

# A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

## I. Vergaberecht als Rechtsgebiet

Gegenstand des Vergaberechts<sup>1</sup> ist die **Beschaffung von Gütern sowie Bau- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand** als Teil der sog. **Fiskalverwaltung**. Die Beschaffung der für die öffentliche Verwaltung erforderlichen Leistungen und Güter – z.B. von Grundstücken, Bauwerken, Büromaterial, Fahrzeugen etc. – erfolgt durch **privatrechtliche Verträge** (Kaufverträge, Werkverträge, Mietverträge etc.), für deren Abwicklung die Vorschriften des BGB und seiner Nebengesetze gelten. Die Verwaltung tritt in diesem Zusammenhang wie ein Kunde auf; hoheitliche Befugnisse stehen ihr dabei nicht zu.<sup>2</sup>

Der Grund für die Einführung vergaberechtlicher Regeln, die öffentliche Auftraggeber bei der Güterbeschaffung einschränken, liegt in der weitreichenden Bedeutung öffentlicher Aufträge, die weiterhin einen großen Teil des Wirtschaftsvolumens in der EU ausmachen. Aufgrund dieses hohen ökonomischen Gewichts kommt der Auftragsvergabe ein besonderer **Steuerungsmechanismus gegenüber der Wirtschaft** zu, woraus die Gefahr sachwidriger Ungleichbehandlung einzelner potenzieller Auftragnehmer durch die öffentliche Hand erwächst.<sup>3</sup>

Zugleich ist das Vergaberecht Teil des **Haushaltsrechts**, da die Vergabe nach dem Grundsatz des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses unter allen Wettbewerbern dem gesetzlichen Ziel einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung entspricht.<sup>4</sup>

Auch aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber zu einer **transparenten, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien Vergabe** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.<sup>5</sup>

Die Gesamtheit derjenigen Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, bildet das **Vergaberecht**.<sup>6</sup>

## II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Das Vergaberecht wird durch eine Reihe tragender Prinzipien geprägt, die bei seiner Anwendung und Auslegung zu beachten sind und sich im Wesentlichen

1 Zur Entwicklung des Vergaberechts seit 1999 s. *Byok*, NJW 2001, 2295; NJW 2004, 198; NJW 2006, 2076; NJW 2008, 559; NJW 2009, 644; NJW 2010, 817.

2 *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Grundzügen des Verwaltungsprozessrechts, 3. Aufl. 2009, § 25 Rn. 11.

3 *Erbguth*, a.a.O., § 25 Rn. 12; näher zum Ganzen *Bungenberg* in: Loewenheim u.a. (Hrsg.), *GWB*, Vor §§ 97 ff. Rn. 1 ff.

4 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kapitel 1 Rn. 5.

5 *Bungenberg* in: Loewenheim u.a. (Hrsg.), *GWB*, § 97 Rn. 1.

6 BVerfG, NVwZ 2006, 1396.

## Einführung in das Vergaberecht

zu folgendem **Gebot** zusammenfassen lassen: Der öffentliche Auftraggeber ist zu einer möglichst **transparenten** und **diskriminierungsfreien** Beschaffung im **Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.<sup>7</sup>

### 1. Transparenzgebot

Das vergaberechtliche Transparenzgebot folgt aus dem primären Unionsrecht (AEUV)<sup>8</sup> und ist in § 97 Abs. 1 GWB normiert.<sup>9</sup> Es fordert im Wesentlichen **übersichtliche, nachvollziehbare Verfahren** und **vorhersehbare Entscheidungskriterien**. Dem potenziellen Bieter soll von Anfang an klar sein, welche Anforderungen das konkrete Vergabeverfahren an ihn stellt und wie seine Chancen bei einer Teilnahme stehen. Die Sicherstellung von Transparenz dient sowohl den Interessen des Auftragnehmers als auch denen des Auftraggebers. Eine transparente Vergabe gewährleistet bessere Informationen der Bieter über Ausschreibungen, stärkt das Vertrauen der Bieter in die Verlässlichkeit der öffentlichen Hand, mindert Missbrauch und Verschwendung von öffentlichen Geldern sowie Korruption.<sup>10</sup> Transparenz ist zudem eine Voraussetzung für die **Verwirklichung des Wettbewerbsgebots**<sup>11</sup>: Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn potenzielle Bieter überhaupt Kenntnis von den nachgefragten Leistungen und den Ausschreibungsbedingungen erlangen können.

