

Schütte/Horstkotte  
Schubert/Wiedemann

# Vergabe öffentlicher Aufträge

Eine Einführung anhand  
von Fällen aus der Praxis

4., aktualisierte Auflage

**Kohlhammer**

RECHTSWISSENSCHAFTEN  
UND VERWALTUNG

**Recht und Verwaltung**

Schütte/Horstkotte  
Schubert/Wiedemann

# Vergabe öffentlicher Aufträge

Eine Einführung anhand  
von Fällen aus der Praxis

4., aktualisierte Auflage

**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.

Das Buch behandelt in der 4., aktualisierten Auflage in bewährter Weise die Grundlagen des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe. Es wendet sich sowohl an Praktiker, die sich in kurzer Zeit einen Überblick über das komplexe Rechtsgebiet verschaffen wollen, als auch an Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Die Autoren stellen die tragenden Grundsätze, Ziele und Begriffe des Vergaberechts anhand der aktuellen europäischen wie nationalen Vorschriften prägnant dar. Behandelt werden die Anforderungen an eine fehlerfreie Ausschreibung, an die Abgabe eines einwandfreien Angebots sowie an die rechtssichere Prüfung und Wertung der Angebote durch den Auftraggeber. Den vergaberechtlichen Aspekten interkommunaler Zusammenarbeit sowie Fragen des Rechtsschutzes sind jeweils eigene Kapitel gewidmet. Indem das Buch wesentliche Strukturen und Zusammenhänge aufzeigt und anhand praxisnaher Beispielfälle sowie Tipps die Rechtsanwendung veranschaulicht, soll es auch ein Gespür für taktische Aspekte im Vergabeverfahren entwickeln helfen.

Die Rechtsanwälte Dieter B. Schütte und Michael Horstkotte beraten Zweckverbände und Stadtwerke und leiten Fachseminare im Bereich des Vergaberechts. Dr. Mathias Schubert ist Privatdozent für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Rostock und Referent im Wissenschaftlichen Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtages. Jörg Wiedemann befasst sich als Richter am OLG Naumburg mit dem Vergaberecht.

## **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.

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

## Abkürzungs- und Literaturverzeichnis

### A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

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

- bb) Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) bzw. die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)
- e. Die Sektorenverordnung (SektVO)
- f. Die Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)
- g. Die Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV)
- h. Landesrecht

## **B. Die Ausschreibung**

- I. Öffentliche Auftraggeber
  - 1. Gebietskörperschaften als „klassische“ Auftraggeber
  - 2. Andere juristische Personen als funktionelle Auftraggeber
  - 3. Verbände
  - 4. Sektorenauftraggeber
  - 5. Sonstige Auftraggeber
- II. Auftragsnehmer
- III. Öffentlicher Auftrag
  - 1. Begriff
  - 2. Abgrenzung der Auftragsarten
    - a. Bauauftrag
    - b. Lieferauftrag
    - c. Dienstleistungsauftrag
    - d. Auslobungsverfahren
    - e. Einordnung gemischter Aufträge
- IV. Zweiteilung des Vergaberechts - Die Schwellenwerte
  - 1. Grundsatz
  - 2. Schwellenwerte
  - 3. Ermittlung der Auftragswerte
  - 4. Anzuwendende Vorschriften bei Erreichen oder Überschreiten der Schwellenwerte
    - a. Liefer- und Dienstleistungsaufträge
    - b. Freiberufliche Dienstleistungen
    - c. Vergabe von Bauleistungen

5. Anzuwendende Vorschriften bei Nichterreichen der Schwellenwerte
- V. Arten der Vergabe
  1. Überblick
  2. Vergabeverfahren ab Erreichen der Schwellenwerte
    - a. Offenes Verfahren
    - b. Nicht offenes Verfahren
    - c. Verhandlungsverfahren
    - d. Wettbewerblicher Dialog
    - e. Innovationspartnerschaft
  3. Arten der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte
    - a. Öffentliche Ausschreibung
    - b. Beschränkte Ausschreibung
    - c. Freihändige Vergabe und Verhandlungsvergabe
- VI. Teilnehmer am Wettbewerb
  1. Grundsätze
  2. Eignungskriterien
    - a. Bei nationaler Ausschreibungspflicht im Übrigen, insbesondere nach dem 1. Abschnitt der VOB/A
    - b. Bei EU-weiter Ausschreibungspflicht und im Anwendungsbereich der UVgO
  3. Eignungsnachweise
  4. Besondere Ausschlüsse von der Teilnahme am Wettbewerb
- VII. Vergabeunterlagen
- VIII. Leistungsbeschreibung
  1. Allgemeine Anforderungen
  2. Technische Spezifikationen, Produktneutralität
  3. Leistungsverzeichnis und Leistungsprogramm bei der Beschreibung von Bauleistungen
- IX. Fach- und Teillosgabe
- X. Einleitung des Vergabeverfahrens

