

Rechtsgutachten

über die Fragestellung

„Welche rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bestehen für die Landeshauptstadt München, um auf Grundlage der geltenden rechtlichen Bestimmungen insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen mit Firmensitz in München bei Vergabeverfahren der Landeshauptstadt München betreffend die Vergabe von Bauleistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und von Leistungen im Sinne der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bevorzugt bzw. möglichst optimal zu berücksichtigen?“

erstattet der Landeshauptstadt München

von

Rechtsanwalt Dr. Alexander Herrmann
Gronefeld Rechtsanwälte
Prinzregentenplatz 23, 81675 München
Telefon: 089 / 411 090
E-Mail: Gronefeld@t-online.de
www.gronefeld-rechtsanwaelte.de

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung	3
2. Aktuelle Rechtslage	3
2.1 Allgemeines	3
2.2 Normative Rechtsgrundlagen	3
2.3 Die Behandlung von Kriterien der Ortsnähe, Ortsansässigkeit und der örtlichen Präsenz in Rechtsprechung und Literatur	7
2.4 Berücksichtigung der Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen	13
3. Rechtsfolgen von Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen	15
3.1 Europaweite Vergabeverfahren	15
3.2 Nationale Vergabeverfahren	16
3.3 Sonstige Rechtsfolgen	17
4. Alternative Optionen	19
4.1 Allgemeines	19
4.2 Alternativen	20
5. Ergebnis, Handlungsempfehlung	29
Zusammenfassung	30

1. Aufgabenstellung und Gang der Untersuchung

- 1.1 Zur Prüfung der rechtlichen Realisierbarkeit einer Förderung der regionalen Wirtschaft soll eine vergaberechtliche Untersuchung zu der Frage erfolgen, ob und inwieweit kleinere und mittlere Unternehmen mit Firmensitz in München bei Vergabeverfahren der Landeshauptstadt München bevorzugt behandelt werden oder zumindest mit ihren Angeboten möglichst optimal Berücksichtigung finden können.
- 1.2 Mit der vorliegenden Darstellung wird zunächst ein Überblick über die aktuelle Rechtslage anhand der bestehenden Rechtsnormen und der zum Kriterium der Ortsansässigkeit ergangenen Rechtsprechung gegeben. Im Weiteren werden die Risiken bei Verletzungen der einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätze und die daraus entstehenden Rechtsfolgen dargestellt. Anschließend werden unterschiedliche Ansatzpunkte für mögliche Gestaltungsansätze auf ihre Vergaberechtskonformität überprüft. Abschließend werden die sich daraus resultierenden Ergebnisse zusammengefasst und daraus Handlungsempfehlungen formatiert.

2. Aktuelle Rechtslage

2.1 Allgemeines

Sowohl europaweite Vergabeverfahren als auch nationale Ausschreibungen werden von den allgemeinen und das gesamte Vergaberecht durchdringenden Prinzipien und Grundsätzen, dem Gebot der Gleichbehandlung, der Transparenz sowie der Nichtdiskriminierungen geprägt.

Vor allem im Bereich der europaweiten Ausschreibungen existiert dazu eine umfangreiche Rechtsprechung. Die wesentlichen Inhalte können auf nationale Vergabeverfahren übertragen werden.

2.2 Normative Rechtsgrundlagen

Für europaweite Vergabeverfahren sind neben den allgemeinen Bestimmungen des AEUV (Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union) die derzeit noch zu

beachtenden Bestimmungen der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)¹ sowie die bereits in Kraft gesetzte, jedoch erst bis 2016 umzusetzende allgemeine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (AVR)² zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind deutsche Umsetzungs- und Ausführungsbestimmungen im GWB, der Vergabeverordnung und der einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A-EG und VOL/A-EG) zu beachten³.

Im Einzelnen:

- 2.2.1 Das Europäische Primärrecht verbietet in Art. 18 AEUV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Dieses Verbot wird durch verschiedene Grundfreiheiten, die Auswirkungen auf das Vergaberecht haben, insbesondere durch die Vorgabe der Freiheit des Warenverkehrs (Art. 34 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und – mittelbar – auch durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) konkretisiert.

- Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, § 97 GWB, RdNr. 12 -

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Dieser verlangt im Bereich des Vergaberichts zumindest, dass alle bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen.

- EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – Rs. C 458/03 – VergabeR 2005, 737 -

- 2.2.2 Diese Vorgaben sind auch im Europäischen Sekundärrecht in den Vergaberichtlinien umgesetzt worden.

¹ Richtlinie Nr. 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, ABIEU Nr. L 134 vom 30.04.2004, Seite 114 ff.

² Richtlinie Nr. 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABIEU Nr. L 94 vom 28.03.2014, Seite 65 ff.

³ Nachdem die Landeshauptstadt München weder als Sektorenauftraggeber tätig werden, noch verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge vergeben dürfte, sind die Bestimmungen des SektVO, der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV sowie der Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG – VOB/A-VS – außer Betracht geblieben.

- 2.2.2.1 Art. 18 AVR verlangt, dass die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nicht diskriminierender Weise behandeln und sich transparent und verhältnismäßig verhalten müssen. Das Vergabeverfahren darf auch nicht in der Absicht konzipiert werden, dieses vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Derartiges ist insbesondere dann anzunehmen, wenn das Vergabeverfahren in der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen, Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2, AVR. Soweit Anforderungen in Bezug auf die Eignung an Wirtschaftsteilnehmer in den Auftragsunterlagen gebildet werden, müssen diese Einschränkungen durch objektive Gründe gerechtfertigt und angemessen sowie verhältnismäßig sein, Art. 19 Abs. 2 UAbs. 2, 3 AVR.
- 2.2.2.2 In gleicher Weise bestimmt Art. 2 VKR, dass die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln haben und in transparenter Weise vorgehen müssen. Der zweite Erwägungsgrund zur VKR stellt dazu erneut den Bezug zu den im AEUV enthaltenen Grundsätzen her.
- 2.2.3 Die allgemeinen Vergabegrundsätze sind weiter in § 97 Abs. 1 und 2 GWB verankert. Danach haben öffentliche Auftraggeber ihren Beschaffungsbedarf im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren zu befriedigen und die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, wenn nicht eine Benachteiligung aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist.

Der Wettbewerbsgrundsatz verfolgt als zentrales Ziel des Vergaberechts die Wahl eines Verfahrens, in dem allen interessierten Unternehmen Zugang zu dem Beschaffungsvorgang in Form der Bereitstellung der erforderlichen Information, der Eröffnung der Möglichkeit zur Abgabe eines Angebots und dem Vergleich dieser Angebote in einem fairen Verfahren eröffnet wird.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren – vorbehaltlich abweichender Regelungen – gleich zu behandeln sind. Dadurch sollen sowohl Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, als auch unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen verhindert werden.

Der Grundsatz der Transparenz schließlich verlangt als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, dass allen Bietern gegenüber umfassende

Publizitätspflichten einbehalten werden. Dazu gehören die rechtzeitige Bekanntmachung der ausschlaggebenden Eignungskriterien und der anzuwendenden Zuschlagskriterien.

2.2.4 Diese allgemeinen Vergabegrundsätze werden weiter von den Vergabe- und Vertragsordnungen aufgegriffen und zum Teil konkretisiert.

2.2.4.1 Die VOB/A bestimmt in § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A, dass Bauleistungen in transparenten Vergabeverfahren zu vergeben sind und dabei der Wettbewerb die Regel sein soll und bei der Vergabe kein Unternehmen diskriminiert werden darf.

