

Beatrice Fabry
Frank Meininger
Karsten Kayser

Vergaberecht in der Unternehmenspraxis

Erfolgreich um öffentliche Aufträge
bewerben

2., überarbeitete und erweiterte Auflage



Springer Gabler

Vergaberecht in der Unternehmenspraxis

Beatrice Fabry · Frank Meininger
Karsten Kayser

Vergaberecht in der Unternehmenspraxis

Erfolgreich um öffentliche Aufträge
bewerben

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

 Springer Gabler

Beatrice Fabry
Frank Meininger
Karsten Kayser
Menold Bezler Rechtsanwälte Partnerschaft
Stuttgart, Deutschland

ISBN 978-3-8349-3103-0 ISBN 978-3-8349-3728-5 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-8349-3728-5

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2007, 2013

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Lektorat: Anna Pietras

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist eine Marke von Springer DE. Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media
www.springer-gabler.de

Vorwort

Der öffentliche Beschaffungsmarkt ist für Unternehmen sehr attraktiv. Bundesweit werden jährlich Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Wert von etwa 300 Mrd. Euro vergeben. Bei der Vergabe von Aufträgen sind öffentliche Auftraggeber jedoch nicht frei. Sie müssen die Vorgaben des Vergaberechts beachten, das die "rechtlichen Spielregeln" für die Auftragsvergabe beinhaltet. Das Vergaberecht ist einem ständigen Wandel durch Rechtsprechung und vielfältige gesetzgeberische Aktivitäten auf europäischer und nationaler Ebene – zuletzt durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 sowie die Novellierung von VOB/A, VOL/A und VOF in 2010 und der VOB/A bereits erneut 2012 – unterworfen.

Unternehmen, die am großen Markt der öffentlichen Aufträge teilhaben möchten, müssen daher nicht nur ihr Produkt und ihre Wettbewerber kennen, sondern auch mit diesen Spielregeln vertraut sein, damit sie sich nicht schon aus rein formalen Gründen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge ihrer Chancen auf die Auftragserteilung begeben.

Dieses Buch will Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, die wesentlichen Grundlagen des Vergaberechts erläutern, damit ihre Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag erfolgreich sein kann. Es ist für den Praktiker geschrieben, der im Unternehmen mit der Bewerbung um öffentliche Aufträge befasst ist. Ihm soll das Buch aufzeigen, wie der öffentliche Beschaffungsmarkt "tickt". Hierbei will das Buch Hilfestellung bei der Abgabe formal korrekter Angebote geben und Handlungsoptionen aufzeigen, falls eine Ausschreibung einmal nicht "so rund läuft", wie dies aus Bietersicht wünschenswert wäre. Auch wird gezeigt, in welchem Umfang Marketing bei öffentlichen Auftraggebern möglich und sinnvoll ist.

Die zweite Auflage berücksichtigt die seit Erscheinen der ersten Auflage durch europäische und nationale Gesetzgebung sowie Rechtsprechung erfolgten Änderungen des Vergaberechts.

Wir danken unserer Kollegin Dr. Valeska Pfarr für tatkräftige Unterstützung und Anregungen sowie Frau Andrea Müller für die Mühe der Manuskripterstellung.

Stuttgart, im November 2012

Dr. Beatrice Fabry
Dr. Frank Meininger
Dr. Karsten Kayser

Inhaltsverzeichnis

1 Einführung in das Vergaberecht	1
1.1 Gegenstand des Vergaberechts	1
1.2 Regelungszweck des Vergaberechts	1
1.3 Wechselwirkung mit anderen Rechtsgebieten	2
1.3.1 Gebühren- und Preisrecht	3
1.3.2 Zivilrecht	3
1.4 Bedeutung des Vergaberechts für die öffentliche Hand und Bieter	4
1.5 Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts	5
2 Grundlagen des Vergaberechts	7
2.1 Rechtsgrundlagen des europäischen Vergaberechts	7
2.2 Zweiteilung des deutschen Vergaberechts	8
2.2.1 Nationales "Haushaltsvergaberecht"	8
2.2.2 Europäisches "Kartellvergaberecht"	8
2.2.3 Umsetzung in den Vergabe- und Vertragsordnungen	9
2.2.4 Vorrangige und nachrangige Dienstleistungen	11
2.3 Aktuelle und bevorstehende Reformen des Vergaberechts	11
2.4 Reichweite des Vergaberechts und Abgrenzung	13
2.4.1 Gegenstand des Vergaberechts: entgeltliche Beschaffung	13
2.4.2 Wettbewerbliche Verfahren außerhalb des Vergaberechts	14
2.5 Voraussetzungen der Vergabepflicht	15
2.5.1 Öffentliche Auftraggeber bei nationalen Vergaben	15
2.5.2 Öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Vergaben, § 98 GWB. ...	16
2.5.2.1 Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, § 98 Nr. 1 GWB	16
2.5.2.2 Andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, § 98 Nr. 2 GWB	16
2.5.2.3 Verbände, § 98 Nr. 3 GWB	23
2.5.2.4 Sektorenauftraggeber, § 98 Nr. 4 GWB	23
2.5.2.5 Staatlich subventionierte Auftraggeber, § 98 Nr. 5 GWB. ...	24
2.5.2.6 Baukonzessionäre, § 98 Nr. 6 GWB	24

