

1. Begriff und historische Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland

1.1 Begriff

Der Begriff „Vergaberecht“ bezeichnet die Gesamtheit aller Rechtsvorschriften, die den staatlichen Einkauf von Gütern und Leistungen am Markt regeln. Nach früherem Verständnis stellte das Vergaberecht reines Innenrecht dar und hatte dementsprechend keinen allgemeinverbindlichen Rechtsnormcharakter. Die Verdingungsordnungen (VOB, VOL, später die VOF) gewährten dem jeweiligen Bieter keinen subjektiven Rechtsschutz bei Unregelmäßigkeiten in Ausschreibungen und verfolgten lediglich den Grundsatz einer sparsamen Haushaltsführung durch die öffentliche Hand. Bei Vergabeverstößen verblieb dem Bieter nur das stumpfe Schwert über die Fach- bzw. Rechtsaufsicht oder über die Dienstaufsichtsbeschwerde. In der Praxis zeigte sich mehr und mehr, dass diese Lösung zu unbefriedigenden Ergebnissen führte.

Es war das Europarecht, das für die weitere Entwicklung des Vergaberechts bedeutsam wurde (vgl. 1.3).

1.2 Entwicklung

In den letzten Jahren hat sich das Vergaberecht nicht nur rasant verändert. Die Zahl der Vorschriften und Gerichtsentscheidungen, die bei der Vergabe von Aufträgen zu beachten sind, hat sich vervielfacht. Früher waren nur wenige Regeln zu beachten, an denen man sich wie an einem roten Faden entlanghangeln konnte. Inzwischen besteht ein Netz von Vorschriften, dessen Maschen immer enger geknüpft werden.

Drei Ursachen lassen sich für diese Entwicklung ausmachen:

- 1997 wurde zum einen das materielle Vergaberecht in Deutschland den europarechtlichen Vorgaben angepasst.
- Zum zweiten gilt seit dem 01.01.1999 das Vergaberechtsänderungsgesetz, das vor allem den Rechtsschutz völlig neu regelt. Seit dem 01.02.2001 ist das Vergaberecht durch die neue Vergabeverordnung weiter verschärft worden.
- Nicht zuletzt hat in den letzten Jahren eine Flut von Entscheidungen der Gerichte, der Vergabeüberwachungsausschüsse und inzwischen auch der Vergabekammern und der Vergabesenate der Oberlandesgerichte die Auslegung der Vorschriften neu geprägt.

1.3 Europäische Vorgaben

Um die nationalen Märkte zu öffnen, hat die EU Richtlinien zur Koordinierung der nationalen Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen, und zwar:

- die Baukoordinierungs-Richtlinie – RL 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. EG Nr. L 199/54 vom 09.08.1993),
- die Lieferkoordinierungsrichtlinie – RL 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. EG Nr. L 199/1 vom 09.08.1993),
- die Dienstleistungs koordinierungs-Richtlinie (auch verkürzt: Dienstleistungsrichtlinie) – RL 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. EG Nr. L 209/1 vom 24.07.1992),
- die Sektorenrichtlinie – RL 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. EG Nr. L 199/84 vom 09.08.1993).

Neben diesen Richtlinien, die das materielle Recht regeln und die inzwischen schon geringfügig geändert worden sind, wurden auch zwei Überwachungsrichtlinien erlassen, welche den Rechtsschutz zur Einhaltung des europäischen Vergaberechts festlegen:

- die Allgemeine Überwachungs-Richtlinie – RL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. EG Nr. L 3/95 vom 30.12.1989),
- die Sektorenüberwachungs-Richtlinie – RL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. EG Nr. L 76/14 vom 23.3.1992).

1.4 Umsetzung in nationales Recht

Im Jahre 1993 versuchte der bundesdeutsche Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben im Rahmen einer sogenannten „haushaltsrechtlichen Lösung“ umzusetzen. Charakteristisch für diese Lösung war die Verankerung der Vergabevorschriften im Haushaltsgrundsätzegesetz und in dem jeweiligen Haushaltsrecht (§§ 55 BHO, LHO). Das Bindeglied zwischen dem Haushaltsrecht und den Verdingungsordnungen stellte die Vergabeverordnung (VgV) dar.

Die haushaltsrechtliche Lösung wurde von der EU-Kommission und der amerikanischen Regierung heftig angegriffen. Kritisiert wurde vor allem, dass die haushaltsrechtliche Lösung den Bietern keine subjektiven Rechte gewährte, obwohl die Richtlinien den Bieter „vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen soll“ (so der EuGH in der Entscheidung vom 11.08.1995). Das Urteil des EuGH (NVwZ 1996, S. 367) und ein parallel eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland führte zu einer zwangsweisen Neuregelung des deutschen Vergaberechts. Zum 01.01.1999 trat das neue Vergaberecht in Kraft. Es führte zu einer Stärkung der Bieterrechte, da subjektive Ansprüche gegen die Vergabestelle eingeräumt werden und diese Rechte in einem effektiven Rechtsschutzsystem gerichtlich durchsetzbar sind.

Die vergaberechtlichen Bestimmungen sind nun als 4. Teil in das GWB (§§ 97 bis 129) aufgenommen worden. Soweit die EG-Schwellenwerte nicht erreicht werden, gilt weiterhin das traditionelle deutsche Vergaberecht.

2. Zweiteilung des Vergaberechts

Damit liegt eine bedenkliche und wenig überzeugende Zweiteilung des deutschen Vergaberechtssystems vor.

2.1 Öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte

Bei öffentlichen Aufträgen, deren geschätzte Gesamtauftragswerte ohne Umsatzsteuer (Schwellenwerte) die in der Vergabeverordnung genannten Beiträge erreichen oder überschreiten, sind

- die §§ 97 bis 129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546),
- die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 9. Januar 2001 (BGBl. I S. 110)

und – entsprechend der Auftraggebereigenschaft (§ 98 GWB) und der Art des beabsichtigten Auftrags –

- die Abschnitte 2 bis 4 der VOL Teil A (VOL/A),
- die Abschnitte 2 bis 4 der VOB Teil A (VOB/A) bzw.
- die VOF

anzuwenden. Durch die Verweisung in der Vergabeverordnung auf die Verdingungsordnungen erhalten diese Bestimmungen materiellen Rechtsnormcharakter.

Die VOF dient hinsichtlich der Vergabe freiberuflicher Leistungen der Umsetzung der Richtlinie 97/52/EG zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG (ABl. EG Nr. L 209 S. 1), 93/36/EWG (ABl. EG Nr. L 199 S. 1) und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, die das EG-Vergaberecht an das Beschaffungsübereinkommen der Welthandelsorganisation WTO anpasst, in deutsches Recht.

Für die Vergabe freiberuflicher Leistungen im Sektorenbereich enthält die Vergabeverordnung keine Regelungen. In diesen Fällen findet die Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. EG Nr. L 199 S. 84), geändert durch die Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 (ABl. EG Nr. L 101 S. 1), unmittelbar Anwendung.

Oberhalb des EU-Schwellenwertes sind freiberufliche Leistungen, die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können, nach der VOF zu vergeben.

2.2 Öffentliche Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Bei öffentlichen Aufträgen, deren geschätzte Gesamtauftragswerte ohne Umsatzsteuer (Schwellenwerte) die in der Vergabeverordnung genannten Beiträge nicht erreichen oder unterschreiten, sind

- der Abschnitt 1 der VOL/A und der Teil B der VOL (VOL/B),
- der Abschnitt 1 der VOB/A, der Teil B der VOB (VOB/B) und der Teil C der VOB (VOB/C)

in den jeweils geltenden Fassung der Verdingungsordnungen anzuwenden (vgl. § 31 GemHVO). Die VOF findet keine Anwendung.

2.3 Auswirkungen

Diese Zweiteilung spiegelt sich einmal innerhalb der Verdingungsordnung (VOB/A und VOL/A) wider, die in verschiedene Abschnitte eingeteilt sind: Entweder erfolgt die Vergabe nach den nationalen Regeln (Abschnitt 1) oder eine Vergabe erfolgt nach den um die EG-rechtlichen Neuerungen ergänzten Vorschriften, den „a-Paragrafen“ (Abschnitt 2), den „b-Paragrafen“ (Abschnitt 3) oder den „SKR-Paragrafen“ (Abschnitt 4). Diese schwerfällige Gliederung mit zahlreichen Wiederholungen wurde im Interesse der praktischen Handhabung konzipiert. Die Vierteilung folgt dem „Schubladenprinzip“. Danach prüft der Auftraggeber zuerst, ob er zum Kreis der öffentlichen Auftraggeber zählt. Anschließend stellt er fest, um welche Art der Leistung es sich handelt und ob der jeweilige Schwellenwert überschritten ist. Nachdem der Auftraggeber diese Frage geklärt hat, muss er den entsprechenden Abschnitt der jeweiligen Verdingungsordnung, das heißt die richtige Schublade öffnen. Darin findet er eine in sich geschlossene Vergaberegulierung vor.

Für die freiberuflichen Leistungen gilt das „Schubladenprinzip“ nicht. Die VOF gilt nur für öffentliche Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte, nicht für Sektorauftraggeber. Deshalb war eine Vierteilung bei der VOF nicht erforderlich.

Zum anderen begründet § 126 GWB über bestehende zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen (positive Vertragsverletzung und Verschulden beim Vertragsschluss) hinaus einen unmittelbaren und eigenständigen Anspruch auf Schadenersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebotes und der Teilnahme an einem Vergabeverfahren, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen hat und das beschwerdeführende Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

Schließlich ergeben sich Auswirkungen für den Rechtsschutz:

- Vergabeverfahren, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert den EU-Schwellenwert nach § 2 VgV nicht erreicht oder unterschreitet, unterliegen der allgemeinen Rechts- und Fachaufsicht (§ 102 GWB), d.h. unterhalb der Schwellenwerte gibt es Rechtsschutz für den Bieter „nur“ in Form von Fach- und Rechtsaufsicht.
- Bei Baumaßnahmen sind die Nachprüfungsstellen, an die sich der Bewerber oder Bieter zur Nachprüfung behaupteter Verstöße gegen die Vergabebestimmungen wenden kann, in der Bekanntmachung und in den Verdingungsunterlagen anzugeben (§ 31 VOB/A).
- Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten im Rahmen der Rechts- und Fachaufsicht können alle Vergabeverfahren, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert den EU-Schwellenwert nach § 2 VgV erreicht oder überschreitet, auf Antrag in einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB durch die zuständige Vergabekammer überprüft werden.

