

Grundzüge des neuen Vergaberechts

Von Ass. iur. **Luisa Fritz**, Maître en droit, München*

Als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts unterliegt das Vergaberecht stetigem Wandel und zeichnet sich durch eine besondere Komplexität aus, die seiner Entstehungsgeschichte und der fächerübergreifenden Anwendung zivil- und öffentlich-rechtlicher Vorschriften geschuldet ist. Dieser Beitrag bietet eine Einführung in den aktuellen Stand des Vergaberechts, das sich inhaltlich und strukturell mit der Vergaberechtsmodernisierung 2016 weitreichend verändert hat.

I. Gegenstand und Historie des Vergaberechts

Der Zweck jeder Auftragsvergabe ist es, einen Bedarf zu decken, der durch die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entstanden ist.¹ Vereinfacht dargestellt regelt das Vergaberecht Bestimmungen zum Verfahren und zum Rechtsschutz, die die öffentliche Hand beim Einkauf von Waren, Bau- und Dienstleistungen beachten muss. Dies können alltägliche Dinge wie die Anschaffung von Büromaterial bis hin zur Erstellung von komplexen IT-Netzwerken oder Beschaffungen für spezialisierte Bedarfe, wie z.B. die Anschaffung von Beschneigungsanlagen sein.

Um die Ausrichtung der einzelnen Regelungen des Vergaberechts zu verstehen, ist es wichtig, sich den historischen Kontext² des Vergaberechts vor Augen zu führen: Traditionell entwickelte sich das deutsche Vergaberecht aus dem *Haushaltsrecht*, also mit dem Ziel, den öffentlichen Haushalt zu schützen und der Verschwendung von Haushaltsmitteln entgegen zu wirken (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit). Es wird aber im Laufe der letzten Jahrzehnte stark durch das EU-Vergaberecht geprägt, welches darüber hinaus ein grundlegend anderes Ziel verfolgt, nämlich das eines gemeinsamen, grenzüberschreitenden Binnenmarktes, Art. 3 Abs. 3 EUV, zum Schutz von Unternehmen, die ihre Waren und Leistungen in anderen Mitgliedsstaaten anbieten möchten.

Wie nachfolgend dargestellt, zeigt sich dieser Zwiespalt nicht zuletzt in der vergaberechtlichen Regelungstechnik.

II. Struktur und Rechtsgrundlagen des Vergaberechts

Vor diesem Hintergrund ist es die logische Folge, dass sich das Vergaberecht in Deutschland zweigeteilt präsentiert und durch sog. Schwellenwerte gegliedert ist. Diese bilden einen Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte, in welchen gänzlich unterschiedliche Bestimmungen, sei es zum Rechtsschutz oder zum detaillierten Verfahren, zu beachten sind.

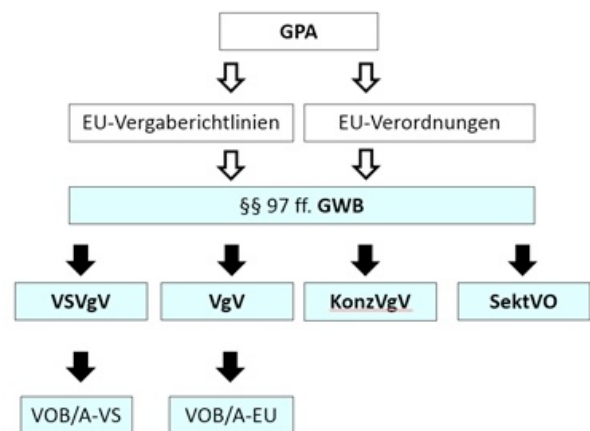
1. Schwellenwerte

Die gesetzlich bestimmten Schwellenwerte beziehen sich gem. § 106 Abs. 2 GWB i.V.m. der jeweiligen EU-Richtlinie auf das Volumen des Auftrags, das die öffentliche Hand vergeben möchte, und sind je nach Auftragsart unterschiedlich hoch.³

Mit der Vergaberechtsreform 2016 passt der Unionsgesetzgeber sowohl die Höhe der gesetzlichen Schwellenwerte, als auch die Verweisungstechnik an. Von nun an ändert die EU-Kommission die Schwellenwerte im Weg einer delegierten Verordnung nach Art. 290 AEUV direkt, ohne Umweg über die nationalen Gesetzgeber, welches das Verfahren zwar effizienter macht, weil es nicht alle nationalen Parlamente einbeziehen muss, wohl aber zu einer Verschiebung des bisherigen Machtgefüges führt.⁴

