumsangabe.
- Diese Abweichungen sind deutlich zu markieren und mit Handzeichen zu versehen.
- (4) Hat der Bieter zu einzelnen Losen kein Angebot abgegeben und fehlt von ihm ein entsprechender Hinweis, so ist an diesen Stellen ein entsprechender Eintrag zu machen (z. B. durch Stempel "Kein Angebot"), um nachträgliche Eintragungen auszuschließen.
- (5) Hat ein Bieter
- sein Angebot in mehreren, inhaltlich identischen Ausfertigungen eingereicht, sind die Mehrfachexemplare entsprechend zu kennzeichnen (z. B. "Doppel"),
 - Änderungen und/oder Berichtigungen zu seinem Angebot eingereicht, sind diese dem Angebot zuzuordnen.
- (6) Befindet sich in einem Umschlag kein Angebot (z. B. "Muster", "Proben" oder "Absagen"), ist dieses zu dokumentieren.

5.1.7.2 Niederschrift

Die Öffnung ist zu dokumentieren, die Unterlagen darüber sowie die Angebote und Anlagen sind auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln.

Die Finanzbehörde empfiehlt daher für die Praxis, eine Niederschrift über die Öffnung zu fertigen, die von allen an der Öffnung Beteiligten unterzeichnet werden sollte. Diese Niederschrift dient der rechtssicheren Dokumentation der Öffnung.

Die in § 14 Abs. 2 bzw. § 17 EG Abs. 2 VOL/A genannten Angaben (Name und Wohnort der Bieter, Endbeträge der Angebote sowie andere den Preis betreffende Angaben; ob und von wem Nebenangebote eingereicht wurden) sind zwingend in die Niederschrift aufzunehmen. Darüber hinaus sollten weitere Angaben wie

- Vergabeart,
- Einreichungstermin (mit Uhrzeit),
- Art der Lieferung/Leistung

mit aufgeführt werden.

Die gem. § 16 Abs. 3 lit. e) bzw. § 19 EG Abs. 3 lit. e) VOL/A nicht form- und fristgerecht eingegangenen Angebote sind in einem Nachtrag zur Niederschrift aufzuführen das gilt auch für verspätet bei anderen Stellen (z. B. Pförtner, Beschaffungsstelle) eingegangene Angebote. Ob ein Angebot als verspätet zu werten ist, entscheidet die Beschaffungsstelle.

Die Unterschrift der an der Öffnung Beteiligten sollte unmittelbar unter dem zuletzt eingetragenen Angebot erfolgen, um nachträgliche Eintragungen zu erschweren. Die Niederschrift und die gekennzeichneten Angebote sind dem zuständigen Sachbearbeiter auszuhändigen. Werden die Angebote von einer anderen als der vergebenden Dienststelle ausgewertet, ist dieser eine Durchschrift (oder Kopie) der Niederschrift zu übersenden.

5.1.8 Wertung der Angebote

Die Wertung der Angebote erfolgt grundsätzlich in 4 Stufen:

1. Prüfung der formalen Anforderungen (Ausschlussgründe, § 16 Abs. 1, 3 und 4 bzw. § 19 EG Abs. 1, 3 und 4 VOL/A),
2. Eignungsprüfung (§§ 2 Abs. 1, 6 Abs. 3, 16 Abs. 5 bzw. §§ 2 EG Abs. 1, 7 EG und 19 EG Abs. 5 VOL/A),
3. Prüfung der Angebotspreise (§ 16 Abs. 6 bzw. § 19 EG Abs. 6 und 7 VOL/A),
4. Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (§ 16 Abs. 7 und 8 bzw. § 19 EG Abs. 8 und 9 VOL/A).

Bei Verfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb (Beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb, Freihändige Vergabe mit vorherigem Teilnahmewettbewerb, Nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme) ist die Eignungsprüfung (2. Wertungsstufe) gegenüber der Wertung bei der Öffentlichen Ausschreibung / beim Offenen Verfahren vorgezogen und erfolgt bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs. Eine (weitere) Eignungsprüfung im Zusammenhang mit der Wertung der Angebote erfolgt dann grundsätzlich nicht mehr.

5.1.8.1 Nachforderung von Unterlagen, Nachverhandlungsverbot

Erklärungen und Nachweise, die bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden, können gem. § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A innerhalb einer zu bestimmenden Nachfrist nachgefordert werden. Diese Regelung soll dazu beitragen, die Anzahl der Angebote zu reduzieren, die wegen formaler Mängel ausgeschlossen werden müssen.

Dies gilt allerdings nicht für die Nachforderung von Preisangaben, es sei denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Dies sind z.B. Preise für optionale Positionen, bei denen die Wahrscheinlichkeit, dass sie tatsächlich benötigt werden, zwar eher gering ist, die man sich aber trotzdem anbieten lässt.

Nach § 16 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A steht dem Auftraggeber ein Ermessen zu, ob er von einem Bieter fehlende Unterlagen nachfordert. Aus Gründen der Gleichbehandlung muss der Auftraggeber jedoch von allen Bietern, zumindest von denen in der engeren Wahl, gleichermaßen die jeweils fehlenden Erklärungen oder Nachweise nachfordern und darf hierauf nicht bei einzelnen Bietern verzichten (OLG Celle vom 08.09.2011 – 13 Verg 4/11).

Ein genereller Verzicht auf das Recht zur Nachforderung ist nach neuerer Rechtsprechung unwirksam (VK Bund, Beschluss vom 05.03.2015 – VK 2-13/15). Auch wenn ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung darauf hingewiesen wird, führt eine derartige antizipierte Ermessensausübung in der Regel dazu, dass nicht alle zu berücksichtigenden Umstände in den Blick genommen werden können, so dass ein Ermessensfehler vorliegt (vgl. auch OLG Düsseldorf vom 07.03.2012 – VII Verg 82/11 und vom 02.05.2012 – VII Verg 68/11, vergl. auch OLG Düsseldorf vom 07.03.2012 – VII Verg 82/11 und vom 02.05.2012 – VII Verg 68/11).

Mit der Nachbesserung dürfen jedoch nur rein formelle Fehler geheilt werden, es darf dagegen nicht zu einer Verbesserung des Angebots kommen.

Beispiele aus der Rechtsprechung:

- Die Vergabekammer Thüringen hat mit einer Entscheidung deutlich gemacht, dass eine fehlende Unterschrift auf keinen Fall zu den Unterlagen gehört, die gem. § 19 EG Abs. 2 nachgefordert werden dürfen (VK Thüringen vom 05.09.2011 – 250-4003.20-3317/2011-E-005-HBN).
- Ein Bieter hatte zwar drei der geforderten Referenzen vorgelegt; die Vergabestelle erachtete eine aber für nicht ausreichend, da sie hinsichtlich der ausgeschriebenen Menge keine vergleichbare Leistung belegte (weit weniger als 10 % des geforderten Volumens). Die Vergabestelle hat bei diesem Bieter dann unter Bezugnahme auf § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A eine „bessere“ Referenz nachgefordert.

Nach Auffassung des OLG Düsseldorf war die Nachforderung einer „besseren“ Referenz nicht durch die Rechtsgrundlage des § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A gedeckt, da der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet sei. Nach dem Wortlaut des § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A gilt die Nachforderungsmöglichkeit nur für fehlende, auf Aufforderung des Auftraggebers bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegte Erklärungen und Nachweise, nicht aber für nicht den Vorgaben des Auftraggebers entsprechende Erklärungen und Nachweise. Ein Nachweis fehle nur, wenn er entweder nicht vorgelegt worden sei oder formale Mängel aufweise. Der Auftraggeber sei nicht gefordert, im Rahmen der Prüfung, ob die Angebote formal vollständig seien, eine materiell-rechtliche (=inhaltliche) Prüfung der mit dem Angebot vorgelegten Unterlagen vorzunehmen. Daraus folgt, dass eine Nachforderungspflicht des Auftraggebers im Hinblick auf körperlich vorhandene Erklärungen oder Nachweise nur bestehe, wenn sie in formaler Hinsicht von den Anforderungen abwichen (OLG Düsseldorf vom 12.09.2012 – VII - Verg 108/11).

- VOL/A: Kein Anspruch auf Nachforderung fehlender Erklärungen!
 1. Die Begriffe "Erklärungen und Nachweise" in § 19 EG VOL/A 2009 sind weit zu verstehen. Deshalb können sämtliche (fehlenden) Angaben - mit Ausnahme der gesondert von § 19 EG Abs. 2 Satz 2 VOL/A 2009 angesprochenen (wesentlichen) Preisangaben - nachgefordert werden.
 2. Die Vergabestelle ist jedoch in Ausübung des ihr zukommenden Ermessens nicht gehindert, von einer Nachforderung abzusehen. Einen Anspruch auf die Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise gewährt § 19 EG Abs. 2 VOL/A 2009 nicht.

3. Auch wenn die Vergabestelle das ihr im Rahmen des § 19 EG Abs. 2 VOL/A 2009 eingeräumte Ermessen bei der Entscheidung über den Ausschluss nicht ausgeübt hat, ist der Ausschluss eines Angebots nicht vergaberechtswidrig, wenn der fehlenden Erklärung für die Wertung der Angebote ein besonderer Stellenwert zukommt (OLG Karlsruhe vom 23.03.2011 – 15 Verg 2/11).

Nach § 15 VOL/A und § 18 EG VOL/A dürfen die Auftraggeber von den Bietern im offenen oder nichtoffenen Verfahren nur Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen; Verhandlungen sind unzulässig. Das bedeutet, dass zwischen Angebotsabgabefrist und Zuschlag inhaltliche Änderungen am Angebot nicht vorgenommen werden dürfen. Verhandlungen über Änderungen der Angebote oder Preise sind unzulässig. Vom sogenannten Nachverhandlungsverbot sind namentlich die wesentlichen Elemente des Angebots – die künftigen Vertragsparteien, der Vertragsgegenstand und der Preis – umfasst (OLG Hamburg vom 31.03.2014 – 1 Verg 4/13).

Zu den Wertungsstufen im Einzelnen:

5.1.8.2 Erste Wertungsstufe

Auf der 1. Wertungsstufe (**Prüfung der formalen Anforderungen**) ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen **zwingenden Ausschluss** (§ 16 Abs. 3 bzw. § 19 EG Abs. 3 VOL/A), z.B. wegen fehlender Preisangaben, Änderungen an den Vergabeunterlagen oder eines (schuldhaft) verspäteten Angebots) vorliegen.

Ein Bieter ist auszuschließen, der seinem Angebot seine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) beifügt, da dadurch der zwingende Ausschlussgrund der Änderung der Vergabeunterlagen (§ 16 Abs. 3 lit. d) bzw. § 19 EG Abs. 3 lit. d) VOL/A erfüllt wird (VK Bund vom 24.06.2013 – VK 3-44/13; VK Sachsen vom 14.01.2015 – 3 VK LSA 102/14). Der Verweis auf die eigenen AGB kann nicht nachträglich durch Rücknahme dieser Erklärung geheilt werden. Wenn der Bieter seine AGB allerdings gar nicht zum Vertragsgegenstand machen wollte, sondern seinem Angebot versehentlich beigelegt hat (dies kann etwa durch das bloße Beifügen – etwa auf der Rückseite eines Briefbogens abgedruckt – der Fall sein; vgl. VK Niedersachsen vom 02.05.2005 – VgK-13/2005), kann aber eine andere Wertung geboten sein.

Ebenso ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen **fakultativen Ausschluss** (§ 16 Abs. 4 bzw. § 19 EG Abs. 4 VOL/A) vorliegen, d.h. wenn Angebote von Bietern eingereicht wurden, die auch als Bewerber von der Teilnahme am Wettbewerb hätten ausgeschlossen werden können, z.B. bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe erfolgt der Ausschluss nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei ist insbesondere die Gleichbehandlung aller Bieter geboten, d.h. es muss für alle Bieter ein einheitlicher Maßstab für die Ermessensausübung angewendet werden.

5.1.8.3 Zweite Wertungsstufe

Auf der 2. Wertungsstufe ist die **Eignung der Bieter** zu prüfen (vgl. S. 57). In der Regel erfolgt hier eine Ja-/Nein-Entscheidung, d.h. entweder ein Bieter erfüllt ein Eignungskriterium oder er erfüllt es nicht. Ein „Mehr“ an Eignung spielt regelmäßig nur im Rahmen von Teilnahmewettbewerbern eine Rolle, wenn der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen vorher bekannt gemacht hat, dass und nach welchen Kriterien er – quasi in einem gestuften Verfahren – nur eine bestimmte Anzahl von Bewerbern zur Abgabe eines Angebots auffordert.

Zu diesem Zeitpunkt kann man – falls nach dem GRfW erforderlich – auch schon die Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs durchführen. Das hat dann zwar den Nachteil, dass man für alle noch im Wettbewerb befindlichen Bieter abfragen muss, kann aber auch dazu führen, dass man nach der Abfrage nicht mehr alle Angebote weiter prüfen muss. Die Abfrage muss ansonsten spätestens vor dem Zuschlag erfolgen (s. S. 85).

Von den Eignungskriterien sind strikt die Zuschlagskriterien (siehe dazu nachfolgend 5.1.8.6) zu trennen, d.h. Eignungs- und Zuschlagskriterien müssen sauber auseinander gehalten und gesondert geprüft werden. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein und bedarf ggf. der rechtlichen Beratung. Generell gilt, dass Eignungskriterien auftragnehmerbezogen sind, während sich die Zuschlagskriterien auf den Auftragsgegenstand beziehen.

5.1.8.4 Ausschluss von Firmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge

Bieter, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, sollen von Lieferungen und Leistungen ausgeschlossen werden. Als Ausschlussgrund kommt insbesondere eine wettbewerbsbeschränkende Abrede in Betracht. Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht auf gesetzeswidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst auch alle sonstigen Absprachen und Verhaltensweisen eines Bieters, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot unvereinbar sind. Das Zustandekommen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache erfordert keine ausdrückliche Verständigung zwischen zwei Unternehmen darüber, wer welche Leistung zu welchem Preis anbietet. Sie ist vielmehr in aller Regel schon dann verwirklicht, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen des Konkurrenzangebots zumindest aber wesentlicher Angebotsgrundlagen, erstellt wird (OLG Düsseldorf vom 04.02.2013 – VII Verg 31/12). Dies ist dem vergaberechtlichen Gebot des Geheimwettbewerbs zu entnehmen.

Über den einmaligen Ausschluss eines Bewerbers oder Bieters aus einem laufenden Vergabeverfahren (Einzelausschluss) entscheiden die Beschaffungs- oder Zentralen Vergabestellen in eigener Verantwortung.

Der Einzelausschluss erfolgt nach Maßgabe der §§ 6 bzw. 6 EG und 16 bzw. 19 EG VOL/A, oder des § 4 VOF. Bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen nach § 4 der Beschaffungsordnung (BO) ist für den Einzelausschluss § 6 VOL/A analog anzuwenden. Die Beschaffungs- oder Zentrale Vergabestelle hat bei ihrer Entscheidung über den Einzelausschluss – ggf. unter Beteiligung des zuständigen Rechtsamtes bzw. der zuständigen Rechtsabteilung – alle Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen. Der Bewerber oder Bieter ist vor dem Ausschluss anzuhören.

Schließen die öffentlichen Auftraggeber ein Unternehmen auf Grund einer Verfehlung nach § 2 Abs. 2 GRfW (s. S. 20) von der Teilnahme an einem konkreten Vergabeverfahren aus (Einzelausschluss), haben sie den Einzelausschluss unverzüglich der zentralen Informationsstelle der Finanzbehörde mitzuteilen. Diese prüft, ob möglicherweise aufgrund der schweren Verfehlung ein genereller Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von Aufträgen der FHH („Vergabesperre“) in Betracht kommt. Für die Verhängung sowie für die Aufhebung einer solchen Maßnahme ist nach dem GRfW allein die zentrale Informationsstelle zuständig. Eine Vergabesperre ist für alle Vergabestellen der FHH bindend, nicht nur für die Kernverwaltung wie Behörden und Landesbetriebe, sondern auch für öffentliche Unternehmen und Hochschulen. Vergabesperren anderer Auftraggeber oder Länder berücksichtigen die Vergabestellen angemessen bei der Prüfung der Eignung.

Während der Geltungsdauer der Vergabesperre dürfen Vergabestellen diese Unternehmen nicht zur Angebotsabgabe auffordern, Teilnahmeanträge oder Angebote der Unternehmen nicht berücksichtigen und den gesperrten Unternehmen keinen Zuschlag für einen Auftrag der Freien und Hansestadt Hamburg erteilen.

Ausgeschlossene Firmen dürfen sich erst nach Ablauf der „Vergabesperre“ wieder an Vergabeverfahren beteiligen bzw. zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Dabei reicht es nicht aus, wenn lediglich der Einreichungstermin zeitlich nach dem Ablauf der Vergabesperre liegt. Während einer Vergabesperre dürfen einer gesperrten Firma keine Vergabeunterlagen übersandt bzw. ausgehändigt werden.

5.1.8.5 Dritte Wertungsstufe

Auf der 3. Wertungsstufe prüft der Auftraggeber, ob die **angebotenen Preise angemessen** sind. Nicht auskömmliche Preise können die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages gefährden und damit zum Ausschluss des Angebots berechtigen. Unter Umständen kann auf dieser Wertungsstufe ein Angebotsausschluss zwingend erforderlich sein; dies ist etwa dann der Fall, wenn Bieter durch Dumpingangebote den Wettbewerb gefährden.

Die Erteilung des Zuschlags auf ein von einem Kalkulationsirrtum beeinflusstes Angebot kann einen Verstoß gegen die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten darstellen, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Bau-, Liefer-, oder Dienstleistung zu begnügen (BGH Urteil vom 11.11.2014 – X ZR 32/14).

Sollten während des Vergabeverfahrens Zweifel an der Gestaltung der Preise (zu hoch oder zu niedrig) auftauchen, so kann die Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation, Betriebswirtschaftlicher Prüf- und Beratungsdienst, ZD, um Beratung und Unterstützung gebeten werden.

Allein dann, wenn die Abgabe eines Unterkostenangebots zugleich eine wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweise darstellt, kann ein Mitbieter aus § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch auf Einhaltung des **§ 16 Abs. 6 Satz 2 bzw. § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A** haben. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn ein Unterkostenangebot in der zielgerichteten Absicht abgegeben wird, einen Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Hierfür müssen Anhaltspunkte vorliegen. Der bloße Hinweis des Antragstellers, dass man selbst bereits an der Grenze der Auskömmlichkeit kalkuliert habe, rechtfertigt keinesfalls den Schluss, dass das günstigere Angebot der Beigeladenen damit automatisch ein marktverdrängendes Unterkostenangebot sein muss (VK Sachsen, Beschluss vom 01.04.2010 - 1/SVK/007-10).

Die Darlegungs- und Beweislast für eine Wettbewerbswidrigkeit bzw. Marktverdrängungsabsicht trägt der Auftraggeber (OLG München, Beschluss vom 21.05.2010 - Verg 02/10).

5.1.8.6 Vierte Wertungsstufe

Auf der 4. Wertungsstufe wird aus den Angeboten, die die ersten 3 Wertungsstufen überwunden haben, das **wirtschaftlichste Angebot** ermittelt. Dies kann der günstigste Preis als einziges Zuschlagskriterium sein. Oder die Wertung erfolgt unter Berücksichtigung auch der übrigen in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannten Zuschlagskriterien (vgl. S. 61). Wird die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes durch eine Kommission vorgenommen, soll auch – bei geeigneten Leistungen – der für Umwelt zuständigen Behörde Gelegenheit zur Teilnahme gegeben werden. Die Zusammensetzung der Kommission ist zu dokumentieren.

Am Einfachsten ist die Wertung, wenn der Preis als einziges Zuschlagskriterium benannt ist. Dies setzt jedoch voraus, dass alle übrigen, für die Wertung maßgeblichen Kriterien als Ausschluss- (Muss-, K.O.-) Kriterien berücksichtigt sind. Ist der Preis das alleinige Zuschlagskriterium, dürfen Nebenangebote nicht zugelassen werden (OLG Düsseldorf vom 23.03.2010 – Verg 61/09). Sind außer dem Preis andere Zuschlagskriterien zu bewerten, so ist die Bedeutung des Preises je höher anzusetzen, desto weniger bedeutsam die übrigen Kriterien für die Zuschlagserteilung sind. Eine geringere Bedeutung des Preises als 30 % dürfte regelmäßig ausgeschlossen sein.

Bei der Wertung der Angebote muss klar sein, ob die angebotenen Preise brutto oder netto sind, damit die Angebote vergleichbar sind. Nach den einschlägigen Regelungen in den Hmb. Zusätzlichen Vertragsbedingungen, den Hmb. Bewerbungsbedingungen sowie im Angebotsvordruck sind immer Festpreise ohne Umsatzsteuer anzugeben und die jeweils gültige Umsatzsteuer ist dann hinzuzurechnen.

Eine Beschaffungsstelle darf bei der Bewertung der Preise grundsätzlich auf Bruttopreise abstellen, da für den Auftraggeber aus betriebswirtschaftlicher Sicht immer der Endpreis, d.h.

der Bruttopreis, relevant ist. Gelegentlich kommt es vor, dass sich in einem Vergabeverfahren sowohl Bieter mit dem „normalen“ Umsatzsteuersatz von 19 % als auch gemeinnützige Bieter mit dem ermäßigten Umsatzsteuersatz von 7 % beteiligen. Wenn Unternehmen mit dem ermäßigten Umsatzsteuersatz zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen zugelassen sind und ein Bieter durch den ermäßigten Umsatzsteuersatz eine finanzielle Besserstellung erfährt, ist dies vom Gesetzgeber gewollt und bleibt im Vergaberecht unberücksichtigt. Eine vergaberechtlich relevante Wettbewerbsverzerrung kann in der Wertung von Bruttopreisen dementsprechend nicht gesehen werden (siehe dazu auch S. 29).

Im Rahmen des Zuschlagskriteriums „Preis“ sind auch Skontoabzüge zu werten. Diese dürfen allerdings nur dann bei der Wertung berücksichtigt werden, wenn der Bieter auch im Vergabeverfahren dazu aufgefordert worden ist, Skontoabzüge anzubieten (näheres siehe dazu „Richtlinie über den Umgang mit Skontoabzug und Zugaben (RL Skonto)“, VHB 5.10). Auch Skonti sind Teil der Auskömmlichkeitsprüfung bei Reinigungsdienstleistungen (OLG Frankfurt vom 29.05.2012 – 11 Verg 5/12).

Sind mehrere Kriterien zu bewerten, so bieten sich z.B. die unten genannten Bewertungsmethoden an. Wie die Beispiele zeigen, führen unterschiedliche Bewertungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen, welches Angebot das wirtschaftlichste ist. Aus diesem Grund ist neben den Zuschlagskriterien in der Regel auch die Wertungsmethode in der Leistungsbeschreibung vorab bekannt zu geben; zwingend erforderlich ist es in jedem Fall, dass alle Einzelheiten der Wertung einschließlich aller Unterkriterien vor Ablauf der Angebotsfrist feststehen und der entsprechende Zeitpunkt dokumentiert wird. In der Praxis sollte vor der Bekanntgabe der Vergabe möglichst eine fiktive Probewertung erfolgen, um zu sehen, welche Preis- bzw. Leistungsunterschiede welche Auswirkungen auf das Ergebnis haben.

Sofern Umwelteigenschaften als Wertungskriterien genutzt werden, ist darauf bereits in der Bekanntmachung hinzuweisen. Sofern keine Bekanntmachung erfolgt, ist diese Angabe zwingend in die Vergabeunterlagen aufzunehmen.

Die VOL/A erlaubt es, umweltverträgliche Produkte und Leistungen unter Wahrung des Grundsatzes der Auftragsvergabe im Wettbewerb und der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 7 LHO) zu beschaffen (siehe § 16 Abs. 8 bzw. § 19 EG Abs. 9 VOL/A). Nach § 18 bzw. § 21 EG VOL/A ist der Zuschlag unter Berücksichtigung aller Umstände auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige, bei dem das günstigste Verhältnis zwischen der gewünschten Leistung und dem angebotenen Preis erzielt wird. Maßgebend für die Leistung sind alle auftragsbezogenen Umstände. Hierzu zählen auch Aspekte des Umweltschutzes und der Energieeffizienz, die gemäß § 3b Abs. 7 HmbVgG bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden sollen.

Mehrkosten sind insbesondere dann hinnehmbar, wenn höhere Anschaffungskosten durch niedrigere Betriebs- und/oder Entsorgungskosten ausgeglichen werden. Letztlich gilt auch hier: Den Auftragsgegenstand bestimmt der Auftraggeber.

