

Patrick Christian Otto*

Das Vergaberecht in Deutschland unter Berücksichtigung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2015

Abstract

Das Vergaberecht gehört zu den Rechtsmaterien, die im universitären Studium eher ein Schattendasein fristen und allenfalls in einige Schwerpunktbereiche Eingang gefunden haben. Dabei gehört es zu den in der Praxis (wirtschaftlich) wichtigsten Rechtsgebieten. Aufgrund seines hybriden Charakters zwischen Zivilrecht und Öffentlichem Recht ist es besonders interessant, wenngleich auch mit einer gewissen Komplexität behaftet. So hat sich ein beachtliches Normenkorsett aus EU-, Bundes- und Landesrecht entwickelt. Dieser Beitrag soll einen ersten Überblick bieten und das Interesse der studentischen Leser für das Vergaberecht wecken. Besondere Berücksichtigung erfährt hierbei das jüngst verabschiedete Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, das mehrere EU-Richtlinien in nationales Recht transformiert.

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover und absolvierte den Schwerpunkt im Verwaltungsrecht mit Vertiefung im Vergaberecht. Ferner ist er studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft von Prof. Dr. Veith Mehdke, Mag. rer. publ.

I. Einführung in die Thematik

„Die öffentliche Auftragsvergabe boomt“ – mit diesen Worten lässt sich der Stellenwert des Vergaberechts kurz und knapp hervorheben. Inzwischen nehmen öffentliche Auftragsvergaben ca. 16,1 % des deutschen Bruttoinlandsprodukts (BIP) ein.¹ Doch was genau ist Vergaberecht? Unter dieses Rechtsregime fallen diejenigen Rechtsnormen, die der öffentlichen Hand eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf derjenigen Güter und Leistungen vorschreiben, die sie benötigt, um ihrer öffentlichen Aufgabenerfüllung nachzukommen.² Die Bandbreite ist dabei sehr groß, sodass beispielsweise sowohl der Bau eines neuen Rathauses wie auch die Bestellung von neuen Schreibmaterialien für die Kommunalverwaltung nach vergaberechtlichen Regeln ablaufen. Dabei wird etwa vorgegeben, wie ein öffentlicher Auftrag zu erteilen ist, wer diesen erhalten kann oder auch mit welchem Inhalt ein entsprechender Vergabevertrag geschlossen wird. Ein Einkauf meint in diesem Kontext jede Inanspruchnahme einer Leistung am Markt gegen Entgelt.³ Grundsätzlich gilt hierbei, dass immer dann eine Ausschreibung nach vergaberechtlichen Grundsätzen vorzunehmen ist, wenn bestimmte, von Bund und Ländern festgesetzte Wertgrenzen erreicht sind.⁴

Der ursprüngliche Zweck des Vergaberechts ist, eine Verschwendung öffentlicher Mittel zu verhindern (Stichwort: „best value for public money“),⁵ da davon ausgegangen wird, dass der fehlende Konkurrenzdruck der öffentlichen Hand den ökonomischen Blick zu kurz kommen lässt.⁶ Das Vergaberecht wurde daher früher als lediglich den öffentlichen Auftraggeber betreffendes Rechtsgebiet ohne Außenwirkung angesehen.⁷ Lange Zeit war das Vergaberecht deshalb im verwaltungsinternen Haushaltsrecht verankert.⁸ Inzwischen

¹ Vgl. http://www.europaticker.de/ausschreibungen/vergaberecht/politik_eu.htm (alle im Internet zugänglichen Quellen wurden zuletzt abgerufen am 24.5.2016). Das BIP gibt den Gesamtwert aller Güter, d.h. Waren und Dienstleistungen, an, die innerhalb eines Jahres innerhalb der Landesgrenzen einer Volkswirtschaft hergestellt wurden (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Bruttoinlandsprodukt>). Europaweit lag der Anteil der Öffentlichen Auftragsvergabe am BIP bereits im Jahr 2009 bei 19,4 % (vgl. http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement_de.pdf).

² BVerfGE 116, 135.

³ *Dageförde*, Einführung in das Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 3.

⁴ Eine Übersicht zu den Wertgrenzen findet sich auf <http://www.transbau.com/upload/dokumente/101803.pdf>.

⁵ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. GWB, Rn. 1. Neuerdings wird hier auf die „Ressourcenallokationsfunktion des Vergaberechts“ abgestellt (vgl. *Kirchner*, Zur Ökonomik des Vergaberechts, *VergabeR* 2010, 725 (726 f.)).

⁶ *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 246 ff.

⁷ *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 39 mit instruktiver Darstellung.

⁸ Zum Haushaltsrecht zählen vor allem die Bundshaushaltsordnung (BHO), die Landshaushaltsordnungen (LHO) und das Haushaltsgrundsätzgesetz (HGrG).

dienen die Regelungen des Vergaberechts vor allem der Schaffung von unionsweitem Wettbewerb sowie der Chancengleichheit für die an der öffentlichen Vergabe beteiligten Unternehmen. Aufgrund dessen hat im deutschen Rechtskreis ein Paradigmenwechsel stattgefunden, sodass das Vergaberecht inzwischen nicht mehr im Haushaltsrecht, sondern im Wettbewerbsrecht geregelt ist. Wegweisend waren hier vor allem die Neuerungen des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) zum 1.1.1999, welches auf Grundlage von europäischen Richtlinien erlassen wurde.⁹ Dadurch wurde dem Vergaberecht erstmalig Außenrechtscharakter verliehen, sodass sich der Einzelne auf die Einhaltung der Vorschriften berufen kann. Damit einhergehend hat sich auch ein breites Betätigungsfeld für Rechtsanwälte, Richter und Verwaltungsjuristen¹⁰ ergeben, da seitdem erstmalig Rechtsschutz der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen gegenüber der öffentlichen Vergabestelle möglich ist.

Umfassend reformiert und ergänzt wurden diese zum 1.1.1999 geschaffenen Regelungen durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz (VergRModG), welches Bundestag und Bundesrat am 17.12.2015¹¹ bzw. 18.12.2015¹² beschlossen haben. Hintergrund der Novelle sind die neuen Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) sowie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU), die fristgerecht zum 18.4.2016 in nationales Recht umgesetzt werden. Das VergRModG stellt nach eigenen Angaben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie das „größte vergaberechtliche Gesetz- und Verordnungsgebungsverfahren der letzten 10 Jahre“¹³ dar. Mit der Reform wird das Ziel verfolgt, das Vergaberecht insgesamt moderner, einfacher und anwenderfreundlicher zu machen.¹⁴

Der vorliegende Beitrag gliedert sich zur besseren Veranschaulichung der einzelnen Normenkomplexe des Vergaberechts im Wesentlichen in sechs Teile, wobei die Neuerungen des VergRModG 2015 jeweils inzident dargestellt werden. Zunächst wird erläutert, was die Zweiteilung des Vergaberechts ist und weshalb es sie gibt (**II.**). Sodann wird eine Betrachtung der Vergaberechts-

⁹ Siehe hierzu insbesondere die Richtlinie 93/36/EWG.

¹⁰ Aus Gründen der Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsneutrale Differenzierung verzichtet. In diesem Beitrag wird nur die männliche Form benutzt, angesprochen sind jedoch stets beide Geschlechter.

¹¹ Vgl. BT-Plenarprotokoll 18/146.

¹² Vgl. BR-Drucks. 596/15.