Der Auftraggeber kann den relevanten Auftragswert hierbei nicht willkürlich bestimmen, sondern schätzt ihn realistisch anhand des aktuellen Marktwertes des zu beschaffenden Bedarfes, § 3 VgV, wobei ihm in Anerkennung der einhergehenden praktischen Schwierigkeiten ein beschränkter gerichtlicher überprüfbarer Einschätzungsspielraum zusteht.⁵

2. Oberhalb der Schwellenwerte geltende Rechtsgrundlagen und Systematik



Schema 1: Rechtsgrundlagen für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

Wie im deutschen Recht üblich, zeigt sich das Vergaberecht in einer hierarchischen Regelungsstruktur. Ausgehend von einem völkerrechtlichen Vertrag (Government Procurement

* Die Autorin ist externe Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Medien- und Informationsrecht von Prof. Dr. Kai v. Lewinski, Universität Passau.

¹ Vgl. Frister, Vergaberecht 2011, 295 (295).

² Vgl. Schneider, in: Kapellmann/Messerschmidt/Schneider, Kommentar zur VOB, 5. Aufl. 2015, § 1 VgV Rn. 1-7.

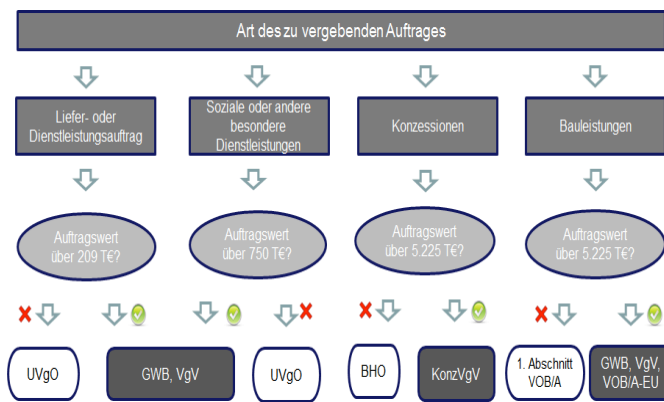
³ Der Schwellenwert beträgt für Liefer- und Dienstleistungen 209.000 Euro, für Bauleistungen und Konzessionsvergaben 5.225.000 Euro.

⁴ Im Einzelnen Bueren, EuZW 2012, 167 ff.

⁵ Masing, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Kommentar zum Vergaberecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2013, § 3 VgV Rn. 9.

Agreement, GPA⁶), der in das EU-Recht umgesetzt wird, ergibt sich das auf nationaler Ebene geregelte Vergaberecht. An erster Stelle steht ein Gesetz (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB). Dieses wird anschließend durch Verordnungen (Vergabeverordnung – VgV, Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV, Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV, Sektorenverordnung – SektVO) und schließlich durch die Verdingungs- und Vergabeordnungen (VOB/A-EU und VOB/A-VS⁷) weiter konkretisiert.

Als Besonderheit fällt die Existenz einer dritten Hierarchiestufe in einzelnen Bereichen auf. Von der bisherigen dreistufigen Struktur des Kaskadensystems rückt der Gesetzgeber zwar mit der Vergaberechtsreform 2016 teilweise ab und integriert die VOF, die ehemals für freiberufliche Leistungen galt, und die VOL/A-EG, die Regelungen für Dienst- und Lieferleistungen (mit Ausnahme von freiberuflichen Leistungen) im Oberschwellenbereich festlegte, in die VgV. Es bleibt jedoch im Bereich der Bauvergaben weiterhin bei drei Hierarchiestufen.



