

Beatrice Fabry | Frank Meininger | Karsten Kayser

Vergaberecht in der Unternehmenspraxis

Beatrice Fabry | Frank Meininger |
Karsten Kayser

Vergaberecht in der Unternehmenspraxis

Erfolgreich um öffentliche
Aufträge bewerben



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.

1. Auflage 2007

Alle Rechte vorbehalten

© Betriebswirtschaftlicher Verlag Dr. Th. Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2007

Lektorat: RA Andreas Funk

Der Gabler Verlag ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, 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.

Umschlaggestaltung: Nina Faber de.sign, Wiesbaden

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Wilhelm & Adam, Heusenstamm

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier.

Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-0185-9

Vorwort

Der öffentliche Beschaffungsmarkt ist für Unternehmen sehr attraktiv. Bundesweit werden jährlich Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge für etwa 250 Mrd. Euro vergeben. Bei der Vergabe von Aufträgen sind öffentliche Auftraggeber jedoch nicht frei, sondern sie haben das Vergaberecht zu beachten, das die "öffentlich-rechtlichen Spielregeln" für die Auftragsvergabe beinhaltet. Das Vergaberecht ist einem ständigen Wandel durch Rechtsprechung und vielfältigen gesetzgeberischen Aktivitäten auf europäischer und nationaler Ebene – zuletzt durch die Vergaberechtsreform 2006 – 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.

Wir danken unserem Kollegen Dr. Stefan Meßmer für tatkräftige Unterstützung und Anregungen sowie Frau Andrea Müller für die Mühe der Manuskripterstellung.

Stuttgart, im Januar 2007

Dr. Beatrice Fabry

Dr. Frank Meininger

Dr. Karsten Kayser

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	11
1. Einführung in das Vergaberecht	13
1.1 Gegenstand des Vergaberechts	13
1.2 Regelungszweck des Vergaberechts	13
1.3 Wechselwirkung mit anderen Rechtsgebieten	14
1.4 Bedeutung des Vergaberechts für die öffentliche Hand und Bieter	15
1.5 Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts	16
2. Grundlagen des Vergaberechts	17
2.1 Rechtsgrundlagen	17
2.1.1 Grundlagen des europäischen Vergaberechts	17
2.1.2 Grundlagen und Zweiteilung des deutschen Vergaberechts	18
2.2 Aktuelle und bevorstehende Reformen des Vergaberechts	20
2.3 Reichweite des Vergaberechts und Abgrenzung	20
2.4 Voraussetzungen der Vergabepflicht	22
2.4.1 Öffentliche Auftraggeber, § 98 GWB	23
2.4.1.1 Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, § 98 Nr. 1 GWB	23
2.4.1.2 Andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, § 98 Nr. 2 GWB	23
2.4.1.3 Verbände, § 98 Nr. 3 GWB	30
2.4.1.4 Sektorenauftraggeber, § 98 Nr. 4 GWB	31
2.4.1.5 Staatlich subventionierte Auftraggeber, § 98 Nr. 5 GWB	32
2.4.1.6 Baukonzessionäre, § 98 Nr. 6 GWB	32
2.4.2 Öffentliche Aufträge, § 99 GWB	32
2.4.2.1 Bauaufträge, § 99 Abs. 3 GWB	33
2.4.2.2 Lieferaufträge, § 99 Abs. 2 GWB	34
2.4.2.3 Dienstleistungsaufträge, § 99 Abs. 4 GWB	34
2.4.2.4 Auslobungsverfahren, § 99 Abs. 5 GWB	35
2.4.2.5 Gemischte Verträge und die Abgrenzung der verschiedenen Auftragsarten, § 99 Abs. 6 GWB	36
2.4.2.6 Vergabepflicht bei Änderung bestehender Verträge	36
2.4.2.7 Rahmenvereinbarungen	38

