

TU Chemnitz
Fakultät für Wirtschaftswissenschaften
Professur Jura I
Prof. Dr. Ludwig Gramlich

**Öffentliche Beschaffung im Internet –
wirtschaftliche und rechtliche Aspekte.**

Abschlussarbeit

Name: Sven Schindler
Studiengang: wirtschaftswissenschaftliche Ausbildung für
Juristen
Fachsemester: 5
Matrikel- Nr.: 22540

Abgabetermin: 11. Dez 2001

Inhalt

Inhalt	I
Abbildungsverzeichnis	VII
Abkürzungen	VIII

Einleitung	1
-------------------------	---

A. Abgrenzung

I. Grundlagen des Öffentlichen Beschaffungswesen.....	3
1. Öffentliche Beschaffung	3
2. Öffentlicher Auftraggeber	3
3. Öffentlicher Auftrag.....	4
4. Vergaberecht.....	4
II. Public Electronic Procurement.....	6
III. Chancen und Ziele.....	7
1. Finanzielles Einsparungspotential	7
2. Sonstige Vorteile.....	8
2.1. Zeit	8
2.2. Lagerung	8
2.3. Verwaltungsaufwand	9
2.4. Anbieterauswahl	9
3. Ergebnis.....	9

B. Die wirtschaftliche Umsetzung einer elektronischen Beschaffung

I. Aktuelle wirtschaftliche Lösungskonzepte.....	10
1. „neutraler“ Plattformanbieter: Fremdbetrieb.....	10
1.1. Angebotsdienstleister.....	10
1.1.1. Lösungsansatz.....	11
1.1.2. Art der zu beschaffenden Gegenstände	11
1.1.3. Beschaffungsvorgang	12
1.1.4. Beschaffungsstellen.....	13

1.1.5.	Beurteilung	14
1.2.	Angebotsdienstleister	15
1.2.1.	Lösungsansatz	15
1.2.2.	Art der zu beschaffenden Gegenstände	16
1.2.3.	Beschaffungsvorgang	16
1.2.4.	Beschaffungsstellen	17
1.2.5.	Beurteilung	17
2.	Lizenzwerb	18
2.1.	Fremdbezug und Eigenbetrieb	18
2.1.1.	Lösungsansatz	18
2.1.2.	Beurteilung	18
2.2.	Fremdbezug und Fremdbetrieb	19
2.2.1.	Lösungsansatz	19
2.2.2.	Beurteilung	19
3.	Eigenerstellung und Eigenbetrieb	19
3.1.	Lösungsansatz	20
3.2.	Beurteilung	20
4.	Ausblick	21
5.	Zusammenfassung	21
II.	„zukünftige“ wirtschaftliche Visionen	22
1.	Online „Reverse“ auction	22
1.1.	Definition	22
1.2.	Bietverfahren	22
1.3.	Anwendung für öffentliche Hand	23
1.3.1.	Auktionsvorbereitung	23
1.3.2.	Auktionsdurchführung	24
1.3.3.	Auktionsnachbereitung	24
1.4.	Betreibermodelle	24
1.5.	Praxisbeispiel	25
1.6.	Einschaltung Dritter zur Durchführung	25
1.7.	Beurteilung	25
2.	Gemeinschaftsunternehmen mehrerer Kommunen als Beschaffungsstelle	26
2.1.	Lösungsansatz	26

2.1.1. Gemeinschaftsunternehmen.....	27
2.1.2. Einkaufskooperationen.....	28
2.2. Beurteilung.....	28

**C. Die rechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften
der öffentlichen Hand**

I. Die kartellrechtliche Beurteilung.....	30
1. Problem.....	30
2. Anwendbarkeit.....	30
3. Kartellverbot gem. § 1 GWB.....	31
4. Rechtsgüterabwägung innerhalb § 1 GWB.....	33
5. Legalisierung nach § 4 II GWB.....	34
5.1. Anwendbarkeit auf die öffentliche Hand.....	34
5.2. Tatbestandsvoraussetzungen.....	35
5.2.1. Gemeinsamer Einkauf von Waren.....	35
5.2.2. Kein Bezugszwang.....	36
5.2.3. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen.....	37
5.2.3.1. Kleine und mittlere Unternehmen.....	37
5.2.3.2. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit.....	37
5.2.4. Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.....	38
5.2.4.1. Relevante Markt.....	38
5.2.4.2. Wesentlichkeit.....	41
5.3. Rechtsfolge.....	41
5.4. Ergebnis.....	41
6. Legalisierung nach § 8 I GWB.....	42
6.1. Nichtvorliegen von §§ 2 – 7 GWB.....	42
6.2. Überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls.....	42
6.2.1. Gesamtwirtschaft.....	42
6.2.2. Gemeinwohl.....	43
6.2.3. Überwiegen der Gründe.....	43
6.3. Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	43
6.4. Ergebnis.....	44

II. Die vergaberechtliche Beurteilung.....	44
III. Die europarechtliche Beurteilung	44
1. Anwendbarkeit.....	44
2. Wettbewerbsbeschränkung.....	45
3. Spürbarkeit	45
4. Freistellung.....	46
5. Ergebnis.....	46
IV. Zusammenfassung.....	47

D. Die vergaberechtlichen Anforderungen an eine elektronische Beschaffung – Verfahren und Sicherheit

I. Europarechtliche Anforderungen	48
1. Abgabe eines vollständigen Angebots auf elektronischem Weg.....	48
2. Wahrung der Vertraulichkeit des Angebots bis zu seiner Bewertung	48
3. Bestätigung der elektronischen Angebote.....	49
4. Öffnung der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist	49
II. Umsetzung der Richtlinien im deutschen Recht	49
1. Die elektronische Angebotsabgabe nach der Vergabeverordnung	49
1.1. Angebotsabgabe auf elektronischem Weg	49
1.2. Verschlüsselung der digitalen Angebote	50
1.3. Versendung der Vergabeunterlagen	50
1.4. Bekanntmachung	50
2. Die elektronische Angebotsabgabe nach der VOB/ L.....	51
III. Datensicherheit	51
1. Signatur	51
2. Signierung des Dokuments.....	52
3. Verschlüsselung des Dokuments	52
4. Überprüfung	52
IV. Zusammenfassung.....	53

E. Die vergaberechtliche Beurteilung von Reverse Auktionen

I. Problem.....	54
1. Verfahren.....	54
2. Preiskomponente.....	55
2.1. Zuschlag	55

2.2. Niedrigstpreis	55
3. Vertraulichkeitsgrundsatz.....	57
4. Angebotsfrist	57
5. Durchführung des Verfahrens	58
5.1. Bekanntmachung	58
5.2. Angebote	58
II. Privatrechtliche Wirksamkeit.....	59
III. Wettbewerbsrechtliche Schranken.....	60
1. Verletzung der Erlaubnispflicht gem. § 34 b GewO	60
2. Aleatorische Veranstaltung	60
3. Irreführung	61
IV. Einschaltung Dritter zur Durchführung	61
V. Ergebnis	62

F. Die rechtliche Beurteilung von Kooperationen im kommunalen Bereich

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit interkommunaler Zusammenarbeit.....	63
1. Art. 28 II GG als verfassungsrechtliche Grundlage.....	63
2. Ergebnis.....	64
II. Landesrechtlich zulässige Kooperationsformen	65
1. Öffentlichrechtliche Formen	65
1.1. Arbeitsgemeinschaft	65
1.2. Zweckverband	65
2. Privatrechtliche Formen	66
2.1. GmbH.....	67
2.2. Aktiengesellschaft	67
3. Ergebnis.....	67
III. Wirtschaftliche Betätigung der Kommune – Internetplattformen	68
1. Einordnung der Betätigung	68
1.1. Ausschreibungsplattform	68
1.2. Angebotsplattform.....	68
2. Europarechtliche Vorgaben.....	68
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	68
3.1. Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit	69
3.1.1. Angebotsplattform.....	69

3.1.2. Ausschreibungsplattform.....	70
3.2. Verstoß gegen das Grundrecht der Rundfunkfreiheit	71
4. Gemeinderechtliche Vorgaben	72
4.1. Allgemein	72
4.2. Zulässigkeitsvoraussetzungen	72
4.2.1. Öffentlicher Zweck	73
4.2.2. Angemessenes Verhältnis zwischen Leistungsfähigkeit und Bedarf	73
4.2.3. Subsidiaritätsklausel.....	73
5. Sonderregeln für Unternehmen in Privatrechtsform.....	74
6. Zusammenfassung	74
6.1. Kommunale Angebotsplattform.....	74
6.2. Kommunale Ausschreibungsplattform	75
Resümee	76
Literaturverzeichnis	77

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1:	anwendbare Vergabevorschriften gem. §§ 100 I, 127 GWB i.V.m. § 2 VgV.....	5
Abb. 2:	Begriffsabgrenzung	6
Abb. 3:	mögliche Internetplattformen nach vorgegebenen Beschaffungsmodalitäten	10
Abb. 4:	Angebotsdienstleister	13
Abb. 5:	Prozessabwicklung über die Ausschreibungsplattform vergabe@net ...	16
Abb. 6:	Organisatorische Lösungen des Electronic Procurement	21

Abkürzungen

Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
ABIEG	Amtsblatt der EG
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B2G	Business to Government
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
Bek.	Bekanntmachung
Ber.	Bericht
Bes.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BR.- Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
Bsp.	Beispiel
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drucks.	Drucksache
EG	Europäische Gemeinschaften
erw.	erweiterte
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
gem.	gemäß
GemHVO	Sächsische Gemeindehaushaltsverordnung
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GU	Gemeinschaftsunternehmen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.S.d.	im Sinne der(s)
i.S.v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristen Zeitung
Komm.	Kommission
LG	Landgericht
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
n.F.	neue Fassung
neubearb.	neubearbeitete
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasserangabe
Rdnr.	Randnummer
RL	Richtlinie
RR	Rechtssprechungsreport
RTkom	Zeitschrift für das Recht der Telekommunikation und das Recht der elektronischen Medien
S.	Seite(n)
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
SächsKomZG	Sächsisches Gesetz über kommunale Zusammenarbeit
SächsVerf.	Verfassung des Freistaates Sachsen
SigG	Signaturgesetz
sog.	sogenannte(r)(s)
SSL	Secure Sockets Layer
u.U.	unter Umständen
überarb.	überarbeitete
Urt.	Urteil
USA	United States of America

USt.....Umsatzsteuer
UWG.....Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

v.....vom, von
vgl.....vergleiche
VgV.....Vergabeverordnung
VO.....Verordnung
VOL.....Verdingungsordnung für Lieferungen
V.O.P.....Zeitschrift für Verwaltung Organisation Personal
VÜA.....Vergabeüberwachungsausschuss

WTO.....Welthandelsorganisation
WuW.....Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/ E.....Wirtschaft und Wettbewerb (Entscheidungssammlung)

z.B.....zum Beispiel
zit.....zitiert
ZR.....Zivilrecht

Einleitung

Das Kommunikationsmedium Internet hat mittlerweile auch für die Beschaffung der öffentlichen Hand eine wichtige Bedeutung erhalten.

Die Öffnung des nationalen Vergaberechts für das Internet wurde notwendig, nachdem durch die EU- Beschaffungsrichtlinien eine solche Öffnungsklausel eingefügt wurde. Nun wird sich die Rechtslage zu Beginn des Jahres 2002 weiter zu Gunsten einer elektronischen Angebotsabgabe ändern. Die E- Commerce- RL¹ und die Signatur- RL² leiten damit die gleichberechtigte Zulassung des elektronischen Vertragsabschlusses ein. Durch die zwingende Umsetzung dieser europäischen Rahmenvorgaben bei der elektronischen Vergabe und zur Akzeptanz elektronischer Angebote werden die öffentlichen Verwaltungen gezwungen werden, die elektronische Beschaffung auch in ihre Beschaffungspraxis zu Beginn des Jahres 2002 zu integrieren³.

Nach Art. 9 E- Commerce- RL sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ihr Rechtssystem den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege ermöglicht, keine Hindernisse für den elektronischen Vertragsschluss enthält sowie die Wirksamkeit elektronisch geschlossener Verträge nicht beschränkt. Somit sind alle nationalen Rechtsvorschriften zu ändern, welche eine Verwendung elektronisch geschlossener Verträge bei der Vergabe öffentlicher Aufträge behindern könnten. Eine weitere Diskriminierung elektronischer Angebote ist dann nicht mehr zulässig.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich die derzeitige Relevanz einer elektronischen Vergabe für die öffentliche Beschaffungspraxis, da die meisten Richtlinienbestimmungen des gemeinschaftlichen Vergaberechts unmittelbar anwendbar sein dürften, weil die inhaltlichen Vorgaben für die Mitgliedstaaten durchweg präzise gefasst sind⁴. Folglich könnte es bei verspäteter oder mangelhafter Umsetzung der Richtlinien zur unmittelbaren Anwendbarkeit der europäischen Rahmenvorgaben auch bei der elektronischen Vergabe kommen. In Präzisierung dieser Rechtsprechung bedeutet es, dass nicht nur die staatlichen Gerichte, sondern auch die Verwaltungsbehörden selbst verpflichtet sind, die

¹ RL 2000/ 31/ EG v. 8.6.2000 ABIEG I 178/ 1.

² RL 1999/ 93/ EG v. 13.12.1999 ABIEG L 13/ 12.

³ Vgl. Konferenzbericht, S. 3; Frick, Handel am „virtuellen Ort“.

Vergaberichtlinien anzuwenden und entgegenstehendes nationales Recht außer acht zu lassen haben⁵.

Wobei die europarechtlichen Vergaberichtlinien nur für öffentliche Aufträge Anwendung finden, wenn das Auftragsvolumen einen bestimmten Schwellenwert überschreitet. Öffentliche Aufträge, die unterhalb der Schwellenwerte verbleiben, müssen lediglich im Einklang mit den Grundsätzen des Primärrechts, und hier insbesondere den Marktfreiheiten, vergeben werden⁶.

Die Arbeit soll daher einen grundlegenden Einblick in die derzeitigen elektronischen Vergabepraktiken der kommunalen öffentlichen Auftraggeber geben sowie Visionen zukünftiger Betreibermöglichkeiten des Public Electronic Procurement aufzeigen. Schwerpunkt dieser Arbeit ist, die wirtschaftlichen Ziele und Chancen der elektronischen Vergabe im allgemeinen Rahmen darzustellen und die bei der Umsetzung möglicherweise betroffenen und entgegenstehenden rechtlichen Aspekte einer elektronischen Vergabe und visioneller Betreibermodelle näher zu betrachten.

Beachtet werden nur Beschaffungen der öffentlichen Hand im Bereich von Waren und Lieferungen.

⁴ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 62; Marx/ Prieß in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 26 m. w. N.; Vetter, NVwZ 2001, 745, 746; Ehlers, JZ 1990, 1089, 1095.

⁵ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 61 m. w. N.

⁶ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 73 m. w. N.

A. Abgrenzung

I. Grundlagen des Öffentliches Beschaffungswesen

1. Öffentliche Beschaffung

Öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Privaten ein zweiseitiges entgeltliches Rechtsgeschäft über die Güterbereitstellung oder Leistungserbringung abschließt⁷. Auch die Kommunen als öffentlicher Auftraggeber müssen, um ihre vielfältigen Aufgaben erfüllen zu können, Einrichtungen zu schaffen und zu unterhalten sowie ihren Verwaltungsbedarf zu decken, in erheblichen Umfang Sachgüter und Dienstleistungen einkaufen bzw. beschaffen. Diese Einkaufstätigkeiten beziehen sich im wesentlichen auf die sog. fiskalischen Hilfsgeschäfte, die sich nach Maßgabe des Privatrechts vollziehende rechtsgeschäftliche Form der Bedarfsdeckung⁸.

Der öffentlicher Auftraggeber soll im (internationalen) Wettbewerb und in transparenten Vergabeverfahren beschaffen⁹. Durch Vergaberegeln soll die Befolgung des haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips und die gleichmäßige und faire Behandlung der Bieter gewährleistet werden. Die Verwendung der Verdingungsordnungen soll dabei verhindern, dass ohne sachlichen Grund gerechtfertigte Bevorzugung einzelner Bewerber stattfinden kann, weil so die Voraussetzungen entfallen, dass der Auftraggeber (Fiskus) die günstigste Offerte erhält. Jeder Unternehmer soll Zugang zu den öffentlichen Aufträgen haben, wenn er ein Angebot macht und einen Auftrag ausführen kann.

2. Öffentliche Auftraggeber

Die Gemeinden sind öffentliche Auftraggeber im institutionellen Sinn, da sie eine juristische Person des öffentlichen Rechts darstellt, und darüber hinaus können bestimmte privatrechtlich organisierte kommunale Einrichtungen öffentliche

⁷ Vgl. Kunnert, WTO- Vergaberecht, S. 9.

⁸ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037 und Elverfeld, Europäisches Recht und kommunales Auftragswesen, S. 21.

⁹ Vgl. Marx in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 12; Vetter, NVwZ 2001, 745,750.

Auftraggeber im funktionellen Sinn sein, wenn sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllen, Rechtspersönlichkeit besitzen und überwiegend vom Staat, den Gebietskörperschaften finanziert werden¹⁰.

3. Öffentlicher Auftrag

Als öffentliche Aufträge werden die zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Privatunternehmen abgeschlossenen, entgeltlichen gegenseitigen Verträge über eine bestimmte Leistung definiert¹¹. Nach § 99 II 1 GWB¹² und § 1 a Nr. 2 VOL/ A¹³ kann es sich bei diesen Verträgen um schriftliche Kauf-, Miet-, Pacht- oder Ratenkaufverträge sowie Leasingverträge über Waren handeln.

Somit sind die einzelnen Beschaffungsaufträge der Kommunen als öffentliche Aufträge zu qualifizieren.

4. Vergaberecht

Das deutsche Vergaberecht ist durch die EG- Schwellenwerte zweigeteilt, was sich auf die anzuwendenden Vorschriften auswirkt¹⁴. Durch § 2 VgV¹⁵ werden die durch die EU- Beschaffungsrichtlinien vorgegebenen Schwellenwerte in nationales Recht umgesetzt.

Gem. § 3 VgV ist bei der Schätzung des Wertes von der Gesamtvergütung auszugehen, die Gesamtvergütung nicht absichtlich so niedrig zu schätzen oder aufzuteilen, dass die Schwellenwerte nicht erreicht werden, im Falle losweiser Vergabe alle Lose zu addieren und auch Optionsrechte zu berücksichtigen. Schätzungen müssen daher grundsätzlich realistisch und aktuell sein, da gem. § 3 X auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem der Auftraggeber die Vergabe einleitet.

¹⁰ Vgl. ausführlich: Elverfeld, Europäisches Recht und kommunales Auftragswesen, S. 39 f.

¹¹ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 71; Marx in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 1; Vetter, NVwZ 2001, 745, 748.

¹² In der Fassung der Bek. v. 26.8.1998 (BGBl. I S. 2546).

¹³ In der Fassung der Bek. d. Neufassung der Verdingungsordnung für Leistungen – Ausgabe 2000 – v. 17.8.2000 (Beilage Nr. 200a zum Bundesanzeiger v. 24.10.2000).

¹⁴ Vgl. Marx/ Prieß in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 16.

¹⁵ BGBl. I 2000 S. 110.

Abb. 1: anwendbare Vergabevorschriften gem. §§ 100 I, 127 GWB i.V.m. § 2 VgV

Vergabe von Lieferungen und Leistungen	
oberhalb 200.000 Euro (ohne USt.)	bis 200.000 Euro (ohne USt.)
<p style="text-align: center;">- EG-Schwellenwerte -</p> <p>1) "a) Paragraphen" der VOL/A einschlägig 2) 4. Teil des GWB (Vergabe öffentlicher Aufträge)</p>	<p>1) Bundes-, Landes-, GemeindehaushaltsVO neben den Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A (Basisparagraphen)</p>

Quelle: eigene Darstellung

Das zugrunde zu legende Verfahren bestimmt sich anhand des geschätzten Wertes eines Auftrages¹⁶.

Die anzuwendenden Verfahrensarten sind die öffentliche Ausschreibung (das offene Verfahren), die beschränkte Ausschreibung (das nichtoffene Verfahren) und das freie Vergabeverfahren (Verhandlungsverfahren)¹⁷.

Die öffentliche Ausschreibung ist gem. § 101 V 1 GWB vorrangig zu wählen, da sie am ehesten geeignet ist, verbotene Preisabsprachen zwischen den Bietern zu verhindern, indem sie den Kreis der potentiellen Bewerber offen hält¹⁸.

Nach § 31 II GemHVO des Freistaates Sachsen sind bei der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinden die Vergabegrundsätze anzuwenden; somit auch die VOL/A. Gem. § 31 I GemHVO muss der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinden auch eine öffentliche Ausschreibung vorangehen.

Die öffentliche Ausschreibung hat somit grundsätzlich den Vorrang vor allen anderen Vergabearten, die nur in Betracht kommen, wenn die Natur des Geschäftes oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen¹⁹.

¹⁶ Vgl. Prieß in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 82.

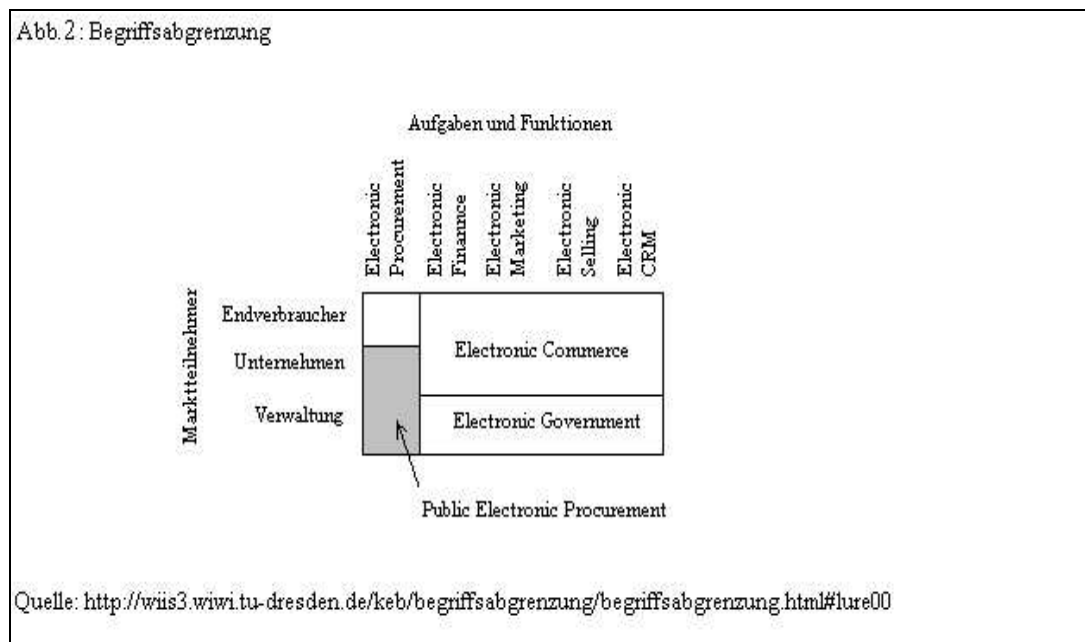
¹⁷ In Klammern die Terminologie der EG- Vergaberichtlinien und des § 101 GWB.

