

RECHTSWISSENSCHAFTEN
UND VERWALTUNG **Studienbücher**

Rolf Stober (Hrsg.)

Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht

**Grundzüge des Wirtschaftsprivat-,
Wirtschaftsverwaltungs-
und Wirtschaftsstrafrechts**

Kohlhammer

Titel: Öffentliche Aufträge
Dr. Martin Schellenberg

Kapitel 1 Einführung

1. Wirtschaftliche Bedeutung

Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge ist immens: In der Europäischen Union werden öffentliche Aufträge in Höhe von 1.500 Mrd. € vergeben – das sind ca. 16 % des Bruttosozialproduktes der EU. In Deutschland ist der Anteil sogar noch leicht höher. Mit 17 % oder 352 Mrd. € stellen öffentliche Auftraggeber einen wesentlichen Wirtschaftsfaktor dar. Allein das IT-Budget der öffentlichen Hand beträgt ca. 18 Mrd. €. Die gleiche Summe hat der deutsche Staat in 2010 im Rahmen des Konjunkturpakets zur Stimulierung der Wirtschaft ausgegeben.

Nach Ansicht der OECD ist dies bei weitem nicht genug, um eine effiziente und moderne Infrastruktur in Europa vorzuhalten. Bis zum Jahr 2030 schätzt die OECD den Finanzbedarf auf 53 Billionen US-Dollar. Eine effiziente und moderne öffentliche Infrastruktur ist aus Sicht der OECD wesentliche Voraussetzung für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung einer Gesellschaft. Sie bildet zugleich einen wesentlichen Standortvorteil im Wettbewerb der Regionen (vgl. OECD, Infrastructure to 2030, Paris 2007).

Mit eigenen Mitarbeitern kann die öffentliche Hand dieses Ziel nicht erreichen. In weiten Bereichen ist sie darauf angewiesen, öffentliche Aufträge zur Errichtung und Instandhaltung von öffentlicher Infrastruktur zu vergeben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welchen Regeln die öffentliche Hand unterworfen ist, wenn sie öffentliche Aufträge an Private vergibt. Offensichtlich ist zunächst, dass es spezifischer Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe bedarf. Wäre die öffentliche Hand – wie ein Privater – frei, Aufträge nach Belieben zu vergeben, würde sich schnell ein System von Hoflieferanten herausbilden. In diesem System würde nur ein kleiner Kreis von Marktteilnehmern berücksichtigt. Die Gefahr wäre groß, dass Lieferungen und Leistungen ineffizient und teuer eingekauft werden. Steuermittel würden verschwendet und stünden für notwendige Infrastrukturmaßnahmen nicht zur Verfügung. Allgemein werden daher besondere

rechtliche Vorgaben für die Auftragsvergabe für erforderlich gehalten (vgl. Pietzcker, Der Staatsauftrag, 1978, S. 246 ff.).

Regeln zur öffentlichen Auftragsvergabe haben also die Aufgabe, den Beschaffungsprozess so effizient zu gestalten, dass hierdurch eine effiziente und moderne öffentliche Infrastruktur bereitgestellt werden kann.

Hinzu kommt: Die Waren-, Verkehrs- und Dienstleistungsfreiheit aus Art. 28 ff. AEUV gilt auch für öffentliche Aufträge. Es bedarf daher einheitlicher Regelungen, wie diese Aufträge so vergeben werden können, dass Bieter aus einem Mitgliedstaat bei öffentlichen Aufträgen anderer Mitgliedstaaten anbieten und zum Zug kommen können.

Spezifischer Regeln zur Vergabe öffentlicher Aufträge bedarf es jedoch auch, weil die Gefahr sonst groß wäre, dass die immensen dafür bereitstehenden Mittel nicht nur ineffizient, sondern auch treuwidrig verwendet würden. Nur wenn die Vergabe nach zuvor festgelegten, transparenten, diskriminierungsfreien und objektiven Kriterien erfolgen muss, kann der Korruption wirksam vorgebeugt werden. Zwischen Korruptionsfreiheit und der Qualität der öffentlichen Infrastruktur besteht ein direkter Zusammenhang: Im Korruptionswahrnehmungsindex von Transparency International 2010 (www.transparency.org/policy-research) belegen Singapur, Dänemark und Neuseeland gemeinsam den ersten Platz: Alle genannten Länder verfügen gleichzeitig über eine hervorragende öffentliche Infrastruktur.

2. Wettbewerb als Grundprinzip des Vergaberechts

Als wirksames Instrument zur Verfolgung der oben genannten Regelungsziele hat sich die Organisation von Wettbewerben um öffentliche Aufträge erwiesen. Ebenso wie der Wettbewerb im privaten Bereich ein wirksames Mittel ist, um Angebot und Nachfrage bestmöglich zusammenzuführen, ist der Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geeignet, den Nachfragestaat mit passenden Waren und Dienstleistungen zu versorgen.

Das Vergaberecht besteht dementsprechend zum einen Teil aus Regeln zur Organisation von Wettbewerben. Hierzu gehören auch Bestimmungen, wann ausnahmsweise kein Wettbewerb erforderlich ist sowie für Fälle, in denen die Wettbewerbsregeln von der einen oder anderen Seite verletzt werden. Außerdem sind Bestimmungen erforderlich, die der Abgrenzung zwischen staatlicher Beschaffung einerseits und sonstiger staatlicher Tätigkeit sowie privater Beschaffung andererseits dienen.

Damit präsentiert sich das Vergaberecht – ebenso wie das Wirtschaftsprivatrecht – als hybride Rechtsmaterie (vgl. Paschke C, S. ...). Denn neben den Verfahrensregeln enthält das Vergaberecht Bestimmungen zu dem zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Auftragnehmern abzuschließenden Vertrag. Dieser Vertrag ist – jedenfalls in Deutschland – „fiskalischer“, d. h. privatrechtlicher und nicht öffentlich-rechtlicher Natur (vgl. BVerfG vom 13.06.2006, Az.: 1 BVR 1160/03).

Wesentliche Grundprinzipien für die Durchführung von Vergabeverfahren sind die Grundsätze der **Transparenz** (vgl. § 97 Abs. 1 GWB) und der **Diskriminierungsfreiheit** (vgl. § 97 Abs. 2 GWB).

Der Transparenzgrundsatz erfordert zum einen eine **Offenlegung der Entscheidungsgrundlagen** gegenüber den Bietern sowie eine **Dokumentation** der Entscheidung selbst für den Fall einer gerichtlichen Nachprüfung.

Der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit verlangt von der Vergabestelle die **Gleichbehandlung** aller Bieter im Verfahren sowohl im Hinblick auf die Bereitstellung von Informationen zur Durchführung als auch bei der Bewertung der Angebote.

Daneben versuchen öffentliche Auftraggeber immer wieder weitere Regelungsziele ihrer Beschaffungstätigkeit zugrunde zu legen. In Deutschland gesetzlich verankert ist das Ziel der **Mittelstandsförderung** (vgl. § 97 Abs. 3 GWB). Außerdem können soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte als Auswahlkriterien zugrunde gelegt werden (vgl. § 97 Abs. 4 GWB).

Damit ist die öffentliche Auftragsvergabe auch industriepolitischen Zielsetzungen geöffnet. Davon erhofft man sich, dass aufgrund des erheblichen Wirtschaftsvolumens bestimmte industrie- oder gesellschaftspolitische Zielsetzungen gesamtwirtschaftlich durchgesetzt werden können.

Es ist unschwer erkennbar, dass die beschriebenen Zielsetzungen bei der Umsetzung miteinander kollidieren können. So kann z. B. der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit mit dem Wettbewerbsprinzip kollidieren, wenn die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens sowohl bei Bietern als auch Auftraggebern erheblich höhere Aufwände erfordert als eine Direktvergabe.

Die Orientierung der Auftragsvergabe an ökologischen und sozialen Kriterien kann – muss aber nicht – für die öffentliche Hand unwirtschaftlich sein. Maximale Transparenz der Vergabe steht im Widerspruch zu dem Vertraulichkeitsgebot und Prinzip des Geheimwettbewerbs (zu den Einzelheiten vgl. Fehling in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 97, Rn 49 ff.).

3. Historie

Die heutigen Rechtsregeln für die Beschaffung der öffentlichen Hand in Deutschland gehen bis in die 20er Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Seinerzeit haben sich sogenannte Verdingungsausschüsse gebildet. Zusammengesetzt waren diese Ausschüsse aus Repräsentanten verschiedener Ministerien sowie der privaten Verbandslandschaft. Diese Ausschüsse erarbeiteten zum einen allgemeine Vertragsbedingungen für öffentliche Bauaufträge. Zum anderen haben sich die Beteiligten in diesem Rahmen auf Regeln geeinigt, wie diese Aufträge von der öffentlichen Hand an Private zu vergeben sind.

Hieraus ist zunächst die **Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)** entstanden. Mit ihrem Verfahrensteil VOB/A und dem Vertragsteil VOB/B sowie technischen Regeln VOB/C bildet sie heute das Fundament für öffentliche Bauaufträge. Der Vertragsteil hat sich auch im privaten Bauwesen durchgesetzt und

wird dementsprechend für Verträge zwischen privaten Bauherren und Auftragnehmern eingesetzt.

In den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts wurde eine entsprechende **Verdingungsordnung für Lieferungen und Leistungen** konzipiert. Dieses VOL genannte Regelwerk unterteilt sich in VOL/A mit den Verfahrensregeln und VOL/B mit Vertragsbestimmungen. Etwas später kam noch eine eigenständige Verdingungsordnung für **freiberufliche Aufträge**, VOF genannt, dazu. Sie enthielt allerdings nur Verfahrens- und keine Vertragsregeln.

Diese von den Verdingungsausschüssen entwickelten Verfahrensregeln haben die öffentlichen Auftraggeber in Bund, Ländern und Gemeinden sowie in von der öffentlichen Hand beherrschten Einrichtungen in Haushaltsordnungen, Vergabegesetzen und Richtlinien für verbindlich erklärt.

Ausschlaggebend war die **haushaltsrechtliche Betrachtung**. Aus Sicht des Haushaltsrechts dienten die Regelungen der öffentlichen Auftragsvergabe ausschließlich den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Die Verfahrensregeln mussten also so gestaltet sein, dass die öffentliche Hand Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen effizient und günstig beschaffen konnte. Hierfür hatte sie sich die notwendige Marktkenntnis zu verschaffen, um Leistung und Preise beurteilen zu können. Sie hatte die Leistungen sachgerecht zu beschreiben und in entsprechender Form mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren.

