

Leinemann (Hrsg.)

Die Vergabe öffentlicher Aufträge

**GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV,
SektVO, VSVgV, VOB/A, UVgO**

Erläuterungen aller
Vergabeordnungen, Nachprüfung
von Vergabeverfahren,
Vergabestrafrecht, Compliance

7. Auflage

Leseprobe

A faint, circular watermark of an hourglass is visible in the background of the dark blue section.

 **Reguvis**

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Die Vergabe öffentlicher Aufträge

Die Vergabe öffentlicher Aufträge

**GWB-Vergaberecht, VgV, KonzVgV,
SektVO, VSVgV, VOB/A, UVgO**

Erläuterungen aller Vergabeordnungen,
Nachprüfung von Vergabeverfahren,
Vergabestrafrecht, Compliance

7., völlig neu bearbeitete Auflage 2021

herausgegeben von

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Rechtsanwalt, Berlin

Mitherausgeber:

Dr. Eva-Dorothee Leinemann, LL.M., Rechtsanwältin und Notarin, Berlin

Dr. Thomas Kirch, Rechtsanwalt, Berlin

bearbeitet von

RAin Kristin Beckmann, Köln; RA Dr. Martin Büdenbender, Köln;
RA Simon Gesing, M.A., Berlin; RA Bastian Haverland, Hamburg;
RA Marco Hohensee, LL.M., Berlin; RA Dr. Oliver Homann, Köln;
RAin Laura Jentzsch, Berlin; RA Dr. Thomas Kirch, Berlin; RAin Dr.
Eva-Dorothee Leinemann, LL.M, Berlin; RA Prof. Dr. Ralf Leinemann,
Berlin; RA Thomas Maibaum, Berlin; RA Armin Preussler, Berlin

≡ Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Reguvis Fachmedien GmbH
Amsterdamer Str. 192
50735 Köln

www.reguvis.de

Reguvis ist Kooperationspartner der Bundesanzeiger Verlag GmbH · Amsterdamer Straße 192 · 50735 Köln

Beratung und Bestellung:
Tel.: +49 (0) 221 97668-240
Fax: +49 (0) 221 97668-271
E-Mail: vergabe@reguvis.de

ISBN (Print): 978-3-8462-0947-9
ISBN (Online): 978-3-8462-0948-6

© 2021 Reguvis Fachmedien GmbH

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt auch für die fotomechanische Vervielfältigung (Fotokopie/Mikrokopie) und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Hinsichtlich der in diesem Werk ggf. enthaltenen Texte von Normen weisen wir darauf hin, dass rechtsverbindlich allein die amtlich verkündeten Texte sind.

Herstellung: Günter Fabritius
Produktmanagement: Sven-Steffen Schulz
Satz: Cicero Computer GmbH, Bonn
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Appel & Klinger Druck und Medien GmbH, Schneckenlohe

Printed in Germany

Vorwort

Die 6. Auflage dieses Buchs wurde 2016 veröffentlicht. Auch wenn es nach wie vor durch kontinuierliche Verkäufe seinen Status als Standardwerk bestätigt hat, wurde es allmählich Zeit für eine Neuauflage. Die seither das Vergaberecht durchziehenden Reformen und Reförmchen bestätigen den immer wieder befürchteten Trend: Das Vergaberecht wird durch Veränderungen nie einfacher, sondern immer nur komplexer und komplizierter. Dennoch wollen wir mit dem Buch den Anspruch aufrecht erhalten, das gesamte Vergaberecht in einem Band so darzustellen, dass man mit dem Griff zum Buch einen guten Überblick über alle relevanten Rechtsprobleme in der Vergabepaxis erhält und vielleicht auch einen Lösungshinweis findet. Dabei sind wir stets bestrebt, die Sicht der Bieter wie der Auftraggeber in gleicher Weise zu berücksichtigen.

Die Leserschaft wird um Nachsicht dafür gebeten, dass wir wichtige Querschnittsfragen in zwei vorgezogenen Kapiteln erörtern und dann bei der Erläuterung der VgV auf zahlreiche Probleme vertieft eingehen, die sich auch in der VOB/A, UVgO, SektVO oder KonzVgV stellen, dort dann aber etwas kürzer mit Verweis auf die entsprechenden Ausführungen zur VgV abgehandelt werden. Nach unserer Erfahrung spiegelt sich darin auch der Nutzer-schwerpunkt des Buchs und wir vermeiden das ermüdende Wiederholen von Textbausteinen. Das Buch bleibt damit auch vom Umfang her handhabbar, wenn es nicht ohnehin in seiner elektronischen Version genutzt wird. „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“ verzichtet daher auch in der 7. Auflage auf den Abdruck von Vorschriftentexten zugunsten einer Vertiefung der Erläuterungen und Kommentierungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften.

Neben dem Autorenteam haben auch weitere Kolleginnen und Kollegen unterstützend bei der Erstellung des Manuskripts, der Recherche und der Korrektur mitgewirkt, insbesondere die Rechtsanwälte Lucas Orf und Till Moritz Schmidt, sowie Frau Vera Jeken, denen wir allesamt zu Dank verpflichtet sind.

Anregungen und Kritik nehmen wir gern unter Vergabe@leinemann-partner.de entgegen.

Berlin, im November 2020

Ralf Leinemann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

1

Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

Bearbeitet von Eva-Dorothee Leinemann

1.1 Grundsätze des Vergabeverfahrens – Entwicklung und grundlegende Prinzipien	1
1.1.1 Das Wettbewerbsprinzip	3
1.1.2 Der Grundsatz der transparenten Verfahrensführung	5
1.1.3 Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB	7
1.1.4 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB	7
1.1.5 Der Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB	8
1.1.5.1 Allgemeines	8
1.1.5.2 Die Behandlung staatlicher Beihilfen	9
1.1.5.3 Mitwirkung von Sachverständigen und Projektanten	11
1.1.5.4 Vermeidung von Interessenkonflikten nach § 6 VgV	12
1.1.6 Die Förderung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 GWB	17
1.1.7 Der Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen nach § 97 Abs. 6 GWB	20
1.1.8 Berücksichtigung zusätzlicher Anforderungen nach § 97 Abs. 3 GWB	22
1.1.9 Grundsatz der elektronischen Kommunikation nach § 98 Abs. 5 GWB	23
1.2 Adressaten des Vergaberechts	24
1.2.1 Öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB	24
1.2.1.1 Gebietskörperschaften und Sondervermögen	25
1.2.1.2 Juristische Personen	25
1.2.1.3 Beherrschender Einfluss staatlicher Stellen	29
1.2.1.4 Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben	31
1.2.1.5 Aufgaben nichtgewerblicher Art	34
1.2.1.6 Verbände	36
1.2.1.7 Subventionierte private Auftraggeber	37
1.2.2 Sektorenauftraggeber	37
1.2.3 Konzessionsgeber	40

1.3	Auftragsbegriff	41
1.3.1	Der Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB	41
1.3.2	Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge	45
1.3.3	Konzessionen	46
1.3.3.1	Baukonzessionen	47
1.3.3.2	Dienstleistungskonzession	48

2

Allgemeine Bestimmungen für alle Vergabeverfahren

Bearbeitet von Ralf Leinemann/Eva-Dorothee Leinemann

2.1	Schwellenwerte für die verschiedenen Auftragsarten	51
2.2	Die Schätzung der Auftragswerte gem. § 3 VgV	53
2.3	Vertraulichkeit des Verfahrens	58
2.4	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	59
2.4.1	Allgemeine Ausnahmen nach § 107 GWB	60
2.4.2	Inhouse-Geschäfte	61
2.4.2.1	Die Voraussetzungen des Inhouse-Geschäfts	61
2.4.2.1.1	Das Kontrollkriterium	62
2.4.2.1.2	Das Wesentlichkeitskriterium	65
2.4.2.1.3	Das Beteiligungskriterium	67
2.4.2.2	Beendigung vergaberechtswidrig geschlossener Verträge	69
2.4.3	Interkommunale Kooperation	70
2.4.4	Besondere Ausnahmen nach § 116 GWB	73
2.4.5	Besondere Ausnahmen nach § 117 GWB	74
2.4.6	Ausschreibungsfreie Veränderungen und Verlängerungen bestehender Verträge	76
2.4.7	Besondere Ausnahmen im Sektorenbereich	83
2.4.8	Privilegierung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz	85
2.4.9	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	85
2.4.10	Besondere Ausnahmen bei der Vergabe von Konzessionen	86
2.5	Die Vergabearten	87
2.6	Kommunikation	88

2.7	Öffentlich-private Partnerschaften – Public Private Partnerships (ÖPP/PPP)	91
2.7.1	Begriffsgrundlagen	93
2.7.2	Institutionalisierte/vertragliche ÖPP	95
2.7.3	Finanzierungsformen	95
2.7.3.1	Auftragsmodell	95
2.7.3.2	Konzessionsmodell	96
2.7.4	Vertragsmodelle	97
2.7.4.1	Hochbau	97
2.7.4.1.1	Mietkaufmodell – BOOT	97
2.7.4.1.2	Leasingmodell – BLT	97
2.7.4.1.3	Mietmodell – BOO	98
2.7.4.1.4	Inhabermodell	98
2.7.4.1.5	Energiesparcontracting	98
2.7.4.2	Straßenbau	98
2.7.4.2.1	A-Modell	99
2.7.4.2.2	F-Modell	99
2.7.4.2.3	V-Modell	100
2.7.5	Besonderheiten im Vergabeverfahren	100
2.7.5.1	Bedarfsermittlung	100
2.7.5.2	ÖPP-Eignungstest	101
2.7.5.3	Beschaffungsvariantenvergleich	102
2.7.5.4	Investorenmodelle als öffentliche Aufträge	103
2.7.5.4.1	Klassische öffentliche Aufträge	104
2.7.5.4.1.1	Baufträge	104
2.7.5.4.1.2	Liefer- und Dienstleistungsaufträge	104
2.7.5.4.1.3	Abgrenzung	105
2.7.5.4.2	Konzessionen	105
2.7.5.4.3	Veräußerung von Gesellschaftsanteilen bzw. Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens	105
2.7.5.5	Wahl der richtigen Verfahrensart	107
2.7.5.6	Wirtschaftlichkeitsvergleich	109
2.8	Mehrkosten aus verzögerter Vergabe – Das Vergabeverfahrensrisiko	111
2.8.1	Anspruch aus ergänzender Vertragsauslegung	111
2.8.2	Nur bei eindeutigem Dissens kein Vertragsschluss durch Zuschlag	114
2.8.3	Keine ergänzende Vertragsauslegung bei gleichbleibender Ausführungsfrist	116
2.8.4	Geltung dieser Grundsätze für alle Verfahrensarten und nicht nur für Bauvergaben ..	116

Inhaltsverzeichnis

2.8.5	Preisanpassung durch ergänzende Vertragsauslegung	117
2.8.6	Ermittlung der Mehrkosten der Höhe nach	117
2.9	Common Procurement Vocabulary – CPV	121
2.10	Angabe der Vergabekammer	121
2.11	Statistik	122

3

Die Vergabe von Lieferungen, Leistungen und Dienstleistungen nach VgV

Bearbeitet von Thomas Kirch/Bastian Haverland

3.1	Die Vergabe nach der VgV (ohne Bauleistungen)	127
3.1.1	Einführung	127
3.1.1.1	Historische Entwicklung	129
3.1.1.2	Sachlicher Anwendungsbereich	136
3.1.1.3	Gemischte Aufträge	138
3.1.2	VgV oder UVgO: Zweiteilung nach Auftragswert	142
3.1.2.1	Bedeutung des Auftragswerts	142
3.1.2.2	Rechtliche Bedeutung der Zweiteilung	143
3.1.2.2.1	Bedeutung der UVgO	143
3.1.2.2.2	Bedeutung der VgV	144
3.1.2.3	Die Anwendung der VgV auf Liefer- und Dienstleistungen	144
3.1.2.4	Sonderregelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen	145
3.1.2.5	Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts	149
3.1.3	Die Grundsätze der Vergabe nach der VgV	150
3.1.3.1	Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung	150
3.1.3.2	Mittelstandsschutz und Losvergabe	153
3.1.3.3	Markterkundungen	156
3.1.3.4	Anwendung des öffentlichen Preisrechts	157
3.1.4	Vergabeverfahrensarten	159
3.1.4.1	Das offene Verfahren	161
3.1.4.2	Das nicht offene Verfahren	162
3.1.4.3	Das Verhandlungsverfahren	164
3.1.4.4	Der wettbewerbliche Dialog	174
3.1.4.5	Die Innovationspartnerschaft	176

3.1.5	Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren	180
3.1.5.1	Rahmenvereinbarungen	180
3.1.5.1.1	Begriff/Anwendungsbereich	181
3.1.5.1.2	Verfahrensablauf	181
3.1.5.1.3	Arten der Rahmenvereinbarung und Abruf von Einzelaufträgen	184
3.1.5.2	Dynamisches Beschaffungssystem	186
3.1.5.2.1	Grundsätze für den Betrieb dynamischer Beschaffungssysteme ...	186
3.1.5.2.2	Anwendungsbereich	188
3.1.5.2.3	Die Eröffnung des Verfahrens	188
3.1.5.2.4	Zulassung von Unternehmen	190
3.1.5.2.5	Die Vergabe von Einzelaufträgen	190
3.1.5.3	Elektronische Auktion	192
3.1.5.4	Elektronische Kataloge	194
3.1.6	Eignung, Bewerberkreis und Teilnehmer am Wettbewerb	196
3.1.6.1	Grundlagen	196
3.1.6.2	Form des Eignungsnachweises und EEE	199
3.1.6.3	Inhaltliche Ausgestaltung der Eignungsanforderungen	203
3.1.6.3.1	Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung	203
3.1.6.3.2	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	204
3.1.6.3.3	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit	205
3.1.6.3.4	Zwingende Ausschlussgründe	208
3.1.6.3.5	Fakultative Ausschlussgründe	211
3.1.6.3.5.1	Schwere Verfehlung	213
3.1.6.3.5.2	Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten	214
3.1.6.3.5.3	Frühere Schlechtleistung	219
3.1.6.3.5.4	Selbstreinigung: Wiederherstellung der Eignung	220
3.1.6.3.5.5	Ausschlusszeitraum	223
3.1.6.3.5.6	Eignungsleihe	223
3.1.6.3.5.7	Bewerber- und Bietergemeinschaften	227
3.1.7	Leistungsbeschreibung	230
3.1.7.1	Inhaltliche Anforderungen	230
3.1.7.2	Arten der Leistungsbeschreibung	232
3.1.7.3	Bestimmung des Beschaffungsgegenstands und Produktneutralität	233
3.1.7.4	Konformitätsbescheinigungen	238
3.1.7.5	Gütezeichen	239
3.1.7.6	Energieeffizienz	239
3.1.7.7	Zugänglichkeitserfordernisse	241
3.1.8	Die Vergabeunterlagen	242
3.1.9	Vertragsbedingungen	244

Inhaltsverzeichnis

3.1.10	Zum Verfahrensablauf	244
3.1.10.1	Bekanntmachung	244
3.1.10.2	Vorinformation und Interessenbekundungsverfahren	245
3.1.10.3	Fristen für Angebote und Teilnahmeanträge	246
3.1.10.3.1	Fristen im offenen Verfahren	249
3.1.10.3.2	Fristen im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb	249
3.1.10.3.3	Fristen im wettbewerblichen Dialog	250
3.1.10.3.4	Fristen bei der Innovationspartnerschaft	250
3.1.10.3.5	Fristen für zusätzliche Informationen	250
3.1.10.3.6	Die Regelfristen und -verkürzungen im Überblick	251
3.1.10.3.6.1	Die Regelfristen	251
3.1.10.3.6.2	Verkürzung der Angebotsfrist bei elektronischer Übermittlung der Angebote	251
3.1.10.3.6.3	Absolute Mindestfristen	252
3.1.11	Kommunikation mit den Bietern, §§ 9 ff. VgV	252
3.1.11.1	Grundsatz der elektronischen Kommunikation	252
3.1.11.2	Anforderungen an die elektronischen Mittel	253
3.1.11.3	Anforderungen an den Einsatz der elektronischen Mittel	255
3.1.12	Form und Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen	257
3.1.13	Die Öffnung der Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote	258
3.1.14	Wertung der Angebote in vier Stufen und Zuschlag	259
3.1.14.1	Erste Stufe: Die formelle und sachliche Angebotsprüfung	260
3.1.14.1.1	Prüfung der Vollständigkeit sowie der rechnerischen und fachlichen Richtigkeit gemäß § 56 Abs. 1 VgV	260
3.1.14.1.2	Zwingende Ausschlussgründe gemäß § 57 Abs. 1 VgV	261
3.1.14.1.2.1	Verspätete Angebote	261
3.1.14.1.2.2	Nicht formgerechte Angebote	262
3.1.14.1.2.3	Ausschluss von Angeboten, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten	263
3.1.14.1.2.4	Ausschluss bei nicht zweifelsfreien Änderungen des Bieters	269
3.1.14.1.2.5	Ausschluss wegen Änderung der Vergabeunterlagen	269
3.1.14.1.3	Wertbarkeit von Nebenangeboten	270
3.1.14.2	Zweite Stufe, die Prüfung der Eignung	274
3.1.14.2.1	Formale Prüfung der Eignung	275
3.1.14.2.2	Materielle Prüfung der Eignung	277
3.1.14.3	Dritte Stufe: Prüfung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten, § 60 VgV	279
3.1.14.3.1	Aufklärungspflicht bei ungewöhnlich niedrigem Preis	280
3.1.14.3.2	Ausschluss des Angebotes bei unangemessen hohen Preisen	283

3.1.14.4	Vierte Stufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	283
3.1.14.4.1	Auswahl und Darstellung der Zuschlagskriterien	284
3.1.14.4.2	Gewichtung der Zuschlagskriterien	289
3.1.14.4.3	Bewertung der Angebote	290
3.1.14.4.4	Wertung von Angeboten nach der UfAB	295
3.1.15	Dokumentation des Vergabeverfahrens und der Vergabevermerk	298
3.1.15.1	Die Dokumentation des Verfahrens	299
3.1.15.2	Der Vergabevermerk	299
3.1.16	Der Zuschlag	306
3.1.17	Die Aufhebung der Ausschreibung	309
3.1.17.1	Zulässige Gründe einer Aufhebung	312
3.1.17.2	Rechtsfolge einer ungerechtfertigten Aufhebung	315
3.1.17.3	Verfahren nach Aufhebung	317
3.1.17.4	Anspruch auf Aufhebung bzw. Verfahrenskorrektur bei Mängeln aller Angebote	318
3.1.18	Mitteilung an nicht berücksichtigte Bieter	320
3.1.19	Bekanntmachung über die Auftragserteilung	320
3.2	Planungswettbewerbe	321
3.2.1	Anwendungsbereich	322
3.2.2	Veröffentlichung, Transparenz	322
3.2.3	Preisgericht	323
3.3	Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen	323
3.3.1	Anwendungsbereich	323
3.3.2	Anwendungsbereich von § 50 UVgO	324
3.3.3	Verfahrensart	325
3.3.4	Eignung	325
3.3.5	Zuschlag	327
3.3.6	Kosten und Vergütung	327
3.4	Grundsätze und Anwendungsbereich für Planungswettbewerbe	328
3.4.1	Durchführung von Planungswettbewerben	329
3.4.2	Aufforderung zur Verhandlung; Nutzung der Ergebnisse des Planungswettbewerbs ..	330

Inhaltsverzeichnis

3.4.3	Richtlinie für Planungswettbewerbe RPW 2013	331
3.4.3.1	Grundsätze	331
3.4.3.2	Die Wettbewerbsbeteiligten	332
3.4.3.2.1	Wettbewerbsbetreuer	333
3.4.3.2.2	Sachverständige	333
3.4.3.2.3	Gäste	333
3.4.3.3	Wettbewerbsverfahren	333
3.4.3.3.1	Realisierungswettbewerb	333
3.4.3.3.2	Ideenwettbewerb	334
3.4.3.3.3	Einladungswettbewerb	334
3.4.3.3.4	Unterschiedliche Wettbewerbsverfahren	334
3.4.3.3.5	Ein- oder zweiphasiges Auslobungsverfahren	335
3.4.3.3.5.1	Offener Wettbewerb	335
3.4.3.3.5.2	Nichtoffener Wettbewerb	335
3.4.3.3.6	Kooperatives Verfahren	336
3.4.3.4	Wettbewerbsteilnahme	336
3.4.3.5	Wettbewerbsdurchführung	337
3.4.3.6	Wettbewerbsunterlagen	338
3.4.3.7	Preisgericht	340
3.4.3.7.1	Arbeitsweise	340
3.4.3.7.2	Überarbeitungsphase	341
3.4.3.7.3	Vergütung des Preisgerichts	343
3.4.3.7.4	Prämierung	344
3.4.3.7.5	Ermittlung der Wettbewerbssumme	344
3.4.3.8	Abschluss des Wettbewerbs	347
3.4.3.8.1	Ergebnis und Öffentlichkeit	347
3.4.3.8.2	Auftrag	348
3.4.3.8.3	Nutzung	348
3.4.3.8.4	Rückversand	349
3.4.3.9	Besondere Bestimmungen für öffentliche Auftraggeber	349
3.4.3.10	Rechtsschutz	349

4

Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der Schwellenwerte nach UVgO

