

Schütte/Horstkotte
Schubert/Wiedemann

Vergabe öffentlicher Aufträge

Eine Einführung anhand
von Fällen aus der Praxis

4., aktualisierte Auflage

Kohlhammer

Kohlhammer

Vergabe öffentlicher Aufträge

Eine Einführung anhand von Fällen aus der Praxis

Dieter B. Schütte

Michael Horstkotte

Mathias Schubert

Jörg Wiedemann

4., aktualisierte Auflage

Verlag W. Kohlhammer

4., aktualisierte Auflage 2021
Alle Rechte vorbehalten
© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart
Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:
ISBN 978-3-17-038568-9

E-Book-Formate:
pdf: ISBN 978-3-17-038569-6
epub: ISBN 978-3-17-038570-2
mobi: ISBN 978-3-17-038571-9

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Vorwort zur 4. Auflage

Das Buch wendet sich auch in seiner vierten Auflage vornehmlich an Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften sowie an Praktiker in der Wirtschaft und Verwaltung, die sich einen verständlichen Überblick über die wichtigsten Fragen des Vergaberechts verschaffen wollen. Naturgemäß kann im Interesse der Verständlichkeit zwar nicht jeder Aspekt des Rechtsgebiets erschöpfend aufgearbeitet werden. Durch seinen einfachen Aufbau und zahlreiche anschauliche Fälle aus der Praxis soll dieses Buch vielmehr einen Einstieg in die komplexe und ständigen Neuerungen unterworfenen Materie verschaffen und seinen Lesern wertvolle Hinweise zur Vertiefung der angesprochenen Rechtsfragen sowie die wichtigsten wissenschaftlichen Entwicklungen liefern. Dies wird abgerundet durch praktische Tipps, die ein Gespür für die taktischen Aspekte des Vergabeverfahrens vermitteln.

Auch die nun vorliegende vierte Auflage ist umfangreich neu bearbeitet worden. Vor allem das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz aus dem Jahr 2016, die nachfolgenden Anpassungen der vergaberechtlichen Vorschriften und die in die Gesetzgebung einfließende Digitalisierung der Verwaltungsabläufe brachten größere Umbrüche mit sich. Neben zahlreichen Änderungen innerhalb der VOB gingen die VOL/A und VOF völlig in der VgV auf. Für Vergaben im Unterschwellenbereich sieht nun die UVgO ein vergleichbares Regulatorium vor. Die Reformen sind auch an der Sektorenverordnung nicht spurlos vorbei gegangen. Für die Verteidigung und Sicherheit wurde mit der VSVgV eine eigenständige Regelung geschaffen, die den besonderen Geheimhaltungsanforderungen dieser Bereiche Rechnung trägt. Und mit der KonzVgV wurde auch die Vergabe von Konzessionen in einer eigenen Vergabeordnung geregelt. Letztere und die SektVO sollen in diesem Buch gleichwohl nur eine Nebenrolle einnehmen.

Ebenso wie der europäische und deutsche Gesetzgeber sind die Vergabekammern und -senate in den letzten Jahren nicht untätig geblieben. Das Buch bildet neben den Grundzügen des Vergaberechts und dem Ablauf des Vergabeverfahrens – von der ersten Absicht, etwas zu beschaffen, bis zum Rechtsschutz – auch die wichtigsten Entscheidungen und Tendenzen in der Rechtsprechung ab. Die Betrachtung berücksichtigt hierbei alle wesentlichen Entwicklungen bis zum Mai 2020.

Vorwort zur 4. Auflage

Die Autoren Schütte und Horstkotte beraten als Rechtsanwälte schwerpunktmäßig Zweckverbände und Stadtwerke; der Autor Schubert ist bei dem Landtag Schleswig-Holstein, der Autor Wiedemann als Richter am OLG Naumburg mit dem Vergaberecht befasst. Die oben genannten Autoren führen auch Fachseminare auf dem Gebiet des Vergaberechts durch. Wir danken ferner Rechtsanwalt Westburg für die redaktionelle Mitarbeit und Recherche, die ebenfalls einen wichtigen Beitrag zu dieser Neuauflage dargestellt hat.