Bei Maßnahmen zur Reduzierung von Energie- und Wasserkosten ist es gemäß dem im Hamburgischen Klimaschutzgesetz verankerten Prinzip der 2/3-Wirtschaftlichkeit ausreichend, wenn höhere Anschaffungskosten zu mindestens 67 % durch niedrigere Energie- und Wasserkosten über die Lebensdauer des Produktes wieder eingespielt werden (s. S. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**).

Sollen außer dem Preis noch andere Kriterien in die Wertung einbezogen werden, so empfiehlt sich die Ausarbeitung einer Wertungsmatrix, in die alle Kriterien eingetragen und mit der jeweiligen Gewichtung versehen werden. Eine weitere Möglichkeit, Wertungen durchzuführen, ist die so genannte UfAB-Methode.

Das Bundesministerium des Innern hat zusammen mit der „Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik“ (früher: „Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung - KBSt -“) eine „Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen“ veröffentlicht („**UfAB V, Version 2.0**“). Diese ist auch bei anderen Vergaben nutzbar und beschreibt das Bewertungsverfahren anschaulich.

Die UfAB V ist auf der Homepage der Beauftragten der Bundesregierung für Informationstechnik http://www.cio.bund.de/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab_node.html veröffentlicht. Die Richtwertmethoden nach UfAB sind von der Rechtsprechung anerkannt. Wichtig ist, dass bereits in der Leistungsbeschreibung auf ihre Verwendung hingewiesen wird.

(1) **Preis-Leistungs-Verhältnis 50:50 (Einfache Richtwertmethode nach UfAB V)**

Relativ einfach in der Umsetzung ist die Bewertung bei einem gleichen Verhältnis von Preis und Leistung. Nach der sog. Einfachen Richtwertmethode nach UfAB V werden die in einem gesonderten Wertungsverfahren ermittelten Leistungspunkte durch den Preis geteilt. Wie eine mögliche Bewertungsmatrix für das Wertungsverfahren aussehen kann, wird in der UfAB V ausführlich beschrieben. Der beste Quotient (Leistungspunkte pro EUR) spiegelt das wirtschaftlichste Angebot wieder.

Beispiel 1:

Angebot 1:	Leistung => 130 Punkte	Preis => EUR 25.000
Angebot 2:	Leistung => 170 Punkte	Preis => EUR 30.000
Angebot 3:	Leistung => 171 Punkte	Preis => EUR 31.000
Angebot 4:	Leistung => 190 Punkte	Preis => EUR 40.000

Ergebnis:

1. Angebot 2 => Quotient: 57²¹ (= wirtschaftlichstes Angebot)
2. Angebot 3 => Quotient: 55
3. Angebot 1 => Quotient: 52
4. Angebot 4 => Quotient: 48

(2) **Preis-Leistungs-Verhältnis 50:50 (Erweiterte Richtwertmethode nach UfAB V)**

Bestehen Unsicherheiten, inwieweit die Bewertung der angebotenen Leistung zuverlässig und belastbar ist – z.B. weil nur wenige Leistungskriterien (keine oder wenig Unterkriterien) bewertet wurden oder nur eine Person gewertet hat – bietet sich die Erweiterte Richtwertmethode nach UfAB V an. Hierbei wird nach der Bildung des Quotienten (s.o.) noch eine zweite Wertungsphase durchgeführt. In dieser werden neben dem Angebot mit dem besten Quotienten auch solche Angebote berücksichtigt, die sich innerhalb einer bestimmten Schwankungsbreite (i.d.R. 5 % oder 10 %) vom besten Angebot bewegen. Auf das oben genannte Beispiel bezogen bedeutet dies:

Beispiel 2:

Der beste Quotient ist bei Angebot 2 und beträgt 57. Bei einem Schwankungsbereich von 10 % von 57 = 5,7 würden noch alle Angebote berücksichtigt, die mindestens einen Quotienten von $57 - 5,7 = 51,3$ haben. Dies wären die Angebote 3 (55) und 1 (52), nicht aber Angebot 4 (48).

Als nächstes würde ein weiteres Kriterium festgelegt, welches unter den im Schwankungsbereich befindlichen Angeboten das Beste sein soll. Dies kann z.B. der günstigste Preis, die beste Leistung oder auch ein beliebiges Unterkriterium sein.

21 Zur besseren Anschaulichkeit wurde der Quotient von 0,0052 mit 10.000 multipliziert.

Beispiel 2a:

Als entscheidendes Kriterium wird unter den „qualifizierten“ Angeboten der günstigste Preis gewählt.

Ergebnis:

1. Angebot 1 => Quotient: 52 => Preis EUR 25.000 (= wirtschaftlichstes Angebot)
2. Angebot 2 => Quotient: 57 => Preis EUR 30.000
3. Angebot 3 => Quotient: 55 => Preis EUR 31.000
4. Angebot 4 => Quotient: 48 (nicht im Schwankungsbereich)

Das Ergebnis kann stark variieren, wenn man ein anderes Entscheidungskriterium benennt. Wird im o.g. Beispiel nicht der Preis sondern die Leistung als entscheidend angesehen, ergibt sich folgendes Bild:

Beispiel 2b:

Als entscheidendes Kriterium wird unter den „qualifizierten“ Angeboten die beste Leistung gewählt.

Ergebnis:

1. Angebot 3 => Quotient: 55 => 171 Leistungspunkte (= wirtschaftlichstes Angebot)
2. Angebot 2 => Quotient: 57 => 170 Leistungspunkte
3. Angebot 1 => Quotient: 52 => 130 Leistungspunkte
4. Angebot 4 => Quotient: 48 (nicht im Schwankungsbereich)

(3) Anderes Preis-Leistungs-Verhältnis als 50:50

Schwieriger wird es, wenn man die Zuschlagskriterien unterschiedlich gewichten will, z.B. Preis 60 %, Qualitätsmanagementkonzept (QM-Konzept) 30 %, Kundendienst 10 %. In diesem Fall muss der in Euro ausgedrückte Preis ins Verhältnis zu den anderen Zuschlagskriterien gesetzt werden, die sich aber in Leistungspunkten ausdrücken. Hierbei kann folgendes Verfahren angewendet werden:

Beispiel 3:

Angebot 1:	Leistung => 130 Punkte: QM-Konzept: 60 Punkte	Kundendienst: 70 Punkte
	Preis => EUR 25.000	
Angebot 2:	Leistung => 170 Punkte: QM-Konzept: 90 Punkte	Kundendienst: 80 Punkte
	Preis => EUR 30.000	
Angebot 3:	Leistung => 171 Punkte: QM-Konzept: 90 Punkte	Kundendienst: 81 Punkte
	Preis => EUR 31.000	
Angebot 4:	Leistung => 190 Punkte: QM-Konzept: 95 Punkte	Kundendienst: 95 Punkte
	Preis => EUR 40.000	

Nun wird das beste Angebot in jedem einzelnen Zuschlagskriterium als Maßstab ausgewählt und die Abweichung der anderen Angebot wird in % ausgedrückt: In unserem Beispiel hätte das Angebot 1 den besten Preis (EUR 25.000) und würde hierfür entsprechend der Gewichtung volle 60 %-Punkte erhalten. Den zweitbesten Preis hätte das Angebot 2 und würde hierfür 50 %-Punkte erhalten, nämlich $\frac{\text{Bester Preis}}{\text{Angebotspreis}} \cdot \text{Gewichtung}$, in Zahlen also $25.000 / 30.000 \cdot 60 = 50$. Gleiches wür-

de mit der Leistungsbewertung geschehen: Das beste QM-Konzept hat das Angebot 4 und würde entsprechend der Gewichtung 30 %-Punkte erhalten.

Das zweitbeste Angebot 2 würde hierfür 28 %-Punkte erhalten, nämlich $\langle \text{Angebotspunkte} \rangle / \langle \text{Beste Punktzahl} \rangle * \langle \text{Gewichtung} \rangle$ oder in Zahlen ausgedrückt $90 / 95 * 30 = 28$. Im Ergebnis ergäbe sich dann folgendes Bild:

Beispiel 3 (Forts.):									
	Gewicht.	Angeb. 1	Punkte	Angeb. 2	Punkte	Angeb. 3	Punkte	Angeb. 4	Punkte
Preis	60	25.000,00	60%	30.000,00	50%	31.000,00	48%	40.000,00	38%
QM-Konzept	30	60	19%	90	28%	90	28%	95	30%
Kundendienst	10	70	7%	80	8%	81	9%	95	10%
max:	100		86%		87%		85%		78%

Ergebnis:

1. Angebot 2 => 87 %-Punkte (= wirtschaftlichstes Angebot)
2. Angebot 1 => 86 %-Punkte
3. Angebot 3 => 85 %-Punkte
4. Angebot 4 => 78 %-Punkte

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Die Veröffentlichung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ist für den überschwelligen Bereich zwingend in § 9 EG Abs. 2 VOL/A vorgeschrieben. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Kann die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, sind die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung festzulegen.

Das OLG Düsseldorf (vom 16.11.2005 – Verg 59/05) hat hierzu entschieden, dass eine Pflicht zur Bekanntgabe von Unterkriterien (bzw. einer Bewertungsmatrix) besteht, wenn diese zum Zeitpunkt der Erstellung der Vergabeunterlagen schon vorliegen. Gleichzeitig hat der EuGH entschieden, dass es der Beschaffungsstelle nicht verwehrt ist, nachträglich die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen für ein Zuschlagskriterium vorgesehenen Wertungspunkte auf Unterkriterien zu verteilen, sofern dabei bestimmte Anforderungen beachtet werden (EuGH vom 24.11.2005 – C-331/04). Die veröffentlichten Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung sind für die Wertung verbindlich.

5.1.9 Behandlung von Proben und Mustern

Die VOL sagt nichts darüber, ob und in welchem Umfang Proben und Muster für die Wertung von Angeboten verlangt werden können. Es gibt viele Warengruppen (z.B. Papier, Möbel, Lebensmittel, Gardinen, Büromaterial), bei denen die Qualität erst an Hand von Proben und Mustern beurteilt werden kann. Auch die Qualitätskontrolle während der Laufzeit eines Vertrages kann ohne beim Auftraggeber vorhandene Proben und Muster nicht korrekt durchgeführt werden. Für Proben und Muster wird keine Vergütung gewährt. Müssen für die Wertung der Angebote Proben und Muster begutachtet werden, so ist mit diesen wie folgt umzugehen:

5.1.9.1 Proben und Muster zu berücksichtigten Angeboten

Proben und Muster zu berücksichtigten Angeboten bleiben bis zur Vertragserfüllung als für die Lieferung verbindliche Qualitätsmuster bei der Beschaffungsstelle. Bis zu einem Wert von 10 Euro/ Einheit werden sie, wenn sie nicht vom jeweiligen Vertragspartner innerhalb einer Frist von einem Monat nach Vertragsablauf abgeholt oder zurückgefordert worden sind, von der Beschaffungsstelle ohne Berechnung übernommen. Ab einem Wert von 10 Euro/Einheit werden die Proben und Muster nach Vertragsablauf in Absprache mit dem Vertragspartner entweder von der letzten Teillieferung abgesetzt, gegen Empfangsbestätigung wieder ausgehändigt bzw. im Ausnahmefall auf Kosten des Eigentümers ("unfrei") zurückgesandt oder anderen Dienststellen der FHH überlassen.

5.1.9.2 Proben und Muster zu nicht berücksichtigten Angeboten

Proben und Muster zu nicht berücksichtigten Angeboten bis zu einem Wert von 10 Euro/Einheit sollten wegen des entstehenden Verwaltungsaufwandes generell nicht zurückgegeben werden. Ab einem Wert von 10 Euro/Einheit können die Proben und Muster von den Bietern grundsätzlich gegen Empfangsbestätigung abgeholt werden. In Ausnahmefällen können sie - nach Absprache - auf Kosten des Eigentümers ("unfrei") zurückgesandt werden. Die nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist nicht abgeholt bzw. nicht zurückgesandten Proben und Muster sind einer sinnvollen Nutzung zuzuführen.

Über die Verwendung von Proben und Mustern ist ein Nachweis zu führen und der Verbleib aktenkundig zu machen. Bei der Abgabe an Dienststellen ist eine Empfangsbestätigung zu fertigen. Soweit Proben und Muster keiner Verwendung zugeführt werden können, sind sie zu vernichten bzw. ordnungsgemäß zu entsorgen. Die Vernichtung/Entsorgung ist von zwei Personen durchzuführen und zu dokumentieren.

5.1.9.3 Sonderfälle

Proben und Muster, die z. B. dem Lebensmittelrecht oder Hygienevorschriften unterliegen, sind - unabhängig von ihrem Wert pro Einheit - nach Öffnung der Verpackung im Rahmen des Auswahlverfahrens nicht mehr zu verwenden und von einer Rückgabe ausgeschlossen. Eine diesbezügliche Erklärung sollte in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

5.1.10 Aufgaben vor Erteilung des Zuschlags

Einige Verfahrensschritte im Laufe eines Vergabeverfahrens sind nur für den Bieter erforderlich, der auch tatsächlich nach Wertung aller Angebote den Zuschlag erhalten soll. Für diese Schritte ist unmittelbar vor dem Zuschlag der letztmögliche Zeitpunkt erreicht.

5.1.10.1 Auskunft aus dem Gewerbezentralregister

Nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) muss der öffentliche Auftraggeber in bestimmten Fällen für den Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a der Gewerbeordnung (GewO) einholen.

Dies gilt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach VOL bzw. VOF bei einer Auftragssumme ab 25.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) in den Bereichen

- Gebäudereinigungsgewerbe
- Personen- und Gütertransportgewerbe
- Bewachungs- und Ordnungsgewerbe
- Entsorgungsgewerbe
- Auf- und Abbau von Messen und Ausstellungen
- Winterdienst

sowie bei der Vergabe von Lieferungen und sonstigen Leistungen nach VOL, VOF bzw. Beschaffungsordnung (BO) bei Zweifeln an der Zuverlässigkeit.

Das Arbeitnehmerentsendegesetz sieht hier zwar eine Wertgrenze von 30.000 Euro vor; für die Vergabestellen der FHH (Behörden, Ämter, Landesbetriebe sowie die Hochschulen) wird diese Grenze in den Hamburgischen Bewerbungsbedingungen jedoch auf 25.000 Euro festgesetzt, um Einheitlichkeit mit anderen, bereits bestehenden Wertgrenzen herzustellen. Das Ziel ist, möglichst wenige unterschiedliche Wertgrenzen festzulegen, um das ohnehin schon überaus komplexe Vergaberecht nicht noch unübersichtlicher zu gestalten.

Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister werden an Vergabestellen nach § 150a Abs. 1 GewO erteilt durch das

Bundesamt für Justiz
-Gewerbezentralregister-
53094 Bonn
Tel. 0228 / 99 410 – 40,
Fax: 0228 / 99 410 – 5050
Internet: www.bundesjustizamt.de

Die Auskunft ist für Behörden gebührenfrei.

Von ausländischen Bewerbern oder Bieterern sind gleichwertige Bescheinigungen von Gerichts- oder Verwaltungsbehörden ihres Herkunftslandes zu verlangen. Die gleichwertige Bescheinigung darf nicht älter als drei Monate sein.

Die Auskunft aus dem Gewerbezentralregister ist vor der Auftragserteilung einzuholen, die gleichwertige Bescheinigung ist vor Zuschlagserteilung vorzulegen. Die Registerauskünfte bzw. gleichwertigen Bescheinigungen sind auf relevante Eintragungen im Zusammenhang mit schweren Verfehlungen zu prüfen. Über eventuelle Eintragungen ist ein Vermerk zu fertigen, der den Vergabeakten beizufügen ist. Die Originale gleichwertiger Bescheinigungen sind unverzüglich an die Bieter zurückzusenden.

Alle Registerauskünfte bzw. gleichwertigen Bescheinigungen dürfen nur für Zwecke des Vergabeverfahrens verwendet werden und dürfen nur den am Vergabeverfahren Beteiligten zugänglich gemacht werden.

5.1.10.2 Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs (GRfW)

Sofern eine Pflichtabfrage aus dem Register zum Schutz fairen Wettbewerbs (GRfW) noch nicht zu einem früheren Zeitpunkt, z.B. im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs (s. S 90) erfolgt ist, ist sie nun spätestens vor dem Zuschlag vorzunehmen (s. S. 20).

Für die Abfrage aus dem Register zum Schutz fairen Wettbewerbs ist von den öffentlichen Auftraggebern regelhaft das automatisierte Abrufverfahren²² zu nutzen. Telefonische Auskünfte aus dem Register sind ausgeschlossen. Bei jeder Abfrage aus dem Register muss das Vergabeverfahren, auf das sich die Abfrage bezieht, konkret benannt werden (Gegenstand des Vergabeverfahrens, Ausschreibungs-Nr. oder. Aktenzeichen des Vergabeverfahrens). Die Abrufe aus dem automatisierten Abrufverfahren werden protokolliert. Die Protokolldaten werden in unregelmäßigen Abständen von der ZIS der Finanzbehörde überprüft; ein Missbrauch des Verfahrens kann zu dienst- bzw. arbeitsrechtlichen Konsequenzen führen.

Bei negativer Auskunft aus dem Register („kein Eintrag“) ist die Auskunft zur Vergabeakte zu nehmen und das Vergabeverfahren fortzusetzen.

22 Das Verfahren wird voraussichtlich erst im Laufe des Jahres 2015 zur Verfügung stehen. Bis dahin gelten Übergangsregelungen, die von der Finanzbehörde gesondert bekannt gegeben werden.

5.1.11 Erteilung des Zuschlags

In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass die federführende Stelle (z.B. die Vergabestelle) einen Vergabevorschlag unterbreitet und die interne Zuschlagsentscheidung dann von der Bedarfsstelle oder einer Kommission getroffen wird. Der Zuschlag erfolgt durch Mitteilung an den ausgewählten Bieter in Schriftform, elektronischer Form oder als Telekopie (§ 18 Abs. 2 VOL/A). Die Anordnung über die Befugnis zur Vertretung der Freien und Hansestadt Hamburg ist in der jeweils geltenden Fassung zu beachten. Außerdem findet das Zeichnungsrecht der jeweils zuständigen Behörde Anwendung. Jeder, der mit Beschaffung betraut wird, sollte sich also im Vorwege vergewissern, ob er dazu berechtigt ist, Unterschriften auf zahlungsbegründenden Unterlagen zu leisten, da der Grundsatz gilt, dass der Unterzeichner für eventuelle Schäden haftbar gemacht werden kann.

Bildet der öffentliche Auftraggeber einen Ausschuss mit der Aufgabe, die Angebote in seinem Auftrag zu beurteilen, enthebt ihn dies nicht von seiner Verantwortung, die Anforderungen des EU-Vergaberechts zu beachten (EuGH vom 29.03.2012 – C-599/10).

Mit der Zuschlagserteilung kommt der Vertrag zu Stande. Es kann allerdings zur Klarstellung noch eine Vertragsurkunde gefertigt werden.

Gemäß § 19 Abs. 1 VOL/A teilen die Auftraggeber allen nicht berücksichtigten Bietern unverzüglich – ansonsten spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Antrages – die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes sowie den Namen des erfolgreichen Bieters mit.

Eine Untergrenze, bis zu der die Vergabestelle darauf verzichten kann, die unterlegenen Bieter zu informieren, gibt es nicht. Grundsätzlich müssen daher bei sämtlichen Vergabeverfahren, d.h. alle Beschaffungen, die über den Direktkauf hinausgehen, die unterlegenen Bieter informiert werden.

Die Finanzbehörde empfiehlt, bei Freihändigen Vergaben auch auf den Empfängerhorizont abzustellen und die Frage zu stellen, ob der Bieter überhaupt ein Absageschreiben erwartet. Das bedeutet z.B., wenn die Angebote formlos per Internet oder mit Hilfe eines Kataloges eingeholt werden, wird es wenig sinnvoll sein, einem nicht ausgewählten „Bieter“ (der ja im Zweifel nicht ein Mal darüber informiert ist, dass sein Katalog oder die Internetseite zum Vergleich herangezogen wurde) unaufgefordert ein Absageschreiben zu schicken. Bei schriftlichen Angeboten sollte ebenfalls geprüft werden, ob der Bieter (z.B. ein großer Elektronikmarkt oder ein Kaufhaus) auf sein Fax, mit dem er Preise mitteilt, wirklich erwartet, ein Absageschreiben zu erhalten. Im Zweifel hat der Bieter die (nach VOL zeitlich unbegrenzte) Möglichkeit, einen Antrag zu stellen.

Bei förmlichen Vergabeverfahren sollten grundsätzlich Absageschreiben gefertigt werden.

Außerdem informieren die Auftraggeber gemäß § 19 Abs. 2 VOL/A nach Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb für die Dauer von drei Monaten über jeden vergebenen Auftrag ab einem Auftragswert von 25.000 Euro (ohne USt.) auf Internetportalen oder ihren Internetseiten. Diese Veröffentlichung enthält Namen und Adresse der Beschaffungsstelle, Namen des Auftragnehmers (soweit es sich um eine natürliche Person handelt, ist entweder vorher das Einverständnis des Auftragnehmers zur Veröffentlichung einzuholen oder der Auftragnehmer zu anonymisieren), Art und Umfang der Leistung sowie den Zeitraum der Leistungserbringung. In § 8 BO ist für Hamburg geregelt, dass diese Veröffentlichung bereits vergebener Aufträge (Ex-post-Transparenz) unverzüglich nach Zuschlagserteilung auf einer Internetseite zu erfolgen hat. Den Beschaffungsstellen steht dafür das Funktionspostfach [Vergebene Aufträge VOL \(FB\)](#) zur Verfügung. Ein Rechtsschutz der Bieter ergibt sich aus dieser Vorschrift nicht. Diese dient allein der weiteren Transparenz der Vergabeverfahren, da diese Veröffentlichung bei Vergabeverfahren anzuwenden ist, bei denen die Beschaffungsstelle die Bieter im Vorwege nach Eignung bestimmt und keine vorherige Veröffentlichung erfolgt.

Die Pflicht zur Veröffentlichung entfällt, wenn dadurch der Gesetzesvollzug vereitelt würde oder diese auch sonst nicht im öffentlichen Interesse läge oder die berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen oder der faire Wettbewerb beeinträchtigt würde (§ 19 Abs. 3 VOL/A).

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

- (1) Im überschwelligen Bereich ist zwingend vor Zuschlagserteilung, d.h. vor Mitteilung an den ausgewählten Bieter, die Regelung des § 101a GWB zu beachten: Die Beschaffungsstelle hat 15 Tage vor Vertragschluss die Bieter, die nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. In dem Schreiben soll dem Bieter hinreichend deutlich gemacht werden, warum sein Angebot nicht berücksichtigt wurde. Ein pauschaler Hinweis auf die Unwirtschaftlichkeit des Angebots reicht einerseits nicht aus, andererseits ist es nicht erforderlich, die gesamte Wertung im Detail wiederzugeben. In der Regel soll auch eine Platzierung angegeben werden (siehe die Gesetzesbegründung zu § 101a – [BT-Drs 16/10117](#)), da dadurch der Bieter Rückschlüsse auf die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens ziehen kann. Nimmt der Bieter seinen Nachprüfungsantrag zurück, weil er erst im Nachprüfungsverfahren von seiner schlechten Platzierung erfahren hat, kann die Vergabekammer der Beschaffungsstelle die Kosten des Nachprüfungsverfahrens auferlegen (§ 128 Abs. 3 Satz 2 GWB).
- (2) Erst nach Ablauf der Frist, die am Tag nach der Absendung der Mitteilung zu laufen beginnt - faktisch also 16 Tage dauert -, darf der Zuschlag erteilt werden. Bei einer Zuschlagserteilung unter Verstoß gegen diese aus § 101a GWB resultierenden Pflichten ist der Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.
- (3) Hinsichtlich der 15 Tage-Frist kommt es auf die Absendung dieser Information an. Während diese Frist noch läuft, darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Allerdings sollte der Bieter, dessen Angebot angenommen werden soll, ebenfalls – allerdings unbedingt unter dem Vorbehalt, dass diese Information noch keinen Zuschlag darstellt – über den beabsichtigten Zuschlag informiert werden.
- (4) Wird als Frist für den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine Frist genannt, die länger ist, als die gesetzliche 15 Tage-Frist, ist die Beschaffungsstelle an diese von ihr gesetzte Frist gebunden (VK Niedersachsen vom 10.06.2010 – Vgk 21/2010). Wird gar keine Frist genannt, ist der gleichwohl erfolgte Zuschlag unwirksam (OLG Jena vom 09.09.2010 – 9 Verg 4/10).
- (5) Versendet der Auftraggeber ein Vorabinformationsschreiben per E-Mail und erhält er eine Abwesenheitsnotiz des Bieters, darf er sich nicht auf den Zugang des Vorabinformationsschreibens berufen (OLG München vom 15.03.2012 – Verg 2/12). Ist streitig, ob eine E-Mail zugegangen ist, trägt derjenige die Beweislast, der sich auf den Zugang beruft (VK Bund vom 03.02.2014 – VK 2-1/14).
- (6) Unabhängig von der Regelung in § 101a GWB sind bei EU-weiten Verfahren unverzüglich den nicht berücksichtigten Bewerbern oder Bietern (oder spätestens innerhalb von 15 Tagen nach Eingang eines entsprechenden Antrags (s.o.)) die Gründe für die Ablehnung und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots und der Name des erfolgreichen Bieters mitzuteilen (§ 22 EG VOL/A). Entsprechende Informationen können jedoch zurückgehalten werden, wenn die Voraussetzungen des § 22 EG Abs. 3 VOL/A gegeben sind. Der Unterschied zu § 101a GWB dürfte allein darin liegen, dass nähere Informationen über das erfolgreiche Angebot als in der Mitteilung nach § 101a

GWB erteilt werden. Zu detailgetreu dürfen diese allerdings auch nicht sein, da sonst die Vertraulichkeit der Angebote nicht gewahrt ist.