Das Transparenzgebot wird **ex ante** durch die **öffentliche Ausschreibung** und **Öffentlichkeit** verwirklicht; es stellt Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Leistungsinhalt, die Veröffentlichung der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsbedingungen. Der Inhalt der Leistung und die Bedingungen des Auftrags müssen so **eindeutig und erschöpfend** beschrieben werden, dass alle Bewerber die Leistungsbeschreibung im gleichen Sinne verstehen und ihr entnehmen können, welche Erklärungen sie wann abzugeben haben.<sup>12</sup> Ein **Verstoß** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>13</sup> und das Transparenzgebot liegt vor, wenn nicht alle Bieter zum Zeitpunkt der Angebotserstellung über die gleichen Informationen verfügen und damit die gleichen Chancen haben.<sup>14</sup> Die **Zuschlagskriterien** müssen zudem in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung so gefasst sein, dass alle durchschnittlichen fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Der Auftraggeber muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien halten.<sup>15</sup> Er darf die Be-

7 *Bungenberg* in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB, § 97 Rn. 1.

8 Hierzu näher unter A.III.2.a.

9 Ebenso in § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A, § 2 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A.

10 *Bungenberg* in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB, § 97 Rn. 12.

11 Hierzu unter A.II.2.

12 Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A und § 7 Abs. 1 VOL/A, § 8 EG Abs. 1 VOL/A, § 6 Abs. 1 VOF; s. auch BGH, Urteil v. 3.4.2012, X ZR 130/10 – „Straßenausbau“ (vorgehend: OLG Naumburg, Urteil v. 30.9.2010, 1 U 50/10; nachgehend: OLG Naumburg, Urteil v. 20.12.2012, 2 U 92/12); OLG Dresden, BauR 2000, 1582 ff.

13 Dazu unter A.II.3.

14 OLG Celle, VergabeR 2002, 299, 301 f.

15 EuGH, Slg. 2001, I-7725.

## Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

schreibung des Auftragsgegenstands damit – auch im Verhandlungsverfahren – nicht mehr grundlegend ändern.<sup>16</sup>

Die **ex-post-Transparenz** wird durch Informations- und Dokumentationspflichten an den Auftraggeber geprägt. So sollen alle Bieter darüber informiert werden, wie die anderen Teilnehmer geboten haben, um ihnen Rückschlüsse zu geben, bestimmte Fehler in Zukunft zu vermeiden, und die Teilnahme an Vergabeverfahren taktisch zu optimieren. Die im Vergabevermerk festgehaltene Begründung für die Entscheidung muss detailliert genug sein, um von einem mit dem Vergabeverfahren vertrauten Leser nachvollzogen zu werden.<sup>17</sup> Insbesondere die für die Beurteilung des Bieters und des Angebots erforderlichen Nachweise sind in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu dokumentieren.<sup>18</sup>

Auch die vom Europarecht zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des Vergabeverfahrens, um anhand einer **lückenlosen Dokumentation** jeden einzelnen Schritt nachvollziehen zu können.<sup>19</sup> Die in der Dokumentation enthaltenen Angaben und mitgeteilten Gründe für die getroffenen Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind.<sup>20</sup>

### Fall 1: Der unsichtbare Preisnachlass

#### Sachverhalt:

Die B-Stadt-Klinikum GmbH hat im Rahmen des Neubaus der Psychiatrischen Klinik B-Stadt mit dem Los 2 die Heizungsinstallation und mit dem Los 3 die Sanitärinstallation EU-weit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Preisgünstigste Bieterin war im Eröffnungstermin am 16.10.2009 die Firma Warm GmbH. In einem Schreiben vom 15.10.2009 hatte sie bei einer Gesamtauftragserteilung einen Gesamtpreisnachlass von 5% angeboten. Sowohl das Originalangebot als auch das Schreiben wiesen keine Kennzeichnung auf. Auch das Submissionsprotokoll enthielt keinen derartigen Eintrag. Schließlich wurde der Zuschlag für beide Lose auf die Angebote der Firma Warm GmbH erteilt. Hiergegen legt die unterlegene Firma Heiß GmbH Rechtsbehelf ein. Mit Erfolg?

