



Bundesversicherungsamt Friedrich-Ebert-Allee 38, 53113 Bonn

An alle  
bundesunmittelbaren  
Sozialversicherungsträger

HAUSANSCHRIFT Friedrich-Ebert-Allee 38  
53113 Bonn

TEL +49 (0) 228 619 - 1566

FAX +49 (0) 228 619 - 1872

E-MAIL

INTERNET [www.bundesversicherungsamt.de](http://www.bundesversicherungsamt.de)

BEARBEITER(IN) Frau Fleuth

DATUM . August 2005

AZ I 6 1330 451/05

(bei Antwort bitte angeben)

**nachrichtlich an**

die Bundesverbände

(außer Bundesknappschaft und See-Kranken-/Pflegekasse)

die Aufsichtsbehörden der Länder

das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung

**Vergaberecht**

**Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 24. Mai 2004**

**(Verg 006/04)**

**Entscheidung des EuGH vom 11.01.2005 (C-26/03)**

**Wesentliche weitere Aspekte nach dem derzeit geltenden Vergaberecht/Novellierung  
des Vergaberechts**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit vorliegendem Rundschreiben möchten wir Sie über die aktuellen Entwicklungen im  
Bereich des Vergaberechts informieren.

**I. Gesetzliche Sozialversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB**

Bis zum 24. Mai 2004 wurden die gesetzlichen Sozialversicherungsträger von der  
Rechtsprechung und Literatur übereinstimmend als öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr.

2. GWB eingestuft. In Abweichung hiervon entschied das Bayerische Oberste Landesgericht mit Beschluss vom 24. Mai 2004 Gegenteiliges. Das Gericht führte im Rahmen seiner Urteilsbegründung aus, dass eine gesetzliche Krankenkasse kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB sei, da Krankenkassen nicht überwiegend – wie in § 98 Nr. 2 GWB gefordert – durch staatliche Stellen finanziert würden, sondern sich vielmehr durch die Beiträge der Mitglieder und der Arbeitgeber finanzierten. Zudem unterlägen gesetzliche Krankenkassen ebenfalls nicht der staatlichen Kontrolle i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB, da die Rechtsaufsicht der zuständigen Aufsichtsämter gem. §§ 87 ff. SGB IV hierfür nicht ausreiche. Mit dieser Rechtsaufsicht könne kein wesentlicher Einfluss auf die Vergabepraxis der Sozialversicherungsträger ausgeübt werden.

Der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist nicht zuzustimmen, weshalb das Bundesversicherungsamt auch in Ansehung des vorgenannten Beschlusses an seiner bisherigen Auffassung festhält, dass Sozialversicherungsträger i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren sind. Sowohl das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, das innerhalb der Bundesregierung für Fragen des öffentlichen Auftragswesens zuständig ist, als auch die 1. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt (Az.: VK 1-23/01) vertreten eindeutig die Rechtsauffassung, dass es sich bei den Trägern der Sozialversicherung i.S.v. § 29 SGB IV um öffentliche Auftraggeber handelt. Diese Auffassung wird gleichfalls durch die Rechtsprechung der Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg (Az.: VgK FB 1/04) sowie der Vergabekammer Niedersachsen (Az.: 203-VgK-42/2004) gestützt. Auch die Europäische Kommission vertritt diesen Rechtsstandpunkt. In diesem Sinne haben zudem die Aufsichtsbehörden der Sozialversicherungsträger im Rahmen ihrer diesjährigen Aufsichtsbehördentagung vom 28.-29. April 2005 in Dresden einen entsprechenden Beschluss gefasst und gehen von der öffentlichen Auftraggebereigenschaft i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB der gesetzlichen Sozialversicherungsträger aus. Die Sozialversicherungsträger sind damit u.a. an die vergaberechtlichen Vorgaben des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gebunden.