Sommer 2020

Die Autoren

Die in dem Buch zitierten Gesetze und Verordnungen können über folgenden Link eingesehen werden



<https://dl.kohlhammer.de/978-3-17-038568-9>

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 4. Auflage.	V
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis.	XIII

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	1
I. Vergaberecht als Rechtsgebiet.	1
II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts.	1
1. Transparenzgebot	2
2. Wettbewerbsgrundsatz	4
3. Gleichbehandlungsgrundsatz	6
4. Mittelstandsförderung	8
5. Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes.	9
6. Das Gebot wirtschaftlicher Beschaffung.	9
7. Treu und Glauben	9
8. Beurteilungsspielraum und Ermessen	10
9. Weitere Grundsätze	11
III. Anforderungen an die Kommunikation	11
IV. Rechtsgrundlagen des Vergaberechts.	13
1. Überblick	13
2. Europäisches Recht	14
a. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.	14
b. Die EU-Vergaberichtlinien	14
3. Nationales Recht	16
a. Überblick, Vergaberechtsreform 2016 und 2019.	16
b. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	16
c. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV)	17
d. Vergabe- und Vertragsordnungen	17

Inhaltsverzeichnis

aa)	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)	18
bb)	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bzw. die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	18
e.	Die Sektorenverordnung (SektVO)	19
f.	Die Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)	20
g.	Die Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV)	21
h.	Landesrecht	21
B.	Die Ausschreibung	22
I.	Öffentliche Auftraggeber	22
1.	Gebietskörperschaften als „klassische“ Auftraggeber	23
2.	Andere juristische Personen als funktionelle Auftraggeber	24
3.	Verbände	26
4.	Sektorauftraggeber	27
5.	Sonstige Auftraggeber	27
II.	Auftragsnehmer	28
III.	Öffentlicher Auftrag	28
1.	Begriff	28
2.	Abgrenzung der Auftragsarten	31
a.	Bauftrag	31
b.	Lieferauftrag	33
c.	Dienstleistungsauftrag	33
d.	Auslobungsverfahren	34
e.	Einordnung gemischter Aufträge	34
IV.	Zweiteilung des Vergaberechts – Die Schwellenwerte	36
1.	Grundsatz	36
2.	Schwellenwerte	37
3.	Ermittlung der Auftragswerte	38
4.	Anzuwendende Vorschriften bei Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte	40
a.	Liefer- und Dienstleistungsaufträge	40
b.	Freiberufliche Dienstleistungen	41
c.	Vergabe von Bauleistungen	41
5.	Anzuwendende Vorschriften bei Nichterreichen der Schwellenwerte	41

V.	Arten der Vergabe	41
1.	Überblick	41
2.	Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte. . .	42
a.	Offenes Verfahren	42
b.	Nicht offenes Verfahren.	42
c.	Verhandlungsverfahren	44
d.	Wettbewerblicher Dialog	46
e.	Innovationspartnerschaft	47
3.	Arten der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte	47
a.	Öffentliche Ausschreibung.	47
b.	Beschränkte Ausschreibung	48
c.	Freihändige Vergabe und Verhandlungsvergabe. . .	49
VI.	Teilnehmer am Wettbewerb	52
1.	Grundsätze	52
2.	Eignungskriterien.	54
a.	Bei nationaler Ausschreibungspflicht im Übrigen, insbesondere nach dem 1. Abschnitt der VOB/A	55
b.	Bei EU-weiter Ausschreibungspflicht und im Anwendungsbereich der UVgO	55
3.	Eignungsnachweise	56
4.	Besondere Ausschlüsse von der Teilnahme am Wettbewerb	57
VII.	Vergabeunterlagen.	57
VIII.	Leistungsbeschreibung.	58
1.	Allgemeine Anforderungen.	59
2.	Technische Spezifikationen, Produktneutralität	65
3.	Leistungsverzeichnis und Leistungsprogramm bei der Beschreibung von Bauleistungen.	67
IX.	Fach- und Teillosvergabe	68
X.	Einleitung des Vergabeverfahrens	71
XI.	Bekanntmachung	71
XII.	Fristen	74
1.	Allgemeines.	74
2.	Fristen im nationalen Verfahren	75
a.	Angebotsfrist und Bewerbungsfrist.	75
b.	Bindefrist	75
3.	Fristen im EU-weiten Verfahren	76
4.	Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung	77