Bearbeitet von Armin Preussler

4.1	Einführung und Überblick	353
4.1.1	Einführung der UVgO	353
4.1.2	Überblick	354

4.2	Sachlicher Anwendungsbereich	355
4.3	Grundsätze der Vergabe nach der UVgO	357
4.4	Vergabeverfahrensarten	358
4.4.1	Die Öffentliche Ausschreibung	358
4.4.2	Die Beschränkte Ausschreibung	359
4.4.3	Die Verhandlungsvergabe	361
4.4.4	Der Direktauftrag	363
4.5	Rahmenvereinbarungen	364
4.6	Dynamische Beschaffungssysteme und elektronische Auktionen	365
4.7	Verfahrensfristen	365
4.8	Kommunikation	366
4.9	Eignung	368
4.10	Leistungsbeschreibung und Produktneutralität	369
4.11	Vergabeunterlagen und Vertragsbedingungen	369
4.12	Bekanntmachung	369
4.13	Angebotseröffnung	370
4.14	Angebotsprüfung und -wertung	370
4.15	Nebenangebote	370
4.16	Vergabevermerk	370
4.17	Verfahrensbeendigung durch Zuschlag oder Aufhebung	371
4.18	Unterrichtung der Bewerber und Bieter und Bekanntmachung der Auftragserteilung	371
4.19	Auftragsänderungen	372
4.20	Soziale und andere besondere Dienstleistungen	372
4.21	Vergabe freiberuflicher Leistungen	372

5

Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A), Ausgabe 2019

Bearbeitet von Ralf Leinemann/Oliver Homann/Malte Offermann

5.1	Einführung	375
5.2	Anpassungen der VOB/A von 2016 zu 2019	375
5.3	Aufbau der VOB/A	376
5.4	Rechtsnatur der VOB/A	378
5.5	Abgrenzung zwischen den Abschnitten 1 und 2 der VOB/A	379
5.6	Abgrenzung zwischen den Abschnitten 2 und 3 der VOB/A	379
5.7	Abgrenzung zwischen Bauaufträgen und anderen Aufträgen ...	380
5.7.1	Die Abgrenzung zwischen Bau- und Lieferaufträgen	382
5.7.2	Die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen	383
5.8	Die Wahl des „richtigen“ Vergabeverfahrens	383
5.8.1	Die Vergabearten im Oberschwellenbereich	384
5.8.2	Die Vergabearten im Unterschwellenbereich	385
5.8.2.1	Öffentliche Ausschreibung	385
5.8.2.2	Beschränkte Ausschreibung	386
5.8.2.3	Freihändige Vergabe	387
5.8.2.4	Direktauftrag	388
5.9	Das Verfahren bis zur Angebotsöffnung	389
5.9.1	Vorinformation und Bekanntmachung	389
5.9.2	Anforderung der Unterlagen im offenen Verfahren/an der öffentlichen Ausschreibung	394
5.9.3	Teilnehmerauswahl bei europaweiten Verfahren mit Teilnahmewettbewerb/der beschränkten Ausschreibung	396
5.9.3.1	Teilnehmerauswahl beim nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und dem wettbewerblichen Dialog	396
5.9.3.2	Teilnehmerauswahl bei der beschränkten Ausschreibung	397

5.9.4	Die Vergabeunterlagen	398
5.9.4.1	Das Anschreiben	399
5.9.4.1.1	Angaben zu Nachunternehmern	399
5.9.4.1.2	Gericht oder Schiedsgericht	402
5.9.4.1.3	Angabe der Wertungskriterien	403
5.9.4.2	Die Vertragsunterlagen	405
5.9.4.2.1	Die Vertragsbedingungen	405
5.9.4.2.2	Die Leistungsbeschreibung	407
5.9.4.2.3	Eindeutige und erschöpfende Beschreibung	407
5.9.4.2.4	Kein ungewöhnliches Wagnis	410
5.9.4.2.5	Anwendung der DIN 18299, Abschnitt O	412
5.9.4.2.6	Grund-, Bedarfs-, Wahlpositionen und Zulagepositionen	413
5.9.4.2.6.1	Grund-, Haupt- oder Normalpositionen	413
5.9.4.2.6.2	Bedarfs- oder Eventualpositionen	414
5.9.4.2.6.3	Wahl- oder Alternativpositionen	415
5.9.4.2.6.4	Zulagepositionen	416
5.9.4.2.7	Angabe der Verhältnisse der Baustelle	417
5.9.4.2.8	Bezeichnungen und technische Spezifikationen	418
5.9.4.2.9	Grundsätzliches Verbot der produktspezifischen Ausschreibung	421
5.9.4.3	Arten der Leistungsbeschreibung	424
5.9.4.3.1	Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	424
5.9.4.3.1.1	Vorgaben zur Beschreibungstechnik	425
5.9.4.3.1.2	Nebenleistungen und Besondere Leistungen	426
5.9.4.3.2	Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm	427
5.9.4.3.2.1	Zulässigkeitsvoraussetzungen	427
5.9.4.3.2.2	Zweckmäßigkeit einer funktionalen Ausschreibung	428
5.9.4.3.2.3	Vereinbarkeit mit vergaberechtlichen Grundsätzen	428
5.9.4.3.2.4	Generalunternehmervergabe	429
5.9.4.3.2.5	Funktionale Ausschreibung – funktionales Angebot	429
5.9.4.3.2.6	Leistungsbestimmungsrecht des Bieters	430
5.9.4.3.2.7	Erstattung der Angebotsbearbeitungskosten	431
5.9.4.4	Die Auslegung der Leistungsbeschreibung	432
5.9.4.5	Ausführungsfristen	433
5.9.5	Grundsätze der Ausschreibung und der Informationsübermittlung	434
5.9.5.1	Vergabereife	434
5.9.5.2	Kommunikation	435
5.9.5.3	Inhalt der Bekanntmachung sowie Angebots- und Bewerbungsfrist	438
5.9.5.4	Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen	439

Inhaltsverzeichnis

5.9.5.5	Fristen	439
5.9.5.5.1	Fristen oberhalb der Schwellenwerte	440
5.9.5.5.2	Fristen unterhalb der Schwellenwerte	441
5.9.5.5.3	Übersicht Ausschreibungsfristen	441
5.9.6	Die Angebotsabgabe	442
5.9.6.1	Form der Angebote	442
5.9.6.2	Inhalt der Angebote	444
5.9.6.2.1	Keine Änderung der Vergabeunterlagen/Nebenangebote	444
5.9.6.2.2	Eintragung der Preise	445
5.9.6.2.3	Änderungen an eigenen Eintragungen	445
5.9.6.3	Nebenangebote	445
5.9.6.3.1	Zuschlagskriterien bei Nebenangeboten	446
5.9.6.3.2	Gleichwertigkeitsprüfung	447
5.9.6.3.3	Zulässigkeitsanforderung Mindestkriterien	447
5.9.6.3.4	Weitere Anforderungen für Nebenangebote	449
5.9.6.3.5	Mehrere Hauptangebote	451
5.9.7	Zurückziehen von Angeboten	451
5.10	Das Verfahren von der Angebotsöffnung bis zum Zuschlag	452
5.10.1	Der Öffnungstermin/Eröffnungstermin	452
5.10.2	Beginn und Dauer der Bindefrist	454
5.10.3	Folgen der Fristverlängerung	457
5.10.4	Die vier Stufen der Prüfung und Wertung der Angebote	458
5.10.4.1	Ausschluss von Angeboten, die inhaltliche oder formelle Mängel aufweisen, § 16 EU VOB/A, 16 VOB/A (Stufe 1)	459
5.10.4.1.1	Zwingende Ausschlussgründe gemäß § 16 EU VOB/A, § 16 Abs. VOB/A	460
5.10.4.1.2	Ausschluss unzulässiger Nebenangebote	461
5.10.4.1.3	Nachforderung von Unterlagen	462
5.10.4.2	Überprüfung der Eignung der Bieter und Ausschlussgründe, §§ 6 EU ff., 16b EU VOB/A, §§ 16b VOB/A (Stufe 2)	468
5.10.4.2.1	Allgemeine Grundsätze	468
5.10.4.2.2	Eignungsnachweise	470
5.10.4.2.3	Mittel der Nachweisführung	473
5.10.4.2.4	Prüfung der Eignung	475
5.10.4.2.5	Eignung bei der Einschaltung von Dritten, insbesondere Generalübernehmervergabe	477
5.10.4.2.6	Eignungsprüfung bei Bietergemeinschaften	481
5.10.4.2.7	Zwingende Ausschlussgründe gemäß § 6e EU Abs. 1-4, § 16 Abs. 1 Nr. 5 und 10 VOB/A	481

5.10.4.2.8	Fakultative Ausschlussgründe gemäß § 6e EU Abs. 6 VOB/A, 16 Abs. 2 VOB/A	484
5.10.4.2.9	Die Zulässigkeit von (koordinierten) Vergabesperren	484
5.10.4.2.10	Gewährleistung des Geheimwettbewerbs, insbesondere im Konzern	486
5.10.4.3	Prüfung der Auskömmllichkeit gemäß §§ 16c EU Abs. 1, 16d EU Abs. 1 Nr. 1, 2 VOB/A, §§ 16c Abs. 1, 16d Abs. 1 Nr. 1, 2 VOB/A (Stufe 3)	489
5.10.4.3.1	Rechnerische Überprüfung	489
5.10.4.3.2	Technische Überprüfung	491
5.10.4.3.3	Wirtschaftliche Überprüfung	492
5.10.4.3.4	Sittenwidrige Einheitspreise – vergaberechtliche Folgen?	494
5.10.4.3.5	Ergänzung der Niederschrift nach Angebotsprüfung	495
5.10.4.3.6	Aufklärung des Angebotsinhalts/Nachverhandlungsverbot	495
5.10.4.4	Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots (Stufe 4)	500
5.10.4.4.1	Bestimmung der Zuschlagskriterien	500
5.10.4.4.2	Wertung und Ermessen	506
5.10.5	Der Zuschlag	509
5.10.6	Information der nicht berücksichtigten Bieter	514
5.10.7	Weiterverwendung nicht berücksichtigter Angebote und Ausarbeitungen	517
5.10.8	Die Dokumentation des Vergabeverfahrens durch den Vergabevermerk	518
5.10.9	Vergabevermerk	518
5.10.10	Melde- und Berichtspflichten des Auftraggebers	521
5.10.11	Die Vertragsurkunde	521
5.11	Aufhebung der Ausschreibung	522
5.11.1	Aufhebungsgründe nach § 17 Abs. 1 VOB/A	522
5.11.2	Verfahren nach Aufhebung einer Ausschreibung	528
5.12	Abschnitt 3 der VOB/A: sicherheits- und verteidigungsspezifische Bauleistungen	528
5.12.1	Unterscheidung VOB/A VS – VOB/A EU	530
5.12.1.1	Vergabearten in der VOB/A VS	530
5.12.1.2	Besondere Anforderungen an Verschlussaufträge und Aufträge mit Anforderungen an die Versorgungssicherheit	530
5.12.1.3	Fristen	530
5.12.1.4	Rahmenvereinbarungen / kein dynamisches Beschaffungssystem	531
5.12.1.5	Vertrauliche Vergabeunterlagen	531

6

Vergabeverfahren der Sektorenauftraggeber nach der Sektorenverordnung

Bearbeitet von Martin Bündenbender

6.1	Die Entwicklung der Sektorenverordnung	533
6.2	Allgemeine Bestimmungen der SektVO	535
6.2.1	Allgemeine Bestimmungen	535
6.2.1.1	Sektorenauftraggeber	535
6.2.1.2	Öffentlicher Auftrag	537
6.2.1.3	Die Schätzung der Auftragswerte	537
6.2.1.4	Freistellung vom Vergaberecht	539
6.2.1.5	Weitere besondere Ausnahmen im Sektorenbereich	541
6.2.1.6	Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe	541
6.2.1.7	Wahrung der Vertraulichkeit	542
6.2.1.8	Vermeidung von Interessenkonflikten und Mitwirkungsverbote	542
6.2.1.9	Dokumentation	545
6.2.2	Kommunikation mit den Bietern	546
6.2.2.1	Grundsatz der elektronischen Kommunikation	546
6.2.2.2	Anforderungen an die elektronischen Mittel	548
6.2.2.3	Anforderungen an den Einsatz der elektronischen Mittel	549
6.3	Vergabeverfahren	550
6.3.1	Verfahrensarten	550
6.3.1.1	Grundsatz der Wahlfreiheit	550
6.3.1.2	Die Vergabeverfahrensarten	551
6.3.1.2.1	Das offene Verfahren	551
6.3.1.2.2	Das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb	552
6.3.1.2.3	Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb	553
6.3.1.2.4	Der Wettbewerbliche Dialog	556
6.3.1.2.5	Die Innovationspartnerschaft	556
6.3.2	Fristen	556
6.3.2.1	Fristen im offenen Verfahren	558
6.3.2.2	Fristen im nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb	558
6.3.2.3	Fristen im wettbewerblichen Dialog	559
6.3.2.4	Fristen bei der Innovationspartnerschaft	559
6.3.2.5	Fristen für zusätzliche Informationen	560

6.3.3	Die Regelfristen und Fristverkürzungen im Überblick	560
6.3.3.1	Die Regelfristen	560
6.3.3.2	Verkürzte Angebotsfrist bei regelmäßig nicht verbindlicher Bekanntmachung	561
6.3.3.3	Verkürzung der Angebotsfrist bei elektronischer Übermittlung der Angebote	561
6.3.3.4	Absolute Mindestfristen	561
6.3.4	Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren	561
6.3.4.1	Rahmenvereinbarungen	561
6.3.4.2	Dynamische Beschaffungssysteme	563
6.3.4.3	Elektronische Auktionen	564
6.3.4.4	Elektronische Kataloge	564
6.3.5	Vorbereitung des Vergabeverfahrens	564
6.3.5.1	Markterkundung	564
6.3.5.2	Aufteilung nach Losen	565
6.3.5.3	Leistungsbeschreibung, technische Anforderungen	566
6.3.5.3.1	Eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung	566
6.3.5.3.2	Zur Auslegung der Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen	569
6.3.5.3.3	Zu ungewöhnlichen Wagnissen	571
6.3.5.3.4	Die Beschreibung technischer Anforderungen	572
6.3.5.3.5	Die Arten der Leistungsbeschreibung	572
6.3.5.3.6	Besondere Nachweisführung	577
6.3.5.4	Vorgaben für Nebenangebote	578
6.3.5.4.1	Zulassung oder Forderung von Nebenangeboten	578
6.3.5.4.2	Angabe von Mindestanforderungen	579
6.3.5.4.3	Festlegung von Zuschlagskriterien	582
6.3.5.4.4	Formale Anforderungen	583
6.3.5.4.5	Keine Zurückweisung wegen Änderung des Vertragstyps	583
6.3.5.5	Benennung von Nachunternehmerleistungen und Nachunternehmern (Unteraufträge)	583
6.3.5.5.1	Begriff des Nachunternehmers	584
6.3.5.5.2	Notwendiger Einsatz Dritter, Nachweis durch Verpflichtungserklärung	585
6.3.6	Veröffentlichung, Transparenz	586
6.3.6.1	Allgemeines	586
6.3.6.2	Die Auftragsbekanntmachung	586
6.3.6.3	Die Regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung	587
6.3.6.4	Die Bekanntmachung über das Bestehen eines Qualifizierungssystems	588
6.3.6.5	Die Vergabebekanntmachung und Bekanntmachung über Auftragsänderungen	588
6.3.6.6	Die Bekanntmachung über die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen	589
6.3.6.7	Beschafferprofil	590

Inhaltsverzeichnis

6.3.6.8	Bereitstellung der Vergabeunterlagen	590
6.3.6.9	Form und Übermittlung der Angebote, Teilnahmeanträge, Interessenbekundungen und Interessenbestätigungen	592
6.3.7	Anforderungen an die Unternehmen	593
6.3.7.1	Eignung und Auswahl der Unternehmen	593
6.3.7.2	Allgemeine Grundsätze	594
6.3.7.2.1	Beurteilungsspielraum des Auftraggebers	596
6.3.7.2.2	Die Vorlage von Eignungsnachweisen	597
6.3.7.2.3	Beschränkung des Teilnehmerkreises	599
6.3.7.2.4	Eignungsnachweis durch Dritte	600
6.3.7.2.5	Eignungsprüfung bei Bewerber- und Bietergemeinschaften	601
6.3.7.2.6	Ausschluss vom Vergabeverfahren	601
6.3.7.3	Qualifizierungssysteme/Präqualifikationsverfahren	602
6.3.8	Prüfung und Wertung der Angebote	605
6.3.8.1	Die vier Wertungsstufen	605
6.3.8.2	Preisprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote	606
6.3.8.4	Allgemeine Angebotsaufklärung	609
6.3.8.5	Unzulässige Nachverhandlungen	609
6.3.8.6	Angebote mit Waren aus Drittländern (§ 55 SektVO)	610
6.3.8.7	Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	611
6.3.8.7.1	Vergabefremde Kriterien	613
6.3.8.7.2	Anforderungen an das Wertungssystem	616
6.3.8.7.3	Wertung anhand einer Spanne	617
6.3.8.7.4	Verzicht auf Angabe der Gewichtung	618
6.3.8.7.5	Preisnachlässe in der Wertung	619
6.3.9	Aufhebung und Einstellung des Vergabeverfahrens	619
6.3.10	Ausnahme von Informationspflichten	622
6.4	Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen und Straßenfahrzeuge	623
6.4.1	Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen	623
6.4.2	Beschaffung von Straßenfahrzeugen	624
6.5	Planungswettbewerbe	624
6.5.1	Wettbewerbszulassung	626
6.5.2	Das Preisgericht	626
6.6	Vergabe von SPNV-Verträgen	627
6.6.1	Exkurs: Keine Bindung privater EVUs	629
6.6.2	Freie Verfahrenswahl bzw. Verfahrensgestaltung	629

6.6.3	Sonderregelungen für Inhouse-Vergaben	630
6.6.4	Notvergaben	631
6.6.5	Bekanntmachungspflichten	631
6.6.6	Betriebsübergang	632

7

Vergaben von Leistungen im Bereich Verteidigung und Sicherheit nach der VSVgV

Bearbeitet von Martin Büdenbender/Armin Preussler

7.1	Entstehung und allgemeiner Überblick	635
7.2	Anwendungsbereich	636
7.2.1	Persönlicher Anwendungsbereich	636
7.2.2	Sachlicher Anwendungsbereich	636
7.2.2.1	Begriff des verteidigungsspezifischen Auftrags	637
7.2.2.2	Verschlussachenauftrag	638
7.2.2.3	Aufträge im unmittelbaren Zusammenhang mit verteidigungs- oder sicherheitsrelevanter Ausrüstung	639
7.2.2.4	Bau- und Dienstleistungen für militärische Zwecke oder im Rahmen eines Verschlussachenauftrags	640
7.3	Schwellenwerte	641
7.4	Differenzierende Behandlungen von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Bauaufträgen	642
7.5	Ausnahmeregelungen	642
7.5.1	Wesentliche Sicherheitsinteressen	642
7.5.2	Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEUV	644
7.5.3	Besondere Ausnahmen bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	644
7.5.4	Ausnahmen bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Konzessionen	646
7.5.5	Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen	648
7.6	Vorbereitung des Vergabeverfahrens	649
7.6.1	Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes	649
7.6.2	Schätzung des Auftragswertes	649
7.6.3	Losbildung	650

Inhaltsverzeichnis

7.6.4	Die Vergabeverfahrensarten	650
7.6.5	Wahrung der Vertraulichkeit	652
7.6.6	Schutz von Verschlussachen	653
7.6.7	Versorgungssicherheit	654
7.6.8	Unteraufträge	655
7.6.9	Leistungsbeschreibung, Bekanntmachung und Fristen	657
7.6.10	Rahmenvereinbarungen	658
7.6.11	Eignungsanforderungen	660
7.6.12	Mitwirkungsverbote	661
7.7	Prüfung und Wertung der Angebote	661
7.8	Verfahrensaufhebung	663

8

Die Konzessionsvergabe nach KonzVgV

Bearbeitet von Thomas Maibaum

8.1	Die Entstehung	665
8.2	Anwendungsbereich	666
8.3	Laufzeit von Konzessionen	672
8.4	Ausgestaltung des Verfahrens	674
8.5	Teilnehmer am Wettbewerb	675
8.5.1	Festlegung von Eignungskriterien	675
8.5.2	Eignungsleihe	677
8.6	Vergabeunterlagen	677
8.6.1	Die Leistungsbeschreibung	678
8.6.2	Bereitstellung der Vergabeunterlagen	681
8.6.3	Zusätzliche Auskünfte zu den Vergabeunterlagen	681
8.7	Bekanntmachung	681
8.7.1	Bekanntmachungsverpflichtung und Ausnahmen	682
8.7.2	Inhalte der Bekanntmachung	683
8.7.3	Form und Modalitäten der Veröffentlichung	683
8.8	Frist- und Formvorgaben	684

8.9	Kommunikationsmittel	685
8.10	Prüfung und Wertung der Angebote	686
8.10.1	Festlegung Zuschlagskriterien	687
8.10.2	Der Zuschlag	689
8.11	Aufhebung des Vergabeverfahrens	689
8.12	Mitteilung an nicht berücksichtigte Bieter	690
8.13	Mitteilung über die Auftragsvergabe	690
8.14	Dokumentation	690