§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A konkretisiert diese Vorgabe dahingehend, dass der Wettbewerb nicht auf Unternehmen beschränkt werden darf, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind.

Für europaweite Vergaben bestimmen § 2 EG Abs. 1 und 2 VOB/A und § 6 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A das Gleiche.

2.2.4.2 Die VOL/A enthält in § 2 Abs. 1 VOL/A und § 2 EG Abs. 1 VOL/A inhaltlich zu § 2 VOB/A und § 2 VOB/A-EG identische Bestimmungen. Die ausdrücklich untersagte Beschränkung des Wettbewerbs auf ortsansässige Teilnehmer am Wettbewerb aus § 6 Abs. 1 VOB/A bzw. § 6 EG Abs. 1 VOB/A ist in § 6 VOL/A und § 6 VOL/A-EG nicht enthalten.

2.2.5 Die vom EuGH aus den Grundfreiheiten des AEUV abgeleiteten allgemeinen Grundsätze (Wettbewerbsprinzip, Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot) gelten unabhängig davon, ob es sich um Vergaben oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte handelt.

Unterhalb der Schwellenwerte besteht überdies etwa die Bindung der Kommunen (so auch der Landeshauptstadt München) an die Bestimmungen des ersten Abschnitts von VOB/A und VOL/A (vgl. etwa § 30 Abs. 2 BayKommHV-Doppik).

Nach § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik sind bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen die vom Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat bekanntgegebenen Vergabegrundsätze anzuwenden. Diese Vergabegrundsätze werden in der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14.10.2005 (I B 3-1512.4-138, in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.12.2012 (AllMBI 2013 – S. 6) vorgegeben.

Darin wird die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in den Teilen A, B und C sowie die Anwendung der Richtlinie der Bayerischen Staatsregierung über die Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten, für die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen und freier Berufe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie über die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber angeordnet.

Auch wenn in Nr. 1.1 dieser Bekanntmachung eine Bezugnahme auf die Regelungen der VOL/A fehlt, ist den weiteren Regelungen der Bekanntmachung dennoch zu entnehmen, dass sie von der Verpflichtung zur Anwendung der Bestimmungen der VOL/A durch die den Regelungen der KommHV-Doppik unterworfenen Gebietskörperschaften ausgeht. Dies ergibt sich etwa aus der in Nr. 1.2.2 im Absatz 2 ff. aufgenommenen Regelung über die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen nach der VOL/A. Im Übrigen schreibt § 30 Abs. 1 KommHV-DOPPIK grundsätzlich vor, dass der Vergabe von Aufträgen eine öffentliche Ausschreibung voranzugehen hat.

Die Regelungen der VOF sind in diesem Zusammenhang für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht anzuwenden. Der persönliche Anwendungsbereich nach § 1 Abs. 2 VOF ist hierfür nicht eröffnet. Dennoch haben Ausschreibungen von freiberuflichen Leistungen unterhalb der Schwellenwerte in jedem Fall die allgemeinen Vergabegrundsätze (Gleichbehandlung, Transparenz und Nichtdiskriminierung) zu beachten.

- 2.3 Die Behandlung von Kriterien der Ortsnähe, Ortsansässigkeit und der örtlichen Präsenz in Rechtsprechung und Literatur.

Unter Berufung auf diese Rechtsgrundlagen und die sich daraus ergebenden Grundsätze lehnt die Rechtsprechung grundsätzlich sowohl die Gestaltung von Vergabeunterlagen, als auch die Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber ab, die darauf gerichtet sind, insbesondere gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Bieter zu verstoßen. Dieses Gebot wird als Grundlage für das mit dem Vergaberecht beabsichtigte Wettbewerbsprinzip gesehen.

2.3.1 Im Einzelnen geht die Rechtsprechung derzeit davon aus, dass die gemeinschaftliche Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge unter anderem die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe ausschließen soll.

- EuGH, Urteil vom 16.12.2008 – Rs. C-213/07 – IBR 2009, 1416;
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002 – Verg 28/02;
VK Bund, Beschluss vom 12.11.2009 – VK 3 – 208/09 – IBR 2010, 1007 -

Solche Maßnahmen können insbesondere auch nicht damit begründet werden, dass zusätzliche Steuereinnahmen erzielt oder die Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte unterstützt werden. Diese und ähnliche Gesichtspunkte können als sachfremde Aspekte die Einschränkung des Wettbewerbs in einem Vergabeverfahren nicht rechtfertigen.

- Bauer, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 13. Auflage 2012, § 6 VOB/A – RdNr. 5 unter Verweis unter anderem auf EuGH, Urteil vom 20.03.1990 – Rs. C-21/88 – NVwZ 1991, 1071, in dem der EuGH etwa in Rdz. 20 f. festgestellt hat, dass auch die Qualifikation einer Regelung als Beihilfe eine Maßnahme zur Beschränkung des freien Warenverkehrs nicht rechtfertigen kann -

Neben der Unzulässigkeit der Beschränkung des Wettbewerbs auf Unternehmen aus bestimmten Regionen oder Orten (Ortsansässigkeit) darf auch das Kriterium der Ortsnähe bei Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber weder auf der Stufe der Eignungs- noch bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung oder der Zuschlagsentscheidung Berücksichtigung finden.

- BayObLG, Beschluss vom 20.12.1999 – Verg 8/99 – NZBau 2000, 259, 261 -

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in dieser Entscheidung auch klargestellt, dass insbesondere Erwägungen der „politischen Opportunität“ und vor allem das Argument, Steuergelder an die örtliche Wirtschaft zurückführen zu wollen, bei der Auftragsvergabe keine Rolle spielen dürfe.

Vergaberechtswidrig sind auch Vorgaben, die darauf abzielen, dass volkswirtschaftliche Vorteile im Hinblick auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung in einer Region wertungsrelevant werden sollen.

- VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.03.2003 – 1 VK 10/03 –

Dies gilt ebenfalls für Vorgaben, die eine Verankerung und Vernetzung des Bieters im regionalen Ausbildungs- und Arbeitsmarkt verlangen und zwar unabhängig davon, ob sie als Wertungskriterium oder als Eignungskriterien anzusehen sind.

- VK Bund, Beschluss vom 14.08.2009 – VK 2 – 93/09 -

Eine andere Sichtweise kann auch nicht damit begründet werden, dass die zu verwendenden Haushaltsmittel einem nationalen Konjunkturförderprogramm entstammen und der Förderzweck auf nationaler Ebene durch eine Auftragsvergabe an einen ausländischen Bieter möglicherweise nicht erfüllt wird.

- VK Bund, Beschluss vom 12.11.2009 – VK 3-208/09;
Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A,
2. Auflage 2014, § 6 VOB/A, RdNr. 9 -

Im Ergebnis dürfen sich derartige unzulässige Beschränkungen weder aus dem Text einer Vergabebekanntmachung oder dem Inhalt der Vergabeunterlagen ergeben. Auch der Inhalt einer Leistungsbeschreibung darf nicht dazu „missbraucht“ werden, ohne sachlichen Grund regionale ansässige Unternehmen unmittelbar oder mittelbar zu bevorzugen.

- Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterium – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, 32, 34;
Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A,
2. Auflage 2014, § 6 RdNr. 10 f.;

Müller-Wrede/Horn, in: Müller-Wrede, VOL/A Kommentar, 4. Auflage 2014, § 19 VOL/A-EG, RdNr. 290, jeweils mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung -

Überdies sind auch jegliche Formen einer mittelbaren Diskriminierung ortsferner Unternehmen unzulässig. Dies gilt für die Auswahl von Eignungs- und Zuschlagskriterien gleichermaßen. Auf dieser Grundlage sind etwa Kriterien wie „vorherige Zusammenarbeit“, „regionale Erfahrung“, „Erfahrung mit Fördermittelanträgen im Freistaat Bayern“ etc. unzulässig. Dies gilt gleichfalls für eine positive Berücksichtigung einer besonderen Bekanntschaft eines Bieters zu einem Ansprechpartner bei Behörden oder etwa der Vergabestelle.

- Hänsel, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 6 VOB/A, RdNr. 3, mit Nachweisen aus der Spruchpraxis der Vergabekammer Sachsen und Baden-Württemberg -

Eine indirekte und mittelbar wirkende Diskriminierung liegt auch dann vor, wenn eine größere Auftragsvergabe ausschließlich in einer kleineren Lokalzeitung bekannt gemacht wird und dadurch zwangsläufig nur ein regional begrenzter Kreis von Unternehmen Kenntnis erlangt.

- OVG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23.08.2001 – 4 L 5/01 – ZfBR 2002, 305;
Bauer, in: Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, 13. Auflage 2012, § 6 VOB/A RdNr. 5 -

Die Rechtsprechung hält es insgesamt für sachgerecht und wettbewerblich geboten, keine Kriterien aufzustellen, die faktisch die vor Ort etablierten Unternehmen bevorteilen - weil sie zum Beispiel über das Personal, Räumlichkeiten, die Vernetzung vor Ort etc. bereits verfügen -, wenn nicht zugleich gewährleistet ist, dass auch regionale Newcomer nicht von vorneherein schlechter gestellt werden als Ortsansässige.

- VK Bund, Beschluss vom 19.07.2013 - VK 1 – 51/13 – IBR 2014, 43 = VPR 2014, 36;
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.06.2013 – VII Verg 8/13 – IBR 2013, 696, 701 -

Soweit aber ein Unternehmen kalkulatorische Vorteile daraus gewinnt, dass es sich in der Nähe des vorgesehenen Leistungsortes befindet und damit eine größere Schnelligkeit und Effizienz in seiner Preiskalkulation berücksichtigen kann, besteht umgekehrt keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, solche Vorteile künstlich zu nivellieren.

- VK Bund, Beschluss vom 18.11.2004 – VK 2-169/04;
BayObLG, Beschluss vom 03.07.2002 – Verg 13/02 – NZBau 2003, 105;
Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A,
2. Auflage 2014, § 6 VOB/A, RdNr. 16 -

2.3.2 Im Einzelnen kann danach differenziert werden, ob von den Bietern eine räumliche Nähe seiner Niederlassung (Ortsansässigkeit/Ortsnähe), oder (nur) eine bestimmte örtliche Verfügbarkeit und ein damit verbundener befristeter Aufenthalt (Ortspräsenz) verlangt wird.

- Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, 32;
Müller-Wrede/Horn, in: Müller/Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 19 VOL/A-EG, RdNr. 289 -

Kriterien, die in erster Linie (nur) auf eine (auf welche Weise auch immer umschriebene) örtliche Präsenz im Zusammenhang mit der Leistungserbringung abheben, werden dabei in der Regel als zulässig angesehen, wenn hierfür eine im Auftragsgegenstand begründete sachlich-inhaltliche Rechtfertigung besteht.

- VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.11.2013 – 1 VK 37/13;
VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.08.2013 – VK 1-12/13 -

Diese Anforderung wird zum Teil auch damit umschrieben, dass eine Rechtfertigung besteht, wenn die vor Ort bestehende Verfügbarkeit im konkreten Fall „wirtschaftlich relevant ist“.

- Müller-Wrede/Horn, in: Müller/Wrede, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 19 VOL/A-EG, RdNr. 291 unter Verweis auf:
OLG Naumburg, Beschluss vom 12.04.2012 – 2 Verg 1/12 – IBR 2012,413

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Sachverhalt wurde etwa anhand eines Unterkriteriums „Angaben zur Sicherstellung der personellen Verfügbarkeit“ angenommen, es sei im Rahmen eines komplexen IT-Projektes „ohne Weiteres nachvollziehbar“, dass ein Angebot als qualitativ hochwertiger bewertet werden soll (und kann), wenn eine ständige oder zumindest zeitlich umfangreiche Ansprechbarkeit, gegebenenfalls häufige Präsenz vor Ort oder einfach zu handhabende Kommunikationsmöglichkeit darin zum Ausdruck kommt.

Ebenso kann das Verlangen nach einer Einsatzbereitschaft in 30 Minuten nach Eingang einer Störmeldung (bei einer Ausschreibung betreffend die Wasserversorgung) sachlich gerechtfertigt sein.

- OLG München, Beschluss vom 11.04.2013 – Verg 3/13 -
VPR 2013, 88 -

Ebenso kann die Festlegung einer maximalen Transportentfernung zum Übergabeort von Abfällen, soweit entsprechende Vorgaben auftragsbezogen und sachlich gerechtfertigt sind, selbst dann nicht als von vornherein vergaberechtswidrig erachtet werden, wenn sie faktisch wettbewerbsbeschränkend wirkt.

- OLG Koblenz, Beschluss vom 22.07.2014 – 1 Verg 3/14 -
VPR 2014, 4202;
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.04.2008 – VII Verg 54/07 – VPRRS 2013,
0470

Für die Annahme der Zulässigkeit solcher Kriterien bedarf es aber besonderer Leistungsinhalte, die besondere Bedürfnisse bedingen. Nur dann ist die erforderliche sachlich-inhaltliche und auftragsbezogene Rechtfertigung denkbar.

Die Erforderlichkeit einer sachlich-inhaltlichen und auftragsbezogenen Rechtfertigung zur Festlegung solcher oder ähnlicher Inhalte in den Vergabeunterlagen wird von der Rechtsprechung umfassend geprüft. Die Vorgaben sind auch auf das unvermeidbare Maß einer möglichen Ungleichbehandlung zu

beschränken. Die noch verbleibenden Vergleichsbehandlungen sind allerdings zur Durchsetzung einer wirtschaftlichen Vergabe hinzunehmen.

- vgl. Müller-Wrede/Horn, in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOL/A, § 19
VOL/A-EG, RdNr. 291 -

2.3.3 Die gleichen Anforderungen gelten für die Forderung nach lokalen oder regionalen Nachweisen und die Vorgabe von anderen Hemmnissen in nationalen Vergabeverfahren.

Auch die Vorgaben aus dem AEU-Vertrag enthalten ein entsprechendes Diskriminierungsverbot und untersagen es, etwa die Eignung eines Bieters davon abhängig zu machen, dass er Erfahrungen in einem bestimmten Mitgliedsstaat, einer bestimmten Region oder mit einer bestimmten Gesellschaft aufweisen muss und sich dadurch Vorteile gegenüber anderen bestimmten Bietern verschaffen kann.

- EuG, Urteil vom 29.05.2013 – Rs. T-384/10 – IBR 2013, 554 = VPR 2013,
61 (zu grenzüberschreitenden Vergaben im Unterschwellenbereich)

2.3.4 Unabhängig von diesen Einschränkungen können nur dann, wenn wertmäßig kleine und alltägliche Vergaben betroffen sind, so dass es sich für weiter entfernt ansässige Bewerber aus wirtschaftlichen Gründen nicht lohnt, an der Vergabe teilzunehmen, Ausnahmen im Einzelfall gerechtfertigt sein.