Wichtiger Bestandteil bereits in diesem System war der Wettbewerb zwischen verschiedenen Angeboten. Von Bedeutung ist dabei allerdings, dass das System kaum Bieterschutz entfaltete. Hat es die öffentliche Hand unterlassen, überhaupt einen Wettbewerb zu veranstalten oder hat sie die selbst gesetzten Regeln dabei verletzt, so konnte in Deutschland bis zum Jahr 1999 ein unterlegener Bieter nicht erzwingen, dass ihm der Auftrag statt einem Wettbewerber erteilt wird. Denkbar war lediglich eine Klage auf Schadensersatz. Dann hatte der unterlegene Bieter allerdings nachzuweisen, dass ihm der Auftrag hätte erteilt werden müssen. Dies war jedoch nur in den seltensten Fällen möglich.

Die Situation änderte sich entscheidend, als 1999 die Frist zur Umsetzung der EG-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge ablief (heute relevant: **Richtlinien 2004/18/EG, 2004/17/EG und 89/665/EWG**). In diesen Richtlinien waren ebenfalls Verfahrensregelungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Baus, der Lieferungen und Dienstleistungen enthalten.

Anders als im deutschen Recht zielen die EU-Richtlinien jedoch nicht auf das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Sie dienen vielmehr der Umsetzung des einheitlichen **Binnenmarktes** und dem freien Fluss von Waren und Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten. Da die Wirtschaft der Mitgliedstaaten zu einem erheblichen Bestandteil aus Beschaffungen der öffentlichen Hand besteht, war es nur konsequent, einheitliche Regelungen hierfür vorzusehen. Unternehmen aus einem Mitgliedstaat, die sich in einem anderen Mitgliedstaat auf öffentliche Aufträge bewerben wollten, sollten hiervon nicht durch unterschiedliche Verfahrensregeln abgehalten werden.

Weiterer Bestandteil der Marktöffnung für öffentliche Aufträge ist die in den Richtlinien verankerte Pflicht, die Vergabeabsicht europaweit zu veröffentlichen. Hierfür hat die EU eine einheitliche Plattform zunächst im EU-Amtsblatt und sodann auf elektronischer Basis bereitgestellt.

Am wichtigsten vielleicht war die Richtlinienbestimmung, dass öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, die am Verfahren beteiligten Bieter **vor** Zuschlag darüber zu informieren, welcher Bieter den Zuschlag erhalten soll und hierfür eine Begründung anzugeben. Damit einher geht die Pflicht der Mitgliedstaaten, einen wirksamen **Rechtsschutz** bereitzustellen, den unterlegene Bieter nutzen können, um eine rechtswidrige Vergabeentscheidung zu verhindern.

Damit nur Aufträge von einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung von diesem System erfasst werden, legt die EU regelmäßig durch Verordnung **Schwellenwerte** fest, ab deren Erreichen eine EU-weite Ausschreibung erforderlich und die

Einhaltung der Vergaberegeln geboten ist sowie der entsprechende Rechtsschutz bereitgestellt werden muss.

Die Höhe dieser Schwellenwerte wird auf der Basis von sogenannten Sonderziehungsrechten ermittelt. Hintergrund hierfür ist, dass sich die EU im **Government Procurement Agreement (GPA)** von 1996 verpflichtet hat, entsprechende Regelungen ihren Mitgliedstaaten aufzuerlegen. Um die Schwellenwerte in die beteiligten Währungssysteme umsetzen zu können, wird mit „Sonderziehungsrechten“ gearbeitet.

2011 beträgt der Schwellenwert für Bauaufträge 4,845 Mio. €, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge dagegen 193.000 € (VO/EG/Nr.1177/2009 vom 30.11.2009). Daneben sind Sonderschwellenwerte für sogenannte Sektorenauftraggeber, also Aufträge im Bereich Trinkwasser, Energieversorgung oder Verkehr vorgesehen sowie dann, wenn der Auftrag von einer obersten oder oberen Bundesbehörde ausgeschrieben wird.

Kapitel 2 Das Vergabeverfahren im Überblick

1. Bedarfsdefinition

Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens muss der öffentliche Auftraggeber wissen, **was** er beschaffen möchte. Da er hierzu entsprechende Haushaltsmittel binden muss, genügt es nicht, wenn er den Bedarf mit „Polizeifahrzeuge“, „Rathaus-Anbau“ oder „Telekommunikationssystem“ bezeichnet. Bekanntlich gibt es für alle Leistungen und Güter höchst unterschiedliche Qualitäten und Ausführungen. Wesentliche Auswirkungen hat auch die vertragliche Gestaltung der Pflichten und Rechte von Auftraggeber und Auftragnehmer.

Die Vergabestelle hat also nicht nur zur Beschaffenheit der Leistung Vorstellungen zu entwickeln. Sie wird sich auch Gedanken über die Art der Lieferung z. B. durch einen Rahmen- oder Einmalliefervertrag machen. Außerdem wird sie bei der Lieferung Garantieleistungen und möglicherweise Wartungspflichten definieren.

Die Bedarfsdefinition geht oftmals einher mit einer Markterkundung. Die Vergabestelle kann hierfür ein formalisiertes **Interessebekundungsverfahren** durchführen oder informelle Anfragen bei bekannten Marktteilnehmern tätigen.

2. Vergabeunterlagen

Nachdem die Bedarfsdefinition erfolgt ist, hat die Vergabestelle eine **Leistungsbeschreibung** zu erstellen. Eine Leistungsbeschreibung erfüllt die oben genannten Anforderungen an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit, wenn sie aus Sicht eines typischen Bieters zum einen die Leistungen so **eindeutig** und **erschöpfend** beschreibt, dass alle Bewerber sie im gleichen Sinne verstehen müssen und zu erwarten ist, dass daraus vergleichbare Angebote erstellt werden (vgl. § 8 EG Abs. 1 VOL/A, § 7 Abs. 1 VOB/A).

Hierzu ist es zum anderen erforderlich, dass sich die Vergabestelle bei der Beschreibung der technischen Anforderungen weitestgehend europäischer Normen bedient. Dies soll verhindern, dass Anforderungen gestellt werden, die auf einzelne Bieter zugeschnitten sind und diese dadurch im Wettbewerb bevorzugen (vgl. sogleich).

Mit der Beschreibung der Leistungen hat die Vergabestelle auch die vertraglichen Grundlagen zu fixieren. Handelt es sich dabei um einen Auftrag aus dem Hoch- oder Tiefbau, so kommen regelmäßig Vertragsbedingungen zur Anwendung, die vorformuliert sind (vgl. VOB/B sowie Bedingungen, die das Bundesministerium für Verkehr im Rahmen eines Handbuchs vorgibt).

Im Bereich Lieferungen und Leistungen, wie z. B. Fahrzeuge, Reinigung oder Bewachung ist die Standardisierung weniger ausgeprägt. Hier kommen in der Regel für unterschiedliche Auftraggeber unterschiedliche Vertragsbedingungen zum Einsatz. Bei der IT-Beschaffung dagegen hat das Bundesministerium des Inneren in Zusammenarbeit mit Branchenverbänden eine Reihe von Standardverträgen erarbeitet (vgl. EVB IT, http://www.evb-it.de/pages/frame_a.html).

Außerdem hat die Vergabestelle festzulegen, wie sie die Angebote werten wird. Sie hat hierbei zum einen das **Verhältnis zwischen Preis und Leistung** zu fixieren. Zum anderen hat sie zu bestimmen, nach welchen **Unterkriterien** die Leistung gemessen wird.

Des Weiteren hat die Vergabestelle Regeln für die Durchführung des Verfahrens vorzugeben. Hierzu gehören Angebotsfristen, Vorgaben für vorzulegende Unterlagen, die Zulässigkeit sogenannter Nebenangebote sowie gesetzlich vorgeschriebene Informationen z. B. zu der Zuständigkeit von Nachprüfungsbehörden. Zwar ergeben sich Informationen über den Ablauf des Verfahrens aus den einschlägigen Regelwerken VOL/A und VOB/A. Gerade bei komplexen Infrastrukturbeschaffungen besteht bei der Nutzung dieser Regelungen jedoch ein erheblicher Spielraum, der durch spezifische Verfahrensregeln konkretisiert werden muss.

Alle genannten Dokumente werden sodann in den „**Vergabeunterlagen**“ zusammengefasst.

3. Dokumentation

In dieser Phase des Verfahrens muss die Vergabestelle die sogenannte **Vergabeakte** anlegen. Dort hat sie alle wesentlichen Entscheidungen des gesamten Verfahrens so zu dokumentieren, dass sie für einen externen Prüfer nachvollziehbar sind. Die Dokumentation ist kein Selbstzweck, sondern dient im Falle einer Nachprüfung des Verfahrens dazu, festzustellen, ob die Vergabestelle ihre Entscheidungen auf der Basis objektiver transparenter und diskriminierungsfreier Kriterien getroffen hat (vgl. Art. 43 VKR).

Im Nachprüfungsverfahren festgestellte Mängel der Dokumentation führen dazu, dass das Verfahren ab dem Zeitpunkt, zu dem der Mangel vorliegt, zu wiederholen ist (OLG Celle vom 11.02.2010, Az.: 13 Verg 16/09). Eine Nachholung der Dokumentation zu einem späteren Zeitpunkt ist nicht zulässig (vgl. OLG München vom 19.12.2007, Az.: Verg 12/07).

4. Verfahrenswahl

Bevor die Ausschreibung veröffentlicht werden kann, muss die Vergabestelle die **Verfahrensart** festlegen: Hierzu ist zunächst zu prüfen, ob der voraussichtliche Auftragswert die Schwelle überschreitet, ab der eine **europaweite Veröffentlichung** erforderlich ist.

Unterteilt die Vergabestelle den Auftrag in unterschiedliche **Lose**, wie dies in § 97 Abs. 4 GWB vorgesehen ist, so wird der Schwellenwert nicht auf jedes Los einzeln, sondern auf alle Lose gemeinsam berechnet. Eine künstliche Unterteilung des Auftrages in Einzelaufträge ist verboten, wenn dies dazu dient, den Schwellenwert zu unterschreiten (vgl. § 3 Abs. 2 VgV).

Außerdem wird die Vergabestelle noch prüfen, ob einer der **Ausnahmetatbestände** vorliegt, nach denen eine Ausschreibung entweder vollständig entbehrlich oder nur in reduziertem Umfang erforderlich ist. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn ein Sicherheitstelekommunikationsnetz (vgl. § 100 Abs. 2 d) GWB) für Polizei oder Armee beschafft werden soll oder die Leistung aus technischen Gründen nur von einem Anbieter erbracht werden kann (vgl. § 3 EG Abs. 4 c) VOL/A, zu den Einzelheiten der Ausnahmebereiche vergleiche sogleich Kapitel 2.3).

Grundsätzlich stehen der Vergabestelle **vier Verfahrensarten** zur Verfügung. Es handelt sich dabei um das „**offene Verfahren**“, das „**nicht offene Verfahren**“, das „**Verhandlungsverfahren**“ und den „**wettbewerblichen Dialog**“ (vgl. § 101 GWB).

