



Schriftenreihe des forum vergabe e.V.

# Neunzehnte forum vergabe Gespräche 2018

Dokumentation der Veranstaltung  
vom 18. bis 20. April 2018

Band 63



Bundesanzeiger  
Verlag

*forum vergabe*

## Vorwort

Der Abschluss der nationalen Vergaberechtsreform 2016 ist fast geschafft. Daher stehen diesmal weniger die großen Fragen der Vergabepolitik im Mittelpunkt der forum vergabe Gespräche, sondern die nicht weniger wichtigen praktischen Probleme. So enthält das neue Vergabepaket der EU-Kommission im Wesentlichen nicht-legislative Maßnahmen.

Das bedeutet aber nicht, dass die praktischen Probleme losgelöst von rechtspolitischen oder allgemeinen politischen Standpunkten und Entwicklungen gesehen werden müssen. Das Gegenteil ist der Fall. Gerade die strategische, nachhaltige und innovative Beschaffung ist auf einen verlässlichen politischen Willen angewiesen. Dafür muss das Vergaberecht seinerseits belastbare Lösungen anbieten.

Es ist daher symptomatisch, wenn der IPA an eine Arbeit über „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ verliehen wird. Der verantwortungsbewusste, regelgetreue und nachprüfbare Umgang mit öffentlichen Geldern bei der Beschaffung ist ein Kerngedanke des Vergaberechts und verlangt mehr als nur das Abarbeiten von Formularen. Dabei sind die zunehmend erweiterten Wahl- und Gestaltungsmöglichkeiten als positive Herausforderung zu sehen und nicht als belastende Zunahme an Komplexität.

Vorträge und Diskussion wurden diesem Anspruch mehr als gerecht. Dafür ist das forum vergabe den Referenten und den Teilnehmern zu Dank verpflichtet. Ein Dank gilt auch unseren Sponsoren, die einen wichtigen Beitrag zur gemeinnützigen und neutralen Arbeit des forum vergabe leisten. Und natürlich ist auch den Mitarbeitern der Geschäftsstelle zu danken, ohne die diese Veranstaltung nicht so gut und reibungslos verlaufen wäre.

In diesem Jahr liegt die Gründung des forum vergabe e.V. 25 Jahre zurück. Wenn alle Veranstaltungen so positiv verlaufen wie die 19. forum vergabe Gespräche, muss dem Verein vor weiteren 25 Jahren nicht bange sein.

September 2018

Dr. Volker Wissing

Niels Lau

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Vorsitzender

Geschäftsführendes  
Vorstandsmitglied

Geschäftsführer







## **Inhaltsverzeichnis**

**Vorwort**..... 5

### **Begrüßungsworte**

*Ministerialdirigent Dr. Philipp Steinberg*  
Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin ..... 17

### **Eröffnungsrede**

#### **Das Vergaberecht aus Sicht des Bundeskartellamtes**

*Andreas Mundt*  
Präsident des Bundeskartellamtes, Bonn..... 21

### **Grußwort**

*Daniel Schreiner*  
Stadtbaurat Fulda..... 27

### **Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission**

#### **Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung**

*Marzena Rogalska*  
Geschäftsführende Direktorin GD Binnenmarkt,  
Industrie, Unternehmertum und KMU ..... 31

#### **Moderation und Einführung**

*Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting*  
Allen & Overy LLP, Frankfurt am Main ..... 43

## **Statements**

<i>Niels Lau</i> Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin.....	45
<i>Norbert Portz</i> Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn.....	51
<i>Ministerialdirigent Dr. Philipp Steinberg</i> Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin .....	57

## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

### **– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –**

#### **Moderation und Einführung**

<i>Prof. Dr. Martin Burgi</i> Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München.....	61
--	----

#### **Vergaberecht und europäisches Beihilferecht**

<i>Prof. Dr. Oliver Dörr</i> Universität Osnabrück.....	65
--	----

#### **Vergaberecht und das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG**

<i>Prof. Dr. Elke Gurlit</i> Johannes Gutenberg-Universität, Mainz.....	71
--	----

#### **Vergaberecht in Österreich – Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten und aktuelle Besonderheiten**

<i>Prof. Dr. Michael Holoubek</i> Wirtschaftsuniversität Wien .....	83
--	----

#### **Vergaberecht und Kartellrecht**

<i>Prof. Dr. Michael Kling</i> Phillipps-Universität, Marburg.....	89
---	----

#### **Vergaberecht in UK und BREXIT**

<i>Prof. Dr. Martin Trybus</i> Universität Birmingham.....	109
---	-----

**Vergaberecht und andere Verteilungsregime**

*Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger*

Universität Augsburg..... 113

**Workshop 1: Innovation bei Auftragsvergaben**

**Statements**

*Susanne Kurz*

Kompetenzzentrum innovative Beschaffung, Frankfurt am Main..... 121

*Dr. Katharina Knapton-Vierlich*

Stellvertretende Referatsleiterin, GD Binnenmarkt,  
Industrie, Unternehmen und KMU ..... 123

**Workshop 2:**

**Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz**

**Moderation und Einführung**

*Rechtsanwalt Dr. Dominik R. Lück*

Köhler & Klett, Köln..... 129

**Statements**

*Oberregierungsrat Dr. Matthias Klein*

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Bonn..... 133

*Dr. Hendrik Reffken*

Schindler Deutschland AG & Co. KG, Berlin ..... 139

**Workshop 3: Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes**

**Moderation und Einführung**

*Rechtsanwalt Dr. Friedrich Ludwig Hausmann*

PwC Legal AG, Berlin..... 143

### **Statements**

<i>Prof. Dr. Michael Eßig</i> Universität der Bundeswehr, München Forschungszentrum für Recht und Management in der öffentlichen Beschaffung .....	147
<i>Dr. Andreas Clément</i> Deutsche Bahn AG, Berlin .....	159

### **Workshop 4: Vergabe von Rettungsdienstleistungen**

#### **Moderation und Einführung**

<i>Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun</i> Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Berlin .....	163
---	-----

#### **Statement**

<i>Rechtsanwalt Dr. Oliver Esch</i> ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte, Köln .....	165
--	-----

### **Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2018 –**

#### **Laudatio**

<i>Prof. Dr. Martin Trybus</i> Universität Birmingham.....	171
---	-----

#### **Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger**

<i>Dr. Christian Hillen</i> Universität Osnabrück.....	175
---	-----

### **Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts**

#### **Moderation und Einführung**

<i>Prof. Dr. Mark von Wietersheim</i> Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin .....	181
---	-----

**Abschaffung einer eigenständigen VOB/A  
ab Erreichen der EU-Schwellenwerte**

*Leitender Regierungsdirektor Bernhard Fett*  
Staatsbetrieb Sächsische Informatik Dienste, Dresden ..... 183

**Die Ausnahme zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen –  
Neuaufgabe erforderlich?**

*Rechtsanwältin Dr. Frauke Koch*  
Taylor Wessing, Düsseldorf ..... 187

**Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie  
im öffentlichen Beschaffungswesen**

*Marc Steiner*  
Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen ..... 191

**Bußgelder für Vergaberechtsverstöße**

*Rechtsanwalt Dr. Florian Wolf*  
BLOMSTEIN, Berlin..... 195

**Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern**

**Moderation und Einführung**

*Ministerialrat Jürgen Ringel*  
Bundesrechnungshof, Bonn..... 201

**Statements**

*Leitende Regierungsdirektorin Susanne Nachtigall*  
Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern, Bonn..... 205

*Rechtsanwalt Dr. Jan D. Bonhage*  
Hengeler Mueller, Berlin..... 207

*Ministerialrätin Annette Schmidt*  
Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung  
und Energie des Landes NRW, Düsseldorf..... 213

**Resümee**

*Prof. Dr. Mark von Wietersheim*  
Geschäftsführer des forum vergabe e.V..... 217

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>Pressestimmen</b> .....	219
<b>Verzeichnis der Teilnehmer</b> .....	223
<b>Sponsoren</b> .....	236





## Begrüßungsworte



### **Ministerialdirigent Dr. Philipp Steinberg**

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

Sehr geehrter Herr von Wietersheim, lieber Herr Mundt,  
sehr geehrte Damen und Herren,

herzlichen Dank erst mal an Sie, Herr von Wietersheim, für die Einladung nach Fulda zu den forum vergabe Gesprächen.

Das gibt mir die Gelegenheit, kurz einige Worte zur Rolle des Vergaberechts aus Sicht des Bundeswirtschaftsministeriums zu sagen. Es ist aus unserer Sicht wichtig, das Vergaberecht in einen größeren wirtschaftspolitischen Kontext einzuordnen. Sie wissen, dass sich Herr Bundesminister Altmaier eine Renaissance der sozialen Marktwirtschaft auf die Fahne geschrieben hat. Klar ist, dass eine solche Renaissance keine triviale Aufgabe darstellt. Klar ist auch, dass es zu den wichtigen Elementen der sozialen Marktwirtschaft gehört, einen angemessenen Wettbewerb zu gewährleisten. Das Bundeskartellamt ist natürlich zuständig, um den Missbrauch von zu viel privater Wirtschaftsmacht einzudämmen. Aber auch das Vergaberecht ist dazu aufgerufen, den Missbrauch öffentlicher Macht in die Schranken zu weisen und bildet damit durchaus auch einen Grundpfeiler der sozialen Marktwirtschaft und einer modernen Ordnungspolitik.

Sie wissen, dass die Abteilung Wirtschaftspolitik im Bundeswirtschaftsministerium eine lange Tradition hat. Einer meiner Vorgänger hat maßgeblich zur Entwicklung des Konzepts der sozialen Marktwirtschaft beigetragen. Damals gab es das Vergaberecht in der heutigen Form natürlich noch nicht, aber es wäre ansonsten, glaube ich, auch damals

in der wirtschaftspolitischen Grundsatzabteilung neben dem Kartellrecht platziert worden, weil es eben auch eine zentrale Säule für die Sicherstellung eines angemessenen Wettbewerbs bildet.

Sie wissen alle, dass das Vergaberecht eine große ökonomische Bedeutung hat. Die Angaben, wie hoch die Volumina sind, die vergeben werden, schwanken etwas. Wir schätzen, dass es zwischen 280 und 350 Mio. Euro pro Jahr sind. Die EU-Kommission geht von noch höheren Summen aus. Damit ist das Vergaberecht ein zentraler Wirtschaftsfaktor, bei dem nach unserer Überzeugung – und die Kommission ist ähnlicher Auffassung – die ökonomische Relevanz sogar noch an Bedeutung gewinnt und auch an Bedeutung gewinnen sollte. Das ist eine der Aufgaben, die wir in dieser Legislaturperiode weiter voranbringen wollen.

Wir waren in der letzten Legislaturperiode sehr aktiv und haben zahlreiche gesetzgeberische Vorhaben auf den Weg gebracht, die jetzt geltendes Recht sind und umgesetzt werden – die Vergaberechtsreform, das Wettbewerbsregister und die Unterschwellenvergabeordnung. Aber jetzt geht es auch darum, dass wir die ökonomischen Aspekte stärker in den Fokus nehmen und uns gemeinsam überlegen, wie wir in Anbetracht dieser ökonomischen Relevanz die öffentliche Beschaffung noch weiter professionalisieren können.

Für uns ist die evidenzbasierte Wirtschaftspolitik von zentraler Bedeutung. Wir wollen in der Abteilung Wirtschaftspolitik im Bundeswirtschaftsministerium versuchen, unserer politischen Leitung eine stärker evidenzbasierte Beratung anzubieten. Bei vielen Aspekten wissen wir immer noch nicht genau, wie relevant diese tatsächlich in der Vergabepraxis sind. Ich denke da etwa an Themen, die lange sehr kontrovers diskutiert wurden, wie etwa die strategische Beschaffung – früher war leider häufig die Rede von sogenannten „vergabefremden Aspekte“. Wir wollen in dieser Legislaturperiode eine Vergabestatistik aufbauen, um die Beschaffung in Deutschland evidenzbasiert evaluieren und dann daraus auch Schlussfolgerungen ziehen zu können. Es ist gut, eine Meinung zu haben, aber noch besser ist es, wenn man die Meinung auch mit Fakten unterlegen kann. Dazu wollen wir mit der Vergabestatistik beitragen.

Wir wollen aber auch schauen, wie wir die Steuerungsmöglichkeiten der Vergabestellen verbessern können. Deswegen wollen wir – ähnlich wie die Kommission – in dieser Legislaturperiode nicht primär viele neue Gesetze auf den Weg bringen, sondern wir wollen schauen, wie sich die neuen Gesetze entwickelt haben und was wir verbessern können. Dabei werden wir natürlich Dinge, die wir in der letzten Legislaturperiode angestoßen haben, umsetzen, insbesondere das Wettbewerbsregister, das wir mit dem Bundeskartellamt auf den Weg bringen. Dabei geht es v.a. um die Frage der technischen Umsetzung. Wir wollen auch die Professionalisierung der Vergabe weiter voranbringen. Das ist für uns nicht so einfach, weil wir das nicht mit einem Gesetz regeln können.

Wir werden natürlich auch über ein Thema mit den Kolleginnen und Kollegen aus dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, dem BMI, reden, über das man sich intensiver auseinandersetzen kann, nämlich ob die Struktur des Bauvergaberechts noch zeitgemäß ist. Ich habe das Gefühl, Minister Seehofer ist der festen Überzeugung, dass das der Fall ist. Sie wissen, der Koalitionsvertrag ist in sehr kurzer Zeit verhandelt worden. Da kommt es dann auch manchmal zu Aussagen, die interpretationsbedürftig sind. Schaut man in den Wirtschaftsteil, ist von einer Prüfung der Vereinheitlichung des Vergaberechts die Rede, und weiter hinten steht, dass die VOB zu sichern und weiterzuentwickeln sei. Wir werden jetzt zusammen mit den Kolleginnen und Kollegen aus dem BMI weiter prüfen, ob und wie wir weiter vorangehen können, aber es ist noch nichts entschieden.

Ich will jetzt hier die Einzelheiten nicht zu sehr vertiefen. Ich glaube aber, dass es durchaus lohnenswert ist, die Aspekte einer stärkeren wirtschaftlichen Betrachtung der öffentlichen Vergabe und der Professionalisierung der öffentlichen Vergabe zu vertiefen und natürlich auch, wenn wir bessere Daten haben, zu schauen, wie wir gemeinsam die Vergabeprozesse optimieren können.

Die Institution der forum vergabe Gespräche trägt maßgeblich dazu bei, dass meine hier anwesenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und ich ein Gefühl dafür bekommen, was die Praxis denkt und was die Erwartungen von Ihnen an uns sind. Deswegen: Kommen Sie auf uns zu, sprechen Sie uns an, sagen Sie, was Sie auf dem Herzen haben. Wir sind interessiert an Ihren Rückmeldungen, um das dann in unsere Arbeit einfließen lassen zu können. Deshalb freue ich mich auf spannende forum vergabe Gespräche. Ich wünsche Ihnen jetzt noch einen interessanten Vortrag von Herrn Mundt und natürlich einen schönen Abend. Vielen Dank!





## Eröffnungsrede

### Das Vergaberecht aus Sicht des Bundeskartellamtes



#### **Andreas Mundt**

Präsident des Bundeskartellamtes, Bonn

Das Bundeskartellamt hat in diesem Jahr sein sechzigjähriges Bestehen und damit 60 Jahre Kartellrechtsanwendung in Deutschland gefeiert. Im Zuge dieser Feierlichkeiten wurde viel über die Entwicklung des Kartellrechts, über die Missbrauchsaufsicht und die Fusionskontrolle gesprochen. Ich kann Ihnen aber versichern, dass auch die seit fast 20 Jahren bei uns eingerichteten Vergabekammern für uns eine völlig gleichgewichtige Rolle spielen, auch wenn sie vielleicht nicht so oft im Zentrum des öffentlichen Interesses stehen. Daher beleuchte ich heute gerne diesen Teil unserer Arbeit.

Als die Vergabekammern im Jahr 1999 beim Bundeskartellamt eingerichtet wurden, war das Vergaberecht zunächst Neuland für uns. Trotz neuem Aufgabenfeld passte der Vergaberechtsschutz jedoch von Anfang an gut in unser Portfolio, weil der Wettbewerbsgedanke sowohl im Kartell- als auch im Vergaberecht verankert ist. Das Ziel des Vergaberechts ist die wirtschaftliche Verwendung von Haushaltsmitteln, aber auch der Schutz eines fairen Wettbewerbs zwischen den Unternehmen und die Gewährung eines freien Marktzugangs. Das Vergaberecht ergänzt damit sehr gut die Ziele des Kartellrechts. Außerdem gibt es viele Berührungspunkte des Vergaberechts mit dem Kartellrecht: Das merken wir beispielsweise, wenn die Vergaberechtler in unserer wöchentlichen Abteilungsleiterkonferenz ganz viel über Kartellrecht mitreden. Dabei geht es mitunter um Fragen zur Zulässigkeit von Bietergemeinschaften oder Kartellabsprachen im Rahmen von Vergabeverfahren. Für den sogenannten Submissionsbetrug haben die Beschlussabteilungen und die Vergabekammern ein gemeinsames Hinweispapier für

Vergabestellen erarbeitet, das gut angenommen wurde. Einen weiteren Berührungspunkt der beiden Rechtsgebiete stellt die Ausschlussmöglichkeit eines Bieters vom Vergabeverfahren bei hinreichenden Anhaltspunkten für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dar. Aufgrund des Beschleunigungsgrundsatzes haben die Vergabekammern im Hinblick auf Kartellrechtsfragen allerdings einen eingeschränkten Prüfungsmaßstab. Das ist natürlich mitunter verdrießlich; aber ob ein Kartell vorliegt oder nicht, lässt sich in den wenigsten Fällen innerhalb von fünf Wochen feststellen. Das Kartellrecht spielt im Vergaberecht also eine große Rolle. Umgekehrt gibt es aber auch vergaberechtliche Fragestellungen im Kartellrecht: Wenn wir beispielsweise über die Entsorgung von Verpackungsabfällen durch duale Systeme sprechen, reden wir auch über Vergaberecht. Ein weiteres Beispiel sind die Vergaben von Wegenutzungsrechten für Strom und Gas, die wir kartellrechtlich geprüft haben. Neben den vielen inhaltlichen Berührungspunkten gibt es aber auch personelle Berührungspunkte. Gerade auf Ebene der Beisitzer pflegen wir einen regen Austausch zwischen den Kartellabteilungen und den Vergabekammern.

Bevor ich auf das Wettbewerbsregister als weiteres Aufgabenfeld des Bundeskartellamtes eingehe, möchte ich noch einige Worte zu den Vergabekammern und den rechtlichen Rahmenbedingungen verlieren. Seit 1999 sind die Vergabekammern des Bundes für die Nachprüfung von Vergabeverfahren des Bundes und der dem Bund zuzurechnenden öffentlichen Aufträge zuständig. Zwischenzeitlich existierten drei Vergabekammern, aufgrund von Nachjustierungen sind es derzeit aber nur noch zwei Kammern. Frau Dr. Herlemann und Herr Behrens als Vorsitzende dieser Kammern sind in diesem Kreise sicher gut bekannt. Die Fallzahlen der Vergabekammern sind seit 2010 konstant; seit 2014 sogar leicht ansteigend. Dabei weisen die Fälle eine enorme Bandbreite an Wirtschaftssektoren auf. Unter anderem befassen wir uns mit Beschaffungen durch die gesetzlichen Krankenkassen, die Ausweitung des LKW-Mautsystems oder aber Vergaben im Rüstungsbereich, wie die Umrüstung von Minenjagdbooten oder die Wartung und Reparatur von Kriegsschiffen. Diese Vielfalt an Themen ist für das Amt nicht ungewöhnlich. Während es in den Beschlussabteilungen eine gewisse Spezialisierung gibt, ist diese in den Vergabekammern jedoch nicht möglich. Trotz der oft komplexen Fallfragen, die vielfach Einzelfallentscheidung darstellen, entscheiden unsere Vergabekammern in aller Regel innerhalb der fünfwöchigen Frist; und das auch bei neuen, wegweisenden Entscheidungen. Derart schnelle, aber gleichzeitig komplexe und qualitativ hochwertige Entscheidungen findet man selten.

Das Vergaberecht wird ganz maßgeblich von europäischen Reformanstößen geprägt. Auch die Vergaberechtsnovelle im Jahr 2016 beruhte auf neuen europäischen Richtlinien. Die größte Reform des Vergaberechts in den letzten zehn Jahren hat viel Gutes für das Vergaberecht gebracht. Das Regelwerk enthält zum Teil erfreuliche Klarstellungen,

Flexibilisierungen sowie Vereinfachungen. Insbesondere die Kodifizierung bestehender Rechtsprechung hat die Rechtssicherheit gefördert.

Es gibt aber auch Entwicklungen, die mir problematisch erscheinen. Das Vergaberecht dient eigentlich zur Schaffung von Transparenz und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung. Es ist außerordentlich sinnvoll und auch rechtsstaatlich geboten, Verfahren zu haben, die das gewährleisten. Heute soll das Vergaberecht jedoch einen immer größeren Beitrag bei der Verfolgung politischer Ziele leisten. Die Stärkung strategischer Ziele bei der Beschaffung nimmt daher stetig zu. Früher hat man die Kriterien, die heute „strategische Ziele“ heißen, noch „vergabefremd“ genannt. Das klang wie ein Fremdkörper. „Strategie“ klingt dagegen so, als gehöre es genau dahin. Dabei will ich gar nicht sagen, dass strategische Ziele nicht auch eine Bedeutung haben können. Aber man muss sich im Klaren darüber sein, dass es die Komplexität der Vergaben erhöht und die Anwendung des Vergaberechts erschwert. Dies geht auch zu Lasten der Transparenz. Ich glaube, wir sind gut beraten, diese Entwicklung sorgfältig im Auge zu behalten. Ein zweiter Punkt, der mich in der Vergangenheit immer wieder nachdenklich gestimmt hat, ist die Frage, wie man im Vergaberecht die Qualität des zu beschaffenden Produktes sichert. Nicht lange zurückliegend gab es zum Beispiel immer wieder Berichte über Vergaben von Inkontinenzartikeln. Die Inkontinenzartikel, die den Zuschlag erhalten hatten, waren oftmals undicht und damit unbrauchbar. Wir hatten infolge dessen eine heftige Diskussion darüber, ob dies eine natürliche Folge der Tatsache sei, dass die Vergabestelle in erster Linie auf den Preis zu achten habe. Dabei war ich immer der Meinung, dass neben dem Preis auch der Qualitätssicherung eine entscheidende Rolle zukommen muss; und das nicht nur im Hilfsmittelbereich. Daher erachte ich es als einen Schritt in die richtige Richtung, dass Preis und Qualität nach der Gesetzesänderung im SGB V in 2017 jetzt ausdrücklich in ein angemessenes Verhältnis zu bringen sind. Neben den rechtlichen Rahmenbedingungen wird es aber auch auf die tatsächliche Umsetzung ankommen.

Zum Schluss noch ein paar Worte zum Wettbewerbsregister. Seit Sommer 2017 ist klar, dass das Bundeskartellamt mit dem Register eine weitere Aufgabe im Bereich des Vergaberechts übernehmen wird. Ich glaube, dass dies auch ein Thema sein wird, welches Ihren Kreis in den nächsten Jahren stark beschäftigen wird. Vermutlich ist es kein Geheimnis geblieben, dass wir anfängliche Zweifel hatten, ob das Wettbewerbsregister zu unseren übrigen Aufgaben passt. Ich kann Ihnen heute sagen, dass wir uns inzwischen auf die neue Aufgabe freuen, weil wir bei näherer Betrachtung festgestellt haben, dass das Wettbewerbsregister unsere Aufgaben im Kartell- und Vergaberecht gut ergänzt. Insofern glaube ich, dass das Wettbewerbsregister ein neuer Bereich ist, der gut zu uns passt. Ich wüsste auch nicht, wo ein solches Register besser angesiedelt sein sollte. Ich bin auch nicht besorgt, dass die neue Aufgabe unsere Arbeit im Kernbereich verwässern wird. Diese Sorge wurde von der Präsidentin des Bundesgerichtshofes anlässlich ihrer Rede zum sechzigsten Geburtstag des Bundeskartellamtes geäußert, weil neben

dem Wettbewerbsregister auch noch der Verbraucherschutz dazu gekommen ist. Ich meine aber, dass beide Aufgaben komplementär zu unseren bisherigen Zuständigkeiten sind und wir deshalb gut in der Lage sein werden, diese Aufgaben in unsere tägliche Arbeit zu integrieren. Wir haben natürlich auch gesehen, dass es vielfache Wechselbezüge zwischen dem Wettbewerbsregister und dem Kartell- sowie Vergaberecht gibt. So sind beispielsweise die Ausschlussgründe im Vergaberecht normiert. Zudem sind unsere Vergabekammern bereits im Rahmen von Nachprüfungsverfahren mit dem Thema Selbstreinigung befasst gewesen. Außerdem sollen auch kartellrechtliche Bußgeldentscheidungen in das Wettbewerbsregister eingetragen werden. Allerdings gehen wir davon aus, dass diese nur einen kleinen Prozentsatz der erfassten Delikte ausmachen werden. Gerade im Kartellbereich wird es sicherlich viele Fragen zum Zusammenspiel von Register und Kartellverfolgung geben. Beispielsweise wird zu klären sein, welche Bedeutung das Register für mögliche Kronzeugen hat. Gegen den Kronzeugen ergeht nämlich, wenn er einen hundertprozentigen Bußgelderlass erhält, kein Bußgeldbescheid. Bedeutet die Tatsache, dass ein Unternehmen Kronzeuge in einem Kartellverfahren ist, dass es nicht von Vergaben ausgeschlossen werden kann? Wie Sie sehen, sind dies keine einfachen Fragen.

Ziel des Registers ist es, dass öffentliche Auftraggeber einfacher Kenntnis über Ausschlussgründe erlangen. Das heißt, sie sollen in die Lage versetzt werden, eine informierte Entscheidung über den Ausschluss oder Nichtausschluss eines Bieters treffen zu können. Bislang sind die Auftraggeber dafür in der Regel auf Eigenerklärungen der Bieter angewiesen gewesen. Die zugrunde liegenden vergaberechlichen Ausschlussgründe sind allerdings nicht neu. Entsprechende materielle Regelungen gab es bereits vor der Vergaberechtsnovelle. Das Wettbewerbsregister ermöglicht Auftraggebern zukünftig eine einzige bundesweite elektronische Abfrage, um nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu relevanten Rechtsverstößen gekommen ist. In das Register werden zwingende Ausschlussgründe sowie bestimmte fakultative Ausschlussgründe eingetragen. Die Meldung der Delikte erfolgt dabei durch die Verfolgungsbehörden, insbesondere durch die Staatsanwaltschaften. Das Wettbewerbsregister wird kein öffentliches Register sein. Einsicht erhalten nur die Auftraggeber. Daher ist keine Prangerwirkung gegenüber der Öffentlichkeit zu befürchten. Die Eintragung in das Wettbewerbsregister begründet auch keine automatische Vergabesperre. Vielmehr prüft der Auftraggeber selbst, ob er den Bieter ausschließt. Um Auftraggeber und Unternehmen zu entlasten, können Unternehmen zukünftig eine zentrale Prüfung der Selbstreinigung durch die Registerbehörde beantragen, um eine vorzeitige Löschung aus dem Register zu erwirken. Die Eintragung der Unternehmen ins Wettbewerbsregister aufgrund der Meldung einer Strafverfolgungsbehörde kann weitreichende Folgen für das Unternehmen haben. Dies gilt auch für unsere Entscheidung über einen Selbstreinigungsantrag. Wenn die Existenz eines Unternehmens von der Beteiligung an öffentlichen Vergaben abhängt, droht im Extremfall die Existenzvernichtung. Zugleich schafft das Register ei-

nen wichtigen Anreiz für Unternehmen, wirksame Compliance-Maßnahmen zu etablieren und stetig fortzuentwickeln. Ich kann Ihnen versichern, dass wir verantwortungsvoll mit unseren neuen Befugnissen umgehen werden. Es ist aber absehbar, dass wir sehr komplexe und auch schwierige Entscheidungen zu treffen haben werden.

Für uns ist das Wettbewerbsregister im Moment erst einmal ein großes IT-Projekt, das wir voranbringen müssen. Das Register soll spätestens im Lauf des Jahres 2020 funktionsfähig sein. Im Sommer 2017 haben wir einen Aufbaustab eingerichtet. Das Register wird innerhalb des Bundeskartellamtes eine eigene Abteilung werden. Es wird also weder in die Struktur der Beschlussabteilungen noch in die der Vergabekammern eingegliedert. Das Wettbewerbsregister wird eine Abteilung sein, die hierarchisch aufgebaut ist. Dass Entscheidungen hierarchisch getroffen werden, gibt es im Bundeskartellamt bisher nicht. Im Gesetzesentwurf sind knapp 30 Stellen für das Register vorgesehen. Derzeit stemmen wir das Register noch mit Arbeitskräften aus dem Bestand. Dies ist eine Herkulesaufgabe für das Amt, weil wir gleichzeitig auch den Verbraucherschutz aus dem Bestand aufgebaut haben. Das ist für eine Behörde mit 350 Mitarbeitern keine leichte Aufgabe. Meldungen und Abfragen sollen grundsätzlich elektronisch erfolgen. Auf der einen Seite melden rund 160 Verfolgungsbehörden, auf der anderen Seite erhalten rund 30.000 Vergabestellen die Möglichkeit, Informationen abzurufen. Dabei ist zu bedenken, dass es um hochsensible Daten geht. Denn in das Register werden auch Informationen zu Straftaten von natürlichen Personen eingetragen. Den Schutz dieser Daten müssen wir natürlich ganz besonders im Blick haben. Daneben werden wir zahlreiche inhaltliche Fragen zu beantworten haben. Wie prüfe ich bei Selbstreinigungsanträgen für ganz verschiedene Branchen und Delikte, ob ein Schaden wieder gut gemacht worden ist? Wie stark kann oder muss diese Prüfung formalisiert werden? Wir werden bei der Selbstreinigung auch darüber entscheiden müssen, ob das Compliance-Programm, das ein Unternehmen aufgesetzt hat, ausreichend ist oder nicht. Wie prüfe ich das bei zigtausend Mitarbeitern? Ich glaube, es ist nicht übertrieben zu sagen, dass das Bundeskartellamt in Zukunft die Compliance-Behörde schlechthin sein wird, weil wir uns hiermit bei der Frage der Selbstreinigung umfassend auseinandersetzen müssen. Zahlreiche technisch-organisatorische Punkte, wie Fragen des Datenschutzes oder auch Fragen zur Selbstreinigung, sollen noch in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Wir arbeiten derzeit mit Hochdruck am Register und es wird dort Schritt für Schritt immer mehr Personal eingesetzt. Unser Fokus wird ganz auf der Qualität und Sicherheit des Registers liegen.

Zusammengefasst haben wir im Bundeskartellamt einige Übung darin, mit Neuerungen umzugehen. Wir sind im Jahr 1958 nur mit Kartellverfolgung und Missbrauchsaufsicht gestartet. 1973 kam dann die sehr komplexe und ökonomische Fusionskontrolle dazu. 26 Jahre später haben wir die Vergabekammern aus dem Nichts aufgebaut und gut ins Amt integriert. Jetzt sind der Verbraucherschutz und das Wettbewerbsregister als

neue Zuständigkeiten dazu gekommen. Ich bin zuversichtlich, dass die Integration auch dieses Mal gelingen wird. Das Bundeskartellamt wird die im Amt vorhandene Expertise nutzen, um ein sicheres und effizientes Wettbewerbsregister aufzubauen.



## Grußwort



**Daniel Schreiner**

Stadtbaurat Fulda

Sehr geehrter Herr von Wietersheim,  
sehr geehrte Damen und Herren,

forum vergabe tagt erneut in Fulda und selbstredend habe ich es mir als Stadtbaurat nicht nehmen lassen, Sie hier willkommen zu heißen.

Sie sind es gewohnt, dass ich mich aus kommunalkritischer Sicht zum Vergaberecht äußere – heute bleiben Sie davor verschont, denn mir ist vollkommen bewusst, dass wir alle nur Anwender einer komplexen Materie sind und letztendlich freue ich mich ja über Ihr Engagement für das Vergaberecht, denn andernfalls könnte ich Sie hier nicht begrüßen.

Die Stadtregion Fulda entwickelt sich derzeit dynamisch, somit sind wir erfreulicherweise mit einer Situation konfrontiert, das Wachstum gestalten zu dürfen, obwohl zuvor über viele Jahre hinweg lediglich die Schrumpfung der ländlichen Regionen proklamiert wurde.

Das Gegenteil ist in etlichen Regionen der Fall – so auch hier.

Die Stadt Fulda und ihr direktes Umfeld erfahren dasselbe Wachstum und denselben Zuzug wie Metropolregionen auch – mit dem kleinen Vorteil, dass hier noch nicht die Preisregionen auf dem Grundstücks- und Wohnungsmarkt erreicht werden wie bspw. 100 km südwestlich von uns im Rhein-Main-Gebiet.

Gleichwohl richtet sich neuerdings der Blick von Investoren und Wohnungssuchenden aus der Metropolregion Frankfurt nach Osthessen, da hier nicht nur eine überdurchschnittliche Anbindung an das Rhein-Main-Gebiet existiert, sondern in puncto Haus, Wohnung, Kinderbetreuung, Vereinswesen, etc. noch Angebote bestehen und nicht ausschließlich Nachfrage.

Wir sind froh über diese Entwicklung und versuchen, die Attraktivität weiter zu steigern. Dazu benötigt es immer wieder auch Förderprogramme zur Weiterentwicklung von Quartieren, die in die Jahre gekommen sind.

Es benötigt auch Anstrengungen, um die Qualität der Infrastruktur zu sichern und dabei die sich verändernde Mobilität zu berücksichtigen.

Es benötigt aber auch Festivitäten und Events, um einerseits ein wenig auf die Stadt aufmerksam zu machen und andererseits den Bürgern ein gutes Lebensgefühl und ein Stück Teilhabe zu ermöglichen.

Letzteres steht in den nächsten Jahren an. Wir beginnen im nächsten Jahr mit einem Blick in die reichhaltige Geschichte Fuldas und feiern ein Stadtjubiläum, bei dem v.a. die Handelsrouten sowie die Markt- und Münzrechte in den Vordergrund rücken.

Zwei Jahre später steht dann der Hessestag an. Dieses zehntägige Großereignis ist medial zuletzt sehr kritisch betrachtet worden. Die Kritik bezog sich dabei auf die angeblich verschwenderische Ausgabe von Steuermitteln und die gleichzeitig negativen Ergebnisse zahlreicher Hessestagsveranstaltungen.

Diese Sichtweise lässt außer Acht, dass zielgerichtete und notwendige Investitionen in die Stadt grundsätzlich eher langfristig wirken und keine direkte Einnahme generieren können. Wir sind der Meinung, dass man den Hessestag so planen kann, dass notwendige Investitionen fokussiert angegangen werden, um im Nachgang ihre langfristigen Wirkungen zu entfalten. Einzelne Sonderevents, die für sich nicht nachhaltig wirken, schließt diese Betrachtung nicht aus. Sie setzen den Rahmen.

Derzeit haben die Planungen für den Hessestag 2021 in Fulda begonnen.

Ähnlich verhält es sich mit der Landesgartenschau 2023. Ursprünglich hatten wir uns gemeinsam mit der Stadt Darmstadt für die Landesgartenschau 2022 beworben. Das Land entschied, dass es bei dieser Konstellation keinen Verlierer geben sollte, daher erhielten wir zeitgleich mit den Darmstädtern den Zuschlag für eine Landesgartenschau, allerdings vier Jahre später – also 2026.

Zwischenzeitlich hatte sich Darmstadt aus diesem Projekt wieder zurückgezogen, so dass wir mit dem Land über eine vorzeitige Ausrichtung verhandelten.



Als Ergebnis werden wir nun 2023 die Landesgartenschau wieder nach Fulda holen – hier fand sie bereits 1994 statt.

Die Vorfreude ist groß, denn wir wissen, dass gerade mit Landesgartenschauen ein großes Stück Stadtentwicklung und Stadtreparatur betrieben werden kann. So soll sich unsere Stadt noch besser mit der Fulda-Aue verzahnen und es sollen Schwerpunkte gesetzt werden, die das Verhältnis von Industrie zu Stadt sowie Landwirtschaft zur Stadt beleuchten.

Blumenschauen wird es überdies geben.

Selbstredend kommen bei all diesen Aktivitäten Fördermittel zum Einsatz, die nach strengen Richtlinien ausgezahlt und abgerechnet werden.

Immer wieder wird seitens der Fördergeber kritisiert, dass die zahlreichen Fördermittel von den Kommunen nur unzureichend verausgabt werden. Leider haben sich weder Land noch Bund dazu durchringen können, ähnlich dem Konjunkturprogramm I eine Vergabebeerleichterung zu ermöglichen und somit zu einer Verschlankung und Beschleunigung beizutragen.

Sie können es natürlich ganz gelassen betrachten – denn immerhin gibt es angesichts der Fülle an Förderprogrammen genügend Vergaben und Baumaßnahmen und im

Daniel Schreiner

---

Zuge dessen auch genügend Rechtsunsicherheiten und da wird man Ihre Expertise benötigen.

Ich wünsche Ihnen einen angenehmen Aufenthalt und viel Wissenstransfer und sage

Auf Wiedersehen bis zum nächsten Jahr.

## **Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission**

### **Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung**



#### **Marzena Rogalska**

Geschäftsführende Direktorin GD Binnenmarkt, Industrie, Unternehmertum und KMU

Guten Morgen sehr geehrte Damen und Herren der Vergabegemeinschaft Deutschlands,

zunächst möchte ich mich bei den Veranstaltern sehr herzlich bedanken, dass die Europäische Kommission eingeladen ist, um die aktuellen Vorhaben der europäischen Ebene im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe vorzustellen.

Das wurde schon kurz von dem Moderator eingeleitet, aber ich möchte ein bisschen mehr ins Detail gehen und ein paar Beispiele geben. Wir leben in einer Zeit des Wandels nicht nur in der Wirtschaft, sondern auch der Gesellschaft mit zunehmender Globalisierung, Klimawandel und demografischen Änderungen. Dies sind große Herausforderungen für die Zukunft.

Diesen Herausforderungen müssen wir begegnen. Die Bürger erwarten, dass Europa die Vorreiterrolle entweder beibehält oder einnimmt.

In diesem Rahmen kommen auch auf die öffentliche Hand erhebliche Herausforderungen zu. Die Digitalisierung kann uns vielleicht helfen, diese Herausforderungen zu meistern, aber bringt selber neue Herausforderungen mit sich.

Diesen Herausforderungen müssen wir mit Mut, Zuversicht und vollem Einsatz begegnen.

Dies betrifft natürlich alle Bereiche öffentlichen Handelns und daher eben auch den öffentlichen Einkauf.

Die Kommission hat im Oktober letzten Jahres ein ambitioniertes Maßnahmenpaket zur öffentlichen Vergabe verabschiedet.

Ich spreche hier bewusst nicht von Vergaberecht, da es sich nicht um eine legislative Maßnahme handelt, sondern um Leitlinien, Anregungen und Angebote, um den rechtlichen Rahmen voll zu nutzen. Das ist das erste Mal, dass die Kommission sich so eindeutig in der politischen Mitteilung für die breite Anwendung der Möglichkeiten und Optionen, die die Vergaberichtlinien zur Verfügung stellen, einsetzt, um unter anderem die grünen und sozialen Kriterien öfter anzuwenden. Es geht also auch darum, was gekauft wird und nicht nur wie gekauft wird.

Vergabepolitik ist ein Instrument der Wirtschaftspolitik!

Die öffentliche Hand hat dadurch, dass sie große Summen für Beschaffungen von Leistungen ausgibt, große Marktmacht. Sie ist somit ein wichtiger Sektor der Wirtschaft. Die Ausgaben für öffentliche Aufträge entsprechen etwa 14 % des BIP der EU. Also jede Menge.

Deshalb ist Strategie in der Vergabe so wichtig und wird wichtiger werden.

2014 hat die EU ein reformiertes Richtlinienpaket zur Koordinierung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe verabschiedet. Die meisten Mitgliedstaaten haben die Richtlinien inzwischen auch umgesetzt, aber noch nicht alle. Wie Sie wissen, hat Deutschland die Richtlinien zum Anlass einer umfassenden Vergaberechtsreform gemacht.

Die Richtlinien und ihre Umsetzung haben die Möglichkeiten eines modernen Einkaufs wesentlich vereinfacht und erweitert. Die Umsetzungsphase ist nun im Wesentlichen zu Ende gebracht. Das heißt, dass wir uns nun auf die effektive Implementierung fokussieren sollten. Wir nennen das auf Englisch: „Let's make it work on the ground.“

Zu diesem Zweck hat die Kommission im Oktober dieses neue Maßnahmenpaket verabschiedet, das an der Nutzung der Möglichkeiten orientiert ist.

Es gibt in diesem Paket drei Kernteile auf die ich gleich konkreter eingehen werde. Außerdem enthält das Paket auch die Konsultation für die *Public Procurement Guidelines for Innovation*. Diese Guidelines sollen eine praktische Hilfestellung und ein Beitrag der Kommission für die ausschreibenden Stellen sein, Innovation in den Ausschreibungsprozess zu inkorporieren.

Aber zuvor zu den drei Kernstücken des Paketes. Sie sind:

1. Die politische Mitteilung, die ich bereits erwähnt habe, über die allgemeine Strategie in der öffentlichen Beschaffung. Diese umfasst die Vision der Kommission, wie sich das öffentliche Beschaffungswesen in Europa in näherer Zukunft entwickeln könnte und sollte.
2. Eine Empfehlung zur Professionalisierung der öffentlichen Einkäufer

Die Frage, was eingekauft werden soll, muss mit jenen Leuten, die sich in der praktischen Umsetzung auskennen, erörtert werden. Und – nur jene Kollegen, die die Ziele und den Spielraum des strategischen Beschaffungswesens verstanden und internalisiert haben, können dies gut machen. Das erfordert Aus- und Weiterbildung, und meist auch mehr Arbeit und Anstrengung, als nur die korrekte Anwendung von Verfahrensregeln. Der Nutzen für das Erreichen öffentlicher Ziele ist aber evident.

3. Einen freiwilligen Ex-ante-Mechanismus für die vergaberechtliche Einschätzung großer Infrastrukturprojekte.

Sie wissen genau wie wir, dass zum Beispiel die Transition zur *low carbon economy* große Investitionen in die Infrastruktur benötigen wird.

Diese drei Elemente sind an alle Mitgliedstaaten gerichtet. Vielleicht denken manche, Sie sind nicht so stark betroffen, aber ich kann Ihnen versichern, dass wir mit verschiedenen Mitgliedstaaten sprechen und wir bei jedem etwas finden, wo wir als Kommission hilfreich sein können.

Und dann haben wir in diesem Paket die *Stakeholder Consultation* für die Innovationsleitlinien angefangen und das war das erste Mal, wo wir nicht nur nach Ja oder Nein gefragt haben, sondern wir haben ein Papier auf den Tisch gelegt, bei dem wir nach Ihren Kommentaren gefragt haben. Wir wollen mehr und mehr in diese Richtung der kollaborativen Zusammenarbeit gehen, denn es gibt eine gemeinsame Verantwortung und ein Ziel, Europa gemeinsam zu gestalten.

*Was ist strategische Vergabepolitik?*

Schon gestern hat Herr Steinberg in seinem Grußwort erwähnt, dass die Vergabe auf wirtschaftspolitischer Ebene erhöht werden sollte. Und das ist eine der Nachrichten in dieser politischen Mitteilung der Europäischen Kommission: Damit wir diese Änderung unseres *mindset*, also unsere Einstellung zur Vergabe, ins Leben bringen, muss auch die politische Ebene verstehen, dass es ein wichtiges Instrument der Wirtschaftspolitik ist.

Die Mitteilung zur strategischen Partnerschaft umfasst 6 Prioritäten:

- Förderung einer strategischen öffentlichen Auftragsvergabe

Und wir meinen da nicht nur die nachhaltigen Kriterien wie grüne, soziale und Innovationskriterien, sondern auch die strategischen Sektoren, wie Bauwesen, IT-Sektor und Gesundheitssektor, besonders wichtig für Deutschland mit der *Aging Society*, und wir sprechen auch von Qualitätskriterien. Sehr oft werden Qualitätskriterien als etwas Subjektives beschrieben, aber eigentlich geht es darum zu bedenken: „Was brauche ich? Weiß ich genau, was ich brauche? Soll ich den Markt fragen, welche Lösungen am Markt sind?“. So kann die Gestaltung von „Was kaufe ich?“ mit dem schon sehr gut vorhandenen Wissen über Verfahren in Einklang gebracht werden.

Die zweite Priorität ist

- Professionalisierung öffentlicher Einkäufer

Man braucht die Mitarbeiter, die mit allen Prozessen genau vertraut sind. Natürlich ist es einfacher in einer zentralen Einkaufsstelle, wo einige Mitarbeiter ausschließlich öffentliche Auftragsvergaben betreuen, im Vergleich zu den Schwierigkeiten kleiner Kommunen, wo die Mitarbeiter z.B. den Defizitregeln, beziehungsweise Antidefizitregeln, folgen müssen. Das führt zur Frage, wie viele Ressourcen, finanzielle und Personal, zur Verfügung stehen. Es geht um Optimierung und Begleitung bei diesen Prozessen.

- Verbesserung des Zugangs zu Märkten für öffentliche Aufträge

In der Mitteilung erwähnen wir zwei Seiten davon. Hier werde ich mich nur auf die eine Seite davon beschränken. Wir sprechen vom Zugang im internen Markt aber wir erwähnen auch die internationale Dimension. Diese möchte ich hier beiseite lassen.

- Mehr Transparenz, Kohärenz und bessere Datenqualität

Alle reden über *Big Data* und *Data mining*. Wie viele Daten benutzen wir in unserer täglichen Arbeit, dem *policy-making*? Und natürlich hat Deutschland in diesem Bereich Hausaufgaben zu erledigen. Und da kann ich zum Beispiel Kroatien als Beispiel und Vorbild nennen.

- Verstärkte Digitalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe

Dies betrifft nicht nur, was bereits verpflichtend in den Richtlinien erwähnt ist; auch hier gibt es ein paar Mitgliedstaaten, die weitergegangen sind und den kompletten Prozess bis zur Zahlung des ausgeführten Auftrags digitalisiert haben.

- Zusammenarbeit bei der Auftragsvergabe

Wir sprechen von dieser Zusammenarbeit in allen möglichen Bedeutungen, wie Zusammenarbeit zwischen zwei Kommunen, oder auch von der grenzübergreifenden Zusammenarbeit von Kommunen, also in den unterschiedlichsten Formen der Zusammenar-

beit, um damit Synergien zu erzeugen. Und dann gibt es natürlich die „aggregation“ (Aggregation), das Wort ‚Zentralisierung‘ passt hier nicht richtig, daher benutze ich den Begriff „aggregation“.

Ich möchte noch ein bisschen tiefer in Priorität 1 einsteigen.

*Was ist strategische Beschaffung?*

Investitionen der öffentlichen Hand sind ein wichtiger Beitrag für nachhaltige, kluge und zukunftsfähige wirtschaftliche Entwicklung. Dies schließt die physikalische Infrastruktur, die diese Transition erleichtern wird, ein. Diese Investitionen erfolgen ganz überwiegend durch öffentliche Auftragsvergabe. Und dies ist eine Musterrolle, die öffentliche Auftraggeber auch innehaben sollten. Nehmen Sie zum Beispiel die *Performance of buildings directive* für energieeffizientes Bauen. Die Bürger erwarten, dass sie moderne Leistungen der öffentlichen Hand erhalten.

In einer sich wandelnden Gesellschaft wird auch von der öffentlichen Hand, und damit auch vom öffentlichen Einkauf, Mut zur Annahme der Herausforderungen erwartet.

Im Ergebnis ist jeder mit der Globalisierung konfrontiert. Einzelne reagieren darauf mit der Aufforderung lokalen oder nationalen Produkten oder Dienstleistungen den Vorrang zu geben. Solche Ausschlussgedanken sind verständlich, aber greifen zu kurz. Die Europäische Kommission ist im Gegenteil davon überzeugt, dass intelligente Zusammenarbeit alle stärkt. Die wirtschaftliche Integration durch den Binnenmarkt ist und bleibt ein wichtiger Motor für die Schaffung von Wohlstand und Wettbewerbsfähigkeit. Natürlich gibt es verschiedene Lücken und wir müssen daran arbeiten, aber niemand hat bisher eine bessere Lösung angeboten. Dies bietet den besten Schutz unserer Wirtschaft. Und dies gilt auch im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge. Für uns ist „Buy German, buy French, buy Polish“ und auch „Buy local“ keine Option in der EU.

Intelligente und professionelle öffentliche Beschaffung kann Investitionen wesentlich erleichtern. Sie kann den Wettbewerb durch Innovation und Digitalisierung fördern. Sie kann die Kreislaufwirtschaft unterstützen und damit unsere Wirtschaft nachhaltiger werden lassen. Dies dient auch dazu, den Zugang für kleine und mittlere Unternehmen zu sichern.

Deutschland ist eines der am besten entwickelten Länder, wenn es darum geht, diesen den Zugang zu sichern. In vielen anderen Ländern wurden diese Möglichkeiten eingeführt, aber sie sind noch am Lernen. Sie, in Deutschland, sind jedoch damit schon lange beschäftigt und könnten uns von Ihrer Erfahrung profitieren lassen.

Nicht nur in Deutschland werden die meisten öffentlichen Aufträge auf lokaler Ebene vergeben. Damit ist es insbesondere für die Kommunen mit ihren knappen Finanzmitteln wichtig, das Bestmögliche aus diesen Mitteln herauszuholen. Lokale Vergabe ist darauf nicht die Antwort. Im Umgang mit öffentlichen Geldern muss man darüber hinausgehen und weiterdenken.

Bei knappen Ressourcen ist die Meisterung von Herausforderungen erst recht nicht einfach. Und das bringt mich wieder zu dem Thema Professionalisierung, dass auch hier eine Rolle spielt.

Aber im Kleinen wie im Großen meistern sich Herausforderungen gemeinsam meistens besser.

Auch neue Wege der Zusammenarbeit erfordern Mut, aber es lohnt sich, sich aus den eingefahrenen Bahnen zu bewegen.

Um diese Zusammenarbeit zu fördern, haben wir in der politischen Mitteilung das Thema Partnerschaft eingeführt. Und diese Partnerschaft bedeutet jede mögliche Zusammenarbeit innerhalb des Landes und außerhalb des Landes, Zusammenarbeit mit den Unternehmen, mit Nichtregierungsorganisationen, damit wir etwas Besseres gemeinsam schaffen können.

