

Expertenbeitrag:
Auftraggeberrecht

Bieter muss kritische Aufgaben selbst übernehmen



Holger Schröder,
Fachanwalt für Vergaberecht,
Rödl und Partner, Nürnberg

Der öffentliche Auftraggeber kann in einem Vergabeverfahren vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen und Lieferaufträgen direkt vom Bieter selbst oder – im Fall einer Bietergemeinschaft – von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden muss.

NÜRNBERG. Sowohl die Vergabeverordnung (VgV) als auch Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) regeln, dass der Bieter kritische Leistungen selbst zu erbringen hat.

Die Vorschriften setzen europäisches Recht um. Ziel der EU-Regelung war es, Rechtssicherheit zu schaffen. Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 2. Dezember 1999 – Rechtssache: C-176/98 „Holst Italia“) bestand erhebliche Unsicherheit darüber, ob öffentliche Auftraggeber die Vertragserfüllung durch den Hauptauftragnehmer selbst vorschreiben dürfen.

Gründe für Selbstausführungsgebot müssen dokumentiert werden

Die europäische Vorschrift stellt damit klar, dass Auftraggeber dies ausnahmsweise verlangen dürfen. Das Vergaberecht kennt im Grundsatz aber weiterhin kein Selbstausführungsgebot oder Fremdausführungsverbot des Bieters (Vergabe-



Das Beraten von Flüchtlingen ist eine der Leistungen, für die wegen ihrer besonderen Bedeutung das Selbstausführungsgebot vorgeschrieben werden kann. FOTO: DPA

Regelungen im Unterschwellenbereich

Im Unterschwellenbereich kann der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungs- und Lieferaufträgen nach Paragraph 26 Absatz 6 der Unterschwellenvergabeordnung ausdrücklich vorschreiben, dass sogar alle oder eben nur bestimmte Aufgaben vom Bieter selbst erbracht werden müssen.

Bei Bauaufträgen unterhalb der Schwellenwerte wird aus Paragraph 6

kammer Niedersachsen, Beschluss vom 19. September 2019 – Aktenzeichen: VgK-33/2019).

Ob ein Auftraggeber, die Selbstausführung bestimmter kritischer Aufgaben fordert, liegt in seinem Ermessen. Die rechtliche Formulierung dazu lautet „kann“. Von ihm wird von der Vergabekammer Niedersachsen überdies verlangt, dass er die Gründe, warum eine bestimmte Aufgabe über das übliche Maß bei entsprechenden Aufgaben hinaus besonders kritisch ist, herausarbeitet. Außerdem muss der

Absatz 3 VOB/A ein Gebot der Selbstausführung gefordert. Bei Unterschwellenvergaben mit einem Binnenmarktbezug können jedoch nachunternehmerbezogene Einschränkungen mit den zu beachtenden europäischen Grundfreiheiten in Konflikt stehen.

Dies formulierte der Europäische Gerichtshof in Luxemburg seinem Urteil vom 5. April 2017 (Rechtssache: C-298/17 „Borta“).

öffentliche Auftraggeber dies entsprechend in der Vergabeakte in einer der Anforderungen des Paragraphen 8 VgV (für Bauleistungen siehe Paragraph 2 Satz 1 VgV) genügender Weise dokumentiert.

Was aber sind „bestimmte kritische Aufgaben“ genau? Damit können nur Teilleistungen eines Vertrages gemeint sein, nie jedoch der gesamte Vertrag. Andernfalls würde es sich nicht um „bestimmte“ Aufgaben, sondern um alle Aufgaben handeln. Außerdem würde zum Beispiel Paragraph 36 VgV un-

terlaufen, der die Unteraufträge regelt. Ebenso wenig kommt eine starre Subunternehmerquote – etwa von 30 Prozent – in Betracht. Eine solche Quote würde nach dem Europäischen Gerichtshof (Urteil vom 15. September 2019 - Rechtssache: C-63/18 „Vitali“) das ökonomische Ziel einer Nachunternehmergemeinschaft konterkarieren.

Zum einen wären die Bieter in ihrer unternehmerischen Entscheidung eingeschränkt, ihnen selbst fehlende technische, personelle, wissensgetragene oder kapazitätsbedingte Ressourcen über Dritte sicherzustellen. Zum anderen würde den Unterauftragnehmern damit die Möglichkeit genommen, überhaupt an öffentlichen Aufträgen teilzuhaben.