Bei den Sozialversicherungsträgern handelt es sich gem. § 98 Nr. 2 GWB um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben – Soziale Sicherung der Bevölkerung - nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Der Argumentation des Bayerischen Obersten Landesgerichts, dass gesetzliche Sozialversicherungsträger nicht – wie in § 98 Nr. 2 GWB gefordert - überwiegend von staatlichen Stellen finanziert werden, sondern vielmehr die Versicherten- und Arbeitgeberbeiträge die finanzielle Basis der Versicherungsträger bilden

würden, kann nicht gefolgt werden. Zwar werden die Mittel der jeweiligen Sozialversicherungsträger durch Beiträge und sonstige Einnahmen erbracht, dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass es sich hierbei um Zwangsbeiträge handelt, die aufgrund der vom Gesetzgeber geschaffenen Regelungen pflichtig zu erbringen sind, so dass eine überwiegende staatliche Finanzierung der gesetzlichen Sozialversicherungsträger besteht.

Ebenfalls ist eine staatliche Kontrolle der gesetzlichen Sozialversicherungsträger im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB gegeben. Nach § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV obliegt der zuständigen Aufsichtsbehörde die Ausübung der Rechtsaufsicht über die gesetzlichen Sozialversicherungsträger. Von den Vergabekammern wird bereits die Rechtsaufsicht als ausreichend für die staatlichen Beeinflussungsmöglichkeiten angesehen. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass die Aufsichtsbehörden aufgrund der detaillierten gesetzlichen Ausgestaltung im Rahmen der ihr zustehenden Rechtsaufsicht über eine sehr weitreichende Aufsichtsbefugnis verfügen. Insbesondere die im Gesetz vorhandenen Genehmigungsvorbehalte erweitern diese Aufsichtskompetenz um notwendige Mitwirkungsakte der zuständigen Aufsichtsbehörden. Die der Aufsicht obliegende Kontrolle über die wirtschaftliche Mittelverwaltung bzw. die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots stellen ebenfalls eine wesentliche Aufsichtsbefugnis und damit die notwendige Leitungskontrolle im Sinne des Vergaberechts dar. Aus diesen Erwägungen ist gleichfalls die in § 98 Nr. 2 GWB alternativ geforderte Aufsicht über die Leitung der gesetzlichen Sozialversicherungsträger gegeben.

## **II. Entscheidung des EuGH vom 11.01.2005 (C-26/03)**

Der Europäische Gerichtshof hat mit dieser Entscheidung einige grundlegende Aussagen zum Vergaberecht getroffen.

### **1. In-House-Vergabe**

Das Gericht hat sich im Rahmen dieser Entscheidung unter anderem unter dem Gesichtspunkt der sog. In-House-Vergabe mit der öffentlichen Auftragsvergabe an Unternehmen, an denen die öffentliche Hand selbst - in unterschiedlicher Gewichtung und Struktur - beteiligt ist, befasst.

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmen der öffentlichen Hand bzw. Unternehmen an denen diese beteiligt ist, sind zunächst folgende Fallgestaltungen zu unterscheiden:

*a. Rein öffentlich-rechtliche Organisationsformen:*

Unter diese Gruppe lassen sich die Regiebetriebe, Eigenbetriebe, Sondervermögen sowie Anstalten, Stiftungen und Körperschaften rechtlich verwirklichen. Die in dieser Hinsicht typischen Rechtsformen stellen der Regiebetrieb sowie der Eigenbetrieb dar. Der Regiebetrieb ist eine organisatorische Abteilung der öffentlichen Verwaltung und insofern rechtlich, wirtschaftlich und rechnungstechnisch unselbständig. Zudem unterliegt er der direkten Weisung. Der Eigenbetrieb besitzt ebenso wie der Regiebetrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit, allerdings ist er innerhalb der Verwaltung organisatorisch und finanzwirtschaftlich gesehen verselbständigt, was sich durch das Vorhandensein eigener Organe ausdrückt. Der Eigenbetrieb ist in der Regel nur für öffentliche Einrichtungen mit wirtschaftlicher Betätigung vorgesehen. Auch er untersteht unmittelbar den hoheitlichen und exekutiven Entscheidungen der Verwaltung. Bei einer Auftragsvergabe einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung an ihren Regie- bzw. Eigenbetrieb liegt kein vergaberechtlich relevanter Tatbestand vor, da aufgrund der Struktur der o.g. Betriebsformen die Erfüllung der Aufgaben vielmehr eine Eigenleistung der öffentlichen Verwaltung darstellt.