Lassen Sie es mich an einem Beispiel verdeutlichen:

In den Niederlanden gibt es inzwischen viele Kompetenzzentren für öffentliche Beschaffung für die Kommunen. Hervorgegangen ist das aus einer engagierten Initiative von Kommunen aus der Region Ostbrabant. Dort haben einige Kommunen festgestellt, dass sie gemeinsam eher den Herausforderungen einer modernen Beschaffung gewachsen sind. Sie taten sich zusammen und gründeten BIZOP. Dieses Kompetenzzentrum beschäftigt Juristen, Wirtschaftswissenschaftler und technische Experten, die für die Kommunen nun Markterkundungen durchführen, Hilfestellungen bei den Vergabeverfahren anbieten und die Kommunen notfalls auch vor Gericht vertreten.

Keine der Kommunen hätte sich öffentliche Auftragsvergabe in solch gewünschter Professionalität selbst leisten können.

Gemeinsam aber sind sie so erfolgreich, dass ihr Modell von vielen anderen Kommunen in den Niederlanden kopiert wird.

Zuerst bedurfte es für dieses Projekt sicher Mut, denn die gewohnten Wege wurden verlassen. Aber dieser Mut wurde honoriert.

Die Kommission ermutigt Sie ausdrücklich, sich miteinander auszutauschen. Wir möchten Sie unterstützen, sich mit öffentlichen Einkäufern in anderen Mitgliedstaaten zu sprechen. Wir können alle voneinander lernen.

Damit kommen wir zu einem Bereich, der der Kommission dabei auch sehr wichtig ist: der Professionalisierung. Wie bereits an dem Beispiel aus den Niederlanden gezeigt, verlangt öffentlicher Einkauf Kompetenz. Diese wird durch die Professionalisierung der öffentlichen Einkäufer gesteigert.

Deshalb setzt sich die Kommission für die Förderung der Professionalisierung ein. Wir möchten, dass der öffentliche Einkauf als die wichtige Funktion verstanden wird, die er ist. Die notwendige Kompetenz lässt sich durch zielgerichtete Ausbildung und Fortbildung der in der öffentlichen Beschaffung tätigen Personen am besten erreichen. Es ist schlussendlich sehr wichtig, dass die richtigen Leute mit den richtigen Kompetenzen am richtigen Platz sind.

Zusätzlich ist es wichtig, dass die öffentlichen Einkäufer Werkzeuge wie z.B. *Helpdesks*, *guidelines* und anderes an die Hand bekommen, damit sie ihre Aufgabe bestmöglich ausführen können.

Wir freuen uns sehr, dass alle Mitgliedstaaten im Rahmen des *Competitiveness Council* zugestimmt haben, dass Professionalisierung ein sehr wichtiges Thema ist und als solches anerkannt wird.

Hier möchten wir als Beispiel Frankreich nennen, das in den letzten zwei Jahren entscheidende Maßnahmen getroffen hat, die Professionalisierung der öffentlichen Einkäufer voranzubringen.

Diese Beispiele könnten eine Inspiration für Deutschland, oder zumindest interessant sein. Zum Beispiel wurden ganz spezielle Fortbildungsmodulare für öffentliche Einkäufer entworfen und die Aufstiegsmöglichkeiten festgelegt.

Um ihrem Einwand des dezentralisierten Staates vorwegzugreifen, so etwas ließe sich ja auch auf der Ebene der Bundesländer einführen. Schließlich sind einige von ihnen größer als viele Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die ja auch diese Herausforderungen meistern müssen.

Wir erkennen an, dass dies sicher nicht einfach sein wird. Es wird Mut brauchen, dieses Thema anzupacken. Wir haben auch festgestellt, dass dieser Mut in Städten wie Gent, Kopenhagen und Stockholm auch mit dem Enthusiasmus und persönlichen Einsatz der Mitarbeiter und der Bürgermeister verbunden sein muss. Der Prozess der Änderungen muss von den jeweiligen Akteuren mitgestaltet werden.



Weiterhin gibt es auch andere Hilfsmittel für die Professionalisierung des öffentlichen Einkaufs. Ich möchte Ihnen hier ein weiteres französisches Beispiel nennen. Es wurde eigens ein spezielles soziales Netzwerk für öffentliche Einkäufer geschaffen. Jeder Einkäufer kann sich registrieren und ruft bei Problemen die Antworten von anderen auf die Fragen ab. Das könnte auch für andere Länder interessant sein.

In Deutschland gibt es auch interessante Initiativen zur Erstellung von Hilfsmitteln. Wir sind begeistert von dem Ansatz des Bundesbeschaffungsamtes und Bitkom, Leitlinien für produktneutralen Einkauf von Hardware im IT-Sektor zu entwickeln. Dies ist ein Werkzeug, das wiederum für öffentliche Einkäufer aus anderen Mitgliedstaaten sehr interessant sein kann. Das kann vor allem in den Mitgliedstaaten in Ost- und Mitteleuropa helfen lock-in, also das Fehlen technischer Neutralität, zu vermeiden.

Professioneller öffentlicher Einkauf ist auch für die Unternehmen sehr wichtig. Dies erhöht ihre Chancen auf Marktzugang und schafft Vertrauen. Hier hat die öffentliche Hand auch die Macht, den Markt zu gestalten und *demand-driven innovation* zu erreichen. Hier kann im Bereich der Innovationsförderung die öffentliche Hand eine sehr wichtige Rolle beim up-take, also der Integrierung von innovativen Produkten oder Geschäftsmodellen, spielen.

Leider ist die Anzahl der Ausschreibungen, bei denen nur ein Angebot abgegeben wird, immer noch zu hoch. Gleichzeitig hat sich auch der Zugang mittelständischer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen in den letzten Jahren eher verringert als erhöht. Dies ist auch in Deutschland trotz Verpflichtung zur Aufteilung in Lose, die wir begrüßen, der Fall. Allerdings ist dies in manchen anderen Mitgliedstaaten deutlich ausgeprägter.

Ich möchte hier auch einmal die Lanze für den Rechtsschutz brechen. In vielen Mitgliedstaaten ist der Rechtsschutz für alle Vergaben anzuwenden, nicht nur für die oberhalb der Schwellenwerte. Der Rechtsschutz ermöglicht es den Bietern erst, sich im Falle von willkürlicher Vergabe zu wehren. Zu diesem Thema werden wir im Juni in Bulgarien eine high-level Konferenz veranstalten.

Besserer Marktzugang lässt sich wahrscheinlich auch durch eine andere Ausschreibungspraxis unterstützen. Immer noch ist bei 67 % der Ausschreibungen in Deutschland der niedrigste Preis das einzige Zuschlagskriterium. In anderen Mitgliedstaaten ist es noch schlimmer. Die Möglichkeiten, Qualität und Nachhaltigkeit als Beschaffungskriterien zu verwenden, werden noch immer zu wenig genutzt.

Wir hören häufig, dass Qualitätskriterien nicht als objektive Kriterien angesehen werden. Letztendlich geht es darum, zu bedenken, was und mit welchen Funktionalitäten wir kaufen und dazu objektive Kriterien festzulegen. Das ist nicht einfach.

Für die funktionale Ausschreibung möchte ich Ihnen ein Beispiel nennen. Bestimmte Medikamente, die sehr giftig sind, sollen das Krankenhauspersonal möglichst wenig gefährden. Leider zerbrechen aber die Glasfläschchen, in denen sie geliefert werden, wenn sie auf den Boden fallen. Dann können sie entweder direkt vorschreiben, wie das Medikament verpackt sein soll. Besser ist es aber vorzuschreiben, dass das Medikament sicher verpackt sein muss. Das kann neue Möglichkeiten der Verpackung herbeiführen. Man muss es wenigstens versuchen.

Funktionale Ausschreibung ist insbesondere dann wichtig, wenn noch nicht klar ist, wie ein bestimmtes Ziel erreicht werden kann. Das kann im Bereich Dienstleistung genauso der Fall sein, wie bei innovativen Produkten.

Das kann im Bereich Energieeffizienz sein, oder in spezieller Unterstützung der alternen Bevölkerung. Oder im Bereich emissionsarmer Mobilität.

Ich weiß, dass es in Deutschland Möglichkeiten gibt, sich z.B. im Bereich der innovativen Informationsbeschaffung Rat zu holen. Dies hilft, ist aber nicht ausreichend. Öffentlicher Einkauf ist nicht nur rechtlich korrekte Beschaffung. Das sollte als *given*, als Fundament betrachtet werden.

Öffentlicher Einkauf muss auch möglichst transparent, offen und ehrlich, möglichst von Marktkenntnis geprägt und wirtschaftlich sein.

Das bringt mich zum nächsten Punkt im Paket: Transparenz.

Im Bereich Transparenz und solide Datengrundlage gibt es in Deutschland eine Menge zu tun, auch wenn mit der Vergabestatistikverordnung ein Anfang gemacht worden ist. Hoffentlich stehen daraus resultierende Daten möglichst bald zur Verfügung.

Der Mangel an Transparenz ist nie gut. Nicht für Unternehmen, nicht für die öffentlichen Auftraggeber und nicht für die Bürger.

Bessere Transparenz bedeutet auch besserer Marktzugang.

Mittlerweile sind Unternehmen im privaten Sektor längst grenzüberschreitend tätig. Auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe wird über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg eingekauft. Grenzüberschreitende Beschaffung in Europa macht insgesamt immerhin 23 % der Beschaffungen oberhalb des Schwellenwertes aus.

Ohne Kenntnisse über mögliche Aufträge können interessierte Unternehmen aber nicht die Möglichkeiten im Nachbarland kennen. Oft wird uns entgegengehalten, dass sowieso fast nie grenzüberschreitende Angebote eingehen. Selbst wenn dies zutreffend wäre, ist es doch auch im Interesse der Wirtschaftsteilnehmer im Nachbarort, Landkreis, Bundesland, über mögliche Aufträge informiert zu sein.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass in einigen Mitgliedstaaten Vertragsregister eingeführt wurden. Zum Beispiel in Kroatien werden Verträge und auch deren Modifikation in das Vertragsregister eingetragen. In Portugal sind sie, auch aufgrund von Haushaltsproblemen, sogar noch einen Schritt weitergegangen. Dort müssen auch die konkreten Summen, die nach Ausführung des Auftrages gezahlt wurden, eingetragen werden. Dies bedeutet deutlich mehr Transparenz, aber auch eine Datengrundlage, um die eigene Vergabepolitik zu steuern.

In der Zukunft wird Digitalisierung eine immer größere Rolle in der Gesellschaft und Wirtschaft spielen. Im öffentlichen Einkauf drängt sich dieses geradezu auf. Die E-Vergabe ist ab Herbst verpflichtend, am 18. Oktober. An diesem Tag werden wir eine zweite high-level Konferenz, diesmal in Lissabon, veranstalten, um Umsetzung und Möglichkeiten der E-Vergabe zu diskutieren. Wir gehen davon aus, dass sie sowohl Beschaffern als auch den Wirtschaftsteilnehmern wesentliche Erleichterungen bringt. Wichtig ist es in diesem Bereich, dass es Interoperabilität der Systeme gibt. Ich kann hier Frankreich in einem nicht zu guten Licht erwähnen, denn dort haben sie 300 verschiedene E-Vergabesysteme. Diese Systeme sind nicht zueinander kompatibel. Eine große Herausforderung für Frankreich.

Wie Sie sehen, interessiert sich die Europäische Kommission für die öffentliche Beschaffung in ihrer Gesamtheit an der Schnittstelle von Wirtschaft, Recht und Politik.

Deswegen möchten wir Sie ermutigen, trauen Sie sich über den Tellerrand zu schauen, helfen Sie anderen mit Beispielen der *best practice* aus Ihrem Bereich und fragen Sie, ob es wiederum vielleicht woanders Lösungsansätze gibt, die für Sie interessant sein könnten.

Wie bereits erwähnt, möchte die Europäische Kommission die Mitgliedstaaten unterstützen, dass sie dem öffentlichen Einkauf die Mittel an die Hand geben können, die er braucht, um mit den Herausforderungen der Zukunft zurecht zu kommen.

Daher das Angebot einer engen Partnerschaft zur Strategie in der Beschaffung.

Letztlich sind auch die anderen Bestandteile der Beschaffung des Maßnahmenpakets unter dem Oberbegriff Strategie zu fassen.

Über die Professionalisierung habe ich bereits recht ausführlich gesprochen und freue mich, wenn Sie uns mit Anregungen und Fragen, aber auch Kritik, weiterhelfen. Das ist für die Entwicklung des öffentlichen Einkaufs in Europa sehr hilfreich.

Über den Leitfaden für die Beschaffung von Innovativen Leistungen wird Ihnen meine Kollegin Frau Knapton-Vierlich morgen einiges mehr erzählen. Wir sind damit noch nicht fertig. Wir befinden uns derzeit in einem internen Abstimmungsprozess und werden hoffentlich das fertige Produkt im Juni veröffentlichen.

Zum Schluss möchte ich Ihnen noch ein besonderes Projekt des Maßnahmenpaketes vorstellen:

Den freiwilligen Ex-ante-Mechanismus für die vergaberechtliche Einschätzung großer Infrastrukturprojekte.

Wir alle wissen, dass Großprojekte oft an mehreren Tücken scheitern. Eine davon kann das Vergaberecht sein.

Die Kommission möchte die Mitgliedstaaten bei großen Infrastrukturprojekten unterstützen und zwar gleich von der ersten Phase an. Sie steht mit Rat zur Seite, um Fehler bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu vermeiden und dies in einem klar definierten Rahmen.

Dies ist insbesondere, aber nicht nur, bei grenzüberschreitenden Projekten interessant. Als Beispiel sei Rail Baltica, eine Bahnverbindung durch die drei baltischen Staaten nach Polen, genannt.

Für solche Projekte, aber nicht nur für grenzüberschreitende Großprojekte, hat die Kommission den „*Mechanismus zur freiwilligen Ex-ante-Bewertung der vergaberechtlichen Aspekte bei bestimmten großen Infrastrukturvorhaben*“ entwickelt.

Der Name ist umständlich, doch dieser Mechanismus wird eine ganz konkrete Hilfeleistung bieten: Er besteht aus drei absolut freiwilligen Komponenten, einem *Helpdesk*, einer Möglichkeit geplante Projekte zu notifizieren und einem strukturierten Informationsaustausch. Dies kann insbesondere bei grenzüberschreitenden Großprojekten von Nutzen sein. Aber auch in nationalen Großprojekten tauchen immer wieder Vergabeprobleme auf, die sich nicht so einfach lösen lassen. Je später sie erkannt werden, desto höher ist das Risiko von Verzögerungen und Kostensteigerungen. Sie mögen annehmen, dass Deutschland einer derartigen Hilfe nicht bedarf, die Vergabebehörden sind professionell und wenn nötig steht ein Heer von Beratern bereit. Unsere Erfahrung bestätigt diese Annahme jedoch nicht. Auch Deutschland kann eindeutig von dem Angebot profitieren. Je später bei solchen Projekten erkannt wird, dass Prüfbedarf besteht, desto höher ist das Risiko für Verzögerungen und Kostensteigerungen.

Wie Sie sehen, ist in Europa im öffentlichen Auftragswesen einiges in Bewegung.

Das Partnerschaftsangebot ist ein Aufruf, diese Bewegung mitzugestalten.

Besonders wichtig ist dabei, die Offenheit sich auszutauschen, voneinander zu lernen und gemeinsam diesen wichtigen Bereich öffentlicher Tätigkeit fortlaufend zu verbessern.

Die Kommission ist bereit, jedem Interessierten unsere Hilfe anzubieten.

Bei dieser „Vergabereise“, (procurement journey) wollen wir Sie unterstützen. Also Partnerschaft in Aktion. Das ist unser Angebot.

Vielen Dank.

## **Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission**

### **Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung**

#### **Moderation und Einführung**



#### **Rechtsanwalt Dr. Olaf Otting**

Allen & Overy LLP, Frankfurt am Main

Am 03.10.2017 legte die EU-Kommission ihr „Procurement Package“ vor, mit dem sie ihre Arbeitsschwerpunkte auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens für die kommenden Jahre bestimmen will. Die Kommission will das Vergabewesen als Instrument zur Umsetzung strategischer Ziel weiter stärken und setzt dabei instrumentell auf Kooperation und Beratung. Die Initiativen der Kommission betreffen:

1. Förderung einer breiteren strategischen öffentlichen Auftragsvergabe – Die Kommission bietet insbesondere einen Mechanismus zur freiwilligen ex-ante Beratung bei großen Infrastrukturvorhaben an und will den Leitfaden für umweltgerechte und soziale Beschaffung überarbeiten.
2. Professionalisierung öffentlicher Käufer – Mechanismen zur Kompetenzverstärkung der öffentlichen Auftraggeber auf EU-Ebene sollen eingeführt werden.
3. Verbesserung des Zugangs zu Märkten für öffentliche Aufträge – Der Marktzugang auf Drittmärkten soll verbessert werden und der Rechtsschutz soll gestärkt werden.
4. Verbesserte Transparenz, Kohärenz und Datenqualität – Einrichtung von Datenbanken und Auftragsregistern wird erwogen.
5. Verstärkte Digitalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe – die europäischen Instrumente wie e-certis und EEE sollen unterstützt werden.

- Bei der Auftragsvergabe zusammenarbeiten – die gemeinsame grenzüberschreitende Beschaffung soll gestärkt werden.

Insgesamt ist bemerkenswert, dass sich die Kommission nicht die Überarbeitung bestehender oder die Schaffung neuer Regelwerke zum Ziel setzt, sondern auf Beratung, Kooperation und informelle Instrumente setzt. Wir sind sehr gespannt auf die Erläuterungen dieser Vorschläge und die anschließende Diskussion.



## Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission

### Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung

#### Statement



#### Niels Lau

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin

In den vergangenen Jahren stand die Vergabe Öffentlicher Aufträge unter dem Druck vor allem „politischer“ Forderungen, vor allem vergabespezifischer Sozial-Anforderungen, sodass die dadurch voranschreitende Komplexität die folgenden Fragen aufwirft: Warum nimmt im Vergabewesen der Wettbewerb ab? Warum tritt bei vielen Ausschreibungen nur noch ein Bieter auf? Und warum haben kleine und mittlere Unternehmen nach zuvörderst diesen Unternehmen gewidmeten Reformen aus dem Jahr 2014 immer noch Probleme beim Zugang zu diesem wichtigen Marktsektor?

Die Grundkomponenten des „procurement package“ sind zu begrüßen, denn nach den umfassenden legislativen Reformen des Jahres 2014 haben sie weitestgehend nicht-legislativen Charakter, mit Ausnahme zweier legislative Initiativen, nämlich der angekündigten Reform der Richtlinie zu „clean cars“ und dem Appell der Kommission zur Verabschiedung des umstrittenen „*International Procurement Instrument*“ (IPP), also dem schon einmal geänderten Verordnungsvorschlag zum Marktzugang von Angeboten aus Drittstaaten.

#### Die „Strategische Dimension“

Eine stärkere Berücksichtigung der „strategischen Dimension“ der Vergabe kann durchaus sinnvoll sein. Das gilt jedenfalls dann, wenn – erstens – deren Bedeutung für eine Umsetzung vernünftiger und übergeordneter Ziele stärker als bisher beachtet werden soll, zweitens öffentliche Auftraggeber stärker dazu angehalten werden, sich bewusst

vor Augen zu halten, welche funktionalen Anforderungen an einen Beschaffungsgegenstand zu stellen sind und sie systematischer als bisher vorherige Markterkundungen durchführen, um am Markt schon vorhandene Lösungen zu identifizieren oder Anforderungen an die Entwicklung eines noch nicht am Markt verfügbaren Produkts ihren Bedürfnissen entsprechend zu formulieren, und – drittens – bei der Beschaffung mehr als bisher *die gesamten Lebenszykluskosten* eines Beschaffungsgegenstands berücksichtigt werden und damit prinzipiell nachhaltiger als bisher beschafft wird.

Ein solches Verständnis der „strategischen Beschaffung“ kann z. B. der Verfolgung sinnvoller, konkreter Umweltschutzziele dienen, wenn bei der Beschaffung umweltbezogene Aspekte *auftragsbezogen* vorgegeben werden. Das erscheint auch aus der Sicht der Anbieter durchaus sinnvoll und akzeptabel zur sachgerechten Unterstützung wichtiger Umweltschutzziele. Allerdings ist das Schlagwort von der „strategischen Vergabe“ ein so unscharfer Begriff, dass er oft zu problematischen Ausprägungen mit kritischen oder gar kontraproduktiven Auswirkungen führen wird. Mit diesem Begriff ist in den vergangenen Jahren vor allem auch eine massive Ausweitung zwingender Vorgaben spezieller *sozialrechtlicher* Art verbunden worden, die weit über die allgemeinen Regelungen des Sozialrechts und den in Deutschland bereits sehr hohen Schutzstandard hinausgehen. Dies hat zu vielen Rechtsstreitigkeiten bis hin zum Europäischen Gerichtshof und zahllosen weiteren Rechtsunsicherheiten geführt. In Deutschland wirken insoweit vor allem die „Landesvergabegesetze“ sehr negativ, die als politischer Ausdruck einer verstärkten „strategischen Vergabe“ in allen Bundesländern, außer Bayern, eingeführt wurden. Denn darin finden sich oft komplizierte, teils auch zwingende Vorgaben zur Berücksichtigung sozialer Aspekte, die erst unter dem Druck der Rechtsprechung teils revidiert wurden. Stichworte hierfür sind etwa vergabespezifische *Mindestlohnvorgaben*, auch wenn schon nach allgemeinem Sozialrecht Mindestlöhne gelten. Gleiches gilt für vergabespezifische Anforderungen zu „Fair Trade“, die in der Praxis oft erhebliche Nachweisprobleme mit sich bringen. Die Industrie plädiert deshalb nicht grundsätzlich gegen Regelungen, die zur Einhaltung wesentlicher Sozialstandards in der dritten Welt dienen. Allerdings wäre es konsequent, wenn solche Regelungen einheitlich, für alle klar verständlich und praktisch handhabbar erlassen würden, statt sie im Wege divergierender vergabespezifischer Vorgaben zu fordern. Denn die Landesvergabegesetze variieren von Bundesland zu Bundesland.

Ein weiteres Problem ist, dass sich viele regionale Gesetzgeber und auch einzelne Beschaffer veranlasst fühlen, möglichst viele politische Vorgaben, oft in Gestalt des Verlangens nach der Erfüllung von *Gütezeichen* vorzugeben. Das führt zu erheblichen Problemen für viele Anbieter. Unbedingt erforderlich ist, dass Forderungen nach Gütezeichen nicht überzogen werden, mehr Klarheit geschaffen wird und – alternativ – *Eigennachweise* zulässig bleiben.

Vor allem für KMU, die keine Mittel für eigene Rechtsabteilungen oder teuren Vergaberechtsrat haben, führt alles das zu erheblichem Mehraufwand und oft auch zum Ausstieg aus dem Markt für öffentliche Aufträge. Das läuft aber den allseits beteuerten Appellen zur Verbesserung des Zugangs von KMU zu öffentlichen Aufträgen und den allgemeinen EU-Grundsätzen nach dem „EU Small Business Act“ diametral zuwider. Und daher ist es nicht überraschend, dass solche Gesetze teils übereinstimmend von Auftraggebern und Auftragnehmern kritisiert worden sind.

Bereits bei den letzten forum vergabe Gesprächen hier in Fulda ist im Rahmen der Thesen zum Vergaberecht die Abschaffung oder zumindest durchgreifende Vereinfachung bzw. Vereinheitlichung dieser Ländergesetze gefordert worden. Doch trotz teilweiser Reformen hat sich an diesem kritischen Regelungsgeflecht im Grundsatz nichts geändert.

Daraus folgt, dass ein überzogenes Verständnis von „strategischer Vergabe“ dem Sinn einer funktionierenden Beschaffung entgegensteht. Die EU-Kommission sollte daher sehr aufmerksam die hier geschilderten Negativwirkungen einer falsch verstandenen „strategischen Vergabe“ im gemeinsamen Interesse einer Verbesserung der öffentlichen Beschaffung beobachten. Die Konsultation der Kommission zum geplanten Guide zu „socially responsible procurement“ bietet dazu Gelegenheit. Der Guide sollte diese Punkte offen ansprechen und dazu beitragen, dass problematische Vorgaben vermieden werden.

### **Die „Partnerschaft“**

Verstärkte Partnerschaft ist begrüßenswert, wenn die Kommission eine „effizientere Koordination auf nationaler und regionaler Ebene“ anregt. Denn Koordination kann Zersplitterung entgegenwirken. Sinnvoll kann auch der Vorschlag der Kommission sein, auf EU-Ebene die relevanten Ausschüsse des Europäischen Parlaments und des Wettbewerbsfähigkeitsrates zu Foren für einen kontinuierlichen Dialog zum öffentlichen Auftragswesen zu machen. Und schließlich könnten vor allem die vorgeschlagenen „strukturierten Dialoge zum Vergabewesen“ in Verbindung mit dem „Europäischen Semester“ durchaus hilfreich für die Thematisierung und Überwindung wesentlicher Probleme auf nationaler Ebene sein.

Dagegen sollten die in diesem Kontext von der Kommission vorgeschlagenen möglichen Aufgaben der verschiedenen „stakeholder“ nochmals im Detail überdacht bzw. modifiziert werden. So erscheint die Aufforderung an regionale und lokale Behörden, dass diese „mehr gebündelte Vergaben“ und mehr „strategische Beschaffung“ propagieren sollten, sehr pauschal. Sie könnte einerseits zu übergroßer Konzentration auf der Nachfrageseite führen und andererseits hinsichtlich der „strategischen Beschaffung“

die Probleme durch zu weitgehende zusätzliche Forderungen auf regionaler und lokaler Seite noch weiter steigern.

Eine Rolle für die Industrie und ihre Verbände wird im Rahmen der vorgeschlagenen „Partnerschaft“ im Vergabepaket wohl darin gesehen, „Evaluierungsmodelle für den Vergleich unterschiedlicher Lösungen auf objektiver Basis“ zu erarbeiten. Das kann in einigen Fällen sinnvoll sein, aber auch die Möglichkeiten von Unternehmen und Verbänden übersteigen. Aufschlussreich können wiederum allgemeine branchenbezogene Modelle zur Erfassung bzw. Messung von *Lebenszykluskosten* sein, wie sie von einzelnen Branchenverbänden bereits erarbeitet wurden.

Viel wichtiger erscheint allerdings, dass die Unternehmen und ihre Verbände mit ihrer Expertise insgesamt als Mitbeteiligte des Vergabewesens wahrgenommen und gehört werden und damit einen effektiven Beitrag zur Verbesserung der Vergabepaxis bzw. Überwindung noch bestehender Hemmnisse leisten können. Diese Einbeziehung sollte sich nicht auf formale Beteiligung an Konsultationen und Anhörungen beschränken, sondern im Sinne eines effektiven *kontinuierlichen Dialogs* verstanden werden. So mag der Hinweis des Vergabepakets auf die „public accountability“ grundsätzlich sicher richtig sein. Doch kann es auch leicht ins Gegenteil umschlagen, wenn dazu aufgefordert wird, von lokalen Gruppen geförderten strategischen Kriterien „erhöhte Aufmerksamkeit“ zu widmen. Das kann zu Abschottungen führen. Daher sollten Möglichkeiten, aber auch Grenzen der „strategischen Vergabe“ in dem geplanten Guide sehr sorgfältig und realitätsnah aufgeführt werden.

### **Die beiden Legislativdossiers und das „Binnenmarkt-Informationstool“**

Beim „IPI“ (International Procurement Instrument, „EU-Marktzugangsverordnung“) gilt nach wie vor: Das Engagement der Kommission zur verstärkten *Marktöffnung* in Drittstaaten ist sehr zu begrüßen. Allerdings hat das Instrument in seiner bisherigen Form noch immer nachteilige Wirkungen wie neue Bürokratielasten, Rechtsunsicherheiten und ggf. auch neue Marktverzerrungen, sogar innerhalb des Binnenmarktes. Daher bedürfen etwaige weitere Änderungen sorgfältiger Prüfung.

Die Änderungsrichtlinie zu „clean cars“ ist vor dem Hintergrund der technischen Weiterentwicklung grundsätzlich sinnvoll und ist als verstärkte Aufmerksamkeit für *Elektromobilität* zu begrüßen, wenn die Öffentliche Hand Vorreiter sein soll. Aber offenbar sind noch etliche Details der vorgeschlagenen Reform näher zu klären und eventuell auch zu modifizieren.

Der Vorschlag für ein „Binnenmarkt-Informationstool“ ist grundsätzlich zur Stärkung der Durchsetzung des EU-Rechts zu begrüßen, jedoch scheint vor allem die zwingende Natur der *Informationsansprüche* übrigens auch gegenüber völlig korrekt handelnden

Unternehmen so nicht akzeptabel. Denn hier liegt eine Verkennung der essenziellen Bedeutung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen für den Wettbewerb vor. Daran ändern auch Beteuerungen der Kommission zur vertraulichen Bewahrung der gesammelten hochsensiblen Unternehmensdaten im Grundsatz nichts. Irritierend ist bislang auch der extrem breite Anwendungsbereich trotz der schon an sich weitreichenden Informationsansprüche und schließlich ein aus heutiger Sicht unverhältnismäßiger Sanktionskatalog mit Geldbußen bis zu dreistelliger Euro-Millionenbeträge. Sinnvoll und zielführend könnte vielleicht ein durch die Richtlinie geregeltes Prinzip auf der Basis von Freiwilligkeit sein.



## **Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission**

### **Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung**

#### **Statement**



#### **Norbert Portz**

Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Bonn

#### **I. Nicht legislative Initiativen der Kommission**

Das Vergabepaket der EU-Kommission vom 03. Oktober 2017 ist aus kommunaler Sicht primär an den Kriterien „Nutzen“ und „Praktikabilität“ zu messen. Dabei ist zu begrüßen, dass nach den EU-Legislativreformen im Jahre 2014 das jetzige EU-Paket primär nicht-legislative Initiativen betrifft. Denn gerade für die über 11.000 Kommunen gilt nach der zum 18. April 2016 erfolgten Umsetzung der EU-Richtlinien in deutsches Recht der Satz: „Wir wollen in Ruhe arbeiten und brauchen bis auf Weiteres keine erneuten Novellen“.

Den Legislativvorschlag der Kommission zur Änderung der EU-Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge sehen wir insoweit kritisch. Die dortigen Vorgaben atmen zu sehr einen ordnungsrechtlichen Ansatz gegenüber den öffentlichen Auftraggebern. Stattdessen sollte die Verantwortung für saubere und energieeffiziente Straßenfahrzeuge auch von der Kommission verstärkt an der Quelle bekämpft werden und damit den Herstellern auferlegt werden.

#### **II. Grenzüberschreitende Aufträge weiter gering**

Insgesamt müssen alle neuen Maßnahmen der EU-Kommission zudem berücksichtigen, dass die Schaffung eines einheitlichen EU-Binnenmarkts für öffentliche Aufträge Grenzen hat. So entfallen nach einer kürzlich durchgeführten Studie der Kommission

auf direkt grenzüberschreitend vergebene Aufträge im Zeitraum 2009 bis 2015 „nur“ 3,5 Prozent des Gesamtwerts aller öffentlichen Aufträge.

Zwar kamen indirekt grenzüberschreitende öffentliche Aufträge über ausländische Tochterunternehmen auf einen Anteil von knapp 23 Prozent. Dabei handelt es sich jedoch im engeren Sinne um „national“ vergebene Aufträge. Es bleibt daher dabei, dass für weite Bereiche der öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsvergaben die Märkte nach wie vor national oder regional bestimmt sind. Grund ist zum einen, dass es sich naturgemäß für ein Bauunternehmen mit Sitz in Portugal nicht lohnt, mit dem Bagger über die Pyrenäen nach Fulda zu kommen, um hier Aufträge auszuführen. Zum andern bleibt die unterschiedliche Sprache ein Hemmnis für eine weitere EU-Öffnung der Märkte. Dies hat auch die Kommission vor einiger Zeit festgestellt.

### **III. Richtige Ansätze des EU-Vergabepakets**

Das neue EU-Vergabepaket hat viele richtige Ansätze. Folge ist, dass die EU-Kommission insbesondere künftig nicht mehr „nur“ als Rechtsgeber komplexer Vergaberichtlinien sowie als Hüter des EU-Vergaberechts, speziell in EU-Vertragsverletzungsverfahren, wahrgenommen wird. Vielmehr soll sie als „Freund und Helfer“ kenntlich werden. Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Auf dieser Basis bewerte ich das aus vier Teilen bestehende EU-Vergabepaket zusammengefasst wie folgt:

#### **1. Mitteilung „eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa“**

Hier benennt die Mitteilung sechs aus ihrer Sicht wesentliche „strategische Prioritäten“:

##### **(1) Förderung einer „strategischen öffentlichen Auftragsvergabe“**

Das Ziel einer Verstärkung strategischer Aspekte durch ein Mehr an innovativer, grüner und sozialer Beschaffung ist durchaus anerkennenswert. Es verkennt aber, dass für viele kommunalen Auftraggeber oft schon das „normale Vergaberecht“ zu komplex ist. Auch ist zu kritisieren, dass die Umsetzung strategischer Ziele primär über die Wertungsebene und die Einbeziehung der Lebenszykluskosten vorgenommen werden soll. Stattdessen sollte der Weg vorrangig über einheitliche und verbindliche EU-Gütezeichen und die „einfachere Vergabestufe“ der Leistungsbeschreibung erfolgen. Die Leistungsbeschreibung eignet sich zur Durchsetzung strategischer Aspekte besser. Denn hier gilt: Wer das vom Auftraggeber vorgegebene grüne Produkt etc. nicht anbietet, wird im Sinne eines „KO-Kriteriums“ ausgeschlossen.

## **(2) Weitere Professionalisierung öffentlicher Käufer**

Dieses Ziel ist richtig. Leider haben aber insbesondere viele Kommunen in ihren Planungs-, Bau- und Vergabeämtern in jüngerer Zeit stark Personal abgebaut. Daran wird auch die EU-Kommission durch noch so gut gemeinte EU-Vergabepakete leider nichts ändern. Nötig sind für die Gewinnung guter Fachkräfte vielmehr eine gute Bezahlung und eine hohe Attraktivität des öffentlichen Dienstes.

## **(3) Verbesserung des Zugangs zu Märkten für öffentliche Aufträge**

Die im EU-Vergabepaket angesprochene Verbesserung des Zugangs von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu den Vergabemärkten in der EU ist aus kommunaler Sicht zu unterstützen. Leider zeigt sich immer wieder, dass gerade für KMU das öffentliche Auftragswesen zu komplex und unattraktiv ist. Folge ist: Muss sich ein Unternehmen zwischen einem privaten und einem öffentlichen Auftraggeber für eine Angebotsabgabe entscheiden, hat die öffentliche Hand oft das Nachsehen. Dies wird aktuell daran deutlich, dass öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen oft keine oder nur ein Angebot von Unternehmen erhalten.

## **(4) Mehr Transparenz und bessere Datenqualität**

Das von der EU-Kommission eingeforderte Mehr an Transparenz und Datenqualität ist sinnvoll. Das Problem liegt in Deutschland eher an den vielen unterschiedlichen elektronischen Systemen und Plattformen. Diese sind vom Ziel der Transparenz, gerade aus Sicht der bei verschiedenen Auftraggebern anbietenden Unternehmen weit entfernt.

## **(5) Verstärkte Digitalisierung der Vergabeverfahren**

Hier gilt: Das Ziel des EU-Vergabepakets ist richtig. Notwendig ist aber auch insoweit eine Beseitigung der Problembereiche, wie zum Beispiel die Vermeidung von Schwierigkeiten bei der aktuell bestehenden Interoperabilität zwischen den verschiedenen e-Vergabesystemen.

## **(6) Mehr Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern**

Die Bündelung öffentlicher Vergaben ist sinnvoll und wichtig. Ob diese tatsächlich, etwa in Kommunen, verstärkt wird, wird aber die EU-Kommission allein durch Aussagen in Papieren nicht forcieren. Allerdings hätte sie eine andere Möglichkeit zur Verstärkung der Zusammenarbeit und damit zur Bündelung: Die Einführung weiterer vergaberechtlicher Bonusregeln, wie sie etwa in § 120 Abs. 4 Satz 3 GWB bereits vorgegeben sind.

## **2. Mitteilung zur freiwilligen ex-ante-Bewertung bei großen Infrastrukturprojekten**

Der angekündigte Informationsdienst der EU-Kommission zur Beantwortung spezifischer Fragen in einem frühen Vergabestadium bezieht sich auf geschätzte Auftragswerte von mehr als 250 Millionen Euro bzw. 500 Millionen Euro (gesamter Vergabeplan). Diese Werte betreffen bei Kommunen nur wenige Aufträge. Anders gesagt: Eine Elbphilharmonie wie in Hamburg, die ja auch mit ca. 80 Millionen Auftragswert geschätzt wurde und dann ca. 800 Millionen Euro teuer wurde, bauen Kommunen nicht täglich. Unabhängig hiervon ist abzuwarten, ob die EU-Kommission, die bisher eher als „Regulierer“ in Erscheinung trat, künftig für ex-ante-Befragungen tatsächlich in Anspruch genommen wird. Ich glaube persönlich, dass für nationale Auftraggeber weiter eher fachkundige Rechtsanwaltskanzleien etc. mit ihrem Fachwissen auch des „nationalen Vergaberechts“ die ersten Ansprechpartner bleiben werden.

## **3. Empfehlungen zur Professionalisierung des öffentlichen Auftragswesens nebst Arbeitspapier**

Die Kommission empfiehlt den Mitgliedsstaaten Maßnahmen zu schaffen, mit denen öffentliche Beschaffer über die nötigen unternehmerischen Fähigkeiten, das technische Wissen und das Verständnis über Abläufe verfügen, um den Vergabevorschriften zu genügen.

Trotz dieses richtigen Ansatzes habe ich hinsichtlich dieser Empfehlungen der Kommission Zweifel. Denn diese ist, was die Professionalisierung des öffentlichen Auftragswesens, insbesondere in Kommunen angeht, zu weit von den örtlichen Auftraggebern weg. Die Frage einer Professionalisierung und einer Wertschätzung des öffentlichen Auftragswesens hängt sehr viel mehr von den konkreten Rahmenbedingungen vor Ort, wie einer ausreichenden Finanzausstattung der Kommunen und der personellen Besetzung in den Fachämtern, ab.

## **4. Online-Konsultation zum Leitfaden zur innovationsfördernden Vergabe**

Die Konsultation, die in Leitlinien für Behörden einfließen soll, ist zum 02. Januar 2018 abgelaufen. Konsultationen sind für eine Strategie innovationsfördernder Vergaben „eine Möglichkeit“. Für Konsultationen gilt aber auch: „Entscheidend sind nicht umfangreiche Konsultationen, sondern die Praxis und was dabei rauskommt“.

## **IV. Fazit:**

Das neue Vergabepaket der Kommission bietet viele gute Ansätze. Auch ist es richtig, dass die Kommission sich vom „Regulierer und Beanstander“ hin zum „Freund und Hel-

fer“ öffentlicher Auftraggeber bewegt. Der Weg dorthin wird aber lang sein. Auch sind die einzelnen Maßnahmen der EU-Kommission, was die Kommunen betrifft, oft zu weit von der Praxis vor Ort weg. Es gilt: „Bevor der Beschaffer in der einzelnen Kommune in Fulda an Brüssel denkt und dort Hilfe in Anspruch nimmt, muss vorher schon viel geschehen sein“.



## Die aktuellen vergaberechtlichen Vorhaben der EU-Kommission

### Strategische Dimension der Vergabe – Partnerschaft – Professionalisierung

#### Statement



#### Ministerialdirigent Dr. Philipp Steinberg

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Berlin

Die Bundesregierung begrüßt das Vergabepaket der EU-Kommission grundsätzlich und teilt die zentralen Punkte weitestgehend. Wir unterstützen die sechs strategischen Prioritäten, die die Kommission in dem Vergabepaket benannt hat. Wir begrüßen aber auch, dass das Paket der EU-Kommission keine neuen legislativen Instrumente umfasst. In der letzten Legislaturperiode ging es sehr viel um neue Gesetzgebung, jetzt geht es erst mal um eine Konsolidierung. Wir müssen der Vergaberechtsreform Zeit geben, zu wirken.

Eine der sechs strategischen Prioritäten der EU-Kommission ist eine stärkere Verbreitung der *strategischen Beschaffung*. Weit über die rechtlichen Aspekte hinaus ist die strategische Beschaffung viel mehr als die Anwendung sozialer und ökologischer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Es geht bei dem Thema strategische Beschaffung auch um innovative Beschaffung und insgesamt um eine bessere öffentliche Beschaffung.

Letztlich geht es bei öffentlicher Beschaffung um die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, die für die Erfüllung staatlicher Aufgaben wie der Daseinsvorsorge wichtig sind. Das Vergaberecht ist ein Gewährleistungsvergaberecht in dem Sinn, dass es die Erfüllung staatlicher Aufgaben gewährleisten muss. Dabei haben die öffentlichen Auftraggeber vielfältige Steuerungsmöglichkeiten.

Durch die Vergaberechtsreform von 2016 wurde die Möglichkeit der Berücksichtigung von ökologischen, sozialen und innovativen Zielen sowie von Qualität gestärkt. Es wurde aber keine Verpflichtung eingeführt, diese Aspekte und Ziele zu berücksichtigen. Eine gewisse Einschränkung dieser Freiwilligkeit der Berücksichtigung von strategischen Aspekten ist die verpflichtende Vorgabe der Beschaffung sauberer Fahrzeuge, die in dem neuen Entwurf der *Clean Vehicles Directive* vorgesehen ist. Anfang November 2017 hat die Kommission den Vorschlag einer Richtlinie vorgelegt, mit der die – bereits seit 2009 bestehende – Richtlinie zur Förderung sauberer und energieeffizienter Fahrzeuge geändert werden soll. Das Ziel der Änderungsrichtlinie, die Nutzung sauberer Fahrzeuge verstärkt zu fördern, begrüßen wir ausdrücklich. Allerdings müssen wir uns die in diesem Richtlinienentwurf vorgeschlagenen Instrumente sehr genau anschauen.

Ein wirklich wichtiges Anliegen ist für uns, in dieser Legislaturperiode die *Vergabestatistik* aufzubauen. Das ist auch im Hinblick auf die strategische Beschaffung und eine bessere Berücksichtigung strategischer Ziele wichtig. Mit Hilfe der Vergabestatistik werden wir die strategische Beschaffung evidenzbasiert evaluieren können.

Es freut mich, dass es der Kommission nicht nur um die Schaffung eines immer dichteren Regelwerks geht, sondern dass sie auch die ökonomische Perspektive der Vergabe öffentlicher Aufträge in den Vordergrund gerückt hat. Für eine erfolgreiche öffentliche Beschaffung zentral ist neben einer Evidenzbasierung der öffentlichen Beschaffung eine *Professionalisierung* der öffentlichen Beschaffung und Hilfestellung für die Vergabepraktiker. Auch die EU-Kommission nimmt zunehmend die Vergabepaxis in den Blick. Das Thema Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung ist weniger ein rechtliches als ein praktisches Thema, aber sehr wichtig für eine erfolgreiche öffentliche Beschaffung. Wir teilen die Auffassung der EU-Kommission, dass öffentliche Beschaffung erhebliche Fachkenntnisse erfordert, gerade auch – aber nicht nur – im Hinblick auf den vergaberechtlichen Rahmen. Daher müssen wir in die Ausbildung und die regelmäßige Fortbildung der mit Vergaben befassten Beschäftigten investieren. Das gilt für Bund, Länder und Kommunen.

Wir unternehmen große Anstrengungen, um den Praktikern bei der stärkeren Nutzung der Möglichkeiten der *strategischen Beschaffung* zu helfen. Dafür wurden u.a. die Kompetenzstelle nachhaltige Beschaffung beim Beschaffungamt des BMI, KNB, und das Kompetenzzentrum innovative Beschaffung, KOINNO, eingerichtet.

Die Einführung der *E-Vergabe* erfordert eine Umstellung gewohnter Abläufe, bietet aber auch eine große Chance, die Möglichkeiten der Digitalisierung zu nutzen. Leistungsfähige, zentrale elektronische Vergabemanagementsysteme können die Beschaffer bei der Planung der Abläufe und der Durchführung von Vergabeverfahren sehr unterstützen.

Auch die *OECD* beschäftigt sich mit den Themen Professionalisierung und einer gesteigerten Effizienz der Vergaben in Deutschland. Wir haben die OECD mit einer Studie beauftragt, in der das deutsche Vergabesystem beurteilt werden soll, um neue Erkenntnisse zu gewinnen und aus den Erkenntnissen zu lernen.

Interessant finde ich auch den Ansatz der EU-Kommission zur *Beratung bei Infrastrukturprojekten*. Die Kommission hat eine Beratungsstelle („helpdesk“) eingeführt und zudem gibt es nun einen Notifizierungs-Mechanismus für Projekte mit einem geschätzten Volumen von mindestens 500 Mio. Euro, insbes. auch für grenzüberschreitende Projekte. Grundsätzlich ist diese Initiative als Angebot an die Mitgliedstaaten zur freiwilligen vergaberechtlichen ex-ante-Prüfung positiv zu bewerten. In der letzten Legislaturperiode wurde ein starker Fokus auf das Thema *Investitionen* gelegt. Die Länder und Kommunen sind dabei die Hauptplayer, die vom Bund unterstützt werden. Durch den Umbau der ÖPP Deutschland AG in die Partnerschaft Deutschland (PD) erhoffen wir uns gerade auf kommunaler Ebene neue Impulse für Investitionen.

In der letzten Legislaturperiode haben wir einen komplett neuen Vergaberechtsrahmen gesetzt. Was in der letzten Legislaturperiode nicht vollständig gelungen ist, ist die komplexe *Struktur des Vergaberechts* vollständig zu vereinfachen. Zwar haben wir die VOL/A 2. Abschnitt und die VOF durch die Vergabeverordnung ersetzt; für die Vergabe von Bauaufträgen einerseits und von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen andererseits wird aber zum Teil weiterhin unterschiedliches Recht angewendet. Wir wollen die Diskussion über die Vereinheitlichung des Vergaberechts weiter führen. Der Koalitionsvertrag enthält einen Prüfauftrag über die Zusammenführung von Verfahrensregelungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge einerseits und Bauaufträge andererseits. Wir werden diesem Prüfauftrag nachkommen und mit dem Bundesministerium des Innern diskutieren. Als Bundeswirtschaftsministerium glauben wir schon, dass es sinnvoll wäre, den Bereich der Bauaufträge zu integrieren. Wenn ein privater Verein rechtssetzend tätig ist, ist das nicht unbedingt zielführend. Nur ein Beispiel: In § 1 EU VOB/A ist der „Bauftrag“ anders – und zwar enger – definiert als in der EU-Vergaberichtlinie. Wir werden sehen, was die Diskussion zur Vereinheitlichung des Vergaberechts ergeben wird.

Neben dieser grundsätzlichen Frage enthält der Koalitionsvertrag an mehreren Stellen Aussagen zum Vergaberecht u.a. zum Beschäftigtenübergang bei einem Betreiberwechsel im ÖPNV und zu Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit. So gibt es beispielsweise im Bereich der Verteidigungs- und Sicherheitsbeschaffung eine intensive Diskussion über die Reichweite der Ausnahme vom Vergaberecht für bestimmte Aufträge. Aus unserer Sicht ist die Rechtsgrundlage für eine Ausnahme vom Vergaberecht grundsätzlich ausreichend, aber wir sind bereit, dazu Leitlinien zu veröffentlichen.

Aber auch abgesehen vom Koalitionsvertrag stehen wichtige Vorhaben im Vergaberecht an. Das gilt etwa für den Aufbau des *Wettbewerbsregisters* und den Erlass der dazu

gehörenden Rechtsverordnung. Wir haben mit dem Wettbewerbsregistergesetz ein wichtiges Zeichen gesetzt, dass es uns ernst ist mit der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität. Jetzt geht es darum, das vom Bundeskartellamt zu führende Register in der praktischen Umsetzung effizient ins Laufen zu bringen. Spannende Fragen dabei betreffen die Zurechnung von Straftaten und die Selbstreinigung.

Daneben werden wir auch die *internationalen Aspekte des Vergaberechts* nicht aus dem Auge verlieren. Die Verbesserung des Zugangs europäischer und deutscher Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen in Drittstaaten ist uns ein wichtiges Anliegen. Unser eigener Beschaffungsmarkt ist offen, ausländische Bieter dürfen nicht diskriminiert werden. So sollte es umgekehrt auch für deutsche Bieter in Drittstaaten sein. Primärer Hebel dafür sind das WTO-Beschaffungsübereinkommen GPA und Verträge der EU mit Drittstaaten. Ende letzten Jahres bin ich nach China gereist und musste mir viele Klagen deutscher Unternehmen anhören, die bei Beschaffungen in China benachteiligt wurden, wohingegen der deutsche Markt für chinesische Unternehmen offen ist. Es gibt zunehmend protektionistische Tendenzen in vielen Staaten. Eine Initiative Deutschlands zu den Themen Investitionsprüfung und International Procurement Instrument wendet das Prinzip der Gegenseitigkeit an. Ich glaube, dass wir uns einer Diskussion über mögliche Hebel gegenüber Drittstaaten, die europäische Unternehmen benachteiligen, nicht ganz verschließen können. Wir verstehen das Anliegen der EU-Kommission, die Verhandlungsposition der EU gegenüber Drittstaaten zu stärken, und sind bereit, den Vorschlag für ein International Procurement Instrument weiter zu entwickeln. Dabei ist aber eine Flexibilisierung notwendig, sonst besteht die Gefahr, über das Ziel hinaus zu schießen.

## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –**

**Moderation und Einführung**



**Prof. Dr. Martin Burgi**

Forschungsstelle für Vergaberecht der Ludwig-Maximilians-Universität München

In den nachfolgenden Statements werden verschiedene Wechselwirkungen zwischen dem Vergaberecht und anderen Rechtsgebieten thematisiert. Meine einleitende Stellungnahme möchte auf einige weitere, nachfolgend nicht behandelte Rechtsgebiete hinweisen und den Versuch einer Systematisierung der Wechselwirkungen vornehmen. Dies soll auch dazu dienen, Sie im Hinblick auf die nachfolgenden, konkreten Einzelrechtsgebieten gewidmeten Ausführungen meiner Kollegen zu sensibilisieren. Dabei möchte ich vier verschiedene Kategorien von Wechselwirkungen unterscheiden: Die Wirkung anderer Rechtsgebiete als Vorfragen im Vergaberecht (1), die Wirkung des Vergaberechts als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten (2), die Nutzung des Vergaberechts als dogmatischer Orientierungsrahmen durch autonome gesetzgeberische Entscheidung in Bezug auf ein anderes Verteilungsregime (3) und schließlich die (angebliche) Verdrängung eines anderen Verteilungsregimes gleichsam gegen dessen Willen zugunsten einer ausdehnenden Anwendung des Vergaberechts (4).