Im Hinblick auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis muss der Begriff der „kritischen Aufgabe“ daher eng ausgelegt werden. Es obliegt damit dem Auftraggeber zu bestimmen, ob und gegebenenfalls welche Teilleistungen er für „kritische Aufgaben“ erachtet. Dabei muss er die Einzelfallumstände und die konkret ausgeschriebenen Leistungen

berücksichtigen. Maßstab dafür ist, ob mit der Weitergabe der entsprechenden Leistungen an Unterauftragnehmer ein höheres Risiko einer nicht rechtzeitigen oder mangelhaften Ausführung verbunden ist als beim Bewerber oder Bieter selbst.

Strenger Ausnahmeharakter etwa bei der Flüchtlingsberatung

Die Verwirklichung dieses Risikos muss mit besonderen Nachteilen verbunden sein. „Kritisch“ in diesem Sinn sind somit Leistungen, die entweder besonders fehleranfällig oder für den Leistungserfolg von besonderer Bedeutung sind (Vergabekammer Thüringen, Beschluss vom 19. Dezember 2019 – Aktenzeichen: 250-4003-15326/2019-E-010-G). So kann zum Beispiel die Beratung von Flüchtlingen, die Hilfe und Orientierung suchen, ein Auftragsgegenstand sein, der auch unter Berücksichtigung des strengen Ausnahmeharakters ein Selbstausführungsgebot tragen kann, so die Vergabekammer Niedersachsen.

Transporthubschrauber kommt später

Verteidigungsministerium hebt Verfahren auf

BERLIN. Das Bundesverteidigungsministerium hebt das Vergabeverfahren für den Auftrag des neuen schweren Transporthubschraubers auf, wie es am Dienstag mitteilte. „Im Rahmen der laufenden Vergabe wurde erkannt, dass eine Realisierung des Projektes im geplanten Finanzrahmen bei gleichzeitiger Erfüllung aller Forderungen unwahrscheinlich ist“, heißt es in der Nachricht.

Die Vergabestelle des Bundesamts für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr habe die vorliegenden Angebote als unwirtschaftlich bewertet und aus diesem Grund das Vergabeverfahren aufgehoben.

Das Verfahren war 2019 begonnen worden, der Auftrag hätte im kommenden Jahr vergeben werden sollen. Dieser Zeitplan kann nun nicht mehr eingehalten werden. Ziel bleibe weiterhin, das bisherige Modell CH-53G zeitgerecht zu ersetzen, so das Ministerium.

Das Projekt „Schwerer Transporthubschrauber (STH)“ habe für die Bundeswehr eine sehr hohe Priorität, da die Fähigkeit zum Lufttransport sowohl für die Mobilität und Reaktionsfähigkeit von Streitkräften wie auch für Hilfs- und Un-

terstützungsleistungen von herausragender Bedeutung seien. „Das Projekt wird daher mit veränderten Vorgaben fortgesetzt“, heißt es in der Mitteilung.

Die Luftwaffe benötigt moderne Hubschrauber für die Aufgaben in Ausbildung, Übung und Einsätzen. Aus diesem Grund hat Ende 2017 der damalige Generalinspekteur entschieden, das alternde Modell CH-53G zu ersetzen. Das Nutzungsdauerende dieses Waffensystems ist im Jahr 2030 erreicht. Um ohne Unterbrechung Transporthubschrauber nutzen zu können, sei eine wettbewerbliche Ausschreibung frühzeitig eingeleitet worden, so das Ministerium.

Zu den Bietern gehören laut der Nachrichtenagentur Reuters die US-Konzerne Boeing mit dem Transporthubschrauber Chinook und Lockheed Martin mit dem Modell CH-53K.

Der „Spiegel“ schreibt: „Von Insidern hieß es, die Angebote der beiden Anbieter Boeing und Sikorsky hätten am Ende fast hundert Prozent über dem vom Ministerium angepeilten Budget von rund vier Milliarden Euro gelegen, deswegen habe man die Reißleine ziehen müssen.“ (raab)

Zertifikate können nicht an einen Rechtsnachfolger übergehen

Zweite Vergabekammer des Bundes betont Unternehmensbindung

STUTTGART. Zwischen einer Goldmedaille und einem Unternehmens-Zertifikat gibt es im vergaberechtlichen Sinn eine Gemeinsamkeit. Beide bergen Rechte, die nicht übertragen werden können. Der Gewinn einer Goldmedaille kann nicht auf Erben übergehen und ein Unternehmen, das ein Zertifikat besitzt, kann dieses nicht an einen Rechtsnachfolger übertragen. Dies hat die Zweite Vergabekammer des Bundes entschieden (Aktenzeichen VK2, 29/20).

In der mündlichen Verhandlung waren nach Angaben der Auftragsberatungsstelle Schleswig-Holstein besagte Goldmedaille und das Staatsexamen als Beispiele für nicht durch Rechtsgeschäfte übertragbare Auszeichnungen und Umstände genannt worden. Zertifikate gehören laut der Vergabekammer als unternehmensgebundenen Qualifikationen ebenfalls zu solchen Dokumenten.