Die Vergabestelle ist jedoch nicht frei bei der Auswahl der Verfahrensart. Grundsätzlich hat sie das offene Verfahren anzuwenden. Diese Verfahrensart sieht vor, dass die Vergabestelle die gesamten Verdingungsunterlagen allen Interessenten zur Verfügung stellt und nach Eingang der Angebote sowohl die Eignung der Bieter als auch die Qualität und den Preis der Angebote prüft und ohne weitere Zwischenschritte den Zuschlag erteilt (vgl. § 101 Abs. 2 GWB). Dieses Verfahren sieht das deutsche Vergaberecht als Regelverfahren vor. Die anderen Verfahrenstypen dürfen nur in Ausnahmefällen gewählt werden (vgl. § 3 EG Abs. 1 VOL/A).

Das nicht offene Verfahren unterscheidet sich vom offenen Verfahren dadurch, dass es zweistufig ausgestaltet ist: Zunächst wird eine Präqualifikation, „**Teilnahmewettbewerb**“ genannt, durchgeführt. Bewerber, die diese Eignungsprüfung bestanden haben, werden aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Nur dieser beschränkte Kreis erhält auch die gesamten Vergabeunterlagen.

Die Hürden für die Zulässigkeit dieses Verfahren sind verhältnismäßig gering: Das nicht offene Verfahren ist zulässig, wenn von vornherein feststeht, dass nur ein beschränkter Kreis den Auftrag erfüllen kann oder wenn für die Erstellung des Angebots ein unverhältnismäßig großer Aufwand erforderlich ist. Diese Voraussetzungen werden bei jeder Art komplexer Aufgabenstellung erfüllt sein. Große Bauvorhaben oder komplexe IT-Projekte können in der Regel nur von einem begrenzten Kreis von Unternehmen bewältigt werden. Außerdem wird zur Erstellung eines qualifizierten Angebotes ein ganz erheblicher Aufwand erforderlich sein. Um zu verhindern, dass Unternehmen, die ohnehin nicht für die Auftragserfüllung in Betracht kommen, in derartige Angebotserstellungsaufwände getrieben werden, wird die Präqualifikation vorgeschaltet.

Eine nennenswerte Einschränkung des Wettbewerbs ist damit nicht verbunden. Auch das nicht offene Verfahren erfordert eine europaweite Bekanntmachung des Auftrages und gibt allen Interessierten die Möglichkeit, sich auf die Durchführung zu bewerben. Durch die Zweistufigkeit wird sowohl den Bietern als auch der Vergabestelle unnötiger Aufwand durch Angebotserstellung und Prüfung bei solchen Bietern erspart, die bereits aufgrund ihrer Qualifikation keine Chance auf den Zuschlag haben.

Demgegenüber ist das Verhandlungsverfahren (vgl. § 101 Abs. 5 GWB) tatsächlich nur in Ausnahmefällen zulässig. Das Verhandlungsverfahren ist zum einen dann zulässig, wenn es sich um Aufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken die vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen (vgl. § 3 EG Abs. 3 b) VOL/A). Zum anderen kann dieses Verfahren angewandt werden, wenn die Vergabestelle nicht in der Lage ist, vertragliche

Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung so genau festzulegen, dass darauf die Bieter vergleichbare Angebote legen können (vgl. § 3 EG Abs. 3 c) VOL/A). Mit beiden genannten Ausnahmetatbeständen ist im Grunde das Gleiche gemeint: Der Auftrag ist derart komplex, dass es der Vergabestelle trotz bestmöglichem Bemühen nicht gelingt, eine eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung zu erstellen. Sie ist vielmehr darauf angewiesen, gemeinsam mit den Bietern die Leistungsbeschreibung so weiter zu entwickeln, dass darauf Angebote erstellt und bepreist werden können.

Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens nach den genannten Bestimmungen: Der Vergabestelle ist es durchaus zuzumuten, sich externe Unterstützung bei der Konkretisierung und Detaillierung der Leistungsbeschreibung zu bedienen. Erst wenn sie auch dann nicht in der Lage ist, dem Eindeutigkeits- und Vollständigkeitsgebot Rechnung zu tragen, darf sie das Verhandlungsverfahren wählen (vgl. OLG Hamburg vom 24.09.2010, Az.: 1 Verg 2/10).

Schließlich ist das Verhandlungsverfahren dann zulässig, wenn ein offenes oder nicht offenes Verfahren oder ein wettbewerblicher Dialog aufgehoben werden musste, weil keine wertbaren Angebote eingegangen sind (vgl. § 3 EG Abs. 3 a) VOL/A).

Der wettbewerbliche Dialog schließlich ist im Kern eine stärker strukturierte Ausprägung des Verhandlungsverfahrens. Auch er dient der Vergabe besonders komplexer Aufträge (vgl. § 101 Abs. 4 GWB) und ist nur zulässig, wenn die Vergabestelle objektiv nicht in der Lage ist, entweder den Auftrag in technischer Hinsicht oder in rechtlich bzw. finanzieller Hinsicht abschließend zu beschreiben (vgl. § 3 EG Abs. 7 VOL/A). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind also im Wesentlichen dieselben wie bei dem Verhandlungsverfahren.

5. Veröffentlichung

Hat die Vergabestelle das Verfahren gewählt und die entsprechenden Unterlagen vorbereitet, kann die Ausschreibung veröffentlicht werden. Bei europaweiten Ausschreibungen bedient sie sich hierzu eines Formulars der Europäischen

Kommission und deren **elektronischer Ausschreibungsplattform** (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>).

Das Formular enthält zunächst Angaben über die Vergabestelle sowie über den zu vergebenden Auftrag. Um die Übersetzung zu erleichtern, muss der Auftragsgegenstand in ein System von „**CPV-Codes**“ (Common Procurement Vocabulary) eingruppiert werden.

Außerdem müssen die Anforderungen an den Bewerber und das Angebot in das Formular eingetragen werden. Handelt es sich um eine Ausschreibung im nicht offenen Verfahren, so genügt es, die Eignungskriterien zu nennen. Bei dem offenen Verfahren sind auch die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung anzugeben. In der Praxis wird hierfür regelmäßig auf eine separat abzurufende Unterlage verwiesen. Diese Unterlage enthält im offenen Verfahren die gesamten oben genannten Vergabeunterlagen einschließlich Leistungsbeschreibung, Vertrag, Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Verfahrensbestimmungen. Im nicht offenen Verfahren kann sich der Auftraggeber darauf beschränken, Verfahrensregeln sowie Eignungskriterien zu definieren (vgl. hierzu sogleich).

Das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog werden in diesem Stadium wie das nicht offene Verfahren behandelt: Mit einem Teilnahmewettbewerb wird zunächst die Eignung des Bewerbers geprüft. In einem separaten, dann nicht mehr europaweit veröffentlichten Schritt erhalten die ausgewählten Bewerber sodann die übrigen Vergabeunterlagen.

Außerdem enthält die Veröffentlichung die einschlägige Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrages bzw. des Angebotes. Grundsätzlich sind hierfür 52 Tage vorgesehen (vgl. § 12 EG Abs. 2 VOL/A). In Ausnahmefällen ist eine Reduzierung möglich.

Schließlich ist in der Veröffentlichung anzugeben, welche Stelle für den vergaberechtlichen **Rechtsschutz** zuständig ist. Nur wenn dies der Fall ist, beginnen

die entsprechenden Fristen für die Einreichung von Rechtsbehelfen (den sogenannten Nachprüfungsanträgen) zu laufen.

6. Bieterfragen

In der Praxis ergeben sich häufig bereits in der ersten Phase der Erstellung der Teilnahmeanträge oder der Angebote (je nachdem, ob es sich um ein offenes Verfahren handelt) erste Zweifelsfragen auf Bieterseite. Die Vergabestelle ist gut beraten, derartige Fragen zeitnah zu beantworten, um qualitativ hochwertige Teilnahmeanträge bzw. Angebote zu erhalten.

Aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen müssen Fragen und Antworten allen Interessenten zur Verfügung gestellt werden. Um eine erneute Veröffentlichung zu vermeiden, empfiehlt es sich, in der Erstveröffentlichung zu einer Registrierung der an der Vergabe interessierten Personenunternehmen aufzufordern. Bieterfragen und Antworten darauf können sodann über einen E-Mail-Verteiler oder eine entsprechende Internetplattform zirkuliert werden.

Nach Ablauf der Frist und Eingang der Teilnahmeanträge bzw. Angebote tritt die Vergabestelle in die Wertungsphase ein. Dies gilt jedenfalls, wenn es sich um ein offenes oder nicht offenes Verfahren handelt. Im Falle eines Verhandlungsverfahrens oder wettbewerblichen Dialogs beginnt nun die gemeinsam mit den Bietern durchzuführende Weiterentwicklung der Leistungsbeschreibung auf der Basis von strukturierten Verhandlungsrunden. Nach Abschluss dieser Verhandlungsrunden und Überarbeitung der Vergabeunterlagen durch die Vergabestelle werden die Bieter zu einem letztverbindlichen Angebot aufgefordert.

7. Wertung der Angebote

Die Wertung der Angebote muss auf der Grundlage der bekannt gegebenen **Zuschlagskriterien** erfolgen. Eine nachträgliche Änderung ist nicht mehr zulässig (vgl. EuGH vom 09.12.2010, Rs. C-568/08). Der Bewertungsvorgang ist im Einzelnen im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Steht auf dieser Basis fest, wer den Zuschlag erhalten soll, so informiert die Vergabestelle die übrigen Bieter darüber, wem sie den Zuschlag erteilen möchte und welche Gründe hierfür ausschlaggebend sind (vgl. § 101 a) GWB).

Nach Absendung dieser Mitteilung haben unterlegene Bieter fünfzehn, bei elektronischer Übermittlung der Mitteilung zehn Tage Zeit, um gegen die Vergabeentscheidung vorzugehen (vgl. § 101 a) S. 2 GWB). Erteilt die Vergabestelle den Zuschlag vor diesem Zeitpunkt, so ist der Vertrag **unwirksam** (vgl. § 101 b) Abs. 1 Nr. 1 GWB).

Geht kein Bieter gegen die Vergabeentscheidung vor oder wird ein derartiger Vorstoß bei der zuständigen Vergabekammer als unzulässig zurückgewiesen, kann der Zuschlag erteilt werden.

8. Rügepflicht

Bieter, die der Meinung sind, die Vergabestelle verstoße gegen geltendes Recht und benachteilige sie dadurch, sind verpflichtet, diesen Vorgang zunächst formal gegenüber der Vergabestelle zu rügen (vgl. § 107 Abs. 3 GWB). Eine solche Rüge ist nur dann wirksam, wenn sie den Verstoß benennt und die Vergabestelle zur Abhilfe auffordert. Eine Rüge muss nicht schriftlich erfolgen, sie kann auch mündlich übermittelt werden.