- OVG Schleswig, Urteil vom 23.08.2001 – 4 L 5/01 – ZfBR 2002, 305;
Hänsel, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 6 VOB/A,
RdNr. 2 -

2.4 Berücksichtigung der Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen

2.4.1 Eine allgemeine Förderung kleinerer und mittlerer Unternehmen (ohne Berücksichtigung ihres Firmensitzes) findet über die Bestimmungen des § 97 Abs. 3 GWB und der entsprechenden Regelungen in den Vergabe- und Vertragsordnungen bereits statt.

2.4.2 Zugleich erfolgt die Berücksichtigung der Interessen kleinerer und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch die Notwendigkeit zur Beachtung der Richtlinien für die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen und freier Berufe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Mittelstandsrichtlinien

öffentliches Auftragswesen – öAMstR) der Bayerischen Staatsregierung vom 04.12.1984, Az.: B III 3-515-44-26, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 06.11.2011 (AllIMBI S. 667).

Sie verlangt jedoch nur eine angemessene Berücksichtigung der Belange und eröffnet damit keinen über die Regelungen des Vergaberechts hinausgehenden Spielraum.

- 2.4.3 Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der Interessen von kleineren und mittleren Unternehmen mit Firmensitz in München kann auch nicht aus der Anwendung der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministerium des Innern über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 14.10.2005 bewirkt werden.

Die Bekanntmachung steht insbesondere einer Bevorzugung ortsansässiger Bieter entgegen. Sie verweist in Nr. 1.1 auf die allgemeinen – oben dargestellten – Vergabegrundsätze aus VOB/A und VOL/A, soweit keine anderen Bestimmungen getroffen worden sind. Derartige abweichende Bestimmungen werden aber gerade nicht getroffen.

Vielmehr schreibt Nr. 1.2.2 dieser Bekanntmachung selbst vor, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs auf ortsansässige Unternehmen auch im Bereich der freihändigen Vergaben und unterhalb der dafür festgelegten Wertgrenzen nicht zulässig ist. Es ist in der Regel mindestens ein Angebot von einem Unternehmer einzuholen, der seine Niederlassung nicht im eigenen Landkreis des kommunalen Auftraggebers bzw. bei kreisfreien Städten im eigenen Stadtgebiet hat. Überdies sind die Bewerber regelmäßig zu wechseln. Die Einholung mehrerer Angebote ist schließlich auch dann erforderlich, wenn keine Verpflichtung zur Anwendung der VOL/A besteht. Bei Vergaben nach der VOL/A sind bei einem Auftragswert von mehr als € 75.000,00 mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, die nicht ortsansässig sind (Nr. 1.2.4 der Bekanntmachung).

- 2.4.4 Im Übrigen bleiben auch durch diese Bekanntmachungen die Anforderungen des GWB und des europäischen Rechts unberührt.

3. Rechtsfolgen von Verstößen gegen vergaberechtliche Bestimmungen

Vergaberechtsverstöße können verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen. In europaweiten Vergabeverfahren drohen die Untersagung einer Auftragserteilung und die Nichtigklärung bereits erteilter vergaberechtswidriger Aufträge. Darüber hinaus drohen Schadensersatzansprüche und der Verlust von Fördermitteln. Auch in nationalen Vergabeverfahren besteht die Möglichkeit zur Suspendierung vergaberechtswidriger Verträge und drohen Schadensersatzansprüche. Auch der Verlust von Zuwendungen ist in nationalen Vergabeverfahren zu beachten.

Im Einzelnen:

3.1 Europaweite Vergabeverfahren

3.1.1 Primärrechtsschutz

Ein Verstoß gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung ist ebenso, wie ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/A bzw. § 6 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ein Verstoß gegen bieterschützende Vorgaben.

In europaweiten Vergabeverfahren kann ein solcher Verstoß zum Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemacht werden. Die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens bewirkt gemäß § 115 Abs. 1 GWB, dass ein Zuschlag der Vergabestelle auf das Angebot des von ihr bevorzugten Bieters nicht erteilt werden darf. Ein dennoch versuchter Vertragsschluss ist gemäß § 134 BGB nichtig, da gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde.

Die Auswahlentscheidung zugunsten eines Bieters, die in einem Vergabeverfahren erfolgt, in dem Bestimmungen enthalten sind oder zur Anwendung gekommen sind, die gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz und insbesondere gegen das Verbot zur Bevorzugung örtlich ansässiger Unternehmer verstoßen, stellen allerdings (nur) einen normalen Vergabeverstoß dar. Er führt damit nicht als solcher zu einer drohenden Unwirksamkeit des Vertrages. Insbesondere dann, wenn die Konkurrenten Vergaberechtsverstöße nicht gerügt haben und ein Nachprüfungsverfahren nicht anhängig gemacht worden ist, führt ein Zuschlag in

einem solchen Vergabeverfahren zu einem wirksamen Vertrag. Die Feststellung einer Unwirksamkeit eines Vertrages nach § 101 b GWB kommt nur in den in § 101 b Abs. 1 GWB genannten Alternativen in Betracht.

- 3.1.2 Über die Möglichkeit zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens kommt theoretisch auch die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland in Betracht. Für den Fall, dass in einem solchen Vertragsverletzungsverfahren die betroffene Vergabe als rechtswidrig beanstandet wird, kann die Bundesrepublik Deutschland dazu verpflichtet werden, Maßnahmen zu ergreifen, um den aufgrund des festgestellten Vergaberechtsverstoßes geschlossenen Vertrag zu beenden. Dies kann die Ausübung einer außerordentlichen Kündigung entsprechend den Vorgaben aus § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB erforderlich machen.

- vgl. dazu: Landgericht München I, Urteil vom 20.12.2005 – 33 U 16465/05
– NZBau 2006, 269 (das Verfahren wurde in der Berufungsinstanz durch einen Vergleich beendet) -

Die Möglichkeit zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens besteht nicht mehr, wenn alle gegenseitigen Leistungen aus dem betroffenen Vertragsverhältnis bereits ausgetauscht und damit keine weiteren Rechtswirkungen durch eine Beendigung des Vertrages mehr „verhindert“ werden können.

- 3.1.3 Daneben kommt gemäß § 126 GWB bzw. §§ 241, 280 BGB (cic) die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch diejenigen Bieter in Betracht, die aufgrund eines (festgestellten) Vergabeverstoßes den Zuschlag nicht erhalten haben, obwohl sie ihn bei ordnungsgemäßem Vergabeverfahren hätten erhalten müssen. Im Einzelfall kann hierbei das positive Interesse, also der dem betroffenen Unternehmen entgangene Gewinn im Wege des Schadensersatzes geltend gemacht werden.

3.2 Nationale Vergabeverfahren

- 3.2.1 Auch in nationalen Vergabeverfahren droht durch die bisweilen beantragten einstweiligen Verfügungen gegen bevorstehende Vergaben zugunsten eines vergaberechtswidrig ausgewählten Konkurrenten eine Suspendierung des Vertragsschlusses. In der Rechtsprechung ist die Zulässigkeit des Verfahrens zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung zur Verhinderung drohender bevorstehender rechtswidriger Vergabe unterhalb des Schwellenwerts unterdessen

weitgehend anerkannt. Dies gilt insbesondere für die Rechtsprechung des Landgerichts München I.