9

Die Überprüfung von Vergabeverfahren

Bearbeitet von Eva-Dorothee Leinemann

9.1	Die Pflicht zur Bieterinformation vor Zuschlagserteilung (§ 134 GWB)	693
9.2	Folgen einer unterbliebenen Bieterinformation – De-Facto-Vergabe	696
9.2.1	Voraussetzungen der Unwirksamkeit	696
9.2.2	Begrenzung der Unwirksamkeit	697
9.3	Vergabekammern	699
9.4	Ausschließliche Zuständigkeit der Vergabekammer	700
9.4.1	Die Organisation der Vergabekammern	701
9.4.2	Abgrenzung der Zuständigkeit	704
9.5	Antrag und Antragsbefugnis	705
9.5.1	Antragsbefugte Beteiligte	705
9.5.2	Drohender Schaden	707
9.6	Keine Nachprüfung nach wirksamer Zuschlagserteilung	710
9.7	Unzulässige Anträge und Präklusion	712
9.7.1	Form der Rüge	713
9.7.2	Rüge von aus der Bekanntmachung erkennbaren Fehlern	714
9.7.3	Rüge von aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Fehlern	716
9.7.4	Rüge nach Ende der Angebotsfrist	717

Inhaltsverzeichnis

9.7.5	Rüge im Nachprüfungsverfahren	718
9.7.6	Präklusion wegen Zurückweisung der Rüge	720
9.7.7	Nichtanwendbarkeit der Präklusionsregeln	721
9.8	Der Antrag auf Nachprüfung	722
9.8.1	Die Verfahrensbeteiligten	724
9.8.2	Verfahrensbeginn	725
9.8.3	Die Erforschung des Sachverhalts durch die Vergabekammer	727
9.8.4	Einsichtsrecht in die Vergabeakten	732
9.8.5	Folge des Antrags: Aussetzung der Vergabe	735
9.8.5.1	Der automatische Suspensiveffekt	735
9.8.5.2	Folgen für die Vergabeentscheidung	735
9.8.5.3	Ausnahmsweise: Vorabgestattung des Zuschlags	736
9.8.5.4	Rechtsmittel gegen die Zuschlagsgestattung oder -ablehnung	740
9.8.5.5	Ausnahmetatbestand zur Wahrung von Sicherheitsinteressen	742
9.8.6	Andere Eingriffsmöglichkeiten der Vergabekammer	742
9.8.7	Die mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer	743
9.8.8	Kompetenz der Vergabekammer	745
9.8.9	Die zwischenzeitliche Erledigung	748
9.8.10	Die Entscheidung der Vergabekammer	749
9.9	Die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammern	751
9.9.1	Systematische Einordnung der Zuständigkeit	751
9.9.2	Die sofortige Beschwerde zum OLG	751
9.9.3	Zuständigkeit der Oberlandesgerichte	754
9.9.4	Beschwerdefähige Entscheidungen der Vergabekammer	754
9.9.5	Sofortige Beschwerde bei Untätigkeit oder Verzug der Vergabekammer	756
9.9.6	Die Beschwerdebegründung	758
9.9.7	Verfahrensbeteiligte	759
9.9.8	Unterrichtung der anderen Verfahrensbeteiligten	759
9.9.9	Vertretung durch einen Rechtsanwalt	761
9.9.10	Ausnahme vom Anwaltszwang	761
9.10	Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde	761
9.10.1	Der Entfall der aufschiebenden Wirkung	762
9.10.2	Die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung	763
9.10.3	Erlass sonstiger vorläufiger Rechtsschutzmaßnahmen	765

9.11 Verfahren vor dem Vergabesenat	766
9.11.1 Mündliche Verhandlung	767
9.11.2 Amtsermittlungsgrundsatz	768
9.11.3 Das Recht auf Akteneinsicht	769
9.12 Die Vorabentscheidung über den Zuschlag	771
9.12.1 Zwischenentscheidung über den Zuschlag	771
9.12.2 Kriterien für die Zuschlagsgestattung	772
9.12.3 Antragstellung	772
9.12.4 Verfahren über die Vorabentscheidung	773
9.12.5 Verfahrensbeendigung, wenn der Zuschlag vorab nicht gestattet wird	774
9.13 Die Entscheidung in der Hauptsache	774
9.13.1 Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer	775
9.13.2 Feststellung der Rechtswidrigkeit	776
9.13.3 Verwerfen der Beschwerde	777
9.14 Kostenentscheidung	777
9.15 Die Vorlage zum BGH	778
9.16 Anrufung des EuGH zur Vorabentscheidung	779
9.17 Bindungswirkung der Entscheidungen	780
9.18 Kosten des Nachprüfungsverfahrens	781
9.18.1 Vergabekammer und Vergabesenat	781
9.18.2 Ansprüche auf Kostenerstattung	785
9.18.3 Anwaltsgebühren im Nachprüfungsverfahren	787
9.19 Missbrauch des Vergaberechtsschutzes	789
9.19.1 Die Schadensersatzansprüche des Auftraggebers gegen einen Bieter	789
9.19.2 Tatbestände des Rechtsschutzmissbrauchs	790
9.20 Schadensersatzansprüche des Bieters gegen den Auftraggeber	794
9.20.1 Der Schadensersatzanspruch nach § 181 GWB	794
9.20.2 Der Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss	800
9.20.3 Der deliktrechtliche Schadensersatzanspruch	811
9.21 Weitere Überprüfungen von Vergabeverfahren	812

10

Bieterrechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

Bearbeitet von Simon Gesing

10.1 Allgemeiner Bieterrechtsschutz bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	813
10.1.1 Vergabekammern nicht zuständig	814
10.1.2 Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet	815
10.1.3 Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vor dem Zivilgericht	816
10.1.4 Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	821
10.1.5 Verstoß gegen Europäische Grundfreiheiten	822
10.1.6 Anspruch auf ein vergaberechtskonformes Verfahren	824
10.1.7 Erhöhte Risiken des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivilgerichten	825
10.1.8 Akteneinsichtsrechte	827
10.1.9 Gesetzliche Regelung ist dringend erforderlich	830
10.2 Bieterrechtsschutz nach einzelnen Landesvergabegesetzen	830
10.2.1 Vorabinformationspflicht und Zuschlagsverbot	832
10.2.2 Länderspezifische Regelungen	834
10.2.2.1 Sachsen	834
10.2.2.2 Sachsen-Anhalt	835
10.2.2.3 Thüringen	836
10.2.3 Zuständigkeit der Nachprüfungsbehörden	837
10.2.4 Rechtsschutz gegen Kostenentscheidungen der Nachprüfungsbehörde	838
10.2.5 Bewertung	839

11

Compliance – Korruptionsbekämpfung und das Vergaberecht

Bearbeitet von Eva-Dorothee Leinemann/Marco Michael Hohensee

11.1 Möglichkeiten der Korruptionsprävention	841
11.1.1 Sensibilisierung und Verhaltenskodex	841
11.1.2 Personalrotation	842
11.1.3 Einhaltung des „Mehr-Augen-Prinzips“	842
11.1.4 Sponsoring und Geschenkannahme	842
11.1.5 Zentrale Vergabestelle und Kontrolle, Trennung der Organisationseinheiten	842

11.1.6	Ausnutzen des Wettbewerbs und Bieterdatei	843
11.1.7	„Anti-Korruptions-Beauftragter“	844
11.1.8	Interessenkollision in der Verwaltung	844
11.1.9	Zuverlässigkeitserklärungen	844
11.1.10	Elektronische Vergabe und EDV-Kontrollwesen	845
11.1.11	Dokumentation im Vergabevermerk	845
11.2	Ausschluss von öffentlichen Aufträgen	846
11.2.1	Zwingende Ausschlussgründe	846
11.2.2	Fakultative Ausschlussgründe	849
11.2.3	Selbstreinigung	850
11.2.4	Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse	854
11.2.5	Vergabesperre	855
11.2.6	Überprüfung der Ausschlussentscheidung durch die Vergabekammer	858
11.2.7	Die Geltung der Unschuldsvermutung im Vergaberecht	860
11.2.8	Integritätsklausel	861
11.3	Landesrechtliche Regelungen	861

12

Vergabestrafrecht und Ordnungswidrigkeiten

Bearbeitet von Laura Jentzsch

12.1	Verstöße gegen den Wettbewerb	865
12.2	Eintragung in das Gewerbezentralregister	867
12.3	Wettbewerbsregister	868
12.4	Unternehmensstrafrecht	869
12.5	Die Strafbarkeit der Preisabsprache als Betrug	870
12.6	Strafbarkeit von Absprachen nach § 298 StGB	872
12.7	Straflosigkeit bei tätiger Reue und Konkurrenzen	876
12.8	Strafwürdiges Verhalten auf Auftraggeberseite	877
12.8.1	Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr	878
12.8.2	Erfasste Personen, Tatbestand	879
12.8.3.	Korruption im Gesundheitswesen – Einführung der §§ 299a StGB / 299b StGB	883

Inhaltsverzeichnis

12.8.4	Besonders schwere Fälle	884
12.8.5	Strafantrag und öffentliches Interesse	885
12.9	Die Verhängung von Geldbußen neben der Strafverfolgung	886
12.9.1	Die Geldbuße nach dem OWiG	886
12.9.2	Bußgelder gegen Personen und Unternehmen	889
12.9.3	Die Verfolgung von Kartellordnungswidrigkeiten	890
12.9.4	Die Verjährungsfristen und Höhe der Geldbuße	891
12.9.5	Die Kronzeugenregelung des Bundeskartellamtes	892
	Abkürzungsverzeichnis	895
	Literaturverzeichnis	905
	Stichwortverzeichnis	925

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

1.1 Grundsätze des Vergabeverfahrens – Entwicklung und grundlegende Prinzipien

Das Vergaberecht in seiner jetzigen Form wurde 2016 vollständig neu gefasst. Nicht zum ersten Mal seit Inkrafttreten des vierten Teils des GWB im Jahr 1999 wurden erhebliche Veränderungen und Neuregelungen geschaffen, die die Vergabepaxis erheblich beeinflussen. Nur wenige Rechtsgebiete haben einen solchen „Schwung“ wie das Vergaberecht. Jährliche Auftragsvergaben der öffentlichen Hand in dreistelliger Milliardenhöhe werden hier erfasst, kategorisiert, geregelt und in einem eigens dafür geschaffenen Rechtsschutzsystem effektiv überprüfbar gemacht (sogenannter Primärrechtsschutz). In den Jahren 2015/2016 fand zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien¹ in nationales Recht eine umfassende Neuregelung aller vergaberechtlichen Vorschriften statt. Der Teil 4 des GWB wurde durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG) neu gefasst und die komplett neu geschaffene Konzessionsverordnung zum 18. April 2016 in Kraft gesetzt.² Derzeit gilt die Neufassung der VOB/A 2019.³ Der Abschnitt 1 der aktualisierten VOB/A 2019 ist bereits am 1. März in Kraft getreten. Die Abschnitte 2 und 3 sind am 18. Juli 2019 in Kraft getreten und weisen ganz überwiegend nur redaktionelle Änderungen im Vergleich zur Fassung 2016 auf.⁴

1

Mit der durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz⁵ vorgenommenen Erweiterung des GWB Teil 4, der seit 1999 das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe einschließlich des Nachprüfungsverfahrens regelt, wurden erstmals auch wesentliche Vergabeverfahrensvorschriften gesetzlich kodifiziert. Der bisherige Teil 4 des GWB mit den §§ 97 bis 129b GWB wurde um 57 Paragraphen ausgedehnt und gilt seit 18.4.2016 in dieser Fassung. Die VgV wurde erheblich erweitert und regelt nun die Vergabe von Lieferungen und Leistungen einschließlich Architekten- und Ingenieurleistungen, die VOL/A und die VOF wurden dadurch abgeschafft.⁶ Der Versuch des BMVI, auch die VOB/A abzuschaffen, ist bis auf weiteres gescheitert.

2

Die seit 2009 geltende Sektorenverordnung (SektVO) wurde 2016 ebenso grundlegend neu gefasst.⁷ Die 2013 eingeführte VSVgV wurde 2016 nur an wenigen Stellen geändert. Am 02.04.2020 ist das Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im

3

1 2014/24/EU; 2014/25/EU; 2014/23/EU.

2 BGBl. I. v. 14.4.2016, S. 683 ff.

3 Gesing/Kirch, VergabeNews 2019, 62 ff.; Janssen, NZBau 2019, 147 ff.

4 Zu den wesentlichen Neuerungen vgl. Vergabe Navigator 5 2019, S. 3.

5 BGBl. I. S. 203.

6 Zu den wesentlichen Neuerungen vgl. Leinemann, VergabeNews 2016, 34 ff.

7 BGBl. I. v. 14.4.2016, S. 657 ff.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik in Kraft getreten, mit dem u.a. § 12 VSVgV geändert wurde.⁸ Die neuen Vergabeverordnungen und die VOB/A sind für alle nach dem 18.4.2016 begonnenen Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte anzuwenden. Unterhalb der Schwellenwerte wurde auf Bundesebene durch die Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 Bundeshaushaltsordnung die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für den Bund und seine Behörden zum 2. September 2017 in Kraft gesetzt.⁹ Von allen Bundesländern wurde und wird die UVgO nach und nach und zum Teil mit erheblichen Abweichungen durch entsprechende Erlasse in Kraft gesetzt.¹⁰

- 4 Das Vergaberecht wurde durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 auf eine aktualisierte rechtliche Grundlage gestellt. Inwieweit die gegenwärtigen Regelungen von Dauer sein werden, dürfte nicht zuletzt davon abhängig sein, wie sich die weiteren Reformbestrebungen entwickeln. Konkrete Vorhaben auf EU-Ebene waren bei Redaktionsschluss nicht bekannt. Viele Bundesländer wollen ihre Vergabegesetze reformieren.
- 5 Noch immer fehlen indes Regelungen zu einem dringend benötigten einheitlichen Rechtsschutzsystem für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte bei ausschließlicher Anwendung der Abschnitte 1 von VOB/A und der UVgO. Eine Verfassungsbeschwerde, die sich gegen die Versagung des Rechtsschutzes durch die Nachprüfungsinstanzen unterhalb der Schwellenwerte richtete, wurde abgewiesen.¹¹ Die Bundesregierung und andere Verbände der öffentlichen Auftraggeber lehnen die Schaffung von Regelungen für einen Unterschwellen-Rechtsschutz offen ab.
- 6 Die Praxis hat sich ihren eigenen Weg gesucht: Zahlreiche Entscheidungen von Oberlandes- und Landgerichten halten mittlerweile den Zivilrechtsweg für solche Überprüfungen von Vergabeverfahren für eröffnet.¹² Die Entscheidung des BVerfG schließt einen derartigen Rechtsschutz der Bieter jedenfalls nicht aus.¹³ Auch unter dem Eindruck dieser wohl nicht mehr aufzuhaltenden Entwicklung entzieht sich die Politik diesem Thema noch immer, sodass auch die Vergaberechtsmodernisierung nichts zum Thema des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte beigesteuert hat. Das ist ein trauriges Beispiel dafür, wie sich Bund, Länder und Kommunen nun schon traditionell im Vergaberecht von der Rechtspraxis treiben lassen, anstatt die klar erkennbaren notwendigen Schritte zu gehen. Dabei gibt es funktionierende Beispiele dafür, wie mit einfachen Mitteln Rechtsfrieden und ein Interessenausgleich erzielt werden können, auch wenn noch keine echte gerichtliche Überprüfung stattfindet: Einige Bundesländer haben für Unterschwellenverga-

8 BGBl. I. v. 01.04.2020, S. 674 ff.

9 Vgl. Leinemann, VergabeNews 2016, 146 ff und VergabeNews 2017, 18 ff.; Lausen, NZBau 2017, 3ff.

10 Vgl. Übersicht Stand Mai 2020 bei Hohensee/Leinemann, VergabeNews 2020, 82 ff.

11 BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – Az. 1 BvR 1160/03, VergabeNews 2006, 108 f.

12 Zuletzt LG Oldenburg, Beschluss vom 02.10.2019 – 5 O 1810/19; ; vgl. dazu unter Rn. 2221 ff.

13 Ebenso wenig BVerwG, Beschl. v. 8.8.2006 – 6 B 65.06, VergabeNews 2006, 106.

ben einen vereinfachten Rechtsschutz eingeführt. So hat das Bundesland Sachsen als erstes mit dem Sächsischen Vergabegesetz¹⁴ und der zugehörigen Durchführungsverordnung eine praktikable und anerkannte Lösung für die Behandlung von Meinungsverschiedenheiten bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte geschaffen, die gut umgesetzt und angenommen worden ist.¹⁵ Die Hoffnung auf die gesetzliche Einführung eines bundeseinheitlichen Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte sollte daher auch im Hinblick darauf nicht aufgegeben werden, dass sich derzeit eine regional unterschiedliche und demgemäß zersplitterte Einzelfallrechtsprechung entwickelt, die bei einer im Grunde bundesweit einheitlich anzuwendenden Materie nicht im Interesse der beteiligten Auftraggeber und Bieter sein kann.

1.1.1 Das Wettbewerbsprinzip

Einige Grundprinzipien, die jedem Vergabeverfahren zugrunde liegen müssen, sind durch die europäische wie auch die deutsche Rechtsprechung mittlerweile fest verankert und damit auch stets Grundlage für die Beurteilung vergaberechtlicher Fallgestaltungen. Das GWB hat diese Grundsätze in § 97 GWB übernommen.¹⁶

7

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Die Begriffe „Wettbewerb“ und „Transparenz“ haben damit Eingang ins Gesetz gefunden. Allerdings gilt diese Maßgabe nur für öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber, mithin denjenigen Adressatenkreis, den §§ 98 bis 101 GWB näher definiert. Private Auftraggeber müssen ihre Vergaben hingegen weder transparent noch im Wettbewerb tätigen. Auch ein privater Auftraggeber kann sich allerdings an die Regeln für öffentliche Auftragsvergaben binden, z.B. an die VOB/A. Dann ist er vertraglich verpflichtet, diese Regeln auch einzuhalten.¹⁷ Weitere Einschränkungen für den Geltungsbereich des förmlichen Vergaberechts finden sich in §§ 107 bis 109 GWB für eine ganze Reihe von besonderen Vergaben.

8

Auch vor Inkrafttreten von Teil 4 des GWB galt bereits das Wettbewerbsprinzip, das allerdings seinerzeit noch in den Verdingungsordnungen auf der Basis von §§ 57a bis 57c HGrG¹⁸ und der seinerzeitigen Nachprüfungsverordnung verankert war. Auf europäischen wie auch auf amerikanischen Druck ist es letztlich zurückzuführen, dass in der Bundesrepublik schließlich eine gesetzliche Grundlage, ins-

9

14 Seit 2013 in novellierter Fassung: Sächsisches Vergabegesetz (SächsVergabeG) v. 14.2.2013, Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 2/2013 v. 13.3.2013.

15 Auch in den Bundesländern Thüringen und Sachsen-Anhalt gibt es mittlerweile ähnlichen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, vgl. Leinemann/Kirch, VergabeNews 2013, 86 ff., Rn. 2263 ff.; Leinemann/Gesing, VergabeNews 2019, 194 ff.

16 Burgi, NZBau 2008, 29 ff.

17 BGH. Urt. v. 21.2.2006 – X ZR 39/03; Franzius, VergabeNavigator 4/2006, 17.

18 Die Vorschriften wurden durch das VergRÄndG zum 1.1.1999 aufgehoben.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

besondere für die Nachprüfung von Vergabeverfahren, geschaffen wurde.¹⁹ Die vor 1999 bestehende sogenannte haushaltsrechtliche Lösung in der Bundesrepublik war nicht mehr haltbar, nachdem der Europäische Gerichtshof mit Ur t. v. 11.8.1995 entschieden hatte, dass den Bietern auf diese Weise keine gerichtlich durchsetzbaren subjektiven Rechte gewährt würden und damit ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorliege.²⁰

- 10** Trotz all dieser Begleitumstände ist jedenfalls das Wettbewerbsprinzip im deutschen Vergaberecht nichts Neues. Es war bereits in den Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten.
- 11** Das Wettbewerbsprinzip bedeutet, dass möglichst vielen Unternehmen die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren gegeben wird.²¹ Es gilt für Auftraggeber und Bieter gleichermaßen²² und ist in allen Phasen eines Vergabeverfahrens zu beachten.²³ Ein Verzicht auf Wettbewerb ist nur dort möglich, wo aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten oder einer besonderen Stellung eines bisherigen Auftragnehmers ohnehin nur ein Bieter in Betracht kommt.²⁴ Ausfluss des Wettbewerbsgrundsatzes ist es beispielsweise, dass die Ausnahmen für die Zulässigkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens eng auszulegen sind.²⁵ Bei dem zwischen den Bietern zu führenden Wettbewerb geht es darum, durch eigene Leistung, deren Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den öffentlichen Auftraggeber zum Abschluss eines Vertrages zu bestmöglichen Konditionen zu veranlassen. Wettbewerblich nicht begründete Dumpingangebote, die zur gezielten Verdrängung von Wettbewerbern abgegeben werden, müssen daher trotz des günstigen Preises ausgeschieden werden.²⁶ Ebenfalls verstößt es gegen das Wettbewerbsprinzip, wenn der öffentliche Auftraggeber die Anforderungen an die Bieter so hoch steckt, dass nur ein ganz kleiner Kreis von Bietern

19 In einem Bericht des amerikanischen Handelsbeauftragten vom April 1996 wurde der Umstand, dass die amerikanischen Unternehmen General Electric und Westinghouse bei Vergabeverfahren von Kraftwerksbauten der VEAG nicht zum Zuge kamen, zum Anlass genommen, von gravierender Behinderung amerikanischer Unternehmen bei der Auftragsvergabe in Deutschland zu sprechen. Die Bundesregierung wurde unter Androhung von Sanktionen durch die amerikanische Regierung aufgefordert, konkrete Maßnahmen zur Herstellung eines fairen Wettbewerbs bis 30.9.1996 vorzulegen. Der Gesetzentwurf für das Vergaberechtsänderungsgesetz wurde erstmals am 25.9.1996 vorgelegt, so FAZ v. 25.9.1996.