Sinn der Rügepflicht ist es, der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, Vergabefehler rechtzeitig so zu korrigieren, dass das Verfahren effizient fortgeführt werden kann. Daher sieht das deutsche Recht vor, die Rüge unverzüglich nach Erkennen des Verstoßes zu erheben, spätestens aber zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Dies setzt allerdings voraus, dass der Verstoß überhaupt erkennbar ist. Das wird z. B. dann nicht der Fall sein, wenn die Vergabestelle das Angebot des Bieters fehlerhaft gewertet hat, dies jedoch erst mit Einsicht in den Vergabebericht für den Bieter erkennbar wird.

Durch eine EuGH-Entscheidung (vgl. EuGH vom 28.01.2010, Rs. C-406/08) ist zweifelhaft geworden, ob das im deutschen Recht enthaltene Erfordernis,

„unverzüglich“ zu rügen, ausreichend konkret ist. Die Entscheidung des EuGH betraf einen ähnlich formulierten Paragraphen des irischen Rechts. Daraus hat ein Teil der deutschen Rechtsprechung den Schluss gezogen, dass das Unverzüglichkeitsanfordernis bis auf weiteres nicht mehr anwendbar ist (vgl. OLG Celle vom 26.04.2010, Az.: 13 Verg 4/10, anders: VK Bund vom 05.03.2010, Az.: VK 1-16/10; OLG Dresden vom 05.07.2010, Az.: W Verg 6/10; OLG Rostock vom 20.10.2010, Az.: 17 Verg 5/10).

Weist die Vergabestelle die Rüge zurück, so hat der betroffene Bieter 15 Tage Zeit, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer einzureichen (vgl. § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB). Dies gilt allerdings nicht, wenn er die Mitteilung bereits erhalten hat, dass der Zuschlag an einen anderen Bieter erteilt werden soll. Dann muss er den Nachprüfungsantrag innerhalb der Zehn- bzw. Fünfzehntagesfrist einreichen, gerechnet ab Mitteilung der Vergabestelle, wer den Zuschlag erhalten soll (vgl. § 101 a) GWB).

9. Nachprüfungsverfahren

Die Vergabekammer ist zwar rechtlich gesehen nicht der Gerichtsbarkeit zuzuordnen, sondern Teil der Verwaltung. Dessen ungeachtet ist sie **rechtlich unabhängig** (vgl. § 105 Abs. 1 GWB). Auch faktisch gesehen haben sich die Vergabekammern zu unabhängigen Instanzen entwickelt, die verwaltungsinternem Druck in der Regel stand halten. Hierzu trägt auch bei, dass die meisten deutschen Bundesländer in den letzten Jahren die Vergabekammern zentralisiert haben. So ist z. B. für alle Vergaben des Bundes das Bundeskartellamt zuständig. Die früher oft vorhandene räumliche Nähe der Vergabestelle zur zuständigen Vergabekammer ist damit entfallen. Damit sind in der Praxis auch Versuche der Einflussnahme durch die Vergabestelle bei den Vergabekammern wesentlich reduziert worden.

Die Vergabekammer besteht aus einem vorsitzenden Volljuristen und zwei Beisitzern. Während der erste Beisitzer in der Regel ebenfalls Volljurist ist, entstammt der zweite Beisitzer häufig dem Fachbereich, der gerade zur Verhandlung ansteht. Wird z. B. also über einen Reinigungsauftrag verhandelt, so wird als zweiter

Beisitzer das Mitglied einer Handwerkskammer mit einschlägigen Vorkenntnissen hinzugezogen.

Das Verfahren bei der Vergabekammer ist ein **Eilverfahren**. In der Regel hat die Kammer ihre Entscheidung fünf Wochen nach Eingang des Nachprüfungsantrages zu treffen (vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 GWB). Bei besonderer Komplexität kann sie diese Frist allerdings verlängern.

Nach Eingang des Antrages prüft sie zunächst, ob der Antrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn sich bereits aus dem Antrag ergibt, dass der Bieter den Vergabefehler zuvor nicht gerügt hat oder wenn er offensichtlich ins Blaue hinein behauptet, die Vergabe sei fehlerhaft, etwa weil es gar nicht sein könne, dass ein anderer Bieter günstigere Preise habe als er.

Ergibt die Prüfung der Vergabekammer, dass der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, so stellt sie den Antrag der Vergabestelle zu. Mit der **Zustellung** bei der Vergabestelle tritt ein **Zuschlagsverbot** in Kraft (vgl. § 115 Abs. 1 GWB). Gleichzeitig fordert die Kammer bei der Vergabestelle die Vergabeakte an. Um zu verhindern, dass die Vergabestelle Nachbesserungen in der Akte vornimmt, sieht das Gesetz vor, dass die Vergabeakten der Kammer „**sofort**“ zur Verfügung zu stellen sind (vgl. § 110 Abs. 2 S. 5 GWB). Hierfür steht ihr maximal ein Zeitraum von **24 Stunden** zur Verfügung. Diese Bestimmung bestätigt den oben bereits erwähnten hohen Stellenwert der Dokumentation im Verfahren.

Die Vergabekammer gibt nun den Beteiligten Gelegenheit, **Akteneinsicht** zu nehmen. Dies betrifft nicht nur den Antragsteller, sondern auch „Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden“ (vgl. § 109 S. 1 GWB). Hierbei handelt es sich in der Regel um denjenigen Bieter, der aufgrund einer Entscheidung der Vergabestelle den Zuschlag erhalten soll. Die Akteneinsicht wird nicht unbeschränkt gewährt. Betriebsgeheimnisse der Bieter sind zu respektieren. Hierzu müssen die Bieter in ihren Angeboten mitteilen, welche Informationen sie als vertraulich qualifizieren. Sie werden dann bei der Akteneinsicht geschwärzt oder aus der zugänglich gemachten Kopie entfernt.

Dessen ungeachtet kommt es nicht selten vor, dass ein Bieter, der mit einer nur wenig konkreten Behauptung in das Nachprüfungsverfahren gekommen ist, in der Vergabeakte weitere Indizien für Rechtsverletzungen erkennt und diese jetzt erst geltend macht. Mit diesem Vorbringen ist er nicht etwa „**präkludiert**“, d. h. aufgrund fehlender Rüge ausgeschlossen. Da der Verstoß erst aus der Akteneinsicht erkennbar ist, konnte er zuvor nicht gerügt werden. Dementsprechend bestand auch keine Rügepflicht.

Auf Basis der Akteneinsicht haben die Beteiligten nochmals Gelegenheit, ihre Rechtsauffassung in einem Schriftsatz darzulegen.

Die Vergabekammer lädt sodann die Beteiligten zu einer **mündlichen Verhandlung** ein (vgl. § 112 GWB). Dort wird der Fall in einer häufig mehrstündigen Verhandlung im Einzelnen durchgesprochen und die Beteiligten erhalten gegebenenfalls danach nochmals Gelegenheit, ihren Rechtsstandpunkt schriftlich zu präzisieren.

Dies führt dann allerdings meist dazu, dass das Verfahren nicht wie vorgesehen (§ 13 Abs. 1 GWB) innerhalb von fünf Wochen abgeschlossen werden kann. Die Vergabekammern machen vielmehr mittlerweile oftmals von der Möglichkeit Gebrauch, die Entscheidungsfrist um zwei Wochen zu verlängern (vgl. § 113 Abs. 1 S. 3 GWB).

Die sodann ergehende Entscheidung hat die Kammer schriftlich abzufassen und zu begründen. Sie kann dort entweder den Antrag als unzulässig oder unbegründet zurückweisen. Hält sie den Antrag dagegen für zulässig und begründet, so kann sie gleichzeitig Maßnahmen für das Verfahren treffen. Hierbei ist sie nicht an den Antrag des Bieters gebunden. Sie kann z. B. anordnen, dass das Verfahren ab dem Zeitpunkt der Verletzung wiederholt werden muss. Sie kann jedoch auch das Verfahren insgesamt aufheben.

Nicht zulässig ist es dagegen, der Vergabestelle die Erteilung des Zuschlages vorzugeben. Hierzu kann eine Vergabestelle grundsätzlich nicht gezwungen werden.

Ob sie einen Vertrag schließt muss ihr, ebenso wie im privaten Bereich, selbst überlassen bleiben. Auch die Zahlung von Schadensersatz kann die Vergabekammer nicht anordnen (vgl. § 114 GWB). Sie kann allerdings – soweit sich das Verfahren erledigt hat - feststellen, dass eine Rechtsverletzung eingetreten ist. Dies kann der Antragsteller bei einem späteren Schadensersatzprozess vor den Zivilgerichten in das Verfahren einführen.

Alle am Vergabenachprüfungsverfahren beteiligten Parteien, also sowohl Antragsteller als auch Antragsgegner und Beigeladene können die Entscheidung der Vergabekammer bei dem zuständigen **Oberlandesgericht (OLG)** mit einer „**sofortigen Beschwerde**“ anfechten (vgl. § 116 Abs. 1 GWB). Dies muss allerdings innerhalb einer Zweiwochenfrist nach Zustellung der Vergabekammer-Entscheidung erfolgen (vgl. § 17 Abs. 1 GWB). Auch das OLG-Verfahren muss innerhalb von fünf Wochen abgeschlossen sein (vgl. § 121 Abs. 3 GWB).

Mit Einlegung der „sofortigen Beschwerde“ bei dem OLG bleibt das Zuschlagsverbot bestehen (vgl. § 118 Abs. 1 S. 1 GWB). Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde und damit auch das Zuschlagsverbot enden jedoch zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, soweit das OLG auf Antrag des Beschwerdeführers die Fortgeltung der aufschiebenden Wirkung und damit des Zuschlagsverbotes bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens anordnet (vgl. § 118 Abs. 1 S. 2 und 3 GWB).

Mit der Durchführung des OLG-Verfahrens ist der Rechtsweg erschöpft. Eine weitere Instanz gibt es im Vergaberecht für Bieter nicht.

Es bleibt den Bietern allerdings unbenommen, sich direkt an die **EU-Kommission** zu wenden und zu versuchen, diese davon zu überzeugen, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einzuleiten. Hierdurch kann jedoch nicht verhindert werden, dass die Vergabestelle den Zuschlag erteilt. Derartige Vertragsverletzungsverfahren werden regelmäßig gegen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union eingeleitet. Hilft der entsprechende Mitgliedstaat nicht ab, so kann die EU-Kommission bei dem **Europäischen Gerichtshof (EuGH)** Klage erheben.

Auf diesem Weg erhält der EuGH die Möglichkeit, über vergaberechtliche Sachverhalte zu entscheiden. Der EuGH beurteilt den Sachverhalt allerdings nicht anhand nationaler Rechtsnormen, sondern auf der Basis der EU-Vergaberichtlinien vor dem Hintergrund der europäischen Grundfreiheiten, Art. 28 ff. und 56 ff. AEUV.