- vgl. nur: Landgericht München I, Urteil vom 15.05.2012 – 11 O 7897/12 – (das Oberlandesgericht München hatte im Berufungsverfahren in der mündlichen Verhandlung ebenfalls eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass es von der Zulässigkeit des Primärrechtsschutzes für Vergaben im Unterschwellenbereich ausgeht, Az.: 1 U 2547/12; das Verfahren ist jedoch durch einen Vergleich beendet worden) -

Einzelheiten sind aber noch ungeklärt. Dies betrifft insbesondere die Frage einer möglichen Rügeobliegenheit der Bieter, sowie die Frage einer Vorabinformationspflicht über den beabsichtigten Vertragsschluss durch den Auftraggeber.

- 3.2.2 Zugleich besteht auch in nationalen Ausschreibungsverfahren das Risiko entsprechender sekundärrechtlicher Ansprüche (Schadensersatz).

In Einzelfällen kann auch in nationalen Ausschreibungen bei einer Verletzung grundlegender Vorschriften des AEUV ein Vertragsverletzungsverfahren drohen. Dies setzt allerdings voraus, dass der betreffende Auftrag eine grenzüberschreitende Bedeutung, also eine Binnenmarktrelevanz aufweist, also der geschätzte Auftragswert, die technischen Merkmale oder der für die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung vorgesehene Ort für ausländische Wirtschaftsteilnehmer eindeutig interessant sein könnte.

- Dittmann, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, vor § 102 GWB, RdNr. 19 -

3.3 Sonstige Rechtsfolgen

- 3.3.1 Ob und inwieweit beihilferechtliche und/oder haushaltsrechtliche Rechtsfolgen durch eine vergaberechtswidrige Beauftragung eines ortsansässigen Bieters in Betracht kommen, kann nur anhand des jeweiligen Einzelfalls beurteilt werden.

Eine unzulässige Beihilfe kann insbesondere dann im Raum stehen, wenn dem Auftragnehmer nach Maßgabe eines Vergleichs zu einem ordnungsgemäßen Verhalten des Auftraggebers mit dem Auftrag günstigere Konditionen gewährt wurden. Die Beauftragung als solche und der Umstand, dass der betroffene Bieter

als ortsansässiger Bieter vergaberechtswidrig ausgewählt worden sein könnte, dürfte als solches den Tatbestand einer unzulässigen Beihilfe noch nicht begründen.

3.3.2 Das Gleiche gilt im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen das Haushaltsrecht. Sie liegen vielmehr stets schon in der fehlerhaften Anwendung der Bestimmungen des Vergaberechts begründet, auf die etwa § 30 Abs. 2 KommHV-Doppik verweist. In Betracht kommt in solchen Fällen in der Regel eine Beanstandung durch Rechnungsprüfungsinstanzen.

3.3.3 Von erheblicher Relevanz ist ein Vergabeverstoß, wenn die Maßnahme, der dem ausgeschriebenen Auftrag zugeordnet wird, durch öffentliche Gelder gefördert wird.

Diese Gelder werden in der Regel nur unter Beifügung einschlägiger Nebenbestimmungen (ANBest) bewilligt. Diese verlangen für die Vergabe der zur Umsetzung des Projekts benötigten Auftragsverhältnisse die Beachtung der einschlägigen Vergabebestimmungen.

Verstöße gegen Vergabebestimmungen führen deshalb in der Regel zum (teilweisen) Widerruf der entsprechenden Bewilligungsbescheide und darauf gestützten Rückforderungen der Bewilligungsbehörden.

- vgl. den Überblick bei: Portz, Rückforderung von Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen, VergabeR 2014, 280 ff.;
- Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 13.02.2013 – 3 B 58.12 – IBR 2013, 294;
- Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 29.01.2014 – 8 B 28.13 – VPRRS 2014, 0391, 0393 und 0394;
- Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 30.01.2014 – 8 B 26.13 – VPRRS 2014, 0392 -

Dabei dürfte der Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, also insbesondere die Bevorzugung ortsansässiger Unternehmer, in der Regel als ein schwerer Vergaberechtsverstoß anzusehen sein.

Die Annahme eines schweren VOB-Verstoßes hat nach den Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23.11.2006 grundsätzlich den Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung zur

Folge.

Bei der Betrachtung der hierauf folgenden Risiken ist zu berücksichtigen, dass in aller Regel auch lange zurückliegende Verstöße gegen Vergabebestimmungen noch sanktioniert werden können, da die in Artikel 48 und 49 BayVwVfG normierte Jahresfrist als Entscheidungsfrist zur Ausübung des Widerrufs erst ab vollständiger Kenntnis der zuständigen Behörde vom Sachverhalt und seiner rechtlichen Bewertung zu laufen beginnt.

- 3.4 Die Analyse der durch die Verstöße gegen das Verbot zur Bevorzugung ortsansässiger Bieter drohender Sanktionen führt im Ergebnis dazu, dass alle einschlägigen Sanktionen durch einen solchen Vergaberechtsverstoß drohen können. Der Vergaberechtsverstoß führt darüber hinaus jedoch nicht zu sonstigen und besonderen Sanktionen. Er ist (lediglich) aber als in der Regel schwerer Verstoß im Sinne des Zuwendungsrechts anzusehen und führt deshalb in der Regel zu einer Kürzung von Zuwendungen bei öffentlich geförderten Vorhaben.

4. Alternative Optionen

4.1 Allgemeines

Aufgrund der soeben dargestellten Vorgaben aus den Vergabe- und Vertragsordnungen sowie den ihnen zugrunde liegenden allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung gehen wir davon aus, dass die Möglichkeit zur Einbeziehung ortsabhängiger Aspekte in Ausschreibungsbedingungen vergaberechtskonform allenfalls im Hinblick auf eine erforderliche örtliche Präsenz geschehen kann.

Solche Vergabebestimmungen mit einem lokalen Bezug, die die Notwendigkeit der örtlichen Präsenz verlangen, können deshalb nur dann risikofrei aufgenommen werden, wenn hierfür zugleich ein sachlich inhaltliches und aus dem Auftragsgegenstandes folgendes objektives Erfordernis dafür besteht und eine entsprechende nachvollziehbare Erläuterung im Vergabevermerk aufgenommen wird.

Dies gilt unabhängig von dem im Einzelfall zulässigen Vergabeverfahren und unabhängig davon, ob die Vergabe einen Auftragswert oberhalb oder unterhalb des Schwellenwertes betrifft.

Ausgenommen sind lediglich geringwertige Beschaffungen, die ohne Interesse auswärtiger Bieter durchgeführt werden können.

Der Maßstab der Geringwertigkeit dürfte sich dabei höchstens auf die Wertgrenze des § 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/A (€ 10.000,00 ohne Umsatzsteuer) bzw. § 3 Abs. 6 VOL/A (Direktkauf - € 500,00 ohne Umsatzsteuer) beschränken.

Die Wertgrenzen aus der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich eröffneten ebenfalls keine weitergehenden Spielräume. Sie betreffen allein die Wahl der anzuwendenden Vergabeverfahren. Auf Nr. 2.4.3 wird im Übrigen verwiesen.

4.2 Alternativen

Als Alternativen zur Aufnahme entsprechender Kriterien in die Vergabeunterlagen erscheinen unterschiedliche Vorgehensweisen denkbar. All diese Vorgehensweisen müssen sich jedoch im Zweifelsfall (Nachprüfungsverfahren, Schadensersatzprozess, Rechnungsprüfung etc.) gegenüber der Vermutung einer Umgehung der Vergabegrundsätze zur Gleichbehandlung und Wahrung der Transparenz sowie zur Nichtdiskriminierung behaupten können.