¹⁸ Vgl. Prieß in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 93.

¹⁹ Vgl. Prieß in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 93.

II. Public Electronic Procurement

Public Electronic Procurement stellt eine bisher stark vernachlässigte Teilkomponente des Electronic Government dar²⁰.



Allgemein versteht man unter dem Begriff „Electronic Procurement“ die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien für die elektronische Unterstützung und Integration von Beschaffungsprozessen²¹.

Unter Einbeziehung der öffentlichen Komponente ist „Public Electronic Procurement“ ein Konzept zur Nutzung bestimmter Standards, Technologien, Anwendungen und Modellen, mit dem Ziel der durchgehenden elektronischen Integration und Verzahnung aller Prozesse zwischen öffentlichen Verwaltungen und privatwirtschaftlichen Unternehmen im Rahmen der öffentlichen Ausschreibungs- und Beschaffungsabwicklung²². Vereinfacht wird „Public Electronic Procurement“ in der Literatur auch als die digitale Abwicklung der Beschaffung durch die öffentliche Hand im Internet erfasst²³.

²⁰ Vgl. Jansen/ Priddat, Electronic Government, S. 119.

²¹ Vgl. Nenninger, Electronic Procurement.

²² Vgl. <http://wiis3.wiwi.tu-dresden.de/keb/begriffsabgrenzung/begriffsabgrenzung.html#lure00> (31.8.2001).

²³ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. V; VOP 2001, 60; Mosbacher DÖV 2001, 573.

Es ist nicht nur gemeint, dass Ausschreibungen und Leistungsverzeichnisse online einsehbar und abrufbar sind. Vielmehr steht elektronische Vergabe für die gesamte Kommunikation zwischen Bieter und öffentlichem Auftraggeber durch elektronischen Datenaustausch mittels Internet und E-Mail.

Vereinzelt wird der gesamte verwaltungsinterne, softwareunterstützte Arbeitsprozess mit einbezogen, innerhalb dessen die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter nur das Herzstück darstellt²⁴. Elektronische Vergabe im engeren Sinn bezeichnet allein den Abschnitt zwischen Bekanntmachung der Ausschreibung und Submissionstermin.

Im folgenden liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf der elektronischen Vergabe im engeren Sinne.

III. Chancen und Ziele

1. Finanzielles Einsparungspotential

In der Bundesrepublik Deutschland beträgt das Beschaffungsvolumen des öffentlichen Sektors nach Angaben des BDI über 250 Mrd. Euro und damit rund 13 Prozent des gesamten Bruttoinlandsprodukts²⁵. Wobei 50 % aller öffentlichen Aufträge in Deutschland von den Kommunen vergeben werden, der Länderanteil beträgt 26 % und lediglich 19 % aller Beschaffungsmaßnahmen werden von Bundesdienststellen durchgeführt sowie 5 % die von Sozialversicherungsträgern vergeben werden²⁶.

Glaubt man weltweiten Untersuchungen über Internet-Beschaffungsmarktplätze, so könnten sich die Verwaltungs- und Prozesskosten um bis zu 50 %²⁷ und der Einkaufspreis einer Ware bis zu 30 %²⁸ senken lassen.

Das Senkungspotential durch eine elektronischen Beschaffung, und der damit verbundene volkswirtschaftliche Nutzen, liegt folglich zwischen 12 und 38 Mrd. Euro²⁹.

Die durchschnittlichen Verwaltungskosten pro Beschaffungsvorgang geringfügiger Verbrauchsgüter belaufen sich bei herkömmlicher Beschaffung auf etwa 213 DM³⁰.

²⁴ Vgl. dazu: Mosbacher, DÖV 2001, 573 m.w.N.

²⁵ Vgl. VOP 7-8/2001, 60; Mosbacher DÖV 2001, 573; Jansen/ Priddat, Electronic Government, S. 123.

²⁶ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 5.

²⁷ Vgl. VOP 11/2000, 35 ff.

²⁸ Vgl. Jansen/ Priddat, Electronic Government, S. 15.

Nach einer Studie der KPMG Consulting AG liegen die durchschnittlichen Verwaltungskosten pro Beschaffungsvorgang nach Einführung eines eProcurement-Systems zwischen 40 und 70 DM, also eine Reduzierung um bis zu 80 % bei standardisierten Verbrauchsgütern³¹.

2. Sonstige Vorteile

Durch eine elektronische Abwicklung des Beschaffungsprozesses ergeben sich weitere Vorteile für die öffentliche Hand. Als solche werden unter anderem eine Verkürzung der Beschaffungszeit, mehr Anbietersauswahl, Senkung des Verwaltungsaufwand und eine größere Transparenz im Vergabeprozess genannt³².

2. 1. Zeit

Durch die elektronische Beschaffung könnten die Beschaffungszeiten bis auf ein Drittel der herkömmlichen Zeit reduziert werden³³. Allerdings unter der Voraussetzung, dass auch eine verwaltungsinterne integrierte elektronische Abwicklung des Beschaffungsprozesses erfolgt.

Durch die Senkung der Dauer eines Beschaffungsvorgangs kann die Leistungserbringung einer öffentlichen Stelle gesteigert werden.

2. 2. Lagerung

Die so entstandenen Verfahrensbeschleunigungen dürfen nicht vernachlässigt werden³⁴. Die Verwaltung kann flexibler auf entstehenden Bedarf reagieren. Es erfordert dazu keiner großen Lagerhaltung mehr, um den Bedürfnissen der Bedarfsstellen gerecht zu werden. In der Folge sinken die Lagerhaltungskosten.

Somit kann auch der „just in time“-Gedanke in abgeschwächter Form in der öffentlichen Verwaltung realisiert werden.

²⁹ Vgl. VOP 7-8/2001, 60; Frick, Handel am „virtuellen Ort“.

³⁰ Vgl. KPMG, Internettechnologien, S. 3.

³¹ Vgl. KPMG, Internettechnologien, S. 3

³² Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S.26 f.

³³ Vgl. Allweyer, eMarketplace.

³⁴ Vgl. Jansen/ Priddat, Electronic Government, S. 16 mit Nachweisen.

2. 3. Verwaltungsaufwand

Zur Senkung der Verwaltungsaufwandes führen hauptsächlich die niedrigeren Such- und Informationskosten sowie geringere Vervielfältigungskosten hinsichtlich der Verdingungsunterlagen. Die Veröffentlichung einer Bekanntmachung ist im Internet billiger als in einem Printmedium. Der sichere und unveränderbare Download der Unterlagen senkt die Vervielfältigungskosten auf Null³⁵.

Wobei das Senkungspotential noch höher ist, wenn eine digitale Angebotsabgabe durch die Bieter und eine digitale Angebotsauswertung der Unterlagen möglich sein wird.

2. 4. Anbieterauswahl

Durch die größere Reichweite der Publikation im Internet steigt tendenziell die Zahl der möglichen Leistungsanbieter. Eine größere Anbieterauswahl indiziert durch potentiell mehr Wettbewerb niedrigere Einkaufspreise für die zu beschaffende Ware und Leistung.

3. Ergebnis

Ziel der elektronischen Beschaffung muss deshalb die Verknüpfung des verwaltungsinternen Prozesses mit dem Ausschreibungs- und Beschaffungsvorgang sein. Eine hohe Ausnutzung des Kostensenkungspotentials kann nur realisiert werden, wenn beide Prozesse, der Beschaffungsprozess i.e.S. und der Verwaltungsprozess, elektronisch abgebildet und aufeinander abgestimmt sind.

³⁵ Jansen, Die Neue Verwaltung 2/2001, S. 19.

B. Die wirtschaftliche Umsetzung einer elektronischen Beschaffung

I. Aktuelle wirtschaftliche Lösungskonzepte

Grundsätzlich wird je nach Beschaffungsmodalität entweder von einer Angebots- und Einkaufsplattform oder aber einer Ausschreibungsplattform ausgegangen, sog. virtuelle Marktplätze. Der grundlegende Unterschied eines virtuellen Marktplatzes besteht darin, dass ein Teil der oder die gesamte Transaktion mit Hilfe von entsprechenden Informations- und Kommunikationssystemen elektronisch abgebildet und abgewickelt wird, ansonsten treffen sich wie in der normalen Ökonomie Angebot und Nachfrage.

Abb. 3: mögliche Internetplattformen nach vorgegebenen Beschaffungsmodalitäten

freihändige Vergabe/ Verhandlungsverfahren	offenes Verfahren/ öffentliche Ausschreibung Nichtoffenes Verfahren/ Beschränkte Ausschreibung EU- weite Ausschreibung
Angebots- und Einkaufsplattform * elektronisches Katalog- system	Ausschreibungsplattform * Publikationsserver für einzelne Ausschreibung * Sicherheitsserver für die digitale Angebotsabgabe

Quelle: Eigene Darstellung

Nach dem jeweiligen Betreibermodell der Plattform, in Eigen- oder Fremdbetrieb, lassen sich verschiedene Konzepte realisieren.

1. „neutrale“ Plattformen: Fremdbetrieb

1. 1. Angebotsdienstleister

Ein privater Dienstleister stellt die entsprechende Angebots- und Einkaufsplattform im Internet zur Verfügung; mit den dann folgenden Bestellungen fallen entsprechende Nutzungsentgelte an. Dabei werden die wesentlichen Aufgaben einer solchen

Handelsplattform die Gewährleistung einer umfangreichen Produktinformation, einer Auswahl der zu bestellenden Produkte (Warenkorbfunktion³⁶) und die Identifikation des Kunden für den elektronischen Bestellprozess sein³⁷. Dieses Betreibermodell³⁸ soll am Beispiel der Angebotsplattform der InterSource AG vorgestellt werden.

1. 1. 1. Lösungsansatz

Der Kern des InterSource- Modell ist ein elektronisches Katalogsystem (eKatalog), welches auf einer Internetplattform zur Verfügung gestellt wird. Diese Plattform wird sowohl systemtechnisch als auch inhaltlich von InterSource aufgebaut und gepflegt (Content Management). Dabei verbindet der eKatalog Artikeldaten der Verwaltungen mit den Konditionen der entsprechenden im System gelisteten Lieferanten. Die Kataloginformationen stammen zu 100% aus den Bedürfnissen der angeschlossenen Verwaltungen³⁹. Eine einfache Importierung vorhandener Lieferantenkataloge wird nicht vorgenommen. Es besteht aber die Möglichkeit bestehende Lieferantenverbindungen und Artikelinformationen der einzelnen Verwaltungen in den Katalog zu implementieren.

1. 1. 2. Art der zu beschaffenden Gegenstände

Bei diesem Geschäftsmodell werden vor allem C-Materialien, die katalogkonform darstellbar sind, angeboten. C-Materialien sind dadurch gekennzeichnet, dass sie einen mengenmäßig hohen Anteil an den verwendeten Materialien ausmachen, aber nur einen Minimalanteil am Wert der insgesamt beschafften Materialien bilden⁴⁰. Vorrangig werden also regelmäßige Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs, wie Büromaterial etc., gelistet. Derzeit befinden sich ca. 8.000 solcher Artikel in 13

³⁶ Erlaubt es, erst alle gewünschten Produkte auszusuchen, um dann eine gemeinsame Bestellung zu generieren. (Vgl.: <http://www.trade2b.de/knowhow/glossar.asp> (7.9.2001)).

³⁷ Vgl. Schuhmann/ Greve-Kramer in: Strategisches E- Commerce- Management, S. 173.

³⁸ Ein Startprojekt der InterSource AG wurde gemeinsam mit der Wirtschaftsförderung Rhein-Erft-GmbH (iK-Erft e.V.) im Erftkreis gestartet.

³⁹ Vgl. zu den nutzenden Verwaltungen <http://www.intersource.de> - Punkt "Teilnehmer".

⁴⁰ Vgl. dazu Wöhe: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 524; Peukert/Ghazvinian in: Strategisches E- Commerce- Management, S. 201.

Kategorien (Arbeitsschutz, Bürotechnik und –zubehör, Sanitär- und Hygieneartikel, Lebensmittel etc.) systematisch aufgeteilt im Katalog⁴¹ .

1. 1. 3. Beschaffungsvorgang

Das Dienstleistungspaket von InterSource kann in drei verschiedenen Varianten in Anspruch genommen werden.

(a) Beim Standardkatalog (Basic) werden die Artikelsuche und die Bestellungen im Rahmen der freihändigen Vergabe erfasst. Die Bestellung erfolgt elektronisch bei den einzelnen Lieferanten.

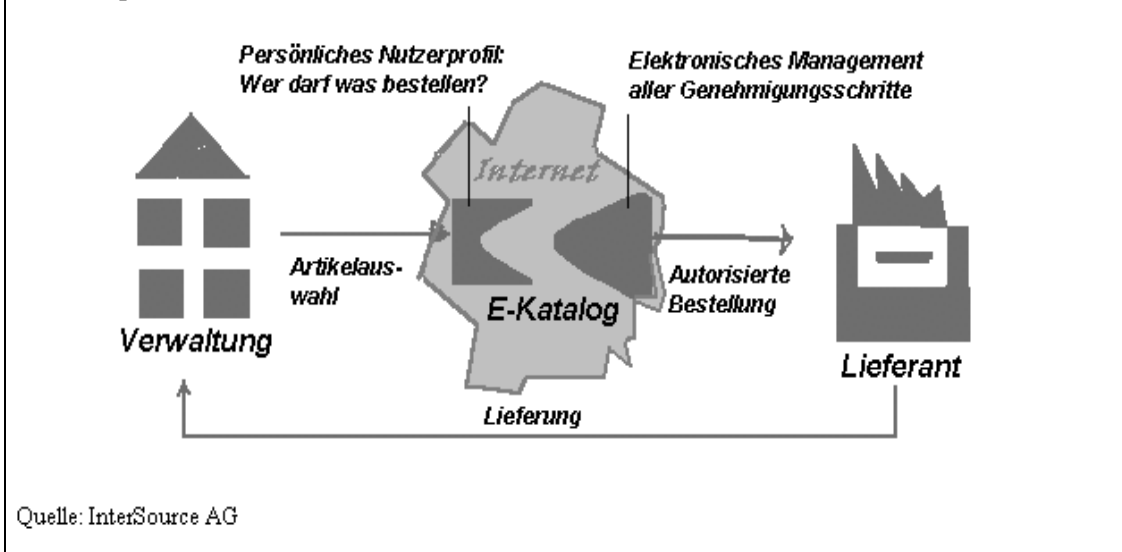
(b) Beim Individualkatalog (Profi) erfolgt das Einpflegen von Wunschlieferanten, neben Artikelsuche sowie Bestellungen für die freihändige Vergabe. Mit dieser Version kann die Verwaltung zusätzlich bestehende Rahmenverträge mit den daraus resultierenden Lieferanten und Artikel elektronisch abwickeln.

(c) Bei der Vorgangsbearbeitung (Premium) sind die oben genannten Möglichkeiten enthalten und zusätzlich besteht die Möglichkeit der Abbildung der verwaltungsin-
ternen Genehmigungshierarchien. Durch diese Erweiterung werden verwaltungsin-
terne Genehmigungs- und Entscheidungsschritte in dem System digital hinterlegt,
d.h. die an der Beschaffung beteiligten Mitarbeiter der Verwaltung werden in
Nutzer- und Rollenprofile eingeteilt und so die Organisationsstruktur der Verwaltung
abgebildet. Somit ist es möglich, dass ein Mitarbeiter im Rahmen seines Rollenpro-
fils innerhalb seines Limits direkt seine Bestellung auslösen kann, nur bei Über-
schreitung des vorgegebenen Budgets muss eine übergeordnete Stelle in der Ver-
waltungsorganisation die Bestellung erst genehmigen bzw. freischalten.

Dabei erfolgen die einzelnen Genehmigungsschritte wieder elektronisch mittels E-Mail.

⁴¹ Genaue Bezeichnung: ISMarket.

Abb. 4: Angebotsdienstleister



Alle Funktionen in diesem Modell können über einen normalen Internetbrowser⁴² gesteuert werden. Eine aufwendige Installation und Wartung lokaler Software entfällt. Der Sicherheitsaspekt wird durch die Verschlüsselung mit SSL⁴³ aller Vorgänge auf der Benutzerseite gewährleistet. Zusätzlich können auf Wunsch alle Bestellungen signiert und verschlüsselt an die Lieferanten übertragen werden. Dadurch wird der Schutz vor dem Mitlesen und Verändern von Bestellungen garantiert.

1. 1. 4. Beschaffungsstellen

Der Beschaffungsvorgang kann zentral oder dezentral organisiert werden.

(a) Für eine zentrale Beschaffungsstelle, d.h. wo die einzelnen Bedarfsmeldungen anderer Bedarfsstellen gebündelt werden, ist die Basic- oder Profivariante ausreichend. Allerdings müsste der verwaltungsinterne Geschäftsweg zur Zentralstelle elektronisch organisiert sein sowie über ein elektronisches Bedarfsmanagement gleich benötigte Produkte mehrerer Behörden zu abgestimmten Bedarfszeitpunkten gebündelt werden, um so die ganzen Vorteile der elektronischen Beschaffung ausnutzen zu können.

⁴² Allgemeiner Begriff für Navigations- und Darstellungssoftware; bekannteste Beispiele sind der Netscape Navigator und der Internet Explorer von Microsoft.

⁴³ Secure Sockets Layer (128 Bit Verschlüsselungskonzept). Die Vertraulichkeit der Datenübermittlung wird durch SSL- Verschlüsselung zwischen Benutzer- Browser und Web- Server sichergestellt.

(b) Handelt es sich um dezentrale Beschaffungsstellen würde die Premiumvariante mit der Abbildung der Beschaffungshierarchien ein optimaler Lösungsansatz sein, wenn Budgets oder andere Restriktionen für die untergeordneten Beschaffungsstellen vorgegeben sind.

1. 1. 5. Beurteilung

Die Gemeinde benötigt lediglich einen Internetzugang mit hinreichender Computerausrüstung, der Auftraggeber kann dann auf den externen Angebotsserver zugreifen, außerhalb ihrer Herrschaft. Es entstehen dadurch keine zusätzlichen Anschaffungskosten zu den ohnehin erforderlichen Kosten im Hinblick auf die Internetanschlüsse. Für die beteiligten Verwaltungen ergeben weitere Vorteile bei der Nutzung dieses Beschaffungsmodells.

Durch vereinfachte Bestellungen und weniger internen Durchlaufstationen können zeitliche und finanzielle Einsparungen in der Bestellbearbeitung erzielt werden. Durch eine mögliche Einflussnahme bei der Implementierung von regionalen Lieferanten und Artikel könnte weiter regionale Wirtschaftsförderungspolitik betrieben werden, da nur eine Verpflichtung zur Bestellung beim wirtschaftlichsten Anbieter besteht.

Bei einer Online-Nachfragebündelung⁴⁴ gleichartiger Bestellungen in der zentralen Beschaffungsstelle können bessere Einkaufskonditionen genutzt werden, soweit im eKatalog eine mengenabhängige Preisstaffelung vorhanden ist.

Aber das Katalogsystem ist nur für eine freihändige Beschaffung der Verwaltung geeignet. Dem ungeachtet unter Berücksichtigung der Studie von Booz, Allen & Hamilton/ BME⁴⁵ und einer Studie der Universität Witten/ Herdecke⁴⁶, wonach die freihändige Vergabe mit einem Anteil von 41 bis 65 % an der Gesamtverteilung der öffentlichen Vergaben den Standardfall in der Verwaltungspraxis darstellt, ist eine Einkaufsplattform für Verbrauchsmaterial der freihändigen Vergabe ein geeigneter Lösungsansatz für die elektronische Beschaffung.

Betrachtet man jedoch die rechtliche Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe, so bleibt festzuhalten, dass die freihändige Vergabe nur in begründeten Ausnahmefällen

⁴⁴ Bei der Online-Nachfragebündelung (synonym in der Wirtschaft: Co-shopping) kommen Käufer von Klein- und Kleinstmengen in den Genuss von Großmengenrabatten. (Vgl. <http://www.trade2b.de/knowhow/glosar.asp> (7.9.2001))

⁴⁵ Vgl. Gatzke, M./ Schulz, M.: Deutschland: Neanderthaler im B2G?.

⁴⁶ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 14.

oder unterhalb bestimmter Wertegrenzen erfolgen darf. Unter diesem Gesichtspunkt wird in Zukunft diese Vergabepaxis sicherlich einen geringeren Stellenwert an der Gesamtbeschaffung ausmachen, zumal bei der EU eingereichte Vertragsverletzungsverfahren die deutsche Ausschreibungspraxis stärker unter Beobachtung setzen⁴⁷.

Ungünstig ist weiter, dass die Preiskonditionen und der Lieferantenkreis durch die jeweilige Aktualität des Katalogsystems festlegt sind und es keinen Spielraum für individuelle Verhandlungen gibt. Schwierig wird auch bei zunehmender Akzeptanz und steigender Teilnehmerzahl die Umsetzung einer Berücksichtigung regionaler und länderspezifischer Interessen im Katalogsystem.

Es gilt festzuhalten, dass die Beschaffung über ein elektronisches Katalogsystem für sog. C-Materialien im Rahmen der freihändigen Vergabe einen geeigneten Lösungsansatz darstellen kann. Dabei sind die wesentlichen erfolgskritischen Randbedingungen die Vollständigkeit des katalogisierten Teileumfangs, eine effiziente und komfortable Suchhilfe, die Aktualität des Katalogsystems sowie akzeptable Zugriffszeiten⁴⁸.

1. 2. Ausschreibungsdienstleister

Ein Ausschreibungsdienstleister stellt im Internet eine Plattform zur Verfügung, auf der öffentliche Institutionen ihre Ausschreibungen platzieren und potentielle Lieferanten und Dienstleister sich darüber informieren können⁴⁹. Dieser Ansatz soll anhand der Cosinex.com GmbH⁵⁰ und vergabe@net von der Administration Intelligence AG vorgestellt werden.