#### Lösung:

Um ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gewährleisten zu können, gibt § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A vor, dass im Eröffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden müssen. Dies betrifft auch alle Angaben, die den Preis betreffen. Diese sind entsprechend zu dokumentieren. Die fehlende Kennzeichnung des Preisnachlasses sowohl im Originalangebot als auch im Schreiben sowie das Fehlen entsprechender Vermerke im Protokoll, machen einen eindeutigen Nachweis, dass der Preisnachlass im Eröffnungstermin vorgelegen hat,

16 Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Abschn. C I 3. (S. 55, 56).

17 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 1146.

18 OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.6.2012, 11 Verg 12/11.

19 Siehe hierzu auch die „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabevermerken“ des Bundesverkehrsministeriums. Die Gestaltung der Vergabevermerke kann der entsprechenden Arbeitshilfe des Bundesrechnungshofes entnommen werden.

20 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 1146.

## Einführung in das Vergaberecht

unmöglich. Die Nichtkennzeichnung stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, der zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens und damit zur Begründetheit des Rechtsbehelfs führt.

Unterlegene Bieter haben einen Anspruch darauf, vor Zuschlagserteilung über ihre Ablehnung informiert zu werden. Diese Informationspflicht als Ausdruck des Transparenzgebotes ist als **Verpflichtung zur Vorabinformation** in § 101a Abs. 1 GWB festgeschrieben.<sup>21</sup>

### 2. Wettbewerbsgrundsatz

Das Gebot des fairen Wettbewerbs (§ 97 Abs. 1 GWB<sup>22</sup>) fordert, dass jedes in der EU ansässige Unternehmen unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur öffentlichen Auftragsvergabe hat. Das Wettbewerbsgebot stellt insoweit eine Ausprägung der Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 34 und 56 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) dar.<sup>23</sup> Die Auftragsvergabe muss in allen Phasen des Vergabeverfahrens einen möglichst wirksamen Bieterwettbewerb um die Aufträge gewährleisten.<sup>24</sup> So soll bereits bei der Wahl der Verfahrensart dasjenige Verfahren bevorzugt werden, das den größeren Wettbewerb schafft.<sup>25</sup> Verboten sind vermeidbare rechtliche und/oder faktische Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme ge- bzw. behindert wird sowie **offensichtliche Verzerrungen** des Wettbewerbs wie Subventionen. **Abreden** der Bieter mit dem Ziel, den Wettbewerb durch Ausgleichszahlungen oder Einigungen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe von Angeboten etc. auszuschalten, sind bereits nach § 1 GWB unzulässig.<sup>26</sup> Nachträgliche Preisabsprachen und anderweitige Verhandlungen über den Auftrag sind nur im Verhandlungsverfahren möglich. Schließlich kann ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot auch darin liegen, dass ein Auftraggeber absichtlich eine Aufhebung des Verfahrens herbeiführt, um den Auftrag anschließend im Verhandlungsverfahren zu vergeben<sup>27</sup> oder die Leistungsbeschreibung und -Anforderungen ohne triftigen Grund soweit einengt, dass sie nur bestimmten Herstellern<sup>28</sup> oder einem kleinen Kreis von Bietern eine Teilnahme am Vergabeverfahren erlaubt.<sup>29</sup>

Nicht per se unzulässig ist es demgegenüber, wenn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber **berät** oder sonst **unterstützt**. Allerdings hat der Auftraggeber dann sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.<sup>30</sup>

21 Die Vorschrift hat die Vorgängerregelung des § 13 VgV a. F. abgelöst; näher dazu unter D.V.1.a.

22 S. auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A, § 2 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A.

23 *Trautner/Schwabe*, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.1.

24 OLG Schleswig, OLGR 2000, 470; *Trautner/Schwabe*, a. a. O.

25 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3 Rn. 3; *Trautner/Schwabe*, a. a. O.

26 BGH, NJW 2001, 3718.

27 Siehe hierzu die Ausführungen zur Aufhebung des Vergabeverfahrens.

28 Siehe hierzu die Ausführungen zur Produktneutralität.

29 *Ebert*, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Abschn. C I 1. (S. 53) unter Verweis auf VK Bund, VergabeR 2002, 72 mit Anm. v. *Zdzieblo*; *Müller-Wrede* in Ingenstau/Korbion, VOB, § 97 GWB Rn. 17 u. a.

