

Berücksichtigung regionaler Unternehmen bei öffentlichen Ausschreibungen

Einleitung

Zunächst möchte ich mich herzlich für die Möglichkeit bedanken, im Rahmen dieses regionalen Holzbautages 2005 einen kurzen Vortrag zum Thema „Berücksichtigung regionaler Unternehmen bei öffentlichen Ausschreibungsverfahren“ vortragen zu dürfen.

Bei der öffentlichen Vergabe spielen oft regionalpolitische Interessen eine nicht unwesentliche Rolle. Die Schwierigkeit besteht allerdings regelmäßig darin, diese Interessen und Vorstellungen mit dem geltenden Recht, insbesondere dem Vergaberecht in Einklang zu bringen. Ein wesentlicher, regelmäßig auftretender kommunalpolitischer Wunsch ist es, im Rahmen insbesondere von Bauvorhaben vornehmlich kleinere und mittlere, in der Region verwurzelte Unternehmen mit der Ausführung der Leistung zu beauftragen. Das Vergaberecht bietet hierzu zwar einige Möglichkeiten, die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen. Allerdings gibt es auch klare Grenzen, die von der öffentlichen Hand zu beachten sind.

Zu diesem Zwecke soll in einem ersten Teil zunächst einmal die wesentlichen Grundlagen des Vergaberechts in aller Kürze näher beleuchtet werden. In einem zweiten Teil werden sodann die Möglichkeiten der Berücksichtigung kleinerer und mittlerer, in der Region verwurzelter Unternehmen und mittelständischer Interessen erarbeitet. Abschließend wird ein kurzer Ausblick über mögliche zukünftige Entwicklungen gegeben, die die Berücksichtigung regionaler Unternehmen und mittelständischer Interessen gefährden können.

Erster Teil: Grundlagen des Vergaberechts

1. Begriffsbestimmung

Unter Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der Regel und Vorschriften, die der Staat, seine Behörden und Institutionen bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen zu beachten haben. Kurz: Es handelt sich dabei um die formellen und materiellen Regelungen bei der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand. Einkauf bedeutet dabei hier die Inanspruchnahme einer Leistung am Markt gegen Entgelt.

Darunter fallen z. B.

- Einkauf von Büromaterial
- Erwerb von Rüstungsgütern für die Bundeswehr
- Bau eines neuen Rathauses oder einer Schule

2. Ursprung und Verständnis des deutschen Vergaberechts

Die eigentliche Grundlage für die Regelung des Vergaberechts liegt nach herkömmlichem Verständnis in den im Haushaltsrecht verankerten Grundsätzen des sparsamen und wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Geldern, also in der ökonomischen Verwendung von Haushaltsmitteln. Daher wurden schon sehr früh, seit den 20iger Jahren, durch den Verdingungsausschuss Verfahrensvorschriften (VOB und VOL) erlassen, die diese Beschaffungsvorgänge regelten, um diese Ziele besser erreichen zu können.

Das Vergaberecht ist damit traditionell ein spezieller Teil des Haushaltsrechts, regelt also den Umgang der öffentlichen Hand mit ihren Haushaltsmitteln. Rechtsgrundlagen für das nationale Vergaberecht finden sich deshalb in

- Haushaltsordnungen von Bund, Ländern und Gemeinden
- Haushaltsgrundsätzegesetz
- VOB, VOL

So heißt es z. B. in Art. 61 Abs. 2 Bayerische Gemeindeordnung:

„Die Haushaltswirtschaft ist sparsam und wirtschaftlich zu planen und zu führen.“

Und weiter formuliert § 31 Kommunale Haushaltsverordnung:

„Der Vergabe von Aufträgen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine beschränkte Ausschreibung und eine freihändige Vergabe rechtfertigen.“

Diese Verankerung der vergaberechtlichen Regularien insbesondere im Haushaltsrecht macht deutlich, dass nach deutschem Rechtsverständnis das Vergaberecht eine verwaltunginterne Rechtsmaterie darstellt, die der Verwaltung formale und inhaltliche Vorgaben für die Abwicklung von Beschaffungsprozessen an die Hand gibt. Dieses (alleinige) Ziel der Sicherung der ökonomischen Verwendung von Haushaltsmittel hat für die einzelnen Bieter eine weit reichende Kehrseite: nur im Ausnahmefall wird ihnen eine eigene Rechtsposition im Hinblick auf die Einhaltung der Vergaberegeln eingeräumt.