- (7) **Ebenso ist die Auftragserteilung innerhalb von 48 Tagen nach der Vergabe des Auftrags gegenüber dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU bekannt zu machen (§ 23 EG VOL/A).**

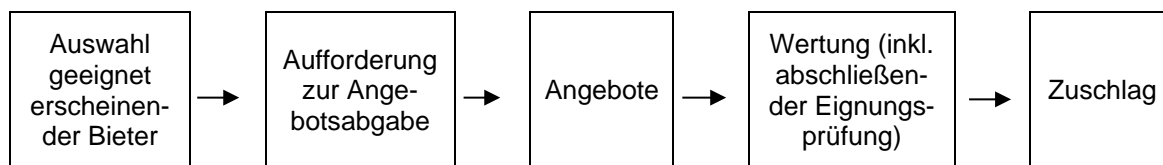
5.2 Beschränkte Ausschreibung / Nichtoffenes Verfahren

Grundsätzlich gilt der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung. Bei der Beschränkten Ausschreibung werden ausgesuchte Bieter direkt von der Beschaffungsstelle kontaktiert und zur Abgabe eines Angebots aufgefordert. Bei der Beschränkten Ausschreibung ist im unterschwelligen Bereich ein Teilnahmewettbewerb regelhaft durchzuführen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VOL/A), es sei denn, eine Ausnahme greift (siehe 5.2.1)

Die BO enthält in § 3 Abs. 5 einen weiteren Ausnahmetatbestand. Danach können bis unter 100.000 Euro (ohne USt.) Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Ein Teilnahmewettbewerb ist bei wiederkehrenden Lieferungen und Leistungen, die im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung vergeben werden sollen, mindestens alle vier Jahre vorzusehen. Der Verzicht auf einen Teilnahmewettbewerb bedarf einer ausdrücklichen, nachvollziehbaren und zu dokumentierenden Begründung.

5.2.1 Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb

Übersicht „Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb“:



Die VOL/A nennt in § 3 Abs. 4 zwei Ausnahmetatbestände für eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb:

- a) wenn eine Öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat. Diese Möglichkeit kommt vor allem zum Tragen, wenn eine Öffentliche Ausschreibung gemäß § 17 VOL/A aufgehoben werden musste. Dann ist es gestattet, im Anschluss eine Beschränkte Ausschreibung durch zu führen.
- b) wenn die Öffentliche Ausschreibung für den Auftraggeber oder die Bewerber einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Angebotserstellung für die Bieter ausnahmsweise mit einem besonderen, über das normale Maß hinausgehenden Aufwand verbunden ist, oder dies auf die Wertung durch den Auftraggeber zutrifft.

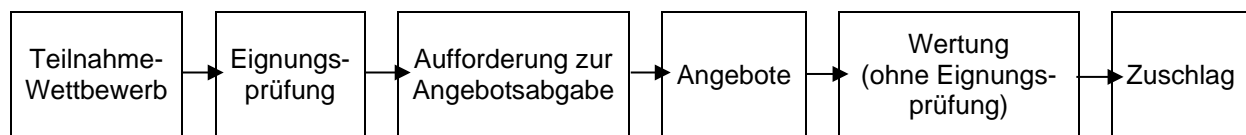
Die vorgenannten Ausnahmetatbestände sind **abschließend**, d.h., weitere Ausnahmen sind nicht vorgesehen. Die Voraussetzungen für die Ausnahmetatbestände sind im Einzelnen restriktiv auszulegen, sorgfältig zu prüfen und im Vergabevermerk zu dokumentieren. Nach § 3 Abs. 7 der BO sind bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich mindestens sechs geeignete Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Das Unterschreiten der Mindestzahl bedarf einer ausdrücklichen und nachvollziehbaren Begründung.

Mit der Änderung der BO zum 01.01.2013 wurde die Wertgrenze für Beschränkte Ausschreibungen unbefristet auf 100.000 Euro festgelegt, bei gleichzeitiger Beibehaltung der Anzahl der aufzufordernden Unternehmen (siehe auch Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft vom 04.06.2013 – Drs. 20/8277).

5.2.2 Beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb

Auch bei der Beschränkten Ausschreibung ist ein möglichst vielschichtiger Wettbewerb herzustellen. Dies kann durch einen vorgeschalteten Öffentlichen Teilnahmewettbewerb erreicht werden (§ 3 Abs. 3 VOL/A). Der Teilnahmewettbewerb ist ein Mittel für den Auftraggeber, den Markt zu erkunden, ohne eine Öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Verfügt die Beschaffungsstelle nicht über eine ausreichende Marktübersicht, ist die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs zweckmäßig. Gemäß § 3 Abs. 5 der BO ist bei wiederkehrenden Lieferungen und Leistungen, die im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung vergeben werden sollen, grundsätzlich alle vier Jahre ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Im Teilnahmewettbewerb spricht man von Bewerbern statt von Bietern, da sich die Marktteilnehmer erst darum bewerben, ein Angebot abgeben zu können.

Übersicht „Beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb“:



Eine Beschränkte Ausschreibung mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist nach § 3 Abs. 3 der VOL/A dann gestattet, wenn die folgenden beiden Ausnahmetatbestände greifen:

- a) wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Fachkunde oder Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist. In der Vergabeakte muss nachvollziehbar dokumentiert werden, dass es tatsächlich nur wenige Unternehmen gibt, die diese Leistung ausführen können, und **nicht**, dass der Beschaffungssachbearbeiter einfach nur wenige Unternehmen kennt oder dass bislang immer nur ein paar Unternehmen (immer dieselben!) aufgefordert wurden, Angebote zu einer Beschränkten Ausschreibung abzugeben.
- b) oder wenn eine Öffentliche Ausschreibung aus anderen Gründen (z. B. Dringlichkeit, Geheimhaltung) unzumutbar ist. Dringlichkeit und Geheimhaltung müssen objektiv vorliegen! Dringlichkeit liegt objektiv dann vor, wenn z. B. Gefahr für Leib und Leben vorliegt. Sie ist **nicht** gegeben, wenn Vorgänge liegen geblieben sind oder andere Personen die Leistung als ganz eilig bezeichnen. Die Dringlichkeit darf keinesfalls dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sein (EuGH vom 15.10.2009 – C-275/08; VK Arnsberg vom 25.08.2008 – VK 14/08). Beschaffungsaufträge an die zuständige Stelle (Beschaffungsstelle oder ZVST) sind so rechtzeitig zu erteilen, dass die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens möglich ist (s. S. 28).

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Das Nichtoffene Verfahren ist auf Grund der Regelung in § 101 GWB immer mit einem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Die Ausnahmetatbestände sind in § 3 EG Abs. 2 VOL/A geregelt. Es handelt sich hierbei um dieselben Ausnahmetatbestände, die im nationalen Bereich für Beschränkte Ausschreibungen vorgesehen sind. Ein Nichtoffenes Verfahren ist vom Ablauf her einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gleichzusetzen.

5.2.2.1 Vergabebekanntmachung

Der Teilnahmewettbewerb wird wie eine Öffentliche Ausschreibung veröffentlicht. Die Bekanntmachung für einen Teilnahmewettbewerb in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften oder Internetportalen soll mindestens folgende Angaben enthalten (Genauerer siehe § 12 VOL/A):

Hinweise zum Ablauf des Vergabeverfahrens

- a) Vergabeart
- b) Ort der Einreichung der Teilnahmeanträge
- c) Fristen / Zeitplan
- d) Ansprechpartner

Die Beschaffungsstelle nimmt die Anträge auf Teilnahme entgegen. Ist die Frist für den Teilnahmewettbewerb abgelaufen, wählt die Beschaffungsstelle (ggf. in Absprache mit dem Bedarfsträger) an Hand der eingegangenen Anträge diejenigen Unternehmen aus, die dann zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Für den überschwelligen Bereich gilt das zur Bekanntmachung eines Offenen Verfahrens Gesagte. Darüber hinaus sind gemäß § 14 EG an Teilnahmeanträge noch besondere Anforderungen zu stellen. Diese Anforderungen richten sich besonders an die Auftraggeber: Es ist die Vertraulichkeit sicherzustellen, unabhängig in welcher Textform (schriftlich, elektronisch oder per Telekopie) die Teilnahmeanträge eingehen. Diese Form der Aufbewahrung entspricht der für Angebote. Einzig bei telefonisch übermittelten Teilnahmeanträgen wird von den Bewerbern verlangt, dass sie diesen Antrag bis zum Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge in Textform einreichen.

5.2.2.2 Eignungsprüfung

Die wesentliche Besonderheit des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs ist die vorgezogene Eignungsprüfung: Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs werden die eingehenden Bewerbungen bereits danach gewertet, welche Unternehmen geeignet sind. Das weitere Verfahren kann und darf sich dann nur noch auf die verbleibenden Bewerber beschränken, die dann zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Dies ist der wesentliche Unterschied zur Öffentlichen Ausschreibung.

Bei Freihändiger Vergabe mit Teilnahmewettbewerb, Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, beim nicht offenen Verfahren sowie dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) soll eine Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs nur für die Bewerber und Bewerberinnen erfolgen, die die Beschaffungs- oder Zentrale Vergabestelle anhand der eingereichten Unterlagen zur Angebotsabgabe ausgewählt hat.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, alle geeigneten Bewerber zur Abgabe eines Angebots aufzufordern; vielmehr kann er sich auf die „geeignetsten“ beschränken. Beschränkt er die Zahl der Bewerber, muss er dies allerdings bereits in den Bedingungen für den Teilnahmewettbewerb bekannt geben. Hierzu muss er angeben, wie viele geeignete Bewerber er zur Abgabe eines Angebots auffordern will und nach welchen (Eignungs-) Kriterien er diese Auswahl trifft. Wie viele Firmen aufgefordert werden sollen, ein Angebot abzugeben, hängt vom Einzelfall ab. Die VOL/A fordert in § 3 Abs. 1, dass mindestens drei Firmen aufgefordert werden sollen. Für den überschwelligen Bereich gilt § 3 EG Abs. 5 VOL/A.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Für den überschwelligen Bereich ist in § 3 EG Abs. 5 VOL/A vorgesehen, dass beim Nichtoffenen Verfahren nicht weniger als fünf Bewerber (beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht weniger als drei) zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen, sofern entsprechend viele Anträge geeigneter Bewerber vorliegen. Die Zahl ist in der Bekanntmachung anzugeben.

Die Beschaffungsstelle muss möglichst das Optimum zwischen Mindest- und Idealanzahl der aufzufordernden Firmen finden. Drei Firmen bedeutet, dass man maximal auch nur drei Angebote erhalten wird, somit die Wertung nachher wahrscheinlich recht zügig erfolgen kann. Es kann aber auch sein, dass man bei nur drei aufgeforderten Firmen entweder gar kein oder nur ein Angebot erhält. Die Anzahl der Firmen dürfte auch von der jeweiligen Leistung abhängen. Handelt es sich wirklich um einen Bedarf, der nur von wenigen Firmen erbracht werden kann, ist man ggf. klug beraten, auch wirklich alle in Frage kommenden Firmen aufzufordern. Im Interesse des Diskriminierungsverbotes und der Gleichbehandlung aller in Frage kommenden Bieter sollte es selbstverständlich sein, dass bei Beschränkter Ausschreibung und Freihändiger Vergabe unter den Bewerbern möglichst gewechselt wird.

§ 3 Abs. 5 Satz 2 der BO regelt, dass bei wiederkehrenden Lieferungen und Leistungen mindestens alle vier Jahre ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen ist. In § 3 Abs. 7 BO ist außerdem festgelegt, dass zwischen den Bewerbern gewechselt werden soll.

Unstrittig ist, dass das „soll“, wie in der Formulierung des § 3 Abs. 7 BO gebraucht, zwingend ist, es sei denn, gravierende Umstände rechtfertigen eine Abweichung. In diesem Sinne ist auch § 3 Abs. 7 BO zu verstehen. Nur im Ausnahmefall kann daher das „muss“ vernachlässigt werden. Wenn eine Firma beispielsweise mehrere Jahre hintereinander eine Leistung erbracht hat, für die ein ausreichend großer Anbieterkreis vorhanden ist, so kann das „soll“ nur dahingehend ausgelegt werden, dass der Bieterkreis auszuwechseln ist, da kein Ausnahmetatbestand ersichtlich ist, der es zwingend macht, diesen Bieter weiterhin zur Angebotsabgabe aufzufordern. Dabei kommt es natürlich darauf an, welche Marktsituation herrscht und welche Leistung genau vergeben werden soll. Auch der Auftragswert spielt dahingehend eine Rolle, dass bei niedrigeren Auftragswerten natürlich der Aufwand für die Beschaffungsstelle im Vergleich zur Leistung nicht überdimensioniert werden darf. Eine generelle Aussage, in welchem Turnus die Bewerber bzw. Bieter zu wechseln haben, kann daher nicht getroffen werden. Eventuell ist es empfehlenswert, eine behördeninterne Regelung zu treffen (z.B. maximal drei Jahre hintereinander werden die Firmen aufgefordert), die dann regelmäßig auf ihre Praxistauglichkeit geprüft werden sollte.

5.2.2.3 Informationspflichten zum Abschluss eines Teilnahmewettbewerbs

Gemäß § 19 VOL/A sind den nicht berücksichtigten Bewerbern die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Antrages mitzuteilen. Allerdings darf diese Mitteilung nicht das Gebot der Vertraulichkeit anderer Angebote/Anträge verletzen. Eine Mitteilung kann unter den Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 VOL/A unterbleiben (siehe auch S. 86). Den Bewerbern ist die Nichtberücksichtigung so bald wie möglich mitzuteilen, so dass dieses Informationsschreiben an die nicht berücksichtigten Bewerber regelmäßig bereits vor dem Ende des sich an den Teilnahmewettbewerb anschließenden Angebotsverfahrens verschickt werden muss. Gleichwohl brauchen den nicht berücksichtigten Bewerbern nicht die Bieter genannt werden, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Eine Entsprechung für den europaweiten Teilnahmewettbewerb findet sich in § 22 EG. Die Informationspflicht des § 101a GWB findet im Nichtoffenen Verfahren nur auf die Bieter Anwendung, also die Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden und ein Angebot abgegeben haben. Die nichtberücksichtigten Bewerber können trotzdem ein Nachprüfungsverfahren wegen der Nichtberücksichtigung anstreben. Auch aus diesem

Grund wird empfohlen, die nicht berücksichtigten Bewerber so bald wie möglich über ihre Nichtberücksichtigung zu informieren (s.o.): Rügen die Bewerber ihre Nichtberücksichtigung darauf hin nicht unverzüglich, ist ein späterer Nachprüfungsantrag in der Regel unzulässig; das weitere Verfahren gewinnt damit an Rechts- und Planungssicherheit.

5.2.2.4 Versenden der Vergabeunterlagen

Diejenigen Firmen, die von der Beschaffungsstelle zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden sollen, sollten die Vergabeunterlagen alle am selben Tag erhalten, damit allen Firmen dieselbe Zeit für die Erstellung eines Angebotes bleibt. Dies gebietet ebenfalls das Gleichbehandlungsgebot.

5.2.2.5 Weiteres Verfahren

Hinsichtlich des weiteren Verfahrens ergeben sich nach dem Versenden der Vergabeunterlagen keine Besonderheiten gegenüber der Öffentlichen Ausschreibung oder dem Offenen Verfahren. Lediglich im Rahmen der Wertung ist zu beachten, dass Eignungskriterien keine Berücksichtigung mehr finden dürfen (EuGH vom 12.11.2009 – C-199/07). Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem Auftraggeber zwischenzeitlich neue Umstände hinsichtlich der Eignung der Bieter bekannt werden (z.B. Verhängung einer Vergabesperre).

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Im überschwelligen Bereich findet insbesondere die Informationspflicht nach § 101a GWB auch im Nichtoffenen Verfahren Anwendung. Sie gilt allerdings nur für Bieter, also die Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden und ein Angebot abgegeben haben (s.o.).

5.3 Wettbewerblicher Dialog

Auf die Einzelheiten des Wettbewerblichen Dialogs wird aus den oben (s. S. 38) genannten Gründen im Rahmen dieses Leitfadens nicht näher eingegangen. Die Durchführung eines Wettbewerblichen Dialogs sollte nicht ohne ausführliche rechtliche Beratung erfolgen.

5.4 Freihändige Vergabe / Verhandlungsverfahren

Freihändige Vergaben sind Verfahren, bei denen sich die Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wenden, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Bei der Freihändigen Vergabe gibt es keine näher definierten Kriterien, wann ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen ist. Die Formulierung „mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb“ (§ 3 Abs. 1 Satz 3 VOL/A) lässt der Beschaffungsstelle die Wahl. Im überschwelligen Bereich entspricht das Verhandlungsverfahren der Freihändigen Vergabe.

5.4.1 Freihändige Vergabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb / Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb)

5.4.1.1 Voraussetzungen

Die Bedingungen, unter denen eine Freihändige Vergabe als Ausnahme zur Öffentlichen Ausschreibung durchgeführt werden kann, sind in § 3 Abs. 5 lit. a) bis l) VOL/A geregelt. Die Tatbestände sind grundsätzlich restriktiv auszulegen.

Die bloße Behauptung, mit einer bestimmten Leistung habe nur ein bestimmtes Unternehmen beauftragt werden können, weil es kein anderes Unternehmen gebe, das diese Leistung anbietet, reicht nach der Rechtsprechung des EuGH nicht aus, da nicht auszuschließen ist,

dass Unternehmen, die zur Erbringung der gewünschten Leistung in der Lage wären, aufgrund eines europaweiten Wettbewerbs hätten ermittelt werden können (EuGH vom 15.10.2009, C-275/08).

Ähnlich hat das OLG Düsseldorf entschieden (11.01.2012 – VII Verg 57/11): alle bekannten Anbieter einer Leistung reicht nicht aus, wenn auch andere Anbieter ohne Probleme die Voraussetzungen für eine derartige Leistung schaffen können.

Wenn der Auftraggeber es wünscht, z.B. bei völlig fehlender Marktkenntnis, kann auch vor einer Freihändigen Vergabe ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Näheres dazu siehe S. 89 (bei Beschränkter Ausschreibung).

Die BO enthält in § 3 Abs. 4 einen weiteren Ausnahmetatbestand. Danach können bis unter 50.000 Euro (ohne USt.) Freihändige Vergaben durchgeführt werden.

Bei einem Auftragswert unter 500 Euro kann auf das Einholen von Vergleichsangeboten verzichtet werden (§ 3 Abs. 6 VOL/A, § 3 Abs. 3 BO), ab einem Auftragswert von 500 Euro sind zumindest drei Vergleichsangebote einzuholen. Der Verzicht auf das Einholen von Vergleichsangeboten entbindet die Beschaffungsstelle nicht von der Dokumentationspflicht!

Besonderheiten bei Vergaben im oberschweligen Bereich (EU-Vergaben):

Im oberschweligen Bereich ist der Teilnahmewettbewerb dagegen – wie beim Nichtoffenen Verfahren – obligatorisch. Allerdings gilt dies – im Gegensatz zu den Regelungen zum Nichtoffenen Verfahren – für das Verhandlungsverfahren nicht ohne Ausnahme. Die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sind in § 3 EG Abs. 4 lit. a) bis j) VOL/A abschließend normiert. Für freiberufliche Leistungen findet § 3 Abs. 4 VOF Anwendung.

5.4.1.2 Strukturierung des Verfahrens

Anders als bei den förmlichen Vergabeverfahren (Öffentliche Ausschreibung, Offenes Verfahren, Beschränkte Ausschreibung, Nichtoffenes Verfahren) bestehen bei der Freihändigen Vergabe bzw. dem Verhandlungsverfahren weniger Verfahrensvorschriften und mehr Freiheiten. Unabhängig davon sollte die Freihändige Vergabe bzw. das Verhandlungsverfahren im Vorfeld der Durchführung des Verfahrens von der Beschaffungsstelle strukturiert und die Bieter über den Verfahrensablauf informiert werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Frage, mit wie vielen und – abstrakt formuliert – mit welchen Bietern überhaupt Verhandlungen geführt werden.

Nach VK Bund vom 25.11.2014 (VK 2-93/14) ist der Auftraggeber nicht gezwungen, in Verhandlungsverfahren auch tatsächlich mit den Bietern zu verhandeln; dies muss für die Bieter transparent sein.

5.4.1.3 Aufforderung zur Angebotsabgabe

Bei der Freihändigen Vergabe im Rahmen der Wertgrenze der BO genügt in der Regel das formlose Einholen von Angeboten aus. Im eigenen Interesse sollte die Vergabestelle Angebote schriftlich, per Telefax oder per E-Mail einholen. Sollte es im Einzelfall notwendig sein, telefonische Angebote einholen zu müssen, empfiehlt es sich immer, diese schriftlich, per Telefax oder per E-Mail bestätigen lassen, damit es im Nachhinein keine Missverständnisse über die zu erbringende Leistung und den angebotenen Preis gibt. Oft genügt auch die eigene Recherche mittels Internet oder in Katalogen, um eine Gegenüberstellung der Preise gleichwertiger Leistungen durch zu führen. Diese Methode muss jedoch sorgfältig angewandt werden, damit das gekaufte Produkt auch den Anforderungen genügt, die daran gestellt werden.

5.4.1.4 Verhandlungen und Wertung der Angebote

Die eingeholten Angebote werden miteinander verglichen. Dabei ist zu prüfen, ob die Angebote auch tatsächlich der Leistungsbeschreibung entsprechen. Anschließend werden die Angebote auf ihre Wirtschaftlichkeit hin untersucht.

Die im Rahmen der Freihändigen Vergabe bzw. des Verhandlungsverfahrens zulässigen Verhandlungen mit den Bietern beziehen sich regelmäßig auf den Leistungsgegenstand. Mit den Bietern können Art und Umfang der zu erbringenden Leistung konkretisiert werden. Dabei darf der Gegenstand der Ausschreibung jedoch nicht wesentlich geändert werden, d.h. es darf nicht am Ende etwas ganz anderes beschafft werden, als in der Leistungsbeschreibung benannt ist. Etwaige Änderungen in Bezug auf die Leistung können selbstverständlich auch Auswirkungen auf das ursprüngliche Angebot der Bieter haben (man spricht daher auch von einem „indikativem Angebot“). In der Verhandlungsphase können sich daher Erhöhungen oder Reduzierungen des angebotenen Preises ergeben.

Hinsichtlich der abschließenden Wertung ergeben sich keine Unterschiede zur Öffentlichen Ausschreibung (s. S. 75). Es gelten insbesondere auch Dokumentationspflichten, die allerdings in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des zu vergebenden Auftrags stehen müssen und daher gegenüber der Öffentlichen Ausschreibung durchaus reduziert sein können.

5.4.1.5 Erteilung des Zuschlags

Der Zuschlag ist bei Aufträgen ab 500 Euro schriftlich oder – unter Beachtung der kassen- und haushaltsrechtlichen Vorschriften – elektronisch zu erteilen. Die Übersendung des ausgefüllten VOL-Scheines genügt bei Freihändigen Vergaben dem Gebot der Schriftlichkeit. Wer den VOL-Schein unterschreiben darf (und damit die FHH zu Zahlungen verpflichtet), ist von Behörde zu Behörde unterschiedlich geregelt.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Beim Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb findet die Regelung des § 101a GWB ebenfalls Anwendung. Es sind sämtliche Bieter zu informieren, mit denen die Beschaffungsstelle verhandelt hat.