§ 17 VgV verpflichtet die Auftraggeber, in der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen die Anschrift der zuständigen Vergabekammer zu benennen. Die nach § 103 GWB eingerichteten Vergabeprüfstellen können zusätzlich bekannt gegeben werden (vgl. § 31a VOB/A, § 32a VOL/A und § 21 VOF).

(Zum Rechtsschutz vgl. 5).

2.4 Schwellenwerte für europaweite Ausschreibungen

Lieferaufträge	Dienstleistungsaufträge	Baufträge
<ul style="list-style-type: none"> ● Öffentliche Auftraggeber = 200.000 EUR ● oberste Bundesbehörden = 134.000 EUR 	<ul style="list-style-type: none"> ● Öffentliche Auftraggeber = 200.000 EUR 	<ul style="list-style-type: none"> ● Öffentliche Auftraggeber = 5.000.000 EUR
Auftraggeber aus den Bereichen <ul style="list-style-type: none"> ● Wasser, Energie, Verkehr = 400.000 EUR ● Telekommunikation = 600.000 EUR 	Auftraggeber aus den Bereichen <ul style="list-style-type: none"> ● Wasser, Energie, Verkehr = 400.000 EUR ● Telekommunikation = 600.000 EUR 	Auftraggeber aus den Bereichen <ul style="list-style-type: none"> ● Wasser, Energie, Verkehr, Telekommunikation = 5.000.000 EUR

Ob die Schwellenwerte überschritten werden, richtet sich nach dem Auftragswert ohne Umsatzsteuer. Dabei ist von der im voraus geschätzten Gesamtvergütung auszugehen. Die Verdingungsordnungen unterbinden Versuche der Auftraggeber, europaweite Ausschreibungen dadurch zu vermeiden, dass sie die Schwellenwerte durch geschicktes Taktieren unterschreiten. Deshalb ist es beispielsweise verboten, Aufträge aufzuteilen, um sie der Anwendung der Vorschriften für europaweite Vergaben zu entziehen.

Das Umgehungsverbot verpflichtet auch dazu, Teilaufträge, zum Beispiel bei Losvergaben, grundsätzlich zusammenzurechnen. Allerdings können keine Teillose bis zu bestimmten Einzel- und Gesamtwerten auch so vergeben werden, dass die Vorschriften für europaweite Vergaben darauf nicht angewandt werden. Für Daueraufträge gelten weitere Besonderheiten. Hier entscheidet der tatsächliche Gesamtwert des Auftrages. Soweit kein Gesamtpreis angegeben ist, ist bei einer Laufzeit von bis zu vier Jahren der Wert für die gesamte Laufzeit maßgeblich, bei einer Vertragslaufzeit, die vier Jahre überschreitet, kommt es auf den Vertragswert für vier Jahre an.

3. Grundsätze für die Vergabe

Die Vergabe erfolgt in verschiedenen Vergabeverfahren.

Nach **deutschem Recht** existieren drei Arten von Vergabeverfahren: die öffentliche Ausschreibung, die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe. Diese Verfahren kommen **unterhalb** der EG-Schwellenwerte weiterhin zur Anwendung. Die Verfahren unterscheiden sich sowohl in der Bieterauswahl als auch im Ablauf voneinander (vgl. 3.1).

Bei **europaweiten Verfahren** oberhalb der Schwellenwerte werden aufgrund der Vorgaben durch die EG-Richtlinien andere Bezeichnungen für die Vergabeverfahren verwendet; wobei es jedoch trotz weitgehender Übereinstimmung auch einige Unterschiede gibt.

Das folgende Schaubild verdeutlicht die Terminologie:

UNTERSCHREITUNG	des SCHWELLENWERTES	ÜBERSCHREITUNG
Öffentliche Ausschreibung Beschränkte Ausschreibung Freihändige Vergabe (Nationale Vergabeverfahren)		Offenes Verfahren Nichtoffenes Verfahren Verhandlungsverfahren (Europaweite Vergabeverfahren)

3.1 Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Eine Ausschreibung nach dem rein nationalen Vergaberecht (Basisparagrafen) kommt immer dann in Betracht, wenn die nach § 100 Abs. 1 GWB, § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte nicht erreicht werden. Maßgeblich für die Berechnung und die Abgrenzung zwischen deutschem und europäischem Vergaberecht sind die Auftragswerte. Grundsätzlich ist bei der Bemessung der Auftragswerte von der voraussichtlichen Gesamtvergütung für die eingekaufte Leistung auszugehen. Unterhalb der EG-Schwellenwerte ist Ausgangspunkt des nationalen öffentlichen Vergaberechts zunächst das Haushaltsrecht der öffentlichen Auftraggeber.

In den Gemeindehaushaltsverordnungen (meist § 31 GemHVO) ist vorgesehen, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine Öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Des Weiteren gilt, dass der Abschluss von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu erfolgen hat. Diese einheitlichen Richtlinien stellen die VOB/A und die VOL/A (Basisparagrafen des 1. Abschnitts, ohne die a-Paragrafen) dar.

Das deutsche Vergaberecht kennt drei Arten von Vergabeverfahren:

- die Öffentliche Ausschreibung,
- die Beschränkte Ausschreibung und
- die Freihändige Vergabe.

Diese Verfahren unterscheiden sich vor allem in der Auswahl der Bieter und in der Bindung an den Verfahrensablauf.

Die Öffentliche Ausschreibung wendet sich an einen unbeschränkten Bieterkreis, die Beschränkte Ausschreibung und die Freihändige Vergabe sind auf einen beschränkten, zuvor ausgewählten Bieterkreis ausgerichtet.

Form und Ablauf des Verfahrens sind für die Öffentliche und Beschränkte Ausschreibung genau in den Verdingungsordnungen festgelegt. Für die Freihändige Vergabe hingegen gelten weitgehend keine geschriebenen Regelungen. Ihr Ablauf ist grundsätzlich frei. Allerdings hat die Rechtsprechung zu verschiedenen Punkten das allgemein geltende Gebot der Fairness und Transparenz konkretisiert (zu den Verfahren siehe 3.2.4).

Ein wichtiger Grundsatz des deutschen Vergaberechts ist die Gleichbehandlungspflicht gegenüber allen Bietern. Dieser Grundsatz ist in den einzelnen Verdingungsordnungen niedergelegt.

Nach traditionellem deutschem Vergaberecht gibt es keinen spezifischen Anspruch auf Einhaltung der Beschaffungsbestimmungen bzw. Aufhebung der durchgeführten Ausschreibung, insofern ist dem deutschen Recht ein „Primärrechtsschutz“ fremd.

Allein aus dem erwähnten Gleichbehandlungssatz kann für einen übergangenen Bieter ein Schadenersatzanspruch aus Vertrag oder vorvertraglicher Obliegenheit und deren Verletzung (culpa in contrahendo) folgen. Unter Umständen liegen auch Schadenersatzansprüche aus deliktischem Verhalten (§§ 823 ff. BGB) vor. Bietern steht im deutschen Vergaberecht lediglich ein „Sekundärrechtsschutz“ zu.

3.2 Vergaben nach europäischem Vergaberecht

3.2.1 Grundsätze

Durch das Vergaberechtsänderungsgesetz und dem damit neu geschaffenen Vierten Teil des GWB (§§ 97 – 129) ist das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe in Deutschland erstmals als Teil des Wettbewerbsrechts geregelt worden. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist begrenzt durch persönliche und sachliche Kriterien, die durch Begriffsdefinitionen der Auftraggebereigenschaft, der öffentlichen Aufträge und der Schwellenwerte eingegrenzt werden. Der Vierte Teil des GWB enthält im ersten Abschnitt im Wesentlichen nur die Vergabegrundsätze und die Auftraggeberdefinition, im zweiten Abschnitt die Regelungen zum Rechtsschutzsystem. Für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens selbst muss nach der gegebenen Konzeption auf die neu gefasste Vergabeverordnung, im Weiteren auf die jeweilige Verdingungsordnung zurückgegriffen werden.

3.2.2 Öffentliche Auftraggeber

Im Gegensatz zum institutionellen Auftraggeberbegriff im Bereich des deutschen Vergaberechts, gehen die EG-Richtlinien bzw. § 98 GWB vom so genannten „funktionalen Auftraggeberbegriff“ aus.

3.2.2.1 Klassische Auftraggeber

Zu den öffentlichen Auftraggebern gehören (selbstverständlich) die Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen nach § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB. Dies sind die klassischen Auftraggeber Bund, Länder und Kommunen, wobei zu den Kommunen auch die Eigenbetriebe gehören.

3.2.2.2 Öffentliche Unternehmen

Öffentliche Auftraggeber sind darüber hinaus nach § 98 Nr. 2 GWB die so genannten öffentlichen Unternehmen. Dies sind alle juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Gebietskörperschaften sie überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben, sie demnach beherrschen.

Insbesondere die Begriffe „Allgemeininteresse“ und „gewerblicher Art“ bereiten häufig Abgrenzungsschwierigkeiten. Die Schwierigkeiten begründen sich oftmals in der Absicht eines öffentlichen Unternehmens, „ins Privatrecht zu flüchten“. Soweit eine private Unternehmung nämlich nicht unter § 98 Nr. 2 GWB zu subsumieren ist, kommt allenfalls seine Eigenschaft als Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB in Betracht. Im Zweifelsfall kann es auch sein, dass sich das Unternehmen überhaupt nicht nach § 98 GWB qualifizieren lässt und demnach die Vergabevorschriften keine Anwendung finden.