Schema 2: Bestimmung der Rechtsgrundlagen anhand der Auftragsart (bei Geltung der UVgO)

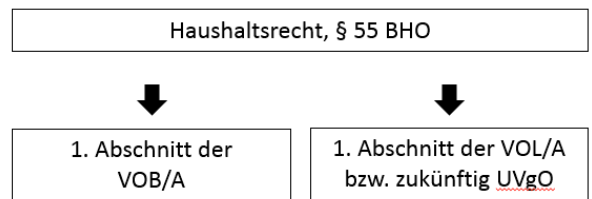
Um die einschlägigen Regelungen zu finden, die auf den jeweils vorliegenden Sachverhalt anwendbar sind, ist es in Praxis und Studium ausschlaggebend, sich im System der vergaberechtlichen Normen zu Recht zu finden. Hierzu muss der Prüfende zunächst feststellen, um welche Auftragsart es sich handelt, ob also ein Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag, soziale oder besondere Leistungen, Konzessionen oder Bauleistungen vorliegen.⁸ Je nach Auftragsart ist dann im nächsten Schritt zu fragen, welche Auftragssumme vorliegt und ob

⁶ „Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen“.
⁷ Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2009/81/EG (VOB/A-VS) und Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU).
⁸ Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge nach § 104 GWB wurden aus Übersichtlichkeitsgründen im Schema nicht berücksichtigt, da diese selten Gegenstand der juristischen Ausbildung sind.

die festgestellte Auftragssumme den jeweiligen Schwellenwert übersteigt oder nicht.

Solange die UVgO noch nicht gilt, muss im Unterschwellenbereich für Liefer- und Dienstleistungen die BHO angewendet werden, soweit freiberufliche Leistungen vorliegen. Mit Anwendbarkeit der UVgO entfällt dann dieser Prüfungspunkt.⁹

3. Rechtsgrundlagen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte



Schema 3: Rechtsgrundlagen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich das Vergabeverfahren weiterhin nach dem allgemeinen Haushaltsrecht (siehe oben) – konkret im Bereich des Bundes nach § 55 BHO bzw. den Haushaltsordnungen der Länder – welches durch den 1. Abschnitt der VOB/A für Bauvergaben und den 1. Abschnitt der VOL/A bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen konkretisiert wird. Die neue Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte (UVgO) wurde am 7.2.2017 bekannt gemacht¹⁰ und wird den ersten Abschnitt der VOL/A ersetzen.¹¹

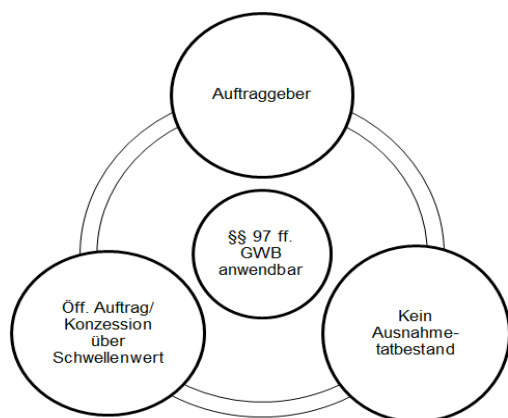
III. Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts

Das EU-Vergabeverfahren findet Anwendung und ist nach dem Vierten Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB) durchzuführen, wenn

⁹ Siehe II. 3.
¹⁰ Bundesanzeiger; BAnz AT 7.2.2017 B1, abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf? blob=publicationFile &v=6](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf?blob=publicationFile&v=6) (10.10.2017).
¹¹ Die UVgO tritt in Kraft, wenn Bund und Länder einen Anwendungsbefehl in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften der Bundes- bzw. Landeshaushaltsordnungen und Landesvergabegesetzen erlassen haben. Nach Informationen aus dem Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie soll die UVgO für die staatlichen Auftraggeber in Bayern zum 1.1.2018 in Kraft treten. Zu Neuerungen der UVgO siehe Lausen, NZBau 2017, 3 ff.

- ein Auftraggeber (§§ 98 bis 101 GWB)
- einen öffentlichen Auftrag oder eine Konzession (§§ 103 bis 105 GWB) oberhalb der Schwellenwerte (§ 106 GWB) vergeben möchte und
- kein Ausnahmetatbestand (§§ 107 bis 109, 116, 117, 137 bis 140, 145, 149, 150 GWB) greift.

Diese Prüfungstrias ist zwingend einzuhalten, weil nur bei Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts auch die Regelungen zum Vergabeverfahren und entsprechender Rechtsschutz gelten.



Schema 4: Prüfungstrias der Anwendbarkeit des Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte

1. Begriff des Auftraggebers – öffentlicher Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber

Der Auftraggeberbegriff ist seit jeher der Schlüsselbegriff des Vergaberechts, weil er im Wesentlichen mitbestimmt, ob sich der Staat samt seiner vielschichtigen Untergliederungen an die hohen Anforderungen des vergaberechtlichen Verfahrens halten muss.

