

Recht

Rundschreiben vom 24. März 2016

Modernisierung des Vergaberechts

An alle Mitgliedsunternehmen

Zum 18. April 2016 treten die Vorschriften des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes in Kraft. Im Wesentlichen betrifft dies die §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV). Ziel des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes sowie der dazugehörigen Rechtsverordnungen ist die Umsetzung der europäischen Vergaberechtsrichtlinien (insbesondere die Auftragsvergaberichtlinie RL 2014/24/EU) und die damit verbundene Vereinfachung von Struktur und Inhalt der zahlreichen gesetzlichen Vorschriften sowie die Stärkung sozialer, ökologischer und innovativer Aspekte.

Neben der Stärkung des nicht offenen Verfahrens und der Einführung der "Innovationspartnerschaft" als neue Verfahrensart, soll das Vergabeverfahren spätestens bis zum 18. Oktober 2018 vollständig elektronisch abgewickelt werden. Bereits ab dem 18. April 2016 müssen u.a. Bekanntmachungen an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union elektronisch übermittelt sowie Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch bereitgestellt werden.

Ob kommunale Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind, bleibt auch nach der Modernisierung einer Einzelfallprüfung vorbehalten. Eine inhaltliche Änderung gegenüber der alten Rechtslage ist mit dem neuen Vergaberecht nicht verbunden. Die von einigen Gerichten angenommene widerlegbare Vermutung, wonach kommunale Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind, kann nicht mehr übernommen werden.

Im Folgenden stellen wir die für die Wohnungswirtschaft wesentlichen Neuerungen des Vergaberechts sowie die Grundsätze über die Eigenschaft von kommunalen Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber dar:

I. Das neue Vergaberecht

Gegenüber der alten Rechtslage sind folgende Änderungen für die Wohnungswirtschaft zu beachten:

1. Elektronische Vergabe

Mit einer Übergangsfrist bis spätestens zum 18. Oktober 2018 wird die elektronische Vergabe, also die vollständige elektronische Abwicklung eines Vergabeverfahrens, eingeführt. Bekanntmachungen an das Amt für Veröffentlichung der EU müssen bereits ab 18. April 2016 elektronisch übermit-

telt werden. Ebenfalls ab dem 18. April 2016 müssen Vergabeunterlagen grundsätzlich elektronisch bereitgestellt werden.

Gem. § 97 Abs. 5 GWB sollen Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten im Vergabeverfahren elektronische Mittel verwenden. In der modernisierten Verordnung zur Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) hat der Gesetzgeber die Anforderungen an die elektronische Kommunikation konkretisiert (vgl. §§ 9 ff. VgV). Vergabeunterlagen, Teilnahmeanträge, Interessenbestätigungen oder Angebote sind grundsätzlich elektronisch zu übermitteln, im Übrigen ist die mündliche Kommunikation zulässig, wenn sie ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird (§ 9 Abs. 2 VgV).

Nach § 9 Abs. 3 VgV kann der öffentliche Auftraggeber von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung). Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig. Für die elektronischen Kommunikationsmittel werden in §§ 10 und 11 VgV konkrete Anforderungen gestellt, um das erforderliche Sicherheitsniveau und die Einhaltung der Diskriminierungsfreiheit zu gewährleisten.

Nach § 81 VgV können zentrale Beschaffungsstellen bis zum 18. April 2017 und andere öffentliche Auftraggeber bis zum 18. Oktober 2018 die Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessenbestätigungen auch auf dem Postweg oder anderem geeigneten Weg, z.B. per Telefax, verlangen. Sofern Unternehmen der Wohnungswirtschaft als öffentliche Auftraggeber einzuordnen sind, gilt also die Übergangsfrist bis zum 18. Oktober 2018.

Eine zwingende elektronische Übermittlung bereits ab 18. April 2016 ist für die Auftragsbekanntmachungen, Vergabebekanntmachungen, Bekanntmachungen über Auftragsänderungen und Vorinformationen an das Amt für Veröffentlichungen der EU vorgeschrieben (§ 40 VgV). Vergabeunterlagen müssen grundsätzlich ebenfalls ab dem 18. April 2016 elektronisch bereitgestellt werden (§ 41 VgV).