- Der Begriff des „Allgemeininteresses“ ist der deutschen Rechtssprache grundsätzlich fremd und basiert auf dem Gemeinschaftsrecht. Er entspricht weitgehend dem Begriff des „öffentlichen Interesses“, den das deutsche Recht verwendet. Bislang existiert keine abschließende Definition in Literatur und Rechtsprechung zum Begriff des „Allgemeininteresses“. Grundsätzlich ist aber anerkannt, dass ein Handeln im Allgemeininteresse ausscheidet, wenn die öffentliche Hand vorwiegend oder ausschließlich im wirtschaftlichen Interesse oder im Interesse eines Dritten tätig ist, ohne das Letzteres im Interesse der Allgemeinheit, wie etwa bei einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, gerechtfertigt wäre. Die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig. Sie wirft Probleme auf, wenn die öffentliche Hand neue Tätigkeitsfelder besetzt.
- Neben der Aufgabenerfüllung im Allgemeininteresse muss der in § 98 Nr. 2 GWB erfasste Auftraggeber die Aufgaben in „nichtgewerblicher Art“ erfüllen. Zentrales Merkmal ist die Frage, ob sich der betreffende Auftraggeber auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb befindet (EuGH, Urteil v. 10.05.2001, Rechtssache: C-23/99 und C-260/99, Urteil v. 10.11.1998, Rechtssache: C-360/96). Zur Frage der Gewerblichkeit iSd § 98 Nr. 2 GWB kommt es darauf an, ob mit der Ausübung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe Kostendeckung erzielt werden kann. In einem solchen Fall kann eine Gewerblichkeit der Aufgabenwahrnehmung zu bejahen sein und eine Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB nicht vorliegen. Wird hingegen die Gemeinwohlaufgabe unabhängig davon durchgeführt, ob und in welchem Umfang Kostendeckung erzielt werden kann, ist das Tatbestandsmerkmal „in nichtgewerblicher Art“ nach § 98 Nr. 2 GWB erfüllt.

Eine noch relativ leicht erfassbare Eingrenzung ergibt sich aus dem Kriterium der Beherrschung durch eine Gebietskörperschaft, der das betroffene Unternehmen unterliegen muss. Beherrschung liegt vor bei einer überwiegenden Finanzierung durch eine oder mehrere Gebietskörperschaften. Dies wird unwiderleglich vermutet, wenn Kapitalbeteiligung von mehr als 50 % besteht. Beherrschung liegt auch vor, wenn zwar private Finanzierung gegeben ist, aber die Geschäftsführungsorgane entweder mehrheitlich von Gebietskörperschaften bestimmt oder aber auf andere Art und Weise kontrolliert werden (Stadtwerke GmbH, Messgesellschaften).

3.2.2.3 Verbände

Nach § 98 Nr. 3 GWB werden auch Verbände den klassischen öffentlichen Auftraggebern gleichgestellt. Von der Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 3 GWB werden damit vor allem Zweckverbände und Landschaftsverbände erfasst.

3.2.2.4 Sektorenauftraggeber

Die Vorschrift des § 98 Nr. 4 GWB erfasst als öffentlicher Auftraggeber ferner die privaten, staatsnahen Sektorenauftraggeber. Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss eine Tätigkeit im Sektorenbereich (Trinkwasser, Energieversorgung, Verkehr oder Telekommunikation) vorliegen. Es kommt mithin nicht allein auf die Konstitution des Auftraggebers nach privatem Recht an, vielmehr verfolgt die Norm des § 98 Nr. 4 GWB einen funktionalen Auftraggeberbegriff. Es ist zu beachten, dass § 98 Nr. 4 GWB Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht erfasst.

Übt eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, z.B. der Eigenbetrieb einer Kommune, eine Sektorentätigkeit aus, so unterliegt sie nicht dem Auftraggeberbegriff nach § 98 Nr. 4 GWB, sondern dem nach § 98 Nr. 1 GWB. Im Umkehrschluss folgt jedoch aus der Tatsache, dass eine juristische Person des Privatrechts eine Sektorentätigkeit ausübt, nicht zwingend, dass für sie die Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 4 GWB gegeben ist. Für diese juristische Person des Privatrechts ist vorrangig zu prüfen, ob nicht bereits eine Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB zu bejahen ist. Die Unterscheidung zwischen der Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 4 GWB und § 98 Nr. 2 GWB zeigt sich in der praktischen Auswirkung, dass die der Vorschrift des § 98 Nr. 4 GWB unterliegenden Auftraggeber aufgrund der Vergabeverordnung berechtigt sind, den Vierten Abschnitt der VOB/A bzw. VOL/A anzuwenden, nachdem der Auftraggeber in der Wahl des Vergabeverfahrens frei ist und dementsprechend das Verhandlungsverfahren ohne Begründungszwang wählen wird. Ist der Auftraggeber hingegen nach § 98 Nr. 2 GWB zu qualifizieren, unterliegt er nach den Vorschriften der Vergabeverordnung der Verpflichtung zur Anwendung des Dritten Abschnitts der VOB/A bzw. VOL/A, wenn er im Sektorenbereich tätig ist. Innerhalb des dritten Abschnittes gilt der Vorrang des Offenen Verfahrens vor den anderen Verfahrensarten.

Neben der Ausführung einer Sektorentätigkeit muss der Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB seine Tätigkeit „auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten“ ausüben.

Wird ein Sektorenauftraggeber in privater Rechtsform nicht auf der Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte tätig, kann er trotzdem unter § 98 Nr. 4 GWB fallen, wenn die klassischen öffentlichen Auftraggeber auf ihn einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Zur Bejahung des Beherrschungstatbestandes wird auf die o.g. Ausführungen verwiesen.

3.2.2.5 Auftraggeber zur Realisierung von Infrastrukturvorhaben

Die Vorschrift des **§ 98 Nr. 5 GWB** betrifft diejenigen Auftraggeber, die überwiegend staatlich finanzierte Vorhaben durchführen. Durch § 98 Nr. 5 GWB werden natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts zur Anwendung des Vergaberechtes verpflichtet, wenn sie als Auftraggeber Vorhaben realisieren, die für die öffentliche Infrastruktur eine herausragende Bedeutung haben. Dies sind Tiefbaumaßnahmen, Krankenhausbau, Sporthausbau, Sportstättenbau, der Bau von Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schulbau, Hochschulbau, Errichtung von Verwaltungsgebäuden. § 98 Nr. 5 GWB erfasst nicht nur die bauausführenden Auftraggeber, sondern auch diejenigen, die in Verbindung mit diesen Projekten Dienstleistungen und Auslobungsverfahren vergeben. Die Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 5 GWB setzt darüber hinaus voraus, dass die Projekte durch klassische öffentliche Auftraggeber (Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB) zu mehr als 50 % finanziert werden.

Auch Baukonzessionäre werden dem Vergaberecht unterworfen. Unternehmer, die eine derartige Konzession erhalten, sind verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen für das betreffende Infrastrukturprojekt das Vergaberecht anzuwenden, wenn die Konzession durch einen der klassischen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB gewährt worden ist.

3.2.3 Öffentlicher Auftrag

§ 99 GWB definiert die Aufträge, die unter den Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB fallen. Die Vorschrift enthält eine Übersicht und eine einheitliche Abgrenzung der einzelnen Auftragsarten untereinander. Nach § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

3.2.3.1 Auftragsarten

3.2.3.1.1 Abgrenzung der Auftragsarten

Schwierigkeiten bereitet zumeist die Unterscheidung zwischen den einzelnen Auftragsarten und die daraus resultierende Anwendbarkeit der jeweiligen Verdingungsordnung.

Grundsätzlich lässt sich eine bestimmte Prüfungsreihenfolge empfehlen. Begonnen wird mit dem **Bauftrag**. Liegt ein solcher nicht vor, ist zu prüfen, ob es sich um einen **Lieferauftrag** handelt. Wird auch diese Frage verneint, liegt definitiv ein **Dienstleistungsauftrag** vor.

Die Anwendung der Verdingungsordnungen gestaltet sich folgendermaßen:

- Bauauftrag: VOB/A
- Freiberufliche Leistung oberhalb der EG-Schwellenwerte: VOF
- Freiberufliche Leistung unterhalb der EG-Schwellenwerte: ggf. Haushaltsordnungen
- Alle sonstigen Lieferungen und Leistungen: VOL/A

3.2.3.1.2 Die Aufträge im Einzelnen

- § 99 Abs. 2 Satz 1 GWB definiert **Lieferaufträge** als Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf, Ratenkauf, Leasing, Miete oder Pacht mit oder ohne Kaufoption betreffen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Auch andere Vertragsarten können durchaus einen Lieferauftrag darstellen. Dies ist immer dann der Fall, wenn sich der Auftraggeber für einen längeren Zeitraum die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Ware gegen Zahlung eines Entgeltes verschafft.
- § 99 Abs. 3 GWB definiert den Begriff des **Baufrages** in drei Fallgestaltungen.
Baufträge sind hiernach
 - Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens;
 - Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- und Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll;
 - Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.
- Nach § 99 Abs. 4 GWB bezeichnen **Dienstleistungsaufträge** alle Verträge über Leistungen, die nicht unter § 99 Abs. 2 oder Abs. 3 GWB fallen und kein Auslobungsverfahren darstellen. Das Gesetz verzichtet auf eine ausdrückliche Definition und beschränkt sich darauf, Dienstleistungsaufträge lediglich abgrenzend zu beschreiben. Dementsprechend ist bei Prüfung der Frage, ob ein Dienstleistungsauftrag vorliegt, zunächst zu untersuchen, ob § 99 Abs. 2, 3 oder 5 GWB eingreift.

Die Bestimmungen, die öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen anzuwenden haben, ergeben sich aus den §§ 1, 2, 4 VgV. Die Vergabeverordnung unterscheidet zwischen gewerblichen Dienstleistungen, die dem Anwendungsbereich der VOL/A unterfallen, und bestimmten freiberuflichen Tätigkeiten, die nach der VOF vergeben werden. Freiberufliche Leistungen sind dann nach den Regeln der VOF auszuschreiben, wenn der Gegenstand der in freiberuflicher Tätigkeit erbrachten Leistung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann.

3.2.3.2 Abschließende Regelung

Die öffentlichen Aufträge beschränken sich auf die in § 99 GWB genannten Vertragsarten. Andere Verträge, die öffentliche Auftraggeber mit einem Unternehmen schließen, fallen nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts.

3.2.4 Europaweite Vergabeverfahren

Erreicht oder übersteigt der zu vergebende Auftrag den Schwellenwert, jenseits dessen europaweit ein Vergabeverfahren durchzuführen ist, kommen nach § 101 Abs. 1 GWB als Auftragsverfahren

- das Offene Verfahren,
- das Nichtoffene Verfahren oder
- das Verhandlungsverfahren

in Frage.