Diesen Begriff nimmt die Reform auf und gestaltet ihn völlig neu, indem nunmehr zwischen öffentlichen Auftraggebern gemäß § 99 GWB, Sektorenauftraggebern nach § 100 GWB und Konzessionsgebern nach § 101 GWB unterschieden wird und diese Begriffe unter dem Dach des „Auftraggebers“ in § 98 GWB zusammengefasst werden.

Wie bisher gilt, dass die Frage, ob ein Auftraggeber im vergaberechtlichen Sinn vorliegt, funktional ausgelegt werden muss. Dies dient zum einen dazu, dem in Art. 4 Abs. 3 EUV niedergelegten unionsrechtlichen Prinzip des *effet utile* weitestgehend zur Geltung zu verhelfen. Zum anderen bestünde ansonsten die grundsätzliche Möglichkeit, dass sich die öffentliche Hand durch die Wahl einer privatrechtlichen Form dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entziehen könnte.

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 GWB ändert sich durch die Reform inhaltlich nicht:¹² § 99 Nr. 1 umfasst rein institutionell die Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden) einschließlich deren Sonder-

vermögen und § 99 Nr. 2 GWB die funktional auszulegenden öffentlichen Auftraggeber, welche sich durch ein besonderes Näheverhältnis zum Staat auszeichnen. Auch Mitglieder der von klassischen (Nr. 1) oder funktionalen (Nr. 2) öffentlichen Auftraggebern gebildeten Verbände unterfallen nach § 99 Nr. 3 GWB dem Vergaberecht. Privatpersonen, private Unternehmen und öffentliche Einrichtungen, die für bestimmte Aufgaben überwiegend öffentlich subventioniert werden, sind als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB einzustufen.

2. Öffentlicher Auftrag oder Konzession oberhalb der Schwellenwerte

Bei der Frage des öffentlichen Auftrags wartet der Gesetzgeber mit einer Reihe von Änderungen auf. Bestehen bleibt die Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 Abs. 1 GWB, als ein „entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“. Entsprechend keine öffentlichen Aufträge sind mangels Vertragsqualität Verwaltungsakte nach § 35 ff. VwVfG bzw. den korrespondierenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder.¹³

Weiter grenzt § 103 GWB zu den einzelnen Auftragsarten des Liefer-, Bau und Dienstleistungsauftrags ab. Dies ist zur Bestimmung des Schwellenwertes und der jeweils zur Anwendung kommenden Verfahrensvorschriften nach den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A, VgV, SektVO) essentiell. Weitreichend ist die Aufnahme des Begriffs der Konzession, der die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Bau- und Dienstleistungskonzessionen ausweitet.¹⁴ Eine Konzession gewährt dem Konzessionsnehmer ein ausschließliches Nutzungsrecht, mit Hilfe dessen er sich gegenüber dem Nutzer refinanzieren kann und daher mittelbar vergütet wird.

Die §§ 110 bis 112 GWB regeln sodann Abgrenzungsfragen bei Aufträgen, die sich nicht nur einer Auftragsart zuordnen lassen, den sog. gemischten Aufträgen.¹⁵

Nicht zu vergessen ist schließlich, im Rahmen der Prüfungstrias abschließend zu prüfen, ob der geschätzte Beschaffungswert den Schwellenwert des § 106 GWB i.V.m. den Richtlinien erreicht.¹⁶

3. Kein Ausnahmetatbestand

Ausnahmen vom Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts können sich aus den Regelungen der §§ 107 bis 109, 116 f., 137 bis 140, 145 und 149 f. GWB ergeben. Im Übrigen wurden die bisherigen Ausnahmetatbestände inhaltlich weitgehend übernommen und neu strukturiert. Die Vorschriften

¹² Burgi, Vergaberecht, 2016, § 8 Rn. 2.

¹³ In Bayern Art. 35 S. 1 BayVwVfG.

¹⁴ Im Einzelnen Siegel, NVwZ 2016, 1672 ff.

¹⁵ Im Einzelnen Hüttinger, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Kommentar zum Vergaberecht, Bd. 1, § 110 Rn. 26 ff., § 111 Rn. 13 ff., § 112 Rn. 12 ff.