## XI. Bekanntmachung

## XII. Fristen

1. Allgemeines
2. Fristen im nationalen Verfahren
  - a. Angebotsfrist und Bewerbungsfrist
  - b. Bindefrist
3. Fristen im EU-weiten Verfahren
4. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung

### **C. Das Angebot**

- I. Anforderungen an ein vollständiges Angebot
- II. Bindung an das Angebot
- III. Zulässigkeit von weiteren Hauptangeboten
- IV. Zulässigkeit von Nebenangeboten

### **D. Die Vergabe**

- I. Eröffnung der Angebote bei Ausschreibungen
- II. Aufklärung des Angebotsinhalts und Verhandlungsverbot
- III. Prüfung und Wertung der Angebote
  1. Ausschluss fehlerhafter Angebote
    - a. Zwingend auszuschließende Angebote
    - b. Nach Ermessen auszuschließende Angebote
    - c. Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise
  2. Prüfung der Eignung der Bieter
    - a. Eignungskriterien
    - b. Bekanntgabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien
  3. Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung
  4. Wertung der Angebote
    - a. Aussonderung von Angeboten mit unangemessen hohem oder niedrigem Preis
    - b. Engere Wahl der Angebote
    - c. Entscheidung über das wirtschaftlichste Angebot
      - aa) Zuschlagskriterium Wirtschaftlichkeit

- bb) Einzelne Wertungskriterien
- cc) Soziale und umweltbezogene Aspekte
- dd) Nebenangebote und Preisnachlässe
- ee) Veränderung der Angebotsbedingungen beim Zuschlag

5. Gebot der strikten Trennung der einzelnen Prüfungs- und Wertungsstufen

IV. Ausgeschlossene Personen

V. Informations- und Dokumentationspflichten; Wartepflicht

1. Informations- und Wartepflicht vor Vertragsschluss

a. Regelungen im GWB

b. Regelungen in der VOB/A und der UVgO

2. Dokumentation des Vergabeverfahrens

VI. Aufhebung der Ausschreibung

VII. Auftragsvergabe und Insolvenz

## **E. In-house-Geschäfte und Interkommunale Zusammenarbeit im Vergaberecht**

I. Vergaberechtliche Entwicklung der interkommunalen Zusammenarbeit

1. Institutionelle interkommunale Zusammenarbeit

2. Vertragliche interkommunale Zusammenarbeit

II. Die institutionelle Zusammenarbeit

1. Das Kontrollkriterium

2. Das Tätigkeitskriterium

3. Keine direkte private Kapitalbeteiligung

III. Die vertragliche interkommunale Kooperation

## **F. Rechtsschutz**

I. Überblick: Der Rechtsschutz im Vergaberecht

II. Primärrechtsschutz bei Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung

1. Vergabeprüfstelle

2. Allgemeine Voraussetzungen für den Primärrechtsschutz

a. Antragsbefugnis

- b. Rügeobliegenheit
    - c. Antragsfrist
  - 3. Vergabekammer
    - a. Aufbau und Organisation der Vergabekammer
    - b. Zugang zum Nachprüfungsverfahren
    - c. Das Nachprüfungsverfahren als Antragsverfahren
    - d. Ablauf des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer
    - e. Entscheidungsbefugnisse der Vergabekammer
    - f. Vorläufiger Rechtsschutz
  - 4. Vergabesenat
    - a. Aufbau und Organisation der Vergabesenate
    - b. Zugang zum Vergabesenat
    - c. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde
    - d. Suspensiveffekt und vorläufiger Rechtsschutz
    - e. Ablauf des Beschwerdeverfahrens
    - f. Beschwerdeentscheidung
    - g. Fortsetzungsfeststellung
- III. Primärrechtsschutz bei Vergaben ohne Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung
  - 1. Die Rechtswegfrage
  - 2. Betroffenheit eines subjektiven Rechts?
  - 3. Schadenersatz des Auftraggebers bei missbräuchlicher Inanspruchnahme von Rechtsschutz
- IV. Der Sekundärrechtsschutz
  - 1. Allgemeine Ersatzansprüche
    - a. Ersatz bei Verletzung des vorvertraglichen - Vertrauens
    - b. Sonstige Anspruchsgrundlagen im BGB
    - c. Sonstige Anspruchsgrundlagen außerhalb des BGB
  - 2. Besonderer Ersatzanspruch bei Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung

# Stichwortverzeichnis

# 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	Bundeshaushaltsordnung
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
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
Hrsg.	Herausgeber
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder
IBR	Immobilien und Baurecht (Zeitschrift)
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
Ingenstau/Korbion, Locher, Horst; Vygen, Klaus (Hrsg.),	

