

# Wettbewerb - Transparenz - Gleichbehandlung

Festschrift für Fridhelm Marx

VON

Hans-Joachim Prieß, Niels Lau, Rüdiger Kratzenberg

1. Auflage

Wettbewerb - Transparenz - Gleichbehandlung – Prieß / Lau / Kratzenberg

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Festschriften



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 65266 0

Wettbewerbe anwendbar, da sich weder aus dem Wortlaut des § 20 VOL/A-EG noch aus dem des § 4 VOL/A-EG eine Einschränkung ergibt. Ist die Aufhebung erfolgt, so kann der Auftrag außerhalb der Rahmenvereinbarung vergeben werden. Solch eine Vergabe wäre nicht von der Sperrwirkung der Rahmenvereinbarung erfasst.<sup>53</sup>

## 2. Verfahren in Mini-Wettbewerben

Es ist die Eigenart der multiplen Rahmenvereinbarungen nach § 4 Abs. 5 Buchst. b VOL/A-EG, dass nicht alle Bedingungen für die spätere Vergabe der Einzelaufträge bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind. § 4 Abs. 6 VOL/A-EG sieht ein eigenes Verfahren für die Vergabe der Einzelaufträge in den Mini-Wettbewerben vor, durch das die Einhaltung der allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze sichergestellt werden soll.<sup>54</sup> Die Mini-Wettbewerbe werden durch den Zuschlag<sup>55</sup> abgeschlossen, wobei auch hier § 101a GWB zu beachten ist.<sup>56</sup> Von besonderer praktischer Relevanz bei der Ausgestaltung des Verfahrens der Mini-Wettbewerbe ist die Frage, ob und inwieweit dieses Verfahren angepasst und abgeändert werden kann, insbesondere, ob in einem Mini-Wettbewerb ein Verhandlungsverfahren oder ein wettbewerblicher Dialog durchgeführt werden kann.

Nach unserer Auffassung ist die Ausgestaltung des Verfahrens als Verhandlungsverfahren mit § 4 Abs. 6 VOL/A-EG zu vereinbaren, sofern die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren im jeweiligen Mini-Wettbewerb vorliegen. Weder aus § 4 Abs. 6 VOL/A-EG selbst, noch aus der Richtlinie 2004/18/EG ist ersichtlich, ob das für die Rahmenvereinbarung vorgesehene Verfahren ergänzt werden darf. Dem Wortlaut „ist folgendes Verfahren einzuhalten“<sup>57</sup> lässt sich nicht entnehmen, ob es sich bei den Verfahrensschritten um Mindestanforderungen handelt oder ob das Verfahren abschließend geregelt werden soll. Erwägungsgrund Nr. 11 der Richtlinie 2004/18/EG weist zudem darauf hin, dass durch das vorgesehene Verfahren die Flexibilität der Rahmenvereinbarung erhalten bleiben soll. Das spricht gegen eine abschließende Regelung. Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nach der Konsultation der Unternehmer (§ 4 Abs. 6 lit. a VOL/A-EG) und vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 4 Abs. 6 lit. b VOL/A-EG) ist daher zulässig. Auch in diesem Zusammenhang ist es empfehlenswert, die Bieter frühzeitig darüber zu unterrichten, dass die Mini-Wettbewerbe gegebenenfalls im Wege eines Verhandlungsverfahrens durchgeführt werden können.

---

<sup>53</sup> Siehe zur Sperrwirkung in diesem Beitrag unter Punkt II.

<sup>54</sup> Schellenberg/Pünder/Schrotz, Vergaberecht, 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 115.

<sup>55</sup> Zur Entscheidung über den Zuschlag s. unter IV.3.

<sup>56</sup> Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Zeise, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 63; Schellenberg/Pünder/Schrotz, Vergaberecht, 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 125 f.; Knauff/Streit EuZW 2009, 37 (38); einschränkend vertritt Rosenkötter die Ansicht, dass die Vorschrift des § 101a GWB nur für Einzelaufträge anzuwenden ist, deren Wert über dem EU-Schwellenwert liegt NZBau 2012, 368 (373).

<sup>57</sup> § 4 Abs. 6 VOL/A-EG.