*b. Privatrechtliche Organisationsformen*

*a.a. Eigengesellschaft*

Im Gegensatz zum Eigenbetrieb handelt es sich bei einer Eigengesellschaft der öffentlichen Hand ausschließlich um eine privatrechtliche Rechtsform (GmbH, GmbH & Co. KG oder AG). Bei einer Auftragsvergabe an diese Eigengesellschaft ist ein vergaberechtliches Ausschreibungsverfahren gleichfalls nicht erforderlich. Bei einer AG gilt dies aber nur mit der Einschränkung, dass ein Konzern i.S.d. §§ 15 ff. AktG gegründet und ein Beherrschungsvertrag nach § 308 Abs. 1 AktG mit der Gesellschaft geschlossen wird. Ohne einen Beherrschungsvertrag behält der Vorstand der AG eine unabhängige Entscheidungsgewalt, über den Abschluss von Verträgen selbst zu befinden mit der Folge, dass eine dienstrechtliche Kontrolle über die Gesellschaft nicht zu begründen ist (Endler – Privatisierung und Vergaberecht – NZBau 2002, 125 ff.).

*b.b. Gemischt öffentliche Unternehmen*

Diese Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass sich mehrere ausschließlich öffentliche Einrichtungen zusammenschließen und in dieser Form gemeinsam eine bestimmte Aufgabe erfüllen. Dieser Zusammenschluss erfolgt in der Regel in privatrechtlicher Form und wird auch als öffentlich-öffentliche Partnerschaft bezeichnet. Das Vergaberecht findet auf solche Kooperationen dann keine Anwendung, wenn diese Kooperationsform die vom EuGH in seiner Teckal-Entscheidung (Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98) aufgestellten Anforderungen erfüllt. Dies ist dann der Fall, wenn es sich bei der Auftragsvergabe an das gemischt öffentliche Unternehmen um ein sog. In-House-Geschäft handelt. Ein solches **In-House-Geschäft** liegt dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Auftragsvergabe an ein Unternehmen, an dem er selber beteiligt ist, vornimmt, und er allein oder zusammen mit den anderen an der Gesellschaft beteiligten öffentlichen Einrichtungen über dieses Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und das Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für diese öffentlichen Auftraggeber verrichtet (Wesentlichkeitskriterium). Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen ist die Auftragsvergabe an diese gemischt öffentliche Einrichtungen nicht vergaberechtsrelevant. Diese Voraussetzungen liegen u.a. dann vor, wenn sich gesetzliche Krankenkassen zu einer Arge i.S.v. § 219 SGB V, z.B. in Form einer GbR, zusammenschließen.

Der EuGH hat in diesem Zusammenhang mit einer weiteren Entscheidung vom 13.01.2005 (Rs. C-84/03) bestätigt, dass eine öffentliche Auftragsvergabe an ein gemischt öffentliches Unternehmen dann dem Vergaberecht unterfällt, wenn das Kontroll- oder Wesentlichkeitskriterium nicht erfüllt wird.

*c.c. Gemischt wirtschaftliche Unternehmen*

Hierbei handelt es sich um Kooperationsformen zwischen öffentlichen Einrichtungen und privatwirtschaftlichen Unternehmen. Typischerweise werden hiervon Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Einrichtungen i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhaltung einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung erfasst. Diese Kooperationen werden auch als öffentlich-private Partnerschaft bezeichnet (ÖPP). Erfolgt seitens einer öffentlichen Stelle, welche öffentlicher Auftraggeber ist, eine Auftragsvergabe an diese gemischt wirtschaftliche Gesellschaft, so stellt dies nach dem Grundsatzurteil des EuGH vom 11. Januar 2005 (Az.: C-26/03) immer einen ausschreibungspflichtigen Vorgang dar.