20 EuGH, Ur t. v. 11.08.1995 – C-433/93, NVwZ 1996, 367.

21 Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, § 97 GWB, Rn. 5; Waldner, S. 95.

22 Byok/Jaeger-Hailbronner, § 97 GWB Rn. 14.

23 OLG Stuttgart, Beschl. v. 15.09.2003 – 2 Verg 8/03, VergabeR 2004, 384, 385; BayObLG, Beschl. v. 05.11.2002 – Verg 22/02, VergabeR 2003, 187, 189; OLG Celle, Beschl. v. 16.01.2002 – 13 Verg 1/02, VergabeR 2002, 299, 301; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.01.2002 – Verg 36/01, VergabeR 2002, 169, 170; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.04.2001 – 11 Verg 1/01, VergabeR 2001, 299, 302.

24 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 993.

25 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.07.2017 – Verg 13/17; Jaeger, NZBau 2001, 427, 433; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, § 97 GWB Rn. 6. Auch § 30 HGrG begründet das Erfordernis einer öffentlichen Ausschreibung oder einer Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb.

26 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16; KG, Beschl. v. 07.11.2001 – KartVerg 8/01, VergabeR 2002, 95 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2000 – Verg 28/00, VergabeR 2001, 128.

für Verhandlungen infrage kommt.²⁷ Allerdings kann eine besonders schwierige Baumaßnahme im Interesse der Gefahrenabwehr im Ausnahmefall auch eine starke Beschränkung des Bieterkreises rechtfertigen, was freilich einer sorgfältigen Begründung bedarf.²⁸ Unverzichtbares Kennzeichen einer Auftragsvergabe im Wettbewerb ist der zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern bestehende Geheimwettbewerb.²⁹ Nur dann, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote, Angebotsgrundlagen und Angebotskalkulationen seiner Mitbewerber um den Zuschlag anbietet, ist ein echter Bieterwettbewerb möglich.

Gibt es Anhaltspunkte, dass es durch die Bildung einer Bietergemeinschaft ausnahmsweise zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 GWB gekommen ist, kann eine Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes vorliegen, die einen Angebotsausschluss ausnahmsweise rechtfertigt.³⁰ Keinesfalls ist aber bei Bietergemeinschaften generell vom Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen.³¹

12

1.1.2 Der Grundsatz der transparenten Verfahrensführung

Das Gebot zur Durchführung transparenter Vergabeverfahren ist notwendiger Ausfluss des Wettbewerbsgedankens. Dazu gehören nach Möglichkeit die Durchführung offener und nicht hinsichtlich des Bieterkreises beschränkter Verfahren sowie die möglichst weitgehende Streuung von Vergabeankündigung und Vergabeunterlagen. Ein transparentes Verfahren schützt auch vor Absprachen nur weniger Beteiligten. Ausfluss dieser Transparenz sind daher gerade auch die Publizitätsvorschriften in den Vergabe- und Vertragsordnungen, die subjektive Rechte

13

27 VK Bund, Beschl. v. 19.09.2001 – VK 33/01, VergabeR 2002, 72 m. Anm. Zdzieblo. Weitere Beispiele für Verstöße gegen das Wettbewerbsprinzip bei: Immenga/Mestmäcker-Dreher, GWB, § 97 Rn. 19 ff.

28 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.9.2005 – Verg 49/05 und 50/05 (Beschl. nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB; danach Rücknahme der sofortigen Beschwerde).

29 Zum Geheimwettbewerb vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 30.7.2004 – 1 Verg 10/04; OLG Jena, Beschl. v. 19.4.2004 – 6 Verg 3/04; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.7.2006 – Verg 23/06 und OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.09.2003 – Verg 52/03, VergabeR 2003, 690; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2010 – Verg 50/10; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2011 – Verg 4/11; OLG München, Beschl. v. 17.1.2011 – Verg 2/11, VergabeNews 2011, 19 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.5.2012 – VII-Verg 3/12; EuGH, Urt. v. 23.12.2009 – C-376/08; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2018 – 15 Verg 7/18; VK Bund, Beschl. v. 21.11.2012 – VK 3-126/12; Franzius/Ebert, VergabeNews 2006, 42 ff.; Motzke/Pietzcker/Prieß-Gröning, VOB, Syst IV, Rn. 57; Ehrig, VergabeR 2010, 11 ff.; Dirksen/Schellenberg, VergabeR 2010, 17 ff.

30 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2014 – Verg 2/14.

31 A.A. KG, Beschl. v. 24.10.2013 – Verg 11/13; vgl. dazu nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2018 – Verg 39/17; OLG Celle, Beschl. v. 08.07.2016 – 13 Verg 2/16; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.06.2016 – 1 Verg 2/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – Verg 22/14; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.11.2014 – 15 Verg 6/14; VK Sachsen, Beschl. v. 23.5.2014 – 1/SVK/011-14; Leinemann, VergabeNews 2014, 82 ff.; Leinemann, VergabeR 2015, 281 ff.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

der Bieter begründen.³² Zum Transparenzgebot gehört auch, dass ein öffentlicher Auftraggeber von selbst aufgestellten Vergabekriterien nach ihrer Bekanntmachung bei der späteren Angebotsprüfung nicht abweichen kann.³³ Spätestens mit der Inkraftsetzung von § 97 Abs. 1 GWB ist daher der maßgebliche Zweck der förmlichen Vergabeverfahren nicht mehr allein in einer möglichst wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung öffentlicher Gelder zu sehen, sondern es geht auch darum, den am Wirtschaftsleben teilnehmenden Unternehmen faire und transparente Wettbewerbsbedingungen zu schaffen.

- 14** Die Transparenz des Vergabeverfahrens ist eine wesentliche Voraussetzung für die Herstellung der Chancengleichheit der Bieter und die Schaffung eines funktionierenden Wettbewerbs.³⁴ In den europäischen Vergaberichtlinien ist das Transparenzprinzip vor allem in den Publizitätsvorschriften umgesetzt, während im nationalen Recht § 97 Abs. 1 GWB ein ausdrückliches Transparenzgebot bei der Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen und der Vergabe von Konzessionen enthält.³⁵ Das Transparenzgebot verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber dazu, die von ihnen beabsichtigte Auftragsvergabe in geeigneter Art und Weise bekannt zu machen.³⁶ Die Heilung eines Fehlers im Bekanntmachungstext erfordert aus Transparenzgründen eine Veröffentlichung der Berichtigung in dem Pflichtmedium.³⁷ Eine grundlegende Änderung der zu vergebenden Leistung ist selbst im Verhandlungsverfahren nicht möglich.³⁸ Letztlich soll durch ein transparentes Verfahren verhindert werden, dass bestimmte Bieter oder Bewerber bevorzugt werden und dadurch ein echter Wettbewerb verhindert wird. Der öffentliche Auftraggeber kann sich auch nicht darauf beschränken, die Zuschlagskriterien als solche zu benennen und bekannt zu machen, sondern hat den Bietern ebenfalls die zur Ausfüllung eines Zuschlagskriteriums aufgestellten Unterkriterien und deren Gewichtung mitzuteilen, um so die Transparenz des Verfahrens und die Chancengleichheit der Bieter zu gewährleisten.³⁹ Aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung folgt, dass sogar die Auswahlkriterien und deren Gewichtung den Bewerbern im Voraus bekannt zu geben sind, wenn der öffentliche Auftraggeber sie vor der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung aufgestellt hat.⁴⁰ Aus Transparenzgründen müssen die Bieter anhand des

32 EuGH Urt. v. 20.9.1988, – 31/87, Slg. 1988, 4652 -Beentjes, EuGH, Urt. v. 18.10.2001 – C 19/00 – SIAC Ltd, VergabeR 2002, 31, 35.

33 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.04.2001 – 11 Verg 1/01, VergabeR 2001, 299, 304; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.2.2004 – Verg 77/03, VergabeR 2004, 537, 540 m. Anm. Leinemann; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2000 – Verg 6/00, BauR 2000, 1603, 1606; vgl. auch BGH, NJW 1998, 3644, 3646.

34 Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 12; Byok/Jaeger-Hailbronner, § 97 GWB Rn. 24; Höfler, NZBau 2010, 73 ff.

35 Kämper/Heßhaus, NZBau 2003, 305, 306.

36 EuGH, Slg. 1996, I-2043 – Wallonische Busse; Boesen, GWB, § 97 Rn. 16; Waldner, S. 95.

37 OLG Naumburg, Beschl. v. 30.4.2014 – 2 Verg 2/14.

38 OLG Dresden, Beschl. v. 03.12.2003 – W Verg 15/03, ZfBR 2004, 303; OLG Celle, Beschl. v. 29.10.2009 – 13 Verg 8/09; Schütte, ZfBR 2004, 237, 240.

39 OLG Celle, Beschl. v. 11.6.2015 – 13 Verg 4/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.1.2011 – Verg 64/10.

40 OLG Saarbrücken, Beschl. v. 15.10.2014 – 1 Verg 1/14.

mitzuteilenden Bewertungsmaßstabes auch erkennen können, welcher Erfüllungsgrad einem Punktwert entspricht.⁴¹ Ausfluss des Transparenzgrundsatzes ist daher auch die Informationspflicht der Bieter über die beabsichtigte Auftragsvergabe nach § 134 GWB und das Erfordernis eines ausführlichen und nachvollziehbaren Vergabebermerks (§ 8 VgV).⁴²

1.1.3 Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB

In § 97 Abs. 1 S. 2 wird seit 2016 geregelt, dass bei der Vergabe der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu wahren ist. Damit wird die Wirtschaftlichkeit, die bislang im Hinblick auf verschiedene Aspekte der Zuschlagserteilung in § 97 Abs. 5 und § 101 Abs. 6 GWB („wirtschaftlichstes Angebot“) und § 115 Abs. 2 S. 1, § 118 Abs. 2 S. 1, § 121 Abs. 1 S. 2 GWB a.F. („wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers“) berücksichtigt war, erstmals auch als allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens hervorgehoben.⁴³ Eine echte Neuerung ist damit aber nicht verbunden.

15

1.1.4 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB

Dass öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen, insbesondere bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen, war bis 2016 nicht ausdrücklich normiert. Durch die 2016 eingeführte Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angetastet; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht.⁴⁴ Die öffentlichen Auftraggeber haben gem. § 124 Abs. 1 GWB ausdrücklich bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollen nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Unternehmens führen; allerdings können wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten einen Ausschluss rechtfertigen.⁴⁵ Eine Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich in § 45 Abs. 2 VgV bzw. § 6a EU Nr. 2 c VOB/A. Danach darf der vom Auftraggeber verlangte Mindestjahresumsatz grundsätzlich

16

41 Vgl. VK Bund, Beschl. v. 1.2.2016 – VK 2 – 3/16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.10.2015 – Verg 28/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.3.2016 – Verg 48/15.

42 Immenga/Mestmäcker-Dreher, GWB, § 97 Rn. 30; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 12; vgl. Rn. 2301 ff.

43 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 67, zu § 97 Abs. 1 GWB-Entwurf.

44 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 67, zu § 97 Abs. 1 GWB-Entwurf; vgl. zum Leistungsbestimmungsrecht auch Rn. 1237a m.w.N.

45 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 104, zu § 124 GWB-Entwurf.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

das Zweifache des geschätzten Auftragswertes nicht überschreiten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit korrespondiert ebenso mit dem von der Rechtsprechung auch für das Vergabeverfahren für anwendbar erklärten Geboten von Verfahrensfairness und Treu und Glauben.⁴⁶ Offen ist nach wie vor, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen eigenständigen Regelungsinhalt hat und § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB selbst insoweit als bieterschützende Norm anzusehen ist oder ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiterhin nur über die jeweils individuellen Regelungen des Vergaberechts Anwendung findet.⁴⁷

1.1.5 Der Grundsatz der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB

1.1.5.1 Allgemeines

- 17** Nach § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist aufgrund des Gesetzes⁴⁸ ausdrücklich geboten oder gestattet. Europarechtlich wird der Gleichbehandlungsgrundsatz auch als Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV bezeichnet. Das Gebot der Gleichbehandlung und der Chancengleichheit der Bieter ist ein zentrales Prinzip des europäischen Vergaberechts.⁴⁹ Von einem fairen Wettbewerb kann nur gesprochen werden, wenn sich alle Bieter sicher sein können, dass kein Teilnehmer aus irgendwelchen Gründen benachteiligt oder bevorzugt, also ohne ausreichenden Grund anders als andere Teilnehmer behandelt wird.⁵⁰ Das Gleichbehandlungsgebot erfordert es, dass ein gerechtes und faires Vergabeverfahren nach objektiven Maßstäben zu gestalten ist.⁵¹ Es erfordert nach ständiger Rechtsprechung, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist.⁵²
- 18** Schon vor Inkrafttreten des GWB hatten sich Gerichte und Vergabeüberwachungsausschüsse mit Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot zu befassen. Ein immer wieder vorkommender Fall liegt darin, dass einem Bewerber Informationen vorenthalten, verspätet oder unvollständig übermittelt werden, die anderen Bewerbern bereits vorliegen.⁵³ Der Informationsvorsprung des bisherigen Leistungserbringers eines Dienstleistungsauftrages führt grundsätzlich nicht zum Ausschluss des bisherigen Dienstleisters. Auch dieser hat Anspruch auf Gleichbe-

46 Vgl. die Nachweise bei Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, S. 56 ff.

47 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.09.2017 – Verg 9/17.

48 z.B. § 118 GWB wonach öffentliche Aufträge Behindertenwerkstätten vorbehalten werden können.

49 EuGH, Slg. 2001, I-7725 -SIAC; Slg. 1996, I-2043, 2085 – Wallonische Busse.

50 Motzke/Pietzcker/Prieß-Gröner, VOB, Syst IV, Rn. 55; Waldner, S. 96.

51 Prieß, Hdb. d. europäischen Vergaberechts, S. 218.

52 EuGH, Urt. v. 10.10.2013 – C-336/12, Rn. 29f.; OLG Schleswig, Beschl. v. 13.06.2019 – 54 Verg 2/19.

53 VÜA Bund, WuW/E VergAB 42, 48; VK Bund, Beschl. v. 27.01.2017 – VK 2-131/16.

handlung bei der (neuen) Auftragsvergabe und damit ein Beteiligungsrecht.⁵⁴ Ausländer und Inländer, große und kleine Unternehmen müssen grundsätzlich gleichbehandelt werden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch verletzt, wenn die Vergabestelle zunächst einen vor dem Eröffnungstermin liegenden Tag zur Angebotsabgabe benannt hat, dann aber die Angebotsfrist bis zum Eröffnungstermin verlängert, ohne alle Bieter hiervon zu unterrichten.⁵⁵ Setzt ein öffentlicher Auftraggeber eine Frist für die Abgabe von Angeboten, so können die Bieter aus Gründen der Gleichbehandlung verlangen, dass verfristete Angebote ausgeschlossen werden.⁵⁶ Einen Verstoß stellt es auch dar, wenn der Auftraggeber es unterlässt, jedem ihm bekannten Beteiligten am Verfahren wesentliche Änderungen der Angebotsunterlagen unverzüglich bekannt zu geben.⁵⁷ Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz sind verletzt, wenn die Vergabestelle bei der Endauswahl in ihrer Bewertung höhere Anforderungen stellt, als es nach den Vergabeunterlagen zu erwarten war.⁵⁸ Hat der öffentliche Auftraggeber von seiner Befugnis zur Verfahrensgestaltung – unabhängig von der Wahl des Vergabeverfahrens – Gebrauch gemacht, ist er bereits aus Gründen der Gleichbehandlung strikt an die selbst gesetzten Vorgaben gebunden.⁵⁹

Bieter dürfen nicht aufgrund sachfremder Erwägungen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden.⁶⁰ Nachdem der Auftraggeber Eignungs- und Zuschlagskriterien festgesetzt hat, können die Bieter aus Gründen der Gleichbehandlung verlangen, dass der Auftraggeber seine Entscheidung über den Zuschlag nach den vorab bekannt gemachten Kriterien zu treffen hat.⁶¹ Darüber hinaus liegt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor, wenn Angebote in der weiteren Wertung berücksichtigt werden, die im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht die in den Vergabeunterlagen geforderten Mindestanforderungen erfüllen.⁶²

19

1.1.5.2 Die Behandlung staatlicher Beihilfen

Eine Ungleichbehandlung von Bietern könnte auch dadurch gegeben sein, dass ein einzelner Bieter für seinen Geschäftsbetrieb oder sogar für den konkreten Auftrag

20

54 OLG Bremen, Beschl. v. 9.10.2012 – Verg 1/12.

55 OLG Dresden, Beschl. v. 14.04.2000 – W Verg 0001/00, BauR 2000, 1591, 1594.

56 OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 169; VK Münster, Beschl. v. 9.4.2003 – VK 05/03.

57 BGH, BauR 1997, 636.

58 KG, Beschl. v. 13.10.1999 – Kart Verg 3/99, BauR 2000, 565, 566.

59 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.01.2002 – Verg 36/01, VergabeR 2002, 169; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.3.2010 – Verg 12/10; Schütte, ZfBR 2004, 237, 240; Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, VOB, § 3 EU VOB/A Rn. 17.

60 OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.7.2001, 1 VK 12/01, Grund des Ausschlusses des Bieters war eine Stellungnahme des Betriebsrates, die offensichtlich nicht beweisbar war, da sie lediglich ein subjektives Stimmungsbild widerspiegelte. Daher war der Ausschluss als willkürlich bewertet worden und es lag ein Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB vor.

61 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.11.2003 – Verg 59/03, ZfBR 2004, 202; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 10.04.2001 – 11 Verg 1/01, VergabeR 2001, 299, 302; OLG Celle, Beschl. v. 11.6.2015 – 13 Verg 4/15; weiter zu gleichbehandlungswidrigen Vergabepraktiken vgl. Immenga/Mestmäcker-Dreher, GWB, § 97 Rn. 49 ff.

62 EuGH, Urte. v. 28.11.2002 – T 40/01; VK Bund, Beschl. v. 25.5.2004, VK 1-51/04; VK Münster, Beschl. v. 9.4.2003 – VK 05/03.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

staatliche Beihilfen in Anspruch nehmen kann, während dies anderen Bieterinnen nicht (mehr) möglich ist.⁶³ Fest steht zunächst, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags für sich genommen keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Es liegt jedenfalls dann keine Begünstigung vor, wenn sich Zahlungen der öffentlichen Hand oder auch die Nichterhebung von Abgaben tatsächlich als marktgerechte Gegenleistung für eine erbrachte Leistung darstellen.⁶⁴

21

Aber auch wenn ein Vergabeverfahren durchgeführt wird und verschiedene Bieter ihre Angebote im Wettbewerb überreichen, könnte eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung dadurch entstehen, dass ein einzelner Bieter durch die vorherige Gewährung von Beihilfen eine Begünstigung erfährt, die gegebenenfalls korrigiert werden oder zum Ausschluss dieses Bieters führen müsste. Im Grundsatz hat der EuGH bereits entschieden, dass die Zulassung von Bieterinnen, die öffentliche Zuwendungen gleich welcher Art erhalten, unbedenklich ist, auch wenn die Zuwendungen es den Bieterinnen ermöglichen, deutlich günstigere Preise gegenüber den Mitbewerberinnen anzubieten.⁶⁵ Allerdings kommt ein Ausschluss eines Bieters dann in Betracht, wenn er eine unzulässige Beihilfe erhalten hat und seine Leistungsfähigkeit durch die drohende Verpflichtung, diese zurückzuzahlen, gefährdet ist.⁶⁶ Es wäre daher nicht zulässig, den Preis eines Bieters etwa um die unzulässig erhaltene Beihilfe zu erhöhen. Ein Ausschluss kommt lediglich dann in Betracht, wenn ein ungewöhnlich niedriger Preis angeboten wird (§ 60 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 4 VgV, § 16d EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A).⁶⁷ Die Vergabe(ver)ordnungen enthalten in § 60 Abs. 2 Nr. 5, Abs. 4 VgV und § 16d EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die ausdrückliche Regelung, dass Angebote, die aufgrund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, von den Auftraggebern nur zurückgewiesen werden dürfen, wenn das Unternehmen nach Aufforderung innerhalb einer vom Auftraggeber festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde.⁶⁸ Eine entsprechende Regelung enthält § 54 Abs. 4 SektVO für Auftragsvergaben im Sektorenbereich und § 44 Abs. 4 UVgO für den Unterschwellenbereich. Tatbestandsvoraussetzungen für die Ablehnung eines Angebots wegen nicht nachgewiesener Rechtmäßigkeit einer staatlichen Beihilfe ist aber, dass die Beihilfeleistung überhaupt ursächlich für den ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis ist.⁶⁹

63 Zur Beihilfenproblematik vgl. Hertwig, VergabeR 2008, 589 ff.; Dreher, NZBau 2008, 93 ff. u. 154 ff.; Hübner, VergabeR 2015, 154 ff.