2.4.3	Schwellenwerte.....	39
2.4.3.1	Schwellenwerte bei europaweiten Vergabeverfahren, § 100 Abs. 1 GWB.....	39
2.4.3.2	Schwellenwerte bei nationalen Vergabeverfahren.....	41
2.4.4	Ausnahmen vom Vergaberecht und die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts ..	42
2.4.4.1	Die Ausnahmetatbestände des § 100 GWB	42
2.4.4.2	Das Inhouse-Geschäft	43
2.5	Vergaberechtliche Verfahrensgrundsätze	46
2.5.1	Wettbewerbsprinzip, § 97 Abs. 1 GWB.....	46
2.5.2	Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB.....	48
2.5.3	Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB.....	50
2.6	Weitere vergaberechtliche Verfahrensgrundsätze	51
2.6.1	Gebot der Losvergabe, § 97 Abs. 3 GWB.....	51
2.6.2	Eignung der Bieter, § 97 Abs. 4 GWB.....	52
2.6.3	Zulässigkeit anderer oder weitergehender Anforderungen?.....	55
2.6.4	Wirtschaftlichkeitsgebot, § 97 Abs. 5 GWB	56
2.7	Vorgaben für die Durchführung des Vergabeverfahrens	57
2.7.1	Verfahrensarten	57
2.7.1.1	Offenes Verfahren/öffentliche Ausschreibung	58
2.7.1.2	Nicht offenes Verfahren/beschränkte Ausschreibung.....	58
2.7.1.3	Verhandlungsverfahren/freihändige Vergabe	59
2.7.1.4	Wettbewerblicher Dialog	59
2.7.2	Ausnahmen vom Vorrang des offenen Verfahrens bzw. der öffentlichen Ausschreibung	60
2.7.2.1	Zulässigkeit eines nicht offenen Verfahrens.....	60
2.7.2.2	Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens	62
2.7.3	Vergabebekanntmachung	65
2.7.3.1	Nationale Vergabeverfahren.....	65
2.7.3.2	Europaweite Vergabeverfahren	66
2.7.3.3	Vorabinformation	67
2.7.4	Verdingungsunterlagen	67
2.7.5	Haupt- und Nebenangebote.....	69
2.7.6	Optionen	70
2.7.7	Vergabevorbehalte	70
3.	Der Wettbewerb um den Erhalt öffentlicher Aufträge	73
3.1	Aktivitäten im Vorfeld einer Ausschreibung.....	73
3.2	Erlangen der Verdingungsunterlagen.....	75
3.2.1	Informationen über die Durchführung von Vergabeverfahren	75
3.2.2	Anfordern der Verdingungsunterlagen	76
3.3	Auswertung und Prüfung der Verdingungsunterlagen.....	77
3.3.1	Wichtige Aspekte bei der Prüfung von Vergabebekanntmachung und Verdingungsunterlagen	78

3.3.1.1	Vergabebekanntmachung.....	78
3.3.1.2	Verdingungsunterlagen.....	83
3.4	Anfragen und Rügen beim Auftraggeber.....	86
3.5	Abgabe des Angebots.....	87
3.5.1	Formale Anforderungen an die Angebote.....	87
3.5.1.1	Angebotsfrist.....	87
3.5.1.2	Form des Angebots.....	87
3.5.1.3	Unterzeichnung des Angebots.....	88
3.5.1.4	Verwendung von Kurzfassungen des Leistungsverzeichnisses.....	89
3.5.1.5	Inhaltliche Anforderungen an das Angebot.....	89
3.5.1.6	Kennzeichen geheimhaltungsbedürftiger Angebotsbestandteile.....	92
3.5.2	Änderungen des Angebots.....	93
3.6	Bildung von Bietergemeinschaften.....	93
3.7	Einbindung von Subunternehmern.....	95
4.	Die Entscheidung des Auftraggebers über die Auftragserteilung.....	97
4.1	Öffnung der Angebote.....	97
4.2	Prüfung und Wertung der Angebote.....	98
4.2.1	Grundsätzliches.....	98
4.2.2	Erste Wertungsstufe: Formelle Angebotsprüfung.....	98
4.2.2.1	Zwingender Angebotsausschluss.....	98
4.2.2.2	Fakultativer Angebotsausschluss.....	101
4.2.3	Zweite Wertungsstufe: Eignung des Bieters.....	103
4.2.4	Dritte Wertungsstufe: Auskömlichkeit des Angebots.....	104
4.2.5	Vierte Wertungsstufe: Wirtschaftlichkeit des Angebots.....	105
4.2.6	Wertung von Nebenangeboten.....	106
4.2.7	Verhandlungen mit den Bietern und Nachfordern von Unterlagen.....	106
4.2.8	Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist.....	107
4.3	Besonderheiten des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs.....	108
4.4	Auswahlentscheidung, Bieterinformation und Zuschlagserteilung.....	108
4.5	Die Aufhebung des Vergabeverfahrens.....	109
4.5.1	Zivil- und vergaberechtliche Zulässigkeit der Verfahrensaufhebung.....	109
4.5.2	Folgen einer vergaberechtlich unzulässigen Verfahrensaufhebung.....	111
4.5.3	Rechtsschutz gegen die Aufhebung von Vergabeverfahren.....	112
5.	Der "Streit" um öffentliche Aufträge.....	113
5.1	Grundlagen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes.....	113
5.2	Die besondere Bedeutung der Rüge.....	114
5.2.1	Bedeutung der Rüge.....	114
5.2.2	Positive Kenntnis vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes.....	115
5.2.3	Unverzüglichkeit der Rüge.....	115
5.2.4	Rüge bei Vergabeverstößen, die aus der Vergabebekanntmachung erkennbar sind.....	116
5.2.5	Inhalt der Rüge.....	117