2.5.3	Öffentliche Aufträge, § 99 GWB.	25
2.5.3.1	Bauaufträge, § 99 Abs. 3 GWB	25
2.5.3.2	Lieferaufträge, § 99 Abs. 2 GWB	26
2.5.3.3	Dienstleistungsaufträge, § 99 Abs. 4 GWB	26
2.5.3.4	Auslobungsverfahren, § 99 Abs. 5 GWB.	27
2.5.3.5	Gemischte Verträge und die Abgrenzung der verschiedenen Auftragsarten, § 99 Abs. 10 GWB.	28
2.5.3.6	Vergabepflicht bei Änderung bestehender Verträge.	28
2.5.3.7	Rahmenvereinbarungen.	30
2.5.4	Schwellenwerte	32
2.5.4.1	Schwellenwerte bei europaweiten Vergabeverfahren, § 100 Abs. 1 GWB.	32
2.5.4.2	Schwellenwerte bei nationalen Vergabeverfahren	34
2.5.5	Ausnahmen vom Vergaberecht und die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts	34
2.5.5.1	Ausnahmetatbestände, § 100ff. GWB	34
2.5.5.2	Das Inhouse-Geschäft	35
2.6	Vergaberechtliche Verfahrensgrundsätze	38
2.6.1	Wettbewerbsprinzip, § 97 Abs. 1 GWB.	39
2.6.2	Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB	40
2.6.3	Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB.	42
2.7	Weitere vergaberechtliche Verfahrensgrundsätze	43
2.7.1	Gebot der Losvergabe, § 97 Abs. 3 GWB.	43
2.7.2	Eignung der Bieter, § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB	45
2.7.2.1	Zwingende und fakultative Eignungskriterien in den Vergabe- und Vertragsordnungen.	45
2.7.2.2	Bestimmung von Eignungsanforderungen durch den Auftraggeber	46
2.7.2.3	Nachweis der Eignung durch Einbindung Dritter.	48
2.7.2.4	“Selbstreinigung” bei Vergabeverstößen in der Vergangenheit	49
2.7.3	Zulässigkeit anderer oder weitergehender Anforderungen für das Vergabeverfahren?	50
2.7.4	Wirtschaftlichkeitsgebot, § 97 Abs. 5 GWB	51
2.8	Vorgaben für die Durchführung des Vergabeverfahrens.	53
2.8.1	Verfahrensarten	53
2.8.1.1	Offenes Verfahren/öffentliche Ausschreibung.	53
2.8.1.2	Nicht offenes Verfahren/beschränkte Ausschreibung.	54
2.8.1.3	Verhandlungsverfahren/freihändige Vergabe	54
2.8.1.4	Wettbewerblicher Dialog.	55
2.8.2	Ausnahmen vom Vorrang des offenen Verfahrens bzw. der öffentlichen Ausschreibung.	55
2.8.2.1	Zulässigkeit eines nicht offenen Verfahrens.	55

2.8.2.2	Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens	56
2.8.2.3	Hierarchie der Verfahrensarten	59
2.8.3	Vergabebekanntmachung	60
2.8.3.1	Nationale Vergabeverfahren	60
2.8.3.2	Europaweite Vergabeverfahren	61
2.8.3.3	Vorabinformation	62
2.8.4	Vergabeunterlagen	62
2.8.5	Bieterfragen bei unklaren Vergabeunterlagen	64
2.8.6	Haupt- und Nebenangebote	65
2.8.6.1	Hauptangebote	65
2.8.6.2	Nebenangebote	65
2.8.7	Optionen und Alternativpositionen	66
2.8.8	Vergabevorbehalte	67
3	Der Wettbewerb um den Erhalt öffentlicher Aufträge	69
3.1	Aktivitäten im Vorfeld einer Ausschreibung – Marketing bei der öffentlichen Hand	69
3.2	Erlangen der Vergabeunterlagen	71
3.2.1	Informationen über die Durchführung von Vergabeverfahren	71
3.2.2	Anfordern der Vergabeunterlagen	72
3.3	Auswertung und Prüfung der Vergabeunterlagen	74
3.3.1	Vergabebekanntmachung	75
3.3.2	Vergabeunterlagen	81
3.4	Anfragen und Rügen beim Auftraggeber	83
3.5	Abgabe des Angebots	84
3.5.1	Formale Anforderungen an die Angebote	84
3.5.1.1	Angebotsfrist	84
3.5.1.2	Form des Angebots	85
3.5.1.3	Unterzeichnung des Angebots	85
3.5.1.4	Verwendung von Kurzfassungen des Leistungsverzeichnisses	86
3.5.1.5	Inhaltliche Anforderungen an das Angebot	86
3.5.1.6	Kennzeichnen geheimhaltungsbedürftiger Angebotsbestandteile	90
3.5.2	Änderungen des Angebots	90
3.6	Bildung von Bietergemeinschaften	90
3.7	Einbindung von Nachunternehmern	92
4	Die Entscheidung des Auftraggebers über die Auftragserteilung	95
4.1	Öffnung der Angebote	95
4.2	Prüfung und Wertung der Angebote	96
4.2.1	Grundsätzliches	96
4.2.2	Erste Wertungsstufe: Formelle Angebotsprüfung	96
4.2.2.1	Zwingender Angebotsausschluss	96