Unter diesen Verfahren gilt gemäß § 101 Abs. 5 GWB der grundsätzliche Vorrang des Offenen Verfahrens für alle öffentlichen Auftraggeber. Nur Auftraggeber, die allein unter § 98 Nr. 4 GWB fallen (private Sektorauftraggeber) sind berechtigt, zwischen dem Offenen, dem Nichtoffenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren zu wählen.

3.2.4.1 Offenes Verfahren

Nach § 101 Abs. 2 GWB sind Offene Verfahren solche, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird.

Das Offene Verfahren entspricht einer öffentlichen Ausschreibung im nationalen Vergaberecht (vgl. 3.1). Es ist dementsprechend in drei Phasen durchzuführen:

- Die **erste Phase** stellt die Vorbereitungsphase dar. Sie dient der Beurteilung des Bedarfs, der Schätzung der Kosten und der Möglichkeit, notwendige Genehmigungen einzuholen. Weiterhin ist zu ermitteln, ob für das Offene Verfahren ein ausreichender Wettbewerb besteht. Ist dies nicht der Fall, kann ggf. ein Nichtoffenes oder auch ein Verhandlungsverfahren zulässig sein. In der Vorbereitungsphase sind die Vergabeunterlagen zu erstellen. Diese beinhalten als Kernstück die Leistungsbeschreibung.
- Die **zweite Phase** stellt die Angebotsphase dar und markiert den Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens. Sie wird eingeleitet mit der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens im EG-Amtsblatt. Die Frist für die Abgabe eines Angebotes beträgt mindestens 52 Tage. Sie beginnt mit der Absendung der Bekanntmachung zum EG-Amtsblatt.
- Auf die Angebotsöffnung folgt die eigentliche Wertungsphase (**dritte Phase**) mit der formalen Angebotsprüfung und der Aufklärung des Angebotsinhaltes. Im Rahmen der Aufklärung des Angebotsinhaltes können Bietergespräche durchgeführt werden, die allerdings lediglich dazu dienen dürfen, Ungewissheiten über das Angebot selbst oder den jeweiligen Bieter zu beheben.

Die Wertungsphase schließt ab mit der Vorinformation an die unterlegenen Bieter, der Zuschlagserteilung und der abschließenden Formulierung des Vergabevermerkes.

3.2.4.2 Nichtoffenes Verfahren

Nach § 101 Abs. 2 sind Offene Verfahren solche, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Das Nichtoffene Verfahren wird in § 101 Abs. 3 GWB definiert als ein Verfahren, in dem öffentlich zur Teilnahme aufgefordert und aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird.

Das Offene Verfahren entspricht der Beschränkten Ausschreibung (vgl. 3.1). Es darf nur dann durchgeführt werden, wenn die auszuschreibende Leistung nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann, wenn es für den Auftraggeber oder die Bewerber ein unverhältnismäßig großen Aufwand verursachen würde oder wenn ein zuvor durchgeführtes Offenes Verfahren kein wirtschaftliches Ergebnis erbracht hat. Darüber hinaus ist das Nichtoffene Verfahren zulässig, wenn ein Offenes Verfahren wegen Dringlichkeit oder Geheimhaltung unzumutbar wäre.

Das Nichtoffene Verfahren durchläuft, genauso wie das Offene Verfahren,

- eine Vorbereitungsphase,
- eine Angebotsphase und
- eine Wertungsphase.

Zwischen die Vorbereitungsphase und die Angebotsphase tritt beim Nichtoffenen Verfahren der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb. Beim Nichtoffenen Verfahren wird mit der Bekanntgabe nicht direkt zur Angebotsabgabe aufgefordert, sondern zur Teilnahme am Teilnahmewettbewerb. Der Teilnahmewettbewerb selbst dient der Vorabprüfung der Eignung potenzieller Bieter. Diese Prüfung und Feststellung der Eignung der Interessenten erfolgt auf den Eingang der jeweiligen Teilnahmeanträge beim Auftraggeber. Der Teilnahmewettbewerb endet mit der Mitteilung des Resultats der Eignungsprüfung. Erst im Anschluss an den Teilnahmewettbewerb erfolgt eine Aufforderung zur Angebotsabgabe. Unternehmen, die nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind, dürfen keine Angebote abgeben. Der Auftraggeber ist berechtigt, im Falle der Vergabe im Nichtoffenen Verfahren eine Höchstzahl von Unternehmen zu bestimmen, die insgesamt zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Sie darf nicht unter fünf liegen.

3.2.4.3 Verhandlungsverfahren

Verhandlungsverfahren sind gemäß § 101 Abs. 4 GWB Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Es entspricht der Freihändigen Vergabe im nationalen Vergaberecht. Das Verhandlungsverfahren ist das am wenigsten regulierte Verfahren. Es ist nur zulässig, wenn einer der folgenden, abschließend aufgelisteten Ausnahmefälle einschlägig ist:

- Es wurden in einem vorausgegangenen Offenen oder Nichtoffenen Verfahren lediglich formfehlerhafte Angebote abgegeben, die zwingend auszuschließen waren.
- Es kommt nur ein einziges Unternehmen für die Leistungserbringung in Betracht.
- Die Leistung ist aus Gründen, die nicht in der Sphäre des Auftraggebers liegen, besonders dringlich.
- Eine besondere Geheimhaltung ist erforderlich.
- Die Leistung ist nicht so eindeutig und erschöpfend beschreibbar, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können.
- Die Leistungen verlangen besondere schöpferische Fähigkeiten.

3.2.5 Ausgeschlossene Personen

Nach § 16 Abs. 1 VgV dürfen die dort genannten Personen bei Entscheidungen des Auftraggebers in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken, soweit sie als voreingenommen gelten. Als voreingenommen gelten diejenigen natürlichen Personen, die

- Bieter oder Bewerber sind,
- einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in einem Vergabeverfahren vertreten,
- bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt sind oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind oder
- für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat, es sei denn, dass dadurch für die Person kein Interessenkonflikt besteht oder dass sich die Tätigkeiten nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken.

Die Vorschrift ist eine Ausgestaltung des Gleichbehandlungssatzes (§ 97 Abs. 2 GWB) und soll sicherstellen, dass für den Auftraggeber nur solche Personen tätig werden, die in ihren Interessen weder mit einem Bieter oder Bewerber noch mit einem Beauftragten des Bieters oder Bewerbers verknüpft sind.

§ 16 Abs. 2 VgV erweitert den Kreis der ausgeschlossenen Personen auf persönlich nahe stehende natürliche Personen wie Familienmitglieder, Verwandte und Lebenspartner.

Mit § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV wird geregelt, wie zu verfahren ist, wenn z.B. bei eingeschalteten Beratungsunternehmen eine Person dieses Unternehmens den Auftraggeber und den Bieter berät. Die in diesem Unternehmen beschäftigten Personen dürfen dann bei Entscheidungen im Vergabeverfahren nicht mitwirken. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich deren Tätigkeiten auf die Entscheidungen im Vergabeverfahren nicht auswirken oder für diese Personen kein Interessenkonflikt besteht.

Wie aus der Formulierung der Vorschrift ersichtlich ist, ist diese an den Auftraggeber gerichtet. Dieser hat dafür zu sorgen, dass keine ausgeschlossenen Personen an Entscheidungen mitwirken, die für das Vergabeverfahren von Bedeutung sind. Der Auftraggeber muss organisatorische Vorkehrungen dafür treffen, dass keine Beteiligung ausgeschlossener Personen stattfindet.

3.2.6 Zuschlagserteilung

Denkbar wäre für die Zuschlagserteilung, stets dasjenige Angebot zu wählen, das den niedrigsten Preis ausweist. Dieses Kriterium erweist sich allerdings als zu starr, um tatsächlich den Anforderungen gerecht zu werden, die die Komplexität der meisten Leistungsprofile stellt.

Aus dem genannten Grund legt § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A fest, dass der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist, wenn es um die Erteilung des Zuschlages geht. Vielmehr ist dasjenige Angebot zu wählen, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Die zu berücksichtigenden Aspekte sind neben dem Preis auch die Ausführungsfrist, Betriebs- und Folgekosten, Gestaltung, Rentabilität sowie der technische Wert.

Diese Regelung ermöglicht der Vergabestelle die Ausnutzung eines Ermessensspielraumes, um das rentabelste und das am besten den Leistungsanforderungen gerecht werdende Angebot zu wählen. Dies ist bei weitem nicht immer dasjenige mit dem geringsten Preis.

Auf Grund der §§ 141 und 143 des Sozialgesetzbuches – Neuntes Buch – (SGB IX) Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 19. Juni 2001 (BGBl. I S. 1046) sind öffentliche Aufträge, die von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten ausgeführt werden, diesen bevorzugt anzubieten.

Zum Nachweis der Bevorzugteneigenschaft ist den Vergabestellen auf Verlangen vorzulegen

- bei Werkstätten für Behinderte die von der Bundesanstalt für Arbeit nach § 142 SGB IX ausgesprochene Anerkennung und
- bei Blindenwerkstätten die Anerkennung im Sinne der §§ 5 und 13 des Blindenwarenvertriebsgesetzes vom 9. April 1965 (BGBl. I S. 311), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 23. November 1994 (BGBl. I S. 3475).

Der Nachweis der Bevorzugteneigenschaft kann durch eine entsprechende Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Ursprungs- oder Herkunftslandes der Einrichtung erbracht werden. Wird eine solche Bescheinigung in dem betreffenden Land nicht ausgestellt, so kann sie durch eine eidesstattliche Erklärung ersetzt werden, die die betreffende Einrichtung vor einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, einem Notar oder jeder anderen befugten Behörde des betreffenden Staates abgibt. In den Staaten, in denen es eine derartige eidesstattliche Erklärung nicht gibt, kann dies durch eine feierliche Erklärung ersetzt werden. Die Echtheit der eidesstattlichen oder feierlichen Erklärung ist durch die zuständige Behörde oder den Notar zu bescheinigen.

4. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Das öffentliche Vergaberecht ist durch Grundsätze und Ziele, die das gesamte Vergaberecht kennzeichnen, geprägt.

4.1 Transparenzgebot

Das Transparenzgebot, das eines der zentralen Vergabeprinzipien darstellt, fordert klare und nachvollziehbare Verfahren und vorhersehbare Entscheidungskriterien. Jedem potenziellen Bieter soll von Anfang an klar sein, welche Anforderungen das konkrete Vergabeverfahren an ihn stellt und wie seine Chancen bei einer Teilnahme stehen.