¹³ <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Wirtschaft/Oeffentliche-Auftraege-und-Vergabe/reform-des-vergaberechts.html>.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 55.

normen oberhalb der EU-Schwellenwerte (III.) sowie unterhalb der EU-Schwellenwerte (IV.) vorgenommen. Im Anschluss wird eine kurze Übersicht zum Landesvergaberecht gegeben (V.). Der Beitrag endet mit einem Fazit (VI.).

II. Die Zweiteilung des Vergaberechts in Deutschland

Zunächst ist die Grundstruktur des Vergaberechts zu betrachten. Generell gilt in Deutschland die sog. Zweiteilung des Vergaberechts. Doch was steckt dahinter? Mit dem VgRÄG gab es im Jahre 1999 eine umfassende Novelle des Vergaberechts. Der Gesetzgeber hat die neu geschaffenen Regelungen jedoch nicht per se für anwendbar erklärt, sondern die Anwendbarkeit davon abhängig gemacht, dass bestimmte Schwellenwerte erreicht sind (vgl. § 106 Abs. 1 GWB-E,¹⁵ § 100 Abs. 1 GWB a.F., der eine dynamische Verweisung zu den Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2009/81/EG und 2014/23/EU enthält). Gemäß entsprechender Vorgaben der EU werden als Schwellenwert gewisse Auftragshöhen festgelegt, ab denen Vergabestellen in den Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, Ausschreibungen nach den Vorgaben der EU durchzuführen.¹⁶ Die Schwellenwerte selbst werden alle zwei Jahre von der Europäischen Kommission durch Verordnung neu festgesetzt.¹⁷ Die Kommission orientiert sich dabei unter anderem an den Vorgaben des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (engl. GPA = *General Procurement Agreement*), dem die europäische Gemeinschaft mit Wirkung zum 1.1.1996 beigetreten ist.¹⁸ Die Schwellenwerte sind bei Bauaufträgen einerseits, sowie Liefer- und Dienstleistungsaufträge andererseits verschieden. Innerhalb der letzteren Kategorie gelten spezifische Schwellenwerte für die Bereiche Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr und es wird zusätzlich zwischen Aufträgen oberster und sonstiger Bundesbehörden unterschieden. Unterhalb der Schwellenwerte gilt nach wie vor "nur" das mitgliedstaatliche Haushaltsrecht. Daher ist bei vergaberechtlichen Sachverhalten zu Beginn das

¹⁵ Die neuen Vergaberechtsnormen nach dem VergRModG 2015 sind mit einem „E“, die alten Normen mit „a.F.“ gekennzeichnet. Zur besseren Übersichtlichkeit wird die Vorgängernorm, soweit es sie gibt, jeweils direkt hinter der neuen Norm genannt. Fehlt die Bezeichnung der Vorgängernorm, so war diese entweder vorher schon an selber Stelle und mit identischem Inhalt geregelt oder wurde ganz neu aufgenommen in das GWB.

¹⁶ Für Bauaufträge sind dies seit dem 1.1.2016 5.225.000 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge grundsätzlich 209.000 Euro, mit Ausnahme solcher oberster Bundesbehörden (135.000 Euro) sowie in den Bereichen Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehr (418.000 Euro). Die zurzeit geltenden Schwellenwerte finden sich auf <http://www.eu-schwellenwerte.de/> und werden dort fortlaufend aktualisiert.

¹⁷ Aktuell ist dies die Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013.

¹⁸ Das GPA ist ein internationales multilaterales Abkommen zwischen einzelnen Vertragsstaaten der WTO, das den Zugang zu öffentlichen Aufträgen regelt.

Auftragsvolumen zu ermitteln, um bestimmen zu können, welcher Vorschriftenkatalog einschlägig ist.

Die Zweiteilung ist durch die Union jedoch keinesfalls verbindlich vorgegeben. Ihre Einführung führte daher innerhalb Deutschlands zu einer kontroversen, verfassungsrechtlich aufgeladenen Diskussion. Die Gegner der Zweiteilung führten vor allem an, dass der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt werde, dass unterhalb der Schwellenwerte kein vergleichbares Rechtsschutzregime bestehe. Damit gehe zudem eine Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG als auch dem im Rechtsstaatsprinzip des durch Art. 20 Abs. 3 GG verbürgten allgemeinen Justizgewährungsanspruch einher.

Letztlich musste sich das *BVerfG* im Jahre 2006 hierzu äußern und judizierte, dass die Zweiteilung weder Gleichheits- noch Justizgrundrechte verletze.¹⁹ Art. 19 Abs. 4 GG sei nicht verletzt, da dieses Grundrecht nur in den Fällen tangiert sei, in denen der Staat seine „übergeordnete öffentliche Rechtsmacht“ ergreift und sich der Einzelne dadurch in einem „Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung“ befindet. Dies sei bei der öffentlichen Auftragsvergabe, bei denen der Staat selbst als Nachfrager am Markt auftritt, nicht der Fall. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch scheidet deshalb aus, weil dem Gesetzgeber bei der Regelung von Rechtsschutzmöglichkeiten ein weiter Gestaltungsspielraum und insoweit auch eine Einschätzungsprärogative zukomme. Diese Grenzen seien bei der Zweiteilung gewahrt worden. Zuletzt bejahte das *BVerfG* zwar eine nach Art. 3 Abs. 1 GG rechtlich relevante Ungleichbehandlung, sah diese jedoch durch hinreichend gewichtige Gründe gerechtfertigt. Diese seien namentlich die Wahrung der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungswesens sowie die Sicherung der ordnungsgemäßen öffentlichen Aufgabenerfüllung. Das Gericht sah diese bei einer für sämtliche Auftragsvergaben existierenden Rechtsschutzmöglichkeit als gefährdet an.

Nach der Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit durch das *BVerfG* ist die Diskussion zur Ruhe gekommen, dennoch ist es für das Grundverständnis des Vergaberechts wichtig, sie zu kennen, da auch das VergModG 2015 hierzu keine Veränderungen brachte.

III. Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte

Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte existiert ein umfangreiches Regelungsregime. Grundlage dieser Regelungen sind einerseits von der Union

¹⁹ BVerfGE 116, 135.

erlassene Richtlinien, die in das nationale Recht transformiert wurden,²⁰ und andererseits die allgemeinen Grundsätze, die der *EuGH* in der Entscheidung *Telaustria und Telefonadress*²¹ zum Ausdruck brachte.²² Die zentralen nationalen Normen sind die §§ 97-184 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die sich im vierten Kapitel unter der neuen Überschrift „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen“ finden. Vor dem VergModG war der Vorschriftenkatalog im GWB deutlich schlanker und umfasste lediglich die §§ 97–129 a.F.

Nach bisherigem Recht traten die Vergabeverordnung (VgV) und die Vergabe- und Verdingungsordnungen (VOB/A für Bauleistungen, VOL/A für Lieferungen und Dienstleistungen und VOF für Freiberufliche Leistungen) hinzu. Das Zusammenspiel von GWB, VgV und den Vergabe- und Verdingungsordnungen erfolgte dabei kaskadenförmig, sodass die Regelungen des GWB (erste Stufe) jeweils in der VgV (zweite Stufe) und den Vergabe- und Verdingungsordnungen (dritte Stufe) eine Konkretisierung erfuhren.²³ Daneben existierten noch die Spezialregelungen der Sektorenverordnung (SektVO) sowie die Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).