Diese Argumentation lässt sich unseres Erachtens nicht auf den wettbewerblichen Dialog übertragen. Der wettbewerbliche Dialog ist dadurch gekennzeichnet, dass nur die zu bewältigende Aufgabe feststeht, nicht aber der Lösungsweg. Die zu erbringenden Leistungen stehen in der Regel überhaupt noch nicht fest. Zwar müssen bei einer infiniten multiplen Rahmenvereinbarung noch nicht alle Leistungsbedingungen bzw. Leistungsinhalte der späteren Einzelabrufe vorliegen; dennoch müssen die Leistungsinhalte zumindest grundsätzlich identifizierbar sein.<sup>58</sup> Das ist bei einem wettbewerblichen Dialog nicht der Fall. Es bestehen somit erhebliche Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit der Ausgestaltung eines Mini-Wettbewerbs als wettbewerblichen Dialog. Auch das praktische Bedürfnis dafür dürfte eher gering sein.

### 3. Entscheidung über den Zuschlag bei den Mini-Wettbewerben

Gemäß § 4 Abs. 6 Buchst. d) VOL/A-EG vergibt der Auftraggeber den Einzelauftrag an denjenigen Rahmenvereinbarungspartner, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Bei infiniten multiplen Rahmenvereinbarungen kommt es somit zu zwei Angebotswertungen: Sowohl auf der ersten Stufe (bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung), als auch auf der zweiten Stufe (des Mini-Wettbewerbs). Allerdings ist zu betonen, dass die Angebotswertung im Rahmen der Mini-Wettbewerb keine erneute Eignungsprüfung verlangt. Die Eignungsprüfung ist daher grundsätzlich bei der Vergabe der Rahmenvereinbarung abschließend durchzuführen.<sup>59</sup>

Im Hinblick auf die Zuschlagskriterien verlangt § 4 Abs. 6 Buchst. d) VOL/A-EG, dass der Auftraggeber den Einzelauftrag im Rahmen eines Mini-Wettbewerbes an denjenigen Bieter vergibt, der „auf der Grundlage der in der Rahmenvereinbarung aufgestellten Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat“. Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass die Zuschlagskriterien bereits in der Rahmenvereinbarung festgelegt werden müssen. Es ist zu klären, ob und inwieweit eine Präzisierung der Zuschlagskriterien (a)) und die Festlegung der genauen Gewichtung (b)) ist möglich.

#### a) Präzisierung der Zuschlagskriterien ggf. durch Unterkriterien

Die Vergabe eines Einzelauftrages nach einem Mini-Wettbewerb muss „auf der Grundlage der in der Rahmenvereinbarung aufgestellten Zuschlagskriterien“ erfolgen. Diese Formulierung lässt Raum für Präzisierungen der Zuschlagskriterien. Zu klären ist, innerhalb welcher Grenzen derartige Präzisierungen zulässig sind.

Eindeutig nicht möglich ist jedenfalls die Einführung neuer Kriterien.<sup>60</sup> Das widerspricht dem in dieser Hinsicht klaren Wortlaut des § 4 Abs. 6 Buchst. d)

<sup>58</sup> Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Zeise, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 17.

<sup>59</sup> Siehe zu einer ausführlichen Darstellung der Eignungsprüfung bei der Rahmenvereinbarung: *Segeth*, Rahmenvereinbarungen, 2010, 258 ff.

<sup>60</sup> Vgl. auch *Segeth*, Rahmenvereinbarungen 2010, 276; Willenbruch/Bischoff/Haak, Vergaberecht, VOL/A-EG § 4 Rn. 49; *Macwirth* VergabeR 2007, 385 (391); Müller-Wrede/Poschmann, VOL/A, 3. Aufl. 2010, VOL/A-EG § 4 Rn. 86. Im Gegensatz dazu *scheint* Kulartz/

VOL/A-EG. Eine zulässige Präzisierung liegt hingegen grundsätzlich vor, wenn ein Zuschlagskriterium inhaltlich ausgestaltet wird, ohne dessen Bedeutung zu ändern. In der Regel wird es sich anbieten, die Zuschlagskriterien durch Unterkriterien näher zu konkretisieren. Insofern kann die Rechtsprechung zur Festlegung von Unterkriterien in einem laufenden Vergabeverfahren als Leitlinie dienen. Es handelt sich um vergleichbare Konstellationen. Eine nachträgliche Festlegung von Zuschlagsunterkriterien ist nach Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf dann zulässig, wenn