Inhaltsverzeichnis

C. Das Angebot	78
I. Anforderungen an ein vollständiges Angebot	78
II. Bindung an das Angebot	84
III. Zulässigkeit von weiteren Hauptangeboten	85
IV. Zulässigkeit von Nebenangeboten	85
D. Die Vergabe	87
I. Eröffnung der Angebote bei Ausschreibungen	87
II. Aufklärung des Angebotsinhalts und Verhandlungsverbot	88
III. Prüfung und Wertung der Angebote.	89
1. Ausschluss fehlerhafter Angebote	90
a. Zwingend auszuschließende Angebote	90
b. Nach Ermessen auszuschließende Angebote	93
c. Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise	94
2. Prüfung der Eignung der Bieter	96
a. Eignungskriterien	97
b. Bekanntgabe der Eignungs- und Zuschlags- kriterien.	104
3. Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung	105
4. Wertung der Angebote	105
a. Aussonderung von Angeboten mit unangemes- sen hohem oder niedrigem Preis	105
b. Engere Wahl der Angebote	108
c. Entscheidung über das wirtschaftlichste Angebot	108
aa) Zuschlagskriterium Wirtschaftlichkeit	108
bb) Einzelne Wertungskriterien.	109
cc) Soziale und umweltbezogene Aspekte	111
dd) Nebenangebote und Preisnachlässe	113
ee) Veränderung der Angebotsbedingungen beim Zuschlag.	114
5. Gebot der strikten Trennung der einzelnen Prüfungs- und Wertungsstufen	114
IV. Ausgeschlossene Personen	116
V. Informations- und Dokumentationspflichten; Wartepflicht	117
1. Informations- und Wartepflicht vor Vertragsschluss.	117
a. Regelungen im GWB	117

b.	Regelungen in der VOB/A und der UVgO.	119
2.	Dokumentation des Vergabeverfahrens	120
VI.	Aufhebung der Ausschreibung	121
VII.	Auftragsvergabe und Insolvenz	125
E. In-house-Geschäfte und Interkommunale Zusammenarbeit im Vergaberecht		
I.	Vergaberechtliche Entwicklung der interkommunalen Zusammenarbeit	128
1.	Institutionelle interkommunale Zusammenarbeit	128
2.	Vertragliche interkommunale Zusammenarbeit	129
II.	Die institutionelle Zusammenarbeit	132
1.	Das Kontrollkriterium	132
2.	Das Tätigkeitskriterium	133
3.	Keine direkte private Kapitalbeteiligung	134
III.	Die vertragliche interkommunale Kooperation	136
F. Rechtsschutz		
I.	Überblick: Der Rechtsschutz im Vergaberecht	139
II.	Primärrechtsschutz bei Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung	142
1.	Vergabeprüfstelle	142
2.	Allgemeine Voraussetzungen für den Primärrechtsschutz	142
a.	Antragsbefugnis	142
b.	Rügeobliegenheit	144
c.	Antragsfrist	147
3.	Vergabekammer	148
a.	Aufbau und Organisation der Vergabekammer	148
b.	Zugang zum Nachprüfungsverfahren	149
c.	Das Nachprüfungsverfahren als Antragsverfahren	152
d.	Ablauf des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer	152
e.	Entscheidungsbefugnisse der Vergabekammer	156
f.	Vorläufiger Rechtsschutz	158
4.	Vergabesenat	160
a.	Aufbau und Organisation der Vergabesenate	160

Inhaltsverzeichnis

b.	Zugang zum Vergabesenat	160
c.	Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde	161
d.	Suspensiveffekt und vorläufiger Rechtsschutz	161
e.	Ablauf des Beschwerdeverfahrens	163
f.	Beschwerdeentscheidung	165
g.	Fortsetzungsfeststellung	166
III.	Primärrechtsschutz bei Vergaben ohne Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung	166
1.	Die Rechtswegfrage	166
2.	Betroffenheit eines subjektiven Rechts?	167
3.	Schadenersatz des Auftraggebers bei missbräuchlicher Inanspruchnahme von Rechtsschutz	169
IV.	Der Sekundärrechtsschutz	169
1.	Allgemeine Ersatzansprüche	170
a.	Ersatz bei Verletzung des vorvertraglichen Vertrauens	170
b.	Sonstige Anspruchsgrundlagen im BGB	172
c.	Sonstige Anspruchsgrundlagen außerhalb des BGB.	172
2.	Besonderer Ersatzanspruch bei Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung	172
	Stichwortverzeichnis	175