Nach neuem Recht werden die Regelungen der VOL/A und der VOF in die VgV implementiert, sodass für Lieferungen und Leistungen sowie Freiberufliche Leistungen nur noch zwei Stufen existieren. Lediglich für die Bauleistungen bleibt die VOB/A erhalten, sodass es bei der dreistufigen Kaskade bleibt. Dass die VOB/A erhalten bleibt, ist indes weder nach nationalem Recht noch nach dem Unionsrecht zwingend, sondern hat eher politische Gründe.²⁴ Die SektVO bleibt erhalten, muss jedoch in einem nächsten Schritt noch an die neuen Richtlinien und das neue GWB angepasst werden. Die VSVgV bleibt durch die Reform unberührt. Für die Vergabe von Konzessionen, die bisher vollständig vom europäischen Sekundärrecht und damit auch vom nationalen Vergaberecht ausgenommen waren, wird eine Konzessionsvergabeverordnung als zweite Stufe geschaffen werden. Zudem werden die neuen Statistikpflichten in einer Statistikverordnung geregelt

²⁰ Zu nennen sind hier vor allem die Richtlinien 93/36/EWG, 93/37/EWG und 93/38/EWG, 2004/17/EG, 2004/18/EG sowie 2007/66/EG sowie neuerdings auch 2014/23/EU, 2014/24/EU sowie 2014/25/EU.

²¹ *EuGH*, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 – *Telaustria und Telefonadress*.

²² Zu den allgemeinen Grundsätzen gehören vor allem der Wettbewerbsgrundsatz, der Transparenzgrundsatz sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz.

²³ Vgl. hierzu auch die umfassende Darstellung bei *Bungenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, GWB Vor §§ 97 ff. Rn. 17 ff.

²⁴ So wurde von der Bauwirtschaft insb. der Einwand erhoben, dass die Teile A, B und C der VOB/A einheitlich betrachtet werden müssten. Für eine Vertiefung zu diesem Thema siehe *Dageförde*, VergabeNavigator, Heft 4/15, 4.

werden. Der Gesetzgeber hat damit erneut davon Abstand genommen, ein einheitliches Bundesvergabegesetz nach österreichischem Vorbild²⁵ zu erlassen, was in der Literatur auf Kritik stößt.²⁶ Damit bleibt es auch nach dem VergRModG beim eher fragmentarischen Charakter der Regelungsregime, wenngleich die mit Ausnahme der VOB/A umfassende Abkehr vom dreistufigen Kaskadenprinzip der Rechtsklarheit sehr zuträglich ist.

Aufgrund dessen, dass die vier Verordnungen VgV, SektVO, KonzVO und StatVO erst noch von der Exekutive neu erlassen werden müssen, sind diese noch nicht Gegenstand dieses Beitrags. Letztlich regeln diese auch eher Detailfragen, die für ein grundlegendes Verständnis des neuen Vergaberechts nicht zwingend erforderlich sind. Stattdessen wird sich auf den bereits erwähnten, nun novellierten vierten Teil des GWB fokussiert. Diese Normen stellen innerhalb des GWB das sog. Kartellvergaberecht²⁷ dar und enthalten nach der Änderung, Erweiterung und Umstrukturierung durch das VergRModG nun folgende Regelungsbereiche, die in diesem Beitrag ausschnittsweise einer vertiefenden Betrachtung unterzogen werden:

- Allgemeine Grundsätze, Definitionen und der Anwendungsbereich vom vierten Teil des GWB (Kapitel 1, Abschnitt 1, §§ 97–114 GWB-E)
- Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber (Kapitel 1, Abschnitt 2, §§ 115–135 GWB-E)
- Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen (Kapitel 1, Abschnitt 3, §§ 136–154 GWB-E)
- Regelungen über die Nachprüfungsbehörden (Kapitel 2, Abschnitt 1, §§ 155–159 GWB-E)
- Regelungen zum Verfahren vor der Vergabekammer (Kapitel 2, Abschnitt 2, §§ 160–170 GWB-E)
- Regelungen zur sofortigen Beschwerde (Kapitel 2, Abschnitt 3, §§ 171–184 GWB-E)

²⁵ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), StF: BGBl. I Nr. 17/2006.

²⁶ Siehe etwa *Müller-Wrede*, Vergaberechtsreform 2016 – Die wichtigsten Eckpfeiler, in: WISO direkt Ausgabe Juni 2015. Generell die Unübersichtlichkeit und Zersplitterung des Vergaberechts kritisieren u.a. *Dreher*, Die Zukunft des untergesetzlichen Vergaberechts: Zur Neuordnung von Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, NVwZ 1999, 1265 ff.; *Broß*, Die neue Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zur Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 2000, 148; *Pache*, Der Staat als Kunde: System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, DVBl. 2001, 1781 (1791).

²⁷ Die Entwicklung hin zum Begriff des „Kartellvergaberechts“, der stärker den Wettbewerbsgedanken betont, zeichnet *Dreher* anschaulich nach, vgl. *Dreher*, Bestehender Wettbewerb und Auftraggeberbegriff des Kartellvergaberechts, WuW 1999, 244 (246).

1. Die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens, § 97 GWB-E

§ 97 GWB-E enthält zunächst die allgemeinen Bestimmungen zum Vergaberecht. Die Regelung normiert die folgenden allgemeinen Grundsätze:

- Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 GWB-E
- Gleichbehandlungsgrundsatz/Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB-E
- Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, § 97 Abs. 3 GWB-E
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen, § 97 Abs. 4 GWB-E
- Grundsatz der Verwendung elektronischer Mittel, § 97 Abs. 5 GWB-E
- Subjektive Bieterrechte, § 97 Abs. 6 GWB-E

Die Grundsätze stehen zwar in unterschiedlichen Absätzen, werden jedoch vom Autor des Beitrags als Einheit begriffen, da zwischen ihnen zahlreiche Querverbindungen bestehen. So kann etwa Wettbewerb nach Abs. 1 nur dann möglich sein, wenn auch die Gleichbehandlung und Chancengleichheit nach Abs. 2 gewahrt ist. Flankiert werden diese allgemeinen Grundsätze durch die nachfolgenden Paragraphen des GWB, die VgV und die VOB/A, in denen sie ihr individuelles Gepräge erhalten (werden).

a) Der Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 GWB-E

Gem. § 97 Abs. 1 GWB-E liegt der dem Unionsrecht immanente Wettbewerbsgrundsatz auch dem Vergaberecht zugrunde.²⁸ Er gilt für Auftraggeber und Bieter gleichermaßen und gewährleistet grundsätzlich die Durchführung des Vergabeverfahrens im Geheimwettbewerb.²⁹ Seine praktische Geltung entfaltet der Wettbewerbsgrundsatz zwar nicht ausschließlich aus § 97 Abs. 1 GWB-E, sondern erfährt sowohl in den anderen Normen des GWB wie auch in den untergesetzlichen Regelungswerken (VgV, VOB/A) seine Konkretisierung.

²⁸ *Luber*, Der formalistische Angebotsausschluss, das Wettbewerbsprinzip und der Grundsatz der sparsamen Mittelverwendung im Vergaberecht, *VergabeR* 2009, 14 (24); *Ziekow*, in: ders./Völlink, 2. Aufl. 2013, § 97 Rn. 3, 6; *Ax/Schneider/Siewert*, Auftragsvergabe, 2. Aufl. 2010, Rn. 448.

²⁹ *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, 3. Aufl. 2011, § 97 Rn. 14; *OLG Düsseldorf*, *VergabeR* 2003, 690; *Bungenberg* (Fn. 23), § 97 Rn. 10 sowie *Burgi*, Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, *NZBau* 2008, 29 (33). Zum offenen Verfahren im Allgemeinen siehe die Darstellung unter **III. 1. d) aa)**. Geheimwettbewerb bedeutet, dass sämtlicher Kontakt zwischen den Bietern im Rahmen einer konkreten Auftragsvergabe untersagt ist. Dies dient insbesondere dazu, Preisabsprachen zu vermeiden, die tendenziell dazu führen würden, dass der öffentliche Auftraggeber zu teuer einkaufen muss.