- die Hauptkriterien nicht abgeändert werden,
- die Unterkriterien keine Gesichtspunkte enthalten, die die Vorbereitung der Angebote hätten beeinflussen können,
- keine Kriterien festgelegt werden, die geeignet sind, die Bieter zu diskriminieren.<sup>61</sup>

Übertragen auf die Konstellation einer mehrstufigen Rahmenvereinbarung bedeutet das Folgendes: Anders als bei Vergaben, in denen ein Auftrag bereits nach Abschluss des zugrunde liegenden Vergabeverfahrens an einen der Bieter vergeben wird, kommt es hier erst auf der zweiten Stufe zu der tatsächlichen Vergabe von Aufträgen. Insoweit kann auch noch im Rahmen der Mini-Wettbewerbe eine Festlegung von Unterkriterien erfolgen. Dabei dürfen die im Rahmen der Mini-Wettbewerbe zur Präzisierung verwendeten Unterkriterien die Oberkriterien nicht ändern. Hat eine Rahmenvereinbarung unterschiedliche Arten von Einzelaufträgen zum Gegenstand – also beispielsweise verschiedene Liefer- und Dienstleistungsaufträge – so bietet es sich an, für die unterschiedlichen Arten von Aufträgen auch unterschiedliche Zuschlagsoberkriterien festzulegen. Es ist aber darauf zu achten, dass die vorab festgelegten Oberkriterien nicht so allgemein formuliert sein dürfen, dass dem Auftraggeber im Rahmen der Mini-Wettbewerbe weitgehend freie Hand gelassen wird. Die Präzisierungsmöglichkeit darf nicht zu einer Umgehung des § 4 Abs. 6 Buchst. d VOL/A-EG führen. Als Beispiel für eine zulässige Präzisierung eines Zuschlagskriteriums nennt die EU Kommission den Fall, dass als Oberkriterien „Benutzungskosten“ sowie „technischer Wert“ für die Lieferung von IT-Hardware angegeben wurden. Diese Kriterien könnten in den Mini-Wettbewerben z.B. in einem Einzelauftrag zur Beschaffung von Druckern dahingehend präzisiert werden, dass sich der technische Wert nach Seiten pro Minute und die Benutzungskosten nach Energieverbrauch und Lebensdauer der Patronen bestimmt.<sup>62</sup> Die zweite Voraussetzung ist erfüllt, wenn die neu eingeführten Unterkriterien den Rahmenvereinbarungspartnern vor der Angebotsabgabe bekannt gemacht werden. Schließlich dürfen die nachträglich eingeführten Unterkriterien keinen Rahmenvereinbarungspartner diskriminieren. Da der Auftraggeber alle Rahmenvereinba-

---

Marx/Portz/Prieß/Zeise, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOLA-EG § 4 Rn. 56, sich dafür auszusprechen, dass auch neue Kriterien für die Vergabe der Einzelaufträge aufgestellt werden können.

<sup>61</sup> Vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.07.2009 – VII-Verg 10/09; EuGH ZfBR 2008, 309 – Lianakis; EuGH NZBau 2006, 193 Rn. 32 – ATI; OLG München ZfBR 2010, 606 (614); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2008 – Verg 31/07.

<sup>62</sup> Mitteilung der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen, Erläuterungen – Rahmenvereinbarungen – Klassische Richtlinie vom 14.7.2005, CC/2005/03\_rev1, 10.

rungspartner kennt, sollte bei der Formulierung der Unterkriterien besonders sorgfältig vorgegangen werden.

Aus Transparenzgründen und zur Vorbeugung etwaiger Rügen im Rahmen der Mini-Wettbewerbe ist es regelmäßig empfehlenswert, den Bietern frühzeitig mitzuteilen, dass in den Mini-Wettbewerben eine Präzisierung der Zuschlagskriterien vorgenommen wird.