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
AbfallR	Abfallrecht (Zeitschrift)
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d. h.	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaften/Einführungsgesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fa.	Firma
Fn.	Fußnote
ff.	folgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
Hrsg. HGrG	Herausgeber Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
IBR i. d. R. i. e. S. i. H. v. Ingenstau/Korbion, VOB	Immobilien und Baurecht (Zeitschrift) in der Regel im engeren Sinne in Höhe von Locher, Horst; Vygen, Klaus (Hrsg.), VOB, Teile A und B, Kommentar, begr. von Heinz Ingenstau und Hermann Kor- bion, 16. Aufl., Neuwied 2007
i. S. i. V. m.	im Sinne in Verbindung mit
Kap. KG KOM KommP spezial KonzVgV Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht	Kapitel Kammergericht Europäische Kommission KommunalPraxis spezial (Zeitschrift) Konzessionsvergabeordnung Kulartz, Hans-Peter; Kus, Alexander; Portz, Norbert (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied 2006
LG Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB	Landgericht Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl M.; Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2: GWB, Kommentar, München 2006
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW Nr. NVwZ NZBau	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift) Nummer Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o. g. OLG ÖPP Otting in: Bechtold, GWB	oben genannte(r) Oberlandesgericht Öffentlich-Private Partnerschaft(en) Otting, Olaf in: Bechtold, Rainer: Kartellgesetz – Gesetz ge- gen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 5. Aufl., München 2008
RL RMR Rn. Rs.	Richtlinie Rechtsmittelrichtlinie Randnummer Rechtssache
S. s. SektVO SKR	Seite siehe Sektorenverordnung Sektorenkoordinierungsrichtlinie

Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(r/s)
SRMR	Sektorenrechtsmittelrichtlinie
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
UA	Unterabsatz
u. a.	unter anderem/und andere
u. Ä.	und Ähnliche(s)
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom (Datum)
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VSVgV	Vergabeordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für Baurecht
z. T.	zum Teil

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

I. Vergaberecht als Rechtsgebiet

Gegenstand des Vergaberechts ist die **Beschaffung von Gütern sowie Bau- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand**. Es ist damit Teil der sog. **Fiskalverwaltung**. Die Beschaffung der für die Verwaltung erforderlichen Leistungen und Güter – z. B. Grundstücke, Bauwerke, Fahrzeuge, Büromaterial und anderes Mobiliar – erfolgt durch **privatrechtliche Verträge**, etwa Kaufverträge, Werkverträge, Mietverträge, für deren Abwicklung die Vorschriften des BGB und seiner Nebengesetze gelten. Die Verwaltung tritt hierbei wie ein Kunde, d. h. ohne die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, auf.

Die Aufträge der öffentlichen Hand machen einen erheblichen Teil des Wirtschaftsvolumens sowohl national als auch in der Europäischen Union aus. Der Auftragsvergabe kommt hierdurch ein besonderer **Steuerungsmechanismus gegenüber der Wirtschaft** zu. Wegen der großen Nachfragemacht der öffentlichen Hand soll für Wirtschaftsteilnehmer ein gleichberechtigter Zugang zu diesem speziellen Markt gewährleistet werden. Aus diesem Grunde, und zur Verhinderung einer möglichen Korruption und anderer wettbewerbswidriger Zustände, hat die EU die öffentliche Auftragsvergabe im Rahmen ihrer Kompetenzen für die Gestaltung des EU-Binnenmarktes und insbesondere des Wettbewerbsrechts vergaberechtlichen Regeln unterworfen.

Zugleich ist das Vergaberecht Teil des **Haushaltsrechts**, denn die Verwendung öffentlicher Finanzmittel hat dem gesetzlichen Ziel einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung zu entsprechen. Um eine höhere Nachhaltigkeit zu erreichen, wird dieses Ziel heute nicht mehr ausschließlich im Sinne einer preisgünstigen Beschaffung verstanden, sondern nach dem Grundsatz des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses interpretiert.

Auch aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber zu einer **transparenten, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien** Vergabe nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.

Die Gesamtheit derjenigen Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, beachten muss, bildet das **Vergaberecht**.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Bei der Anwendung und Auslegung des Vergaberechts ist ein bestimmter Katalog von Grundsätzen zu beachten, der sich im Wesentlichen zu folgen-

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

dem **Gebot** zusammenfassen lässt: Der öffentliche Auftraggeber ist zu einer möglichst **transparenten** und **diskriminierungsfreien** Beschaffung **im Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.

1. Transparenzgebot

Das vergaberechtliche Transparenzgebot entstammt dem primären Unionsrecht (AEUV)¹ und ist in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB normiert.² Es fordert im Wesentlichen **übersichtliche, nachvollziehbare Verfahren** und **vorhersehbare Entscheidungskriterien**. Dem potenziellen Bieter soll von Anfang an klar sein, welche Anforderungen das konkrete Vergabeverfahren an ihn stellt und wie seine Chancen bei einer Teilnahme stehen. Die Transparenz des Vergabeverfahrens dient sowohl den Interessen des Auftragnehmers als auch denen des Auftraggebers. Eine transparente Vergabe gewährleistet Informationen der Bieter über den konkreten Beschaffungsbedarf und ermöglicht so die Erstellung passgenauer Angebote, sie stärkt zugleich das Vertrauen der Bieter in die Verlässlichkeit der öffentlichen Hand, mindert Missbrauch und Verschwendung von öffentlichen Geldern und Korruption. Sie dient zudem der **Verwirklichung des Wettbewerbsgebots**³: Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn potenzielle Bieter überhaupt Kenntnis von den nachgefragten Leistungen und den Ausschreibungsbedingungen erlangen können.