¹⁶ Siehe II. 1.

der §§ 107 bis 109 GWB gelten bereichsübergreifend, also allgemein für alle Arten der Vergabe des Vierten Teils des GWB. Besondere Erwähnung findet § 108 GWB, der erstmals die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit kodifiziert. Die spezifischen Regelungen finden sich dann für Aufträge öffentlicher Auftraggeber in §§ 116 ff. GWB, für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Sektorenauftraggeber in §§ 137 ff. GWB, für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen in §§ 145 ff. sowie für die Vergabe von Konzessionen in §§ 149 f. GWB.

IV. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte im Überblick

Im Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte ergeben sich unterschiedliche Anforderungen an das Verfahren, deren Vergleich den Umfang der vorliegenden Darstellung sprengen würde. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Regelungen oberhalb der Schwellenwerte.

1. Grundsätze des Vergabeverfahrens

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens ergeben sich aus § 97 GWB und sind Auslegungsdirektiven für das gesamte Vergaberecht.¹⁷ Sie ergänzen und begrenzen sich dabei in ihrer Reichweite gegenseitig.

a) Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Verhältnismäßigkeit, strategische Ziele und wirtschaftliche Interessen

Der Wettbewerbsgrundsatz ist nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB bieterschützend und zielt darauf ab, dass alle Unternehmen, ohne Ansehen des jeweiligen Mitgliedsstaates, Zugang zu einer öffentlichen Auftragsvergabe haben, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. Das Transparenzprinzip erfordert eine klare Ausgestaltung des Verfahrens, während es der Gleichbehandlungsgrundsatz notwendig macht, eine unterschiedliche Behandlung von Bietern sachlich zu rechtfertigen, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz spielte bislang hauptsächlich bei der Frage der Zuschlagserteilung eine Rolle und soll ausweislich der Gesetzesbegründung nun durch die ausdrückliche Kodifizierung in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB auch in anderen Bereichen des Verfahrens berücksichtigt werden. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von der öffentlichen Hand bereits zu wahren und hat daher allenfalls klarstellende Bedeutung, § 97 Abs. 1 S. 2 GWB. Die mit der Vergaberechtsreform 2016 eingeführten Grundsätze fanden sich bereits zuvor in den jeweiligen Vergabeverfahrensbestimmungen wieder.

Strategische Ziele können neuerdings nach § 97 Abs. 3 GWB in unterschiedlichen Bereichen des Vergaberechts einbezogen werden, sei es im Beschaffungsgegenstand, der

Leistungsbeschreibung oder den unterschiedlichen Vergabekriterien.¹⁸

Das mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Interessen vornehmlich zu berücksichtigen sind, wirkt sich zwar auf das Vergabeverfahren aus, indem zu prüfen ist, durch welche Maßnahmen mittelständische Unternehmen gefördert werden können, bedeutet hingegen nicht, dass mittelständische Unternehmen bei der Angebotsbewertung zu bevorzugen sind, § 97 Abs. 4 GWB.

Neben den vorgenannten bestehen weitere Grundsätze, wie z.B. die Selbstbindung der Verwaltung, die nicht ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wurden.¹⁹

b) Elektronische Kommunikation

Die Verwendung elektronischer Mittel macht § 97 Abs. 5 GWB im Vergabeverfahren zum Regelfall und setzt damit eine Prämisse der europäischen Strategie 2020 um. Deren konkrete Ausgestaltung findet sich in den Vergabeverordnungen, etwa in § 11 VgV. Der Gesetzgeber erhofft sich dadurch vor allem Kosteneinsparungen.

c) Subjektive Unternehmensrechte im Vergabeverfahren, § 97 Abs. 6 GWB

§ 97 Abs. 6 GWB eröffnet dem Bieter im Vergabeverfahren eine Rechtsschutzmöglichkeit und verleiht ihm ein subjektives Recht, das er im Rahmen des im Vierten Teil des GWB vorgesehenen Rechtsschutzverfahrens geltend machen kann, §§ 156 Abs. 2, 160 Abs. 2 GWB.

2. Verfahren

Welche normativen Anforderungen an die Vergabeverfahren gestellt werden, hängt von der Wahl des jeweiligen Verfahrens ab, wobei die Beteiligten an die im Vergaberecht vorgegebenen Verfahrensarten gebunden sind, sog. Numerus Clausus der Verfahrensarten.²⁰

Die Verfahrensarten werden in den §§ 119 GWB, 14 bis 19 VgV bzw. 3 EU VOB/A als das offene Verfahren, nicht offene Verfahren, Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft konkretisiert. Seit der Vergaberechtsreform 2016 stehen die Verfahrensarten nunmehr nach § 119 Abs. 1 GWB gleichberechtigt nebeneinander – nach bisher geltender Rechtslage hatte das offene Verfahren Vorrang gegenüber dem nicht offenen Verfahren. Zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren hat der Auftraggeber die Wahl, § 119 Abs. 2 S. 1 GWB.