#### b) Gewichtung der Zuschlagskriterien im Rahmen des Mini-Wettbewerbs

Gemäß § 19 Abs. 8 VOL/A-EG ist die Gewichtung der Zuschlagskriterien den Bietern grundsätzlich in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen mitzuteilen.<sup>63</sup> § 9 Abs. 2 VOL/A-EG enthält allerdings einige Ausnahmen. Umstritten ist, ob diese Normen auch für die Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Mini-Wettbewerben herangezogen werden müssen und die Gewichtung daher bereits in der Rahmenvereinbarung enthalten sein muss.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es bei Rahmenvereinbarungen zulässig, die Gewichtung der Zuschlagskriterien erst in den Mini-Wettbewerben vor Abgabe der Angebote für die Einzelaufträge vorzunehmen.<sup>64</sup> Hierfür spricht, dass zu diesem Zeitpunkt die Rahmenvertragspartner in ein neues, durch die Rahmenvereinbarung bestimmtes, vereinfachtes Vergabeverfahren eintreten. Dafür spricht *argumentum e contrario* auch die Regelung des § 19 EG Abs. 8 VOL/A. Anders als § 4 Abs. 6 Buchst. d) VOL/A-EG schreibt jene Norm explizit vor, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien vollständig in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen enthalten sein muss. Der Transparenz- und der Gleichbehandlungsgrundsatz sind regelmäßig noch gewahrt, wenn die Gewichtung den Unternehmen zum Zeitpunkt der Vorbereitung der Angebote bekannt gemacht wird.<sup>65</sup> Zudem hat sich der EuGH in letzter Zeit wieder etwas zurückhaltender hinsichtlich der Annahme ungeschriebener Bekanntmachungspflichten geäußert.<sup>66</sup> Auch wird hierdurch den Bedürfnissen der Praxis nach einer flexiblen Handhabung der Rahmenvereinbarung Rechnung getragen.

Ähnlich wie bei der Präzisierung der Zuschlagskriterien durch Unterkriterien, muss der Auftraggeber auch bei der späteren Gewichtung die oben erläuterten Kriterien der Rechtsprechung zur Festlegung von Unterkriterien berücksichtigen.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Verfürth, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 9 Rn. 3.

<sup>64</sup> So auch Segeth, Rahmenvereinbarungen, 2010, 275 ff.; Rosenkötter/Seidler NZBau 2007, 684 (690); Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 2005, 710; a.A. ohne detaillierte Begründung; Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 12; Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Zeise, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 51, 56; Schellenberg/Pünder/Schrotz, Vergaberecht, 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 123; Knauff VergabeR 2006, 24 (35); Rosenkötter VergabeR 2010, 368 (370), aber Angabe von Gewichtungsmargen soll möglich sein; wohl auch VK Bund Beschl. v. 8.2.2008 – VK 2-156/07.

<sup>65</sup> EuGH ZfBR 2008, 309 – Lianakis; OLG Düsseldorf Beschl. v. 23.01.2008 – Verg 31/07.

<sup>66</sup> EuGH NZBau 2011, 50; Friton NZBau 2011, 213.

<sup>67</sup> Siehe hierzu oben Punkt IV.2.a); EuGH ZfBR 2008, 309 – Lianakis; EuGH NZBau 2006, 193 Rn. 32 – ATI; OLG München ZfBR 2010, 606 (614); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2008 – Verg 31/07, OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.07.2009 – VII-Verg 10/09.

Ebenso empfiehlt es sich, die Vorgehensweise gegenüber den Bietern frühzeitig und klar zu kommunizieren.<sup>68</sup>

### V. Das ungewöhnliche Wagnis und Rahmenvereinbarungen

Zur Thematik des ungewöhnlichen Wagnisses ist bereits vielfach, so auch in dieser Festschrift,<sup>69</sup> geschrieben worden. Zwar besteht das ungewöhnliche Wagnis in der VOL/A nicht mehr, jedoch erfolgt trotz alledem noch eine allgemeine Überprüfung der Risikoverteilung unter Berücksichtigung allgemeiner Zumutbarkeits-erwägungen. Die damit verbundene Risikoabwägung bereitet auch in Bezug auf Rahmenvereinbarungen Probleme.

Gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A-EG muss das Auftragsvolumen in der Rahmenvereinbarung so genau wie möglich ermittelt, allerdings nicht genau festgelegt werden. Daraus folgt, dass eine Mindestabnahmemenge in einer Rahmenvereinbarung nicht vorgeschrieben werden muss. Der Auftraggeber muss grundsätzlich also keine Abnahmeverpflichtung eingehen. Vielmehr räumt ihm die Rahmenvereinbarung eine Option zum Abruf ein.<sup>70</sup> Die Nichtabnahme ist daher ein der Rahmenvereinbarung immanentes Risiko.<sup>71</sup> Im Falle einer multiplen Rahmenvereinbarung ist das den Bietern auferlegte Kalkulationsrisiko sogar noch höher.<sup>72</sup> Diese Besonderheiten sind bei der Beurteilung, ob eine unzumutbare Risikoverteilung vorliegt, zu beachten.