Dennoch thront die Norm über dem gesamten Vergaberecht und ist damit eine der Kernvorschriften.

b) Das Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB-E³⁰

§ 97 Abs. 1 GWB-E stellt zudem das für das Grundverständnis des Vergaberechts besonders wichtige Transparenzgebot auf. Ausfluss des Transparenzgebots ist vor allem die übersichtliche und klar abgestufte Verfahrensgestaltung.³¹ Deren Einführung war eine der zentralen Errungenschaften des Vergaberechts nach dem VgRÄG 1999. Der Transparenzgrundsatz bindet nur die Vergabestelle und ist damit anders als der Wettbewerbsgrundsatz nur als einseitige Pflicht ausgestaltet. Würde dies auch für den einzelnen Bieter gelten, läge ein Widerspruch mit dem Prinzip des Geheimwettbewerbs vor. Vor allem ist für ein transparentes Verfahren maßgeblich, dass die Wertungskriterien für die Vergabeentscheidung schon bei der Ausschreibung offengelegt werden und die Vergabeentscheidung selbst sachlich nachvollziehbar ist.³² Freilich ist das Transparenzgebot aufgrund der Regelung im selben Absatz sowie der strukturellen Ähnlichkeit immer zusammen mit dem Wettbewerbsgrundsatz zu lesen. Beide ergänzen sich gegenseitig und können somit auch nach sehr weiter Betrachtung als ein gemeinsamer allgemeiner Grundsatz angesehen werden.

c) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und Verhältnismäßigkeit, § 97 Abs. 1 GWB-E

Durch das VergRModG 2015 wurden die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit neu in das Gesetz aufgenommen. Diese haben ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien eine Klarstellungsfunktion.³³ Die Normierung beider Grundsätze war einerseits unionsrechtlich vorgegeben und dient insbesondere hinsichtlich des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes dazu, seine Bedeutung als allgemeiner Grundsatz des Vergaberechts nochmal an exponierter Stelle im GWB zu normieren.

d) Gleichbehandlungsgrundsatz/Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB-E

§ 97 Abs. 2 GWB-E normiert den Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. das Diskriminierungsverbot, der sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens von der Ausschreibung bis zur Erteilung des Zuschlags bezieht. Wesentlich hierfür ist der gleichberechtigte Zugang von Bewerbern zum deutschen Beschaffungs-

³⁰ Grundlegendes zur Transparenz nach europäischem Verständnis findet sich bei *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, Diss. Regensburg 2010, S. 315 ff.

³¹ *Bungenberg* (Fn. 23), § 97 Rn 15.

³² *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, 2. Aufl. 2015, § 97 Rn. 64.

³³ BT-Drucks. 18/6281, S. 67.

wesen.³⁴ Dabei ist in persönlicher Hinsicht zwingend Unparteilichkeit zu wahren und in sachlicher Hinsicht Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.³⁵ Daraus folgt etwa, dass die jeweiligen Bieter keine relevanten Informationsvorsprünge haben dürfen oder dass hinsichtlich der Nachforderung von fehlenden Angaben – soweit diese erlaubt ist – bei allen Bietern gleiche Maßstäbe anzulegen sind.³⁶ Ausnahmen sind nur in besonderen Fällen zulässig, etwa in Form der Drittlandsklausel des § 28 Abs. 1 SektVO oder bei den sog. „vergabefremden Kriterien“, die sich in den Landesvergabegesetzen finden.³⁷

e) Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, § 97 Abs. 3 GWB-E

Die Berücksichtigung von Aspekten der Qualität und der Innovation sowie sozialer und umweltbezogener Aspekte, die in den § 97 Abs. 3 GWB-E hineingeschrieben wurde, dient der Verwirklichung strategischer Ziele im Rahmen der Auftragsvergabe.³⁸ § 97 Abs. 3 GWB-E stellt dabei den „Rahmen“ dar, der durch die jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie Rechtsverordnungen konkretisiert wird.

f) Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen, Art. 97 Abs. 4 GWB-E

§ 97 Abs. 4 GWB-E (§ 97 Abs. 3 GWB a.F.) verpflichtet zur (bisweilen verfassungs- und unionsrechtlich umstrittenen) vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen, also sog. kleiner- und mittelständischer Unternehmen (KMU). Nach Lesart der Europäischen Kommission sind KMU nur solche, die die folgenden drei Kriterien kumulativ erfüllen:

- weniger als 250 Beschäftigte
- Jahresumsatz von max. 50 Mio. Euro oder Jahresbilanzsumme von max. 43 Mio. Euro
- höchstens 25 % des Kapitals und der Stimmrechte stehen im Besitz eines oder mehrerer nicht mittelständischer Unternehmen

Vornehmlich berücksichtigen bedeutet, dass die Auftragsvergabe auch an mittelgroße Unternehmen möglich sein muss.³⁹ Nach der aktuellen Fassung

³⁴ *Hailbronner* (Fn. 29), § 97 Rn. 41.

³⁵ *Febling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, Habil. Freiburg 2001, S. 17 f.

³⁶ Vgl. <https://www.vergabe24.de/wissen/tipps-und-hilfe/vergabelexikon/vergabelexikon-gleichbehandlung.html>.

³⁷ Zu den Landesvergabegesetzen siehe die Darstellung unter **V**.

³⁸ BT-Drucks. 18/6281, S. 76.

³⁹ *OLG Düsseldorf*, NZBau 2012, 515 (516 f.); *OLGR Schleswig* 2000, 470 ff.

wird dies dadurch verwirklicht, dass die für den Mittelstand ungünstige Gesamtvergabe eingeschränkt wird.⁴⁰ Eine Gesamtvergabe ist eine Vergabeform, bei der die von der öffentlichen Hand geforderte Leistung nur vollständig erbracht werden kann. Diese ist allerdings für KMU häufig vom Gesamtvolumen her nicht zu stemmen, sodass faktisch nur große Unternehmen an der Vergabe teilnehmen können.

Das Alternativmodell zur Gesamtvergabe ist die Losvergabe, bei denen der Gesamtauftrag in Teillose (Unterteilung nach räumlichem Zuschnitt oder Auftragsgröße) oder Fachlose (Unterteilung nach Fachgebieten oder Gewerbezweigen)⁴¹ gesplittet wird.

g) Grundsatz der Verwendung elektronischer Mittel, § 97 Abs. 5 GWB-E⁴²

§ 97 Abs. 5 GWB-E statuiert erstmalig die e-Vergabe als allgemeinen Grundsatz des Vergaberechts. Nach dem VergRModG 2015 müssen nun sowohl Auftraggeber als auch Unternehmen in allen Stadien des Vergabeverfahrens ausschließlich elektronische Mittel verwenden. Vor der Reform wurden hingegen nur einzelne Abschnitte des Vergabeverfahrens in elektronischer Form durchgeführt (etwa die Veröffentlichung von Bekanntmachungen über www.bund.de) und entsprechende Regelungen fanden sich nur auf der Ebene der Vergabe- und Verdingungsordnungen.⁴³ Sinn und Zweck hinter § 97 Abs. 5 GWB-E ist vor allem die Beschleunigung der Verfahren durch den Wegfall physischer Unterlagen sowie die Einsparung von Kosten hierfür. Im Rahmen der e-Vergabe sind die Vergabestellen stets darangehalten, Mittel zu verwenden, die „nichtdiskriminierend, allgemein verfügbar sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologien kompatibel sind und den Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren nicht einschränken.“⁴⁴ Die konkrete Ausgestaltung dieser

⁴⁰ *Faßbender*, Die neuen Regelungen für eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, NZBau 2010, 529 (529); *Egidy*, Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe, DÖV 2009, 835 (837); *Köster*, Die Modernisierung des Vergaberechts: Was übrig blieb, BauR 2009, 1069.