4.2.2.2	Fakultativer Angebotsausschluss	99
4.2.3	Zweite Wertungsstufe: Eignung des Bieters	101
4.2.4	Dritte Wertungsstufe: Auskömmlichkeit des Angebots	101
4.2.5	Vierte Wertungsstufe: Wirtschaftlichkeit des Angebots	103
4.2.6	Wertung von Nebenangeboten	103
4.2.7	Aufklärung der Angebotsinhalte, Verhandlung mit den Bieter und Nachfordern von Unterlagen	104
4.2.8	Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist	104
4.3	Besonderheiten des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs	105
4.4	Vergabesperren	106
4.5	Informationspflichten des Bieters	106
4.6	Auswahlentscheidung, Bieterinformation und Zuschlagserteilung	106
4.7	Die Aufhebung des Vergabeverfahrens	108
4.7.1	Zivil- und vergaberechtliche Zulässigkeit der Verfahrensaufhebung	108
4.7.2	Folgen einer vergaberechtlich unzulässigen Verfahrensaufhebung	109
4.7.3	Rechtsschutz gegen die Aufhebung von Vergabeverfahren	110
5	Der „Streit“ um öffentliche Aufträge	111
5.1	Grundlagen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes bei europaweiten Vergabeverfahren	111
5.2	Die besondere Bedeutung der Rüge	112
5.2.1	Bedeutung der Rüge	112
5.2.2	Positive Kenntnis vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes	113
5.2.3	Rüge bei Vergabeverstößen, die aus der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erkennbar sind	113
5.2.4	Unverzüglichkeit der Rüge	114
5.2.5	Inhalt der Rüge	115
5.2.6	Form der Rüge	115
5.2.7	Zurückweisung der Rüge	116
5.3	Das „Angriffs- und Verteidigungsszenario“ im Vergaberechtsschutz	116
5.4	Wesentliche Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens	117
5.4.1	Untersuchungsgrundsatz	117
5.4.2	Beschleunigungsgrundsatz	118
5.4.3	Mündlichkeitsgrundsatz	118
5.5	Der Ablauf des Nachprüfungsverfahrens	118
5.5.1	Zuständige Vergabekammer	119
5.5.2	Verfahrenseinleitung	119
5.5.3	Zustellung des Nachprüfungsantrags und Zuschlagsverbot	120
5.5.4	Akteneinsicht	120

5.5.5	Mündliche Verhandlung und Entscheidung der Vergabekammer	121
5.6	Die sofortige Beschwerde	121
5.6.1	Beschwerdebefugnis	122
5.6.2	Beschwerdefrist	122
5.6.3	Ablauf des Beschwerdeverfahrens	122
5.7	Vergaberechtlicher Eilrechtsschutz	124
5.7.1	Allgemeines	124
5.7.2	Eilrechtsschutz vor der Vergabekammer	124
5.7.3	Eilrechtsschutz vor dem Oberlandesgericht	125
5.7.3.1	„Eilrechtsschutz“ des beschwerdeführenden Bieters und Beigeladenen	125
5.7.3.2	„Eilrechtsschutz“ des beschwerdeführenden öffentlichen Auftraggebers	125
5.8	Besonderheiten bei der De-facto-Vergabe	126
5.9	Kosten des vergaberechtlichen Rechtsschutzes	127
5.9.1	Kosten der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts	127
5.9.2	Kosten der Verfahrensbeteiligten	129
5.9.3	Kostentragungspflichten	129
5.9.4	Erstattung der Kosten eines Rechtsanwalts	130
5.10	Vergaberechtlicher Rechtsschutz bei nationalen Vergabeverfahren	131
Anhang I – Gesetzestexte		133
Anhang II – Bekanntmachungsorgane		179
Anhang III – Hinweise auf Informationsquellen		181
Anhang IV – Checkliste Bewerbung um öffentliche Aufträge		185
Anhang V – Muster		189
Anhang VI – Adressen von Vergabekammern		195
Autorenverzeichnis		201
Stichwortverzeichnis		203

