

A. Grundlagen des Vergaberechts in den Bereichen Trinkwasser, Energie und Verkehr

I. Gegenstand des Vergaberechts

Gegenstand des Vergaberechts ist die **Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand.**¹ 1

Da die Vergabe **öffentlicher Aufträge**² bis heute einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt,³ ist sie für Wettbewerbsverzerrungen anfällig. Aufgrund dessen muss der Staat dafür Sorge tragen, eine sachwidrige Ungleichbehandlung potenzieller Auftragnehmer zu verhindern.⁴ Die öffentlichen Auftraggeber sind daher zu einer **transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffung im Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.⁵ Da die Vergabe im Wettbewerb zugleich dem Ziel einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung dient, trägt das Vergaberecht trotz seiner Ausgliederung aus dem **Haushaltsrecht** weiterhin auch den Zielen des HGrG und der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder sowie ihrer jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnungen Rechnung.⁶

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber verbindliche Vorgaben geschaffen, die die öffentliche Auftragsvergabe regeln. Die Gesamtheit dieser Vorschriften, die Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die sie zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigen, anzuwenden haben, bilden das **Vergaberecht.**⁷

II. Rechtsgrundlagen

Das Vergaberecht folgt einem mehrstufigen Aufbau, der sich in den vielfältigen Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene niederschlägt. 2

Entsprechend dem Rangverhältnis der Rechtsnormen finden sich auf höchster Stufe die Vorgaben des Europäischen Rechts, welche die Ausgestaltung des nationalen Rechts prägen. Hier ist zunächst der **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)** als EU-Primärrecht zu nennen, auf dessen

1 Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Vergabe öffentlicher Aufträge, 2. Aufl. 2010.

2 Zum Begriff der öffentlichen Aufträge s. Marx, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 2 Rn. 21, 22 und 31 ff., die sich u. a. mit der Entgeltlichkeit des Auftrags, der Abgrenzung zur Konzession und In-House-Geschäften auseinandersetzen.

3 Bungenberg, in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), *GWB*, Vor §§ 97 ff. Rn. 2; Lux, JuS 2006, 969, 970.

4 Erbgbuth, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 25 Rn. 12; Bungenberg, in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), *GWB*, Vor §§ 97 ff. Rn. 1 ff.

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

6 Marx, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kapitel 1 Rn. 5.

7 So BVerfG, NVwZ 2006, 1396.

Grundlage⁸ die **EG-Vergaberichtlinien** erlassen worden sind.⁹ Zu diesen zählen die **Vergabekoordinierungsrichtlinie**,¹⁰ welche die zuvor gültige Baukoordinierungsrichtlinie, Lieferkoordinierungsrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie zusammengefasst hat, die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe sowie die am 17.4.2014 in Kraft getretene und bis zum 18.4.2016 umzusetzende **Sektorenvergaberichtlinie**¹¹, welche die Sektorenkoordinierungsrichtlinie¹² ersetzt. Zudem sind die **Rechtsmittelrichtlinien** der EG¹³ zu beachten.

Der deutsche Gesetzgeber setzt die EU-Richtlinien in nationales Recht um. Während sich die grundsätzlichen Bestimmungen im 4. Teil des **GWB** finden, hat die Bundesregierung von dessen Ermächtigung, nähere Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch Rechtsverordnung zu treffen, durch Erlass der **Vergabeverordnung (VgV)** Gebrauch gemacht. Die Vergabeverordnung verweist ihrerseits auf die Teile A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie auf die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF), innerhalb jener bis zur Umsetzung der Sektorenkoordinierungsrichtlinie ins nationale Recht auch das Sektorenvergaberecht verankert war.¹⁴

Das nationale Vergaberecht ist somit traditionell **dreistufig** aufgebaut; für diesen Aufbau hat sich die Bezeichnung „**Kaskadenprinzip**“ durchgesetzt.¹⁵ Zugleich ist es einer **Zweiteilung**¹⁶ in ein Vergaberecht oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte unterworfen, die bis heute fort dauert und sich auch auf den Sektorenbereich erstreckt.