Trotz alledem darf nach Auffassung der Rechtsprechung und einiger Stimmen in der Literatur eine Rahmenvereinbarung nicht dazu führen, dass eine Ungewissheit über den Bedarf gänzlich auf den Rahmenvereinbarungspartner abgewälzt wird.<sup>73</sup> Das soll insbesondere bei solchen Waren der Fall sein, deren Lieferung einen längeren Vorlauf benötigt oder die in ihrer Lieferkapazität begrenzt sind. In diesen Fällen hält die Rechtsprechung eine unzulässige Risikoverteilung für möglich.<sup>74</sup> Kann der Auftragnehmer die Produkte im Falle eines Einzelabrufes ohne Weiteres herstellen

<sup>68</sup> *Segeth*, Rahmenvereinbarungen, 2010, 279 f.

<sup>69</sup> Siehe zu der Thematik des ungewöhnlichen Wagnisses in der VOL/A den Festschriftsbeitrag von *Stein*, Nach Streichung des ungewöhnlichen Wagnisses: grenzenlose Nachfragemacht?, S. 707 ff. Das ungewöhnliche Wagnis in der VOB/A wird in dem Festschriftsbeitrag von *Kus*, Das ungewöhnliche Wagnis in der VOB/A und im Bauvertrag, S. 363 ff., diskutiert. Außerdem wird das ungewöhnliche Wagnis noch von *Scharen*, Verbotene Verlagerung von ungewöhnlichen oder unzumutbaren Wagnissen? S. 673 ff., erörtert.

<sup>70</sup> *OLG Jena NZBau* 2011, 771; *Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Zeise*, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 11.

<sup>71</sup> *OLG Düsseldorf ZfBR* 2012, 187; *OLG Jena NZBau* 2011, 771; *Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Zeise*, VOL/A, 2. Aufl. 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 20.

<sup>72</sup> *OLG Düsseldorf ZfBR* 2012, 187.

<sup>73</sup> *OLG Jena NZBau* 2011, 771; ähnlich auch *OLG Dresden NZBau* 2011, 775; *VK Hessen* Beschl. v. 19.9.2011 – 69d-VK-31/2011; *Laumann VergabeR* 2011, 53 (56); *Laumann/Scharf VergabeR* 2011, 156 (161 ff.); kritisch von *Gehlen/Hirsch NZBau* 2011, 736. Auch *Marx NZBau* 2011, Editorial Heft 12 äußert sich kritisch zur angeführten Entscheidung des *OLG Dresden*, das von einer „mittelbaren Fortgeltung“ des ungewöhnlichen Wagnisses auszugehen scheint.

<sup>74</sup> *Schellenberg/Pünder/Schrotz*, Vergaberecht, 2011, VOL/A-EG § 4 Rn. 50.

oder bevorraten, ohne dass es kostspieliger Investitionen bedarf, geht die Rechtsprechung dagegen nicht von einer unzulässigen Risikoabwälzung aus.<sup>75</sup>

Es bleibt festzuhalten, dass die früher mit dem Begriff des ungewöhnlichen Wagnisses verbundene Risikoverteilung auch bei Rahmenvereinbarungen eine Rolle spielt. Allerdings lässt das Vergabeinstrument der Rahmenvereinbarung naturgemäß eine regelmäßig größere Risikoverschiebung zu Lasten des Auftragnehmers zu, als dies bei gewöhnlichen Aufträgen der Fall wäre. Wann es zu einer ungebührlichen Risikoverteilung kommt, ist im Einzelfall zu entscheiden.

## *VI. Fazit*

Die Rahmenvereinbarung ist ein wichtiges Instrument für die öffentlichen Auftraggeber. Sie erlaubt es, Planungssicherheit und Flexibilität miteinander zu vereinbaren. Allerdings bringt die Rahmenvereinbarung aufgrund ihrer Komplexität vielfache rechtliche Risiken mit sich. Das gilt insbesondere für die multiple Rahmenvereinbarung. Die Rahmenvereinbarung ist daher sorgfältig zu gestalten und die mit ihr verbundenen Probleme sollten so weit wie möglich antizipiert werden.

---

<sup>75</sup> So auch *OLG Düsseldorf ZfBR* 2012, 187.