Abkürzungsverzeichnis

AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
CPV	Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge
e. G.	eingetragene Genossenschaft
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
KAG	Kommunalabgabengesetz
KG	Kammergericht
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft(en)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PPP	Public Private Partnership
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
SektVO	Sektorenverordnung
SKR	Sektorenrichtlinie
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

VgV	Vergabeverordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VSVgV	Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
VV	Vergütungsverzeichnis
ZPO	Zivilprozessordnung

1.1 Gegenstand des Vergaberechts

“Vergaberecht” bezeichnet die **Gesamtheit aller Vorschriften, die durch staatliche Einrichtungen** – und in bestimmten Fällen auch von privaten Unternehmen – **bei der Beschaffung von Gütern Servicebau und Dienstleistungen zu beachten sind.** Gegenstand des Vergaberechts ist somit der Einkauf der öffentlichen Hand, beginnend mit der Entscheidung, Leistungen auf dem Markt nachzufragen, bis zum Abschluss des (i.d.R. zivilrechtlichen) Leistungsvertrags. Die der Beschaffung vorausgehende Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die zu beschaffenden Leistungen und Güter sowie die vertraglichen Vorgaben zur Leistungserbringung nach Vertragsschluss unterliegen demgegenüber nicht unmittelbar dem Vergaberecht. Gleichwohl setzt das Vergaberecht öffentlichen Auftraggebern auch bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands sowie der Ausgestaltung der vertraglichen Bestimmungen Grenzen. Die Beachtung dieser Grenzen kann von Unternehmen mit den Mitteln des Vergaberechts durchgesetzt werden.

Weiterhin zählen auch die unter dem Einfluss des Europarechts entstandenen Vorschriften, die den Rechtsschutz der Unternehmen bei der Durchführung von Beschaffungsvorhaben regeln, zum Vergaberecht.

1.2 Regelungszweck des Vergaberechts

Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe – kurz: Vergaberecht – dient den beiden unterschiedlichen Zielen “sparsame Mittelverwendung” und “Wettbewerb um öffentliche Aufträge”. Beide haben in der Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts Niederschlag

gefunden und hierdurch die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in nationale und europaweite Vergabeverfahren begründet.

Maßgeblicher Zweck des deutschen Vergaberechts war ursprünglich die **Gewährleistung sparsamer Mittelverwendung** des Staates bei der Beschaffung von Leistungen. Darüber hinaus dient das nationale Vergaberecht auch der **Korruptionsbekämpfung**. Dieser haushaltsrechtlichen Zielsetzung entsprechend regeln § 30 HGrG und § 55 BHO sowie die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen bzw. des Gemeindehaushaltsrechts der Länder, dass der Auftragsvergabe grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung – also ein Vergabeverfahren – vorausgehen hat.

Darüber hinaus bezweckt das Vergaberecht aufgrund seiner europarechtlichen Prägung inzwischen auch die **Schaffung von Wettbewerb um öffentliche Aufträge** und den **Schutz der Wirtschaftsteilnehmer bei der Durchführung von Ausschreibungen**. Dahinter steht das Bestreben, die häufig überlegene Nachfragemacht der öffentlichen Hand auf den Beschaffungsmärkten zu begrenzen und auf dem europäischen Binnenmarkt eine transparente und diskriminierungsfreie Auftragsvergabe im Wettbewerb zu gewährleisten. Zu den vergaberechtlichen Prinzipien gehören daher die Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung und der Transparenz sowie – zu deren Durchsetzung – der vergaberechtliche Rechtsschutz der Unternehmen.

Das Vergaberecht in Deutschland dient heute beiden Zwecken. Obwohl mit Umsetzung der europarechtlichen Vergaberichtlinien der Aspekt des Wettbewerbsschutzes zugunsten der Unternehmen stark in den Vordergrund getreten ist und den Unternehmen im Fall der Verletzung von Bieterrechten bei europaweiten Ausschreibungen vergaberechtlicher Rechtsschutz eröffnet wurde, ist zu beachten, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge weiterhin der Leistungsbeschaffung durch die öffentliche Hand dient und somit dem Gebot der sparsamen Mittelverwendung verpflichtet ist. Das bestehende Vergaberecht versucht daher dem Anspruch der Unternehmen auf ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren gerecht zu werden und zugleich eine wirtschaftliche Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber zu ermöglichen.