III. Sektorenvergaberecht als Sonderrecht

- 3** Die Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich – Energie, Trinkwasser und Verkehr – verschafften den öffentlichen Auftraggebern seit Inkrafttreten der ersten Sektorenrichtlinie¹⁷ eine Reihe von Privilegien, die das Vergaberecht in diesen Bereichen liberaler gestalten.¹⁸ Das Sektorenvergaberecht stellt somit einen **Sonderbereich des Vergaberechts** für die Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge dar.¹⁹ Da die Aufgabe der Daseinsvorsorge zu den Kernaufgaben der öffentlichen Hand gehört und

8 Genauer: auf Grundlage des von diesem abgelösten, weitgehend inhaltsgleichen EGV.

9 Ausführlich *Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann*, a. a. O., S. 9 ff.

10 RL 2014/24/EU vom 26.2.2014, ABl. 2014 L 94, 65 ff. (zuvor: RL 2004/18/EG vom 31.3.2004, ABl. 2004 L 134, 114 ff.).

11 RL 2014/25/EU vom 26.2.2014, ABl. 2014, L 94, 243 ff. In diesem Buch soll nur auf die wichtigsten Änderungen und Ergänzungen gegenüber der auf der Vorgängerverordnung beruhenden SektVO eingegangen werden.

12 RL 2004/17/EG vom 31.3.2004, ABl. 2004 L 134, 1 ff.

13 RL 89/665/EWG und 92/13/EWG i. d. F. der RL 2007/66/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.12.2007 (Abl. EG Nr. L 335/31 vom 20.12.2007).

14 Zur aktuellen Rechtslage wird im Folgenden Bezug genommen.

15 *Motzke*, in: *Motzke/Pietzcker/Prieß*, VOB, Syst. III, Rn. 67.

16 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kapitel 1 Rn. 8.

17 RL 90/531/EWG vom 17.9.1990, ABl. EG Nr. L 297/1 vom 29.10.1990.

18 *Trautner/Schwabe*, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.2 (S. 16, 17).

19 *Trautner/Schwabe*, a. a. O., Abschn. 1.2 (S. 16) m. w. N.

damit bis heute weitgehend vom Staat oder durch von diesem beherrschte (und so dem öffentlichen Zweck verpflichtete) Privatunternehmen erfüllt wird, hielt man es für geboten, den Sektorenbereich gesondert vom restlichen Vergaberecht zu regulieren.²⁰

Eine Ursache für die geringere Regulierung des Sektorenbereichs wird in der besonderen Natur der Versorgungsunternehmen gesehen, die teils öffentlich-, teils zivilrechtlich handeln, und daher lange Zeit nicht dem europäischen Vergaberecht unterfielen.²¹ Die Einbindung der Sektorauftraggeber in den Geltungsbereich des Vergaberechts erfüllte vor allem den Zweck, die im Sektorenbereich weitestgehend abgeschotteten Märkte für den Wettbewerb zu öffnen.²² Die Leitungsgebundenheit und damit einhergehende Örtlichkeit der von den Versorgungsunternehmen zu erbringenden Leistungen hatte die betreffenden Unternehmen nicht selten dazu animiert, auch bei Auftragsvergaben an andere Unternehmen nur regionale Bieter in die Auswahl zu ziehen. Darüber hinaus wollte der europäische Gesetzgeber mit dem Sektorenvergaberecht die unterschiedlichen Regulierungen in den Einzelstaaten vereinheitlichen.