3. Europäisches Vergaberecht

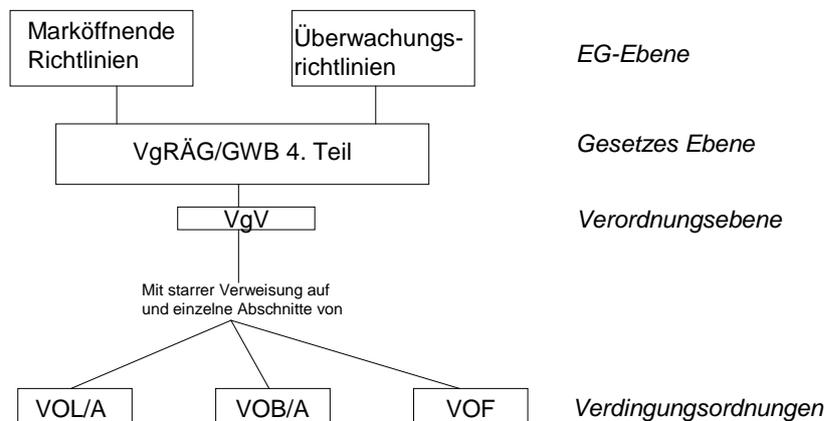
Dieses herkömmliche Vergaberechtsverständnis wurde durch den Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts grundlegend geändert. Auch wenn in Deutschland lange Zeit das europäische Vergaberecht missachtet und ignoriert wurde, konnte man letztendlich nach mehreren Vertragsverletzungsverfahren nicht umhin, die nationalen Vergaberechtsvorschriften den Anforderungen des europäischen Rechts anzugleichen. Ziel war es, in einem einheitlichen Markt auch ausländischen Bietern die gleichen Chancen einzuräumen wie inländischen, also einen diskriminierungsfreien Markt zu gewährleisten und Wettbewerbsbeschränkungen abzubauen. Ein weiterer wichtiger, bislang unbekannter Aspekt, der durch europäischen Einfluss bewirkt wurde, war die Einführung eines subjektiven Rechtsschutzes zugunsten der Bieter im Rahmen des Vergabeverfahrens. Im europäischen Vergaberecht hat ein Bieter die Möglichkeit, bei einer Verletzung von Vergabevorschriften Rechtsschutz vor den Vergabekammern und den Gerichten zu suchen, bevor der Zuschlag erteilt wird (vgl. § 97 Abs. 7 GWB). Dies hat zur Folge, dass nach europäischem Vergaberecht das Verfahren auf formelle Fehler und auch Beachtung der inhaltlichen Anforderungen überprüft wird. Umso

wichtiger ist es deshalb, diese formellen und materiellen Vorgaben zu beachten, um gravierende Verzögerungen bei der Durchführung der Maßnahmen zu vermeiden.

Der deutsche Gesetzgeber konnte sich nicht durchringen, ein einheitliches Vergaberecht zu installieren. In Deutschland gibt es daher nach wie vor ein nationales Vergaberecht einerseits und ein europäisches Vergaberecht andererseits mit durchaus unterschiedlichem Regelungsgehalt.

Abgrenzungskriterium zwischen nationaler und EU-weiter Vergabe bilden allein die so genannten Schwellenwerte. National muss ausgeschrieben werden bis zu den Schwellenwerten, ab diesen Schwellenwerten muss EU-weit ausgeschrieben werden, mit der Folge, dass EU-Vergaberecht Anwendung findet. Bei Bauaufträgen beläuft sich derzeit der Schwellenwert auf € 5,0 Mio., bei freiberuflichen Leistungen wie Architektenleistungen auf € 200.000,00. Im Zuge einer Anpassung an neue europarechtliche Vorgaben sollen die Schwellenwerte auf € 6.242.000 und € 249.000 angehoben werden. Der Wert des beabsichtigten Auftrags darf nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung von Vergaberechtsbestimmungen zu entziehen (§ 3 Abs. 2 VgV).