30 Vgl. § 6a Abs. 8 VOB/A, § 6 Abs. 6 VOL/A, § 6 EG Abs. 7 VOL/A.

## Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Ein wesentliches Kennzeichen der Auftragsvergabe im Wettbewerb ist zudem die Gewährleistung eines **Geheimwettbewerbs** zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern.<sup>31</sup> Demnach ist es unzulässig, wenn sich ein und dasselbe Unternehmen sowohl als einzelner Bieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren beteiligt.<sup>32</sup>

### Fall 2: Aus Alt mach Neu

#### Sachverhalt:

Die Stadt H hat die Lieferung von Kopiertechnik für die Schulverwaltung beschränkt ausgeschrieben. Dabei wurden fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Firma „Aus Alt mach Neu“ GmbH legte ein Angebot über sogenannte „Rebuild-Geräte“ vor, die sich dadurch auszeichneten, dass Teile der Geräte bereits in einem vorherigen Produktionsverfahren hergestellt worden waren, so dass bei ihnen nicht der vollständige Erzeugungsaufwand realisiert werden musste und die Produktionskosten somit geringer ausfielen als bei Neugeräten. Die Mitbewerber boten hingegen allesamt fabrikneue Geräte an. Die Abgabe von Nebenangeboten war ausgeschlossen worden. Bei der Vergabeentscheidung wurde das Angebot über die Rebuild-Geräte nicht berücksichtigt. Zu Recht?

#### Lösung:

Eine Gegenüberstellung der Rebuild-Geräte mit den neuen Geräten der anderen Anbieter ergibt, dass es sich hier um einen evidenten Unterschied handelt, der eine Vergleichbarkeit der Angebote i. S. von § 8 Abs. 1 VOL/A nicht zulässt. Anderenfalls käme es zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeeinflussung. Das Angebot hätte lediglich als Nebenangebot berücksichtigt werden können. Nach § 8 Abs. 4 VOL/A muss der Auftraggeber allerdings Nebenangebote ausdrücklich zulassen; tut er dies – wie im vorliegenden Fall – nicht, sind Nebenangebote unzulässig. Das hat zur Folge, dass ein dennoch abgegebenes Nebenangebot gem. § 16 Abs. 3 g) VOL/A zwingend auszuschließen ist. Die Nichtberücksichtigung erfolgte somit zu Recht.

### Fall 3: Kein Auftrag trotz Wissensvorsprungs

#### Sachverhalt:

Die Stadt V möchte ihren Flughafen ausbauen und beauftragt die Anlagenbau GmbH mit der Ausschreibung eines ersten Bauabschnittes. Vor Submission besichtigte einer der Bieter, die Großbau GmbH, den betroffenen Teil des Flughafens in Begleitung eines Vertreters der Anlagenbau GmbH sowie eines Vertreters der auf einem Teil des Flugplatzes ansässigen Bundeswehr. Letzterer erklärte, dass eine bestimmte Erdaufschüttung im Rahmen der Bauarbeiten zur Errichtung der Befeu-erungsanlagen beseitigt werde und die Kosten hierfür nicht in das Angebot einzubeziehen seien. Die Auftraggeberin und der Mitbieter, die Grundbau GmbH, wurden vom Ergebnis der Besichtigung nicht informiert. Bei Submission stellte sich heraus, dass das Angebot der Grundbau GmbH i.H.v. 1.200.000 € auch die Beseitigung der Erdaufschüttung umfasste, das Angebot der Großbau GmbH i.H.v. 1.050.000 € hin-

31 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012, VII-Verg 105/11 (Herausgabe vertraulicher Verfahrensdetails an die Presse); OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 690.

32 OLG Thüringen, VergabeR 2004, 520; näher hierzu unter D.III.1.a., s. dort Fall „Verflechtungen“.

## Einführung in das Vergaberecht

gegen nicht. Daraufhin wurde entschieden, beide Angebote ohne die besagte Position zu werten, was dazu führte, dass nun das Angebot der Grundbau GmbH preisgünstiger war und schließlich den Zuschlag erhielt. Die Großbau GmbH beantragte hiergegen ein Nachprüfungsverfahren. Ist diese begründet?