### **1. Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht**

Fast schon als klassisch zu bezeichnende Beispiele der Relevanz eines bestimmten anderen Rechtsgebiets als Vorfrage im Vergaberecht bilden das EU-Beihilferecht (namentlich beim Umgang mit sog. ungewöhnlich niedrigen Angeboten (z.B. gemäß § 60 Abs. 4 VgV) sowie das Kartellrecht, dass u.a. beim Umgang mit Auftraggeberkooperationen, Bietergemeinschaften oder auch bei der Annahme eines sog. fakultativen Ausschluss-

grundes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB<sup>1</sup> eine Rolle spielen kann; dem wird in allen Erscheinungsformen nachfolgend besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

Mit dem Urheberrecht, dem Patentrecht und insbesondere auch dem kommunalen Wirtschaftsrecht gibt es aber andere Rechtsgebiete, denen teilweise durch Gerichtsentscheidungen vergleichbare Wirkungen zuerkannt werden, obwohl es dort an einer expliziten sog. Anknüpfungsnorm fehlt.<sup>2</sup> So hat das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 28. Juni 2017 dem Verbot der Architektenbindung, das dem durchaus versteckt platzierten Art. 10 § 3 Mietrechtsverbesserungsgesetz zu entnehmen ist, die Bedeutung einer Vorfrage im Vergaberecht zuerkannt, und zwar über eine doppelte, jeweils nicht explizit aus dem Gesetz ableitbare Anknüpfung: Das Verbot wirke über den in § 242 BGB niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben, welcher seinerseits zu den in § 97 Abs. 6 GWB angesprochenen Vergabevorschriften gehöre, auf die sich Bieter in einem Nachprüfungsverfahren berufen können.<sup>3</sup> Die Vergabekammer Thüringen wiederum hat in einem Beschluss vom 9.11.2017<sup>4</sup> dem Gesellschaftsrecht eine Vorfragenwirkung im Hinblick auf die vergaberechtliche Beurteilung einer Bietergemeinschaft zuerkannt.<sup>5</sup>

In diesen und anderen Fällen, in denen anderen Rechtsgebieten eine Vorfragenwirkung im Vergaberecht zuerkannt wird, ohne dass sich hierfür eine explizite Anknüpfungsnorm im Vergaberecht nachweisen lässt, werden den zuständigen Vergabestellen und im weiteren Verlauf den Vergabekammern bzw. den Oberlandesgerichten erhebliche zusätzliche Lasten aufgebürdet. Denn zu Ende gedacht, kann es dann nicht nur um etwaige Verstöße gegen nationale Bestimmungen des Urheberrechts, Patentrechts oder des kommunalen Wirtschaftsrechts<sup>6</sup> gehen, vielmehr müssten auch Hinweisen auf angebliche Verstöße eines konkurrierenden Bieters gegen das Urheber-, Patent- oder kommunale Wirtschaftsrecht eines anderen (dessen) Mitgliedstaats nachgegangen werden. Mag selbst dies noch für kompetent besetzte Senate von Oberlandesgerichten leistbar sein, so handelt es sich im Hinblick auf die durch das Vergaberecht primär adressierten Vergabestellen bei den öffentlichen Auftraggebern in Bund, Ländern und (namentlich kleinen und mittleren) Kommunen durchaus um eine Zumutung; hier ist man fast versucht dafür zu appellieren, dass diese „Schuster“ so weit als möglich bei *ihren* Leisten bleiben dürfen sollten – im Interesse einer effektiven und erfolgreichen Bewältigung der Vergabeverfahren.

---

<sup>1</sup> Dazu zuletzt OLG Düsseldorf, B. v. 17.1.2018, VII-Verg 39/17, NZBau 2018, 237.

<sup>2</sup> Nachweise der entsprechenden Entscheidungen und nähere Erläuterung dieses Zusammenhangs bei Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 16 f.; § 6 Rdnr. 21

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 28.6.2017, VII-Verg 2/17, VergabeR 2017, S. 730 m. Anm. Stolz.

<sup>4</sup> Az. 250-4003-8222/2017, veris, S. 25.

<sup>5</sup> Dazu bereits monografisch die Dissertationsschrift von Lux, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, 2009.

<sup>6</sup> Dazu zuletzt (zutreffend) kritisch Gurlit, VergabeR 2017, S. 221.

## 2. Vergaberecht als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten

Anders als soeben beschleichen den Vergaberechtler hier nicht Skepsis, sondern Stolz, Gestaltungsfreude und (jedenfalls soweit er anwaltlich tätig ist) unternehmerische Tatkraft, locken doch neue Felder, Mandantenstrukturen und Sachzuständigkeiten. Rechtlich problematisch ist die Wirkung des Vergaberechts als Vorfrage in anderen Rechtsgebieten nicht, soweit in diesen eindeutig an jenes Gebiet angeknüpft wird. Dies ist etwa der Fall bei der Beurteilung des Vorliegens einer Beihilfe im Falle der finanziellen Unterstützung und der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)<sup>7</sup> und im Zuwendungsrecht, sofern in einem Zuwendungsbescheid als Nebenbestimmung gemäß § 36 VwVfG die Anwendbarkeit des Vergaberechts zur „Aufgabe“ gemacht wird bzw. (deutlich schwächer ausgeprägt) unter bestimmten Voraussetzungen im Gebühren- und Beitragsrecht.<sup>8</sup>

## 3. Vergaberecht als dogmatischer Orientierungsrahmen

Ebenfalls unproblematisch ist es, wenn der für ein anderes Verteilungsregime zuständige Gesetzgeber in autonomer Entscheidung, offenbar getragen von der Überzeugung, dass das Vergaberecht ein auch insoweit adäquates Verfahrens- und Kriterienregime darstelle, an dieses anknüpft. Dies ist in neuerer Zeit im Hinblick auf so unterschiedliche Verteilungsregimes wie die Vergabe von Sondernutzungen zugunsten des Carsharing (vgl. § 5 Carsharinggesetz),<sup>9</sup> die Vergabe von sog. Sammelleistungen (restentleerte Verpackungen) gemäß § 23 Verpackungsgesetz, bei der Ausschreibung finanzieller Fördererleistungen zugunsten von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien (nach dem EEG) sowie im Hinblick auf die Übertragung der sog. Grundzuständigkeit des Messstellenbetriebs in intelligenten Energienetzen<sup>10</sup> geschehen.

## 4. Durch ausdehnende Auslegung des Konzessionsbegriffs bewirkte Verdrängung eines wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Verteilungsregimes

Wie in den nachfolgenden Statements von *Elke Gurlit* und *Ferdinand Wollenschläger* im Einzelnen entfaltet, wird teilweise behauptet, dass die Verteilung von Nutzungsrechten auf öffentlichen Märkten und Festen, die entweder nach §§ 69, 70 GewO als sog. festgesetzte Märkte oder nach den jeweiligen Bestimmungen der Gemeindeordnungen als „Öffentliche Einrichtungen“ strukturiert sind, den Regelungen der §§ 148 ff. GWB über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterfallen würden.<sup>11</sup> Im Hinblick auf die

<sup>7</sup> Im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rechtssache AltmarkTrans vom 24.7.2013, Rs. C-280/00.

<sup>8</sup> Vgl. zu diesen Zusammenhängen Burgi, Vergaberecht, § 22 Rdnr. 10 ff.

<sup>9</sup> Dazu bereits Burgi, NVwZ 2017, S. 257 ff.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Schröder, NZBau 2017, S. 532.

<sup>11</sup> Nachweise zu dieser und zur Gegenansicht bei Burgi, Vergaberecht, § 24 Rdnr. 5.

Vergabe von Konzessionen im Glücksspielrecht hat jüngst das OVG NRW entschieden, dass es sich hierbei um wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlaubnistatbestände ohne Beschaffungscharakter handle,<sup>12</sup> während das OLG Hamburg zum gegenteiligen Ergebnis gelangt ist.<sup>13</sup> Weitere Vorstöße dürften im Hinblick auf andere Verteilungsregimes, die seit Jahrzehnten mit den Mechanismen des Wirtschaftsverwaltungsrechts und auf der Rechtsschutzebene durch die Verwaltungsgerichte bewältigt worden sind, zunehmen.

Dem gegenüber ist m.E. wiederum Skepsis angebracht. Der Konzessionsbegriff von GWB und KonzVgV ist außerordentlich unbestimmt und setzt das seinerseits nicht explizit kodifizierte Vorliegen eines Beschaffungstatbestands voraus.<sup>14</sup> Bedenkt man, dass die Schaffung einer Richtlinie über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (2014/23/EU), die den §§ 148 ff. GWB zugrunde liegt, in erster Linie durch die Überlegung motiviert war, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bis dahin in Deutschland gar nicht reglementiert gewesen ist und hierdurch Verstöße gegen das EU-Primärrecht indiziert worden sind,<sup>15</sup> muss es befremden, wenn nun die Anwendung dieser Vorschriften im Hinblick auf Tatbestände proklamiert wird, die seit Jahrzehnten (soweit ersichtlich) weder von europäischen noch von deutschen Gerichten als primärrechtswidrig qualifiziert worden sind und in denen namentlich Verteilungsgerechtigkeit und Rechtsschutz durch zahllose Entscheidungen v.a. von Verwaltungsgerichten gewährleistet worden sind. Angesichts einer solchen Ausgangslage der Anwendung des GWB-Vergaberechts das Wort zu reden bedeutet, dass jene anderen, eingespielten Mechanismen verdrängt werden und durch das GWB-Vergaberecht (in welchem Umfang?) ersetzt werden – obgleich dieses lediglich oberhalb eines Schwellenwerts von über 5 Millionen Euro (vgl. § 106 Abs. 1 Nr. 4 GWB i.V.m. Art. 8 RL 2014/23/EU) anwendbar ist. Die Parole des dahinter offenbar steckenden Verständnisses eines „Alles Beschaffung oder was?“ erscheint jedenfalls nicht funktionsadäquat.

Diese wenigen Bemerkungen sollten genügen, um das Interesse an einer Podiumsdiskussion über die Wechselwirkungen zwischen dem Vergaberecht und anderen Rechtsgebieten zu wecken.

---

<sup>12</sup> BeckRS 2017, 112407.

<sup>13</sup> VergabeR 2018, 35 m. Anm. v. Donat/Plauth.

<sup>14</sup> Vgl. dazu an dieser Stelle wiederum nur Burgi, Vergaberecht, § 24 Rdnr. 12 f.

<sup>15</sup> Vgl. Erw. 1.

## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –**

**Vergaberecht und europäisches Beihilferecht**

**Prof. Dr. Oliver Dörr**

Universität Osnabrück



Wie jedes wettbewerbsrelevante Verhalten der Mitgliedstaaten unterliegt auch die staatliche Auftragsvergabe den Regeln der Beihilfenkontrolle nach dem europäischen Unionsrecht. Hierbei handelt es sich bekanntlich um das staatterichtete Vertragsregime zum Wettbewerbsschutz im EU-Binnenmarkt, dessen Durchführung im Wesentlichen in den Händen der Europäischen Kommission liegt. Dieser erwächst aufgrund des ausgreifenden Anwendungsbereichs der Beihilfenaufsicht eine erhebliche Interventionsmacht in Bezug auf das öffentliche Handeln und Wirtschaften in den EU-Mitgliedstaaten.

Das Beihilfenregime der Art. 107-109 AEUV verbietet Subventionen der Mitgliedstaaten nicht absolut, sondern unterwirft sie schlicht der Präventiv- und der Repressivaufsicht durch die Kommission. Der Beihilfetatbestand, der diese Aufsicht eröffnet, ist weit gefasst und verbietet sämtliche „staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen“ (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Ausnahmen ergeben sich aus Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie aus verschiedenen sekundärrechtlichen Freistellungen.

Die materiell-rechtliche Verknüpfung dieser EU-Beihilfenaufsicht mit dem Vergaberecht ist wenigstens eine dreifache: Erstens kann eine Auftragsvergabe eine Beihilfe darstellen und als solche auf dem Kontrollradar der Europäischen Kommission auftauchen. Zweitens kann umgekehrt ein ordentliches Vergabeverfahren das Vorliegen einer Bei-

hilfe ausschließen, und zwar vor allem im Zusammenhang mit sog. öffentlichen Dienstleistungen. Drittens schließlich stellt sich die Frage, wie beihilfebegünstigte Bieter im Vergabeverfahren zu behandeln sind und welche Rolle hierbei die europäischen Regeln spielen.

## I.

Ein *öffentlicher Auftrag* kann dann der *Beihilfekontrolle* unterfallen, wenn er im Einzelfall den Beihilfebegriff des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Wesentliches Tatbestandsmerkmal der Beihilfe ist im vorliegenden Zusammenhang die „Begünstigung“, die grundsätzlich jede Gewährung eines wirtschaftlichen Vorteils erfasst, d.h. nicht nur finanzielle Zuwendungen und Naturalleistungen, sondern auch jede Maßnahme, die auf irgendeine Weise die Lasten verringert, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte. Erbringt das Unternehmen selbst eine Leistung für die öffentliche Hand, so kommt es darauf an, ob die Gegenleistung, die es dafür erhält, den relevanten Marktbedingungen entspricht oder nicht; der bekannte *market investor test* wird hier, da es um die Nachfrage der öffentlichen Hand geht, zum *public purchaser test*. Dementsprechend kann die Auftragsvergabe eine beihilferelevante Begünstigung darstellen, wenn sie nach anderen als rein wettbewerblichen Gesichtspunkten erfolgt oder den privaten Auftragnehmer ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund in besonderer Weise begünstigt. Das kann etwa der Fall sein, wenn die öffentliche Hand weit jenseits ihres tatsächlichen Bedarfs einkauft, wenn die von ihr zu zahlende Vergütung oberhalb des wettbewerblichen Preises liegt oder die Auswahl des erfolgreichen Bieters unter Verfolgung sog. Sekundärzwecke erfolgt. Die Tatsache, dass hier u.U. die vergaberechtlichen Regeln eingehalten wurden, ändert zunächst nichts am marktwirtschaftlichen Kontrollblick der Beihilfenaufsicht. Auch die vergaberechtliche Freistellung einer Transaktion der öffentlichen Hand (z.B. durch die Inhouse-Ausnahme gem. § 108 GWB) schließt wegen der Trennung beider Rechtsregime die Möglichkeit nicht aus, dass das EU-Beihilfenregime und die entsprechende Kontrollbefugnis der Kommission Anwendung finden.

## II.

Eine „Begünstigung“ und damit der Beihilfetatbestand ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aber ausgeschlossen, wenn staatliche Zahlungen lediglich die Mehraufwendungen ausgleichen, die mit der *Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen (Daseinsvorsorge)* durch ein Unternehmen verbunden sind.

In seiner bekannten Entscheidung *Altmark Trans* (2003) konkretisierte der Gerichtshof die Kriterien dieser sog. „Tatbestandslösung“ – vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der beihilferelevante Vorteil des geförderten Unternehmens entfällt: Die im vorliegenden Zusammenhang wesentliche dieser Voraussetzungen ist, dass der Um-

fang des staatlichen Kostenausgleichs nach Wettbewerbsgrundsätzen ermittelt worden sein muss. Dazu hat entweder die Auswahl des Leistungserbringers im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens zu erfolgen, oder aber die Höhe der erforderlichen Ausgleichszahlung ist „auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ... bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen hätte“. Mit dieser Voraussetzung soll eine Überkompensation des Leistungserbringers ausgeschlossen werden, wozu das EU-Recht alternativ eine qualifizierte Kostenanalyse oder eine öffentliche Ausschreibung verlangt. Es gilt offensichtlich die Vermutung, dass durch die transparente und willkürfreie Einholung verschiedener Leistungsangebote mit einer gewissen Treffsicherheit der marktangemessene Preis für die fragliche Leistung ermittelt werden kann. Ein ordnungsgemäß durchgeführtes Vergabeverfahren erfüllt also nicht nur die Anforderungen des (EU-)Vergaberechts, sondern kann gleichzeitig den unionsrechtlichen Beihilfetatbestand ausschließen.

Immer noch nicht geklärt ist, welche vergaberechtlichen Anforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, damit diese Wirkung eintritt. Als Faustregel dürfte es aber genügen, wenn im Einzelfall wenigstens die grundlegenden Anforderungen in Bezug auf Transparenz und Nichtdiskriminierung beachtet werden, die den EU-Vergaberichtlinien zugrunde liegen und die für den nicht-harmonisierten Bereich die Rechtsprechung des EuGH zum sog. Vergabeprimärrecht ausgeformt hat. Die Einhaltung dieser richterrechtlich geformten Grundanforderungen bei der Auswahl des Leistungserbringers indiziert somit die Vereinbarkeit der Leistungsbeziehung mit dem EU-Beihilfenrecht.

### III.

Ebenfalls bislang nur ansatzweise geklärt ist die Behandlung des *beihilfebegünstigten Bieters im Vergabeverfahren*, also die vergaberechtliche Perspektive auf Bieter, die Wettbewerbsvorteile aufgrund öffentlicher Beihilfen in den Auswahlwettbewerb einbringen. Vor allem stellt sich hier die Frage, ob das – erst kürzlich im Gesetz verankerte – vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 GWB) nicht eine Reaktion von Seiten des Auftraggebers gebietet.

Trotz der bestehenden Wettbewerbsverzerrung sind aus Gründen der Kohärenz der Rechtsordnung rechtmäßige Beihilfen wohl hinzunehmen, d.h. vor allem solche, die unter Einhaltung der Anforderungen aus Art. 107, 108 AEUV gewährt wurden. Der EuGH hat in einem solchen Vorgehen weder einen Verstoß gegen die EU-Richtlinien noch eine vertragswidrige Diskriminierung erkennen können. Dem entspricht im Übrigen auch die ständige Rechtsprechung, dass staatliche Einrichtungen und öffentliche Unternehmen als Bieter gleichberechtigt an Vergabeverfahren teilnehmen dürfen, obwohl sie aufgrund ihrer Finanzierung aus Steuergeldern offensichtlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Anbietern besitzen.

Bei rechtswidrig – z.B. ohne die in Art. 108 Abs. 3 AEUV vorgeschriebene Notifizierung – erlangten Beihilfen greift das Kohärenzargument nicht, so dass das Gebot fairen Wettbewerbs dafür streitet, den zu Unrecht erlangten Wettbewerbsvorteil eines Bieters zu dessen Lasten zu berücksichtigen, z.B. ihn vom Verfahren auszuschließen oder wenigstens seine Angebotspreise um die rechtswidrig erlangten Beihilfen zu bereinigen. Bislang allerdings entschied die deutsche Rechtsprechung anders, und zwar vor allem deshalb, weil es für eine solche Maßnahme an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehle.

Mittlerweile sieht die europäische *lex lata* die Berücksichtigung rechtswidriger Beihilfen ausdrücklich vor: Art. 69 Abs. 4 VRL und Art. 84 Abs. 4 SRL lassen die Ablehnung eines Angebots zu, wenn der Angebotspreis eines Bieters als Folge einer rechtswidrigen Beihilfe „ungewöhnlich niedrig“ ist. Den Bieter, der anzuhören ist, trifft insoweit die Pflicht zum Nachweis einer rechtmäßigen Beihilfegewährung. Die Berücksichtigung der Beihilfe als Ausschlussgrund bezieht sich nach dem Wortlaut der Richtlinienbestimmungen allerdings nur auf die materielle Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gemäß Art. 107 AEUV, während der Notifizierungsverstoß nach Art. 108 Abs. 3 AEUV nicht genannt ist. Die nur formelle Illegalität der Beihilfe dürfte daher für einen Angebotsausschluss nicht genügen. Zudem verpflichten die EU-Richtlinien den Auftraggeber nicht zwingend zum Ausschluss des beihilfebelasteten Angebots, sondern berechtigen ihn lediglich dazu, letzteres allein aus diesem Grund abzulehnen.

Der Wettbewerbsgrundsatz in § 97 Abs. 1 GWB würde nun eigentlich auf der nationalen Umsetzungsebene nahelegen, dass im Falle materiell rechtswidriger Beihilfen der Ausschluss regelmäßig zu erfolgen hat. Das deutsche Umsetzungsrecht selbst zeichnet insoweit allerdings ein differenziertes Bild: § 60 Abs. 4 VgV und § 54 Abs. 4 SektVO schreiben im Fall eines beihilfebedingt „ungewöhnlich niedrigen“ Angebots, bei dem die Rechtmäßigkeit der Beihilfe nicht nachgewiesen ist, nunmehr eine zwingende Ablehnung vor, während § 33 VSgV und § 16d EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die Ablehnung nach wie vor im Ermessen des Auftraggebers belassen. Im Unterschwellenbereich sieht § 44 Abs. 2 Nr. 5 UVgO immerhin eine Prüfung der Gewährung staatlicher Beihilfen an das Unternehmen vor, das ein unangemessen niedriges Angebot gemacht hat.

#### IV.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass das Verhältnis von Vergabe- und EU-Beihilferecht seit langem schon ein intrikates ist. Beide Rechtsregime dienen zwar dem Wettbewerbschutz und unterwerfen zu diesem Zweck den staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen beschränkenden Regeln. Die marktwirtschaftliche Logik ist allerdings im Vergaberecht teilweise durch andere Ziele überlagert (z.B. den effizienten Einkauf oder das,

was wir heute „strategische Beschaffung“ nennen), sodass sich die Zielrichtungen und Funktionsweisen beider Regime nicht (mehr) vollständig decken.

Soweit Beihilfe- und Vergaberegime im Einzelfall beide zur Anwendung kommen, ist noch manche Frage ungeklärt – was vor allem wegen der unterschiedlichen Kontrollzuständigkeit (hier das Kontrollmonopol der Europäischen Kommission, dort das dezentrale Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenbereiche) heikel ist. Materiell-rechtlich scheint bislang nur festzustehen, dass ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren regelmäßig das Vorliegen einer Beihilfe ausschließt – und damit auch der ausgreifenden Kontrollzuständigkeit der Kommission Grenzen setzen kann. Demgegenüber besteht ein erhebliches beihilferechtliches Risiko, wenn ein solches Verfahren nicht durchgeführt wird, selbst wenn dies vergaberechtlich zulässig sein sollte. Nicht zuletzt unterhalb der Schwellenwerte, wo eine gerichtliche Überprüfung bislang selten droht, muss dies für staatliche Auftraggeber ein zusätzlicher Impuls sein, auf Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerbslichkeit zu achten.





## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –**

**Vergaberecht und das Recht der öffentlich-  
rechtlichen Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG**



**Prof. Dr. Elke Gurlit**

Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

### **I. Einleitung**

In Deutschland herrschte bis in das 21. Jahrhundert die Auffassung vor, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge komme mit der Zuschlagserteilung uno actu quasi naturgemäß ein privatrechtlicher Beschaffungsvertrag zustande. Es bedurfte einer Klarstellung des EuGH im Jahr 2001, um zu verdeutlichen, dass das Vergaberecht nicht eine naturwüchsige Verbindung mit dem Privatrecht eingegangen ist, vielmehr ein vergaberechtspflichtiger Vorgang auch im Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages liegen kann, wenn dieser die Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllt:<sup>1</sup> Die Rechtsnatur eines Vertrags ist nicht maßgeblich für die Anwendbarkeit des Vergaberechts.

Mit dieser Feststellung hat der Gerichtshof allerdings nicht nur ein Problem geklärt, sondern eine Fülle neuer Rechtsfragen aufgeworfen, die sich jedenfalls in der deutschen Rechtsordnung stellen. Denn das deutsche Recht lebt von der kategorialen Unterscheidung von öffentlichem Recht und privatem Recht, die auch das Vertragsrecht der öffentlichen Hand kennzeichnet: Für öffentlich-rechtliche Verträge gilt mit den §§ 54 ff. VwVfG ein besonderes materiellrechtliches Regime, zudem sind vorbehaltlich einer abdrängenden Zuweisung die Verwaltungsgerichte zur Streitentscheidung berufen (§ 40 VwGO), die nach den Vorgaben des Verwaltungsprozessrechts entscheiden.

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 73 – Teatro alla Biccoca.

Im Folgenden sollen zunächst die vertraglichen Gestaltungen skizziert werden, in denen die öffentlich-rechtliche Natur des Auftrags in Frage steht (II.). Sofern öffentliche Aufträge sowohl dem öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht als auch dem GWB-Vergaberecht unterfallen, ist das Verhältnis der jeweiligen verfahrens- und materiellrechtlichen Regime zu klären (III.). Hingegen stehen allein die Problemlösungskapazitäten des öffentlichen Rechts zur Verfügung, wenn die Vergabe von öffentlich-rechtlichen Aufträgen dem GWB-Vergaberechtsregime entzogen ist. Insbesondere durch die Bereichsausnahme für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) ist der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz in den Blickpunkt des Interesses gerückt (IV.).

## II. Öffentliche Aufträge als öffentlich-rechtliche Verträge

### 1. Abschichtung: Fiskalische Hilfsgeschäfte

Die Annahme des grundsätzlich privatrechtlichen Charakters eines öffentlichen Auftrags kommt insbesondere in dessen auf Forsthoff zurückgehende Bezeichnung als fiskalisches Hilfsgeschäft zum Ausdruck.<sup>2</sup> Als ein solches Geschäft gelten Beschaffungsvorgänge, die den marktförmigen Kauf von Gütern oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, die für die Erfüllung der „eigentlichen“ Verwaltungsaufgaben benötigt werden. Mit diesen Geschäften nimmt der Auftraggeber unbestritten am Privatrechtsverkehr teil.<sup>3</sup>

Diese Einordnung gilt nicht allein im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97, 106 GWB werden bedarfsdeckende Aufträge stets einstufig ohne Vorschaltung einer öffentlich-rechtlichen Vergabeentscheidung vergeben, wie das BVerwG nach instanzgerichtlichen Disputen klarzustellen gezwungen war.<sup>4</sup> Die instrumentelle Funktion bedarfsdeckender Verträge wird auch nicht in Frage gestellt, wenn die Vergabe nicht allein im Dienste der sparsamen Verwendung haushaltsrechtlicher Mittel steht, sondern im Wege der „Bepackung“ mit weiteren öffentlichen Zwecken aufgeladen wird. Die weiteren Zwecke bestimmen nicht die Rechtsnatur des Auftrags. Deshalb werden bedarfsdeckende Aufträge, für deren Vergabe als Zuschlagskriterium oder als Ausführungsbedingung die Verfolgung sozialer oder umweltbezogener Ziele maßgeblich ist (§§ 127 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB), als

---

<sup>2</sup> Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 18 ff.

<sup>3</sup> So schon BVerwG, Urt. v. 25.9.1958 – V C 111/56, BVerwGE 5, 235; BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII C 227/57, BVerwGE 7, 89, 90; BVerwG, Urt. v. 8.3.1962 – VIII C 160/60, BVerwGE 14, 65, 72; BVerwG, B. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, 11 ff.; GmSOGB, Urt. v. 10.4.1986 – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312, 316; BGH, Urt. v. 12.11.1991 – KZR 22/90, BGHZ 116, 339, 344 f.

<sup>4</sup> BVerwG, B. v. 2.5.2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9, 18 f.; Ruthig, NZBau 2005, 497, 499 f.; zuvor anders OVG Rh-Pf, B. v. 25.5.2005 – 7 B 10356/05.OVG, NZBau 2005, 411; OVG NRW, B. v. 4.5.2006 – 15 E 453/06, NVwZ 2006, 1083; Pünder, VerwArch 95 (2004) 38, 57 f.; wohl auch Dörr, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einl. Rn. 129.

privatrechtliche Verträge vergeben. Auch ist der Vergabe kein öffentlich-rechtlicher Akt über das „Ob“ des Vorliegens eines Privilegierungstatbestands vorgeschaltet.<sup>5</sup>

## 2. Öffentlich-rechtliche Aufträge

Gehören damit die bedarfsdeckenden öffentlichen Aufträge regelmäßig dem Privatrecht an, so gilt anderes für Aufträge, welche die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand haben.

### a) Städtebauliche Verträge

Mit der *Ahlhorn*-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>6</sup> gerieten erstmals städtebauliche Verträge in den Fokus des Vergaberechts. Allerdings zeigt sich, dass städtebauliche Verträge nur unter engen Voraussetzungen überhaupt vergaberechtspflichtig sind und sich zudem die Frage einer Komplexitätserhöhenden Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Maßstäbe nicht durchgängig stellt:

Streitgegenstand der *Ahlhorn*-Rechtsprechung waren vor allem *Grundstücksgeschäfte der öffentlichen Hand*, in denen eine Gemeinde die Erbringung von Planungs- und/oder Bauleistungen aus städtebaulichen Gründen mit der Übertragung von Eigentum bzw. einem Nutzungsrecht, ggf. neben einem Geldbetrag, „bezahlt“. Mit der Korrektur der *Ahlhorn*-Judikatur durch den EuGH<sup>7</sup> und der darauf aufbauenden Regelung in § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB wurde klargestellt, dass ein Bauauftrag nur vorliegt, wenn die Bauleistung der öffentlichen Hand unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und diese zudem einen maßgeblichen Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat. Indessen ist bei den Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand schon fraglich, inwieweit die mit den Investoren geschlossenen Verträge dem öffentlichen Recht zurechnen. Zwar ist der Abschluss von grundstücksbezogenen Investorenverträgen häufig durch das Inausichtstellen einer investorgerechten öffentlich-rechtlichen Bauleitplanung nach §§ 1 ff. BauGB motiviert. Gleichwohl hat die Rechtsprechung Grundstückskaufverträge mit öffentlich-rechtlicher Zwecksetzung nicht als hinkende Austauschverträge des öffentlichen Rechts, sondern wegen des zugrundeliegenden Kaufgeschäfts als privatrechtliche

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 8.3.1962 – VIII C 160/60, BVerwGE 14, 65, 70; Ruthig, NZBau 2005, 497, 499 f.; a.A. BVerwG, Urt. v. 6.6.1958 – VII C 227/57, BVerwGE 7, 89, 91; BVerwG, Urt. v. 26.11.1969 – V C 98/67, BVerwGE 34, 213, 215; VG Koblenz, B. v. 31.1.2005 – 6 L 2617/04.KO, NZBau 2005, 412; Prieß/Hölzl, NZBau 2005, 367, 370 f.

<sup>6</sup> LG Düsseldorf, B. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, NZBau 2007, 530 – Fliegerhorst Ahlhorn; s. aus der überwiegend krit. Literatur nur Vetter/Bergmann, NVwZ 2008, 133; Spannowsky, UPR 2008, 281; Kühling, JZ 2008, 1117; Pietzcker, NZBau 2008, 293; Ziekow, DVBl. 2008, 137

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – C 451/08, NJW 2010, 2189 Rn. 41 – Helmut Müller/BIMA; dazu näher dazu Grothmann/Tschäpe, ZfBR 2011, 442; Otting, NJW 2010, 2167; Greim, ZfBR 2011, 126.

Verträge qualifiziert.<sup>8</sup> Öffentliche Aufträge i.S.v. § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB werden deshalb zumeist dem Privatrecht angehören.

Anders verhält es sich mit den sog. Folgekostenverträgen, die außerhalb oder neben Grunderwerbsverträgen geschlossen werden (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB). Die Leistungsbereitschaft des Investors steht dabei unter dem Vorbehalt der kommunalen Verabschiedung einer investorgerechten Bauleitplanung. Wegen dieser Zwecksetzung werden die Folgekostenverträge als hinkende Austauschverträge ganz einhellig dem öffentlichen Recht zugeordnet.<sup>9</sup> Allerdings haben diese Verträge, die allein eine bedingte Zahlungspflicht des Investors begründen, keinen Beschaffungscharakter und sind infolgedessen nicht vergaberechtspflichtig.

*Erschließungsverträge* der Gemeinde mit einem Erschließungsunternehmen (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB) sind wegen der Übernahme der kommunalen Erschließungsaufgabe durch einen Dritten öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>10</sup> Ihre Vergaberechtspflichtigkeit könnte hingegen am konstitutiven Merkmal der Entgeltlichkeit des Auftrags scheitern: Ist der Erschließungsunternehmer zugleich Grundstückseigentümer, so refinanziert er seinen Aufwand mit dem Grundstücksverkauf, anderenfalls durch privatrechtliche Vereinbarungen mit den Grundstückseigentümern.<sup>11</sup> Soweit sich allerdings die Gemeinde für den Fall des Scheiterns von Vereinbarungen des Erschließungsunternehmens mit den sog. Fremdanliegern zur Übernahme der Kosten für den beitragsfähigen Erschließungsaufwand verpflichtet (modifizierter Erschließungsvertrag), liegt auch eine die Vergaberechtspflicht begründende Entgeltlichkeit vor.<sup>12</sup>

## **b) Verträge über Rettungsdienstleistungen**

Neben städtebaulichen Verträgen sind in jüngerer Zeit vor allem Aufträge über die Wahrnehmung von Rettungsdienstleistungen in das Visier der Verwaltungsgerichte geraten. Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen ist maßgeblich durch die unterschiedlichen landesrechtlichen<sup>13</sup> Ausgestaltungen des Rettungsdienstes geprägt. Soweit die öffentlichen Aufgabenträger mit den Anbietern Verträge über die Durchführung von

<sup>8</sup> BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 18/91, BVerwGE 92, 56, 58 f.; BGH, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 97: kein ausreichender Sachzusammenhang mit Bauleitplanung bei Grundstücksgeschäften mit Einheimischensicherungsklausel im Vorfeld der Planung.

<sup>9</sup> BVerwG, Urt. v. 6.7.1973 – IV C 22/72, BVerwGE 42, 331, 333; BVerwG, Urt. v. 16.5.2000 – 4 C 4/99, BVerwGE 111, 162, 164 f.; BVerwG, Urt. v. 29.1.2009 – 4 C 15/07, BVerwGE 133, 85; Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 30 Rn. 4.

<sup>10</sup> BVerwG, Urt. v. 1.12.2010 – 9 C 8/09, BVerwGE 138, 244 Rn. 24

<sup>11</sup> Zur Vergaberechtsfreiheit Pietzcker, NZBau 2008, 293, 299; Burgi, NVwZ 2008, 929, 934 f.

<sup>12</sup> Zur Zulässigkeit dieses Erschließungsmodells und zur Vergaberechtspflichtigkeit BVerwG, Urt. v. 30.1.2013 – 9 C 11/11, BVerwGE 145, 354 Rn. 12 ff., 21; s.a. Köster/Häfner, NVwZ 2007, 410, 414.

<sup>13</sup> Die Gesetzgebungskompetenz der Länder folgt aus der Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr, BayVerfGH, Urt. v. 24.5.2012 – Vf 1-VII-10 NVwZ-RR 2012, 665, 667 mwN.

Rettungsdiensten gegen eine Vergütung schließen (Submissionsmodell),<sup>14</sup> läge bei Überschreiten der Schwellenwerte ein vergaberechtpflichtiger Dienstleistungsauftrag über nichtprioritäre Dienstleistungen vor.<sup>15</sup> Wird hingegen der Anbieter von Rettungsdiensten nicht durch den Auftraggeber vergütet, sondern auf eine Bezahlung seiner Leistungen durch die Patienten bzw. die Krankenkassen verwiesen (Konzessionsmodell),<sup>16</sup> lag unter Geltung der RL 2004/18/EG regelmäßig eine vom Vergaberechtsregime nicht erfasste Dienstleistungskonzession vor.<sup>17</sup> Mit der Einbeziehung von Dienstleistungskonzessionen in das Vergaberecht durch die RL 2014/23/EU wären auch nach dem Konzessionsmodell vorgenommene Beauftragungen von gemeinnützigen Organisationen vergaberechtpflichtig geworden.

Mit der Bereichsausnahme gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB ist die Vergabe von Rettungsdienstleistungen unter den dort genannten Voraussetzungen vom GWB-Vergaberecht freigestellt. Da sowohl Konzessionen als auch Dienstleistungsaufträge regelmäßig als öffentlich-rechtliche Verträge ausgestaltet werden,<sup>18</sup> landen Streitigkeiten um den Abschluss derartiger Verträge nach § 40 VwGO nunmehr vor den Verwaltungsgerichten.

### III. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG im GWB-Vergaberecht

#### 1. Vorrang des vergaberechtlichen Regimes

§§ 97 ff. GWB verlangen ungeschmälerter Geltung, wenn ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsvertrag im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts liegt. Deshalb dürfen insbesondere die Rechtsfolgen einer vergaberechtwidrigen Auftragsvergabe nicht durch den Rückgriff auf Normen des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vertragsrechts konterkariert werden. Die Anordnung schwebender (Un-)Wirksamkeit von de facto oder unter Verstoß gegen die Wartepflicht vergebenen Aufträgen<sup>19</sup> ist folglich *lex specialis* zu

<sup>14</sup> Zum Beispiel § 13 Abs. 1 RettG NRW; § 5 Abs. 2 RDG Sch-H; § 7 Satz 3 HbgRDG; § 7 Abs. 5 RDG M-V; § 31 Sächs-BRKG.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08, NZBau 2009, 201 Rn. 15 ff.; OLG Naumburg, B. v. 22.2.2011 – 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258, 260 ff.; OLG Schleswig, B. v. 28.8.2015 – 1 Verg 1/15, NZBau 2015, 718; s.a. EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 40 ff. – Spezzino zu gemischten Verträgen.

<sup>16</sup> Zum Beispiel Art. 13 BayRDG; § 5 Abs. 2 HRDG; § 5 Abs. 1 RDG Bln.

<sup>17</sup> EuGH, Urt. v. 10.3.2011 – C-274/09, NZBau 2011, 239 Rn. 23 ff. – Rettungsdienst Stadler; s.a. BayVerfGH, Urt. v. 24.5.2012 – Vf 1-VII-10, NVwZ-RR 2012, 665, 667.

<sup>18</sup> Zu § 13 RettG NRW (Dienstleistungsauftrag) VG Düsseldorf, B. v. 15.9.2016 – 7 L 2411/16, NZBau 2017, 59, 60; zu § 5 Abs. 2 RDG Sch-H (Dienstleistungsauftrag) VG Schleswig, Urt. v. 14.11.2017 – 3 A 14/17, BeckRS 2017, 137998 Rn. 56 f.; zu Art. 13 BayRDG (Konzession) VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 51; § 5 Abs. 2 HRDG sieht in seinem Konzessionsmodell einen vorgeschalteten Verwaltungsakt vor, der durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ausgestaltet wird, dazu VG Kassel, Urt. v. 6.10.2017 – 5 K 939/13.KS, BeckRS 2017, 130384; die öffentlich-rechtliche Natur wird überwiegend normativ angeordnet, s. § 7 Satz 3 HbgRDG; § 7 Abs. 5 RDG M-V; § 5 Abs. 2 RDG RP; § 5 Abs. 2 RDG Sch-H; § 31 Abs. 1 SächsBRKG.

<sup>19</sup> Zu dieser Konstruktion Dreher/Hoffmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 135 Rn. 5 f, 13 ff.; zuvor dies., NZBau 2010, 201 zu § 101b GWB a.F.

einer Vertragsnichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach § 59 VwVfG.<sup>20</sup> Auch lassen sich die besonderen Anforderungen des § 135 GWB nicht im Rahmen des Zustimmungsvorbehalts zugunsten Dritter gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG umsetzen.

Der Vorrang des vergaberechtlichen Regimes setzt sich in den Rechtsschutzstrukturen fort. In §§ 155, 156 Abs. 2 und § 171 Abs. 3 GWB liegt im Fall des Rechtsstreits um einen öffentlich-rechtlichen Auftrag eine abdrängende Zuweisung i.S.v. § 40 Abs. 1 VwGO, die einen einheitlichen Standard der Rechtsdurchsetzung für alle öffentlichen Aufträge gewährleisten soll.

## 2. Ergänzende Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG

Andererseits kann das Vergaberecht auf arrondierende Regelungen des öffentlichen Rechts angewiesen sein, soweit es die Rechtsfolgen von Vergaberechtsverstößen nicht selbst regelt. Ein Verstoß gegen das Zuschlagsverbot im laufenden Nachprüfungsverfahren (§ 169 Abs. 1 GWB) oder im gerichtlichen Beschwerdeverfahren (§ 173 Abs. 3 GWB) bedarf ungeachtet der grundsätzlichen Wirksamkeit von vergaberechtswidrig erteilten Aufträgen (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB) sowohl bei privatrechtlichen als auch bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen der Sanktionierung durch die Vertragsnichtigkeit. Die Qualifikation von § 169 Abs. 1 und § 173 Abs. 3 GWB als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB<sup>21</sup> wird bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen durch eine entsprechende Anwendung von § 134 BGB im Rahmen von § 59 Abs. 1 VwVfG herbeigeführt.<sup>22</sup> Das kollusive Zusammenwirken von Auftraggeber und Auftragnehmer mit dem Ziel der Umgehung des Vergaberechts, das bei privatrechtlichen Aufträgen durch die Nichtigkeitsfolge nach § 138 BGB sanktioniert wird,<sup>23</sup> kann bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen durch den gegenüber § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 BGB spezielleren § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG gehandelt werden.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 32 Rn. 29; so auch schon Burgi, NZBau 2002, 57, 61 zu § 13 Satz 6 VgV a.F.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2004 – X ZB 44/03, BGHZ 158, 43; OLG Düsseldorf, B. v. 23.12.2015 – VI Verg 34/15, BeckRS 2016, 02949; OLG Frankfurt, B. v. 20.2.2003 – 11 Verg 1/02, NZBau 2004, 173; s.a. Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 168 Rn. 53, § 169 Rn. 26.

<sup>22</sup> Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 29; allgemein zur entsprechenden Anwendung von § 134 BGB auf öffentlich-rechtliche Verträge Rn. 22.

<sup>23</sup> Dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.12.2003 – Verg 37/03, NZBau 2004, 113, 116; ausf. Dreher/Hoffmann, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 135 Rn. 87.

<sup>24</sup> Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 29, denkbar wäre auch die Annahme einer Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG.

### 3. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG auf außervergaberechtliche Rechtsfolgen

Das öffentlich-rechtliche Vertragsrecht steht nicht im Dienste des Vergaberechts, wenn die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags aus nicht-vergaberechtlichen Gründen in Frage steht. Ebenso wie zivilrechtliche Unwirksamkeitsgründe wie etwa ein Formmangel i.S.v. § 125 BGB die Nichtigkeit eines privatrechtlichen Auftrags auslösen kann,<sup>25</sup> lässt sich diese Rechtsfolge auch im öffentlichen Recht gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG ziehen.<sup>26</sup>

Soweit eine de facto-Vergabe unter der weiteren Voraussetzung einer Vergabe über den Marktpreis zugleich einen Verstoß gegen das beihilferechtliche Durchführungsverbot gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV darstellt, wird einhellig ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB angenommen.<sup>27</sup> Erst nach langen Disputen in Judikatur und Schrifttum setzte sich die Auffassung durch, dass jedenfalls bei einem allein formellen Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV das Unionsrecht i.S.v. § 134 BGB „ein anderes“ als die Vertragsnichtigkeit, nämlich nur die schwebende Unwirksamkeit des (privatrechtlichen) Vertrags gebietet, und die Feststellung der Kommission über die materielle Unionsrechtskonformität der Beihilfe die Wirksamkeit des Vertrags ex nunc bewirkt.<sup>28</sup> Bei öffentlich-rechtlichen Aufträgen lässt sich dieses Ergebnis auf einfach-elegante Weise durch Rückgriff auf den behördlichen Zustimmungsvorbehalt nach § 58 Abs. 2 VwVfG erzielen:<sup>29</sup> Auch die Europäische Kommission ist eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§ 1 Abs. 4 VwVfG), mithin eine Behörde im Sinne des § 58 Abs. 2 VwVfG. Das Ziel, den in der verfrühten Auszahlung liegenden Vorteil des Empfängers abzuschöpfen, kann erreicht werden, wenn mit dem Zeitpunkt der positiven Entscheidung der Kommission die Vertragswirksamkeit ex nunc eintritt.

Insgesamt zeigt sich, dass GWB-Vergaberecht und öffentlich-rechtliches Vertragsrecht harmonisieren, sofern öffentlich-rechtliche Verträge im Anwendungsbereich von §§ 97 ff. GWB zugeschlagen werden. Maßgeblich hierfür sind zum einen der sachliche Vorrang des vergaberechts unter Einschluss seiner Rechtsschutzstrukturen, zum anderen die Offenheit der §§ 54 ff VwVfG, die Anleihen im bürgerlichen Recht ermöglichen.

<sup>25</sup> Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 168 Rn. 55.

<sup>26</sup> Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 22.

<sup>27</sup> Speziell für öffentliche Aufträge Dreher/Glückle, NZBau 2015, 529, 531; zuvor allgemein für Beihilfenverträge BGH, Urt. v. 4.4.2003 – V ZR 314/02, EuZW 2003, 444, 445; BGH, Urt. v. 20.1.2004 – XI ZR 53/03, EuZW 2004, 252, 253; Remmert, EuR 2000, 469, 476 ff.; Schmidt-Räntsch, NJW 2005, 106, 108; Gellermann, DVBl 2003, 481, 485.

<sup>28</sup> So nunmehr auch BGH, Urt. v. 5.12.2012 – I ZR 92/11, BGHZ 196, 254 Rn. 35 ff; BGH, B. v. 13.9.2012 – III ZB 3/12, WM 2012, 2024; die Konstruktion einer schwebenden Unwirksamkeit wurde vom Schrifttum schon lange präferiert, s. nur Heidenhain, EuZW 2005, 135; EuZW 2008, 324; Pütz, NJW 2004, 2199; Quardt/Nieland, EuZW 2004, 201; Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93 f. Die Konstruktion ist ohne Weiteres mit den Vorgaben des Gerichtshofs vereinbar, dazu EuGH, Urt. v. 12.2.2008 – C-199/06, Slg. 2008, I-409, Rn. 52 ff. – CELF I.

<sup>29</sup> Dazu ausführlicher Finck/Gurlit, Jura 2011, 87, 93; Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 32 Rn. 2.

#### IV. Die Anwendung von §§ 54 ff. VwVfG außerhalb des GWB-Vergaberechts

Das öffentlich-rechtliche Vertragsregime bildet neben dem Haushaltsrecht den alleinigen Maßstab für öffentlich-rechtliche Aufträge, die außerhalb des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts erteilt werden. Zu den bekannten Rechtsschutzproblemen im Unterschwellenbereich (1.) gesellen sich in jüngerer Zeit vor allem verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten um die öffentlich-rechtliche Vergabe von Rettungsdienstleistungen, die der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB unterfallen (2.).

##### 1. Unterschwellenbereich

Nach der dualen Rechtsschutzstruktur bleibt der übergangene Bieter einer Vergabe im Unterschwellenbereich mangels einer Vorabinformationspflicht und eines mit Suspensiv-effekt versehenen Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich auf Schadensersatzansprüche wegen eines rechtswidrig erteilten Zuschlags verwiesen.<sup>30</sup> Dies gilt auch für den Zuschlag öffentlich-rechtlicher Verträge. Sekundäre Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher c.i.c. liegen dabei nur dann in der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem Amtshaftungsanspruch stehen.<sup>31</sup>

Die jüngere Judikatur hat zwar die Möglichkeit vorbeugender Unterlassungsansprüche anerkannt, die unional aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Äquivalenz- und des Effizienzgebots abgeleitet werden können;<sup>32</sup> soweit diese mangels Anwendbarkeit von §§ 155, 156 Abs. 2 und 171 Abs. 3 GWB zur Verhinderung der Zuschlagserteilung auf einen öffentlich-rechtlichen Auftrag vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind, ist allerdings der Ausnahmecharakter von vorbeugenden Rechtsschutz nach § 123 VwGO in Rechnung zu stellen. Aus Gründen der Gewaltenteilung ist der Kläger regelmäßig auf den nachträglichen Rechtsschutz verwiesen, wenn nicht im Einzelfall das Abwarten mit unzumutbaren, nicht rückgängig zu machenden Nachteilen verbunden ist.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Zu den Anspruchsgrundlagen Wollenschläger, in: FS Marx 2013, S. 877 ff.; Pünder, Jura 2016, 1358, 1372 f.

<sup>31</sup> Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher c.i.c. sollen bei einem Zusammenfallen mit Amtshaftungsansprüchen nach Auffassung von BVerwG und BGH nicht i.S.v. § 40 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 VwGO auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag „beruhen“, s. BVerwG, B. v. 30.4.2002 – 4 B 72/01, DVBl. 2002, 1555; BGH, Urt. v. 3.10.1985 – III ZR 60/84, NJW 1986, 1109; krit. dazu Gurlit, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 34 Rn. 4.

<sup>32</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.1.2010 – I-27 U 1/09, NZBau 2010, 328, 329; Grundsätze i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 311 BGB; ebenso OLG Brandenburg, B. v. 2.10.2008 – 12 U 91/08, VergabeR 2008, 294; KG, Urt. v. 22.1.2015 – 2 U 14/14 Kart, NZBau 2015, 323, 324; Grundsätze i.V.m. §§ 1004 II, 823 Abs. 2 BGB.

<sup>33</sup> BVerwG 907 Rn. 19 f.; VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 55 ff., Urt. v. 5.4.2016 – 1 C 3/15, BVerwGE 154, 328 Rn. 52; BVerwG, Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18/15, NVwZ-RR 2016, 907 Rn. 19 f.; VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 55 ff.

Indessen folgen sowohl aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG<sup>34</sup> als auch bei grenzüberschreitender Bedeutung aus den Grundfreiheiten<sup>35</sup> Ausschreibungs- und Informationsgebote der Vergabestellen. Soweit das Landesrecht für den Unterschwellenbereich durch außenwirksame Normen in Parallele zu § 134 GWB eine Vorabinformations- und Wartepflicht vorschreibt,<sup>36</sup> können diese Vorschriften als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB qualifiziert werden, die eine rechtswidrige Zuschlagerteilung verhindern sollen und damit einen Primärrechtsschutz gewährleisten.<sup>37</sup> Ob dies auch ohne eine landesrechtliche Anknüpfungsnorm gilt, ist umstritten. Das OLG Düsseldorf hat in einer jüngeren Entscheidung wegen der unionalen und verfassungsrechtlichen Fundierung einer Vorabinformationspflicht grundsätzlich eine Nichtigkeit nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz bejaht.<sup>38</sup> Dieselbe Rechtsfolge wäre bei öffentlich-rechtlicher Vergabe über § 59 Abs. 1 VwVfG als Rezeptionsnorm zu ziehen.