5.4.2 Freihändige Vergabe mit vorherigem Teilnahmewettbewerb / Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb)

5.4.2.1 Voraussetzungen

Für die Freihändige Vergabe mit vorherigem Teilnahmewettbewerb, d.h. für den unterschwelligen Bereich, gelten die gleichen Voraussetzungen wie für die Freihändige Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb. Die Voraussetzungen sind in § 3 Abs. 5 lit. a) bis l) VOL/A abschließend aufgezählt.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Im überschwelligen Bereich ist beim Verhandlungsverfahren ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen, wenn nicht die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 4 VOL/A vorliegen. Für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb kennt die VOL/A drei zulässige Tatbestände, die in § 3 EG Abs. 3 lit. a) bis c) VOL/A genannt sind. Hinzuweisen ist insbesondere auf die Möglichkeit des Verhandlungsverfahrens, wenn es sich um Liefer- oder Dienstleistungsaufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen (§ 3 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A). Für die VOF ist das Verhandlungsver-

fahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme (Teilnahmewettbewerb) das Regelverfahren (§ 3 Abs. 1 VOF).

5.4.2.2 Weiteres Verfahren

Es ergeben sich im Übrigen keine Unterschiede zu den bereits skizzierten Verfahrensregelungen bei der Öffentlichen Ausschreibung bzw. dem Offenen Verfahren.

Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Beim Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb findet die Regelung des § 101a GWB auch auf Bewerber Anwendung.

6. Vergabe freiberuflicher Leistungen

Zu beachten für die Vergabe freiberuflicher Leistungen ist die „Richtlinie über die Verpflichtung von Unternehmensberatern und Gutachtern nach dem Verpflichtungsgesetz bei Vergaben ohne Bauleistungen“ vom 07.06.2002 in der überarbeiteten Fassung vom 01.06.2010 (VHB 5.7).

Einen Überblick über bereits vergebene Gutachten, Untersuchungen und externe Beratungsaufträge mit einem Auftragswert von über 25.000 Euro (inklusive Umsatzsteuer) gibt das [Zentrale Gutachtenregister](#)²³ der Finanzbehörde (bis einschließlich 1. Halbjahr 2014, seitdem stellen die Behörden und Ämter der Hamburger Verwaltung ihre ab dem 01.07.2014 vergebenen Gutachten und Studien entsprechend der gesetzlichen Vorgaben selbständig in das [Informationsregister](#) ein. Zur Vorbereitung von Aufgaben mit strategischer Bedeutung kann es hilfreich sein, sich an die Finanzbehörde - Referat für Grundsatzfragen der Aufbau- und Ablauforganisation, Organisationsrecht - zu wenden.

6.1 Anwendbare Regeln bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen

Im überschwelligen Bereich sind freiberufliche Leistungen entweder nach der VOL/A oder der VOF zu vergeben. Die anwendbare Vergabe- bzw. Vertragsordnung bestimmt sich danach, ob die Leistung eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist oder nicht (vgl. § 1 VOF). Nur bei eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen ist eine Vergabe im Offenen bzw. Nichtoffenen Verfahren sinnvoll und möglich, da nur dann die Angebote überhaupt vergleichbar und damit ein unmittelbarer Preisvergleich möglich ist. Ist die freiberufliche Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar, findet die VOF Anwendung mit der Folge, dass die Leistung im Verhandlungsverfahren zu vergeben ist; dies ist z.B. bei komplizierten Rechtsberatungsleistungen der Fall (OLG Düsseldorf vom 21.04.2010 – Verg 55/09; OLG Hamburg vom 24.09.2010 – 1 Verg 2/10). Da es sich um Leistungen nach Anhang I Teil B VOF handelt, sind nach § 1 Abs. 3 Satz 1 VOF nur § 6 Abs. 2 bis 7 und § 14 VOF anzuwenden.

6.2 Unterschwellige Vergabe freiberuflicher Leistungen

Auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte finden weder die VOL/A noch die VOF Anwendung (§ 1 bzw. § 1 EG VOL/A). Die Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge bleiben jedoch anwendbar, so dass die Vergabe im Wege eines wettbewerblichen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens zu erfolgen hat. Die sich aus der Nichtanwendbarkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen ergebende Regelungslücke füllt die BO unter Rückgriff auf die auch für den überschwelligen Bereich geltenden Kriterien:

- Für freiberufliche Leistungen, die eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind, sieht die BO in § 4 Abs. 1 Nr. 1 die Vergabe nach den Regelungen für VOL-Leistungen vor. Das heißt:
 - bis unter 100.000 Euro entweder durch Beschränkte Ausschreibung oder durch Freihändige Vergabe (§ 3 Abs. 4 und 5 BO),
 - ab 100.000 Euro in einer Öffentlichen Ausschreibung (§ 3 Abs. 6 BO),
 - liegen bei diesen Leistungen die Voraussetzungen für eine Freihändige Vergabe nach § 3 Nr. 5 lit. a) bis l) VOL/A vor, kann von dieser Vergabeart Gebrauch gemacht werden.
- Aus der Natur der Sache folgt, dass dies für freiberufliche Leistungen, die nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind, nicht gelten kann. Solche Leistungen sind deshalb unter Beachtung der Grundsätze von Wettbewerb, Transparenz und Nicht-Diskriminierung zu vergeben. Ab einem Auftragswert von 100.000 Euro soll das Verfahren an die VOF angelehnt werden (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 BO).

Im Einzelnen bedeutet dies insbesondere:

- wann eine vorherige Bekanntmachung erforderlich ist, richtet sich nach § 3 VOF; auf die im Einzelfall erforderliche Bekanntmachung findet § 9 VOF keine Anwendung,
- die Vergabe ist, - falls erforderlich -, auf geeignete Weise bekannt zu machen (allerdings nicht notwendig im EU-Amtsblatt),
- die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs orientiert sich an den Regelungen in § 10 VOF. Die Fristen nach § 7 Abs. 1 und 2 VOF (Bewerbungsfristen) können im Einzelfall verkürzt werden,
- das anschließende Verfahren richtet sich nach § 11 VOF, insbesondere sind die Zuschlagskriterien zu nennen und nach Möglichkeit zu gewichten,
- die Vorschriften über die Mitteilung an die EU (§ 14 Abs. 1 VOF) finden keine Anwendung,
- die nicht berücksichtigten Bewerber sollten entsprechend § 14 Abs. 5 VOF benachrichtigt werden.

Bis zu einem Auftragswert von unter 25.000 Euro kann bei nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen auf die Einholung von Vergleichsangeboten verzichtet werden, wenn der Auftraggeber sich die erforderlichen Marktkenntnisse auf andere Weise zuverlässig beschafft.

6.3 Zu beachtende Schritte bei einem Vergabeverfahrens für freiberufliche Leistungen

6.3.1 Erstellung des Leistungsprofils bzw. der Aufgabenbeschreibung²⁴

Für die Vergabe z.B. einer gewünschten Beratungsleistung bedarf es einer Aufgabenbeschreibung mit folgenden Mindestinhalten:

- Untersuchungsbereich,
- Problemdarstellung,
- Ziele des Auftrages,

24 In der VOF wird die Leistungsbeschreibung als Aufgabenbeschreibung bezeichnet.

- Leistungserwartungen (bspw. nur Beratung oder auch Durchführung, Gutachten in Fließtext oder nur in Präsentationsform, vertiefte Analyse oder Quick-Check, ggf. persönliche Präsentation des Angebotes, Kompetenz der Berater im spezifischen Aufgabenbereich, zeitliche Erwartungen,),
- Rahmenbedingungen (bspw. Zeithorizont ggf. durch Legislaturperioden,),
- Durchführung des Auftrages (bspw. Erwartungen an Präsenzzeiten und Information, Einhaltung zeitlicher Vorgaben, Größe des Teams,),
- Referenzen und andere Unterlagen, die die Eignung des Unternehmens nachweisen, dafür eignen sich beispielsweise Nachweise über Fachliche/berufliche Qualifikation der für den Einsatz vorgesehenen Berater, die persönliche Überzeugungskraft der Berater, die Qualität der überprüfbaren Referenzen, branchenspezifische und -übergreifende Kenntnisse, den Erfahrungsschatz des Beratungsunternehmens sowie über Image, Alter und Größe des Unternehmens.

Die Aufgabenbeschreibung kann im Einzelfall auch weitere Punkte umfassen. Sie baut auf der im Vorfeld notwendigen Beschreibung des Beratungsfeldes auf und kann in vielen Teilen übereinstimmen.

Die Aufgabenbeschreibung ist so neutral zu formulieren, dass nicht nur ein bestimmter Bewerber die Anforderungen erfüllen kann, selbst wenn im Rahmen der Marktanalyse bereits eine Beratungsfirma besonders hervorgetreten sein sollte.

6.3.2 Dokumentationspflicht, Bestandteile der Vergabeunterlagen

Die Wahl der maßgeblichen Vorschrift (VOL, VOF oder BO) ist mit Begründung zu dokumentieren, ebenso wie die weiteren Schritte des Vergabeverfahrens.

Notwendige Bestandteile der Vergabeunterlagen sind folgende so genannte Eigenerklärungen der Bieter, die in unterzeichneter Form vor der Auftragserteilung vorliegen müssen

- die sog. „Scientology-Erklärung“ (s. VHB 5.11 bzw. [Anlage 4](#)) und
- die Erklärung zum Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb um öffentliche Aufträge
- sowie ggf. eine Erklärung über die Zahlung des vergabespezifischen Mindestlohns, sofern die Leistung erschöpfend beschreibbar ist und daher nach VOL bzw. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BO vergeben wird.

Darüber hinaus gilt

- die Richtlinie der Finanzbehörde vom 07.06.2002 in der Fassung vom 1. Juni 2010 über die Verpflichtung von Unternehmensberatern und Gutachtern nach dem Verpflichtungsgesetz bei Vergaben ohne Bauleistungen (s. VHB 5.7)

Die sich daraus ergebenden Arbeitsschritte sind spätestens bei Vertragsschluss durchzuführen.

6.3.3 Aufforderung zur Angebotsabgabe

Bei der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes an die ausgewählten Bewerber empfiehlt es sich, den Bewerbern eine Struktur vorzugeben, nach der sie ihre Angebote einreichen sollen. Dies könnte bspw. nach folgendem Muster geschehen:

- Aufgabenstellung,
- Vorgehensweise/Beratungsmethode,
- Beratungsdurchführung (Projektteam/Projektorganisation),
- Vorschlag zum zeitlichen Projektablauf,
- geplanter Zeitaufwand und Honorar,
- Nebenkosten (Reisespesen etc.),

- Zahlungsbedingungen,
- Referenzprojekte.

Die Anzahl der aufgeforderten Unternehmen sollte ebenso wie eine möglicherweise gewünschte Präsentation durch die später vor Ort einzusetzenden Berater (nicht nur durch die Projekt-verantwortlichen!) in die Angebotsaufforderung aufgenommen werden. Es empfiehlt sich, die Zuschlagskriterien, nach denen die Angebote beurteilt werden sollen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung in der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen. Für die Abgabe der Angebote ist ein Termin festzusetzen, bis zu dem spätestens das Angebot eingegangen sein muss.

Die maßgeblichen Fristen ergeben sich aus § 7 VOF.

6.3.4 Prüfung der Angebote

Zunächst werden die schriftlich eingegangenen Angebote nach vorab festgelegten Ausschlusskriterien geprüft, wie u.a.

- Vollständigkeit der Unterlagen, ggf. nach Ablauf einer festzusetzenden Nachforderungsfrist,
- Einhaltung formaler Kriterien (Unterschrift, alle relevanten Erklärungen sind beigefügt),
- Kongruenz des im Angebot formulierten Beratungsziels und der Aufgabenbeschreibung,
- Formulierung realistischer Zeitziele,
- Plausible Schätzung benötigter Ressourcen (auch des Personals),
- Vorlage von Referenzen,
- Unabhängigkeit und Zuverlässigkeit (Eigenerklärungen unterschrieben?),
- Vorlage von Ausschlussgründen nach § 4 der VOF.

Nur Angebote solcher Unternehmen/Berater, die nach dieser ersten – eher formalen – Durchsicht vollständig und ausreichend sind, sind in die engere Wahl zu ziehen und sollten ggf. zu einer Präsentation eingeladen werden.

6.3.5 Bewertung der Angebote

In einem nächsten Schritt - dies kann vor, aber auch nach der Präsentation geschehen - sind die eingegangenen Angebote zu bewerten. Dies sollte möglichst durch mehrere, jedoch mindestens durch zwei Personen erfolgen.

Da nicht allein der Preis entscheidendes Zuschlagskriterium sein sollte, könnte eine Wertungsmatrix für die Bewertung hilfreich sein. Mögliche Zuschlagskriterien können (mit entsprechender Gewichtung) sein:

- „Output“, d.h. die zugesicherten Teilergebnisse und Ergebnisse,
- Inhaltlich fundiertes und methodisches Vorgehen,
- Terminplanung (Detaillierung, Abschätzung des Zeitrahmens),
- Honorar und Nebenkosten,
- Zahlungstermine,
- Preis-Leistungs-Verhältnis.

Bei der Auswertung sollten inhaltliche und preisliche Kriterien getrennt bewertet werden. Sollten zwei Unternehmen danach erste Plätze belegen (jeweils nach Preis bzw. Leistung), empfiehlt es sich, mit dem Leistungssieger über den Preis zu verhandeln. Eine andere Mög-

lichkeit ist, ein Losverfahren durchzuführen, bei dem eine neutrale Person den erfolgreichen Bieter auslost. Eine weitere neutrale Person sollte ebenfalls noch als Zeuge fungieren.

6.3.6 Auftragserteilung

Der Auftraggeber schließt den Vertrag mit dem Bewerber, der auf Grund der ausgehandelten Auftragsbedingungen das bestmögliche Preis-Leistungs-Verhältnis erwarten lässt. Der Preis ist demnach für sich genommen nicht das allein Ausschlag gebende Zuschlagskriterium und kann sogar nachrangig sein.

7. Aufhebung von Ausschreibungen

7.1 Aufhebung bei Vorliegen von Aufhebungsgründen

Bei Ausschreibungen können sich Umstände ergeben, die den Auftraggeber veranlassen, von einer Auftragsvergabe absehen zu wollen oder zu müssen. Einige dieser Umstände sind in § 17 bzw. § 20 EG VOL/A anerkannt. Danach kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn

- a) kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,
- b) sich die Grundlagen der Ausschreibung wesentlich geändert haben (dies kann bei einer unvorhersehbaren Änderung wesentlicher Finanzierungsgrundlagen der Fall sein),
- c) sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat (dies ist etwa der Fall, wenn alle Angebote deutlich über einer sachgerechten Kostenschätzung des Auftraggebers liegen)
- d) andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Liegt ein Aufhebungsgrund vor, können die Bewerber bzw. Bieter Auslagenersatz nicht verlangen (vgl. hierzu BGH vom 08.09.1998, X ZR 99/96).

Die Aufhebung einer Ausschreibung ist eine Ermessensentscheidung; die Ermessenserwägungen sind in der Vergabeakte zu dokumentieren (OLG Celle vom 10.06.2010 – 13 Verg 18/09). Sind alle Teilnahmeanträge unvollständig, kann die Beschaffungsstelle von der Aufhebung der Ausschreibung absehen und ein Nichtoffenes Verfahren fortsetzen (OLG Düsseldorf vom 16.12.2009 – Verg 32/09).

7.2 Aufhebung ohne Vorliegen von Aufhebungsgründen

Der Auftraggeber kann die Ausschreibung aufheben, selbst wenn kein Aufhebungsgrund nach § 17 bzw. § 20 EG VOL/A vorliegt. Die Bieter haben keinen Anspruch darauf, dass ein der Ausschreibung entsprechender Auftrag auch erteilt wird (vgl. OLG Karlsruhe vom 04.11.2005 – 6 W 114/05 Verg). Dies folgt aus dem Grundsatz der Vertragsautonomie, der beinhaltet, dass grundsätzlich niemand, auch nicht die öffentliche Hand, zum Abschluss von Verträgen verpflichtet ist. Die Aufhebung einer Ausschreibung ohne Vorliegen eines Aufhebungsgrundes nach § 17 bzw. § 20 EG VOL/A ist rechtswidrig aber grundsätzlich wirksam und sollte stets erst nach Rücksprache mit der zuständigen Rechtsabteilung bzw. dem zuständigen Rechtsamt erfolgen, da hiermit rechtliche Risiken verbunden sein können:

- Eine ohne Vorliegen von Aufhebungsgründen vorgenommene, d.h. rechtswidrige Aufhebung, kann oberhalb der Schwellenwerte im Wege des Primärrechtsschutzes, d.h. im Nachprüfungsverfahren angefochten werden. Dies kann u. U. zur Aufhebung der Aufhebungsentscheidung führen (vgl. BGH vom 18.02.2003 – X ZB 43/02 (NZBau 2003, 293)).

- Eine rechtswidrige Aufhebung kann Schadensersatzansprüche der Bieter zur Folge haben:
 - Ein solcher Schadensersatzanspruch beinhaltet, dass Bieter Aufwendungen, etwa für die Erstellung der Angebotsunterlagen, vom Auftraggeber ersetzt verlangen kann (vgl. BGH vom 16.12.2003 – X ZB 282/02). Diesen Schadensersatzanspruch kann jedenfalls der Bieter geltend machen, der bei Fortsetzung der Vergabe den Zuschlag erhalten hätte. Andere Bieter können solche Schadensersatzansprüche nur ausnahmsweise geltend machen, etwa wenn von vorne herein keine Vergabeabsicht bestand.
 - Unter besonderen Voraussetzungen kann ein Bieter, der nachweisen kann, dass er bei Fortsetzung des Verfahrens den Zuschlag hätte erhalten müssen, einen auf das „positive Interesse“ gerichteten Schadensersatz verlangen. Dieser erfasst u.a. auch den entgangenen Gewinn. Dies ist – soweit erkennbar – aber nur dann der Fall, wenn der Auftraggeber einen dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbaren Auftrag nach Aufhebung der Ausschreibung doch vergeben hat.

Eine sachlich gerechtfertigte Aufhebung ist wirksam. Sie ist gleichwohl rechtswidrig und kann Schadensersatzansprüche der Bieter begründen, wenn der Aufhebungsgrund vom Auftraggeber selbst verschuldet wurde (OLG München vom 28.08.2012 – Verg 11/12).

7.3 Informationspflichten

Die Bewerber oder Bieter sind über die Aufhebung des Vergabeverfahrens unter Bekanntgabe der Gründe unverzüglich zu benachrichtigen (§ 17 Abs. 2 VOL/A); dies gilt also auch für Bewerber im Teilnahmewettbewerb. Ob über denselben Gegenstand eine neue Ausschreibung erfolgen soll, muss nicht mitgeteilt werden.

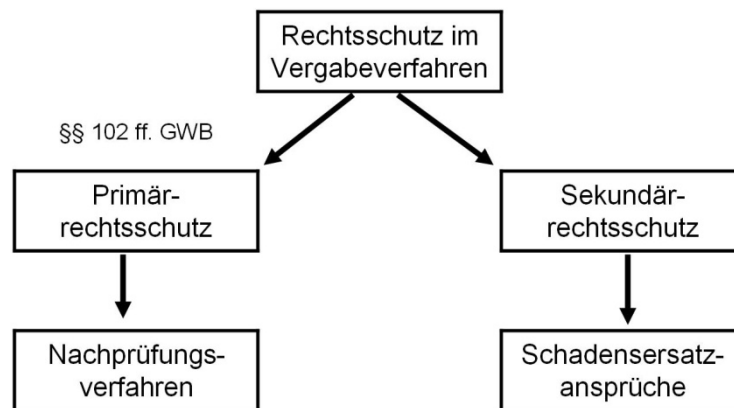
Besonderheiten bei Vergaben im überschwelligen Bereich (EU-Vergaben):

Im überschwelligen Bereich besteht auch die Informationspflicht gegenüber den Beteiligten; sie bezieht sich neben den Bietern auch auf die Bewerber (§ 20 EG Abs. 2 und 3 VOL/A). Es muss mitgeteilt werden, ob über denselben Gegenstand eine neue Ausschreibung erfolgen soll oder nicht; wenn auf eine erneute Ausschreibung desselben Gegenstands verzichtet werden soll, muss dies den Bietern und Bewerbern gegenüber begründet werden.

IV. Kapitel: Rechtsschutz der Bieter

Für Bewerber und Bieter, die meinen, im Vergabeverfahren zu Unrecht nicht berücksichtigt worden zu sein, besteht die Möglichkeit, hiergegen Rechtsschutz geltend zu machen. Hinsichtlich der Rechtsschutzes wird danach unterschieden, welches Interesse der Bewerber oder Bieter im Rechtsschutzverfahren verfolgt: Das primäre Interesse des Bewerbers bzw. Bieters ist grundsätzlich darauf gerichtet, den Auftrag zu erhalten, um damit zum einen sein Unternehmen auszulasten, also Kostendeckung zu erwirtschaften, und zum anderen seinen geplanten Gewinn zu realisieren. Das primäre Interesse ist also auf Vertragsdurchführung gerichtet; man spricht insoweit von „Primärrechtsschutz“. Das sekundäre Interesse des Bewerbers bzw. Bieters kann darauf gerichtet sein, wenn schon nicht den Auftrag durchführen zu dürfen, jedenfalls seine im Vergabeverfahren gemachten Aufwendungen, ggf. sogar seinen geplanten und nun nicht realisierbaren Gewinn ersetzt zu verlangen. Das sekundäre Interesse ist damit auf Ersatz eines Schadens, also auf Geldausgleich gerichtet; man spricht insoweit von „Sekundärrechtsschutz“.

Überblick über die Rechtsschutzmöglichkeiten im Vergabeverfahren:



Der Primärrechtsschutz wird im Wesentlichen im vergaberechtlichen „Nachprüfungsverfahren“, der Sekundärrechtsschutz im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess verfolgt.

1. Nachprüfungsverfahren („Primärrechtsschutz“)

Der Primärrechtsschutz für den überschwelligen Bereich ist im GWB in den §§ 102 ff. besonders geregelt. 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. Ein Bewerber oder Bieter, der im Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden soll, erfährt von der beabsichtigten Nichtberücksichtigung durch das Schreiben nach **§ 101a GWB**. Sieht er sich zu Unrecht nicht berücksichtigt, kann er, solange der Zuschlag noch nicht erteilt ist, einen entsprechenden Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer stellen. Der Antrag führt dazu, dass der Zuschlag für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht erteilt werden darf.

Die für VOB- und baubezogene VOF-Vergaben zuständige Vergabekammer ist bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen²⁵, die für VOL- und andere VOF-Vergaben zuständige Vergabekammer ist bei der Finanzbehörde angesiedelt. Die Zuständigkeit ergibt sich aus der Anordnung über die Einrichtung, Organisation und Besetzung der Nachprüfungsbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (siehe VHB 8.2).

Gehört die ausgeschriebene Leistung zur Auftragsverwaltung nach Art. 85 ff. GG, handelt es sich gleichwohl um eine Form der Landesverwaltung, bei der die Länder Landesstaatsgewalt ausüben und ihre Behörden als Landesorgane handeln, wobei dieses Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen, im Verhältnis zu Dritten, stets Landesangelegenheit bleibt. Als öffentlicher Auftraggeber und Antragsgegner im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ist dementsprechend das jeweils betroffene Land anzusehen und nicht die Bundesrepublik Deutschland. Dementsprechend fällt die Vergabenachprüfung in diesen Fällen auch in die Zuständigkeit der Vergabekammern der Länder gem. § 106a Abs. 2 Satz 1 GWB (BGH Beschluss vom 20.03.2014 – X ZB 18/13).

Wird in den Ausschreibungsbedingungen irrtümlich eine Vergabekammer benannt, obwohl ein Nachprüfungsverfahren gar nicht eröffnet ist (z.B. bei einer unterschwelligen Vergabe), führt dies nicht zur Zuständigkeit der Vergabekammer, da sich die Anwendbarkeit des GWB ausschließlich nach objektiven Kriterien richtet (VK Brandenburg vom 07.12.2010 – VK 60/10).