MICHAEL FRUHMANN\*

## Die neue Ausnahme für öffentlich – öffentliche Vergaben gemäß der Allgemeinen Ausrichtung des Rates

### I. Einleitung

Zu den typischen vergaberechtlichen „Dauerbrennern“ gehören die Bestimmungen betreffend die Ausnahmen vom Vergaberegime und hier insbesondere jene vom EuGH kreierten Ausnahmetatbestände betreffend die „in-house“ Ausnahme<sup>1</sup> und die sog. „horizontalen öffentlich-öffentlichen Kooperationen“.<sup>2</sup> Zu beiden Tatbeständen besteht eine äußerst reichhaltige Judikatur und Literatur.<sup>3</sup> Auch der Jubilar hat sich zu diesem Thema mehrfach geäußert und mit seinen pointierten Anmerkungen wesentliche Impulse für die Diskussion geliefert.<sup>4</sup>

Am 20. Dezember 2011 legte die Europäische Kommission (EK) ihre Vorschläge zur Neugestaltung des öffentlichen Auftragswesens vor. Dieses aus drei Richtlinien (RL) bestehende Paket<sup>5</sup> soll das Auftragswesen einfacher und flexibler gestalten, Klarstellungen zur geltenden Rechtslage beinhalten und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sekundärer Ziele im Bereich der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verstärken.

Ein Kernpunkt dieser Vorschläge sind die Ausnahmen betreffend Auftragsverhältnisse zwischen (öffentlichen) Auftraggebern (öff AG).<sup>6</sup> Die Vorschläge sollen

---

\* Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

<sup>1</sup> Vgl. dazu die mit *EuGH NZBau* 2000, 90 – Teckal, begründete Rechtsprechungslinie, die eine Form der institutionalisierten Zusammenarbeit vom Vergaberecht ausnimmt.

<sup>2</sup> Auch als „interkommunale Kooperation“, „interkommunale Zusammenarbeit – IKZ“, „In-state-Geschäft“ oder nicht-institutionalisierte vertragliche Zusammenarbeit bezeichnet. Vgl. dazu die mit *EuGH NZBau* 2009, 527 – Stadtreinigung Hamburg begründete Rechtsprechungslinie und jüngst *EuZW* 2013, 189 – ASL Lecce.

<sup>3</sup> Vgl. etwa den Überblick über die Entwicklung der in-house Kriterien von *Just EuZW* 2009, 879. Zuletzt zur in-house Problematik vgl. etwa *Losch VergabeR* 2012, 687, zur horizontalen Kooperation *Raabe VergabeR* 2012, 697.

<sup>4</sup> Vgl. etwa seine Wortmeldung bei den 13. Badenweiler Gesprächen (2009) zum Thema „Innerstaatliche Zusammenarbeit – Hürden ausgeräumt?“, Tagungsband Seite 129 ff. (abrufbar unter: <http://www.forum-vergabe.de/>, zuletzt abgerufen 13.03.2013).

<sup>5</sup> Siehe KOM(2011) 896 – Vorschlag betreffend die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 895 – Vorschlag betreffend die Sektorenvergabe und KOM(2011) 897 – Vorschlag betreffend die Konzessionsvergabe.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Art. 11 des Vorschlages betreffend die öffentliche Auftragsvergabe, Art. 21 des Vorschlages betreffend die Sektorenvergabe und Art. 15 des Vorschlages betreffend die Konzessionsvergabe. Dass Leistungsverhältnisse zwischen öff. AG grundsätzlich dem Unionsvergaberecht unterliegen, hat der EuGH bereits mehrfach hervorgehoben, vgl. *EuGH NZBau* 2009, 527 – Stadtreinigung Hamburg Rn. 33; *NZBau* 2005, 232 – Kommission/Spanien Rn. 38.