## 2. Vergabe von Rettungsdienstleistungen

Da Rettungsdienstleistungen sowohl im Konzessionsmodell als auch im Submissionsmodell regelmäßig öffentlich-rechtlich vergeben werden, sind mit der Geltung der Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB die Verwaltungsgerichte zu Hauptakteuren der Gewähr von „Vergaberechtsschutz“ geworden. Ungeachtet der noch offenen Frage der Richtlinienkonformität von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB<sup>39</sup> ist bereits jetzt absehbar, dass der Bieterrechtsschutz an gravierenden Defiziten leidet.

Sofern die Länder in ihren Rettungsdienstgesetzen nach wie vor ein Auswahlverfahren auch unter Beteiligung von gewerblichen Bietern vorsehen, haben sie auf die Nutzung der Bereichsausnahme verzichtet mit der Konsequenz, dass die Vergabe von Rettungsdienstleistungen bei Überschreiten der Schwellenwerte dem GWB-Vergaberecht unterliegt.<sup>40</sup> Soweit die Länder aber nunmehr unter Nutzung von § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB eine

<sup>34</sup> Zur Ableitung aus Art. 3 Abs. 1 GG Burgi, NZBau 2005, 610, 615; Englisch, VerwArch 2007, 410, 422 f.; s.a. Wollenschläger, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, § 26 Rn. 57 ff.

<sup>35</sup> Für den Unterschwellenbereich EuGH, Urt. v. 14.6.2007 – C-6/05, NZBau 2007, 597 Rn. 33 – Medipac; EuG, Urt. v. 29.5.2013 – T-384/10, NZBau 2013, 648 Rn. 110 f. – Kommission/Spanien; Wollenschläger, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, § 26 Rn. 7 ff.

<sup>36</sup> So etwa § 12 VgG M-V, § 9 Abs. 1 SächsVergabeDVO, § 19 Abs. 1 ThürVgG. § 46 Abs. UVgO, der ohnehin nur den Rang einer Verwaltungsvorschrift bekleidet, sieht hingegen eine Information erst nach Zuschlagerteilung vor.

<sup>37</sup> Pünder, Jura 2016, 1358, 1372; Siegel, VerwArch 2016, 1, 27 ff.; Dreher/Hoffmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 135 Rn. 85.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf, B. v. 13.12.2017 – 27 U 25/17, ZfBR 2018, 280, 281 unter Bezugnahme auf EuG, Urt. v. 20.9.2011 – T-461/08, BeckRS 2011, 81495 Rn. 118; zuvor schon Wollenschläger, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, § 26 Rn. 70 mit dem Vorschlag einer analogen Anwendung von § 101b GWB a.F.

<sup>39</sup> Siehe den Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf v. 12.6.2017 – VII Verg 34/16, NZBau 2017, 761; dazu Bühs, EuZW 2017, 804.

<sup>40</sup> Beispiel: Art. 13 BayRDG; dazu VK Südbayern, B. v. 14.2.2017 – Z 3-3-3194-1-54-12/16, BeckRS 2017, 124185 Rn. 189 ff.; s.a. Davis/Ebersberger, BayVBl. 2017, 583.

Direktvergabe an gemeinnützige Organisationen gestatten,<sup>41</sup> bestehen bei zusätzlicher Beachtung der *Spezzino*-Kriterien auch keine primärrechtlichen Ausschreibungs- und Informationspflichten.<sup>42</sup>

In dieser Lage sind Konkurrenten der gemeinnützigen Organisationen im Vorfeld des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auf die Geltendmachung vorbeugenden Rechtsschutz verwiesen, der ebenso wie im Unterschwellenbereich nur unter strengen Voraussetzungen gewährt wird. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis haben die Verwaltungsgerichte bislang jedoch kaum einmal als erfüllt angesehen. Hierfür ist maßgeblich, dass der im GWB-Vergaberecht geltende Grundsatz der Unaufhebbarkeit einer Zuschlagserteilung (§ 168 Abs. 2 GWB) für den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge außerhalb der §§ 97 ff. GWB keine Geltung beansprucht. Im Fall einer mehrjährigen Beauftragung wird deshalb ein nachträglicher (Feststellungs-)Rechtsschutz auf der Grundlage von § 58 Abs. 1 VwVfG für zumutbar gehalten.<sup>43</sup> Dass die Beschränkung präventiven Rechtsschutzes durch die Möglichkeit einer nachträglichen Unwirksamkeitsfeststellung des öffentlich-rechtlichen Vertrages angemessen kompensiert wird, ist hingegen sehr fraglich. Denn ungeachtet der fehlenden Anwendbarkeit von § 168 Abs. 2 GWB wird die nachträgliche Beseitigung eines Vertrags in Anbetracht der wirtschaftlichen Folgen immer die Ausnahme bleiben.<sup>44</sup> Die Botschaft des Vergaberechts, dass Verfahrensfehler im laufenden Verfahren am effizientesten zu korrigieren sind,<sup>45</sup> haben die Verwaltungsgerichte bislang nicht vernommen.

## V. Fazit

Während in der Frühzeit des vergaberechtlichen Rechtsschutzes das Vergaberecht bereitwillig Anleihen nahm bei den hochgezüchteten Strukturen des beamtenrechtlichen Konkurrentenrechtsschutzes,<sup>46</sup> steht nunmehr in Frage, ob das Verwaltungsrecht und seine Rechtsschutzstrukturen in der Lage sind, das ausbalancierte System des vergaberechtlichen Bieterschutzes aufzunehmen. In materiellrechtlicher Hinsicht liefern §§ 4 ff. VwVfG, die eine Rezeption bürgerlichrechtlicher Vorschriften gestatten, ein geeignetes Gerüst, um die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Vergabe auch bei einem

---

<sup>41</sup> So etwa § 2 Abs. 1 RDG BW.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-113/13, NZBau 2015, 377 Rn. 53 ff. – *Spezzino*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 28.1.2016 – C-50/14, NZBau 2016, 177 Rn. 58 ff. – *CASTA*.

<sup>43</sup> VG Düsseldorf, B. v. 15.9.2016 – 7 L 2411/16, NZBau 2017, 59, 63 f.; VG Schleswig, Urt. v. 14.11.2017 – 3 A 14/17, BeckRS 2017, 137998 Rn. 72 ff. im Fall einer Bereichsausnahme nach § 108 Abs. 4 GWB. – Bei einer kurz befristeten Interimsvergabe soll hingegen gerade die Kurzfristigkeit einen vorbeugenden Rechtsschutz entbehrlich machen, VG Ansbach, B. v. 8.12.2017 – AN 14 E 17.2475, BeckRS 2017, 137782 Rn. 57.

<sup>44</sup> Bühs, DÖV 2017, 995, 997.

<sup>45</sup> Dazu nachdrücklich Willenbruch, NordÖR 2018, 189, 191.

<sup>46</sup> BKartA, B. v. 29.4.1999 – VK 1-7/99, NJW 2000, 151 unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 1990, 501 zur Begründung einer rechtsschutzsichernden Wartepflicht vor Zuschlagerteilung.

öffentlich-rechtlichen Vertragsschluss zu bewältigen. Das Verwaltungsprozessrecht ist hingegen mit seiner Ausrichtung auf die nachträgliche Fehlerbeseitigung nur bedingt geeignet, bei Unanwendbarkeit von §§ 97 ff. GWB als Surrogat eines vergaberechtlichen Rechtsschutzes zu fungieren. Hier bedarf es weiterer Schritte hin zu einer verfahrensbe-  
gleitenden gerichtlichen Kontrolle, die gleichermaßen den Interessen der erfolgreichen und der erfolglosen Bieter dient.



## Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

### – Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen Beirats des forum vergabe e.V. –

#### Vergaberecht in Österreich – Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten und aktuelle Besonderheiten



**Prof. Dr. Michael Holoubek**

Wirtschaftsuniversität Wien

### 1. Ein kurzer Blick auf das System des österreichischen Bundesvergabegesetzes

Österreich ist, anders als Deutschland, bekanntlich von allem Anfang an den Weg einer einheitlichen Umsetzung des europäischen Vergaberechts auf gesetzlicher Ebene gegangen. Sowohl der in den einschlägigen Vergaberichtlinien unionsvergaberichtlich geregelte Oberschwellenbereich wie auch der zwar von den Grundfreiheiten, nicht aber von den Vergaberichtlinien erfasste Unterschwellenbereich sind in Österreich, was das materielle Vergaberecht anlangt, einheitlich im Bundesvergabegesetz geregelt. Der Rechtsschutz in Vergabesachen erfolgt einheitlich vor den Verwaltungsgerichten, in der Sache ist das Rechtsschutzverfahren von Vergaben durch öffentliche Auftraggeber, die dem Bund zuzurechnen sind, im Bundesvergabegesetz, für „Landesauftraggeber“ (einschließlich dem jeweiligen Land zurechenbare öffentliche Unternehmen etc) in den einzelnen Landes-Vergaberechtschutzgesetzen geregelt<sup>1</sup>. Natürlich kennt das Bundesvergabegesetz für den Unterschwellenbereich gewisse Verfahrenserleichterungen bis hin zum Instrument der Direktvergabe; aber grundsätzlich ist jede Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags durch einen öffentlichen Auftraggeber im klassischen Bereich oder durch einen Sektorenauftraggeber in Österreich gesetzlich geregelt und unterliegt auch dem spezifischen Vergaberechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten.

<sup>1</sup> Im Überblick Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, 2014, Holoubek/Fuchs, Vergaberecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2013, 735 ff.

Diese Grundstruktur wird auch das Bundesvergabegesetz 2018, dass das (nun nicht mehr ganz so) neue Vergaberichtlinienpaket der EU umsetzen wird, beibehalten. Dass sich der österreichische Umsetzungsgesetzgeber bei der Implementierung der Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2014 offenbar an das chinesische Sprichwort – wenn du es eilig hast, gehe langsam – gehalten hat, ist einerseits einem für den Umsetzungsprozess unglücklichen Zusammentreffen einer entscheidenden Phase des Gesetzgebungsprozesses mit Neuwahlen und demzufolge der Notwendigkeit, den Prozess in der neuen Legislaturperiode auch nochmals neu in die Wege zu leiten, geschuldet; zum anderen liegt der langwierige Umsetzungsprozess auch in den, in einer eigenen verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmung (Art 14b BVG) geregelten besonderen Anforderungen an das Gesetzgebungsverfahren in Vergabesachen begründet. Wie auch immer: für den Sommer des Jahres 2018 ist die Publikation des neuen Bundesvergabegesetzes 2018 im Bundesgesetzblatt nunmehr endgültig in Aussicht gestellt.

Dieses Bundesvergabegesetz 2018 wird, wie gesagt, an den Grundstrukturen der bisherigen bundesvergabegesetzlichen Regelung festhalten: Das bedingt, weil weiterhin Ober- und Unterschwellenbereich gleichermaßen im BVergG 2018 geregelt sein werden, dass bestimmte, nunmehr aus unionsvergaberechtlichen Gründen in das innerstaatliche Vergaberecht aufzunehmende Regelungsbereiche grundsätzlich auch für den Unterschwellenbereich anwendbar sein bzw zur Verfügung stehen werden. So führt die in bestimmten Fällen im Oberschwellenbereich verpflichtend vorzusehende elektronische Vergabe dazu, dass im Unterschwellenbereich dieses Angebot für die öffentlichen Auftraggeber als Wahlmöglichkeit zur Verfügung stehen wird. Weiters hat diese Systementscheidung zur Konsequenz, dass Bekanntmachungs-, Informations- und Statistikverpflichtungen zumindest in manchen Konstellationen auch auf den Unterschwellenbereich ausgedehnt werden, auch wenn dazu unmittelbar keine unionsvergaberechtliche Verpflichtung besteht. Dass im Übrigen ein geteilter Vergaberechtschutz – Rechtschutz vor den Verwaltungsgerichten im Oberschwellenbereich und Rechtschutz vor den Zivilgerichten im Unterschwellenbereich – in Österreich aus verfassungsrechtlichen Gründen des Gleichheitsgrundsatzes unzulässig ist, beruht auf einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes.

In gewisser Hinsicht hat freilich der erweiterte Regelungsbereich des sekundären Unionsvergaberechts insbesondere im Hinblick auf Konzessionsvergaben und Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich dazu geführt, dass der österreichische Umsetzungsgesetzgeber sein Konzept einer einheitlichen Umsetzung des materiellen Vergaberechts in einem Bundesvergabegesetz etwas aufgeweicht hat. Ein eigenes Bundesvergabegesetz – Konzessionen 2018 wird die einschlägige Konzessionsvergaberichtlinie ebenso in einem eigenen Bundesvergabegesetz umsetzen wie schon bisher der Verteidigungs- und Sicherheitsbereich in einem eigenen Bundesvergabegesetz – Verteidigung und Sicherheit aus dem Jahr 2012 geregelt ist.

Ansonsten bleibt es aber beim integrativen Ansatz: sowohl Auftragsvergaben im klassischen wie im Sektorenbereich werden auch künftig in einem einheitlichen Bundesvergabegesetz 2018 geregelt sein. Als Besonderheit ist hier anzumerken, dass auch das BVergG 2018 insoweit dem Konzept des „Gesetzes im Gesetz“ folgen wird, als in je eigenen Teilen des Bundesvergabegesetzes das Vergabeverfahren für klassische öffentliche Auftraggeber und das Vergabeverfahren für Sektorenauftraggeber jeweils durchgängig geregelt sind. Dieses Konzept hat eine frühere legistische Technik abgelöst, bei der das Vergabeverfahren für Auftraggeber im klassischen Bereich gleichsam als „Regelverfahren“ fungierte und der Gesetzgeber sich beim Sektorenbereich auf abweichende Regelungen beschränkte und ansonsten auf die ebenfalls zur Anwendung gelangenden Bestimmungen des klassischen Bereichs verwiesen hat. Dieses Regelungskonzept hat sich als äußerst unübersichtlich und daher nicht zweckmäßig erwiesen und wurde schon mit dem Bundesvergabegesetz 2006 aufgegeben.

In das Bundesvergabegesetz integriert ist auch die notwendige Umsetzung der PSO-VO (1370/2007). Die in dieser Verordnung vorgesehenen Ausnahmen und Erleichterungen bei der Vergabe einschlägiger Verkehrsdienstleistungen werden aber vom BVergG 2018 übernommen (siehe insbesondere § 151 Abs 2 und 4 BVergG 2018).

Die Diskussion im Zuge des Umsetzungsprozesses haben mehr als derartige Fragen der grundsätzlichen Struktur eher spezielle Fragen bestimmt, die Besonderheiten betrafen, die der österreichische Gesetzgeber im Rahmen seines Umsetzungsspielraums vorsehen will. So hat er weiter die Zielsetzung der Stärkung des Bestbieterprinzips verfolgt, wobei insbesondere die zwingende Anwendung des Bestbieterprinzips bei Bauaufträgen ab für diese Auftragsart relativ geringen Schwellenwerten<sup>2</sup> für Diskussion gesorgt hat. In der Tat ist nicht leicht ersichtlich, wie qualitative Kriterien bei konstruktiver Leistungsbeschreibung eines Bauauftrags effizient in das Vergabeverfahren integriert werden können.

Umstritten ist auch die in § 89 des BVergG 2018 künftig vorgesehene Regelung, dass die Unterlagen für die zweite Stufe in einem zweistufigen Verfahren bereits mit der Einleitung (Bekanntmachung) der ersten Stufe uneingeschränkt zur Verfügung stehen müssen.

## **2. Das Bundesvergabegesetz im System des (öffentlichen) Wettbewerbsrechts**

Die Grundsätze des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Bieter sind die bestimmenden allgemeinen Grundsätze für den Verlauf des Vergabeverfahrens und für die Vorgehensweise der daran Beteiligten. Das Gebot des fairen Wettbewerbs muss dabei im Verhältnis des Auftraggebers zu den Bietern, aber

---

<sup>2</sup> Über 1 Mio € für Bauaufträge im klassischen Bereich bzw über 10 Mio € im Sektorenbereich.

auch in den Beziehungen der Bieter untereinander verwirklicht sein. Das BVergG 2018 sieht demzufolge spezifische Mechanismen vor, die wettbewerbswidriges Verhalten der Bieter für den konkreten Vergabewettbewerb unterbinden sollen. Zudem stellt es dem Auftraggeber Instrumente zur Verfügung, anhand derer dem Vergabewettbewerb abträgliche Verhaltensweisen der Bieter für das betreffende Vergabeverfahren sanktioniert werden können bzw müssen (so zählen insbesondere wettbewerbswidrige Unternehmerabsprachen zu den Gründen, die zum Ausschluss der betreffenden Unternehmer aus dem Vergabeverfahren führen).

Obgleich damit das Bundesvergabegesetz im Rahmen des Wettbewerbsprinzips gewisse Aspekte des Verhältnisses der Bieter untereinander aufgreift, ist doch das Verhältnis der Unternehmer untereinander nach der in Österreich herrschenden Auffassung eine Frage des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Daher wird auch die Teilnahme subventionierter Unternehmen am Vergabewettbewerb primär als eine Frage des Beihilfenrechts gesehen<sup>3</sup>. Das BVergG 2018 trägt freilich diesem Spannungsfeld insofern Rechnung, als folgendes vorgesehen ist: Stellt der öffentliche Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber nicht innerhalb einer vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe im Sinne des Art 107 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar war. Sofern der öffentliche Auftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies im Übrigen der Europäischen Kommission bekannt zu geben.

Um der Rechtsvergleichung willen sei schließlich noch angemerkt, dass das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (weiterhin) dem traditionellen österreichischen Ansatz folgt, als in diesem Sinn vergabegesetzlich geregelte Bau- und Dienstleistungskonzessionen nur einschlägige, die Kriterien einer Konzession im vergaberechtlichen Sinn erfüllende Vereinbarungen eines öffentlichen Auftraggebers erfassen, die in „entgeltlichen Verträgen“ geregelt sind. Bewilligungen, die in der Rechtsform eines hoheitlichen Verwaltungsakts (in Österreich insbesondere: eines Bescheids) erfolgen, werden daher, auch wenn sie Merkmale des Konzessionsbegriffs an sich erfüllen, vom Bundesvergabegesetz Konzessionen nicht erfasst.

Wegen der jedenfalls einmal in der Praxis und auch der herrschenden Auffassung in der Lehre sehr eingeschränkten Anwendungsmöglichkeiten des öffentlichen rechtlichen Vertrages in Österreich spielen bislang derartige Rechtsformen im Zusammenhang mit öffentlichen Auftragsvergaben keine Rolle. Die vom Bundesvergabegesetz (wie vom

---

<sup>3</sup> Siehe insbesondere EuGH, Rs C-94/99, ARGE Gewässerschutz, Slg 2000, I-11037, Rz 27.

Bundesvergabegesetz Konzessionen) bei der Abgrenzung des sachlichen Geltungsbereichs apostrophierten „entgeltlichen Verträge“ werden daher nach herrschender Auffassung als privatrechtliche Verträge gesehen.



## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –**

**Vergaberecht und Kartellrecht**



**Prof. Dr. Michael Kling**

Phillipps-Universität, Marburg

**Vergaberecht und Kartellrecht (im Zeitraum 2015 - 2018)**

**– Stellungnahme –**

### **A. Einleitung**

#### **I. Die öffentlichen Auftraggeber als Adressaten des Kartellrechts**

Die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand unterfällt dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts, sodass die allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen auch für staatliche Auftraggeber gelten. Die Kartellverbote in § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV betreffen v.a. Nachfragekartelle, d.h. die gemeinsame Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber (z.B. durch Kommunen oder durch gesetzliche Krankenkassen).

Neben den Kartellverboten sind weiter auch die Missbrauchsverbote der §§ 19 ff. GWB, Art. 102 AEUV auf die Nachfragetätigkeit öffentlicher Auftraggeber anwendbar. Vor Einführung des Kartellvergaberechts zum 1. Januar 1999 kam dem Kartellrecht insoweit die Aufgabe zu, die Marktmacht öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen zu kontrollieren. Dies war v.a. im Bereich des Tiefbaus sowie bei der Nachfrage nach Rüstungsgütern praktisch, weil hier im Wesentlichen nur staatliche Nachfrage bestand, sodass die öffentlichen Auftraggeber in diesen Bereichen gemäß

dem funktionalen Unternehmensbegriff als marktbeherrschende Unternehmen zu qualifizieren waren. Die §§ 97 Abs. 1, 2 GWB haben seither mit dem Wettbewerbsgrundsatz<sup>1</sup> und dem Gleichbehandlungsgrundsatz elementare Forderungen des Kartellrechts in das GWB-Vergaberecht inkorporiert, und zwar unabhängig von der Marktstellung des Auftraggebers. Da die Wahrung dieser Vergabegrundsätze im Nachprüfungsverfahren überprüft werden kann, liegt die Vermutung nahe, dass die Missbrauchsverbote des allgemeinen Kartellrechts dadurch hinsichtlich Vergabeverfahren weitgehend obsolet geworden sein könnten. Die nachfolgende Analyse verdeutlicht indessen, dass das kartellrechtliche Missbrauchsrecht nach wie vor eine gewisse Bedeutung bei öffentlichen Auftragsvergaben hat, vor allem aber in „vergaberechtsnahen“ Bereichen praktisch relevant ist.

## II. Die Bieter und Bewerber als Adressaten des Kartellrechts

Die Kartellverbote betreffen weiter die Marktgegenseite, also die Bieter und Bewerber, die sich an Vergabeverfahren beteiligen; sie sind unproblematisch als Unternehmen i.S. des Kartellrechts zu qualifizieren. Kartellrechtswidrige Praktiken der Bieter und Bewerber – d.h. wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen – sind praktisch relevant. Das betrifft neben verbotenen Preisabsprachen (vgl. auch § 298 StGB) beispielsweise die Bildung von Bietergemeinschaften. Diese fallen – vereinfacht gesagt – unter das Kartellverbot des § 1 GWB, wenn die beteiligten Unternehmen die nachgefragte Leistung aus eigener Kraft jeweils selbst ohne Kooperation mit anderen Bietern erbringen könnten. Damit ist die zentrale Frage nach der Zulässigkeit der Konzentration von Wirtschaftskraft und -macht angesprochen, die ausschließlich das Kartellrecht, nicht aber das Vergaberecht als Regelungsgegenstand hat.<sup>2</sup> Dementsprechend wird in der Rechtsprechung die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften soweit ersichtlich vornehmlich unter Bezugnahme auf das Kartellverbot (§ 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) geprüft. Zahlreiche Beispiele aus jüngerer Zeit belegen die Relevanz des Kartellverbots im Bereich des Vergaberechts. Seine Verletzung zieht Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung (§ 33 GWB) sowie Schadensersatz (§ 33a GWB) der Auftraggeber nach sich.

---

<sup>1</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 31 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte: „(...) Der im AEUV, im GWB und in den Vergabeordnungen verwendete Begriff des Wettbewerbs ist in keinem unterschiedlichen Sinn zu verstehen. (...)“ Wortgleich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 31.

<sup>2</sup> BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 60 (betreffend ein Vergabeverfahren über Arzneimittel-Rabattrahmenvereinbarungen).

## **B. Die Anwendung von Kartellrechtsnormen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und in der Spruchpraxis der Vergabekammern**

### **I. Die Kartellverbote (§ 1 GWB und Art. 102 AEUV)**

#### **1. Bietergemeinschaften und Kartellverbot**

##### **a) Grundlagen**

Bietergemeinschaften sind in jüngerer Zeit sehr häufig Gegenstand gerichtlicher Beurteilung gewesen. Eine gute Nachricht sei hier vorangestellt. Das OLG Düsseldorf hat nämlich entschieden: „Die Bildung von Bietergemeinschaften ist grundsätzlich zulässig und unterliegt nicht dem Generalverdacht der Kartellrechtswidrigkeit.“<sup>3</sup> Umgekehrt gilt: eine Bietergemeinschaft bzw. deren Angebot ist wegen unzulässiger, wettbewerbsbeschränkender Abrede von einem Vergabeverfahren auszuschließen, falls die Bildung der Bietergemeinschaft einen Verstoß gegen das deutsche bzw. europäische Kartellverbot (§ 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) darstellt,<sup>4</sup> d.h. wenn sie eine spürbare Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt.<sup>5</sup>

Grundsätzlich kann die Bildung einer Bietergemeinschaft eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede darstellen, wenn sich die Mitglieder der Bietergemeinschaft auf demselben Markt unternehmerisch betätigen, dort (ansonsten) in einem Wettbewerb stehen und in der Lage wären, sich – jeweils eigenständig – an Ausschreibungen der vorliegenden Art zu beteiligen.<sup>6</sup> Wettbewerbswidrige Abreden liegen insbesondere dann vor, wenn ein Angebot in Kenntnis der Bedingungen eines Konkurrenzangebots, zumindest aber der wesentlichen Angebotsgrundlagen, erstellt wird und damit ein Geheimwettbewerb zwischen den fraglichen Bietern nicht mehr gewährleistet ist.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224; ebenso VK Südbayern, Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, WuW 2016265 Rn. 146 – ÖPNV-Linienbündel. Etwas eigenartig ist die wohl gleichbedeutende Formulierung der Rechtsprechung, es stehe „mithin nicht im Belieben des öffentlichen Auftraggebers, ob die Eingehung einer Bietergemeinschaft als ein Kartellrechtsverstoß anzusehen ist oder nicht“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.6.2015 – VII-Verg 17/15, juris Rn. 12; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 11).

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2014 – VII-Verg 2/14, VergabeR 2014, 560 Rn. 19 – Matrixpflaster; ebenso BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 51.

<sup>5</sup> BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 120.

<sup>6</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 Verg 4/13, VergabeR 2014, 717 Rn. 48; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 14.

<sup>7</sup> BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 59 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, 321 Rn. 46 = VergabeR 2014, 188; s. auch OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12 m.w.N.: „Die Verabredung einer Bietergemeinschaft in Bezug auf eine Auftragsvergabe schließt regelmäßig die gegenseitige Verpflichtung ein, von eigenen Angeboten abzusehen und mit anderen Unternehmern nicht zusammenzuarbeiten, was grundsätzlich den Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB erfüllt.“; dem folgend VK Thüringen, Beschl. v. 9.11.2017 – 250-4003-8222/2017-E-S-015-GTH, juris Rn. 153 – Busverkehrsdienstleistungen.

Im Umkehrschluss liegt eine Wettbewerbsbeschränkung typischerweise nicht vor, wenn den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen (einzeln) eine Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund betrieblicher oder geschäftlicher Verhältnisse nicht möglich ist und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft die Möglichkeit eröffnet, sich gemeinsam an der Ausschreibung beteiligen zu können. In einem solchen Fall wird durch die Zusammenarbeit in der Bietergemeinschaft der Wettbewerb nicht nur nicht beschränkt, sondern aufgrund des gemeinsamen Angebots und der damit verbundenen Synergieeffekte erst ermöglicht und gestärkt.<sup>8</sup>

Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf begegnet der Zusammenschluss zweier Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft auch dann keinen Bedenken, wenn zwar eines der Unternehmen zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags allein in der Lage ist, das andere aber nicht. Dadurch würde der Wettbewerb der Bieter untereinander nicht beeinträchtigt, weil auch ohne die Bietergemeinschaft nur ein Unternehmen dazu in der Lage sei, ein Angebot abzugeben.<sup>9</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass die Bildung der Bietergemeinschaft wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig erscheint.<sup>10</sup>

## **b) Weitere Rechtsprechungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Bietergemeinschaften**

### **aa) Grundlagen**

Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen verschiedener Branchen sind kartellrechtlich meist unbedenklich, weil unter ihnen in der Regel kein Wettbewerb besteht. Sog. *horizontale Bietergemeinschaften*, die sich auf demselben Markt gewerblich betätigen und zueinander jedenfalls in einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis stehen, können hingegen wettbewerbsrechtlich problematisch sein.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> OLG Schleswig, Beschl. v. 15.4.2014 – 1 Verg 4/13, VergabeR 2014, 717 Rn. 48; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12 und 18, jeweils m.w.N.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17, NZKart 2018, 153 (154) m.w.N. = NZBau 2018, 237 – Bietergemeinschaft für Baggerarbeiten mit Anm. Friton/Ziegler, jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5.

<sup>10</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2018 – VII-Verg 39/17, NZKart 2018, 153 (154) m.w.N. = NZBau 2018, 237 – Bietergemeinschaft für Baggerarbeiten mit Anm. Friton/Ziegler, jurisPR-VergR 4/2018 Anm. 5.

<sup>11</sup> OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2011 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, 255 Rn. 7 und 35 = VergabeR 2012, 632; Wanderwitz, WRP 2016, 684 (687 f.).

### **bb) Die drei Fallgruppen fehlender Wettbewerbsschädlichkeit**

Bietergemeinschaften zwischen Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind, werden nach der neueren Rechtsprechung des OLG Celle und des OLG Düsseldorf<sup>12</sup> in den folgenden Fällen als nicht wettbewerbsschädlich angesehen:

- wenn die beteiligten Unternehmen jedes für sich zu einer Teilnahme an der Ausschreibung mit einem eigenständigen Angebot aufgrund ihrer betrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse nicht leistungsfähig sind<sup>13</sup> und erst der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft sie in die Lage versetzt, sich daran mit Erfolgsaussicht zu beteiligen (Fallgruppe 1),
- wenn sie für sich genommen zwar leistungsfähig sind, Kapazitäten aufgrund anderweitiger Bindung aktuell jedoch nicht einsetzbar sind (Fallgruppe 2), oder
- wenn die beteiligten Unternehmen für sich genommen leistungsfähig sind, aber im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung erst der Zusammenschluss ein Erfolg versprechendes Angebot ermöglicht (Fallgruppe 3).<sup>14</sup>

### **cc) Das Problem gebundener Kapazitäten**

Der Zusammenschluss zweier mittelständischer Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft ist im Rahmen einer wirtschaftlich zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Entscheidung vertretbar, wenn beide Unternehmen vorhandene Kapazitäten in erheblichem Umfang durch die Beteiligung an öffentlichen Wettbewerben verplant und neben einem damit einhergehenden Vorhalterisiko weitere Risiken, wie Baurisiken, eingegangen sind.<sup>15</sup> Das Eingehen eigener Risiken ist generell ein konstituierendes Merkmal unternehmerischer Tätigkeit i.S. des kartellrechtlichen Selbständigkeitspostulats.

Eine „unternehmerische Pflicht“ zu einer Kapazitätsausweitung, die den Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft überflüssig machen würde, besteht nach der Rechtsprechung nicht. Die Entscheidung, eine Bietergemeinschaft zu bilden, um auf

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 11 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 13 ff.

<sup>13</sup> S. auch BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 121: „Kann ein Bieter die vorgegebenen Eignungsanforderungen nur dann erfüllen, wenn er mit einem anderen Unternehmen eine Bietergemeinschaft eingeht, liegt eine kartellrechtsneutrale Vereinbarung vor, welche die Teilnahme am Wettbewerb überhaupt erst ermöglicht.“

<sup>14</sup> Instruktiv die Darlegungen des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 16 ff. zur wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und kaufmännischen Vernünftigkeit in Bezug auf den erforderlichen hohen Grad der Sortimentsabdeckung bei der europaweiten Ausschreibung eines Rabattvertrags i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V durch gesetzliche Krankenkassen.

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 19.

den Einsatz von Nachunternehmern verzichten zu können, kann deshalb eine sachlich begründete kaufmännische Entscheidung darstellen.<sup>16</sup>

#### **dd) Einschätzungsprärogative der Unternehmen**

Die Entscheidung eines Unternehmens, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einer Ausschreibung zu beteiligen, unterliegt einer Einschätzungsprärogative der beteiligten Unternehmen, die gerichtlich nur eingeschränkt auf die Einhaltung ihrer Grenzen kontrollierbar ist.<sup>17</sup>

#### **ee) Keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Auftraggeber**

Es gibt nach der Rechtsprechung zudem keine Pflicht der Bietergemeinschaft (bzw. von deren Mitgliedern), ungefragt mit Angebotsabgabe über die Gründe des gemeinschaftlichen Anbietens aufzuklären.<sup>18</sup> Liegen allerdings zureichende Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich um eine unzulässige Bietergemeinschaft handelt, so hat die Vergabestelle die Bietergemeinschaft aufzufordern, die Gründe für die Bildung der Bietergemeinschaft darzulegen.<sup>19</sup>

#### **c) Bietergemeinschaften und Konzernprivileg (4. Fallgruppe)**

Die Bildung von Bietergemeinschaften ist – unabhängig von den o.g. drei Fallgruppen – zulässig, wenn und soweit das sog. *Konzernprivileg* des Kartellrechts gilt, also bei fehlender Autonomie der Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft.<sup>20</sup> Wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft ein und derselben wirtschaftlichen Einheit ange-

<sup>16</sup> VK Lüneburg, Beschl. v. 8.4.2016 – VgK-04/2016, juris Rn. 114 (nachgehend OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783): „Ein Grundsatz, dass ein Bieterunternehmen im eigenen Unternehmen fehlendes Know-how oder fehlende Kapazitäten vorrangig durch Verpflichtung von Nachunternehmern decken muss, um sich an einem Vergabeverfahren beteiligen zu können, besteht nicht.“

<sup>17</sup> OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016, 783 Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.6.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 16 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 16; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 39 = VergabeR 2016, 250; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.6.2016 – VII-Verg 3/16, PharmR 2016, 423 Rn. 15; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.6.2016 – 1 Verg 2/16, VergabeR 2016, 557 Rn. 103 und VergabeR 2016, 796; VK Südbayern, Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, juris Rn. 133 m.w.N.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.12.2014 – VII-Verg 22/14, NZBau 2015, 176 Rn. 21 = VergabeR 2015, 224; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015, VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 13; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.6.2016 – 1 Verg 2/16, VergabeR 2016, 657 Rn. 104 und VergabeR 2016, 785; BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 18.5.2015 – VK 2 - 43/15, ZfBR 2016, 390 Rn. 120; Beschl. v. 1.2.2016 – Z3-3-3194-1-58-11/15, juris Rn. 134 f.

<sup>20</sup> BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 53 ff. m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte, Leitsatz: „Eine Bietergemeinschaft aus konzernangehörigen Tochter- und Enkelgesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsanteile (teilweise auch nur mittelbar) zu jeweils 100% einer Muttergesellschaft gehören, verstößt weder gegen Wettbewerbsrecht noch gegen Kartellrecht. Das Angebot einer solchen Bietergemeinschaft ist deshalb nicht wegen einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache von der Wertung auszuschließen.“

hören bzw. ein einheitliches Unternehmen im Sinne des § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV (also einen Konzern) bilden, greifen die Kartellverbote mangels Autonomie der Tochtergesellschaft tatbestandlich nicht ein.<sup>21</sup> Die Tochtergesellschaft bestimmt ihr Marktverhalten regelmäßig nicht autonom, wenn die Muttergesellschaft 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält und somit bestimmenden Einfluss auf das Marktverhalten der Tochtergesellschaft ausüben kann.

Allgemeiner gesagt ist bei Vorliegen eines faktischen Unterordnungskonzerns der konzerninterne Wettbewerb nicht Schutzgegenstand des Kartellrechts, sofern das herrschende Unternehmen aufgrund mehrheitlicher oder ausschließlicher Kapitalbeteiligung und/oder personeller Verflechtungen in der Geschäftsführung oder im Aufsichtsrat über die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit verfügt, das Wettbewerbsverhalten der konzernangehörigen Unternehmen zu steuern.<sup>22</sup>

Entsprechendes gilt auch für den vertraglichen Unterordnungskonzern, d.h. bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG.<sup>23</sup> Gehen Unternehmen, die einem vertraglichen Unterordnungskonzern angehören, eine Bietergemeinschaft ein, ist § 1 GWB infolge des sog. *Konzernprivilegs* demgemäß grundsätzlich nicht tangiert. Dem beherrschenden Unternehmen ist es jederzeit möglich, ihm angehörende Unternehmen zur Eingehung einer Bietergemeinschaft anzuweisen. Die jederzeitige rechtliche Möglichkeit zu einer solchen Anweisung entzieht die Vereinbarung einer Bietergemeinschaft dem Schutzbereich der Norm, was die Vereinbarung einer Bietergemeinschaft im vertraglichen Unterordnungskonzern von einer Anwendung des § 1 GWB suspendiert.<sup>24</sup>

Nach der Rechtsprechung kann das vergaberechtliche Gebot des Geheimwettbewerbs von konzernangehörigen Unternehmen nur verletzt werden, wenn sie (getrennte) Parallelangebote zu einer Ausschreibung einreichen, diese mithin in den Wettbewerb stellen, aber keine Vorkehrungen dagegen getroffen haben, dass die wechselseitigen Angebotsinhalte nicht bekannt sind oder bekannt werden können.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> BKartA, 1. VK Bund, Beschl. v. 22.1.2015 – VK 1 - 122/14, ZfBR 2016, 511 Rn. 51.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 22, 29 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 29.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 23, 26 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 26.

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 26 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte.

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 31 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.4.2011 – VII-Verg 4/11, NZBau 2011, 371 Rn. 37 = VergabeR 2011, 731: „Beteiligen sich mehrere konzernverbundene Unternehmen mit eigenen Angeboten an einem Vergabeverfahren, besteht grundsätzlich eine – widerlegbare – Vermutung dafür, dass der Geheimwettbewerb zwischen ihnen nicht gewahrt ist.“

#### d) Direktvergaben im ÖPNV-Bereich

Etwas komplizierter ist die Rechtslage bei der Direktvergabe<sup>26</sup> an einen internen Betreiber nach Gründung eines vertikalen Gemeinschaftsunternehmens. Grundsätzlich gilt, dass konzentrierte Gemeinschaftsunternehmen der Beurteilung nach § 1 GWB unterliegen, wenn sie auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaften tätig sind. Das OLG Köln hat dazu aber entschieden, dass in jenen Fällen, in denen ein Aufgabenträger in seinem örtlichen Bereich tätig wird, es nicht ersichtlich sei, dass die Gesellschafter (also die Mutterunternehmen) untereinander im Wettbewerb stünden.<sup>27</sup> Bei Satzungsänderung, die der Anpassung an Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 dienen, der für den öffentlichen Personennahverkehr gerade die Möglichkeit der Direktvergabe unter besonderen Voraussetzungen vorsehe, handele es sich um einen „kartellrechtlich privilegierten Bereich“.<sup>28</sup>

Weiter hat das OLG Düsseldorf<sup>29</sup> für solche Direktvergaben im ÖPNV-Bereich folgende Grundsätze aufgestellt:

- Bei vertikalen Gemeinschaftsunternehmen unterfallen dem Kartellverbot des § 1 GWB nur diejenigen Fälle, bei denen entweder das Wettbewerbsverhalten der Mutterunternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt koordiniert wird (Kollusion) oder Wettbewerber der Mutterunternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt dadurch verdrängt werden, dass sie von den Leistungen des Gemeinschaftsunternehmens abgeschnitten werden (Marktabstottung).<sup>30</sup>
- Keine nach § 1 GWB verbotene Wettbewerbsbeschränkung liegt demgegenüber vor, wenn die Mutterunternehmen bislang Dritte beauftragt haben und nunmehr ein Gemeinschaftsunternehmen gründen und beauftragen, so dass für dritte Anbieter die bisherige Nachfrage entfällt (Koordination des Nachfrageverhaltens).

Letzteres ist unabhängig von den o.g. – sehr speziell gelagerten – Fällen überzeugend, denn weder das Vergaberecht noch das Kartellrecht verbieten den Übergang des Auftraggebers von der Vergabe zur „Selbstaussführung“ nach Inhouse-Grundsätzen.

---

<sup>26</sup> Hier: von Dienstleistungskonzessionen gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007. Instruktiv zu diesem Problemkreis *Schimaneck*, juris-PR-VergR 2/2017 Anm. 2.

<sup>27</sup> LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 50.

<sup>28</sup> LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 53.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2016 – VI-U (Kart) 2/16, NZKart 2016, 528 Rn. 83 ff. = WuW 2016, 598 mit Anm. *Schimaneck*, juris-PR-VergR 2/2017 Anm. 2.

<sup>30</sup> Bei horizontalen Gemeinschaftsunternehmen kommt es darauf an, ob die betreffenden Satzungsänderungen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens führt, s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.2016 – VI-U (Kart) 2/16, NZKart 2016, 528 Rn. 91 = WuW 2016, 598.

## 2. Weitere Fälle der Relevanz der Kartellverbote im Vergabekontext

Ein besonders drastisches Beispiel für die Bedeutung des Kartellrechts im Kontext von öffentlichen Gesundheitsvergaben findet sich in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zum Problem der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung (SAPV), die unter die sog. *nachrangigen Dienstleistungen* fiel.<sup>31</sup> In diesem Fall hatten die Leistungserbringer (in Rheinland-Pfalz) und die gesetzlichen Krankenkassen in einer gemeinsamen Presseerklärung vom 8. April 2015 Folgendes verlautbart:

„Um die Versorgung Sterbender sollte kein Preiswettbewerb stattfinden, deshalb haben sich alle rheinland-pfälzischen Leistungserbringer und Krankenkassen auf ein einheitliches Vertrags- und Vergütungskonzept verständigt.“<sup>32</sup>

Dies begründete nach der zutreffenden Ansicht des BKartA (2. VK Bund) sowie des OLG Düsseldorf den Verdacht „hinsichtlich eines Verstoßes gegen Art. 101 AEU-Vertrag und/oder § 1 GWB (...)“.<sup>33</sup> Lapidar und ohne weitere Begründung heißt es in der OLG-Entscheidung dazu:

„Ein Preiswettbewerb, den die Antragsgegner aus nachvollziehbaren und ihrer Bestimmungsfreiheit bei den Modalitäten des Vergabeverfahrens unterliegenden Gründen vermeiden möchten, lässt sich auch auf andere Weise abwenden.“<sup>34</sup>

Ungeachtet dieser sehr knappen und für die Lösung des Problems sicher nicht hinreichenden Bemerkungen des OLG verdeutlicht dieser Fall die Brisanz des Kartellrechts im Zusammenhang mit Gesundheitsvorgaben: Die möglicherweise gute Intention der handelnden Akteure verstellt bisweilen den Blick auf die Einschlägigkeit des § 1 GWB bzw. des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Denn die Palliativversorgung ist weder eine Bereichsausnahme des Kartellrechts noch eine anerkannte Fallgruppe der Immanenztheorie als einer teleologischen Reduktion der Kartellverbote.

## II. Die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote (§§ 19, 20 GWB)

### 1. Anwendung der kartellrechtlichen Missbrauchsverbote auf das Handeln öffentlicher Auftraggeber in der jüngeren Vergabepaxis

Nach der Spruchpraxis der 3. Vergabekammer des Bundes verstößt es nicht gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S. der §§ 19, 20 GWB, wenn – die marktbeherrschende Stellung unterstellt – mehrere gesetzliche

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 = NZS 2016, 741.

<sup>32</sup> Zitat nach OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 26 = NZS 2016, 741.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 27 = NZS 2016, 741

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2016 – VII-Verg 56/15, VergabeR 2016, 611 Rn. 27 = NZS 2016, 741.

Krankenkassen Rahmenverträge betreffend Grippeimpfstoffe gemeinsam europaweit ausschreiben. Das Vergabeverfahren diene nämlich gerade dazu, dem Nachfragepotential, das öffentlichen Auftraggebern im Regelfall zukommt, zu begegnen. Auch bei einem marktbeherrschenden Nachfrager könne die Durchführung eines rechtmäßigen, europaweiten Vergabeverfahrens als solchem nicht die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung begründen.<sup>35</sup> Im Übrigen sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbssoffen zu gestalten, um dem Wettbewerbsprinzip zu entsprechen. Er sei jedoch nicht gehalten, den Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.<sup>36</sup>

Nach der Rechtsprechung des LG Köln ist außerdem die Schaffung von Möglichkeiten der ordnungskonformen Direktvergabe im ÖPNV-Bereich gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 nicht als Verstoß gegen § 19 GWB (i.S. eines Behinderungsmisbrauchs Dritter oder einer unbilligen oder sachlich nicht gerechtfertigten Behinderung) zu bewerten. Denn die Anpassung der Satzung an die europarechtlichen Vorgaben zur Direktvergabe ist noch keine unmittelbare Beeinträchtigung der Mitbewerber, die bereits als Behinderung zu werten wäre.<sup>37</sup>

In der Praxis kommt es vor, dass die Vergabekammern die Frage des Vorliegens von Verstößen gegen die §§ 19, 20 GWB dahinstehen lassen, weil bereits feststeht, dass ein Verstoß gegen das Vergaberecht – z.B. eine unzulässige *de facto*-Vergabe – gegeben ist.<sup>38</sup> Insgesamt gesehen haben die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote in der gegenwärtigen vergaberechtlichen Rechtsprechung und Spruchpraxis eine geringere Bedeutung als die Kartellverbote.

Positiv formuliert gilt: Das Kartellvergaberecht ist offenbar hinreichend in der Lage, die Fälle des Missbrauchs, der Diskriminierung oder der Behinderung von Bietern und Bewerbern „aus eigener Kraft“ zu bekämpfen, ohne dafür auf die kartellrechtlichen Schwesterbestimmungen ausweichen zu müssen.

---

<sup>35</sup> BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 118. Die 3. VK geht davon aus, dass kartellrechtliche Belange generell nicht zum Prüfungsgegenstand des Nachprüfungsverfahrens gehören. Die Bildung von Kooperationen zwecks Abschluss von Rabattverträgen sei dem Vergabeverfahren als solchem vorgelagert und unterliege deshalb auch nicht der Überprüfung. Es handelt sich somit um ergänzende Erwägungen (*obiter dictum*).

<sup>36</sup> BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 96.

<sup>37</sup> LG Köln, Beschl. v. 14.4.2016 – 88 O (Kart) 61/15, WuW 2016, 320 Rn. 64 f.

<sup>38</sup> So z.B. VK Münster, Beschl. v. 15.2.2017 – VK 1 - 51/16, NZBau 2017, 445 Rn. 130 – Qualifizierte Krankentransportleistungen.

## 2. Anwendung der §§ 19, 20 GWB auf „vergaberechtsnahe“ Sachverhalte außerhalb der §§ 97 ff. GWB

Außerdem können die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote eine Rolle in „vergaberechtsnahen“ Sachverhalten spielen, etwa bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand im Wege strukturierter Vergabeverfahren, die nicht unter die §§ 97 ff. GWB fallen, weil es am Merkmal des öffentlichen Auftrags fehlt.<sup>39</sup>

Besonders häufig sind die §§ 19, 20 GWB im Zusammenhang mit der „(Neu-)Vergabe“ von Strom- und Gaskonzessionen praktisch geworden (vgl. § 46 Abs. 1 EnWG).<sup>40</sup> Sachlich relevanter Markt ist das Angebot von Wegenutzungsrechten zur Verlegung und zum Betrieb von Leitungen, die zum Netz der allgemeinen Versorgung mit Energie gehören. In geographischer Hinsicht ist der Markt auf das Gebiet der die Konzession vergebenden Gemeinde beschränkt. Die Gemeinden handeln beim Abschluss von Konzessionsverträgen als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts und haben dabei eine marktbeherrschende Stellung inne.<sup>41</sup> Als solche sind sie dazu verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb auszuwählen. Die Auswahl muss in einem transparenten Verfahren erfolgen und ist vorrangig an Kriterien auszurichten, die das Ziel des § 1 Abs. 1 EnWG<sup>42</sup> konkretisieren.<sup>43</sup>

Eine Besonderheit besteht darin, dass Gemeinden auch dann, wenn sie die Nutzung ihrer öffentlichen Verkehrswege zum Netzbetrieb einem Eigenbetrieb übertragen wollen, das Diskriminierungsverbot des § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten haben. Sie können sich in diesem Zusammenhang weder auf ein Konzernprivileg noch auf die Grundsätze des im Vergaberecht anerkannten Inhouse-Geschäfts berufen.<sup>44</sup>

Das im Zusammenhang mit Auswahl- und Vergabeentscheidungen bestehende Diskriminierungsverbot schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein, um durch einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, dass ein fairer, unverfälschter Wettbewerb eröffnet wird und überprüft werden kann, ob das Verbot eingehalten worden ist.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Siehe LG Stuttgart, Urt. v. 24.3.2001 – 17 O 115/11, juris Rn. 50 zum Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen an Krankenhäusern; nachgehend OLG Stuttgart, Urt. v. 19.5.2011 – 2 U 36/11, VergabeR 2011, 902.

<sup>40</sup> S. dazu auch Sauer, IR 2018, 4 ff.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 19 m.w.N. = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

<sup>42</sup> Scil. die Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen örtlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 16 = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 16, 31 = NZBau 2014, 303 – Stromnetz Heiligenhafen.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 65/12, WuW/E DE-R 4139 Rn. 45 = NZBau 2014, 303 – Stromnetz Heiligenhafen.

### III. Der Kartellschadensersatz

(§ 33 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GWB a.F., § 33a GWB n.F.)

#### 1. Grundlagen

Voraussetzung eines Schadensersatzanspruches nach § 33a GWB (ex § 33 Abs. 3 GWB a.F.) und ggf. eines diesem vorausgehenden Auskunftsanspruches ist eine Beteiligung an einer Vereinbarung oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (§ 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV). Dieses Verhalten muss sich dabei auf den relevanten – d.h. sachlichen, örtlichen und ggf. zeitlichen – Markt beziehen.<sup>46</sup> Genügt die Konzessionsvergabe diesen Verpflichtungen nicht, liegt eine unbillige Behinderung derjenigen Bewerber vor, deren Chancen auf die Konzession dadurch beeinträchtigt worden sind.<sup>47</sup>

#### 2. Beispielfall: Das „Kartell der Schienenfreunde“

Als Beispiel für Kartellschadensersatzansprüche öffentlicher Auftraggeber im Fall wettbewerbswidriger Absprachen diene das „Kartell der Schienenfreunde“<sup>48</sup> (kurz: Schienenkartell), das bundesweit aktiv war (wenngleich in regional unterschiedlicher Intensität).

##### a) Sachverhalt

Der Sachverhalt<sup>49</sup> des Schienenkartell-Falls war (etwas vereinfacht) der Folgende:

Der geschädigte Auftraggeber war ein regionales Verkehrsunternehmen (d.h. ein Mobilitätsdienstleister im öffentlichen Nahverkehr). Die maßgeblichen „Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“ enthielten eine Regelung über pauschalierten Schadensersatz i.H.v. 15% der Auftragssumme, es sei denn, dass ein Schaden in anderer Höhe nachgewiesen wird. Die einschlägigen Beschaffungsvorgänge betreffend Schienenoberbaumaterialien (u.a. Weichen, Schienen und Schwellen) waren kartellbefangen (d.h. beeinflusst durch das Kartell), was

---

<sup>46</sup> Beispiel zur sachlichen Marktabgrenzung nach OLG Nürnberg, Urt. v. 19.7.2016 – 3 U 116/16, WuW 2016, 603 Rn. 62 – Gelenkleiterfahrzeuge: Bei Feuerwehrfahrzeugen ist von sachlich getrennten Märkten für Drehleiterfahrzeuge und für Gelenkleiterfahrzeuge auszugehen. Der Alleinanbieter von Gelenkleiterfahrzeugen kann deshalb ohne Rücksicht auf Wettbewerber aus dem Marktsegment Drehleiterfahrzeuge handeln, ohne sich Schadensersatzpflichtig zu machen.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12, BGHZ 199, 289 Rn. 54 = NZKart 2014, 151 – Stromnetz Berkenthin.