Die überwiegende Anzahl der Entscheidungen des EuGH zum Vergaberecht beruht allerdings auf Vorlagen nationaler Gerichte wegen Zweifeln an der Vereinbarkeit nationalen Rechts mit dem AEUV (vgl. Art. 267, 2. UA AEUV). Hierbei ist zu beachten, dass nicht nur Oberlandesgerichte, sondern auch die Vergabekammern, obwohl nicht der Gerichtsbarkeit zuzurechnen, berechtigt sind, dem EuGH vorzulegen (vgl. Reith/Stickler/Glahs, VergabeR, 2010, § 124, Rn 19).

Kapitel 3 Einzelfragen

1. Öffentliche Auftraggeber

In einem modernen Staatswesen tritt der Staat in unterschiedlicher Form auf: Er kann durch seine **Gebietskörperschaften** handeln. In Deutschland sind dies Bund, Länder und Kommunen. Er kann jedoch auch in anderen bzw. ausgegliederten öffentlichen, öffentlich-rechtlichen Organisationsformen oder privatrechtlichen Gesellschaften auftreten. Er handelt dann in Form von Personal-, Real- und Verbandskörperschaften, Anstalten oder Stiftungen oder auch privatrechtlichen Gesellschaften (vgl. hierzu Schall, Gesellschaftsrecht, S. ...).

Vor dem Hintergrund der Vielfalt der privaten und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen stellt sich die Frage, wann eine Einrichtung den gegenüber der Privatwirtschaft vergleichsweise strengen Regeln des Vergaberechts unterliegen soll. Ziel: Die öffentliche Hand soll sich diesen Regeln nicht durch eine „**Flucht ins Privatrecht**“ entziehen können.

Dementsprechend sind auch privatrechtliche Gesellschaften an das Vergaberecht gebunden, wenn sie von der öffentlichen Hand **beherrscht** sind. Wann dies der Fall

ist, ergibt sich aus spezifischen vergaberechtlichen Zurechnungsregeln (§ 98 GWB). Danach kann die Beherrschung entweder durch eine **überwiegende Finanzierung** oder eine Beherrschung bzw. mehrheitliche Besetzung der **Aufsichtsgremien** vermittelt werden. Außerdem ist Voraussetzung für die Anwendung des Vergaberechts, dass die privatrechtliche Organisation im **Allgemeininteresse** liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllt (vgl. § 98 Nr. 2 GWB).

Mögliche Zweifelsfälle für die Anwendung des Vergaberechts sind also solche Unternehmen, die entweder gemischtwirtschaftlich betrieben sind, d. h. als **Public Private Partnerships** private und öffentliche Gesellschafter haben. Zum anderen gibt es eine Reihe von Körperschaften und Anstalten, die nicht direkt durch den Staat, sondern durch die Nutzer finanziert sind. Hierzu gehören z. B. öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (vgl. hierzu Stefan Engels, Medienwirtschaftsrecht, § 3 S. ...), Krankenkassen, Religionsgemeinschaften, öffentlich-rechtliche Sparkassen. Zudem stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auch bei Messegesellschaften sowie ehemalige Monopolunternehmen wie Post, Telekom und Bahn. Im Einzelnen:

Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten werden in Deutschland nicht durch Steuermittel, sondern durch die Rundfunkgebühr finanziert (vgl. Stefan Engels, Medienwirtschaftsrecht, S. ...). Ihre Aufsichtsgremien sind aus verfassungsrechtlichen Gründen mit „gesellschaftlich relevanten Gruppen“ und nicht durch Staatsvertreter besetzt.

Der EuGH hat entschieden (Urteil vom 13.12.2007, Rs. C-337/06), dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk ungeachtet dieser spezifischen Finanzierung und Aufsichtskonstellation dem Vergaberecht unterliegt. Aufsicht und Finanzierung seien lediglich nationalen verfassungsrechtlichen Erwägungen geschuldet. Dies ändere nichts daran, dass bei materieller Betrachtung eine staatliche Finanzierung vorliege.

Allerdings ist der öffentlich-rechtliche Rundfunk aufgrund der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Medienfreiheit im Kernbereich der Programmgestaltung von der

Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts befreit (vgl. § 100 Abs. 2 j) GWB – hierzu sogleich unter Kapitel 3 Ziff. 3).

Gesetzliche Krankenkassen sind öffentlich-rechtliche Körperschaften. Zweifel an der Anwendung des Vergaberechts könnten sich daraus ergeben, dass sie nicht durch staatliche Zuschüsse, sondern durch Beiträge ihrer Mitglieder finanziert sind. Diese Beiträge werden durch die gesetzlichen Krankenkassen selbst festgelegt.

Allerdings hat auch hier die Rechtsprechung entschieden, dass diese besondere Finanzierungsart einer Finanzierung durch den Staat in vergaberechtlicher Hinsicht gleichzusetzen sei und daher das Vergaberecht Anwendung findet (OLG Düsseldorf vom 23.05.2007, Az.: VII Verg 50/06; EuGH vom 11.06.2009, Rs. C-300/07). Reichen die Mitgliedsbeiträge zur Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen nicht aus, so ist der Staat im Zweifel verpflichtet, für Ausfälle einzustehen. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich um Körperschaften des öffentlichen Rechts handelt.

Nicht dagegen dem Vergaberecht unterliegen **Religionsgemeinschaften**. Sie sind zwar in Deutschland ebenfalls zum Teil als öffentlich-rechtliche Körperschaften verfasst. Ihre Einnahmen werden mit der Steuer erhoben. Allerdings dienen sie nicht dem Allgemeininteresse, sondern lediglich ihren Mitgliedern. Finanziert werden sie auch nicht aus staatlichen Mitteln. Der Staat fungiert lediglich als Einzugsstelle (vgl. VK Baden-Württemberg vom 16.01.2009, Az.: 1 VK 65/08).

Für **Messegesellschaften** gilt, dass sie zwar durchaus Gewinnerzielungsabsicht bei ihrer Tätigkeit haben. Letztlich seien sie jedoch ein Mittel zur Standortstärkung und genießen vor diesem Hintergrund regelmäßig eine entsprechende Ausfallsicherung durch die Kommune (vgl. EuGH vom 10.05.2001, Rs. C-223/99). Aus diesen Grund ist das Vergaberecht anwendbar.

Deutsche Post und **Deutsche Telekom AG** sind bereits seit geraumer Zeit auf vollständig geöffneten Märkten aktiv. Ungeachtet einer nach wie vor bestehenden

Beteiligung des Bundes am Aktienkapital scheidet die Anwendung des Vergaberechts an dem Merkmal der Tätigkeit im Allgemeininteresse.

Nach wie vor dem Vergaberecht unterliegt allerdings die **Deutsche Bahn AG**. Alle Aktien befinden sich im Besitz des Bundes und jedenfalls in den meisten Bereichen ist anerkannt, dass die Tätigkeit im Allgemeininteresse erfolgt.

Sonderregeln unterliegen die sogenannten **Sektorenauftraggeber** (vgl. § 98 Nr. 4 GWB). Danach sind Trinkwasserversorgung, Energieversorgung und Verkehr zwar grundsätzlich dem Vergaberecht unterworfen. Gegenüber den „klassischen Auftraggebern“ genießen sie jedoch bei der Beschaffung erweiterte Spielräume. So können sie z. B. stets das Verhandlungsverfahren zur Anwendung bringen und sind nicht an die oben beschriebene gesetzliche Vorrangstellung des offenen Verfahrens gebunden.

Schließlich ist das Vergaberecht dann auf private Unternehmen anwendbar, wenn diese Bauvorhaben durchführen, die **überwiegend öffentlich finanziert** sind (vgl. § 98 Nr. 5 GWB).

2. Öffentlicher Auftrag

Zur Anwendbarkeit des Vergaberechts bedarf es jedoch nicht nur eines öffentlichen Auftraggebers, sondern auch eines öffentlichen Auftrags. Nicht alle Tätigkeiten öffentlicher Auftraggeber unterliegen dem Vergaberecht. Stellt der Staat z. B. neue Mitarbeiter ein, so müssen diese nicht nach Vergaberecht ausgeschrieben werden (vgl. § 100 Abs. 2 1. Alternative GWB).

Erforderlich ist vielmehr ein **Staatseinkauf**. Veräußert die öffentliche Hand dagegen Grundstücke (vgl. EuGH vom 25.03.2010, Rs. C-451/08), Waren oder Leistungen, so ist sie nicht an das Vergaberecht gebunden.

Gleiches gilt für den Fall, dass sie einem Privaten die Möglichkeit gibt, auf der Basis eines ausschließlichen Rechts Erlöse bei Dritten zu generieren

(„**Dienstleistungskonzession**“). Dies kann z. B. bei der Bereitstellung öffentlicher Flächen für einen Fahrradverleih der Fall sein.

Der EuGH hat jedoch gefordert, dass für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ebenfalls ein Verfahren vorzusehen ist, das den Grundregeln der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit entspricht (vgl. EuGH vom 13.10.2005, Rs. C-485/03).

Zur Abgrenzung zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession, so der EuGH, ist lediglich darauf abzustellen, ob die öffentliche Hand dem Dienstleistungskonzessionär ermöglicht, Entgelte bei Dritten zu generieren. Darauf, ob er dem Konzessionär das wirtschaftliche Risiko des Geschäfts weitgehend abnimmt, kommt es nach neuer Rechtsprechung nicht an (vgl. EuGH vom 10.09.2009, Rs. C-206/08).

Handelt es sich dagegen um die Möglichkeit, im Rahmen eines von der öffentlichen Hand vorgegebenen Bauwerks Erlöse bei Dritten zu generieren, so handelt es sich um eine **Baukonzession**, die vollumfänglich dem Vergaberecht unterliegt (vgl. § 99 Abs. 6 GWB).

Schwierig ist die Abgrenzung dann, wenn die Beauftragung innerhalb der öffentlichen Hand erfolgt („**In-House-Vergabe**“). Zweifellos nicht dem Vergaberecht unterliegen Vorgänge, die innerhalb derselben juristischen Person „beauftragt“ werden. So kann ein öffentlicher Auftrag z. B. nicht vorliegen, wenn ein Bundesministerium ein anderes Ministerium veranlasst, gewisse Tätigkeiten oder Lieferungen auszuführen.

Anders liegt der Fall, wenn z. B. eine Kommune eine andere Kommune mit der Abfallentsorgung „beauftragt“. Gründen die beiden Kommunen hierfür einen gemeinsamen Zweckverband, so ist bereits seit langem anerkannt, dass die Beauftragung des Zweckverbandes mit der Durchführung der Abfallentsorgung keinen vergaberechtlich relevanten Vorgang auslöst (vgl. EuGH vom 19.04.2007, Rs. C-295/05).

Erst durch eine jüngere Entscheidung des EuGH (EuGH vom 09.06.2009, Rs. C-480/06) ist klargestellt worden, dass die **interkommunale Zusammenarbeit** im Bereich der Daseinsvorsorge zwischen Kommunen nicht dem Vergaberecht unterliegt. Eine Kommune muss also keine Ausschreibung durchführen, wenn sie beabsichtigt, mit der Nachbarkommune Aufgaben wie die Abfallentsorgung gemeinsam zu erfüllen.

3. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht

Auch dann, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag im Sinne der vorgenannten Ausführungen vergibt, kann es Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht geben.

Dies kann z. B. aus Gründen des **Staatssicherheitsrechts** der Fall sein (vgl. § 100 Abs. 2 d) GWB). Danach müssen öffentliche Aufträge dann nicht ausgeschrieben werden, wenn sie nach Staatssicherheitsvorschriften „klassifiziert“ sind. In Deutschland einschlägig hierfür ist das **Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG)**. Ab dem Geheimhaltungsgrad VS-VERTRAULICH kann auf eine Ausschreibung verzichtet werden (vgl. OLG Düsseldorf vom 20.12.2004, Az.: Verg 101/04).

Lässt sich allerdings nicht genau zuordnen, ob die Beschaffung für einen geheimhaltungsbedürftigen militärischen oder den nicht vergleichbarer Vertraulichkeit unterliegenden zivilen Bereich erfolgt (**„Dual-Use-Güter“**), so ist eine vergaberechtliche Ausnahme nicht gerechtfertigt, so der EuGH bei der Beschaffung von Hubschraubern durch die italienische Regierung (EuGH vom 08.04.2008, Rs. C-337/05).

Die Beschaffung von Verteidigungsgütern unterliegt im Übrigen generell dem Vergaberecht, wenn nicht Güter aus einer entsprechenden Sperrliste betroffen sind (vgl. § 100 Abs. 2 lit. e) GWB, Art. 346 Abs. 1 b) AEUV). Die EU hat mittlerweile allerdings spezifische Regeln für den Bereich der Beschaffung, für Verteidigungs- und Sicherheitsgüter erlassen (RL 2009/81/EG). Dort ist z. B. vorgesehen, dass, ebenso wie im Sektorenbereich, das Verhandlungsverfahren zum Regelfall erklärt wird (vgl. Art. 25 RL 2009/81/EG).

Weniger praxisrelevant sind Ausnahmeregelungen, die für den Fall gelten, dass der Auftrag im Anwendungsbereich eines internationalen Truppenstationierungsabkommens, auf der Basis einer anderen internationalen Vereinbarung oder durch eine internationale Organisation vergeben wird. Jedenfalls wenn deutsche Vergabestellen in eigenem Namen tätig werden und nur im Auftrag der internationalen Organisation handeln, findet das Vergaberecht vollumfänglich Anwendung (vgl. VK Bund vom 20.12.2005, Az.: VK 2-159/05).

Eine sektorenspezifische Ausnahme ist darüber hinaus für **öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten** (vgl. § 100 Abs. 2 lit. j) GWB) vorgesehen. Sie gilt jedoch nur für den Kauf, die Entwicklung, die Produktion oder Co-Produktion von Programmen sowie für Verträge über die Ausstrahlung von Sendungen. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sollen in diesen Bereichen frei von den ökonomisch und wettbewerblich orientierten Beschaffungsregeln agieren können, um ihren verfassungsrechtlich ausgerichteten Programmauftrag wahrnehmen zu können (vgl. Stefan Engels, Medienwirtschaftsrecht, § 3). In den Bereichen der Verwaltungsorganisation wie Beschaffung von Büromaterial etc. bleiben sie jedoch dem Vergaberecht unterworfen (vgl. hierzu oben Kapitel 2 S. ...).

Eine weitere sektorspezifische Ausnahme besteht für **Finanzdienstleistungen** (vgl. § 100 Abs. 2 lit. m) GWB). Sie gilt allerdings nicht generell für die Tätigkeit von Banken für öffentliche Auftraggeber, sondern nur für die Darlehensvergabe und das Wertpapiergeschäft. Nimmt ein öffentlicher Auftraggeber dagegen Beratungsleistungen von Banken z. B. für eine Privatisierung oder eine strategische Finanzplanung in Anspruch, so muss diese Leistung ausgeschrieben werden.

Schließlich bedarf es für die Inanspruchnahme von **Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen** (vgl. hierzu im Einzelnen Graf, Kaufmännische Alternativen zu den staatlichen Gerichten – Schiedsgerichtsbarkeit und Wirtschaftsmediation –) einer Ausnahme von der Ausschreibungspflicht. Diese Ausnahme ergibt sich aus § 100 Abs. 2 lit. l) GWB.

Beauftragt die öffentliche Hand **Forschungs- und Entwicklungsleistungen**, so kommt es für die Ausschreibungspflicht darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber die Ergebnisse dieser Entwicklung für den eigenen Bedarf benötigt. Lässt er z. B. ein IT-System für die Abwicklung von Sozialdienstleistungen entwickeln, so ist dies ausschreibungspflichtig. Handelt es sich dagegen um eine reine Forschungsförderungsmaßnahme, entfällt die Ausschreibungspflicht (vgl. § 100 Abs. 2 lit. n) GWB).

Daneben gibt es eine Reihe von Ausnahmen, die an keine bestimmten Sektoren oder Berufszweige gebunden sind: Eine freihändige Vergabe ohne Ausschreibung ist z. B. zulässig für **Ersatzbeschaffungen, Zubehör und Ergänzungslieferungen** (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. e) f. und g) VOL/A), soweit damit nicht mehr als 50 % der ursprünglichen Beschaffung beauftragt werden.

Ebenfalls ohne Ausschreibung darf beschafft werden, wenn von vornherein feststeht, dass es für die entsprechenden Leistungen nur einen einzigen Anbieter gibt (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A). Vor dem Hintergrund der oben beschriebenen vergaberechtlichen Regelungsziele versteht es sich von selbst, dass die Rechtsprechung an das Vorliegen eines solchen Falles hohe Anforderungen stellt.

Gleiches gilt für die Ausnahme aus **Dringlichkeitsgründen** (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. d) VOL/A). Hier ergibt sich bereits aus der Norm, dass eine freihändige Beschaffung aus Dringlichkeitsgründen nur erfolgen darf „soweit dies unbedingt erforderlich ist“ und wenn aus „zwingenden Gründen“ die vorgesehenen Fristen nicht eingehalten werden können. In der Rechtsprechung wird dies z. B. bei Naturkatastrophen angenommen (vgl. OLG Dresden vom 25.01.2008, Az.: WVerG 10/07).

4. Leistungsbeschreibung

Kernstück der Vergabe ist die Leistungsbeschreibung. Sie besitzt eine Doppelnatur: Zum einen bildet sie die Grundlage für die **Durchführung des Vergabeverfahrens**. Dort dient sie den Bietern zur Erstellung des Angebotes und der Vergabestelle zu dessen Bewertung. Zum anderen ist sie Grundlage der **Vertragsdurchführung** und bestimmt die gegenseitigen Rechte und Pflichten bei Leistungsstörungen.

Vertrag und Leistungsbeschreibung bilden dabei eine Einheit: Ob der Inhalt der geschuldeten Leistung und die Konsequenzen einer Schlechtleistung in einem Vertragsdokument oder in einem anliegenden Leistungsverzeichnis beschrieben werden, folgt keiner juristischen Notwendigkeit, sondern Erwägungen der Übersichtlichkeit bei der Darstellung. So kann z. B. bei der Beauftragung von IT-Wartungsleistungen das geschuldete Leistungsniveau (Servicelevel) sowohl in dem Vertrag selbst als auch in dem Leistungsverzeichnis enthalten sein.

Idealtypisch lässt sich eine zu beauftragende Leistung, z. B. die Erstellung eines Verwaltungsgebäudes oder eines IT-Systems, auf zwei unterschiedliche Weisen beschreiben: Zum einen kann der Auftraggeber die **Planung** selbst durchführen bzw. durchführen lassen und dem Auftragnehmer im Einzelnen vorgeben, wie er bei der Durchführung des Auftrages vorzugehen hat. Im Baubereich führt er so z. B. die gesetzlich vorgegebenen Planungsphasen durch und gibt dem Auftragnehmer so Einzelanweisungen für die Errichtung des Gebäudes an die Hand. In entsprechender Form kann im IT-Bereich eine Planung erfolgen. Allerdings sind dort die Planungsschritte in erheblich geringerem Umfang standardisiert bzw. standardisierbar.

Eine Ausschreibung auf der Grundlage derart umfangreicher Planungsvorgaben wird als „**konstruktive Beschreibung**“ bezeichnet.

Das Gegenstück dazu ist die „**funktionale Beschreibung**“. Dort wird, zugespitzt formuliert, nicht der Weg zum Leistungsergebnis vorgegeben, sondern nur das Ergebnis selbst. Dies bedingt, dass die Bieter eigene Planungen durchführen müssen, bevor sie ein Angebot abgeben können. Nur wenn sie die erforderlichen Arbeitsschritte und Materialien selbst absehen können, sind sie in der Lage, diese betriebswirtschaftlich zu kalkulieren und anzubieten.

Der Auftraggeber kann sich von einer funktional geprägten Ausschreibung eine **Risikoverlagerung** auf den Auftragnehmer versprechen. Im Fall von Planungsmängeln kann sich der Auftragnehmer nicht mehr darauf zurückziehen, er

habe diese Planungsvorgabe vom Auftraggeber erhalten. Vielmehr ist der Auftragnehmer, da es sich um seine eigene Planung handelt, selbst dafür verantwortlich.

Rein funktionale Leistungsbeschreibungen gibt es allerdings in der Praxis nicht. Der Auftraggeber kann sich nicht darauf beschränken, als Ergebnis die Erstellung eines Verwaltungsgebäudes mittlerer Art und Güte oder die Programmierung eines IT-Systems vorzugeben. In beiden Beispielen gibt es eine Vielzahl von Schnittstellen, die der Auftraggeber konstruktiv beschreiben muss, um ein passendes Leistungsergebnis zu erhalten. Bei der Erstellung des Bauwerkes gilt dies bereits für die Bestimmung des in der Regel vom Auftraggeber bereitgestellten Grundstücks. Im IT-Bereich sind Kompatibilitäten mit bestehenden Systemvoraussetzungen zu gewährleisten.

Im Ergebnis wird auch bei einer „funktionalen Ausschreibung“ in der Regel ein Gemisch aus funktionalen und konstruktiven Anforderungen Eingang in die Leistungsbeschreibung finden. Die Kunst besteht darin, so viel konstruktive Anforderungen wie nötig festzuschreiben und den Bietern so viel funktionalen Freiraum zu belassen, dass ausreichend Raum für die Umsetzung kreativer Ansätze aus dem Markt bleibt, die dem Auftraggeber bisher unbekannt waren.

Funktional geprägte Ausschreibungen finden sich häufig in **Public Private Partnership** Projekten. In Zusammenarbeit mit einem privaten Partner soll dort ein möglichst effizientes und damit wirtschaftliches Modell für die Leistungserbringung entwickelt werden.