Die Maßstäbe, die der EuGH im Rahmen seiner Teckal-Entscheidung vom 18.11.1999 für sog. In-House-Geschäfte aufstellt hat, die nicht dem Vergaberecht unterliegen, können demnach **nicht** auf gemischt wirtschaftliche Unternehmen übertragen werden. Diese gelten ausschließlich für gemischt öffentliche Unternehmen. Das Gericht stellt vielmehr fest, dass jede auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es auf jeden Fall ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

## 2. Rechtsschutz bei sog. De-facto-Vergabe

Eine sog. De-facto-Vergabe liegt dann vor, wenn der Auftraggeber die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens pflichtwidrig unterlässt und einem Unternehmen – mit oder ohne Beteiligung weiterer Unternehmen – freihändig den Zuschlag erteilt. Auch hierzu hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 11. Januar 2005 für eine Klarstellung gesorgt. So sollen private Anbieter auch gegen eine direkte Auftragsvergabe ohne Durchführung eines notwendigen förmlichen Ausschreibungsverfahrens gerichtlichen Rechtsschutz geltend machen können. Nicht nachprüfbar sind nach der Ansicht des EuGH jedoch Handlungen des Auftraggebers, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen. Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, kein Vergabeverfahren einzuleiten, weil der Auftrag seiner Auffassung nach nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, betrifft hingegen nach Ansicht des EuGH einen Sachverhalt, der gerichtlich überprüfbar sein muss. Eine andere Auslegung hätte zur Folge, dass die Anwendung des Vergaberechts je nach Belieben des öffentlichen Auftraggebers fakultativ wäre, obwohl sie zwingend ist, wenn die darin vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind.

Nachprüfbar ist somit insbesondere die Frage, ob ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt werden muss. Geht ein Auftraggeber z.B. vom Vorliegen eines sog. In-House-Geschäftes aus und vertritt die Rechtsauffassung, dass eine Ausschreibung aus diesem Grund nicht erforderlich sei, so reicht dies für die Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer. Hinsichtlich der Zulässigkeit eines entsprechenden Nachprüfungsverfahrens müssen allerdings drei Voraussetzungen vorliegen: Es muss sich bezüglich der Auftragsvergabeentscheidung um eine sichtbare Willensäußerung des Auftraggebers handeln, der Interessent muss hiervon Kenntnis erlangt haben und die Willensäußerung des Auftraggebers muss mögliche Rechtswirkungen entfalten können.

### **III. Auftraggebereigenschaft i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB von privatrechtlich organisierten Einrichtungen der Sozialversicherungsträger**

Unter den öffentlichen Auftraggeberbegriff fallen über den Wortlaut der Regelung hinaus nicht nur juristische Personen des Privatrechts, sondern auch Personengesellschaften.

Voraussetzung ist aber, dass die juristische Person oder Personengesellschaft zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und überwiegend durch den Sozialversicherungsträger finanziert wird (1. Alternative) oder der Träger über die Leitung die Aufsicht ausübt (2. Alternative) oder die Leitungs- bzw. Aufsichtsorgane mehrheitlich durch den Träger bestimmt werden (3. Alternative).

Juristische Personen oder Personengesellschaften, die diese Voraussetzungen erfüllen, unterliegen damit dem Vergaberechtsregime, wenn sie selbst Beschaffungen durchführen.

### **IV. Beachtung der EG-Schwellenwerte**

#### **1. Vergabe von Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträgen**

Die vergaberechtlichen Vorschriften, der Vierte Teil des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), die VgV (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge), die VOF (Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen), die VOL/A Abschnitt 2 (Verdingungsordnung für Leistungen) sowie die VOB/A Abschnitt 2 (Verdingungsordnung für Bauleistungen) sind dann zwingend zu beachten, wenn bei einer öffentlichen Auftragsvergabe die sog. EG-Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden. Sie betragen für die Sozialversicherungsträger nach § 2 Nr. 3 VgV derzeit 200.000,00 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und fünf Millionen Euro bei Bauaufträgen nach § 2 Nr. 4 VgV. Gemäß § 1 VgV errechnen sich diese Schwellenwerte nach dem geschätzten Auftragswert ohne Mehrwert- bzw. Umsatzsteuer. Nur ausnahmsweise, im Falle des § 100 Abs. 2 GWB, sind trotz Erreichens des Schwellenwertes die §§ 97 ff. GWB nicht anzuwenden.