<sup>48</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris; LG Hannover v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris; LG München, Urt. v. 27.7.2016 – 37 O 24526/14, juris (Kurz wiedergabe in IR 2016, 258); OLG Jena, Urt. v. 22.2.2017 – 2 U 583/15 Kart, WuW 2017, 204 = NZKart 2017, 540 (anhängig beim BGH unter dem Az. KZR 24/17).

<sup>49</sup> Beispiel im Text nach LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris. Die Sachverhalte der in der vorigen Fußnote genannten Entscheidungen sind vergleichbar.

durch entsprechende Bußgeldbescheide des BKartA gemäß § 33 Abs. 4 GWB mit Bindungswirkung für die Beklagten feststand. Die Kartellabsprachen führten also zu einer Erhöhung der Einkaufspreise für den Auftraggeber.

#### **b) Das Urteil des LG Hannover**

Die Klage des Auftraggebers auf Zahlung von Schadensersatz war dem Grunde nach gerechtfertigt. Es bestand nämlich ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Kartell und den dem Auftraggeber entstandenen Vermögensnachteilen (also dem Preisüberhöhungsschaden). Vorliegend wurde der im Zivilrecht entwickelte Anscheinsbeweis angewendet, und zwar sowohl für die Tatsache, dass das Kartell sich allgemein preissteigernd ausgewirkt hat, als auch für die Tatsache, dass die streitgegenständlichen Aufträge nicht frei von den Einflüssen dieses Kartells waren. Nach der Rechtsprechung

„besteht grundsätzlich eine hohe Wahrscheinlichkeit – auch im Sinne eines typischen Geschehensablaufs – dafür, dass ein langjährig<sup>50</sup> praktiziertes Kartell in Gestalt von Preis-, Quoten- und Kundenschutzabsprachen im Bereich von Schienenoberbaumaterialien zwischen überregional tätigen Unternehmen nach deren Willen möglichst flächendeckend und lückenlos praktiziert wurde, mithin jeden in Betracht kommenden Beschaffungsvorgang erfassen sollte. Das ergibt sich bereits aus dem Sinn und Zweck eines jeden Kartells, welches regelmäßig dazu dient, die Wettbewerbsmechanismen auf einem bestimmten Markt ganz oder teilweise zum Nutzen der Kartellteilnehmer außer Kraft zu setzen.“<sup>51</sup>

#### **c) Geltung des Anscheinsbeweises bei Preis- und Quotenkartellen sowie Kundenschutzabreden**

Nicht nur bei Preiskartellen, sondern auch bei Quotenkartellen und Kundenschutzabreden ist davon auszugehen, dass sich solche Kartelle preissteigernd auswirken.<sup>52</sup> Denn sie haben typischerweise wettbewerbsbeschränkende Effekte (scil. Marktaufteilung unter Ausschaltung des Preiswettbewerbs).<sup>53</sup> Deshalb kommt insoweit nach ständiger

<sup>50</sup> Das „Kartell der Schienenfreunde“ hat mindestens ein Jahrzehnt lang bundesweit bestanden.

<sup>51</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 53.

<sup>52</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), NZKart 2014, 366 Rn. 55 m.w.N.; LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 42; LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 67; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 61 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 99.

<sup>53</sup> Der einzelne Anbieter hat aufgrund des Quotenkartells im Vergleich zu einer Situation ohne entsprechende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen einen geringeren Anreiz zur Senkung seiner Preise, weil er sich durch die Preissenkung ohnehin keine zusätzlichen Marktanteile erschließen kann, und er hat größere Möglichkeiten, seine Preise zu erhöhen, weil er nicht Gefahr läuft, durch die Preiserhöhung Marktanteile an seinen Wettbewerber zu verlieren (OLG Karlsruhe, Urt. v. 31.7.2013 – 6 U 51/12 (Kart), NZKart 2014, 366 Rn. 55; LG Hannover, Urt. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 42; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 100).

Rechtsprechung der Anscheinsbeweis zum Tragen.<sup>54</sup> Eine Erschütterung des Anscheinsbeweises für die Kartellbefangenheit setzt voraus, dass ein inhaltlicher Vortrag zur tatsächlichen Reichweite des Kartells erfolgt.<sup>55</sup>

#### **d) Haftung gegenüber unmittelbaren und mittelbaren Abnehmern (ORWI-Rechtsprechung des BGH)**

Die Haftung besteht gegenüber unmittelbaren wie mittelbaren Abnehmern des Kartells;<sup>56</sup> letzteres ist seit der ORWI-Entscheidung des BGH<sup>57</sup> geklärt. Die Ursächlichkeit einer Kartellabsprache für die Preisbildung auf nachfolgenden Marktstufen ist anhand des Preisniveaus zu ermitteln, dass sich dort ohne die kartellbedingte Überteuering eingestellt hätte.<sup>58</sup> Dafür bedarf es der Feststellung, dass die Preiserhöhung gerade auf das Kartellgeschehen und nicht etwa auf andere preisbildende Faktoren zurückgeht.<sup>59</sup>

#### **e) Erfassung von Preisschirmeffekten (sog. umbrella pricing) nach dem Kone-Urteil des EuGH**

Im vorliegenden Zusammenhang hatte die durch das „Stammkundenkartell“ bewirkte Anhebung des Preisniveaus zur Folge, dass auch sog. *Kartellaußenseiter* imstande waren, höhere Preise als bei intaktem Wettbewerb zu verlangen (Preisschirmeffekte<sup>60</sup>). Beschaffungsvorgänge, denen Angebote von Nichtkartellanten zu Grunde liegen, können zu einer Schadensersatzverpflichtung der Kartellanten aufgrund von Preisschirmeffekten führen.<sup>61</sup> Erforderlich ist insoweit der Nachweis, dass dieses Kartell nach den Umständen des konkreten Falles und insbesondere den Besonderheiten des betreffenden Marktes ein *umbrella pricing* durch eigenständig handelnde Dritte zur Folge haben kann, und wenn diese Umstände und Besonderheiten den Kartellbeteiligten nicht verborgen bleiben können.<sup>62</sup> Der Geschädigte muss – vereinfacht gesagt – eine Beeinflussung der Kartellaußenseiter durch die Preise der Kartellanten darlegen, um die

---

<sup>54</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 51; LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris Rn. 53; LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 69 ff.

<sup>55</sup> LG Berlin, Urt. v. 16.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 55.

<sup>56</sup> LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 178.

<sup>57</sup> BGH v. 28.6.2011 – KZR 75/10, BGHZ 190, 145 = WuW/E DE-R 3431 – ORWI; s. zu diesem Urteil des BGH Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 37, 43, 53, 55 f.

<sup>58</sup> LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 136.

<sup>59</sup> LG Frankfurt, Urt. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 136.

<sup>60</sup> Grundlegend EuGH, Urt. v. 5.6.2014 – Rs. C-557/12, WuW/E EU-R 3030 = NZKart 2013, 263 – Kone; s. dazu auch Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 23 Rn. 57.

<sup>61</sup> LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122.

<sup>62</sup> LG München I, Urt. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 125 f.

haftungsbegründende Kausalität zu begründen.<sup>63</sup> Gemäß § 33a GWB hafteten die Teilnehmer an dem „Kartell der Schienenfreunde“ also – zumindest grundsätzlich – auch für den Differenzschaden zu den hypothetischen Marktpreisen insoweit, als es im Bereich der Beschaffung von Oberbaumaterialien zu einer allgemeinen Erhöhung des Preisniveaus kam, die mit entsprechenden Schäden des Auftraggebers korrespondieren.<sup>64</sup>

#### **f) Pauschalierter Schadensersatz gemäß den Zusätzlichen Vertragsbedingungen?**

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass in dem obigen Beispielsfall die vertragliche Regelung über den pauschalierten Schadensersatz tatbestandlich nicht eingriff; vielmehr stand den Beklagten der Nachweis offen, dass ein geringerer Schaden als 15% der Auftragssumme eingetreten war. Das LG Hannover war der Auffassung, dass der Schaden in weitaus geringerer Höhe entstanden sei als mit der Pauschalierung von 15% vertraglich vereinbart.<sup>65</sup>

### **IV. Die verfahrensmäßige bzw. gerichtliche Überprüfung von Kartellrechtsverstößen**

#### **1. Überprüfbarkeit von Kartellrechtsverstößen innerhalb des Vergabe- sowie des Nachprüfungsverfahrens**

Nach teilweise vertretener Auffassung können behauptete Verstöße gegen das Kartellrecht in Vergabeverfahren und in Nachprüfungsverfahren grundsätzlich im Wege einer Inzidentprüfung innerhalb einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm – z.B. § 97 Abs. 1 GWB – überprüft werden.<sup>66</sup> Dafür ist allerdings erforderlich, dass es sich um Verfahrenshandlungen im Vergabeverfahren handelt. Das betrifft vor allem wettbewerbswidrige (Preis-)Absprachen der Bieter i.S.d. § 1 GWB bzw. des Art. 101 Abs. 1 AEUV zum Nachteil des Auftraggebers. Im Kern geht es hier um die Ausschaltung des Geheimwettbewerbs,

<sup>63</sup> LG München I, Urte. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122. Im konkreten Fall wurde die haftungsbegründende Kausalität allerdings verneint, weil der Kläger eine Beeinflussung der Kartellaußenleiter durch die Preise nicht dargelegt hatte.

<sup>64</sup> LG Frankfurt, Urte. v. 30.3.2016 – 2-06 O 358/14, juris Rn. 55 ff., 65; LG Frankfurt, Urte. v. 30.3.2016 – 2-06 O 464/14, juris Rn. 102 ff.; LG Hannover, Urte. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 77 ff.; LG München I, Urte. v. 27.6.2016 – 37 O 24526/14, juris Rn. 122 ff.

<sup>65</sup> LG Hannover, Urte. v. 31.5.2016 – 18 O 259/14, juris Rn. 32 ff. Zu vertraglichen Bestimmungen über den pauschalierten Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Abreden s. LG Berlin, Urte. v. 6.12.2014 – 16 O 384/13 Kart, WuW/E DE-R 4917 Rn. 60; zur Frage der Unwirksamkeit der Klausel nach §§ 307, 309 Nr. 5 Buchst. a BGB LG Potsdam, Urte. v. 22.10.2014 – 2 O 29/14, WuW/E DE-R 4557 Rn. 15 f. = NZKart 2015, 152; s. ferner OLG Jena, Urte. v. 22.2.2017 – 2 U 583/15 Kart, WuW 2017, 204 Rn. 84 = NZKart 2017, 540.

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 18.6.2012 – X ZB 9/11, NZBau 2012, 586 Rn. 14 – Abfallentsorgung II; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.7.2015 – VII-Verg 17/15, ZfBR 2016, 822 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 6/15, juris Rn. 19 m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2014 – VII-Verg 2/14, juris Rn. 20; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.7.2015 – VII-Verg 5/15, NZBau 2015, 787 Rn. 19 = VergabeR 2016, 250 – Sortimentsrabatte; OLG Celle, Beschl. v. 8.7.2016 – 13 Verg 2/16, NZBau 2016 Rn. 11; VK Thüringen, Beschl. v. 9.11.2017 – 250-4003-8222/2017-E-S-015-GTH, juris Rn. 152 – Busverkehrsdienstleistungen; *Wanderwitz*, WRP 2016, 684 (685).



wie er von § 97 Abs. 1 GWB und den Kartellverboten gleichermaßen zugrundegelegt wird. Von daher ist der Gedanke der Inzidentprüfung nicht fernliegend.

Nach der Gegenauffassung gehören kartellrechtliche Bestimmungen generell nicht zum Prüfungsumfang des Nachprüfungsverfahrens.<sup>67</sup> Hintergrund ist zunächst das vergaberechtliche Beschleunigungsgebot: Vergabenaachprüfungsverfahren, welche im Grundsatz innerhalb der Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB entschieden werden sollen, sind nach dieser Ansicht für die Klärung komplexer Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Stellung des Nachfragers in diesem Markt grundsätzlich ungeeignet. Außerdem wird insoweit argumentiert, dass kartellrechtliche Bestimmungen – namentlich das Missbrauchsverbot des § 19 GWB – nicht zum Prüfungsumfang der Vergabekammer gehörten, weil die Schwere des Vorwurfs es schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen verbiete, dessen Bejahung in einem rein „summarischen“, weil dem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegenden Verfahren zu prüfen.<sup>68</sup>

Im Hinblick auf den Vorwurf, der Auftraggeber handele missbräuchlich, ist dem zuzustimmen. Das kartellrechtliche Missbrauchsrecht (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) erfordert mitunter komplexe Analysen (zur Festlegung des sachlich und geographisch

<sup>67</sup> Ausführlich dazu BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 - 57/12, ZfBR 2012, 728 Rn. 84, 118.

<sup>68</sup> VK Südbayern, Beschl. v. 25.11.2013 – Z3-3-3194-1-33-09/13, VPR 2014, 99, Rn. 138 und Leitsatz 6 (juris).

relevanten Marktes, zur Frage der Marktbeherrschung des Auftraggebers und zum missbräuchlichen Verhalten als solchem), welche die Vergabenachprüfungsbehörden schnell überfordern könnten. Derartige Prüfungen lassen sich nicht bei Gelegenheit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens durchführen.

## **2. Überprüfung von Kartellrechtsverstößen vor Beginn des Vergabeverfahrens durch die Landgerichte (Zivilrechtsweg)**

Verhaltensweisen, die von öffentlichen Auftraggebern zeitlich *vor* dem eigentlichen Vergabeverfahren praktiziert wurden und deren Zulässigkeit sich nach dem Kartellrecht beurteilt, können nicht durch die Vergabekammern im Zuge von Nachprüfungsverfahren überprüft werden, da sie sich als vorbereitende Handlungen, nicht aber als Verfahrenshandlungen im Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, qualifizieren lassen.<sup>69</sup> Die betrifft z.B. die Begründung von Nachfragekartellen durch gesetzliche Krankenkassen,<sup>70</sup> aber auch etwaige Verstöße der Auftraggeber gegen die Missbrauchsverbote der §§ 19, 20 GWB.<sup>71</sup> Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an Klagen, die sich gegen die Verhängung einer Vergabesperre richten.<sup>72</sup> Konsequenz ist daher der Zivilrechtsweg zu beschreiten.

## **3. Zulässigkeit der subsidiären Feststellungsklage im Zivilprozess?**

Die Schadensermittlung im Bereich von Kartellschadensersatzklagen erfolgt wie auch sonst im Zivilrecht (§§ 249 ff. BGB) nach der sog. *Differenzhypothese*. Die Schadensfeststellung macht eine aufwändige Begutachtung zur Ermittlung der hypothetisch eingetretenen Preisentwicklung ohne den Einfluss aus der Kartellabsprache erforderlich. Bei der Darlegung der Berechnungsmethode mit der Bestimmung der für die Schadenshöhe maßgebenden hypothetischen Preise sowie der Bestimmung des für die Schadenshöhe maßgebenden wettbewerbsanalogen Preises handelt es sich um „ein außerordentlich komplexes Unterfangen“<sup>73</sup>, so dass nach der Rechtsprechung kein Vorrang der Leistungsklage besteht und die Zulässigkeit der Feststellungsklage auch aus

<sup>69</sup> BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 27.7.2016 – VK 2 – 63/16, WuW 2016, 555 Rn. 46 f., 52 (betreffend einen Entschluss mehrerer gesetzlicher Krankenkassen, Röntgenkontrastmittel gemeinsam zu beschaffen).

<sup>70</sup> BKartA, 2. VK Bund, Beschl. v. 27.7.2016 – VK 2 – 63/16, WuW 2016, 555 Rn. 47.

<sup>71</sup> LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 28.4.2009 – L 21 KR 40/09 SFB Rn. 46 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.4.2002 – Verg 6/02, NZBau 2002, 583 = VergabeR 2002, 668 = WuW/E Verg 658; BKartA, 3. VK des Bundes, Beschl. v. 21.6.2012 – VK 3 – 57/12, ZfBR 2012, 728.

<sup>72</sup> Siehe z.B. KG, Urt. v. 17.1.2011 – 2 U 4/06 Kart, BauR 2011, 1508 Rn. 107 ff. = NZBau 2012, 56 (im Ergebnis ablehnend, da das betroffene Unternehmen sich schwerwiegende Verfehlungen eines früheren Geschäftsführers, welche die Unzuverlässigkeit begründeten, über § 31 BGB zurechnen lassen musste, so KG, a.a.O., Rn. 129). Aus dem Berichtszeitraum sind keine einschlägigen Urteile bekannt.

<sup>73</sup> LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 45; LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38.

prozessökonomischen Erwägungen zu bejahen ist.<sup>74</sup> Das Feststellungsinteresse ergibt sich daraus, dass eine ausreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vorliegt. Die Rechtsprechung betont zu Recht, dass die Anforderungen an die Zulässigkeit einer Schadensersatzfeststellungsklage nicht überspannt werden dürfen.<sup>75</sup>

#### **4. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten**

In einem vom VG Berlin entschiedenen Fall begehrte die Klägerin die Verwendung bzw. Verwendbarkeit der von ihr hergestellten Produkte (hier: Fahrzeugrückhaltesysteme) im Straßenbau unter öffentlich-rechtlicher Trägerschaft sicherzustellen.

Die Produkte der Klägerin wurden tatsächlich größtenteils bzw. fast ausschließlich von öffentlich-rechtlichen Trägern der Straßenbaulast nachgefragt. Die Beschaffungsvorgänge wurden dadurch nach der Rechtsprechung aber nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>76</sup> führt auch die Bindung der im Vergabeverfahren vorzunehmenden Auswahl an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG nicht dazu, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Bietern als ein öffentlich-rechtliches anzusehen wäre.<sup>77</sup> Das VG erachtete die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 VwGO demgemäß als unzulässig und verwies die Klägerin auf den sachnäheren und effektiveren Vergaberechtsschutz bzw. den Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten, auch im Hinblick auf die Wahrung der §§ 19 ff. GWB.<sup>78</sup> Diese böten wirksame Möglichkeiten, gegen einen eventuell nicht gerechtfertigten Ausschluss vor Zuschlagserteilung vorzugehen.<sup>79</sup> Für die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Vorbeugender Rechtsschutz sei der VwGO nämlich grundsätzlich fremd.<sup>80</sup> Unzumutbare Nachteile seien für die Klägerin mit dem Verweis auf nachgängigen Rechtsschutz nicht verbunden. Angesichts der vorstehend dargestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erscheine es nicht unzumutbar, sie darauf zu verweisen, in konkreten einzelnen Ausschreibungssituationen ihre Rechte geltend zu machen.

---

<sup>74</sup> LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38 (anhängig beim OLG Celle unter dem Az. 13 U 69/17); LG Hannover, Urt. v. 5.7.2016 – 18 O 405/14, juris Rn. 44.

<sup>75</sup> LG Hannover, Urt. v. 2.5.2017 – 18 O 194/15, juris Rn. 38 m.w.N.; LG Dortmund, Urt. v. 21.12.2016 – 8 O 90/14 (Kart), NZKart 2017, 86 Rn. 75 = WuW 2017, 98.

<sup>76</sup> BVerwG, Beschl. v. 2.5.2007 – BVerwG 6 B 10.07 –, BVerwGE 129, 9 Rn. 10 = NZBau 2007, 389.

<sup>77</sup> Zustimmend VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 26.

<sup>78</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 28.

<sup>79</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 29.

<sup>80</sup> VG Berlin, Urt. v. 16.11.2016 – 4 K 283.15, juris Rn. 32.

### **C. Schluss**

I. Die Kartell- und Missbrauchsverbote des deutschen und europäischen Kartellrechts sind im Zusammenhang mit Beschaffungsmaßnahmen öffentlicher Auftraggeber zu beachten. Die Analyse anhand einer Vielzahl von Entscheidungen aus jüngerer Zeit hat deutlich gemacht, dass das Kartellrecht nach wie vor eine erhebliche praktische Bedeutung für die Vergabepaxis hat; dies gilt vor allem für die Frage der Zulässigkeit von Bietergemeinschaften nach § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV. Die Kartellverbote sind weiter auch für Vergaben im Gesundheitswesen praktisch relevant.

II. Die kartellrechtlichen Missbrauchsverbote (§§ 19, 20 GWB, Art. 102 AEUV) sind in den „vergaberechtsnahen“ Bereichen wie der „(Neu-)Vergabe“ von Energienetzen oder bei Veräußerungsgeschäften der öffentlichen Hand – bei denen es am Merkmal des öffentlichen Auftrags fehlt oder dieses gerade zweifelhaft ist – zuletzt von größerer praktischer Bedeutung als innerhalb des Kartellvergaberechts gewesen. Dort können sie die Funktion von „Auffangtatbeständen“ erhalten, wenn und soweit die Fairness sichernden Vergabegrundsätze des § 97 GWB im Einzelfall nicht greifen.

III. Nach teilweise vertretener Auffassung sind die Vorgaben des Kartellrechts im Wege der Inzidentprüfung innerhalb von Vergabe- bzw. Vergabenachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Unstreitig sind sie im Zivilrechtsweg, also primär vor den Landgerichten, durchzusetzen. Vor diesen sind insbesondere auch Feststellungsklagen zulässig, da der (sonst geltende) grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage vor der (eigentlich subsidiären) Feststellungsklage insoweit nicht gilt. Der Verwaltungsrechtsweg ist den Bietern und Bewerbern regelmäßig versperrt.



## **Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete**

**– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –**

**Vergaberecht in UK und BREXIT**

**Prof. Dr. Martin Trybus**

Universität Birmingham



Am 23. Juni 2016 hat sich das britische Volk – also die englischen, schottischen, walisischen und nordirischen Wahlberechtigten zusammengenommen – in einer Volksabstimmung mit 52 % „Leave“-Stimmen für einen Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union ausgesprochen. Obwohl das Ergebnis nicht rechtlich bindend ist, haben die britische Regierung und das britische Parlament die feste Absicht, den in dieser Volksabstimmung geäußerten Volkswillen umzusetzen. Folglich hat die Premierministerin Theresa May am 29. März 2017 den Artikel 50 des AEUV ausgelöst, der innerhalb von zwei Jahren, also am 29. März 2019 um 23.00 Uhr Ortszeit (London), zum Austritt des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland aus der EU führen wird. Bis zum Dezember 2017 war die sogenannte Phase 1 der Austrittsverhandlungen abgeschlossen, in der es in erster Linie um die Modalitäten des Austritts an sich ging. Bis zum Oktober 2018 soll dann auch die Phase 2 abgeschlossen sein, bei der es um das zukünftige Verhältnis des dann ausgetretenen Großbritanniens zur EU geht. Vom 29. März 2019, dem Tag des Austritts, soll dann eine Übergangsphase beginnen, in der die Regeln des Binnenmarktes weiter für den dann Ex-Mitgliedstaat gelten werden, bevor dann Ende 2020 auch dieser Zustand beendet sein soll, und Großbritannien vollends zum Drittstaat wird.

Was bedeutet dieser revolutionäre Vorgang für das britische Vergaberecht? Was den Oberschwellenbereich angeht, sind ja die EU-Richtlinien (2009/81/EG, 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU usw.) in britisches bzw. schottisches Recht umgesetzt worden.

Daher ist keine schnelle Veränderung (z. B. der Public Contracts Regulations 2015) zu erwarten – es sei denn, das Parlament entschließt sich zu einer schnellen Gesetzesnovelle. Dies ist allerdings unwahrscheinlich – ein aus der EU austretender Mitgliedstaat hat wirklich andere Sorgen. Was den Unterschwellenbereich angeht, entfällt spätestens mit dem Ende der Übergangsphase die Wirkung des AEUV und der Europäische Gerichtshof wäre nicht mehr zuständig. Allerdings ändert das wenig, da der Unterschwellenbereich auch vorher nicht reguliert war und die EuGH-Vorgaben angesichts von nur etwa 5 Nachprüfungsverfahren im Jahr auch nicht rechtlich durchgesetzt wurden. Die „Great Repeal Bill“ wird dann am Austrittstag alles nicht umgesetzte EU-Sekundärrecht, also insbesondere Verordnungen, in britisches Recht überführen. Danach ist dann das Britische Parlament (bzw. die Landtage von Schottland, Wales und Nordirland) zuständig, die dann das Vergaberecht jederzeit ändern können. Damit droht ein Auseinanderdriften der Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und der EU.

Wieviel sich ändert, hängt aber wesentlich vom zukünftigen Abkommen mit der EU ab. Sollte das Modell „Norwegen“, also Mitgliedschaft Großbritanniens im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), gewählt werden, gäbe es wohl nur wenig Veränderung; das Land bliebe weiterhin Teil des Binnenmarktes. Auch das Modell „Schweiz“, bei dem der Binnenmarkt über eine Vielzahl von Einzelabkommen auf Großbritannien ausgeweitet bliebe, brächte wenig Veränderung. Anders wäre das Modell „Türkei“, bei dem eine Zollunion mit der EU bestünde, dies brächte Veränderung bei der Harmonisierung, einschließlich des Vergaberechts. Beim Modell „Kanada“ hinge alles von den Einzelregelungen eines EU-GB-Freihandelsabkommens ab. Beim Modell „USA“ würde der Handel auf die Regeln der Welthandelsorganisation (WTO) einschließlich ihres Government Procurement Agreement (GPA) zurückfallen. Beim Modell „Nordkorea“, also einem harten Brexit ohne jedes Abkommen, wäre der gegenseitige Marktzugang einschließlich dem zur öffentlichen Beschaffung gefährdet.

Dabei bleibt zu fragen, was genau die Briten nach einer „Befreiung von den Ketten Brüssels“ im Vergaberecht wirklich anders machen wollen. Bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU war Großbritannien (ohne Schottland) der erste Mitgliedstaat gewesen – laut Angabe des zuständigen Cabinet Office, weil man in der neuen Richtlinie so viele Verbesserungen erblickte und die eigenen Wünsche hinsichtlich der EU-Vergaberechtsreform weitgehend realisiert sah. Ein Beispiel, vor wenigen Monaten von einem Vertreter des Cabinet Office auf der Procurement Week der Universität Bangor in London vorgetragen, betrifft die Nutzung des Vergaberechts zur Bevorzugung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Da könne Großbritannien dann endlich einmal den eigenen mittelständischen Betrieben helfen, häufiger den Zuschlag in öffentlichen Ausschreibungen zu erhalten. Allerdings haben Whitehall (die Regierung) und Westminster (das Parlament) die bereits vorhandenen Spielräume zur Förderung von KMUs, insbesondere in der Richtlinie 2014/24/EU, nicht unbedingt genutzt. Die Teilung in Lose

beispielsweise ist im Gegensatz zum deutschen Vergaberecht in Großbritannien nicht zwingend vorgeschrieben. Auch war die EU-Kommission immer sehr tolerant bezüglich der unzureichenden Nachprüfungsverfahren in Großbritannien – sodass sich nach einem Austritt auch hier nicht viel ändern wird. Die EU-Richtlinien zur Vergabe sind schließlich auch ein Produkt britischer Politik: britische Beamte und Politiker in Brüssel, Straßburg und London haben an der Erarbeitung und Verabschiedung des europäischen Vergaberechts über 40 Jahre lang mitgewirkt. Die Richtlinien sind nicht über diese vier Jahrzehnte lang gegen den Willen und die Stimmen Großbritanniens durchgesetzt worden, sondern vielmehr mit britischer Unterstützung. Auch die Digitalisierung der Vergabe und die Entwicklung des wettbewerblichen Dialogs für Public Private Partnership-Projekte gehen wesentlich auf britischen Impulse und Initiativen zurück. Es wäre also sicherlich im britischen Interesse, all diese Aspekte weitgehend beizubehalten.

Insgesamt ergeben sich für die nächsten Jahre für das Vergaberecht in Großbritannien zwei mögliche Szenarien. In Szenario 1 beginnt das britische Vergaberecht sich spätestens nach 2020 schrittweise vom EU-Vergaberecht weg zu entwickeln. Dies würde schrittweise durch Gesetzesnovellen geschehen, durch die das britische Vergaberecht immer mehr Unterschiede zum EU-Vergaberecht aufweisen würde, bis von einer Harmonisierung der Rechtsordnungen nicht mehr die Rede sein kann. Denkbar, wenn auch mittelfristig nicht wahrscheinlich, ist auch eine Abschaffung des Vergaberechts und eine Rückkehr zu verwaltungsinternen Anweisungen. In Szenario 2 würden sich die Public/Utilities/Concessions/Defence and Security Contracts Regulations weiter eng an den EU-Richtlinien orientieren. Zur Stunde ist nicht abzusehen, auf welchen Weg sich das Land nach 2020 begeben wird.



## Vergaberecht und angrenzende Rechtsgebiete

– Öffentliche Tagung des Wissenschaftlichen  
Beirats des forum vergabe e.V. –

Vergaberecht und andere Verteilungsregime



**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger**

Universität Augsburg

### Abgrenzungsfragen an der Schnittstelle von Konzessionsvergaberecht und Öffentlichem Wirtschaftsrecht

#### I. Einführung

In den verschiedensten Bereichen obliegt es der Verwaltung, eine Auswahl unter mehreren Bewerbern um ein knappes Gut zu treffen. Das Fachrecht enthält teils mehr, oftmals aber weniger präzise Vorgaben für Auswahlkriterien und Auswahlverfahren. Hiermit gehen mitunter Transparenz- und Rechtsschutzdefizite einher, mitunter bestehen freilich auch adäquate Regelungen. Zahlreiche dieser Gebiete sind indes in das Visier des Vergaberechts geraten, das mit seinem querschnittsbezogenen Ansatz nicht an den Grenzen des Fachrechts haltmacht. Wo die Grenzen des Vergaberechts genau verlaufen, ist freilich umstritten. Schon länger wird die Vergabepflichtigkeit von Immobilientransaktionen<sup>1</sup> der öffentlichen Hand oder von Auswahlentscheidungen im Bereich des Sozial- und Gesundheitsrechts diskutiert<sup>2</sup>. Seit der Kodifikation des Konzessionsvergaberechts

<sup>1</sup> Hier hatte das OLG Düsseldorf zunächst in seinem Ahlhorn-Beschluss [NZBau 2007, 530 (531 ff.)] weitreichende Ausschreibungspflichten bejaht; restriktiver indes dann der EuGH, Rs. C-451/08, Slg. 2010, I-2673, Rn. 40 ff. – Helmut Müller; vgl. insg. B. Gartz, NZBau 2010, 293; S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4, Rn. 68 f.; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, S. 476 ff.; ders., in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 64 f.

<sup>2</sup> Siehe K. Hansen, NZS 2016, 814 (815 ff.); T. Koop, NZS 2017, 103 (104 ff.); ferner D. Hattenhauer, ZfBR 2015, 662; F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 504 ff.

im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2014/2016 sind neue Konflikte gerade in Bezug auf klassische Materien des Öffentlichen Wirtschaftsrechts hinzugetreten. So hat etwa das OLG Hamburg in einem Beschluss vom 1.11.2017 die Vergabe einer Spielbankkonzession dem GWB-Vergaberecht unterworfen,<sup>3</sup> was das OVG Münster wenige Monate zuvor für eine Spielhallenkonzession verneint hat<sup>4</sup>. Und auch die Qualifikation der Vergabe von Standplätzen auf Messen und Märkten ist nach wie vor umstritten.

## **II. Konsequenzen der Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts in der Praxis**

Zunächst entsteht Abstimmungsbedarf mit Blick auf das Fachrecht. Denn die öffentliche Hand hat dann die Vorgaben für Vergabekriterien und Vergabeverfahren zu beachten, etwa die Notwendigkeit einer spezifischen Konzessionsbekanntmachung (§ 151 GWB; § 19 f. KonzVgV), die Anforderungen an Eignungs- und Zuschlagskriterien (§ 152 Abs. 2 und 3 GWB; §§ 25 f., 31 KonzVgV) oder die Pflicht zur Unterrichtung der Bewerber über das Verfahrensergebnis (§ 154 Nr. 4, § 134 GWB; § 30 KonzVgV). Überdies ändert sich der Rechtsweg für Vergabestreitigkeiten, die nun nicht mehr in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fallen, sondern im Vergaberechtsweg auszutragen sind (§§ 155 ff. GWB).

Mit Blick auf adäquat geregelte, lange etablierte Materien mag man in der Tat die Frage aufwerfen, ob die Einbeziehung in das GWB-Vergaberecht einen Gewinn darstellt oder nicht mehr Probleme aufwirft als Vorteile verspricht. Aus rechtlicher Sicht ist indes festzuhalten, dass, wenn der Anwendungsbereich des GWB-Kartellvergaberechts eröffnet ist, dessen Regelungen anzuwenden sind, ohne dass es darauf ankäme, ob das Fachrecht ein vergleichbares Vergaberegime enthält.

Die Herausforderung besteht dann *de lege lata* und *de lege ferenda* darin, Fach- und Vergaberecht zusammenzuführen. *De lege lata* kann dies schwierige Fragen des Verhältnisses der beiden Rechtsschichten aufwerfen,<sup>5</sup> *de lege ferenda* nicht minder schwierige Fragen der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern. *De lege ferenda* bestehen jedenfalls Gestaltungsspielräume, etwa in der Frage des Rechtswegs, ist doch der Vergaberechtsweg nicht unionsrechtlich vorgegeben.

---

<sup>3</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122. Zustimmung C. Braun, VPR 2018, 2451; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44 f.). Ablehnend T. Siegel, jurisPR-VergR 3/2018, Anm. 4.

<sup>4</sup> OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439).

<sup>5</sup> H. Müller, NVwZ 2016, 266 (267 f.) m.w.N. Vgl. auch OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123): „Wenn ein Vorgang seiner Art nach unter die Bestimmungen des Vergaberechts fällt, sind diese auch dann anzuwenden, wenn andere Vorschriften vorsehen, dass für ihn besondere Vorschriften des Verwaltungsrechts gelten; diese Bestimmungen sind dann gegebenenfalls nebeneinander anzuwenden.“

### III. Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Auswahlentscheidungen und Genehmigungen?

Das Konzessionsvergaberecht findet auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Auswahlentscheidungen und Genehmigungen dann Anwendung, wenn die öffentliche Hand ein Unternehmen in einem entgeltlichen Vertrag mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB).<sup>6</sup>

Ex negativo sind zunächst drei mitunter artikulierte Einwände auszuräumen. Erstens ist die Rechtsnatur des Vergabevorgangs unerheblich, so dass die Zuordnung der Genehmigung zum Öffentlichen Recht kein Ausschlussgrund ist.<sup>7</sup> Ebenfalls zu kurz greift es zweitens, die Anwendbarkeit des Konzessionsvergaberechts schon wegen einer Vergabe durch Verwaltungsakt auszuschließen. Denn angesichts des unionsrechtlichen Hintergrunds des § 105 Abs. 1 GWB können nationale Begrifflichkeiten und Kategorien nicht letztentscheidend für die Qualifikation sein; vielmehr ist das Gesamtgepräge der Aufgabenübertragung in den Blick zu nehmen und anhand aller Umstände des Einzelfalles funktional zu fragen, ob diese vertraglichen Charakter hat.<sup>8</sup> Hierfür können auch bei hoheitlicher Handlungsform Einflussmöglichkeiten des Privaten auf Inhalt, Erbringung und Vergütung der Tätigkeit sprechen; umgekehrt hat der EuGH den vertraglichen Charakter eines Akts verneint, der „Verpflichtungen allein für [das Unternehmen vorsieht] und der deutlich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft“ abweicht.<sup>9</sup> Bei Ausschreibungsverfahren liegt regelmäßig ein vertraglicher Charakter vor. Auch sind Umgehungen des Vergaberechts zu verhindern.<sup>10</sup> Dass drittens die Dienstleistung gegenüber Dritten (und nicht gegenüber dem Konzessionsgeber) erbracht wird, etwa gegenüber Spielbankbesuchern, schließt das Vorliegen einer Konzession nicht aus.

Welche Voraussetzungen sind nun aber positiv zu erfüllen? Notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung ist, dass eine Auswahlentscheidung unter der Bedingung der

<sup>6</sup> Zum Folgenden bereits F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 33 ff.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, NZBau 2005, 652 (652); F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 33; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 2 (44).

<sup>8</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (124); M. Burgi, NVwZ 2007, 383 (385); C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44); O. Esch, KSzW 2012, 152 (156, 160 f.), m.w.N., auch zur Gegenauffassung; H. Müller, NVwZ 2016, 266 (266); S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4 Rn. 62 ff., 72; R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 142 ff.; J. Ziekow, in: ders./U.-C. Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, GWB § 103 Rn. 19 ff. Vgl. auch BGH, NZBau 2009, 201 (203).

<sup>9</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-220/06, Slg. 2007, I-12175 Rn. 49 ff., 84 f. – Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.

<sup>10</sup> Siehe BGH, NZBau 2009, 201 (203): „vertragsähnlich“; M. Burgi, NVwZ 2007, 383 (385): „funktionales Äquivalent zum Vertrag“; S. Hüttinger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 103 Abs. 1–4 Rn. 64; J. Ruthig, DVBl. 2010, 12 (15 f.); J. Ziekow, in: ders./U.-C. Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018, GWB § 103 Rn. 20.

Knappheit erfolgt (siehe auch Erwägungsgrund 13 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU). Entscheidendes Tatbestandsmerkmal im hier interessierenden Zusammenhang ist die Betrauung mit der Erbringung von Dienstleistungen. Hierfür ist ein Beschaffungsbezug erforderlich.<sup>11</sup> Doch wann liegt ein solcher vor?

Anhaltspunkte liefert Erwägungsgrund 14 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, auf den die Gesetzesbegründung zum GWB ausdrücklich Bezug nimmt.<sup>12</sup> Der entsprechende Erwägungsgrund lautet:

Bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde[n] die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt – einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit –, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, sollten darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten ... Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.<sup>13</sup>

Hieraus folgen drei Kriterien:<sup>14</sup>

- Initiative: Geht die Betrauung auf einen Antrag des Wirtschaftsteilnehmers oder die Nachfrage der öffentlichen Hand zurück?
- Wird eine Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung begründet?
- Werden hinreichend spezifische Anforderungen an die Dienstleistung vorgegeben?

---

<sup>11</sup> Näher F. Wollenschläger, in: M. Burgi/M. Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, GWB § 105 Rn. 36 f.; C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (43); C. Krönke, NVwZ 2016, 568 (575).

<sup>12</sup> Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, 76: „Erwägungsgrund 14 hebt hervor, dass die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit nicht als Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gilt. Es wird auf die vorrangige Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG verwiesen. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass dem Konzessionsvertrag eine wechselseitige Bindungswirkung zukommt.“

<sup>13</sup> Als Hintergrund verweist ein Beteiligter am Gesetzgebungsverfahren auf „die Erteilung von Bau- und Betriebsbedingungen für Seilbahnen in Deutschland und Österreich, die ihrer rechtlichen Natur nach keine Konzessions-, sondern vielmehr einem Genehmigungscharakter gleichkommt, auch wenn im österreichischen Seilbahngesetz von 2003 der Begriff ‚Konzession‘ verwendet wird“, siehe A. Schwab/A. Giesemann, VergabeR 2014, 351 (366).

<sup>14</sup> Siehe J. Wolswinkel, EPPL 12 (2017), 396 (401).

Als weiteres Kriterium ist der Bezug der Dienstleistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nennen.

Vorweggeschickt sei: Es liegt auf der Hand, dass die Konkretisierung dieser Kriterien Wertungen impliziert. Überdies sind sie als Indizien zu verstehen, die einer wertenden Gesamtbetrachtung bedürfen.<sup>15</sup>

Das erste Kriterium fragt danach, ob die Dienstleistungserbringung auf staatliche Nachfrage oder Initiative des Wirtschaftsteilnehmers zurückgeht. Für Ersteres sprechen Ausschreibungen, für Letzteres die Beantragung von Erlaubnissen für die Dienstleistungserbringung im Rahmen eines gesetzlichen Genehmigungsregimes.

Zweitens setzt eine Betrauung eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers zur Erbringung der Dienstleistung voraus,<sup>16</sup> und zwar im Sinne einklagbarer Hauptleistungspflichten.<sup>17</sup> Hierbei wird die vertragliche Verpflichtung zur Erbringung gesetzlich vordefinierter Leistungen für ausreichend erachtet, es bedarf keiner Begründung in diesem Sinne neuer Pflichten.<sup>18</sup> Nach dem OLG Hamburg kann sich eine Verpflichtung zur Dienstleistungserbringung auch implizit aus dem gesetzlichen Rahmen ergeben.<sup>19</sup> In den Raum gestellt hat das Gericht auch den Gedanken einer faktisch gesicherten Dienstleistungserbringung; maßgeblich hierfür ist, ob und inwieweit ein Rückzug der Anbieter mit Blick auf die Lukrativität der Dienstleistungserbringung sowie die Knappheit der Genehmigungen wahrscheinlich ist.<sup>20</sup> So lassen sich auch Umgehungen verhindern.<sup>21</sup>

Aufschluss über das staatliche Beschaffungsinteresse gibt drittens der Grad der an die Dienstleistungserbringung gestellten Anforderungen.

Viertens und letztens ist der Bezug der Dienstleistung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Betracht zu ziehen.<sup>22</sup> So verlangt das OLG Hamburg, dass „Gegenstand der Konzession ein Vorgang ist, der im öffentlichen Interesse liegt“.<sup>23</sup> Hierfür ist das Interesse an der Überwachung der Dienstleistungserbringung nicht ausreichend; es muss

---

<sup>15</sup> Offen gelassen von OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (124). Vgl. auch C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45).

<sup>16</sup> OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439); OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123, 125); C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44); M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756 f.); R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 71 ff. (mit der Konsequenz einer Ausklammerung werbefinanzierter Angebote aus dem Konzessionsbegriff, S. 72).

<sup>17</sup> T. Möisinger, NZBau 2015, 545 (546 f.). Großzügiger C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45): Maßgeblich sei die Durchsetzbarkeit der staatlicherseits gestellten Anforderungen.

<sup>18</sup> C. Donhauser/J. Hölzlwimmer, VergabeR 2015, 509 (513 f.).

<sup>19</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125).

<sup>20</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125). Zustimmung C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (44 f.).

<sup>21</sup> C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45).

<sup>22</sup> Siehe auch OLG München, NZBau 2011, 380 (382).

<sup>23</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123).

sich vielmehr auf die Erbringung der Dienstleistung erstrecken: In casu bestand ein hinreichendes Interesse darin, „von staatlicher Seite Sorge dafür zu tragen, dass unter staatlicher Aufsicht ein Betrieb von Glücksspielen stattfindet, um so den – als gegeben hinzunehmenden – Spieltrieb von Kreisen der Bevölkerung nicht zu unterdrücken und durch eine solche Unterdrückung glücksspielwillige und durch eine Spielsucht gefährdete Personen in die schwer zu kontrollierende Illegalität zu treiben, sondern den Spieltrieb zu kanalisieren.“<sup>24</sup> Anders hat das OVG Münster für Spielhallenkonzessionen gewertet: Hier „beschränkt sich die Behörde durch die Erlaubniserteilung auf eine reine einseitige Gestattung für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit, die durch ordnungsrechtliche Anforderungen im Sinne der Suchtprävention näher eingeschränkt wird“.<sup>25</sup>

Zu bejahen ist ein Bezug der Dienstleistungserbringung zu öffentlichen Aufgaben auch, wenn Kommunen den Betrieb öffentlicher Einrichtungen insgesamt Privaten überantworten, wie etwa die Durchführung von Messen und Märkten.<sup>26</sup> Fraglich erscheint, ob bei einer Vergabe einzelner (konstitutiver) Elemente des Betriebs, wie bei der Standplatzvergabe auf Messen und Märkten, anderes gilt.<sup>27</sup> Keinesfalls ausreichen würden jedenfalls schlichte Nutzungsüberlassungen im Kontext öffentlicher Einrichtungen, etwa die Vermietung von Räumen in einer Stadthalle. Dies bestätigt Erwägungsgrund 15 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, auf den die Gesetzesbegründung zum GWB ausdrücklich Bezug nimmt<sup>28 29</sup>. So sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbeson-

---

<sup>24</sup> OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (123; ferner 123 f.). Zustimmend C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (43 f.).

<sup>25</sup> OVG Münster, ZfWG 2017, 432 (439). Vgl. auch OLG Hamburg, NZBau 2018, 122 (125). A.A. C. von Donath/M. Plauth, VergabeR 2018, 42 (45 f.). Kritisch zu dieser Abgrenzung T. Siegel, jurisPR-VergR 3/2018, Anm. 4.

<sup>26</sup> So haben das OVG Berlin-Brandenburg und das VG Köln die gewerberechtliche Festsetzung wegen des erheblichen kommunalen Eigeninteresses als Dienstleistungskonzession qualifiziert, siehe OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2011, 293 (294): „Wenn die Kommune die Veranstaltung eines Wochenmarktes aus Gründen einer Erhöhung der Attraktivität der Innenstadt und zur Stärkung der Einzelhandels- und Dienstleistungsstruktur für eine ortsnahe Versorgung der Bevölkerung für wünschenswert hält (vgl. Vertragspräambel), nimmt der Marktveranstalter nicht nur eigenwirtschaftliche Interessen, sondern zugleich auch kommunale Interessen wahr. Das lässt sich hier etwa aus den Vertragsbestimmungen über die Verpflichtung zur Durchführung des Wochenmarktes, festgelegte Kontrollbefugnisse, Festlegung des Veranstalters auf das öffentliche Interesse und seine Verpflichtung zur Zusammenarbeit in Bezug auf die Ziele der Präambel ablesen“; VG Köln, NVwZ-RR 2009, 327 (328): Der „Veranstalter eines Weihnachtsmarktes [erbringt] gegenüber [der Gemeinde] eine Dienstleistung, nämlich die Ausrichtung und Organisation des Weihnachtsmarktes, an dessen Gelingen und reibungsloser Funktion [die Gemeinde] ein hohes Interesse hat“. Siehe auch VG Berlin, Urt. v. 28.11.2006, 4 A 495.04, juris, Rn. 16. Zwischen der Festsetzung und der Konzessionsvergabe differenzierend OVG Magdeburg, Beschl. v. 23.08.2016, 1 L 30/16, juris, Rn. 4 ff. Zweifelnd M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756). A.A. M. Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 5 Fn. 6.

<sup>27</sup> Ablehnend M. Burgi, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 5 Fn. 6; C. Krönke, NVwZ 2016, 568 (575).

<sup>28</sup> Siehe Begründung des Entwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), BT-Drs. 18/6281, 76: „Erwägungsgrund 15 stellt klar, dass Vereinbarungen, die das Recht eines Unternehmens zur privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Nutzung öffentlicher Bereiche oder Ressourcen, wie z.B. Land oder öffentliche Liegenschaften, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen regeln, nicht als Konzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU gelten.“

<sup>29</sup> Im Einzelnen K.-D. Classen, VergabeR 2016, 13 (17 ff.). Siehe auch EuGH, Rs. C-458/14, ECLI:EU:C:2016:558, Rn. 46 ff. – Promoimpresa.

dere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.

Anderes soll gelten, wenn dem Vertragspartner Nutzungspflichten auferlegt werden, um bestimmte Leistungen für die Allgemeinheit zu gewährleisten.<sup>30</sup>

#### **IV. Zwischenfazit**

Zieht man ein kurzes Fazit zur Qualifikationsfrage, so lassen sich relativ einfach herkömmliche gewerberechtliche Erlaubnisse, wie die Gaststättenerlaubnis (§ 2 ff. GastG) oder eine ausnahmsweise erforderliche gewerberechtliche Erlaubnis (§§ 30 ff. GewO), aus dem Anwendungsbereich des Konzessionsvergaberechts ausklammern. Denn diese gestatten regelmäßig auf Antrag die Ausübung bestimmter Dienstleistungen (auch nach Maßgabe staatlicher Vorgaben), ohne den Inhaber indes hierzu zu verpflichten, wobei sich die staatliche Regulierung in einem Überwachungsinteresse erschöpft.<sup>31</sup> Die Glücksspielkonzessionen bewegen sich in einem Graubereich. Auswahlentscheidungen im Kontext von Messen und Märkten können je nach Sachverhalt dem GWB-Konzessionsvergaberecht unterfallen.

#### **V. Pflicht zur Durchführung eines Verteilungsverfahrens auch jenseits des GWB-Vergaberechts**

Ein Punkt sei abschließend betont: Selbst wenn demnach keine dem GWB-Vergaberecht unterfallende Konzession vorliegt, folgen sowohl aus den nationalen Grundrechten als auch aus den Grundfreiheiten des Unionsrechts Mindestvorgaben für Vergabeverfahren, namentlich das Erfordernis sachgerechter Vergabekriterien, eines transparenten und die Chancengleichheit sichernden Vergabeverfahrens sowie adäquate Rechtsschutz-

---

<sup>30</sup> M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (757); V. Wagner/B. Q. Pfohl, ZfBR 2014, 745 (747). Umfassend R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 123 ff.

<sup>31</sup> Zustimmung M. Opitz, NVwZ 2014, 753 (756 f.). Siehe auch Europäische Kommission, Mitteilung über Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, 2 (5) v. 29.04.2000; O. Reidt/T. Stickler, in: M. Dreher/M. Motzke (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, VOB/A § 22 Rn. 7. Umfassend – mit teils eigenen Akzentuierungen – R. Walz, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, 2010, S. 104 ff.

möglichkeiten.<sup>32</sup> Überdies enthält auch die auf zahlreiche Genehmigungen anwendbare Dienstleistungsrichtlinie entsprechende Regelungen zur Vergabe von Genehmigungen auch unter der Bedingung der Knappheit (siehe namentlich Art. 9, Art. 10–12, Art. 14 Nr. 5 nebst Erwägungsgründen 62 und 66) Richtlinie 2006/123/EG.<sup>33</sup> Dementsprechend hat der EuGH in seinem Urteil in der Rs. Belgacom vom 14.11.2013 bekräftigt:

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Unionsrecht der Behörde, die ihre Tätigkeit überträgt, dieselben Verpflichtungen auferlegen würde, wenn die im Ausgangsverfahren fragliche Vereinbarung den Zessionar nicht verpflichten würde, die übertragene Tätigkeit auszuüben, und somit eine Erlaubnis zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit enthielte. Eine solche Erlaubnis unterscheidet sich in Bezug auf die Verpflichtung zur Beachtung der Grundregeln des Vertrags und der sich daraus ergebenden Grundsätze nicht von einer Dienstleistungskonzession, wenn die Ausübung dieser Tätigkeit auch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Wirtschaftsteilnehmer interessieren könnte.<sup>34</sup>

Mit Blick auf die Dienstleistungsrichtlinie verdient besondere Hervorhebung, dass der EuGH die hier in Frage stehenden Genehmigungsregeln in einem Urteil vom 30.1.2018 auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte für anwendbar erklärt hat.<sup>35</sup> Bereits zuvor hatte der EuGH in der Rs. Belgacom das aus den Grundfreiheiten abgeleitete Transparenzgebot auch inländischen Beteiligten an einem Vergabeverfahren zugesprochen.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Hierzu F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 198 ff.; ders., REALaw 8 (2015), 205; dort (226 ff.) sowie ders., NVwZ 2016, 1535 (1537 f.) spezifisch zum Rechtsschutz.