VOB	VOB, Teile A und B, Kommentar, begr. von Heinz Ingenstau und Hermann Korbion, 16. Aufl., Neuwied 2007
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
KommP spezial	KommunalPraxis spezial (Zeitschrift)
KonzVgV	Konzessionsvergabeordnung
Kulartz/Kus/Portz, GWB- Vergaberecht	Kulartz, Hans-Peter; Kus, Alexander; Portz, Norbert (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied 2006
LG	Landgericht
Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB	Loewenheim, Ulrich; Meessen, Karl M.; Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2: GWB, Kommentar, München 2006
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o. g.	oben genannte(r)
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft(en)

Otting in:  
Bechtold, GWB

Otting, Olaf in: Bechtold, Rainer:  
Kartellgesetz – Gesetz gegen  
Wettbewerbsbeschränkungen,  
Kommentar, 5. Aufl., München 2008

RL

Richtlinie

RMR

Rechtsmittelrichtlinie

Rn.

Randnummer

Rs.

Rechtssache

S.

Seite

s.

siehe

SektVO

Sektorenverordnung

SKR

Sektorenkoordinierungsrichtlinie

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

Unterschwelvenvergabeordnung

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 folgendem **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)<sup>1</sup> und ist in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB normiert.<sup>2</sup> 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**<sup>3</sup>: 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 Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Der Auftraggeber muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien 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.<sup>6</sup> 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 Eröffnungstermin am 16.10.2009 die Firma Warm GmbH. In einem Schreiben vom 15.10.2009 hatte sie bei einer Gesamtauftragserteilung einen Gesamtpreispnachlass 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 Eröffnungstermin 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. Nachträgliche Änderungen sind verboten. Die Kennzeichnungspflicht besteht natürlich auch für alle Angaben, die den Preis betreffen. Die fehlende Kennzeichnung des Preisnachlasses sowohl im Originalangebot als auch im Anschreiben des Bieters sowie das Fehlen entsprechender Vermerke im Eröffnungsprotokoll machen einen eindeutigen Nachweis, dass der Preisnachlass bereits im Eröffnungstermin vorgelegen hat, unmöglich. Die Wertung eines nicht gekennzeichneten Preisnachlasses stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, der zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens und damit zur Begründetheit des Rechtsbehelfs führt.

Unterlegene Bieter haben in Vergabeverfahren, welche der EU-weiten Ausschreibungspflicht unterliegen, einen Anspruch darauf, vor Zuschlagserteilung über ihre

Ablehnung informiert zu werden. Diese Informationspflicht als Ausdruck des Transparenzgebotes ist als **Verpflichtung zur Vorabinformation** in § 134 Abs. 1 GWB festgeschrieben. In einzelnen Bundesländern ist auch eine Vorabinformationspflicht in Unterschwellenvergaben geregelt.

## 2. Wettbewerbsgrundsatz

Das **Gebot des fairen Wettbewerbs** (§ 97 Abs. 1 GWB<sup>7</sup>) fordert, dass jedes in der EU ansässige Unternehmen unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur öffentlichen Auftragsvergabe hat. Das Wettbewerbsgebot entspringt damit den Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 34 und 56 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Die Auftragsvergabe muss in allen Phasen des Vergabeverfahrens einen möglichst wirksamen Bieterwettbewerb um die Aufträge gewährleisten. So soll bereits bei der Wahl der Verfahrensart dasjenige Verfahren bevorzugt werden, das den größeren Wettbewerb schafft. Verboten sind vermeidbare rechtliche und/oder faktische Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme ge- bzw. behindert wird, sowie **offensichtliche Wettbewerbsverzerrungen** wie Subventionen. **Absprachen** der Bieter mit dem Ziel, Wettbewerb durch Ausgleichszahlungen oder Einigungen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe von Angeboten etc. auszuschalten, sind bereits nach § 1 GWB unzulässig. Nachträgliche Preisabsprachen und anderweitige Verhandlungen über den Auftrag sind nur im Verhandlungsverfahren möglich. Schließlich kann ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot auch darin liegen, dass ein Auftraggeber absichtlich eine Aufhebung des Verfahrens herbeiführt, um den Auftrag anschließend im Verhandlungsverfahren zu vergeben, oder die

Leistungsbeschreibung und -anforderungen ohne triftigen Grund soweit einengt, dass sie nur bestimmten Herstellern oder einem kleinen Kreis von Bietern eine Teilnahme am Vergabeverfahren erlaubt. Eine Umgehung des Vergaberechts durch „Flucht ins Zuwendungsrecht“, d. h. eine den Wettbewerb ausschließende Tarnung einer Direktvergabe als Zuwendungsbescheid, ist ebenso ausgeschlossen.<sup>8</sup>

Dagegen ist es nicht per se unzulässig, wenn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber **berät** oder anderweitig **unterstützt**, soweit der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.<sup>9</sup>

Das Wettbewerbsgebot fordert zudem einen **Geheimwettbewerb** zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Aufgrund dessen kann dasselbe Unternehmen nicht sowohl als einzelner Bieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren beteiligt sein.