5.2.6	Form der Rüge	117
5.3	Das “Angriffs- und Verteidigungsszenario“ im Vergaberechtsschutz	117
5.4	Wesentliche Grundsätze des Nachprüfungsverfahrens	118
5.4.1	Untersuchungsgrundsatz	119
5.4.2	Beschleunigungsgrundsatz.....	119
5.4.3	Mündlichkeitsgrundsatz	120
5.5	Der Ablauf des Nachprüfungsverfahrens.....	120
5.5.1	Zuständige Vergabekammer.....	120
5.5.2	Verfahrenseinleitung	121
5.5.3	Verfahrensbeteiligte	121
5.5.4	Zustellung des Nachprüfungsantrags und Zuschlagsverbot	122
5.5.5	Akteneinsicht	122
5.5.6	Mündliche Verhandlung und Entscheidung der Vergabekammer	123
5.6	Die sofortige Beschwerde.....	123
5.6.1	Beschwerdebefugnis	123
5.6.2	Beschwerdefrist	124
5.6.3	Ablauf des Beschwerdeverfahrens.....	124
5.7	Besonderheiten bei der De-facto-Vergabe	126
5.8	Vergaberechtlicher Eilrechtsschutz.....	127
5.8.1	Allgemeines	127
5.8.2	Eilrechtsschutz vor der Vergabekammer	127
5.8.3	Eilrechtsschutz vor dem Oberlandesgericht.....	128
5.8.3.1	“Eilrechtsschutz“ des beschwerdeführenden Bieters und Beigeladenen.....	128
5.8.3.2	“Eilrechtsschutz“ des beschwerdeführenden öffentlichen Auftraggebers	129
5.9	Kosten des vergaberechtlichen Rechtsschutzes	129
5.9.1	Kosten der Vergabekammer und des Oberlandesgerichts	130
5.9.2	Kosten der Verfahrensbeteiligten	131
5.9.3	Kostentragungspflichten	132
5.10	Vergaberechtlicher Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten?	133
Anhang I – Gesetzestexte		135
Anhang II – Bekanntmachungsorgane.....		173
Anhang III – Hinweise auf Informationsquellen		175
Anhang IV – Checkliste Bewerbung um öffentliche Aufträge		179
Anhang V – Muster		183
Autorenverzeichnis.....		197
Stichwortverzeichnis		199

Abkürzungsverzeichnis

AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
CPV	Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge
e. G.	eingetragene Gesellschaft
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
KAG	Kommunalabgabengesetz
KG	Kammergericht

OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft(en)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PPP	Public Private Partnership
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
SKR	Sektorenrichtlinie
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VV	Vergütungsverzeichnis
ZPO	Zivilprozessordnung

1. Einführung in das Vergaberecht

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 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.