Das System des Vergaberechts oberhalb der EG-Schwellen hat danach folgende formale Struktur:



4. Grundlagen und Grundprinzipien des Vergaberechts

a) Wer muss ausschreiben?

Ausschreibungspflichtig ist „der öffentliche Auftraggeber“.

aa) Unterhalb der Schwellenwerte

- Gebietskörperschaften
- Verpflichtung Privater durch Förderbescheid oder Vertrag
- Beispiel: Stadt, Gemeinde, Landkreis

Es gilt der institutionelle Auftraggeberbegriff.

bb) Über den Schwellenwerten

- Gebietskörperschaften (§ 98 Nr. 1 GWB)
- Juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die
 - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben
 - nichtgewerblicher Art wahrnehmen (§ 98 Nr. 2 GWB)
 - in besonderer Weise mit dem Staat verbunden sind
 - Beispiele: Hochschulen, Kammern, „Krankenhaus GmbH“, „Stadtwerke GmbH“
- Verbände (§ 98 Nr. 3)
- Finanzierte Träger bestimmter Vorhaben wie Errichtung von Krankenhäusern, Sporteinrichtungen etc. (§ 98 Nr. 5 GWB)
- Baukonzessionäre § 98 Nr. 6 GWB).

Es gilt der europarechtlich ausgeformte funktionale Auftraggeberbegriff.

b) Was muss ausgeschrieben werden?

Ausgeschrieben werden müssen entgeltliche Verträge, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Folgende Kriterien sind maßgeblich:

- unterschiedliche Rechtspersonen
- Beschaffungsaktivität
- Entgeltlichkeit.

c) Verfahrensgrundsätze

Das Vergaberecht wird im Wesentlichen von folgenden Grundprinzipien beherrscht:

- Wettbewerb
- Transparenz
- Nichtdiskriminierung/Gleichbehandlung
- Wirtschaftlichkeit

Der Wettbewerbsgrundsatz verlangt, in einem möglichst formalisierten Verfahren möglichst vielen Bietern die Gelegenheit zu geben, ihre Leistungen anzubieten. Namentlich die effektive Verwirklichung des EG-Binnenmarktes setzt den gleichberechtigten Zugang der Interessenten aus allen Mitgliedsstaaten zu den öffentlichen Aufträgen jedes anderen Mitgliedsstaates voraus.

Die Diskriminierung von Unternehmen bei Vergabe von Leistungen ist verboten. Der Grundsatz, alle Bieter gleich zu behandeln bzw. nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln, prägt das Vergabeverfahren umfassend. Ein Ausfluss des Diskriminierungsverbots ist insbesondere das Verbot der Beschränkung des Wettbewerbs auf in bestimmten Regionen oder Orten ansässige Bewerber (vgl. § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A; § 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Das Motiv für die bevorzugte Beauftragung ortsansässiger Unternehmen ist gemeinhin, die Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte zu fördern, zusätzliche Gewerbesteureinkünfte zu erzielen oder allgemein die lokale Konjunktur zu beleben. Die Verfolgung all dieser Ziele, so sinnvoll sie im Einzelnen sein mögen, wird durch die Verdingungsordnungen ausdrücklich untersagt. Der Bewerberkreis darf geographisch nicht begrenzt werden. Jede Bevorzugung ortsansässiger Bewerber oder Bieter ist unzulässig.

In diesem Zusammenhang ist auch auf das Verbot der Anwendung vergabefremder Kriterien hinzuweisen. Öffentliche Auftraggeber sind immer wieder versucht, Sonderanforderungen an die Teilnehmer von Vergabeverfahren zu stellen (Frauenförderung, Förderung ausbildender Berufe, Tariftreueerklärungen, Umweltschutz etc.). Im Einzelnen ist hier vieles umstritten, die

Rechtslage teilweise diffus (vgl. die Übergangsvorschrift in § 97 Abs. 4, 2. HS GWB). Europarechtlich ist die Frage eindeutig zu beantworten: Vergabefremde Kriterien sind für die Beurteilung der Eignung von Bietern grundsätzlich unzulässig und nur in wenigen sachlich begründeten Ausnahmefällen denkbar.