<sup>33</sup> Näher F. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 156 ff.; ders., REALaw 8 (2015), 205 (247 ff.).

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 33 – Belgacom.

<sup>35</sup> EuGH, verb. Rs. C360/15 und C31/16, ECLI:EU:C:2018:44, Rn. 98 ff. – College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort u.a.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 34 – Belgacom. Kritisch hierzu F. Wollenschläger, Binnenmarktrelevanz statt grenzüberschreitender Aktivität – die Rs. Belgacom als Neujustierung in der Dogmatik der Grundfreiheiten?, in: FS Müller-Graff, 2015, S. 443 (447 ff.); ferner ders., Verteilungsverfahren, 2010, S. 116 ff.

## **Workshop 1: Innovation bei Auftragsvergaben**

### **Statement**



#### **Susanne Kurz**

Kompetenzzentrum innovative Beschaffung, Frankfurt am Main

### **Das Kompetenzzentrum innovative Beschaffung**

Das Kompetenzzentrum innovative Beschaffung (KOINNO) wird vom Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V. (BME) im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) aufgebaut und geführt. Das Kompetenzzentrum informiert öffentliche Beschaffungsstellen über das Potenzial der Beschaffung von Innovationen und schafft u.a. in Form von strategischen Dialogen zwischen Einkauf und Anbietern/Herstellern einen gezielten Austausch über Trends und Entwicklungen in Richtung neuer Technologien, Verfahren und Leistungen. Die Tätigkeitsschwerpunkte des Zentrums sind Information und Beratung sowie Unterstützung der öffentlichen Hand bei der Beschaffung innovativer Produkte, Dienstleistungen und Verfahren.

Aufgabe des Kompetenzzentrums ist es, die Innovationsorientierung der Beschaffung zu stärken, um den Anteil der Beschaffung von Innovationen am Gesamtvolumen der öffentlichen Beschaffung in Deutschland zu erhöhen, wichtige Impulse für Innovationen in die Wirtschaft zu geben und die Verwaltung zu modernisieren. Gemäß dieser Zielsetzung wird damit der Fokus auf die „Nachfrageseite“ (Einkauf) gelegt, das heißt, es wird auf die Marktteilnehmer abgestellt, die letztlich als „Abnehmer“ von innovativen Produkten, Verfahren sowie Dienstleistungen fungieren und damit die entscheidende Rolle für eine nachhaltige und erfolgreiche Platzierung von Innovationen mit Marktdurchdringung einnehmen.



Ein Schwerpunkt der KOINNO-Aktivitäten ist der kostenfreie Beratungsservice für öffentliche Auftraggeber. Ziel ist dabei, die öffentliche Hand beim Aufbau bzw. bei der Umstrukturierung ihrer Einkaufsbereiche hin zu einer effizienten, innovativen und strategischen Beschaffungsstelle zu unterstützen. Beratungen sind zu allen Fragen rund um den innovativen Einkauf möglich, z.B. Bestandsanalyse der Einkaufsorganisation und Ableitung von Handlungsempfehlungen, Optimierung von Beschaffungsprozessen oder Begleitung bei der Durchführung eines konkreten Beschaffungsvorhabens zum Einkauf eines innovativen Produktes.

Derzeit ist das KOINNO-Team in 25 Beratungsprojekten bei Sektorenauftraggebern, in Kommunen und auf Landesebene bundesweit aktiv.

## **Workshop 1: Innovation bei Auftragsvergaben**

### **Statement**



#### **Dr. Katharina Knapton-Vierlich**

Stellvertretende Referatsleiterin, GD Binnenmarkt,  
Industrie, Unternehmen und KMU

### **Innovation im öffentlichen Einkauf – Die europäische Perspektive**

Wir alle wünschen uns innovative Produkte und Leistungen, die den Herausforderungen an die Zukunft gerecht werden. Tatsächlich sind die öffentlichen Beschaffungsmärkte allerdings nicht die erste Adresse, wenn man an Innovation denkt. Meist werden die Gefahren und Schwierigkeiten betont, die mit neuen Wegen einhergehen. Hier ist ein Umdenken notwendig. Öffentliche Auftraggeber werden nicht ohne eine strategische Verankerung, ohne eine Unterstützung durch die Politik bereit sein, sich den vermeintlichen Risiken innovativer Vergabe zu stellen.

Mit der „Guidance on Innovation Procurement“, die die Europäische Kommission im Mai verabschieden wird, möchte sie das Thema auf die Tagesordnung der Vergabepolitik setzen, und sie möchte Anstöße geben und Barrieren abbauen. Wir möchten zeigen, wie sich Beschaffung zum Wohle der Bürger modernisieren lässt.

#### **1. Was ist Innovation im öffentlichen Einkauf?**

Innovation im öffentlichen Einkauf ist etwas Tatsächliches, nicht etwas Rechtliches. Innovative Beschaffung umfasst den Einkauf von innovativen Prozessen, ebenso wie von innovativen Lösungen. Und das in einem weiten Sinne. Eine innovative Lösung muss keine Produktneuentwicklung sein, es muss sich nicht um ein noch nicht marktgängiges Produkt handeln. Innovation ist nicht nur, was mit der Innovationspartnerschaft oder

vielleicht gerade noch dem wettbewerblichen Dialog beschafft wird. Innovation ist kein Selbstzweck. Innovation dient dem Ziel, den öffentlichen Einkauf moderner, leistungsfähiger und professioneller zu gestalten.

## 2. Warum brauchen wir Innovation im öffentlichen Einkauf?

Bei der öffentlichen Auftragsvergabe geht es darum, öffentliche Mittel zum Wohle der Allgemeinheit möglichst effizient einzusetzen. Wir wissen alle, dass das nicht heißen kann „möglichst billig“ zu beschaffen, sondern ein möglichst gutes Preis-Leistungs-Verhältnis zu erreichen. Dabei sollte es selbstverständlich sein, nachhaltige Kriterien, und ökologische und soziale Aspekte zu berücksichtigen. Genau hier hat die innovative Beschaffung ihren Platz.

Innovative Ansätze können umweltfreundlicher und sozial verantwortlicher sein. Sie können bessere Qualität bieten, die den Anforderungen des digitalen Zeitalters besser gerecht wird. Sie können ebenfalls marktsteuernd wirken.

Gleichzeitig kann innovative Vergabe aber auch den Wettbewerb stärken, sie kann die Beschaffungsmärkte für Unternehmen öffnen, denen sie bisher verschlossen waren. Und damit erhöhen sich die Wahlmöglichkeiten für öffentliche Auftraggeber.

Einige praktische Beispiele mögen dies verdeutlichen.

- *Bessere Qualität durch Innovation:* Noch immer binden die Ausgaben für Beleuchtung in den meisten Kommunen erhebliche Mittel. Doch nicht nur dort. Als die Londoner U-Bahn dringend neue Leuchtmittel benötigte, hat sie nicht blind die Leuchtmittel zum Einkauf ausgeschrieben, die in die existierenden Leuchten passen. Kurzfristig wäre dies günstig: Die Leuchtmittel waren günstig; Änderungen am Leuchtenkonzept waren nicht nötig, die Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes war einfach. Glücklicherweise hat ein Beschaffer weitergedacht: Was würde eine solche Beschaffung für die Zukunft bedeuten? Was sind die Energiekosten? Was ist die Lebensdauer der Leuchtmittel? Was ist die Qualität der Beleuchtung? Der Blick über den Tellerrand ermöglichte nur eine Antwort: Wir brauchen ein neues Leuchtkonzept. LEDs zu beschaffen mag nur noch wenigen innovativ erscheinen. Doch wie viele öffentliche Auftraggeber haben diesen Schritt schon gewagt? Hier gibt es immer noch enormes Potential.
- *Gewandelte Bedürfnisse können befriedigt werden:* Der Fuhrpark der öffentlichen Verwaltung einer portugiesischen Stadt bedurfte dringend der Erneuerung. Auch hier ist die einfachste Lösung der Kauf neuer Fahrzeuge. Aber ist das nachhaltig? Ist das effizient? Könnte es nicht andere Lösungen geben? Die Stadt hat stattdessen ein „Mobilitätskonzept“ ausgeschrieben. Sie hat Angebote angefordert, ihre klar

beschriebenen Transportbedürfnisse zu befriedigen. Das Ergebnis ist ein app-gesteuertes „carsharing“-System für die Verwaltung. Es benötigt weniger Autos, die mehr genutzt werden, weniger Betriebskosten verursachen und da sind, wo sie tatsächlich gebraucht werden.

- *Marktsteuerung und -entwicklung:* In Schweden wollten Krankenhäuser nicht länger hinnehmen, dass die von ihnen beschafften Kanülen PVC enthielten. Zu diesem Zeitpunkt gab es lediglich einen Anbieter PVC-freier Kanülen. Doch dies hat sich zwischenzeitlich gewandelt. Heute gibt es zahlreiche Anbieter derartiger Kanülen. Hätten die Krankenhäuser die Anforderung nicht aufgestellt, hätten Anbieter angesichts der großen Marktmacht von Krankenhäusern kaum einen Anreiz gehabt, ihr Angebot umzustellen.
- *Start-up Förderung:* In keinem dieser Beispiele sind traditionelle Auftragnehmer zum Zuge gekommen. In allen Fällen ermöglichte die neue Beschreibung des Beschaffungsbedürfnisses neuen, innovativen Unternehmen den Markteintritt, der ihnen auch als Sprungbrett in die private Wirtschaft dienen kann, und der ihnen ermöglichen kann zu wachsen.

### **3. Wer sind die Driver von Innovation im öffentlichen Einkauf?**

Mehr als in der traditionellen Beschaffung von Standardgütern und -dienstleistungen ist es nicht allein die Beschaffungsstelle, die die innovative Beschaffung vorantreiben kann. Die politische Spitze des öffentlichen Auftraggebers, sei es der Bürgermeister einer kleinen Gemeinde oder der Leiter eines großen Universitätskrankenhauses, muss die Bedingungen schaffen, unter denen die Beschaffungsstelle tatsächlich „out of the box“ denken darf und es auch tut. Beschaffung ist nicht nur eine Aufgabe für diejenigen, die alle rechtlichen Regeln beherrschen und souverän mit dem Wust von Formularen umgehen. Besonders im Fall der innovativen Vergabe zeigt sich, wie sehr Vergabe ein Instrument der Wirtschaftspolitik ist. Ohne politische Unterstützung wird Vergabe nicht innovativer. Daran mangelt es häufig. Ein gutes Beispiel wie man die politische Verantwortung für den öffentlichen Einkauf erhöhen kann ist die Einrichtung des Pariser „Vergabe-Boards“. Es besteht aus gewählten Gemeindevertretern, die vorab nicht nur den Wunschzettel formulieren, sondern auch strategische Entscheidungen über Vergabeart und -ansatz treffen. Sie geben der Verwaltung die Rückendeckung, die sie braucht.

Gleichzeitig kommt natürlich dem Markt große Bedeutung zu. Ohne innovative Projektideen, ohne die Bereitschaft, dem öffentlichen Auftraggeber auch neue Lösungen anzubieten, und sie im Ausnahmefall gemeinsam mit ihm zu entwickeln, wird es den Beschaffungsstellen schwerfallen, innovativer zu beschaffen. Die größte Hürde für Unternehmen dürfte die weit verbreitete Annahme sein, dass sich öffentliche Stellen kaum für innovative Produkte und Verfahren interessieren.

Um beide Seiten zusammenzubringen, hat die Europäische Kommission das Pilotprojekt „Innovation Procurement Broker“ gestartet. Ziel ist es, Beziehungen zwischen öffentlichen Verwaltungen, Forschungseinrichtungen und privaten Unternehmen herzustellen, um das volle Marktpotential aller Beteiligten auszuschöpfen. In dem Pilotprojekt sollen insbesondere Methoden für die erfolgreiche Förderung innovativer Vergabe durch das Schaffen von Verbindungen und Netzwerken entwickelt werden.

#### **4. Wie lässt sich Innovation im öffentlichen Einkauf fördern?**

Innovation lässt sich nicht mit einer Standardlösung fördern. Die Möglichkeiten und Verfahren sind so vielfältig wie die Innovation selbst.

Für eine innovative Beschaffung ist es weder hinreichend noch nötig, eine Innovationspartnerschaft einzugehen. Wo Innovation draufsteht, ist nicht unbedingt Innovation drin.

##### **4.1. Innovationsfreundlich in allen Verfahren**

Innovation ist ein Ziel, kein Verfahren. Jedes Vergabeverfahren kann innovationsfreundlich gestaltet werden.

- Das beginnt mit der *Bedürfnisermittlung*. Es war der oben erwähnten portugiesischen Stadt nur möglich, ihre Mobilitätslösung zu beschaffen, weil sie sich ernsthaft darüber Gedanken gemacht hat, was sie tatsächlich braucht.
- Genauso wichtig ist eine ernsthafte und gründliche *Markterkundung*.
- Im Verfahren selbst geben *funktionale Leistungsbeschreibungen* den Anbietern viel größere Möglichkeiten, andere als die hergebrachten Lösungen vorzuschlagen. LED statt Glühbirnen, Mobilität statt Autos, Rolladen statt Klimaanlage, um nur einige Möglichkeiten zu nennen. Aus europäischer Sicht bestehen gegen die Verwendung funktionaler Leistungsbeschreibungen keinerlei Bedenken.
- Auch die Zulassung von *Varianten* kann helfen, den Markt für neue Lösungen und Verfahren zu öffnen.
- Bei den *Eignungskriterien* sollten öffentliche Auftraggeber immer darauf achten, dass sie jungen und noch nicht am Markt etablierten Unternehmen den Zugang nicht erschweren. Der Nachweis hoher Mindestumsätze (auch das 2fache des Auftragswertes kann häufig viel zu viel sein), langjähriger Erfahrung mit gleichen Aufträgen, oder einer unrealistischen Zahl von Mitarbeitern behindert junge, aufstrebende Unternehmen.

- Und der Preis als einziges *Zuschlagskriterium* ist innovationshemmend. In Deutschland wird er noch viel zu häufig verwandt, meist mit dem Argument, dass er gemeinsam mit einer eindeutigen Leistungsbeschreibung das Risiko für den öffentlichen Auftraggeber verringert und eindeutig das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Für uns ist das ein falscher Ansatz.
- Wo technisch möglich sollten auch die *Lebenszykluskosten* bei der Beschaffung berücksichtigt werden.

Unsere Leitlinien werden hier zahlreiche konkrete Beispiele und Anregungen geben.

#### 4.2. Spezielle Verfahren zur Innovationsförderung

Trotz all dieser Möglichkeiten, in jedem Verfahren Innovation zu fördern, gibt es auch Verfahren, die sich besonders für innovative Beschaffung eignen.

- Das beginnt mit dem *Verhandlungsverfahren mit vorheriger Veröffentlichung*. Es ist u.a. immer dann zulässig, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst. Das Verfahren gibt dem öffentlichen Auftraggeber häufig genau die Flexibilität, die er braucht, ohne Abstriche bei Transparenz und Gleichbehandlung.
- Der *wettbewerbliche Dialog* hingegen ist sicherlich nur für komplexere Vorhaben sinnvoll.



- Insbesondere, aber nicht nur bei der Planung öffentlicher Bauten sind *Wettbewerbe* eine hervorragende Möglichkeit, innovative Lösungen zu entwickeln. Leider werden selbst klassische Architektenwettbewerbe in Deutschland nur relativ selten genutzt.
- Neben diesen Verfahren hat die Richtlinie 2014 zusätzlich die *Innovationspartnerschaft* eingeführt. Hier muss Ziel tatsächlich die Entwicklung eines innovativen Produktes oder einer Dienstleistung sein. Daher wird sie nie ein Massenverfahren werden. Allerdings sollte man das auch nicht zu eng fassen. Die Innovationspartnerschaft ist ein Angebot an öffentliche Auftraggeber, die nach neuen Wegen der Zusammenarbeit mit dem Markt suchen. Insbesondere in Nordeuropa erfreut sie sich schon einer gewissen Beliebtheit.
- Und letztlich steht den öffentlichen Auftraggebern auch noch die von den Vergaberichtlinien nicht erfasste *vorkommerzielle Auftragsvergabe* zur Verfügung. Wie die Innovationspartnerschaft zielt sie ausschließlich auf innovative Lösungen ab. Wie diese kann sie nicht der wesentliche Motor innovativer Vergabe sein.

## 5. Ausblick

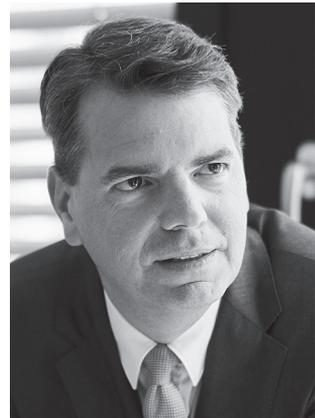
Um Innovation in der öffentlichen Beschaffung zu fördern, bedarf es nur selten besonderer Instrumente, und die haben wir. Unser Ziel ist es vielmehr, beständig dafür zu werben, dass öffentliche Auftraggeber innovative Lösungen für ihre Bürger suchen, die öffentliche Dienstleistungen effizienter machen, modernisieren, kleine und mittlere Unternehmen fördern, und ein besseres Preis-Leistungsverhältnis bieten.

Die Chancen wahrzunehmen, ein Verfahren innovationsfreundlich zu gestalten oder eines der besonderen Verfahren zu nutzen, braucht Erfahrung. Diese Erfahrung kann nicht jede Vergabestelle selbst entwickeln. Deshalb haben wir verschiedene Initiativen ergriffen, Vergabestellen zu helfen. Wir arbeiten an einem europäischen Kompetenzrahmen, der den Beruf des öffentlichen Beschaffers entscheidend professionalisieren wird. Wir stellen e-Kompetenzzentren zur Verfügung. Wir bilden Netzwerke, in denen Erfahrungen ausgetauscht werden können. So gibt es insbesondere die „big buyers“-Initiative, die Einkäufer mit ähnlichen Profilen zusammenbringt.

Dieser kleine Überblick soll anregen und Vergabestellen Mut machen, die Möglichkeiten innovativer Beschaffung viel aktiver zu nutzen.

## **Workshop 2: Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz**

### **Moderation und Einführung**



**Rechtsanwalt Dr. Dominik R. Lück**

Köhler & Klett, Köln

### **1. Hintergrund**

Hersteller und Vertreiber sind verpflichtet, gebrauchte, restentleerte Verpackungen unentgeltlich zurückzunehmen. Dieser Pflicht kommen Hersteller und Vertreiber im Wesentlichen dadurch nach, indem diese sich an einem oder mehreren sogenannten Verpackungsrücknahmesystemen beteiligen. In Deutschland gibt es abhängig vom Bundesland aktuell bis zu zehn Rücknahmesysteme durch Feststellung. Die dualen Systeme sind zur Sammlung (Hol-/Bringsystem) und Verwertung der Verpackungsabfälle verpflichtet. Dies betrifft die Abfallfraktionen Altpapier (Blaue bzw. Grüne Tonne), Leichtverpackungen (Gelber Sack oder Gelbe Tonne) und Glas. Da die dualen Systeme selbst nicht operativ tätig sind, beauftragen diese durch sogenannte Leistungsverträge Dritte mit den Entsorgungsdienstleistungen.

### **2. Ausschreibung der Sammlung von Verkaufsverpackungen**

Die dualen Systeme sind keine öffentlichen Auftraggeber, sodass das Kartellvergaberecht nach §§ 97 ff. GWB keine Anwendung findet. Unter Beachtung des kartellrechtlichen Ausschreibungsgebotes ist aktuell ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen.

Mit Inkrafttreten des Verpackungsgesetzes zum 01.01.2019 finden sich in § 23 VerpackG erstmals umfassende Regelungen zur Ausschreibung dieser Leistungen unter Beachtung der bisherigen Praxis. Angelehnt wird dieses Ausschreibungsverfahren an

das Kartellvergaberecht. Der Anwendungsbereich erstreckt sich nur auf Sammelleistungen, nicht auf Sortier- und Verwertungsleistungen. Die Vergabe hat im Wettbewerb zu erfolgen und in transparenten sowie diskriminierungsfreien Ausschreibungsverfahren.

### 3. Altpapier

Aktuell führt der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Bereich des Altpapiers Vergabeverfahren lediglich für den kommunalen Anteil oder für das gesamte Altpapier (einschließlich Verpackungen aus Altpapier) aus der Altpapiertonne durch. Der erfolgreiche Bieter oder der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger schließen sodann mit den Systemen sogenannte Mitbenutzungsverträge ab.

Ab dem Inkrafttreten des Verpackungsgesetzes wird stets das gesamte Altpapier aus der Altpapiertonne zur Ausschreibung kommen. Diese Vergabe kann sodann gemeinsam nach Kartellvergaberecht erfolgen. Es ist jedoch auch zulässig, dass der jeweils andere mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragt wird.

### 4. Leichtverpackungen/Glas

Die dualen Systeme beauftragen ein einzelnes System mit der Durchführung des Ausschreibungsverfahrens. Der erfolgreiche Bieter schließt sodann mit den übrigen dualen



Systemen Mitbenutzungsverträge ab. Das Vergabeverfahren ist als offenes Verfahren durchzuführen. Lediglich bei ungeeigneten Angeboten kann ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden. Die Bekanntmachung erfolgt nicht im TED, sondern auf einer öffentlich-elektronischen Ausschreibungsplattform. Die Angebotsfrist beträgt 60 Kalendertage. Der Ausschreibungsführer hat Vergabeunterlagen zu erstellen, die den Vergabeunterlagen aus dem Kartellvergaberecht entsprechen.

Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Zudem wird die Wertungsreihenfolge aus dem Kartellvergaberecht verändert, indem auf der ersten Wertungsstufe durch den Betreiber der elektronischen Ausschreibungsplattform das preislich günstigste Angebot ermittelt wird und nur dieses dem Ausschreibungsführer zur Einsichtnahme und weiteren Prüfung der Einhaltung der formalen und inhaltlichen Angaben vorgelegt wird. Grund hierfür ist, dass ein Teil der dualen Systeme sogenannte vertikal integrierte Unternehmen darstellen, die im Eigentum operativ tätiger Entsorgungskonzerne stehen, die sich wiederum regelmäßig selbst an den Ausschreibungen beteiligen. Nach formaler Prüfung erfolgt eine Eignungsprüfung und Preisprüfung. Bei Ausschluss des Angebotes wird dem Ausschreibungsführer das nächstgünstigste Angebot zur Prüfung vorgelegt.

Die unterlegenen Bieter werden mit einer Wartefrist von 15 Tagen über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert. Zur rechtlichen Überprüfung von Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Ausschreibung der Sammelleistungen ist den unterlegenden Bietern unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges die Beantragung eines schiedsgerichtlichen Verfahrens eingeräumt worden. Der Antrag ist binnen einer Frist von 15 Kalendertagen nach dem Absageschreiben schriftlich und begründet bei der Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) einzulegen. Durch Einlegung dieses Antrages tritt ein Zuschlagsverbot ein. Zulässigkeitsvoraussetzung dieses Antrages ist eine Antragsbefugnis, jedoch keine vorherige Rüge.

Das Schiedsgericht wird mit einem Schiedsrichter besetzt. Nach Möglichkeit soll der Schiedsrichter innerhalb von 8 Wochen eine Entscheidung treffen. Eine Beiladung des Bestbieters ist nicht vorgesehen; ebenso keine Übersendung der Vergabeakte durch den Ausschreibungsführer und Akteneinsichtsrechte der Beteiligten.



## **Workshop 2: Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz**

### **Statement**



#### **Oberregierungsrat Dr. Matthias Klein**

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Bonn

### **1. Einleitung: Besondere Wettbewerbssituation auf dem Markt der haushaltsnahen Verpackungsentsorgung**

Die Verpackungsverordnung (VerpackV) und das künftige Verpackungsgesetz (VerpackG) regeln die Umsetzung der Produktverantwortung in Bezug auf alle in Deutschland in den Verkehr gebrachten Verpackungen. Während die Produktverantwortung im industriellen/großgewerblichen Bereich durch individuelle Rücknahme- und Wertungspflichten umgesetzt wird, besteht für Hersteller von befüllten Verkaufs- und Umverpackungen, die typischerweise bei privaten Endverbrauchern als Abfall anfallen, eine Pflicht zur Beteiligung an einem oder mehreren (dualen) Systemen. Die Systeme übernehmen dann die Sammlung bei den privaten Endverbrauchern sowie die anschließende Sortierung und Verwertung. In den ersten Jahren der VerpackV gab es nur ein duales System, die Duales System Deutschland GmbH (DSD). Mittlerweile existieren um die zehn Systeme, die miteinander in einem intensiven Wettbewerb stehen.

Als „Flaschenhals“ in diesem Wettbewerb hat sich seit jeher die haushaltsnahe Sammlung herausgestellt. Ein echter Wettbewerb zwischen den Systemen ist bei der Sammlung praktisch nicht möglich. Denn ein solcher würde voraussetzen, dass jedes System seine eigene Sammelstruktur bei den privaten Endverbrauchern errichtet und betreibt, sprich eine eigene gelbe Tonne vor jedes Haus stellt. Das wäre zwar mit der VerpackV und dem zukünftigen VerpackG vereinbar, aber in dem meisten Gebieten bereits aus

Platzgründen kaum realisierbar – und wohl auch den Bürgerinnen und Bürgern nicht vermittelbar.

Aus diesem Grunde gestattet das Gesetz – gewissermaßen als kartellrechtliche Ausnahme – im Hinblick auf die Verpackungssammlung ein Zusammenwirken der Systeme, wovon bisher auch in aller Regel Gebrauch gemacht wurde. Die Systeme verwenden daher nur eine gemeinsame gelbe Tonne, die im Auftrag aller Beteiligten geleert wird. Das hat jedoch die – wettbewerbsrechtlich nachteilhafte – Folge, dass die Systeme bei der Vergabe der Sammelleistung in einem bestimmten Entsorgungsgebiet immer als ein monopolartiger Nachfrageblock auftreten, weshalb der Gesetzgeber hier keine freie Auftragsvergabe zulassen wollte, sondern im neuen § 23 VerpackG die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens angeordnet hat.

Die vorgenannten wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten gelten im Übrigen nicht für die nachfolgende Sortierung und Verwertung der Verpackungsabfälle, weil die Verpackungsabfälle nach der Sammlung problemlos entsprechend den Marktanteilen auf die einzelnen Systeme aufgeteilt werden können, sodass jedes System anschließend seinen Verpackungsanteil eigenverantwortlich verwerten kann. Im Hinblick auf die Sortierung und Verwertung konkurrieren die Systeme nicht nur untereinander, sondern auch mit den Sammlern anderer Abfallarten, so dass ein Ausschreibungsverfahren hier nicht erforderlich ist. Kartellrechtlich wäre es sogar unzulässig, die Ausschreibung der Sammelleistung mit der anschließenden Sortierung und Verwertung zu verknüpfen, weil dadurch der Wettbewerb zwischen den Systemen zu stark beschränkt würde.

## **2. Bisherige Ausschreibung nach der VerpackV**

Die VerpackV enthält keine konkreten Vorgaben für die Durchführung einer Ausschreibung von Sammelaufträgen durch die Systeme. Gleichwohl geht auch schon die VerpackV von einer Vergabe der Entsorgungsdienstleistungen im Wettbewerb aus. Dementsprechend wird die „wettbewerbsneutrale Koordination der Ausschreibungen“ in § 6 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 VerpackV als eine Aufgabe der Gemeinsamen Stelle der Systeme festgelegt. Da die Systeme – wie oben beschrieben – eine monopolartige Stellung bei der haushaltsnahen Sammlung der Verpackungsabfälle innehaben, wurde diese Pflicht materiell-rechtlich vor allem aus dem Kartellrecht hergeleitet, insbesondere aus den §§ 19 und 20 GWB, aber auch aus dem europäischen Wettbewerbsrecht.

Das genaue Ausschreibungsverfahren für die Glas- und Leichtverpackungen hatten die Systeme in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt in einem eigenen „Vertrag über die Grundlagen der Ausschreibung von Verträgen über die Erfassung von Glas- und Leichtverpackungen“ (sog. Ausschreibungsvertrag) geregelt. Die Erfassung der PPK-Verpackungen wurde dagegen grundsätzlich nicht durch die Systeme ausgeschrieben. Da diese in der Regel zusammen mit dem kommunalen Altpapier gesammelt werden, be-

auftragten die Systeme das vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Altpapiersammlung ausgewählte Entsorgungsunternehmen jeweils individuell für ihren eigenen Verpackungsanteil.

Die bisherige Praxis sorgte zwar für ein einigermaßen transparentes Ausschreibungsverfahren, erforderte jedoch für jede Anpassung und Konkretisierung des Verfahrens ein Einvernehmen aller Systeme bei gleichzeitiger Billigung durch das Bundeskartellamt. Hinzu kamen Beschwerden von Seiten der kommunalen, aber auch der privaten Entsorgungswirtschaft, wonach es häufig zu Unregelmäßigkeiten bei der Ausschreibung gekommen sei, z. B. zu Nachverhandlungen mit dem Bestbieter, und der Bieterschutz nur unzureichend ausgestaltet sei, was sich nicht zuletzt anhand der geringen Anzahl von Rechtsschutzverfahren zeigte.

### **3. Überlegungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens**

Das Bundesumweltministerium als federführendes Ressort für das Gesetzesvorhaben wurde mit zwei gegensätzlichen Ansätzen im Hinblick auf die Regelung der Vergabe der Sammelleistung konfrontiert. Auf der einen Seite war die, vor allem von den Systemen vorgetragene, Forderung, das bisherige Ausschreibungsverfahren so zu belassen wie es ist. Diese schlanke Lösung hätte auf dem bereits existierenden Ausschreibungsvertrag der Systeme aufbauen und gegebenenfalls grobe Rahmenbedingungen im VerpackG verankern können. Eines eigenen Vergaberechtsparagrafen hätte es dafür aber vermutlich nicht bedurft. Die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der vertraglichen Regelungen hätte dann weiterhin beim Bundeskartellamt gelegen.

Auf der anderen Seite standen Forderungen, vor allem von den Kommunen und Ländern, die Systeme weitestgehend wie öffentliche Auftraggeber nach dem GWB zu behandeln, so dass sie grundsätzlich dem Kartellvergaberecht unterworfen wären. Diese Forderungen waren vor allem begründet mit der Erwartung, dass es dadurch zu transparenteren und faireren Vergabeverfahren kommen würde. Auch erhofften sich die Kommunen und Länder eine stärkere Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Kriterien bei der Auftragsvergabe, was insbesondere nach der Vergaberechtsnovelle in noch größerem Maße zulässig ist und im Ergebnis die Chancen der kommunalen Bieter gegenüber denjenigen der privaten Entsorgungsunternehmen erhöht hätte. Schließlich würde eine vollumfängliche Anwendung des Kartellvergaberechts auch das Nachprüfungsverfahren beinhalten, welches die Durchsetzung der Bieterrechte im Vergleich zu dem bisherigen Schiedsverfahren deutlich erleichtert hätte.

Diesen Forderungen nach einer Gleichbehandlung der dualen Systeme mit öffentlichen Auftraggebern im Sinne des GWB hielt jedoch das Bundeskartellamt erhebliche wettbewerbsrechtliche Bedenken entgegen. So müsse der Auftraggeber im öffentlichen Vergabeverfahren grundsätzlich eine genaue Auswertung aller eingegangenen Angebote

vornehmen, insbesondere, wenn er eine komplexe Bewertungsmatrix vorgegeben hat. Das sei jedoch höchst problematisch im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich bei den dualen Systemen um Wirtschaftsunternehmen handele, die zum Teil eigene Entsorgungsunternehmen im Konzern eingebunden haben (sog. vertikal integrierte Systeme). Durch eine Angebotsauswertung nach dem Vergaberecht könnten solche Systeme wettbewerbsrelevante Informationen, vor allem die Kostenkalkulation, von Bietern und zugleich potentiellen Wettbewerbern im Entsorgungsbereich erhalten. Außerdem wurde eingewandt, dass ein förmliches Vergabeverfahren für private Unternehmen zu umständlich und aufwändig sei (z. B. EU-weite Ausschreibung, Dokumentationspflichten etc.) und auch das Nachprüfungsverfahren des GWB dem Bedürfnis einer raschen Klärung von Streitigkeiten im Wirtschaftsverkehr, insbesondere in der Entsorgungswirtschaft, nicht entspreche.

#### **4. „Kompromisslösung“ im VerpackG**

Der Gesetzgeber hat sich in § 23 VerpackG am Ende für eine eigene Lösung entschieden, welche die Bedenken des Bundeskartellamtes größtenteils aufgreift, im Ergebnis aber gleichwohl eine sehr weitgehende Angleichung des verpackungsrechtlichen Ausschreibungsverfahrens an das Kartellvergabeverfahren erreicht. Die Systeme werden also weder wie öffentliche Auftraggeber nach dem GWB behandelt noch erfolgt eine vollumfängliche Verweisung in das Kartellvergaberecht. Vielmehr enthält § 23 VerpackG in seinen 11 Absätzen zunächst ein eigenes Vergabeverfahren, sozusagen ein Vergaberecht sui generis. Dieses ist jedoch fast genauso aufgebaut wie das offene Verfahren nach § 15 VgV. Bei genauem Hinsehen fällt sogar auf, dass viele Formulierungen eins zu eins mit den entsprechenden Passagen im GWB bzw. der VgV übereinstimmen.

An einigen Stellen weicht § 23 VerpackG jedoch auch deutlich von seinem kartellvergaberechtlichen Pendant ab, nämlich dort, wo dies aus den oben genannten wettbewerbsrechtlichen Gründen geboten ist. So muss beispielsweise die Auftragsbekanntmachung gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 VerpackG unabhängig vom Schwellenwert immer über eine spezielle elektronische Ausschreibungsplattform erfolgen; eine EU-weite Auftragsbekanntmachung ist dagegen nicht zwingend vorgesehen. Außerdem hat der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot zu erfolgen, sondern gemäß § 23 Abs. 5 VerpackG ausschließlich auf das preislich günstigste Angebot. Dadurch muss der Auftraggeber nicht alle eingegangenen Angebote sichten und bewerten, sondern ihm wird vom Betreiber der Ausschreibungsplattform lediglich das preisgünstigste Angebot vorgelegt, welches er dann nur noch auf die Eignung des Bieters und die Vollständigkeit sowie fachliche und rechnerische Richtigkeit prüfen muss. Schließlich wurde auch auf ein staatliches Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer mit anschließender Beschwerdemöglichkeit zum Oberlandesgericht verzichtet. Stattdessen wird der Pri-

märrechtsschutz gegen Ausschreibungsfehler von einem privaten Schiedsgericht wahrgenommen.

Ergänzend dazu werden in § 23 Abs. 11 VerpackG zahlreiche Vorschriften des Kartellvergaberechts für entsprechend anwendbar erklärt. Da sich der Verweis auf die jeweils geltende Fassung des GWB und der VgV bezieht (sog. gleitende bzw. dynamische Verweisung), werden mögliche Änderungen der Bezugsnormen automatisch mit übernommen. Außerdem kann die zu den in Bezug genommenen Normen ergangene Rechtsprechung und vorhandene Literatur ebenfalls entsprechend herangezogen werden. Auf diese Weise erhält das neue „Verpackungsvergaberecht“ eine deutlich höhere Regelungsdichte und lässt sich aufgrund der vielen Bezüge zum bereits bekannten Kartellvergaberecht auch in der Praxis rechtssicher anwenden. Die entsprechende Anwendbarkeit nach § 23 Abs. 11 VerpackG endet allerdings dort, wo in den Absätzen 1-10 ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. In diesen Fällen treten die Vorschriften des GWB und der VgV als subsidiär hinter den spezielleren Vorgaben des § 23 VerpackG zurück.



## **Workshop 2: Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz**

### **Statement**



#### **Dr. Hendrik Reffken**

Schindler Deutschland AG & Co. KG, Berlin

### **Übersicht**

Die folgenden drei Fragen zum Thema Vergaberecht im Verpackungsgesetz sollen nachfolgend näher beleuchtet werden:

1. Gab es einen Bedarf für die gesetzliche Regelung dieser Materie im Verpackungsgesetz?
2. Ist das öffentliche Vergaberecht die passende Lösung für die Ausschreibungen der dualen Systeme?
3. Das Verpackungsgesetz sieht als Rechtsschutzmittel für unterlegene Bieter ein Schiedsverfahren unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges vor. Was ist hierbei aus Sicht der dualen Systeme zu bedenken?

#### **Gab es einen Bedarf für eine gesetzliche Regelung?**

Die dualen Systeme haben schon in der Vergangenheit die Erfassungsleistungen in einem an das öffentliche Vergaberecht angelehnten Verfahren ausgeschrieben. Die Leistungen wurden nicht freihändig vergeben, sondern im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien offenen Ausschreibungsverfahrens, an dessen Ende der Bieter mit dem preislich niedrigsten Angebot den Zuschlag erhielt. Ungeeignete Bieter konnten ausgeschlossen werden. Grundlage für dieses Verfahren bildete ein 2010/2011

zwischen den dualen Systemen geschlossener Ausschreibungsvertrag, in dem die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens geregelt waren. Da das Bundeskartellamt für eine kartellrechtskonforme Kooperation der dualen Systeme bei der Erfassung der Verpackungsabfälle die Existenz eines entsprechenden diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens verlangte, konnten sich die dualen Systeme auch nicht ohne Weiteres wieder von dem geschlossenen Ausschreibungsverfahren lossagen. Dieser hatte für die Beteiligten aufgrund der kartellrechtlichen Rahmenbedingungen faktisch einen Stellenwert, der dem eines Gesetzes sehr nahe kam. Der Ausschreibungsvertrag könnte insofern auch als „gesetzsetzendes Vertragsrecht“ bezeichnet werden. Soweit ersichtlich, funktionierte das im Ausschreibungsvertrag geregelte Verfahren recht gut und gab keinen Anlass für größere Kritik.

Gegenüber dem EU-Vergaberecht wies der Ausschreibungsvertrag jedoch eine gravierende Lücke auf: Er kannte keinen speziellen an die engen zeitlichen Fristen angepassten Vergaberechtsschutz für unterlegene Bieter. Diese Lücke schließt nun der § 23 Verpackungsgesetz (VerpackG), der die vergaberechtlichen Vorschriften des Verpackungsgesetzes enthält. Unterlegene Bieter, die eine Verletzung ihrer Rechte durch Nichtbeachtung der Bestimmungen zum Ausschreibungsverfahren geltend machen, können nun die Ausschreibung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch ein Schiedsgericht im Rahmen eines Verfahrens nach der DIS-Schiedsgerichtsordnung prüfen lassen (§ 23 Abs. 8 und 9 VerpackG).

Damit wird das bestehende Ausschreibungsrecht der dualen Systeme um ein ganz wesentliches Element erweitert. Eine gesetzliche Regelung dieser Materien bietet gegenüber der bisherigen Hilfskonstruktion „gesetzsetzendes Vertragsrecht“ für alle Beteiligten zudem ein höheres Maß an Rechtssicherheit. Die Frage, ob ein Bedarf für eine gesetzliche Regelung bestanden hat, lässt sich daher im Ergebnis wohl mit Ja beantworten.

### **Ist das öffentliche Vergaberecht die passende Lösung?**

Wie in allen anderen Wirtschaftsbereichen auch, gibt es unter den dualen Systemen sogenannte vertikal integrierte Unternehmen. Die Unternehmensgruppe betreibt somit nicht nur ein duales System, sondern sie ist mit anderen Tochtergesellschaften auch auf den nachgelagerten Märkten der Erfassung und Sortierung von Verpackungsabfällen tätig. Dass eine solche vertikale Integration nicht nur zulässig, sondern auch verfassungsrechtlich geschützt ist, steht vor dem Hintergrund der Existenz der Grundrechte der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz) und der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz) außer Frage. Diese vertikale Integration hat zur Konsequenz, dass bei der Ausschreibung eines dualen Systems unter den Bietern auch solche sein können, die mit dem jeweils ausschreibenden dualen System gesellschaftsrechtlich

verbunden sind. Dies führt aus Sicht eines Dritten zu einem gewissen Spannungsverhältnis, insbesondere unter den Gesichtspunkten der Diskriminierungsfreiheit und des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen.

Im öffentlichen Vergaberecht stellt sich ein solches Spannungsverhältnis in der Regel bereits deshalb nicht ein, weil öffentliche Auftraggeber im Falle der Existenz eines rein kommunalen Unternehmens dieses direkt und ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragen dürfen (Inhouse-Vergabe). Bei den Systemausschreibungen ist die Inhouse-Vergabe für vertikal integrierte Systeme hingegen derzeit nicht vorgesehen, sodass das Spannungsverhältnis anderweitig zu minimieren ist. Dies ist ein Grund, warum das öffentliche Vergaberecht auch nicht 1:1 auf die Systemausschreibungen übertragen werden konnte, sondern im Rahmen des § 23 VerpackG an einigen wesentlichen Stellen modifiziert werden musste.

Folgende Abweichungen sind in diesem Zusammenhang u.a. zu nennen: Anders als das öffentliche Vergaberecht erlaubt der § 23 Abs. 5 VerpackG kein anderes Wertungskriterium als den Preis. In den Prozess der Auswertung der Angebote ist zudem ein unabhängiger Dritter eingeschaltet, der die Angebote entgegennimmt und dem Auftraggeber nur Einblick in das Angebot des Bestbieters bieten darf. Eine Aufteilung in Fach-Lose (wie etwa eine Losaufteilung in Behältergestaltung und Logistik) sieht der § 23 VerpackG nicht vor. Der entsprechende Verweis auf § 97 Abs. 4 GWB fehlt. Diese wesentlichen Änderungen zeigen, dass sich das öffentliche Vergaberecht nur bedingt für die Systemausschreibungen eignet. Abzuwarten bleibt überdies, ob es zukünftig zu Konflikten an den Stellen kommen wird, an denen dem Auftraggeber aufgrund der Anwendung von Vorschriften aus dem öffentlichen Vergaberecht ein Ermessen bzw. ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, etwa beim Ausschluss von Bestbiestern gemäß der §§ 124, 125 GWB, auf die der § 23 Abs. 11 VerpackG ausdrücklich verweist.

### **Was ist im Zusammenhang mit dem DIS-Schiedsverfahren zu beachten?**

Nach § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG können unterlegene Bieter die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch ein Schiedsgericht im Rahmen eines DIS-Schiedsverfahrens überprüfen lassen. Der ordentliche Rechtsweg soll nach § 23 Abs. 9 VerpackG insoweit ausgeschlossen sein. Ob eine solche gesetzlich angeordnete «Privatisierung der Rechtsprechung», die den Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit betrifft, mit dem Grundgesetz vereinbar ist, bedarf noch einer intensiveren verfassungsrechtlichen Diskussion. Um verfassungsrechtlichen Risiken zu begegnen, sollten die dualen Systeme sich jedenfalls nicht nur auf die gesetzliche Zuweisung in § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG verlassen, sondern eine entsprechende Schiedsabrede auch zum Gegenstand ihrer Ausschreibungsbedingungen machen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ergibt sich dann zumindest auch aus der Abrede der Parteien, so dass es auf die Wirksamkeit des § 23 Abs.

8 und 9 VerpackG gegebenenfalls nicht mehr ankäme. Da die dualen Systeme gemäß § 23 Abs. 10 VerpackG ohnehin aufgefordert sind, Einzelheiten zum Ausschreibungsverfahren per Vertrag zu regeln, könnte dieser Punkt im neuen Ausschreibungsvertrag mitgeregelt werden.

Dort müsste auch noch eine Lösung für das folgende Problem gefunden werden: Schiedsverfahren und ihre Verfahrensordnungen sind primär zur Lösung von Konflikten zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien konzipiert. Vergaberechtliche Streitigkeiten über die beabsichtigte Zuschlagserteilung betreffen hingegen grundsätzlich drei Parteien: den Auftraggeber, den unterlegenen Bieter und den Bestbieter, wobei zwischen dem unterlegenen Bieter und dem Bestbieter kein Vertragsverhältnis und damit auch keine Schiedsabrede existiert.

Da der Ausgang eines vom unterlegenen Bieter eingeleiteten vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gemäß der §§ 155 ff. GWB zu Lasten des Bestbieters gehen kann, ist dieser in der Regel zwingend beizuladen. Das Instrument der Beiladung ist der DIS-Schiedsordnung jedoch fremd. Auch hier dürfte es für die dualen Systeme hilfreich sein, im Rahmen der Ausschreibungsbedingungen und im Rahmen des neu abzuschließenden Ausschreibungsvertrags nach § 23 Abs. 10 VerpackG eine Regelung zu treffen, wonach es dem Bestbieter ermöglicht wird, an einem etwaigen Schiedsverfahren nach § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG teilzunehmen.

## **Workshop 3: Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes**

### **Moderation und Einführung**



#### **Rechtsanwalt Dr. Friedrich Ludwig Hausmann**

PwC Legal AG, Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

herzlichen Dank an das forum vergabe für die Einladung, bei den forum vergabe Gesprächen das Podium zum Thema „Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots“ zu moderieren. Ich freue mich, mit Ihnen über Risiken und Möglichkeiten im Rahmen der Angebotswertung zu diskutieren. Im Rahmen des Podiums haben wir endlich einmal die Gelegenheit, abseits der inzwischen mehr als breit getretenen Betrachtungen der neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung zu erörtern, was das wirtschaftlichste Angebot im öffentlichen Auftragswesen ist und welche Möglichkeiten öffentliche Auftraggeber haben, im Vergabewettbewerb das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.

So ganz werde ich Ihnen einen Rückblick auf die juristischen Wirrungen aber nicht ersparen: Fragen der Angebotswertung haben das Vergaberecht in den letzten Jahren stark geprägt und für viel Diskussionsstoff gesorgt. Die Pflicht zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung folgt zunächst aus § 127 Abs. 4, 5 GWB sowie § 58 Abs. 3 VgV. Wesentlicher Diskussionspunkt war hier lange die Wertung anhand abstrakter Wertungssysteme, vor allem die Schulnotenrechtsprechung des OLG Düsseldorf. Dieses gestand öffentlichen Auftraggebern ursprünglich einen weiten Spielraum bei der Wertung von Angeboten zu und änderte plötzlich seine Rechtsprechung zu einer wesentlich strengeren Linie: Dabei erklärte es die Verwendung von „Schulnoten“ oder vergleichbaren Bewertungsgraden als nicht ohne Weiteres mit den vergaberechtlichen Bewertungsmaßstäben vereinbar. Das Gericht vollzog im vergangenen Jahr 2017

hier zuletzt nach der Dimarso<sup>1</sup> Entscheidung des EuGH einen deutlichen Schwenk zurück. Insbesondere müsse es einem Bieter nicht mehr im Vorhinein möglich sein, zu erkennen, welchen bestimmten Erfüllungsgrad sein Angebot auf der Grundlage der Zuschlagskriterien erreichen muss, um mit einer bestimmten Notenstufe bewertet zu werden.<sup>2</sup> Auf der Grundlage einer den vergaberechtlichen Anforderungen genügenden Leistungsbeschreibung müssten die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung insbesondere bei funktionalen Ausschreibungen jedoch so gefasst sein, dass die Bieter erkennen können, was der Auftraggeber von ihnen erwarte.<sup>3</sup>

Der BGH hat daraufhin ebenfalls entschieden, dass bei der Angebotswertung mehr Spielraum herrschen soll.<sup>4</sup> Es stehe den Grundsätzen des § 97 Abs. 1 GWB im konkreten Fall nicht entgegen, wenn die Vergabeunterlagen keine konkretisierenden Angaben dazu enthalten, wovon die für einzureichende Konzepte zu erzielende Punktzahl abhängen soll.<sup>5</sup> Weitergehende Erklärungen und konkretisierende Informationen hätten



<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 14.07.2016, C-6/15 – TNS Dimarso.

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.3.2017 – VII-Verg 39/16, NZBau 2017, 296, Rn. 32.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.3.2017 – VII-Verg 39/16, NZBau 2017, 296, Rn. 31.

<sup>4</sup> BGH Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17.

<sup>5</sup> BGH Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17, Rn. 39.

zur Folge, dass dem Auftraggeber durch die Vorgabe von Lösungswegen die Möglichkeit der (teil-) funktionalen Ausschreibung genommen würde.<sup>6</sup> Gleichzeitig müsse der Wertungsvorgang selbst die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz strikt wahren. Eine sorgfältige Dokumentation müsse dies erkennen lassen und belegen.<sup>7</sup>

Dem folgend schloss sich z.B. die VK Baden-Württemberg an und entschied, dass die bloße Bekanntgabe einer „Spannbreite“ den Anforderungen an die Transparenz nicht genüge.<sup>8</sup> Eine fehlende Dokumentation gehe dabei zulasten des Auftraggebers, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Bewertungsmethode erst nach Abgabe der Angebote festgelegt worden ist.<sup>9</sup>

Die Entwicklungen der Rechtsprechung sind in vielen Teilen begrüßenswert und stärken die Möglichkeiten von öffentlichen Auftraggebern, funktionale Ausschreibungen zu nutzen, um Innovationspotenzial und die umfassende Kenntnis des Marktes im Rahmen von Ausschreibungen zu berücksichtigen. Im Vordergrund steht dabei immer die Frage, anhand welcher Kriterien der öffentliche Auftraggeber zur Ermittlung des „wirtschaftlichsten Angebots“ kommt. Zugleich hat die Volte der Rechtsprechung für viel Wirbel gesorgt, der den Blick von vielen weitergehenden Fragen bei der Gestaltung und Anwendung von Zuschlagskriterien ablenkt.