Im Einzelnen:

4.2.1 Gestaltung des Inhaltes des Auftragsgegenstandes

In der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass dem öffentlichen Auftraggeber die Freiheit zusteht, über den von ihm gewünschten Beschaffungsgegenstand selbst zu entscheiden. Dabei hat die Rechtsprechung wiederholt klargestellt, dass es eine vom Vergaberecht nicht geregelte Entscheidung ist, was der öffentliche Auftraggeber beschafft. Das Vergaberecht regelt lediglich die Art und Weise der Beschaffung. Die Entscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist dem Vergabeverfahren vorgelagert.

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2013 – Verg 16/12 – VPR 2013, 102;
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.03.2013 – Verg 6/13 – VPR 2013, 150
-

Begrenzt wird die Entscheidungsfreiheit über die Beschaffung aber dadurch, dass sie durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt sein muss. Hierfür müssen nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe tatsächlich vorhanden und vom Auftraggeber dokumentiert sein. Die Entscheidung hat überdies willkür- und diskriminierungsfrei zu erfolgen.

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 – Verg 10/12 – IBR 2012, 662;
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.05.2013 – Verg 16/12 – VPR 2013, 102 -

Hieraus folgt für Beschaffungsvorgänge nach der VOB/A und nach der VOL/A Folgendes:

4.2.1.1 VOB/A

Beschaffungen nach der VOB/A betreffen in der Regel Bauleistungen, welche die Verarbeitung von Produkten mit sich bringen. Über die Begrenzung aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A hinaus, schreibt § 7 Abs. 8 VOB/A vor, dass in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion verwiesen werden darf, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist und wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Lediglich dann, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann, soll dies möglich sein, wenn die entsprechenden Verweise mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden.

Durch die in § 7 Abs. 8 Satz 1 VOB/A enthaltene Bezugnahme, dass keine bestimmten Unternehmen durch den Verweis auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft begünstigt oder ausgeschlossen werden dürfen, ist jedoch klargestellt, dass auch eine Beschaffungsentscheidung nicht auf ein bestimmtes Produkt bezogen werden darf, wenn dadurch (zielgerichtet) ein bestimmtes (ortsansässiges) Unternehmen begünstigt oder andere (nicht ortsansässige) Unternehmen ausgeschlossen werden.

Wie bei der Beschaffungsentscheidung selbst kann etwas anderes nur dann angenommen werden, wenn dies durch den Auftragsgegenstand selbst gerechtfertigt ist. Die Beschaffungsentscheidung für Produkte eines ortsansässigen Unternehmens muss deshalb durch eine sachlich-inhaltliche Notwendigkeit gerechtfertigt sein. Nur dann kann unter Berufung auf die Freiheit des Auftraggebers bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes und/oder der dazu erforderlichen Produkte die entsprechende Einschränkung bereits durch die Begrenzung auf Leistungen oder Produkte ortsansässiger Unternehmen erfolgen.

Ein weitergehender Gestaltungsspielraum, als dies für Vergabebestimmungen mit der Vorgabe einer örtlichen Präsenz möglich ist, erlauben die Rückgriffe auf die Freiheit bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes daher nicht.

4.2.1.2 VOL/A

Beschaffungen nach Maßgabe der VOL/A sind dadurch gekennzeichnet, dass neben gegenständlichen Leistungen (Erwerb von Produkten etc.) auch lediglich bloße Dienstleistungen nachgefragt werden können.

Die Vorgabe aus § 7 Abs. 3 und Abs. 4 VOL/A beschränkt ihre Reichweite auf bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen. Insoweit besteht ein nahezu sachlich identischer Regelungsgehalt, wie in § 7 Abs. 8 VOB/A.

Allerdings lassen § 7 Abs. 4 Satz 2 und 3 VOL/A weitergehende Rechtfertigungsmöglichkeiten zu. so kann der Zusatz „oder gleichwertige Art“ entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe rechtfertigt. Auch bestimmt die VOL/A, dass ein solcher (sachlicher) Grund dann vorliegt, wenn die Auftraggebererzeugnisse 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 der Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre. Die Gründe hierfür sind zu dokumentieren.

Die Möglichkeit zur Berufung auf unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei der Integration von Leistungen an bereits bestehende und vorhandene Erzeugnisse und Verfahren soll das Kompatibilitätsproblem oder Schnittstellenrisiko des Auftraggebers auf ein zumutbares Maß beschränken.

- Bernhardt, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 8 VOL/A, RdNr. 18 -

Diese Rechtfertigung muss ihrerseits jedoch ebenfalls aus objektiven Kriterien herrühren, etwa aus technischen oder gestalterischen Erfordernissen an die Nutzung der Leistung. Eine entsprechende Auseinandersetzung mit Dokumentation zum Beleg der Gründe, aus denen ein Konkurrenzprodukt oder –verfahren nicht in Betracht kommt, ist in den Vergabevermerk aufzunehmen. Bei der Darlegung der Gründe besteht jedoch zu Gunsten der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum, der nur auf die Einhaltung der dafür bestehenden Grenze hin überprüfbar ist.

- Traupel, in: Müller/Wrede, VOL/A Kommentar, 4. Auflage 2014, § 8 VOL/A – EG, RdNr. 70 -

Für den Fall, dass derartige Kompatibilitäts- bzw. Schnittstellenrisiken mit technisch oder gestalterischen Erfordernissen an die zu beschaffende Leistung bewältigt werden müssen, die nur durch ein ortsansässiges Unternehmen bewältigt werden kann, besteht auf dieser Grundlage die Möglichkeit, über die sachlich-inhaltliche Rechtfertigung im Wege eines Reflexes auch ortsansässige Unternehmen in besonderer Weise zu berücksichtigen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine vergaberechtswidrige Erteilung vorangegangener Aufträge sich grundsätzlich nicht negativ auf die zu vergebenden Folgeaufträge auswirken soll.

- OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013 – 15 Verg 5/13 – VPR 2014, 88

Danach stellt es vor allem keine sachfremde Erwägung dar, den Beschaffungsgegenstand anhand einer bereits vorhandenen Technologie auszurichten, auch wenn die ursprüngliche Beschaffung (möglicherweise) vergaberechtswidrig war. Voraussetzung dafür ist, dass der zugrunde liegende (ursprüngliche) Vertrag nicht mehr anfechtbar ist.

Für bloße Dienstleistungen enthält § 7 VOL/A keine besondere Beschränkung. Für sie gelten jedoch jedenfalls die in § 2 VOL/A bzw. in § 2 VOL/A-EG geregelten allgemeinen Grundsätze, die eine Diskriminierung der Bieter und Interessenten verbieten.

4.2.1.3 Da sowohl nach § 2 Abs. 4 VOB/A bzw. § 2 EG Abs. 4 VOB/A und den entsprechenden Bestimmungen der VOL/A bzw. der VOL/A-EG die Durchführung von Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterkundung unzulässig sind, scheidet bei der Entscheidung über den möglicherweise auszuwählenden Auftragsgegenstand auch gezielte Gespräche mit bestimmten (ortsansässigen) Unternehmen darüber aus, welche spezifischen Leistungen in Anknüpfung an bestehende Leistungen nur von ihnen erbracht werden können. Ein solches Vorgehen wäre überdies als offensichtliche Umgehung des Diskriminierungsverbotes ebenfalls unzulässig.