Die Vergabekammer entscheidet innerhalb von fünf Wochen, ob der Bewerber bzw. Bieter in seinen Rechten verletzt ist. Sie trifft dann „die geeigneten Maßnahmen“ (§ 114 Abs. 1 GWB), um die Rechtsverletzung zu beseitigen. Geeignete Maßnahmen können z.B. sein die Aufhebung einer Ausschreibung, die Aufgabe, das Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffas-

sung der Vergabekammer fortzuführen und dabei etwaige Wertungsfehler zu beheben oder auch die Aufhebung der Aufhebung einer Ausschreibung.

Wesentliche Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag eines Bewerbers oder Bieters ist, dass der Bewerber oder Bieter den vermuteten Verstoß gegen Vergabevorschriften gegenüber der Vergabestelle unverzüglich gerügt hat (§ 107 Abs. 3 GWB). Dabei muss der Bewerber bzw. Bieter deutlich zum Ausdruck bringen, warum er welchen Umstand für einen Verstoß gegen Verfahrensvorschriften hält. Unverzüglich bedeutet: maximal zwei Wochen nach Kenntnis des vermuteten Verstoßes; die Rechtsprechung geht teilweise noch von deutlich kürzeren Fristen bis hin zu wenigen Tagen aus. Versäumt der Bewerber oder Bieter eine solche Rüge, ist sein Nachprüfungsantrag unzulässig.

Unzulässig ist sein Nachprüfungsantrag auch dann, wenn der Antrag zu spät eingereicht wird. Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB muss ein Nachprüfungsantrag spätestens 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, gestellt werden. Diese Frist wird aber nur dann in Gang gesetzt, wenn bereits in der Bekanntmachung auf die Geltung dieser Frist hingewiesen wird und überdies auch eine eindeutige Zurückweisung der Rüge erfolgt (VK Sachsen vom 11.12.2009 – 1/SVK/054-09 und OLG Celle vom 04.03.2010 – 13 Verg 1/10).

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer können der Bewerber bzw. Bieter oder die Beschaffungsstelle innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer Beschwerde beim Hanseatischen Oberlandesgericht einlegen. Auf Grund der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde kann sich die Zuschlagserteilung weiter verzögern. Die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens durch zwei Instanzen kann sich durchaus auf einige Monate erstrecken. Dies ist insbesondere bei der Festlegung der Bindefrist zu berücksichtigen. Endet die Bindefrist während eines Nachprüfungsverfahrens, sollte mit dem in Frage kommenden Bieter oder den in Frage kommenden Bietern eine Fristverlängerung vereinbart werden. Die Bieter sind allerdings nicht verpflichtet, einer Fristverlängerung zuzustimmen.

2. Primärrechtsschutz bei unterschwelligen Vergaben

Einen Primärrechtsschutz bei unterschwelligen Vergaben hatte die überwiegende Rechtsprechung bisher abgelehnt. Inzwischen hat sich das OLG Düsseldorf jedoch für einen solchen Primärrechtsschutz ausdrücklich ausgesprochen.

Soweit ersichtlich, haben sich Hamburgische Gerichte zu dieser Frage bisher nicht geäußert.

3. Schadensersatz („Sekundärrechtsschutz“)

Unbenommen bleibt es den Bewerbern und Bietern jedoch, bei Verstößen gegen verfahrensrechtliche Vorschriften Ersatz des ihnen entstandenen Schadens zu begehren. Ein solcher Schadensersatzanspruch kann z.B. bei einer rechtswidrigen Aufhebung eines Vergabeverfahrens auf den Ersatz der Kosten für die Angebotserstellung gerichtet sein. Nur in Ausnahmefällen gewähren die Gerichte auch Ersatz eines möglichen entgangenen Gewinns. Schadensersatzansprüche werden vor den ordentlichen Gerichten (= Zivilgerichten) geltend gemacht. Anders als im Nachprüfungsverfahren, in dem der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, obliegt es dabei dem Bewerber bzw. Bieter, die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch darzulegen und zu beweisen. In der Praxis bereitet dies häufig Schwierigkeiten.

V. Kapitel: Durchführung des Vertrages (Vertragsmanagement)

1. Abgrenzung der Zuständigkeiten

Für die Phase nach Erteilung des Zuschlags bedarf es konkreter Absprachen zwischen dem Bedarfsträger bzw. den Bedarfsträgern und der Beschaffungsstelle oder der Zentralen Vergabestelle und der Beschaffungsstelle/dem Bedarfsträger. Als Grundregel bietet es sich an, dass

- diejenige Stelle, die Vertragspartner ist, die Durchführung des Vertrages überwacht
- die Zentrale Vergabestelle federführend in Abstimmung mit den Beschaffungsstellen die Durchführung des Vertrages überwacht, wenn sie eine Rahmenvereinbarung geschlossen hat.

Entstehen bei den Bedarfsstellen im Zusammenhang mit Aufträgen Rechtsstreitigkeiten, so ist die jeweils zuständige Beschaffungsstelle rechtzeitig zu unterrichten. Darüber hinaus hat bei Prozessen, in denen grundsätzliche Fragen der Beschaffung aufgeworfen werden, die prozessführende Behörde die Finanzbehörde rechtzeitig zu beteiligen.

2. Nebenpflichten des Auftraggebers

Zu beachten ist, dass den Auftraggeber besondere Nebenpflichten für die Phase nach Erteilung des Zuschlags und vor Beendigung des Auftrags treffen können. Diese Nebenpflichten können sich entweder aus dem Gesetz (z.B. BGB) oder aus den Vergabeunterlagen ergeben. Insbesondere wenn es sich etwa um Mitwirkungspflichten des Auftraggebers handelt, empfiehlt es sich bereits vor Vertragsschluss klare Zuständigkeiten für die Erfüllung dieser Pflichten herzustellen.

3. Fristenkontrolle

Bei umfangreicheren Aufträgen kann eine enge Überwachung der Fristen geboten sein. Eine besondere Bedeutung kann die Fristenkontrolle bei Fixgeschäften oder dann haben, wenn mit der Nichteinhaltung von Fristen besondere Rechtsfolgen wie z.B. Vertragsstrafen verbunden sein können. Hierzu kann es sich empfehlen, vor Vertragsschluss einen Fristenplan zu notieren und (ggf. elektronisch) zu überwachen.

4. Abnahme / Gefahrübergang

Die Abnahme der zu erbringenden Leistung bei Werkleistungen bzw. die Annahme der Leistung bei Kaufverträgen bedarf besonderen Augenmerks, wenn mehrere Stellen auf Auftraggeberseite am Beschaffungsvorgang beteiligt sind. In diesem Fall bedarf es ausdrücklicher Vereinbarungen, etwa zwischen Bedarfsstelle und Beschaffungsstelle, wer zu welchem Zeitpunkt welche Erklärungen gegenüber dem Auftragnehmer abgeben darf oder soll. Obliegt die weitere Vertragsdurchführung arbeitsteilig sowohl der Bedarfs- als auch der Beschaffungsstelle ist für den entsprechenden Informationsaustausch zu sorgen. Die VOL/B bzw. die HmbZVB enthalten Regelungen zur Abnahme und zum Gefahrübergang, die regelmäßig Bestandteil des Vertrages werden und damit zu beachten sind.

5. Mängelansprüche

Werden durch die den Vertrag überwachende Stelle angezeigte Mängel nicht innerhalb einer gesetzten Frist durch den Auftragnehmer abgestellt, so hat sie in den Fällen, in denen sie nicht zugleich Beschaffungsstelle ist, diese unverzüglich zu verständigen. Das gleiche gilt bei Beanstandungen grundsätzlicher oder erheblicher Art.

Etwaige Mängelansprüche (früher sprach man von „Gewährleistung“) und insbesondere die Verjährung derselben ist unbedingt im Auge zu behalten. Auch hier bedarf es bei Beschaffungsvorgängen, bei denen es mehrere Beteiligte auf Auftraggeberseite gibt, konkreter Vereinbarungen, wer welche Ansprüche geltend machen kann und muss.

6. Zahlung

Hinsichtlich der Zahlung des vereinbarten Preises gilt, dass diese fristgerecht zu erfolgen hat. Gemäß den Regelungen zum Skontoabzug (s. VHB 5.10) sind Skantomöglichkeiten regelmäßig auszunutzen. Nur in begründeten Fällen, etwa weil die Leistung nicht den vertraglichen Vereinbarungen entspricht, darf die Zahlung zurückgehalten werden.

7. Sicherheiten

Die Beantwortung der Frage, ob und welche Sicherheiten vom Auftraggeber zu verlangen sind, hängt vom Einzelfall ab. Vereinzelt finden sich Regelungen hierzu, z.B. in § 9 Abs. 4 bzw. § 11 EG Abs. 4 VOL/A, wonach Sicherheitsleistungen nur zu fordern sind, wenn sie ausnahmsweise für die sach- und fristgemäße Durchführung der verlangten Leistung notwendig erscheinen.

8. Überwachung der Laufzeit des Vertrages

Bei der Beschaffung von Einzelbedarfen hat i.d.R. die Bedarfsstelle die Laufzeit des Vertrages zu überwachen, damit etwaiger Zusatz-, Folge- oder Ersatzbedarf rechtzeitig ausgeschrieben werden kann. Bei Rahmenvereinbarungen obliegt dies der Beschaffungsstelle. Gemäß § 7 Abs. 4 der BO setzen die Zentralen Vergabestellen die jeweiligen Vertragszeiträume fest und ermitteln vor einer erneuten Ausschreibung auf geeignete Weise den zukünftigen Bedarf. Dazu gehört ggf. auch die rechtzeitige Mittelreservierung.

VI. Kapitel: Nachträgliche Vertragsänderungen

In Einzelfällen kann sich das Erfordernis ergeben, bestehende Verträge anzupassen, z.B. weil sich die Grundlagen für die Durchführung des Vertrages geändert haben. Beispiele hierfür sind Leistungserweiterungen (gewünschte Erweiterung des Produktsortiments auf Grund neuer oder besserer Produkte) oder Änderungen der Vertragslaufzeit. Änderungen bedürfen ebenfalls der Schriftform.

Werden nachträglich während der Vertragsdauer Vertragsinhalte zugunsten des Auftragnehmers geändert, so kann diese Änderung als Neuvergabe einzuordnen sein und daher eine neue Ausschreibungspflicht auslösen.

Der EuGH hat in seiner Leitentscheidung zur Preetext-Nachrichtenagentur (Urteil des EuGH vom 19.06.2008 – C-454/06 „Preetext“) grundlegende Fragen zu nachträglichen Vertragsänderungen beantwortet. Danach sind Änderungen der Bestimmungen des öffentlichen Auftrags während seiner Geltungsdauer grundsätzlich als Neuvergaben zu qualifizieren,

- wenn die Änderungen wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag, so dass der Wille der Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen erkennbar ist,
- wenn im Rahmen der Änderungen Bedingungen in den Vertrag eingeführt werden, die die Zulassung anderer als ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als das ursprünglich angenommene Angebot erlaubt hätten,
- wenn die Änderung den Auftrag in großem Umfang auf Leistungen erweitert, die entweder nicht Gegenstand des ursprünglichen Auftrags waren oder das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrags sich dadurch in ursprünglich nicht vorhergesehener Weise zugunsten des Auftragnehmers ändert.

Eine Vertragsanpassung kann zugleich mehrere dieser Kriterien erfüllen. Die angeführten Kriterien wirken jedoch auch alternativ, so dass jedes für sich genommen eine Ausschreibungspflicht begründen kann.

War die Änderung der wesentlichen Vertragsinhalte jedoch nach den Bestimmungen des ursprünglichen Auftrags ausdrücklich erlaubt, wie zum Beispiel durch Anpassungsklauseln, so nimmt der EuGH grundsätzlich keine Neuvergabe an. Bei geringfügigen Anpassungen an veränderte äußere Bedingungen, damit der Vertrag für Auftraggeber und Auftragnehmer weiterhin wirtschaftlich sinnvoll und ausgeglichen ist, sieht der EuGH ebenfalls von einer Ausschreibungspflicht ab.

Allerdings ist die Frage, ob eine nachträgliche Vertragsänderung eine Ausschreibungspflicht nach sich zieht, immer eine des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Kontrollfrage, ob die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter und der Transparenz durch die Vertragsänderung gewahrt bleiben.

Der EuGH hat diese Aspekte in einigen Entscheidungen konkretisiert:

- **Wechsel des Auftragnehmers:** In der Entscheidung „Presetext“ legt der EuGH dar, dass die Übertragung der erbrachten und zu erbringenden Dienstleistung von dem ursprünglichen auf einen anderen Dienstleistungserbringer grundsätzlich als eine wesentliche Änderung anzusehen ist, wenn sie nicht in den Bedingungen des ursprünglichen Auftrags vorgesehen war (Stichwort Unterbeauftragung). Ist der neue Dienstleistungserbringer allerdings eine 100 % ige Tochtergesellschaft des ursprünglichen Vertragspartners, kontrolliert er die Tochtergesellschaft, erteilt ihr Weisungen und übernimmt die Haftung weiterhin für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen, dann stellt dies eine interne Neuorganisation dar, die die wesentlichen Vertragsbedingungen nicht ändert. Eine endgültige Vertragsübergabe auf eine andere juristische Person ohne Einbindung des ursprünglichen Auftragnehmers verstößt hingegen gegen das Vergaberecht.
- **Preissenkung:** Ebenfalls in der Entscheidung „Presetext“ stellt der EuGH klar, dass Preissenkungen oder die Erhöhung eines im Vertrag vorgesehenen Rabattes von 15 % auf 25 % keine wesentlichen Vertragsänderungen darstellen, da das wirtschaftliche Gleichgewicht sich dadurch nicht zu Gunsten des Auftragnehmers verändert und der größere Rabatt nicht zu einem Nachteil potenzieller Bieter führt. Zudem stellen geringfügige Anpassungen technischer Art wie Rundungen zum Vereinfachen von Abrechnungen oder die Anpassung an eine andere Währung keine wesentlichen Änderungen dar.
- **Veräußerung der Gesellschaftsanteile:** Die Veräußerung aller Gesellschaftsanteile nach Vertragsschluss stellt eine Änderung des Vertragspartners und damit eine Änderung wesentlicher Vertragsbestandteile dar. Dem gleichgestellt ist die Konstellation, dass die Abtretung der Gesellschaftsanteile des Auftraggebers an einen Dritten bei Auftragsvergabe bereits vorgesehen war. Hingegen allein der Umstand, dass keine Garantie dafür vorliegt, dass die Gesellschaftsanteile des Auftragnehmers während der Vertragslaufzeit nicht an Dritte veräußert werden, stellt noch keine Änderung wesentlicher Vertragsbestandteile dar (EuGH, „Presetext“).
- **Nachunternehmerwechsel:** In der Entscheidung „Wall-AG“ (Urteil vom 13.04.2010 – C-91/08) hat der EuGH klargestellt, dass es grundsätzlich auf die Person des Nachunternehmers nicht ankommt, Vertragspartner ist der Bieter bzw. Hauptunternehmer. Ausnahmsweise hat er jedoch in dieser Entscheidung einen Wechsel des Nachunternehmers als wesentliche Vertragsänderung angesehen, auch dann, wenn diese Möglichkeit im ursprünglichen Vertrag vorgesehen war. Ausschlaggebend war, dass die Heranziehung des Nachunternehmers anstelle eines anderen unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale der betreffenden Leistung für den Abschluss des Vertrages ein ausschlaggebendes

Element war. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Zuschlag aufgrund der Präsentation eines bestimmten Nachunternehmers erteilt wurde.

- Zudem erweitert der EuGH in dieser Entscheidung die Anwendbarkeit der Rechtsprechung aus der Entscheidung „Presstext“ auf Dienstleistungskonzessionen unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätze (s. S. 34).
- **Änderung der Laufzeit:** In der Entscheidung „Presstext“ hat der EuGH die Aussage getroffen, dass unbefristete Verträge grundsätzlich nicht vergaberechtswidrig sind, allerdings dem Ziel der Öffnung des Marktes zuwiderlaufen, so dass diese Aussage nur aufgrund des derzeitigen Standes des Gemeinschaftsrechts Bestand hat. Die Nichtausübung eines vertraglichen Kündigungsrechts sieht der EuGH als vergaberechtlich unbedenklich an, sprich eine erneute Ausschreibung ist nicht erforderlich. Soll der Vertrag nach Ablauf der festen Laufzeit verlängert werden und enthält er keine Verlängerungsklauseln, so liegt darin klar ein öffentlich auszuschreibendes Beschaffungsvorhaben. Sind hingegen Verlängerungsoptionen im Vertrag vereinbart, so ist nicht abschließend geklärt, ob die Ausübung dieser Option neu auszuschreiben ist.
- **Gerichtlicher Vergleich:** Der EuGH hat mit Urteil vom 14.11.2013 (C-221/12) entschieden, dass ein zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossener Vertrag eine mit Europarecht nicht zu vereinbarende Direktvergabe darstellen kann. Wirtschaftliche Gründe, die für den Abschluss eines Vergleichs sprechen, können nicht als zwingende Gründe des Allgemeinwohls anzusehen sein, die es rechtfertigen, unter Eingriff in die Grundfreiheiten eine Dienstleistungskonzession (hier die Verlängerung der Einräumung von Nutzungsrechten) unmittelbar durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs zu vergeben.
- Vor einer streitschlichtenden Vertragsänderung ist daher im Einzelfall zu prüfen, welche Regelungen möglich sind, ohne eine Ausschreibungspflicht auszulösen.

Nach diesen bisher vom EuGH aufgestellten Kriterien dürfte ein **Wechsel auf Seiten des Auftraggebers** grundsätzlich eine wesentliche Änderung darstellen. Beruht jedoch der Wechsel auf einer internen Neuorganisation und bleiben die sonstigen materiellen Parameter des Auftrags erhalten, so wird wohl ausnahmsweise von keiner Neuvergabe auszugehen sein.

Die Vergabekammer Rheinland-Pfalz hat mit Beschluss vom 05.07.2013 (VK 1 – 11/13) entschieden, dass die **Umstellung der Altpapiersammlung von einer Bündelsammlung auf die blauen Tonne** während der Vertragslaufzeit dann keine ausschreibungspflichtige Neuvergabe darstellt, wenn sie keine vergaberechtlich relevante Erhöhung des Auftragsvolumens (innerhalb der Mengenspannbreite der ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen), keine Preiserhöhung, keine personellen Veränderungen und keine Änderung der rhythmischen Fahrtrouten nach sich zieht. Weitere Voraussetzung ist, dass die blauen Tonnen von der Vergabestelle unmittelbar selbst beschafft werden. Die erforderliche Umrüstung bzw. der Austausch von Fahrzeugen stellt eine nach § 2 VOL/B zulässige Leistungsänderung dar. Löst hingegen die Umstellung auf die blaue Tonne einen Mehrbedarf an Personal, Fahrzeugen und Vergütung aus, die als solche den Schwellenwert übersteigt, so hat bereits das OLG Celle mit Beschluss vom 29.10.2009 (13 Verg 8/09) entschieden, dass eine neue Ausschreibung vorzunehmen ist.

Einen Sonderfall stellt die beabsichtigte **Rücknahme einer wirksam erklärten Kündigung** dar. Durch eine Kündigung wird der Vertrag beendet. Auch die mit dem Auftragnehmer einvernehmlich vereinbarte Rücknahme einer solchen Kündigung stellt daher einen Neuabschluss des Vertrages dar und ist damit grundsätzlich unzulässig. Vielmehr ist für den neuen Abschluss eines entsprechenden Vertrages ein neues Vergabeverfahren durchzuführen. Eine Vertragskündigung eignet sich daher nicht als bloßes Druckmittel gegenüber einem Auftragnehmer, seine Leistung künftig ordentlich zu erbringen. Ist die Kündigung dagegen nicht rechtswirksam erklärt, besteht der ursprüngliche Vertrag fort.

Anlage 1: Hilfen zur Abgrenzung zwischen VOL und VOB

Die Rechtsprechungs-Beispiele wurden dem Vergaberechtskommentar 2009 von Rudolf Weyand zu § 99 Abs. 2 GWB, Rn 95 bis 226 entnommen. Es handelt sich hierbei jeweils um Einzelfälle, so dass bei einer Verallgemeinerung Vorsicht geboten ist.

Beispiele aus der Rechtsprechung zur Einordnung als Bauleistung:

- Zu den Bauleistungen zählen insbesondere auch die **Lieferung und Montage von Telefon-, Kommunikations- und fernmeldetechnischen Vermittlungs- und Übertragungseinrichtungen**. Ein etwaiger hoher Lieferanteil nimmt dem Auftrag nicht den Charakter eines der VOB/A unterfallenden Bauauftrags. Das zeigt ergänzend § 1 a Nr. 2 VOB/A; danach gilt auch für Bauaufträge mit überwiegendem Lieferanteil - nach näherer Maßgabe der dort getroffenen Regelung - die VOB/A und nicht etwa die VOL/A (VK Brandenburg vom 26.11.2003 – VK 72/03). Sofern die elektrotechnischen Einrichtungen von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbständigen Nutzungszweck dienen, fallen diese Einrichtungen unter die VOL/A. Darunter fallen auch Kommunikationsanlagen und EDV-Anlagen, sofern sie nicht zur Funktion einer baulichen Anlage erforderlich sind (VK Lüneburg vom 18.12.2003 – 203-VgK-35/2003).
- Bei Neubauvorhaben wird - in Abgrenzung zu Lieferaufträgen - der Kreis der Leistungen, die unter Bauleistungen i. S. d. § 1 VOB/A subsumiert werden können, regelmäßig weit gezogen und alles, was der Herstellung und späteren bestimmungsgemäßen Nutzung (Funktion) des Gebäudes dient, als Bauleistung angesehen und dementsprechend ausgeschrieben. Betrifft ein ausgeschriebenes Gewerk "**Lose Möbel/Textilien**" die Ausstattung eines **Neubaus** und sind in der ausgeschriebenen Leistung auch **Montagearbeiten** enthalten, begegnet die gewählte Ausschreibung als Bauleistung nach VOB/A keinen Bedenken (1. VK Brandenburg vom 30.05.2007 – 1 VK 15/07).
- Bei der **Lieferung und Montage von Küchengeräten** handelt es sich um eine Bauleistung im Sinne von § 1 VOB/A, wenn die ausgeschriebenen maschinellen Anlagen und Anlagenteile für den bestimmungsgemäßen Bestand der baulichen Anlage bzw. für ein funktionsfähiges Bauwerk - z.B. einer Mensa - erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind (2. VK Brandenburg vom 28.06.2005 – VK 20/05).
- Auch die **Montagearbeiten von Fenstern oder Türen** stellen Bauleistungen dar (LG Kiel vom 17.04.2003 – 4 O 304/02; VK Südbayern vom 20.11.2002 – 43-10/02).
- Auch **Gewässer** sind als Bauwerk anzusehen. Es handelt sich hierbei um eine unbewegliche, durch die Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden, hergestellte Sache. Werden beispielsweise die Krautung der Sohle, Mahd und Krautung der Böschungen, Holzungen etc. unterhalb der Wasseroberfläche ausgeführt, wird durch diese Arbeiten direkt auf das Bauwerk eingewirkt; die Tätigkeiten sind in diesem Zusammenhang als Instandsetzungsarbeiten anzusehen. Auch käme es ohne die Mahd der Böschung und die Krautung der Sohle zu einer Veränderung des Gewässerprofils. Die Gewässer würden jedenfalls teilweise verlanden. Damit wäre der Bestand der Gewässer in der gewünschten Form nicht mehr sichergestellt. Vor diesem Hintergrund können solche Arbeiten nicht mit Reinigungsarbeiten bzw. Gartenpflege in und um Gebäude verglichen werden (2. VK Sachsen-Anhalt vom 21.02.2008 – VK 2 LVwA LSA 01/08).

- Der Neueinbau von technischen Anlagen in ein bestehendes Gebäude fällt unter den Begriff der Bauleistung, wenn die Anlagen für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlich und von wesentlicher Bedeutung sind. Danach ist die Beschaffung eines Planetariumsprojektors und einer digitalen Ganzkuppelvideoprojektionsanlage für ein bestehendes Kuppelplanetarium als Bauauftrag anzusehen; dem steht nicht entgegen, dass der Lieferanteil den Montageanteil überwiegt (OLG Brandenburg vom 29.3.2012 – Verg W 2/12).
- **Einbau von Schrankwänden und das Einpassen einer Einbauküche** im Zusammenhang mit dem Umbau eines Verwaltungsgebäudes (OLG Thüringen vom 22.08.2002 – 6 Verg 5/01).
- **Lieferung von Küchenausrüstungen** für eine Kantine (OLG Thüringen vom 22.08.2002 – 6 Verg 5/01).
- **Regalsystem** für eine neu zu errichtende Bibliothek und zwar selbst dann, wenn diese Regale nicht fest mit dem Bauwerk verbunden sind (OLG Thüringen vom 22.08.2002 – 6 Verg 5/01); ebenso für mit dem Gebäude fest verbundene Regale (1. VK Sachsen vom 10.08.2001 – 1/SVK/74-01).
- **Sicherheitseinrichtungen** für ein Gefängnis (OLG Thüringen vom 22.08.2002 – 6 Verg 5/01).
- **Gerüstbauarbeiten** (VK Baden-Württemberg vom 09.10.2001 – 1 VK 27/01).
- **Putzarbeiten** (1. VK Sachsen vom 30.10.2001 – 1/SVK/102-01).