1. 2. 1. Lösungsansatz

Die Dienstanbieter⁵¹ treten als Mittler (Intermediär) zwischen Staat und Industrie in Erscheinung. Auf verschiedenen ausgerichteten Portalen erfolgt die Annahme und Publikation der Bekanntmachung des jeweiligen Auftrages für potentielle Auftragnehmer. Die vollständigen Verdingungsunterlagen werden sicher aufbewahrt und für

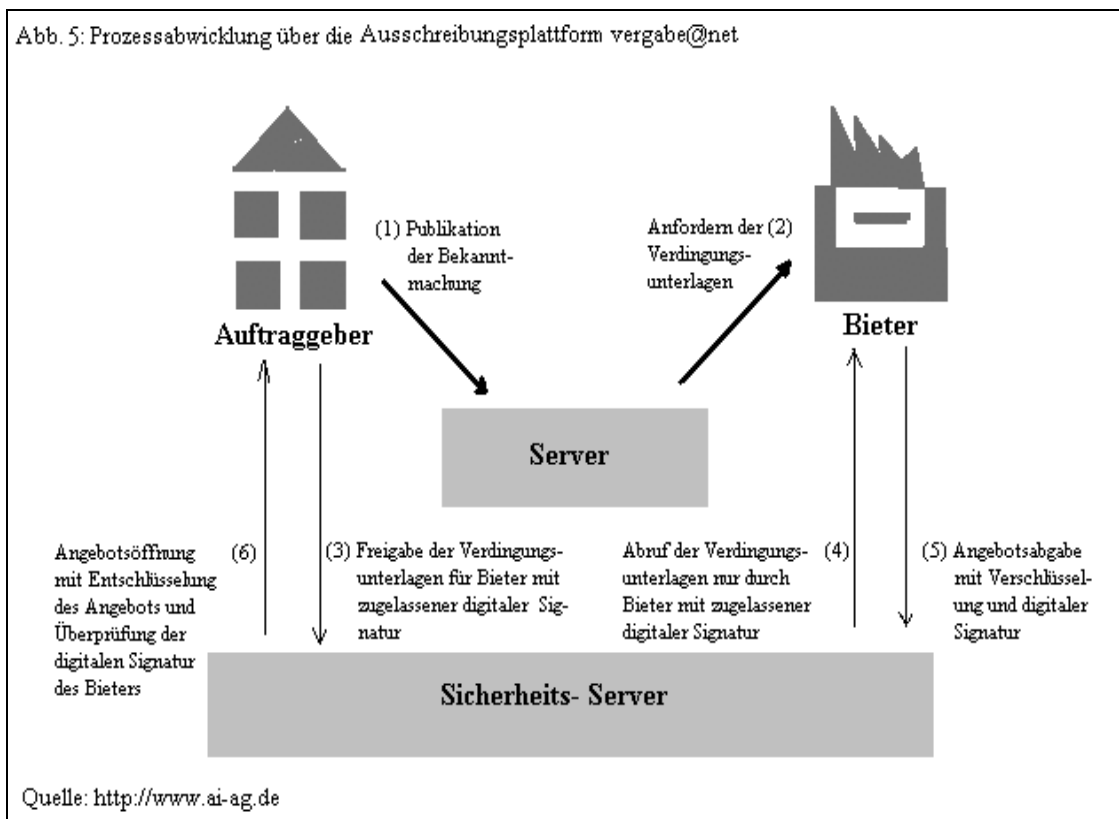
⁴⁷ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 32.

⁴⁸ Vgl. Peukert/ Ghazvinian in: Strategisches E- Commerce- Management, S.201.

⁴⁹ VOP 7-8,2001, S. 60.

⁵⁰ Die cosinex.com GmbH aus Witten wird u.a. von der Stadtverwaltung Horstel, der Stadt Mainz oder der Stadt Witten selbst genutzt. Weitere Referenzkunden unter: <http://www.cosinex.com/html/partner.html> (7.9.2001).

geprüfte, d.h. durch den Auftraggeber autorisierte, Auftragnehmer zum Download bereitgestellt⁵². Weiter ist eine sichere und rechtskonforme Abwicklung der Angebotsphase durch Annahme der elektronisch signierten und verschlüsselten Angebote der Bieter und die entsprechend rechtzeitige Weiterleitung an die Auftraggeber möglich⁵³.



1. 2. 2. Art der zu beschaffenden Gegenstände und Leistungen

Durch dieses Modell sind theoretisch alle Lieferungen und Leistungen durch die öffentliche Verwaltung beschaffbar. Ein Einblick in die derzeit realisierten veröffentlichten Lieferungen und Leistungen bietet die Plattform von Cosinex.com⁵⁴.

1. 2. 3. Beschaffungsvorgang

⁵¹ Wie beispielsweise cosinex.com, InterSource, publicgate.com, lepos.de.

⁵² Vgl. <http://www.ai-ag.de> und <http://www.cosinex.com/Ausschreibungen> (7.9.2001).

⁵³ Vgl. <http://www.ai-ag.de>.

⁵⁴ Vgl. zu derzeit veröffentlichten Leistungen: <http://www.cosinex.com>.

Der erste Kontakt für den Auftraggeber mit der Ausschreibungsplattform stellt die Veröffentlichung der Bekanntmachung dar⁵⁵. Es werden die Ausschreibungs- und Verdingungsunterlagen von Auftraggebern angenommen. Danach müssen von interessierten Bietern die Verdingungsunterlagen angefordert werden. Mit Freigabe der Verdingungsunterlagen durch den Auftraggeber werden diese an die geprüften Bieter weitergeleitet. Es werden dann die ausgefüllten, verschlüsselten und signierten Angebotsunterlagen angenommen und rechtzeitig an den Auftraggeber weitergeleitet. Abschließend prüft die Verwaltung die eingegangenen Unterlagen und erteilt den Zuschlag⁵⁶.

1. 2. 4. Beschaffungsstellen

Beschaffungsstelle ist die jeweilige ausschreibende Stelle.

1. 2. 5. Beurteilung

Wie oben dargestellt, benötigt die Gemeinde lediglich einen Internetzugang zur Nutzung eines privaten Ausschreibungsserver.

Die Vorteile einer vergaberechtskonformen Internetplattform für alle Ausschreibungsarten der öffentlichen Hand liegen in der Senkung der Verwaltungskosten durch den Wegfall der aufwendigen Vervielfältigung und Versendung der Ausschreibungsunterlagen sowie der Bekanntmachung der Ausschreibung an einen erheblich größeren Zulieferkreis als auf dem herkömmlichen Ausschreibungsprozess möglich und dadurch potentiell niedrigere Einkaufspreise.

Eine freihändige Vergabe darf bereits elektronisch bekannt gemacht werden; öffentliche Ausschreibungen müssen gem. § 17 VOL/ A noch immer zusätzlich auf dem herkömmlichen Wege in einem Printmedium publiziert werden. Dessen ungeachtet lässt sich durch einen Verweis auf eine Internetadresse mit den Verdingungsunterlagen ein Teil der Vervielfältigungskosten reduzieren⁵⁷.

Neben finanziellen Einsparungen ist durch eine elektronische Ausschreibung auch eine erheblich höhere Transparenz bei der öffentlichen Auftragsvergabe gewährlei-

⁵⁵ Wenn die verwaltungsinterne Vergabemanagementlösung (vergabe@work der Administration Intelligence AG) eingesetzt wird, wird die Veröffentlichung über die interne Lösung angestoßen und auch gleichzeitig an andere Publikationsorgane (konventionelle oder im Internet) weitergereicht.

⁵⁶ Vgl. Konferenzbericht, S. 17.

⁵⁷ Vgl. Jansen; Die Neue Verwaltung 2/2001, S. 19.

stet. Absprachen ortsansässiger Unternehmen werden durch die größere Reichweite sinnlos; überhöhte Preise, Korruption und Kungelei werden vermieden.

Durch eine Zentralisierung der Ausschreibungen auf einer Plattform entsteht auch eine höhere Attraktivität bei den Auftragnehmern sich an solchen virtuellen Marktplätzen zu beteiligen. Gerade die muss eine solche Plattform auch gewährleisten können, damit es tatsächlich zu einer höheren Anbieterzahl kommt.

Entscheidender Erfolgsfaktor ist der Bekanntheitsgrad der Ausschreibungsplattform.

2. Lizenzbetrieb

2. 1. Fremdbezug und Eigenbetrieb

Fremdbezug der Technologie von einem Dienstleister und Eigenbetrieb der Plattform durch die öffentliche Institution. Ein solches Projekt⁵⁸ einer eigenen Ausschreibungsplattform wurde von der Freien und Hansestadt Hamburg gemeinsam mit dem Softwarehaus Materna gestartet. Auf dieser Plattform sind derzeit die einzelnen Ausschreibungen gestaffelt nach den ausschreibenden Stellen einsehbar.

2. 1. 1. Lösungsansatz

Bei diesem Modell wird die Technologie für die Plattform (sog. Backend) im Rahmen eines Lizenzvertrages von einem Dienstleister erworben und mit einem eigenen Erscheinungsbild versehen (sog. Frontend)⁵⁹. Der Betrieb der Plattform obliegt dem Erwerber selbst, d.h. für die spezifischen Inhalte und der aktiven Suche nach neuen Auftragnehmern ist er selbst verantwortlich.

Dieser Ansatz kann für eine Ausschreibungs- und Angebotsplattform verwendet werden.

2. 1. 2. Beurteilung

Die Vorteile des Ansatzes liegen in der Integrationsmöglichkeit der Beschaffungslösung im virtuellen Rathaus Konzept. Dem stehen aber die hohen laufenden Kosten für den Eigenbetrieb und die Aufrechterhaltung des eProcurement- Systems

⁵⁸ Unter: <http://www.hamburg.de/Behoerden/FB/Ausschreibung> (7.9.2001).

gegenüber. Allein der Managementaufwand für die Angebotsplattform und die ständige Pflege für den erforderlichen Multi- Lieferanten- Katalog sowie der Betrieb und Support der technischen Lieferantenanbindung verringern die erwünschten Einsparungseffekte⁶⁰.

2. 2. Fremdbezug und Fremdbetrieb

Fremdbezug und Fremdbetrieb der Plattform durch einen Dienstleister.

2. 2. 1. Lösungsansatz

Dieser Ansatz geht ebenfalls von einem Lizenzerwerb der Technologie aus, jedoch übernimmt der Dienstleister auch den Plattformbetrieb gegen Entgelt⁶¹. Dabei kann ein auftraggeberindividualisiertes Konzept im Rahmen eines eigenen Stadtportals verwirklicht werden. Der Dienstleister sorgt also für die Inhalte und betreibt das Plattformmanagement.

2. 2. 2. Beurteilung

Der Vorteil dieser Variante ist, dass die öffentliche Institution ihre eigene Identität auch im Internet bewahrt und professionelle Unterstützung im betreiben der Plattform erhält. So organisiert der Dienstleister die professionelle Zusammenführung von Nachfrage und Angebot mittels entsprechender Auftragnehmerdatenbanken und Branchenkenntnissen⁶². Bei Ausschreibungen erhöht sich die Zugriffswahrscheinlichkeit, da eine Veröffentlichung sowohl auf der eigenen Homepage wie auch auf der Seite des Dienstleister erfolgt.

3. Eigenerstellung und Eigenbetrieb

Eigenerstellung und Eigenbetrieb eines Portals durch die öffentliche Institution.

⁵⁹ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 21.

⁶⁰ Vgl. Allweyer, eMarketplace.

⁶¹ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 22.

⁶² Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 22.

3. 1. Lösungsansatz

Bei diesem Modell obliegt es der öffentlichen Hand ein eigenes Ausschreibungs- und Angebotsportal zu entwickeln und später den alleinigen Betrieb der Plattform zu gewährleisten.

3. 2. Beurteilung

Dieses Modell ist die kostenintensivste und riskanteste Lösung. Allein die Initialkosten für Hardware, Softwareentwicklung und das erforderliche Einführungsprojekt zusätzlich zu den Betriebskosten lassen eine Amortisation dieser Investition eher zweifelhaft erscheinen. Nach amerikanischen Erfahrungen rechtfertigt sich ein solcher Ansatz erst ab einem Beschaffungsvolumen über 250 Millionen Euro⁶³.

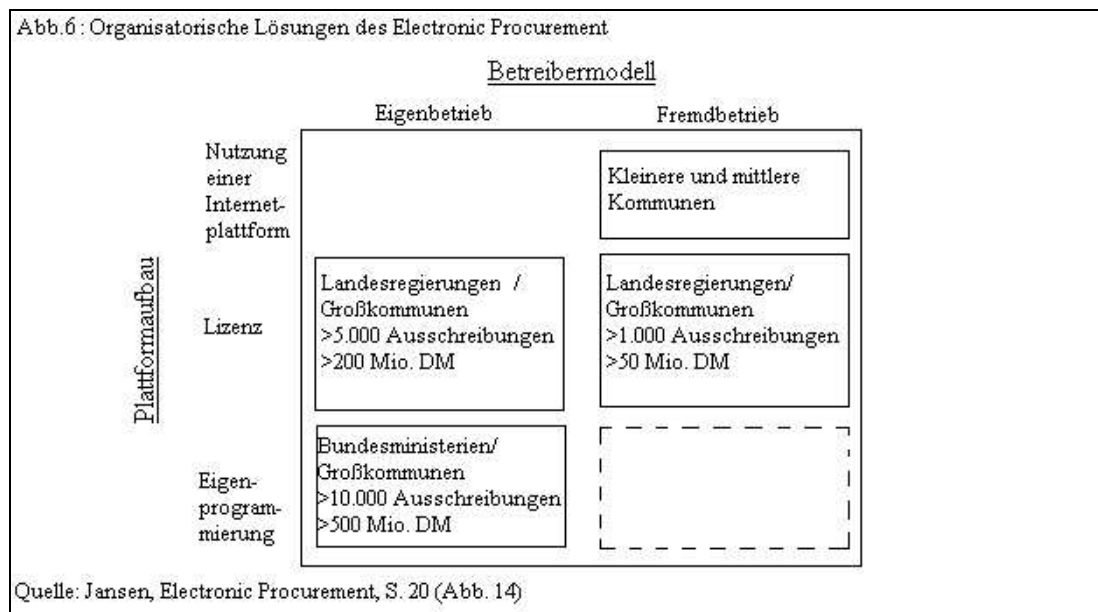
Schwierig wird auch die zentrale Zusammenführung von Auftraggeber und Auftragnehmer. Doch gerade die Akzeptanz der Marktteilnehmer zur jeweiligen Plattform ist für den Erfolg einer digitalen Beschaffung entscheidend. Müssen mehrere Ausschreibungsplattformen nach potentiellen Angeboten durchforstet werden, so gewinnt ein elektronischer Marktplatz nicht an Aussagekraft.

Ziel muss es daher auch für die öffentliche Hand sein, einen geeigneten „virtuellen“ Marktplatz zu gerieren, auf dem sich eine große Vielzahl von potentiellen Bietern „tummeln“. Somit ist der Ansatz einer eigenen Plattform nur geeignet, wenn das Ausschreibungs- und Beschaffungsvolumen eine entsprechend hohe Anziehungskraft auf mögliche Auftragnehmer hat.

⁶³ Vgl. Jansen, Public Electronic Procurement, S. 21.

4. Ausblick

Nach einer Studie der Universität Witten/ Herdecke lassen sich die folgenden Betreiberordnungen, jeweils abhängig vom Ausschreibungsvolumen und den getätigten Ausschreibungen, für die öffentlichen Institutionen vornehmen.



5. Zusammenfassung

Die derzeitigen Praktiken öffentlicher Auftraggeber bei der elektronischen Vergabe stecken noch in den „Kinderschuhen“: Nicht zu übersehen ist der Anpassungsbedarf in den öffentlichen Verwaltungseinheiten. Allerdings wurde der Trend der Zeit erkannt und in verschiedenen Modellprojekten konnten brauchbare Lösungsansätze gemeinsam mit privaten Dienstleistern verwirklicht werden.

Es gilt daher abzuwarten, welches Ausschreibungsmodell sich langfristig durchsetzen wird. Eine eigene Angebotsplattform wird jedoch für Kommunen unwirtschaftlich sein.

II. „zukünftige“ wirtschaftliche Visionen

1. Online „Reverse“ Auktion ⁶⁴

Zunehmend gibt es Überlegungen, Versteigerungen nun auch für die öffentliche Hand im Internet durchzuführen⁶⁵.

1. 1. Definition

Bei der „Reverse“ Auktion im Gegensatz zur normalen Auktion, höchstbietende Interessent erhält vom Anbieter den Zuschlag, wird quasi die Nachfrage versteigert, d.h. mehrere potentielle Anbieter unterbieten sich gegenseitig, wobei in der Regel der Niedrigstbietende den Zuschlag erhält.

1. 2. Bietverfahren

Mehrere sequentielle, jeweils einzeln mit verschiedenen Lieferanten abgehaltene Verhandlungsrunden werden durch eine einzige Echtzeitausschreibung ersetzt. Dabei sind Echtzeitausschreibungen in die Phase der Preisverhandlung anzusiedeln, wobei die Einkaufsmarktanalyse sowie eine Identifikation und Qualifikation der potentiellen Lieferanten dieser vorgelagert sind. Innerhalb der Vorverhandlung mit dem so bestimmten Lieferantenkreis werden die Parameter wie Menge, Qualität, Auslieferungsbedingungen der zu liefernden Güter bzw. Dienstleistungen konkret festgelegt. Diese Parameter stehen dann normalerweise nicht mehr zur Disposition.

In die folgende Echtzeitausschreibung „loggen“ sich alle Lieferanten, mit denen die Vorverhandlungen erfolgreich abgeschlossen werden konnten, über das Internet in ein abgesichertes „privates“ Netzwerk ein. In einer vorher festgelegten Zeitspanne bieten sie in diesem virtuellen Auktionsraum für die Auftragsvergabe.

⁶⁴ Auch inverse Auktion genannt.

⁶⁵ Vgl. Mosbacher, DÖV 2001, 573, 581.

1. 3. Anwendung für öffentliche Hand

Die tatsächlichen Möglichkeiten, Beschaffungsprozesse bei der Vergabe von Lieferungen in inverse Auktionen zu überführen, hängen ab von: der Art der zu beschaffenden Leistung, dem Auftragswert und der Vergabeart.

Die Leistung muss so eindeutig und erschöpfend beschreibbar sein, dass die Bieter nur einen Preis zur Vervollständigung ihres Angebots nennen müssen. Der Auftraggeber kann dann auf der Grundlage der vom Bieter vervollständigten Leistungsbeschreibung einen Zuschlag erteilen, ohne Verhandlungen mit dem Bieter zu führen.

Die inverse Auktion kann zur dynamischen Preisfindung eingesetzt werden. Sie muss nicht automatisch mit einer Vergabeentscheidung enden, da Angebotseröffnung, Bewertung und Zuschlag erst in einem späteren Teilprozess – der Beschaffungsent-scheidung - stattfinden.

Sie kann daher ein zusätzliches oder ergänzendes Verfahren zu den bestehenden Verfahren zur Beschaffung darstellen.

Zu einer inversen Auktion im Rahmen eines offenen Verfahren sind dann alle gewerbsmäßig tätigen Unternehmen zuzulassen.

An einer inversen Auktion im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens würden nur Bieter beteiligt sein, die anhand des vorher stattfindenden Teilnahmewettbewerbs ausgewählt wurden. Hierdurch wird die Anzahl der potentiellen Bieter in der Auktion überschaubar bleiben.

Im Verhandlungsverfahren mit potentiellen Bietern über ihre Leistungen, werden diese letztmalig zu einer Angebotsabgabe aufgefordert, deren wesentliches Auswahlkriterium dann nur noch der Preis ist. Diese letzte Angebotsabgabe könnte dann im Wege einer inversen Auktion erfolgen.

Man gliedert die Auktion noch mal in verschiedene Arbeitsschritte: Auktionsvorbereitung, Auktionsdurchführung und Auktionsnachbereitung.

1. 3. 1. Auktionsvorbereitung

Im Rahmen der Vorbereitung wird das vergaberechtlich gebotene Ausschreibungsverfahren gewählt. Es erfolgt die Einladung der Bieter, die Festlegung der verbindlichen Wirkung der Auktionsparameter als Willenserklärungen über den Angebotspreis im Vergabeverfahren, Termin und angesetzte Dauer der Auktion, techni-

sche Systemvoraussetzungen der Bieter sowie Definition des Auktionsendes und des Endes der Angebotsfrist⁶⁶.

Den potentiellen Bietern werden die Verdingungs- und Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt. Dabei müssen sich die Bieter registrieren lassen, es definiert sich so der Teilnehmerkreis. Alle Teilnehmer erhalten Zugangsdaten zum virtuellen Auktionsraum.

1. 3. 2. Auktionsdurchführung

In diesem Schritt erfolgt die eigentliche dynamische Preisfindung. Die Bieter müssen sich authentifizieren und erhalten danach geschützten Zugang zum virtuellen Auktionsraum. Das Bietverfahren wird eröffnet, die Bieter können ihre Angebote abgeben. Mit dem Ende der Auktion stehen die Angebotspreise und damit die Auktionsrangfolge fest.

1. 3. 3. Auktionsnachbereitung

Das Auktionsergebnis wird für die Angebotsöffnung des Beschaffungsverfahrens – der Beschaffungsentscheidung – bereitgestellt. Es erfolgt die Bewertung der Angebote.

1. 4. Betreibermodelle

Die öffentliche Hand kann zwischen verschiedenen Modellen wählen:

- a) Nutzung einer Auktionsplattform, die von einem privaten Dienstleister eingerichtet und betrieben wird.
- b) Aufbau einer eigenen organisatorischen und technischen Infrastruktur unter Verwendung von Softwareanwendungen für Auktionsplattformen.
- c) Mischform aus eigener Infrastruktur und Nutzung externer Dienstleistungen.

Die Wahl der geeigneten Betreiberform hängt wiederum von der Finanzkraft und der Anzahl der Beschaffungsvorgänge der jeweiligen Kommune ab.

⁶⁶ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 77 ff.

1. 5. Praxisbeispiel

Eine solche Form der öffentlichen Beschaffung ist in Deutschland wegen vergaberrechtlicher Restriktionen noch nicht denkbar. Es bleibt abzuwarten, ob diese Art der Beschaffung auch für öffentliche Institutionen in Deutschland möglich werden wird. Betrachtet man öffentliche Beschaffungen in den Vereinigten Staaten von Amerika, so wird diese Art der Beschaffung bereits erfolgreich getestet.

Beispielsweise nutzen das Department of General Services, Pennsylvania (USA), Department of Defence, US Navy und General Services Administration, USA inverse Auktionen zur Beschaffung von Gütern⁶⁷. Bei diesen Pilotprojekten ließen sich Einsparungen zum historischen Preis zwischen 7 und 40 % realisieren.

1. 6. Einschaltung Dritter zur Durchführung

Die Durchführung einer inversen Auktion könnte auch durch private Dienstleister übernommen werden. Dabei handelt es sich um Auktionsdienstleister⁶⁸, welche das auktionsspezifische Know-how sowie die technische Infrastruktur zur Durchführung von inversen Auktionen zur Verfügung stellen.

1. 7. Beurteilung

Echtzeitausschreibung ersetzt im Kern die eigentliche Preisverhandlung. Sie synchronisiert damit die einzelnen Verhandlungen mit mehreren Lieferanten. Die besondere Dynamik des Bietverfahrens gewährleistet die Erreichung eines effizienten Preises. Indem durch das gegenseitige Unterbieten der Lieferanten untereinander deren Preisbereitschaft abgeschöpft wird.

Internet- Auktionen sind preiswert in ihren Betriebskosten, das Bietverfahren kann vom Ort unabhängig und zeitlich flexibel durchgeführt werden. Eine physische Präsenz von Bietern und Anbietern ist nicht erforderlich.

⁶⁷ Vgl. dazu ausführlich in: KPMG, Chancen und Risiken, S. 58 ff.

⁶⁸ So z.B. Freemarkets (www.freemarkets.com), GoodeX (www.goodeX.com) oder Newtron (www.newtron.de).

Eine Verwendung der inverser Auktionen für die öffentliche Beschaffung würde zu weiteren Kostensenkungen führen, da weit niedrigere Einkaufspreise (5 bis 15 %⁶⁹) erzielt werden könnten.