64 EuGH, Rs. C-53/00, Ferring, Rn. 29; – C-280/00, Altmark Trans, Rn. 87 ff.; Prieß, S. 26.

65 EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn. 32, 38.

66 EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Rn. 30; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002 – Verg 22/02.

67 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.7.2002 – Verg 22/02, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.07.2002 – Verg 22/02, NZBau 2002, 634; Pünder, NZBau 2003, 530, 536 f.

68 OLG Koblenz, Beschl. v. 10.8.2009 – 1 Verg 8/09.

69 VK Rheinland, Beschl. v. 05.06.2019 – VK 11/19.

1.1.5.3 Mitwirkung von Sachverständigen und Projektanten

22

Ein Ausfluss des Grundsatzes des fairen Wettbewerbs ist die Regel, dass Sachverständige, die der Auftraggeber zur Mitwirkung beim Vergabeverfahren einschaltet, weder unmittelbar noch mittelbar an der betreffenden Vergabe beteiligt sein dürfen. Abzugrenzen ist dieses Mitwirkungsverbot der Sachverständigen von Tätigkeiten von Ingenieurbüros, die im Auftrag eines Auftraggebers die planerischen Vorleistungen für die auszuschreibende Leistung erbringen (sogenannte Projektanten).⁷⁰ Projektanten sind solche Unternehmen, die für den öffentlichen Auftraggeber Vorarbeiten für das Vergabeverfahren geleistet haben.⁷¹ Die wettbewerbsrechtliche Problematik liegt darin, dass der Projektant gegenüber den anderen Bewerbern einen Informationsvorsprung besitzt, sodass eine Chancengleichheit im Wettbewerb fraglich wird.⁷² Eine Beteiligung von Projektanten auf Bieterseite kann nach der Rechtsprechung des EuGH dennoch nicht per se als unzulässig bewertet werden,⁷³ sondern der Bieter muss sich hinsichtlich einer potenziell vorliegenden Wettbewerbsverfälschung entlasten können. Das wird möglich sein, wenn allen Bewerbern die gleichen Informationen zugänglich gemacht werden können und so ein Ausgleich des zunächst bestehenden Vorsprungs erzielt wird.⁷⁴ Darum muss sich der Auftraggeber auch nach pflichtgemäßem Ermessen bemühen.⁷⁵ Eine entsprechende Regelung enthalten § 7 VgV, § 5 UVgO bzw. § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A. Eine einfache Erklärung des betroffenen Bieters dürfte freilich noch nicht ausreichend sein.⁷⁶ Vielmehr muss der Projektant/Bieter darlegen, dass er keine überlegenen Kenntnisse hat und auch im Übrigen ausgeschlossen ist, dass die Ausschreibung durch seine Mitwirkung auf ihn als Bieter zugeschnitten ist. Die Möglichkeit, ein vorbefasstes Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn daraus eine Wettbewerbsverzerrung resultiert und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann, ist in § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB geregelt. Der betreffende Bewerber oder Bieter wird vom Verfahren nur dann ausgeschlossen, wenn keine andere Möglichkeit besteht, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu gewährleisten, so ausdrücklich § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A.

70 Zur Projektantenproblematik vgl. Kirch/Ebert, VergabeNews 2005, 62 ff.; Kupczyk, NZBau 2010, 21 ff.

71 Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, § 6 VOB/A, Rn. 31; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 11; Voppel, VergabeR 2003, 580, 581.

72 Daub/Eberstein-Zbieblo, § 97 GWB, Rn. 27; Kapellmann/Messerschmidt-Glahs, § 6 VOB/A, Rn. 25; Kulartz/Kus/Portz, § 97 GWB, Rn. 10; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, 6, 11.

73 EuGH, Urt. v. 3.3.2005 – C-120/03 so auch OLG Celle, Beschl. v. 14.4.2016 – 13 Verg 11/15; VK Bremen, Beschl. v. 07.06.2019 – 16-VK 4/19, VergabeNews 2019, 183 f.

74 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2005 – Verg 67/05; OLG München, Beschl. v. 10.2.2011 – Verg 24/10; Heiermann/Riedl/Rusam-Bauer, § 6 VOB/A, Rn. 31; Kapellmann/Messerschmidt-Glahs, § 6 VOB/A, Rn. 25; a. A. VK Lüneburg, Beschl. v. 21.1.2003, 203. – VgK-30/2002, allein die Tatsache, dass ein Bieter im Vorfeld mitgewirkt hat, reicht für die Annahme einer Wettbewerbsverzerrung nicht aus. Es müssen vielmehr konkrete Verletzungen einzelner Vergabebestimmungen hinzukommen.

75 OLG München, Beschl. v. 25.7.2013 – Verg 7/13; VK Lüneburg, Beschl. v. 27.01.2017 – VgK-49/2016.

76 Leinemann/Kirch, VergabeNavigator 1/2006, S. 28, 30.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

- 23** Bewirbt sich eine Gesellschaft, an der der Auftraggeber beteiligt ist, um einen von diesem Auftraggeber ausgeschriebenen Auftrag, stellt sich ebenso die Frage nach der Verletzung der Chancengleichheit.⁷⁷ Noch ist freilich ungeklärt, wie tiefgreifend die Beziehungen zwischen einem am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen und demjenigen sein müssen, der bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens tätig war.⁷⁸ Ein Wettbewerbsverstoß kann wohl erst dann bejaht werden, wenn deutliche Hinweise auf vergaberechtswidriges Verhalten und die entsprechende Erlangung von Wettbewerbsvorteilen bestehen.⁷⁹ Wie auch ein Rückschluss aus § 6 Abs. 3 VgV zeigt, ist für die Beurteilung eines Bewerbungsverbot nicht etwa ausschließlich darauf abzustellen, ob eine abstrakte Möglichkeit für wettbewerbsverzerrende Informationsflüsse besteht. Die Darlegungs- und Beweislast liegt aufseiten desjenigen, der sich auf ein vergaberechtswidriges Verhalten beruft. Der EuGH hat sich hierzu auch in diesem Sinn geäußert.⁸⁰ Die dazu aufgestellten Leitsätze lauten dahin gehend, dass es unzulässig ist, eine Person, die mit Forschungs-, Erprobungs-, Planungs- oder Entwicklungsarbeiten für Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen betraut war, von der Angebotsabgabe auszuschließen, ohne die Möglichkeit zum Nachweis zu geben, dass nach den Umständen des Einzelfalls die Vorbefassung den Wettbewerb nicht hat verfälschen können. Das gilt auch für ein Unternehmen, das mit einer derart vorbereiteten Person verbunden ist. In jedem Fall muss im Vergabevermerk entsprechend dokumentiert werden, dass und weshalb eine Wettbewerbsverfälschung trotz Mitwirkung einer eventuell vorbereiteten Person nicht stattfinden kann.
- 24** Es ist unbedenklich, wenn ein Bieter, der bereits zuvor Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers gewesen ist, an einer Ausschreibung um die erneute Vergabe derselben Leistung für weitere Jahre wiederum teilnimmt. Der bisherige Leistungserbringer ist auch nicht als Projektant anzusehen, wenn er den Auftraggeber bei der Vorbereitung des Ausschreibungsverfahrens weder beraten noch sonst unterstützt hat.⁸¹ Das Vergaberecht sieht gerade kein „Rotationsprinzip“ vor, wonach immer wieder andere Auftragnehmer beauftragt werden müssten. So ist es auch keine Aufgabe des Vergaberechts, Marktungleichheiten zu korrigieren. Es gibt demzufolge auch kein Neutralitätsgebot im eigentlichen Sinne.⁸² Es kommt nur darauf an, dass die Wettbewerbsgrundsätze und das Diskriminierungsverbot beachtet werden.

1.1.5.4 Vermeidung von Interessenkonflikten nach § 6 VgV

- 25** Ein spezieller Fall der Diskriminierung ist die Interessenkollision einzelner Verfahrensbeteiligter. § 7 VgV bzw. § 6 EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A betrifft nur die Mitwirkung

⁷⁷ Zur unzulässigen Beteiligung eines Eigenbetriebes des öffentlichen Auftraggebers vgl. LG Berlin, Urt. v. 9.12.2014 – 16 O 224/14 Kart.

⁷⁸ Schraner, VergabeR 2004, 238, 239.

⁷⁹ Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, 15. Aufl., § 97 GWB, Rn. 6.

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 3.3.2005 – C-21/03.

⁸¹ VK Bund, Beschl. v. 16.7.2013 – VK 3-47/13.

⁸² Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, 15. Aufl., § 97 GWB, Rn. 12.

von Personen, die vor Einleitung des Vergabeverfahrens für den Auftraggeber tätig waren, danach aber nicht mehr. Das Gleichbehandlungsgebot ist aber auch dann verletzt, wenn entgegen dem aus § 20 VwVfG resultierenden Rechtsgedanken bei einer Vergabeentscheidung aufseiten des Auftraggebers Personen mitwirken, die Aufsichtsfunktionen in den an einem Bieterkonsortium beteiligten Gesellschaften ausüben oder ausübten und so das Neutralitätsgebot verletzen.⁸³ Das OLG Brandenburg hatte diesem Grundsatz erstmals in der Entscheidung zum Großflughafen Berlin-Brandenburg zum Durchbruch verholfen. In § 6 sieht die Vergabeverordnung diesbezüglich eine gesonderte Regelung zur Absicherung des Diskriminierungsverbots vor, die an die alte Regelung des § 16 VgV a.F. angelehnt ist und ab Beginn des Vergabeverfahrens greift.⁸⁴ § 2 EU Abs. 5 VOB/A verweist ebenfalls auf § 6 VgV Die Vorschrift lautet:

(1) Organmitglieder oder Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, bei denen ein Interessenkonflikt besteht, dürfen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken.

(2) Ein Interessenkonflikt besteht für Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang eines Vergabeverfahrens nehmen können und die ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte.

(3) Es wird vermutet, dass ein Interessenkonflikt besteht, wenn die in Absatz 1 genannten Personen

- 1. Bewerber oder Bieter sind,*
- 2. einen Bewerber oder Bieter beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzliche Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,*
- 3. beschäftigt oder tätig sind*
 - a) bei einem Bewerber oder Bieter gegen Entgelt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs oder*
 - b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum öffentlichen Auftraggeber und zum Bewerber oder Bieter hat.*

(4) Die Vermutung des Absatzes 3 gilt auch für Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 3 Nummer 1 bis 3 erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerter gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Le-

⁸³ OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.1999 – 6 Verg 1/99, BauR 1999, 1175, 1179 m. Anm. Leinemann; OLG Celle, Beschl. v. 9.4.2009 – 13 Verg 7/08, m. Anm. Meißner zu Oberbürgermeister u. Ratsmitgliedern, die zugleich Aufsichtsratsmitglieder des Bieters sind, VergabeR 2009, 609, 617.

⁸⁴ OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.03.2018 – 11 Verg 16/17.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

benspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder.

- 26** Die Vergaberichtlinie 2014/24/EU gibt den öffentlichen Auftraggebern in Erwägungsgrund 16 auf, alle ihnen nach dem nationalen Recht zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu nutzen, um aus Interessenkonflikten resultierende Verzerrungen bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu verhindern. Dies könnte Verfahren zur Aufdeckung, Verhinderung und Behebung von Interessenkonflikten beinhalten. Art. 24 der Richtlinie 2014/24/EU fordert von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten treffen, die sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergeben, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten. Darüber hinaus stellt Art. 24 klar, dass der Begriff „Interessenkonflikt“ zumindest alle Situationen abdeckt, in denen Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, von dem man annehmen könnte, dass es ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigt. Indem § 6 Abs. 2 VgV diese Regelung aus der Richtlinie als Definition übernimmt, nimmt der nationale Gesetzgeber den Auftrag der Richtlinie nicht an. Es gibt in Deutschland kein vorgeschriebenes Verfahren zur Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von Interessenkonflikten. Wenn – durch Zufall oder aufgrund einer Beanstandung eines am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmens – ein Interessenkonflikt aufgedeckt wird, ist es aufgrund des in § 6 Abs. 1 VgV postulierten absoluten Mitwirkungsverbots bei Vorliegen eines Interessenkonflikts zu spät. Das Verfahren leidet unter einem Verfahrensmangel, der nach dem Richtlinienauftrag eigentlich im Vorfeld durch geeignete Verfahren hätte verhindert werden sollen. Besondere Brisanz erhält die missglückte Vorschrift des § 6 VgV, weil gem. § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB nun ein fakultativer Ausschlussgrund für Bieterunternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens besteht, wenn ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann. Damit ist die Vorschrift seit 2016 erstmals mit einer Sanktionsmöglichkeit verknüpft.⁸⁵ Allerdings wird der Auftraggeber nicht ausdrücklich verpflichtet, auf die Tätigkeit der von ihm eingeschalteten Person zu verzichten und gegebenenfalls Verfahrensschritte zu wiederholen oder das Vergabeverfahren aufzuheben.⁸⁶ Vielmehr kann

⁸⁵ Nach § 16 VgV a.F. bestand eine solche Möglichkeit nicht: OLG München, Beschl. v. 11.4.2013 – Verg 2/13, VergabeNews 2013, 56 f.

⁸⁶ OLG Hamburg, VergabeR 2002, 40, 43; VK Lüneburg, Beschl. v. 12.7.2011 – VgK-19/2011.

der Auftraggeber den aufgedeckten Interessenkonflikt dadurch beseitigen, dass das Bieterunternehmen ausgeschlossen wird. Eine Entlastungsmöglichkeit für Bieterunternehmen ist nicht vorgesehen.

Die Richtlinie (2014/24/EU) sieht dagegen kein absolutes Mitwirkungsverbot bei Vorliegen von Interessenkonflikten vor. Sie will die Auftraggeber für Interessenkonflikte sensibilisieren, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten.

27

Der Tatbestand des § 6 Abs. 2 VgV ist uferlos: Nach der Definition in § 6 Abs. 2 VgV liegt ein Interessenkonflikt auch dann vor, wenn der Mitarbeiter des Auftraggebers Aktionär eines Bieterunternehmens ist. Ein indirektes wirtschaftliches Interesse, das die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Vergabeverfahren beeinträchtigen könnte, liegt objektiv vor. Das gleiche gilt, wenn eine Verwandte des Mitarbeiters beim Auftraggeber in einem Bieterunternehmen beschäftigt ist. Dann besteht objektiv ein persönliches Interesse, das die Unabhängigkeit beeinträchtigen könnte. Bereits diese Beispiele zeigen, dass die Übernahme des Richtlinienpostulats als Definition zusammen mit der Beibehaltung des absoluten Mitwirkungsverbots über das Ziel hinausschießt. § 6 Abs. 2 VgV muss von Anfang an einschränkend ausgelegt werden. Nicht jedes auch noch so marginale indirekte finanzielle oder persönliche Interesse führt zu einem Interessenkonflikt und damit zu einem Mitwirkungsverbot. Vielmehr muss eine Verknüpfung zwischen dem konkreten Ausgang des Vergabeverfahrens und dem indirekten finanziellen oder persönlichen Interesse vorliegen. Wenn in den Beispielfällen die Auftragserteilung keine Auswirkung auf den Aktienkurs oder die Stellung der Verwandten im Unternehmen haben wird, liegt kein Interessenkonflikt vor, der zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte.

28

Wenig glücklich sind auch die Regelbeispiele in Abs. 3, die alle als Vermutungsregelung ausgestaltet sind. Auch wenn die Widerleglichkeit anders als in § 16 Abs. 1 a.E. VgV (a.F.) nicht ausdrücklich geregelt ist, wird man wohl davon ausgehen können, dass diese hier weiterhin zulässig sein soll.⁸⁷ Problematisch ist dabei, dass sämtliche aufgeführten Personen versuchen können, sich zu entlasten. Bei Personen, die sowohl für den Auftraggeber an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt und zugleich Bieter sind (Abs. 3 Nr. 1 a), ist eine Entlastung aber eigentlich nicht denkbar. Deshalb müsste auch nach der neuen Regelung die Mitwirkung des Mitarbeiters eines Beauftragten der Vergabestelle, der zugleich Angestellter des Bieters ist, im Rahmen der Erarbeitung der Ausschreibungsunterlagen als Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot wegen Vorliegen eines Interessenkonflikts gewertet werden.⁸⁸ Gerade durch den Zuschnitt der Leistungsbeschreibung besteht die Möglichkeit, eine Ausschreibung von vornherein zugunsten eines künftigen Bieters zu beeinflussen und so bereits im Vorfeld auf die Entscheidung der Vergabestelle Einfluss zu nehmen.⁸⁹ Ebenso dürfte eine Widerlegung des

29

87 So auch Prieß, NZBau 2019, 217; Greb, NZBau 2016, 262, 265.

88 OLG Hamburg, Beschl. v. 04.11.2002 – Verg 3/02, VergabeR 2003, 40, 42.

89 a.A. zu § 16 VgV: OLG Koblenz, Beschl. v. 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, VergabeR 2002, 617, 621.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

Vorliegens eines Interessenkonflikts nicht gelingen, wenn im Fall des Abs. 3 Nr. 1 b der Beschaffungsdienstleister sowohl den Auftraggeber als auch einen Bewerber oder Bieter im Vergabeverfahren unterstützt.⁹⁰ Es kann zur Wahrung des Neutralitätsgebots nicht darauf ankommen, ob die Unterstützungsleistung durch unterschiedliche Personen erbracht wird. Die unterstützende Tätigkeit für den Bieter muss sich irgendwie förderlich für ihn bezogen auf das Vergabeverfahren auswirken.⁹¹

30 Im Vergabewesen geht es regelmäßig um die Mitwirkung von Planungsbüros, beratenden Ingenieuren⁹², Forschungseinrichtungen, Investmenthäusern, Rechtsanwälten⁹³, wirtschaftlichen Beratern⁹⁴, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, die untereinander und mit einer teilweise erheblichen Zahl von Dienststellen und Mitarbeitern der Auftraggeberseite und Bieterseite in Kontakt stehen.⁹⁵ Nach der (zu weiten) Definition in § 6 Abs. 2 VgV läge immer ein Interessenkonflikt vor. Ebenso nach dem Regelbeispiel in § 6 Abs. 3 Nr. 3 b, wenn der Mitarbeiter eines Planungsbüros den Auftraggeber berät und das Planungsbüro auch geschäftliche Beziehungen zu einem (oder mehreren) Bietern hat, was z.B. im Infrastrukturbereich nicht ungewöhnlich ist. Die Widerlegung des Interessenkonflikts kann aufgrund der weiten Definition eigentlich nicht gelingen, denn indirekt hat der Mitarbeiter des Planungsbüros ein finanzielles Interesse, das seine Unparteilichkeit beeinträchtigen könnte. Denn objektiv kann es dem Mitarbeiter des Planungsbüros nicht egal sein, ob der Kunde, mit dem seine Kollegen zusammenarbeiten, einen weiteren Auftrag erhält und daher damit zu rechnen ist, dass der Kunde weiter mit dem Planungsbüro zusammenarbeitet. Es wäre aber lebensfremd, in solchen Konstellationen zu verlangen, dass eine der beteiligten Seiten auf das Planungsbüro verzichtet.⁹⁶ Hier ist wichtig, dass der Interessenkonflikt offengelegt und durch geeignete organisatorische Maßnahmen Verzerrungen im Vergabeverfahren verhindert werden. Es ist sicherzustellen, dass der für den Auftraggeber tätige Mitarbeiter persönlich nicht für das Bieterunternehmen tätig ist und auch persönlich keinen Vorteil (Prämie) bei einem bestimmten Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Er selbst darf keinem Interessenkonflikt bei der Ausführung seiner Beratungstätigkeit ausgesetzt sein. Zu Absicherung der Neutralität des Vergabeverfahrens dürfen die für das Bieterunternehmen tätigen Mitarbeiter des Planungsbüros keinen Zugang zu den Unterlagen aus dem Vergabeverfahren haben. Dafür kann auf die aus § 80 Abs. 1 Nr. 2 und 3 Wertpapierhandelsgesetz bekannten Maßnahmen zur Schaffung unabhängiger Vertraulichkeitsbereiche (sogenannte „chinese

90 VK Lüneburg, Beschl. v. 12.7.2011 – VgK-19/2011.

91 OLG Celle, Beschl. v. 8.9.2011 – 13 Verg 4/11 – Zeitungsinterview und früheres Rechtsgutachten nicht ausreichend.

92 VK Lüneburg, Beschl. v. 12.7.2011 – VgK-19/2011.

93 OLG Brandenburg, Urte. v. 19.07.2016 – Kart U 1/15; OLG Celle, Beschl. v. 8.9.2011 – 13 Verg 4/11.

94 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2018 – 15 Verg 6/18.

95 Leinemann/Kirch, VergabeNews 2015, 54 ff.

96 OLG Stuttgart, Beschl. v. 24.03.2000 – 2 Verg 2/99, NZBau 2000, 301, 304.

walls“) verwiesen werden.⁹⁷ Eine „chinese wall“ wird in der Rechtsprechung und Literatur als ausreichende Maßnahme angesehen, die Interessenkonflikte verhindert⁹⁸

Auch ohne entsprechende Vorgaben zur Aufdeckung von Interessenkonflikten sollten die öffentlichen Auftraggeber handeln.⁹⁹ Die Gefahr, durch den Einsatz möglicherweise befangener Personen und/oder Beratungsgesellschaften die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens zu riskieren und dort den Entlastungsbeweis führen zu müssen, sollte die Vergabestellen zu vorsorglichen Vereinbarungen mit den von ihnen eingeschalteten Beratern zwingen. Es empfiehlt sich eine mit Vertragsstrafe bewehrte Vereinbarung, dass diese Berater durch die Schaffung von Vertraulichkeitsbereichen Wettbewerbsverzerrungen verhindern und ihnen angetragene Aufträge mit möglicher Berührung zum fraglichen Vergabeverfahren sofort ablehnen werden. Den Bietern wiederum ist in den Vergabeunterlagen abzuverlangen, dass sie mit den Beratern des Auftraggebers oder deren Beteiligungsgesellschaften während des laufenden Vergabeverfahrens keinerlei Geschäftsbeziehung bezogen auf das Vergabeverfahren aufnehmen werden. Jeder Vergabestelle muss bewusst sein, dass allein schon die Einschaltung eines Beraters, in dessen Person oder Unternehmen die Gefahr einer Interessenkollision liegen kann, zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens führen kann.