IV. Neustrukturierung des Sektorenvergaberechts

Das deutsche und europäische Vergaberecht sind seit dem Erlass der Richtlinie 90/531/EWG und ihrer Umsetzung starken Änderungen unterworfen.²³

So ist am 24.4.2009 eine grundlegende Neuregelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten, die für alle an diesem Tag oder später begonnenen Verfahren maßgeblich ist (§ 131 Abs. 8 GWB).²⁴

Mit dem darauf folgenden Inkrafttreten der Sektorenverordnung (SektVO) am 29.9.2009 sind die Abschnitte 3 und 4 der VOB/A, VOL/A und die §§ 8 und 9 VgV a. F. ausgegliedert und in der SektVO zusammengefasst worden,²⁵ die nunmehr für alle ab diesem Tag begonnenen Verfahren Geltung beansprucht (§ 34 SektVO). Die SektVO setzt damit die Sektorenkoordinierungsrichtlinie²⁶ in deutsches Recht um. Infolge der Trennung des Sektoren- vom sonstigen Vergaberecht ist die VgV nicht mehr auf den Sektorenbereich anwendbar, § 2 Nr. 1, §§ 7 und 12 VgV a. F. wurden aufgehoben.

Mit Wirkung vom 29.9.2009 wurden daher erstmals eigene und einheitliche Vergabevorschriften für alle Auftraggeber der Bereiche

20 Trautner/Schwabe, a. a. O., Abschn. 1.2 (S. 17).

21 Trautner/Schwabe, a. a. O., Abschn. 1.2 (S. 16).

22 Trautner/Schwabe, a. a. O., Abschn. 1.2 1.2 (S. 17) m. w. N.

23 Zur Entwicklung des Vergaberechts seit 1999 Byok, NJW 2001, 2295; NJW 2004, S. 198; NJW 2006, S. 2076; NJW 2008, S. 559; NJW 2009, 644; NJW 2010, S. 817. Zur früheren Rechtslage siehe Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, 1. Aufl.

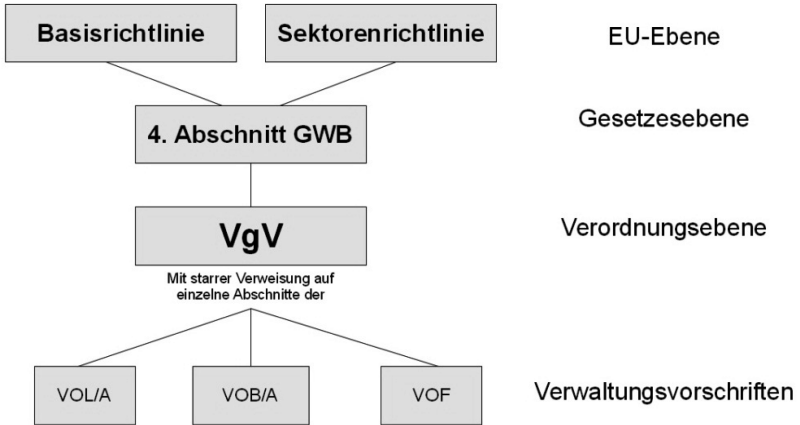
24 Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 8.10.2009, 1 Verg 9/09.

25 Dazu siehe B.

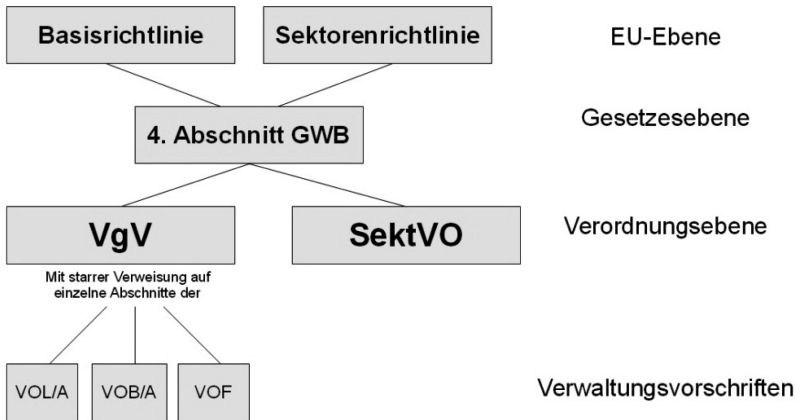
26 Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1), zuletzt durch VO (EG) 2083/2005 (ABl. L 333 vom 20.12.2005, S. 28) geändert.