Bei diesen Beispielen aus der Rechtsprechung wurde das Vorliegen eines Bauauftrages / einer Bauleistung abgelehnt:

- Lieferung und Einbau einer **Telekommunikationsanlage im Rahmen einer Erneuerung** nur der Anlage (VK Düsseldorf vom 12.09.2006 – VK - 37/2006 - L).
- Lieferung von **fertig verdrahteten marktüblichen Beleuchtungskörpern** einschließlich Zubehör (OLG München vom 28.09.2005 – Verg 019/05).
- Bei der **Lieferung von Hard- und Software sowie Wartungsservice für das Telekommunikationssystem unter Beachtung des Integrationsgebots in das vorhandene Campusnetz** liegt der Schwerpunkt des Auftrags eindeutig auf dem Liefer- / Dienstleistungscharakter der ausgeschriebenen Leistungen (1. VK Saarland vom 13.03.2010 – 1 VK 01/2010).
- Hat der Auftragnehmer routinemäßig alle **Beleuchtungsanlagen** auf ihre Funktionsfähigkeit zu überprüfen, die Beleuchtungskörper zu reinigen und defekte Teile auszutauschen und bleiben Reparaturen, die mit Erdarbeiten und im äußersten Fall auch mit dem Aufstellen eines neuen kompletten Beleuchtungskörpers verbunden sind, die Ausnahme und machen sie im Durchschnitt deutlich weniger als ein Drittel der Endpreise der eingereichten Angebote aus, sind Anteil und Bedeutung der reinen Bauarbeiten als so gering anzusehen, dass sie allenfalls untergeordnete Nebenarbeiten sind (VK Berlin vom 26.04.2011 – VK B 2 - 3/11).
- Weder die **Wartung der Brandmeldeanlage noch die Auswechslung der Meldegeräte** unterfallen dem Begriff von Bauleistungen (oder -arbeiten). Bei der Wartung handelt es sich um eine Dienstleistung. Aber auch der Austausch der Brandmelder stellt eine reine Dienstleistung dar (möglicherweise freilich auch eine Warenlieferung). Denn dabei geht es nicht um eine Herstellung, Instandsetzung oder Änderung des Bauwerks oder von Teilen davon (der Feuermeldeanlage), sondern um ein bloßes Auswechseln der Meldeapparaturen (OLG Düsseldorf vom 14.04.2010 – VII-Verg 60/09).

- Die **Lieferung und der Einbau von Labormöbeln** in ein Universitätsgebäude sind dem Fall der Lieferung und Installation von EDV-Endgeräten in ein Verwaltungsgebäude vergleichbar (VK Schleswig-Holstein vom 15.07.2002 – VK-SH-08/02).
- Bei der **Leistung des Winterdienstes** handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und Abs. 4 GWB. Dass die Beseitigung von Störungen im Rahmen des Winterdienstes auch den Einsatz von Baumaßnahmen notwendig machen kann, ändert daher nichts an dem Charakter des Auftrages, als dem eines Dienstleistungsauftrages (VK Thüringen vom 30.08.2006 – 360-4003.20-009/06-HBN, 360-4003.20-015/06-MGN, 360-4003.20-004/06-SON, 360-4003.20-009/06-ESA-S).

VOB/C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV)

In der Praxis bietet sich die Orientierung an Teil C der VOB (VOB/C) und deren Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) an (siehe dazu I. Kapitel:3.4). Demzufolge sind die nachfolgend aufgeführten Gewerke in der Regel als Bauleistungen zu verstehen:

DIN-Norm	Gewerk
18299	Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art
18300	Erdarbeiten
18301	Bohrarbeiten
18302	Arbeiten zum Ausbau von Bohrungen
18303	Verbauarbeiten
18304	Ramm-, Rüttel- und Pressarbeiten
18305	Wassererhaltungsarbeiten
18306	Entwässerungskanalarbeiten
18307	Druckrohrleitungsarbeiten außerhalb von Gebäuden
18308	Drän- und Versickerarbeiten
18309	Einpressarbeiten
18311	Nassbaggerarbeiten
18312	Untertagebauarbeiten
18313	Schlitzwandarbeiten mit stützenden Flüssigkeiten
18314	Spritzbetonarbeiten
18315	Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten ohne Bindemittel
18316	Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten mit hydraulischen Bindemitteln
18317	Verkehrswegebauarbeiten – Oberbauschichten aus Asphalt
18318	Verkehrswegebauarbeiten – Pflasterdecken und Plattenbeläge in ungebundener Ausführung, Einfassungen
18319	Rohrvortriebsarbeiten
18320	Landschaftsbauarbeiten <i>Geltungsbereich:</i> <ul style="list-style-type: none"> • <i>vegetationstechnische Bau-, Pflege- und Instandhaltungsarbeiten, Rodungsarbeiten;</i> • <i>ingenieurbioologische Sicherungsbauweisen;</i>

DIN-Norm	Gewerk
	<ul style="list-style-type: none"> • Bau- Pflege- und Instandhaltungsarbeiten für Spiel- und Sportanlagen sowie • Schutzmaßnahmen für Bäume, Pflanzenbestände und Vegetationsflächen
18321	Düsenstrahlarbeiten
18322	Kabelleitungstiefbauarbeiten
18323	<p>Kampfmittelräumarbeiten</p> <p><i>Geltungsbereich:</i></p> <p>1.1 Die ATV DIN 18323 gilt für:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sondieren und Bergen von gewahrsamslos gewordenen Kampfmitteln • vorbereitende Arbeiten wie Rodungs-, Abbruch- und Rückbauarbeiten, bei denen eine Gefährdung durch Kampfmittel bestehen kann • Abtragen von mit Kampfmitteln belasteten Böden und Transport dieses Aus-hubs zu den Bearbeitungsflächen oder Separationsanlagen <p>1.2 Die ATV DIN 18323 gilt nicht für den Umgang mit Kampfmitteln mit chemischen und biologischen Kampfstoffen oder radioaktiven Bestandteilen.</p>
18325	Gleisbauarbeiten
18326	Renovierungsarbeiten an Entwässerungskanälen
18330	Mauerarbeiten
18331	Betonarbeiten
18332	Natursteinarbeiten
18333	Betonwerksteinarbeiten
18334	Zimmer- und Holzbauarbeiten
18335	Stahlbauarbeiten
18336	Abdichtungsarbeiten
18338	Dachdeckungs- und Dachabdichtungsarbeiten
18339	Klempnerarbeiten
18340	Trockenbauarbeiten
18345	Wärmedämm-Verbundsysteme
18349	Betonerhaltungsarbeiten
18350	Putz- und Stuckarbeiten
18351	Vorgehängte hinterlüftete Fassaden
18352	Fliesen- und Plattenarbeiten
18353	Estricharbeiten
18354	Gussasphaltarbeiten
18355	Tischlerarbeiten
18356	Parkettarbeiten
18357	Beschlagarbeiten
18358	<p>Rollladenarbeiten</p> <p><i>Geltungsbereich:</i></p> <p>Herstellen und Einbauen von Rollläden, Roll- und Sektionaltoren, Rollgittern, mecha-nisch betriebene Sonnenschutz- und Verdunkelungsanlagen wie Jalousien, Falt- und Raffstores, Rollos, Markisen und dergleichen sowie für das Herstellen und Einbauen von Insektenschutzgittern</p>

DIN-Norm	Gewerk
18360	Metallbauarbeiten
18361	Verglasungsarbeiten
18363	Maler- und Lackierarbeiten – Beschichtungen
18364	Korrosionsschutzarbeiten an Stahlbauten
18365	Bodenbelagsarbeiten <i>Geltungsbereich: Verlegen von Bodenbelägen in Bahnen und Platten aus Linoleum, Kunststoff, Natur- und Synthetikgummi, Textilien und Kork sowie für das Verlegen von Schichtstoff-Elementen</i>
18366	Tapezierarbeiten
18367	Holzpflasterarbeiten
18379	Raumlufttechnische Arbeiten
18380	Heizanlagen und zentrale Wassererwärmungsanlagen
18381	Gas-, Wasser- und Entwässerungsanlagen innerhalb von Gebäuden
18382	Nieder- und Mittelspannungsanlagen bis 36 kV
18384	Blitzschutzanlagen
18385	Förderanlagen, Aufzugsanlagen, Fahrtreppen und Fahrsteige
18386	Gebäudeautomation <i>Geltungsbereich: 1.1 gilt für Systeme zum Messen, Steuern, Regeln und Leiten technischer Anlagen. 1.2 gilt nicht für funktional eigenständige Einrichtungen, z. B. Kältemaschinensteuerungen, Brennersteuerungen, Aufzugssteuerungen. Sie gilt auch nicht für das Einbeziehen von Einzelfunktionen funktional eigenständiger Einrichtungen in das Gebäudeautomationssystem</i>
18421	Dämm- und Brandschutzarbeiten an technischen Anlagen
18451	Gerüstarbeiten
18459	Abbruch- und Rückbauarbeiten

Anlage 2: Wertgrenzen im Vergaberecht

bis 500 €	<p>§ 3 Abs. 6 VOL/A: Direktkauf</p> <p>§ 3 Abs. 3 BO: Verzicht auf Vergleichsangebote</p> <p>§ 5 Abs. 5 BO: E-Mail mit Signatur beim Vertragsschluss</p>
1.000 €	<p>§ 2 Abs. 2 Nr. 3 BO; ab 1.000 € Zuständigkeit Dataport</p>
10.000 €	<p>§ 3a Abs. 3 HmbVgG; über 10.000 €(inkl. Umsatzsteuer!): Eigenerklärung ILO (bei Lieferung bestimmter Warengruppen)</p>
20.000 €	<p>Förmliche Verpflichtung nach der RL Verpflichtung</p>
25.000 €	<p>§ 4 Abs. 1 Nr. 2 S. 3 BO; unter 25.000 € Verzicht auf Vergleichsangebote (freiberufliche Leistungen)</p> <p>§ 19 Abs. 2 VOL/A, § 8 BO; ab 25.000 € Bekanntgabe im Internet bei FV und BA ohne Teilnahmewettbewerb</p> <p>§ 7 Abs. 1 GRfW, ab 25.000 € Abfrage beim Register zum Schutz fairen Wettbewerbs</p> <p>§ 7 Abs. 1 Hamb. Bewerbungsbedingungen, ab 25.000 € Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit</p> <p>§ 8 Hamb. Bewerbungsbedingungen, ab 25.000 € Abfrage beim Gewerbezentralregister für bestimmte Dienstleistungen</p>
50.000 €	<p>§ 3 Abs. 3 BO; unter 50.000 € freihändige Vergabe</p> <p>§ 5 Abs. 2 BO; unter 50.000 € Vertragsschluss per E-Mail</p>
100.000 €	<p>§ 2 Abs. 2 Nr. 2 BO; unter 100.000 € Zuständigkeit der BS für Standardbedarf und Spezialbedarf</p> <p>§ 2 Abs. 2 Nr. 1 BO; ab 100.000 € Zuständigkeit der ZVST für Standard- und Spezialbedarf</p> <p>§ 3 Abs. 5 BO; unter 100.000 € Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb</p> <p>§ 3 Abs. 6 BO; ab 100.000 € Öffentliche Ausschreibung bis unter EU-Schwellenwert</p> <p>§ 4 Abs. 1 Nr. 2 S. 4 BO; unter 100.000 € Anlehnung an freihändige Vergabe nach VOL/A bei freiberuflichen Leistungen</p> <p>§ 4 Abs. 1 Nr. 2 S. 5 BO; ab 100.000 € Anlehnung an VOF bei freiberuflichen Leistungen</p> <p>§ 9 Abs. 2 Nr. 1 HmbTG; über 100.000 € Veröffentlichung von Verträgen in Register (vgl. § 3 HmbTG)</p>
207.000 €(derzeit)	<p>§ 2 Abs. 2 VgV: EU-Schwellenwert</p>

Anlage 3: Erläuterungen zum Hamburgischen Vergabegesetz (HmbVgG)

Stand: 04.06.2015

Die nachfolgenden Erläuterungen zum HmbVgG beruhen im Wesentlichen auf der Gesetzesbegründung des Entwurfs vom 26.07.2005 (Drs. 18/2619), die konsolidiert und aktualisiert wurde. Berücksichtigt wurden folgende dabei folgende Änderungsdrucksachen:

- 19/1516 vom 11.11.2008 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des HmbVgG)
- 19/5731 vom 23.03.2010 (Entwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des HmbVgG)
- 20/5901 vom 20.11.2012 (Gesetz über den Mindestlohn in der FHH und zur Änderung des HmbVgG)

Historie des HmbVgG:

- Hamburgisches Vergabegesetz vom 18.02.2004, HmbGVBl. S. 97)
- Gesetz zum Neuerlass des HmbVgG vom 13.02.2006, HmbGVBl. S. 57
- Gesetz zur Änderung des HmbVgG vom 16.12.2008, HmbGVBl. S. 436
- 2. Gesetz zur Änderung des HmbVgG vom 27.04.2010, HmbGVBl. S. 345
- Gesetz zur Änderung des HmbVgG vom 30.04.2013, HmbGVBl. S. 188

§ 1

Sachlicher Anwendungsbereich

Fassung 2006:

(1) *Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge der Freien und Hansestadt Hamburg im Sinne von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2547), zuletzt geändert am 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3220, 3229), unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 GWB.*

Fassung 2008:

(1) *Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge der Freien und Hansestadt Hamburg im Sinne von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2115), zuletzt geändert am 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966,2968) in der jeweils geltenden Fassung unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 GWB.*

Fassung 2010 und (unverändert) 2013:

(1) *Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge der Freien und Hansestadt Hamburg im Sinne von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2115), zuletzt geändert am 18. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2966, 2968), in der jeweils geltenden Fassung, unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 GWB.*

Absatz 1 knüpft an den Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an.

Fassung 2006, 2008, 2010 und 2013:

(2) *Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden und deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung nicht vorab eindeutig erschöpfend beschrieben werden kann.*

Absatz 2 stellt klar, dass – bei Vorliegen der genannten, kumulativen Voraussetzungen – die Vergabe freiberuflicher Leistungen im geistig-schöpferischen Bereich nicht unter dieses Gesetz fällt, denn die Regelungen dieses Gesetzes, insbesondere die §§ 3, 5, 6, 7, 9, 10 und 11, zielen nicht auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen ab. Darüber hinaus wäre eine Anwendung des Regelwerks der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) unterhalb der Schwellenwerte nicht sachgerecht.

In Gestalt der Beschaffungsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg sowie den auf Grund der VV zu § 55 LHO²⁶ erlassenen Richtlinien in diesem Bereich stehen bewährte Regelwerke zur Verfügung.

Aufgehoben 2008:

(3) *Bei Vergaben öffentlicher Aufträge mit Ausnahme der unter Absatz 2 genannten Leistungen sind unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) anzuwenden.*

Absatz 3 dient der inhaltlichen Klarstellung, welche untergesetzlichen Regelungen im unter-schweligen Bereich anzuwenden sind. Ein einklagbares Recht der Bieter auf Nachprüfung einer Vergabeentscheidung im unter-schweligen Bereich soll durch diese Fassung des HmbVgG nicht geschaffen werden.

§ 2**Persönlicher Anwendungsbereich****Fassung 2006/2008**

(1) *Die Freie und Hansestadt Hamburg und die sonstigen der Aufsicht der Freien und Hansestadt Hamburg unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Auftraggeber) haben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zusätzlich die Bestimmungen dieses Gesetzes zu beachten.*

Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die Senatsämter, Fachbehörden, Bezirksämter und Landesbetriebe der Freien und Hansestadt Hamburg sowie die ihrer Aufsicht unterstehenden Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts.

Mit dem Änderungsgesetz von 2008 wurde hinter dem Wort „Aufträge“ das Wort „zusätzlich“ eingefügt. Die Ergänzung dient der Klarstellung der systematischen Einordnung des HmbVgG in den bestehenden rechtlichen Rahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Hamburger öffentliche Auftraggeber.

26 Anstelle des bisherigen § 55 LHO ist aufgrund der Neufassung der LHO vom 17.12.2013 nunmehr § 58 LHO getreten (HmbGVBl. 2013, S. 503); in Nr. 2.1 des Bewirtschaftungsgrundschriftens 2015 vom 29. Dezember 2014 ist angeordnet, dass die Nrn. 1 bis 4 und 6 VV zu § 55 LHO weiter entsprechend anzuwenden sind, solange sie nicht durch VV zur neuen LHO ersetzt worden sind. Die Regelungsinhalte der VV zu § 55 LHO sind inzwischen weitgehend durch höherrangiges Recht ersetzt, sodass auf diese VV im Folgenden nicht mehr weiter eingegangen wird.

Fassung 2008

(2) *Juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die unter die Regelung des § 98 Nummer 2 GWB fallen, wenden vergaberechtliche Regelungen nach Maßgabe des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen an. Die Auftraggeber nach Absatz 1 sind verpflichtet, ihre Gesellschafterrechte in juristischen Personen nach Satz 1, an denen die Auftraggeber durch mehrheitliche Beteiligung oder in sonstiger Weise direkt oder indirekt bestimmenden Einfluss nehmen können, so auszuüben, dass diese auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB die Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen nach Maßgabe von § 2a sowie die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes anwenden. Satz 2 gilt nicht für Unternehmen, die mit mindestens 80 vom Hundert ihres Umsatzes im entwickelten Wettbewerb zu anderen Unternehmen stehen, soweit sie Aufträge in diesem Bereich vergeben.*

Satz 2 normiert eine Einwirkungspflicht auf die § 98 GWB unterfallenden juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts normiert. Gegen eine direkte gesetzliche Bindung bestehen rechtliche Bedenken.

Ein Unternehmen steht im 'entwickelten Wettbewerb', wenn es bei seiner Tätigkeit unter Wettbewerbsbedingungen mit einem oder mehreren anderen Anbietern konkurriert und dabei keine wettbewerbsrelevanten Vorteile aus seiner Gesellschafterstruktur gegenüber den anderen Anbietern hat. Die Umsatzquote von 80 % und die zu beschaffende Leistung müssen dem gleichen wettbewerbslichen Tätigkeitsbereich des Unternehmens zuzurechnen sein, damit die Ausnahmeregelung greift.

Bei den nachfolgend aufgeführten öffentlichen Unternehmen liegen nach deren Angaben die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung von § 2 Absatz 2 Satz 3 HmbVgG vor (Drs. 20/8277 vom 04.06.2013):

- Bäderland Hamburg GmbH
- Flughafen Hamburg GmbH
- GWG Gesellschaft für Wohnen und Bauen mbH
- Hamburg Energie GmbH
- Hamburg Messe und Congress GmbH
- Reisering Hamburg RRH GmbH
- SAGA Siedlungs- Aktiengesellschaft Hamburg
- WERT Wertstoff-Einsammlung GmbH

§ 2a**Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen****Fassung 2013:**

(1) *Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB ist für Dienst- und Lieferleistungen Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) in der Fassung vom 20. November 2009 (BAnz. 2009 Nr. 196 a, 2010 Nr. 32) und für Bauleistungen Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in der Fassung vom 31. Juli 2009 (BAnz. 2009 Nr. 155a, 2010 Nr. 36), zuletzt geändert am 26. Juni 2012 (BAnz. AT 13. Juli 2012 B3) in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Abweichend von Satz 1 wenden Auftraggeber nach § 2 als Sektorenauftraggeber im Sinne von § 8 der Vergabeverordnung (VgV) in der Fassung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 170), zuletzt geändert am 23. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2334), unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB diejenigen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen nach Satz 1 an, auf die § 7 VgV in der jeweils geltenden Fassung verweist.*

Die Anwendungsbefehle für die 'Vergabe- und Vertragsordnungen' bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte werden in einer eigenen Vorschrift (§ 2a) zusammengefasst. Der Titel ist an der modernisierten Bezeichnung 'Vergabe- und Vertragsordnung' orientiert, die im Bereich der Bauleistungen bereits verwendet wird und die zukünftig auch im Bereich der jetzigen 'Verdingungsordnung für Leistungen' Verwendung finden soll.

Absatz 1 Satz 1 greift die bisherige Regelung von § 1 Absatz 3 HmbVgG auf, wird jedoch inhaltlich dahingehend präzisiert, dass nunmehr für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ausdrücklich nur auf den Teil der Vergabe- und Vertragsordnungen verwiesen wird, der für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte vorgesehen ist (sogenannte 'Basisparagrafen' oder 'Paragraphen ohne Buchstabenzusatz', die bislang jeweils im 1. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten sind).

Durch die Einführung einer dynamischen Verweisung durch das Änderungsgesetz 2013 werden Anpassungen bei zukünftigen Änderungen der VOL und der VOB entbehrlich.

Mit dem neuen Absatz 1 Satz 2 wird für Sektorenauftraggeber im persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte ausdrücklich auf die spezifischen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen für Vergaben zu Sektorentätigkeiten verwiesen. Diese Regelung betrifft nur solche Sektorenauftraggeber, die in § 2 Absatz 2 unmittelbar oder mittelbar vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst sind. Der Verweis auf § 8 VgV (Tätigkeiten im Sektorenbereich) zur Definition der erfassten Sektorentätigkeiten erfolgt als statischer Bezug auf die derzeitige Fassung der Norm, um einen Rückgriff auf diese Bestimmung auch dann noch zu ermöglichen, wenn diese Bestimmung im Rahmen der Modernisierung des Vergaberechts auf Bundesebene aufgehoben werden sollte (vgl. Artikel 2 des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, Bundesrats-Drucksache 349/08 vom 23. Mai 2008). Dagegen ist der Verweis auf die Vergabe- und Vertragsordnungen und auf § 7 VgV dynamisch gestaltet, um in der Zukunft zu erwartende Änderungen der Vergabe- und Vertragsordnungen erfassen zu können.

Fassung 2008:

(2) Die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde kann in Einschränkung zu Absatz 1 Grenzen für Auftragswerte festlegen, bis zu deren Erreichen eine Auftragsvergabe nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten (Beschränkte Ausschreibung) oder eine Auftragsvergabe ohne förmliches Verfahren (Freihändige Vergabe) zulässig ist. Das Vergabeverfahren richtet sich in diesen Fällen im Übrigen nach den einschlägigen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen nach Absatz 1.

Absatz 2 sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, für Aufträge mit relativ geringem Auftragsvolumen durch die Festsetzung von Wertgrenzen für Auftragswerte die Auftragsvergabe durch eine weniger aufwändige 'Beschränkte Ausschreibung' oder 'Freihändige Vergabe' zu ermöglichen. Diese Grenzen sind in der Praxis bei Auftraggebern und Auftragnehmern anerkannt und bislang in Vorschriften zu § 55 der Landeshaushaltsordnung (LHO) vom 23. Dezember 1971, HmbGVBl. 1972, S. 10) enthalten. 'Zuständige Behörde' im Sinne von Absatz 2 Satz 1 soll die nach den nachrangigen Vorschriften zu § 55 LHO für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde werden. Das ist nach Ziffer 6 der Verwaltungsvorschrift zu § 55 LHO vom 27. November 2006 (Amtl. Anz. Nr. 6 vom 16. Januar 2007, S. 126), je nach betroffenem Leistungstyp, die Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt²⁷ oder die Finanzbehörde. Die Verfahrensbezeichnungen sind angelehnt an die bislang jeweils in § 3 der Vergabe- und Vertragsordnungen enthaltenen bewährten und bekannten Begrifflichkeiten für die unterschiedlichen Verfahrensarten. Unabhängig von der

27 Voraussichtlich ab dem 01.07.2015: Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen (gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 7 des Gesetzes über Verwaltungsbehörden in der Fassung vom 03.06.2015 – HmbGVBl. S. 108)

Regelung in § 2a Absatz 2 bleiben 'Beschränkte Ausschreibung' oder 'Freihändige Vergabe' unter den jeweils in § 3 der Vergabe- und Vertragsordnungen geregelten Voraussetzungen zulässig.