31

Für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte gilt im Liefer- und Dienstleistungsbereich § 5 UVgO, der gleichlautend zu § 6 VgV ist. Im Baubereich gibt es unterhalb der Schwellenwerte keine vergleichbare Vorschrift. Allerdings ist nicht erkennbar, weshalb für Bauaufträge unterhalb von 5.350 Mio. € Auftragsvolumen insoweit andere Maßstäbe gelten sollten, zumal die VgV lediglich die Anforderung von § 20 VwVfG im Vergabeverfahren konkretisiert.¹⁰⁰

32

1.1.6 Die Förderung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 4 GWB

§ 97 Abs. 2 GWB gestattet nur Abweichungen vom Diskriminierungsverbot, die aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet sind. Eine solche Abweichung kann in dem in § 97 Abs. 4 GWB enthaltenen Gebot zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen gesehen werden.¹⁰¹

33

97 Vgl. dazu auch AT 6 im Rundschreiben 05/2018 (WA) – Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und weitere Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten – MaComp.

98 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30.10.2018 – 15 Verg 6/18; Röwekamp in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 6 Rn. 35.

99 Kirch, VergabeNews 2017, 34, 36.

100 In diesem Sinne fordert der Österr. VfGH in der Entscheidung v. 30.11.2000 – G 110/99, VergabeR 2001, 32 ff. u.a. generell die Erstreckung der Rechtsschutzregelungen auch auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, was das deutsche BVerfG allerdings für die im Wesentlichen gleiche verfassungsrechtliche Regelung in Deutschland gegenteilig beurteilt hat, BVerfG, Beschl. v. 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, VergabeNews 2006, 108 f.

101 Dazu einschränkend VK Bund, WuW/E Verg 424, 426.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

- 34** Bereits seit 2009 sind mittelständische Interessen ausdrücklich „vornehmlich“ zu berücksichtigen und die getrennte Vergabe von Teil- und Fachlosen die Regel.¹⁰² Die Förderung des Mittelstands muss aber die Bedarfsanalyse nicht beeinflussen.¹⁰³ Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Ermittlung des Bedarfs frei.¹⁰⁴ Deshalb darf er auch nach wie vor langfristige Verträge schließen. Wenn der Bedarf festgelegt ist, muss geprüft werden, wie die benötigte Leistung durch losweise beauftragte Auftragnehmer erbracht werden kann. Die Fach- und Teillosgaben sind das wichtigste Instrument, um mittelständischen Unternehmen Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu verschaffen.¹⁰⁵ Allerdings muss keine künstliche Aufteilung in Lose erfolgen, wenn dies erkennbar unwirtschaftlich oder technisch unsinnig ist (vgl. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB).
- 35** Das Gebot zur Losvergabe gilt uneingeschränkt für alle Vergaben. Nach der Rechtsprechung zur alten Fassung von § 97 Abs. 3 GWB durfte ein Auftraggeber von einer Teilung der Leistungen in Lose Abstand nehmen, wenn eine solche zwar möglich, aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen im Einzelfall aber mit erheblichen Nachteilen verbunden ist. In jüngster Zeit war die Frage, ob Fachlose gebildet werden können, Gegenstand der Nachprüfung.¹⁰⁶ Wenn Teil- oder Fachlose gebildet werden können, ist eine sorgfältige Interessenabwägung¹⁰⁷ hinsichtlich der mit einer Losvergabe einhergehenden Nachteile gegenüber dem Schutz kleinerer Unternehmen erforderlich. Zunächst ist im Rahmen der zweistufigen Prüfung zu fragen, ob die benötigte Leistung auch in Form einer Losvergabe erbracht werden kann. Im Anschluss ist in einer Einzelfallabwägung zu untersuchen, ob die Vergabestelle zur Vermeidung erheblicher Nachteile dennoch von einer losweisen Vergabe absehen darf. Wenn bei einer getrennten Vergabe der Sicherheitstechnik nach Teil- und Fachlosen erhebliche technische Schnittstellen entstehen, aus denen sich wiederum Sicherheitsrisiken ergeben, kann eine losweise Vergabe unterbleiben.¹⁰⁸ Die Rechtsprechung ist nach wie vor eher restriktiv, wenn es darum

102 Kus, NZBau 2009, 21 ff.; Otting/Tresselt, VergabeR 2009, 585 ff.; Roth, VergabeR 2009, 404, 405, Kirch/Leinemann, VergabeNews 2009, 98 ff.; Frenz, VergabeR 2011, 13, 14 ff.; Boesen, VergabeR 2011, 364 ff.; Fassbender, NZBau 2010, 529 ff.

103 OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07, VergabeNews 2007, 94: Eine Zerlegung kommt nicht in Betracht, wenn dadurch dem mit dem Beschaffungsprojekt verfolgte (übergeordnete) Zweck nicht entsprochen werden kann.

104 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.11.2008 – Verg 52/08; zu weit gehend OLG Celle, Beschl. v. 26.4.2010 – 13 Verg 4/10.

105 Buslowicz/Hohensee, VergabeNews 2019, 110 ff.

106 VK Sachsen, Beschl. v. 15.10.2019 – 1/SVK/030-19; VK Westfalen, Beschl. v. 04.09.2019 – VK 2-22/19, VergabeNews, 2019, 164 f. und VK 2-20/19; OLG München, Beschl. v. 25.03.2019 – Verg 10/18; VK Bund, Beschl. v. 29.01.2018 – VK 2-138/17; VK Bund, Beschl. v. 09.05.2017 – VK 2-34/17; VK Bund, Beschl. v. 18.11.2016 – VK 1-98/16; OLG München, Beschl. v. 9.4.2015 – Verg 1/15, VergabeNews 2015, 60 ff.

107 OLG Jena, Beschl. v. 6.6.2007 – 9 Verg 3/07, VergabeNews 2007, 94; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 – Verg 27/09; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.10.2009 – Verg 25/09.

108 OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2008 – Verg W 15/08, VergabeNews 2009, 46.

geht, den Auftraggeber zu einer losweisen Vergabe zu verpflichten.¹⁰⁹ Die Verortung der Zielvorgabe „Mittelstandsschutz“ im GWB bleibt damit ein stumpfes Schwert. Wenn die Vergabestelle ihre Entscheidung gegen eine bestimmte Fach- oder Teillosvergabe nur für die Nachprüfungsinstanz nachvollziehbar begründet, hat ein Mittelständler keine Chance, sich im Nachprüfungsverfahren dagegen zu wehren. Das rein politische Ziel muss daher mit politischen Mitteln durchgesetzt werden.

Gem. § 97 Abs. 4 S. 4 GWB ist ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber, aber mit der Wahrnehmung und Durchführung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt ist, vom Auftraggeber zu verpflichten, nach S. 1 bis 3 zu verfahren, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt. Diese Regelung zielt auf die Zusammenarbeit in Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP).¹¹⁰ Sie ist misslungen, da sie nach ihrem Wortlaut jeden Generalunternehmer trifft, obwohl das erkennbar nicht bezweckt ist. Wenn aber der öffentliche Auftraggeber nach Abwägung aller Interessen zu dem Schluss kommt, dass eine weitere Aufteilung in Lose nicht sachgerecht und eine Generalunternehmervergabe zulässig ist, kann er den Generalunternehmer nicht vertraglich verpflichten, seinerseits Unteraufträge der von ihm übernommenen Leistung in Teil- und Fachlosen zu vergeben. In jedem Fall erwachsen aus § 97 Abs. 4 S. 4 GWB keine Ansprüche eines mittelständischen Unternehmens gegen den beauftragten Generalunternehmer. Ebenso wenig wäre dafür der Rechtsweg zur Vergabekammer eröffnet. Dafür spricht auch, dass auch der Baukonzessionär durch die ersatzlose Streichung des § 98 Nr. 6 GWB a.F. kein öffentlicher Auftraggeber mehr ist.¹¹¹

36

Die Förderung mittelständischer Interessen kommt weiterhin auch dadurch zum Ausdruck, dass im Bereich der Abschnitte 1 und 2 der VOB/A nach § 7 b Abs. 1 VOB/A die Leistung in der Regel in Form eines Leistungsverzeichnisses ausgeschrieben werden soll, während nur im absoluten Ausnahmefall eine sogenannte funktionale Ausschreibung nach § 7 c VOB/A in Betracht kommt, bei der der Bieter bereits im Rahmen der Angebotsbearbeitung umfangreiche planerische Aufgaben durchzuführen hat. Letzteres wird häufig nur großen Unternehmen möglich sein.

37

Durch den Einschub des Wortes „vornehmlich“ lässt § 97 Abs. 4 GWB die Auslegung offen, dass mittelständische Interessen auch auf andere Weise Berücksichtigung finden können. Hierzu fehlt es allerdings an weiteren Anhaltspunkten. Unbe-

38

109 OLG München, Beschl. v. 25.03.2019 – Verg 10/18; OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.05.2018 – 11 Verg 4/18; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.4.2012 – Verg 100/11; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2011 – Verg 63/10; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6.4.2011 – 15 Verg 3/11, VergabeNews 2011, 62 f.; zusammenfassend Boesen, VergabeR 2011, 364 ff.; Michallik, VergabeR 2011, 683 ff.; Ortner, VergabeR 2011, 677 ff.; Theurer/Trutzel/Braun/Weber, VergabeR 2014, 301 ff.; Manz/Schönwälder, NZBau 2012, 465 ff.; OLG Schleswig, Beschl. v. 30.10.2012 – 1 Verg 5/12, VergabeNews 2012, 147 ff.; OLG Koblenz, Beschl. v. 4.4.2012 – 1 Verg 2/11, VergabeNews 2012, 60 ff.; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.9.2013 – 1 Verg 5/13.

110 Vgl. dazu Rn. 215 ff.

111 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 69 f., zu § 99 GWB-Entwurf.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

stritten ist, dass die Zugehörigkeit eines Unternehmens zum – wie auch immer definierten – „Mittelstand“ kein zulässiges Vergabekriterium sein kann.¹¹²

- 39** Wichtig für die Förderung des Mittelstandes ist die Erhöhung der Transparenz. Dazu gehört die Vorankündigung beabsichtigter Vergaben. Die Einführung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE)¹¹³ sowie die generelle Reduzierung von (zusätzlichen) Eignungsnachweisen dürften die Chancen für den Mittelstand ebenfalls erhöhen. Denkbar und wünschenswert wäre es auch, Erleichterungen für Bietergemeinschaften zu schaffen, z.B. durch Abstellen (nur) auf den Federführer und durch Erleichterung des Austauschs von der Bietergemeinschaft angehörenden Unternehmen auch nach vorherigem Teilnahmewettbewerb bis zur Angebotsabgabe. Das ist nach derzeitiger Vorschriftenlage nicht möglich.

1.1.7 Der Anspruch des Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen nach § 97 Abs. 6 GWB

- 40** Die Abkehr des deutschen Rechts von der haushaltsrechtlichen Lösung hin zu einem effektiven Rechtsschutz unter Gewährung subjektiver Rechte der Bieter wird vor allem in § 97 Abs. 6 GWB deutlich. Die Formulierung, dass die Unternehmen Anspruch auf die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren haben, bedeutet, dass dieser Anspruch vor Gericht oder mindestens in einem gerichtähnlichen Verfahren durchgesetzt werden kann. Dieses Verfahren ist durch die §§ 155 ff. GWB geschaffen worden. Es besteht eine unabhängige Überprüfungsmöglichkeit von Vergabeverfahren durch Vergabekammern, die als gerichtähnliche Spruchkörper anerkannt werden; die Beschwerdeinstanz führt den Bieter unmittelbar zu einem Gericht, nämlich zu den Vergabesenaten der OLG. Bei den „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ handelt es sich vorrangig um die Vorschriften in den jeweiligen Vergabe(ver)ordnungen. Die Vorschrift muss (auch) den Schutz wohlberechtigter Interessen von am Vergabeverfahren teilnehmenden oder an der Teilnahme interessierten Unternehmen bezwecken.¹¹⁴ Vorschriften z.B. in Kommunalordnungen oder im Abfallrecht, die die Durchführung öffentlicher Aufträge, nicht aber das Vergabeverfahren betreffen, gehören nicht zu den Vergabebestimmungen, deren Einhaltung gem. § 97 Abs. 6 GWB verlangt werden kann.¹¹⁵ Allerdings ist auch nicht jede einzelne Vorschrift der Vergabe(ver)ordnungen mit Schutzzweck zugunsten des Bieters geschaffen. Bloße Ordnungsvorschriften lösen keinen Anspruch auf Einhaltung aus, sondern nur solche, die zu-

¹¹² Byok/Jaeger-Hailbronner, § 97 GWB, Rn. 77.

¹¹³ Vgl. Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission v. 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung; dazu auch Stolz, VergabeR 2016, 155 ff.

¹¹⁴ BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313, 314 f. – Jugendstrafanstalt.

¹¹⁵ OLG Naumburg, Beschl. v. 14.07.2017 – 7 Verg 1/17; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.4.2003 – Verg. 66/02; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 1.4.2011, VergabeNews 2011, 98 f.; offen gelassen: OLG Celle, Beschl. v. 9.4.2009 – 13 Verg 7/08, VergabeR 2009, 609, 613; Schneider, NZBau 2009, 352 ff.; a.A. Hertwig, NZBau 2009, 355 ff.; VK Westfalen, Beschl. v. 31.01.2017 – VK 1-49/16 (für inzidente Überprüfung von Normen aus dem Abfallrecht).

mindest auch den Bieterschutz zum Ziel haben.¹¹⁶ Der Mehrzahl der Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnungen wird zumindest inzident eine gewisse Schutzwirkung zugunsten der Bieter zukommen, da sie regelmäßig Ausfluss des Wettbewerbs- und Transparenzprinzips sowie des Diskriminierungsverbots sind.¹¹⁷ Die Vielzahl der bereits ergangenen Entscheidungen in Nachprüfungsverfahren seit Inkrafttreten des vierten Teils des GWB belegt, dass Bieterrechte nach § 97 Abs. 1 bis 5 GWB vielfach durch Missachtung der Regeln der Vergabe(ver)ordnungen beeinträchtigt sein können. So wird man einen Schutzzweck zugunsten der Bieter durchweg bei allen Frist- und Publizitätsvorschriften¹¹⁸ wie auch bei den Wertungsvorschriften zugestehen müssen.¹¹⁹ Dasselbe gilt für § 6 und insbesondere § 7 VOB/A¹²⁰ (jeweils einschließlich der Buchstaben-Paragrafen). Auch die Vorschriften über die Wahl der Verfahrensart sind bieterschützend. Ebenso ist die Vorschrift des § 60 VgV bzw. § 16 d EU Abs. 1 VOB/A, die dem Zweck dient, den Auftraggeber vor einem Zuschlag auf ein Angebot mit einem unangemessen niedrigen Preis zu schützen, zugleich bieterschützend. Erscheint ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Gebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig, können die Mitbewerber verlangen, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt¹²¹ Allerdings bleibt der Auftraggeber nachweispflichtig für die Feststellung, dass der Preis unangemessen niedrig bzw. hoch sei, und er muss dem Bieter hierzu zunächst ein Aufklärungsersuchen zukommen lassen.¹²² Es besteht keine Verpflichtung der Bieter, durchweg auskömmliche (Einheits-) Preise anzubieten.¹²³ Wenn dann plausible Erklärungen zur Preisbildung abgegeben werden, dürfte ein Ausschluss des betroffenen Bieters in der Praxis meist nur schwer möglich sein.

116 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 13/9340, S. 14, zu § 106 Abs. 6 GWB-Entwurf; ebenso BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313, 314 f. – Jugendstrafanstalt.

117 Ebenso BayObLG, VergabeR 2004, 644, 648; Byok/Jaeger-Hailbronner, § 97 GWB, Rn. 161; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, § 97 GWB, Rn. 44.

118 EuGH, Slg. 1988, 4653, 4662 (Beentjes); VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 6.11.2013 – VK-SH 16/13.

119 Vgl. BGH, Beschl. v. 18.02.2003 – X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313, 314 für §§ 26 Nr. 1, 26a VOB/A.

120 OLG Brandenburg, Beschl. v. 03.08.1999 – 6 Verg 1/99, BauR 1999, 1175, 1180; siehe auch Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, 15. Aufl., § 126 GWB, Rn. 2.

121 BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16..

122 OLG Bremen, Beschl. v. 24.5.2006 – Verg 1/2006.

123 OLG Naumburg, Beschl. v. 22.09.2005 – 1 Verg 7/05, VergabeR 2005, 779, 784 unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 18.5.2004 – X ZB 7/04.

1.1.8 Berücksichtigung zusätzlicher Anforderungen nach § 97 Abs. 3 GWB

- 41 Die Regelung des § 97 Abs. 3 GWB setzt die durch die EU-Vergaberichtlinien beabsichtigte Stärkung der Einbeziehung strategischer Ziele¹²⁴ um. Damit wurde die kontrovers geführte Diskussion über die Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Instrumentalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe beendet. Es ging dabei um die Frage, in welchem Umfang strategische Ziele der Politik der Mitgliedsstaaten im eigentlich wettbewerblich und wirtschaftlich orientierten Vergabeverfahren Berücksichtigung finden können.¹²⁵ Die grundsätzliche Zulässigkeit der vergaberechtlichen Berücksichtigung von „Sekundärzwecken“ steht nach der Rechtsprechung des EuGH fest.¹²⁶ Nach § 97 Abs. 3 GWB sind öffentliche Auftraggeber in jeder Phase eines Verfahrens berechtigt, qualitative, soziale¹²⁷, umweltbezogene oder innovative Aspekte¹²⁸ in die Auftragsvergabe einzubeziehen. In Hinblick auf die Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren oder die Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung bei der Definition der Leistung sind vom öffentlichen Auftraggeber sogar zwingende Vorgaben zu machen. Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den entsprechenden Rechtsverordnungen. Voraussetzung bleibt, dass das jeweils formulierte Zuschlagskriterium oder die Anforderung an die Auftragsausführung mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung steht (vgl. §§ 127 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB).
- 42 Durch das Erfordernis, *mit dem Auftrag in Verbindung zu stehen*, kann der Auftraggeber ohne ein entsprechendes Bundes- oder Landesgesetz dem Auftragnehmer keine allgemeinen Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder Ähnliches in der Leistungsbeschreibung vorschreiben. Eine *Verbindung zum Auftragsgegenstand* ist immer dann gegeben, wenn sich die jeweilige Vorgabe allein auf die Ausführung des konkreten Auftrages bezieht und nicht auf eine Anforderung, die von einem Unternehmen auch außerhalb der Vertragsbeziehungen mit dem Auftraggeber zu beachten wäre.¹²⁹ Wenn es sich um Anforderungen handelt, die zwar auch in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, aber auch an die Tätigkeit des Unternehmens im Übrigen anknüpfen, ist die Sachlage nicht mehr eindeutig. Hier kommt es darauf an, dass die Anforderung zumindest eine gewisse, wenn nicht sogar überwiegende Relevanz für den Auftrag hat.

124 Auch „vergabefremde Zwecke“ oder „Sekundärzwecke“ genannt.

125 Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, 414, Benedict, NJW 2001, 947, 947; Varga, VergabeR 2009, 535; Immenga/Mestmäcker-Dreher, § 97, Rn. 173; Kühling/Huerkamp, VergabeR 2010, 545, 546; Fenz, NZBau 2007, 17.

126 EuGH, Urt. v. 20.9.1988, – C-31/87 (Beentjes); EuGH, Urt. v. 26.9.2000, – C-225/98 (Nord-Pas-de-Calais).

127 Latzel, NZBau 2014, 673 ff.; Burgi, NZBau 2015, 597 ff.

128 Brackmann, VergabeR 2014, 310 ff.; Müller-Wrede, VergabeR 2012, 416 ff.; Gaus, NZBau 2013, 401 ff.; Burgi, NZBau 2011, 577 ff.

129 Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, 414, 417.