- Trinkwasserversorgung
 - Energieversorgung (Elektrizitäts-, Gas- und Wärmeversorgung) und
 - Verkehr
- geschaffen.²⁷ Die Reichweite der Änderungen wird deutlich, wenn man die nachfolgenden Schaubilder betrachtet:

Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte vor dem 29.9.2009



nach dem 29.9.2009



²⁷ Der Bereich „Telekommunikation“ ist bereits zuvor aus dem Sektorenvergaberecht ausgegliedert worden, vgl. hierzu *Trautner/Schwabe* 1.2 (S. 17) m. w. N.

Die Einheitlichkeit der Vergabevorschriften bedeutet, dass Vergaben von Sektorenaufträgen durch Sektorenauftraggeber ausschließlich nach der SektVO erfolgen, gleichgültig, ob es sich um Vergaben von Bauaufträgen handelt, die außerhalb des Sektorenbereichs nach der VOB/A vergeben werden müssten, Leistungen im Sinne der VOL/A oder freiberufliche Leistungen i. S. d. VOF.²⁸ Der Gesetzgeber hat die Umstrukturierung des Vergaberechts genutzt, um auch die verbliebenen Teile der VOB/A, VOL/A, VOF und der VgV zu verschlanken und zu vereinheitlichen. Diese folgen nun – wie die SektVO – dem Ablauf des Vergabeverfahrens und sind nach dem in Deutschland üblichen Standard in Paragraphen, Absätze und Sätze gegliedert. Damit wurde auf die bisherige Trennung von Basisparagraphen a-, b- und SKR-Paragraphen verzichtet. Die SektVO erhält zudem eigenständige Regelungen zu den Schwellenwerten und zur Schätzung der Auftragswerte (§ 1 Abs. 2 und § 2 SektVO). Sie gilt gemäß § 1 Abs. 2 im SektVO ausschließlich für Beschaffungsvorgänge, die die Schwellenwerte überschreiten. Hieraus ergibt sich, dass die Vergaben von Stadtwerken, Energieversorgungs- und Verkehrsunternehmen sowie Kommunen, die die Trinkwasser- oder Energieversorgung über einen Eigenbetrieb oder Regiebetrieb betreiben, künftig nach der SektVO zu erfolgen haben. Durch die Reform des europäischen Vergaberechts (s. o.) sollen die SektVO und das GWB bis 2016 erneut „effizienter, einfacher und flexibler“ gestaltet sowie die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen und der sozialen, ökologischen und anderer vergabefremder Ziele verbessert werden.²⁹ Ferner soll die Reform der zunehmenden Digitalisierung aller Lebensbereiche Rechnung tragen.

V. Aufbau der Sektorenverordnung

Die SektVO ist in sieben Abschnitte untergliedert und um drei Anhänge erweitert: Die Abschnitte 2 bis 5 geben den Ablauf des Vergabeverfahrens wieder (Abschnitt 2: Vorbereitung des Vergabeverfahrens, 3: Bekanntmachungen und Fristen, 4: Anforderungen an Unternehmen, 5: Prüfung und Wertung der Angebote), Abschnitt 1 enthält allgemeine, Abschnitt 6 besondere Bestimmungen, Abschnitt 7 enthält Übergangs- und Schlussbestimmungen. **5**

VI. Rechtsgrundlagen für Vergaben im Sektorenbereich

Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen, die zur Anwendung von vergaberechtlichen Vorschriften verpflichten, ist zwischen dem eigentlichen Vergaberecht, das Geltung aus sich selbst heraus beansprucht und zu seiner Anwendung verpflichtet³⁰ und den haushaltsrechtlichen Vorschriften zu unterscheiden, die die Anwendung von Vergabevorschriften unabhängig davon vorschreiben.³¹ **6**

28 Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, S. 53, 54.