Wird bei einer öffentlichen Auftragsvergabe der Schwellenwert erreicht oder überschritten, so ist zu beachten, dass die Ausnahmeregelung in § 22 Abs. 1 Satz 1 SVHV (Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung) – wonach Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen, nicht der Ausschreibungspflicht unterliegen - keine Anwendung findet. Eine europarechtskonforme Anwendung der Vorschrift des § 22 Abs. 1 Satz 1 SVHV bedingt, dass diese Regelung nur für Verträge unterhalb der von den einschlägigen EG-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe gesetzten Schwellenwerte gilt. Ab Erreichen der Schwellenwerte gelten die zur Umsetzung der EG-Richtlinien erlassenen §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Vergabeverordnung, die die Regelung des § 22 SVHV in ihrem Anwendungsbereich verdrängen.

Dem öffentlichen Auftraggeber stehen bei der Vergabe von Dienstleistungs- oder Liefer- oder Bauaufträgen, die die o.g. Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, drei Vergabeverfahren zur Verfügung:

*a. offenes Verfahren nach § 101 Abs. 2 GWB*

Im offenen Verfahren wird eine unbegrenzte Anzahl von Unternehmen des EU-Binnenmarktes zur Angebotsabgabe aufgefordert. Das offene Verfahren stellt im Vergaberecht das Regelverfahren dar.

*b. Nicht offenes Verfahren nach § 101 Abs. 3 GWB*

Wird dieses Vergabeverfahren gewählt, fordert der öffentliche Auftraggeber nach öffentlichem Teilnehmerwettbewerb lediglich eine begrenzte Anzahl von Unternehmen aus dem Bewerberkreis auf, ein Angebot abzugeben. D.h. die Anzahl der Bieter, die sich am Wettbewerb beteiligen wollen, wird bereits durch eine Vorauswahl des Auftraggebers begrenzt.

*c. Verhandlungsverfahren nach § 101 Abs. 4 GWB*

Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens wendet sich der öffentliche Auftraggeber an Unternehmen seiner Wahl, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Im Gegensatz zum offenen oder nicht offenen Verfahren besteht bei dieser Verfahrensart nicht die Formstrenge eines formalisierten Vergabeverfahrens.

Im offenen und nicht offenen Verfahren ist die Absicht der Auftragsvergabe gem. § 17a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, § 17a Nr. 2 Abs. 1 VOB/A im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt

zu geben. Gleiches gilt auch im Verhandlungsverfahren, es sei denn, einer der in § 3a Nr. 2 lit. a)-h) oder § 3a Nr. 5 lit. a)-g) VOB/A genannten Ausnahmetatbestände ist erfüllt.

Die Wahl der Vergabeart ist nicht in das Belieben des öffentlichen Auftraggebers gestellt. Aufträge sind grundsätzlich im Wege des offenen Verfahrens (entspricht national der öffentlichen Ausschreibung) zu vergeben. Lediglich in Ausnahmefällen, bei Vorliegen besonderer in den vergaberechtlichen Vorschriften genannter Voraussetzungen – welche aktenkundig gemacht werden müssen - darf von dieser Regel abgewichen werden. Dabei hat die Vergabe im Wege des nichtoffenen Verfahrens (entspricht national der beschränkten Ausschreibung) Vorrang vor einer dem Verhandlungsverfahren (entspricht national der freihändigen Vergabe).

## 2. Vergabe von Leistungen nach Anhang I B der VOL/A (nachrangige Dienstleistungen)

Nachrangige Dienstleistungen nach Anhang I B sind u.a. Dienstleistungen auf dem Gebiet der Rechtsberatung (Kategorie 21) oder des Gesundheits- und Sozialwesens (Kategorie 25).

Detailliert beschrieben sind Dienstleistungen nach Anhang I B (und nach Anhang I A) in der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) unter den dort genannten CPC- und CPV-Codes; veröffentlicht im Amtsblatt der EG vom 16.12.2002, L 340/1.

Aufträge für Dienstleistungen des Anhangs I B der VOL/A, die den maßgeblichen EU-Schwellenwert von 200.000,00 Euro erreichen oder überschreiten, werden entsprechend dem Wortlaut des § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A nach den Basisparagrafen dieses Abschnitts und den §§ 8a und 28a vergeben. Nach der Struktur des Abschnitts 2 der VOL/A ist in den sog. a-Paragrafen das Nähere bei Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens geregelt. Die Anwendbarkeit der Basisparagrafen nach § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A mit Ausnahme der §§ 8a und 28a bedeutet, dass nachrangige Dienstleistungen nur im nationalen Verfahren zu vergeben sind. Bei diesen Dienstleistungen erschien die Durchführung eines EU-weiten Verfahrens nicht zweckdienlich. Die §§ 8a und 28a beziehen sich nur auf die Informationspflichten aus statistischen Gründen an das Amt für amtliche Bekanntmachungen der EU. Unberührt von dieser Einschränkung bleiben allerdings die Verpflichtungen der öffentlichen Auftraggeber nach § 13 VgV (Vorabinformationspflicht) sowie nach § 17 VgV (Angabe der Vergabekammer, welche als

Nachprüfungsinstanz zuständig ist). Dies folgt daraus, dass die Anwendung der §§ 97 ff. GWB nach der Rechtsprechung der Vergabekammer des Bundes bei nachrangigen Dienstleistungen bestehen bleibt (Beschluss vom 07. April 2004, VK 1-15/04). Bieter haben damit auch bei nachrangigen Dienstleistungen einen Anspruch auf Nachprüfung der Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber. Bei bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträgern als Auftraggeber sind nach § 106 GWB die Vergabekammern des Bundes beim Bundeskartellamt hierfür zuständig.

### 3. Vergabe von Leistungen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit nach der VOF oder Abschnitt 2 der VOL/A

Dies sind Leistungen, die von Freiberuflern i.S.d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden.

Bei Erreichen oder Überschreiten des für die Sozialversicherungsträger maßgeblichen Schwellenwertes von 200.000,- Euro ohne Umsatzsteuer ist der Anwendungsbereich der VOF nur eröffnet, wenn die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist. Anderenfalls gilt Abschnitt 2 der VOL/A (§ 2 Abs. 2 VOF).

Bei Anwendung der VOF sind Aufträge nach § 5 Abs. 1 VOF grundsätzlich im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung (im Amtsblatt der Europäischen Union) zu vergeben. Auch bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen, die oberhalb des Schwellenwertes liegen, ist zu beachten, dass § 22 SVHV keine Anwendung findet. Für die Vergabe der im Anhang I B der VOF genannten Leistungen (nachrangige Dienstleistungen) gelten lediglich die §§ 8 Abs. 2, 17 VOF (§ 2 Abs. 1 Satz 2 VOF). Auch hier ist zu beachten, dass die Anwendung der §§ 97 ff. GWB nicht eingeschränkt wird.

### V. Vergabe von Leistungen unterhalb des Schwellenwertes

Öffentliche Aufträge, die einen Dienstleistungs-, Liefer- oder Bauauftrag zum Inhalt haben und unterhalb der EU-Schwellenwerte angesiedelt sind, werden nach den Abschnitten 1 der VOL/A sowie der VOB/A im Wege eines nationalen Vergabeverfahrens mittels öffentlicher Ausschreibung (Regelverfahren), beschränkter Ausschreibung oder freihändiger Vergabe vergeben.

Öffentliche Aufträge, die eine Leistung eines freiberuflich Tätigen zum Inhalt haben und unterhalb der EG-Schwellenwerte angesiedelt sind, unterliegen dem § 22 SVHV, da

Abschnitt 1 der VOL/A nach § 1 2. Spiegelstrich keine Anwendung findet. Nach § 22 SVHV muss dem Abschluss von Verträgen über Leistungen ebenfalls grundsätzlich eine nationale öffentliche Ausschreibung vorausgehen.

§ 22 Abs. 1 Satz 2 SVHV regelt einen Ausnahmetatbestand, wonach von einer Ausschreibung abgesehen werden kann, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen. Bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen ist der Ausnahmetatbestand des § 22 Abs. 1 Satz 2 SVHV in der Regel erfüllt, mithin dürfen diese Aufträge grundsätzlich freihändig vergeben werden. Die Leistungen können allerdings nur an solche Freiberufler vergeben werden, deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit feststeht, die über ausreichende Erfahrungen verfügen und die Gewähr für eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bieten. Dabei sollen mehrere Aufträge möglichst gestreut werden. Die freihändige Vergabe schließt ein internes Vergabeverfahren des öffentlichen Auftraggebers nicht aus, welches zumindest die Elemente des Wettbewerbs sowie der Chancengleichheit zwischen den Bietern zu berücksichtigen hat. Dies bedeutet, dass auch bei einer freihändigen Vergabe seitens des öffentlichen Auftraggebers zuvor eine nachvollziehbare und schriftlich dokumentierte Auswahlentscheidung unter potentiellen Bietern zu treffen ist.

## **VI. Novellierung des Vergaberechts**

Der derzeit vorliegende 2. Entwurf zur Neuregelung des Vergaberechts vom 29. März 2005 verfolgt die Ziele der nationalen Umsetzung (bis zum 31.01.2006) des aktuellen europäischen Vergaberechts (neue EU-Vergaberichtlinie; veröffentlicht im Amtsblatt der EU vom 30.04.2004, L 134/114). Das GWB wird in seinem Vierten Teil zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien ergänzt und geändert, zugleich werden Anpassungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommen. Durch eine neu zu erlassende Vergabeverordnung soll das Vergaberecht vereinfacht und verschlankt werden.

## 1. Umsetzung des europäischen Vergaberechts

In Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist festgelegt, dass als „Öffentliche Auftraggeber“ der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen, zu qualifizieren sind. Im Anhang III der v.g. Richtlinie – Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel 1 Abs. 9 Unterabsatz 2 - werden für Deutschland unter Punkt 1.1. die Sozialversicherungen (Kranken-, Unfall- und Rentenversicherungsträger) ausdrücklich als öffentliche Auftraggeber aufgeführt. Die Diskussion, ob Sozialversicherungsträger öffentliche Auftraggeber sind, ist damit beendet.

Nach Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts werden die Vorschriften der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen teilweise geändert. Hervorzuheben ist hier die geplante Änderung des Bieterschutzes bei einer sog. De-facto-Vergabe durch die neu eingeführten Vorschriften § 101 a GWB (Informationspflicht) sowie § 101 b GWB (Unwirksamkeit). Danach hat der Auftraggeber die Unternehmen, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll und über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung der übrigen Unternehmen in Textform zu informieren. Ein Vertrag darf grds. erst 14 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden. Zudem ist ein geschlossener Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen die Informationspflicht des § 101 a GWB verstoßen oder eine sog. De-facto-Vergabe durchgeführt hat und die Unwirksamkeit innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, nicht jedoch später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht wird. Bei Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU endet die Frist zur Feststellung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung.

Nach § 3 des Entwurfs einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Stand 18. März 2005) werden die Schwellenwerte der EU-Richtlinie angepasst. Für die Sozialversicherungsträger, ihre Betriebe und Gesellschaften gelten die Nrn. 3 und 5 der Regelung. Danach ist bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ein Schwellenwert von 230.000 Euro sowie bei Bauaufträgen und Baukonzessionen ein Schwellenwert von

5.900.000 Euro maßgeblich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) hat hierzu mitgeteilt, dass die bisher in der nationalen Vergabeordnung vorgesehen (niedrigeren) Schwellenwerte jedoch zunächst unverändert bis zur Anpassung des nationalen Vergaberechts an die EU-Vorgaben weitergelten.