Das Transparenzgebot wird **ex ante** durch die **öffentliche Ausschreibung** und **Öffentlichkeit** verwirklicht; es stellt Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Leistungsinhalt, die Veröffentlichung der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsbedingungen. Der Inhalt der Leistung und die Bedingungen des Auftrags müssen so **eindeutig und erschöpfend** beschrieben werden, dass alle (potenziellen) Teilnehmer am Vergabeverfahren die Leistungsbeschreibung gleich verstehen und ihr entnehmen können, welche Erklärungen sie wann abzugeben haben. Ein **Verstoß** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴ und das Transparenzgebot liegt vor, wenn nicht alle Bieter oder Bewerber zum Zeitpunkt der Angebotserstellung über die gleichen Informationen verfügen und damit die gleichen Chancen haben. Die **Zuschlagskriterien** müssen in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung zudem so gefasst sein, dass alle durchschnittlichen fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Insbesondere bei auslegungsbedürftigen Zuschlagskriterien ist anzugeben, welche Erwartungen der Auftraggeber an die zu erbringende Leistung hat.⁵ Der Auftraggeber muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlags-

1 Hierzu näher unter A.III.2.a.

2 Ebenso in § 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

3 Hierzu unter A.II.2.

4 Dazu unter A.II.3.

5 Bei Bauvorhaben, die sich in das Stadtbild einzufügen haben, sind bspw. die gestalterischen Vorstellungen mitzuteilen, vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 21.1.2019, Z3-3-3194-1-38-11/18.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

kriterien halten. Er darf die Beschreibung des Auftragsgegenstandes damit – auch im Verhandlungsverfahren – nicht mehr grundlegend ändern.

Die **ex-post-Transparenz** wird durch Informations- und Dokumentationspflichten des Auftraggebers geprägt. So sollen alle Bieter darüber informiert werden, wie die anderen Teilnehmer geboten haben, um ihnen Rückschlüsse zu geben, bestimmte Fehler in Zukunft zu vermeiden und die Teilnahme an Vergabeverfahren taktisch zu optimieren. Die im Vergabevermerk festgehaltene Begründung für die Entscheidung muss detailliert genug sein, um von einem mit dem Vergabeverfahren vertrauten Leser nachvollzogen zu werden. Insbesondere die für die Beurteilung des Bieters und des Angebotes erforderlichen Nachweise sind in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu dokumentieren.

Auch die vom Europarecht zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des Vergabeverfahrens, um anhand einer **lückenlosen Dokumentation** jeden einzelnen Schritt nachvollziehen zu können.⁶ Die in der Dokumentation enthaltenen Angaben und mitgeteilten Gründe für die getroffenen Entscheidungen müssen detailliert genug sein, um für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar zu sein.

Fall 1: Der unsichtbare Preisnachlass

Sachverhalt:

Die B-Stadt-Klinikum GmbH hat im Rahmen des Neubaus der Psychiatrischen Klinik B-Stadt mit dem Los 2 die Heizungsinstallation und mit dem Los 3 die Sanitärinstallation EU-weit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Preisgünstigste Bieterin war im Öffnungstermin am 16.10.2009 die Firma Warm GmbH. In einem Schreiben vom 15.10.2009 hatte sie bei einer Gesamtauftragserteilung einen Gesamtpreisnachlass von 5 % angeboten. Sowohl das Originalangebot als auch das Schreiben wiesen keine Kennzeichnung auf. Auch das Submissionsprotokoll enthielt keinen derartigen Eintrag. Schließlich wurde der Zuschlag für beide Lose auf die Angebote der Firma Warm GmbH erteilt. Hiergegen legt die unterlegene Firma Heiß GmbH Rechtsbehelf ein. Mit Erfolg?

Lösung:

Um ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gewährleisten zu können, gibt § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A vor, dass im Öffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden müssen. Durch die Kennzeichnung soll identifizierbar sein, welchen Inhalt das Angebot zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist hatte.

⁶ Siehe hierzu auch die „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabevermerken“ des Bundesverkehrsministeriums. Die Gestaltung der Vergabevermerke kann der entsprechenden Arbeitshilfe des Bundesrechnungshofes entnommen werden.