Weiterhin schaffen inverse Auktionen eine hohe Markttransparenz und können Markteintrittsbarrieren insbesondere für mittelständische Unternehmen reduzieren. Zusätzlicher Aufwand entsteht allerdings bei der Vorbereitung, Durchführung und Nachbereitung der inversen Auktion.

Grundsätzlich kann man feststellen, dass jedes Gut prinzipiell online auktionierbar ist, wenn es ausreichend für den Bieter spezifiziert wurde. Der wirtschaftliche Erfolg wird daher von einer Abwägung der zu erwartenden Einsparungseffekte und dem Spezifikationsaufwand abhängen.

2. Gemeinschaftsunternehmen mehrerer Kommunen als Beschaffungsstelle

Gemeinsame Beschaffungstätigkeiten der öffentlichen Hand werden derzeit aufgrund der angespannten Haushaltslage für notwendig gehalten. Durch eine Kooperation auf Beschaffungsebene mehrerer Kommunen könnten sich die wirtschaftlichen Nachteile der Eigenerstellung und -betriebs eines Ausschreibungsportals möglicherweise beseitigen lassen oder zumindest eine Lizenznahme der Technologie in Betracht kommen. Eine solche Kooperation müsste wie oben festgestellt entsprechende Ausschreibungs- und Beschaffungsvolumen hervorbringen.

Innerhalb einer solchen Kooperation könnten durch die Bildung einer Einkaufsgemeinschaft zur Beschaffung einzelner Güter und Leistungen, d.h. gemeinsame Beschaffung der einzelnen Bedarfsstellen, zusätzliche Kostenersparnisse durch die Realisierung von Mengenrabatten erzielt werden.

2. 1. Lösungsansatz

Der gemeinsame Einkauf einer Vielzahl von Gemeinden kann auf Grundlage einer Vereinbarung für den Einzelfall über eine Einkaufskooperation durch Nachfragebündelung oder in verfestigter Form über ein Gemeinschaftsunternehmen, welches die Einkaufstechnologie für alle beteiligten Kommunen bereitstellt, erfolgen.

⁶⁹ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 42.

2. 1. 1. Gemeinschaftsunternehmen

Eine Realisierung von Synergieeffekten durch die Zusammenführung von gemeinsamen Prozessen erfolgt in der privaten Wirtschaft in einem sog. „Shared Service Center“: Darunter versteht man die mittel- bis langfristige Zusammenführung bisher dezentral durchgeführter Prozesse in einem wirtschaftlich und/ oder rechtlich selbstständigen Verantwortungsbereich zur Unterstützung mehrerer Organisationseinheiten mit der Absicht, den Ressourceneinsatz zu optimieren⁷⁰.

So könnte der gesamte Einkaufsprozess mehrerer Gemeinden von einem Gemeinschaftsunternehmen erledigt werden. Die einzelnen Gemeinden würden nur noch die jeweiligen Bedarfsmeldungen auslösen. Auf Grund einer solchen Bedarfsmeldung würde das Gemeinschaftsunternehmen im Anschluss den gesamten Beschaffungsprozess im jeweils vorgegebenen vergaberechtlichen Rahmen für die jeweilige beauftragende Gemeinde abwickeln und bündelt soweit zulässig entsprechende Bedarfsgegenstände mehrerer Kommunen in einer Sammelbestellung.

Im Gegensatz dazu geht es bei einer einfachen Zentralisierung um die Zusammenfassung von Funktionen in eine wirtschaftlich unselbstständige Zentralstelle mit bindenden Restriktionen für die jeweiligen Organisationseinheiten. Gerade solche Restriktionen bestehen bei einem Service Center nicht, sondern die einzelnen Gemeinden würden die Hoheit über sich selbst behalten.

Beim Outsourcing indessen wird die Dienstleistung an ein Drittunternehmen übergeben; man begibt sich zwangsläufig in Abhängigkeit zu diesem externen Dienstleister.

Der Vorteil des Shared Service Center ist der Verbleib der Hoheit über die Prozesse und somit der Kompetenz im „Unternehmen“:

Die Übertragung dieses Shared Service Center – Ansatzes auf die öffentliche Hand könnte innerhalb einer interkommunalen Zusammenarbeit organisiert und betrieben werden, deren Erledigung entsprechend weniger Finanzkraft und auch Verwaltungskraft einer einzelnen Gemeinde beanspruchen würde.

Eine solche Kooperation im kommunalen Bereich könnte durch öffentlich-rechtlich oder auch privat-rechtlich anerkannte Formen der interkommunalen Zusammenarbeit realisiert werden. Der Umfang der jeweiligen Kooperation hängt dabei grundsätzlich von den rechtlichen Möglichkeiten ab.

⁷⁰ Vgl. <http://www.capgemini.de/services/Fashared.html> (9.9.2001).

2. 1. 2. Einkaufskooperationen

Eine Einkaufsgemeinschaft ist eine von mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen getragene Gesellschaft, in der die Einkaufsfunktionen der Gesellschafter ganz oder teilweise gemeinschaftlich durchgeführt werden, um so die Effizienz der für die eigene Unternehmung notwendigen Güterbeschaffung zu steigern⁷¹.

So könnten gleichartige Bestellungen einzelner Kommunen zu einer Sammelbestellung zusammengefasst werden. Durch die Bündelung ihrer Aufträge würden die kleineren Gemeinden an den mit hohen Abnahmevolumenta verbundenen Vergünstigungen teilhaben.

Einkaufskooperationen in Form von Bestellgemeinschaften werden bevorzugt als Außengesellschaft errichtet. In Betracht kommen die rechtlich anerkannten Formen der interkommunalen Zusammenarbeit. Dazu würde sich die Struktur eines Gemeinschaftsunternehmens für den gesamten Beschaffungsprozess anbieten, innerhalb dessen die jeweiligen Aufträge zusammengefasst werden könnten. Allerdings kann die Bestellgemeinschaft in aller Regel nur auf Weisung der Mitglieder aktiv werden. Dieser Umstand ist darauf zurückzuführen, dass Bestellungen einer in Eigenregie handelnden Gemeinschaft erheblich höhere Risiken in sich bergen. Korrekturen etwaiger Fehlentscheidungen sind angesichts der kaufvertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Lieferanten nicht mehr möglich. Des Weiteren werden so die Kompetenzen der einzelnen Gemeinden hinreichend berücksichtigt.

In Bezug auf die Organisation der Inanspruchnahme wird auf Vereinbarungen, welche die Mitglieder zur Beteiligung an den kollektiven Bestellungen unmittelbar oder doch faktisch zwingen, regelmäßig verzichtet werden müssen, da eine derartige Organisation gegen das in § 1 GWB geregelte Kartellverbot verstoßen würde⁷².

Die Kosten der Einkaufsgemeinschaft könnten durch Provisionszahlungen seitens der Mitglieder gedeckt werden⁷³.

2. 2. Beurteilung

Die Nachfragekoordinierung und die Bedarfsbündelung können günstigere Einkaufskonditionen bewirken. Die einzelnen Nachfragen der Gemeinden gleichartiger

⁷¹ Vgl. Dauner, Einkaufsgemeinschaften, S. 43.

⁷² Vgl. Dauner, Einkaufsgemeinschaften, S. 60.

⁷³ Vgl. Dauner, Einkaufsgemeinschaften, S. 66.

Güter und Leistungen in einer Sammelbestellung gebündelt und gemeinschaftlich ausgeschrieben würden größere Bedarfsmengen auslösen. Dadurch wäre eine Abschöpfung von eingeräumten Mengenrabatten gegenüber den Lieferanten möglich und die Kommunen könnten so zu geringeren Einkaufspreisen erwerben.

Die weiteren Vorteile liegen in dem Kostenreduzierungspotential durch Nutzung von economies of scale, Verbesserung von zentralem know - how und der Informationsgewinnung. Die erhöhten Ausschreibungs- und Beschaffungsvolumen könnten eine eigene Ausschreibungsplattform, betrieben durch das Gemeinschaftsunternehmen, rechtfertigen. Der erforderliche Bekanntheitsgrad der gemeinsamen Plattform wäre von der Anzahl der beteiligten Kommunen abhängig.

Neben den Einsparungen durch eine elektronische Abwicklung des Beschaffungsprozesses würden zusätzlich Entlastungen im Bereich der Personal- und Verwaltungskosten für die einzelnen Gemeinden hinzukommen.

Es gilt festzuhalten, dass eine Kooperation von mehreren Gemeinden in Form von öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisierter Zusammenarbeit ein noch größeres Einsparpotential bieten kann, zusätzlich zu den generellen Einsparmöglichkeiten des Public Electronic Procurement.

Eine koordinierte Beschaffung an sich selbstständiger Vergabestellen bewegt sich aber im Spannungsfeld von Sparanstrengung der öffentlichen Hand und Markterhaltung zugunsten kleinerer Unternehmen. Die Existenz kleinerer Lieferanten könnte bedroht sein, aufgrund der größeren Stückzahlen der Beschaffungsvorgänge im Gegensatz zu ihrer begrenzten Kapazitäten.

C. Die rechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand

I. Die kartellrechtliche Beurteilung

1. Problem

Die Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand tangiert das öffentliche Beschaffungswesen und hier speziell sog. Lieferaufträge i.S.v. § 99 II GWB als Verträge zur Beschaffung von Waren. Beide Bereiche unterliegen nach herrschender Meinung auch der Kontrolle durch das GWB, was durch § 97 GWB indiziert wird⁷⁴.

Auch die Gründung eines kooperierenden Gemeinschaftsunternehmens ist nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Fusionskontrolle, sondern auch anhand des § 1 GWB (verbotenes Kartell) zu überprüfen⁷⁵. Denn die Sonderregelung über die Fusionskontrolle schließt jedenfalls bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen die Anwendbarkeit des § 1 GWB nicht aus. Typische kooperative Gemeinschaftsunternehmen sind solche, die für die Muttergesellschaften nur einzelne Unternehmensfunktionen wahrnehmen⁷⁶.

Erforderlich ist, dass die beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander rechtlich und wirtschaftlich selbstständig sind und bleiben⁷⁷. Gründen mehrere Kommunen ein Gemeinschaftsunternehmen, um die Bedarfsbeschaffung gemeinsam durchzuführen, so unterliegt dieser Sachverhalt dem Kartellverbot gem. § 1 GWB sowie einer Fusionskontrolle gem. §§ 35, 36 GWB.

2. Anwendbarkeit des GWB

Die Anwendbarkeit des GWB auf Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand hängt mit der Frage zusammen, ob Kommunen i.S.d. kartellrechtlichen Vorschriften Unternehmen sind. Dem funktions- und tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriff

⁷⁴ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037.

⁷⁵ Vgl. BGH, Bes. v. 8.5.2001 – KVR 12/99 = BGH WuW 2001, 961 ff.; Huber in Frankfurter Kommentar (FK), § 1 n. F. GWB 1999/ GWB Tz. 40.

⁷⁶ Vgl. BGH WuW 2001, 961, 966; Bechtold, Kartellgesetz, S. 63 Rdnr. 45.

folgend, wonach als Unternehmen handelt, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt, sind auch der Staat und Teile des Staates wie Gemeinden, die in der vorbezeichneten Weise auf dem Markt auftreten, Unternehmen i.S.d. GWB⁷⁸. Dementsprechend ist die Nachfragetätigkeit der Kommunen zur Beschaffung von Gütern ungeachtet der damit letztendlich verfolgten hoheitlichen Aufgabe als unternehmerische Tätigkeit anzusehen⁷⁹. Die gesamte Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand ist demnach unternehmerisches Handeln bzw. Teilnahme am geschäftlichen Verkehr, wenn sie privatrechtlich erfolgt⁸⁰.

Dieses Verständnis wird auch nicht durch § 130 II GWB eingeschränkt. In der Entstehungsgeschichte findet sich kein Hinweis darauf, dass die öffentliche Hand hinsichtlich ihrer Teilnahme am marktwirtschaftlichen Leistungsaustausch wegen ihrer sonstigen Funktionen kartellrechtlich anders behandelt werden müsste⁸¹. Insofern hat die Rechtsprechung die Anwendbarkeit des GWB auf die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand angenommen⁸².

Folglich ist die öffentliche Hand bei einem fiskalischen Hilfsgeschäft an das GWB gebunden. Grundsätzlich hat somit auch das Kartellverbot des § 1 GWB Bedeutung für die öffentliche Hand.

3. Kartellverbot gem. § 1 GWB

Gem. § 1 GWB sind Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich verboten. Unter Wettbewerbsbeschränkungen sind Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Marktbeteiligten zu verstehen, welche die Bildung optimaler Marktverhältnisse beeinträchtigen können. Es kommt nicht darauf an, ob ein Vertrag geschlossen worden ist, ob eine Absprache wirksam oder rechtlich durchsetzbar ist, ob tatsächlich eine Wettbewerbsbeschränkung eingetreten ist oder ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt. Ausreichend ist ein Verhalten, welches geeignet ist den Wettbewerb zu

⁷⁷ Vgl. Bechtold, Kartellgesetz, S. 60 Rdnr. 41.

⁷⁸ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1038; Stockmann in: Handbuch des Kartellrechts, S. 130 Rdnr. 44; Bechtold, Kartellgesetz, S. 38 Rdnr. 2; OLG Celle WuW 1999, 316, 320; OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 722.

⁷⁹ Vgl. Hootz in: Gemeinschaftskommentar, S. 16 Rdnr. 17; WuW/ E BGH 1469 f. = WuW 1977, 507 f. – Autoanalyser.

⁸⁰ Vgl. Hootz in: Gemeinschaftskommentar, S. 17 Rdnr. 18 m.w.N.

⁸¹ Vgl. WuW 1998, 720, 722.

⁸² Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes WuW/ E BGH 2301 ff. in Bestätigung von BGHZ 36, 91 ff.; OLG Celle WuW 1999, 320, 321.

beschränken. Gegenstand der Wettbewerbsbeschränkung einer Einkaufskooperation ist der Nachfragewettbewerb, der grundsätzlich horizontal beschränkbar ist. Ausreichend für eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 GWB ist, dass auf der Nachfragerseite ein Wettbewerb um Konditionen besteht⁸³.

Eine solche tatbestandsmäßige Beschränkung des Nachfragewettbewerbs liegt dann vor, wenn die Unternehmen ihr Einkaufsverhalten mittels einer Absprache oder in sonstiger Weise vereinheitlichen⁸⁴.

(a) Eine gemeinschaftliche Ausschreibung bzw. Beschaffung mehrerer Vergabestellen ist eine Vereinbarung i.S.d. § 1 I GWB. Da eine Koordinierung des Einkaufs erfolgt. Es genügt, wenn tatsächlich eine gemeinsame Ausschreibung stattfindet, ein zivilrechtlicher Vertrag ist nicht erforderlich.

(b) Eine Vereinbarung i.S.d. § 1 I GWB liegt auch dann vor, wenn sich mehrere Vergabestellen eines Unternehmens bedienen, das erst die Nachfrage bündelt, so z.B. ein Ausschreibungsdienstleister, Angebotsdienstleister oder Auktionsdienstleister.

Denn durch den gemeinsamen Einkauf wird die Anzahl der Nachfrager verringert; der Nachfragewettbewerb durch Verzicht auf wettbewerbliche Handlungsfreiheit eingeschränkt⁸⁵.

Folglich können Absprachen zwischen den zentralen Beschaffungsstellen der einzelnen Kommunen auch wie andere Einkaufsgemeinschaften dem Kartellverbot des § 1 GWB unterliegen, wenn sie geeignet sind, die Wettbewerbsverhältnisse für den Warenverkehr durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen⁸⁶.

Denn auch bei einem Nachfragekartell bedarf es der positiven Feststellung der Spürbarkeit der Marktbeeinflussung, dass die Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen⁸⁷.

Ob im Einzelfall das Merkmal der Spürbarkeit erfüllt ist, kann jedenfalls dahingestellt bleiben, wenn eine Anwendung des § 1 GWB durch Rechtsgüterabwägung ausscheidet oder eine Legalisierung des Nachfragekartells gem. § 4 II GWB oder § 8 GWB erfolgen kann.

⁸³ Vgl. OLG Celle WuW 1999, 320, 321.

⁸⁴ Vgl. Dauner, Einkaufsgemeinschaften, S. 136.

⁸⁵ Vgl. WuW 1983, 141, 147; WuW 1986, 801, 806; WuW 1999, 320, 321.

⁸⁶ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1039.

⁸⁷ Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 721.

4. Rechtsgüterabwägung innerhalb § 1 GWB

Einem generellen Kartellverbot als Rechtsfolge des § 1 GWB für Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand könnten übergeordnete Gründe im Rahmen einer Rechtsgüterabwägung entgegenstehen. Es käme eine Rechtfertigung aus dem Grund der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung bzw. der Sanierung der öffentlichen Haushalte in Betracht.

Streitig ist insoweit, ob generell übergeordnete Interessen geeignet sind, Einkaufskooperationen zu rechtfertigen.

(a) Das BKartA hat zeitweise bei Sachverhalten, bei denen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfolgung außerökonomischer Ziele vereinbart wurden, bei Normenkonflikten eine Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 1 GWB aufgrund einer Rechtsgüterabwägung vorgenommen⁸⁸. Allerdings wurde diese Praxis nur zum Schutz von Leben und Gesundheit und zum Schutz der Umwelt herangezogen. Jedoch rückt das BKartA von dieser Tatbestandsrestriktion des § 1 GWB ab.

(b) Nach Ansicht des OLG Celle⁸⁹ sei eine Restriktion des § 1 GWB auf Tatbestandsebene nicht vorzunehmen, weil übergeordnete Interessen nur eine Legalisierungsmöglichkeit nach § 8 GWB eröffnen könnten. Dies entspricht der sonstigen Rechtsprechung, wonach Nützlichkeits- wie auch Gegengewichtsüberlegungen keine Berücksichtigung im Rahmen von § 1 GWB finden dürfen.

(c) Der Rechtsprechung folgend, kann das öffentliche Interesse an der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung der öffentlichen Hand nur im Rahmen eines Sonderkartells nach § 8 GWB berücksichtigt werden. Es hat sich die Ansicht durchgesetzt, mit der Annahme außergesetzlicher Rechtfertigungsgründe zurückhaltend umzugehen⁹⁰. Es besteht sonst die Gefahr der Instrumentalisierung des § 1 GWB für gewisse außerökonomische Interessen und der Umgehung der Systematik des Gesetzes mit dem Verbot in § 1 GWB und den anschließenden Ausnahmen in §§ 2 bis 8 GWB. Daher muss diese Regelung als abschließende durch den Gesetzgeber angesehen werden. Somit scheidet die Rechtfertigung einer gesetzeswidrigen Einkaufskooperation durch höherrangige Ziele aus⁹¹.

⁸⁸ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1043 m.w.N.

⁸⁹ Urteil vom 13.5.1998, 13 U (Kart) 260/97 – unveröffentlicht –.

⁹⁰ Wallenberg, Kartellrecht, S. 36 Rdnr. 99.

⁹¹ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1043; Hootz in: Gemeinschaftskommentar, S. 58 Rdnr. 138.

Es besteht allerdings die Möglichkeit der Zulassung von Kartellen jeweils rechtlich als Ausnahme vom Kartellverbot des § 1 GWB. Die Regelung in den §§ 1ff. GWB wird als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt verstanden.

5. Legalisierung nach § 4 II GWB

Es könnte allerdings eine Legalisierungsmöglichkeit für Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand nach § 4 II GWB bestehen.

5. 1. Anwendbarkeit auf die öffentlichen Hand

Streitig ist, ob § 4 II GWB auf Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand generell anwendbar ist.

(a) Einer Ansicht nach ist eine Legalisierung gem. § 4 II GWB auf Beschaffungsoperationen öffentlicher Hände seinem Zweck nach nicht anwendbar⁹².

Eine unmittelbare Anwendung des § 4 II GWB scheitert daran, dass die Wettbewerbsfähigkeit von Gemeinden nicht durch die Nachfragebündelung verbessert werden kann⁹³. Kommunen stehen grundsätzlich nicht im Wettbewerb miteinander, sondern sie erfüllen die ihnen zugewiesenen Aufgaben im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs. Eine entsprechende Anwendung des § 4 II GWB auf Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand kann nicht vorgenommen werden. Die Zielsetzung der Norm ist eine andere, weshalb eine möglicherweise bestehende Gesetzeslücke nicht geschlossen werden kann, es fehlt insoweit an einer Analogiefähigkeit. Nach Auffassung des Senats ist es Aufgabe des Gesetzgebers selbst und nicht der Gerichte, eine gesetzliche Regel zu treffen⁹⁴.

(b) Nach anderer Ansicht ist § 4 II GWB auch auf die öffentliche Hand anwendbar⁹⁵. Dem § 4 II GWB kann nicht der Zweckgedanke entnommen werden, gemeindliche oder sonstige öffentliche Beschaffungsoperationen von vornherein aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen⁹⁶. Demnach ist eine Beschränkung der

⁹² So auch BKartA, BT-Drucks. 13/ 7900, S. 106; LG Hannover, Urt. V. 16.7.1998 – 21 O 160/ 97 – unveröffentlicht -; LG Leipzig, Urt. v. 9.9.1998 – 6 HK 59/ 90/ 98 – unveröffentlicht -; OLG Celle, Urt. v. 13.5.1998, 13 U (Kart) 260/ 97 – unveröffentlicht -.

⁹³ OLG Koblenz, Urt. v. 5.11.1998, U (Kart) 596/98 – Feuerlöschgeräte, WuW 1999, 316 ff.

⁹⁴ Vgl. OLG Koblenz WuW 1999, 316, 320.

⁹⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.5.1998, U (Kart) 11/98 = WuW 1998, 720; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 79.

⁹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 724.

Normanwendung auf Handelsunternehmen nicht Gesetzesinhalt geworden. Die Normadressaten des § 4 II GWB sind vielmehr, wie auch sonst durchweg einheitlich im GWB formuliert, die „Unternehmen“, so dass von einem einheitlichen Unternehmensbegriff für das ganze Gesetz auszugehen ist⁹⁷. Insofern besteht ein Gleichlauf mit § 1 GWB; eine unterschiedliche Auslegung des Unternehmensbegriffes ist sicher nicht gewollt. Daher ist dem funktions- und tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriff folgend auch die öffentliche Hand „Unternehmen“⁹⁸ und wird somit von § 4 II GWB erfasst.

Auch die Beschränkung der Normanwendung auf kleine und mittlere Unternehmen, betrifft nicht die Art, sondern die Größe des Unternehmens und steht folglich einer Anwendung des § 4 II GWB nicht entgegen⁹⁹.

(c) Wenn man die öffentliche Hand bei der Nachfrage nach wirtschaftlichen Leistungen als Unternehmen i.S.d. § 1 GWB ansieht und dem folgend das Kartellverbot auf sie anwendet, müssen nach dem Regelungssystem des GWB auch grundsätzlich die Ausnahmen vom Kartellverbot, die an die Unternehmenseigenschaft anknüpfen, auf sie anwendbar sein. Für die verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen ist es bedeutungslos, ob die wettbewerbsbeschränkende Tätigkeit von privaten oder öffentlichen „Unternehmen“ ausgeübt wird. Daher kann es auch keine durchgreifenden Gründe gegen die Anwendung des § 4 II GWB auf Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand geben, soweit die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

Im Ergebnis ist somit eine Anwendung des § 4 II GWB auf die öffentliche Hand möglich¹⁰⁰. Grundsätzlich besteht daher eine Legalisierungsmöglichkeit von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand, welche dem Kartellverbot unterliegen.