Die Kammer hatte in einem Fall zu entscheiden, in dem ein Unternehmen seine Eignung durch Zertifikate nachweisen wollte, die aber vom partiellen Rechtsvorgänger erworben waren. Das gerügte Unternehmen ist eine Teilausgliederung,

es konnte die Zertifikate nicht „erben“. Vielmehr hätte es prüfen müssen, ob diese geändert oder neu erworben werden müssen.

Da dieser zunächst erfolgreiche Bieter seine Eignung nicht damit nicht nachgewiesen hatte, wurde er vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Es musste in den Stand vor Durchführung der Wertung zurückversetzt werden.

Qualitätsnachweise haben für Bieter und öffentliche Auftraggeber eine wichtige Funktion. Im Sinn der Vergabe- und Vertragsordnungen sind sie eine Präqualifizierung potenzieller Bieter, unabhängig

von einer konkreten Ausschreibung. Unternehmen können damit ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit vorab nachweisen.

Sie erhalten nach bestandenen Eignungsprüfungen ein Zertifikat und eine Zertifikatsnummer. Zusätzlich werden sie in die Datenbank „Amtliches Verzeichnis präqualifizierter Unternehmen für den Liefer- und Dienstleistungsbereich“ eingetragen. Öffentliche Auftraggeber müssen Zertifikate nicht anerkennen, sie bieten jedoch für die Vergabestellen die Möglichkeit, Zeit- und Kosten zu sparen. (raab)



Die Vergabe- und Vertragsordnungen sehen Präqualifizierungsmöglichkeiten wie Zertifikate für Unternehmen vor, mit denen sie ihre Fachkunde belegen. FOTO: DPA/SHOTSHP

Start der Vergabestatistik zum 1. Oktober

BERLIN. Am 1. Oktober startet die Vergabestatistik. Ab diesem Zeitpunkt müssen öffentliche Auftraggeber alle bezuschlagten Aufträge und Konzessionen an das Statistische Bundesamt (Destatis), den Betreiber der Vergabestatistik, melden.

Der Auftraggeber muss zur Meldung der Daten eine Berichtsstelle bestimmen, die die Daten der vergebenen Aufträge oder Konzessionen, die sie als Vergabe-/Beschaffungsstelle selbst oder im Auftrag anderer vergeben hat, an das Statistische Bundesamt übermitteln.

Destatis und das zuständige Bundeswirtschaftsministerium haben nach eigenen Angaben zum Thema „Berichtsstelle“ viele Anfragen erhalten. Alle Informationen zu diesem Thema sowie eine grafische Darstellung zur besseren Erläuterung der unterschiedlichen Szenarien zur korrekten Bestimmung der Berichtsstelle sind auf einer Internetseite zusammengefasst. (sta)

MEHR ZUM THEMA
Informationen zum Aspekt Berichtsstelle finden Sie unter:
<https://kurzelinks.de/Berichtsstelle>

Kurz notiert

Ausschreibung wird wegen Fehler wiederholt

EMMENDINGEN. Ein Fehler des beauftragten Planungsbüros führt dazu, dass die Stadt Emmendingen ihre Ausschreibung für Belagsarbeiten an einem Gehweg wiederholen muss. Irrtümlich waren auch Gartenbauunternehmen angeschrieben worden, die allerdings keine Zulassung für solche Arbeiten haben, die in den Bereich des Straßenbaus fallen. (sta)



Gehwegarbeiten bedürfen einer Zulassung für den Straßenbau. FOTO: DPA

E-Rechnungspflicht in der Bundesverwaltung

BERLIN. Ab dem 27. November müssen alle Rechnungssteller gegenüber öffentlichen Auftraggebern des Bundes und dessen nachgeordneten Behörden Rechnungen ausschließlich elektronisch stellen. Aus diesem Anlass gibt es eine neue Informationsplattform. Auf dieser finden Rechnungssteller, Softwarehersteller und Behörden umfangreiche Informationen zur E-Rechnung. (sta)
<https://kurzelinks.de/Rechnung>

Projekt zur Beschaffung von Bioschmierstoffen

GÜLZOW-PRÜZEN. Die Fachagentur Nachwachsende Rohstoffe fördert das Projekt „Biobasierte Schmier- und Verfahrensstoffe in der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung – Bestandsaufnahme und Handlungsempfehlungen“. Es ist auf zwei Jahre angelegt und trägt den Titel „Noebio“. Das Ziel ist es, Informations- und Unterstützungsangebote für Beschaffungsverantwortliche des öffentlichen Sektors zu erarbeiten, die den Einkauf von Bioschmierstoffen erleichtern. (sta)