Ferner sollen alle Bieter darüber informiert werden, wie die anderen Teilnehmer geboten haben, um für zukünftige Vergabeverfahren Rückschlüsse ziehen zu können. Auf diese Weise können begangene Fehler in Zukunft vermieden und die Teilnahme an einem Vergabeverfahren taktisch optimiert werden. Auch die durch das Europarecht zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des gesamten Vergabeverfahrens, um anhand einer lückenlosen Dokumentation jeden einzelnen Schritt nachvollziehen zu können.

Im Hinblick auf die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes sind die verlangten Nachweise für die Beurteilung der Bieter-eignung und die Kriterien der Auftragserteilung in der Bekanntmachung zu dokumentieren, wenn diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt sind. Entscheidend ist, dass der Bieter anhand der ihm durch den Auftraggeber mitgeteilten abstrakten Kriterien in der Lage ist, seine Erfolgsaussichten selbst zu beurteilen und ggf. auch das Ergebnis des Auftraggebers anhand dessen Kriterien nachzuvollziehen.

Die Pflicht, ungesunde Begleiterscheinungen gem. § 2 Nr. 1 Satz 2 VOB/A zu bekämpfen, erfordert effektive Maßnahmen und Vorkehrungen des öffentlichen Auftraggebers zur Wahrung der Transparenz des Vergabeverfahrens. Hierzu gehört insbesondere die Wahrung des „Vier-Augen-Prinzips“ im gesamten Vergabeverfahren. Im Submissionstermin sind deshalb genügend Mitarbeiter des Auftraggebers zur Verfügung zu stellen, um alle notwendigen Verfahrenshandlungen rechtzeitig und unter gegenseitiger Kontrolle vorzunehmen. Hierbei ist gem. § 22 Nr. 1 VOB/A der Grundsatz der Bieteröffentlichkeit zu beachten. Durch den Verhandlungsleiter ist festzustellen, ob der Verschluss der Angebote unversehrt ist und sicherzustellen, dass die Angebote in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden. Dies erfolgt in der Regel durch einen Lochstempel. Danach erfolgt die Verlesung von Name und Wohnort der Bieter und Endbeträge der Angebote sowie die Bekanntgabe aller den Preis betreffenden Angaben. Damit sind insbesondere auch Preisnachlässe und Skonti zu verlesen. Lediglich Änderungsvorschläge und Nebenangebote werden ohne weiteren Inhalt bekannt gegeben. Dem Verhandlungsleiter obliegt damit die sorgfältige Prüfung des Angebotes insbesondere im Hinblick auf die Bekanntgabe aller preisrelevanten Angebotsbestandteile.

4.2 Fairer Wettbewerb

Das Gebot des fairen Wettbewerbs fordert, dass jedes Unternehmen, ganz gleich, welchem Mitgliedstaat der EG es entstammt, unter den gleichen Voraussetzungen am Wettbewerb teilnehmen darf. Verboten sind vermeidbare rechtliche und oder faktische Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme ge- bzw. behindert wird. Das Wettbewerbsgebot verbietet außerdem offensichtliche Verzerrungen des Wettbewerbs wie etwa Subventionen, die den freien Beschaffungsmarkt stören. Das Gleichbehandlungsgebot prägt alle Vergabeverfahren in vielen Details und verbietet, mit einzelnen Bietern ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu verfahren. So dürfen beispielsweise ortsansässige Unternehmen nicht bevorzugt werden. Auch dürfen einzelne Bieter keine genaueren und weiterreichenden Informationen erhalten als andere. Ein „Nachbessern“ von Angeboten, das einzelnen Bietern zugestanden wird, ist ebenfalls unzulässig. Nach diesem Grundsatz dürfen vergabefremden Kriterien, wie der Bevorzugung ortsansässiger ausbildender oder tariftreuer Betriebe, allenfalls dann für die Vergabe berücksichtigt werden, wenn zwei gleich wirtschaftliche Angebote vorliegen.

4.3 Mittelstandsförderung

Die Förderung des Mittelstandes ist seit jeher ein erklärtes politisches Ziel, das bisher nur Bestandteil der Verdingungsordnungen war und insbesondere in der grundsätzlichen Verpflichtung zur Aufteilung von Leistungen in Teil- und Fachlose (vgl. § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A, § 5 VOL/A) zum Ausdruck kam. Nunmehr ist dieser Grundsatz zur Förderung mittelständischer Interessen ausdrücklich als wirtschaftliches Ziel in § 97 Abs. 3 GWB fixiert worden.

Dem entspricht § 4 Nr. 8 (1) VOB/B, wonach der Auftraggeber die Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen hat und nur mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers an Nachunternehmer übertragen darf, soweit sein Betrieb auf die Leistung eingerichtet ist.

4.4 Verwirklichung des freien europäischen Binnenmarktes

Zahlreiche Vorschriften des Vergaberechts dienen der näheren Ausformung der Ziele des EG-Vertrages, die auf die Beseitigung jeglicher Handelshemmnisse innerhalb der Europäischen Gemeinschaft gerichtet sind. Konkretisiert werden vor allem die Grundfreiheiten, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleisten sollen.

4.5 Bekämpfung von Korruption und Betrug in der öffentlichen Verwaltung

Insbesondere im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist es von großer Wichtigkeit, das Vertrauen in die Verwaltung durch nachvollziehbare und durchschaubare Verfahren zu festigen. Diesem Anliegen dienen diejenigen Vorschriften, die eine Offenlegung und Kontrolle sämtlicher Schritte des Vergabeverfahrens regeln. Auch diesem Ziel dient das bereits angesprochene Transparenzgebot.

4.6 Sparsamkeit bei der Verwendung öffentlicher Mittel

Durch die gesetzliche Ausgestaltung der Vergabeverfahren soll sichergestellt werden, dass derjenige Bieter den Zuschlag erhält, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat. Auf diese Weise kann ein hohes Einsparpotential bei öffentlichen Ausgaben erreicht werden.

4.7 Verhandlungsverbot

Die VOL/A und die VOB/A verbieten den Auftraggebern grundsätzlich mit den Bietern zu verhandeln. In Offenen bzw. Nicht-offenen Verfahren dürfen Gespräche mit den Bietern nur zu dem Zweck geführt werden, Zweifel über Angebote oder Bieter auszuräumen. Dieses Verbot gilt allerdings nicht für Verhandlungsverfahren und ist deshalb nicht in die VOF aufgenommen worden. Auch im Verhandlungsverfahren sind die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs allerdings einzuhalten.

Das Verhandlungsverbot konkretisiert den Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Vergaberecht gilt. Danach ist der Auftraggeber grundsätzlich an seine Ausschreibung und die darin enthaltenen Angaben gebunden. Er darf sich nicht zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen und insbesondere nicht die Ausschreibungsvoraussetzungen während des Verfahrens ändern.

4.8 Geheimhaltungsgebot

Alle Vergabeverfahrensarten gehen vom Geheimhaltungsgebot aus, das einen geordneten Wettbewerb sichern und besondere Vorteile einzelner Bieter und Preisabsprachen verhindern soll. Danach dürfen Angebotsunterlagen beispielsweise nicht an Dritte herausgegeben werden. Auch nach dem Zuschlag dürfen Konkurrenten grundsätzlich keine Einsicht in die Vergabeakten erhalten, was die Einleitung von Nachprüfungsverfahren deutlich erschwert. Im Nachprüfungsverfahren nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz gibt es ein Akteneinsichtsrecht für alle Beteiligten. Die Akten müssen jedoch so geschwärzt werden, dass daraus Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht zu entnehmen sind.

4.9 Wettbewerbsgrundsatz

Nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz und den Verdingungsordnungen sind Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Die VOF verbietet unlautere und wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen; die VOB/A und die VOL/A verpflichten die Auftraggeber, solches Verhalten zu bekämpfen. Der Wettbewerbsgrundsatz verlangt, in einem möglichst formalisierten Verfahren möglichst vielen Bietern die Gelegenheit zu geben, ihre Leistung anzubieten. Daraus ergibt sich der Vorrang des Offenen Verfahrens vor dem Nichtoffenen und des Nichtoffenen Verfahrens vor dem Verhandlungsverfahren.

4.10 Generalübernehmer, Generalunternehmer und Nachunternehmer

4.10.1 Generalübernehmer

Die Vergabe von Bauleistungen an Generalübernehmer ist nicht zulässig. Generalübernehmer sind solche Unternehmen, die Planung, Koordinierung, Finanzierung usw. von Bauvorhaben insgesamt übernehmen, aber keine wesentliche Teile der Bauleistung selbst gewerbsmäßig erbringen.

Baubetreuungsunternehmen dürfen mit der Planung, Koordinierung und Finanzierung nur beauftragt werden, wenn

- baufachliche, technische, personelle und organisatorische Gründe dies erfordern,
- dem öffentlichen Auftraggeber alle wichtigen Entscheidungen insbesondere über Planungs- und Vergabeangelegenheiten (z.B. Wahl des Vergabeverfahrens, Auswahl der Bewerber, Zuschlagerteilung) vorbehalten bleiben,
- das Unternehmen verpflichtet wird, die für den öffentlichen Auftraggeber geltenden Vorschriften (z.B. VOB, VOL, HOAI) zu beachten.

4.10.2 Generalunternehmer

Eine Auftragsvergabe an Generalunternehmer ist nur in Ausnahmefällen und unter Beachtung des § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B zulässig. Generalunternehmer sind solche Hauptauftragnehmer, die sämtliche für die Herstellung eines Bauwerks erforderlichen Bauleistungen zu erbringen haben und wesentliche Teile hiervon selbst ausführen.