29 Beschluss „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ des Bundeskabinetts vom 7.1.2015.

30 Dazu sogleich 2.

31 Sodann unter 3.

1. Grundprinzipien des Vergaberechts

- 7 Das Vergaberecht auf europäischer und nationaler Ebene ist von einer Reihe übergeordneter Prinzipien geprägt, die sich wie ein roter Faden durch die Regelungen ziehen und den öffentlichen Auftraggeber zu einer möglichst **transparenten und diskriminierungsfreien Beschaffung im Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichten.³²
- 8 a) **Transparenz.** Das Transparenzgebot folgt aus dem primären Gemeinschaftsrecht (AEUV) und ist in § 97 Abs. 1 GWB und § 7 SektVO normiert. Es fordert im Wesentlichen **übersichtliche, nachvollziehbare Verfahren** und **vorhersehbare Entscheidungskriterien**. Jedem potenziellen Bieter soll von Anfang an klar sein, welche Anforderungen das Vergabeverfahren an ihn stellt und wie seine Chancen bei einer Teilnahme stehen. Zudem zwingt die Öffentlichkeit den Auftraggeber dazu, unparteiisch zu verfahren.³³ Transparenz ist zugleich eine Voraussetzung für die Verwirklichung des **Wettbewerbsgebots**: Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn potenzielle Bieter chancengleich Kenntnis von den nachgefragten Leistungen und den Ausschreibungsbedingungen erlangen können.³⁴ **Ex-ante-Transparenz** wird vor allem durch **öffentliche Ausschreibungen** erzielt; an ihr sind die Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Leistungsinhalt, die Veröffentlichung der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsbedingungen zu messen. Der Inhalt der Leistung und die Bedingungen des Auftrags müssen in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen so **eindeutig und erschöpfend** beschrieben werden, dass alle durchschnittlichen fachkundigen Bewerber die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagskriterien bei Anwendung der üblichen Sorgfalt im gleichen Sinne verstehen können.³⁵ Der Auftraggeber muss sich während des Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien halten.³⁶ Dementsprechend darf die Vergabeentscheidung nur auf Kriterien gestützt werden, die vorher bekannt gemacht worden sind.³⁷ Der Auftraggeber darf den sich aus der ursprünglichen Ausschreibung ergebenden Auftragsgegenstand nicht grundlegend ändern. Ein **Verstoß** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot liegt zudem vor, wenn nicht alle Bieter zum Zeitpunkt der Angebotserstellung über die gleichen Informationen verfügen und damit die gleichen Chancen haben.³⁸ Von mindestens ebenso großer Bedeutung ist die sog. **ex-post-Transparenz**, die weitere Informations- und Dokumentationspflichten an den Auftraggeber stellt. Gerade die Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des gesamten Vergabeverfahrens, um anhand einer **lückenlosen Dokumentation** jeden Schritt des Entscheidungsprozesses verfolgen zu können.³⁹ Die Dokumentation muss

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

33 *Trautner/Schwabe*, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.2.

34 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3, Rn. 3.

35 Dies besonders bei erläuterungsbedürftigen Kriterien wie der Qualität, Brandenburgisches OLG, Beschluss v. 27.3.2012, Verg W 13/11.

36 EuGH, Slg. 2001, I-7725.

37 Hanseat. OLG Bremen, Beschluss v. 06.1.2012, Verg 5/11.

38 OLG Celle, VergabeR 2002, S. 299, 301 f.

39 Näheres ist der „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabeunterlagen“ des Bundesverkehrsministeriums zu entnehmen. Die der Vergabeunterlagen wird in der entsprechenden Arbeitshilfe des Bundesrechnungshofes beschrieben.

während des Vergabeverfahrens, d. h. in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem zu dokumentierenden Geschehen erfolgen.⁴⁰ Die in der Dokumentation mitgeteilten Angaben und Gründe für die getroffenen Entscheidungen müssen allerdings so detailliert sein, dass sie für einen mit dem Vergabeverfahren vertrauten Leser nachvollziehbar sind.⁴¹ Insbesondere im Hinblick auf die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes sind die verlangten Nachweise für die Beurteilung der Biereignung 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 Kriterien in der Lage ist, seine Erfolgsaussichten zu beurteilen und ggf. auch die Entscheidung des Auftraggebers anhand dieser Kriterien nachvollziehen. 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 Vergabeverfahren **taktisch optimiert** werden.