### Lösung:

§ 12 Abs. 7 VOB/A bestimmt für den Fall, dass Bewerber zusätzliche sachdienliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen erbitten, diese Auskünfte allen Bewerbern unverzüglich in gleicher Weise zu erteilen sind. Die hier erteilte Auskunft bzgl. der Erdaufschüttung ist eine solche wichtige Aufklärung, da sie den Leistungsumfang bestimmt und somit unerlässliche Kalkulationsgrundlage ist. Sie hätte somit auch der Grundbau GmbH unverzüglich mitgeteilt werden müssen. Das Unterlassen dieser Mitteilung stellt zugleich einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus § 2 Abs. 2 VOB/A dar<sup>33</sup>, denn die Grundbau GmbH verfügte nicht über die gleichen Informationen für die Angebotserstellung. Auch die anschließende Herausnahme der betreffenden Position war unzulässig, da die Angebote im Rahmen der Angebotswertung mit ihren Inhalten verbindlich sind. Sie stellen eine Willenserklärung i. S. von § 145 BGB dar. Die Vergabe war somit in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Der Antrag erweist sich als begründet.

### 3. Gleichbehandlungsgrundsatz

§ 97 Abs. 2 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, alle Teilnehmer in allen Phasen des Verfahrens<sup>34</sup> gleich zu behandeln und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Teilnehmer darf nur erfolgen, soweit das Gesetz dies gestattet und muss auf nachvollziehbaren, auftragsbezogenen Erwägungen beruhen.<sup>35</sup> Der so normierte **Gleichbehandlungsgrundsatz (Diskriminierungsverbot)**<sup>36</sup> ist damit einfachgesetzlicher Ausdruck des allgemeinen gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG). Er gilt somit unabhängig von der Anwendbarkeit des GWB und der Erreichung der Schwellenwerte nach der Vergabeverordnung bei sämtlichen Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand.

Den Auftraggebern ist es untersagt, einzelne Anbieter zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit<sup>37</sup>, sondern auch alle Formen **versteckter bzw. mittelbarer Diskriminierung**, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen.<sup>38</sup>

33 Hierzu sogleich näher.

34 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3 Rn. 5 unter Verweis auf *Dreher* in: *Dreher/Stockmann*, Kartellvergaberecht, § 97 Rn. 93; *Müller-Wrede* in: *Müller-Wrede*, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 11; *Otting* in: *Bechtold*, GWB, § 97 Rn. 9; *Trautner/Schwabe*, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.3.

35 *Ebert*, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Kapitel 2 Abschn. C I 2. (S. 55); *Marx*, a. a. O., Kap. 3 Rn. 4.

36 S. auch § 2 Abs. 2 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 2 VOL/A, § 2 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A, § 2 Abs. 1 Satz 2 VOF.

37 Etwa eine unnötige Beschränkung der Ausschreibung auf regionale Unternehmen, vgl. EuGH, Slg. 1990 I 289 und 1992 I, S. 3401 ff., zit. nach *Marx*, a. a. O., Kap. 3 Rn. 5.

38 EuGH, Rs. C-234/03, VergabeR 2006, 63; *Marx*, a. a. O., Kap. 3 Rn. 5.

**Tipp:**

Insbesondere die versteckten Diskriminierungen sind zumeist subtiler Art und daher schwer zu erkennen. Es sollte somit bei der Überprüfung eines Vergabeverfahrens besonderes Augenmerk auf etwaige Ungleichbehandlungen gelegt werden.

**Fall 4: Unzulässige Diskriminierung?****Sachverhalt:**

Die Ausschreibung einer sächsischen Stadt, die Erd- und Abbrucharbeiten sowie Altlastenbeseitigung umfasst, enthält als Mindestbedingung in der Bekanntmachung unter anderem folgendes Erfordernis: „Standortnachweis Produktionsstätten Neue Bundesländer“. Ist dies zulässig?

**Lösung:**

Eine solche Ausschreibung ist rechtswidrig. Der Standort ist kein Kriterium, das einen Nachweis für die Eignung eines Bieters darstellt. Es liegt somit ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vor, wonach der Wettbewerb nicht auf Unternehmen, die in einer bestimmten Region ansässig sind, beschränkt werden darf. Es handelt sich hierbei um eine Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots.