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 zwei unterschiedlichen Zielen, die beide in der Ausgestaltung des deutschen Vergaberechts Niederschlag gefunden haben. Sie begründen zugleich die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in nationale und europaweite Vergabeverfahren.

Ursprünglich maßgeblicher Zweck des deutschen Vergaberechts war die **Gewährleistung sparsamer Mittelverwendung** des Staates bei der Beschaffung von Leistungen. Darüber hinaus dient das nationale Vergaberecht auch der **Korruptionsbekämpfung**. Dieser Zielsetzung entsprechend ist das deutsche Vergaberecht im Haushaltsrecht geregelt. § 30 HGrG und § 55 BHO sowie die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen bzw. des Gemeindehaushaltsrechts der Länder bestimmen, dass der Auftragsvergabe grundsätzlich eine Ausschreibung – also ein Vergabeverfahren – voranzugehen hat.

Weitere, auf europarechtlichen Vorgaben beruhende Zielsetzung des Vergaberechts ist der **Schutz der potenziellen Vertragspartner der öffentlichen Hand bei der Durchführung von Ausschreibungen**. Grundlage hierfür ist das Bestreben, die häufig besondere Nachfragemacht der öffentlichen Hand auf den Beschaffungsmärkten zu regeln und vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarkts einer europaweit transparenten und diskriminierungsfreien Auftragsvergabe im Wettbewerb Rechnung zu tragen. Diesem Ziel dienen die vergaberechtlichen Prinzipien “Wettbewerb“, “Gleichbehandlung“ und “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. Im engen Zusammenhang mit der Vergabe von Leistungen steht etwa das Gebührenrecht, sofern es um die Vergabe gebührenfinanzierter Leistungen geht.¹ Auch wettbewerbsrechtliche Fragen können – etwa hinsichtlich der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften – bei der Durchführung von Vergabeverfahren eine Rolle spielen.

Insbesondere ist zu bedenken, dass die vergaberechtlichen Regelungen keinen Selbstzweck erfüllen, sondern stets der Beschaffung von Leistungen und somit dem Abschluss eines Vertrags dienen sollen. Allgemeine vertragsrechtliche Regelungen sind daher ebenso bedeutsam wie spezifisch mit der jeweils ausgeschriebenen Leistung verbundene zivil- und öffentlich-rechtliche Bestimmungen.

Zuletzt bestehen wegen des spezifischen Ablaufs von Vergabeverfahren und des hierbei – außerhalb von Verhandlungsverfahren – zwingend zu beachtenden Verbots von Verhandlungen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bietern Besonderheiten hinsichtlich des Zustandekommens des Vertrags. Nach Abgabe bindender Angebote der Bieter (§§ 145, 147 BGB) erfolgt die Annahme des Angebots durch die “Zuschlagserteilung“ des öffentlichen Auftraggebers.² Wegen der einseitigen Vorgabe des Leistungsinhalts durch den öffentlichen Auftraggeber und mangels Möglichkeit der Bieter, auf die Ausgestaltung des Vertrags Einfluss zu nehmen, erlangen auch die Regelungen des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB, §§ 305 ff. BGB) besondere Bedeutung.

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 auch 4.4.

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 führt zunehmend zu einer Erstreckung des Vergaberechts auf Vorhaben, die nicht ausschließlich der Leistungsbeschaffung dienen. Zu denken ist hier an Privatisierungen und den Verkauf von Geschäftsanteilen sowie bestimmte innerstaatliche Kooperationen, insbesondere die "interkommunale Zusammenarbeit".³

Auch für die am Erhalt öffentlicher Aufträge interessierten Unternehmen stellt das Vergaberecht weit reichende Anforderungen. Anders als bei Abschluss von Verträgen mit Privatunternehmen 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. Vor dem Hintergrund der strengen Rügeobliegenheiten sind die Unternehmen zur Wahrung ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten zudem gehalten, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens zu prüfen und eventuelle Fehler gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu rügen.⁴ Die Kunst ist es aus Sicht des Bieters, einerseits formal zu rügen, andererseits dies so zu tun, dass die Rüge das Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber nicht dauerhaft beschädigt.