5. 2. Tatbestandsvoraussetzungen

5. 2. 1. Gemeinsamer Einkauf von Waren

Der gemeinsame Einkauf kann sowohl in einer Kooperation ohne Rechtspersönlichkeit wie auch in einem rechtlich selbstständigen Gemeinschaftsunternehmen

⁹⁷ Vgl. Hootz in: Gemeinschaftskommentar, S. 15 Rdnr. 13 m.w.N.; OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 722.

⁹⁸ Siehe oben.

⁹⁹ Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 722.

¹⁰⁰ So im Ergebnis auch Bunte, WuW 1998, 1037, 1049.

betrieben werden, da eine Freistellung unabhängig von der gewählten Rechtsform der Vereinigung eingreifen kann¹⁰¹.

§ 4 II GWB ist nicht erst dann anwendbar, wenn der gesamte Einkaufsvorgang rechtlich und tatsächlich von der Einkaufskooperation durchgeführt wird. Eine Anwendung ist auch bei einzelnen Tätigkeiten möglich, die mit der Warenbeschaffung zusammenhängen, insbesondere die Geschäftsanbahnung und die Verhandlungen über Preise und sonstige Konditionen. Damit wird auch eine gemeinschaftliche Ausschreibung und die anschließende Bearbeitung der abgegebenen Angebote erfasst, selbst wenn es nur um einen einzigen gemeinschaftlichen Beschaffungsvorgang geht¹⁰². Gemeinsamer Einkauf erfordert auch nicht, dass die Gemeinden ihren Einkauf oder ihre Beschaffung voll zusammenfassen, auch nicht einen gleichzeitigen Bezug und auch nicht notwendig eine gemeinsame Rechnung¹⁰³.

5. 2. 2. Kein Bezugszwang

Die Einkaufskooperation darf allerdings keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang für die beteiligten „Unternehmen“ begründen¹⁰⁴. Dabei kann sich ein solcher Bezugszwang unmittelbar oder ausdrücklich aus Vertrag, mittelbar aus anderen Vertragspflichten oder aus faktischen Bindungen, die in ihrer Wirkung einer rechtlichen Bezugspflicht gleichkommen, ergeben¹⁰⁵.

Eine wirtschaftliche Sogwirkung, die sich allein aus der Mitgliedschaft ergibt und zu einem weitgehenden Bezug über die Kooperation führt, wird dagegen nicht erfasst¹⁰⁶.

So ist ein zulässiger Bezugszwang für eine Einkaufsgemeinschaft der öffentlichen Hand, die eine gemeinschaftliche Ausschreibung vornimmt, eine Regelung, dass die

¹⁰¹ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 104; OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 721.

¹⁰² Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 721; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 80.

¹⁰³ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 104.

¹⁰⁴ Vgl. Wallenberg, Kartellrecht, S. 38 Rdnr. 106; Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 109.

¹⁰⁵ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1044; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 80; Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 100.

¹⁰⁶ Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 81; RegE eines Fünften Gesetzes zur Änderung des GWB, BR – Drucks. 123/ 89, S. 36; Bunte, WuW 1998, 1037, 1044; Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 98.

teilnehmenden Gemeinden verbindlich ihren Bedarf melden und nach Durchführung des gemeinschaftlichen Beschaffungsvorganges auch abnehmen müssen¹⁰⁷.

5. 2. 3. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen

Weitere Voraussetzung der Freistellung nach § 4 II i.V.m. 4 I Nr. 2 GWB ist, dass die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen zu verbessern.

5. 2. 3. 1. Kleine und mittlere Unternehmen

Bei kommunalen Einkaufsgemeinschaften kann an die Bestimmungen der Gemeindeordnungen angeknüpft werden, um zu bestimmen welche kleinen und mittleren Gemeinden im Vergleich zu den Großstädten als solche einzustufen sind¹⁰⁸. Dabei ist immer auf die Größe der Stadt, der Gemeinde selbst abzustellen.

Es können sich aber auch gelegentlich Großunternehmen bzw. Großkommunen an der Kooperation beteiligen¹⁰⁹. Es ist jedoch in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Beteiligung von Großkommunen objektiv geeignet ist, die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen bzw. Gemeinden zu verbessern.

5. 2. 3. 2. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit

Bei der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit geht es um die Stärkung der Wettbewerbsposition auf dem relevanten Markt¹¹⁰.

Streitig ist, ob die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit auf dem Beschaffungsmarkt genügt oder zumindest auch auf dem Absatzmarkt eintreten muss.

(a) Das OLG Koblenz hat den Standpunkt vertreten, dass es zu einer Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit im Angebot kommen muss¹¹¹. Begründet wird dies damit, dass sonst das Merkmal leer laufen würde, da bereits jede Nachfragebündelung die

¹⁰⁷ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 113.

¹⁰⁸ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 127.

¹⁰⁹ Vgl. BGHZ 99, 1ff.; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 83; OLG Celle, Urt. v. 31.5.2001 - 13 U (Kart.) 248/ 98.

¹¹⁰ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1040.

¹¹¹ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 122 m.w.N.

konkrete Verhandlungsposition verbessern würde und sich so auf dem Beschaffungsmarkt auswirkt.

(b) Nach anderer Ansicht¹¹² werden die Unternehmen in einem Nachfragewettbewerb gesehen. Die Verstärkung des Machtpotentials gegenüber den Anbietern durch die Konzentration des Nachfragevolumens wird als Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit im Vergleich zu größeren Nachfragern bewertet.

(c) Das Tatbestandsmerkmal der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit stellt auf den Beschaffungsmarkt ab. Zusätzlich eine Verbesserung im Anbieterwettbewerb zu verlangen, würde den Anwendungsbereich des § 4 II GWB gerade im Hinblick auf Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand zu sehr einengen¹¹³. Die Zielsetzung der öffentlichen Hand geht nicht dahin, zu niedrigeren Preisen als die Wettbewerber auf dem Beschaffungsmarkt einzukaufen, um auf den Absatzmärkten zu besseren Preisen als die Wettbewerber zu verkaufen. Die Beschaffung der Kommunen erfolgt in aller Regel in Erfüllung der hoheitlichen Aufgaben, wobei sie nicht in einem Anbieterwettbewerb stehen.

Somit muss ein Abstellen auf den Beschaffungsmarkt ausreichend sein. Eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit für kleine und mittlere „Unternehmen“ dürfte in der Regel unproblematisch sein.

5. 2. 4. Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Eine weitere negative Freistellungs Voraussetzung ist nach § 4 II i.V.m. 4 I Nr. 1 GWB, dass der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird.

5. 2. 4. 1. Relevante Markt

Bei der Feststellung wettbewerblicher Auswirkungen ist auf den relevanten Markt sowohl auf die Nachfrage- als auch auf die Anbieterseite abzustellen¹¹⁴. Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich regelmäßig erst durch die Auswirkungen des Nachfrageverhaltens auf die Anbieterseite, von denen die „Unternehmen“ einkaufen oder beschaffen¹¹⁵.

¹¹² OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 723 f.; Bunte WuW 1998, 1037, 1049.

¹¹³ Vgl. Bunte WuW 1998, 1037, 1049.

¹¹⁴ OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 725; OLG Celle, Urt. v. 31.5.2001 - 13 U (Kart.) 248/ 98.

¹¹⁵ Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1047.

Diese Auffassung berücksichtigt die sachlichen Zusammenhänge zwischen Nachfrage und Angebot, denn eine Verengung der Nachfrage auf einige große Einkaufskooperationen beeinträchtigt mit großer Wahrscheinlichkeit auch die Vielfalt auf der Lieferantenseite. Somit ist auf die Auswirkungen der Nachfragebündelung auf beide Marktseiten abzustellen. Es kann nicht nur auf die wettbewerblichen Auswirkungen auf dem Nachfrage- (Beschaffungs-) Markt ankommen.

(a) Auf der Absatzseite, aus der Sicht der Lieferanten, ist der sachlich relevante Markt der normale Produktmarkt. Die Abgrenzung des sachlichen Marktes hängt davon ab, inwieweit es den Herstellern bzw. Lieferanten möglich und zumutbar ist, ihre Produkte an einen bestimmten Abnehmerkreis zu vertreiben¹¹⁶. Es kommt dort darauf an, welche Ausweichmöglichkeiten den Anbietern zur Verfügung stehen¹¹⁷. Aus der Sicht der Anbieter sind deren Ausweichmöglichkeiten nach deren konkreten Chancen, ihr Produktangebot umzustellen, oder den Chancen, zu einem anderen Nachfrager zu wechseln, zu beurteilen. Dabei ist stets zu berücksichtigen, ob die Ausweichmöglichkeiten auch zumutbar sind. Bestimmend ist also die Sicht der Marktgegenseite, also die der Lieferanten.

(b) Der räumlich relevante Markt könnte im Einzelfall sogar auf das Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums erstreckt werden¹¹⁸. Eine solche Ausweitung des relevanten Marktes gebietet sich zumindest bei vorgeschriebenen europaweiten Ausschreibungen. Dafür spricht der Grundgedanke der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes, innerhalb dessen ein freier Warenverkehr zu gewährleisten ist, als eines der tragenden Prinzipien der Europäischen Union. Es soll ein gemeinschaftlicher Markt für alle europäischen Unternehmen geschaffen werden, der den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr garantiert, jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet und durch größere Transparenz zu einer Liberalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe führt¹¹⁹.

Geht es allerdings um kleine Händler, die bisher nur regional angeboten haben, so kann nicht angenommen werden, dass es für diese Lieferanten ohne weiteres möglich und zumutbar ist, ihre Produkte bundesweit oder sogar europaweit anzubieten. Wenn bisher der lokale oder regionale Markt die Lieferanten der Kommunen stellte, so ist auch auf diese Märkte abzustellen¹²⁰.

¹¹⁶ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 130.

¹¹⁷ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 133.

¹¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 725 m. w. N.

¹¹⁹ Vgl. Arlt, Vergaberecht, S. 4.

¹²⁰ Vgl. Bunte WuW 1998, 1037, 1048 m. w. N.

Allerdings kann durch eine Aufteilung des Gesamtauftrags in einzelne Lose, welche der lokale oder regionale Markt noch bedienen kann, einer Wettbewerbsbeeinträchtigung abgeholfen werden. Die Möglichkeit der Losaufteilung ist vergaberechtlich¹²¹ sogar ausdrücklich vorgesehen, als Schutz- und Förderungsvorschrift für den Mittelstand. Die Grenze der Losaufteilung ist aber erreicht, wenn eine entsprechende Aufteilung nach Art und Umfang der Leistung unzweckmäßig ist oder eine unwirtschaftliche Zersplitterung einer Gesamtleistung darstellt.

Anhand dieser Kriterien können dann Nachfragebündelungen wieder aufgeteilt werden und als Lose ausgeschrieben werden. Weiterhin besteht für kleinere und mittlere Lieferanten die Möglichkeit Bietergemeinschaften zu bilden.

Weitergehende Anforderungen an den Schutz lokaler oder regionaler Märkte zustellen, als eine noch zu bedienende Losaufteilung des Gesamtauftrages, dürften im Hinblick auf die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes nicht notwendig sein. Würde man lokale und regionale Märkte weitergehender berücksichtigen wollen, so führte dieser Umstand höchstwahrscheinlich zu einer Abschottung der genannten Märkte gegenüber anderen Lieferanten. Dies könnte zur Bildung von marktbeherrschenden Strukturen auf dem betrachteten regionalen oder lokalen Markt in der Folgezeit führen.

Daraus folgt, wenn man einen zu kleinen räumlich relevanten Markt betrachtet, die Gefahr besteht, dass sich ein Ausweichen der Lieferanten stets als unzumutbar und unmöglich erweisen könnte. Daher ist in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich tatsächlich um einen lokalen oder regionalen Markt handelt. Tendenziell wird wohl eher von einem bundesweiten oder sogar europaweiten, wenn vergaberechtlich eine europaweite Ausschreibung vorgesehen ist, Markt auszugehen sein. Allerdings muss das Gebot der Losaufteilung aber gerade dann berücksichtigt werden, um für „mittelständische“ Unternehmen noch zu befriedigende Aufträge bereitzustellen.

Generelle Aussagen sind jedoch nicht möglich, es wird von dem jeweiligen Einzelfall abhängig sein, welcher Markt als der relevante Markt zu betrachten ist.

¹²¹ Vgl. dazu: § 97 III GWB, § 5 VOL/ A.

5. 2. 4. 2. Wesentlichkeit

Die Schwelle einer wesentlichen Marktbeeinträchtigung liegt über der Spürbarkeitsgrenze aus § 1 GWB, da nicht spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigungen nicht unter § 1 GWB fallen, und unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung¹²².

Folglich kann nur im Einzelfall festgestellt werden, wo die Grenze für die Zulässigkeit einer bestimmten Einkaufskooperation liegt.

Als Anhaltspunkte werden die Marktanteile für die betreffenden Güter bzw. Waren herangezogen. Tendenziell ist eine wesentliche Beeinträchtigung ausgeschlossen, wenn eine gemeinsame Ausschreibung von Gemeinden einen Anteil von der Gesamtnachfrage auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt von weit unter 10 % ausmacht¹²³. Dagegen sind Vereinbarungen bei einem Marktanteil oberhalb von 10 bis 15 % nicht mehr freistellungsfähig¹²⁴.

5. 3. Rechtsfolge

Einkaufskooperationen nach § 4 II GWB sind nach § 9 IV GWB freigestellt, müssen aber bei der Kartellbehörde unverzüglich angemeldet werden.

5. 4. Ergebnis

Es gilt festzuhalten, dass Einkaufskooperation der öffentlichen Hand grundsätzlich gem. § 4 II GWB freistellungsfähig sind, soweit die Tatbestandsvoraussetzungen im jeweiligen Einzelfall erfüllt sind. Dabei kommt es grundsätzlich auf das Merkmal „keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung“ an, welches stets von dem jeweiligen Beschaffungsvorgang abhängig sein wird.

¹²² Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rdnr. 81; Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 134 m.w.N.

¹²³ OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 725.

¹²⁴ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 135.

6. Legalisierung nach § 8 I GWB

Sollten übergeordnete Interessen Ausnahmen vom Kartellverbot verlangen, eröffnet die Legalisierungsmöglichkeit nach § 8 GWB die Möglichkeit, aus Gemeinwohlinteressen Ausnahmen zuzulassen¹²⁵.

6. 1. Nichtvorliegen von §§ 2 – 7 GWB

Gem. § 8 I GWB wird der Bundeswirtschaftsminister ermächtigt, verbotene Kartelle unter der Maßgabe freizustellen, dass die Voraussetzungen der §§ 2 – 7 GWB nicht vorliegen¹²⁶.

6. 2. Überwiegende Gründe der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls

Eine Beschränkung des Wettbewerbs muss notwendig sein. Es erfolgt eine Abwägung der Wettbewerbsfreiheit mit den Gründen der Gesamtwirtschaft und dem Gemeinwohl.

6. 2. 1. Gesamtwirtschaft

Gründe der Gesamtwirtschaft sind sämtliche wirtschaftlichen Vorteile, die der Volkswirtschaft als Ganzes oder allen am Wirtschaftsleben Beteiligten zu Gute kommen. Vorteile, welche sich lediglich zu Gunsten der beteiligten Unternehmen auswirken, können somit für sich betrachtet keine Rechtfertigung für ein Kartell begründen¹²⁷. Es müssen sich zusätzlich staats-, gesellschafts- oder wirtschaftspolitische Gründe ergeben, die die Vereinbarung oder Kooperation rechtfertigen.

Die Erhaltung und Stärkung der Finanzkraft der am Kartell beteiligten „Unternehmen“ kann einen gesamtwirtschaftlichen Vorteil begründen, wenn damit eine für die Wirtschaft wichtige Branche erhalten bzw. saniert werden soll¹²⁸.

Solche übergeordneten Interessen könnten Argumente der Kosteneinsparung der öffentlichen Hand, die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Hand und

¹²⁵ Vgl. OLG Celle WuW 1998, 320, 323; KG WuW OLG 5677, 5683= WuW 1997, 49, 55 – Carpartner -.

¹²⁶ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 31.

¹²⁷ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 33.

¹²⁸ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 37 m.w.N.

die erforderliche Sanierung der öffentlichen Haushalte sein. Mit ihrem hohen Anteil am Bruttoinlandsprodukt der Bundesrepublik Deutschland stellt die öffentliche Hand auch eine für die Wirtschaft wichtige Auftragsbranche dar. Die erforderliche Sanierung der angeschlagenen Haushaltskassen der Kommunen kann durch das Einsparungspotential einer Einkaufskooperation durch niedrigere Kosten vorgenommen werden.

6. 2. 2. Gemeinwohl

Unter Gemeinwohl ist das Gesamtinteresse der staatlichen Gemeinschaft gemeint. Eine eintretende Kostendämpfung durch eine gemeinsame Beschaffung der öffentlichen Hand könnte an den Steuerzahler weitergegeben werden.

6. 2. 3. Überwiegen der Gründe

Die mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Vorteile für die Allgemeinheit müssen die damit einhergehenden Nachteile überwiegen¹²⁹. Eine Abwägung der Vor- und Nachteile muss ergeben, dass aufgrund der Vorteile für die Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl die mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteile dahinter zurücktreten. Letztlich handelt es sich bei der vorzunehmenden Gewichtung, um politische Entscheidungen, die der Einschätzungsprärogative des handelnden Ministers überlassen sind¹³⁰. Allerdings soll eine Freistellung nur erteilt werden, um „die Gesamtwirtschaft vor Schäden zu bewahren“¹³¹.

Wie sich im einzelnen der Bundeswirtschaftsminister entscheiden wird, kann hier nicht festgestellt werden. Es gilt aber festzuhalten, dass die genannten Gründe durchaus eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen könnten.

6. 3. Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Das Kartell muss darüber hinaus auch ausnahmsweise notwendig sein, um das Ziel zu erreichen. Es dürfen also keine milderen Mittel genauso effektiv sein, um den Gemeinwohlvorteil durchzusetzen. Das Regel- Ausnahmeverhältnis soll gewahrt

¹²⁹ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 46.

¹³⁰ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 47.

¹³¹ Vgl. Ber. d. Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1953; zu BT- Drucks. II/ 3644, 18.

werden, die Erteilung einer Freistellung nach § 8 I GWB soll die Ausnahme bleiben¹³².

Ein milderes Mittel als ein kostengünstiger Einkauf durch Nachfragebündelung auf Seiten der Kommunen durch Weitergabe möglicher Mengenrabatte an die öffentliche Hand ist nicht ersichtlich.

6. 4. Ergebnis

Eine Freistellung nach § 8 I GWB scheint folglich nicht von vornherein ausgeschlossen.

II. Die vergaberechtliche Beurteilung

Vergaberechtlich zulässig i.S.d. VOL/ A ist es, den gesamten Bedarf von Städten und Gemeinden gemeinsam und gebündelt auszuschreiben und dann den Zuschlag dem wirtschaftlichsten Anbieter zu erteilen¹³³. Zum Schutz der kleinen und mittleren Unternehmen ist eine Aufteilung in Lose vergaberechtlich möglich.

Unzulässig sind Rahmenverträge, in denen für zukünftige Verträge die Preise und Vertragsbedingungen festgelegt werden.

III. Die europarechtliche Beurteilung

1. Anwendbarkeit

Dem funktionalen Unternehmensbegriff folgend ist der Staat und seine Untergliederungen am Markt als Unternehmen tätig, sobald er als Nachfrager auftritt¹³⁴. Somit können die Wettbewerbsregeln Art. 81 ff. EG auch auf die öffentlichen Hand angewendet werden, sobald sie wie ein Unternehmen tätig wird.

¹³² Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 8 GWB 1999/ GWB Tz. 51.

¹³³ Vgl. Bunte WuW 1998, 1037, 1038.

¹³⁴ Vgl. Roth/ Ackermann in Frankfurter Kommentar (FK), EG- Vertrag Art. 81 I Grundfragen, Tz. 39

2. Wettbewerbsbeschränkung

Das Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 I EG wird weit ausgelegt. Darunter zählen auch Preisabsprachen, Marktaufteilungen, Informationsaustausch, Kooperationen, Vertriebsabsprachen und einseitige Lizenzverträge¹³⁵.

Demnach können grundsätzlich auch Vereinbarungen über einen gemeinsamen Einkauf der öffentlichen Hand unter Art. 81 I EG fallen, auch dann wenn keine Ausschließlichkeitsbindungen vereinbart sind¹³⁶.

Tendenziell mehren sich die Stimmen in der EG- Kommission, nach denen Einkaufskooperationen, solange sie ihren Mitgliedern nicht die Möglichkeit des Drittbezugs beschränken, u. U. nicht in den Anwendungsbereich des Art. 81 I EG fallen¹³⁷.

3. Spürbarkeit

Die Wettbewerbsbeschränkungen und die Handelsbeeinträchtigungen müssen nach der Rechtsprechung des EuGH spürbar sein, was sich nach quantitativen (De minimis- Regel) und qualitativen (Rules of reason) Regeln bestimmt¹³⁸.

In zwei Entscheidungen hat die Kommission Einkaufsgemeinschaften wegen mangelnder Spürbarkeit ein Negativattest erteilt, jedoch waren die Unternehmen völlig frei, die Dienste der Einkaufsgemeinschaft in Anspruch zu nehmen¹³⁹. Mit Neufassung der Bagatellbekanntmachung¹⁴⁰ gilt grundsätzlich eine Marktanteilschwelle von 5% für horizontale und von 10% für vertikale Vereinbarungen. Unterhalb dieser Schwellen wird vermutet, dass die Vereinbarungen den Wettbewerb bzw. den zwischenstaatlichen Handel nicht spürbar beeinträchtigen.

Dabei lag in einem Fall der Marktanteil der beteiligten Unternehmen oberhalb der 5% Schwelle.

¹³⁵ Vgl. Weitbrecht EuZW 1998, 677ff.

¹³⁶ Vgl. Stockmann in: Handbuch des Kartellrechts, § 8 Rz. 14; Komm. E. v. 11. 6. 1993 – EBU/ Eurovisions- System ABIEG. 1993 L 179/ 23, Rdnr. 47 ff.

¹³⁷ Vgl. Bunte in Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 95.

¹³⁸ Vgl. Ehlers, JZ 1990, 1089, 1095; Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 164 Rdnr. 391.

¹³⁹ Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 202 Rdnr. 67.

¹⁴⁰ Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 81 I EGV fallen, ABIEG Nr. C 372 v. 9.12.1997 S. 13.

Problematisch ist die Bestimmung des relevanten Markts, wobei ausschließlich auf die Marktanteile von Anbietern abgestellt wird¹⁴¹. Die Beschaffung der öffentlichen Hand erfolgt unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsbedarfsdeckung. Ein späterer Auftritt als Anbieter auf dem Markt findet nicht statt.

Berücksichtigt man die Auswirkungen einer Nachfragebündelung der öffentlichen Hand auf dem Anbietermarkt der Lieferanten nicht, so dürfte es regelmäßig an der Spürbarkeit fehlen.