Zudem muss der Auftraggeber allen Bietern gleichzeitig die gleichen Informationen zukommen lassen<sup>39</sup> und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben<sup>40</sup> und an nachträgliche Änderungen der Auftragsbedingungen anzupassen.<sup>41</sup> Folglich ist es etwa unzulässig, wenn die Vergabestelle als Termin der Angebotsabgabe einen vor dem Eröffnungstermin liegenden Tag bestimmt, dann aber die Angebotsfrist bis zum Eröffnungstermin verlängert, ohne sämtliche Bieter hiervon zu informieren<sup>42</sup> oder anderenfalls verspätete Angebote zu werten.<sup>43</sup> Verspätet eingegangene Angebote dürfen aus Gründen der Gleichbehandlung grundsätzlich nicht in die Wertung einbezogen werden. Das Gleichbehandlungsgebot ist ebenfalls verletzt, wenn der Auftraggeber Nebenangebote wertet, obwohl diese in der konkreten Vergabe nicht zugelassen sind.<sup>44</sup> Die Bieter sind an ihre Angebote gebunden und dürfen diese nicht nachträglich ändern und ergänzen.<sup>45</sup> Der Gleichbehandlungs-

39 Ebert, a. a. O., Abschn. C I 2. (S. 54, 55).

40 OLG Celle, VergabeR 2002, 299.

41 Ebert, a. a. O., Marx, a. a. O., Kap. 3 Rn. 5; Trautner/Schwabe, a. a. O., Abschn. 1.4.3.

42 OLG Dresden, BauR 2000, 1591 ff.

43 Ebert, a. a. O., Abschn. C I 2. (S. 54).

44 Trautner/Schwabe, a. a. O., Abschn. 1.4.3.

45 OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.6.2012, 11 Verg 12/11 – „Autobahntunnel“; OLG Koblenz, Beschluss v. 30.3.2012, 1 Verg 1/12 – „Lüftungsinstallation“; OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 105,106. Eine geringfügige Abweichung von bestimmten Circa-Maßen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012, VII-Verg 61/11 – „Küchentechnik“ – 17%) oder Angaben, die das Leistungsverzeichnis konkretisieren, diesem aber nicht widersprechen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.5.2012, VII-Verg 104/11 – Nennung von mehreren Leitfabrikaten) sollen dagegen unbedenklich sein.

## Einführung in das Vergaberecht

grundsatz fordert des Weiteren eine marken- und produktneutrale Ausschreibung.<sup>46</sup>

Eine Diskriminierung liegt hingegen nicht vor, wenn die unterschiedliche Behandlung **sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig** ist. So kann es u. U. gerechtfertigt sein, für den Fall der Auftragserteilung eine Präsenz vor Ort zu verlangen, z. B. bei einem Auftrag zur Bauüberwachung, oder die Ausschreibung eines Baugrundstücks für ein Verwaltungsgebäude auf das Gemeindegebiet beschränken.<sup>47</sup> Auch die Mitteilung abweichender Zielvorstellungen in verschiedenen Ausschreibungen zum selben Auftragsgegenstand kann aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein.<sup>48</sup>

### 4. Mittelstandsförderung

§ 97 Abs. 3 GWB formuliert das Ziel, im Rahmen der Auftragsvergabe mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Das geschieht insbesondere durch **Teilung der Aufträge in Fach- und Teillöse**.<sup>50</sup> Nur auf diese Weise ist es kleinen und mittleren Unternehmen überhaupt möglich, an größeren Aufträgen zu partizipieren. Die Ausschreibung muss daher so beschaffen sein, dass diese – abhängig von den jeweiligen Marktverhältnissen – auch für mittelständische Bieter interessant ist.<sup>51</sup> Aufgrund dessen darf eine Losvergabe nunmehr nur noch in begründeten – und aktenkundig zu begründenden<sup>52</sup> – Ausnahmefällen unterbleiben.<sup>53</sup> Grenzziehend wirkt das Gebot wirtschaftlicher Beschaffung<sup>54</sup>: Eine Aufteilung des Gesamtauftrags in Fach- und Teillöse hat nicht zu erfolgen, wenn sie in hohem Maße unwirtschaftlich oder eine einheitliche Gesamtleistung nicht mehr gewährleistet ist.<sup>55</sup> Gleiches gilt, wenn die Aufteilung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand hergestellt werden kann<sup>56</sup> oder die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen unmöglich gemacht wird.<sup>57</sup>

Mittelständische Interessen sind darüber hinaus bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen<sup>58</sup>, etwa im Rahmen der Eignungsprüfung. So dürfen keine Referenzen verlangt werden, die nur von größeren Unternehmen beigebracht wer-

46 Näher unter B.VIII.2.

47 OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012, 2 Verg 4/12 „Finanzamt“.

48 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2013, VII-Verg 26/12 – „interkommunale Netzgesellschaft“.