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.

³ Siehe hierzu 2.3.

⁴ Zur Rügepflicht siehe 5.2.

1.5 Wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts

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

Derzeit werden in Deutschland von staatlichen Stellen jährlich öffentliche Aufträge mit einem Volumen von ca. 250 Milliarden € vergeben. 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.⁵ 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 2003 wurden nach Mitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit 1275 Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern von Bund und Ländern und 302 Beschwerdeverfahren vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte durchgeführt. **Die Erfolgsquote vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren liegt zwischen 30 % und 50 % und somit wesentlich über der Erfolgsquote verwaltungsgerichtlicher Verfahren.** 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 Mitteilung der Europäischen Kommission, vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_de.htm.

2. Grundlagen des Vergaberechts

2.1 Rechtsgrundlagen

2.1.1 Grundlagen des europäischen Vergaberechts

Die Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens gehört zu den zentralen Zielen der Europäischen Union bei der Herstellung eines europäischen Binnenmarkts. Die Harmonisierung des öffentlichen Auftragswesens 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 erfolgte die bislang letzte Neuregelung der Vergaberichtlinien mit dem Ziel einer Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts, wobei insbesondere die Einführung des wettbewerblichen Dialogs für komplexe Vergaben sowie Möglichkeiten zur besseren Nutzung der elektronischen Medien neu geschaffen wurden. 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.

Kennzeichen der europäischen Vergaberichtlinien ist, dass sie nur dann Anwendung finden, wenn das geschätzte Volumen des zu vergebenden Auftrags einen von der Europäischen Union bestimmten "Schwellenwert" überschreitet.⁶ 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.

Die Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG enthalten Vorgaben zur Errichtung eines vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems. Die Europäische Union beabsichtigt, im Anschluss an die Neugestaltung der materiellen Vergaberichtlinien im Jahr 2004 nunmehr auch den Erlass einer neuen Rechtsmittelrichtlinie. Die Europäische Kommission hat am 4. Mai 2006 den Entwurf zur Änderung der beiden Rechtsmittelrichtlinien vorgelegt. Das in Deutschland eingeführte Verfahren zur Wahrung der Rechtsschutzmöglichkeiten – die Bieterinformation nach § 13 VgV – wird durch diesen Entwurf bestätigt. Wesentliche Änderungen am bestehenden vergaberechtlichen Rechtsschutz in Deutschland sind daher durch eine neue Rechtsmittelrichtlinie nicht zu erwarten.

⁶ Zu den Schwellenwerten für europaweite Vergabeverfahren siehe 2.4.3.1.

2.1.2 Grundlagen und Zweiteilung des deutschen Vergaberechts

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 Jahre 1936 zu der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (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 zu verlangen. Regelmäßig wird hierzu auf die Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A verwiesen. **Bei den Verdingungsordnungen handelt es sich um privatrechtliche, von den Verdingungsausschüssen 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 teilweise subjektive Rechte zuerkennen.**

Die Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in nationales Recht – auch als "Kartellvergaberrecht" bezeichnet – führt zu einer Zweiteilung des deutschen Vergaberechts. Neben den rein nationalen Vorschriften für die Vergabe von Leistungen unterhalb der Schwellenwerte bestehen Vergabevorschriften, die ausschließlich bei Durchführung europaweiter Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte zu beachten sind.

Erschwert wird die Abgrenzung von Vorschriften für europaweite Vergabeverfahren einerseits und nationale Vergabeverfahren andererseits durch den komplexen Regelungsmechanismus:

Die Verfahrensregelungen sowohl für nationale als auch für europaweite Vergabeverfahren sind in den Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A geregelt. Während die Durchführung von Vergabeverfahren unter Beachtung der Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A durch die Haushaltsordnungen von Bund, Ländern (Landeshaushaltsordnungen und Gemeindehaushaltsverordnungen) vorgegeben wird, verweisen für europaweite Vergabeverfahren das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (§§ 97 ff. GWB) sowie die Vergabeverordnung (VgV) auf VOB/A, VOL/A und die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). **Die komplizierte Normenkette von GWB, VgV und Verdingungsordnungen 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, enthalten die Abschnitte zwei bis vier zusätzliche Vorschriften, die lediglich bei der Durchführung europaweiter Vergabeverfahren zu beachten sind. Die "Basisparagrafen" des ersten Abschnitts finden ergänzend Anwendung, soweit sie den Vorschriften der Abschnitte zwei bis vier nicht entgegenstehen.

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 der EG-Vergaberichtlinie – diese Regelungen gelten bei der Vergabe durch öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 – 3, 5 und 6 GWB
- VOB/A bzw. VOL/A Abschnitt 3: Bestimmungen nach der Sektorenrichtlinie – diese Vorschriften gelten bei der Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich durch Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 – 3 GWB
- VOB/A bzw. VOL/A Abschnitt 4: Vergabebestimmungen nach der Sektorenrichtlinie – diese Vorschriften gelten bei der Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich durch Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB

Die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) findet ausschließlich oberhalb der Schwellenwerte Anwendung. Die Vergabe freiberuflicher Leistungen, die nicht erschöpfend beschreibbar sind, wird somit in einer – europarechtlich nicht geforderten – eigenen Verdingungsordnung geregelt. Für die Durchführung nationaler Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte existiert keine entsprechende Verdingungsordnung. Die Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte ist daher vielfach von der Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens freigestellt.

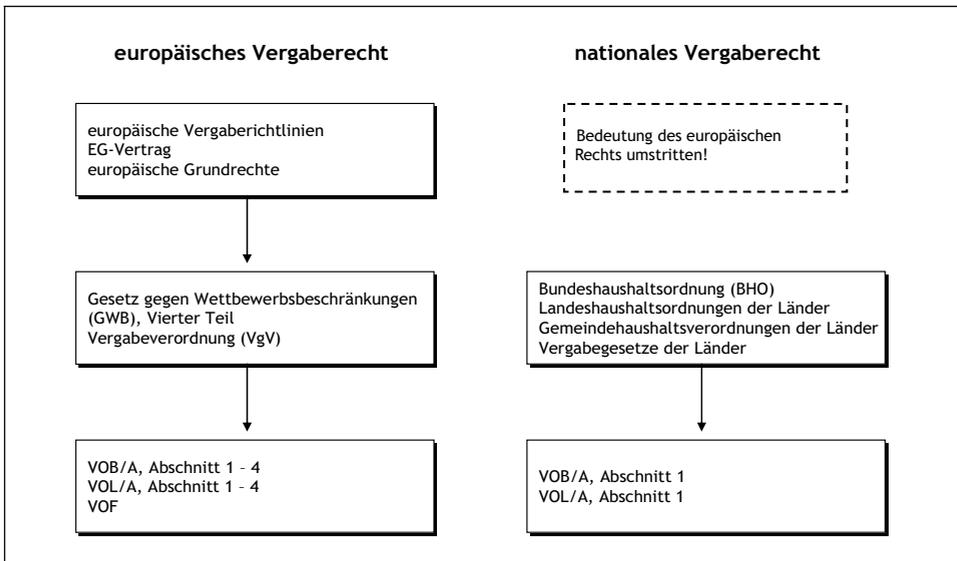


Abbildung 1: Die vergaberechtliche Normenhierarchie („Kaskadenprinzip“)

2.2 Aktuelle und bevorstehende Reformen des Vergaberechts

Der europäische Richtliniengeber hat im Jahr 2004 die früher nebeneinander stehenden Richtlinien zur Vergabe von Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen in einer einheitlichen Vergaberichtlinie 2004/18/EG zusammengefasst und eine neue Vergaberichtlinie 2004/17/EG für die Vergabe von Aufträgen durch Sektorauftraggeber erlassen. Eine Besonderheit beider Richtlinien ist, dass die Umsetzung einer Vielzahl von Regelungen dem Ermessen der Mitgliedsstaaten überlassen wird. Soweit die Richtlinien zwingende Vorgaben enthalten, waren diese bis zum 1. Februar 2006 in nationales Recht umzusetzen.

Bereits durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 1. September 2005 wurde der wettbewerbliche Dialog als neue Verfahrensart in § 6a VgV aufgenommen. Nachdem der nationale Gesetzgeber zunächst beabsichtigt hatte, die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien für eine grundlegende Überarbeitung des nationalen Vergaberechts zu nutzen und das "Kaskadenprinzip" des deutschen Vergaberechts aus GWB, VgV und Verdingungsordnungen – teilweise – abzuschaffen, wurden diese Pläne nach der Bundestagswahl 2005 nicht mehr weiter verfolgt. **Stattdessen wurden die zwingenden Vorgaben der neuen EU-Vergaberichtlinien durch Änderungen der Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF sowie der VgV zum 1. November 2006 durch die Dritte Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 23. Oktober 2006 in nationales Recht umgesetzt.** Weitere fakultative Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien, insbesondere zur Einführung neuer Verfahrensarten, fanden keine Berücksichtigung.

Die beabsichtigte Vereinfachung des deutschen Vergaberechts ist bislang noch nicht erreicht worden und soll erst in einem zweiten Schritt erfolgen. Die Bundesregierung hat hierzu am 28. Juni 2006 "Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System" beschlossen. Ziel der Vereinfachung sollen transparentere und weniger fehleranfällige Vergabevorschriften sein. Zudem sollen nationale Regelungen, die über die zwingenden Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien hinausgehen, beseitigt werden. Ob dies im Rahmen des bestehenden Systems – also bei Beibehaltung des Kaskadenprinzips von GWB, VgV und Verdingungsordnungen – möglich ist, bleibt abzuwarten.

2.3 Reichweite des Vergaberechts und Abgrenzung

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge handelt die öffentliche Hand nicht in den Formen des Verwaltungsrechts. Bei der Beschaffung der für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben erforderlichen Leistungen handelt es sich um "privatrechtliche Hilfsgeschäfte der Verwaltung", die durch Abschluss zivilrechtlicher Verträge durchgeführt werden. Die Vergabe öffentlicher

Aufträge ist somit zunächst von der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand und den hoheitlichen Formen des Verwaltungshandelns – insbesondere dem Verwaltungsakt – zu unterscheiden.

Das Vergaberecht ist jedoch auch von anderen Formen privatrechtlichen Handelns der öffentlichen Hand zu unterscheiden. **Gegenstand des Vergaberechts ist ausschließlich die entgeltliche Beschaffung von Gütern und Leistungen durch öffentliche Auftraggeber.** Das Vergaberecht findet somit immer dann Anwendung, wenn die öffentliche Hand Leistungen auf dem Markt nachfragt. Demgegenüber unterfallen Verträge, die nicht die Beschaffung durch die öffentliche Hand zum Gegenstand haben, grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Dies gilt beispielsweise dann, wenn die öffentliche Hand keine Leistungen auf dem Markt nachfragt, sondern Dritten ihrerseits Leistungen anbietet. **Der Verkauf oder die Vermietung/Verpachtung staatlichen Eigentums oder die Erbringung privatwirtschaftlicher Dienstleistungen durch die öffentliche Hand unterliegen daher nicht der Vergabepflicht. Gleiches gilt für den Abschluss von Kooperations- oder Gesellschaftsverträgen.**

Von steigender Bedeutung in der Vergabepaxis und daher stets zu beachten ist jedoch, dass auch diese Verträge Bestandteil eines vergabepflichtigen Beschaffungsvorgangs sein können. Dies ist stets dann der Fall, wenn grundsätzlich nicht vergabepflichtige Vertragsverhältnisse zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen bei gesamtheitlicher wirtschaftlicher Betrachtung auch die Vergabe öffentlicher Aufträge an das private Unternehmen beinhalten. Die wichtigsten als Public Private Partnership (PPP) bzw. Öffentliche Private Partnerschaften (ÖPP) bekannten Kooperationsformen zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen unterfallen daher regelmäßig dem Vergaberecht.