b) Wettbewerb. Das **Gebot des fairen Wettbewerbs** (§ 97 Abs. 1 GWB) fordert, dass jedes Unternehmen, egal in welchem Mitgliedstaat der EU es ansässig ist, unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Auftragsvergabe hat. Das Wettbewerbsgebot stellt insoweit eine direkte Ausprägung der wesentlichen Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes – dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. 34 und 56 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) – dar.⁴²

Die Auftragsvergabe muss **in allen Phasen** des Vergabeverfahrens so erfolgen, dass ein möglichst wirksamer Wettbewerb um die Aufträge gewährleistet ist.⁴³ Aus dem Wettbewerbsgebot ergibt sich zudem, dass bereits bei der Wahl der Verfahrensart grundsätzlich dasjenige Verfahren bevorzugt werden sollte, das den größeren Wettbewerb schafft.⁴⁴

Verboten sind vermeidbare Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme gehindert bzw. behindert wird, und anderweitige Verzerrungen des Wettbewerbs wie Subventionen. Absprachen der Bieter mit dem Ziel, den Wettbewerb durch Ausgleichszahlungen, Preisabsprachen, Einigungen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe von Angeboten etc. auszuschalten, sind bereits nach § 1 GWB unzulässig.⁴⁵ Vorsicht ist auch bei nachträglichen Preisabsprachen und anderweitigen Verhandlungen über den Auftrag geboten; diese sind nur zulässig, wenn der Auftraggeber das Verhandlungsverfahren gewählt hat. Ferner gebietet auch das Wettbewerbsgebot, dass von der Ausschreibung abweichende Angebote nicht berücksichtigt werden dürfen.⁴⁶ Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsgebot liegt schließlich auch darin begründet, dass ein Auftraggeber eine Verfahrensaufhebung gezielt herbeiführt, um anschließend im Ver-

40 OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012, 2 Verg 4/12.

41 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, S. 1146.

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

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

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

45 BGH, NJW 2001, 3718. Vom allgemeinen Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind nur die Ausnahmen des Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV vorgesehen.

46 VK Sachsen-Anhalt, IBR 2014, 750 mit Anm. *Baumann*.

handlungsverfahren vergeben zu können.⁴⁷ Ebenfalls unzulässig ist eine Verengung der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Hersteller⁴⁸ oder eine unnötige Verschärfung der Anforderungen, die nur noch einem kleinen Kreis von Bietern eine Teilnahme am Vergabeverfahren erlaubt.⁴⁹

Nicht generell unzulässig ist es dagegen, wenn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber **berät** oder anderweitig **unterstützt**. Allerdings muss der Auftraggeber sicherstellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.

- 10 c) Vertraulichkeitsschutz.** Die Pflicht zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen schließt auch die Vertraulichkeit der zum Zwecke der Ausschreibung übermittelten Daten (insb. Geschäftsgeheimnisse und persönliche Angaben zu den Eignungskriterien) ein (vgl. Art. 13 SektVO).⁵⁰ Daher enthält die SektVO neben Anforderungen zur Übermittlung und Speicherung der Daten⁵¹ auch Vorgaben zur Ausgestaltung des Verfahrens wie § 5 Abs. 5 SektVO. Der Wettbewerbsgrundsatz gebietet zudem einen **Geheimwettbewerb** zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern.⁵² Unzulässig ist es daher, wenn sich ein und dasselbe Unternehmen sowohl als einzelner Bieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligt.⁵³
- 11 d) Gleichbehandlung.** Der **Gleichbehandlungsgrundsatz** (§ 97 Abs. 2 GWB) verpflichtet öffentliche Auftraggeber, alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens in allen Schritten des Verfahrens⁵⁴ nach objektiv nachvollziehbaren, auftragsbezogenen Kriterien gleich zu behandeln⁵⁵ und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Teilnehmer darf lediglich erfolgen, soweit das Gesetz dies ausdrücklich gestattet und diese nicht auf sachfremde Erwägungen gestützt wird. Damit verbieten sich nicht nur jede **Diskriminierung** aufgrund der Staatsangehörigkeit (Bsp.: unnötige Beschränkung auf regionale Bieter⁵⁶), sondern alle Formen versteckter oder mittelbarer Diskriminierung, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale zu dem gleichen Ergebnis führen.⁵⁷ Zugleich muss der Auftraggeber allen Bietern gleichzeitig die gleichen Informationen zukommen lassen⁵⁸ und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen ihre Angebote abzugeben bzw. ihre Angebote an