Die Anordnung des Senats über Zuständigkeiten im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem Hamburgischen Vergabegesetz vom 14. Dezember 2010 (Amtl. Anz. 2010, S. 2649) regelt:

I

„Zuständig nach § 2 a Absatz 2 des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG) vom 13. Februar 2006 (HmbGVBl. S. 57), zuletzt geändert am 27. April 2010 (HmbGVBl. S. 345), in der jeweils geltenden Fassung ist

1. in Angelegenheiten der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) und in Angelegenheiten der entsprechenden Anwendung der Sektorenverordnung vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110), geändert am 7. Juni 2010 (BGBl. I S. 724, 727), in der jeweils geltenden Fassung gemäß § 2 a Absatz 1 Satz 2 HmbVgG

die Finanzbehörde,

2. in Angelegenheiten der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)
die Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt²⁸.

II

Zuständig nach § 3 a Absatz 3 HmbVgG ist

1. für Waren und Warengruppen als Gegenstand von Liefer- oder Dienstleistungen
die Finanzbehörde,
2. für Waren und Warengruppen, die im Rahmen von Bauleistungen Verwendung finden,

die Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt²⁸.

§ 3

Tariftreueerklärung und Mindestlohn

Fassung 2006:

(1) Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. Als Bauleistungen gelten Leistungen des Bauhauptgewerbes und des Baunebengewerbes. Satz 1 gilt für die Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr entsprechend.

(2) Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der Auftraggeber einen gültigen Tarifvertrag des Gewerbes in Hamburg zu Grunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Tarifverträge zur Regelung von Mindestlöhnen bzw. Mindestentgelten werden hierbei nicht berücksichtigt.

Mit der Regelung des § 3 Absatz 1 Satz 1 soll sichergestellt werden, dass, unabhängig von einer etwaigen Tarifbindung von Unternehmen, Aufträge für Bau- und Verkehrsleistungen aus dem Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs nur an Unternehmen vergeben werden, die ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei der Ausführung der Auftragsleistung in Hamburg mindestens nach den jeweils in der Freien und Hansestadt Hamburg geltenden Entgelttarifverträgen bezahlen.

Die Regelung des § 3 Absatz 1 Satz 2 soll klarstellen, dass der Begriff der Bauleistung umfassend zu verstehen ist. Die Bezugnahme auf die Leistungen des Bauhaupt- sowie des Baunebengewerbes soll verdeutlichen, dass unter den Begriff der Bauleistungen alle Leistungen zu verstehen sind, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken bzw. baulichen Anlagen dienen.

Gelten gemäß Absatz 2 am Ort der Ausführung mehrere Entgelttarifverträge, legt der Auftraggeber nach seinem Ermessen die im Rahmen von Auftragsvergaben zur Anwendung kommenden Entgelttarifverträge hinsichtlich der Gewährung von Lohn sowie Fahrgeld und Auslöse fest. Bei den festzulegenden Entgelttarifverträgen muss es sich um Tarifverträge handeln, die am Ort der Ausführung rechtlich verbindlich sind. Absatz 2 Satz 2 stellt sicher, dass im Rahmen des § 3 Entgelttarifverträge einzuhalten sind, die nicht lediglich Mindestlöhne bzw. Mindestentgeltsätze festlegen. Hierdurch wird u. a. zum Ausdruck gebracht, dass § 3 einen über das Arbeitnehmerentsendegesetz hinausgehenden Anwendungsbereich hat.

Fassung 2008:

Für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227), zuletzt geändert am 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3140), in der jeweils geltenden Fassung erfasst, dürfen Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

Mit § 3 soll die bisherige Tariftreueregelung aufgrund der vorwiegend positiven Ergebnisse der Evaluierung der Hamburgischen Tariftreueregelung in einer europarechtskonformen Fassung erhalten bleiben, um Auftragnehmer- und Auftraggeberseite für die Beachtung der Mindestentgeltvorgaben zu sensibilisieren und um weiterhin die besonderen Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten nach dem Hamburgischen Vergabegesetz zur Verfügung zu stellen.

Aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) im "Rüffert"-Urteil vom 3. April 2008 - C-346/06 - zur nahezu wortgleichen niedersächsischen Tariftreueregelung bedarf die bisherige Hamburgische Tariftreueregelung der Korrektur und Anpassung an die Vorgaben des vorrangig anzuwendenden Europarechts. Nach diesem Urteil beschränkt eine Regelung, die - wie die niedersächsische Tariftreueregelung - im Anwendungsbereich der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie (Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. EG 1997 Nr. L 18, S. 1) über die durch diese Richtlinie geschaffenen Möglichkeiten hinaus Anforderungen an Dienstleistungsanbieter stellt, den freien Dienstleistungsverkehr in unzulässiger Weise, da keine Rechtfertigung für die Beschränkung ersichtlich ist. Eine solche Regelung verstößt damit gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 49 des EG-Vertrags, die als europäisches Primärrecht sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB zu beachten ist.

Weitergehende Bedenken gegen Tariftreueregelungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hat der EuGH im "Rüffert"-Urteil nicht geäußert, so dass eine nicht diskriminierende Tariftreueregelung, die nicht über die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie beziehungsweise deren Umsetzung durch das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG - vom 26. Februar 1996,

BGBl. I S. 227, zuletzt geändert am 21. Dezember 2007, BGBl. I S. 3140) hinausgeht, weiterhin als europarechtlich zulässig erachtet werden kann.

Die geänderte Formulierung der Tariftreuepflicht im Hamburgischen Vergabegesetz trägt den europarechtlichen Vorgaben Rechnung. Einheitlicher Mindeststandard sind die nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zwingenden Mindestregelungen. Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, dass das einzelne inländische Beschäftigungsverhältnis nach §§ 3 bis 5 Tarifvertragsgesetz höheren tarifvertraglichen Regelungen unterliegen kann.

Satz 2 hält die Möglichkeit offen, gegebenenfalls auch anderweitige gesetzliche Mindestlöhne zu berücksichtigen.

Die Regelung von § 3 stellt zugleich eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 97 Absatz 4, 2. Halbsatz dar.

Von der Änderung unberührt bleiben die bereits zuvor bestehenden Möglichkeiten, bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Bieters und der Auskömmlichkeit eines Angebots auch die Beachtung etwaiger Bindungen aus §§ 3 bis 5 Tarifvertragsgesetz oder aus dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu berücksichtigen.

Fassung 2013:

(1) Für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert am 24. Februar 2012 (BGBl. I S. 212, 249), oder das Mindestarbeitsbedingungengesetz vom 11. Januar 1952 (BGBl. II 802-2), zuletzt geändert am 22. April 2009 (BGBl. I S. 818), in der jeweils geltenden Fassung, erfassen, dürfen öffentliche Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen auf Grund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für die Beachtung des Tarifvertragsgesetzes in der Fassung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert am 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864, 1978), des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 159), zuletzt geändert am 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854, 2923), in der jeweils geltenden Fassung, und anderer gesetzlicher Bestimmungen über Mindestentgelte.

Zu Absatz 1:

Die Vorschrift wird redaktionell an die veränderte Gesetzeslage auf Bundesebene angepasst. Neben dem Arbeitnehmerentsendegesetz regeln auch das Mindestarbeitsbedingungengesetz, das Tarifvertragsgesetz und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz arbeitsrechtliche Standards, u.a. Mindestarbeitsentgelte; aus systematischen Gründen ist daher auch das Mindestarbeitsbedingungengesetz in den Absatz 1 aufzunehmen. Die Vorschriften haben einen über die zitierten Vorschriften hinausgehenden Regelungsgehalt, in dem sie vom Auftraggeber verlangen, gegenüber dem Auftragnehmer bei der Auftragsvergabe auf die Einhaltung dieser Vorschriften hinzuwirken.

Fassung 2013:

(2) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen dürfen unbeschadet weitergehender Anforderungen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet haben, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung einen Mindestlohn nach § 5 des Hamburgischen Mindestlohngesetzes vom 30. April 2013 (HmbGVBl. S. 188), in der jeweils geltenden Fassung, zu zahlen.

Drs. 20/5901 (allgemeine Begründung):

Der vergabespezifische Mindestlohn erfasst auch die Beauftragung einer Nachunternehmerin oder eines Nachunternehmers. Die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer ist gem. § 5 Absatz 1 Satz 3 des Hamburgischen Vergabegesetzes zu verpflichten, der Nachunternehmerin oder dem Nachunternehmer die Pflichten aus §§ 3, 3a des Hamburgischen Vergabegesetzes aufzuerlegen und deren Beachtung durch die Nachunternehmerin oder den Nachunternehmer zu kontrollieren. Eine Umgehung des vergabespezifischen Mindestlohns ist damit ausgeschlossen.

§ 3 Absatz 2 HmbVgG ergänzt die Verpflichtung zur Tariftreueerklärung nach Absatz 1 durch die Verpflichtung zur Einhaltung des Mindestlohnes des Hamburgischen Mindestlohngesetzes. Der Mindestlohn wird nicht kraft staatlicher Geltungsanordnung Inhalt der Arbeitsverträge.

Vielmehr ist der Auftragnehmer auf Grund der durch Angebot und Zuschlag entstandenen einzelvertraglichen Bindung verpflichtet, den bei der Auftragsausführung eingesetzten Beschäftigten ein Mindeststundenentgelt in der gesetzlich bestimmten Höhe zu zahlen. Hierdurch erhalten die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zumindest dann eine akzeptable Vergütung, wenn sie zur Erfüllung von Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern eingesetzt werden. Durch die Festsetzung eines Mindestlohns wird ein Niedriglohnwettbewerb auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen verhindert mit der Folge, dass die hiermit verbundenen staatlichen Transferleistungen (sog. „Aufstocken“) entbehrlich und im Ergebnis die sozialen Sicherungssysteme entlastet werden. Darüber hinaus stärkt ein Mindestlohn im Vergabebereich auch das Lohnniveau im Bereich niedrig qualifizierter Arbeit insgesamt, ohne dabei in die Autonomie der Arbeitsvertrags- und Tarifparteien einzugreifen. Der durch das Hamburgische Mindestlohngesetz festgelegte Mindestlohn von 8,50 Euro pro Stunde entspricht den in den Gesetzen der Länder Hansestadt Bremen, dort § 9 Absatz 1 Tariftreue- und Vergabegesetz, Rheinland-Pfalz, dort § 3 Absatz 1 Satz 1 Landestariftreuegesetz, und Berlin, dort 8,50 Euro in § 1 Absatz 4 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz, festgelegten Werten und liegt über dem Wert im Land Brandenburg von 8,00 Euro, dort in § 3 Absatz 3 Brandenburgisches Vergabegesetz.

Fassung 2013:

(3) Öffentliche Aufträge über Bauleistungen und andere Dienstleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, im Fall der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes dafür zu sorgen, dass die Verleiher den Leiharbeiterinnen und Leihararbeitern bei der Ausführung der Leistung das gleiche Arbeitsentgelt gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Entleihers.

Zu Absatz 3:

Die Vorschrift stellt sicher, dass zumindest in den Fällen, in denen Aufträge für öffentliche Auftraggeber durchgeführt werden, eine gleiche Entlohnung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern und übrigen Beschäftigten des Auftragnehmers nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes stattfindet. Mit der Anforderung einer Verpflichtung des Auftragnehmers durch Verpflichtungserklärung auf den Mindestlohn wird das Ziel verfolgt, dass sich die öffentliche Hand nicht durch Auslagerung von Aufgaben auf private Auftragnehmer ihrer Verantwortung für eine angemessene Vergütung der Beschäftigten entziehen kann, derer sie sich, wenn sie die beauftragte Leistung selbst erbringen würde, bedienen müsste.

Fassung 2013:

(4) Die Unternehmen müssen im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung ihres Unternehmens sowie die gezahlte Höhe des Stundenlohns (brutto) für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben. Fehlt diese Erklärung bei Angebotsabgabe und wird sie auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen. Diese Regelungen gelten auch für Unternehmen mit Sitz im Ausland.

Zu Absatz 4:

Die nach Absatz 4 geforderte Verpflichtungserklärung dient dazu, die Angaben der Unternehmen nachvollziehen und überprüfen zu können.

Fassung 2013:

(5) Auf bevorzugte Bieter gemäß § 141 Satz 1 und § 143 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1046, 1047), zuletzt geändert am 12. April 2012 (BGBl. I S. 579, 599), finden die Absätze 2 bis 4 keine Anwendung.

Zu Absatz 5:

In Absatz 5 wird klargestellt, dass die in den Absätzen 2, 3 und 4 vorgesehenen Mindestentgeltregelungen für Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Blindenwerkstätten auf Grund ihrer vergabe- und sozialrechtlichen Sonderstellung nicht gelten.

Fassung 2013:

(6) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.

Zu Absatz 6:

Der Begriff der Dienstleistungskonzession ergibt sich aus der EU-Richtlinie 2004/18/EG, Artikel 1 Absatz 4. Die Vorschrift stellt sicher, dass die Bestimmungen über den Mindestlohn im unter-schwelligeren Bereich auch auf Dienstleistungskonzessionen anzuwenden ist.

Fassung 2013:

(7) Auf die Absätze 1 bis 6 findet § 2 Absatz 2 Satz 3 keine Anwendung.

zu Absatz 7:

Die Nichtanwendbarkeit von § 2 Absatz 2 Satz 3 stellt sicher, dass auch Unternehmen, für die ansonsten die dort genannte Ausnahme (80-Prozent-Regelung) gilt, an die Vorschriften des § 3 gebunden sind.

§ 3a
Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen

Fassung 2008:

(1) Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen ist darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen ergeben sich aus

1. dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930 (BGBl. 1956 II S. 641),
2. dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 (BGBl. 1956 II S. 2073),
3. dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. Juli 1949 (BGBl. 1955 II S. 1123),
4. dem Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. Juni 1951 (BGBl. 1956 II S. 24),
5. dem Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25. Juni 1957 (BGBl. 1959 II S. 442),
6. dem Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 98),
7. dem Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1973 (BGBl. 1976 II S. 202) und
8. dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17. Juni 1999 (BGBl. 2001 II S. 1291).

Fassung 2008:

(2) Aufträge über Lieferleistungen dürfen in den Fällen nach Absatz 3 nur mit einer Ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden, die den Auftragnehmer verpflichtet, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende Nachweise oder Erklärungen von den Bietern zu verlangen. Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.

(3) Absatz 2 gilt nur für Waren oder Warengruppen, bei denen eine Gewinnung oder Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 im Einzelfall in Betracht kommt und die von der für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständigen Behörde in einer entsprechenden Liste aufgeführt werden. Unbeschadet der Erbringung anderer, gleichwertiger Nachweise, kann die zuständige Behörde in der Liste nach Satz 1 zusätzlich anerkannte unabhängige Nachweise oder Zertifizierungen für eine Herstellung unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen benennen, bei deren Vorlage die Erfüllung der Anforderungen nach Absatz 1 vermutet wird.

Die 'ILO-Kernarbeitsnormen' werden in den in Absatz 1 genannten acht völkerrechtlichen Übereinkommen konkret ausgestaltet. Alle Mitgliedstaaten der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO; englisch: International Labour Organisation - ILO), einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen (VN), haben sich in der 'Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit' am 18. Juni 1998 zu den Kernarbeitsnormen bekannt:

"Die Internationale Arbeitskonferenz, (...) erklärt, dass alle Mitglieder, auch wenn sie die betreffenden Übereinkommen nicht ratifiziert haben, allein aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation verpflichtet sind, die Grundsätze betreffend die grundlegenden Rechte, die Gegenstand dieser Übereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäß der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen, nämlich (a) die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen; (b) die Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit; (c) die effektive Abschaffung der Kinderarbeit und (d) die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf."

Die bestmögliche Beachtung der 'ILO-Kernarbeitsnormen' wird im Stadium der Vertragsausführung als Ergänzende Vertragsbedingung zu einer vertraglichen Nebenpflicht des Auftragnehmers. Das Verlangen nach einer 'bestmöglichen' Beachtung soll Raum lassen für eine verhältnismäßige Anwendung der Vorschrift, zum Beispiel durch die Berücksichtigung von Verhaltenskodizes.

Mit den Begriffen 'Waren und Warengruppen' können gegebenenfalls sowohl Rohstoffe wie Natursteine als auch industrielle und andere Erzeugnisse erfasst werden. Um unnötigen bürokratischen Aufwand für Bieter und öffentliche Auftraggeber zu vermeiden, wird die Anwendung auf in einer speziellen Liste genannte Waren und Warengruppen begrenzt, bei denen Erkenntnisse über mögliche Fälle von Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen vorliegen. Zuständig für die Erstellung der Liste ist die für Grundsatzangelegenheiten zuständige Behörde (derzeit Behörde für Stadtentwicklung und Umwelt²⁹ oder Finanzbehörde).

Die gesetzliche Regelung erfasst primär förmliche Vergaben. Soweit im Ausnahmefall Handkäufe zulässig sind, wird von den Käufern erwartet, sich im Sinne der Ziele der Regelung von § 3a entsprechend zu vergewissern, dass keine Waren erworben werden, die den Anforderungen des § 3a nicht genügen könnten.

Auf Bundesebene ist im Rahmen der 'Modernisierung des Vergaberechts' (Gesetzentwurf der Bundesregierung, Bundesrats-Drucksache 349/08 vom 23. Mai 2008) gleichfalls eine Änderung in § 97 Absatz 4 GWB-E vorgesehen, mit der auf der Basis von Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EU Nr. L 134 S. 114) auch oberhalb der EU-Schwellenwerte ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet sein soll, für die Auftragsausführung zusätzliche (soziale) Anforderungen an den Auftragnehmer zu stellen.

§ 3b

Umweltverträgliche Beschaffung

Fassung 2008:

(1) Auftraggeber haben im Rahmen der Beschaffung dafür Sorge zu tragen, dass bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen negative Umweltauswirkungen vermieden werden, soweit dies wirtschaftlich vertretbar ist.

Drs. 19/1516 (allgemeine Begründung):

Durch die Aufnahme der Verpflichtung zur umweltverträglichen Beschaffung in das Hamburgische Vergabegesetz soll deren Bedeutung zum Schutze der natürlichen Lebensgrundlagen herausgestellt werden. Die Nutzung bereits vorhandener vergaberechtlicher Berücksichtigungsmöglichkeiten von Umweltauforderungen, z.B. durch Festlegungen in der Leistungsbeschreibung, durch Festlegung bestimmter technischer Spezifikationen oder durch die Benennung von Zuschlagskriterien, soll durch die Aufnahme der Regelung in das Hamburgische Vergabegesetz gefördert und abgesichert werden.

Die in § 3b Abs. 1 vorgesehene Beachtung von Umweltaspekten im Vergaberecht ist für den öffentlichen Auftraggeber eine wichtige Möglichkeit, sich für den nachhaltigen Erhalt der Umweltressourcen und für Gesichtspunkte des Umweltschutzes einzusetzen. Mit dem Hamburger Klimaschutzkonzept (Drs. 18/6803) hat der Hamburger Senat die Wichtigkeit der notwendigen Berücksichtigung von Umweltbelangen herausgestellt. Alle Vergabestellen sollen künftig bei der Beschaffung auftragsbezogene, insbesondere lebenszyklusbezogene Anforderungen an die Umweltverträglichkeit in Betracht ziehen und erforderlichenfalls der Vergabe zugrunde legen. Die Vergabestellen können sowohl im Rahmen der Festlegung von Anforderungen in den Leistungsbeschreibungen, der Benennung von technischen Spezifikationen sowie bei der Festlegung von Zuschlagskriterien Umwelanforderungen festlegen. Spezielle Festlegungen im Rahmen der Beschaffung z.B. aus dem Klimaschutzgesetz (§ 10) oder aus dem Hamburgischen Abfallwirtschaftsgesetz (§ 2) bleiben unberührt.

Fassung 2013:

(2) Bei der Vergabe einer Lieferung von Investitionsgütern sollen in geeigneten Fällen neben den voraussichtlichen Anschaffungskosten unter Berücksichtigung des Lebenszyklusprinzips die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer, die Kosten für den Energieverbrauch sowie die Entsorgungskosten berücksichtigt werden.

Drs. 20/5901 (allgemeine Begründung):

Den öffentlichen Auftraggebern kommt bei der Beschaffung eine Vorbildfunktion auch hinsichtlich der Berücksichtigung des Umwelt- und Klimaschutzes sowie der Energieeffizienz zu. In § 3b Hamburgisches Vergabegesetz werden daher ökologische Anforderungen für Vergaben nunmehr auch im unterschweligen Bereich (vgl. § 2 Vergabeverordnung) definiert. Es besteht nämlich kein Grund dafür, mit Blick auf § 6 Vergabeverordnung (dort im Bausektor) im oberenschwelligen Bereich hohe Standards zu fordern, diese im unterschweligen Bereich jedoch vollständig in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen. Die Berücksichtigung von Energieverbrauch und Lebenszykluskosten, die Definition des Umgangs mit Umweltgütern und Umweltmanagementmaßnahmen sowie die Förderung der E-Mobilität werden daher in das Hamburgische Vergabegesetz übernommen, womit ein wichtiger Beitrag der öffentlichen Hand dafür geleistet wird, die Bedeutung dieser Gesichtspunkte im Vergabeverfahren konkret zur Geltung zu bringen.

§ 3b Absatz 2 ordnet im Hinblick auf Investitionsgüter die Berücksichtigung des sog. Lebenszyklusprinzips an. Nach diesem Prinzip werden bei der Auswahl nicht nur die Anschaffungskosten, sondern auch die Kosten der Nutzung (z.B. Betriebspersonalkosten, Instandhaltungskosten, Energie- und Verbrauchskosten) und der Entsorgung eines Produktes betrachtet.

Fassung 2013:

(3) Im Rahmen der einer Vergabe einer Lieferung oder Dienstleistung vorangestellten Bedarfsanalyse soll eine umweltfreundliche und energieeffiziente Gesamtlösung angestrebt werden.

§ 3b Absatz 3 schreibt die Berücksichtigung einer umweltfreundlichen und energieeffizienten Gesamtlösung in der Phase der Bedarfsprüfung vor.

Fassung 2013:

(4) In der Leistungsbeschreibung oder in der Bekanntmachung sollen die Leistungsanforderungen hinsichtlich des Umweltschutzes und der Energieeffizienz ausdrücklich genannt werden. Der Nachweis kann durch das Umweltzeichen „Blauer Engel“ oder durch andere geeignete und gleichwertige Mittel erbracht werden. Beim Kauf technischer Geräte und Ausrüstungen oder bei der Ersetzung oder Nachrüstung vorhandener technischer Geräte und Ausrüstung sind mit der Leistungsbeschreibung im Rahmen der technischen Anforderungen von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch zu fordern; dabei ist in geeigneten Fällen vom Bieter eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit zu fordern.

Bei der Beschaffung technischer Geräte und Ausrüstungen wird die in § 4 Absatz 6 Nummer 1 der Vergabeverordnung enthaltene Regelung durch § 3b Absatz 4 Satz 3 auch für Vergaben im Unterschwellenbereich übernommen, welche einen Anteil von mehr als 90 Prozent am Gesamtvergabevolumen darstellen. Danach besteht auch bei nationalen Unterschwellenvergaben die Verpflichtung, bei der Beschaffung Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen in der Leistungsbeschreibung zu fordern. Es besteht kein sachlicher Grund, den Aspekt des Energieverbrauchs nur in Vergaben oberhalb der EU-Schwelle verpflichtend vorzugeben und dies bei nationalen Vergaben vollständig in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen, zumal der Energieverbrauch ein Kernelement der umweltfreundlichen Beschaffung von Gegenständen darstellt.

Fassung 2013

(5) Bei der technischen Spezifikation eines Auftrags sollen Umwelteigenschaften oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt diskriminierungsfrei festgelegt werden. Hierzu können geeignete Spezifikationen verwendet werden, die in Umweltgütezeichen definiert sind, wenn

- 1. sie sich zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind,*
- 2. die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,*
- 3. die Umweltgütezeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Stellen und Personen teilnehmen können und*
- 4. das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.*

Andere geeignete Nachweise, insbesondere technische Unterlagen der Hersteller oder Prüfberichte anerkannter Stellen, sind ebenfalls zulässig.

Absatz 5 überträgt die Verpflichtung zur Beachtung der Aspekte des Umweltschutzes und der Energieeffizienz auf die Übernahme in die technischen Spezifikationen und geht auf die Bedeutung von Umweltzeichen und deren Verwendung bei der Festlegung der technischen Spezifikationen ein.