4. Freistellung

Es gibt für Einkaufsgemeinschaften keine Gruppenfreistellungen. Allerdings besteht für spürbar den Wettbewerb beschränkende Einkaufsgemeinschaften die Möglichkeit der Einzelfreistellung gem. Art. 81 III EG. In der Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen¹⁴² vermerkt die Kommission, dass sie nur in Ausnahmefällen bereit sei, und dies nur, wenn die Gründer die Möglichkeit zu individuellen Einkäufen behielten. Somit dürfen die Vereinbarungen keine Bezugspflichten für die Mitglieder begründen.

5. Ergebnis

Art. 81 I, III EG enthalten keine Sondervorschriften für kleine und mittlere Unternehmen. Häufig mag es bei deren Beteiligung jedenfalls im Hinblick auf betroffene EG- Märkte an der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und/ oder der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels fehlen¹⁴³. Grundsätzlich können daher auch Einkaufskooperation der öffentlichen Hand europarechtlich legal betrieben werden. Bejaht man die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung, so besteht die Möglichkeit einer Einzelfreistellung gem. Art. 81 III EG.

Tendenziell ist fraglich, ob das Kartellverbot überhaupt Einkaufskooperationen erfasst¹⁴⁴.

¹⁴¹ Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 203 Rdnr. 68 m.w.N.

¹⁴² Bek. d. Komm. v. 16.2.1993 über die Beurteilung kooperativer GU nach Art. 85 EWGV ABl. 1993 C 43/ 2, Rdnr. 61.

¹⁴³ Vgl. Bechtold, Kartellgesetz, S. 92 Rdnr. 12.

¹⁴⁴ Vgl. Bechtold, Kartellgesetz, S. 92 Rdnr. 12.

IV. Zusammenfassung

Die gemeinsame Beschaffung von Waren und Leistungen durch die Kommunen ist europa- und nationalrechtlich möglich.

Dabei dürfen die beabsichtigten Beschaffungen nur einen für den Einzelfall bestehenden Bezugszwang begründen. Die einzelnen beteiligten Kommunen müssen vor der jeweils anstehenden Beschaffung frei in ihrer Entscheidung sein, den Gegenstand selbst oder vermittelt durch das Gemeinschaftsunternehmen zu erwerben. Die gewählte Kooperationsform darf zu keinem anderweitigen Bezugszwang führen.

Im Einzelfall wird der entscheidende Punkt der rechtlichen Zulässigkeit einer Einkaufskooperation der zu betrachtende räumlich relevante Markt sein.

Tendenziell muss man den europäischen Binnenmarkt als solchen annehmen. Argumente für diese Betrachtung sind die in den Richtlinien der EG festgeschriebenen Zuschlagskriterien, welche lokalpolitische und protektionistische Erwägungen bei der öffentlichen Beschaffung verbieten. So setzt auch § 7 Nr. 1 VOL/ A voraus, dass der Wettbewerb nicht auf Bewerber, die in einem bestimmten Bezirk ansässig sind, beschränkt werden soll.

Weiter könnte das wesentliche Element des freien Warenverkehrs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung gem. Art. 28 EG betroffen sein. Eine solche indirekte Handelsbeschränkung ist in der vorrangigen Berücksichtigung inländischer Anbieter bei der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge zu sehen. Denn die kommunale Vergabe würde zwar nicht die Einfuhr von Waren und Leistungen an der Grenze verhindern, sie behindert aber insofern, als dass sie ortsansässige gegenüber ausländischen Unternehmen bevorzugen würde.

Diese Gedanken auf die Bestimmung des relevanten Marktes übertragen, bedeutet, dass man nicht vergaberechtlich europaweite Ausschreibung fordern kann und zugleich den relevanten Markt bei der kartellrechtlichen Prüfung zu eng ziehen darf.

Demzufolge dürfte es bei kommunalen Einkaufskooperationen, unterstellt der europäische Binnenmarkt wird betrachtet, zumindest an einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung fehlen.

D. Die vergaberechtlichen Anforderungen an eine elektronische Beschaffung – Verfahren und Sicherheit

I. Europarechtliche Anforderungen

Durch die Änderungsrichtlinie 97/ 52/ EG aufgrund des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA¹⁴⁵) wurden zwingende Vorgaben (Mindeststandards) für die elektronische öffentliche Beschaffung aufgestellt.

1. Abgabe eines vollständigen Angebots auf elektronischem Weg

Ein Angebot kann nur auf elektronischem Weg abgegeben werden, wenn es alle für seine Bewertung erforderlichen Angaben enthält¹⁴⁶. Somit muss der Bieter ein vollständiges Angebot entweder auf dem elektronischen Weg oder dem herkömmlichen Weg (direkt oder per Post) abgeben.

2. Wahrung der Vertraulichkeit des Angebots bis zu seiner Bewertung

Der Grundsatz der Vertraulichkeit der Angebote bis zu ihrer Bewertung wird auch auf die elektronische Angebotsabgabe erstreckt. Für die elektronische Angebotsabgabe obliegt es den jeweiligen Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass elektronische Angebote mit einem „verschlossenen Briefumschlag“ bis zum Zeitpunkt der Bewertung im Sinne einer Verschlüsselung versehen werden¹⁴⁷.

Auf einem Sicherheitsserver der Ausschreibungsdienstleister¹⁴⁸ werden die elektronisch signierten Angebote der Bieter verschlüsselt angenommen und entsprechend rechtzeitig an die Auftraggeber weitergeleitet.

¹⁴⁵ Vgl. ABIEG v. 3.9.1996 C 256/ 1 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Höfler, NZBau 2000, 449, 452.

¹⁴⁷ Vgl. Höfler, NZBau 2000, 449, 452.

¹⁴⁸ Siehe oben.

3. Bestätigung der elektronischen Angebote

Eine schriftliche Bestätigung wird im Falle der Versendung einer E-Mail nicht erforderlich werden, da eine digitale Willenserklärung in Form einer E-Mail zumindest zeitweise in einer Datei verkörpert ist. Mit einer digitalen Signatur bzw. Verschlüsselung versehen, erbringt die E-Mail den erforderlichen Nachweis im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie¹⁴⁹.

4. Öffnung der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist

Die Geheimhaltung der Angebote bis zum Ablauf der Angebotsfrist dient dem Schutz des Wettbewerbs und hat folglich auch für digitale Angebote zu gelten¹⁵⁰.

Auch dieser Gesichtspunkt kann unter Verwendung eines Sicherheitsservers gewährleistet werden. Indem die verschlüsselten Angebote bis zum Fristablauf auf ihm verbleiben und dann einheitlich an die Auftraggeber versandt werden, wird der Geheimhaltungsgrundsatz gewahrt.

II. Umsetzung der Richtlinien im deutschen Recht

1. Die elektronische Angebotsabgabe nach der Vergabeverordnung

Die Vergabeverordnung (VgV) gilt oberhalb der Schwellenwerte.

1. 1. Angebotsabgabe auf elektronischem Weg

Nach § 15 S. 1 VgV kann der Auftraggeber Angebote in anderer Form als schriftlich per Post oder direkt zulassen. Allerdings ist § 15 S. 1 VgV restriktiv i.S.d. Änderungsrichtlinie 97/ 52/ EG und 98/ 4/ EG europarechtskonform auszulegen, dass ein digitales Angebot, alle erforderlichen Angaben zu enthalten hat, d.h. vollständig sein muss¹⁵¹. Ein Bieter muss dann alle erforderlichen Angaben elektronisch abgeben.

¹⁴⁹ Vgl. Höfler, NZBau 2000, 449, 452.

¹⁵⁰ Vgl. Höfler, NZBau 2000, 449, 452.

¹⁵¹ Vgl. Höfler, NZBau 2000, 449, 453.

Eine andere Ansicht folgert aus dem Wortlaut des § 15 S. 1 VgV, dass ein Angebot zum Teil schriftlich und zum anderen Teil auf elektronischem Wege abgegeben werden kann¹⁵².

Aber es soll möglich sein, Unterlagen, Bescheinigungen und Erklärungen, welche die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter darlegen, auf einem anderen geeigneten Wege einzureichen¹⁵³.

1. 2. Verschlüsselung der digitalen Angebote

Gem. § 15 S. 2 1. HS VgV sind digitale Angebote mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes zu versehen und zu verschlüsseln. Die Verschlüsselung ist bis zum Ablauf der für die Einreichung der Angebote festgelegten Frist aufrecht zu halten.

1. 3. Versendung der Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen können mangels bestimmter vorgeschriebener Übermittlungsart auch auf elektronischem Wege übermittelt werden. In Betracht kommen Veröffentlichung im Internet oder die Versendung per E-Mail.

Aufgrund von Beweisproblemen, ob sich die Bieter die Unterlagen vollständig heruntergeladen haben, kommt nur eine verschlüsselte elektronische Versendung in Betracht. Die Vergabeunterlagen müssen daher per E-Mail und verschlüsselt an die jeweiligen Bieter versendet werden.

Auch Anträge auf Teilnahme an einen Teilnahmewettbewerb können gem. § 18 Nr. 2 Abs. 6 VOL/ A elektronisch übermittelt werden. Der Eingang ist vom Auftraggeber elektronisch oder schriftlich zu bestätigen.

1. 4. Bekanntmachung

Gem. §§ 17, 17 a VOL/ A sind Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte in dem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekannt zumachen. Die in den Verdingungsordnungen genannten Veröffentlichungsformen sind nicht

¹⁵² Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 19.

¹⁵³ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 19.

abschließend¹⁵⁴. Eine zusätzliche Bekanntmachung auf der Homepage des Auftraggebers oder einer Ausschreibungsplattform kommt infolgedessen in Betracht.

Die Bekanntmachung muss Hinweise enthalten, wie die Vergabeunterlagen abrufbar sind, ob sie digital angefordert oder versandt werden müssen.

2. Die elektronische Angebotsabgabe nach der VOL/ A

Die VOL/ A trifft nur Regelungen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Bedeutende Unterschiede lassen sich zwischen beiden Regelungen im Hinblick auf die elektronische Angebotsabgabe nicht finden¹⁵⁵. Die Öffnungsklausel für eine elektronische Angebotsabgabe ist in § 21 Nr. 3 VOL/ A enthalten. Im übrigen ist auf die Ausführungen oben zu verweisen.

III. Datensicherheit

Der kritische Erfolgsfaktor der elektronischen Beschaffung wird die Datensicherheit sein. Nur wenn, die Angebote sicher übermittelt werden, nach Eingang bis zum Submissionstermin ungeöffnet und unverändert bleiben, kann den Anforderungen an die VOL/ A genügt werden. Dazu verweist die Verdingungsordnung auf die Sicherheitsstandards einer digitalen Signatur im Sinne des Signaturgesetz, welches aufgrund der Signatur- RL der EG geändert wurde. Danach werden drei Kategorien je nach Sicherheitsniveau unterschieden: elektronische Signatur, fortgeschrittene Signatur und qualifizierte elektronische Signatur.

1. Signatur

Die elektronische Signatur ist eine Art Siegel, das den Absender eines Dokuments zweifelsfrei ausweist. Es wird von einer unabhängigen Zertifizierungsstelle (Trust Center) erstellt und auf einer Chipkarte gespeichert ausgegeben. Technisch gesehen stellt die digitale Signatur eine Datei dar, welche dem eigentlichen Dokument angehängt wird, welches elektronisch signiert werden soll. Beide Dateien sind

¹⁵⁴ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 25.

¹⁵⁵ Vgl. Mosbacher, DÖV 2001, 573, 575.

miteinander verknüpft, so dass die Authentizität (Urheberschaft) und Integrität (Unverfälschtheit) der Daten gewährleistet ist¹⁵⁶.

2. Signierung des Dokuments

Beim Signiervorgang errechnet eine Software aus den Daten des betreffenden Dokuments einen Zahlencode, den sog. Hash- Wert. Nach Eingabe der PIN wird dieser Wert mit dem privaten Schlüssel auf der Signaturkarte verschlüsselt und der eigentlichen Nachricht angehängt.

So entsteht eine Signatur, die nicht nur die Funktion der Unterschrift, sondern auch die eines Siegels erfüllt. Sie ist jeweils an eine Person und ein Dokument gebunden.

3. Verschlüsselung des Dokuments

Die Verschlüsselung des Dokuments erfolgt mit dem öffentlichen Schlüssel des Empfängers. Nur der Empfänger kann mit seinem privaten Schlüssel das Dokument wieder in Klartext übersetzen.

4. Überprüfung

Im Vergabeverfahren ist es dann nach Öffnung der Angebote dem öffentlichen Auftraggeber möglich, nachzuprüfen, ob die digitale Signatur tatsächlich dem angegebenen Unterzeichner zugeordnet ist. Der Empfänger prüft die Signatur mit dem öffentlichen Schlüssel des Absenders. Zu diesem Zweck wird der Hash- Wert entschlüsselt und zusätzlich mit einem Wert verglichen, der aus dem zugesandten Dokument errechnet wird. Stimmen beide Werte überein, ist bewiesen, dass es keine nachträglichen Veränderungen am Dokument gab.

Die Zuordnung des Dokuments zum Absender erfolgt durch die Verwendung des privaten Schlüssels, denn nur dieser verfügt über diesen Schlüssel¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Vgl. Mosbacher, DÖV 2001, 573, 579.

¹⁵⁷ Vgl. Miedbrodt/ Mayer MDR 2001, 432, 433.

IV. Zusammenfassung

Durch das Signaturgesetz werden hohe Sicherheitsanforderungen an digitale Signaturen gestellt. Es bleibt abzuwarten, ob die Anforderungen eine handhabbare Abbildung in der Software finden können. Erste Erfahrungen mit digitalen Signaturen werden bereits gesammelt. Erfolgsfaktor sind dabei auch die Zertifizierungsstellen (Trust Center), inwieweit sie untereinander kompatible Lösungen bereitstellen werden.

Essentielles Erfordernis im elektronischen Vergabeverfahren ist die Verschlüsselung. Nur über eine geeignete Verschlüsselung lässt sich die Vertraulichkeit einer Nachricht gewährleisten. Wichtig wird dabei sein, dass zwischen den einzelnen Verschlüsselungssystemen Systemkompatibilität besteht.

Die Formvorschriften der VgV und der VOL/ A lassen jedenfalls eine elektronische Beschaffung zu.

E. Die vergaberechtliche Beurteilung von Reverse Auktionen

I. Problem

1. Verfahren

In Vorverhandlungen werden die für eine Auktion in Betracht kommenden Unternehmen bestimmt sowie die Parameter für die Leistung festgelegt. In der Auktion sollen „geheime“ Preisangebote vermieden werden, damit die maximale Preisbereitschaft abgeschöpft werden kann. Denn durch die Kenntnisnahme der Preisbereitschaft der Konkurrenten erfolgt ein gegenseitiges Unterbieten der Lieferanten bis zur jeweiligen „Schmerzgrenze“:

Die Vergabe ist daher zweigeteilt in: Konkretisierung der Leistung im Vorfeld und die Preisverhandlung durch die „Reverse“ Auktion im Anschluss. Zivilrechtlich ist es zulässig, zwei wesentliche Bestandteile eines Angebots in unterschiedlichen Willenserklärungen zu nennen.

Aber gem. § 15 VgV muss ein elektronisch abgegebenes Angebot alle erforderlichen Angaben enthalten, also vollständig sein.

Eine solche Vorgehensweise ist bei einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung nicht vorgesehen. Dort hat ein verbindliches bestimmtes Preisangebot des Unternehmens auf eine im voraus gefasste Auftragsbeschreibung von Seiten des öffentlichen Auftraggebers zu erfolgen¹⁵⁸. Nachverhandlungen sind grundsätzlich nicht zulässig.

Gerade die im Anschluss an die Leistungsbestimmung stattfindende Versteigerung des Angebots ist als eine unzulässige Nachverhandlung zu qualifizieren. Denn das Unternehmen gibt kein verbindliches Preisangebot in der Vorverhandlung ab, dieses erfolgt erst bei der Versteigerung. Somit kann die „Reverse“ Auktion nicht bei einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung angewandt werden.

Nach einer anderen Ansicht kann ein Bieter in einer inversen Auktion die qualitativen Standards ihrer Leistung und den Preis in zwei voneinander getrennten Erklärungen bestimmen¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 83.

¹⁵⁹ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 20.

Im Bereich der freihändigen Vergabe bzw. des Verhandlungsverfahrens ist eine Aushandlung der Auftragsbedingungen gestattet. Der zu erteilende Auftrag wird hier erst im Verhandlungsgespräch entwickelt.

Somit bestehen für dieses Vergabeverfahren keine Bedenken hinsichtlich der Verfahrensaufspaltung; eine Auktion wäre durchaus denkbar.

2. Preiskomponente

Die spezielle Eigenart von Auktionen, dass sie als ausschlaggebendes Kriterium für den Zuschlag auf die Preiskomponente abstellen, bereitet Schwierigkeiten bei einer öffentlichen Vergabe.

2. 1. Zuschlag

Gem. § 97 V GWB, § 25 b Nr. 1 VOL/ A erhält den Zuschlag, das wirtschaftlich günstigste Angebot. Die Wirtschaftlichkeit erfasst neben der Preiskomponente gerade auch Aspekte der Qualität und der Nachhaltigkeit. Eine inhaltliche Bewertung der abgegebenen, wirksamen Angebote hat nach quantitativen und qualitativen Kriterien zu erfolgen¹⁶⁰.

Andere Kriterien als der Preis werden aber bei der „Reverse“-Auktion hinreichend durch die im Vorfeld gestellten Leistungsanforderungen im Rahmen der Vorverhandlungen berücksichtigt. Für die jeweilige Auktion werden nur Unternehmen ausgewählt, welche diesen Anforderungen genügen. Insoweit findet auch eine Berücksichtigung qualitativer Aspekte statt, wenn die potentiellen Auktionsteilnehmer bestimmt werden, allerdings im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung.

2. 2. Niedrigstpreis

Problematisch ist, dass gem. § 25 Nr. 3 S. 2 VOL/ A der niedrigste Preis allein nicht maßgeblich ist. Gleichwohl wird in der Praxis wegen der Objektivität dieses Vergabekriteriums und wohl auch aus Furcht vor der Überprüfung durch den Rechnungshof häufig dem preisgünstigsten Angebot der Zuschlag erteilt¹⁶¹. So hat auch der VÜA Sachsen-Anhalt die Vermutung aufgestellt, dass das preisgünstigste

¹⁶⁰ Vgl. Jestaedt in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 115.

Angebot auch das annehmbarste Angebot ist. Will die Vergabestelle von der Vermutung abweichen, so muss sie diese widerlegen¹⁶².

Allerdings sind Angebote gem. §§ 25 b Nr. 2 I, 25 a I VOL/ A die im Verhältnis zur geforderten Leistung als ungewöhnlich niedrig erscheinen auszuschließen. Dem entspricht die allgemeine Regelung des § 25 Nr. 2 VOL/ A, die ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und angebotener Leistung als Ausscheidungsgrund wertet. Dadurch soll eine kostendeckende Preiskalkulation der Unternehmen für die tatsächliche Ausführbarkeit des Angebotes erreicht werden.

Durch die umgekehrte Auktion wird die Gefahr, dass die Unternehmen sich bis an die Grenze der Wirtschaftlichkeit unterbieten, gerade ausgenutzt. Ziel ist gerade diese maximale Preisbereitschaft abzuschöpfen.

Fraglich ist, ob dies ein Indiz für einen Niedrigstpreis oder für den im Wettbewerb erzielbaren Preis ist. Der Eigenart einer Auktion folgend, handelt es sich um einen „im Wettbewerb“ gebildeten Preis. Den Unternehmen eine ordnungsgemäße betriebswirtschaftliche Führung unterstellt, werden sie grundsätzlich nicht vorsätzlich unter ihrer jeweiligen Kostenstruktur anbieten, sondern nur bis zur betriebswirtschaftlich sinnvollen Kostendeckung bieten.

Da aber Angebotspreise grundsätzlich anhand einer Kostenrechnung gebildet werden, muss dieser Grundsatz bei jeder Angebotskalkulation berücksichtigt werden. Dann deutet alles auf einen im Wettbewerb gebildeten Preis hin, welcher natürlich auch der Niedrigstpreis der jeweiligen Versteigerung ist. Es bleibt aber stets der Angebotspreis, auf der Grundlage einer vorherigen Kostenrechnung, der bietenden Unternehmung. Somit bestehen bezüglich eines krasse Missverhältnis zwischen Preis und Leistung keine weitergehenden Bedenken, als sie bei jedem anderen Angebotsverfahren zu erwarten sind.

Mit der vom VÜA Sachsen-Anhalt aufgestellten Vermutungswirkung des preisgünstigsten Angebots können zumindest auch Auktionen zu einer ordnungsgemäßen Vergabe führen, im Rahmen des Verhandlungsverfahrens bzw. der freihändigen Vergabe.

¹⁶¹ Vgl. Jestaedt in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß, S. 116.

¹⁶² Vgl. WuW 1998, 798 f.

3. Vertraulichkeitsgrundsatz

Die Vertraulichkeit der Angebote muss bis zu ihrer Verwertung gewahrt bleiben. Dadurch sollen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vermieden werden. Bei elektronischen Angeboten ist gem. § 22 Nr. 1 VOL/ A sicherzustellen, dass der Inhalt der Angebote erst mit Ablauf der für ihre Erreichung festgelegten Frist zugänglich wird; sie sind verschlüsselt aufzubewahren.

Das Problem bei inversen Auktionen ist, dass die Mitbewerber und der Auftraggeber Kenntnis von dem angebotenen Preis, also einem Teil des Angebots erhalten. Eine Gewährleistung des Vertraulichkeitsprinzips bis zum Eröffnungstermin ist nicht gewährleistet. Darin könnte ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip gem. § 2 VOL/ A liegen, da die Teilnehmer der inversen Auktion auf die im Wettbewerb an sich übliche Geheimhaltung und auf diese Weise der Behandlung ihrer Angebote als vertraulich verzichten. Der Zweck der Geheimhaltung liegt gerade darin, einen echten Wettbewerb zwischen den Bietern zu schaffen, der allerdings nur vorliegt, wenn die Bieter unabhängig voneinander ein Angebot abgeben¹⁶³. Bei der traditionellen Ausschreibung wissen die Wettbewerber nicht welche Unternehmen sich um den Zuschlag bemühen und welche Angebote sie abgegeben. Es soll verhindert werden, dass die Unternehmen durch die Offenlegung der Preise, Preiszugeständnisse oder Preisvorstöße als Wettbewerbsmittel ausnutzen.

Der Grundsatz des geheimen Wettbewerbs wird deshalb verletzt, wenn die Konkurrenten Kenntnis von den Preisen erhalten.

Es müsste ebenfalls zu einer Verletzung des Geheimhaltungsgrundsatzes führen, wenn die Preisangebote anonym erfolgen, und von der Art der benötigten Leistung auf die Konkurrenten zu schließen ist¹⁶⁴.

4. Angebotsfrist

Die Angebotsfrist im Rahmen einer inversen Auktion muss die Durchführung des Verfahrens berücksichtigen.

Entweder ist als Angebotsfrist ein eindeutig festgelegter Bietzeitraum mit vorbestimmtem Endzeitpunkt der Auktion zu wählen oder ein umschriebenes Auktionsen-

¹⁶³ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 17.

de, so dass die Auktion endet, wenn nach einem bestimmten Zeitpunkt kein weiteres Angebot eingeht.