## **Fall 2: Aus Alt mach Neu**

### **Sachverhalt:**

Die Stadt H hat die Lieferung von Kopiertechnik für die Schulverwaltung beschränkt ausgeschrieben. Dabei wurden fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Firma „Aus Alt mach Neu“ GmbH legte ein Angebot über sogenannte „Rebuild-Geräte“ vor, die sich dadurch auszeichneten, dass Teile der Geräte bereits in einem vorherigen Produktionsverfahren hergestellt worden waren, so dass bei ihnen nicht der vollständige Erzeugungsaufwand realisiert werden musste und die Produktionskosten somit geringer ausfielen als bei Neugeräten. Die Mitbewerber boten hingegen allesamt fabrikneue Geräte an. Die Abgabe von Nebenangeboten

war ausgeschlossen worden. Bei der Vergabeentscheidung wurde das Angebot über die Rebuild-Geräte nicht berücksichtigt. Zu Recht?

**Lösung:**

Eine Gegenüberstellung der Rebuild-Geräte mit den neuen Geräten der anderen Anbieter ergibt, dass es sich hier um einen evidenten Unterschied handelt, der eine Vergleichbarkeit der Angebote i. S. v. § 23 Abs. 1 UVgO nicht zulässt. Anderenfalls käme es zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeeinflussung. Das Angebot hätte lediglich als Nebenangebot berücksichtigt werden können. Gem. § 25 UVgO muss der Auftraggeber allerdings Nebenangebote ausdrücklich zulassen; tut er dies – wie im vorliegenden Fall – nicht, sind Nebenangebote unzulässig. Das hat zur Folge, dass ein dennoch abgegebenes Nebenangebot gem. § 42 Abs. 1 Nr. 6 UVgO zwingend auszuschließen ist. Die Nichtberücksichtigung erfolgte somit zu Recht.

**Fall 3: Kein Auftrag trotz Wissensvorsprungs**

**Sachverhalt:**

Die Stadt V möchte ihren Flughafen ausbauen und beauftragt die Anlagenbau GmbH mit der Ausschreibung eines ersten Bauabschnittes. Vor Submission besichtigte einer der Bieter, die Großbau GmbH, den betroffenen Teil des Flughafens in Begleitung eines Vertreters der Anlagenbau GmbH sowie eines Vertreters der auf einem Teil des Flugplatzes ansässigen Bundeswehr. Letzterer erklärte, dass eine bestimmte Erdaufschüttung im Rahmen der Bauarbeiten zur Errichtung der Befeuerungsanlagen beseitigt werde und die Kosten hierfür nicht in das Angebot einzubeziehen seien. Die Auftraggeberin und der Mitbieter, die Grundbau GmbH, wurden vom Ergebnis der Besichtigung nicht informiert. Bei Submission stellte sich heraus, dass das Angebot der Grundbau GmbH i. H. v. 1.200.000 € auch die Beseitigung

der Erdaufschüttung umfasste, das Angebot der Großbau GmbH i. H. v. 1.050.000 € hingegen nicht. Daraufhin wurde entschieden, beide Angebote ohne die besagte Position zu werten, was dazu führte, dass nun das Angebot der Grundbau GmbH preisgünstiger war und schließlich den Zuschlag erhielt. Die Großbau GmbH beantragte hiergegen ein Nachprüfungsverfahren. Ist dieses begründet?

**Lösung:**

Die hier erteilte Auskunft bzgl. der Erdaufschüttung ist eine wichtige Aufklärung, da sie den Leistungsumfang bestimmt und somit unerlässliche Kalkulationsgrundlage ist. Sie hätte somit auch der Grundbau GmbH unverzüglich mitgeteilt werden müssen. Das Unterlassen dieser Mitteilung stellt zugleich einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, denn die Grundbau GmbH verfügte nicht über die gleichen Informationen für die Angebotserstellung. Auch die anschließende Herausnahme der betreffenden Position war unzulässig, da die Angebote im Rahmen der Angebotswertung mit ihren Inhalten verbindlich sind. Sie stellen eine Willenserklärung i. S. von § 145 BGB dar. Die Vergabe war somit in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Der Antrag erweist sich als begründet.

### **3. Gleichbehandlungsgrundsatz**

§ 97 Abs. 2 GWB verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Teilnehmer in allen Phasen des Verfahrens gleich zu behandeln und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Teilnehmer darf nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen erfolgen und muss auf nachvollziehbaren, auftragsbezogenen Erwägungen beruhen. Der so normierte **Gleichbehandlungsgrundsatz**