2. Verfahrensart

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb), im wettbewerblichen Dialog oder (neu) in der Innovationspartnerschaft. Vorrang haben gem. § 14 Abs. 2 GWB das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert. Die übrigen genannten Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies durch gesetzliche Bestimmungen oder nach den entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen in §§ 14 Abs. 3 und 4 GWB möglich ist.

Neu eingeführt wurde die Verfahrensart der Innovationspartnerschaft (§ 19 VgV) Diese kann für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags dann durchgeführt werden, wenn diese mit dem Ziel der Entwicklung einer innovativen Liefer- oder Dienstleistung oder deren anschließendem Erwerb eingeht. Der Beschaffungsbedarf, der der Innovationspartnerschaft zugrunde liegt, darf dabei nicht durch eine auf dem Markt bereits verfügbare Liefer- oder Dienstleistung befriedigt werden können.

Aus dem Wortlaut ist ersichtlich, dass die Innovationspartnerschaft es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen soll, eine langfristige Innovationspartnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Erwerb neuer innovativer Geräte, Ausrüstungen, Waren und Dienstleistungen zu begründen. Die Förderung von Innovationen erfolgt aber in der Regel durch projektorientierte oder institutionelle Forschungsförderung im Wege der Gewährung von Zuwendungen.

Mit der Innovationspartnerschaft wird es dem öffentlichen Auftraggeber erstmals ermöglicht, im Rahmen eines einzigen Vergabeverfahrens sowohl die Entwicklung einer Innovation zu unterstützen als auch zugleich den anschließenden Erwerb zu regeln, ohne erneut ausschreiben zu müssen (vgl. Begründung Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, Drs. 18/7318, S. 163).

II. Kommunale Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wurde im neuen Vergaberecht inhaltlich unverändert nunmehr in § 99 GWB übernommen.

Bei kommunalen Wohnungsbaugesellschaften, die als juristische Personen des Privatrechts organisiert sind, kann der Tatbestand in § 99 Nr. 2 GWB erfüllt sein, wenn das Kriterium der Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art und einer der Beherrschungstatbestände erfüllt sind. Dies ist im Einzelfall nach dem Gründungszweck und den objektiven Umständen der jeweiligen Gesellschaft zu beurteilen. Eine allgemeingültige Betrachtung verbietet sich.

§ 99 Nr. 2 GWB enthält drei Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen:

1. juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts,
2. die zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen,
3. sofern die juristische Person durch eine Stelle i. S. d. § 99 Nr. 1 oder 3 GWB in Form von § 99 Nr. 2 lit. a, b oder c GWB beherrscht wird oder eine andere juristische Person entsprechend selbst beherrscht

Das Kriterium der Rechtspersönlichkeit wird unproblematisch zu bestimmen sein. Anlass zu Schwierigkeiten bei der Einordnung kommunaler Wohnungsbauunternehmen als öffentlicher Auftraggeber dürfte sich aus den Kriterien 2 und 3 ergeben, auf die deshalb nachfolgend näher eingegangen wird:

1. Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art nach dem Gründungszweck

1.1. Aufgabe im Allgemeininteresse

Eine Aufgabe im allgemeinen Interesse liegt regelmäßig dann vor, wenn diese nicht nur der Förderung des privaten Interesses eines Einzelnen oder einer Gruppe von Personen dient, sondern das Interesse der Gesamtheit der Bevölkerung zum Gegenstand hat. Entscheidend ist, ob Gemeinwohlbelange gefördert werden sollen. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn dem Unternehmen hoheitliche Befugnisse übertragen werden oder Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrgenommen werden, zu dem auch der soziale Wohnungsbau gehört.

Abzustellen ist auf den Gründungszweck, der häufig in der Satzung oder in dem Gesellschaftsvertrag niedergelegt wurde. Daneben kann auch die Darstellung des kommunalen Wohnungsbauunternehmens im Internet, z.B. auf der firmeneigenen Website, zur Beurteilung herangezogen werden. Schließlich ist nicht starr auf den Wortlaut der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages abzustellen, sondern auf die tatsächlichen Umstände (vgl. EuGH, Urt. v. 10. April 2008 – C 393/06; VK Brandenburg, Beschl. v. 27. Juli 2015 – VK 12/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03. April 2009 – VK 8/09).