47 Siehe hierzu die Ausführungen zur Aufhebung des Vergabeverfahrens.

48 Siehe hierzu die Ausführungen zur Produktneutralität.

49 Müller-Wrede in Ingenstau/Korbion, VOB, § 97 GWB Rn. 17 u. a.

50 Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.5.

51 Siehe „Besondere Grundsätze für die Informationsübermittlung“.

52 OLG Naumburg, Beschluss v. 2.8.2012, 2 Verg 3/12; OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, S. 690.

53 OLG Thüringen, VergabeR 2004, S. 520.

54 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.

55 Marx, a. a. O., Kap. 3 Rn. 4.

56 EuGH, Slg. 1990 I 289 und 1992 I, S. 3401 ff., zit. nach Marx, a. a. O., Kap. 3 Rn. 5.

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

58 Ebert, Möglichkeiten und Grenzen im Verhandlungsverfahren, Kap. 2 Abschn. C 12. (S. 54, 55).

nachträgliche Änderungen in den Verdingungsunterlagen anzupassen.⁵⁹ Folglich wäre es 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 zu informieren⁶⁰ oder verspätete Angebote in die Wertung einzubeziehen. Das Gleichbehandlungsgebot ist ebenfalls verletzt, wenn der Auftraggeber Nebenangebote wertet, obwohl diese in der konkreten Vergabe nicht zugelassen sind.⁶¹ Die Bieter sind zugleich an ihre Angebote gebunden; eine nachträgliche Änderung und Ergänzung ist ihnen (so weit der Auftraggeber keine wesentlichen Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt) untersagt.⁶² Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert des Weiteren eine marken- und produktneutrale Ausschreibung.

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.

Da sich der Gleichbehandlungsgrundsatz bereits aus dem Verfassungsrecht ergibt (Art. 3 Abs. 1 GG), ist er unabhängig von der Anwendbarkeit des GWB und der Erreichung der Schwellenwerte bei sämtlichen Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand zu beachten.

e) Wirtschaftlichkeit. § 97 Abs. 5 GWB und § 29 SektVO unterstellen das deutsche Vergaberecht dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit.⁶³ Es kommt daher nicht allein auf den niedrigsten Preis oder die beste Bewertung bei den anderen, für die Vergabeentscheidung relevanten Kriterien (wie der Ausführungsdauer, Qualität, Ästhetik, Vertragsabwicklung und der Gewährleistung), sondern auf das beste **Preis-Leistungs-Verhältnis** an.⁶⁴ Eine Beschränkung auf den niedrigsten Preis ist nur dort möglich, wo der Gegenstand der Ausschreibung homogene Angebote erwarten lässt.⁶⁵ Der Auftraggeber wird dadurch gezwungen, wie ein Marktteilnehmer zu handeln, der vollem Wettbewerb ausgesetzt ist; er soll bei der Beschaffung unternehmerisch-rational, vorhersehbar und nachvollziehbar eigennützig, d. h. „wie ein Privater“ handeln.⁶⁶ Das Ziel dieser Anforderungen liegt auf der Hand: die wirtschaftliche Vergabe soll dabei helfen, die Haushaltsdisziplin zu wahren und die Vergabeentscheidung von politischen und persönlichen Motiven frei zu halten.⁶⁷

12

59 OLG Celle, VergabeR 2002, S. 299; *Ebert*, a. a. O., *Marx*, a. a. O., Kap. 3 Rn. 5; *Trautner/Schwabe*, a. a. O., Abschn. 1.4.3.

60 OLG Dresden, BauR 2000, S. 1591 ff.

61 *Trautner/Schwabe*, a. a. O., Abschn. 1.4.3.