Sämtliche Prinzipien werden vom Transparenzprinzip überlagert. Nur durch eine transparente Verfahrensweise kann die Einhaltung von Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz gesichert werden. Die Transparenz wird grundsätzlich durch die Einhaltung der vorgegebenen Verfahrensweisen erreicht. Hier besteht deshalb ein prinzipieller Vorrang des offenen Verfahrens und des nicht offenen Verfahrens vor dem Verhandlungsverfahren.

d) Rechtsschutzmöglichkeiten

Wie bereits ausgeführt, besteht ab dem Erreichen der Schwellenwerte beim EU-Vergaberecht eine weitgehende Rechtsschutzmöglichkeit für den Bieter. Nach § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen einen Anspruch darauf, das Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergaberecht einhält. Das Vergabeverfahren kann aufgehoben oder wiederholt werden müssen, wenn Vergabevorschriften verletzt wurden und der Bieter dadurch in subjektiven Rechten verletzt ist. In Deutschland besteht ein zweistufiges Rechtsschutzsystem. Die erste Instanz bilden die sog. Vergabekammern, die bei den Regierungen angesiedelt sind (Vergabekammer Süd bei der Regierung von Oberbayern, Vergabekammer Nord bei der Regierung von Mittelfranken in Ansbach). Als Rechtsmittel gegen die Entscheidungen steht die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht (vormals Bayerisches Oberstes Landesgericht) zur Verfügung, dort wird die Entscheidung der Vergabekammer gerichtlich überprüft.

Auf nationaler Ebene fehlt nach wie vor ein wirksamer Rechtsschutz. Es gibt im deutschen traditionellen Vergaberecht keinen wirksamen primären Rechtsschutz, d.h. faktisch ist es einem Bieter kaum möglich, die Vergabeentscheidung überprüfen zu lassen. Sofern Vergabeverstöße vorliegen, kann der Bieter allenfalls sekundären Rechtsschutz (Schadenersatzansprüche) geltend machen.

5. Bedeutung des Vergaberechts

Die Bedeutung des Vergaberechts bei der Abwicklung von Projekten ist in den letzten Jahren enorm angestiegen. Dies hat vielfältige Ursachen, insbesondere sind zu nennen:

- große gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Beschaffungsvorgänge (ca. 10% des Bruttoinlandprodukts)
- generelle, gesellschaftliche Entwicklung hin zu mehr Transparenz sowohl bei der öffentlichen als auch bei der privaten Hand (vgl. Pflicht zur Offenlegung der Vorstandsgehälter von börsennotierten Unternehmen; corporate governance)
- knappe Mittel bei der öffentlichen Hand haben die Bedeutung und Möglichkeiten des Vergaberechts neu entdecken lassen
- Einfluss des EU-Rechts
- größerer Wettbewerb auf Seiten der Bieter
- Möglichkeit der Inanspruchnahme von Rechtsschutz
- Wirtschaftliche Schäden bei Verzögerung von Beschaffungsvorgängen infolge Nachprüfungsverfahren

6. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass eine unmittelbare oder mittelbare Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen vergaberechtlich unzulässig ist. Eine Ausschreibung darf nicht auf einen Bieterkreis geographisch beschränkt werden. Unabdingbarer Grundsatz jeder Ausschreibung ist die Gleichbehandlung sämtlicher Bewerber/Bieter. Dieses Ergebnis bedeutet freilich nicht, dass man Vergabeverfahren nicht so ausgestalten kann und darf, dass typisch mittelständische Unternehmen eine gute Chance haben, den Zuschlag für öffentliche Aufträge zu erhalten.

Zweiter Teil: Berücksichtigung regionaler Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge?

Nach Ausführungen zu den allgemeinen Grundlagen des nationalen und europäischen Vergaberechts möchte ich mich im Folgenden dem eigentlichen Thema meines Vortrages zuwenden. Ganz bewusst habe ich das Thema Berücksichtigung regionaler Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge belassen.