⁴¹ Eine ausführliche Erläuterung zu Fach- und Teillosen findet sich bei *Kratzenberg*, DVA-Papier Fach- und Teillose, NZBau 2000, 555.

⁴² Eine vertiefende Darstellung, auch zu den besonderen Problemen der e-Vergabe findet sich bei *Probst/Winters*, eVergabe-ein Blick in die Zukunft des elektronischen Vergabewesens! CR 2015, 557.

⁴³ Etwa §§ 5, 11, 12 Abs. 1 S. 2, 13 VOL/A a.F. Zum hohen Stellenwert dieser Thematik bereits bei der letzten großen Reform i.R.d. VergRÄG 1999 siehe *Höfler*, Die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2000, 449. Die bisherige e-Vergabe ist sehr übersichtlich dargestellt auf <https://www.vergabe24.de/wissen/evergabe/grundlagen.html>.

⁴⁴ BT-Drucks. 18/6281, S. 76 f.

allgemein formulierten Vorgaben obliegt einer Verordnung, die auf Grundlage von § 113 S. 2 Nr. 4 GWB-E erlassen wird.

b) Subjektive Bieterrechte, § 97 Abs. 6 GWB-E

Die subjektiven Bieterrechte nach § 97 Abs. 6 GWB-E (§ 97 Abs. 7 GWB a.F.) sind das „Kernstück des Vergaberechts in der heutigen Form“.⁴⁵ Sie haben für die Rechtspraxis eine hohe Bedeutung, da sie der Anknüpfungspunkt für die Einklagbarkeit von Rechten Privater sind und den einzelnen Bieter effektiv vor staatlicher Willkür schützen. Damit fügt sich inzwischen auch das Vergaberecht nahtlos in die allgemeine Tendenz des Unionsrechts hin zur Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts ein.⁴⁶ Der Bieter kann sich folglich i.S.e. materiellen Anspruchsberechtigung auf die Einhaltung der „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ berufen. Hierunter fallen neben dem 4. Teil des GWB auch die VgV und die Vergabe- und Verdingungsordnungen, nicht hingegen die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) oder des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB).⁴⁷ Umstritten ist freilich, ob den entsprechenden Vorschriften dabei eine spezifisch bieterschützende Wirkung i.S.d. verwaltungsrechtlichen Schutznormtheorie zukommen muss. Diese Frage wird zwar auch in der Rechtsprechung überwiegend uneinheitlich beantwortet, jedoch ist der Meinungsstreit praktisch von geringer Bedeutung, da die erforderliche Antragsbefugnis des § 160 Abs. 2 GWB-E (vormals § 107 Abs. 2 GWB a.F.) ein wirksames Korrektiv darstellt und den Bieter schützende Normen nach dem Unionsrecht sehr weit auszulegen sind.⁴⁸ Insgesamt stellt die Vorschrift des § 97 Abs. 6 GWB-E daher eine wirksame Vorschrift zum Schutz des Bieters dar.

2. Die Auftraggeber, §§ 98 – 101 GWB-E

§ 98 GWB-E definiert als übergeordnete Kategorie die Auftraggeber im Sinne des 4. Teils des GWB: Öffentliche Auftraggeber (§ 99 GWB-E), Sektorauftraggeber (§ 100 GWB-E) sowie Konzessionsgebers (§ 101 GWB-E).

⁴⁵ *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 104.

⁴⁶ *Fehling* (Fn. 32), § 97 Rn. 200. Die Prozeduralisierung ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass dem Einzelnen in nahezu allen unionsrechtlichen determinierten Bereichen zur effektiven Durchsetzung seiner Rechte entsprechende (gerichtliche) Rechtsbehelfe an die Hand gegeben werden.

⁴⁷ *Dreher* (Fn. 5), § 97 Rn. 285.

⁴⁸ So vor allem *Otting*, in: *Bechtold/Otting*, 7. Aufl. 2013, § 97 Rn. 60.

a) Öffentliche Auftraggeber, § 99 GWB-E

§ 99 GWB-E (§ 98 GWB a.F.) legt dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers ein funktionelles Verständnis zugrunde.⁴⁹ Demnach sind öffentliche Auftraggeber nicht nur staatliche oder staatsnahe Stellen, sondern alle, die ihrer Funktion nach staatliche Aufgaben wahrnehmen. Grund hierfür ist vor allem, dass sich die öffentliche Hand nicht durch Privatisierungen, seien sie formeller, funktionaler oder materieller Art, ihrer Ausschreibungspflicht entziehen darf. Die Tatbestände der Auftraggebereigenschaft sind in § 99 GWB-E abschließend definiert, sodass es jenseits dieser Norm keine öffentlichen Auftraggeber gibt.⁵⁰ Im Vergleich zur Vorgängernorm des § 98 GWB a.F. hat § 99 GWB-E vor allem strukturelle Veränderungen zur besseren Anwenderfreundlichkeit erfahren. Ganz gestrichen wurden § 98 Nr. 4 GWB a.F. (§ 100 GWB-E) und § 98 Nr. 6 GWB a.F. (§ 101 GWB-E), da Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber nach den neuen Richtlinien nicht mehr unter die öffentlichen Auftraggeber fallen, sondern eine eigene Kategorie bilden (müssen).

b) Sektorenauftraggeber, § 100 GWB-E

§ 100 GWB-E definiert die Sektorenauftraggeber in den Bereichen der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs, die dem speziellen Regelungsregime der Sektorenverordnung (SektVO) unterliegen. Zur Bestimmung, wer Sektorenauftraggeber ist, muss im ersten Schritt danach gefragt werden, ob eine Sektorentätigkeit nach § 102 GWB-E ausgeübt wird. Ist dies der Fall, so können nach § 100 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 GWB-E, der insoweit parallel zu § 99 GWB-E verläuft, sowohl öffentliche Auftraggeber als auch in Ausnahmefällen natürliche und juristische Personen des Privatrechts Sektorenauftraggeber sein. Für öffentliche Auftraggeber bestimmt sich die Sektorenauftraggebereigenschaft nach § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB-E. Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sind Sektorenauftraggeber, wenn sie entweder ihre Tätigkeit auf Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die ihnen die zuständige Behörde verliehen hat (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) GWB-E) oder wenn sie von öffentlichen Auftraggebern i.S.d. § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB-E beherrschend beeinflusst werden (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) GWB-E). Die besonderen Rechte nach lit. a) sind in § 100 Abs. 2 GWB-E definiert. Der beherrschende Einfluss nach lit. b) wird nach § 100 Abs. 3 GWB-E vermutet, wenn die Voraussetzungen des § 100 Abs. 3 Nrn. 1-3 GWB-E kumulativ vorliegen.

⁴⁹ Dreher (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. Rn. 103 ff. und § 98 Rn. 4 f. sowie Rn. 16 und 32.