Gem. § 18 VOL/ A wäre eine so umschriebene Angebotsfrist zulässig. Die Bestimmung des Endzeitpunkts kann unter einer auflösenden Bedingung gestellt werden, gem. §§ 163, 168, 160, 161 BGB. Das Ende einer Auktion kann so geregelt sein, dass sich die Angebotsfrist jeweils um einen bestimmten Zeitraum verlängert, wenn kein neues Angebot innerhalb der festgesetzten Frist nach dem letzten Angebot eingeht.

Die Verlängerung muss so bemessen sein, dass das Unternehmen das neue Angebot noch kalkulieren kann.

5. Durchführung des Verfahrens

5. 1. Bekanntmachung

Die Leistungsbeschreibung muss eindeutig und erschöpfend sein. Alle Bewerber müssen die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen können, so dass die Angebote miteinander verglichen werden können, gem. § 8 VOL/ A. In den Vergabeunterlagen muss zusätzlich die genaue Durchführung der inversen Auktion beschrieben werden, um den Grundsatz des Wettbewerbs zu wahren und das Verfahren transparent zu gestalten. Notwendig sind daher Angaben zu: Ort der inversen Auktion (Webpage), Zeitpunkt und Dauer der inversen Auktion, ggf. Passwort bzw. Stelle, wo dieses beantragt werden kann, Ablauf der inversen Auktion (Bsp. Bietintervalle) und Anbieter der Signatur, mit welcher verschlüsselt werden muss.

5. 2. Angebote

Gem. § 21 Nr. 3 VOL/ A haben die Bieter ein Angebot zu erstellen, das verschlüsselt und mit einer elektronischen Signatur versehen ist. Nicht verschlüsselte Angebote sind rechtsunwirksam und müssen nicht geprüft werden, gem. § 23 Nr. 1 b VOL/ A. Somit sind die einzelnen Gebote im Rahmen einer Auktion zu signieren, da die Preisangabe ein wesentlicher Bestandteil des Angebots ist, welches den Anforderungen des § 15 VgV genügen muss.

¹⁶⁴ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 17.

Innerhalb einer inversen Auktion ist der jeweilige Bieter an sein letztes Angebot gebunden, d.h. die letzte Preisreduzierung stellt das maßgebliche rechtsverbindliche Angebot für den öffentlichen Auftraggeber dar.

II. Privatrechtliche Wirksamkeit

Bei dem Angebot in der vom Auftraggeber vorgeschriebenen Form handelt es sich um ein Angebot nach §§ 145 ff. BGB.

Die Frage der Wirksamkeit von Kaufverträgen im Rahmen von „normalen“ Internet-Auktionen wurde vom Bundesgerichtshof entschieden¹⁶⁵. In seiner Entscheidung kam der BGH zum Schluss, dass ein Kaufvertrag bei Internet-Auktionen nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zustande kommt. Der BGH wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass die für Kaufverträge wichtige Abgabe einer Willenserklärung auch per Mausklick gemacht werden könne. Wichtig ist dabei, dass nicht lediglich eine unverbindliche Aufforderung zur Abgabe von Geboten gemacht wird, sondern bereits eine wirksame, auf Abschluss eines Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung abgegeben wird.

Diese liege darin, dass der Betreiber oder Auftraggeber die von ihm eingerichtete Angebotsseite für die Versteigerung mit der Zusatzerklärung freigeschaltet habe, dass er bereits zum Zeitpunkt der abgegebenen Angebote das höchste Angebot annehme. Für den Fall einer inversen Auktion muss somit für die eingerichtete Auktionsseite gelten: das niedrigste Angebot innerhalb des vorgegebenen Bietzeitraums.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für den wirksamen Abschluss eines Kaufvertrages durch Internet-Auktion sind somit durch höchstrichterliche Rechtsprechung bestätigt wurden. Somit stehen zivilrechtliche Restriktionen einer elektronischen Angebotsabgabe auch im Rahmen einer Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand nicht entgegen.

¹⁶⁵ BGH Urt. v. 7.11.2001 – VIII ZR 13/01.

III. Wettbewerbsrechtliche Schranken

Auch die öffentlichen Auftraggeber unterliegen den Schranken und Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts¹⁶⁶. Voraussetzung ist lediglich, dass sie im geschäftlichen Verkehr und zu Zwecken des Wettbewerbs handeln.

Inverse Auktionen dürfen demzufolge insbesondere nicht gegen die Generalklausel der §§ 1, 3 UWG verstoßen.

1. Verletzung der Erlaubnispflicht gem. § 34 b GewO

Ein wettbewerbsrechtlicher Verstoß gegen § 1 UWG liegt vor, wenn sich ein Wettbewerber bewusst und planmäßig über die Erlaubnispflicht des § 34 b GewO hinwegsetzt, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen¹⁶⁷. Fraglich ist, ob für inverse Auktionen § 34 b GewO anwendbar ist.

Nach einer Ansicht unterliegen weder öffentliche Auftraggeber, die inverse Auktionen selbst durchführen, noch Dritte, die inverse Auktionen für öffentliche Auftraggeber durchführen der Erlaubnispflicht nach § 34 b GewO¹⁶⁸. Die Unterschiede zur ursprünglich von der Gewerbeordnung avisierten klassischen Versteigerung sind recht erheblich und zu deutlich¹⁶⁹.

Daher kann mangels Erlaubnispflicht keine Verletzung vorliegen.

2. Aleatorische Veranstaltung

Die Auktion könnte eine unzulässige aleatorische Veranstaltung darstellen. Aleatorische Veranstaltungen stellen dem Teilnehmer an einem Spiel Gewinne in Aussicht und kalkulieren mit der Spielleidenschaft der umworbenen Verkehrskreise. Sie sind unzulässig, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Wettbewerbswidrigkeit begründen¹⁷⁰. So z.B. die Kopplung mit dem Warenabsatz, die Ausübung eines psychologischen Kaufzwangs oder übermäßiges Anlocken.

¹⁶⁶ Vgl. Baumbach/ Hefermehl, Wettbewerbsrecht, § 1 UWG Rdnr. 928 ff; Pöbel, JA 1988, 127, 132; Ötting, DÖV 1999, 549.

¹⁶⁷ Vgl. Müller/ Petri, Internet- Auktionen, S. 1.

¹⁶⁸ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 16.

¹⁶⁹ Vgl. Müller/ Petri, Internet- Auktionen, S. 4.

¹⁷⁰ BGH NJW – RR 1989, 811, 812.

Im vorliegenden Fall kommt das Unlauterkeitsmoment des psychologischen Kaufzwangs in Betracht. Bei der Reverse Auktion besteht der Anreiz zum Unterbieten des jeweils günstigsten Angebots. Aber auch bei klassischen Auktionen besteht ein solcher Anreiz. Klassische Auktionen stellen jedoch nach allgemeiner Meinung keine unzulässigen aleatorischen Veranstaltungen dar. Konsequenterweise muss dies dann auch für inverse Auktionen gelten.

3. Irreführung

Wie oben festgestellt stellt die inverse Auktion keine erlaubnispflichtige Versteigerung i.S.d. § 34 b GewO dar. Die Bezeichnung als „Auktion“ könnte daher irreführend gem. § 3 UWG sein. Dabei sind alle Angaben unrichtig, die bei ungezwungener Betrachtung nicht mit dem übereinstimmen, was die umworbenen Verkehrskreise ihnen entnehmen.

Es handelt sich allerdings bei den betroffenen Verkehrskreisen nicht um Verbraucher, sondern um Unternehmen und Kaufleute, welche dem Zusatz „inverse“ durchaus die entsprechende Bedeutung zumessen können. Eine Irreführung ist daher ausgeschlossen.

IV. Einschaltung Dritter zur Durchführung

Der öffentliche Auftraggeber kann sich eines Auktionsbetreibers bedienen, dieser ist Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers zur Durchführung der Vergabeverfahren, die nach wie vor in der Verantwortung des öffentlichen Auftraggeber liegen¹⁷¹.

Folglich können Dritte grundsätzlich in das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eingeschaltet werden. Dass gem. § 2 Nr. 3 VOL/ A der Auftraggeber verpflichtet ist, Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestelle zu vergeben steht dem nicht entgegen. Der öffentliche Auftraggeber muss die Versteigerungsbedingungen nach geltendem Vergaberecht vorgeben, die dann Bestandteil des Vertrages mit dem Auktionsbetreiber werden sollen.

Allerdings dürfen Dritte nicht beteiligt werden, soweit die Gefahr einer Interessenkollision besteht.

¹⁷¹ Vgl. KPMG, Chancen und Risiken, S. 32.

Eine Besonderheit besteht auch in der Einbeziehung von allgemeinen Auktionsbedingungen. Stellt der Dritte die Versteigerungsbedingungen, gelten sie im Verhältnis Dritter und Bieter sowie Dritter und Auftraggeber, nicht unmittelbar zwischen Bieter und Auftraggeber¹⁷². Eine solche Geltung kann sich nur im Wege der Vertragsauslegung ergeben.

V. Ergebnis

Die Durchführung einer Reverse Auktion verstößt gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit, unabhängig in welchem Verfahren sie durchgeführt wird.

Vertraulichkeitsgrundsatz in: Art. 15 LKR, § 15 VgV und §§ 8 Nr. 4, 17 Nr. 5, 18 Nr. 2 I, 22, 23 Nr. 1, 24 Nr. 3 VOL/ A.

Solche Innovationen lassen sich denkbar nur im Bereich der freihändigen Vergabe bzw. des Verhandlungsverfahren umsetzen¹⁷³. Für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte wird eine geringere Vertraulichkeit gefordert. Es wäre eine Durchführung einer inversen Auktion möglich, wenn die Bieter während der Auktion lediglich von der Rangfolge Kenntnis erlangen und nicht vom Inhalt der Angebote, insbesondere dem Preis. Gem. § 18 Nr. 2 I VOL/ A dürfen die Bieter den Inhalt der Angebote nicht kennen, unschädlich müsste folglich eine Kenntnis der Reihenfolge sein.

Im Hinblick auf die Ausnahmetatbestände gem. §§ 3 Nr. 4, 3 a Nr. 2 VOL/ A, die erfüllt sein müssen, damit Aufträge im Wege des Verhandlungsverfahrens vergeben werden dürfen, ist die Bedeutung von Internetauktionen unter diesen Voraussetzungen als derzeit gering einzustufen¹⁷⁴.

¹⁷² OLG Hamm DB 2001, 88 ff.

¹⁷³ So auch: Mosbacher DÖV 2001, 573, 581.

¹⁷⁴ Vgl. Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, S. 79.

F. Die rechtliche Beurteilung von Kooperationen im kommunalen Bereich

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit interkommunaler Zusammenarbeit

1. Art. 28 II GG als verfassungsrechtliche Grundlage

Die verfassungsrechtliche Kompetenzlegitimation für ihre Beschaffungstätigkeit erhalten die Kommunen aus der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG, sie können grundsätzlich selbständig und eigenverantwortlich über ihre Vergaben bestimmen¹⁷⁵. Eigenverantwortlichkeit bedeutet Ermessens-, Gestaltungs- und Weisungsfreiheit der Gemeinden¹⁷⁶.

Darüber hinaus wird die Organisationshoheit vom Schutzbereich des Art. 28 II GG umfasst. Sie ist die Kompetenz, Aufbau und Wirkungsweisen der eigenen Organe, Einrichtungen und Betriebe zu regeln, und als sog. Kooperationshoheit zusammen mit anderen Gemeinden gemeinschaftliche Handlungsinstrumente zu schaffen¹⁷⁷.

Das verfassungsrechtliche Prinzip kommunaler Aufgabenerfüllung als objektive Rechtsinstitutionsgarantie verlangt eine dezentrale Aufgabenwahrnehmung. Die Grenze einer noch zulässigen vertikalen Kooperation ist, wo eine zwingende vor Ort Entscheidung erforderlich sein wird.

Eine Zusammenlegung der Aufgabenverwaltung in einer Haupteinheit mit bindenden Restriktionen für die jeweiligen untergliederten Organisationseinheiten überschreitet die zulässige Grenze der grundrechtlich garantierten Selbstverwaltung der Gemeinden aus Art. 28 II 1 GG. Da die zwingenden vor Ort Entscheidungen von der Zentralstelle durchgeführt werden würden.

Problematisch ist die Einordnung einer interkommunalen Zusammenarbeit, da es sich nicht um eine vertikale Kooperation handelt, sondern mehrere gleichwertige Gemeinden zusammenwirken, d.h. horizontal Kooperieren.

¹⁷⁵ Vgl. Elverfeld, Europäisches Recht und kommunales Auftragswesen, S. 3.

¹⁷⁶ Vgl. Jarass in: Jarass/ Pjeroth, Kommentar zum Grundgesetz, S. 509, Rdnr. 9.

¹⁷⁷ Vgl. Jarass in: Jarass/ Pjeroth, Kommentar zum Grundgesetz, S. 508, Rdnr. 7.

Eine Kooperation der Kommunen in einem „Shared Service Center“¹⁷⁸ belässt der jeweiligen Gemeinde die Hoheit über ihre einzelnen Beschaffungsvorgänge, d.h. die Entscheidungen würden weiterhin zwingend vor Ort erfolgen.

Es bestehen keine Restriktionen des Gemeinschaftsunternehmens gegenüber den beteiligten Gemeinden in Bezug auf die Beschaffung, sondern die einzelnen Kommunen würden die Hoheit über sich selbst beibehalten. Die einzelnen Gemeinden entscheiden, wann, wie viel und was an Bedarf zu beschaffen ist, insofern erfolgen die Entscheidungen weisungsunabhängig vom Gemeinschaftsunternehmen. Das gemeinsame Unternehmen wickelt nur noch den Einkauf ab, d.h. es nimmt die vergaberechtlich vorgesehenen Aktionen vor und bündelt soweit zulässig gleichartige Bedarfsgegenstände in einer Sammelbestellung. Das Unternehmen wird nur aufgrund der einzelnen Gemeinden tätig, wenn sie die jeweiligen Bedarfsmeldungen auslösen. Die Aufgabenwahrnehmung der beteiligten Kommunen würde deshalb weiterhin dezentral erfüllt werden. Eine unzulässige Zentralisation ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn das Gemeinschaftsunternehmen keinerlei Einfluss auf die Gemeinden ausüben kann. Solange die Gemeinden bei ihrer Bedarfsdeckung ermessens-, gestaltungs- und weisungsfrei handeln können, liegt keine Beeinträchtigung des verfassungsrechtlichen Prinzips der dezentralen Aufgabenwahrnehmung vor.

Der Grundsatz der Selbstverwaltung bleibt demzufolge gewahrt.

2. Ergebnis

Interkommunale Zusammenarbeit in Form eines Gemeinschaftsunternehmens zur gemeinsamen Bedarfsdeckung ist verfassungsrechtlich zulässig. Unter Wahrung der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden aus Art. 28 II 1 GG können die Kommunen demnach Kooperationen untereinander eingehen und damit gemeinsame Handlungsinstrumente auch bezüglich eines gemeinsamen Einkaufs bilden.

¹⁷⁸ Siehe dazu oben.

II. Landesrechtlich zulässige Kooperationsformen

1. Öffentlichrechtliche Formen

Für die interkommunale Zusammenarbeit stehen allgemein verwendbare öffentlichrechtliche Kooperationsformen zur Verfügung¹⁷⁹. Hauptformen kommunaler Zusammenarbeit: Arbeitsgemeinschaften, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, Zweckverbände und Verwaltungsgemeinschaften. Weitere „fertige“ Rechtsformen für die Zusammenarbeit mit anderen Hoheitsträgern bietet das öffentliche Recht nicht¹⁸⁰.

1. 1. Arbeitsgemeinschaft

In der nichtrechtsfähigen Arbeitsgemeinschaft finden sich die Gemeinden zum Zwecke der Information, Beratung, Koordinierung und Vorbereitung von Entscheidungen zusammen. Es ist die lockerste Form der Zusammenarbeit; die getroffenen Beschlüsse sind nicht bindend.

In den Bundesländern, ohne Vorschriften bzgl. Arbeitsgemeinschaften, können sich Kommunen durch öffentlich-rechtlichen Vertragsabschluß zu einem institutionalisierten Zusammenwirken ohne Bindungswirkung verpflichten¹⁸¹.

Diese Form der Zusammenarbeit ist nicht geeignet für eine Einkaufskooperation. Sie könnte allenfalls im Vorfeld von Beschaffungsmaßnahmen die Abstimmung des Zeitpunktes koordinieren, damit, wenn man private Dienstleister (z.B. Ausschreibungs- oder Angebotsdienstleister) einschaltet, dort eine Nachfragebündelung erfolgen kann.

1. 2. Zweckverband

Gemeinden können wirtschaftliche Unternehmen als Zweckverband nach dem SächsKomZG führen¹⁸².

Der Zweckverband übernimmt für alle oder einzelne Mitglieder einzelne bestimmte Aufgaben, um sie in eigener Verantwortung gem. § 45 I 2 SächsKomZG zu erfüllen.

¹⁷⁹ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S.339.

¹⁸⁰ Vgl. Müller, Rechtsformwahl, S. 336.

¹⁸¹ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 339.

¹⁸² Vgl. Gern, , Sächsisches Kommunalrecht, S. 302 Rdnr. 847.

Dabei stellt der Zweckverband einen öffentlich-rechtlichen Zusammenschluss kommunaler Gebietskörperschaften zur selbstständigen Aufgabenerfüllung dar, welche konkret in der Verbandssatzung umrissen werden müssen¹⁸³.

Der Zweckverband nimmt seine Aufgabe anstelle der beteiligten kommunalen Körperschaften wahr. Somit verlieren die am Zweckverband Beteiligten demzufolge das Recht und die Pflicht, diese Aufgaben wahrzunehmen¹⁸⁴.

Dadurch würden die beteiligten Gemeinden unmittelbar verpflichtet sein, ihren Bedarf an Gütern und Leistungen durch den Zweckverband beschaffen zu lassen. Die Beschaffungsaufgaben der einzelnen Gemeinden übernimmt sodann der Zweckverband in eigener Verantwortung.

Die Einkaufskooperation darf allerdings aufgrund kartellrechtlicher Restriktionen keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang für die beteiligten Gemeinden begründen¹⁸⁵. Insofern sind die einzelnen Kommunen nicht frei vor der jeweilig anstehenden Beschaffung in ihrer Entscheidung, da sie die Beschaffungsaufgaben auf den Zweckverband übertragen haben. Die Gemeinden stehen rechtlich in einer Bezugspflicht vom Zweckverband, welche sich nicht nur auf den Einzelfall beschränken würde.

Der kommunale Zweckverband ist dementsprechend nicht geeignet, für eine kommunale Zusammenarbeit auf der Beschaffungsebene. Kartellrechtliche Bedenken sprechen gegen diese Form der Kooperation.

2. Privatrechtliche Formen

Die kommunale Zusammenarbeit von Gemeinden auf privatrechtlicher Grundlage ist grundsätzlich möglich¹⁸⁶. Gem. § 2 II SächsKomZG ist eine kommunale Zusammenarbeit in geeigneter Privatrechtsform zulässig. Die Grenze zulässiger privatrechtlicher Kooperation ist überschritten, wenn die Erledigung einer Aufgabe hoheitlich vorgenommen werden muss. Wie oben festgestellt, erfolgt der Einkauf von Waren nach Maßgabe des Privatrechts. Die Beschaffungsaufgaben werden infolgedessen nicht hoheitlich vorgenommen. Grundsätzlich ist deshalb privatrechtliche Kooperation zulässig.

¹⁸³ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 340.

¹⁸⁴ Vgl. Hegele/ Ewert, Kommunalrecht im Freistaat Sachsen, S. 211.

¹⁸⁵ Siehe oben.

¹⁸⁶ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 345.

Die Gemeinden können als wirtschaftliche Unternehmen auch Eigengesellschaften in Form einer GmbH oder AG gründen, angesichts der beschränkten Haftung gem. § 96 I Nr. 3 SächsGemO¹⁸⁷. Die Gemeinde muss sich jedoch ausreichende Einwirkungs-, Beteiligungs-, Mitsprache- und Kontrollrechte durch das Unternehmensstatut auf die Entscheidungsträger des Unternehmens vorbehalten.

2. 1. GmbH

Ein Gemeinschaftsunternehmen in Form einer eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist privatrechtlich allgemein möglich. Gem. § 1 GmbHG können mehrere Personen, auch juristische Personen, eine solche gründen.

Eine Beteiligung mehrerer Gemeinden an diesem Gemeinschaftsunternehmen erfolgt durch die unterschiedlichen Geschäftsanteile der Teilnehmer an dieser Gesellschaft.

2. 2. Aktiengesellschaft

Eine Aktiengesellschaft ist grundsätzlich möglich, erfordert aber eine gewisse Größe des beabsichtigten Unternehmens. Weiterhin sind die beschränkten Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung zu berücksichtigen.

3. Ergebnis

Der Vorteil privater Rechtsformen der kommunalen Zusammenarbeit ist in der größeren Beweglichkeit und schnelleren Anpassungsfähigkeit zu sehen. Dieser Punkt kommt besonders bei der Erfüllung wirtschaftlicher Aufgaben, Beschaffung, zu Gute.

¹⁸⁷ Vgl. Gern, , Sächsisches Kommunalrecht, S. 306 Rdnr. 863.

III. Wirtschaftliche Betätigung der Kommune – Internetplattformen

1. Einordnung der Betätigungen

1. 1. Ausschreibungsplattform

Die Einordnung der Tätigkeit der Gemeinde, wenn sie ihre Ausschreibungen auf einer eigenen Ausschreibungsplattform darbietet, ist als Content- Provider einzustufen, da sie eigene Inhalte lediglich darbietet¹⁸⁸.

1. 2. Angebotsplattform

Durch die Bereitstellung eines virtuellen Marktplatzes in Form einer Angebotsplattform werden die Kommunen als Service- Provider und Content- Provider tätig. Wenn Kommunen als Service- Provider auftreten, mit Inhalten die auch von der privaten Wirtschaft angeboten werden, treten sie in Konkurrenz zu den privaten Unternehmen¹⁸⁹.

2. Europarechtliche Vorgaben

Aus Art. 86 I EG ergibt sich zweifelsfrei, dass das Gemeinschaftsrecht den Betrieb öffentlicher Unternehmen anerkennt und damit auch die unternehmerische Tätigkeit von Kommunen.

3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

In Art. 28 II GG, Art. 82 SächsVerf wird den Gemeinden die grundsätzliche Befugnis zu wirtschaftlicher Betätigung gegeben. Allerdings darf die Gemeinde nicht in den Wettbewerb zur Deckung des gemeindlichen Finanzbedarfs eintreten, gem. Art. 2 I GG.

Verfassungsrechtlich kann aus den Grundrechten, Art. 12 I und 14 I GG, kein generelles Verbot erwerbswirtschaftlicher Betätigung des Staates geschlossen werden. Allerdings führen diese grundrechtlichen Schranken nicht zu einem

¹⁸⁸ Vgl. Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTkom 2001, 91, 92.

grundsätzlichen Verbot kommunaler Wirtschaftsbetätigung, sondern geben nur den Rahmen vor. Die öffentliche Hand darf grundsätzlich nur auf der Grundlage und im Rahmen von Gesetzen tätig werden.