Angesichts des heutigen illustren Podiums mit Herrn Prof. Dr. Michael Eßig von der Universität der Bundeswehr in München, Herrn Clemens Dicks, wirtschaftlicher Berater für öffentliche Beschaffung bei KPMG und Herrn Dr. Andreas Clément von der Deutschen Bahn AG reicht die Expertise breit von der Wissenschaft zur handfesten Praxis. Ich würde mir eine Diskussion insbesondere zu folgenden Punkten wünschen:

- Ist die weit verbreitete Annahme richtig, dass ein Großteil der öffentlichen Aufträge nur mit dem Zuschlagskriterium bester Preis vergeben wird?
- Wenn ja, warum haben offenbar so viele öffentliche Auftraggeber Schwierigkeiten, weitere Zuschlagskriterien zu definieren und anzuwenden?
- Unter welchen Umständen greift ein großer und hochprofessioneller öffentlicher Auftraggeber wie die Deutsche Bahn zu Zuschlagskriterien zusätzlich zum besten Preis?
- Wie ermittelt man treffende Kriterien, um das „wirtschaftlichste“ Angebot zu bestimmen? Kann die Forschung den Praktikern helfen?

---

<sup>6</sup> BGH Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17, Rn. 46.

<sup>7</sup> BGH Beschl. v. 04.04.2017 – X ZB 3/17, Rn. 52, 53.

<sup>8</sup> VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 08.06.2017 – 1 VK 14/17, Rn. 108.

<sup>9</sup> VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 08.06.2017 – 1 VK 14/17, Rn. 111.

- Kann die Praxis etwas aus der Diskussion um die Schulnotenrechtsprechung mitnehmen?
- Die Bietersicht: Können Bieter nur die Wünsche des Auftraggebers erraten oder was muss man wissen, um das Angebot optimal zu gestalten?

Mit einem Blick über die Grenzen möchte ich zwei Anregungen aus Österreich aufnehmen: Dort werden nicht nur Architektenwettbewerbe von Jurys entschieden, sondern der Einsatz von unabhängigen Expertengremien erfolgt auch häufig etwa zur Bewertung technischer Zuschlagskriterien.

- Wer bewertet beim öffentlichen Auftraggeber die Angebote und wendet die Zuschlagskriterien an? Können Bewertungsgremien („Jurys“) auch außerhalb von Architektenwettbewerben sinnvoll eingesetzt werden und erleichtern solche Jury-Entscheidungen möglicherweise Begründungs- und Dokumentationspflichten?

Ebenfalls in Österreich bin ich auf Rechtsprechung gestoßen, die sich mit der Verknüpfung von Zuschlagskriterien und Vertrag befasst. Danach wurden Zuschlagskriterien für vergaberechtmäßig erklärt, deren Berücksichtigung im Angebot nicht vom Auftraggeber im Auftragsfall auch vertraglich durchgesetzt werden können:

- Zuschlagskriterien als Luftnummer? Wie stellen Auftraggeber sicher, dass die bewerteten Aspekte eines Angebots auch zu einer entsprechend vorteilhaften Leistung führen?

Ich freue mich auf eine spannende Diskussion!

## **Workshop 3: Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes**

### **Statement**



#### **Prof. Dr. Michael Eßig**

Universität der Bundeswehr, München  
Forschungszentrum für Recht und Management in der  
öffentlichen Beschaffung

### **1. Grundlagen der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht und aus betriebswirtschaftlicher Perspektive**

#### **1.1 Wirtschaftlichkeit und das wirtschaftlichste Angebot**

Entsprechend Eßig et al (2018), zeichnet sich die öffentliche Beschaffung dadurch aus, „dass die beschaffende Institution dem öffentlichen Sektor im weiteren Sinne angehört und daher bei der Beschaffung zwingend das Vergaberecht als Ordnungsrahmen zum Einsatz kommen muss.“<sup>1</sup> Dabei ist die Wirtschaftlichkeit – sowohl als Grundprinzip der öffentlichen Auftragsvergabe<sup>2</sup> als auch im Zuge der Zuschlagserteilung bzw. als „Oberbegriff“ aller Zuschlagskriterien<sup>3</sup> – ein zentraler Aspekt des Vergaberechts. Demzufolge muss die rechtswissenschaftliche Perspektive der öffentlichen Beschaffung um eine betriebswirtschaftliche Perspektive erweitert werden.

Ausgangspunkt der dargestellten Thematik ist die vergaberechtliche Perspektive auf Basis von § 97 Abs. 1-4 GWB, welcher die Wirtschaftlichkeit als Grundsatz der öffentlichen Auftragsvergabe beschreibt:

<sup>1</sup> Eßig/von Deimling/Schaupp (2018), Lebenszykluskosten und Wirtschaftlichkeit: Erste empirische Befunde aus betriebswirtschaftlicher Perspektive, in Vergaberecht, Heft 2a/2018, S. 237-244.

<sup>2</sup> Vgl. Burgi (2018), Vergaberecht: Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl., München 2018, S. 78 f.

<sup>3</sup> Vgl. Burgi (2018), Vergaberecht: Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl., München 2018, S. 201 f.

1. Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die *Grundsätze der Wirtschaftlichkeit* und der *Verhältnismäßigkeit* gewahrt.
2. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
3. Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.
4. Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.

Demgegenüber erläutert § 58 Abs. 1-2 VgV die Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium im Zuge der Vergabeentscheidung:

„(1) Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das *wirtschaftlichste Angebot* erteilt.

(2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten *Preis-Leistungs-Verhältnisses (...)*“

Durch die Erweiterung auf eine ökonomische Perspektive ergeben sich nach Eßig et al (2018) für den dargestellten Sachverhalt verschiedene Begriffsstellungen der Wirtschaftlichkeit als Erkenntnisobjekt der Betriebswirtschaftslehre. Dabei werden bspw. häufig die Begriffe „unwirtschaftlich“ und „nichtwirtschaftlich“ in der Umgangssprache synonym genutzt.<sup>4</sup>

Im Bereich der öffentlichen Beschaffung ist dies allerdings nicht angemessen, da auf Basis der betrieblichen Zielsetzungen laut GWB einerseits zwischen „Wirtschaftlich“ gegenüber „Nicht-(Erwerbs-)Wirtschaftlich“ zu unterscheiden ist. Nichtwirtschaftlich sind dabei Institutionen, die keine Umsatzerlöse erwirtschaften und/oder keine Gewinnerzielungsabsicht haben. Auf dieser Basis lassen sich privatwirtschaftliche Auftraggeber der wirtschaftlichen Perspektive zuordnen, wohingegen der öffentliche Auftraggeber sich in dem nichtwirtschaftlichen Bereich zuordnen lässt.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. Eichhorn/Merk (2016), Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 4. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 22 f.

<sup>5</sup> Vgl. Eßig/von Deimling/Schaupp (2018), Lebenszykluskosten und Wirtschaftlichkeit: Erste empirische Befunde aus betriebswirtschaftlicher Perspektive, in Vergaberecht, Heft 2a/2018, S. 237-244.

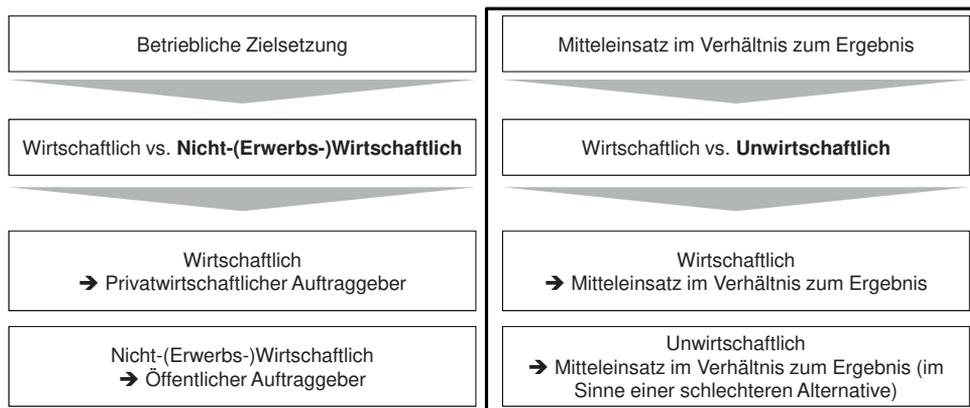


Abbildung 1: Abgrenzung der Begriffe „Nichtwirtschaftlich“ und „Unwirtschaftlich“<sup>6</sup>

Auf Basis der Ausführungen der VgV beschreiben Eßig et al (2018) zudem, dass aus betriebswirtschaftlicher Perspektive der Mitteleinsatz im Verhältnis zum Ergebnis gesehen wird, weshalb sich eine Unterscheidung in „Wirtschaftlich“ gegenüber „Unwirtschaftlich“ ergibt. Als unwirtschaftlich wird dabei das Verhältnis von eingesetzten Mitteln (Gütereinsatz, Kosten) zum Ergebnis (Güterausbildung, Leistung) bezeichnet, der für den jeweilig vorliegenden Einzelfall als nicht optimal angesehen wird. Hinsichtlich der Lieferantenauswahlentscheidung im Zuge der öffentlichen Auftragsvergabe bedeutet der Begriff des „wirtschaftlichsten Angebots“ folglich, die Auswahl des entsprechenden Angebots mit dem besten Verhältnis von Kosten zur Leistung, im Vergleich zu allen alternativen (eingegangenen) Angeboten. Dementsprechend werden alle anderen Angebote als unwirtschaftlich angesehen. Zusammengefasst sollten in der öffentlichen Beschaffung nicht (erwerbs)wirtschaftlich handelnde Auftraggeber durch die Anwendung des Vergaberechts zu nicht unwirtschaftlichem Handeln veranlasst werden.<sup>7</sup>

## 1.2 Systematisierung von Wirtschaftlichkeit

Neben der unterschiedlichen Interpretation des Wirtschaftlichkeitsbegriffs im Vergaberecht, bedarf es einer weiteren Systematisierung der Wirtschaftlichkeit, welche in Form des Wirtschaftlichkeitswürfels nach Eßig (2018) vorgenommen werden kann. Insgesamt können dabei drei die Systematisierungsdimensionen auf Basis der vergaberechtlichen Regelungen bestimmt werden:

<sup>6</sup> In Anlehnung an Eichhorn/Merk (2016), Das Prinzip Wirtschaftlichkeit, 4. Aufl., Wiesbaden 2016, S. 23.

<sup>7</sup> Eine sehr detaillierte Analyse dieser Thematik findet sich in: Eßig (2018), Öffentliche Beschaffung, in: Corsten/Gössinger/Spengler (Hrsg.), Handbuch Produktions- und Logistikmanagement in Wertschöpfungsnetzwerken, S. 481 - 500.

- *Dimension 1 – Bewertungsbezug:* Da das Vergaberecht zwar Wirtschaftlichkeit als „bestes Preis-Leistungs-Verhältnis“ definiert, aber trotzdem zulässt, dass als bewertungsbezogenes Zuschlagskriterium nur der Preis bzw. die Einsatzgröße (Nur-Preis- bzw. Nur-Kosten-Vergabe) oder nur die Leistung bzw. die Ergebnisgröße („ausschließlich leistungs-bezogene Zuschlagskriterien“) zum Einsatz kommen, ist in Einsatzgröße(n) (Input) und Ergebnisgröße(n) (Output) zu unterscheiden.
- *Dimension 2 – Ebenenbezug:* Diese Unterscheidung ergibt sich aus der Vermischung des §58 (2) VgV von pekuniärer und kalkulatorischer Einsatzgröße („Preis oder Kosten“).
- *Dimension 3 – Zeitbezug:* Da die Kosten als Einsatzgröße vergaberechtlich sowohl einperiodig, als auch periodenübergreifend bzw. mehrperiodig, ermittelt werden („Möglichkeit, dass das Zuschlagskriterium, Kosten‘ auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird“) ist im Zuge der Systematisierung in eine Einperioden- bzw. Mehrperiodenbetrachtung der Wirtschaftlichkeit zu unterscheiden.<sup>8</sup>

Entsprechend der beschriebenen Dimensionen ergeben sich so insgesamt 8 Felder, mit denen sich das Wirtschaftlichkeitsverständnis einordnen lässt:

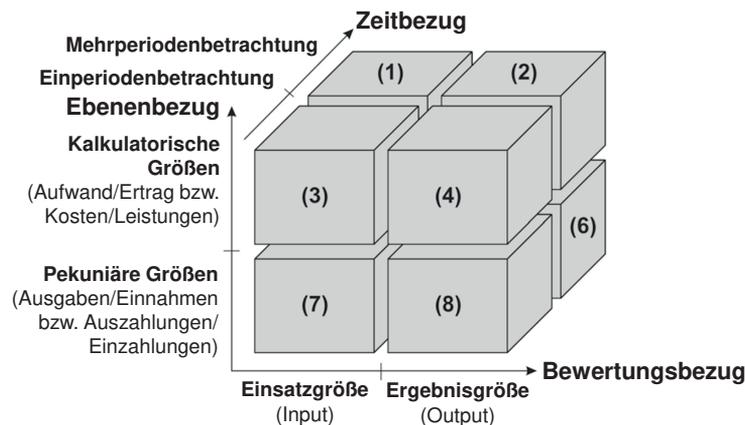


Abbildung 2: Wirtschaftlichkeitswürfel der öffentlichen Beschaffung nach Eßig (2018)<sup>9</sup>

<sup>8</sup> §59 (1) VgV.

<sup>9</sup> Vgl. Eßig (2018), Öffentliche Beschaffung, in: Corsten/Gössinger/Spengler (Hrsg.), Handbuch Produktions- und Logistikmanagement in Wertschöpfungsnetzwerken, S. 481 - 500.

Auf Basis dieser Systematisierung nimmt Eßig (2018) eine Ableitung eines einheitlichen Wirtschaftlichkeitsbegriffes vor, wobei folgende Konkretisierungen vorgenommen werden:

- Wie zuvor beschrieben, unterscheidet das Vergaberecht nicht zwischen der Verwendung pekuniärer oder kalkulatorischer Größen. Die betriebswirtschaftliche Perspektive impliziert für diesen Sachverhalt allerdings klar die Anwendung von ausschließlich kalkulatorischen Größen, sodass nur diese sich in einem einheitlichen Wirtschaftlichkeitsverständnis niederschlagen sollten.<sup>10</sup>
- Weiterhin ist zu klären, ob die Einsatzgrößen „Preis (7) bzw. Kosten (3)“ und vor allem die Ergebnisgröße der Leistung (Felder 4 und 8) eine monetäre Bewertung benötigen. Die betriebswirtschaftliche Literatur beschreibt die grundsätzliche Vorgabe, dass auch der Output immer wertmäßig zu erfassen ist,<sup>11</sup> wobei von Seiten des Vergaberechts nur die monetäre Bewertung inputbezogener Größen definiert wird. Für die Output-Größen existiert entsprechend § 58 Abs. 2 VgV ein langer, nicht abschließender Katalog, welcher in der Regel nicht finanziell bewertet werden muss:

„(2) (...) Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,
2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder
3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.“

Burgi (2016) unterscheidet hier folglich explizit zwischen „finanzielle[n] und leistungsbezogene[n] Kriterien“.<sup>12</sup> Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive: Die monetäre Be-

<sup>10</sup> Vgl. Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser (2017), Allgemeine Betriebswirtschaftslehre. Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 8. Aufl., Wiesbaden 2012, S. 120.

<sup>11</sup> Vgl. bspw. Wöhe/Döring (2016), Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl., München 2016, S. 38.

<sup>12</sup> Burgi (2018), Vergaberecht: Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Auflage, München 2018, S. 202.

wertung der Einsatzgröße und nicht monetäre Bewertung der Ergebnisgröße ist eine Sonderform der Wirtschaftlichkeit und wird als Kostenwirtschaftlichkeit definiert<sup>13</sup> und findet im Vergaberecht breite Anwendung.<sup>14</sup>

- Eine weitere Konkretisierung betrifft die Frage, ob im Zuge der Vergabe öffentlicher Aufträge nur eine der beiden Verhältnisgrößen variabel gestaltet werden kann. Im Falle der Beschaffung eines Objekts mit fixen bzw. einheitlichen Leistungskriterien (bspw. genormte Güter wie Schrauben etc.), würde es sich um eine rechtlich zulässige und praktisch weit verbreitete „Nur-Preis- bzw. Nur-Kosten-Vergabe“ handeln.<sup>15</sup> Der umgekehrte Fall „ausschließlich leistungsbezogener Zuschlagskriterien“ ist gemäß § 127 Abs. 2 GWB zwar möglich, allerdings nur dann erlaubt, wenn verbindliche bzw. gesetzliche Vorschriften zur Preisgestaltung den Preis als Zuschlagskriterium sinnlos machen (bspw. im Falle der Buchpreisbindung).<sup>16</sup> Andererseits existiert für spezielle Vergabeverfahren wie der Innovationspartnerschaft oder dem Wettbewerblichen Dialog ein generelles Verbot des Zuschlags auf reiner Preis- oder Kostenbasis.<sup>17</sup>
- Abschließend ist zu präzisieren, ob die Größen ein- oder mehrperiodig sein dürfen bzw. müssen (Felder 1, 2, 5 und 6). Aus betriebswirtschaftlicher Perspektive ist dies ebenfalls wieder eindeutig zu beantworten, da nur mehrperiodige Betrachtungen als echte Wirtschaftlichkeitsrechnungen angesehen werden.<sup>18</sup> Wie vorher beschrieben existiert diese Möglichkeit auch im Vergaberecht, da die Lebenszykluskosten entsprechend § 59 Abs. 2 VgV mehrperiodig als Summe aller Ausgaben, welche von der Planung über die Realisierung bis hin zum Nutzungsende entstehen, definiert werden. Folgende Kostenarten werden hierbei explizit genannt:

---

<sup>13</sup> Vgl. Zahn/Schmid (1996), Produktionswirtschaft, Bd. 1, Grundlagen und operatives Produktionsmanagement, Stuttgart 1996, S. 73-75.

<sup>14</sup> Vgl. bspw. Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Medien, Energie und Technologie (2014), S. 8 f.

<sup>15</sup> Vgl. Burgi (2018), Vergaberecht: Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl., München 2018, S. 202.

<sup>16</sup> Vgl. Burgi (2018), Vergaberecht: Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, 2. Aufl., München 2018, S. 202.

<sup>17</sup> Vgl. bspw. Innovationspartnerschaft in § 19 (7) Satz 2 VgV bzw. wettbewerblicher Dialog in § 18 (9) Satz 2 VgV.

<sup>18</sup> Vgl. bspw. Horváth/Gleich/Seiter (2015), Controlling, 13. Aufl., München 2015, S. 218.

„(2) Der öffentliche Auftraggeber gibt die Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten und die zur Berechnung vom Unternehmen zu übermittelnden Informationen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen an. Die Berechnungsmethode kann umfassen:

1. die Anschaffungskosten
2. die Nutzungskosten, insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen,
3. die Wartungskosten,
4. Kosten am Ende der Nutzungsdauer, insbesondere die Abholungs-, Entsorgungs- oder Recyclingkosten, oder
5. Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach Absatz 3 bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.“

Folglich umfassen Lebenszykluskosten nicht nur die Ausgaben für die eigentliche Anschaffung, sondern auch alle relevanten Folgeausgaben. Entsprechend sieht der Gesetzgeber vor, dass die Lebenszykluskosten alle Ausgaben aus der Anschaffung, der Nutzung, der Wartung und der Verwertung (i.S.d. Ausgaben für Entsorgung, Recycling oder Abholung) umfassen können. Darüber hinaus können auch entstehende Umweltbelastungen (z.B. für Emission von Treibhausgasen oder anderen Schadstoffen) als Kosten für externe Effekte in die Lebenszykluskosten einfließen. Diese Sichtweise wird auch in der Wissenschaft vertreten und im Rahmen einiger Publikationen detailliert aufgearbeitet.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Vgl. Asiedu/Gu (1998), Product life cycle cost analysis: State of the art review. In: International Journal of Production Research, 36(4), S.889–890; Lawson/Squire/Cousins/Lamming (2008), Strategic Supply Management: Principles, Theories and Practice, 1. Aufl., Essex: Pearson Education Limited, S.166

Aus den beschriebenen Konkretisierungen lässt sich als Zusammenfassung das folgende Wirtschaftlichkeitsverständnis ableiten, welches als Empfehlung für die Umsetzung in der Praxis verstanden wird:

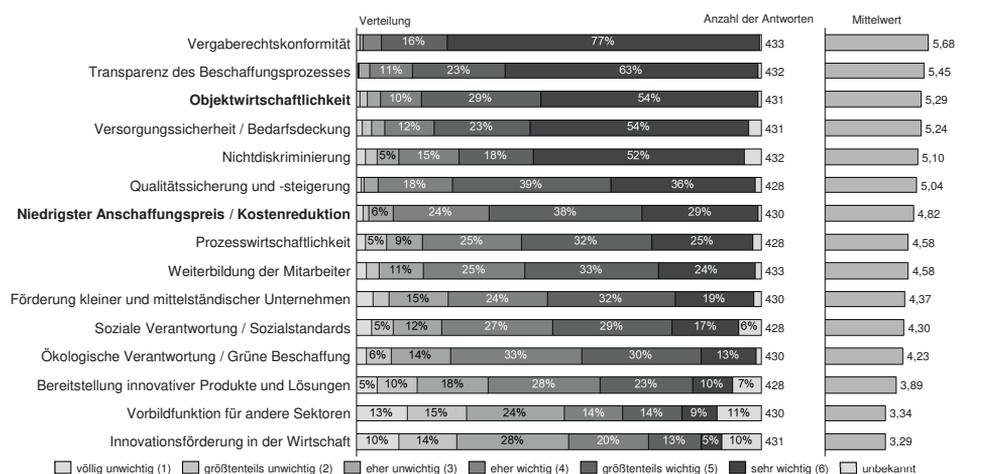


Abbildung 3: Abgeleitetes Wirtschaftlichkeitsverständnis

## 2. Empirische Erkenntnisse zu Wirtschaftlichkeit und Lebenszykluskosten in der öffentlichen Beschaffung

### 2.1 Methodik

Zur Erfassung des aktuellen Standes von Wirtschaftlichkeitsaspekten in der Praxis der öffentlichen Beschaffung Deutschlands, wurden zwei Methoden zur Generierung quantitativer Daten gewählt. Zum einen wurden quantitative Primärdaten zur Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsziels und der Anwendung der Lebenszykluskostenrechnung im Zuge einer Umfrage unter relevanten Entscheidungsträgern der öffentlichen Beschaffung generiert und deskriptiv analysiert.<sup>20</sup> Zum anderen wurden die Daten der, für Oberschwellenvergaben innerhalb der EU verpflichtenden, Ausschreibungs-Datenbank „Tenders Electronic Daily“ (TED-Datenbank) genutzt.<sup>21</sup> Diese Sekundärdaten beinhalten eine Vielzahl von Verfahrenscharakteristika öffentlicher Ausschreibungen und sind zum Großteil frei verfügbar bzw. mittels eines Statistik-Modus abrufbar. Auf Basis dieser Da-

<sup>20</sup> Für eine detaillierte Beschreibung der Methodik zur Primärdatenerhebung bzw. -analyse, vgl. Eßig/Schaupp (2016), Erfassung des aktuellen Standes der innovativen öffentlichen Beschaffung in Deutschland, S. 5, Neubiberg 2016.

<sup>21</sup> <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

tenbank wurden ebenfalls die im Datensatz vorhandenen Aspekte zur Anwendung des Wirtschaftlichkeitskriteriums analysiert und deskriptiv aufgearbeitet.<sup>22</sup>

## 2.2 Ergebnisse der Primärdatenanalyse

Die empirischen Daten der Umfrage zeigen zwar, dass die Objektivwirtschaftlichkeit im Zielsystem der öffentlichen Vergabe- und Beschaffungsstellen schon ein wichtigen Stellenwert einnimmt. Allerdings ist auch weiterhin das Preiskriterium vergleichsweise dominant, was letztlich als kontraproduktiv für ein langfristiges (Lebenszyklusorientiertes) Wirtschaftlichkeitsverständnis angesehen wird:

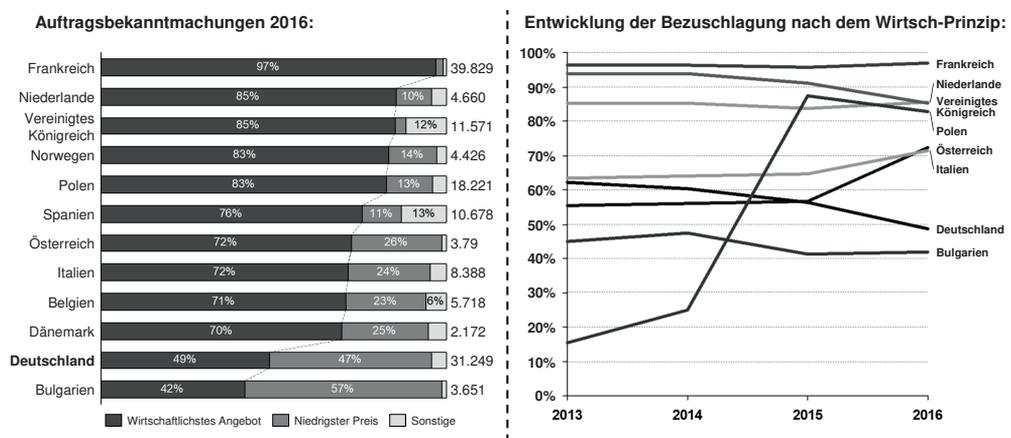


Abbildung 4: Bedeutung der Wirtschaftlichkeit im Zielkanon der öffentlichen Beschaffung<sup>23</sup>

Dies zeigt sich umso mehr im Zuge der Analyse der Anwendung der entsprechenden betriebswirtschaftlichen Methoden im Zuge des Beschaffungsprozesses. Während ein Angebotspreisvergleich fast immer durchgeführt wird, werden Lebenszykluskosten vergleichsweise selten berechnet. Ebenso ist auch die Berücksichtigung von Leistungsaspekten, im Rahmen einer umfassenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, wie der Kosten-Nutzen-Analyse, bei weitem noch nicht flächendeckend implementiert:

<sup>22</sup> Für eine detaillierte Beschreibung der Methodik zur Sekundärdatenerhebung bzw. -analyse, vgl. Schaupp/Eßig/von Deimling (2017), Anwendung von Werkzeugen der innovativen öffentlichen Beschaffung in der Praxis: Eine Analyse der TED-Datenbank, S. 70-77, Neubiberg 2017.

<sup>23</sup> Vgl. Eßig/Schaupp (2016), Erfassung des aktuellen Standes der innovativen öffentlichen Beschaffung in Deutschland, S. 5, Neubiberg 2016.

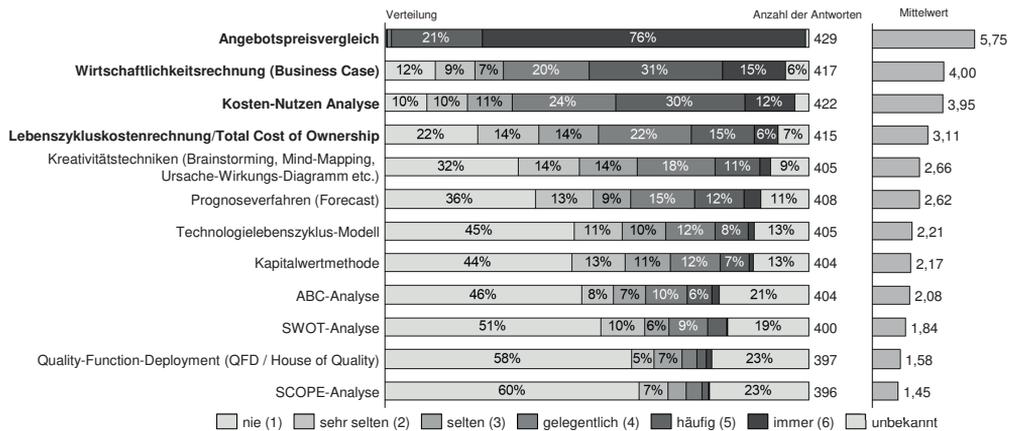


Abbildung 5: Anwendung von betriebswirtschaftl. Methoden zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Beschaffungsobjekts<sup>24</sup>

### 2.3 Ergebnisse der Sekundärdatenanalyse

Ein ähnliches Bild zeigt auch der Blick auf die Sekundärdaten der TED-Datenbank. Vor allem in der deutschen Vergabelandschaft ist die Bezuschlagung auf Basis des niedrigsten Anschaffungspreises, mit knapp 47 % aller Vergaben im Jahr 2016, noch sehr prominent vertreten. Im internationalen Vergleich wird umso mehr deutlich, dass Deutschland im Bereich des Zuschlagskriteriums „Wirtschaftlichstes Angebot“ ein enormes Optimierungspotential aufweist und sich der Anteil der Vergaben mit Anwendung des Wirtschaftlichkeitskriteriums über die letzten Jahre sogar verringert hat:

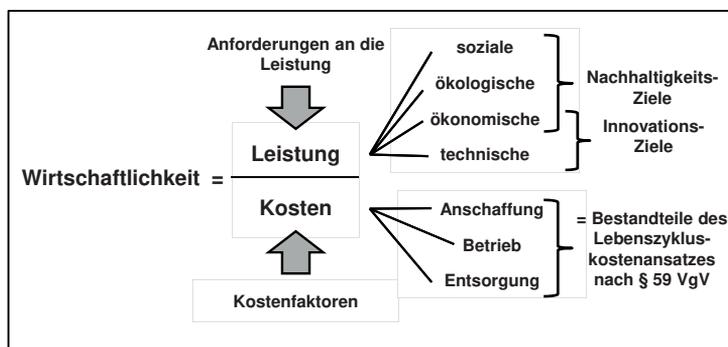


Abbildung 6: Ablauf zur Auswahl geeigneter Vorlagen zur Lebenszykluskostenberechnung<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Vgl. Eßig/Schaupp (2016), Erfassung des aktuellen Standes der innovativen öffentlichen Beschaffung in Deutschland, S. 6, Neubiberg 2016.

<sup>25</sup> Vgl. Schaupp/Eßig/von Deimling (2017), Anwendung von Werkzeugen der innovativen öffentlichen Beschaffung in der Praxis: Eine Analyse der TED-Datenbank, S. 48 f., Neubiberg 2017.

Dieser Aspekt wirkt auch negativ auf die Anwendung der Lebenszykluskostenrechnung, welche im Zuge der Analyse der TED-Datenbank ebenfalls detailliert untersucht wurde. Die Ergebnisse zeigen, dass sich seit dem Jahr 2012 bis zum Stichtag der Untersuchung (30.06.2017), insgesamt 49 Ausschreibungen finden lassen, welche Lebenszykluskosten explizit als Zuschlagskriterium definieren. Bezogen auf das Jahr 2016 wurden gerade einmal 9 Ausschreibungen identifiziert, die Lebenszykluskosten als Bestandteil der Zuschlagskriterien definieren, was bei insgesamt knapp 32.000 veröffentlichten Ausschreibungen im Jahr 2016 einen verschwindend geringen Anteil ausmacht.<sup>26</sup>

Der beschriebene Sachverhalt wurde auch von Seiten der Europäischen Kommission erkannt und im Zuge der Mitteilung COM(2017) 572 der Kommission zum Thema „Eine funktionierende öffentlichen Auftragsvergabe in und für Europa“ bemängelt. So wurde ebenfalls auf Basis der TED-Daten festgestellt, dass in 55 % der Ausschreibungen immer noch der niedrigste Preis als einziges Vergabekriterium dient. Ein anderer bemängelter Aspekt, der dabei ebenfalls einen negativen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Vergabe allgemein und der Bezuschlagung auf das wirtschaftlichste Angebot allgemein hat, ist die Zahl der Angebotseingänge pro Vergabe. So ist zwischen 2006 und 2016 die Zahl der Ausschreibungen, bei denen nur ein Angebot vorgelegt wurde, von 17 % auf 30 % gestiegen. Die durchschnittliche Zahl der Angebote je Ausschreibung ging im selben Zeitraum von fünf auf drei zurück.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Vgl. Schaupp/Eßig/von Deimling (2017), Anwendung von Werkzeugen der innovativen öffentlichen Beschaffung in der Praxis: Eine Analyse der TED-Datenbank, S. 70-77, Neubiberg 2017. Im Zuge dieser Publikation werden noch weitere Aspekte zur Anwendung von Lebenszykluskosten innerhalb der deutschen Vergabelandschaft beschrieben.

<sup>27</sup> Vgl. Europäische Kommission (2017), Eine funktionierende öffentlichen Auftragsvergabe in und für Europa – COM(2017) 572 final.



## **Workshop 3: Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes**

### **Statement**



**Dr. Andreas Clément**

Deutsche Bahn AG, Berlin

### **Preis vs. Qualität – Qualitative Wertungskriterien in Vergabeverfahren für Bauleistungen bei der Deutschen Bahn**

Das Thema Qualität bei öffentlichen Aufträgen ist äußerst vielschichtig und wird von unterschiedlichsten Aspekten beeinflusst. So führen z.B. eine hochwertige Planung und eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung bei Bauleistungen regelmäßig zu einem besseren Vergabeergebnis, als umgekehrt. Die Deutsche Bahn arbeitet an all diesen Aspekten. Im Schwerpunkt soll es hier aber um den Qualitätsbeitrag des Vergabeverfahrens bzw. -wettbewerbes selbstgehen.

Alle sprechen vom sogenannten „Qualitätswettbewerb“. Was ist das eigentlich? Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass die Qualität eines Angebotes steigt, wenn sich der Bieter bereits in der Angebotsphase intensiv mit der Ausschreibung bzw. der Bauaufgabe beschäftigt. Die stabile Umsetzung der Bauleistung ist für uns als Deutsche Bahn, die den überwiegenden Teil ihrer Baumaßnahmen bei laufendem Betrieb umsetzen muss, von außerordentlicher Bedeutung.

Diese inhaltliche Auseinandersetzung des Bieters mit der zu vergebenden Leistung muss zum einen für die vergebende Stelle nachvollziehbar sein. Zum anderen müssen qualitative Unterschiede bei der Angebotsbearbeitung bewertbar sein, denn hierdurch wird für den Bieter ein Anreiz zur vertieften inhaltlichen Auseinandersetzung und damit ein Wettbewerbsvorteil geschaffen.

Die DB hat sich der Herausforderung gestellt, qualitative Wertungskriterien zu entwickeln, die den oben genannten Kriterien entsprechen und gleichzeitig in einem hohen Maße für eine große Anzahl von Vergabeverfahren gleichermaßen anwendbar sind. Die Deutsche Bahn vergibt im Bereich Infrastruktur Bauleistungen mit einem jährlichen Volumen von mehreren Milliarden Euro. Vor diesem Hintergrund war eine umfassende Standardisierung notwendig, die die Handlungssicherheit für die Anwender gewährleistet und so Transparenz und Stabilität des Vergabeverfahrens sicherstellt.

Nach einem langwierigen Entwicklungsprozess entstand eine Wertungsmatrix, wonach der Preis nicht mehr als 100%-iges Entscheidungskriterium in die Angebotsbewertung eingeht. Zuschlagskriterien für die Vergabe von Bauleistungen sind nun neben dem Preis auch vordefinierte Qualitätskriterien. Je nach Festlegung im Projekt gehen die Qualitätskriterien entweder mit 15 % (1 Qualitätskriterium) oder mit maximal 30 % (2 Qualitätskriterien, 2 x 15 %) in die Vergabeentscheidung ein. Der Preis hat dann nur noch zu 70-85 % Einfluss auf die Angebotsbewertung, je nachdem ob projektspezifisch 1 oder 2 Qualitätskriterien gewählt wurden. Die auszuwählenden Qualitätskriterien sind sehr bahnspezifisch und auf die Realisierung von Baustellen unter laufendem Betrieb ausgerichtet, insbesondere dort die Terminplanung, Baulogistik bzw. Baustellenorganisation, Umwelt sowie Möglichkeiten zur Sperrpausenverkürzung. An weiteren Kriterien wird fortlaufend gearbeitet. Anhand dieser Kriterien, die dann jeweils mit weiteren Un-



terkriterien belegt sind, lässt sich sehr gut beurteilen, inwieweit sich der Bieter mit der Bauaufgabe auseinandergesetzt hat und diese durchdrungen hat. Die Rechenlogik ist dann wie folgt: Jedes festgelegte Zuschlagskriterium wird mittels eines Punktesystems von 0 bis 5 Punkten bewertet. Der beste Angebotspreis erhält 5 Punkte; eine bessere Angebotsqualität erhält ebenfalls eine höhere Punktzahl, maximal jedoch 5 Punkte. Das Angebot mit der höchsten Gesamt-Punktzahl erhält den Zuschlag.

2011 wurde die Wertungsmatrix bei der Deutschen Bahn eingeführt. Nach anfangs mangelnder Akzeptanz im Markt, die sich insbesondere in einer erhöhten Zahl von Nachprüfungsverfahren zeigte, kann man nunmehr davon sprechen, dass die Wertungsmatrix allgemein „angekommen“ ist. Die Einführung führte aus unserer Sicht zu einer deutlichen Steigerung der Angebotsqualität, die sich auch in der Qualität der Bauausführung fortsetzt. In durchschnittlich 10 % der Fälle – Tendenz steigend – veränderte sich die Bieterfolge gegenüber einer Wertung nur nach dem Preis. Letztlich wird der Bieter belohnt, der eine hohe Qualität in der Angebotsbearbeitung zeigt.

Wir werden diesen Weg fortsetzen und weitere qualitative Vergabekriterien entwickeln. Hierbei denken wir an Themen wie Nachhaltigkeit oder Innovation, um nur einige Beispiele zu nennen. Wir glauben, damit einen maßgeblichen Beitrag zur Wirtschaftlichkeit leisten zu können.



## Workshop 4: Vergabe von Rettungsdienstleistungen

### Moderation und Einführung



**Rechtsanwalt Dr. Andreas Neun**

Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Berlin

Dieser Workshop hat es vor allem deshalb in das Programm der diesjährigen Fuldaer Gespräche des forum vergabe geschafft, weil der Vergabesenat des OLG Düsseldorf am 12. Juni 2017 eine ganze Reihe von Vorlagefragen zum Rettungs- und Krankentransportwesen an den Europäischen Gerichtshof gerichtet hat.



Dieses Vorabentscheidungsersuchen befasst sich mit den jeweiligen Reichweiten der (Bereichs-) Ausnahme und Rückausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, konkret bezogen auf Dienstleistungen im Zusammenhang mit Rettungs- und qualifizierten Krankentransporten.

Nähert man sich diesem Thema, kommt man nicht umhin, sich quasi hinter dem Schreibtisch „einzumauern“ mithilfe von Unterlagenbergen, die bestehen einerseits aus den vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen im engeren Sinn einschließlich ihrer Begründungen, zum anderen aus dem AEUV sowie dem Common Procurement Vocabulary (CPV) und schließlich aus einem Stapel spezifischer landesgesetzlicher Materialien. Es überrascht von daher (und auch weil der Markt gerade in Deutschland nicht ganz unumkämpft ist) nicht, dass der EuGH berufen (und angerufen worden) ist, einige Grundaussagen zum Verständnis des Art. 10 h) Richtlinie 2014/24/EU zu treffen.

Je nachdem, wie die Antworten des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg ausfallen, könnte auch die Beschäftigung mit der Frage auf uns zukommen, was anstelle des EU- und Kartellvergaberechts für solche Aufträge gilt, wie sie im Vorlageverfahren streitig geworden sind, wenn und soweit die Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB greifen sollte.

Auch wenn die eine oder andere Frage (etwa die nach der Abgrenzung zwischen Submissions- und Konzessionsmodellen bei der Organisation des Rettungsdienstes) seit April 2016 an Brisanz verloren haben mag, wirft der Bereich auch jenseits der Vorlage des OLG Düsseldorf, also jenseits der Erheblichkeit des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB für den konkret zu entscheidenden Fall, eine Reihe spannender Fragen auf. Alldem möchten wir uns in den kommenden 75 Minuten widmen, wobei die Besetzung des Podiums und der Zuhörerreihen Kurzweil erwarten lässt.

## Workshop 4: Vergabe von Rettungsdienstleistungen

### Statement



#### Rechtsanwalt Dr. Oliver Esch

ESCH BAHNER LISCH Rechtsanwälte, Köln

### 1. Gegenstand der Auftragsvergaben

Bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen geht es um die Beauftragung Dritter mit der Durchführung rettungsdienstlicher Leistungen. Es handelt sich durchweg um Aufträge mit erheblichen Auftragsvolumina, ausnahmslos weit oberhalb der maßgebenden EU-Schwellenwerte, regelmäßig einschließlich des Schwellenwertes für Konzessionsvergaben. Unionsweite Marktrelevanz im Sinne des Primärrechts wird stets gegeben sein. Beauftragungen erfolgen je nach Landesrecht mittels Vergabe öffentlicher Aufträge oder von Dienstleistungskonzessionen. Auftraggeber sind die (öffentlichen) Trägerkörperschaften des Rettungsdienstes, d.h. im wesentlichen Landkreise, kreisfreie Städte oder Rettungsdienstzweckverbände. Die Beauftragungen erfolgen in der Regel mittels öffentlich-rechtlicher Verträge.

Das Leistungsspektrum umfasst den Regelrettungsdienst und den sog. erweiterten Rettungsdienst (auch: Sonderbedarf). Der Regelrettungsdienst umfasst deutschlandweit täglich zehntausende rettungsdienstlicher Einsätze, die durchweg zu einem im Vorfeld feststehenden Entgelt, zudem überwiegend planbar, durchgeführt werden. Der erweiterte Rettungsdienst betrifft Vorkehrungen für besondere Vorkommnisse, insbesondere Großschadenslagen, dies unterhalb der Katastrophenschutzschwelle. Der Katastrophenschutz ist nicht Gegenstand der rettungsdienstlichen Vorhaltung und Leistungserbringung. Er unterliegt in Finanzierung, Beauftragung und Trägerschaft gesonderten, vom Rettungsdienst abgrenzbaren Bestimmungen.

### **Unmittelbar und mittelbar Beteiligte, Kostentragung**

Auftragnehmer der vergebenen Aufträge im Rettungsdienst sind private Dienstleister. Zu nennen sind hier in erster Linie die vier großen gemeinnützigen Hilfsorganisationen und ihre selbständigen und unselbständigen Untergliederungen, einschließlich deren GmbH-Strukturen, die den Markt weitestgehend unter sich aufteilen: Deutsches Rotes Kreuz, Johanniter-Unfall-Hilfe e.V., Malteser Hilfsdienst e.V. und Arbeiter Samariter Bund. Eine Ausnahme, (nur) was die privatrechtliche Organisation angeht, bildet lediglich das Bayerische Rote Kreuz mit dem Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Daneben sind – in bislang äußerst überschaubarem Umfang – gewerbliche Anbieter auf dem Markt aktiv. Zu nennen ist hier insbesondere die in Dänemark beheimatete Falck-Gruppe mit ihren deutschen Tochtergesellschaften, was die Marktrelevanz unmittelbar unterstreicht.

Zumindest mittelbar beteiligt sind die Gesetzlichen Krankenkassen in ihrer Eigenschaft als Kostenträger, sprich finanzierende (wiederum öffentlich-rechtliche) Körperschaften, die auf Grundlage der §§ 60, 133 SGB V etwa 90 % der Ausgaben im Bereich rettungsdienstlicher Leistungen bestreiten – dies im Rahmen der sog. Leistungserbringerfinanzierung über das Sachleistungsprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung. Bei den gesetzlichen Krankenkassen handelt es sich ebenfalls um öffentliche Auftraggeber, die im Rahmen der Leistungserbringerverträge der §§ 69 ff. SGB V dem EU-Vergaberechtsregime unterworfen sind und die gemäß den §§ 12, 70 SGB V dem Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegen. Die Besonderheit liegt hier aber darin, dass diese die Leistungen an sich finanzierenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften die Aufträge zur Aufgabendurchführung nicht vergeben, d.h. die Leistungserbringer nicht beauftragen. Dies erfolgt durch die genannten öffentlichen Trägerkörperschaften, die wiederum die Leistungen aber nicht finanzieren. Die restliche Finanzierung erfolgt aus öffentlichen Infrastrukturzuschüssen und Benutzungsentgelten bzw. Gebühren nicht gesetzlich versicherter Nutzer. Letztlich stammen die von den – privaten – Wirtschaftsteilnehmern, bei denen es sich jedenfalls bezogen auf die Bundesorganisationen durchweg nicht um KMU handelt, jährlich in Höhe mehrerer Milliarden Euro vereinnahmten Erlöse aus: den Beiträgen der gesetzlich Krankenversicherten, staatlichen Zuschüssen, Steuergeldern und (zu einem geringeren Teil) öffentlichen Gebühreneinzahlungen und Entgelten von sonstigen Nutzern.

### **Die „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ – Zustandekommen**

Umso interessanter wäre es an sich, die genauen Hintergründe der Aufnahme der „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ in das EU-Richtlinienpaket, namentlich Art. 10 h) der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 g) der Richtlinie 2014/23/EU zu ermitteln, was hier jedoch nicht Gegenstand ist bzw. den Rahmen des Workshops gesprengt hätte.

Erwähnt sei nur, dass die Bereichsausnahme, dabei insbesondere ihre Notwendigkeit, in den übrigen Mitgliedstaaten weitgehend Unverständnis hervorruft. Auf Grundlage der (rein) deutschen Initiative einzelner deutscher EU-Parlamentarier im Rahmen einer seinerzeitigen Ausschusssitzung des Parlaments<sup>1</sup> liegt der Vorwurf des Erlasses eines (Unions-) Rechtsaktes zugunsten bestimmter Wirtschaftsteilnehmer – im Kern vier an der Zahl – nicht allzu fern. Der Entwurf des Richtlinienpaketes der Kommission hatte ursprünglich einen anderen Inhalt. Eine Bereichsausnahme Rettungsdienst sah dieser nicht vor<sup>2</sup>. Die Bereichsausnahme kann durchaus als ein Glanzstück erfolgreicher Lobbyarbeit bezeichnet werden. Ob die Interessen der Gesetzlichen Krankenkassen als Kostenträger und damit letztlich die der Versichertengemeinschaft Eingang gefunden haben, erscheint fraglich. Die Materialien erhalten hierfür keine Anhaltspunkte. Dass das Richtlinienpaket insgesamt mit dem Verfahren des sog. Informellen Trilogs im Wege einer Abweichung von dem im AEUV vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet wurde, vermag dabei keine spezielle Kritik am Richtlinienpaket und dabei insbesondere der Bereichsausnahme zu begründen, trifft dies doch mittlerweile bekanntermaßen für die überwiegende Zahl an Sekundärrechtsakten der Union zu. Das Verfahren verdeutlicht nur einmal mehr ein gewisses, hier nochmal zusätzliches, Transparenzdefizit.

### **Kernfragen**

Nimmt man die in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB umgesetzte Bereichsausnahme Rettungsdienst als geltendes Recht, so stellen sich im Kern zwei Fragen: Erstens: muss der Träger des öffentlichen Rettungsdienstes ein Vergabeverfahren / ein Auswahlverfahren durchführen? Und zweitens: wenn ja, welche rechtlichen Vorgaben gelten hierfür? Beides ist dabei vor dem Hintergrund des allgemeinen Gebots einer engen Auslegung von Bereichsausnahmen auf Grund ihrer die Grundfreiheiten beschränkenden Wirkung und dem in Erwägungsgrund Nr. (28) der Richtlinie 2014/24/EU nochmal besonders hervorgehobenen Gebot einer Ausweitung der Ausnahme „nicht über das notwendigste Maß hinaus“ zu sehen.

### **Laufendes Vorabentscheidungsverfahren**

Die Bereichsausnahme ist in mehreren Punkten unklar gefasst. Daher hat das Oberlandesgericht Düsseldorf bekanntlich dem Europäischen Gerichtshof<sup>3</sup> mit Beschluss vom 12. Juni 2017<sup>4</sup> umfangreiche Auslegungsfragen im Zusammenhang mit der Bereichsausnahme vorgelegt.

<sup>1</sup> Siehe Änderungsantrag Nr. 442 zum Verfahren 2011/0438 (COD), EP-Doc. AM\908710DE, S. 233

<sup>2</sup> Siehe KOM 2011/0897 endg. und KOM 2011/0896 endg.

<sup>3</sup> Das Vorabentscheidungsverfahren ist dort anhängig als Rechtssache C-465/17.

<sup>4</sup> VII-Verg 34/16.

### **Regelrettungsdienst: Marktleistung oder Gegenstand der Bereichsausnahme**

Vorgelegt ist unter anderem die Frage, ob der Regelrettungsdienst, der sich nach dem eingangs Gesagten durchaus als Marktleistung von erheblichem wirtschaftlichem Wert begreifen lässt, der Bereichsausnahme überhaupt unterfällt<sup>5</sup>. Neben dem Gebot der engen Auslegung von Bereichsausnahmen wird der Gerichtshof auch das Gebot der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts<sup>6</sup>, also ohne Rücksicht auf nationales Recht, zu berücksichtigen und die Frage zu klären haben, ob und inwieweit Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr eigenständige Tatbestandsmerkmale der Bereichsausnahme bilden<sup>7</sup>. Hierbei kennzeichnen die Begriffe der Katastrophe und des Zivilschutzes Extremereignisse besonderen Ausmaßes. Der Begriff der Katastrophe wird verstanden als ein (unvorhersehbares) Extremereignis, das außergewöhnlich schädliche Folgen mit sich bringt und von den betroffenen Menschen nicht selbst bewältigt werden kann<sup>8</sup>. Der Begriff des Zivilschutzes taucht im Primärrecht der Union nicht auf. Er wird teilweise mit Katastrophenschutz gleichgesetzt, teilweise entsprechend Art. 61 a) Protokoll I zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 im Kontext des Protokolls als Schutz der Zivilbevölkerung vor den Gefahren und zur Überwindung der unmittelbaren Auswirkungen von bewaffneten Konflikten ausgelegt. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Wortlautes der anderen Sprachfassungen<sup>9</sup> dürfte es jedenfalls schwerfallen, den Regelrettungsdienst unter den Begriff der Gefahrenabwehr, der wie gesagt nicht nach nationalem Recht determiniert werden kann, zu fassen – jedenfalls dann, wenn der Begriff der Gefahrenabwehr, was die anderen Sprachfassungen nahelegen, ebenfalls Ereignisse eines besonderen Risiko- bzw. Gefahrenausmaßes kennzeichnen soll.