4.2.2 Aufteilung des Auftragsgegenstandes in Lose

4.2.2.1 Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind (deshalb) in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Diese Grundsätze sind in den Vergabe- und Vertragsordnungen ebenfalls nochmals wiederholt. Sie haben in der Rechtsprechung mit der jetzt durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts gefundenen Formulierung eine erhebliche Aufwertung erfahren. Sie verpflichten den Auftraggeber insbesondere zur Prüfung, welche Möglichkeiten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen zur Verfügung stehen. Die Regelungen sind bieterschützend und verlangen eine Aufteilung, wenn nicht ausnahmsweise zusammengefasst vergeben werden kann.

- Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB, RdNr. 55 -

Von der Verpflichtung zur losweisen Ausschreibung darf nur dann abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Es ist vor diesem Hintergrund davon auszugehen, dass dem Auftraggeber bei dieser Entscheidung kein Beurteilungsspielraum mehr zukommt.

- Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB, RdNr. 65 -

Vielmehr müssen objektive Gesichtspunkte das Absehen von der Losaufteilung notwendig machen, die nicht nur im Einzelnen ermittelt, sondern auch im Vergabevermerk begründet und dokumentiert werden müssen.

4.2.2.3 Umgekehrt erlaubt § 97 Abs. 3 GWB nicht, den Auftragsumfang so weit aufzuteilen, dass für die dafür notwendigen Leistungen kein eigener Markt mehr für die dazu notwendigen speziellen Arbeiten existiert.

Die bloße technische und tatsächliche Möglichkeit zur Erbringung verschiedener Abschnitte einer Leistung durch verschiedene Personen und Unternehmen begründet das Vorliegen entsprechender Fachlose noch nicht. Hierzu ist ein entsprechender aufgabenspezifischer Anbietermarkt erforderlich. Dazu müssten überhaupt Fachunternehmen existieren, die sich auf eine solche bestimmte Tätigkeit spezialisiert haben. Es muss auch eine ausreichend große Anzahl von entsprechenden Fachunternehmen existieren, damit der öffentliche Auftraggeber über dieses Fachlos einen Wettbewerb auch durchführen kann.

- OLG Koblenz, Beschluss vom 16.09.2013 – 1 Verg 5/13 – VPR 2013, 145 -

4.2.2.4 Bei der Bildung der Fachlose kann sich der öffentliche Auftraggeber sonach bei der Prüfung, ob ein entsprechender Anbietermarkt sich entwickelt hat, auch an dem – auch regional – Üblichen orientieren.

- Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 97 GWB, RdNr. 56;
Bernhardt, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 5 VOB/A, RdNr. 17;
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2011 – VII Verg 63/10 – NZBau 2011, 369, 370 -

Durch diesen Wechselbezug von Fachlosbildung und regional Üblichem besteht durch die Erfüllung der Verpflichtungen aus § 97 Abs. 3 GWB bzw. den auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte in § 5 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 2 VOL/A angeordneten Vorgabe zur Aufteilung der Leistungen in Teil- und Fachlose eine gewisse Gestaltungsmöglichkeit für die Landeshauptstadt München zur

Berücksichtigung regionaler Unternehmen für die von ihr betriebenen Ausschreibungen.

Allerdings darf auch die Gestaltungsfreiheit bei der Bildung von Fach- und Teillosen nicht dazu führen, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs oder eine Diskriminierung von Bietern und Interessenten erfolgt. Vielmehr hat die Erfüllung der Verpflichtung zur losweisen Ausschreibung den Zweck der Norm im Blick zu halten, nach dem durch die Losaufteilung der Kreis der in Betracht kommenden Bieter zu verbreitern ist.

Soweit die regionale Wirtschaftsstruktur in erster Linie durch mittelständische Betriebe gebildet wird, kann die Verpflichtung zur losweisen Ausschreibung als Reflex aber zugleich auch die in der Region ansässigen Unternehmen begünstigen. Diese Wirkungen müssen von dem Auftraggeber nicht ausgeglichen werden.

4.2.3 Ausschöpfung von Beurteilungs- und Wertungsspielräumen

4.2.3.1 Während eines Vergabeverfahrens bestehen an verschiedenen Stellen Beurteilungs- und Wertungsspielräume für die öffentlichen Auftraggeber. Sie betreffen unter anderem die Wahl des Beschaffungsgegenstandes, die Auswahl der Anforderungen an die Eignung von in Betracht zu ziehenden Interessen und Bewerbern, die Gestaltung der für die Leistungserbringung zu bildenden Lose, die Auswahl und Festlegung der von den Bietern abverlangten Erklärungen oder die Wertungsentscheidung über die Auswahl des zu bezuschlagenden Angebots (in der letzten Stufe).

- Beispielhaft wird nur Bezug genommen auf:

OLG München, Beschluss vom 05.11.2009 – Verg 13/09 – IBRRS 2010, 3114 (materielle Eignungsprüfung);

OLG München, Beschluss vom 22.11.2012 – Verg 22/12 – IBR 2013, 95, Beschluss vom 05.10.2012 – Verg 15/12 – IR 2012, 726 (Ausschluss wegen Unzuverlässigkeit);

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2009 – Verg 10/09 – IBR 2010, 47 (Restbereich für eine freie Wertung in der 4. Wertungsstufe) -

Bei der Ausübung der Entscheidungen der Vergabestelle, für die ihr ein Beurteilungs- oder Wertungsspielraum zukommt, ist jedoch stets zu berücksichtigen, dass diese Entscheidungen ihrerseits nicht völlig frei getroffen werden können. Vielmehr kann die Ausübung des Beurteilungsspielraums durch die Vergabestelle

von Nachprüfungsinstanzen daraufhin überprüft werden, ob die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums verkannt oder überschritten werden. Dies ist der Fall, wenn das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten, von einem unzutreffend oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden oder sachwidrige Erwägungen in die Entscheidung eingeflossen und für sie verantwortlich waren oder wenn bei der Entscheidung ein sich sowohl im Rahmen des Gesetzes wie auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltender Beurteilungsmaßstab unzutreffend angewandt worden ist.

- OLG München, Beschluss vom 05.11.2009 – Verg 13/09 – IBRRS 2010, 3114;
- OLG München, Beschluss vom 21.04.2006 – Verg 8/06 – IBR 2006, 417;
- OLG München, Beschluss vom 22.11.2012 – Verg 22/11 – IBR 2013, 95 -

Überdies sind bei der Ausübung von Beurteilungsspielräumen die die Entscheidung tragenden Erwägungen nachvollziehbar im Vergabevermerk zu dokumentieren sind, um gegebenenfalls den Nachprüfungsinstanzen diese erforderliche und gebotene Prüfung auch zu ermöglichen.

4.2.3.2 Derartige Entscheidungen dürfen auch - ebenso wie Ermessensentscheidungen - etwa die Entscheidung über die Nachforderung fehlender Erklärungen nach § 16 Abs. 2 VOL/A - nicht unter Verletzung der wesentlichen und grundlegenden vergaberechtlichen Prinzipien ergehen. Sie dürfen insbesondere nicht zu einer Diskriminierung einzelner Bieter führen. Dies wäre nicht nur dann der Fall, wenn einzelne Bieter gegenüber anderen Bietern benachteiligt werden, sondern auch, wenn andere Bieter gegenüber ihren Konkurrenten ohne einen dafür bestehenden rechtfertigenden Grund bevorteilt würden (etwa weil sie ortsansässig sind). Bei der Ausübung von Entscheidungen, die der Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum oder ein Ermessen einräumen, ist deshalb darauf zu achten, dass das Kriterium und die Eigenschaft als ortsansässiges Unternehmen keine ausschlaggebende Rolle spielt. Soweit vertretbare und sich innerhalb der Grenzen der Beurteilungsspielräume haltende Entscheidungen jedoch ortsansässige Unternehmen begünstigen und diese Begünstigung nicht auf dem Umstand beruht, dass die Unternehmen ortsansässig sind, wirkt sich die Ortsansässigkeit nicht auf die Entscheidung aus und kann daher nicht zu einer Überschreitung der Ermessens- und Beurteilungsspielräume durch die Vergabestelle führen.