Der Begriff *Innovation* des § 97 Abs. 3 GWB ist unbestimmt, sodass die Vergabestellen diesen unbestimmten Begriff im Rahmen ihres Beurteilungsspielraumes auszufüllen haben. Eine Innovation kann nicht abstrakt formuliert werden, sondern muss sich am Leistungsgegenstand orientieren.¹³⁰ Ein Rückgriff auf die in Art. 2 Nr. 22 RL 2014/24/EU enthaltene Legaldefinition ist angezeigt.¹³¹ **43**

Für zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen sieht § 129 GWB einen Bundes- oder Landesgesetzesvorbehalt vor. Nicht in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehende zwingende Vorgaben können sich daher nur aus entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzen ergeben.¹³² Auch diese Gesetze müssen aber gemeinschaftsrechtskonform ausgestaltet sein, sodass trotz einer bestehenden (landes-) gesetzlichen Regelung nicht immer von vornherein sicher ist, ob die gestellten Anforderungen EU-konform und damit wirksam sind.¹³³ Erforderlich sind Gesetze im förmlichen Sinne, sodass eine Anordnung durch Erlass einer Verwaltungsvorschrift nicht ausreichend ist.¹³⁴ Von der damit nach § 97 Abs. 3 GWB i.V.m. § 129 GWB bestehenden Möglichkeit, im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe „sekundäre“ Zielsetzungen wie Tariftreue¹³⁵, Mindestlohn¹³⁶, Förderung der Gleichstellung von Mann und Frau¹³⁷, umweltverträgliche Beschaffung, Einhaltung der Kernvorgaben der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)¹³⁸ oder Bereitstellung von Ausbildungsplätzen zu berücksichtigen, haben inzwischen die meisten Landesvergabegesetze neben dem seit 2014 auf Bundesebene geltenden Mindestlohngesetz Gebrauch gemacht.¹³⁹ Wer in einem Land die politische Führung innehat, lässt sich auch am jeweiligen Vergabegesetz ablesen. Siebzehnfache Rechtszersplitterung und damit verbundene, höhere Anforderungen an die Rechtskenntnisse bundesweit tätiger Unternehmen sind die Folge. **44**

1.1.9 Grundsatz der elektronischen Kommunikation nach § 98 Abs. 5 GWB

Nach den EU-Vergaberichtlinien sollen unter Berücksichtigung enger grundsätzlicher in jedem Stadium eines Vergabeverfahrens sowohl die Auftraggeber als auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nutzen. Die elektronische **45**

130 Roth, VergabeR 2009, 404, 407.

131 Vgl. dazu ausführlich Rn. 440 ff.

132 Meißner, VergabeR 2012, 301 ff.

133 EuGH, Urt. v. 18.9.2014, – C-549/13, VergabeNews 2014, 134; EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-114/14.

134 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.12.2008 – Verg 55/08; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2009 – Verg 18/09.

135 Schnieders, VergabeR 2015, 136 ff.

136 Kirch/Mieruszewski, VergabeNews 2016, 2 ff.; Pfannkuch, VergabeR 2015, 631 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 08.05.2019 – 13 Verg 10/18; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2016 – 17 U 42/15; VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.08.2017 – 1 VK 29/17.

137 Leinemann/Dose, VergabeNews 2012, 2 ff.

138 Vgl. Summa, VergabeR 2016, 147 ff.

139 Übersicht bei Wagner/Pfohl, VergabeR 2015, 389 ff.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

Kommunikation betrifft insbesondere die elektronische Erstellung und Bereitstellung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten mussten sich umstellen. Die Entscheidung über den Einsatz von Programmen oder Hilfsmitteln der Informations- und Kommunikationstechnik treffen allein die Auftraggeber. Die öffentlichen Auftraggeber müssen in der Regel elektronische Kommunikationsmittel nutzen, die nichtdiskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologien kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Dabei ist den besonderen Bedürfnissen von Menschen mit Behinderungen hinreichend Rechnung zu tragen.¹⁴⁰ Seit dem 18. April 2016 dürfen EU-weite Bekanntmachungen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. Die Bekanntmachungen müssen zwingend eine Internetadresse enthalten, unter der sämtliche Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt und vollständig direkt abgerufen werden können. Seit 18. Oktober 2018 müssen alle Beschaffungsstellen auch das Einreichungsverfahren ausnahmslos elektronisch gestalten. Andere als elektronische Angebote dürfen außer in wenigen Ausnahmefällen nicht mehr entgegengenommen und im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. § 97 Abs. 5 GWB beschränkt sich auf den Grundsatz der elektronischen Kommunikation, die Ausgestaltung erfolgt in den jeweiligen Verordnungen.¹⁴¹

1.2 Adressaten des Vergaberechts

46 Die Vorschriften des Teils 4 des GWB sind gem. § 98 GWB von den öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 GWB, den Sektorenauftraggebern im Sinne des § 100 GWB und den Konzessionsgebern im Sinne des § 101 GWB zu beachten. Sie sind im Anwendungsbereich von Teil 4 des GWB die Adressaten des Vergaberechts. Die Aufzählung ist abschließend.

1.2.1 Öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB

47 Öffentliche Auftraggeber sind danach:

1. *Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,*
2. *andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern*

140 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 68 f., zu § 97 Abs. 5 GWB-Entwurf.

141 Vgl. die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, S. 69, zu § 97 Abs. 5 GWB-Entwurf.

- a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
- b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,

- 3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
- 4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.

1.2.1.1 Gebietskörperschaften und Sondervermögen

Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen nach Nr. 1 stellen den klassischen Fall des öffentlichen Auftraggebers dar. Dabei handelt es sich um den Bund, die Länder, Städte und Gemeinden, Landkreise, Zweckverbände und in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen auch die Landschaftsverbände, die keine Anstalten öffentlichen rechts sind.¹⁴² Sondervermögen sind insbesondere auch kommunale Eigenbetriebe, die nicht als eigene juristische Personen in Erscheinung treten, sondern mit ihren Ausgaben und Einnahmen in den Haushaltsplänen der Körperschaften aufgeführt sind.

48

1.2.1.2 Juristische Personen

Zu den anderen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts nach § 99 Nr. 2 GWB gehören solche, die zumindest mit einem Teil – auch einem untergeordneten – ihrer betrieblichen Aktivitäten der Erfüllung klassischer staatlicher

49

¹⁴² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2015 – Verg 11/15.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

Aufgaben dienen, wie der EuGH am Beispiel der österreichischen Staatsdruckerei entschied.¹⁴³ Öffentliche Auftraggeber sind insbesondere folgende Stellen:

50

2.1 *juristische Personen des öffentlichen Rechts: die bundes-, landes- und gemeindeunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, insb. in folgenden Bereichen:*

2.1.1 *Körperschaften*

wissenschaftliche Hochschulen und verfasste Studentenschaften

berufsständische Vereinigungen (Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte-¹⁴⁴ und Apothekerkammern)

Wirtschaftsvereinigungen (Landwirtschafts-, Handwerks-, Industrie- und Handelskammern¹⁴⁵, Handwerksinnungen, Handwerkerschaften)

Sozialversicherungen (Krankenkassen,¹⁴⁶ Unfall- und Rentenversicherungsträger)

Kassenärztliche Vereinigungen

Genossenschaften und Verbände¹⁴⁷

2.1.2 *Anstalten und Stiftungen*

Die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art, insb. in folgenden Bereichen:

rechtsfähige Bundesanstalten;

Versorgungsanstalten und Studentenwerke;

Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen;

2.2 *juristische Personen des Privatrechts:*

Die der staatlichen Kontrolle unterliegenden und im Allgemeininteresse tätig werdenden Einrichtungen nichtgewerblicher Art, einschließlich der kommunalen Versorgungsunternehmen:

143 EuGH, WuW/E Verg 23; ergänzend dazu EuGH, WuW/E Verg 161 (Gemeente Arnhem).

144 Für Ärztekammern abgelehnt durch EuGH, Urt. v. 12.09.2013 – C-526/11 (Ärztekammer Westfalen-Lippe).

145 Für IHK abgelehnt durch VK Sachsen, Beschl. v. 12.11.2015 – 1/SVK/033-15. Für Handwerkskammer abgelehnt durch VK Bund, Beschl. v. 22.08.2018 – VK 1-77/18.

146 EuGH, Urt v. 11.6.2009, – C-300/07, VergabeNews 2009, 80; Heyne/Kirch, VergabeNews 2009, 62 ff., anders für die AOK Bayern BayObLG, Beschl. v. 24.05.2004 – Verg 06/04, VergabeR 2004, 629, 631; dazu krit. OLG Düsseldorf, VergabeR 2006, 893, 898; Dreher/Hoffmann, NZBau 2009, 273 ff.

147 Für Berufsgenossenschaften bejaht: VK Südbayern, Beschl. v. 7.3.2014, Z3-3-3194-1-02-01/14, VergabeNews 2014, 59.

Gesundheitswesen (Krankenhäuser, medizinische Forschungseinrichtungen, Kurmittelbetriebe, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten);

Kultur (öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, Zoologische und Botanische Gärten);

aus dem Bereich des Sozialen: Kindergärten, Kindertagesstätten, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime und Obdachlosenunterkünfte;

Sport: Schwimmbäder, Sportanlagen und Einrichtungen;

Sicherheit: Feuerwehren und Rettungsdienste;

Bildung: Volkshochschulen, Bildungseinrichtungen für Umschulung, Aus- und Fortbildung;

aus dem Bereich der Wissenschaft, Forschung und Entwicklung: Großforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung;

Entsorgung: Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung;

aus dem Bereich Bauwesen und Wohnungswirtschaft: Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, soweit im Allgemeininteresse tätig,¹⁴⁸ Wohnraumvermittlung;

Wirtschaftsförderungsgesellschaften¹⁴⁹;

Friedhofs- und Bestattungswesen;

Stellen für die Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern, (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe und Ausbildung).

Dieses nicht abschließende Verzeichnis der Einrichtungen, die die Kriterien des funktionalen Auftraggeberbegriffs in Deutschland erfüllen, war der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG im Anhang III beigefügt.¹⁵⁰ Es kann weiterhin als Indiz gelten¹⁵¹. Gleichwohl sind stets die einzelnen Merkmale von § 99 Nr. 2 GWB auf den

51

148 OLG Rostock, Beschl. v. 02.10.2019 – 17 Verg 3/19; KG, Beschl. v. 11.11.2004 – Verg 16/04, VergabeR 2005, 236; OLG Brandenburg, Beschl. v. 06.12.2016 – 6 Verg 4/16; VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 21.12.2017 – VK 1-24/17; a.A.: OLG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2019 – 1 Verg 3/15.

149 VK Thüringen, Beschl. v. 28.2.2014, 250-4003-1024/2013-E-003-EF.

150 ABl. Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 114.

151 a.A. OLG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2019 – 1 Verg 3/15 (Kommunales Wohnungsbauunternehmen, das gewerblich tätig ist).

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

jeweiligen Fall anzuwenden und es ist danach festzustellen, ob eine öffentliche Auftraggebereigenschaft konkret bejaht werden kann.¹⁵²

- 52** Wird eine juristische Person des Privatrechts, die staatlicher Kontrolle unterliegt, im Allgemeininteresse tätig, ist diese Tätigkeit aber nicht im Katalog der alten Vergabekoordinierungsrichtlinie aufgeführt, so ist in jedem Fall die Nichtgewerblichkeit gesondert zu prüfen.¹⁵³ Der EuGH vertritt die Ansicht, dass eine zwar ohne Gewinnerzielungsabsicht, aber gem. Satzung an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien gebundene Messegesellschaft, die das Risiko ihrer Tätigkeit selbst trägt und die sich in einem wettbewerblich geprägten Umfeld betätigt, gewerblich tätig und damit kein öffentlicher Auftraggeber ist.¹⁵⁴ Dem ist nur unter der Voraussetzung zuzustimmen, dass die Messegesellschaft tatsächlich einem Wettbewerb ausgesetzt ist¹⁵⁵ und ihr kein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste zur Verfügung steht. Entsprechend hat das KG den Status der Messe Berlin GmbH als öffentlicher Auftraggeber konkret überprüft und bejaht,¹⁵⁶ insbesondere weil das Gewicht der wettbewerblichen Aspekte insgesamt hinter wettbewerbsuntypischen Aspekten, namentlich dem fehlenden Risiko für die eigene unternehmerische Betätigung, zurückbleibe. Die Messe sei öffentlicher Auftraggeber, weil sich das Land dieses von ihm mit 99,7 % der Geschäftsanteile beherrschten Unternehmens aus Gründen des Allgemeininteresses bediene und seine Existenz durch Zuwendungen beständig und unabhängig von der betriebswirtschaftlichen Rentabilität finanziere. Der Betrieb der Messegesellschaft diene deshalb generell der Förderung der Wirtschaft in der Region, was auch die Satzung zum Ausdruck bringe, wenn dort von der Stärkung des regionalen Messeplatzes im In- und Ausland die Rede sei.¹⁵⁷ Diese Erwägungen dürften für die meisten deutschen Messegesellschaften gelten.¹⁵⁸

- 53** Nicht im Anhang III erfasste juristische Personen sind noch die staatlich anerkannten Religionsgemeinschaften,¹⁵⁹ die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten¹⁶⁰,

152 So schon für die bisherige Liste: KG, Beschl. v. 06.02.2003 – 2 Verg 1/03, VergabeR 2003, 355, 356 ff.; KG, Beschl. v. 11.11.2004 – Verg 16/04, VergabeR 2005, 236 (Öffentliche Wohnungsbaunternehmen).

153 Für eine generelle Prüfung: OLG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2019 – 1 Verg 3/15 (Kommunales Wohnungsbaunternehmen, das gewerblich tätig ist).

154 EuGH, Urte. v. 10.5.2001 – C-223/99 und C-266/99 – Agorà) WuW/E VergR 443 = VergabeR 2001, 281.

155 Ingenstau/Korbion-Müller-Wrede, 15. Aufl., § 98 GWB, Rn. 32.

156 Beschl. v. 27.7.2006 – 2 Verg 5/06.

157 KG, Beschl. v. 27.7.2006 – 2 Verg 5/06; VergabeNews 2006, 97; vgl. Leinemann/Kirch, VergabeNews 2005, 42 ff.

158 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2018 – Verg 50/16; OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2007 – 1 Verg 5/06, VergabeNews 2007, 85; siehe auch Generalanwalt beim EuGH, Schlussanträge v. 4.6.2009 – C-536/07.

159 Vgl. dazu VK Hessen, Beschl. v. 26.4.2006 – 69 dVK-15/2006. Ordensgemeinschaften und die Katholische Kirche sind keine öffentlichen Auftraggeber, VK Nordbayern, Beschl. v. 30.01.2019 – RMF-SG21-3194-3-40; VK Lüneburg, Beschl. v. 25.04.2018 – VgK-07/2018.

160 Auf Vorlage des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.7.2006, Verg 13/06, VergabeR 2006, 893 hat der EuGH entschieden, dass auch die deutschen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten öffentliche Auftraggeber sind: EuGH, Urte. v. 13.12.2007 – C-337/06.

die GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder – Anstalt öffentlichen Rechts¹⁶¹ und die öffentlich-rechtlichen Sparkassen.¹⁶²

1.2.1.3 Beherrschender Einfluss staatlicher Stellen

54

Es kommt dabei entscheidend auf die Frage an, ob eine *staatliche Stelle einen beherrschenden Einfluss* ausüben kann. Nach § 99 Nr. 2 GWB liegt dies insbesondere vor, wenn staatliche Stellen einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise den Auftraggeber überwiegend finanzieren oder über die Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Öffentliche Auftraggeber sind danach Unternehmen, deren Kapital zu mehr als 50 % bei einer staatlichen Körperschaft oder deren Sondervermögen liegt, so auch Gemeinschaftsunternehmen, von denen der Staat mehr als 50 % des Kapitals hält oder deren Tätigkeit er zu mehr als 50 % finanziert.¹⁶³ Das Erfordernis der überwiegenden Finanzierung der juristischen Person bezieht sich auf diese juristische Person selbst. Zahlungen, denen eine konkrete Gegenleistung gegenübersteht, zählen nicht zur Finanzierung.¹⁶⁴ Auch die überwiegende Finanzierung lediglich einzelner Aufgabenbereiche der juristischen Person genügt nicht.¹⁶⁵ Entscheidend ist, ob es sich um einen Transfer von Finanzmitteln z.B. aufgrund eines Gesetzes handelt, der ohne spezifische Gegenleistung mit dem Ziel vorgenommen wird, die Tätigkeiten der betreffenden Einrichtung zu unterstützen.¹⁶⁶ Der Begriff der überwiegenden staatlichen Finanzierung ist funktionell auszulegen, so dass zwar grundsätzlich auch eine mittelbare Finanzierungsweise ausreicht. Eine solche Finanzierung kann durch eine dem Grundsatz und der Höhe nach gesetzlich vorgesehene und auferlegte Gebühr erfolgen, die keine Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme der von der betreffenden Einrichtung erbrachten Dienstleistungen durch die Gebührenschuldner darstellt und die mittels hoheitlicher Befugnisse eingezogen wird.¹⁶⁷ Entscheidend ist, dass der Staat¹⁶⁸ den Beitrag entweder selbst festlegt oder ihn mit einer genauen Beschreibung der zu erbringenden Leistungen und durch Vorschriften über die Bemessung derart beeinflusst, dass der juristischen Person bei der Festsetzung im Ergebnis nur noch ein geringer Spielraum verbleibt.¹⁶⁹ Dass eine Einrichtung die Höhe der Beiträge, aus denen sie sich überwiegend finanziert, formal selbst festlegt, schließt das Vorliegen einer das ge-

161 OLG Hamburg, Beschl. v. 31.3.2014 – 1 Verg 4/13 – öffentliche Auftraggebereigenschaft bejaht.

162 Dazu näher Byok/Jaeger-Werner, § 98 GWB, Rn. 111, 114, 135.

163 Byok/Jaeger-Werner, § 98, Rn. 64, 100; EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – C-380/98 – Univ. of Cambridge WuW/E Verg. 371 = VergabeR 2001, 111; Trautner/Schäffer, VergabeR 2010, 172 ff. – priv. Ersatzschulen.

164 EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – C-380/98; Immenga/Mestmäcker-Dreher, § 98 GWB, Rn. 45; Byok/Jaeger-Werner, § 98 GWB, Rn. 64.

165 BayObLG, Beschl. v. 10.09.2002 – Verg 23/02, VergabeR 2003, 94, 96 -Rotes Kreuz; Hausmann/Queisner, VergabeR 2014, 1 ff.

166 EuGH, Urt. v. 12.9.2013 – C-526/11, Rn 22.

167 EuGH, Urt. v. 12.9.2013 – C-526/11, Rn 24.

168 Staat kann auch ein EU-Staat sein: VK Lüneburg, Beschl. v. 27.09.2019 – VgK-34/2019.

169 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. April 2015 – Verg 35/14.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

nannte Kriterium erfüllenden mittelbaren Finanzierung aber nicht zwangsläufig aus. Eine ausreichende mittelbare Finanzierung liegt beispielsweise vor, wenn sich Einrichtungen durch die von ihren Mitgliedern oder für diese entrichteten Beiträge, denen keine spezifische Gegenleistung gegenübersteht, finanzieren, sofern die Mitgliedschaft in einer solchen Kasse und die Zahlung dieser Beiträge gesetzlich vorgeschrieben sind. Selbst die (formale) Festlegung des Beitragssatzes durch die Körperschaft selbst ist nicht schädlich, wenn dieser rechtlich vorgegeben ist, wobei das Gesetz die erbrachten Leistungen und die damit verbundenen Ausgaben festlegt und untersagt, die Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht wahrzunehmen, und wenn zum anderen der Beitragssatz der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde bedarf und die Beiträge aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zwangsweise eingezogen werden.¹⁷⁰ Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Körperschaft gesetzlich eine erhebliche Autonomie bei der Bestimmung des Wesens, des Umfangs und der Durchführungsmodalitäten der von ihr zur Erfüllung ihrer Aufgaben ausgeübten Tätigkeiten, somit bei der Festsetzung des dafür erforderlichen Haushalts und infolgedessen bei der Festlegung der Höhe der Beiträge eingeräumt wird, die sie von ihren Mitgliedern erhebt. Dass die Regelung, mit der diese Beiträge festgelegt werden, der Genehmigung einer Aufsichtsbehörde bedarf, ist dann nicht ausschlaggebend, da diese Behörde lediglich prüft, ob der Haushalt der betreffenden Einrichtung ausgeglichen ist, d.h., ob die Beiträge ihrer Mitglieder und ihre übrigen Ressourcen gewährleisten, dass sie über ausreichende Einnahmen zur Deckung aller Betriebskosten nach den von ihr selbst festgelegten Modalitäten verfügt.¹⁷¹

- 55** Ob für den Begriff der Beherrschung auf § 17 Aktiengesetz zurückgegriffen werden kann, ist streitig.¹⁷² Die Vorschrift taugt als Anhaltspunkt; maßgeblich können jedoch allein die Merkmale des § 99 Nr. 2 GWB sein. Für den beherrschenden Einfluss stellt es daher ein weiteres entscheidendes Merkmal dar – alternativ zur Kapitalbeteiligung bzw. Finanzierung –, ob eine Körperschaft die Aufsicht über die Leitung des Unternehmens ausübt. Entscheidend soll sein, ob die Form der Aufsicht es der öffentlichen Hand ermöglicht, die Entscheidung der Einrichtung in Bezug auf öffentliche Aufträge zu beeinflussen.¹⁷³ Auch eine gemeinsame Beherrschung des Unternehmens, etwa zusammen mit einem „echten“ privaten Gesellschafter und dem öffentlichen Auftraggeber, reicht aus, um den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts zu indizieren.¹⁷⁴ Das gilt auch, wenn die gemeinsame Gesellschaft z.B. Aufgaben für die Bundeswehr erfüllt.¹⁷⁵ Eine bloß nachprüfende Kontrolle erfüllt nicht das Tatbestandsmerkmal der Aufsicht über die Leitung im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB, da eine solche Kontrolle es den öffentli-