Als geeignetes Vergabeverfahren bietet sich hierbei das Verhandlungsverfahren oder der wettbewerbliche Dialog an (vgl. hierzu oben Kapitel 2). Auf der Basis einer funktionalen, ergebnisorientierten oder auch „output-orientierten“ Beschreibung der Leistung erstellen die Bieter in den verschiedenen Stadien des Verfahrens konstruktive Planungen und stellen diese dem Auftraggeber in den Verhandlungen zur Diskussion. Auf dieser Basis verfeinert der Auftraggeber seine Anforderungen

sowohl in konstruktiver als auch funktionaler Hinsicht und fordert von den Bietern dann ein letztverbindliches Angebot.

Die Leistungsbeschreibung wird also innerhalb des Verfahrens sukzessive weiterentwickelt. Wichtig ist hierbei, dass sie Leistungen letztendlich nicht so genau vorgibt, dass sich die Bieter nur noch in preislicher Hinsicht voneinander unterscheiden können. Auch in dem Endergebnis eines Verhandlungsprozesses über die Leistungsbeschreibung muss noch ausreichend funktionaler Freiraum verbleiben, um den Bietern unterschiedliche Leistungsvarianten im Rahmen ihrer Angebote zu ermöglichen.

Bei der Bewertung ist es von Bedeutung, dass der konstruktive Umsetzungsvorschlag aus der funktionalen Leistungsbeschreibung im Vertrag festgeschrieben wird. Nur so kann die Vergabestelle unterschiedliche Durchführungsvorschläge durch Leistungspunkte honorieren.

Eine wesentliche Rolle bei der Leistungsbeschreibung spielen **technische Normen**. Durch die Vorgabe, die Leistung in Konformität mit technischen Normen anzubieten, entfällt die Notwendigkeit der konstruktiven Beschreibung im Einzelnen. Die Bezugnahme auf Normen trägt zur Standardisierung der geforderten Leistung bei und erhöht die Transparenz gegenüber den Bietern.

Dies gilt auf europäischer Ebene jedoch nur, wenn die entsprechende Norm entweder europäisch verabschiedet wird oder wenn sie mit einer europäischen Norm kompatibel ist. Dementsprechend enthält das Vergaberecht Anforderungen an die Verwendung von Normen, die einen grundsätzlichen Vorrang europäischer Regelwerke vorsieht (vgl. § 8 EG Abs. 3 VOL/A).

Die Beschreibung durch Bezugnahme auf Normen schützt die Bieter zugleich davor, dass der Auftraggeber die Leistung so ausschreibt, dass lediglich ein Anbieter oder eine bestimmte Gruppe von Anbietern in Frage kommt. Eine derartige **produktspezifische** Ausschreibung ist verboten (vgl. § 8 EG Abs. 7 VOL/A). Generell sind Produktbezeichnungen zu vermeiden.

Verboten ist es also, eine Ausschreibung für Mercedes-Limousinen oder HP-Server durchzuführen. Lediglich in von der Rechtsprechung eng gefassten Ausnahmebereichen, z. B. bei der Beschaffung von Klimamessgeräten, die zu dem bisherigen Gerätepark passen müssen (vgl. OLG Düsseldorf vom 03.03.2010, Az.: Verg 46/09), ist eine produktspezifische Ausschreibung anerkannt worden.

Lieferungen und Leistungen können die Verwaltung sowohl für einen Einmalbedarf als auch für wiederkehrende Fälle beschaffen. Im letztgenannten Fall kann sie hierfür zu der Ausschreibung von **Rahmenvereinbarungen** greifen. Hierunter versteht man zum einen solche Verträge, die sämtliche Leistungs- und Preisparameter im Vertrag festlegen, dem Auftraggeber jedoch die Freiheit belassen, aus diesem Vertrag Leistungen abzurufen. So können z. B. Rahmenverträge über die Lieferung von IT-Hardware geschlossen werden. Der Auftragnehmer ist dann auf Abruf verpflichtet, die Geräte in der ausgeschriebenen und vereinbarten Form zu liefern. Auch bei Dienstleistungen wie Reinigung, Umzug oder Bewachung wird häufig zu dem Mittel des Rahmenvertrages gegriffen, um bei schwankenden Bedarfen nicht ständig neue Ausschreibungen initiieren zu müssen.

Neben dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit einem Auftragnehmer ist es auch zulässig, Rahmenverträge mit mehreren Auftragnehmern für dieselbe Leistung zu schließen (vgl. § 4 EG VOL/A). In diesem Fall ist der Auftraggeber verpflichtet, vor Abruf einer Leistung erneut einen „Miniwettbewerb“ um den Preis oder einzelne Leistungsbedingungen durchzuführen. Anzumerken ist, dass Rahmenverträge weder bei Bauleistungen (mit Ausnahme im Sektorenbereich) noch bei freiberuflichen Leistungen nach VOF zulässig sind.

Die zulässige Laufzeit von Rahmenvereinbarungen darf in der Regel vier Jahre nicht überschreiten (vgl. § 4 EG Abs. 7 VOL/A). Ausnahmsweise ist dann eine längere Laufzeit zulässig, wenn z. B. zur Ingangsetzung der Leistung erhebliche Vorinvestitionen des Auftragnehmers erforderlich sind (z. B. die Errichtung von Telekommunikationsinfrastrukturen), die in einer Laufzeit von vier Jahren nicht amortisierbar sind.

Auch außerhalb von Rahmenverträgen können sich öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung Flexibilität vorbehalten. Im Rahmen von „**Alternativausschreibungen**“ können sie vorsehen, erst bei Zuschlag über Leistungsvarianten zu entscheiden.

So kann bei **PPP-Ausschreibungen** z. B. der Kauf oder die Miete von Schulgebäuden alternativ in den Markt gegeben werden. Je nachdem welche Variante auf der Basis eines den Barwert errechnenden Wirtschaftlichkeitsvergleichs vorteilhafter ist, kann der Zuschlag auf die eine oder andere Variante erteilt werden.

Von der Alternativausschreibung zu unterscheiden ist die Ausschreibung von „**Optionen**“ oder „**Bedarfspositionen**“. Hier entscheidet der Auftraggeber erst nach Zuschlag bei Auftragsdurchführung darüber, ob er eine Leistungskomponente in Anspruch nehmen möchte. Z. B. lässt er sich neben der Lieferung von Hardware deren Wartung anbieten. Er behält sich jedoch vor, zunächst nur die Geräte zu kaufen und über die Inanspruchnahme der Wartungsleistung nach Ablauf der Garantiefrist zu entscheiden.

Bei der Verlagerung von Risiken der Auftragsdurchführung auf private Auftragnehmer ist die öffentliche Hand nicht völlig frei. Sie ist nicht berechtigt, „**ungewöhnliche Wagnisse**“ auf den Auftragnehmer zu verlagern, wenn er auf diese Umstände und Ereignisse keinen Einfluss hat und die Auswirkungen auf die Preise nicht schätzen kann (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A).

Zwar ist es durchaus zulässig, für den Auftragnehmer riskante Aufgaben wie z. B. die Munitionsräumung zu vergeben. Doch setzt die Rechtsprechung dort eine Grenze, wo das finanzielle Einkalkulieren des Risikos zu unsinnig hohen Preisen führen würde. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn der Vergabestelle grundsätzliche Informationen zur Kalkulation zur Verfügung stehen, sie diese jedoch den Bietern nicht zur Verfügung stellt. Entsprechendes wurde z. B. für die Gebäudewerte bei der Ausschreibung von Gebäudeversicherungen angenommen (vgl. OLG Celle vom 15.12.2005, Az.: 13 Verg 14/05).

Weitere Flexibilität erhält der Auftraggeber durch die vertragliche Verankerung von **Vertragsverlängerungsoptionen**. So kann z. B. ein Vertrag über Reinigungsdienstleistungen über vier Jahre fest sowie eine weitere optionale Vertragslaufzeit von zwei Jahren abgeschlossen werden.

Kapitel 4 Fair Play

Wettbewerb ist, wie gezeigt, ein wesentlicher Erfolgsfaktor für eine moderne und effiziente öffentliche Infrastruktur. Doch der Wettbewerb kann seine Wirkung als Erfolgsfaktor nur entfalten, wenn er fair ist und nicht als Scheinwettbewerb durchgeführt wird.

1. Verstöße öffentlicher Auftraggeber

Sowohl für den öffentlichen Auftraggeber als auch für private Bieter besteht die Gefahr, dass durch Unachtsamkeit oder Absicht Wettbewerbsregeln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge verletzt werden. **Bestechung** und **Bestechlichkeit** ist eine, jedoch nicht die einzige Ursache für Regelverletzungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe (vgl. die Nachweise unter www.transparency-international.de). Doch auch unterhalb der Kriminalitätsschwelle führen absichtliche oder fahrlässige Verstöße gegen die oben beschriebenen Regeln dazu, dass Verfahren in Schieflage geraten können. Vergabestellen können beispielsweise einzelne Bieter gezielt dadurch bevorzugen, dass sie ihnen Informationen zur Vorbereitung ihres Angebotes übermitteln, die anderen Bietern nicht zur Verfügung stehen.

Sie können auch die gesamte Ausschreibung bereits so gestalten, dass nur einer, nämlich der gewollte Bieter zum Zug kommen kann. Sie müssen dabei nicht unbedingt gegen das oben beschriebene Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen.

Die Rechtsprechung hat anerkannt, dass es dem öffentlichen Auftraggeber frei steht, selbst zu bestimmen, **was** er beschaffen will. Im Rahmen dieser **Beschaffungsautonomie** ist er also grundsätzlich berechtigt, das Bewerberfeld einzuschränken (vgl. OLG Düsseldorf v. 03.03.2010, Az.: Verg 46/09; OLG

Düsseldorf v. 17.02.2010, Az.: Verg 42/09; OLG Düsseldorf v. 14.04.2005, Az.: VII-Verg 93/04). Geschieht dies allerdings aus sachfremden Gründen, d. h. zur gezielten Bevorzugung eines Bieters, so handelt es sich um eine rechtswidrige Verfälschung des Wettbewerbers und kann – den Nachweis vorausgesetzt – zur Aufhebung des Verfahrens führen.

Ebenfalls in der Praxis bereits vorgekommen ist, dass Vergabestellen Bieter vom Verfahren aus Gründen ausschließen, die diesen Ausschluss vergaberechtlich nicht rechtfertigen (vgl. VK Bund v. 17.08.2010, Az.: VK 1 - 70/10). Außerdem können Vergabestellen gezielt Wertungskriterien ändern oder zusätzliche Unterkriterien schaffen, um die Vergabe in eine bestimmte Richtung zu lenken (vgl. EuGH v. 09.12.2010, Rs. C-568/08, VK Schleswig v. 09.07.2010, Az.: VK-SH 11/10).