Das Ergebnis wurde bereits im ersten Teil vorweggenommen: Die einseitige Berücksichtigung regionaler oder örtlicher Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist vergaberechtswidrig. Wir müssen deshalb die Betrachtungsweise erweitern und fragen, wie mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Berücksichtigung finden können.

Die Vergaberegularien scheinen in der Praxis hierbei in einem gewissen Spannungsverhältnis zur wirtschafts- und kommunalpolitischen Ziel von Gemeinden, Städten und sonstigen Gebietskörperschaften zu stehen. Vergaberecht ist von den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs geprägt. Insoweit weist die Mittelstandsförderung selbst keinen spezifischen Bezug zur Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand auf.

Gleichwohl bildet die Förderung des Mittelstandes ein weitestgehend akzeptiertes wirtschaftspolitisches Ziel. Dem ist auch der Gesetzgeber nachgekommen und stellt in § 97 Abs. 3 GWB den allgemeinen Grundsatz auf, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge angemessen zu berücksichtigen sind. Zwar ist die Privilegierung des Mittelstandes in Europa ohne Vorbild. Sie steht gleichwohl mit Europarecht in Einklang (vgl. *Dreher*, NZBau 2005, 427). Die Länder haben daher nahezu flächendeckend Mittelstandsförderungsgesetze und entsprechende Richtlinien für die Beteiligung mittlerer Unternehmen und freier Berufe bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen.

Auf die schwierige Frage, was unter „Mittelstand“ zu verstehen ist, soll im Folgenden nicht näher eingegangen werden. Nachzugehen ist vielmehr zunächst der Frage, auf welchem Wege die vergaberechtliche Begünstigung des Mittelstandes erfolgen kann und welche vergaberechtlichen Instrumente und Entwicklungen Mittelstandsbelange gefährden.

I. Mittel zur Förderung mittelständischer Interessen

1. Wahl der Vergabeart

Entsprechend der Mittelstandsrichtlinien des öffentlichen Auftragswesens wird die Beteiligung der kleinen und mittleren Unternehmen am Wettbewerb bereits durch die in Art. 55 Abs. 1 der Bayerischen Haushaltsordnung (BayHO) sowie in § 3 VOB/A und § 3 VOL/A vorgesehene öffentliche Ausschreibung sichergestellt. Bei der öffentlichen Ausschreibung wählt nicht der Auftraggeber selbst die Unternehmen aus, die er zur Angebotsabgabe auffordert. Vielmehr richtet er die Aufforderung an einen nach Zahl und Personen unbestimmten Bieterkreis. Jeder Interessent kann deshalb ein Angebot abgeben. Aber auch bei einer beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe von Bauleistungen oder sonstigen Lieferungen und Leistungen sind regelmäßig kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern (vgl. § 7 Nr. 3 VOL/A).

Die beschränkte Ausschreibung ist nur in Ausnahmefällen zugelassen (vgl. § 3 Nr. 3 VOB/A), etwa bei unverhältnismäßig hohem Aufwand einer öffentlichen Ausschreibung (§ 3 Nr. 3 Abs. 1 lit. a) VOB/A). Dies ist bei Bauleistungen laut bayerischem Wirtschaftsministerium bis zu Wertgrenzen von € 300.000 im Tiefbau, € 150.000 im Hochbau/Rohbau und € 75.000 für Ausbaugewerke der Fall, ohne dass die Ausnahme im Einzelnen begründet werden müsste. Um gleichwohl den Vergabegrundsätzen genüge zu tun, werden folgende Maßnahmen bei der Durchführung von Beschränkten Ausschreibungen empfohlen:

- Erkundung des regionalen Markts durch formlose Information der Fachöffentlichkeit in regionalen Tageszeitungen
- Aufforderung von mindestens drei bis acht Bewerbern
- Ausreichende Streuung der aufgeforderten Bewerber (in der Regel ein bis zwei aus anderen Gemeinden oder Landkreisen)
- Organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Manipulation und Korruption.

Bis zu den genannten Auftragsvolumina können also regionale Unternehmen verstärkt in die öffentliche Ausschreibung im Wege einer beschränkten Ausschreibung mit einbezogen werden.