Bei der Vergabe umfangreicher Leistungen, insbesondere an Generalunternehmer, ist in die Verdingungsunterlagen folgende Klausel aufzunehmen:

„Der Auftragnehmer hat Nachunternehmer-(Zulieferer-)Aufträge an kleine und mittlere Unternehmen in dem Umfang zu vergeben, wie es mit der vertragsmäßigen Ausführung der Leistung zu vereinbaren ist. Entsprechende Maßnahmen und Bemühungen sind dem Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen. Die Bestimmungen des § 4 Nr. 8 VOB/B und des § 4 Nr. 4 VOL/B bleiben unberührt.“

4.10.3 Hauptunternehmer, Nachunternehmer

Für die Weitervergabe von Leistungen an Unterauftragnehmer (Nachunternehmer) ist in den Verdingungsunterlagen zu bestimmen, dass der Auftragnehmer (Hauptunternehmer)

- bei der Einholung von Angeboten für Nachunternehmeraufträge nach wettbewerblichen Gesichtspunkten verfährt und dabei kleinere und mittlere Unternehmen nicht benachteiligt,
- in seinem Angebot anzugeben hat, welche Leistungen an Unterauftragnehmer vergeben werden sollen,

- rechtzeitig vor der Übertragung Name und Anschrift der Unterauftragnehmer sowie deren Berufsgenossenschaft mitzuteilen hat,
- nur solche Unterauftragnehmer beauftragen darf, die die gewerbe- und handwerksrechtlichen Voraussetzungen für die Ausführung des zur vergebenen Unterauftrages erfüllen,
- gehalten ist, zu Unteraufträgen kleine und mittlere Unternehmen in dem Umfang heranzuziehen, wie es mit der vertragsmäßigen Ausführung der Leistung zu vereinbaren ist,
- die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB Teil B) und bei der Weitergabe von Leistungen die Allgemeinen Bestimmungen für die Ausführungen von Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL Teil B) zum Vertragsbestandteil zu machen hat,
- dem Nachunternehmer, insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise, der zu fordernden Sicherheiten und der Vertragsstrafe, keine ungünstigeren Bedingungen auferlegen darf, als zwischen ihm und dem Auftraggeber vereinbart sind,
- den Nachunternehmer davon in Kenntnis setzt, dass seine Leistung der Erfüllung eines öffentlichen Auftrages dient,
- auf Verlangen des Auftraggebers die Einhaltung vorstehender Verpflichtungen sowie Art und Umfang der zur Weitergabe vorgesehenen Leistungen nachzuweisen hat.

5. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz ist in §§ 102 ff. GWB geregelt. Allerdings gilt dieser Rechtsschutz nur bei Vergabeverfahren, die sich oberhalb der Schwellenwerte bewegen, so dass er bei nationalen Vergabeverfahren nicht greift.

5.1 Rechtsschutz bei nationalen Verfahren

Unterhalb des Schwellenwertes gibt es Rechtsschutzmechanismen für den Bieter in Form von Fachaufsicht und Rechtsaufsicht. Einen Anspruch auf rechtsaufsichtliches Einschreiten hat der Bieter bei der Vergabe unterhalb des Schwellenwertes nicht. Fach- und Rechtsaufsicht können alle erforderlichen Maßnahmen zur Überprüfung des Handelns und der Entscheidung der Vergabestellen ergreifen.

5.2 Rechtsschutz bei europaweiten Vergabeverfahren

Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten im Rahmen der Rechts- und Fachaufsicht können alle Vergabeverfahren, bei denen der geschätzte Gesamtauftragswert den EU-Schwellenwert nach § 2 VgV erreicht oder überschreitet, auf Antrag in einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB durch die zuständige Vergabekammer überprüft werden.

§ 17 VgV verpflichtet die Auftraggeber, in der Vergabebekanntmachung und den Vergabeunterlagen die Anschrift der zuständigen Vergabekammer zu benennen. Die nach § 103 GWB eingerichteten Vergabeprüfstellen können zusätzlich benannt werden (vgl. § 31 a VOB/A, § 32 a VOL/A und § 21 VOF).

5.2.1 Vergabekammern

5.2.1.1 Einrichtung

Vergabekammern sind gem. § 104 Abs. 1 GWB sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene eingerichtet.

Die Vergabekammer des Bundes wird gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 GWB beim Bundeskartellamt eingerichtet und ist für Nachprüfungsverfahren zuständig, die sich auf Auftragsvergabestellen des Bundes beziehen. Sie ist Tatsachen- und Rechtsinstanz. Gem. § 106 Abs. 1 Satz 4 GWB erlässt der Präsident des Bundeskartellamtes eine Geschäftsordnung, die vom Bundesministerium für Wirtschaft zu genehmigen ist.

Die Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern der Länder wird durch die nach Landesrecht zuständigen Stelle bzw. durch die Landesregierung bestimmt. Die Länder können auch gemeinsame Nachprüfungsbehörden einrichten, § 106 Abs. 2 Satz 3 GWB.

Obgleich die Vergabekammer keine gerichtliche Instanz ist, übt sie ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus, § 105 Abs. 1 GWB.

5.2.1.2 Besetzung

Die Vergabekammer ist mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besetzt (§ 105 Abs. 2 GWB). Der Vorsitzende und sein erster, hauptamtlicher Beisitzer müssen Beamte auf Lebenszeit sein und die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst besitzen. Einer von ihnen muss die Befähigung zum Richteramt besitzen; in der Regel ist dies der Vorsitzende. Weiterhin erforderlich sind gründliche Kenntnisse des Vergabewesens sowie mehrjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Vergabewesens. Diese Erfordernisse, die § 105 Abs. 2 GWB aufstellt, sollen eine hinreichende Sachkompetenz der Vergabekammer sicherstellen. Die zu erwartenden qualifizierten Entscheidungen sollen auch der Entlastung der Oberlandesgerichte dienen.

Die Mitglieder der Kammer werden gemäß § 105 Abs. 4 Satz 1 GWB auf die Zeit von fünf Jahren gewählt. Sinn dieser Regelung ist es, eine hinreichende Kontinuität in der Vergabekammer zu gewährleisten.

Durch § 105 Abs. 3 GWB wird dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer eine Alleinentscheidungsbefugnis eingeräumt, sofern die Vergabekammer dies beschließt. Der Beschluss ist unanfechtbar. In einfachen Fällen soll hiermit eine Beschleunigung des Verfahrens erreicht werden.

§ 104 Abs. 2 GWB weist der Vergabekammer die ausschließliche Prüfungskompetenz für alle vergaberechtlichen Ansprüche zu. Damit ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten bzw. zu den Verwaltungsgerichten nicht mehr eröffnet, sofern es darum geht, primären Rechtsschutz zu erlangen.

5.2.1.3 Verfahren

Der Gang des Verfahrens vor den Vergabekammer richtet sich nach den §§ 107 bis 115 GWB.

Die Vergabekammer wird nur auf Antrag des Bieters tätig (§ 107 Abs. 1 GWB). Dies unterstreicht ihre Stellung als individuelle Rechtsschutzinstanz. Die Antragsbefugnis des Unternehmens ergibt sich aus der geltend gemachten Verletzung subjektiver Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB. Der Antragsteller hat darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB).

§ 107 Abs. 3 GWB regelt eine Rügepflicht dahingehend, als dass der Antragsteller erkannte Fehler im Vergabeverfahren sofort zu rügen hat, wenn er sein Recht auf Nachprüfung nicht verwirken will (Präklusion). Diese Regelung will verhindern, dass der Antragsteller aus taktischen Gründen erst zu einem späteren Zeitpunkt gegen Rechtsverstöße vorgeht.

Der Antrag muss den Formerfordernissen des § 108 GWB entsprechen. Er ist schriftlich bei der Vergabekammer einzureichen und unverzüglich zu begründen. Das Begehren ist genau zu bezeichnen, ebenso der Antragsgegner. Der Antragsteller muss darlegen, dass die sofortige Rüge gegenüber der Vergabestelle erfolgt ist. Des Weiteren hat er die verfügbaren Beweismittel zu bezeichnen. Die behauptete Rechtsverletzung ist zu beschreiben und der Sachverhalt ist darzustellen. Mit diesen detaillierten Formerfordernissen bezweckt der Gesetzgeber, eine möglichst rasche Entscheidungsfindung herbeizuführen.

Das Verfahren vor der Vergabekammer unterliegt dem Untersuchungsgrundsatz (§ 110 GWB). Die Vergabekammer hat den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen.

Sie fordert bei dem Auftraggeber die Vergabeakten an und kann diese notfalls auch zwangsweise beschaffen (§ 110 Abs. 2 Satz 4 GWB).

§ 111 GWB gewährt allen Verfahrensbeteiligten ein Recht auf Akteneinsicht. Dieses kann aus wichtigen Gründen, z.B. aufgrund von Betriebs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen eingeschränkt werden.

Die Vergabekammer entscheidet aufgrund einer mündlichen Verhandlung, (§ 112 GWB). Diese ist auf einen Termin zu beschränken, um eine schnellstmögliche Entscheidung zu erreichen. Ebenfalls ist ein schriftliches Verfahren mit Zustimmung der Beteiligten möglich.

Der Beschleunigungsgrundsatz des § 113 GWB fordert eine Entscheidung innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Ausnahmsweise kann diese Frist bei besonderen Schwierigkeiten durch den Vorsitzenden verlängert werden. Die Beteiligten unterliegen der Pflicht, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, um einen raschen Abschluss des Verfahrens zu fördern. Ihnen können Fristen gesetzt werden, nach deren Ablauf die Präklusion eintritt.

Die Entscheidung der Vergabekammer beinhaltet die Feststellung, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Weiterhin trifft sie diejenigen Maßnahmen, die geeignet sind, die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Dabei ist die Kammer an Anträge nicht gebunden und kann unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Dies dient der gesetzgeberischen Intention, eine sachgerechte Klärung einzelner Vergabefragen zu erreichen.

Ein wesentlicher Punkt ist, dass ein bereits erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann (§ 114 Abs. 2 GWB). Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, dass mit dem Zuschlag auch der zivilrechtliche Vertrag mit dem Bieter abgeschlossen wird. Eine Vertragsanfechtung kommt nur in den seltensten Fällen in Betracht.

5.2.1.4 Entscheidung

Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht durch Verwaltungsakt (§ 114 Abs. 3 GWB). Die Vollstreckung richtet sich, auch gegen einen Hoheitsträger, nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder

5.2.1.5 Suspensiveffekt

Um den Rechtsschutz für den Bieter erst effektiv zu machen, darf der Auftraggeber ab der Zustellung des Antrags vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 GWB den Zuschlag nicht erteilen (§ 115 Abs. 1). Der Antrag besitzt somit einen Suspensiveffekt. Ein dennoch erteilter Zuschlag stellt einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB dar, so dass der mit Zuschlagserteilung geschlossene Vertrag nichtig ist.

Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber auf seinen Antrag gestatten, den Zuschlag dennoch zu erteilen, wenn nach einer Interessenabwägung die Nachteile der Verzögerung überwiegen. Das Beschwerdegericht, also das OLG, kann auf Antrag des Bieters das Verbot der Zuschlagserteilung wiederherstellen. Dieses Rechtsschutzsystem entspricht dem Regelungsmechanismus des § 80 a VwGO.

Einer drohenden Rechtsverletzung des Antragstellers, die auf andere Weise als durch den Zuschlag eintritt, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen begegnen (§ 115 Abs. 3 GWB). Auch in diesem Fall findet eine Interessenabwägung statt.

5.2.2 Vergabesenat

Bei den Oberlandesgerichten wird gem. § 116 Abs. 3 GWB ein Vergabesenat eingerichtet. Der Vergabesenat bildet die zweite Instanz im Nachprüfungsverfahren. Damit findet erstmals eine gerichtliche Nachprüfung statt

5.2.2.1 Sofortige Beschwerde

§ 116 Abs. 1 GWB eröffnet den Beteiligten die Möglichkeit der sofortigen Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammer. Auch bei Untätigkeit der Vergabekammer innerhalb der Fünf-Wochen-Frist ist gem. § 116 Abs. 2 GWB die Beschwerde zulässig. Die örtliche Zuständigkeit des Vergabesenats richtet sich nach dem Sitz der angerufenen Vergabekammer.

Die Einlegung der sofortigen Beschwerde unterliegt der Notfrist von zwei Wochen, beginnend mit der Zustellung der Entscheidung bzw. dem Ablauf der Fünf-Wochen-Frist.

Die Beschwerde ist zeitgleich mit ihrer Einlegung zu begründen, wobei die Begründung eine Erklärung über die Reichweite der Anfechtung, einen konkreten Antrag und die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln enthalten muss. Vor dem Senat besteht zudem Anwaltszwang. Der Rechtsanwalt muss bei einem deutschen Gericht – ganz gleich, bei welchem – zugelassen sein und die Beschwerdeschrift unterzeichnen. Der Anwaltszwang entfällt bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

5.2.2.2 Aufschiebende Wirkung der Beschwerde

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (§ 118 Abs. 1 GWB); diese entfällt allerdings zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist.

5.2.2.3 Vorabentscheidung über den Zuschlag

Nach § 121 Abs. 1 GWB kann das Gericht auf Antrag des Auftraggebers gestatten, das Vergabeverfahren fortzuführen und den Zuschlag zu erteilen. Es findet hier wiederum eine Interessenabwägung statt. Nur wenn die Beschwerde hinreichend Aussicht auf Erfolg hat und öffentliche Interessen an der schnellen Realisierung der Ausschreibung es nicht erfordern, soll der Beteiligte einen Stopp des Verfahrens erwirken können.

Der Antrag ist wiederum schriftlich zu stellen und zu begründen. Die Eilbedürftigkeit ist glaubhaft zu machen.

Unverzüglich, spätestens mit Ablauf von fünf Wochen, trifft das Gericht eine Entscheidung über den Antrag. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Unterliegt der Auftraggeber, so gilt das Vergabeverfahren nach Ablauf von zehn Tagen als beendet; eine Korrektur des Verfahrens ist jedoch möglich.

5.2.2.4 Beschwerdeentscheidung

Das Gericht hebt die Entscheidung der Vergabekammer auf, wenn es die Beschwerde für begründet hält. Es entscheidet entweder in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden, (§ 123 GWB), je nach der Entscheidungsreife und dem Fortschritt der Sachverhaltsaufklärung.

Um eine einheitliche Rechtsprechung der Vergabesenate zu gewährleisten, hat das Gericht, wenn es von der Rechtsprechung eines anderen Vergabesenates abweichen will, die Sache dem BGH vorzulegen; dieser entscheidet anstelle des Vergabesenats (§ 124 Abs. 2 GWB). Dies gilt nicht im Verfahren nach den §§ 118 Abs. 1 Satz 3 und 121 GWB.

Die rechtskräftigen Entscheidungen der Vergabekammern und Gerichte sind in Schadensersatzprozessen bindend (§ 124 Abs. 1 GWB).

6. Behandlung von Vergabeentscheidungen im Gemeinderat unter Beachtung des Grundsatzes der Sitzungsöffentlichkeit

In der Praxis stellt sich die Frage, ob Vergabeentscheidungen in öffentlicher oder in nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln sind.

Für die Frage, ob und in welchem Umfang Auftragsvergaben in öffentlicher oder nichtöffentlicher Sitzung zu behandeln sind, sind zum Einen die bundes- und landesrechtlichen Vorgaben (Kommunalrecht, Vergaberecht) und deren, vom Auftragswert (oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte) abhängige, unterschiedliche Bindungswirkung für die Kommunen zu berücksichtigen. **Zum Anderen** ist eine Differenzierung nach der Art der Leistung (Bau- oder Lieferleistung) geboten (vgl. **Wegbeschreibung RF 6**).

6.1 Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit

Nach den Gemeindeordnungen der Länder sind die Sitzungen des Gemeinderates bzw. Kreistages öffentlich, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist oder die Beratung in nicht öffentlicher Sitzung der Natur des Beratungsgegenstands nach erforderlich ist.

6.2 Vorrang des Vergaberechts

6.2.1 Für öffentliche Aufträge **oberhalb des EU-Schwellenwertes** sind

- die §§ 97 bis 129 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV)

und – entsprechend der Auftraggebereigenschaft (§ 98 GWB) und der Art des beabsichtigten Auftrags –

- die Abschnitte 2 bis 4 der VOB Teil A (VOB/A),
- die Abschnitte 2 bis 4 der VOL Teil A (VOL/A) und
- die VOF

zwingend anzuwenden. Diese bundesrechtlichen Vorschriften gehen den kommunalrechtlichen Vorschriften vor (Art. 31 GG).

Besondere Bedeutung hat die seit dem 01.02.2001 eingeführte Informationspflicht des Auftraggebers. Nach § 13 VgV sind Auftraggeber verpflichtet, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss schriftlich über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren.

6.2.2 Für öffentliche Aufträge **unterhalb der EU-Schwellenwerte** sind die Abschnitte 1 der VOB/A und VOL/A als einheitliche Richtlinien im Sinne der § 31 der Gemeindehaushaltsverordnungen anzuwenden. Dann besteht der Vorrang des Vergaberechts nicht. Das Kommunalrecht geht vom Grundsatz der Öffentlichkeit aus, der beim Vorliegen bei bestimmten Fallkonstellationen/Tatbestände jedoch eingeschränkt ist (vgl. **Wegbeschreibung RF 6**).

6.3 Vorgaben im Vergaberecht

6.3.1 Vergaben nach der VOL/A

- § 22 der VOL/A regelt die Behandlung der Angebote. Die Vorschrift begrenzt das Transparenzgebot und bestimmt, dass die
 - Bieter zum Verhandlungstermin nicht zuzulassen sind (Nr. 2 Abs. 3),
 - nach Nr. 4 anzufertigende Niederschrift weder den Bieter noch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden darf (Nr. 5) und
 - Angebote und ihre Anlagen sorgfältig zu verwahren und vertraulich zu behandeln sind (Nr. 6 Abs. 1).
- Nach § 24 Nr. 3 VOL/A sind Grund und Ergebnis der mit den Bieter geführten Aufklärungsverhandlungen vertraulich zu behandeln.
- § 13 VgV und die §§ 27 und 27 a VOL/A regeln den Umfang der Informationen, die der Auftraggeber erfolglosen Bewerbern und Bieter erteilen muss. Sie erhalten Auskunft über
 - den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll,
 - die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots,
 - die Gründe für die Ablehnung ihrer Bewerbung bzw. ihrer Angebots,
 - die Anzahl der eingegangenen Angebote sowie
 - den niedrigsten und höchsten Angebotsendpreis der geprüften Angebote.Diese Informationen dürfen nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 27 Nr. 3 VOL/A vorliegen und eine Interessenabwägung nach § 27 a Abs. 2 VOL/A entsprechende Informationen zulässt.
- § 28 a VOL/A enthält eine Mitteilungspflicht des Auftraggebers über vergebene Aufträge. Der Inhalt der Bekanntmachung ergibt sich aus Anhang E der VOL/A. Allerdings sind Angaben – mit Ausnahme der Zuschlagserteilung an sich – nicht zulässig, wenn diese
 - dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen,
 - die legitimen geschäftlichen Interessen einzelner öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder
 - den fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würden.

Demzufolge handelt es sich bei Leistungen im Sinne der VOL/A – anders als bei Bauleistungen – vielfach um vergleichbare, wiederkehrende und marktgängige Leistungen, die es allen Bieter ohne weiteres ermöglichen, unmittelbar die Einheitspreise zu vergleichen. Bei Offenlegung der Preisangebote würden viele Bewerber in der freien Gestaltung ihrer Angebote nach Preis, Rabatt, Skonti usw. behindert sein.

Mit dem Angebot sind Nachweise vorzulegen und Angaben zu machen über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens (Bankerklärungen, Bilanzen), die fachliche und technische Leistungsfähigkeit, die Fachkunde und die Zuverlässigkeit.

Die Bieter haben ein berechtigtes Interesse, dass ihre Geschäfts- und Kalkulationsgeheimnisse sowohl der Öffentlichkeit als auch anderen Mitbieter nicht bekannt werden.

Diesem Interesse dienen die Geheimhaltungsvorschriften. Sie entsprechen dem Wettbewerbsprinzip des Vergaberechts, öffentliche Aufträge in einem fairen, diskriminierungsfreien Verfahren nach objektiven und sachbezogenen Auswahl- und Zuschlagskriterien auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Durch die vertrauliche Behandlung der Vergabeunterlagen sollen Wettbewerbsbeeinflussungen erschwert werden. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass Rückschlüsse auf die unternehmensinterne Kalkulation gezogen werden könnten.

Die sich hieraus ergebende Vertraulichkeitspflicht des Auftraggebers kann grundsätzlich nur erreicht werden, wenn VOL-Vergaben in nicht öffentlicher Sitzung behandelt werden.

Die Bekanntgabe der in nicht öffentlicher Sitzung gefassten Beschlüsse beschränkt sich damit in der Regel allein auf die Tatsache der Zuschlagserteilung.