49 Dem wird auch in § 2 Abs. 4 VOF Rechnung getragen.

50 Dazu B IX.

51 Schleswig-Holstein. OLG, Beschluss v. 30.11.2012, 1 Verg 6/12 „Postdienste“; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.3.2012, VII-Verg 92/11.

52 Hierzu *Byok*, NVwz 2009, 551, 552.

53 BT-Drs. 16/10117, S. 15; in der Sache ergibt sich allerdings kein greifbarer Unterschied zu § 97 Abs. 3 GWB a. F.; ebenso *Kus*, NZBau 2009, 21, 22.

54 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3 Rn. 8 m. w. N.

55 Schleswig-Holstein. OLG, Beschluss v. 30.11.2012, 1 Verg 6/12 „Postdienste“, da die Erbringung von Postdiensten nur überregional tätigen Unternehmen möglich ist; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012, VII-Verg 100/11 (Beschaffung einheitlicher Abrechnungs-Software für die Verwaltung).

56 EuGH, Urteil v. 15.3.2012, C-574/10 „KOM./ BR Deutschland (Autalhalle)“.

57 OLG Schleswig, Beschluss v. 13.10.2000, Az. 6 Verg 4/00.

58 Anders *Kus*, NZBau 2009, 21, 22.

## Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

den können, für den konkreten Auftrag indes nicht erforderlich sind.<sup>59</sup> Ebenso wenig darf der Auftraggeber Auswahlkriterien formulieren, welche die Größe eines Unternehmens ohne Auftragsbezug als positives Differenzierungsmerkmal einführen.<sup>60</sup> Dagegen darf aus § 97 Abs. 3 GWB nicht gefolgert werden, dass der Mittelstand bei der Auftragsvergabe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz immer bevorzugt zu behandeln sei. Das Schlagwort lautet also: **mittelstandsgerechte, nicht mittelstandsbevorzugende Vergabe.**<sup>61</sup>

### 5. Verwirklichung des freien europäischen Binnenmarkts

Zahlreiche Vorschriften des Vergaberechts dienen der Ausformung der Ziele des AEUV<sup>62</sup>, die auf die **Beseitigung jeglicher Handelshemmnisse** innerhalb der Europäischen Union gerichtet sind.<sup>63</sup> Konkretisiert werden vor allem die Grundfreiheiten, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleisten sollen. Durch EU-weite Ausschreibungen ohne Diskriminierung ausländischer Unternehmen soll das Vergaberecht einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung des Binnenmarkts leisten.

### 6. Das Gebot wirtschaftlicher Beschaffung

Das EU-Recht schreibt als maßgebliches Kriterium für die Auftragsvergabe entweder den niedrigsten Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot vor. § 97 Abs. 5 GWB unterstellt infolge dessen das deutsche Vergaberecht dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit.<sup>64</sup> Es kommt daher nicht auf den niedrigsten Preis, sondern auf das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis** an.<sup>65</sup>

Der öffentliche Auftraggeber wird dadurch gezwungen, wie ein Marktteilnehmer zu handeln, der dem wirtschaftlichen Wettbewerb ausgesetzt ist; er soll bei der Beschaffung unternehmerisch-rational, vorhersehbar und nachvollziehbar eigennützig „wie ein Privater“ handeln.<sup>66</sup> Es folgt damit dem Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Vergabe. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit erfordert ebenfalls eine effiziente Gestaltung des Vergabeverfahrens.<sup>67</sup> So muss eine europaweite Ausschreibung erst ab bestimmten Auftragswerten erfolgen, während geringwertige Leistungen teilweise freihändig vergeben werden können.

### 7. Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verbietet auch im Vergaberecht die Ausübung von Rechten zu nicht vertragskonformen oder rechtsmissbräuchlichen Zwecken.<sup>68</sup> Er hindert den Auftraggeber daran, ohne rechtzeitige

59 *Otting* in: Bechtold, GWB, § 97 Rn. 18.