1.3 Wechselwirkung mit anderen Rechtsgebieten

Das Vergaberecht ist kein isoliertes Rechtsgebiet. Wechselwirkungen mit anderen Rechtsmaterien sind daher stets zu beachten. Selbstverständlich dürfen die Vorgaben für öffentliche Aufträge den geltenden rechtlichen Bestimmungen nicht widersprechen. So sind insbesondere die spezifischen öffentlich-rechtlichen Vorgaben, die im Rahmen des jeweiligen Beschaffungsvorhabens zu berücksichtigen sind (z. B. des Abfallrechts, Personenbeförderungsrechts, Datenschutzrechts etc.), zu beachten.

Einzelne Rechtsgebiete weisen jedoch besondere, unabhängig vom jeweiligen Vergabegegenstand bestehende Verbindungen zu den Vergaben der öffentlichen Hand auf.

1.3.1 Gebühren- und Preisrecht

Im engen Zusammenhang mit der Vergabe von Leistungen steht etwa das Gebührenrecht, sofern es um die Vergabe gebührenfinanzierter Leistungen geht.¹ Gerade in diesen Fällen spielt auch das öffentliche Preisrecht, geregelt in der “Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen” (VO PR 30/53) eine Rolle. Vor allem dann, wenn eine Ausschreibung unterblieben ist, können die zwingenden Vorgaben der VO PR 30/53 insbesondere für den Auftragnehmer erhebliche Folgen haben. Auch wettbewerbsrechtliche Fragen können bei der Durchführung von Vergabeverfahren eine Rolle spielen. Dies gilt etwa hinsichtlich der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften oder dem Ausschluss von Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Abreden getroffen haben.

1.3.2 Zivilrecht

Ziel eines jeden Beschaffungsvorhabens ist der Abschluss eines Vertrags. Die Beachtung zivilrechtlicher Bestimmungen und eine den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Ausgestaltung der Vertragsbedingungen ist daher bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unverzichtbar. Auftraggeber müssen die bei Vertragsschluss zur Anwendung kommenden vertraglichen Bestimmungen festlegen. Da außerhalb des Verhandlungsverfahrens Verhandlungen über die ausgeschriebene Leistung sowie die Vertragsmodalitäten unzulässig sind, können öffentliche Auftraggeber die vertraglichen Regelungen im Vergabeverfahren vorgeben. Natürlich müssen hierbei die auch außerhalb des Vergaberechts geltenden Grenzen der Vertragsautonomie beachtet werden. Wegen der einseitigen Vorgabe des Leistungsinhalts durch den öffentlichen Auftraggeber und mangels Möglichkeit der Bieter, auf die Ausgestaltung des Vertrags Einfluss zu nehmen, erlangen insbesondere die Regelungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB, §§ 305ff. BGB) besondere Bedeutung.²

Öffentliche Auftraggeber haben durch die Möglichkeit, die vertraglichen Regelungen zur Leistungserbringung im Rahmen eines Vergabeverfahrens vorzugeben, einen strategischen Vorteil gegenüber den Bietern. Durch die Möglichkeit, im Verfahren Fragen zu stellen und ggf. Rügen zu erheben, können Bieter jedoch auf eine Konkretisierung oder Änderung von Vorgaben des Auftraggebers hinwirken.

¹ § 6 Abs. 2 Nr. 2 KAG Schleswig-Holstein bestimmt etwa ausdrücklich, dass Fremdleistungsentgelte nur dann gebührenfähig sind, wenn die Beauftragung des Fremdleistungserbringers unter Beachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen erfolgte.

² Siehe hierzu [2.8.4](#).

1.4 Bedeutung des Vergaberechts für die öffentliche Hand und Bieter

Das Vergaberecht hat sich neben dem Verwaltungsrecht zu einem eigenständigen Bereich staatlichen Handelns entwickelt. Die Pflicht zur Beachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen stellt insbesondere vor dem Hintergrund des vergaberechtlichen Rechtsschutzes sowohl für die öffentliche Hand als auch für Unternehmen eine Herausforderung dar.

Die Möglichkeit des vergaberechtlichen Rechtsschutzes zwingt öffentliche Auftraggeber zu einer sorgfältigen Ausgestaltung der Vergabeverfahren, bei der zugleich dem haushaltsrechtlichen Gebot einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung Rechnung getragen werden muss. Die vom EuGH und den nationalen Gerichten vertretene „funktionale“ Betrachtung hat zudem zu einer Erstreckung des Vergaberechts auf Vorhaben, die nicht ausschließlich der Leistungsbeschaffung dienen, geführt. Zu denken ist hier an Privatisierungen und den Verkauf von Geschäftsanteilen³ sowie bestimmte innerstaatliche Kooperationen, insbesondere die „interkommunale Zusammenarbeit“.

Auch an die am Erhalt öffentlicher Aufträge interessierten Unternehmen stellt das Vergaberecht weit reichende Anforderungen. Anders als bei Abschluss von Verträgen auf dem „freien Markt“ müssen die Unternehmen die „Spielregeln“ des Vergaberechts beachten. Der vergaberechtliche Geheimwettbewerb, das Verhandlungsverbot und die Regelungen zur Angebotswertung mit strengen formalen Anforderungen an die abzugebenden Angebote erfordern von den Unternehmen besondere Aufmerksamkeit und vergaberechtliches Problembewusstsein.