2. Losvergabe

Im Wesentlichen wird die Berücksichtigung der Interessen des Mittelstandes aber durch die Losvergabe bewirkt. Es sind zwei Arten von Losvergaben zu unterscheiden:

- Fachlosvergabe

Fachlosvergabe können als nach Fachgebieten oder Gewerbebezweigen abgetrennte Teile eines Auftrags definiert werden (so genannte Vergabe nach Einzelgewerken).

Beispiel: Rohbauarbeiten
Tiefbauarbeiten
Elektroarbeiten, etc.

- Teillosvergabe

Eine Aufspaltung in Teillose bedeutet eine mengenmäßige oder räumliche Unterteilung der Gesamtleistung:

Beispiel: Aufteilung in Bauabschnitte

Mit der Losvergabe wird das Auftragsvolumen reduziert und damit auch mittelständischen und kleinen Unternehmen mit geringer Kapazität ermöglicht, mit guten Chancen an der Ausschreibung teilzunehmen.

Die Aufteilung in Fach- und Teillose ist aber nicht unbeschränkt möglich. Zum einen gibt es die Grenze der Zweckmäßigkeit und Praktikabilität sowie der Wirtschaftlichkeit. Zum anderen darf durch die Aufteilung die Anwendung des Vergaberechts nicht umgangen werden.

3. Zulassung von Bietergemeinschaften

Eine Förderung mittelständischer Interessen kann auch in der Zulassung von Bietergemeinschaften liegen. Hier wird gleichsam der umgekehrte Weg der Losaufteilung gegangen. Statt das Auftragsvolumen zur Ermöglichung der Teilnahme von mittelständischen Unternehmen mit geringen Kapazitäten zu verkleinern, wird diesen durch Zusammenfassung ihrer Kapazität die Chance gewährt, einen Auftrag zu erhalten, den sie anderenfalls nicht bewältigen könnten.

Allerdings scheitern diese Konstellationen häufig in der Praxis an dem Umstand, dass sich gewerkeähnliche Unternehmen nur selten übergreifend zu einer gemeinsamen Angebotsabgabe durchringen können.

4. Nutzung der so genannten Bagatellklausel

Eine weitere Möglichkeit der Förderung mittelständischer Interessen bei EU-weiten Vergaben ist die konsequente Inanspruchnahme der so genannten Bagatellklausel (§§ 2 Nr. 7 und Nr. 8 VgV). Diese Regelungen sollen es dem Auftraggeber ermöglichen, kleinere Lose nicht EU-weit ausschreiben zu müssen, da solche Lose in der Regel nur für Bieter im nationalen Bereich von Interesse sind und für den EU-weiten Wettbewerb außer acht gelassen werden können.

Mit dieser Bagatellklausel können Aufträge, die an sich europaweit ausgeschrieben werden müssten, dann national ausgeschrieben werden können, wenn (z.B. für Bauleistungen)

- das einzelne Los den Auftragswert von € 1,0 Mio. nicht erreicht und
- insgesamt 80% der Gesamtvergabe europaweit vergeben werden.

Einzellose, die den Auftragswert von € 1,0 Mio. nicht erreichen, können damit bis zu 20% des Auftragswertes national ausgeschrieben werden. Diese Vorgehensweise bringt dem Mittelstand einen zweifachen Vorteil: Er muss sich erstens nicht dem europaweiten Wettbewerb stellen. Zweitens begünstigt die Höhe des Auftragswertes bei den Fachlosen mittelständische Unternehmen.

5. Ausnutzung von Bagatellgrenzen

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass nicht jeglicher Beschaffungsvorgang für Bau- und Dienst-/Lieferleistungen öffentlich ausgeschrieben werden müssen. Kleistbeschaffungen unterliegen nicht der Ausschreibungspflicht. Die Wertgrenzen für solche Kleistbeschaffungsvorgänge sind unterschiedlich. Für Bauleistung beträgt die Wertgrenze bei etwa € 30.000. Bis zu dieser Grenze ist eine freihändige Vergabe ohne weitere Einzelbegründung zulässig.

Im Rahmen dieser Beschaffungsvorgänge können regionale Unternehmer beauftragt werden.