Fassung 2013:

(6) *Im Rahmen der Eignungsprüfung soll der Auftraggeber von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit in nach Art und Umfang geeigneten Fällen verlangen, dass das zu beauftragende Unternehmen bei der Auftragsausführung bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt. Diese können bei umweltrelevanten Bau- und Dienstleistungsaufträgen in der Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen bestehen, die bei der Ausführung des Auftrags zur Anwendung kommen sollen. Zum Nachweis dafür, dass der Bieter bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt, kann der Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen.*

Zu Absatz 6:

Absatz 6 bezieht sich auf die Eignungsprüfung, bei der in besonderem Maße auf die Erfüllung bestimmter Normen für das Umweltmanagement abgestellt werden soll. Eco-Management und Audit Scheme (EMAS) ist als europäische Auszeichnung für betriebliches Umweltmanagement zum Nachweis der Erfüllung von bestimmten Normen für das Umweltmanagement geeignet. Die Eintragung eines Unternehmens in das EMAS-Register kann für die Beurteilung der technischen Fachkunde eines Bieters unter folgenden Bedingungen herangezogen werden: Die Vergabestellen dürfen nicht auf die Registrierung als solche abstellen, sondern es muss ein Bezug zur Ausführung des Auftrags vorhanden sein, und gleichwertige Nachweise für Umweltmanagementmaßnahmen sind anzuerkennen.

Die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde wird durch Verwaltungsvorschrift konkretisieren, wann geeignete Fälle vorliegen. Hierdurch wird verhindert, dass für Aufträge geringen Umfangs mit Kosten verbundene Zertifizierungen verlangt werden, die in keinem vernünftigen Verhältnis zum Auftragswert stehen, und damit kleine Unternehmen aus dem Wettbewerb um solche Aufträge verdrängt werden.

Fassung 2013:

(7) *Bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sollen auch Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt werden.*

(8) *Der Auftraggeber kann zusätzliche umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wenn diese*

- 1. mit Recht der Europäischen Union vereinbar sind, insbesondere keinen diskriminierenden Charakter haben,*
- 2. in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben werden und*
- 3. keine versteckten technischen Spezifikationen, Auswahl- oder Zuschlagskriterien darstellen.*

Zu den Absätzen 7 und 8:

Absatz 7 und Absatz 8 legen fest, dass auch im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots sowie bei der Auftragsausführung Aspekte des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt werden sollen. Die Berücksichtigung im Rahmen der Zuschlagserteilung erfolgt selbstverständlich nach Maßgabe der in § 3b Absatz 5 Satz 2 genannten allgemeinen für die Zuschlagserteilung geltenden vergaberechtlichen Grundsätze.

Fassung 2013:

(9) Bei der Vergabe von Aufträgen, insbesondere von Transportdienstleistungen, soll darauf hingewirkt werden, dass bei der Auftragsdurchführung emissionsfreie Fahrzeuge zum Einsatz kommen.

Zu Absatz 9:

Die Vorschrift zielt darauf ab, u.a. Emissionen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge zu vermeiden. Unter den Begriff „emissionsfrei“ fallen E-Fahrzeuge, aber auch Brennstoffzellen- und Wasserstoff-Autos. Ausgeschlossen sind Hybridfahrzeuge, weil beim Einsatz des Verbrennungsmotors naturgemäß Emissionen entstehen. Die Formulierung, dass auf eine Auftragsdurchführung mittels emissionsfreier Fahrzeuge hingewirkt werden soll, ist auf ein qualifiziertes Bemühen gerichtet vor dem Hintergrund einer sich erst entwickelnden und in der Durchsetzungsphase befindlichen Technik. Dies gewährleistet Flexibilität in den Bereichen, in denen zwingende Hindernisse für den Einsatz dieser Fahrzeuge bestehen.

§ 4**Mittelstandsförderung und Eignungsnachweis durch Präqualifizierungssysteme****Fassung 2008/2013:**

(1) Die Auftraggeber sind verpflichtet, kleine und mittlere Unternehmen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern.

(2) Das Vergabeverfahren ist, soweit nach Art und Umfang der anzubietenden Leistungen möglich, so zu wählen und die Vergabeunterlagen sind so zu gestalten, dass kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

Drs. 19/1516 (allgemeine Begründung):

Im Rahmen der Prüfung hat sich gezeigt, dass das bestehende Recht sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene bereits angemessene Möglichkeiten zur Berücksichtigung von KMU-Interessen bei Auftragsvergaben – einschließlich einer Aufteilung in Fach- oder Teillose gibt, die von den Vergabestellen auch schon jetzt möglichst weitgehend genutzt werden.

Bei der nach dem Ersuchen angestrebten uneingeschränkten Verpflichtung zur Aufteilung aller zu vergebenden Leistungen in Teil- und Fachlose (ohne dass ersichtlich wäre, bis zu welchem Grad) würde – gerade im betroffenen Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte (d. h. im VOL-Bereich Aufträge mit einem Auftragswert unter 211.000 Euro³⁰ und im VOB-Bereich unter 5.278.000 Euro³¹) – eine unzweckmäßige und unwirtschaftliche Zersplitterung sowie praxisfremde Segmentierung von Aufträgen drohen, die zugleich organisatorische Nachteile (= zusätzliche Kosten) verursachen könnte. Wettbewerb, Wirtschaftlichkeit und Effizienz sollten die Frage des ‚ob‘ und ‚wie‘ der Loseaufteilung entscheiden – entsprechend dem Primärziel der Öffentlichen Auftragsvergabe: Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zu Sicherstellung der Aufgabenerfüllung unter sparsamer Verwendung der öffentlichen Finanzmittel.

Weitere Unsicherheiten ergeben sich daraus, dass gegenwärtig noch mit Änderungen an dem umstrittenen § 97 Absatz 3 GWB-E gerechnet werden muss. Mit einer Ergänzung des Hamburgischen Vergabegesetzes zur Frage der Loseaufteilung wäre letztlich ein erhebliches Risiko verbunden, dass eine im Ergebnis abweichende Formulierung anschließend zu Anwendungsunsicherheiten führen würde.

30 Seit 01.01.2014: 207.000 Euro

31 Seit 01.01.2014: 5.186.000 Euro

§ 4 dient der Integration der vergaberechtlichen Vorschriften des MFG Hamburg in das HmbVgG. Absatz 1 entspricht § 15 Absatz 1 Satz 2 MFG Hamburg. Absatz 2 entspricht § 15 Absatz 2 Satz 1 MFG Hamburg. § 15 Absatz 2 Satz 2 MFG Hamburg ist entbehrlich, weil § 1 Absatz 3 HmbVgG n.F. die Anwendung der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) vorsieht. Die Einbeziehung kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist somit durch die Übernahme von § 15 Absatz 2 Satz 1 MFG Hamburg hinreichend berücksichtigt. VOL und VOB beinhalten bereits ausdrücklich den Gedanken der Losvergabe (Teilung größerer Aufträge, Vergabe an mehrere Firmen möglich).

In Absatz 2 wurde 2013 der Begriff „Verdingungsunterlagen“ durch „Vergabeunterlagen“ ersetzt. Durch diese Änderung wird der Wortlaut an die Terminologie der Vergabe- und Vertragsordnung angepasst.

Fassung 2013:

(3) Die für Grundsatzfragen des Vergaberechts zuständige Behörde kann Präqualifizierungssysteme einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann.

Die Überschrift wurde 2013 infolge der Einfügung des Absatzes 3 ergänzt.

Absatz 3 eröffnet die in § 97 Absatz 4a des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelte Möglichkeit, Präqualifizierungssysteme einzurichten oder zuzulassen, nunmehr auch für die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte des § 2 Vergabeverordnung und leistet damit einen Beitrag, das Vergaberecht im Hinblick auf Mittelstandsfreundlichkeit fortzuentwickeln.

**§ 5
Nachunternehmereinsatz**

Fassung 2006/2008:

(1) Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Die Bieter sind verpflichtet, schon bei Abgabe ihres Angebots anzugeben, welche Leistungen an Nachunternehmer weiter vergeben werden sollen. Soweit Leistungen auf Nachunternehmer übertragen werden, hat sich der Auftragnehmer auch zu verpflichten, den Nachunternehmern die für den Auftragnehmer geltenden Pflichten der Absätze 2 und 3 sowie von §§ 3, 3a und § 10 Absatz 2 aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch die Nachunternehmer zu kontrollieren.

Die Regelung des Absatzes 1 wird auf Bau- und Dienstleistungen beschränkt, da die Problematik im Bereich der Lieferungen ohne Relevanz ist. Die Änderungen in Absatz 1 Satz 2 dienen der sprachlichen Klarstellung und redaktionellen Anpassung.

2008 wurde in Satz 3 § 3a ergänzt.

Fassung 2006:

(2) Eine nachträgliche Einschaltung oder ein Wechsel eines Nachunternehmers bedarf bei Bau- und Dienstleistungen ebenfalls der Zustimmung des Auftraggebers. Die Zustimmung zum Wechsel eines Nachunternehmers darf nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers sowie wegen Nichterfüllung der Nachweispflicht gemäß § 7 Absatz 2 versagt werden.

Absatz 2 Satz 2 regelt ausschließlich die Zustimmung zum Wechsel eines Nachunternehmers. Durch die Regelung erhalten Auftragnehmer die Sicherheit, dass die Zustimmung zum Wechsel eines Nachunternehmers aus anderen Gründen als fehlender Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Nachunternehmers nicht mehr verweigert werden kann, wenn die grundsätzliche Zustimmung zum jeweiligen Nachunternehmereinsatz im Rahmen der Ausführung dieses Auftrages beim Auftraggeber eingeholt wurde. Die übrigen Änderungen dienen der redaktionellen Anpassung.

Fassung 2006/2013:

(3) *Auftragnehmer sind für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmen vertraglich zu verpflichten,*

1. *bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen als Nachunternehmen zu beteiligen, soweit dies mit der vertragsmäßigen Ausführung des Auftrages vereinbar ist,*
2. *Nachunternehmen davon in Kenntnis zu setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt,*
3. *bei der Weitervergabe von Bauleistungen an Nachunternehmen die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B), bei der Weitergabe von Dienstleistungen die Allgemeinen Vertragsbedingungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil B (VOL/B), zum Vertragsbestandteil zu machen und*
4. *den Nachunternehmern keine, insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise, ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem Auftraggeber vereinbart sind.*

Absatz 3 entspricht bis auf redaktionelle Anpassungen dem § 15 Absatz 3 MFG Hamburg, der damit in das HmbVgG integriert wird.

In Absatz 3 Nr. 3 wurde 2013 der Begriff „Verdingungsordnung“ durch „Vergabe- und Vertragsordnung“ ersetzt.

§ 6**Wertung unangemessen niedriger Angebote****Fassung 2006:**

Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bauleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, um mindestens 10 v. H. vom nächst höheren Angebot ab, so hat der Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung sind die Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommen die Bieter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann der Auftraggeber sie vom weiteren Vergabeverfahren ausschließen.

Die 10 %-Regel dient vornehmlich der Kontrolle der Einhaltung der Tariftreue und wird daher auf den hauptsächlich betroffenen Bereich der Bauleistungen beschränkt. Im Bereich der Lieferungen und Leistungen ist eine 10 %-ige Abweichung von Angeboten zum nächst höheren Angebot nicht unüblich, ohne dass deshalb regelhaft eine Unangemessenheit des Angebotes vermutet werden müsste.

Darüber hinaus ist die Regelung nicht sachgerecht, da sich hier unterschiedliche Produktionsweisen und Qualitäten häufig in deutlich voneinander abweichenden Preisen widerspiegeln können, ohne dass daraus regelmäßig auf Dumpingpreise geschlossen werden kann. Die Regelungen des § 25 VOL/A und des § 25 VOB/A mit der Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung unangemessener Angebote bleiben darüber hinaus erhalten.

§ 7 Wertungsausschluss

Fassung 2006:

(1) *Ein Angebot ist von der Wertung auszuschließen, wenn der Bieter trotz Aufforderung folgende Unterlagen nicht beibringt:*

1. *aktuelle Nachweise über die vollständige Entrichtung von Steuern und Beiträgen,*
2. *einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister, der nicht älter als drei Monate sein darf, sowie*
3. *bei Aufträgen für Bauleistungen eine Tariftreueerklärung nach § 3.*

Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

In Absatz 1 ist neu geregelt, dass ein Angebot dann auszuschließen ist, wenn die Unterlagen „trotz Aufforderung“ nicht beigebracht werden. Damit finden Sinn und Zweck der Regelung des § 6 HmbVgG a.F. auch im Gesetzestext ausdrückliche Berücksichtigung. Nach der Gesetzesbegründung zum bisherigen HmbVgG (Bürgerschaftsdrucksache 17/4030 vom 28. Januar 2004) sollte dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt werden, die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers im Vorfeld der Auftragsvergabe prüfen zu können. Ein solcher Handlungsspielraum der Vergabestellen ist mit Blick auf die strikte Rechtsfolge der gesetzlichen Regelung sachgerecht. Legen daher Bieter bzw. Bewerber die Nachweise trotz Aufforderung nicht vor, werden sie von der Wertung ausgeschlossen. Zugleich wird mit dieser Regelung erreicht, dass der Verwaltungsaufwand für die Bieter bzw. Bewerber und für die Verwaltung reduziert wird, ohne den Regelungszweck zu gefährden, da nicht bei jeder Vergabe sämtliche Unterlagen geprüft werden müssen. Die Einfügung in Absatz 1 Nummer 2 dient der sprachlichen Klarstellung.

Fassung 2008:

(1) *Hat der Bieter*

1. *aktuelle Nachweise über die vollständige Entrichtung von Steuern und Beiträgen,*
2. *eine geforderte Erklärung nach §§ 3 und 3a oder*
3. *sonstige geforderte Nachweise oder Erklärungen*

nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt, entscheidet die Vergabestelle auf Grundlage der Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen im Sinne von § 2a Absatz 1, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird. Fremdsprachige Bescheinigungen oder Erklärungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie mit Übersetzung in die deutsche Sprache vorgelegt worden sind.

Durch die geänderte Überschrift („Wertungsausschluss“ statt „Nachweise“) sollen die möglichen Folgen fehlender Nachweiserbringung hervorgehoben werden.

Durch den Verweis auf die Ausschlussregelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen sollen Differenzierungen zwischen dort vorgesehenem zwingenden Ausschluss oder Ausschluss im Rahmen einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung ermöglicht werden.

Die bislang in § 7 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 geforderte Beibringung eines Gewerbezentralregisterauszugs entfällt aufgrund des Zweiten Mittelstandsentlastungsgesetzes (Zweites Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft, MEG II) vom 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246). Der öffentliche Auftraggeber kann nur noch eine Eigenerklärung des Bieters verlangen und gegebenenfalls selbst eine Gewerbezentralregisterauskunft nach § 150a Gewerbeordnung anfordern.

Fassung 2006/2008:

(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrags über die Erbringung von Bauleistungen oder Dienstleistungen einem Nachunternehmer übertragen werden, so sind vor der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise gemäß Absatz 1 vorzulegen. Soweit eine Benennung von Nachunternehmern nach Auftragserteilung zulässig ist, sind die erforderlichen Nachweise nach Absatz 1 bei der Benennung vorzulegen.

Die Regelung des Absatzes 2 wird in Anlehnung an die Systematik des § 5 (siehe auch dortige Begründung) auf Bau- und Dienstleistungen beschränkt.

Die Ergänzung von 2008 in Absatz 2 Satz 2 berücksichtigt die möglichen Fälle einer Nachunternehmerbenennung nach Auftragserteilung.

§ 8**Unternehmensverzeichnis****Fassung 2006:**

(1) Der Senat wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ein Verzeichnis derjenigen Unternehmen einzurichten, die Liefer-, Dienst- oder Bauleistungen für Auftraggeber im Sinne von §§ 1 und 2 erbringen (Unternehmensverzeichnis). Die Verordnung regelt die Voraussetzungen für die Eintragung und die daraus erwachsenden Rechte und Pflichten für eingetragene Unternehmen. Sie bestimmt außerdem die Stelle, bei der das Unternehmensverzeichnis geführt wird.

(2) Die bestehenden, auf Grund von § 15 c des Mittelstandsförderungsgesetzes Hamburg vom 2. März 1977 (HmbGVBl. S. 55), zuletzt geändert am 4. Dezember 2002 (HmbGVBl. S. 302), erlassenen Verordnungen gelten als auf Grund des § 8 dieses Gesetzes erlassen.

Die Aufnahme des § 15 c MFG Hamburg in § 8 Absatz 1 HmbVgG erfolgt, wie die anderen Regelungen aus dem MFG Hamburg auch, um alle wesentlichen vergaberelevanten Vorschriften in einem Gesetz zu konzentrieren. Die detaillierte Ausgestaltung und Zuständigkeit für die Führung des Unternehmensverzeichnisses sind im Zusammenhang mit dem Erlass der Rechtsverordnung zu konkretisieren. Die Regelung in Absatz 2 ermöglicht, dass die Verordnung für das Unternehmensverzeichnis, sofern diese ggf. vor In-Kraft-Treten dieses Gesetzes erlassen wird, auf der neuen Ermächtigungsgrundlage fortgeschrieben werden kann.

§ 9**Sicherheitsleistung bei Bauleistungen****Fassung 2006:**

(1) Für die vertragsgemäße Erfüllung sind bei Öffentlicher Ausschreibung und Offenem Verfahren erst ab einer voraussichtlichen Auftragssumme von 250 000 Euro Sicherheiten zu verlangen. Bei Beschränkter Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb, Freihändiger Vergabe, Nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren sollen Sicherheiten in der Regel nicht verlangt werden.

(2) Für die Erfüllung der Mängelansprüche sind Sicherheitsleistungen in der Regel ab einer Auftragssumme oder ab Abrechnungssummen von 250 000 Euro zu verlangen.

Diese Regelung entspricht § 15 b MFG Hamburg und legt die Auftragssummen fest, ab denen vom Auftraggeber eine Sicherheit verlangt werden kann.

§ 10 Kontrollen

Fassung 2006:

(1) Der Auftraggeber ist berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Er darf zu diesem Zweck Einblick in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer und die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen gemäß § 7 Absatz 1 sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge nehmen. Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.

Fassung 2006:

(2) Der Auftragnehmer und seine Nachunternehmer haben vollständige und prüffähige Unterlagen gemäß Absatz 1 über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten. Auf Verlangen des Auftraggebers sind ihm diese Unterlagen vorzulegen.

Die Änderungen dienen der sprachlichen Klarstellung und redaktionellen Anpassung.

§ 11 Sanktionen bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen

Fassung 2006/2008:

(1) Um die Einhaltung der aus §§ 3, 3a, 5 und § 10 Absatz 2 resultierenden Verpflichtungen des Auftragnehmers zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v.H., bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von 5 v. H. der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer zu vertreten ist.

(2) Die Auftraggeber haben mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus §§ 3 und 3a resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer sowie schuldhafte Verstöße gegen die aus § 5 und § 10 Absatz 2 resultierenden Verpflichtungen den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung oder zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen.

Gemäß der Begründung zum Gesetzentwurf des HmbVgG a.F. (Bürgerschaftsdrucksache 17/4030) soll die Einhaltung der im HmbVgG normierten Anforderungen zur Tariftreue etc. unter anderem dadurch sichergestellt werden, dass die Auftraggeber mit den Auftragnehmern eine Vertragsstrafe vereinbaren müssen.

Wie in der bisherigen Fassung hat der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Im Gesetzestext ist die Höchstgrenze der Vertragsstrafe, wenn es zu mehreren Verstößen im Rahmen eines Auftrages kommt, nunmehr jedoch auf 5% der Auftragssumme begrenzt. Die Festlegung dieser Höchstgrenze ist aus Gründen der Rechtssicherheit der Vertragsstrafenregelung geboten. Die Höchstgrenze von 5% orientiert sich an der neuesten Rechtsprechung des BGH.

Nach Auffassung des BGH benachteiligt eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel den Auftragnehmer unangemessen, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5% der Auftragssumme vorsieht (Urteil vom 23. Januar 2003, VII ZR 210/01). Diese zum Bauvertragsrecht ergangene Rechtsprechung ist auf Dienstleistungen sinngemäß zu übertragen und dient somit auch für den VOL-Bereich als Orientierung.

In der Überschrift wurden 2008 die Lieferleistungen mit aufgenommen und in Abs. 1 und 2 § 3a eingefügt.

Übergangsregelung

Auf Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten von Artikel 1 eingeleitet worden sind, findet das Hamburgische Vergabegesetz in der bisher geltenden Fassung Anwendung. Als Einleitung des Verfahrens im Sinne von Satz 1 gilt, je nach Verfahrensart, der Termin der Bekanntmachung, die Aufforderung zur Angebotsabgabe beziehungsweise das konkrete Einholen eines Einzelangebots.

Die Übergangsregelung knüpft an den Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens an, der über die Regelung in Satz 2 zu den eindeutigen Zeitpunkten Bekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Einholung eines Einzelangebots klar bestimmbar ist.

Anfragen in der Bürgerschaft zum HmbVgG bzw. zum Beschaffungswesen:

- 18/6234 vom 18.05.2007: SKA „Beschaffungswesen, Sozialstandards und Fairer Handel
- 18/7065 vom 02.10.2007: SKA „Beschaffungswesen, Sozialstandards und Fairer Handel
- 18/7339 vom 20.11.2007: SKA „Gutachten, Untersuchungen und Beraterverträge“ (Geltung der Vergabeordnungen für ö. Unternehmen)
- 18/7728 vom 22.01.2008: SKA „Umsetzung eines Beschlusses der Hamburgischen Bürgerschaft
- 18/7900 vom 05.02.2008: SKA „Staatsrätebeschluss für soziale Mindeststandards in der öffentlichen Beschaffung“
- 19/264 vom 16.05.2008: SKA „Konsequenzen des EuGH-Urteils im Fall „Rüffert“ für das Hamburgische Vergabegesetz“
- 19/265 vom 16.05.2008: SKA „Vergabe von Aufträgen und Fördermitteln an Wach- und Sicherheitsunternehmen“
- 19/6278 vom 01.06.2010: SKA „Anwendung des HmbVgG für öffentliche Unternehmen“
- 19/6380 vom 08.06.2010: SKA „Keine Waren aus ausbeuterischer Kinderarbeit – wie stellt der Senat dies bei öffentlichen Auftragsvergaben sicher?“
- 19/6581 vom 23.07.2010: GA „ILO-Kernarbeitsnormen: Evaluation des Hamburgischen Vergabegesetzes (HmbVgG)
- 20/2832 vom 07.02.2012: GA „Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)“
- 20/3027 vom 03.02.2012: SKA (Heintze): „Öffentliche Ausschreibungen 2011“
- 20/4966 vom 11.09.2012: GA „Öffentliche Beschaffung in Hamburg - wirtschaftlich und fair, nachhaltig und innovationsfördernd?“
- 20/5873 vom 23.11.2012: SKA „Wertgrenzenerhöhung für Beschränkte Ausschreibungen ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb und für Freihändige Vergaben (II)
- 20/6697 vom 05.02.2013: SKA „Tariftreue bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen“
- 20/7133 vom 12.03.2013: SKA „Die Entwicklung des fairen Handels in Hamburg“

Anlage 4: Ausschlussklärung bezüglich Scientology**Von allen Auftragnehmern bei**

- externer Beratung zu Fort- und Weiterbildungsfragen,
- der Heranziehung von Unternehmensberatungsgesellschaften,
- der Beauftragung von Werbeagenturen,
- der Heranziehung externer IuK-Beratung

ist die nachfolgende Erklärung abzuverlangen (unabhängig vom Auftragswert):

Erklärung

Ich, die/der Unterzeichnende erkläre,

1. dass ich bzw. mein Unternehmen nicht nach der Technologie von L. Ron Hubbard arbeite,
2. dass weder ich noch meine Mitarbeiter nach der Technologie von L. Ron Hubbard geschult werden bzw. keine Kurse und / oder Seminare nach der Technologie von L. Ron Hubbard besuchen und
3. dass ich die Technologie von L. Ron Hubbard zur Führung meines Unternehmens (zur Durchführung meiner Seminare) ablehne.

(Ort/Datum)

(Unterschrift / Firmenstempel)

Finanzbehörde

Organisation und Zentrale Dienste
Abteilung für Grundsatzfragen der Organisation
– Abteilungsleiter: Hans Randl –
Referat für Grundsatzfragen des Vergaberechts
– Referatsleiter: Rüdiger Schulz –
– stellvertretender Referatsleiter: Dr. Tim Schurig –
Gänsemarkt 36
D-20354 Hamburg

Ansprechpartnerinnen:

Annette Gelhaus (Tel. 428.23-1365)
Andrea Hein (Tel. 428.23-1366)

Stand:

1. Juli 2015

**Nachdruck von Stellen außerhalb der Verwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg
nur mit Genehmigung der Finanzbehörde.**