Selbst dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber unter Missachtung vergaberechtlicher Vorgaben kein europaweites Vergabeverfahren durchführt, können den Vertragspartner die Folgen dieses Rechtsverstoßes treffen. Denn der ohne Ausschreibung abgeschlossene Vertrag kann bis sechs Monate nach Vertragsschluss auf Antrag eines konkurrierenden Unternehmens gemäß § 101b GWB für zivilrechtlich unwirksam erklärt werden. Die dadurch ohne Rechtsgrund erbrachten Leistungen müssen dann nach den Bestimmungen über ungerechtfertigte Leistungen (§§ 812ff. BGB) zurückgewährt werden.

Vor dem Hintergrund der strengen Rügeobliegenheiten sind die Unternehmen zur Wahrung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten zudem gehalten, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu prüfen, die Aufklärung von Unklarheiten zu verlangen und eventuelle Fehler gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber rechtzeitig zu rügen.⁴ Aus Sicht des Bieters besteht die Kunst dabei darin, einerseits formal zu rügen, andererseits dies so zu tun, dass die Rüge die Geschäftsbeziehung zum öffentlichen Auftraggeber nicht dauerhaft beschädigt.

³ Siehe hierzu [2.4.1.](#)

⁴ Zur Rügepflicht siehe [5.2.](#)

Gleichwohl bietet das Vergaberecht für Unternehmen auch große Chancen. Seit Umsetzung der europäischen Vergabevorschriften haben die Unternehmen eine wirksame Möglichkeit, die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften zu verlangen. Nicht zuletzt ermöglicht das europäische Vergaberecht auch innerhalb Deutschlands größeren Wettbewerb und wirkt Vetternwirtschaft und Korruption entgegen.

1.5 Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts

Der Vergabe öffentlicher Aufträge kommt eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für Unternehmen zu.

In Deutschland werden von staatlichen Stellen jährlich öffentliche Aufträge mit einem geschätzten Volumen von ca. 60 Milliarden € vergeben.⁵ Im gesamten europäischen Binnenmarkt erreichten öffentliche Aufträge im Jahr 2002 ein Volumen von ca. 1,5 Billionen €. Dies entspricht ca. 16 % des Bruttoinlandprodukts der Europäischen Union.⁶ Hinzu kommen die unterhalb der EU-Schwellenwerte nach nationalem Vergaberecht vergebenen öffentlichen Aufträge.

Die praktische Bedeutung des Vergaberechts lässt sich auch an der Anzahl der vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren ablesen. Allein im Jahr 2010 wurden nach Mitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie 1065 Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern von Bund und Ländern und 226 Beschwerdeverfahren vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte durchgeführt. **Die Erfolgsquote vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren liegt für Bieter im langjährigen Mittel bei rund 13 %.** Der verschärfte Wettbewerb um öffentliche Aufträge findet in dieser großen Zahl vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren genauso Niederschlag wie die bei öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen gleichermaßen häufig bestehende Rechtsunsicherheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

⁵ Der hier angegebene Wert geht auf eine Schätzung des Ministeriums für das Jahr 2006 zurück, angegeben in seiner Informationsbroschüre "Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen" aus dem Jahr 2010. Zur Ermittlung aktueller Zahlen hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Mai 2011 eine Studie zur Untersuchung der statistischen Daten im Beschaffungswesen in Auftrag gegeben.

⁶ Mitteilung der Europäischen Kommission, vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm. Auch in aktuellen Schätzungen gibt die EU-Kommission das Volumen mit 17 % des BIP der EU an, vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 27. Januar 2011, IP/11/88.

2.1 Rechtsgrundlagen des europäischen Vergaberechts

Die Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens gehört zu den zentralen Zielen der Europäischen Union bei der Herstellung eines europäischen Binnenmarkts. Sie erfolgt durch Richtlinien der Europäischen Union über die Vergabe öffentlicher Aufträge sowie deren rechtliche Überprüfung im Falle von Verstößen. Bereits 1971 wurde hierzu die Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge erlassen. Es folgten die Richtlinie 77/62/EWG über die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, die Richtlinie 90/351/EWG über die Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber sowie die Richtlinie 92/50/EWG über die Vergabe von Dienstleistungen. Hinzu kommen die Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG (für „klassische“ öffentliche Auftraggeber) sowie 92/13/EWG (für Sektorenauftraggeber).