Entscheidet sich ein öffentlicher Auftraggeber beispielsweise zur Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft unter Beteiligung eines Privatunternehmens, das sodann Leistungen für die öffentliche Hand erbringen soll, stellen Gesellschaftsgründung einerseits und Beauftragung der Gesellschaft andererseits bei wirtschaftlicher Betrachtung einen einheitlichen Vorgang dar, der insgesamt der Vergabepflicht unterfällt.⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Veräußerung der Gesellschaftsanteile an das private Unternehmen der Beauftragung einer Eigengesellschaft des öffentlichen Auftraggebers nachfolgt. Andernfalls bestünde für die öffentliche Hand die Möglichkeit, sich der Vergabepflicht für die von der gemeinsamen Gesellschaft zu erbringenden Leistung zu entziehen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn zwischen Auftragsvergabe und Anteilsveräußerung weder ein zeitlicher noch ein sachlicher Zusammenhang besteht. Hat die öffentliche Hand bereits bei Beauftragung ihrer Tochtergesellschaft Pläne zu deren Teilprivatisierung verfolgt, sind Auftragserteilung und Antragsveräußerung auch bei zeitlichem Auseinanderfallen ein einheitlicher, vergabepflichtiger Vorgang.⁸

⁷ OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2001, AZ: Verg 3/01; Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.01.2001, AZ: 1 VK 34/00; Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2000, AZ: VK 12/2000-L; Vergabekammer Lüneburg, Beschluss vom 10.08.1999, AZ: VWK-6/99 und Beschluss vom 10.08.2000, AZ: 203 VgK 6/99.

⁸ EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C-29/04, "Stadtgemeinde Mödling".

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Vergaberechts ist die öffentliche Hand bei der Auswahl ihrer Vertragspartner nicht in gleicher Weise wie Privatunternehmen frei.

Vielmehr begründen in diesen Fällen sowohl die Vorgaben des EG-Vertrags – insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie die Dienstleistungsfreiheit –, das europäische Beihilferecht sowie nationales Haushalts- und Wettbewerbsrecht die Durchführung eines wettbewerblichen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens.⁹ Wenngleich die Durchführung derartiger Verfahren nicht in gleicher Weise wie die Vergabe öffentlicher Aufträge gesetzlich geregelt ist, muss zumindest eine Bekanntmachung der beabsichtigten Vertragsschlüsse in einem geeigneten, dem Umfang der Leistung entsprechenden Medium sowie eine ausreichende Darstellung der für die Durchführung des Verfahrens maßgeblichen Vorgaben erfolgen. Die im Vergaberecht maßgeblichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Verfahrenstransparenz sowie der Gleichbehandlung aller Bieter finden daher auch in sonstigen wettbewerblichen Verfahren Eingang und müssen von den Unternehmen beachtet werden. Die Regelungen zum Vergaberecht können hierbei Leitlinien für die vom Unternehmen grundsätzlich zu beachtenden Vorgaben sein.

2.4 Voraussetzungen der Vergabepflicht

Die Voraussetzungen für das Bestehen einer Vergabepflicht bei europaweiten Vergabeverfahren einerseits und nationalen Vergabeverfahren andererseits unterscheiden sich. Insbesondere haben die Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts geführt. Beispielsweise umfasst die Gruppe der zur Beachtung des Kartellvergaberechts verpflichteten öffentlichen Auftraggeber nicht nur die nach nationalem Vergaberecht vergabepflichtigen Gebietskörperschaften.¹⁰

Wegen der besonderen Bedeutung des europäischen Vergaberechts werden nachfolgend insbesondere die Voraussetzungen für die Pflicht zur Beachtung des Kartellvergaberechts dargestellt. Abweichungen im nationalen Recht werden, soweit relevant, jedoch erwähnt.

⁹ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/93, "Parking Brixen"; Mitteilung der 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 23.06.2006; vgl. hierzu allgemein auch Fabry/Augsten, Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, 1. Auflage, Teil 2.

¹⁰ Siehe unten, 2.4.1.