6.3.2 Vergaben nach der VOB/A

Bei der Vergabe von Bauaufträgen sind insbesondere die folgenden Regelungen des § 22 VOB/A einschlägig.

- Zum Eröffnungstermin sind nur die unmittelbar Beteiligten, also die Bieter und deren Bevollmächtigten sowie der Auftraggeber zugelassen (Nr. 1).

- Im Eröffnungstermin werden bekannt gegeben
 - Name und Wohnort der Bieter,
 - die Endbeträge der Angebote oder ihrer einzelnen Abschnitte,
 - andere, den Preis betreffende Angaben und
 - ob und von wem Änderungsvorschläge und Nebenangebote eingereicht wurden.

Diese Angaben dürfen den Bietern auch mitgeteilt werden (Nr. 7). Weiteres aus dem Inhalt der Angebote soll nicht mitgeteilt werden (Nr. 3 Abs. 2). Mitteilungen an Dritte sind nicht zulässig.
- Über den Eröffnungstermin ist eine Niederschrift zu fertigen (Nr. 4 Abs. 1). Ein Einsichtsrecht in die Niederschrift haben ausschließlich die Bieter und ihre Bevollmächtigten (Nr. 7).
- Die Niederschrift darf nicht veröffentlicht werden (Nr. 7).
- Nr. 8 verpflichtet die Auftraggeber zur Verwahrung und Geheimhaltung der Angebote.
- Auf Antrag sind
 - den nicht berücksichtigten Bewerbern und Bietern die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbung oder ihres Angebots und
 - den Bietern auch der Name des Auftragnehmers mitzuteilen (§ 27 VOB/A, § 13 VgV).
- § 28 a VOB/A verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, vergebene Aufträge nach Anhang E der VOB/A bekannt zu machen. Angaben, deren Veröffentlichung
 - den Gesetzesvollzug behindern,
 - dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen,
 - die berechtigten geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder
 - den fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen beeinträchtigen würden, sind nicht zulässig.

Im Gegensatz zur VOL/A haben die o.g. Vorschriften der VOB/A insbesondere die Kontrolle der Angebote durch die Mitbewerber zum Ziel. Dies rechtfertigt grundsätzlich eine Behandlung von VOB-Vergaben in öffentlicher Sitzung, sofern keine schutzwürdigen Interessen der Bieter verletzt werden oder öffentliche Interessen entgegen stehen.

Das Gebot der Geheimhaltung erfordert es jedoch, dass insbesondere

- das Submissionsergebnis, also der Inhalt der Niederschrift,
- der Inhalt der einzelnen Angebote,
- Einzelheiten der Preisgestaltung,
- Fragen der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde der Bieter,
- die Erörterung von Angeboten, die gem. § 25 Nr. 1 VOB/A von der Wertung ausgeschlossen wurden,
- Angaben, die zur Anmeldung eines gewerblichen Schutzrechtes verwertet werden sollen und entsprechend deklariert wurden

in nicht öffentlicher Sitzung behandelt werden. Aus der Verpflichtung zur Geheimhaltung der Angebote ergibt sich, dass Auskünfte an Dritte und damit auch gegenüber der Öffentlichkeit nur in dem vorgenannten engen Rahmen zulässig sind. Dies dürfte in der Regel dazu führen, auch VOB-Vergaben in nicht öffentlicher Sitzung zu behandeln.

Dagegen bestehen grundsätzlich keine Bedenken VOB-Vergaben in öffentlicher Sitzung zu behandeln, wenn dies auf der Grundlage einer Beschlussempfehlung der Verwaltung erfolgt, in der die nach Prüfung und Wertung der Angebote (durch die Verwaltung) im Wettbewerb verbliebenen Bieter, die Submissionsergebnisse, die geprüften Angebotssummen und ggf. anonymisiert die Gründe für den Ausschluss von Mitbewerbern aufgeführt sind.

6.3.3 Vergaben nach der VOF

Aufträge nach der VOF werden ausschließlich im Verhandlungsverfahren vergeben. Gegenstand der Verhandlungen ist insbesondere die Leistungsfähigkeit der Bewerber. Die Natur dieser Vergabeart erfordert daher eine Behandlung in nicht öffentlicher Sitzung.

6.4 Zusammenfassung:

Eine generelle Aussage, in welchen Fällen Vergabeentscheidungen in nicht öffentlicher Sitzung zu behandeln sind, ist wegen der komplizierten Rechtslage nur im Einzelfall möglich.

Bei öffentlichen Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte sind die o.g. Verfahrensregeln aufgrund der Verbindlichkeit der Verdingungsordnungen zwingend zu berücksichtigen.

Der Inhalt der Angebote darf daher nur den mit der Entscheidung betrauten Personen bzw. Gremien/Organen des öffentlichen Auftraggebers zugänglich gemacht werden. Eine schuldhaftige Verletzung der sich aus den Geheimhaltungsvorschriften ergebenden Sorgfaltspflichten kann zu Schadenersatzansprüchen (culpa in contrahendo) führen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sind Vergabeentscheidungen grundsätzlich in nicht öffentlicher Sitzung zu behandeln. Dies schließt nicht aus, im Einzelfall zu prüfen, ob nach Abwägung der o.g. Interessen eine Behandlung in öffentlicher Sitzung geboten ist.

Für Wettbewerbe gelten die in der VOL/A und VOF enthaltenen Sonderregelungen. Sie können grundsätzlich in öffentlicher Sitzung vergeben werden.

7. Ausschreibungspflicht von Kommunen bei der Beauftragung von Eigenbetrieben und von kommunalbeherrschten Gesellschaften

7.1 Beauftragung eines privaten Unternehmens

Bei der Beauftragung eines privaten Unternehmens durch die Kommune, etwa zwecks Durchführung der Müllentsorgung, ist bei der Auftragsvergabe das öffentliche Auftragsrecht und damit der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung zu beachten. Das VG Neustadt a.d.W. hatte sich in einer Entscheidung vom 14. April 1997 mit der Frage der Rechtmäßigkeit eines kommunalen Gebührenbescheids für die Müllentsorgung auseinander zu setzen. Das Gericht entschied, dass der Gebührensatz nichtig und der Bescheid rechtswidrig sei, weil die Gemeinde den Entsorgungsauftrag freihändig vergeben hatte und nicht – wie erforderlich – öffentlich ausgeschrieben hatte. Der Kernsatz der Entscheidung lautet: „Aus dem Fehlen einer solchen Ausschreibung folgt, dass die rechtsatzmäßige Festlegung der Gebührensätze auf einer (rechtlich) nicht ordnungsgemäß entstandenen Berechnungsgrundlage beruht, was die Unwirksamkeit der die Gebührensätze betreffenden Satzungsregeln nach sich zieht.“

Mit Urteil vom 9. April 1997 hat das OVG Rheinland-Pfalz gleichlautend entschieden. Danach sind kommunale Gebietskörperschaften grundsätzlich verpflichtet, eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, wenn sie Aufträge über Maßnahmen vergeben wollen, deren Kosten in Form von Abgaben umgelegt werden. Auf einen Verstoß gegen das Ausschreibungsgebot – so das OVG – könne sich der Abgabepflichtige berufen.

7.2 Keine Ausschreibungspflicht bei der Beauftragung eines Eigenbetriebs

Eine Ausschreibungspflicht der Kommunen und damit die Anwendung der Vergaberegeln (VOB, VOL und VOF) kommt dann nicht zum Tragen, wenn die Kommune ihren Eigenbetrieb mit der Ausführung bestimmter Leistungen „beauftragt“. Der Eigenbetrieb besitzt keine eigene Rechtsfähigkeit und ist mit der Gebietskörperschaft rechtlich identisch. Es fehlt daher an einem zwischen einem Auftraggeber auf der einen Seite und einem Leistungserbringer auf der anderen Seite geschlossenen Vertrag mit einem Dritten.

7.3 Beauftragung von Eigengesellschaften

Eigengesellschaften sind Gesellschaften, deren Anteile sich vollständig im Besitz der kommunalen Gebietskörperschaften befinden. Ein Verzicht auf ein Vergabeverfahren bei Beauftragung der Eigengesellschaft ist nach den in Rechtsprechung und Literatur restriktiv ausgelegten Ausnahmevoraussetzungen der Teckal-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 18.11.1999, WuW 2000, S. 449) nur dann zulässig, wenn

- der öffentliche Auftraggeber Gesellschafter ist,
- der Auftraggeber die Gesellschaft wie eine eigene Dienststelle beherrschen kann, so dass der Gesellschaft keine eigene Entscheidungsgewalt zukommt und
- die Gesellschaft überwiegend Leistungen für den öffentlichen Gesellschafter erbringt (sog. Inhouse-Geschäft).

7.4 Beauftragung einer Beteiligungsgesellschaft

Diese vom EuG geforderten Voraussetzungen liegen nach h.M. bei Beteiligungsgesellschaften nicht vor, so dass vor Auftragsvergabe an Beteiligungsgesellschaften ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass bei privater Beteiligung bis zu 10 % noch von einem sog. Inhouse-Geschäft ausgegangen werden könne.

7.5 Veräußerung von Gesellschaftsanteilen

Im Grunde ist die Umstrukturierung, also die Veräußerung von Anteilen an einer kommunalen Gesellschaft durch die Gebietskörperschaft an einen privaten Dritten, ein vergaberechtsfreier Vorgang. Aber aus dem Umgehungsverbot folgt, dass dies dann nicht gilt, wenn nach Maßgabe einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die gesellschaftsrechtliche oder vertragliche Konstruktion so gewählt wird, dass als Konsequenz der private Partner in den Genuss von öffentlichen Aufträgen kommt, die andernfalls ausgeschrieben werden müssen. Beide Vorgänge bilden dann eine wirtschaftlich untrennbare Einheit. Demzufolge hat das OLG Brandenburg einen beschaffungsrechtlichen Bezug angenommen, wenn

- die Anteilsübertragung direkt mit der Vergabe eines dem neu eintretenden Gesellschafter zugute kommenden öffentlichen Auftrags im Sinne des § 99 GWB zusammenfällt oder
- der neu eintretende Gesellschafter indirekt an einem derartigen Auftrag, der der Tochtergesellschaft zu einem früheren Zeitpunkt erteilt worden war, beteiligt wird (OLG Brandenburg, Vergabe 2002, S. 45 ff.).