⁵⁰ Dörr, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, GWB § 98 Rn. 22.

c) Konzessionsgeber, § 101 GWB-E

Der neue § 101 GWB-E definiert die Konzessionsauftraggeber und knüpft dabei unmittelbar an die Art. 6 und 7 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU an. In § 101 GWB-E wird weitestgehend auf die §§ 99, 100 GWB-E Bezug genommen, sodass Konzessionsgeber nur derjenige sein kann, der entweder öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB-E oder Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB-E ist. Die entscheidende Weichenstellung des § 101 GWB-E ist, dass zum Zweck der Ausübung der Tätigkeit nach §§ 99, 100 GWB-E eine Konzession vergeben wird. Das bedeutet, dass anders als bei der öffentlichen Auftragsvergabe die Gegenleistung nicht in einer Vergütung besteht, sondern im Recht zur kommerziellen Nutzung oder Verwertung. Der Begriff der Konzession wird auch in § 105 GWB-E legal definiert und unterteilt sich in die Baukonzession und die Dienstleistungskonzession. Was genau damit gemeint ist, lässt sich anhand von Beispielen verdeutlichen. So fallen z.B. unter die Dienstleistungskonzession das Recht zur Errichtung und zum Betrieb einer Feuerbestattungsanlage, die Verpachtung eines gemeindlichen Grundstücks und Gebäudes mit der vertraglichen Verpflichtung, öffentliche Parkeinrichtungen zu betreiben, und die Vermietung oder Verpachtung von Verkaufsstellen zum Prägen und zum Vertrieb von Kfz-Kennzeichen.⁵¹ Unter die Baukonzession fällt etwa die Errichtung eines Einkaufszentrums, welches anschließend vom Bauherrn kommerziell genutzt wird. Letztlich ist diese Form der Vergabe für den öffentlichen Auftraggeber vor allem deshalb reizvoll, weil der Unternehmer nach § 105 Abs. 2 GWB-E das alleinige Nutzungs- und Verwertungsrisiko trägt. So ist dem Bauherrn des Einkaufszentrums keinesfalls garantiert, dass sich seine Investitionskosten auch wieder amortisieren. Außerdem kann eine Konzession nur zeitlich befristet erteilt werden, da jede Art der unbefristeten Nutzung dem Unionsrecht zuwiderlaufe.⁵²

3. Der öffentliche Auftrag und seine Erteilung, § 103 GWB-E

§ 103 GWB-E (§ 99 GWB a.F.) definiert öffentliche Aufträge als „entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“ Es steht dem öffentlichen Auftraggeber dabei frei, den Beschaffungsgegenstand allein nach seinen Bedürfnissen und Vorstellungen zu bestimmen, sodass der Bieter hierauf keinen Einfluss hat.⁵³ Die Ausschreibung selbst erfolgt als *invitatio ad offerendum*, ist somit als

⁵¹ <https://de.wikipedia.org/wiki/Dienstleistungskonzession>.

⁵² *EuGH*, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168, Rn. 79 – *Abblorn*.

⁵³ Als Synonym für den Begriff der Beschaffungsfreiheit werden häufig die Begriffe Nachfrageautonomie oder Dispositionsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers gebraucht, vgl. *Dreher* (Fn. 5), § 99 Rn. 8.

Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ausgestaltet. Maßgeblich für die spätere Erteilung des Zuschlags ist, dass ein Vertrag geschlossen wird, der zudem entgeltlich ist, wobei es nicht auf die Zahlung von Geldbeträgen ankommt, sondern jeder Vermögenswert ausreicht.⁵⁴ Deshalb fällt auch die Vergabe einer Konzession, bei der gerade keine Vergütung gezahlt wird, unter den öffentlichen Auftrag nach § 103 GWB-E. Der Vertrag selbst kommt durch Angebot (das Angebot des Bieters zur Ausschreibung) und Annahme (die Erteilung des Zuschlags durch die Vergabestelle) zustande. Er kann sowohl mündlich als auch schriftlich geschlossen werden.⁵⁵ Wesentlich ist, dass sich, anders als etwa bei Erlass eines Verwaltungsaktes, die Vertragspartner (öffentlicher Auftraggeber und privater Auftragnehmer) gleichgeordnet gegenüberstehen. Aufgrund der Parallelen zum Vertragsrecht des BGB finden dessen Regelungen zur Nichtigkeit und Unwirksamkeit (vor allem §§ 134, 138 BGB) Anwendung.

4. Die Vergabearten

a) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, § 119 GWB-E

Das deutsche Vergaberecht kennt nach dem VergRModG nun fünf Arten der Vergabe öffentlicher Aufträge (vorher vier). Diese sind in § 119 GWB-E (vormals § 101 GWB a.F.) abschließend normiert:⁵⁶

- offenes Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB-E
- nichtoffenes Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB-E
- wettbewerblicher Dialog, § 119 Abs. 5 GWB-E
- Verhandlungsverfahren, § 119 Abs. 6 GWB-E
- Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB-E

Der öffentliche Auftraggeber hat gem. § 119 Abs. 2 GWB-E nun ein Wahlrecht zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren, während § 101 Abs. 7 GWB a.F. noch einen vorrangigen Anwendungsbefehl für das offene Verfahren enthielt.

⁵⁴ Hierzu *Weyand*, 8. Aktualisierung 2012, Stand: 28.8.2012, § 99 Rn. 34 ff.; relevant wird dies etwa im Fall der Vergabe von Müllentsorgungsaufträgen für Altpapier, bei dem das Entsorgungsunternehmen nur das Altpapier erhält, das jedoch seinerseits einen nicht zu vernachlässigenden wirtschaftlichen Wert hat (vgl. *BGH*, NZBau 2005, 290 (293)).

⁵⁵ *BayObLG*, ZfBR 2001, 189.

⁵⁶ *EuGH*, C-299/08, ECLI:EU:C:2009:769 – *Kommission/Französische Republik*.

aa) Das offene Verfahren, § 119 Abs. 3 GWB-E

Im offenen Verfahren werden alle Unternehmen, die sich zur Erbringung der geforderten Leistung im Stande sehen, öffentlich zur Angebotsabgabe aufgefordert. Das Verfahren unterliegt den folgenden Grundregeln:⁵⁷

- Geheimhaltung der Angebote bis zum festgelegten Eröffnungstermin
- Zurückweisung verspätet eingegangener Angebote
- Verbot einer Nachverhandlung
- Erteilung des Zuschlags nach zuvor allen Beteiligten bekannt gegebenen Kriterien

Im offenen Verfahren sind die folgenden Schritte einzuhalten: Bekanntgabe,⁵⁸ Angebotsphase, Eignungsprüfung und Angebotswertung sowie abschließend Erteilung des Zuschlags und Vertragsschluss.

bb) Das nichtoffene Verfahren, § 119 Abs. 4 GWB-E

Das nichtoffene Verfahren unterscheidet sich vom vorgenannten offenen Verfahren dadurch, dass nur eine begrenzte, vom öffentlichen Auftraggeber als fähig erachtete Anzahl an Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird. Wer nicht aufgefordert wird, darf auch kein Angebot abgeben. Die Auswahl der Unternehmen erfolgt allerdings nicht willkürlich, sondern nach einem vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb, bei dem sich wiederum jedes Unternehmen präsentieren kann. Der öffentliche Auftraggeber darf insoweit zwar auswählen, von welchem Unternehmen er Angebote haben möchte, muss aber in jedem Fall im Vorfeld einen echten Wettbewerb sicherstellen, sodass jedes Unternehmen eine faire Chance erhält.⁵⁹ Die Auswahl erfolgt dabei stets nach objektiven, auftragsbezogenen Gesichtspunkten, um den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB-E und das Gebot der Gleichbehandlung nach § 97 Abs. 2 GWB-E zu wahren.⁶⁰

cc) Das Verhandlungsverfahren, § 119 Abs. 5 GWB-E

Im Unterschied zum offenen und zum nichtoffenen Verfahren ist das Verhandlungsverfahren weitaus flexibler und ähnelt den Mechanismen der Privatwirtschaft. Bei diesem Verfahren muss der Leistungsgegenstand in der Ausschreibung nicht exakt beschrieben werden und auch eine nachträgliche Angebotsänderung ist noch möglich. Dieses Verfahren findet ausschließlich bei

⁵⁷ *Kulartz* (Fn. 5), § 101 Rn. 4.