6. Planungsleistungen unter dem Schwellenwert und Berücksichtigung von „Newcomer“

Freiberufliche Leistungen, insbesondere Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb eines Gesamthonorarvolumens von € 200.000,00 müssen nach den Regelungen der VOF europaweit ausgeschrieben werden. Für die nationale Auftragsvergabe von Architekten- und sonstigen Planungsleistungen gibt es jedoch keine verbindlichen Vergaberegularien. Es gelten die allgemeinen haushaltsrechtlichen Grundsätze. Architektenleistungen unter diesem Schwellenwert können deshalb in der Regel freihändig, also ohne förmliches Verfahren vergeben werden. Insofern haben Aufträge unterhalb des Schwellenwerts besondere Bedeutung für regionale Planungsinstitute.

Nach § 4 Abs. 5 VOF (also eu-weite Vergabe) sollen kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden. Diese Vorschrift wirft in der Praxis aber erhebliche Schwierigkeiten auf. Gerade bei eu-weiten Vergaben, also größeren Projekten, ist die Erfahrung, Fachkunde und Leistungsfähigkeit von maßgeblicher Bedeutung, so dass kleinere Büros oder gar Berufsanfänger praktisch keine Chance auf einen Zuschlag haben, ohne Mitbewerber unzulässig zu benachteiligen. Die in dieser Vorschrift enthaltene Forderung kann deshalb nicht auf einen einzelnen Auftrag bezogen werden, sondern bezieht sich auf die gesamte Vergabepaxis eines Auftraggebers und kommt deshalb über die Bedeutung eines bloßen Programmsatzes nicht hinaus.

7. Vergabe von Unteraufträgen an kleine und mittlere Unternehmen

Die Mittelstandsrichtlinie sieht ferner vor, bei Großaufträgen und sonstigen Aufträgen mit Nachunternehmerleistungen in den Verdingungsunterlagen festzulegen, dass der Auftragnehmer sich bemüht, Unteraufträge an kleinere und mittlere Unternehmen in dem Umfang zu erteilen, soweit er es mit der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung vereinbaren kann. Auf Verlangen ist das Bemühen dem Auftraggeber nachzuweisen. Für den Fall der Weitergabe von Bauleistungen ist deshalb festzulegen, dass der Auftragnehmer bei Einholung von Angeboten der Nachunternehmer regelmäßig kleine und mittlere Unternehmen angemessen beteiligen soll.

Das Auftragsberatungszentrum Bayern e. V. erteilt auf schriftliche Anfrage Auskünfte über geeignete kleine und mittlere Unternehmen (ausgenommen Bauleistungen).

II. Gefährdung der Interessen des Mittelstandes durch neue Entwicklungen des Vergaberechts

1. Zentrale Beschaffungsstellen

Das neue Vergaberecht sieht vermehrt die Zulässigkeit zentraler Beschaffungsstellen und der Auftragsbündelung vor. Die Auftraggeber versprechen sich von der Nachfragebündelung eine besonders sparsame Beschaffung, hat also vor allem ökonomische Bedeutung. Freilich gehen solche Zentralisierungstendenzen zulasten kleinerer und mittlerer Betriebe, die unter erheblichen Kostendruck und auch schnell an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit geraten.

2. Zulassung von Generalunternehmer- oder Generalübernehmervergabe

Der Berücksichtigung und Förderung mittelständischer Interessen steht die Vergabe von Leistungen an Generalunter- oder –übernehmer in aller Regel entgegen.

Ein Generalunternehmer ist ein Bewerber, der sämtliche zu einem Bauvorhaben gehörigen Leistungen zu erbringen hat, wesentliche Teile hiervon selbst ausführt und im Übrigen Einzelaufträge an Nachunternehmer weitergibt. Der Auftraggeber verspricht sich in diesem Zusammenhang eine verbesserte Organisation, geringeren

Reibungsfluss in der Abstimmung, eine einheitliche Haftung und Reduzierung der Kosten. Durch die Vergabe an einen Generalunternehmer als Gesamtvergabe entfällt die Aufteilung nach Lose. Als Ausnahme zum Grundsatz der losweisen Vergabe bedarf die Ausschreibung eines Generalunternehmers deshalb einer besonderen Legitimation, die sowohl in technischen wie auch wirtschaftlichen Aspekten begründet sein kann (§ 4 Nr. 3 Satz 2 VOB/A).