2004 wurden die Vergaberichtlinien mit dem Ziel einer Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts grundlegend neu geregelt; sie stehen aktuell in weiteren Novellierungen.¹ Die Vorschriften für die Vergabe von Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen wurden in der Richtlinie 2004/18/EG erstmals in einer einzigen Richtlinie zusammengefasst. Darüber hinaus wurde die Richtlinie 2004/17/EG für die Vergabe von Sektorenaufträgen erlassen. 2007 folgte die neue Rechtsmittel-Richtlinie 2007/66/EG.

Hinzu kommen EU-Bestimmungen für besondere Märkte. Hierzu zählt zum einen für Beschaffungen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit die Richtlinie 2009/81/EG, zum anderen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs die Verordnung 1370/2007/EG.

Die Richtlinie 2009/33/EG setzt sich zum Ziel, die Beschaffung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zu fördern. Bei Beschaffungen von Fahrzeugen sollen insbesondere Umstände wie der Energieverbrauch berücksichtigt werden.

¹ vgl. 2.3.

Die europäischen Vergaberichtlinien finden nur dann Anwendung, wenn das geschätzte Volumen des zu vergebenden Auftrags einen von der EU-Kommission bestimmten „Schwellenwert“ überschreitet.² Grund hierfür ist die Annahme, dass nur Aufträge, die ein bestimmtes Volumen überschreiten, ein grenzüberschreitendes Interesse erwecken können und somit Relevanz für den europäischen Binnenmarkt besitzen.³

2.2 Zweiteilung des deutschen Vergaberechts

2.2.1 Nationales „Haushaltsvergaberecht“

Die traditionelle Verankerung des deutschen Vergaberechts im Haushaltsrecht führte bereits 1926 zur ersten Verdingungsordnung für Bauleistungen – heute bezeichnet als Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) – sowie im Jahr 1936 zu der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen –, mittlerweile bezeichnet als Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL). Heute regeln insbesondere § 30 HGrG und § 55 BHO sowie die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften die haushaltsrechtliche Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Durchführung von Vergabeverfahren für die Beschaffung öffentlicher Leistungen. Diese haushaltsrechtlichen Vorschriften beschränken sich grundsätzlich darauf, einheitliche Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge festzulegen. Regelmäßig wird hierzu auf die Vergabeordnungen VOB/A und VOL/A verwiesen. **Bei den Vergabeordnungen handelt es sich um privatrechtliche, von den Vergabeausschüssen erarbeitete Vereinbarungen. Erst durch die Bezugnahme in Bundes- oder Landesgesetzen erlangen VOB/A und VOL/A die Qualität von Rechtsnormen, die von öffentlichen Auftraggebern zu beachten sind und Unternehmen mittelbar subjektive Rechte zuerkennen.**

2.2.2 Europäisches „Kartellvergaberecht“

Die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in nationales Recht – wegen der gesetzlichen Verankerung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auch als „Kartellvergaberecht“ bezeichnet – führt zu einer Zweiteilung des deutschen Vergaberechts. Neben den nationalen, haushaltsrechtlich begründeten Vorschriften für die Vergabe von Leistungen unterhalb der Schwellenwerte bestehen Vergabevorschriften, die ausschließlich bei Durchführung europaweiter Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte zu beachten sind.

² Zu den Schwellenwerten für europaweite Vergabeverfahren siehe 2.5.4.1.

³ Vgl. hierzu die Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, vom 1.8.2006 (ABl. C Nr. 179, S. 2ff).

2.2.3 Umsetzung in den Vergabe- und Vertragsordnungen

Erschwert wird die Abgrenzung zwischen nationalem und europäischem Vergaberecht durch den komplexen Regelungsmechanismus:

Die Verfahrensregelungen sowohl für nationale als auch für europaweite Vergabeverfahren sind in den Vergabeordnungen VOB/A und VOL/A geregelt. Für nationale Vergaben verweisen die Haushaltsordnungen von Bund und Ländern (Landeshaushaltsordnungen und Gemeindehaushaltsverordnungen) auf VOB/A und VOL/A. Im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts verweisen die Bestimmungen des GWB sowie der Vergabeverordnung (VgV) auf VOB/A, VOL/A und die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Europaweite Vergaben im Sektorenbereich (Verkehr, Trinkwasser- und Energieversorgung) bestimmen sich nach der Sektorenverordnung (SektVO) und in den Bereichen der Verteidigung und Sicherheit neuerdings nach der VSVgV.

Die komplizierte Normenkette von GWB, VgV und Vergabeordnungen bzw. SektVO und VSVgV wird auch als „Kaskadenprinzip“ bezeichnet.