60 *Otting*, a. a. O.

61 *Burgi*, NZBau 2006, 606, 607; zustimmend *Kus*, NZBau 2009, 21, 22.

62 Dazu näher unter A.III.2.a.

63 Ausführlich *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 1 Rn. 15 m. w. N.

64 Dazu näher unter D.III.4.c. Im Sektorenvergaberecht ist dieser Grundsatz in § 27 SektVO niedergelegt.

65 *Marx*, a. a. O., Kap. 3 Rn. 18, 19; *Otting* in Bechtold, GWB, § 97 Rn. 36; vgl. aber OLG Naumburg, VergabeR 2009, 486.

66 *Bungenberg* in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB, § 97 Rn. 54.

67 *Otting* in: Bechtold, GWB, § 97 Rn. 36.

68 *Ebert*, a. a. O.

## Einführung in das Vergaberecht

Ankündigung von seiner bisherigen Vergabepraxis (z. B. dessen Kriterien für die Vollständigkeit und Form<sup>69</sup> von Angeboten) oder früheren Entscheidungen grundlos abzuweichen. Hat sich der Auftraggeber hinsichtlich des gleichen Vergabegegenstands dahingehend festgelegt, dass ein Bieter geeignet ist, muss er sich daran halten<sup>70</sup>, kann bei anderen Losen oder Vergabeverfahren jedoch davon abweichen.<sup>71</sup>

### 8. Ermessen und Beurteilungsspielraum

Dem Auftraggeber steht in allen Phasen des Verfahrens ein von der Vergabekammer und den Gerichten eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu.<sup>72</sup> Dies betrifft etwa die Aufteilung in Lose<sup>73</sup>, die Entscheidung über den Ausschluss von Angeboten, die Eignung der Bieter, die Wahl des wirtschaftlichsten Angebots, die Wertung zugelassener Nebenangebote<sup>74</sup> und die Länge der Zuschlags- und Bindefristen. Damit kontrollieren die Gerichte und Vergabekammern nur die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, die richtige und vollständige Erfassung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts, das Bestehen sachwidriger Kriterien für die Entscheidung und die richtige Anwendung des Ermessens- und Beurteilungsspielraums. Ihnen ist es jedoch untersagt, bei der Überprüfung der Vergabeentscheidung an die Stelle des Auftraggebers zu treten, und dessen Wertungen und Entscheidungen durch eigene zu ersetzen.<sup>75</sup>

### 9. Weitere Grundsätze

§ 2 Abs. 4 VOB/A und § 2 Abs. 3 VOL/A normieren ferner, dass die Durchführung von Vergabeverfahren zum Zweck der **Markterkundung** (und Ertragsberechnung) unzulässig ist. Ferner soll nach § 2 Abs. 5 VOB/A der Auftraggeber erst ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann.

## III. Rechtsgrundlagen des Vergaberechts

### 1. Überblick

Das Vergaberecht ist Gegenstand vielfältiger Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene. Entsprechend dem allgemeinen Rangverhältnis der Rechtsnormen finden sich auf höchster Stufe die Vorgaben des Europäischen Rechts,

69 Beispielhaft zu nennen ist hier die vom Auftraggeber zugelassene Abgabe von Angeboten per E-Mail, aufgrund der er sich nicht auf Formmängel bei der Angebotsangabe berufen kann, so ebenfalls *Ebert*, a. a. O., Kapitel 4 Abschnitt B III 2 (S. 126).

70 *Ebert*, a. a. O., Kapitel 2 Abschnitt C II 2 (S. 58).

71 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.8.2007, VII Verg 27/07, vom 2.3.2005, VII Verg 70/04, und vom 27.7.2005, VII Verg 108/04; VK Bund, Beschluss vom 31.1.2012, VK 3 3/12.

72 *Ebert*, a. a. O., Kapitel 2 Abschnitt B (S. 49) unter Verweis auf *Gröning*, NZBau 2003, 86 ff. Beide Begriffe sind nach *Ebert*, a. a. O. (S. 50) wie die entsprechenden Begriffe im Verwaltungsrecht, dem sie entlehnt wurden, zu verstehen.

73 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.3.2012, VII-Verg 82/11.

74 Hierzu OLG Frankfurt, BauR 1990, 91, 93.

75 *Ebert*, a. a. O., S. 50 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 540, 542.