Den größten Verstoß bildet allerdings die rechtswidrige direkte Beauftragung ohne ein eigentlich erforderliches Verfahren durchzuführen, die sogenannte **De-facto-Vergabe**. Auch hiergegen können am Auftrag interessierte Unternehmen im Wege des Nachprüfungsverfahrens vorgehen (vgl. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB).

2. Verstöße von Bietern

Bieter können den Wettbewerb verfälschen, indem sie sich im Verfahren absprechen. Eine solche Absprache ist verboten und führt zum Ausschluss des Angebots (vgl. § 19 Abs. 3 lit. f VOL/A). Hierzu ist kein Nachweis der Absprache erforderlich. Es genügt, wenn nachgewiesen werden kann, dass mehrere Bieter Kenntnis von den Angebotsinhalten besitzen. Nicht ausreichend ist allerdings, wenn sich zwei Bieter wechselseitig als Nachunternehmer benennen (vgl. OLG Celle v. 02.12.2010, Az.: 13 Verg 12/10).

Problematisch ist es auch, wenn sich Bieter im Vorfeld der Ausschreibung der Vergabestelle als **Berater** andienen und an der Erstellung der Leistungsbeschreibung mitwirken („**Projektant**“). Hier besteht die Gefahr, dass die Leistungsbeschreibung auf den entsprechenden Bieter derart ausgerichtet wird, dass er einen Wettbewerbsvorteil erhält.

Allerdings ist es nicht zwingend erforderlich, Bieter vom Verfahren auszuschließen, die bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung mitgewirkt haben. Die Vergabestelle kann den **Informationsvorteil** des Bieters **ausgleichen**. Dies kann dadurch erfolgen, dass allen Bietern sämtliche von dem im Vorfeld beratend tätig gewordenen Bieter erstellten Unterlagen zugänglich gemacht werden (vgl. § 6 EG Abs. 7 VOL/A).

Lässt sich bei einem Bieter rechtswidriges Verhalten nachweisen, so hat dies nicht nur strafrechtliche Konsequenzen sowie den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge. Die Vergabestelle kann zusätzlich auch eine „**Vergabesperre**“ verhängen. Dies bedeutet, dass der Bieter für einen Zeitraum bis zu drei Jahren nicht mehr an Verfahren der entsprechenden Behörde teilnehmen darf. Einige Bundesländer in Deutschland verfügen darüber hinaus über ein „**Korruptionsregister**“ (vgl. z. B. Korruptionsgesetz Berlin in der Fassung vom 01.12.2010, Gesetzblatt Berlin vom 10.12.2010, S. 535). Personen und Unternehmen, die entsprechende Verfehlungen begangen haben werden dort eingetragen.

Für betroffene Unternehmen besteht die Möglichkeit, durch „**Selbstreinigungsmaßnahmen**“ wieder die Voraussetzungen zur Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren herzustellen. Hierzu müssen sie nachweisen, dass interne Mechanismen etabliert wurden, die entsprechende Verfehlungen für die Zukunft ausschließen. Dazu gehören beispielsweise die Bestellung eines unabhängigen Compliance-Beauftragten und die Selbstverpflichtung der betroffenen Mitarbeiter.

Kapitel 5 Compliance-Anforderungen an große Infrastrukturprojekte

Große Infrastrukturvorhaben der öffentlichen Hand stehen meist unter einem großen Erfolgsdruck. In der Regel sind erhebliche Haushaltsmittel für die Errichtung gebunden. Bei einem PPP-Projekt kommen noch die Betriebskosten hinzu. Dies führt dazu, dass sich der Auftraggeber auf lange Zeit an einen privaten Partner bindet. All dies ruft in der Regel sowohl politische Gremien als auch die Öffentlichkeit auf den

Plan. Schnell werden Vorwürfe erhoben, öffentliche Mittel würden verschwendet und Unregelmäßigkeiten im Verfahrensablauf seien zu beklagen.

All dies führt zu der Frage, ob es an der Zeit ist, für Infrastrukturprojekte der öffentlichen Hand über spezifische Compliance-Regeln nachzudenken. In Deutschland gibt es in den betroffenen Branchen jeweils eigene Vorschriften. Dies gilt beispielsweise für das „Wertemanagement“ der Deutschen Bauindustrie. Auch die finanzierenden Banken verfügen über ein umfangreiches Compliance-Regelwerk. Schließlich ist die öffentliche Hand selbst mit dem Public-Corporate-Government-Codex mit entsprechenden Vorschriften ausgestattet. Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass das öffentliche Vergaberecht mit seinen teils sehr komplexen Vorschriften und den scharfen Rechtsmittelinstrumenten über ausreichende Vorkehrungen verfügt, um zusätzliche spezifische Regelungen überflüssig zu machen.

Andererseits ist folgendes nicht zu verkennen: Das Vergaberecht enthält zwar eine Reihe strenger Vorkehrungen für die Durchführung von Verfahren. Diese Regeln sind oberhalb der EU-Schwellenwerte auch justiziabel und begründen damit subjektive Rechte von Bietern. Andererseits wird in Deutschland seit langem bemängelt, dass komplexe Infrastrukturvorhaben, bei denen Verhandlungen mit Bietern unumgänglich sind, um die Leistung im Einzelnen zu spezifizieren, nicht ausreichend vergaberechtlich geregelt sind.

Insbesondere fehlen detaillierte Ablaufregeln für das Verhandlungsverfahren sowie den wettbewerblichen Dialog. Dies hat zur Folge, dass zuweilen erhebliche Unsicherheit besteht, wie das Verfahren auszugestalten ist.

Auch besteht Unsicherheit darüber, welchen Umfang an Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit und den politischen Gremien das Verfahren besitzen muss. Hier spielt insbesondere das Verhältnis zwischen Informationsfreiheitsgesetzen und dem Geheimhaltungsgebot des Vergaberechts eine Rolle.

Schließlich ist mit der Wirtschaftskrise in Deutschland auch eine Gruppe von Kritikern großer Infrastrukturprojekte wie z. B. Stuttgart 21 auf den Plan getreten. Deren Protest resultiert zum einen aus dem Misstrauen, das aufgrund zurückgehaltener Informationen von Verfahrens- und Vertragsdetails entstanden ist. Die Kritik richtet sich zum anderen darauf, dass aufgrund der Komplexität der Vorhaben eine demokratische Kontrolle möglicherweise nicht ausreichend gewährleistet sein könnte.

Vor diesem Hintergrund erscheint es angebracht darüber nachzudenken, ob spezifische Compliance-Regeln für PPP und andere große Infrastruktur-Projekte erforderlich sind.

Aufgrund der Bedeutung eines großen Infrastrukturprojektes für die Öffentlichkeit erscheint es erforderlich, diese regelmäßig über den Projektstand zu informieren und die Bevölkerung in den Entscheidungsprozess zu integrieren. Dies bedeutet nicht, dass im Verfahren sämtliche Unterlagen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden müssten. Dies verbietet bereits die vergaberechtliche Geheimhaltungspflicht, ohne die ein effektiver Wettbewerb nicht gewährleistet werden kann. Es muss also ein geeigneter Mittelweg gefunden werden, der einerseits sicherstellt, dass die Öffentlichkeit in das Projekt eingebunden ist, andererseits der vergaberechtlich erforderliche Wettbewerb nicht gefährdet wird.

Ratsmitglieder und Parlamentsabgeordnete sind die Organe des Auftraggebers. Ebenso wie in einer privaten Kapitalgesellschaft haben sie selbstverständlich das Recht, in alle Unterlagen Einsicht zu nehmen, wenn sie wesentliche Angelegenheiten der Körperschaft betreffen. Dementsprechend erscheint es nicht akzeptabel, ihnen mit dem Argument Zugang zu Informationen zu verweigern, damit sei die Gefahr einer Weitergabe an unbefugte Dritte zu befürchten. Allerdings bedarf es möglicherweise der Unterzeichnung einer expliziten Vertraulichkeitserklärung, wenn entsprechende Unterlagen einem größeren Kreis zugänglich gemacht werden sollen. Außerdem ist es zumutbar, dass diese Einsichtnahme nicht durch Aushändigung von Unterlagen, sondern durch Vorortkenntnisnahme erfolgt.

Es empfiehlt sich, zu Beginn eines Projektes Verfahrensordnungen zu verabschieden, die die interne sowie die externe Kommunikation regeln. Die interne Verfahrensordnung richtet sich dabei an Mitglieder des Projektteams und die Organe des Auftraggebers. Die externe Verfahrensordnung richtet sich dagegen an die Bieter und möglicherweise involvierte Nachunternehmer sowie Berater. In den Verfahrensordnungen ist festzulegen, dass jede betroffene Person verpflichtet ist, Kommunikation mit der Gegenseite nur in vorgesehenen Verhandlungsrunden zu führen. Jegliche Einflussnahmeversuche sind sofort der Projektleitung zu melden und diese ist verpflichtet, entsprechende Sanktionen zu ergreifen. Sinn dieser Regelungen ist es, der spezifischen Verhandlungssituation Rechnung zu tragen.

Für den Regelfall schließt das Vergaberecht Verhandlungen deshalb aus, weil dadurch unzulässige Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess verhindert werden soll. Sind derartige Verhandlungen jedoch erforderlich, um die Projekteffizienz zu sichern, so müssen diese in streng regulierten Bahnen verlaufen und dürfen nicht dazu führen, dass das vergaberechtliche Gebot der Wettbewerbsneutralität und Transparenz verletzt ist. Da das geltende Vergaberecht spezifische Bestimmungen diesbezüglich nicht vorsieht, könnten die genannten Compliance-Regeln diese Lücke füllen.

Für die Umsetzung kommen verschiedene Gestaltungsvarianten in Betracht. Zum einen werden in Deutschland derzeit gute Erfahrungen mit einem „Integrity Pact“ gemacht, den alle Beteiligten bei Beginn des Projekts abschließen. Ein derartiger „Integrity Pact“ wird von Transparency International initiiert. Er sieht neben den entsprechenden Verhaltensregeln auch die Einsetzung eines „Monitors“ vor, der Zugang zu allen verfahrensrechtlichen Dokumenten hat und bei Unregelmäßigkeiten Ermittlungen aufnimmt. Der Pakt sieht zum anderen Sanktionen bei Verstoß gegen entsprechende Regeln vor.

Die Involvierung von Transparency International ist allerdings nur eine Möglichkeit, um das Regelwerk zu verabschieden. Denkbar wäre auch eine Auflistung geeigneter Regeln in einem „Code of Conduct“. Dieser könnte dann von den Projektverantwortlichen für das konkrete Projekt zugrunde gelegt werden. Wichtig

erscheint in diesem Zusammenhang, dass sich die Regeln jeweils an die einzelnen Beteiligten und nicht an Körperschaften richten. Nur im Rahmen der Selbstverpflichtung von Personen kann die Integrität und Transparenz der Verfahren sichergestellt werden.