Das *offene Verfahren* ist ein Verfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber „eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordert“, § 119 Abs. 3 GWB, und welches den strengsten formalen Anforderungen aller Verfahrensarten unterliegt. Verhandlung-

¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 1.2.2005 – X ZB 27/04 = NZBau 2005, 290 (295); BGH, Beschl. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08 = NZBau 2009, 201 (203).

¹⁸ Im Einzelnen *Hattenhauer/Butzert*, ZfBR 2017, 129 ff.

¹⁹ *Dörr*, in: Burgi/Dreher (Fn. 15), Vorbereitung vor § 97 Rn. 6.

²⁰ Vgl. *Hermann/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 101 GWB Rn. 17.

gen dürfen in diesem einstufigen Verfahren nicht vorgenommen werden.

Das *nicht offene Verfahren* gestaltet sich zweistufig – zunächst wird ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb durchgeführt, in dem die Bewerber ihre Eignung nachweisen, um sodann in einem zweiten Schritt eine beschränkte Anzahl von Unternehmen durch den Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufzufordern, § 119 Abs. 4 GWB. Verhandlungen sind auch hier untersagt.

Das *Verhandlungsverfahren* wurde durch die Reform 2016 neu strukturiert, §§ 17 VgV, 3 lit. b Abs. 4 EU VOB/A, und ist *mit* und *ohne* Teilnahmewettbewerb durchführbar, soweit die engen Voraussetzungen eingehalten werden. Der öffentliche Auftraggeber wendet sich an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln, § 119 Abs. 5 GWB.

Der *wettbewerbliche Dialog* wird nur selten durchgeführt, ist neu in §§ 18 VgV, 3 lit. b Abs. 4 EU VOB/A geregelt und unterscheidet sich vom Verhandlungsverfahren dadurch, dass die Verhandlungen nur vor der Abgabe der Angebote stattfinden, diese also nicht über die verschiedenen Phasen hinweg verändert werden dürfen, § 119 Abs. 6 GWB.²¹ Dieses Verfahren eignet sich vor allem für komplexe Aufträge.

Die *Innovationspartnerschaft* ermöglicht öffentlichen Auftraggebern, eine langfristige Innovationspartnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Kauf neuer, innovativer Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen zu begründen, § 119 Abs. 7 GWB.²²

3. Kriterien in der Angebotsprüfung und -wertung

Es bietet sich aus Transparenz- und Logikgründen eine Angebotsprüfung in vier Schritten an, auch wenn diese meist nicht gesetzlich vorgegeben ist.²³ Im Rahmen dessen werden die Kriterien (Eignungs- und Zuschlagskriterien) sowie die besonderen Bedingungen der Auftragsausführung berücksichtigt.

Es ergeben sich folgende vier Prüfungsschritte im Rahmen der Angebotswertung:

Im Zuge der ersten Wertungsstufe steht die Prüfung von Ausschlussgründen. Die Ausschlussgründe gliedern sich nach der Vergabereform 2016 in fakultative (im Ermessen des Auftraggebers stehende) und zwingende (ohne Wahl des Auftraggebers bestehende) Ausschlussgründe nach §§ 123 und 124 GWB.

Die Eignungsprüfung schließt sich auf der zweiten Wertungsstufe an, ist nach § 122 GWB, §§ 44 bis 46 VgV, §§ 16 ff. EU VOB/A streng unternehmensbezogen durchzuführen und darf daher keine qualitativen Unterschiede machen. Sie

dient allein dazu, herauszufinden, wer sich nach seiner technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eignet.

Erst dann darf grundsätzlich die Prüfung ungewöhnlich niedriger oder hoher Preise auf der dritten Wertungsstufe erfolgen. Dies dient dazu, diejenigen Angebote heraus zu filtern, deren Preis außer Verhältnis zur Leistung steht, ohne dass dies durch mit dem Wettbewerb im Einklang stehende Gründe veranlasst ist, und diese Angebote auszuschließen.