⁵⁸ Die Bekanntgabe erfolgt bei unionsweiten Ausschreibungen über das Bekanntmachungsportal www.ted.europa.eu. TED steht für Tenders Electronic Daily.

⁵⁹ *BayObLG*, VergabeR 2005, 532.

⁶⁰ *BayObLG*, VergabeR 2005, 532.

Ausschreibungen Anwendung, bei denen sowohl das offene als auch das nichtoffene Verfahren unzweckmäßig wären. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein offenes oder nichtoffenes Verfahren schon vorangegangen ist und kein annehmbares Angebot abgegeben wurde. Die Vergabestelle sucht mehrere Unternehmen aus, mit denen sie verhandelt, bis sich beide Seiten auf Auftragsgegenstand und Preis geeinigt haben. Es ist dabei allerdings unzulässig, nur mit einem einzigen Unternehmen (sog. „preferred bidder“) in Verhandlung zu treten.⁶¹ Dies soll der Neigung der öffentlichen Auftraggeber entgegenwirken, das offene Verfahren zu umgehen, um gleich einem privaten Wirtschaftsakteur nur mit einem bestimmten favorisierten Unternehmen zu kontrahieren. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn tatsächlich nur ein Unternehmen aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten (etwa Patentschutz) in Betracht kommt.

dd) Der Wettbewerbliche Dialog, § 119 Abs. 6 GWB-E

Der wettbewerbliche Dialog wird in § 119 Abs. 6 GWB-E (§ 101 Abs. 4 GWB a.F.) legaldefiniert. Danach ist er ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge, welches allerdings nur subsidiär gegenüber dem offenen und nichtoffenen Verfahren zur Anwendung kommt.⁶² Es kann daher stets nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Auftraggeber zwar sein Ziel kennt, aber zu dessen Realisierung externe Hilfe benötigt.⁶³ Entscheidendes Abgrenzungskriterium zum nichtoffenen Verfahren ist dabei die Dialogphase, bei der sich der öffentliche Auftraggeber im Gespräch mit den Bietern einen Eindruck davon verschaffen kann, wie die besten Lösungen und die Angebote des Marktes aussehen.⁶⁴ Der Wettbewerbliche Dialog selbst besteht aus mehreren Phasen: europaweiter öffentlicher Teilnahmewettbewerb (Dialogphase), Abgabe von Angeboten (Angebotsphase), Prüfung und Wertung der Angebote sowie Zuschlagserteilung auf das beste Angebot (Prüfungs- und Zuschlagsphase).

ee) Die Innovationspartnerschaft, § 119 Abs. 7 GWB-E

Das neue Verfahren der Innovationspartnerschaft, das durch Art. 31 der Richtlinie 2014/24/EU eingeführt wurde, ist in § 119 Abs. 7 GWB-E definiert. Sinn und Zweck dieses Verfahrens ist es, langfristige Partnerschaften zu Unternehmen mit innovativen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen aufzubauen,

⁶¹ Zu weiteren Einzelheiten der Problematik des „preferred bidder“ siehe auch *Kus*, Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen, insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog, *VergabeR* 2006, 851 (856).

⁶² *Ollmann*, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, *VergabeR* 2005, 685 (688).

⁶³ Beispiele dafür sind etwa große Infrastrukturprojekte, spezifische Softwarekonzepte oder Werbe- und Marketingkonzepte.

⁶⁴ *Bungenberg* (Fn. 23), § 101 Rn. 30.

wenn der Innovationsbedarf nicht durch bereits am Markt verfügbare Lösungen realisiert werden kann.⁶⁵ Ist eine solche Partnerschaft erst einmal wirksam begründet worden, ist ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf dieser neuen Innovationen nicht mehr erforderlich. Die Innovationspartnerschaft läuft dabei im Wesentlichen nach denselben Regeln wie das Verhandlungsverfahren ab, jedoch unter der zwingenden Prämisse, dass eine Marktabschottung vermieden wird. Ein probates Mittel zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ist dabei nach der Vorstellung der Bundesregierung die Kooperation mit mehreren Partnern.⁶⁶ Gleichwohl entsteht mit der Einführung dieses Verfahrens eine latente Befürchtung, dass die großen hochtechnisierten Unternehmen faktisch mit allen Vergabestellen eine Partnerschaft eingehen werden, wodurch gerade kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) allein aufgrund ihrer Größe und damit einhergehend ihrer begrenzten Innovationsmöglichkeit Marktnachteile erleiden. Gleichwohl erscheint ein solches Verfahren erforderlich, um die zunehmende Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung sicherzustellen und eine „innovative Zersplitterung“ zu vermeiden, indem jedes innovative Produkt von verschiedenen Unternehmen entwickelt und eingekauft werden muss. Letztlich ist seine Einführung auch deshalb konsequent, weil die innovative Vergabe nun als allgemeiner Grundsatz in § 97 Abs. 3 GWB-E geregelt ist.

b) Bei der Vergabe von Sektoraufträgen, § 141 GWB-E

§ 141 GWB-E normiert die Vergabearten bei der Sektorenvergabe. Nach § 141 Abs. 1 GWB-E stehen den Sektorauftraggebern dabei das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach ihrer Wahl zur Verfügung. Nach § 141 Abs. 2 GWB-E sind das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und die Innovationspartnerschaft nur dann zulässig, wenn dies im GWB *expressis verbis* gestattet ist. Der Ablauf aller Verfahrenstypen ist identisch mit dem bei der Vergabe öffentlicher Aufträge i.S.d. § 119 GWB-E.

5. Der Rechtsschutz im Vergabeverfahren, §§ 155 ff. GWB-E

Der Rechtsschutz erfolgt gem. § 155 GWB-E (vormals § 102 GWB a.F.) in erster Instanz durch die eigens hierfür geschaffenen verwaltungsinternen Vergabekammern und nicht, wie man vielleicht vermuten könnte, durch die Verwaltungsgerichte. Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern, die Verwaltungsakte in Form von Beschlüssen sind, kann das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu den Vergabesenaten an den Oberlandesgerichten

⁶⁵ BT-Drucks. 18/6281, S. 98.

⁶⁶ BT-Drucks. 18/6281, S. 98

eingelegt werden (vgl. § 171 GWB-E, vormals § 116 GWB a.F.). Damit entscheidet erst in zweiter Instanz ein staatliches Gericht. Scheitert der Beschwerdeführer auch hier, verbleibt nur noch der außerordentliche Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde vor dem *Bundesverfassungsgericht* gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Hintergrund dieses speziellen Rechtsschutzregimes ist der auch dem allgemeinen Kartellrecht immanente Beschleunigungsgrundsatz (vgl. § 167 GWB-E, vormals § 113 GWB a.F.), demnach eine schnelle Entscheidung getroffen werden soll. Dies wird dadurch herbeigeführt, dass die Vergabekammer innerhalb einer Frist von fünf Wochen zu entscheiden hat und im Anschluss nur eine einzige gerichtliche Instanz mit dem Rechtsstreit befasst wird.

6. Die Verordnungsermächtigung in § 113 GWB-E

Das GWB enthält in § 113 GWB-E (vormals §§ 97 Abs. 6, 127 GWB a.F.) eine den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG (Inhalt, Zweck und Ausmaß) entsprechende Ermächtigung zum Erlass einer Vergaberechtsordnung. Auf dessen Grundlage wurde u.a. die VgV erlassen.