Vom Generalunternehmer ist der Generalübernehmer zu unterscheiden. Der „GÜ“ ist ein Auftragnehmer, der die ausgeschriebenen Leistungen nicht mit eigenen Mitteln, sondern vollständig durch Subunternehmer erbringt, also keine Eigenleistung erbringt und nur noch als Projektmanager und Koordinator fungiert. Das deutsche Vergaberecht lehnte bislang die Zulässigkeit einer „GÜ-Ausschreibung“ rundweg ab. Das erst kürzlich in Kraft getretene „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“ lässt jedoch nunmehr die Beauftragung von Generalübernehmer ausdrücklich zu (vgl. § 4 und 6 n.F. VgV). Die Forderung nach einem Mindestmaß an Eigenleistung wird nicht mehr aufrechterhalten.

Bei der Vergabe von Generalunternehmerleistungen werden mittelständische Unternehmen regelmäßig durch große Bauunternehmungen allein durch deren Marktstellung in den Hintergrund gedrängt. Will also ein öffentlicher Auftraggeber eher mittelständische oder kleinere Betriebe fördern, kommt für ihn ein Generalunternehmer- oder -übernehmerausschreibung nicht oder nur selten in Betracht.

4. Public Private Partnership (PPP)

Auch die Verwirklichung größerer Infrastrukturprojekte und Hochbauten im Rahmen von Public-Private-Partnership-Modellen stellt eine aktuelle Gefährdung der Berücksichtigung mittelständischer Interessen dar. PPP bezeichnet umfassend die Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten. Dieser Ansatz der Zusammenarbeit wird zunehmend als Lösungsansatz für die Bewältigung der unterschiedlichsten kommunalen Probleme und Aufgaben gesehen, insbesondere wachsende Haushalts- und Liquiditätsengpässe zu vermeiden. Aufgrund der Komplexität dieses Beschaffungsvorganges sind mittelständische Unternehmen regelmäßig nicht in der Lage, mit großen Bau- und Dienstleistungsunternehmen zu

konkurrieren. Zudem übernimmt in aller Regel der Investor die Vorfinanzierung. Da die neueren Kreditrichtlinien die Kreditvergabe für den Mittelstand nicht unerheblich erschwert haben, kommt eine Vorfinanzierung größerer Projekte durch ein mittelständisches Unternehmen kaum in Betracht. Als Lösung bieten sich hier Bieterkonsortien unter Beteiligung von Finanzinstituten an. Solche Konsortien erlauben es auch mittelständischen Unternehmen, an solchen komplexen Beschaffungsvorgängen teilzunehmen.

III. Zusammenfassung

Als Ergebnis können wir festhalten:

1. Eine vergaberechtlich nicht zu beanstandende Berücksichtigung regionaler Unternehmen ist nur unterhalb der Bagatellgrenze und bei Planungsleistungen unterhalb des Schwellenwertes von € 200.000,00 möglich.
2. Es gibt eine Reihe von Instrumentarien, die es ermöglichen, Interessen mittelständischer Unternehmen bei kommunalen Beschaffungsvorgängen zu berücksichtigen. Freilich darf dies nicht zu einer Benachteiligung der übrigen Wettbewerber führen. Die Vergabestelle muss deshalb sehr genau abwägen, welche Ziele ihr wichtig sind und darauf das jeweilige Vergabeverfahren abstimmen. Insbesondere durch eine Einzelgewerkevergabe bei einer offenen Ausschreibung sowie die Zulassung von Bietergemeinschaften erhalten kleinere und mittlere, örtlich verwurzelte Unternehmen eine gute Chance auf die Auftragserteilung.
3. Bei aller Euphorie um neue Formen der Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten und damit verbundene Vorteile, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass dadurch die Berücksichtigung mittelständischer Interessen zumindest gefährdet wird. Auch hier muss der öffentliche Auftraggeber eine Abwägung treffen, welche Ziele für ihn bei einem Beschaffungsvorgang prioritär sind.

Dr. Norbert Huber