170 EuGH, Urt. v. 12.9.2013 – C-526/11, Rn. 25.

171 EuGH, Urt. v. 12.9.2013 – C-526/11, Rn. 27; VK Sachsen, Beschl. v. 12.11.2015 – 1/SVK/033-15 (IHK).

172 Dafür: VÜA Bund, Beschl. v. 12.4.1995 – 1VÜ 1/95.

173 EuGH, Urt. v. 1.2.2001 – C-237/99, VergabeR 2001, 118; VK Südbayern, Beschl. v. 04.09.2017 – Z3-3-3194-1-31-06/17.

174 Byok/Jaeger-Werner, § 98 GWB, Rn. 71.

175 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.4.2003 – Verg 67/02 (Kampfstiefel).

chen Stellen nicht erlaubt, die Entscheidungen der betreffenden Einrichtung im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beeinflussen.¹⁷⁶ Kontrolliert die öffentliche Hand nicht nur die Jahresabschlüsse der betreffenden Einrichtung, sondern auch ihre laufende Verwaltung mit Blick auf die ziffernmäßige Richtigkeit, Ordnungsmäßigkeit, Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und ist die öffentliche Hand berechtigt, die Betriebsräume zu besichtigen und über das Ergebnis der Prüfung einer mittelbar an dieser Einrichtung beteiligten Gebietskörperschaft zu berichten, so ist das Kriterium des Ausübens der Aufsicht über die Leitung erfüllt.¹⁷⁷ Eine Beherrschung liegt ebenfalls vor, wenn entweder die Geschäftsführung oder die zur Aufsicht berufenen Organe zu mehr als 50 % von einer Gebietskörperschaft oder deren Sondervermögen bestimmt werden. Damit fallen unter § 99 Nr. 2 GWB insbesondere auch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten¹⁷⁸, während durch den Wegfall der Gewährsträgerhaftung im Bereich der Sparkassen wohl von einer regulären Wettbewerbssituation ausgegangen werden kann.¹⁷⁹

1.2.1.4 Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben

Neben diesen Kriterien gehört zur Bejahung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB auch das Merkmal, dass die Einrichtung im *Allgemeininteresse liegende Aufgaben* nichtgewerblicher Art zu erfüllen hat. Dabei bezieht sich die Nichtgewerblichkeit auf die zu erfüllende im Allgemeininteresse liegende Aufgabe und nicht auf die jeweilige Person.¹⁸⁰ Der Wortlaut des § 99 Nr. 2 GWB spricht davon, dass die juristische Person zu dem besonderen Zweck gegründet wird, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Nach deutschem gesellschaftsrechtlichem Verständnis ist mit dem Begriff des Zwecks der Unternehmensgegenstand angesprochen.¹⁸¹ Dieses aus den europarechtlichen Vorgaben übernommene Kriterium wurde bereits vom EuGH dahin gehend relativiert, dass eine Einrichtung, die zwar nicht zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, die jedoch später solche Aufgaben übernommen hat und diese seither tatsächlich wahrnimmt, dieses Tatbestandsmerkmal ebenso erfüllt.¹⁸² Umgekehrt kann die Eigenschaft, öffentlicher Auftraggeber zu sein, entfallen, wenn eine juristische Person des privaten Rechts zwar zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerbli-

56

176 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.9.2013 – C-526/11, Rn. 29; OLG München, Beschl. v. 19.03.2019 – Verg 3/19; VK Thüringen, Beschl. v. 07.02.2019 – 250-4003-262/2019-E-001-EIC. Str., ob Rechtsaufsicht ausreicht: wohl dafür: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.7.2005 – Verg 22/05; dagegen BayObLG, Beschl. v. 24.05.2004 – Verg 06/04, VergabeR 2004, 629; VK Sachsen, Beschl. v. 12.11.2015 – 1/SVK/033-15.

177 EuGH, Urt. v. 27.02.2003 – C – 373/00, VergabeR 2003, 296, 304 – Truley; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.04.2003 – Verg 67/02, VergabeR 2003, 435, 440 f. – Bundeswehrkampfstiefel.

178 EuGH, Urt. v. 13.12.2007 – C-337/06.

179 OLG Rostock, Beschl. v. 15.06.2005 – 17 Verg 3/05, VergabeR 2005, 629.

180 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.4.2003 – Verg 67/02 (Tochtergesellschaft der LH Bundeswehr Bekleidungs GmbH); OLG Rostock, Beschl. v. 02.10.2019 – 17 Verg 3/19.

181 Immenga/Mestmäcker-Dreher, § 98, Rn. 44.

182 EuGH, Urt. v. 12.12.2002 – C-470/99, VergabeR 2003, 141, 149 – Universale- Bau AG.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

cher Art zu erfüllen, dieser Tätigkeitsbereich und damit die Zweckbindung jedoch später entfallen ist.¹⁸³ Dabei wird man in der Regel davon ausgehen können, dass das Handeln in öffentlich-rechtlicher Rechtsform einem Allgemeininteresse dient.¹⁸⁴ Bei privatrechtlicher Rechtsform gilt dieser Ausgangspunkt nicht mehr; greifbare Kriterien sind in der Literatur und Rechtsprechung bislang nicht entwickelt worden, sodass jeweils im Einzelfall entschieden wurde.¹⁸⁵ Offen ist noch, ob private Banken, die staatliche Hilfen nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz erhalten, nunmehr Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllen, weil sie durch ihre staatlich geförderte (Weiter-)Existenz einen staatlich verfolgten Zweck erfüllen.¹⁸⁶

- 57** Darüber hinaus ist das Merkmal der Nichtgewerblichkeit heranzuziehen, da eine gewerbliche Tätigkeit ohnehin nicht dem Vergaberecht unterliegen soll und regelmäßig Gemeinden schon durch die Gemeindeordnung gehindert sind, Wirtschaftsunternehmen zu gründen, wenn sie einem rein kommerziellen Zweck dienen sollen.¹⁸⁷ Das Tatbestandsmerkmal des Allgemeininteresses wird durch das Merkmal der Nichtgewerblichkeit konkretisiert.¹⁸⁸ Dabei ist ein wichtiges Kriterium die Absicht, durch die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe Gewinn zu erzielen. Diese Absicht kann allerdings nicht schon angenommen werden, wenn ein Unternehmen wie seine kommerziellen Wettbewerber organisiert ist. Auch das Angebot solcher Leistungen durch andere private Anbieter ist noch kein sicheres Indiz.¹⁸⁹ Darüber hinaus muss generell in dem Marktsegment Wettbewerb vorhanden sein. Auch das Kriterium der Nichtgewerblichkeit ist daher letztlich nur ein Anhaltspunkt für die Ermittlung der Auftraggeberschaft im Einzelfall.
- 58** Werden gesetzlich bestimmte „öffentliche Aufgaben“ als Staatsaufgaben wahrgenommen, so wird dies eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art darstellen, so etwa bei der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Verkehre durch die Aufgabenträger im öffentlichen Personennahverkehr. Diese Verkehrsdienste stellen eine gesetzlich zugewiesene Aufgabe der Daseinsvorsorge nach § 1 Abs. 1, § 4 PBefG dar. Generell wird ein Handeln in öffentlicher Rechtsform im Bereich der Daseinsvorsorge die Vermutung nach sich ziehen, dass dies dem Allgemeininteresse dient.¹⁹⁰ Das führt konsequent zu der Annahme, dass juristische

183 KG, Beschl. v. 6.2.2003 – 2 Verg 1/03, VergabeR 2003, 355, 356 (Wohnungsbaugesellschaft); Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, § 98, Rn. 14; Kulartz/Kus/Portz-Eschenbruch, § 99, Rn. 87, der auf die aktuell und tatsächlich durchgeführte Tätigkeit abstellt; a. A. aus Gründen der Rechtssicherheit: Immenga/Mestmäcker-Dreher, § 98, Rn. 48; Byok/Jaeger-Werner, § 98, Rn. 43.

184 OLG Hamburg, Beschl. v. 31.3.2014 – 1 Verg 4/13.

185 Abgelehnt für ein Bistum von OLG Celle, Beschl. v. 25.8.2011 – 13 Verg 5/11 und für eine Werkstatt für Menschen mit Behinderungen von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.7.2015 – Verg 11/15. Bejahend für kommunale Wohnungsbaugesellschaft von VK Brandenburg, Beschl. v. 27.7.2015 – VK 12/15 und von VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 22.9.2014 – 2 VK 12/14; OLG Rostock, Beschl. v. 02.10.2019 – 17 Verg 3/19; OLG Brandenburg, Beschl. v. 06.12.2016 – 6 Verg 4/16.

186 Dafür: Höfler/Braun, NZBAu 2009, 5, 7; dagegen: Gabriel, NZBAu 2009, 282, 284.

187 So z.B. § 107 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, wobei § 107 a energiewirtschaftliche Betätigung zulässt.

188 EuGH, Slg. 1998, I-73; Slg. 1998, I-6821 vgl. auch Rn. 65 ff.

189 EuGH, Slg. 1998, I-6821; EuGH, Urt. v. 27.02.2003 – C-373/00, VergabeR 2003, 296, 303 – Truley.

190 OLG München, Beschl. v. 7.6.2005 – Verg 4/05, VergabeR 2005, 620, 623.

Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts) regelmäßig unter den funktionalen öffentlichen Auftraggeberbegriff fallen.

Auch die öffentliche Hand hat im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit (mit Ausnahme der Eingriffsverwaltung) die Freiheit, die Rechtsform ihres Handelns zur Aufgabenerfüllung zu bestimmen. Diese kann auch durch privatrechtliche Gesellschaften erfolgen. Das Handeln einer privatrechtsförmigen Gesellschaft (etwa GmbH, AG) führt aber gem. § 99 Nr. 2 GWB nicht aus dem Vergaberecht hinaus, wenn die jeweilige Gesellschaft nach ihrem Gründungszweck nichtgewerbliche Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt. Hier kommt es wiederum auf den Einzelfall an. Im Bereich der Bereitstellung von Verkehrs- und/oder kommunalen Infrastrukturen wie Abwassernetzen oder ÖPNV-Dienstleistungen kann in Anbetracht der historischen Entwicklung auf diesem bis vor Kurzem gänzlich kommunal dominierten Sektor vom Vorliegen einer Aufgabe im Allgemeininteresse ohne Weiteres ausgegangen werden.¹⁹¹ Soweit die öffentliche Hand neue Tätigkeitsfelder besetzt und eine entsprechende Zuordnung schwierig ist, wird grundsätzlich eine Vermutung für die Wahrnehmung von Aufgaben im Allgemeininteresse nahe liegen. Ein Rückschluss von der privaten Rechtsform auf gewerbliches Handeln ist wegen der umfassenden Verpflichtung der öffentlichen Hand auf das Gemeinwohl nicht zulässig.¹⁹²

59

Kommunale Wirtschaftsunternehmen müssen nach den einschlägigen Vorschriften der jeweiligen Gemeindeordnungen durch eine öffentliche Zwecksetzung gerechtfertigt sein. Kommunales Wirtschaftsengagement ist demnach letztlich zweckgebundene Verwaltungstätigkeit, die auf die Verwirklichung des Gemeinwohls gerichtet sein muss. Grundsätzlich muss ein öffentlicher Zweck das jeweilige Unternehmen rechtfertigen, die wirtschaftliche Tätigkeit in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen und der verfolgte Zweck nicht durch andere besser oder ebenso gut erfüllt werden können.¹⁹³ Ob rein gewinnorientierte Unternehmen, deren Leistungen nur über die Erträge mittelbar den Bürgern zugutekommen, durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind, ist umstritten.¹⁹⁴ Grundsätzlich ist aber auch bei öffentlichen Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform davon auszugehen, dass sie jedenfalls Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen, da andernfalls ihre öffentlich-rechtliche Zulässigkeit infrage steht.

60

191 Vgl. zur Öffentlichen Auftragsvergabe in ÖPNV: Winnes, VergabeR 2009, 712 ff.

192 So auch Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, GWB, § 98, Rn. 20.

193 Sog. Schrankentrias. Die Vorgaben können nach Maßgabe der jeweiligen Gemeindeordnung divergieren.

194 Dagegen etwa: BVerfGE 61, 82, 107; Badura, DÖV 1998, 818, 821; Ehlers, DVBl. 1998, 497, 499; Löwer, DVBl. 2000, 1757; Papier, DVBl. 2003, 686, 688 f. Dafür etwa Britz, NVwZ 2001, 380, 383; Cremer, DÖV 2003, 921, 930.

1 Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff

1.2.1.5 Aufgaben nichtgewerblicher Art

- 61** Die im Allgemeininteresse liegende Aufgabenerfüllung muss des Weiteren nichtgewerblicher Art sein. Die Nichtgewerblichkeit dient der Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „Allgemeininteresse“.¹⁹⁵ Zur Bestimmung der Nichtgewerblichkeit kommt es nicht auf den Gewerbebegriff des nationalen Gewerberechts an. Dieses Merkmal ist vielmehr nach dem Ziel der Vergaberichtlinien, Hemmnisse für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr abzubauen, auszulegen. Das Vergaberecht soll eine Diskriminierung von Unternehmen bei Beschaffungsvorgängen durch Auftraggeber, die nicht den Kräften des Marktes ausgesetzt sind und durch diese zu einem Verhalten nach Wirtschaftlichkeitskriterien veranlasst sind, verhindern. Damit kommt es im Kern darauf an, ob sich ein Auftraggeber von wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. So kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs, in welchem das fragliche Unternehmen tätig ist, und das Bestehen einer Konkurrenzsituation,¹⁹⁶ eine an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtete Geschäftsführung sowie das Tragen des wirtschaftlichen Risikos zur vergaberechtlichen Gewerblichkeit einer Tätigkeit führen und damit die Auftraggebereigenschaft entfallen lassen.¹⁹⁷
- 62** Hier ist allerdings zu beachten, dass allein das Vorhandensein eines entwickelten Wettbewerbs nicht den Schluss zulässt, dass keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art vorliegt. Das Vorliegen eines wettbewerblich geprägten Umfelds ist nur einer von mehreren Bausteinen, die die fehlende Auftraggebereigenschaft indizieren.¹⁹⁸ Es ist unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände, u.a. der Umstände, die zur Gründung der betreffenden Einrichtung geführt haben, und der Voraussetzung, unter der sie ihre Tätigkeiten ausübt, zu beurteilen, ob eine derartige Aufgabe vorliegt.¹⁹⁹
- 63** Eine nichtgewerbliche Tätigkeit im Sinne des Vergaberechts kann zu verneinen sein, wenn die Geschäftsführung einer privatrechtsförmigen Gesellschaft nach der Satzung an Leistungs-, Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien auszurichten ist. Fehlt ein Mechanismus zum Ausgleich etwaiger finanzieller Verluste und trägt das Unternehmen selbst das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit, so ist Nichtgewerblichkeit eher nicht anzunehmen, auch wenn das Unternehmen keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt. Nicht allein das Streben nach Gewinn, sondern erst die Übernahme des aus der Tätigkeit folgenden Risikos führt dazu, dass das Verhalten eines Unternehmens tatsächlich von wirtschaftlichen Überlegungen geleitet wird.²⁰⁰

195 EuGH, Urt. v. 10.11.1998 – C-360/96, Rn. 32.

196 EuGH, Urt. v. 10.11.1998 – C-360/96, Rn. 49.

197 EuGH, Urt. v. 10.5.2001 – C-223/99, C-266/99 – „Ente Fiera“, VergabeR 2001, 281 ff.; OLG Hamburg, Beschl. v. 11.02.2019 – 1 Verg 3/15.

198 Siehe EuGH, Urt. v. 10.5.2001 – C-223/99, C-266/99 – Ente Fiera, VergabeR 2001, 281 ff.

199 EuGH, Urt. v. 27.2.2003 – C-373/00, VergabeR 2003, 296 ff. – Truley.

200 OLG Hamburg, Beschl. v. 25.1.2007 – 1 Verg 5/06.

- Selbst wenn bei den Banken, die staatliche Hilfen aus dem Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung erhalten haben, das Insolvenzrisiko gesenkt wurde, tragen diese Banken immer noch das Risiko ihres künftigen wirtschaftlichen Handelns selbst. Auch die einzuhaltenden Auflagen ändern daran nichts. Insofern bleibt es bei der Gewerblichkeit der Privatbanken, die zweckgebundene staatliche Beihilfen erhalten.²⁰¹ **64**
- Nur wenn ein Unternehmen die erwirtschafteten Verluste selbst tragen muss, wird es innerhalb marktmäßiger Mechanismen tätig, die eine Anwendung des Regimes des europäischen Vergaberechts obsolet werden lassen.²⁰² Die Wahrnehmung einer Aufgabe nichtgewerblicher Art kann damit vor allem bei – praktisch bisher nicht relevanten – gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im Zusammenhang mit Konzessionsvereinbarungen fraglich sein. **65**
- Hinsichtlich einer Orientierung der Geschäftsführung von öffentlichen Unternehmen an Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ist auch zu berücksichtigen, dass das Erfordernis einer öffentlichen Zwecksetzung bei kommunalen Wirtschaftsunternehmen rein gewinnorientierte Unternehmen nicht zulässt. Zwar ist eine Gewinnmitnahme unproblematisch. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein öffentliches Unternehmen in den Markt expandieren und rein wettbewerblich tätig werden kann, ist aber noch unbeantwortet.²⁰³ Ein Unternehmen, welches voll im Markt steht und die gleichen Leistungen wie die Wettbewerber anbietet, wird sich nur noch schwerlich über einen öffentlichen Zweck rechtfertigen lassen. Eine „gewerbliche“ Tätigkeit im Sinne des Kartellvergaberechts kann also dazu führen, dass zwar vergaberechtlich die öffentliche Auftraggebereigenschaft entfällt. Kommunalwirtschaftsrechtlich führt dies aber zu Zweifeln an der Zulässigkeit der Tätigkeit. **66**
- Nach den vorstehenden Ausführungen dürfte es nicht überraschen, dass die meisten Auftraggeber, die in irgendeiner Weise staatliche Beteiligungen aufweisen oder durch staatliche Mittel finanziert werden, Argumentationen entwickelt haben, warum gerade sie nicht unter § 99 Nr. 2 GWB fallen. Hier haben sich besonders die Deutsche Bahn AG und die im Rahmen der Aufspaltung entstandenen Konzerngesellschaften DB Netz AG und DB Station und Service AG hervorgetan. Das Kapital des Konzerns liegt nicht nur zu 100 % bei der BRD, sondern im Baubereich werden zudem alle wesentlichen Bauaktivitäten zu einem großen Teil unmittelbar durch das Bundesministerium für Verkehr finanziert. Die Deutsche Bahn AG und ihre Konzerngesellschaften haben naturgemäß ein erhebliches Interesse daran, nicht als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB zu gelten, sondern die freizügigeren Möglichkeiten eines Sektorauftraggebers nach § 100 GWB in Anspruch nehmen zu können, insbesondere nach Belieben die Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren durchzuführen, was § 13 Abs. 1 SektVO ermöglicht. **67**

201 Gabriel, NZBau 2009, 282, 284; a.A. Höfler/Braun, NZBau 2009, 5, 8 f.

202 OLG München, Beschl. v. 7.6.2005 – Verg 4/05, VergabeR 2005, 620, 623 – nichtgewerblich, da Verluste aus dem Stiftungsvermögen ausgeglichen werden.

203 Siehe etwa Kirch, Mitwirkungsverbote bei Vergabeverfahren, S. 37 m.w.N.

Wenn Sie Alles zum Vergaberecht wissen wollen – die 7. Auflage dieses Buchs stellt den aktuellen Stand des Vergaberechts 2020 und viele neue Regelungen im Detail dar. Alles wird sorgfältig erläutert und kommentiert. Die deutlichen Veränderungen insbesondere in der Neufassung der VOB/A werden eingehend erläutert.

Der Inhalt erstreckt sich von der Konzipierung einer Beschaffung bis hin zur Vergabenachprüfung in zweiter Instanz vor dem OLG. Bieter, Beschaffer, Berater, Vergabekammern und Gerichte finden die Normen und zugehörige Rechtsprechung ausführlich erläutert und nachgewiesen.

Mit Erläuterungen zu vergaberechtlich heiß diskutierten Fragen und praktischen Anwendungsempfehlungen. Auch zivilrechtliche Berührungspunkte werden umfassend erläutert. Ein Muss für alle, die das neue Vergaberecht 2020 rechtssicher anwenden wollen.

IHRE VORTEILE

- ✓ Hervorragende Qualität
- ✓ Das komplette Vergaberecht in einem Band
- ✓ Renommierte Autoren aus Top-Vergaberechtskanzlei
- ✓ 7. Auflage seit 1999

AUS DEM INHALT

- Vergabegrundsätze, Adressaten und Auftragsbegriff
- Erläuterung der Beschaffungsprozesse je Verordnung
- Vergabestrafrecht
- Compliance
- Nachprüfungsverfahren im Detail

AUTORENINFO

Herausgeber: Prof. Dr. Ralf Leinemann, Partner in der Sozietät Leinemann Partner Rechtsanwälte Berlin und Honorarprofessor für Bau- und Vergaberecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin und Referent bei zahlreichen wissenschaftlichen Tagungen. Der Herausgeber und seine Kanzlei zählen lt. Wirtschaftswoche und JUVE-Handbuch seit Jahren zu den führenden Adressen im Vergaberecht.

Für die hohe Qualität des Titels steht neben dem Herausgeber mit Frau Dr. Eva-Dorothee Leinemann und Herr Dr. Thomas Kirch auch das namhafte und etablierte Autorenteam.

www.reguvis.de

 **Reguvis**

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages