

# Einführung in das Vergaberecht

Von Rechtsanwalt Dr. Karsten Schmid, Nürnberg\*

Als Teil des öffentlichen Wirtschaftsrechts ist das Vergaberecht ein dynamischer Regelungsbereich von stetig zunehmender – auch praktischer – Bedeutung. Der vorliegende Aufsatz möchte Studierenden einen Überblick über dieses auf den ersten Blick komplexe, fächerübergreifende Rechtsgebiet vermitteln und dabei das Verständnis für die Grundlagen des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe wecken.

## I. Begriff des Vergaberechts

Das im vorliegenden Beitrag zu behandelnde Recht der öffentlichen Auftragsvergabe (Vergaberecht) wird gemeinhin definiert als Gesamtheit der Regeln, die öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen zu beachten haben.<sup>1</sup> Im Vergaberecht geht es also um die Einkäufe der öffentlichen Hand zur Deckung ihres Bedarfs an Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, der bei der Erledigung der ihr zugewiesenen Aufgaben entsteht.<sup>2</sup>

Erfasst werden die unterschiedlichsten Sachverhalte wie etwa der Einkauf von Büromaterial, von Sportschuhen für die Bundeswehr, der Bau von Universitätsgebäuden bis hin zur Beschaffung von komplexen IT-Netzwerken.<sup>3</sup> Maßgeblich ist allein, dass der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager von Leistungen am Markt auftritt, um sich gegen Bezahlung mit Geld die betreffenden Leistungen erbringen zu lassen.<sup>4</sup>

Dieser Beschaffungsvorgang mündet in aller Regel in den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages.<sup>5</sup> Hintergrund ist, dass das öffentliche Beschaffungswesen in Deutschland lange Zeit als rein fiskalisches Handeln des Staates begriffen wurde.<sup>6</sup>

Aufgabe des Vergaberechts ist es, zum einen die Wirtschaftlichkeit fiskalischen Handelns sicherzustellen und zum anderen allen privaten Anbietern am Markt den diskriminierungsfreien Zugang zum öffentlichen Auftragsvolumen zu gewährleisten.<sup>7</sup> Zu diesem Zweck wird die Auswahl des

Vertragspartners der öffentlichen Hand an formalisierte Auswahlverfahren gekoppelt, in denen der von der öffentlichen Hand auszuwählende Vertragspartner in einem wettbewerblichen, transparenten, nicht diskriminierenden und auf Gleichbehandlung gerichteten Verfahren gefunden werden muss.<sup>8</sup>

## II. Struktur des Vergaberechts

Kennzeichnend für das deutsche Vergaberecht ist dessen Zweiteilung in zwei unterschiedliche, voneinander zu trennende Bereiche.

Maßgeblich für die Unterscheidung ist die in Rede stehende Auftragssumme, der so genannte „Schwellenwert“.<sup>9</sup>

Während der Bereich oberhalb der Schwellenwerte, das sog. „Kartellvergaberecht“, wesentlich durch europäische wettbewerbsrechtliche Bestimmungen determiniert ist, ist der Bereich unterhalb der Schwellenwerte überwiegend haushaltrechtlich verankert.<sup>10</sup> Während Aufträge, welche die Schwellenwerte erreichen oder überschreiten, EU-weit auszuschreiben sind, bedürfen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich keiner EU-weiten Ausschreibung.<sup>11</sup>

Diese, auf den ersten Blick etwas überraschende Unterscheidung hat vor allem historische Gründe. So diente das Vergaberecht nach herkömmlichem deutschem Verständnis in erster Linie der Schonung öffentlicher Ressourcen und war deshalb primär im Haushaltrecht – insbesondere den Haushaltsgesetzen (BHO/LHO) und in Verwaltungsvorschriften (Verdingungsordnungen) – geregelt.<sup>12</sup> Die Verwendung öffentlicher Mittel für Beschaffungsvorgänge war vor allem am Wirtschaftlichkeitsprinzip zu messen (§ 6 HGrG, § 7 BHO/LHO). Das Haushaltrecht selbst war als rein objektives Recht zu verstehen.<sup>13</sup> Subjektive Rechte des Bürgers aus den Vorschriften des Haushaltrechts bestanden nicht. Die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der Verwendung öffentlicher Mittel oblag vielmehr den übergeordneten Dienststellen und den Rechnungshöfen.<sup>14</sup>

Dies änderte sich als sich die Europäischen Organe, insbesondere die Europäische Kommission, beginnend mit der ersten Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie aus dem Jahre

\* Der Verf. ist Partner bei der Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Nürnberg und Lehrbeauftragter für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Technischen Hochschule, Nürnberg. Der vorliegende Beitrag geht auf eine Vorlesung zurück, die der Verf. im Rahmen des dortigen Masterstudiengangs Wirtschaftsrecht (LL.M.) hält.

<sup>1</sup> Siehe etwa Lux, JuS 2006, 969 f.; Raasch, JA 2009, 199 (200).

<sup>2</sup> Noch, Vergaberecht kompakt, 5. Aufl. 2011, Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>3</sup> Vgl. Rechten/Röbke, Basiswissen Vergaberecht, 2014, Kapitel 1.2; Lux, JuS 2006, 969 (970).

<sup>4</sup> Noch (Fn. 2), A. II. 3. Rn. 35.

<sup>5</sup> Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>6</sup> Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 1024; Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>7</sup> Raasch, JA 2009, 199 (200). Darüber hinaus wird das Vergaberecht häufig auch zur Realisierung politischer Zielsetzungen, etwa ökologischer, sozial- oder wirtschaftspolitischer Zwecke, eingesetzt. Die Frage, ob und inwieweit dies zulässt,

sig ist, ist rechtlich nicht unproblematisch und im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, siehe hierzu etwa Raasch (a.a.O.) sowie Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 2.1.4.

<sup>8</sup> Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Vergabe öffentlicher Aufträge, 3. Aufl. 2014, A. II.

<sup>9</sup> Zu den Schwellenwerten im Einzelnen nachfolgend unter III. 1. c).

<sup>10</sup> Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1031; Raasch, JA 2009, 199 (200 f.); Lux, JuS 2006, 969 (970).

<sup>11</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. IV. 1.

<sup>12</sup> Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 9 Rn. 1; Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1025.

<sup>13</sup> Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1025; Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>14</sup> Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

1971, entschlossen, die nationalen Vergabebestimmungen zu harmonisieren.<sup>15</sup> In Folge dessen wurden in Form von EG- bzw. später EU-Richtlinien inhaltliche, die Mitgliedstaaten bindende Rechtsvorschriften für das Vergaberecht geschaffen. In Abweichung von der im nationalen deutschen Recht geltenden haushaltrechtlichen, primär an der Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns orientierten Betrachtungsweise zielten die europäischen Rechtsvorschriften auf die Einhaltung der Grundsätze des Binnenmarktes (Art. 26 AEUV), konkret die Herstellung eines europaweiten Beschaffungsmarktes, ab.<sup>16</sup> Als Konsequenz dieses „wettbewerblichen Ansatzes“ wurde in § 97 Abs. 7 GWB für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte die Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren dem Grundsatz nach<sup>17</sup> als subjektives Recht des Bürgers ausgestaltet.<sup>18</sup>

Parallel hierzu entwickelte sich für Auftragsvergaben auf dem Gebiet der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie (früher) auch der Telekommunikation ein Auftragsvergaberecht für die sog. SektorenAuftraggeber. Hintergrund dieses primär in der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung vom 23.9.2009 (Sektorenverordnung – SektVO) geregelten Sektorenvergaberechts war der Umstand, dass man in den von der SektVO erfassten Bereichen der Daseinsvorsorge wegen der häufig staatlichen Beherrschung der betreffenden Unternehmen die Einhaltung (wenn auch gelockerter) vergaberechtlicher Anforderungen für erforderlich hielt.<sup>19</sup> Die Auftragsvergabe im Sektorenbereich stellt einen „Sonderbereich des Vergaberechts“<sup>20</sup> dar und bleibt daher im Rahmen des vorliegenden, einführenden Beitrags außer Betracht.<sup>21</sup>

### III. Das Kartellvergaberecht

Der Schwerpunkt sowohl in der (Juristen-)Ausbildung als auch bei der Fortentwicklung des Vergaberechts<sup>22</sup> liegt auf

<sup>15</sup> Noch (Fn. 2), Rechtsgrundlagen des Vergaberechts Rn. 2.

<sup>16</sup> Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1028; Noch (Fn. 2) Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>17</sup> Zu Einschränkungen siehe unten VI. 2. a) aa).

<sup>18</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), F. I.

<sup>19</sup> Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>20</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 3. e. Sondervorschriften gelten ferner im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) bzw. des schienengebundenen Personennahverkehrs (SPNV), im Bereich der Verteidigung und Sicherheit sowie bei der Vergabe von Leistungen im Sozialbereich wie zum Beispiel Arzneimittelrabattverträgen gemäß § 129 Abs. 5 SGB V oder sozialen Arbeitsmarktdienstleistungen gemäß dem Dritten Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB III), vgl. Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 1.3.3 und 1.3.5.

<sup>21</sup> Eingehend zur Auftragsvergabe im Sektorenbereich etwa Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 3. e m.w.N.

<sup>22</sup> So hat sich gezeigt, dass die nationalen Rechtsentwicklungen häufig mit einigen Jahren Abstand die europäischen Rechtsentwicklungen nachvollziehen.

dem Bereich oberhalb der Schwellenwerte, dem sog. „Kartellvergaberecht“. Nachfolgend sollen daher zunächst dessen Anwendungsbereich sowie die im Kartellvergaberecht anzuwendenden Vorschriften und Verfahrensarten näher skizziert werden.

#### 1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist eröffnet, wenn es sich bei der vergebenden Stelle um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB handelt (a), die zu vergebende Leistung als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB zu qualifizieren ist (b), der in Rede stehende Schwellenwert erreicht wird (c) und zudem kein die Anwendung des Kartellvergaberechts ausschließender Ausnahmetatbestand (d) erfüllt ist.

Liegen die vorgenannten vier Voraussetzungen vor, ist der betreffende Auftrag europaweit auszuschreiben.

##### a) Öffentlicher Auftraggeber

###### aa) Adressaten des Kartellvergaberechts

Adressat und damit Verpflichteter des Kartellvergaberechts ist der öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB.<sup>23</sup> Dieser den persönlichen Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts definierenden Vorschrift liegt eine funktionelle Betrachtungsweise zugrunde. Maßgeblich für die Auftraggeberbereigenschaft ist demnach nicht, in welcher Rechtsform der Auftraggeber organisiert ist, sondern vielmehr, dass öffentliche Aufgaben unter staatlicher Einflussnahme erfüllt werden.<sup>24</sup> Sinn und Zweck dieser funktionellen Betrachtungsweise ist es, zu verhindern, dass sich die öffentliche Hand durch die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen der Geltung des Kartellvergaberechts entzieht.<sup>25</sup>

Hieran anknüpfend ist der persönliche Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet, wenn einer der in § 98 Nr. 1-6 GWB genannten Tatbestände eingreift.

###### bb) Klassische Auftraggeber

Nach § 98 Nr. 1 GWB sind öffentliche Auftraggeber zunächst die sog. klassischen Auftraggeber, nämlich die Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen. Gebietskörperschaften sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Hoheitsbereich durch einen räumlich abgegrenzten Teil des Staatsgebiets bestimmt wird, namentlich also der Bund, die Länder, die Regierungsbezirke, die Landkreise und die Gemeinden.<sup>26</sup> Zum Sondervermögen der Gebietskörperschaften gehören deren organisatorisch selbstständigen, jedoch nicht mit eigener Rechtsfähigkeit versehenen Einheiten, wie beispielsweise die Eigenbetriebe.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Eingehend zum Auftraggeberbegriff *Rechten*, NZBau 2014, 667.

<sup>24</sup> Kühling/Lehmberg, Jura 2009, 835 (836).

<sup>25</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I.; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 40.

<sup>26</sup> Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht (Stand 16.6.2014), § 98 GWB Rn. 11 f.; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 41.

<sup>27</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 41.

Die Beschränkung auf Gebietskörperschaften hat zur Folge, dass die weiteren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere die Anstalten und Stiftungen, nicht unter § 98 Nr. 1 GWB fallen, sondern lediglich nach den anderen Ziffern des § 98 GWB als öffentlicher Auftraggeber gewertet werden können.<sup>28</sup>

#### *cc) Funktionale Auftraggeber*

Nach § 98 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber ferner auch alle juristischen Personen sowohl des öffentlichen als auch des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, und die durch die öffentliche Hand aufgrund von Beteiligungen oder überwiegender Finanzierung beherrscht werden („funktionelle Auftraggeber“).

Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben sind solche, die auf andere Art als durch Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden und die hoheitliche Befugnisse bzw. die Wahrnehmung der Belange des Staates und damit letztlich Themen betreffen, die die öffentliche Hand aus Gründen des allgemeinen Wohls selbst erfüllen oder bei deren Erfüllung sie den entscheidenden Einfluss behalten möchte.<sup>29</sup>

Für die Frage der Nichtgewerblichkeit ist neben der Gewinnerzielungsabsicht insbesondere entscheidend, ob das Unternehmen ebenso wie ein Privatunternehmen dem Druck des Wettbewerbs standzuhalten hat, ob also in dem betreffenden Bereich ein entwickelter Wettbewerb vorliegt.<sup>30</sup> Des Weiteren sind für die Nichtgewerblichkeit das Fehlen bzw. die Einschränkung der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln erfolgende Finanzierung kennzeichnend.<sup>31</sup>

Schließlich muss noch die in § 98 Nr. 2 GWB geforderte besondere Staatsnähe in Form staatlicher Finanzierung oder staatlicher Kontrolle vorhanden sein.

Erfüllt eine Organisation die vorgenannten Eigenschaften, unterliegt sie als Ganze den Vorgaben des Kartellvergaberechts. Die Erfüllung von Aufgaben nichtgewerblicher Art infiziert gleichsam die gesamte Tätigkeit der Organisation, so dass vom Kartellvergaberecht auch Aufträge umfasst werden, die von der betreffenden Organisation in Erfüllung von Aufgaben gewerblicher Art vergeben werden.<sup>32</sup>

Insgesamt ist die Tendenz zu beobachten, die Vorschrift des § 98 Nr. 2 GWB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH möglichst weit auszulegen und eine Flucht

der öffentlichen Hand aus der Staatlichkeit zu unterbinden.<sup>33</sup> § 98 Nr. 2 GWB hat sich in jüngerer Zeit insoweit zunehmend zu einem „Einfallstor“ für das Kartellvergaberecht entwickelt. So wurden beispielsweise die Krankenkassen, die Gebühreneinzugsstelle für Rundfunkteilnehmer (GEZ) oder auch kommunale Wohnungsunternehmen (Wohnbaugesellschaften) als öffentliche Auftraggeber qualifiziert.<sup>34</sup>

#### *dd) Verbände*

Nach § 98 Nr. 3 GWB sind öffentliche Auftraggeber auch Verbände, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB fallen. Entsprechend der funktionellen Betrachtungsweise ist auch diese Vorschrift weit auszulegen, so dass unter den Begriff des Verbandes „Zusammenschlüsse aller Art ungeachtet der Rechtsform“ zu fassen sind.<sup>35</sup> In der Praxis sind dies vor allem die Zweckverbände und die Spitzenverbände wie etwa Städte- und Landkreistage.<sup>36</sup>

#### *ee) Sektorenauftraggeber*

§ 98 Nr. 4 GWB erfasst die sog. „Sektorenauftraggeber“. Hierarchisch sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts, die auf den Aufgabenfeldern („Sektoren“) der Wasser-, Energie- oder Verkehrsversorgung aktiv sind, als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, wenn sie einem beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand unterliegen oder – unabhängig von einem solchen beherrschenden Einfluss – ihre Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Erkenntnis, dass die das Sektorenvergaberecht regelnde SektVO nicht nur für öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 4 GWB gilt, sondern für alle in § 98 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber. Maßgeblich für die Anwendbarkeit der SektVO ist damit allein, dass der konkrete Auftrag der Durchführung einer Sektorentätigkeit dient.<sup>37</sup>

#### *ff) Sonstige Auftraggeber*

Öffentliche Auftraggeber im Sinne der § 98 Nr. 5 und 6 GWB sind schließlich Auftraggeber im Bereich öffentlich geförderter Projekte sowie private Baukonzessionäre. Insbesondere die Vorschrift des § 98 Nr. 5 GWB soll verhindern, dass sich die öffentliche Hand durch Zwischenschaltung von privaten Auftraggebern, die sie subventioniert, den Bindungen des Kartellvergaberechts entzieht.<sup>38</sup>

<sup>28</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 42; Weyand (Fn. 26), § 98 GWB Rn. 24; a.A. offenbar Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I. 1.

<sup>29</sup> Weyand (Fn. 26), § 98 GWB Rn. 46; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I. 2.

<sup>30</sup> Weyand (Fn. 26), § 98 GWB Rn. 52 und 54; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I. 2.; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 47.

<sup>31</sup> Weyand (Fn. 26), § 98 GWB Rn. 52 und 54.

<sup>32</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 48.

<sup>33</sup> Vgl. Weyand (Fn. 26), § 98 GWB Rn. 47.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu eingehend Noch (Fn. 2), A. II. 3. Rn. 29 sowie B. I. 1. Rn. 149 ff.

<sup>35</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I. 3.; Dageförde, Einführung in das Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 14.

<sup>36</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. I. 3.

<sup>37</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 3. e.

<sup>38</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 17.

## b) Öffentlicher Auftrag

### aa) Begriff

Der Begriff des öffentlichen Auftrags ist legal definiert in § 99 Abs. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Kennzeichnend für einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB ist – entsprechend dem Gegenstand der öffentlichen Auftragsvergabe – der Beschaffungscharakter der zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem betreffenden Unternehmen getroffenen Vereinbarung sowie deren Entgeltlichkeit.<sup>39</sup>

Der Beschaffungscharakter ist gegeben, wenn der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager von Leistungen am Markt auftritt, also an den Markt herantritt, um sich Bauleistungen einzukaufen, Waren liefern oder Dienstleistungen erbringen zu lassen.<sup>40</sup> Umgekehrt fehlt es in der Regel am Beschaffungscharakter, wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen und Güter am Markt anbietet.<sup>41</sup>

Der Begriff der Entgeltlichkeit ist weit zu verstehen. Erfasst wird jede Vergütung, die einen Geldwert hat. Ausreichend ist demnach, dass der betreffende Vertrag überhaupt eine geldwerte Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers vorsieht, so dass im Ergebnis jede Art von zweiseitig verpflichtendem Vertrag grundsätzlich dem Vergaberecht unterfällt.<sup>42</sup>

### bb) Auftragsarten

Gegenstand des Vertrages muss die Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen sein bzw. Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Die Abgrenzung bestimmt sich nach § 99 Abs. 2-6 GWB.

Dem entsprechend sind Lieferaufträge im Sinne des § 99 Abs. 2 GWB Verträge zur Beschaffung von Waren, wobei unter dem Begriff der Ware alle beweglichen Sachen zu verstehen sind, die einen Geldwert haben und Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können.<sup>43</sup>

In Abgrenzung hierzu haben Bauaufträge gemäß § 99 Abs. 3 GWB die Herstellung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung einer baulichen Anlage zum Gegenstand.<sup>44</sup>

Der Begriff des Dienstleistungsauftrags im Sinne des § 99 Abs. 4 GWB erfasst als Auffangtatbestand die Erbringung von Leistungen, die nicht unter § 99 Abs. 2 oder Abs. 3 GWB fallen, also Leistungen bei denen es sich nicht um Liefer- oder Bauaufträge handelt. Innerhalb der Dienstleistungsaufträge ist weiter danach zu unterscheiden, ob die betreffende Leistung im Rahmen einer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit erbracht wird.<sup>45</sup>

Dem Kartellvergaberecht unterfallende Auslobungsverfahren sind solche Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber auf Grund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen (§ 99 Abs. 5 GWB).

Umfasst vom Begriff des öffentlichen Auftrags sind schließlich Baukonzessionen im Sinne des § 99 Abs. 6 GWB, also Verträge über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Buarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht. Dem gegenüber unterfallen Dienstleistungskonzessionen – dies sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht<sup>46</sup> – mangels Erwähnung in § 99 GWB nach geltendem Recht nicht dem Kartellvergaberecht.<sup>47</sup> Insoweit wird jedoch die weitere Entwicklung abzuwarten bleiben. So enthält die am 17.4.2014 in Kraft getretene Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 umfangreiche, vom deutschen Gesetzgeber bis zum 18.4.2016 umzusetzende Vorgaben für die Vergabe von Bau- und – erstmals – auch von Dienstleistungskonzessionen. Hiernach ist der Konzessionsgeber bei der Verfahrensorganisation zwar weitgehend frei, hat aber das Verfahren nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu gestalten und durchzuführen.<sup>48</sup>

### c) Erreichen der Schwellenwerte

Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist schließlich entsprechend der oben genannten Zweiteilung des Vergaberechts nur eröffnet, wenn der bei Einleitung des Verga-

<sup>39</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 15 f.

<sup>40</sup> Noch (Fn. 2), A. II. 3. Rn. 35; Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 4.1.3.

<sup>41</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 4.1.3.

<sup>42</sup> Nnoch (Fn. 2), A. II. 3. Rn. 35; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 1.

<sup>43</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. a. Unerheblich ist hierbei der Aggregatzustand der Ware. Auch Gas oder Strom fallen daher unter den Begriff der „Ware“ in diesem Sinne, siehe Dreher/Motzke/Schotten/Hüttinger, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 66.

<sup>44</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. a.

<sup>45</sup> Siehe Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. c und nachfolgend unter III. 2. b) cc).

<sup>46</sup> Weyand (Fn. 26), § 99 GWB Rn. 282.

<sup>47</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. c. Da die Gegenleistung nicht aus einer vom Auftraggeber zu leistenden Vergütung, sondern aus dem Recht zur Verwertung der eigenen Leistung besteht, fehlt es insoweit an der Entgeltlichkeit, siehe Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1065.

<sup>48</sup> Opitz, NVWZ 2014, 753 (758), dort auch zu weiteren Inhalten der Richtlinie.

beverfahrens geschätzte Auftragswert den maßgeblichen Schwellenwert erreicht oder überschreitet. Die Höhe der Schwellenwerte ergibt sich in erster Linie aus den zu den Vergabерichtlinien der EU erlassenen Verordnungen in der jeweils geltenden Fassung. Die dort genannten Werte werden durch § 2 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV)<sup>49</sup> dynamisch, d.h. durch Verweis auf die jeweils geltende Verordnung, in nationales Recht umgesetzt.<sup>50</sup>

Im Fall der staatlichen Auftraggeber liegen diese Schwellenwerte zurzeit bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Regelfall bei € 207.000, bei Bauaufträgen bei € 5.86.000 – jeweils ohne Umsatzsteuer.

Hintergrund der Schwellenwerte ist die Überlegung, dass bei Aufträgen mit geringerem Auftragswert keine ernst zu nehmende Aussicht auf einen grenzüberschreitenden Handel besteht und sich darüber hinaus der Aufwand einer EU-weiten Ausschreibung erst ab einem bestimmten Auftragsumfang rechtfertigt.<sup>51</sup>

#### d) Kein Ausnahmetatbestand

Auch wenn es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB und einen öffentlichen Auftrag gemäß § 99 GWB handelt, kommt das Kartellvergaberecht bei Vorliegen bestimmter Ausnahmetatbestände nicht zur Anwendung. Namentlich § 100 Abs. 2 GWB formuliert eine Reihe von Tatbeständen, für die das Kartellvergaberecht nicht gilt. Teils knüpfen diese an den Vertragstyp an, teils an den Bereich, in dem die Verträge abgeschlossen werden, wiederum andere an den Auftragsgegenstand, etwa weil ein nennenswerter europaweiter Austausch unwahrscheinlich erscheint.<sup>52</sup> Die in § 100 Abs. 2 GWB genannten Tatbestände sind abschließend, daher nicht analogefähig und überdies einschränkend auszulegen.<sup>53</sup>

#### 2. Anzuwendende Vorschriften

Die im Rahmen des Kartellvergaberechts anzuwendenden Vorschriften ergeben sich aus unterschiedlichsten Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene.<sup>54</sup> Diese häufig als „Kaskadenprinzip“<sup>55</sup> bezeichnete, zum Teil heftig kritisierte<sup>56</sup> Normenvielfalt stellt Rechtsanwender wie Prüfungskandidaten gleichermaßen vor nicht unerhebliche Probleme.<sup>57</sup> So

<sup>49</sup> Siehe zur VgV nachfolgend unter III. 2. b) bb).

<sup>50</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. IV. 2.

<sup>51</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. IV. 1.

<sup>52</sup> Raasch, JA 2009, 199 (201).

<sup>53</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 18; Raasch, JA 2009, 199 (201).

<sup>54</sup> Siehe hierzu beispielsweise die Übersicht bei Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1034.

<sup>55</sup> Vgl. etwa Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1034; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 6; Raasch, JA 2009, 199 (200).

<sup>56</sup> So bewegt sich der Gesetzgeber etwa nach der von Röhl (JuS 2002, 1053 [1054]) geäußerten Auffassung mit der Kaskadenlösung „an der Grenze zu einem Verstoß gegen das Verbot der Normenklarheit“.

<sup>57</sup> Von daher kann nicht dringend genug angeraten werden, sich bereits im Vorfeld einer Prüfung mit Aufbau und Syste-

geht es im Vergaberecht häufig zunächst darum, die für den konkreten Fall einschlägigen Rechtsnormen zu identifizieren.<sup>58</sup> Um hier nicht den Überblick zu verlieren, empfiehlt es sich – entsprechend der insbesondere aus dem Verfassungs- und Europarecht bekannten „Normenhierarchie“<sup>59</sup> – zwischen europäischen und nationalen Rechtsnormen und innerhalb letzterer zwischen der Ebene der formellen Gesetze, der Rechtsverordnungen und der Vergabe- und Vertragsordnungen zu unterscheiden.

#### a) Europäisches Recht

##### aa) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Das europäische Recht bildet zugleich den Ausgangspunkt und den Rahmen des Kartellvergaberechts.

Aus dem Bereich des Primärrechts sind für das Vergaberecht in erster Linie die Vorschriften des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union und dort namentlich das Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) sowie die Grundfreiheiten von Relevanz. Insbesondere das Diskriminierungsverbot legt dem Auftraggeber die Verpflichtung auf, die an dem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter gleich zu behandeln und keinen der Bieter zu diskriminieren.<sup>60</sup>

Neben dem AEUV sind zudem die Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Transparenzgebot und das Gebot fairen Wettbewerbs, zu beachten.<sup>61</sup> Während das Transparenzgebot den öffentlichen Auftraggeber zu einer möglichst umfangreichen Information der Bieter und einer nachvollziehbaren Gestaltung des Vergabeverfahrens verpflichtet, zwingt das Gebot fairen Wettbewerbs den Auftraggeber dazu, das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass dem Wettbewerb so viel Raum wie möglich eingeräumt wird.<sup>62</sup>

##### bb) EU-Richtlinien

Das Kartellvergaberecht ist in weiten Teilen durch die Vorgaben europäischer Richtlinien geprägt. Innerhalb dieser Richtlinien sind für die derzeit in Deutschland geltende Rechtslage grundsätzlich zwei Richtlinienkomplexe zu unterscheiden.

Die materiellen Vergaberichtlinien, so insbesondere die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)<sup>63</sup>, enthalten die materiellen Vergaberegeln, wie beispielsweise die wesentlichen Vorschriften über den öffentlichen Auftraggeberbegriff, die Bekanntmachungspflichten, das Vergabeverfahren, die Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Berichtspflichten.<sup>64</sup>

matik der einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen. In der Prüfungssituation wird kaum die Zeit bleiben, dies nachzuholen.

<sup>58</sup> Kühling/Lehmburg, Jura 2009, 835.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu etwa Detterbeck, Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2013, Rn. 15 ff.

<sup>60</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 2.2.3.

<sup>61</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 2.

<sup>62</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 2.2.1 und 2.2.2.

<sup>63</sup> RL 2004/18/EG.

<sup>64</sup> Noch (Fn. 2), A. I. 3. Rn. 13.

Demgegenüber enthalten Rechtsmittelrichtlinien, insbesondere die Rechtsmittelrichtlinie (RMR)<sup>65</sup>, die prozessualen Mindestanforderungen, die die Mitgliedstaaten bei der Einrichtung der Nachprüfungsorgane – also denjenigen Institutionen, die bei Beschwerden von Bietern über den Ablauf von Vergabeverfahren zu entscheiden haben – einzuhalten haben.<sup>66</sup>

Diese Richtlinien hat der europäische Gesetzgeber durch das am 17.4.2014 in Kraft getretene Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts teilweise reformiert. Die Reform soll zum einen der Vereinfachung und Flexibilisierung des Vergaberechts dienen und Anbietern einen besseren Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten verschaffen und zum anderen die öffentliche Auftragsvergabe verstärkt für die Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele wie den Umweltschutz oder die Förderung von Beschäftigung und sozialer Eingliederung öffnen.<sup>67</sup> Das Gesetzgebungspaket umfasst neben der klassischen Auftragsvergabe<sup>68</sup> auch den Sektorenbereich<sup>69</sup> und die Konzessionsvergabe<sup>70</sup>. Die Richtlinien müssen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, binnen zwei Jahren von den Mitgliedstaaten, d.h. bis April 2016, umgesetzt werden. Insofern ist der deutsche Gesetzgeber aufgerufen, das nationale Recht an die in den europäischen Richtlinien enthaltenen Vorgaben anzupassen. Infolgedessen hat das Bundeskabinett in einem ersten Schritt ein Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts<sup>71</sup> verabschiedet, in dem die Vorstellungen der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinien festgehalten sind. Im vorliegenden Beitrag werden die im Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts formulierten Anforderungen, soweit erforderlich, im jeweiligen Zusammenhang besprochen.

### b) Nationales Recht

#### aa) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Landesvergabegesetze

Auf der Ebene der formellen Gesetze ist das Kartellvergaberecht im Wesentlichen im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Daneben bestehen in mittlerweile fast allen Bundesländern eigene landesrechtliche Regelungen in Form von Landesvergabegesetzen, deren Kern die Verpflichtung zur Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist.<sup>72</sup>

#### bb) Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV)

Von der in §§ 97 Abs. 4, 127 GWB enthaltenen Ermächtigung, nähere Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch Rechtsverordnung zu schaffen, hat die Bundesregierung durch Erlass der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) Gebrauch gemacht.<sup>73</sup>

Neben den Regelungen zu den Schwellenwerten (§§ 2, 3 VgV) enthält die VgV vor allem Verweise auf die jeweils vom öffentlichen Auftraggeber anzuwendenden Abschnitte der Vergabe- und Vertragsordnungen (§§ 4-6 VgV) und bildet damit einen wesentlichen Grundstein für das Verständnis von Aufbau und Systematik der nachfolgend zu behandelnden Vergabe- und Vertragsordnungen.<sup>74</sup>

#### cc) Vergabe- und Vertragsordnungen

Die in den §§ 4-6 VgV in Bezug genommenen Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten die eigentlichen, detaillierten Regelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge.

Zu unterscheiden sind nach geltendem Recht<sup>75</sup> die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie die Vergabeordnung für Freiberufliche Leistungen (VOF). Welche der jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnungen einschlägig ist, bestimmt sich gemäß §§ 4 ff. VgV nach der zugrunde liegenden Auftragsart.

<sup>65</sup> RL 89/665/EWG und 92/50/EWG in der Fassung der RL 2007/66/EG.

<sup>66</sup> Noch (Fn. 2), A. I. 3. Rn. 13.

<sup>67</sup> Opitz, NVwZ 2014, 753. Siehe hierzu auch oben Fn. 8.

<sup>68</sup> Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG. Vgl. hierzu Jaeger, NZBau 2014, 259.

<sup>69</sup> Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG. Vgl. hierzu Prieß/Stein, NZBau 2014, 323.

<sup>70</sup> Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe. Vgl. hierzu bereits oben III. 1. b) bb) sowie Opitz, NVwZ 2014, 753.

<sup>71</sup> Abrufbar im Internet unter

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (24.3.2015).

<sup>72</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 1.3.4. Siehe hierzu auch oben Fn. 8.

<sup>73</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 1.

<sup>74</sup> Die VgV wird daher häufig als „Scharnier“ zwischen den GWB-Vorschriften und den Vergabe- und Vertragsordnungen bezeichnet, siehe etwa Noh (Fn. 2), A. II. 3. b) aa) Rn. 55 sowie Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. IV. 3. c.

<sup>75</sup> Insofern wird jedoch die weitere Entwicklung abzuwarten bleiben. Nach den von der Bundesregierung im Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts formulierten Vorstellungen sollen für den Oberschwellenbereich die Vorschriften des 2. Abschnitts der VOL/A („EG-Paragraphen“) sowie die VOF abgeschafft und stattdessen der vierte Abschnitt des GWB sowie die VgV entsprechend ergänzt werden, siehe zum Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts bereits oben III. 2. a) bb).

Für die Vergabe von Bauleistungen oberhalb der Schwellenwerte gelten demnach gemäß § 6 VgV die Regelungen des 2. Abschnitts der VOB/A („EG-Paragraphen“).

Für die Vergabe von Lieferleistungen oberhalb der Schwellenwerte sind gemäß § 4 Abs. 1 VgV die Vorschriften des 2. Abschnitts der VOL/A („EG-Paragraphen“) einzuhalten.

Bei der Vergabe von Dienstleistungen ist nach den Vorgaben der §§ 4 Abs. 2, 5 VgV zu differenzieren. Wird die Leistung im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit erbracht, greift im Grundsatz die VOL/A.<sup>76</sup> Wird die Leistung im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht, gilt im Grundsatz die VOF, es sei denn es handelt sich um Dienstleistungen, die eine Aufgabe zum Gegenstand haben, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.<sup>77</sup> In letzterem Fall gilt grundsätzlich die VOL/A. Welche Vorschriften der VOL/A bzw. der VOF im Einzelnen jeweils zur Anwendung kommen, bestimmt sich danach, ob die betreffende gewerbliche oder freiberufliche Dienstleistung als vorrangige Dienstleistung unter Anlage 1 Teil A zur VgV oder als nachrangige Dienstleistung unter Anlage 1 Teil B zur VgV fällt. Während die Vergabe vorrangiger Dienstleistungen in weiten Teilen dem Kartellvergaberecht unterfällt, gilt für nachrangige Dienstleistungen ein äußerst eingeschränktes Rechtsregime, das im Kern lediglich eine haushaltsrechtliche Vergabe nach nationalem Vergaberecht vorsieht.<sup>78</sup>

Bei den Vergabe- und Vertragsordnungen handelt es sich um Regelwerke, die von sog. Verdingungs- bzw. Vergabe- und Vertragsausschüssen erstellt werden.<sup>79</sup> Die Verdingungs- bzw. Vergabe- und Vertragsausschüsse wiederum sind sachverständige Gremien, die aus Vertretern der öffentlichen Hand (Bund, Länder, Gemeinden) und Vertretern der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft zusammengesetzt sind.<sup>80</sup>

Aufgrund der statischen Verweisung in der VgV erhalten die Vergabe- und Vertragsordnungen oberhalb der Schwellenwerte die Rechtsqualität einer mit Außenwirkung versehenen Rechtsverordnung.<sup>81</sup>

### 3. Verfahrensarten

Gemäß § 101 GWB stehen im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts nach geltendem Recht vier Typen von Vergabeverfahren (Verfahrensarten) zur Verfügung – das offene

Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog.<sup>82</sup>

In dem Gesetzgebungs paket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts<sup>83</sup> ist darüber hinaus eine weitere Verfahrensart, die sog. Innovationspartnerschaft, vorgesehen.

Keine eigenständigen Verfahrensarten stellen demgegenüber das dynamische elektronische Verfahren gemäß § 101 Abs. 6 S. 2 GWB sowie die elektronische Auktion gemäß § 101 Abs. 6 S. 1 GWB dar. Bei dem dynamischen elektronischen Verfahren handelt es sich um eine Sonderform des offenen Verfahrens, bei der elektronischen Auktion um einen zusätzlichen Verfahrensschritt der – soweit im Einzelfall zulässig und möglich – in das jeweilige Verfahren aufgenommen wird.<sup>84</sup>

Zwischen den Verfahrensarten besteht ein hierarchisches Verhältnis, wonach die strengere Verfahrensart im Hinblick auf den damit verbundenen Zuwachs an Wettbewerb und Transparenz Vorrang vor der flexibleren hat.<sup>85</sup> Demnach hat das offene Verfahren Vorrang vor dem nicht offenen Verfahren,<sup>86</sup> welches wiederum Vorrang gegenüber dem Verhandlungsverfahren genießt.<sup>87</sup> Der wettbewerbliche Dialog steht in der Hierarchie der Verfahrensarten neben dem Verhandlungsverfahren.<sup>88</sup>

Insgesamt lässt sich festhalten, dass vom offenen Verfahren zugunsten eines weniger transparenten und wettbewerblichen Verfahrens nur abgewichen werden darf, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen.<sup>89</sup> Das offene Verfahren stellt damit das Regelverfahren des Kartellvergaberechts dar.<sup>90</sup>

Im Einzelnen lassen sich die unterschiedlichen Verfahrensarten wie folgt charakterisieren.

#### a) Offenes Verfahren

Im offenen Verfahren gemäß § 101 Abs. 1 GWB wird zunächst eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.

<sup>76</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. c; B. IV. 4. a.

<sup>77</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2. c; B. IV. 4. b.

<sup>78</sup> Noch (Fn. 2), B. II. 2. b) Rn. 414.

<sup>79</sup>

Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1026; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 7; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 3. d.

<sup>80</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 3. d.

<sup>81</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 7; Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1034; Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. III. 2. d.

<sup>82</sup> Eine Ausnahme bilden Aufträge über die Vergabe freiberuflicher Leistungen, die gemäß § 3 Abs. 1 VOF ausschließlich im Verhandlungsverfahren vergeben werden, siehe Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. V. 1.

<sup>83</sup> Siehe hierzu oben III. 2. a) bb).

<sup>84</sup> Vgl. im Einzelnen Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 6.6.1 und 6.6.2.

<sup>85</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 71.

<sup>86</sup> Insofern wird jedoch die weitere Entwicklung abzuwarten bleiben. Nach den von der Bundesregierung im Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts formulierten Vorstellungen soll – freilich unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und des Wettbewerbs – der Auftraggeber künftig die freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren haben, siehe zum Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts bereits oben III. 2. a) bb).

<sup>87</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. V. 1.

<sup>88</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 130.

<sup>89</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 125.

<sup>90</sup> Lux, Jus 2006, 969 (973).

In einem einstufigen Verfahren werden die Unternehmen bzw. ihre Angebote dann vom Auftraggeber hinsichtlich ihrer persönlichen Eignung sowie hinsichtlich der Zuschlagsfähigkeit ihres Angebots geprüft und – im Anschluss daran – der Zuschlag an den auf diese Weise ausgewählten Bietererteilt.<sup>91</sup>

Kennzeichnend für das offene Verfahren ist, dass alle an dem Auftrag interessierten Unternehmen ein Angebot abgeben können sowie – weiter – dass diese bis zum Eröffnungstermin, d.h. dem Termin zur Öffnung der Angebote, geheim gehalten werden müssen.<sup>92</sup> Durch diese Verfahrensweise – Abgabe eines Angebots durch alle interessierten Unternehmen, die die Angebote ihrer Konkurrenten nicht kennen und damit gezwungen sind, so knapp als möglich zu kalkulieren – wird ein Maximum an Transparenz und Wettbewerb erreicht.<sup>93</sup>

#### b) Nicht offenes Verfahren

Das nicht offene Verfahren findet seine Rechtfertigung darin, dass es Aufträge gibt, welche besondere Anforderungen an die Eignung des zu beauftragenden Unternehmens stellen.<sup>94</sup>

In Abweichung vom offenen Verfahren wird hier die Eignungsprüfung im Interesse der Aufwandsbegrenzung in einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb vorgezogen.

In dem Teilnahmewettbewerb wird in einer ersten Stufe der Kreis der Unternehmen bestimmt, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.<sup>95</sup> Im eigentlichen Angebotsverfahren, der zweiten Stufe, geben dann nur die vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen ein Angebot ab.

#### c) Verhandlungsverfahren

Anders als das offene und das nicht offene Verfahren beschränkt sich das Verhandlungsverfahren in der Regel nicht auf eine bloße Wertung der eingegangenen Angebote. Im Verhandlungsverfahren, welches mit oder ohne öffentliche Vergabebekanntmachung durchgeführt werden kann, wendet sich der öffentliche Auftraggeber vielmehr an ausgewählte Unternehmen, um mit diesen die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Kennzeichnend für das Verhandlungsverfahren ist mithin, dass sich im laufenden Verfahren aufgrund von Verhandlungen sowohl auf Nachfrageseite, d.h. am Auftragsgegenstand, als auch auf Angebotsseite, d.h. an den eingereichten Angeboten, Änderungen ergeben können.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> Noch (Fn. 2), B. I. 7. a) Rn. 236.

<sup>92</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. V. 2. a; Dageförde (Fn. 35), Rn. 126.

<sup>93</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 126.

<sup>94</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. V. 2. b.

<sup>95</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 81; Noch (Fn. 2), B. I. 7. a) Rn. 236.

<sup>96</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 153. Allerdings dürfen die Verhandlungen freilich nicht dazu führen, dass letztlich andere Leistungen beschafft werden, als angekündigt. Die *Identität des Beschaffungsvorhabens*, so wie es die Vergabestelle zum

Anders als bei den übrigen Verfahrensarten gilt im Verhandlungsverfahren also das Nachverhandlungsverbot, d.h. das insbesondere in den Vergabe- und Vertragsordnungen<sup>97</sup> normierte Verbot, nach Öffnung der Angebote mit den Bietern über die Angebote zu verhandeln, gerade nicht.<sup>98</sup>

#### d) Wettbewerblicher Dialog

Der in erster Linie für PPP-Vergaben<sup>99</sup> eingeführte wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge, wie beispielsweise bedeutender integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte oder großer IT-Netzwerke.<sup>100</sup>

Im Kern stellt der wettbewerbliche Dialog ein Instrumentarium für die Situation zur Verfügung, dass der öffentliche Auftraggeber zwar ein Problem hat, jedoch die Mittel nicht kennt, um dieses zu lösen.<sup>101</sup>

Zu diesem Zweck wird zunächst – ebenso wie beim nicht offenen Verfahren – ein Teilnehmerwettbewerb durchgeführt.<sup>102</sup> Im Anschluss daran finden in der sog. „Dialogphase“ Verhandlungen statt, im Zuge derer der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit den ausgewählten Unternehmen ermittelt und festlegt, wie die jeweiligen Bedürfnisse des Auftraggebers am besten erfüllt werden können.<sup>103</sup> Auf dieser Grundlage werden die ausgewählten Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert, wobei das Angebot gegenüber den vorherigen Verhandlungsergebnissen nur noch geringfügig geändert werden darf.<sup>104</sup> In der Schlussphase, also nach Angebotsabgabe, ist dieses Verfahren starrer als das Verhandlungsverfahren, weil dann nicht mehr verhandelt werden kann.<sup>105</sup>

Der wesentliche Unterschied des wettbewerblichen Dialogs zu den anderen Verfahrensarten – insbesondere dem Verhandlungsverfahren<sup>106</sup> – besteht demnach darin, dass der

---

Gegenstand der Ausschreibung gemacht hat, muss also auch im Verhandlungsverfahren gewahrt bleiben, siehe Weyand (Fn. 26), § 101 GWB Rn. 121.

<sup>97</sup> Siehe § 15 VOB/A, § 15 EG VOB/A, § 15 VOL/A, § 18 EG VOL/A.

<sup>98</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 155.

<sup>99</sup> Bei einer Public Private Partnership (PPP) – zu Deutsch Öffentlich-Private Partnerschaft – handelt es sich um eine längerfristig angelegte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand, also dem öffentlichen Auftraggeber im Sinne der § 98 Nr. 1-5 GWB, und einem privaten Unternehmen mit dem Ziel der Erledigung öffentlicher Aufgaben. Vgl. hierzu eingehend, insbesondere auch zu den sich aus vergaberechtlicher Sicht ergebenden Fragestellungen, Dageförde (Fn. 35), Rn. 388 ff. sowie Kühling/Schreiner, ZJS 2011, 112.

<sup>100</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 6.4.1.

<sup>101</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 37.

<sup>102</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 166.

<sup>103</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 166.

<sup>104</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. V. 3. c.

<sup>105</sup> Noch (Fn. 2), B. I. 7. a) Rn. 236.

<sup>106</sup> Während der öffentliche Auftraggeber beim Verhandlungsverfahren davon ausgeht, dass eine Leistungsbeschreibung zwar nicht eindeutig und erschöpfend, aber durchaus

öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit mehreren Bifern die Beschaffungsmaßnahme im Laufe des Vergabeverfahrens überhaupt erst definiert.<sup>107</sup>

#### e) Ausblick: Innovationspartnerschaft

In dem Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts ist über das geltende Recht hinaus eine weitere Verfahrensart, die sog. Innovationspartnerschaft, vorgesehen.

Bei der Innovationspartnerschaft handelt es sich um ein dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren ähnliches spezifisches Beschaffungsverfahren mit dem Ziel der Entwicklung eines innovativen Produkts oder einer innovativen Leistung und dem anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen.<sup>108</sup>

Ebenso wie das gesamte Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts ist die Innovationspartnerschaft im deutschen Recht erst noch umzusetzen. Insoweit wird daher die weitere Entwicklung – insbesondere die Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber – abzuwarten bleiben.

### IV. Der Unterschwellenbereich

Trotz der herausragenden Bedeutung, die dem Kartellvergaberecht in der (Juristen-)Ausbildung und für die Fortentwicklung des Vergaberechts zukommt, darf nicht verkannt werden, dass in der täglichen Vergabapraxis der Schwerpunkt auf Beschaffungsmaßnahmen liegt, die den jeweils einschlägigen Schwellenwert nicht erreichen, sog. „Unterschwellenbereich“. So beläuft sich die Gesamtzahl öffentlicher Ausschreibungen in Deutschland auf ca. 1,4 Millionen Ausschreibungen, von denen lediglich einige zehntausend europaweite Ausschreibungen sind.<sup>109</sup> Nachfolgend sollen daher auch der Anwendungsbereich der Unterschwellen-Vergabe sowie die im Unterschwellenbereich anzuwendenden Vorschriften und Verfahrensarten kurz skizziert werden.

#### 1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des Unterschwellenbereichs bestimmt sich entsprechend dem haushaltrechtlichen Ansatz<sup>110</sup> maßgeblich nach den nationalen haushaltrechtlichen Bestimmungen und den diese konkretisierenden Verwaltungsvorschriften: Öffentliche Auftraggeber sind diejenigen Einrichtungen des Bundes, der Länder und der Kommunen, die das Haushaltrecht anzuwenden haben.<sup>111</sup>

möglich ist, ist es dem Auftraggeber beim wettbewerblichen Dialog unmöglich, seine technischen Ziele bzw. Bedürfnisse oder seine rechtlichen bzw. finanziellen Bedingungen überhaupt zu beschreiben, siehe Weyand (Fn. 26), § 101 GWB Rn. 98.

<sup>107</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 168.

<sup>108</sup> Vgl. Jaeger, NZBau 2014, 259 (264).

<sup>109</sup> Noch (Fn. 2), Einführung und Überblick Rn. 1.

<sup>110</sup> Siehe hierzu unter II.

<sup>111</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 19; Rechten, NZBau 2014, 667 (670).

Adressaten sind demnach in erster Linie die klassischen öffentlichen Auftraggeber, also die Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, sowie die bundes- und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts).<sup>112</sup> Die weiteren in § 98 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber, insbesondere die funktionellen Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB und dort die juristischen Personen des Privatrechts, sind lediglich dann erfasst, wenn dies in den Vergabegesetzen der Bundesländer vorgesehen ist oder sich aus EU-Primärrecht entsprechende Vorgaben ergeben.<sup>113</sup>

#### 2. Anzuwendende Vorschriften

Auch im Unterschwellenbereich ist zwischen europäischen und nationalen Vorgaben zu differenzieren.

##### a) Europäisches Recht

Auch wenn der Unterschwellenbereich – anders als das Kartellvergaberecht – nicht durch EU-Richtlinien normiert ist, bedeutet dies nicht, dass das europäische Recht hierauf keinen Einfluss hätte. Vielmehr gelten auch für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte die Anforderungen des AEUV, soweit diesen „Binnenmarktrelevanz“ zukommt, d.h. soweit es sich um Aufträge handelt, die aufgrund ihrer jeweiligen Besonderheit<sup>114</sup> auch für Unternehmen aus anderen EU-Ländern von Interesse sind. Namentlich die Grundsätze der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV), der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) sowie der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, der Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung beanspruchen auch insoweit Geltung.<sup>115</sup> Lediglich die Vergabe von Aufträgen, denen die Binnenmarktrelevanz in diesem Sinne fehlt, ist von der Einhaltung der primärrechtlichen Anforderungen ausgenommen.<sup>116</sup> Letzteres kommt vor allem bei Aufträgen mit nur sehr geringer wirtschaftlicher Bedeutung in Betracht.

##### b) Nationales Recht

###### aa) Haushaltsgesetze und Landesvergabegesetze

Anders als im Kartellvergaberecht sind im Unterschwellenbereich die §§ 97 ff. GWB und die VgV nicht anwendbar.<sup>117</sup>

Aufgrund des haushaltrechtlichen Ansatzes sind vielmehr in erster Linie die Bestimmungen der Haushaltsgesetze

<sup>112</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 51; Nnoch (Fn. 2), B. I. 1. a) Rn. 149; Dageförde (Fn. 35), Rn. 19.

<sup>113</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 51; Rechten, NZBau 2014, 667 (670 f.). Zu den EU-primärrechtlichen Vorgaben auch nachfolgend unter IV. 2. a).

<sup>114</sup> Als maßgebliche Kriterien kommen insoweit neben dem Auftragsgegenstand und dem Auftragswert die Besonderheiten des betroffenen Sektors sowie der Ort der Leistungserbringung in Betracht, vgl. im Einzelnen Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 5.4.

<sup>115</sup> Nnoch (Fn. 2), A. I. 2. f) Rn. 12 f.

<sup>116</sup> Nnoch (Fn. 2), A. I. 2. f) Rn. 12.

<sup>117</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 11.

gen und dort die in § 55 BHO/LHO geregelte Verpflichtung zur Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung einschlägig.<sup>118</sup>

Da für den Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze<sup>119</sup> nicht die EU-Schwellenwerte, sondern allenfalls das Überschreiten gewisser Bagatellgrenzen<sup>120</sup> relevant ist, kommen zudem vielfach die Regelungen der Landesvergabegesetze zur Anwendung.

### *bb) Vergabe- und Vertragsordnungen*

Mangels Anwendbarkeit der VgV nehmen die Vergabe- und Vertragsordnungen unterhalb der Schwellenwerte nicht an deren statischer Verweisung und der daraus folgenden Rechtsqualität einer mit Außenwirkung versehenen Rechtsverordnung teil.<sup>121</sup> Die Bindung des öffentlichen Auftraggebers an die Vergabe- und Vertragsordnungen bestimmt sich hier nach den landesrechtlichen Vorgaben etwa in den Vergabegesetzen der Länder, aufgrund von Verweisungen in den Haushaltordnungen oder aufgrund von Bekanntmachungen allgemeiner Vergabegrundsätze.<sup>122</sup> Soweit sich hieraus die Anwendbarkeit der Vergabe- und Vertragsordnungen ergibt, gelten insoweit die Regelungen des 1. Abschnitts der VOB/A bzw. der VOL/A. Dem gegenüber gilt die VOF für den Unterschwellenbereich nicht.<sup>123</sup>

### *3. Verfahrensarten*

Im Unterschwellenbereich sind gemäß § 3 VOB/A bzw. § 3 VOL/A (lediglich) drei Verfahrensarten vorgesehen – die öffentliche Ausschreibung, die beschränkte Ausschreibung sowie die freihändige Vergabe. Dabei entspricht die öffentliche Ausschreibung dem offenen Verfahren, die freihändige Vergabe (in etwa) dem Verhandlungsverfahren.<sup>124</sup> Gleichermaßen gilt im Grundsatz für die beschränkte Ausschreibung und das nicht offene Verfahren mit dem Unterschied, dass bei der beschränkten Ausschreibung anders als beim nicht offenen Verfahren des Kartellvergaberechts die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs nicht obligatorisch ist.<sup>125</sup>

## **V. Ablauf des Vergabeverfahrens**

Die dargestellten unterschiedlichen Verfahrensarten führen auch zu einem unterschiedlichen Ablauf des jeweiligen Ver-

<sup>118</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 11; Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1025.

<sup>119</sup> Vgl. hierzu oben III. 2. b) aa).

<sup>120</sup> In der Mehrzahl der Bundesländer gelten die Landesvergabegesetze erst oberhalb bestimmter Bagatellgrenzen, siehe Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 1.3.4.

<sup>121</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 11.

<sup>122</sup> Vgl. hierzu die Übersicht bei Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 11.

<sup>123</sup> Siehe Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B. III. 2.; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 11. Zu den daraus resultierenden Problemen über die insoweit einzuhaltenden Vorschriften Noch (Fn. 2), B. I. 7. d) Rn. 253.

<sup>124</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), B.V. 3. a und c; Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 70.

<sup>125</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 70; Dageförde (Fn. 35), Rn. 152.

gabeverfahrens.<sup>126</sup> Überdies sind Auswirkungen auf den Verfahrensablauf im Hinblick auf das bereits angesprochene Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des EU-Vergaberechts zu erwarten.<sup>127</sup>

Gleichwohl weisen die einzelnen Verfahrensarten eine gemeinsame Grundstruktur auf, anhand derer sich der konkrete Ablauf eines Vergabeverfahrens verdeutlichen lässt.<sup>128</sup> Grob skizziert lässt sich das Vergabeverfahren – primär orientiert am Regelfall des offenen Verfahrens bzw. der öffentlichen Ausschreibung – in eine Vorbereitungs-, eine Publizitäts-, eine Angebots-, eine Prüfungs-/Wertungs- und eine Zuschlagsphase einteilen.<sup>129</sup>

### *1. Vorbereitungsphase*

Bevor der Auftraggeber das Vergabeverfahren formell einleitet und seine Vergabeabsicht öffentlich bekannt macht, müssen grundsätzlich alle rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens feststehen und insbesondere alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sein, sog. „Vergabe- oder Ausschreibungsreife“.<sup>130</sup>

Gegenstand der Vorbereitungsphase sind daher die Bestimmung des konkreten Beschaffungsbedarfs sowie die Erstellung der Vergabeunterlagen.

Letztere bestehen i.d.R. aus dem Anschreiben, das die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots enthält, den Bewerbungsbedingungen mit den Regeln zur Durchführung des Vergabeverfahrens sowie den Vertragsunterlagen, welche sich wiederum aus den Vertragsbedingungen und der Leistungsbeschreibung zusammensetzen.<sup>131</sup> „Kernstück“ ist die Leistungsbeschreibung, denn in ihr legt der Auftraggeber detailliert fest, welche Leistung er beschaffen will.<sup>132</sup>

<sup>126</sup> Für die Dauer eines Vergabeverfahrens wird für einfache Beschaffungsvorgänge – gerechnet ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vergabekanntmachung – ein Zeitraum von etwa fünf bis sechs Monaten, für komplexere Beschaffungen ein solcher zwischen acht und 14 Monaten angegeben, bei Großprojekten auch deutlich länger, vgl. Raasch, JA 2009, 199 (201).

<sup>127</sup> So werden in dem genannten Gesetzgebungspaket insbesondere elektronische Kommunikationsmittel zum Standard für den gesamten Informationsaustausch und alle Erklärungen im Rahmen von Vergabeverfahren erhoben, vgl. Jaeger, NZBau 2014, 259 (261) – dort auch zu weiteren Auswirkungen auf den Verfahrensablauf.

<sup>128</sup> Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1091.

<sup>129</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 72 ff.

<sup>130</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 7.2.2.

<sup>131</sup> Siehe § 8 VOB/A. Eingehend zu Inhalt und Erstellung der Vergabeunterlagen Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 7.1.

<sup>132</sup> Lux, JuS 2006, 969 (973).

## 2. Publizitätsphase

Formell und damit verbindlich<sup>133</sup> eingeleitet wird das Vergabeverfahren mit der Bekanntmachung der Vergabeabsicht des Auftraggebers (Publizitätsphase).

Während europaweite Vergaben, also Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, im Supplement im Amtsblatt der EU mit den in der Verordnung EU Nr. 842/2011 vorgeschriebenen Standardformularen bekannt gegeben werden, erfolgt bei nationalen Verfahren, also Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, die Bekanntgabe in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern, Fachzeitschriften, Internetportalen oder in anderweitig geeigneter Weise.<sup>134</sup>

Inhaltlich enthält die Bekanntmachung insbesondere Hinweise auf Art und Ort der zu erbringenden Leistungen, die Modalitäten der Angebotseinreichung sowie Informationen zur Erlangung der Vergabeunterlagen.<sup>135</sup>

Nach der Bekanntgabe erhalten interessierte Unternehmen die Gelegenheit, die Vergabeunterlagen bei der Vergabestelle anzufordern.

## 3. Angebotsphase

Auf der Grundlage der vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen erarbeiten die Unternehmen in der Angebotsphase ihr Angebot und reichen dieses innerhalb der Angebotsfrist<sup>136</sup> beim öffentlichen Auftraggeber ein. Mit Einreichung des Angebots werden die sich am Vergabeverfahren beteiligenden Unternehmen begrifflich als „Bieter“ bezeichnet.<sup>137</sup>

Nach Ablauf der Angebotsfrist werden die eingegangenen Angebote bei Vergaben nach der VOB/A im Rahmen eines Eröffnungstermins in Anwesenheit der Bieter geöffnet und verlesen (Submission) bzw. bei Vergaben nach der VOL/A von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers – ohne Anwesenheit der Bieter – geöffnet und dokumentiert.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Verbindlichkeit in diesem Sinne bedeutet vor allem zweierlei: Zum einen, dass das Vergabeverfahren nicht mehr frei, sondern nur durch Erteilung des Zuschlags oder durch förmliche Aufhebung beendet werden kann. Zum anderen, dass der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt dem Grundsatz nach an die von ihm getroffenen Festlegungen gebunden ist. Vgl. zum Ganzen *Dageförde* (Fn. 35), Rn. 134 f.

<sup>134</sup> Vgl. § 12 EG VOB/A, § 15 EG VOL/A bzw. § 12 VOB/A, § 12 VOB/A.

<sup>135</sup> *Ziekow* (Fn. 12), § 9 Rn. 74.

<sup>136</sup> Die Angebotsfrist bemisst den Zeitraum zur Bearbeitung und Einreichung der Angebote durch die Bieter und ist nach den Vergabe- und Vertragsordnungen an bestimmte Mindestfristen gebunden, vgl. § 10 Abs. 1 VOB/A, § 10 Abs. 1 VOL/A für den Unterschwellenbereich und § 10 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 12 EG Abs. 2 VOL/A für den Oberschwellenbereich.

<sup>137</sup> *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 107; *Raasch*, JA 2009, 199 (201).

<sup>138</sup> Vgl. im Einzelnen § 14 EG VOB/A, § 14 VOB/A bzw. § 14 EG VOL/A, § 14 VOL/A.

Ab diesem Zeitpunkt sind die Bieter innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist an ihre Angebote gebunden.<sup>139</sup> Darüber hinaus besteht ab Angebotsöffnung ein „Nachverhandlungsverbot“, wonach dem Grundsatz nach<sup>140</sup> alle Verhandlungen, vor allem über eine Änderung der Angebote oder Preise, unzulässig sind.<sup>141</sup>

## 4. Prüfungs- und Wertungsphase

An die Angebotsphase schließt sich die Prüfungs- und Wertungsphase an. In der Prüfungs- und Wertungsphase werden die Angebote vom Auftraggeber in einem vierstufigen Bewertungsverfahren auf ihre Vollständigkeit, Wirtschaftlichkeit sowie rechnerische und fachliche Richtigkeit überprüft,<sup>142</sup> wobei sämtliche der vier Wertungsstufen grundsätzlich zwingend formal getrennt, unabhängig voreinander und chronologisch zu durchlaufen sind.<sup>143</sup>

In einem ersten Wertungsschritt werden zunächst diejenigen Angebote ausgeschlossen, die an schwerwiegenden formellen Mängeln leiden.<sup>144</sup>

Der zweite Wertungsschritt erfolgt bieterbezogen. Hier werden die Bieter im Rahmen der sogenannten Eignungsprüfung anhand der Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit auf ihre fachliche und persönliche Eignung überprüft.<sup>145</sup>

Demgegenüber gilt der dritte Wertungsschritt wieder den Angeboten. Ausgeschieden werden „unrealistische“ Angebote mit einem unangemessen niedrigen oder unangemessen hohen Preis.<sup>146</sup>

Auch der vierte und letzte Wertungsschritt erfolgt angebotsbezogen, indem aus dem Kreis der verbliebenen Angebote – anhand aller vom Auftraggeber bestimmten und bekannt gegebenen Zuschlagskriterien – das für den Vertragsschluss vorgesehene wirtschaftlichste Angebot ausgewählt wird.<sup>147</sup>

<sup>139</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), C. II.

<sup>140</sup> Eine Ausnahme bildet insbesondere das Verhandlungsverfahren/die freihändige Vergabe, siehe hierzu bereits oben unter III. 3. c).

<sup>141</sup> Vgl. § 15 VOB/A, § 15 EG VOB/A, § 15 VOL/A, § 18 EG VOL/A sowie *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), D. II.

<sup>142</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), D. III.

<sup>143</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 7.5 – dort auch zu Ausnahmen.

<sup>144</sup> So beispielsweise, wenn ein Angebot nicht unterschrieben oder nicht fristgerecht eingereicht wurde, siehe im Einzelnen § 16 Abs. 1 VOB/A bzw. § 16 EG Abs. 1 VOB/A sowie § 16 Abs. 3 VOL/A bzw. § 19 EG Abs. 3 VOL/A.

<sup>145</sup> Vgl. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Siehe zur Eignungsprüfung im Einzelnen *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel B. 5. 2.

<sup>146</sup> Siehe insbesondere § 16 Abs. 6 VOB/A bzw. § 16 EG Abs. 6 VOB/A, § 16 Abs. 6 VOL/A bzw. § 19 EG Abs. 6 VOL/A sowie *Ziekow* (Fn. 12), § 9 Rn. 79.

<sup>147</sup> Siehe insbesondere § 97 Abs. 5 GWB sowie *Dageförde* (Fn. 35), Rn. 139. Das Zuschlagskriterium „Wirtschaftlichkeit“ kann sich neben dem Preis aus einer Vielzahl weiterer Unterkriterien zusammensetzen, etwa Qualität, Ausführungs-konzept, technischer Wert, Ästhetik, usw., siehe im Einzel-

### 5. Zuschlagsphase

Der endgültige Vertragsschluss erfolgt in der – sich an die Prüfungs- und Wertungsphase anschließenden – Zuschlagsphase, welche sich wiederum in die vor der eigentlichen Zuschlagserteilung zu durchlaufende Vorinformation der unterlegenen Bieter und die Zuschlagserteilung selbst aufteilt.

Im Rahmen der Vorinformation informiert der Auftraggeber zunächst alle Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den geplanten Zuschlag und wartet anschließend eine gewisse Zeit – je nach Versendungsart in der Regel 10 oder 15 Kalendertage<sup>148</sup> – ab. Diese Informations- und Stillhaltepflicht findet im Oberschwellenbereich ihre Grundlage in erster Linie in der Vorschrift des § 101a Abs. 1 GWB.<sup>149</sup> Im Unterschwellenbereich sehen einige Landesvergabegesetze dem § 101 Nr. 1 GWB vergleichbare Informations- und Wartepflichten vor.<sup>150</sup> Die Informations- und Wartepflichten sollen es den unterlegenen Bieter ermöglichern, gegen die Zuschlagsentscheidung Vergaberechtsschutz, insbesondere durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 102 ff. GWB, in Anspruch zu nehmen.<sup>151</sup>

Erst nach Ablauf der vorgenannten Wartefrist darf der Zuschlag, d.h. die Willenserklärung der Vergabestelle mit dem Bieter einen Vertrag über die Erbringung einer Leistung abschließen zu wollen<sup>152</sup>, an den ausgewählten Bieter erteilt werden.

Mit Zuschlagserteilung ist das Vergabeverfahren unwiderruflich beendet und der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande gekommen.<sup>153</sup> Das Vergabeverfahren wird durch das Stadium der Vertragsausführung abgelöst, in dem die Parteien ihre nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen erbringen. Leistungsstörungen werden ab diesem Zeitpunkt nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 275 ff., 320 ff. BGB bzw. den vertraglichen Vereinbarungen abgewickelt. Vergaberechtliche Fragestellungen können sich nur noch im Ausnahmefall ergeben, etwa wenn der Vertragsgegenstand oder andere maßgebliche Vertragsbedingungen wesentlich verändert werden oder der Auftraggeber einen neuen Auftragnehmer benötigt.<sup>154</sup>

## VI. Rechtsschutz

Im Falle eines fehlerhaften Vergabeverfahrens stehen den Bieter – in Abhängigkeit davon, ob es sich um eine Verga-

---

nen Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), D. III. 4. c.

<sup>148</sup> Vgl. § 101a Abs. 1 S. 3 und 4 GWB.

<sup>149</sup> Zu weiteren sich aus VOB/A und VOL/A ergebenden Informationspflichten im Vorfeld der Zuschlagserteilung siehe die Übersicht bei Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 8.1.1 a) bb).

<sup>150</sup> Siehe hierzu im einzelnen Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 8.1.1 b).

<sup>151</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 8.1.1 sowie nachfolgend unter VI.

<sup>152</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 80.

<sup>153</sup> Dageförde (Fn. 35), Rn. 140.

<sup>154</sup> Siehe zum Ganzen Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 8.1.4.

bemaßnahme ober- oder unterhalb der Schwellenwerte handelt – unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten offen. Relevant ist ferner die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz. Diese für das Verständnis des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems grundlegende Unterscheidung soll daher vorab erläutert werden.

### 1. Allgemeine Grundsätze des vergaberechtlichen Rechtsschutzes – insbesondere die Unterscheidung zwischen Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz

Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrechtschutz knüpft an den Zeitpunkt an, zu dem Rechtsschutz begeht wird. So kann Rechtsschutz – zeitlich betrachtet – gewährt werden als vorbeugender Rechtsschutz, als primärer Rechtsschutz oder als sekundärer Rechtsschutz.<sup>155</sup>

Der vorbeugende Rechtsschutz, also die Gewährung von Rechtsschutz vor einer drohenden Rechtsverletzung, spielt im Vergaberecht nach überwiegender Meinung grundsätzlich keine Rolle.<sup>156</sup>

Von Relevanz sind jedoch Primär- und Sekundärrechtschutz.

Gegenstand des – auf die Beseitigung einer Rechtsverletzung abzielenden – primären Rechtsschutzes ist die Beseitigung von Vergaberechtsverstößen vor Zuschlagserteilung.<sup>157</sup> Der Primärrechtsschutz des Vergaberechts zeichnet sich in erster Linie also dadurch aus, dass mit ihm die Erteilung eines rechtswidrigen Zuschlags an einen Mitkonkurrenten verhindert werden kann.<sup>158</sup>

Angesichts dessen, dass ein wirksam erteilter Zuschlag nicht rückgängig gemacht werden kann<sup>159</sup> und eine Unwirksamkeit des Zuschlags bzw. des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages nur in engen Grenzen in Betracht kommt<sup>160</sup>, kommt im Vergaberecht ferner dem – auf die Beseitigung der Auswirkungen irreversibler Rechtsverletzungen gerichteten – sekundären Rechtsschutz erhebliche Bedeutung zu. Von dem Ausnahmefall einer Unwirksamkeit des Zuschlags bzw. des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages abgesehen, ist daher der unterlegene bzw. übergangene Bieter nach Zuschlagserteilung auf den bloßen Ausgleich der durch die Vergabeverstöße des öffentlichen Auftraggebers erlittenen Vermögensschäden beschränkt. Eine „Aufhebung“ des Zuschlags kommt nicht in Betracht. Der Sekundärrechtschutz zielt also im Vergaberecht in erster Linie darauf ab, nach erfolgter rechtswidriger Vergabeentscheidung eventuelle Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

---

<sup>155</sup> Vgl. Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), F.

<sup>156</sup> Vgl. Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), F. I. m.w.N.

<sup>157</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), F. I.

<sup>158</sup> Kühling/Lehmberg, Jura 2009, 835 (843).

<sup>159</sup> Vgl. für den Bereich des Kartellvergaberechts § 114 Abs. 2 S. 1 GWB.

<sup>160</sup> So insbesondere gemäß § 101b GWB bzw. §§ 134, 138 BGB, vgl. zum Ganzen eingehend Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 84 ff., Nowak, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 114 GWB Rn. 20 ff.

Weitere Einschränkungen erfährt der Rechtsschutz des übergangenen bzw. unterlegenen Bieters dadurch, dass dem Auftraggeber in allen Phasen des Vergabeverfahrens ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht.<sup>161</sup> Dies betrifft auch und gerade die Angebotswertung.<sup>162</sup> Damit wird im Rahmen des Rechtsschutzes lediglich die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, die richtige und vollständige Erfassung des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts, das Bestehen sachwidriger Kriterien für die Entscheidung und die richtige Anwendung des Ermessens- und Beurteilungsspielraums überprüft. Demgegenüber ist es den Kontrollinstanzen untersagt, bei der Überprüfung der Vergabeentscheidung an die Stelle des Auftraggebers zu treten und dessen Entscheidung durch eine eigene zu ersetzen.<sup>163</sup>

## *2. Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte*

### *a) Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte*

Im Bereich des Kartellvergaberechts steht den Bieter ein differenziertes Rechtsschutzsystem offen, das es diesen ermöglicht, einerseits – im Wege des Primärrechtsschutzes – durch Anrufung der Kontrollinstanzen aktiv in das Vergabeverfahren einzugreifen bzw. andererseits – im Wege des Sekundärrechtsschutzes – Ersatz für einen durch rechtswidriges Handeln des Auftraggebers erlittenen Schaden geltend zu machen.

#### *aa) Primärrechtsschutz*

Grundlage für den Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte ist die Vorschrift des § 97 Abs. 7 GWB. Hiernach wird den Bieter ein Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften eingeräumt, wobei allerdings zu beachten bleibt, dass sich dieser Anspruch – entgegen dem Wortlaut der Bestimmung – nicht auf alle Vorschriften über das Vergabeverfahren bezieht, sondern nur auf solche, die gerade den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezeichnen.<sup>164</sup>

Für die Durchsetzung dieses Anspruchs stellen die §§ 102 ff. GWB ein eigenes Rechtsschutzverfahren, das sog. Nachprüfungsverfahren, zur Verfügung.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens ist – neben dem Vorliegen eines entsprechenden

<sup>161</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), A. II. 8.

<sup>162</sup> Ruthig/Storr (Fn. 6), Rn. 1099; Noch (Fn. 2), A. II. 3. c) Rn. 101.

<sup>163</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), 3. Aufl. 2014, A. II. 8.

<sup>164</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 91: Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, hat sich bisher keine einheitliche Linie herausgebildet. Zutreffend dürfte es sein, als bieterschützende Normen in diesem Sinne – jedenfalls vom Ansatz her – die Vorschriften des formellen Vergabeverfahrensrechts, insbesondere also die §§ 97 ff. GWB, die VgV sowie die Vergabe- und Vertragsordnungen anzusehen. Siehe hierzu sowie zu dem Folgeproblem, ob und inwieweit dies auch für Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten gilt, Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 10.2.1.

Antrags<sup>165</sup>, der Antragsbefugnis<sup>166</sup> und der Einhaltung der Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr.4 GWB – insbesondere, dass der betroffene Bieter die Vergabestelle auf den behaupteten Vergabefehler hingewiesen und diese zur Abhilfe aufgefordert hat, sog. „Rügeobligieheit“ gemäß § 107 Abs. 3 GWB.<sup>167</sup> Zu richten ist der Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer, eine auf Bundes- und Landesebene eingerichtete behördliche Organisationseinheit, die nach § 105 Abs. 1 GWB mit einer „gerichtsähnlichen“ Unabhängigkeit ausgestattet ist.<sup>168</sup>

Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 114 Abs. 1 S. 1 GWB begründet, wenn der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. In diesem Falle trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. In der Regel wird die Vergabekammer den Auftraggeber verpflichten, das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt zu wiederholen, in dem der Vergabeverstoß eingetreten ist.<sup>169</sup> Nur in Ausnahmefällen erfolgt die Anordnung der Aufhebung der Ausschreibung oder gar die Anordnung der Zuschlagserteilung.<sup>170</sup>

Bei dem Verfahren vor den Vergabekammern handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG, die Entscheidung ergeht in Form eines Verwaltungsakts.<sup>171</sup>

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann nach Maßgabe der §§ 116 ff. GWB sofortige Beschwerde zu den bei den Oberlandesgerichten eingerichteten Vergabesenaten eingelegt werden.<sup>172</sup>

#### *bb) Sekundärrechtsschutz*

Für den Sekundärrechtsschutz im Oberschwellenbereich hält das GWB in § 126 S. 1 eine vom Verschulden des Auftraggebers unabhängige, auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtete Anspruchsgeschäftsbasis bereit.<sup>173</sup> Voraussetzung ist – neben der Pflicht zur Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens nach den §§ 97 ff. GWB und der Verletzung einer bieterschützenden Bestimmung im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB – eine durch den Rechtsverstoß beeinträchtigte

<sup>165</sup> Ein Tätigwerden der Nachprüfungsinstanzen von Amts wegen ist ausgeschlossen, vgl. § 107 Abs. 1 GWB.

<sup>166</sup> Diese setzt gemäß § 107 Abs. 2 S. 1 GWB voraus, dass der Antragsteller ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB geltend macht.

<sup>167</sup> Ob die Nachprüfungsinstanzen auch unabhängig davon besonders schwerwiegende Vergabefehler von Amts wegen aufgreifen dürfen, ist umstritten, vgl. Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 10.2.4 g).

<sup>168</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 92.

<sup>169</sup> Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 10.2.4 g).

<sup>170</sup> Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann (Fn. 8), F. III. 2. h.

<sup>171</sup> Siehe § 114 Abs. 3 S. 1 GWB sowie Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 93.

<sup>172</sup> Ziekow (Fn. 12), § 9 Rn. 94.

<sup>173</sup> Demgegenüber ist der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers aus § 125 GWB wenig praxisrelevant, siehe Rechten/Röbke (Fn. 3), Kapitel 10.4.1.

„echte Chance“ des Anspruchstellers auf Erhalt des Zuschlags.<sup>174</sup> Letzteres ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>175</sup> dann der Fall, wenn es innerhalb des Wertungsspielraums der Vergabestelle gelegen hätte, auf das betreffende Angebot den Zuschlag zu erteilen. Nicht erforderlich ist damit der Nachweis, dass der betroffene Bieter auch tatsächlich den Zuschlag erhalten hätte.<sup>176</sup>

Da gemäß § 126 S. 2 GWB weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz unberührt bleiben, lässt sich der Schadensersatzanspruch auf Ersatz des negativen Interesses auch auf § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1 und 241 Abs. 2 BGB stützen.<sup>177</sup> Anders als im Rahmen des § 126 S. 2 GWB kann aber regelmäßig nur der Bieter einen ersatzfähigen kausalen Schaden gelten machen, dessen Angebot ohne den Vergabeverstoß den Zuschlag erhalten hätte.<sup>178</sup> Will der Bieter weitergehend Ersatz des positiven Interesses verlangen, ist – über die vorstehend genannten Voraussetzungen hinaus – insbesondere erforderlich, dass der Auftrag auch tatsächlich vergeben wurde.<sup>179</sup>

Schließlich werden als weitere Anspruchsgrundlagen auch §§ 823 ff. BGB, § 33 GWB sowie § 9 UWG genannt.<sup>180</sup>

Zuständig für Klagen im Rahmen des Sekundärrechtschutzes sind die Zivilgerichte.<sup>181</sup>

#### b) Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Anders als im Oberschwellenbereich ist der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich deutlich weniger ausgeprägt. Dies findet seinen Grund darin, dass das Vergaberecht im Unterschwellenbereich aufgrund des haushaltrechtlichen Ansatzes grundsätzlich reines Innenrecht der öffentlichen Hand ist, auf dessen Einhaltung Dritte keinen Anspruch haben.<sup>182</sup>

#### aa) Primärrechtsschutz

So ist insbesondere die Gewährung primären Rechtsschutzes bei Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ohne Pflicht

<sup>174</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.1.

<sup>175</sup> Urt. v. 27.11.2007 – X ZR 18/07.

<sup>176</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.1.

<sup>177</sup> Das Vergabeverfahren begründet insoweit ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten, siehe *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.2.

<sup>178</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.1; *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. V. 1. a. Begründet wird dies damit, dass sich die Kosten für die Erstellung des Angebots i.d.R. nur beim Gewinn der Ausschreibung amortisieren, siehe BGH, Urt. v. 27.11.2007 – X ZR 18/07.

<sup>179</sup> Andernfalls ist nicht der Vergabeverstoß ursächlich für den entgangenen Gewinn, sondern der Umstand, dass mangels Auftrags schon gar keine Gewinnerzielung möglich war, siehe zum Ganzen *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. V. 1. a sowie *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.2.

<sup>180</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. V. 1. b, c.

<sup>181</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.4.

<sup>182</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.1.

zur EU-weiten Ausschreibung nach wie vor nicht abschließend geklärt.

In einigen Landesvergabegesetzen ist ein (vereinfachter) Rechtsschutz für Unterschwellenvergaben vorgesehen.<sup>183</sup>

Darüber hinaus ist aber vieles umstritten. Klar ist, dass – mit Billigung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>184</sup> – die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB nicht zur Anwendung kommen. Seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2.5.2007<sup>185</sup> dürfte zudem geklärt sein, dass dem Grundsatz nach<sup>186</sup> für die Gewährung von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben ist.<sup>187</sup>

In Betracht kommt in erster Linie ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf vorübergehende Unterlassung der Zuschlagserteilung nach §§ 935, 940 ZPO.<sup>188</sup> Neben dem Verfügungsgrund<sup>189</sup> setzt dieser jedoch vor allem das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs, also eines materiellen Anspruchs auf Unterlassung des vergaberechtlichen Verstoßes, voraus. Da § 97 Abs. 7 GWB nicht gilt und den Vergabe- und Vertragsordnungen – im Unterschwellenbereich – nicht die Rechtsqualität einer mit Außenwirkung versehenen Rechtsverordnung zukommt,<sup>190</sup> stellt sich damit die (heftig umstrittene) Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang den Bieter ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über das Vergabeverfahren zusteht. Soweit dem in Rede stehenden Auftrag Binnenmarktrelevanz zukommt,<sup>191</sup> wird den Unternehmen ein aus den Grundfreiheiten abgeleiteter Anspruch vor allem auf Einhaltung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zuerkannt.<sup>192</sup> Diskutiert werden darüber hinaus Unterlassungsansprüche aufgrund Verletzung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gemäß § 241 Abs. 2 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB

<sup>183</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.5.2.

<sup>184</sup> BVerfG NVwZ 2006, 1396.

<sup>185</sup> BVerwG NVwZ 2007, 820. Vgl. hierzu *Gundel*, Jura 2008, 288.

<sup>186</sup> Ausnahmen kommen vor allem dann in Betracht, wenn im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe Hoheitsakte, etwa eine Beleihung, ergehen, vgl. *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. IV. 1.

<sup>187</sup> Begründet wird dies damit, dass die Vergabeentscheidung grundsätzlich privatrechtlicher Natur ist. Das dem Abschluss des grundsätzlich zivilrechtlichen Vertrages vorausgehende Auswahlverfahren teilt diese Rechtsform. Vgl. zum Ganzen *Ziekow* (Fn. 12), § 9 Rn. 97.

<sup>188</sup> *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.5.1.; *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. IV. 1.

<sup>189</sup> Ob ein solcher gegeben ist bestimmt sich danach, ob das Aussetzungsinteresse des Bieters höher zu bewerten ist als das Fortsetzungsinteresse des Auftraggebers. Dies wird regelmäßig dann zu bejahen sein, wenn die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs ohne die Verfügung gefährdet wäre, etwa bei unmittelbar bevorstehendem Zuschlag. Vgl. zum Ganzen *Rechten/Röbke* (Fn. 3), Kapitel 10.5.1. b).

<sup>190</sup> Siehe hierzu oben IV. 2. b) bb).

<sup>191</sup> Siehe hierzu oben IV. 2. a).

<sup>192</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. IV. 2.

sowie – mit der Begründung, dass es sich bei dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot um ein Schutzgesetz handle – gemäß §§ 1004 analog, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG.<sup>193</sup> Innerhalb des zuletzt genannten Begründungsansatzes wird dann weiter darüber gestritten, ob sich insoweit lediglich ein Abwehranspruch gegen staatliche Willkür begründen lässt oder auch die Berufung auf eine feste Verwaltungspraxis in einer Vielzahl von Vergabeverfahren möglich ist.<sup>194</sup>

Insgesamt bleibt aber festzuhalten, dass die Gewährung von Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich sowohl für Bieter als auch für Auftraggeber nach wie vor mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden ist.<sup>195</sup>

#### *bb) Sekundärrechtsschutz*

Unterhalb der Schwellenwerte wird Sekundärrechtsschutz nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und § 241 Abs. 2 BGB, §§ 823 ff. BGB, § 33 GWB sowie § 9 UWG gewährt.<sup>196</sup> Insoweit gilt das für den Oberschwellenbereich Gesagte.<sup>197</sup> Demgegenüber ist § 126 GWB im Unterschwellenbereich nicht anwendbar.<sup>198</sup>

## VII. Fazit

Bei dem Vergaberecht handelt es sich um ein fächerübergreifendes, europarechtlich geprägtes und – nicht zuletzt aufgrund der europäischen Vorgaben – äußerst dynamisches Rechtsgebiet.

Inhaltlich bestimmt das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe die rechtlichen Rahmenbedingungen für den „Einkauf der öffentlichen Hand“. Letztendlich geht es im Vergaberecht darum, in einem wettbewerblichen, transparenten, nicht diskriminierenden und auf Gleichbehandlung gerichteten (formalisierten) Verfahren den Vertragspartner der öffentlichen Hand für ein konkretes Beschaffungsvorhaben auszuwählen.

Aufgrund der Vielfalt der in Betracht kommenden Vorschriften, dem sog. „Kaskadenprinzip“, sollte bei der Prüfungsvorbereitung im Vergaberecht ein Schwerpunkt auf das Verständnis von Systematik und Aufbau der in Rede stehenden Normen gesetzt werden. Vielfach besteht ein wesentlicher Teil der Leistung schon darin, die für den konkreten Fall passende Vorschrift zu finden. Hier sollte vor allem die Unterscheidung von Ober- und Unterschwellenbereich sowie – weiter – zwischen Bau- Liefer- und Dienstleistungen geläufig sein.

Infolge stetig steigender Ausgaben der öffentlichen Hand – so beträgt der Wert öffentlicher Aufträge in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bis zu 20 Prozent des Brutto-

inlandsprodukts – ist davon auszugehen, dass das Vergaberecht auch in der Praxis weiter an Bedeutung gewinnen wird. Auch unter diesem Aspekt erscheint eine Beschäftigung mit dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe daher äußerst lohnenswert.

<sup>193</sup> Vgl. hierzu die Meinungsübersicht bei *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. IV. 2.

<sup>194</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. IV. 2.

<sup>195</sup> *Noch* (Fn. 2), B. III. 1. a) Rn. 435 spricht insoweit sogar von einer „Blackbox“.

<sup>196</sup> Siehe *Dageförde* (Fn. 35), Rn. 202.

<sup>197</sup> Siehe hierzu oben unter VI. 2. a) bb).

<sup>198</sup> *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann* (Fn. 8), F. V. 2.