4.2.3.4 Zwar besteht nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf für die Vergabestelle in der 4. Stufe der Angebotswertung ein Restbereich, in dem eine freie

Wertung vorbehalten ist, weil letztlich eine der Praktikabilität geschuldete Grenze dafür besteht, bis zu welcher Unterstufe Kriterien und Modalitäten gebildet und bekanntgegeben werden müssen, anhand der das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Dennoch wird auch diese Freiheit durch die allgemeine Grenze willkürlicher und/oder diskriminierender Wertungsentscheidungen, welche die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz verletzen, beschränkt.

- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.07.2009 – Verg 10/09 – IBR 2010, 47 -

Ob und inwieweit in diesem zulässigen Rahmen bei Wertungs- und Ermessensentscheidungen Aspekte zum Tragen kommen, die zumindest als Reflexwirkungen auch zugunsten ortsansässiger Bieter in den konkreten Situationen des jeweiligen Vergabeverfahrens wirken können, ist allein anhand der Umstände des Einzelfalls festzustellen. Hierüber kann eine allgemeine Aussage nicht getroffen werden.

4.2.4 Vergabe von Einzelaufträgen bei Rahmenvereinbarungen

4.2.4.1 Die Unzulässigkeit der Bevorzugung ortsansässiger Unternehmer besteht auch bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen und im Rahmen der zu ihrer Umsetzung zu erteilender Einzelaufträge.

4.2.4.2 Auch wenn in § 4 VOL/A keine Bestimmungen über die Vergabe der von der Rahmenvereinbarung erfassten Einzelaufträge enthalten sind und diese daher in einem formlosen Verfahren erfolgen kann, bedeutet dies nicht, dass die Auftraggeber bei der Vergabe der Einzelaufträge im Unterschwellenbereich völlig frei sind. Vielmehr sind sie auch hier an die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts gebunden.

- Völlink, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 4 VOL/A, RdNr. 1 -

4.2.4.3 Dies gilt erst recht für die Erteilung von Einzelaufträgen auf der Grundlage einer nach § 4 VOL/A-EG geschlossenen Rahmenvereinbarung. Hierfür sind im Übrigen ebenfalls objektive, transparente und diskriminierungsfreie Kriterien anzuwenden.

- Völlink, in: Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht, § 4 VOL/A-EG, RdNr. 10 -

5. Ergebnis, Handlungsempfehlung

- 5.1 Die Rechtsprechung untersagt die Bevorzugung ortsansässiger und ortsnaher Unternehmen in den Vergabeverfahren. Dies gilt sowohl in Vergabeverfahren über Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, als auch in europaweiten Vergabeverfahren.

Auch die Berücksichtigung einer bestimmten örtlichen Präsenz als Auswahlkriterium für die Bestimmung des zu beauftragenden Bieters ist grundsätzlich nicht zulässig. Nur ausnahmsweise und bei Vorliegen angemessener, sachlich inhaltlicher und auftragsbezogener Rechtfertigungsgründe kann dagegen in den Vergabeunterlagen die Anforderung an eine bestimmte örtliche Präsenz im Zusammenhang mit der Leistungserbringung verlangt oder bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden.

Die aus allgemein gerechtfertigten und sachlich begründeten Erwägungen folgenden positiven Reflexe zugunsten ortsansässiger Unternehmen sind jedoch von den Konkurrenten und den Nachprüfungsinstanzen hinzunehmen und müssen nicht von der Vergabestelle ausgeglichen werden.

- 5.2 Aufgrund der wegen der damit verbundenen Vergaberechtsverstöße drohenden Risiken kann nicht empfohlen werden, bei dem Versuch zur Begünstigung ortsansässiger Unternehmen, die bestehenden Gestaltungs- und Ermessens- sowie Beurteilungsspielräume über das rechtlich zulässige und vom vergaberechtskonform festgelegten Auftragsinhalt gebotene Maß hinaus auszuschöpfen.

Zusammenfassung

1. Sowohl in dem Anwendungsbereich der europäischen Vergaberechtsbestimmungen, als auch in den zu ihrer Umsetzung und Ausfüllung ergangenen nationalen Regelungen sind von öffentlichen Auftraggebern bei Vergaben öffentlicher Aufträge die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz sowie das Verbot der Diskriminierung zu beachten.
2. Das Verbot der Diskriminierung stellt einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar. Dieser ist in § 2 Abs. 1 und 2 VOB/B für die Vergabe von Bauleistungen dahingehend konkretisiert worden, dass sich der Wettbewerb nicht auf Unternehmen beschränken darf, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind. Er wird aber von der Rechtsprechung auf alle Vergaben öffentlicher Aufträge ausgedehnt.

Dies gilt sowohl für entsprechende unmittelbare Vorgaben im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung, oder der Festlegung oder Anwendung von Zuschlagskriterien, als auch für nur mittelbare Bevorzugungen aus Gründen der örtlichen Präsenz, der Ortsnähe oder der Ortsansässigkeit.

3. Es ist ebenfalls grundsätzlich unzulässig, die örtliche Präsenz der Auftragnehmer (Bieter) im Zusammenhang mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen als vergaberelevant vorzugeben. Nur ausnahmsweise kann die örtliche Präsenz im Zusammenhang mit der Leistungserbringung zum Maßstab für die Auswahlentscheidung (sei es auf der Ebene der Eignung oder für die Zuschlagserteilung) festgelegt werden. Hierfür müssen sachbezogene, aus dem Auftragsgegenstand resultierende Gründe bestehen. Bei der Umsetzung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten und das den Wettbewerb am geringsten beeinträchtigende, mildesten Mittels zu wählen.
4. Die Interessen von kleinen und mittleren Unternehmen können vor diesem Hintergrund allein über die Anwendung der Bestimmungen des § 97 Abs. 3 GWB und der Mittelstandsrichtlinie der Bayerischen Staatsregierung „gefördert“ werden.
5. Verstöße gegen diese Vergabegrundsätze können auf unterschiedliche Weise sanktioniert werden.

Durch Nachprüfungsverfahren drohen verzögerte Auftragserteilungen. Zugleich

können die in ihren Rechten verletzten Bieter Schadensersatzforderungen erheben.

Darüber hinaus können beihilfe- und/oder haushaltsrechtliche Rechtsfolgen oder die Rückforderungen von Fördermittel an Vergaberechtsverstöße geknüpft werden, soweit gegen die dafür einschlägigen Bestimmungen verstoßen wird.

6. Jedwede Versuche zur Umgehung der Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Verbots der Diskriminierung werden von der Rechtsprechung unterbunden. Entsprechende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen daher – außerhalb der ausnahmsweisen Zulässigkeit zur Berücksichtigung der örtlichen Präsenz in Einzelfällen – nicht.

München, den 17. Oktober 2014



Dr. Alexander Herrmann