Um spezifische Vorgaben für die Durchführung europaweiter Vergabeverfahren berücksichtigen zu können, wurden VOB/A und VOL/A in verschiedene Abschnitte unterteilt. Während der jeweils erste Abschnitt von VOB/A und VOL/A die „Basisparagrafen“ enthält, die bei der Durchführung nationaler Vergabeverfahren anzuwenden sind, enthält der jeweils zweite Abschnitt von VOB/A und VOL/A in den sog. „EG-Paragrafen“ die bei europaweiten Vergabeverfahren geltenden Vorschriften. Die Bestimmungen des ersten Abschnitts für nationale Vergabeverfahren und die Bestimmungen des zweiten Abschnitts für europaweite Vergaben sind dabei jeweils in sich geschlossen. Insbesondere finden die nationalen Bestimmungen bei europaweiten Vergaben grundsätzlich⁴ keine entsprechende Anwendung mehr.⁵

Durch die Unterteilung der Vorschriften für europaweite Vergabeverfahren in drei Abschnitte erfolgt eine weitere Differenzierung nach verschiedenen Auftraggebern. Im Einzelnen ergibt sich somit folgendes Bild:

- VOB/A bzw. VOL/A Abschnitt 1: Basisparagrafen – bei der Vergabe unterhalb der EU-Schwellenwerte zu beachten;
- VOB/A bzw. VOL/A Abschnitt 2: Bestimmungen nach den EG-Vergaberichtlinien – diese Regelungen gelten bei der Vergabe durch öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1–3, 5 und 6 GWB bei Überschreitung der Schwellenwerte;
- VOF: die Regelungen der VOF finden oberhalb der Schwellenwerte bei der Vergabe von Dienstleistungen Anwendung, die von Freiberuflern erbracht oder im Wettbewerb

⁴ Ausnahme bei sog. nachrangigen Dienstleistungen, vgl. 2.2.4 und 2.5.3.3.

⁵ Dies war früher anders. Bis 2010 (VOL/A) bzw. Frühjahr 2012 (VOB/A) fanden die nationalen Bestimmungen bei europaweiten Vergaben ergänzend Anwendung. Die Bestimmungen des zweiten Abschnitts für europaweite Vergaben waren bis zu den genannten Zeitpunkten noch nicht in „EG-Paragrafen“, sondern in „a-Paragrafen“ geregelt.

mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sofern der Leistungsgegenstand nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann;

- **SektVO:** die Vorschriften der SektVO sind bei der Vergabe von Aufträgen, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs vergeben werden, bei Überschreiten der Schwellenwerte zu beachten.
- **VSVgV:** die Regelungen der VSVgV kommen bei der Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Aufträgen nach § 99 Abs. 7 GWB zur Anwendung, wenn die Schwellenwerte überschritten werden.

Die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) findet ausschließlich oberhalb der Schwellenwerte Anwendung. Für die Durchführung nationaler Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte existiert keine entsprechende Vergabeordnung. Die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte ist bei den meisten öffentlichen Auftraggebern von der Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens befreit.

Auch die SektVO und die VSVgV finden nur im Bereich des EU-Vergaberechts bei Überschreiten der jeweiligen Schwellenwerte Anwendung. Soweit klassische öffentliche Auftraggeber⁶ Aufträge unterhalb der Schwellenwerte in einem der Sektorenbereiche oder im verteidigungs- und sicherheitsrelevanten Bereich vergeben, sind sie nach Haushaltsrecht an VOB/A und VOL/A Abschnitt 1 gebunden Abb. 2.1.

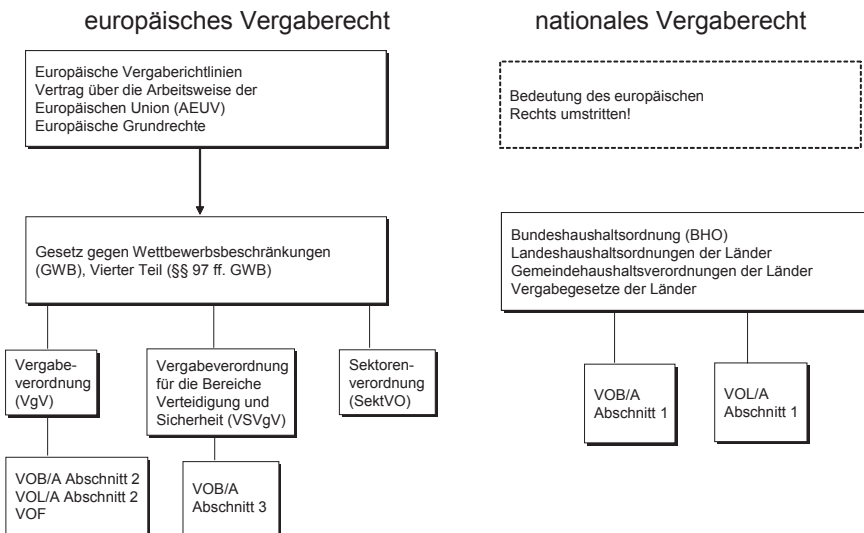


Abb. 2.1 Die vergaberechtliche Normenhierarchie („Kaskadenprinzip“)

⁶ Vgl. 2.5.2.1.