Final wird die Wertung der in die engere Auswahl gekommenen Angebote nach den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien auf der vierten Wertungsstufe vorgenommen. Im Rahmen dieser Wertung nach § 127 GWB, § 58 VgV bzw. § 16 lit. d EU VOB/A wählt der Auftraggeber dasjenige Angebot aus, das nicht bereits in den ersten drei Wertungsstufen ausgeschlossen wurde und die in den Vergabeunterlagen bekannt gemachten Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Auf dieses Angebot kann dann der Zuschlag erteilt werden.

4. Beendigung des Vergabeverfahrens

Das Vergabeverfahren kann neben dem Zuschlag ebenso durch die Aufhebung des Verfahrens, die Änderung der Vergabeunterlagen oder die Aufforderung an die Bieter, ein neues Angebot abzugeben, beendet werden, solange dies nicht willkürlich erfolgt. Der vergaberechtliche Zuschlag ist identisch mit der zivilrechtlichen Annahme des Vertragsangebots nach § 147 BGB.

V. Rechtsschutz

Der Umfang des Rechtsschutzes unterscheidet sich aufgrund der historischen Entwicklung deutlich im Bereich unterhalb und oberhalb der Schwellenwerte.

1. Oberhalb der Schwellenwerte

Der Gesetzgeber bedient sich beim vergaberechtlichen Rechtsschutz zweier Rechtsregime. Nach Rüge beim Auftraggeber stehen den Unternehmen der Rechtsweg in der ersten Instanz zu den Vergabekammern nach §§ 156, 158 GWB und in der zweiten Instanz zu den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte offen, §§ 171 ff. GWB. Die Vergabekammern sind hierbei keine Gerichte, sondern Verwaltungsbehörden, die von ihnen ergehenden Entscheidungen also als Verwaltungsakte zu qualifizieren, die mit der sofortigen Beschwerde bei dem zuständigen OLG angreifbar sind – aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung also *nicht* etwa mittels Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht.

Eine Besonderheit des Rechtsschutzes im Vergabeverfahren stellt die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB zur Verfahrensbeschleunigung dar, nach welcher ein Antrag im Nachprüfungsverfahren unzulässig ist, wenn der Antragsteller Verstöße gegen Vergabebestimmungen nicht rechtzeitig gerügt hat. Schadensersatzansprüche sind nach §§ 180, 181 GWB, §§ 823 Abs. 1 oder Abs. 2, 826 BGB, c.i.c. oder aus kartellrechtlichen Vorschriften möglich.

2. Unterhalb der Schwellenwerte

Im Unterschwellenbereich gibt es kein subjektives Recht im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB und auch keine den Vergabe-

²¹ *Burgi* (Fn. 12), § 13 Rn. 25.

²² Im Einzelnen *Schaller*, LKV 2017, 62 ff.

²³ Es ist in der VgV, SektVO, KonzVgV und VSVgV im Gegensatz zur VOB/A-EU (§§ 16 ff. EU VOB/A) keine zwingende Vier-Schritt-Prüfungsreihenfolge vorgesehen. Nach § 43 Abs. 2 und 3 GWB kann der Auftraggeber im offenen Verfahren entscheiden, in welcher Reihenfolge er die Eignungs- und Zuschlagskriterien prüft.

kammern oder dem OLG entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit. Um den Zuschlag zu verhindern kommt eine Kombination aus Sicherungs- und Regelungsverfügung nach §§ 935, 940 ZPO vor den ordentlichen Gerichten in Frage, soweit ein Verfügungsanspruch und -grund besteht.²⁴

VI. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich die Komplexität des Vergaberechts sicher beherrschen lässt, soweit die unterschiedlichen Ziele des Vergaberechts, des Haushaltsrechts und der Verwirklichung eines gemeinsamen Binnenmarktes, beachtet werden. Ein besonderer Fokus sollte hierbei auf die Vergaberechtsgrundsätze gelegt werden, um ein diskriminierungsfreies, transparentes und wirtschaftliches Verfahren im Wettbewerb zu garantieren. Das reformierte Vergaberecht entwickelt sich in einem evolutionären Sinne weiter, indem es viele der in den letzten Jahren aufgekommenen kleineren Rechtsfragen klärt und neue Schritte in die Richtung eines künftig möglicherweise zweistufigen Verfahrens wagt.

²⁴ Allgemein zum Rechtsschutz im Unterschwellenbereich siehe *Müller-Wrede/Wollenschläger*, Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, § 27 Rn. 1 ff.