62 VK Sachsen-Anhalt, IBR 2014, 750 mit Anm. *Baumann*; OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, S. 105, 106; *Marx*, a. a. O., Kap. 3, Rn. 5. Dies insbesondere, wenn der Auftraggeber nur einem Bieter eine Änderung des Angebotes gestattet, vgl. *Trautner/Schwabe*, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.3.

63 *Marx*, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 1, Rn. 14.

64 *Marx*, a. a. O., Kap. 3, Rn. 18, 19; *Otting*, in: Bechtold, GWB, § 97 Rn. 36.

65 OLG Frankfurt, Beschluss v. 5.6.2012, 11 Verg 4/12. Zur Anwendung dieses Kriteriums bei der Ausschreibung von Dienstleistungen (hier Gebäudereinigung) OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2012, VII-Verg 17/12.

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

67 So auch *Marx*, a. a. O., Kap. 1 Rn. 15 m. w. N.

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit wirkt sich darüber hinaus aber nicht nur auf die Vergabeentscheidung an sich, sondern auch auf die möglichst **effiziente Gestaltung des Vergabeverfahrens** aus.⁶⁸ Eine Konsequenz dessen ist, dass eine europaweite Ausschreibung erst ab bestimmten Auftragswerten erfolgen muss und geringwertige Leistungen z. T. ohne Verfahren vergeben werden können.

- 13 f) Förderung mittelständischer Interessen.** Im Rahmen der Auftragsvergabe sollen nach § 97 Abs. 3 GWB mittelständische Interessen gefördert werden. Das geschieht insb. durch **Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose**, soweit dies ökonomisch und technisch sinnvoll ist.⁶⁹

Die Förderung mittelständischer Interessen ist damit ein von allen öffentlichen Auftraggebern i. S. d. GWB zu beachtender **Rechtsgrundsatz**. Die Pflicht zur mittelstandsfreundlichen Vergabe ist nicht nur rechtspolitisch begründet, sie dient zugleich – wenn auch nur indirekt – dem Primat der Wirtschaftlichkeit und dem Wettbewerbsgebot, indem sie einer übermäßigen und damit marktbeherrschenden Konzentration auf größere Unternehmen entgegenwirken soll.⁷⁰ Im Zuge der **Vergaberechtsreform 2009** ist die Mittelstandsklausel daher noch stringenter gefasst worden, indem eine Losvergabe nur noch in begründeten – und aktenkundig zu begründenden⁷¹ – Ausnahmefällen unterbleiben darf.⁷² Dies soll im Zuge der Umsetzung der Sektorenvergaberichtlinie beibehalten werden.⁷³

Mittelständische Interessen sind aber auch über die Losvergabe hinaus bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen,⁷⁴ etwa im Rahmen der Eignungsprüfung. So dürfen keine Referenzen verlangt werden, die nur von größeren Unternehmen beigebracht werden können, für den konkreten Auftrag indes nicht erforderlich sind.⁷⁵ Ebenso wenig darf der Auftraggeber Auswahlkriterien formulieren, die die Größe eines Unternehmens ohne auftragsbezogenen Grund als positives Differenzierungsmerkmal einführen.⁷⁶ Freilich darf aus § 97 Abs. 3 GWB nicht gefolgert werden, dass der Mittelstand bei der Auftragsvergabe bevorzugt zu behandeln sei; darin läge ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Regelung zielt insofern nur auf eine **mittelstandsgerechte, nicht mittelstandsbevorzugende Vergabe**.⁷⁷

Die Begriffe „Mittelstand“ bzw. „kleine und mittlere Unternehmen (KMU)“ sind bislang nicht im deutschen Recht definiert. Nach der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen handelt es sich um KMU, wenn

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

69 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.1.2011, Verg 63/10.

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

71 Hierzu *Byok*, NVwz 2009, S. 551, 552.

72 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, S. 21, 22.

73 RL 2014/25/EU, Erwägungsgrund 87; Beschluss „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ des Bundeskabinetts vom 7.1.2015.

74 Anders *Kus*, NZBau 2009, S. 21, 22.

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

76 *Otting*, a. a. O.

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