Das Problem besteht darin, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Internet das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG konkurrierender Unternehmen und auch das Grundrecht der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I 2 GG konkurrierender Zeitungsverlage tangiert.

3. 1. Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit

Die wirtschaftliche Betätigung der konkurrierenden privaten Unternehmen ist unter dem Aspekt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch Art. 12 I GG i.V.m. Art. 19 III GG geschützt¹⁹⁰. Zu beachten ist aber, dass das Grundrecht aus Art. 12 I GG nicht vor Konkurrenz schützt, auch nicht vor dem Wettbewerb der öffentlichen Hand¹⁹¹. Generell dürfte daher staatliche Konkurrenz solange nicht in Grundrechte eingreifen, als das staatliche Unternehmen keinen unangemessenen Wettbewerbsvorteil genießen¹⁹².

3. 1. 1. Angebotsplattform

Das Engagement der öffentlichen Hand im Bereich einer Angebotsplattform als Service- Provider bewirkt keinen unmittelbaren, finalen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Da insoweit die Betätigung durch andere Unternehmen im Internet nicht gezielt oder beabsichtigt eingeschränkt wird.

Eine Beeinträchtigung könnte sich lediglich durch einen mittelbar faktischen Eingriff in das Grundrecht ergeben. Ein solcher liegt ausnahmsweise dann vor, wenn durch die Tätigkeit des Staates eine unerlaubte Monopolstellung entsteht oder die privatwirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht wird oder ein schwerer, unzumutbarer und unerträglicher Eingriff vorliegt¹⁹³.

¹⁸⁹ Vgl. Boehme-Neßler, NVwZ 2001, 379.

¹⁹⁰ Vgl. Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTKom 2001, 91, 94.

¹⁹¹ Vgl. Gerke, Jura 1985, 349, 356.

¹⁹² Vgl. Jarass in: Jarass/ Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz, S. 279, Rdnr. 14a.

¹⁹³ Vgl. Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTKom 2001, 91, 95 m.w.N; Ehlers, JZ 1990, 1089, 1096.

Dazu muss die öffentliche Hand Machtmittel, über die sie aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung verfügt, zur Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs missbräuchlich in Anspruch nehmen.

Die Bereitstellung eines elektronischen Katalogsystems der Kommunen, für sich selber zur Eigennutzung oder ein kommunales Gemeinschaftsunternehmen, welches die Leistung den einzelnen Kommunen zur Verfügung stellt, ist eher unproblematisch. Sie treten zwar in Konkurrenz zu anderen privaten Anbietern¹⁹⁴, eine missbräuchliche Ausnutzung ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung dürfte in diesem Verhalten aber gerade nicht zu sehen sein, da es sich nur um die Erarbeitung eines eigenen elektronischen Kataloges handelt.

Problematischer dürfte es sein, wenn sie das Katalogsystem anderen Nutzern zur Verfügung stellen würden. Der Nutzer assoziiert, unter dieser Internet-Adresse Angebote der Stadt zu finden. Die öffentliche Hand genießt in der Öffentlichkeit jedoch eine besondere Vertrauensstellung. Durch die Verknüpfung privater Unternehmensangebote mit der Internet-Domain der Stadt entsteht für die auf dem virtuellen Marktplatz registrierten Unternehmen so ein erheblicher Seriositätsvorteil, aufgrund dessen die Internet-User eher Angebote dieser als anderer Unternehmen in Anspruch nehmen würden¹⁹⁵.

Darin könnte ein missbräuchliches Ausnutzen amtlicher Autorität zur Erreichung von Vorteilen im Wettbewerb zu sehen sein¹⁹⁶. Fraglich ist jedoch, ob es sich tatsächlich um einen Missbrauch handelt oder nicht nur ein positiver Nebeneffekt dazutritt. Gegen Missbrauch ist einzuwenden, dass weder eine Monopolstellung entsteht noch unerträglicher Verdrängungswettbewerb stattfindet, eine privatwirtschaftliche Betätigung wird nicht unmöglich gemacht. Es sprechen daher gute Gründe für die Verneinung eines Missbrauchs; es handelt sich nur um einen positive Nebeneffekt, welcher Art. 12 I GG nicht beeinträchtigt.

3. 1. 2. Ausschreibungsplattform

Die öffentliche Hand tritt als Content- Provider in Erscheinung. Die Veröffentlichung der Ausschreibungen dient unmittelbar der öffentlichen Beschaffung, um ihre vielfältigen Aufgaben erfüllen zu können. Die Kommunen beschränken sich darauf,

¹⁹⁴ So z.B. die InterSourceAG.

¹⁹⁵ Vgl. Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTkom 2001, 91, 95.

¹⁹⁶ So Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTkom 2001, 91, 96.

die im Zusammenhang zu der notwendigen Beschaffung vorgeschriebene Ausschreibung für die Öffentlichkeit zu publizieren. Dieses Internet-Engagement stellt sich als funktionales Äquivalent zu den herkömmlichen Formen der Publikation dar. Die entsprechenden Aktivitäten dienen daher der Vereinfachung der vorgeschriebenen Ausschreibung.

Eine Verletzung des Art. 12 I GG durch kommunale Ausschreibungsplattformen scheidet daher aus.

3. 2. Verstoß gegen das Grundrecht der Rundfunkfreiheit

Nach dem Grundsatz der Staatsfreiheit der Medien ist es dem Staat sub specie des Art. 5 I 2 GG verwehrt, als Anbieter eigener Inhalte in den Medien tätig zuwerden.

Der öffentlichen Hand ist die publizistische Verbreitung von Fremdinformationen versagt, soweit sie dadurch in Konkurrenz zur freien Presse tritt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts dürfen Druckwerke und andere Printprodukte nur herausgeben, soweit sie mit der Veröffentlichung ihre spezifisch hoheitlichen Aufgaben erfüllen oder in zulässigem Umfang Öffentlichkeitsarbeit betreiben¹⁹⁷.

Unter Anwendung dieser Grundsätze auf kommunale Internetangebote folgt, dass zumindest behördliche Informationen und Angebote zulässig sind.

(a) Bekanntmachungen zu öffentlichen Ausschreibungen sind gesetzlich vorgeschriebene Pflichten eines öffentlichen Auftraggebers und stellen behördliche Informationen dar. Somit sind die online einsehbaren öffentlichen Ausschreibungen einer Kommune auf kommunalen Servern stets zulässig und greifen nicht in das Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG ein.

(b) Eine andere Beurteilung ergibt sich bei der Bereitstellung einer Angebotsplattform durch Kommunen. Hier werden Informationen von Lieferanten in einem elektronischen Katalogsystem zusammengestellt. Darin ist eine nicht aufgabenspezifische Serviceleistung zu sehen, welche der Presse und anderen privaten Wettbewerbern vorbehalten ist¹⁹⁸. Diese Tätigkeit greift folglich in das Grundrecht aus Art. 5 I 2 GG ein.

¹⁹⁷ Vgl. Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTkom 2001, 91, 98 m.w.N.

¹⁹⁸ Vgl. dazu: Lehr/ Brosius-Gersdorf, RTkom 2001, 91, 99.

4. Gemeinderechtliche Vorgaben

Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden unterliegt aber weiteren landesrechtlichen, insbesondere kommunalrechtlichen Vorgaben¹⁹⁹. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde umfasst ebenfalls die Beschaffungsgeschäfte bzw. die kommunale Auftragsvergabe der Gemeinde²⁰⁰.

Wenn die Kommunen Internetplattformen betreiben, betätigen sie sich wirtschaftlich. Dabei müssen die Kommunen die rechtlichen Grenzen beachten, welche durch die Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen der Bundesländer an die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen gestellt werden.

4. 1. Allgemein

Eine Einschränkung der kommunalen Tätigkeit erfolgt durch die Landesgesetzgebung. In den §§ 95 ff. SächsGemO werden die Voraussetzungen einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung aufgezeigt. Der Grund einer solchen Einschränkung ist der Schutz der Gemeinde. Die Gemeinden sollen vor wirtschaftlichen Risiken und daraus resultierenden finanziellen Verlusten geschützt werden, die den Gemeindehaushalt belasten und damit die Erfüllung der eigentlichen Gemeindeaufgaben in Frage stellen könnten²⁰¹.

Demnach ist eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde in Privatrechtsform grundsätzlich nur gestattet, wenn die Rechtsform der Gesellschaft die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt, gem. § 96 I Nr. 3 SächsGemO.

4. 2. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ein öffentlicher Zweck muss die Betätigung rechtfertigen bzw. erfordern, das Subsidiaritätsprinzip beachtet und die Leistungsfähigkeit/ voraussichtlicher Bedarf berücksichtigt werden.

¹⁹⁹ Vgl. Brietz, NVwZ 2001, 380, 381.

²⁰⁰ Vgl. Gern, Sächsisches Kommunalrecht, S. 314 Rdnr. 876 f.

²⁰¹ Vgl. Gerke, Jura 1985, 349, 351.

4. 2. 1. Öffentlicher Zweck

Das Handeln muss gem. § 97 I 1 Nr. 1 SächsGemO durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sein. Ein öffentlicher Zweck liegt erst dann nicht vor, wenn die Gewinnerzielung das einzige Ziel ist²⁰². Aufgrund der Einschätzungsprärogative für Gemeinden besteht eine nur sehr eingeschränkte Überprüfung²⁰³.

Das Betreiben einer Internetplattform durch die Kommune ist von einem öffentlichen Zweck gedeckt; den Unternehmen soll der Zugang zu den öffentlichen Ausschreibungen erleichtert werden.

4. 2. 2. Angemessenes Verhältnis zwischen Leistungsfähigkeit und Bedarf

Der Internetauftritt muss in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen.

4. 2. 3. Subsidiaritätsklausel

Problematisch kann der Internet- Auftritt von Kommunen im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel sein. Gem. § 97 I 1 Nr. 3 SächsGemO darf der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden oder erfüllt werden können.

Ob dieses Kriterium ein Hindernis für den kommunalen Internetauftritt ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Auftritts ab.

(a) Bei dem Betreiben einer Ausschreibungsplattform, um die eigenen Beschaffungsaufträge potentiellen Lieferanten publik zu machen, entstehen keine Probleme zu privaten Anbietern. Insoweit handelt es sich um eine notwendige kommunale Aufgabenbetätigung.

(b) Dagegen kann das Betreiben einer Angebotsplattform von privaten Anbietern wirtschaftlicher und besser betrieben werden.

Somit steht einer kommunalen Angebotsplattform zur Beschaffung von Gütern die Subsidiaritätsklausel entgegen.

²⁰² Vgl. Gerke, Jura 1985, 349, 352.

²⁰³ Vgl. BVerwGE 39, 329, 334.

5. Sonderregeln für Unternehmen in Privatrechtsform

Ein Unternehmen in Privatrechtsform darf gem. § 96 I SächsGemO nur betrieben werden, wenn die Voraussetzungen der Errichtung eines öffentlichen Unternehmens generell vorliegen²⁰⁴, durch die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder Satzung die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde sichergestellt ist, ein angemessener Einfluss der Gemeinde sichergestellt ist und die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird.

Demzufolge kommt die Gründung einer Eigengesellschaft in Form einer GmbH oder einer Aktiengesellschaft in Betracht. Alle Gesellschaftsanteile sind in der Hand der Gemeinde. Da die Einflussnahme auf die Gesellschaft bzw. Geschäftsführung bei einer GmbH ausreichend möglich ist durch entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages²⁰⁵, dürfte eine GmbH einer Aktiengesellschaft vorzuziehen sein, weil bei dieser die direkte Einflussnahme auf die Geschäftsführung untersagt ist.

6. Zusammenfassung

6. 1. Kommunale Angebotsplattform

Das Betreiben einer Angebotsplattform durch die Kommunen zur Beschaffung von Gütern des täglichen Bedarfs, sogenannte C- Materialien, ist grundsätzlich rechtlich zulässig, soweit die Plattform anderen Nutzern vorenthalten wird. Verwendbar für die öffentliche Beschaffung ist eine Angebotsplattform jedoch nur im Rahmen einer freihändigen Vergabe bzw. des Verhandlungsverfahrens.

Wirtschaftlich verursacht ein elektronisches Katalogsystem aufgrund der geforderten Vollständigkeit des katalogisierten Teileumfangs und der Aktualität des Katalogsystems enorme finanzielle sowie personelle Belastungen. Die ständige Suche nach neuen Lieferanten und die Pflege des Systems erfordern ein eigenständiges Team mit entsprechendem Budget und die technische Systemvoraussetzung.

Das Betreiben einer Angebotsplattform in Form eines elektronischen Katalogsystems sollte daher den privaten Anbietern überlassen werden.

²⁰⁴ Siehe oben.

²⁰⁵ Vgl. Gern, Sächsisches Kommunalrecht, S. 308 Rdnr. 868.

6. 2. Kommunale Ausschreibungsplattform

Die Publikation öffentlicher Aufträge auf einer kommunalen Ausschreibungsplattform ist verfassungs- und landesrechtlich zulässig. Die Veröffentlichung kommunaler Aufträge weist einen gemeindespezifischen Charakter auf und steht somit in unmittelbarem Zusammenhang mit der hoheitlichen Beschaffungsaufgabe, so dass keine Bedenken gegen eine Veröffentlichung im Internet bestehen.

Die Gründung einer kommunalen Betreibergesellschaft ist folglich zulässig.

Resümee

Public Electronic Procurement kann für die öffentliche Hand enorme Kostensenkungspotentiale freisetzen. Wobei diese noch größer sind, wenn der verwaltungsinterne Prozess mit dem Beschaffungsprozess abgestimmt wird.

Die elektronische Beschaffungsabwicklung ist allgemein nach den Vergabevorschriften möglich. Die ersten Erfahrungen mit digitalen Signaturen und digitaler Ausschreibung wurden in Pilotprojekten gesammelt.

Bei der Nutzung von privaten Serviceportalen (Ausschreibungs- und Angebotsplattformen) zur eigenen Bedarfsdeckung benötigen die Gemeinden lediglich einen Internetzugang mit entsprechender Hardwareausstattung. Diese Lösung ist besonders für finanz- und personalschwache Kommunen geeignet.

Eine Eigenerstellung durch die jeweilige Kommune selbst stellt die kostenintensivste und riskanteste Lösung dar. Auf diesen Ansatz sollte nur in Ausnahmefällen zurückgegriffen werden.

Eine koordinierte Beschaffung an sich selbstständiger Vergabestellen bewegt sich im Spannungsfeld von Sparanstrengung der öffentlichen Hand und Markterhaltung zugunsten kleinerer Unternehmen. Grundsätzlich sind kommunale Einkaufskooperationen oder kooperierende Gemeinschaftsunternehmen kartellrechtlich legalisierungsfähig. Eine Legalisierung gem. § 4 II GWB oder § 8 GWB ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.

Die Grenze ist jedoch überschritten, wenn die öffentliche Hand im Monopson oder auch im beschränkten Nachfragemonopol über Preissetzungsspielräume gegenüber Lieferanten verfügen, welche die ganze Angebotsseite aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten der Willkür unterwirft.

Die Durchführung einer Reverse Auktion verstößt gegen den Grundsatz der Vertraulichkeit, unabhängig in welchem Vergabeverfahren sie durchgeführt wird. Solche Innovationen sind deswegen in Deutschland noch nicht vorstellbar.

Literaturverzeichnis

Bücher

Arlt, Annett: Das neue Vergaberecht bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen: Verdingungsordnung für Leistungen (VOL)/ Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Neuwied, Kriftel, Berlin: 1997. (zit.: Arlt, Vergaberecht)

Bechtold, Rainer: Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 2. Auflage. München: 1999.

Dauner, Klaus Jörg: Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht- Die Beurteilung der Zusammenarbeit in Einkaufsgemeinschaften aus dem Blickwinkel des Kartellverbots. 1. Aufl. Baden-Baden: 1988. (zit.: Dauner, Einkaufsgemeinschaften)

Eggers, Bernd/ **Hoppen**, Gerrit (Hrsg.): Strategisches E- Commerce- Management. 1. Auflage. Wiesbaden: 2001. (zit.: Bearbeiter in: Strategisches E- Commerce- Management)

Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform. Berlin: 1984.

Elversfeld, Dirk Johannes: Europäisches Recht und kommunales Auftragswesen. Köln, Berlin, Bonn, München: 1992.

Gern, Alfons: Sächsisches Kommunalrecht. München: 1994.

Glassen, Helmut (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht. Mit Kommentierung des GWB, des EG- Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen. Köln. (zit.: Bearbeiter in: Frankfurter Kommentar)

Götz, Walter: Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht: die Transparenz- und Teilnahmebestimmungen der Vergaberichtlinien im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Frankfurt a.M.; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien: 1999. (zit.: Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht)

Hegele, Dorothea/ **Ewert**, Klaus-Peter: Kommunalrecht im Freistaat Sachsen. 2. Auflage. Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden: 1997.

Hootz, Christian (Hrsg.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht: Gemeinschaftskommentar. 5. Neubearb. Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München: 1999 ff.. (zit.: Bearbeiter in: Gemeinschaftskommentar)

Jansen, Stephan A./ **Priddat**, Birger P.: Electronic Government – Neue Potentiale für einen modernen Staat. Stuttgart: 2001. (zit.: Jansen/ Priddat: Electronic Government)

Jansen, Stephan A.: Public Electronic Procurement (PEP) - Empirische Ergebnisse zum Beschaffungswesen der Öffentlichen Hand im Internet. Sonderheft Nr. 1. Universität Witten/ Herdecke: 2001. (zit.: Jansen, Public Electronic Procurement)

Jarass, Hans D./ **Pieroth**, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. 3. Auflage. München: 1995.

Jestaedt, Thomas/ **Kemper**, Klaus/ **Marx**, Fridhelm/ **Prieß**, Hans-Joachim: Das Recht der Auftragsvergabe: Auftraggeber, ausschreibungspflichtige Aufträge, Vergabeverfahren, Sektoren, Rechtsschutz. Neuwied, Kriftel: 1999. (zit.: Bearbeiter in: Jestaedt/ Kemper/ Marx/ Prieß)

Kilian, Wolfgang: Europäisches Wirtschaftsrecht. München: 1996.

Kunnert, Gerhard: WTO- Vergaberecht: Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG- Vergaberegime. 1. Auflage. Baden-Baden: 1998. (zit.: Kunnert, WTO-Vergaberecht)

Müller, Nikolaus: Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Köln, Berlin, Bonn, München: 1993. (zit.: Müller, Rechtsformenwahl)

Nenninger, M.: Electronic Procurement – Neue Beschaffungsstrategien durch Desktop Purchasing Systeme. KPMG Unternehmensberatung. München: 1999.

Wallenberg, Gabriela von: Kartellrecht: unter Berücksichtigung des europäischen Rechts. Neuwied, Kriftel, Berlin: 1997.

Wiedmann, Gerhard (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts. München: 1999. (zit.: Bearbeiter in: Handbuch des Kartellrechts)

Wöhe, Günter: Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre. 18. überarb. und erw. Aufl. München: 1993.

Aufsätze

Boehme-Neßler, Volker: Electronic Government: Internet und Verwaltung. NVwZ 2001, 374 - 380.

Brietz, Gabriele: Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen. NVwZ 2001, 380 – 387.

Bunte, Hermann-Josef: Die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand. WuW 1998, 1037-1049.

Ehlers, Dirk: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland. JZ 1990, 1089 – 1100.

Gerke, Jürgen: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Jura 1985, 349 – 358.

Höfler, Heiko: Die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge. NZBau 2000, 449 – 455.

Jansen, Stefan A.: Interview: Sind die deutschen Kommunalverwaltungen fit für Electronic Government?. Die Neue Verwaltung 2/2001, S. 19.

Kemper, Rolf: Die neue Vergabeordnung. Neue Justiz 2001, 403 – 408.

Kühling, Jürgen: Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden. NVwZ 2001, 177 – 182.

Lehr, Gernot/ Brosius-Gersdorf, Frauke: Städte im Internet – Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Internet-Auftritten der Städte. RTkom 2001, 91 – 102.

Miedbrodt, Anja/ Mayer, Patrick: E- Commerce – Digitale Signaturen in der Praxis. MDR 2001, 432 - 436.

Mosbacher, Wolfgang: Elektronische Vergabe: Neue Möglichkeiten im öffentlichen Beschaffungswesen. DÖV 2001, 573 – 582.

o. V.: cosinex.com GmbH: Clever einkaufen im Internet. V.O.P. 7-8/2001, 60.

Otting, Olaf: Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunalwirtschaftlicher Betätigung durch das Wettbewerbsrecht. DÖV 1999, 549 – 555.

Pöbel, Volker: Wettbewerbsverzerrungen durch die öffentliche Hand. JA 1988, 127 – 135.

Schoeler, Andreas von: Finanzknappheit darf kein Killer-Argument für die moderne und virtuelle Verwaltung sein, Interview mit CSC Ploentzke Vorstand von Schoeler. V.O.P. 11/2000, 35 - 37.

Vetter, Andrea: Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000. NVwZ 2001, 745 - 759.

Weitbrecht, Andreas: Die Entwicklung des Europäischen Kartellrechts im Jahr 1997. EuZW 1998, 677 – 686.

Internet

Allweyer, Thomas: Was bringt die Beschaffung über eMarketplace wirklich? <http://www.ecin.de/strategie/beschaffung> (31.8.2001) (zit.: Allweyer, eMarketplace)

Frick, Hans-Jörg: Handel am „Virtuellen Ort“ Optimierung kommunaler Beschaffungen durch e-Procurement. http://www.demo-online.de/0301/e0301_05.htm (24.8.2001) (zit.: Frick, Handel am „virtuellen Ort“)

Gatzke, Monika/ Schulz, Markus: Deutschland: Neanderthaler im B2G?
<http://www.ecin.de/state-of-the-art/index-3.html> (31.8.2001)

Müller/ Petri: Ausgewählte wettbewerbsrechtliche Probleme von Internet- Auktionen. <http://www.rtkom.de> (25.8.2001) (zit.: Müller/ Petri, Internet- Auktionen)

o.V.: Konferenzbericht zum Experten-Dialog Elektronische Beschaffung am 3./4. Juli 2001 in Windhagen (bei Bonn)
<http://www.kgst.de/gutachten/projekte/konferenzergebnisse.pdf> (24.8.2001) (zit.: Konferenzbericht)

o.V.: KPMG- Studie: Chancen und Risiken inverser Auktionen im Internet für Aufträge der öffentlichen Hand – Abschlussbericht. http://wiis3.tu-drden.de/keb/literatur/Chancen_und_Risiken_inverser_Auktionen_im_Internet.pdf (25.11.2001) (zit.: KPMG, Chancen und Risiken)

o.V.: KPMG- Studie: Internettechnologien in der Beschaffung der öffentlichen Hand. <http://www.kpmg.de/library/surveys/index.html> (25.11.2001) (zit.: KPMG, Internettechnologien)

Eidesstattliche Versicherung

Ich versichere die vorliegende Arbeit nur mit den zulässigen Hilfsmitteln und ohne fremde Hilfe angefertigt zu haben.

Chemnitz, den 30. Nov 2001

Sven Schindler