## 2. Vereinfachung des Vergaberechts

Entsprechend § 1 Abs. 1 des Entwurfs einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge soll bei öffentlichen Aufträgen, die den einschlägigen Schwellenwert erreichen oder überschreiten, bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen das Nähere des Vergabeverfahrens in der Vergabeverordnung geregelt werden. Abschnitt 2 der VOL/A und VOB/A sowie die VOF werden dann aufgehoben. Anzuwendende Regelungen ergeben sich nur noch aus der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV). Liegt der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes, sollen nach § 1 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs die Regelungen des Abschnitts 1 der VOL/A ebenfalls aufgehoben werden. Anzuwenden bleiben sollen jedoch die Vorschriften der VOB/A Abschnitt 1.

Unterhalb der einschlägigen Schwellenwerte gelten die Regelungen der VgV für Liefer- und Dienstleistungsaufträge aber nur dann, wenn mit dem Auftragswert die sog. Bagatellgrenze nicht erreicht wird. Die Geringfügigkeitsgrenze soll unterhalb von 10.000,- Euro liegen. Bei Unterschreiten dieser Grenze sollen ausschließlich die haushaltsrechtlichen Grundsätze zu beachten sein.

§ 9 des Entwurfs einer Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) sieht vor, dass staatliche Auftraggeber bei der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der Schwellenwerte nach pflichtgemäßem Ermessen das offene oder das nicht offene Verfahren wählen können. Parallel hierzu besteht nach § 12 des Verordnungsentwurfs für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der Schwellenwerte ein ebenfalls nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübendes Wahlrecht zwischen dem offenen, nicht offenen oder dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

Außerdem ist auf § 8 Abs. 2 des Verordnungsentwurfs hinzuweisen. Die Regelung entspricht dem § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A. Bei nachrangigen Dienstleistungen bleibt es demnach dabei, dass diese lediglich im nationalen Verfahren zu vergeben sind. Es ist

vorgesehen, dass die nachrangigen Dienstleistungen in Anlage 2 Teil B der Verordnung genannt werden.

Entsprechend § 20 des Verordnungsentwurfs ist zudem ein dynamisches elektronisches Verfahren für die Beschaffung von marktüblichen Leistungen vorgesehen. Mit § 21 des Verordnungsentwurfs wird die Möglichkeit einer elektronischen Auktion bei einer Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte eingeführt.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts sieht in Art. 6 durch das Gesetz zur Errichtung eines zentralen Registers über den Ausschluss unzuverlässiger Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge aus korruptionsbezogenen Gründen (KorrRegG) die Einrichtung eines Korruptionsregisters beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vor. Nach § 8 KorrRegG hat der öffentliche Auftraggeber ab einem bestimmten Auftragswert die Pflicht, sich beim Bundesamt über das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, entsprechend zu informieren.

## **VII. Weitere wichtige Grundsätze des Vergaberechts**

Abschließend möchten wir auf Folgendes hinweisen:

Auch bei Novellierung des Vergaberechts bleibt es dabei, dass ab Erreichen des jeweils maßgeblichen Schwellenwertes nicht zum Zuge kommende Bieter oder Bewerber Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen des Vergaberechts einhält; § 97 GWB bleibt unverändert.

Zu den Bieterschutzrechten i.S.v. § 97 Abs. 7 GWB gehört u.a. das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot (§ 97 Abs. 1 und 2) sowie die Förderung mittelständischer Interessen durch Aufteilung in Fach- oder Teillose (§ 97 Abs. 3).

Das Transparenzgebot erfordert, den am Wettbewerb teilnehmenden Bietern die Zuschlagskriterien einschließlich ihrer Gewichtung bekannt zu geben. Dazu gehört in der Regel auch die Offenlegung einer Bewertungsmatrix. Das Transparenzgebot erfordert auch, dass die einzelnen Stufen und Entscheidungen des Verfahrens lückenlos in einem Vergabevermerk zu dokumentieren sind.

Von der Aufteilung in Fach- oder Teillose darf nur abgesehen werden, soweit überwiegende Gründe für eine einheitliche Vergabe sprechen.

Die geforderten Eignungsnachweise – z.B. bestimmte Zertifizierungen – müssen bereits in der Vergabebekanntmachung genannt werden.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

(Zeh)