1.2. Nichtgewerbliche Art

Die Aufgabe wird dann nichtgewerblich ausgeführt, wenn sie nicht unter wettbewerblichen Bedingungen wahrgenommen wird.

Entscheidend für die Einordnung der Aufgabenerfüllung als nichtgewerblich ist eine Gesamtbeurteilung, anhand derer festzustellen ist, ob die objektive Gefahr besteht, dass sich die Einrichtung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von anderen als rein wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.

Nichtgewerblichkeit ist also dann zu verneinen, wenn das jeweilige Unternehmen sich strategisch oder operativ wie ein normaler Marktteilnehmer mit der primären Absicht, Gewinne zu erzielen, in einem entwickelten Wettbewerb bewegt. Anhaltspunkte, die für das Bestehen der Gewerblichkeit sprechen, können im Einzelfalle sein:

- Tätigkeit unter normalen Marktbedingungen
- Gewinnerzielungsabsicht
- Tragen des Risikos für wirtschaftliche Verluste/Insolvenzrisiko.

(vgl. hierzu KG Berlin, Beschl. 11.11.2004 – 2 Vergaberecht 16/04; VK Lüneburg, Beschl. v. 25. Februar 2010 – VGK – 82/09; OLG Karlsruhe, 17. April 2008 – 8 U 228/2010.

2. Beherrschung durch eine Stelle i. S. d. § 99 Nr. 1 oder 3 GWB

Dieses Kriterium setzt voraus, dass das Unternehmen von einer Stelle i. S. d. § 99 Nr. 1 oder 3 GWB beherrscht wird, also das Unternehmen entweder überwiegend durch eine solche Stelle finanziert wird, einer solchen Stelle die Aufsicht über die Leitung des Unternehmens zukommt oder eine mehrheitliche Besetzung von Gesellschaftsorganen des Unternehmens durch eine solche Stelle festzustellen ist. Stellen i.S.v. Nr. 1 oder 3 sind Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen oder Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen. Es genügt auch eine Beherrschung durch eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts, wenn diese die Kriterien aus § 99 Nr. 2 GWB selbst erfüllt.

III. Darlegungslast/Indizwirkung

Grundsätzlich trägt nach den allgemeinen Beweisregeln materiell derjenige die Beweislast für das Vorliegen von Tatbestandsvoraussetzungen, der sich auf die Vorschrift beruft.

Dem Antragsteller obliegt in einem Nachprüfungsverfahren also grundsätzlich die Beweislast dafür, dass ein Vergaberechtsverstoß besteht. Rügt ein Antragsteller die Vergabe eines Auftrags ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, obliegt es der kommunalen Wohnungsbau-gesellschaft eine entsprechende Darlegung des Antragstellers, dass sie als öffentliche Auftraggeberin einzuordnen ist, zu entkräften.

Eine Vermutung für die Eigenschaft von kommunalen Wohnungsbauunternehmen als öffentlicher Auftraggeber und eine damit verbundene Beweislastumkehr kann nicht mehr angenommen werden. Mit der Ablösung der Richtlinie 2004/18/EG durch die Richtlinie 2014/24/EU gilt der Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG nicht mehr fort, er wurde auch in die neue Richtlinie 2014/24/EU nicht übernommen.

In diesem Anhang wurden kommunale Wohnungsunternehmen ausdrücklich als Auftraggeber aufgeführt und vielfach von einer entsprechenden Vermutung ausgegangen. Nach Fortfall des Anhangs III der Richtlinie 2004/18/EG besteht eine Vermutung, dass Wohnungsunternehmen öffentliche Auftraggeber sind, damit nicht mehr.

Vielmehr ist – wie auch sonst schon in der vergaberechtlichen Rechtsprechung angenommen worden ist – immer eine Einzelfallprüfung nach den genannten drei Kriterien erforderlich.