insbesondere die oben erwähnten, durch die Rechtsprechung des EuGH geschaffenen Ausnahmen vom (primären und sekundären) Unionsrecht<sup>7</sup> kodifizieren und damit zu mehr Klarheit führen.<sup>8</sup> Dogmatisch lassen sich die beiden Ausnahmebestimmungen wie folgt einordnen: wie bereits mehrfach vom EuGH betont wurde, greift das Unionsvergaberecht nicht in die Entscheidung eines öff AG ein, ob er eine Leistung mit seinen eigenen Ressourcen oder extern durch Dritte erbringen lassen will. Der AG ist jedenfalls nicht gezwungen, sich hinsichtlich einer Leistungserbringung an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören.<sup>9</sup> Solange der öff AG eine Leistung mit seinen eigenen Ressourcen erbringt,<sup>10</sup> fragt er keine Leistung am Markt nach und es besteht keine Gefahr der Diskriminierung von Unternehmen. In der „Teckal“ – Situation wurde eine teleologische Reduktion<sup>11</sup> des Auftragsbegriffes vorgenommen, weil in dieser Situation keine vertragliche Beziehung im Sinne des Unionsvergaberechts existiert,<sup>12</sup> da sie nicht Ergebnis zweier übereinstimmender selbständiger (!)<sup>13</sup> Willenserklärungen ist die unterschiedliche berechnete Interessen verkörpern. Hingegen besteht bei der Ausnahme betreffend „horizontale öffentlich-öffentliche Kooperationen“ entweder ein „Vertrag“ zwischen zwei selbständigen öffentlichen Rechtsträgern, doch ist Gegenstand dieses Vertrages keine Leistung, die dem Unionsvergaberecht zuzuordnen ist (Bau-, Liefer- oder Dienstleistung), sondern Vertragsgegenstand ist die Organisation einer staatlichen Aufgabe<sup>14</sup> bzw. ist Vertragsgegenstand zwar eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung, doch handelt es sich aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Verhältnisses um eine kooperative Aufgabenerledigung mit eigenen Mitteln im weiteren Sinn (wie in der in-house Situation).<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Vgl. hinsichtlich des Sekundärrechts etwa *EuGH NZBau* 2005, 111 – Stadt Halle Rn. 49; hinsichtlich des Primärrechts etwa *EuGH EuZW* 2013, 189 – ASL Lecce Rn. 24; *NZBau* 2005, 644 – Parking Brixen Rn. 62; zusammenfassend siehe *EuGH NZBau* 2009, 797 – Se.T.Co. SpA Rn. 35 – 37.

<sup>8</sup> So etwa auch EG 14 des Vorschlages zur klassischen RL.

<sup>9</sup> Vgl. für viele *EuGH NZBau* 2005, 111 – Stadt Halle Rn. 48.

<sup>10</sup> Bei der Erbringung von Leistungen mit eigenen Ressourcen handelt es sich um ein sog. in-sich Geschäft, dem kein Vertrag zugrunde liegt.

<sup>11</sup> So auch *Schröder NVwZ* 2011, 776 (777), mit Hinweis auf *BGH NZBau* 2011, 175 – SPNV.

<sup>12</sup> So auch ausdrücklich *EuGH NZBau* 2005, 111 – Stadt Halle Rn. 48. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Unionsvergaberechts ist das Vorliegen eines „Vertrages“, das ist ein synallagmatisches, d.h. vollkommen zweiseitiges Vertragsverhältnis, vgl. dazu die diesbezüglich klarere französische Sprachfassung im Erk *EuGH NZBau* 2001, 218 – University of Cambridge Rn. 25; Schlussantr. von GA *Cosmas* in der Rs. C-107/98 – Teckal Rn. 52; Schlussantr. von GA *Alber* in der Rs. C-380/98 – University of Cambridge Rn. 4; Schlussantr. von GA *Mengozi* in der Rs. C-451/08 – Helmut Müller Rn. 77 – Helmut Müller; Schlussantr. von GA *Jääskinen* in der Rs. C-306/08 – Kommission/Spanien Rn. 85 ff. ; Schlussantr. von GA *Tstenjak* in der Rs. C-536/07 – Kommission/Deutschland Rn. 47; vgl. ferner *EuGH NZBau* 2001, 512 – Teatro alla Bicocca Rn. 76 ff.

<sup>13</sup> Dieser Mangel an „Selbständigkeit“ wird durch das Erfordernis der Kontrolle i.S.d. „Parking Brixen“ Formel zum Ausdruck gebracht. Vgl. dazu die treffenden Aussagen von GA *Cosmas* in den Schlussantr. zur Rs. C-107/98 – Teckal Rn. 64 und GA *Villalon* in den Schlussantr. zur verb. Rs. C-182/11 und C-183/11 – Econord Rn. 43.

<sup>14</sup> Somit eine Zusammenarbeit ohne Beschaffungsbezug.

<sup>15</sup> In diesem Sinne auch *Ziekow*, in: *Völlink/Ziekow*, Vergaberecht, *GWB* § 99 Rn. 93 f., und *Pietzcker VergabeR* 2010, 735 (739).