7. Zusammenschau weiterer wichtiger Normen des GWB

Neben den bereits genannten Normen gibt es noch eine Reihe weiterer Regelungen im GWB, die für das Vergaberecht prägend sind.

Zunächst sind in den §§ 107-109 GWB-E die Ausnahmetatbestände geregelt, bei denen der vierte Teil des GWB auch oberhalb der Schwellenwerte nicht zur Anwendung kommt. Die §§ 110-112 GWB-E enthalten Kollisionsregelungen für den Fall, dass der öffentliche Auftrag oder die Konzession verschiedene Leistungen zum Gegenstand hat (§ 110 GWB), dessen Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen (§ 111 GWB-E) oder verschiedene Tätigkeiten umfasst (§ 112 GWB-E). Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung des Auftragsgegenstands, die bislang nicht geregelt waren, finden sich in § 121 GWB-E. Die Grundanforderungen für die Eignung der Unternehmen stellt § 122 GWB-E (vormals § 97 Abs. 4 S. 1, Abs. 4a GWB a.F.) auf.

Zwingende und fakultative Ausschlussgründe sowie die Selbstbereinigungsvorschriften finden sich in den §§ 123-125 GWB-E. Die Zuschlagserteilung, die bisher als allgemeiner Grundsatz in § 97 Abs. 5 GWB a.F. normiert war, findet sich nun in leicht erweiterter Form in § 127 GWB-E. Wann ein öffentlicher Auftrag unwirksam ist, bestimmt § 135 GWB-E und entspricht damit im Wesentlichen dem § 101b Abs. 2 S. 1 GWB a.F.⁶⁷ Schlussendlich finden sich die Schadensersatzregelungen in den §§ 180, 181 GWB-E (vormals §§ 125,

⁶⁷ § 135 GWB-E ist im Vergaberecht vorrangig zu prüfen. Weitere Unwirksamkeitsgründe können sich allerdings aus den Vorschriften des BGB ergeben.

126 GWB a.F.), die vor allem für den Sekundärrechtsschutz vor den Zivilgerichten relevant sind.

IV. Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte

Ausweislich des Wortlauts von § 106 GWB-E gelten die §§ 97 ff. GWB-E nicht für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. In der Gesetzesbegründung zu § 109 des Regierungsentwurfs – dem heutigen § 106 GWB-E – heißt es: „Das auf dem EG-Richtlinienrecht beruhende Rechtsschutzverfahren kann dagegen schon wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf die Aufträge unterhalb der Schwellen ausgedehnt werden.“⁶⁸ Zu Recht erhebt sich dagegen mit Blick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Garantie effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG erheblicher Widerstand. Das Nichtvorhandensein des vergabespezifischen Rechtsschutzregimes wird aber von der Rechtsprechung apodiktisch gebilligt.⁶⁹ Im Ergebnis kann daher nur auf das allgemeine Haushaltsrecht (§ 30 HGrG, § 55 BHO/LHO) sowie die in der Regelungsdichte deutlich schmalere Basis-Paragrafen im 1. Teil der Vergabe- und Verdingungsordnungen zurückgegriffen werden.

Besonders problematisch ist, dass der Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber keinen Anspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften hat. Der Bieter wird dadurch auf die (nicht besonders zügigen und im Ergebnis häufig unbefriedigenden) zivilprozessualen Rechtsschutzinstrumente verwiesen.⁷⁰ Eine Geltendmachung von Ansprüchen vor den Verwaltungsgerichten ist ebenfalls nicht möglich.⁷¹ Dass diese Situation inakzeptabel ist, zeigt sich schon daran, dass der Großteil der Vergaben unterhalb der Schwellenwerte erfolgt.⁷² Der Gesetzgeber hat dies zwar erkannt, lässt es aber sehenden Auges zu, da er diesbezüglich keine Notwendigkeit für eine Reform sieht und die Vergabekammern und Vergabesenate entlasten möchte.

⁶⁸ BT-Drucks. 13/9340, S. 15.

⁶⁹ So etwa *OLG Stuttgart*, IBR 2002, 266 sowie *OLG Saarbrücken*, IBR 2003, 558.

⁷⁰ Im Zivilprozess ist vor allem die einstweilige Verfügung (§ 890, §§ 916 bis § 945 ZPO, insbesondere: §§ 935 ff., § 940 ZPO) statthaft.

⁷¹ *BVerwG*, NJW 2007, 2275.

⁷² So wird davon ausgegangen, dass 80 % der Vergaben unterhalb und 20 % oberhalb der Schwellenwerte erfolgen. Allerdings gibt es bis heute noch keine bundeseinheitliche Vergabestatistik, weshalb keine exakten Werte genannt werden können. Dieser Zustand wird sich jedoch mit der Einführung der bereits oberhalb angesprochenen Statistikverordnung ändern

V. Vergaberecht auf Länderebene

Um das Vergaberecht auch für Regelungen auf Länderebene zu öffnen, hatte der Bundesgesetzgeber in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. eine Regelung geschaffen, die es den Ländern erlaubt, andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer zu stellen. Diese Norm war allerdings keinesfalls als Kompetenznorm zu verstehen, da die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der Länder bereits aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG folgt. Der Gesetzgeber hat die Regelung des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB a.F. dennoch im Wege der Reform erneut aufgegriffen und nun in § 129 GWB-E nochmals präzisiert. Vorreiter im Bereich des Landesvergaberechts ist vor allem das Land Nordrhein-Westfalen, welches mit dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG-NRW) ein umfassendes Regelungswerk geschaffen hat. Inzwischen haben, bis auf Bayern, auch die anderen Bundesländer vergleichbare Landesgesetze geschaffen. Dort finden sich vor allem „vergabefremde“ Regelungen zur Tariftreue, zur Mindestentlohnung sowie zu anderen sozialen Aspekten, die dazu dienen, die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand sowie den Schutz der Arbeitnehmer zu wahren.⁷³ Das Landesvergaberecht hat zwar im Gegensatz zum Bundes- und EU-Vergaberecht weniger Praxisrelevanz, allerdings stellen sich auch hier immer wieder Rechtsfragen, etwa in Bezug auf den Drittschutzcharakter der Regelungen für am Wettbewerb beteiligte Unternehmen oder auch aus unionsrechtlicher Perspektive, soweit ein grenzüberschreitendes Element hinzutritt.⁷⁴

VI. Resümee

Zusammenfassend zeigt sich, dass das Vergaberecht ein in sich geschlossenes und logisches System darstellt. Eine nicht einleuchtende Besonderheit bleibt bis heute jedoch die rigorose Differenzierung nach der Höhe des Auftragswerts, die für die Vergabestelle wie den Bieter mitunter erhebliche Folgen nach sich zieht. Durch die klare gesetzgeberische Entscheidung im Rahmen des VergRModG wird diese Zweiteilung auch weiter erhalten bleiben. In jedem Fall rechtfertigt das Vergaberecht jedoch eine vertiefende Betrachtung und könnte für den einen oder anderen mit Sicherheit ein reizvolles zukünftiges Betätigungsfeld darstellen.

⁷³ Siehe auch *Dageförde* (Fn. 3), Rn. 67.

⁷⁴ Dabei sei insbesondere auf die Ruffert-Entscheidung des *EuGH* hingewiesen, in der er das Landesvergabegesetz in Niedersachsen für mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar erklärt wurde, vgl. *EuGH*, C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 – *Ruffert*.