### **Abstrakt – generelles oder konkret – individuelles Verständnis der Leistungserbringung durch bestimmte Organisationen**

Eine, für ein Eingreifen der Bereichsausnahme grundlegende, Frage hätte der Senat dem Gerichtshof noch zusätzlich stellen können: wie ist das Tatbestandsmerkmal „*Dienstleistungen ..., die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden*“ zu verstehen? *Abstrakt – generell* etwa in dem Sinne, dass die Leistungen „bereits jetzt“ oder „überwiegend“ in einem Mitgliedstaat oder bestimmten Bereichen / Regionen er-

---

<sup>5</sup> Siehe hierzu bereits OLG Schleswig, Beschl. v. 28. August 2015 – 1 Verg 1/15, NZBau 2015, 718 (720), Rn. 33, das dies erheblich in Zweifel zieht.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 22.11.1977, Rs. 43/77 – Riva; Urt. v. 07.12.1995, Rs. C-449/93 – Rockfon.

<sup>7</sup> So Prieß, NZBau 2015, 343 (346); a.A. Ruthig, NZBau 2016, 3 (5).

<sup>8</sup> Vgl. Art. 6 S. 2 lit. f, 196, 214, 222 AEUV und Entscheidung des Rates vom 8. November 2007 über ein Gemeinschaftsverfahren für den Katastrophenschutz (2007/779/EG, Euratom).

<sup>9</sup> Englisch: „danger prevention“; französisch: „prévention des risques“; niederländisch: „risicopreventie“; spanisch: „prevención de riesgos“.

bracht werden (oder wurden), wofür etwa Erwägungsgrund (28) der Richtlinie 2014/24/EU zu sprechen scheint, wenn dort die Rede davon ist, dass die Richtlinie nicht für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte Notfalldienste gelten soll, da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn die Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren ausgewählt werden müssten, oder *konkret – individuell*, d.h. in dem Sinne, dass „in einem konkreten Beschaffungsvorgang“ derartige Organisationen oder Vereinigungen beauftragt werden sollen, letztlich unabhängig von den bisherigen, „gewachsenen“ Strukturen. Letzteres würde unmittelbar den Nachweis für eine gesetzliche Regelung zugunsten einiger weniger Wirtschaftsteilnehmer liefern. Der Gerichtshof wird die Frage im Zweifel mit beantworten, jedenfalls wäre dies im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert. Die Beantwortung wird dabei gerade mit Blick auf das Gebot der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts und das Erfordernis der einheitlichen Auslegung mit Geltung für alle Mitgliedstaaten zu erfolgen haben.

### **Gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen – Begriff**

Dem Gerichtshof liegt im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens auch die Frage vor, was unter gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen im Sinne der Richtlinie zu verstehen ist. Ist hier auf den Gesichtspunkt der steuerrechtlichen Gemeinnützigkeit abzustellen<sup>10</sup>? Sind zusätzliche Anforderungen zu stellen und wenn ja welche? Können die Maßstäbe, die der Gerichtshof in den Entscheidungen Spezzino<sup>11</sup> und CASTA<sup>12</sup> aufgestellt hat, herangezogen werden? Hiernach müsste: die Organisation ausschließlich das Ziel der Gewährung von Zugang zu einem ausgewogenen Angebot hochwertiger Krankenversorgung unter gleichzeitiger Kosten- und Ressourcenbeherrschung verfolgen, nur insoweit auf Erwerbstätige zurückgreifen, wie es für ihren geregelten Betrieb erforderlich ist und die wirtschaftliche Betätigung müsste sich im Verhältnis zur Gesamtheit der ausgeübten Tätigkeiten als geringfügig darstellen. Die Erfüllung dieser Merkmale durch die klassischen Hilfsorganisationen und deren Untergliederungen erscheint hier zweifelhaft. Der Gerichtshof wird das Tatbestandsmerkmal der „Gemeinnützigkeit“ jedoch nicht darüber hinaus ausdehnen bzw. ihm eine andere, neue Richtung geben können, zumal auch hier der Maßstab des Gebots einer engen Auslegung von Bereichsausnahmen, des Gebots der autonomen Auslegung am Maßstab des Unionsrechts und schließlich des Gebots der unionsweit einheitlichen Auslegung gilt. Andere Sprachfassungen stellen hier mehr auf die Art und Weise der Mittelverwendung als auf die Zielsetzung von Organisationen bzw. Wirtschaftsteilnehmer ab<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Siehe § 55 AO zum deutschen Recht.

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 11.12.2014, Rs. C-113/13 – Spezzino.

<sup>12</sup> EuGH, Urt. v. 28.01.2016, Rs. C-50/14 – CASTA.

<sup>13</sup> „non-profit organisations“ oder „organisations ou associations non lucratif“.

## Ergebnis

Selbst wenn der Gerichtshof die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen zumindest in gewissem Umfang als von der Bereichsausnahme erfasst und daher nicht dem Geltungsbereich der Richtlinien unterworfen ansieht, hat dies nicht etwa zur Folge, dass die Leistungen direkt, sprich de-facto, vergeben werden können. So wird dem Vertragsschluss, der immerhin auf den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge gerichtet ist, bei (potentiellem) Bewerberüberhang zumindest ein verwaltungsrechtliches Auswahlverfahren vorangehen müssen. Hierfür gelten, selbst für den Fall, dass man auch primärrechtliche Vorgaben des AEUV für nicht anwendbar halten sollte, jedenfalls verwaltungs- und verfassungsrechtliche sowie nicht zuletzt beihilferechtliche Vorgaben. Die Rechtsprechung hat hierfür bereits Maßstäbe formuliert<sup>14</sup>. Hier droht, etwa was nachträglichen Rechtsschutz in der Hauptsache, Verfahrensfristen oder die Pflicht des Auftraggebers zur Berücksichtigung nachgereichter Unterlagen und Angebotsbestandteile angeht, durchaus eine Art Wildwuchs bis hin zu divergierender Rechtsprechung in wesentlichen Punkten. Die Verwaltungsverfahrensgesetze sind dabei, ebenso wie die Verwaltungsgerichtsordnung, auf (insbesondere wettbewerbliche) Auswahlverfahren letztlich nicht ausgerichtet. Dies veranschaulicht u.a. die Regelungen zur Akteneinsicht gemäß den §§ 99, 100 VwGO, die keine Ausnahmestimmungen entsprechend § 165 Abs. 2, 3 GWB im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten. Gegenüber dem insoweit klaren und erprobten Vergaberechtsregime nach EU-Richtlinienrecht bestehen hier Defizite. Jedenfalls aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber, aber auch aus Bieter- und nicht zuletzt Kostenträgersicht hat man der Rechtsklarheit und (Kosten-) Effizienz hier möglicherweise einen Bärendienst erwiesen.

---

<sup>14</sup> Siehe etwa OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18.03.2015 (3 L 151/12); OVG Lüneburg, Beschluss vom 12.11.2012 (13 ME 231/12); VGH Kassel, Beschluss vom 23.07.2012 (8 B 2244/12); VG Kassel, Urteil vom 06.10.2017 (5 K 939/13).

## **Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2018 –**

### **Laudatio**



**Prof. Dr. Martin Trybus**

Universität Birmingham

### **Christian Hillen:**

#### **„Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“**

Der Hauptzweck der öffentlichen Beschaffung ist letztendlich, die öffentliche Hand mit den Waren und Dienstleistungen (einschließlich von Bauleistungen) zu versorgen, welche sie nicht selbst herstellen oder leisten kann oder will. Wettbewerb, Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, Umweltschutz, KMUs, Mindestlohn, Tariftreue und selbst Wirtschaftlichkeit kommen erst danach.

Die "Wirtschaftlichkeit" der öffentlichen Beschaffung, ist aber *der* Aspekt, welcher diesem Hauptzweck am engsten verbunden ist. Die ebenfalls dem Hauptzweck der öffentlichen Beschaffung verbundenen Aspekte wie Wettbewerb, Diskriminierungsverbot, und Gleichbehandlung dienen – neben anderen Zielen – der Wirtschaftlichkeit. Der Aspekt der Transparenz ist eigentlich nur ein Vehikel, das die anderen Ziele transportieren soll. Dabei ist die Wirtschaftlichkeit nicht zuletzt deshalb mit dem Hauptzweck so eng verbunden, weil die öffentliche Hand trotz begrenzter Mittel viel erreichen (also kaufen, bereitstellen, bauen, leisten) will und diese Ambitionen durch „value for money“ maximiert werden können. Dies gilt umso mehr, wenn die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung mit anderen Kriterien, nennen wir sie nun „nachhaltige Beschaffung“ oder „vergabefremde Aspekte“ koexistieren oder gar konkurrieren muss. Auch stehen nicht alle Verwaltungen wirtschaftlich so gut da wie der Bund, sind stark verschuldet und müssen nicht nur beschaffen, sondern auch sparen.

Im deutschen Vergaberecht ist die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung nach der jüngsten Vergaberechtsreform sogar ein allgemeiner Vergabegrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB), tritt aber auch an anderen Stellen des Vergaberechtes als Maßstab auf. Ist die Wirtschaftlichkeit aber den Vergabestellen der öffentlichen Hand als Maßstab der Beschaffung vorgegeben, stellt sich die Frage ihrer gerichtlichen Kontrolle, genauer gesagt der Kontrolldichte der Wirtschaftlichkeit im Rahmen vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren. Es ist genau dieses wichtige Thema der Justiziabilität von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht (so auch der ursprüngliche Titel der Dissertation) dem sich der diesjährige Preisträger des International Procurement Award Christian Hillen in seiner Dissertation, mit der er 2017 an der Universität Osnabrück zum Dr. iur. promoviert wurde, angenommen hat.

Die Arbeit hat eine klare Struktur von vier Teilen. Im ersten Teil wird der Begriff der Wirtschaftlichkeit in der Ökonomie untersucht. Dieser wird als optimales Kosten-Nutzen-Verhältnis dargelegt, wobei zwischen einzel- und gesamtwirtschaftlicher Betrachtung unterschieden wird und verschiedene Bewertungsverfahren aus der wirtschaftswissenschaftlichen Dogmatik kritisch gewürdigt werden. Diese Analyse gibt der Arbeit ihre notwendigerweise interdisziplinäre Grundlage, bevor dann in den übrigen drei Teilen mit einer rechtswissenschaftlichen Analyse, nämlich der Wirtschaftlichkeit im Recht fortgefahren wird.

Im zweiten Teil zeigt die Arbeit, wie sich der ökonomische Wirtschaftlichkeitsbegriff in juristischen Zusammenhängen im Allgemeinen und in dem des Vergaberechts im Besonderen niederschlägt. Dabei wird Wirtschaftlichkeit nachvollziehbar zuerst als Vergabegrundsatz, dann als Grund für den Verfahrensausschluss, sodann als Faktor bei der Wahl der Vergabeverfahrensart und schließlich als wesentlicher Zuschlagsmaßstab analysiert.

Im dritten Teil werden die wesentlichen Vorgaben für die gerichtliche Kontrolle der Wirtschaftlichkeit untersucht. Diese ergeben sich weniger aus dem EU-Recht als aus dem deutschen Verfassungsrecht. In dieser besonders starken Analyse nehmen insbesondere Beurteilungsspielräume einen breiten Raum ein.

Im vierten Teil werden dann die vorher herausgearbeiteten Konzepte der Wirtschaftlichkeit als Beurteilungsmaßstab im Vergaberecht und die Grenzen gerichtlicher Kontrolle zusammengeführt. Hierbei ist die Analyse der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung besonders differenziert dargestellt.

Christian Hillen hat in seiner Dissertation „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ – auf der Grundlage einer ökonomischen Analyse – die verwaltungsrechtliche Lehre von den Beurteilungsspielräumen in das Vergaberecht übertragen. Dies stellt einen wichtigen Beitrag zum Verständnis des wichtigen Aspektes

der Wirtschaftlichkeit im Besonderen und des Vergaberechts im Allgemeinen dar. Der diesjährige Preisträger reiht sich damit nahtlos in die Liste der bisherigen Preisträger des International Procurement Awards ein, ein Umstand der auch den Doktorvater, Professor Dr. Oliver Dörr, der hier nicht unerwähnt bleiben soll, zufrieden stimmen sollte. Abschließend sei noch den heute anwesenden Zuhörern und späteren Lesern dieser Laudatio „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ von Dr. Christian Hillen zur Lektüre empfohlen.





## **Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2018 –**

### **Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger**



**Dr. Christian Hillen**

Universität Osnabrück

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

es gibt wohl kaum eine größere Ehre für einen Autor, als eine Auszeichnung für sein Werk zu erhalten. Ich freue mich daher außerordentlich, heute hier stehen und zu Ihnen sprechen zu dürfen. Dass gerade meine Arbeit mit dem diesjährigen International Public Procurement Award ausgezeichnet wird, empfinde ich als ganz besondere Anerkennung.

Ich möchte mich zunächst recht herzlich bei meinem Vorredner, Herrn Prof. Trybus, für seine einführenden Worte und die lobende Vorstellung meiner Arbeit bedanken. Ein herzlicher Dank gilt ebenfalls der gesamten Jury, welche die eingegangenen Beiträge gesichtet und meine Arbeit für auszeichnungswürdig erachtet hat sowie dem forum vergabe e. V. für die Stiftung des Preises und die Einladung zu dieser Veranstaltung. Schließlich möchte ich an dieser Stelle ebenfalls die Gelegenheit nutzen, um meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dörr, einen ganz besonderen Dank für die hervorragende Betreuung während der Promotionszeit auszusprechen. Ohne sein offenes Ohr und die fortwährende Bereitschaft zum Diskurs hätte die Arbeit in dieser Form nicht gelingen können.

Es ist mir nun eine besondere Ehre, Ihnen, meine sehr geehrten Damen und Herren, die wesentlichen Ergebnisse meiner Überlegungen zur gerichtlichen Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht vorzustellen. Ich werde mich dabei bemühen, den

vorgegebenen Zeitrahmen von 10 Minuten nicht zu überschreiten. Um dieses Ziel zu erreichen, möchte ich die folgenden Darstellungen auf zwei in meinen Augen wesentliche Gesichtspunkte der Arbeit konzentrieren. Hierbei handelt es sich zum einen um die Frage, welche Funktionen der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht überhaupt zugeschrieben werden können. Zum anderen möchte ich auf die sich hieran anschließende Frage eingehen, inwieweit die Beurteilung von Wirtschaftlichkeit in ihren verschiedenen Funktionen einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Zunächst stellt sich mithin die grundlegende Frage, in welchen Zusammenhängen dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht überhaupt eine Bedeutung zukommt. In meiner Arbeit habe ich insgesamt vier verschiedene vergaberechtliche Funktionen der Wirtschaftlichkeit identifizieren können. Bei diesen vier Funktionen handelt es sich um die Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung, als allgemeiner Vergabegrundsatz sowie um die Wirtschaftlichkeit als Ausschluss- und Aufhebungsgrund.

Die zweifelsohne prominenteste Funktion kommt der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung zu. Das Vergabeverfahren findet demnach gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB regelmäßig dadurch seinen Abschluss, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Als inhaltsoffenes Modalprinzip gibt der Maßstab der Wirtschaftlichkeit dabei ausschließlich vor, dass die Zuschlagsentscheidung auf Grundlage einer Abwägung von Kosten und Nutzen der eingereichten Angebote vorzunehmen ist. Inhaltlich aufgeladen wird diese Abwägung erst durch die Formulierung verbindlicher Zuschlagskriterien, auf deren Grundlage die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung überhaupt erst erfolgen kann.

Ausdrückliche Erwähnung findet die Wirtschaftlichkeit jedoch nicht nur als Maßstab der Zuschlagsentscheidung. Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 wurde der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB nunmehr auch zum allgemeinen Vergabegrundsatz erhoben. Sein genauer Gewährleistungsinhalt erschließt sich nicht auf Anhieb. Es handelt sich jedoch keinesfalls um die schlichte Wiederholung der bereits erwähnten Funktion der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung. Die Formulierung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB ist stattdessen weitaus umfassender angelegt. Durch ihn soll der öffentliche Auftraggeber dazu angehalten werden, bei sämtlichen Entscheidungen innerhalb des Vergabeverfahrens deren ökonomischen Auswirkungen zu berücksichtigen. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass nicht nur der Zuschlag am Ende des Vergabeverfahrens auf das Beste, d. h. das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, sondern dass auch durch die übrige Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ein möglichst optimaler Einsatz von öffentlichen Mitteln erreicht wird. Der allgemeine Vergabegrundsatz der Wirtschaftlichkeit hat seine Wurzeln somit letztlich im nationalen Haushaltsrecht. Für diese Auslegung spricht dabei nicht nur die Tatsache, dass es an einer entsprechenden unionsrechtlichen

Überformung vollständig fehlt und ein allgemeiner Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in den Vergaberichtlinien keine Erwähnung findet; auch der Gesetzgeber selbst spricht in seiner Gesetzesbegründung davon, dass die Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB lediglich „zum Zwecke der Klarstellung“ um den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ergänzt worden sei; auch diese Betonung des deklaratorischen Charakters lässt auf einen haushaltsrechtlichen Ursprung der Wirtschaftlichkeit als allgemeinen Vergabegrundsatz schließen.

Drittens kann der Wirtschaftlichkeit die vergaberechtliche Funktion eines Ausschlussgrundes zugeschrieben werden. In der vergaberechtlichen Ausschlussregelung des § 60 VgV findet der Begriff der Wirtschaftlichkeit zwar mit keinem Wort Erwähnung; die wesentlichen Elemente des Wirtschaftlichkeitsgedankens, nämlich die vergleichende Gegenüberstellung von Kosten und Nutzen, sind jedoch auch hier von entscheidungsleitender Bedeutung. Der öffentliche Auftraggeber kann ein Angebot demnach gemäß § 60 Abs. 3 VgV vom weiteren Verfahren ausschließen, wenn der darin aufgerufene Preis im Verhältnis zu der im Gegenzug zu erbringenden Leistung unangemessen niedrig ist. Konkret geht es mithin um den Ausschluss solcher Angebote, deren Preis für die zu erbringende Leistung schlichtweg „zu gut“ ist. Durch die Ausschlussregelung soll verhindert werden, dass solche Anbieter den Zuschlag erhalten, die nicht kostendeckend kalkuliert haben und an deren wirtschaftlicher Überlebensfähigkeit nicht zuletzt aus diesem Grunde zu zweifeln ist. Gerät ein Bieter nämlich in finanzielle Nöte, ist es sehr unwahrscheinlich, dass die geschuldete Leistung von ihm in ordnungsgemäßer Weise erbracht werden wird. Ohne dass die Wirtschaftlichkeit in der Ausschlussregelung des § 60 VgV somit ausdrücklich zum normativen Maßstab erhoben wird, kann ihr aufgrund eines identischen Entscheidungsprogramms eine entsprechende vergaberechtliche Funktion zugesprochen werden. Als vergaberechtlicher Ausschlussgrund soll die Wirtschaftlichkeit dem Umstand vorbeugen, dass sich aus der fehlenden Kostendeckung eines Angebotspreises das Risiko einer lediglich unzureichenden Leistungserbringung ableitet.

Viertens und letztens kommt der Wirtschaftlichkeit die vergaberechtliche Funktion eines Aufhebungsgrundes zu. Ein öffentlicher Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren demnach gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV insbesondere dann ganz oder teilweise aufheben, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Auch in diesem Fall erfolgt dabei – ganz ähnlich wie bei der Ausschlussentscheidung – ein Vergleich von Preis und Leistung eines Angebots. Anders als beim Angebotsausschluss liegt das Augenmerk im Rahmen der Aufhebungsentscheidung allerdings nicht auf besonders niedrigen, sondern auf besonders hohen Angebotspreisen. Die Wirtschaftlichkeit ist in ihrer Funktion als Aufhebungsgrund dadurch primär dann von Bedeutung, wenn nur solche Angebote im Vergabeverfahren verblieben sind, deren Kosten sich im Vergleich zum bereitgestellten Nutzen als unangemessen hoch erweisen. In diesen Fällen soll die Vergabestelle

nicht gezwungen sein, den Zuschlag auf ein deutlich überteuertes Angebot zu erteilen. Stattdessen kann sie sich durch die Wirtschaftlichkeit in ihrer Funktion als Aufhebungsgrund aus einer solchen für sie nachteiligen Ausschreibung zurückziehen, ohne sich den Bietern gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen.

Die vier dargestellten Funktionen lassen erkennen, dass der Wirtschaftlichkeit innerhalb des vergaberechtlichen Vergabeverfahrens eine zentrale Rolle zukommt. Diese besondere Bedeutung hat zwangsläufig zur Folge, dass Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit über Erfolg und Misserfolg einzelner Bieter entscheiden können. Die hiervon betroffenen Bieter sind den Entscheidungen der Vergabestelle jedoch nicht schutzlos ausgeliefert. Der ihnen im Bereich der Oberschwellenvergabe durch § 97 Abs. 6 GWB vermittelte Rechtsanspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften erstreckt sich auch und gerade auf jene Vorschriften, in denen die Wirtschaftlichkeit zum zentralen Entscheidungsmaßstab erhoben wird.

Der tatsächliche Wert des durch § 97 Abs. 6 GWB vermittelten Rechtsschutzes hängt jedoch nicht nur vom Zugang zu gerichtlicher Kontrolle ab. Nicht weniger bedeutsam ist ebenfalls die konkrete Ausgestaltung dieser gerichtlichen Kontrolle, d. h. die spezifische Rechtsschutzintensität. Letztere wird maßgeblich durch die jeweils zu gewährleistende Kontrolldichte geprägt. Ein wesentlicher Schwerpunkt meiner Arbeit lag deshalb in der Beantwortung der Frage, welche Kontrolldichte die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen mit Blick auf die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsmaßstabs in dessen verschiedenen vergaberechtlichen Funktionen anzulegen haben.

Von Seiten des Unionsrechts werden in diesem Zusammenhang keine allzu strengen Anforderungen an die Kontrolldichte gestellt. Insbesondere mit der Garantie wirksamen Rechtsschutzes gemäß Art. 47 Abs. 1 GRCh sind vergleichsweise weitreichende Letztentscheidungsbefugnisse der Vergabestellen vereinbar, die ihre Grenze nach der Rechtsprechung des EuGH erst dort erreichen, wo ein Gericht sich auf eine reine Willkürkontrolle zurückzieht.

Während diese unionsrechtlichen Vorgaben als rechtsschutzspezifischer Mindeststandard einzustufen sind, stellt das nationale Recht ungleich strengere Anforderungen an die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte. Dreh- und Angelpunkt der nationalen Kontrolldichtedogmatik bildet dabei die in Art. 19 Abs. 4 GG niedergelegte Garantie effektiven Rechtsschutzes. Durch sie sind auch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen im Grundsatz verpflichtet, die Entscheidungen der Vergabestellen sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht vollumfänglich zu überprüfen. Einschränkungen dieses umfassenden Kontrollauftrags können sich allerdings aus Beurteilungsspielräumen der Vergabestelle ergeben. Als Ausnahme vom Verfahrensgrundrecht umfassender Kontrolle gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ist hierfür jedoch erforderlich, dass sich eine entsprechende Letztentscheidungsbefugnis der Vergabestelle auf eine gesetzliche

Grundlage zurückführen lässt. Es bedarf somit einer normativen Ermächtigung der Vergabestelle zu letztverbindlicher Entscheidung. Diese muss nicht zwingend ausdrücklich festgelegt, sondern kann ebenfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln sein.

Auch die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit in ihren erwähnten Funktionen muss sich an diesen Vorgaben messen lassen. Möchte man der Vergabestelle in den funktionspezifischen Zusammenhängen einen Beurteilungsspielraum zugestehen, so bedarf es auch hier jeweils des Nachweises einer normativen Ermächtigung zu eigenverantwortlicher und weitgehend kontrollfester Entscheidung.

In meinen Untersuchungen habe ich die vier vergaberechtlichen Funktionen der Wirtschaftlichkeit auf dieser Grundlage näher betrachtet. Eine tiefergehende Darstellung zu der Frage, in welchen Zusammenhängen dabei eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung festzustellen ist und in welchen Zusammenhängen nicht, würde an dieser Stelle zu weit gehen. Ich möchte stattdessen zwei für mich wesentliche Aspekte herausgreifen, die funktionsübergreifend festzustellen waren und meine Ausführungen als ebenso grundlegende wie elementare Erkenntnis abschließen sollen.



Zum einen ist die Notwendigkeit zur Vornahme einer differenzierten Betrachtung zu betonen. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit stellt sich in keiner ihrer vier vergaberechtlichen Funktionen als einaktiger, monolithischer Vorgang dar; jeder dieser vier Fälle zeichnet sich stattdessen durch vielschichtige Entscheidungsstrukturen aus, die auch bei der Ermittlung möglicher Beurteilungsspielräume berücksichtigt werden müssen. Eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung kann sich dadurch keinesfalls auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit „als Ganzes“ erstrecken. Stattdessen muss bei jeder Wirtschaftlichkeitsfunktion zwischen verschiedenen Entscheidungsstufen sowie diesen wiederum unterfallenden Entscheidungselementen unterschieden werden. Nur hinsichtlich dieser einzelnen Fragmente einer Wirtschaftlichkeitsbeurteilung kommt eine Einräumung von Beurteilungsspielräumen überhaupt in Betracht.

Dies führt mich nun unmittelbar zu meinem zweiten Punkt. Dieser besteht in der Erkenntnis, dass sich für einzelne der soeben erwähnten Entscheidungsfragmente eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung zwar durchaus herleiten lässt; für die weitaus größere Zahl von Teilentscheidungen innerhalb der vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsbeurteilung gilt dies jedoch gerade nicht, weshalb es für sie beim Grundsatz vollumfänglicher Kontrolle bleiben muss.

Die extensiv betriebene Einräumung von Beurteilungsspielräumen, wie sie von Seiten der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums betrieben wird, lässt sich demgegenüber mit dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbaren. Es offenbaren sich stattdessen unverkennbare Gegensätze hinsichtlich des Umgangs mit Beurteilungsspielräumen im Verwaltungs- und Verfassungsrecht einerseits und im Vergaberecht andererseits. Der grundsätzlich geforderte Nachweis einer normativen Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung scheint auf der Ebene des Vergaberechts jedenfalls nicht in gleicher Weise zu gelten. Stattdessen werden Beurteilungsspielräume im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsbeurteilungen oftmals mit ebenso beiläufigen wie floskelhaften Erklärungen begründet, wonach etwa ein Beurteilungsspielraum der „Natur der Sache“ geschuldet sei und alles andere „nicht richtig sein“ könne. Eine Einschränkung des Grundsatzes gerichtlicher Kontrolle lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres auf Praktikabilitätsabwägungen stützen, sondern verlangt auch im Vergaberecht in jedem Einzelfall nach dem Nachweis einer entsprechenden normativen Ermächtigung durch den Gesetzgeber. Für die Beurteilung von Wirtschaftlichkeit kann ein solcher Nachweis lediglich für einzelne Teilentscheidungen erbracht werden.

Mit diesem Gedanken möchte ich meine Ausführungen abschließen. Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche Ihnen und uns einen schönen Abend.

## Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

### Moderation und Einführung



#### **Prof. Dr. Mark von Wietersheim**

Geschäftsführer forum vergabe e.V., Berlin

Zum dritten Mal bieten wir die Möglichkeit, Thesen zur Diskussion zu stellen. Die Idee ist, dass Teilnehmer über den vorgegebenen Rahmen der geplanten Themen hinaus weitere Gedanken zur Diskussion stellen können.



Die Möglichkeit, eine These einzureichen, haben wir vorab veröffentlicht. Die Auswahl erfolgte durch die Geschäftsführung in Abstimmung mit dem Wissenschaftlichen Beirat des forum vergabe.

Wir freuen uns besonders, dass dieses Jahr wieder jüngere Kolleginnen und Kollegen die Gelegenheit nutzen, zu der vergaberechtlichen Diskussion beizutragen.

Jeder Vortragende hat zehn Minuten für seine These, danach schließen sich für je zwei Thesen 10 Minuten Fragen und Stellungnahmen an.

## Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

### Abschaffung einer eigenständigen VOB/A ab Erreichen der EU-Schwellenwerte



**Leitender Regierungsdirektor Bernhard Fett**

Staatsbetrieb Sächsische Informatik Dienste, Dresden

**These:** Bei der Vollendung des Vergaberechts erscheint es mir unerlässlich, dass ...  
„die bisherige VOB/A EU ab Erreichen der EU-Schwellenwerte abgeschafft werden sollte.“

#### **1. Einheitliche Regelung!?**

In der aktuellen RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und z. B. auch im vergleichbaren österreichischen Bundesvergabegesetz sind *Liefer-, Dienst- und Bauaufträge einheitlich in einem Regelwerk erfasst*. Dies ist auf EU-Ebene seit 2004 schon einheitlich für alle Leistungen mit der damaligen RL 2004/18/EG, der sog. Vergabekoordinierungsrichtlinie, etabliert worden. Nur Deutschland hält an der überkommenen Trennungslösung von Dienst- und Lieferleistungen einerseits und Bauleistungen andererseits, auch oberhalb der EU-Schwellenwerte, weiterhin grundsätzlich fest.

Auch in Deutschland findet sich dieses *Einheitskonzept inkl. der Bauleistungen jedoch auch schon* in der *Sektorenverordnung*, der *Konzessionsvergabeverordnung* und der *Vergabestatistikverordnung* wieder. Nur der klassische Vergabebereich macht eine nicht nachvollziehbare Ausnahme.

## 2. Keine systematische Sonderstellung der VOB/A EU

Die systematische Sonderstellung der *VOB/A EU* – neben der *VgV* – ist vor diesem ansonsten einheitlichen Regelungshintergrund in anderen Vergabebereichen sachlich nicht (mehr) zu rechtfertigen.

Das *GWB* verfügt schon über 90 Paragraphen, hinzu kommen 82 der *VgV* und ohne Not nochmals weitere 54 Paragraphen der *VOB/A EU*.

Die *VOB/A EU* regelt trotz ihrer Sonderstellung den *Baubereich im Übrigen nicht vollständig alleine*, sondern es gelten etwa 20 Vorschriften der *VgV* (§§ 1 bis 13, 21-27) ebenfalls dort (vgl. § 2 Satz 1 *VgV*).

Zudem gibt es unnötiger Weise über zehn *Vorschriften der VOB/A EU*, die nur Regelungen des *GWB* und der *VgV* lediglich doppeln oder sogar überflüssigerweise dort hin zurück verweisen (siehe z. B. § 20 *EU VOB/A*, der auf § 8 *VgV* verweist oder § 2 *EU Abs. 5 VOB/A*, der auf § 6 *VgV* verweist sowie § 22 *EU VOB/A*, der ohnehin § 132 *GWB* entspricht und diesem nachrangig ist)

Bei diesen Regelungen der *VOB/A EU* handelt es sich im Übrigen um *Verfahrens-, Dokumentations- und Fristenbestimmungen* (§§ 3 *EU*, 3a *EU*, 3b *EU*, 6a *EU*, 6c *EU*, 6e *EU*, 6f *EU*, 10a *EU*, 10b *EU*, 10c *EU*, 10d *EU*, 11b *EU*, 16d *EU*, 23a *EU VOB/A*) die vom europäischen Richtliniengeber ohnehin zwingend vorgegeben sind, sodass eine eigene und separate Regelungsnotwendigkeit nicht erkennbar ist.

Dies ist nicht anwenderfreundlich.

## 3. Lösung

Die bisherige *VOB/A EU* sollte ab Erreichen der *EU-Schwellenwerte* als solche abgeschafft werden, um die *Einheitlichkeit* des insoweit schon seit 2004 mit der damaligen *RL 2004/18/EG* fortlaufend auf *EU-Ebene* vereinheitlichten *Vergaberechts auch für Bauaufträge* sicher zu stellen.

Die bisherige *VOB/A EU* mit insgesamt 54 Paragraphen, die vielfach auch nur nahezu wortgleiche Bestimmungen des *GWB* und der *VgV* doppelt (§§ 1 *EU*, 2 *EU*, 4b *EU*, 5 *EU*, 6f *EU*, 7 *EU*, 11 *EU*, 11a *EU*, 20 *EU*, 22 *EU VOB/A*), sollte demgemäß *inhaltlich perspektivisch in die schon bestehende VgV integriert* werden, die ja auch schon jetzt mit ihren §§ 1 bis 13 und 21 bis 27 *VgV* teilw. für *Bauvergaben* ab Erreichen der *EU-Schwellenwerte* gilt, vgl. § 2 *VgV*.

#### **4. Ausblick und Gesamtlösung**

*Unterhalb der EU-Schwellenwerte kann die VOB/A neben der UVgO durchaus bestehen bleiben, sodass beiden scheinbar widersprüchlichen Vorgaben der Koalitionsvereinbarung v. 7.2.2018 (Vereinheitlichung des Vergaberechts und Sicherung der VOB) – wenn auch auf zwei unterschiedlichen Ebenen (oberschwellig nur noch die VgV, untereschwellig UVgO und VOB/A nebeneinander) – genügt würde.*



## Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

### Die Ausnahme zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen – Neuaufgabe erforderlich?



**Rechtsanwältin Dr. Frauke Koch**

Taylor Wessing, Düsseldorf

Die Vorbereitung eines Vortrages, insbesondere der richtige Einstieg in das Thema, bereitet mitunter Kopfzerbrechen – gilt es doch in den ersten Minuten die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu sichern. Umso willkommener ist mir die Vorgabe des forum vergabe, wonach die heute Morgen vorzustellenden Thesen einem Leitgedanken folgen sollen. In diesem Sinne:

**„Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts erscheint mir unerlässlich, die Reichweite des Ausnahmetatbestands zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen Deutschlands nach § 107 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 346 Abs. 1 AEUV zu schärfen.“**

Ausgangspunkt für meine These bildet der Koalitionsvertrag. Ausweislich desselben hat sich die Bundesregierung auf ihre Fahnen geschrieben, den Ausnahmetatbestand zukünftig stärker in Anspruch zu nehmen.

Ich zitiere:

*„Zum Erhalt nationaler Souveränität bei Schlüsseltechnologien will die Bundesregierung prüfen, inwieweit der Ausnahmetatbestand des Art. 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Beschaffungspraxis stärker herangezogen werden kann.“* *„Notwendige gesetzliche Anpassungen“* sollen folgen.

Das Bestreben der Regierung ist mehr als nachvollziehbar: Vor dem Hintergrund der geänderten Weltsicherheitslage und einer desolaten Materiallage der Bundeswehr sind

zweifelsohne effiziente und schnellere Beschaffungsprozesse erforderlich, die die Einsatz- und Verteidigungsfähigkeit Deutschlands und seine Rolle als verlässlicher Bündnispartner langfristig sicherstellen. Langwierige und formale Vergabeverfahren mit „echtem“ Wettbewerb können dem entgegenstehen, insbesondere wenn es um die Beschaffung hochkomplexer Prototypen oder von Rüstungsaufträgen in zweistelliger Milliardenhöhe mit besonderer Brisanz geht. Überdies hat der Bund ein erhebliches Interesse daran, deutsches Know-How zu schützen und weitere Reputationsschäden zu vermeiden.

Doch ganz so einfach wie es in der Presse erscheint, ist es dann freilich nicht: nach dem Normstand gilt es eigentlich als gesichert, dass der Rückgriff auf § 107 Abs. 2 GWB nur äußerst selten in Betracht kommt. § 107 Abs. 2 GWB ist primärrechtlich-legitimierter Ankerplatz allein für *außergewöhnliche Ausnahmefälle*.

Als Einfallstor des Art. 346 Abs. 1 AEUV können Auftraggeber unter Rückgriff auf § 107 Abs. 2 GWB zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen Deutschlands auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens verzichten.

In der gebotenen Kürze bleibt zu sagen, dass die „wesentlichen Sicherheitsinteressen“ die innere und äußere Sicherheit,<sup>1</sup> aber auch sicherheitspolitische Interessen sowie die militärische Versorgungssicherheit umfassen<sup>2</sup> und auch die Ziele der Landesverteidigung sowie der nationalen Sicherheit unter den Begriff zu subsumieren sind. Mit ihrer Sicherheitspolitik bestimmen die Mitgliedstaaten die wesentlichen Sicherheitsinteressen selbst. Insoweit verfügen die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der wesentlichen Sicherheitsinteressen über einen gewissen Ermessensspielraum. Dieser ist jedoch nicht grenzenlos.

So hat der EuGH – zu Recht – gebetsmühlenartig betont, dass Art. 346 AEUV restriktiv auszulegen ist. Selbiges gilt für seine Zwillingsvorschrift § 107 Abs. 2 GWB. Da die Norm eine Abweichung vom wettbewerbsfokussierten Vergaberecht ermöglicht, können wesentliche Sicherheitsinteressen nur im Falle *allerhöchster* Wichtigkeit betroffen sein. Der durch § 107 Abs. 2 GWB bewirkte Dispens vom Vergaberecht stellt einen juristisch und politisch schwerwiegenden Akt dar, der auf besondere Ausnahmefälle begrenzt sein muss, in denen die Sicherheitsinteressen nicht anders gewahrt werden können. Um dem Ausnahmecharakter der Norm Rechnung zu tragen, wurde ja gerade auch die VerteidigungsvergabeRL erlassen. Ob die wesentlichen Sicherheitsinteressen den Ver-

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 11. Januar 2000 – Rs. C-285/98; Wegener, in: Callies /Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art. 346 AEUV Rn. 4; Jaeckel, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 346 AEUV Rn. 14; *Kreuschitz*, in: Lenz/Borhardt (Hrsg.) EU-Verträge, 6. Auflage 2012, Art. 346 AEUV Rn. 7; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2010, Art. 346 AEUV Rn. 9.

<sup>2</sup> Simonsen/Beutel, in: Wolfgang/Simonsen /Tietje (Hrsg.), AWR-Kommentar, 22. Erg.-Lfg. 2009, § 7 AWG Rn. 21; die Definition des Begriffs der wesentlichen Sicherheitsinteressen im AWG ist mit der in Art. 346 AEUV identisch

zucht auf jegliches Vergabeverfahren tragen, ist daher im Lichte der Rechtsprechung des EuGH festzustellen und verlangt nach einer sorgfältigen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Beweislast für das Eingreifen der Ausnahme liegt beim Auftraggeber.

Dieser kurze Abriss zu Art. 346 AEUV zeigt, dass sich die Bundesregierung mit ihrer proklamierten Absicht zur verstärkten nationalen Vergabe von Rüstungsaufträgen auf eher dünnem Eis bewegt. Zuzugeben ist andererseits, dass die Verteidigungsfähigkeit Deutschlands ein Handeln erfordert und ein mehr als nachvollziehbares Interesse daran besteht, wehrtechnische Fähigkeiten/Know-How in Deutschland zu erhalten. Fest steht weiter, dass den Mitgliedstaaten bezüglich der Betroffenheit wesentlicher Sicherheitsinteressen Spielräume eröffnet sind. Wie kann diese Spannungslage zwischen nationaler Souveränität und europarechtlichem Pflichtenkanon eingefangen werden?

Ohne die Prüfung vorwegzunehmen, geschweige denn eine vergaberechtsreife Lösung zu präsentieren:

Die in Art. 346 AEUV angelegten Spielräume können – und sollten – genutzt werden! Die proklamierte Rückkehr zu nationalen Vergaben für Rüstungsaufträge darf jedoch nicht dazu führen, dass das schon im Wortlaut von Art. 346 AEUV angelegte Regel-Ausnahmeverhältnis wieder umgekehrt wird und große Rüstungsaufträge automatisch oder in allzu steter Häufigkeit dem Ausnahmetatbestand unterworfen werden. Die VerteidigungsvergabeRL erfüllt ihren Zweck, auch wenn ihr kein Vorrang zukommt. Doch Ausnahmen müssen die Ausnahme bleiben – denn anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der EuGH eine entsprechende Vorschrift wegen Missachtung des Ausnahmecharakters von Art. 346 AEUV kippt. Die Kommission ist für ein entsprechendes Vorgehen sensibilisiert. Auch der gern bemühte Fingerzeig auf die vertragswidrige Praxis anderer Mitgliedstaaten (etwa Frankreich und Italien) ändert daran nichts (vgl. Vertragsverletzungsverfahren, EuGH, Rs. C-52/75)

Eine mögliche Lösung könnte darin bestehen, den § 107 Abs. 2 GWB aus seinem derzeitigen Gerüst herauszulösen und einer selbstständigen Ausnahmenvorschrift im Gefüge der anderen Ausnahmetatbestände vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts zuzuführen. Nach dem Vorbild des alten § 100 Abs. 7 GWB könnten die wesentlichen Sicherheitsinteressen näher definiert und durch bestimmte Fallgruppen ergänzt werden. So könnten einzelne Beschaffungen im Kernbereich militärischer Sicherheit aufgeführt werden, jedoch nicht ohne nähere Präzisierung (Schlüsseltechnologien: dazu gehören per definitionem U-Boote, Kampfpanzer, Verschlüsselungstechnologien, Aufklärungssensorik und Schutztechnologien, Überwasser-Kriegsschiffe wohl zukünftig ebenfalls). Anzuraten ist dabei eine sorgfältige und eher zurückhaltende Fallgruppenbildung. Sinnvoll wäre es zudem, Auslegungsleitlinien über das Verständnis von Inhalt und Reichweite des Ausnahmetatbestands zu erlassen, die Auftraggebern als Orientierungshilfe dienen können. Darüber hinaus sollte der Ausnahmetatbestand die zentralen Ausle-

gungsdirektiven des EuGH und/oder der Kommission (vgl. Auslegungsmitteilung aus 2006/2013) beinhalten, insbesondere das Erfordernis der substantiierten Begründung und die Durchführung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, um eine Überstrapazierung der Norm zu verhindern. Jeder einzelne Vorgang muss sorgfältig geprüft und hinreichend begründet werden. Alles andere würde den Verdacht nähren, dass § 107 Abs. 2 GWB in der Rechtspraxis eben nicht als Ausnahmevorschrift gelebt wird, die sie ist.

Anzuregen ist schließlich – mit Blick auf die geänderte Verteidigungslage Europas und die protektionistische Beschaffungspraxis vieler Mitgliedstaaten – die Diskussion mit der Europäischen Kommission, um für eine rechtssichere und europaweit einheitliche Lösung auf EU-Ebene zu sorgen. (z.B. Leitlinien für die Auslegung). Dies schließt den gemeinsamen Diskurs mit anderen Mitgliedstaaten mit ein.

## Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts

### Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie im öffentlichen Beschaffungswesen



#### Marc Steiner

Richter am schweizerischen Bundesverwaltungsgericht, St. Gallen

**These: „Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts und der Beschaffungspraxis erscheint mir unerlässlich, den Austausch zwischen Juristinnen und Ökonomen zu normalisieren.“**

Vielleicht gibt es für den Geschmack von Juristinnen und Juristen schon zu viel Ökonomie im Wettbewerbsrecht, aber das können wir hier offen lassen. Für die Vergaberechtszene ist es jedenfalls unbedingt ein Gewinn, dass Akteure wie die Professoren Michael Eßig aus München oder Ronald Bogaschewsky aus Würzburg ihre ökonomischen Ansätze einbringen. Fakt ist nach meiner Beobachtung aber auch, dass die Juristinnen und Ökonomen immer noch zu sehr nebeneinander herlaufen, als dass sie im Austausch sind. Dabei gibt es über das Wettbewerbsregister, die Bildung von Bietergemeinschaften und die Kartellabsprachen, die sich im Sinne von Freundschaft mit der Deutschen Bahn auf die öffentliche Beschaffung auswirken, hinaus noch viele weitere Themen, in welchen ein keineswegs zu unterschätzendes interdisziplinäres Potenzial steckt. Mit anderen Worten gibt es derzeit im öffentlichen Beschaffungswesen zu wenig Ökonomie. Themen des Austauschs könnten etwa sein die Bedeutung des relevanten Marktes aus vergaberechtlicher Sicht<sup>1</sup> und damit die Notwendigkeit der Marktkenntnisse von Beschaffenden. Stark interdisziplinär sind aber auch die Themen Innovation, Qualitätswettbewerb und Nachhaltigkeit. Der seit den EU-Richtlinien 2014 bzw. dem GWB 2016

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7753/2016 vom 1. Februar 2017, publiziert in: Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2017/IV/3 E. 4.7.3

salonfähige „strategic use of public procurement“ erscheint insofern auch als Mittel zur Förderung von Innovation bzw. als Teilgehalt einer Qualitätswettbewerbslogik, welche die in der Ökonomie der 90er tonangebende Preiswettbewerbslogik verdrängt<sup>2</sup>. Anlässlich der letzten forum vergabe Gespräche hat ein Kollege mehr oder weniger scherzhaft gesagt, man dürfe ja inzwischen als Vergaberechtl. nicht mehr „vergabefremde Aspekte“ sagen. Meine These dazu ist, dass die Dogmatik der vergabefremden Aspekte zu nicht unwesentlichen Teilen in die Juristerei importierte Ökonomendenke der 90er Jahre war bzw. ist. Aus dieser hat sich die (letztlich ökonomische) Fundamentalkritik an der „Instrumentalisierung“ des öffentlichen Beschaffungswesens unter Inkaufnahme der Beeinträchtigung der Einzelwirtschaftlichkeit als vorausgesetzter Zielsetzung ergeben<sup>3</sup>. Dabei wurde der Umstand, dass das öffentliche Beschaffungswesen nicht klassische Regulierungstätigkeit, sondern primär „consumer choice“ ist, was beispielsweise aus welthandelsrechtlicher Optik einen weiteren Spielraum für „policy choices“ rechtfertigt als im klassischen WTO-Recht, bewusst nicht berücksichtigt<sup>4</sup>. Wir wissen, dass die neuen EU-Richtlinien 2014 wie auch das GWB 2016 die über das Budget der Auftraggeberin hinausgehenden Folgen des öffentlichen Konsums mit adressieren. Das wird am deutlichsten bei der Internalisierung von ökologischen Externalitäten im Rahmen der Lebenszykluskosten gemäß Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU. Dies basierend auf der Prämisse, dass die früher dem Vergaberecht zugrunde liegende ökonomische Denke der 90er „inzwischen als eine im demokratischen Willensbildungsprozess nicht (mehr) mehrheitsfähige Ansicht angesehen werden“ darf. Und das sagt nicht etwa die Fraktionsleitung der Grünen, sondern im bereits zitierten GWB-Kommentar Richter am OLG Naumburg Jörg Wiedemann, der aufgrund jahrelanger Beobachtung radikaler vergaberechtspolitischer Ansichten völlig unverdächtig ist. Daraus ergeben sich zwei Erkenntnisse: Erstens sollte sich die ökonomische Theorie mit dem soeben diagnostizierten Paradigmenwechsel auseinandersetzen, wenn sie für den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens nicht irrelevant werden will<sup>5</sup>. Dies aufbauend auf der Arbeitshypothese, dass die Politikerinnen und Juristen den Ökonomen im Rahmen der Erarbeitung der Richtlinien 2014 weitgehend die Deutungshoheit über die Materie abgenommen

---

<sup>2</sup> Anmerkung für die schriftliche Fassung: In gleicher Weise haben die Medien auch zur Schweizer Vergaberechtsreform, welche am 13. Juni 2018 im Nationalrat (bei Ihnen Bundestag) diskutiert worden ist, festgestellt, dass sich die Politik für den öffentlichen Einkauf das Ende der Geiz ist geil!-Mentalität wünscht (vgl. zum Hintergrund etwa [www.bauen-schweiz.ch/fileadmin/media/Aktualitaeten/Regulierung\\_Qualitaetswettbewerb\\_Nachhaltigkeit\\_Vollzug\\_LaliveSteiner\\_April\\_2018.pdf](http://www.bauen-schweiz.ch/fileadmin/media/Aktualitaeten/Regulierung_Qualitaetswettbewerb_Nachhaltigkeit_Vollzug_LaliveSteiner_April_2018.pdf), zuletzt besucht am 3. Juli 2018).

<sup>3</sup> Vgl. zur Formulierung Wiedemann, in: Kularztz/Kuss/Protz/Priess (Hrsg.) Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016, Rz. 92 zu § 97 GWB

<sup>4</sup> Vgl. zum „consumer choice“ etwa Marc Steiner, Wie stehen Government Procurement Agreement (GPA) und die umweltfreundliche Beschaffung zueinander? [www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160225\\_Artikel\\_Steiner.html](http://www.nachhaltige-beschaffung.info/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2016/160225_Artikel_Steiner.html), zuletzt besucht am 17. Juli 2018)

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa Charles B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 9. Auflage, München 2017, insb. S. 382 ff.

haben<sup>6</sup>. Die neuen Richtlinien sind vom Gedanken der Kohärenz der Rechtsordnung geprägt, wogegen nach früherer Auffassung das Vergaberecht so abgespalten werden sollte, dass es bewusst nicht auf andere, ausserhalb des Wirtschaftsrechts liegende Subsysteme der Rechtsordnung Rücksicht zu nehmen brauchte. Derselbe Paradigmenwechsel ist übrigens auch auf der Ebene der WTO zu beobachten. Wenn mir vor zehn Jahren jemand gesagt hätte, dass die WTO einmal ein Symposium zur nachhaltigen Beschaffung veranstalten würde, hätte ich mir wahrscheinlich mit dem Finger an die Stirn getippt, um den vermuteten Geisteszustand des Gesprächspartners zu beschreiben. Vor zehn Jahren wäre die Mehrheitsposition völlig klar gewesen: Das ist kein WTO-Thema, sondern interessiert höchstens UNEP bzw. heute UN Environment. Und doch hat diese Tagung – begünstigt durch das neue Konzept des revidierten Government Procurement Agreement (2012) – am 22. Februar 2017 in Genf stattgefunden<sup>7</sup>. Jetzt brauchen wir zweierlei: Einerseits die ökonomische Theorie, die sich – nach Wahl wohlwollend oder kritisch – mit den neuen Entwicklungen auseinandersetzt. Und andererseits die praktischer interessierte Ökonomie, die uns hilft, die Qualität der Angebote und namentlich die Lebenszykluskosten zu analysieren und zu bewerten. Juristerei und Vergabepaxis können ebenso wenig ohne Ökonomie wie umgekehrt. Insoweit gilt es, das praktische und möglichst effiziente Funktionieren der Beschaffung nach den neuen Regeln sicherzustellen. Das setzt aber das klare Benennen und Ausräumen der dem neuen System inhärenten Zielkonflikte voraus, was ebenfalls nur im Austausch der Disziplinen gelingen kann.

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu vor allem die wesentlich von Heide Rühle vorbereitete EP-Entscheidung vom 25. Oktober 2011 zur Modernisierung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens

<sup>7</sup> [www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_symp\\_22feb17\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_symp_22feb17_e.htm), zuletzt besucht am 3. Juli 2018; vgl. dazu auch den Bericht des WTO-Sekretariats vom 30. Mai 2017 mit der Dokumentennummer GPA/W/341



## **Thesen zur Fortentwicklung des Vergaberechts**

### **Bußgelder für Vergaberechtsverstöße**



**Rechtsanwalt Dr. Florian Wolf**

BLOMSTEIN, Berlin

**These: „Bei der Fortentwicklung des Vergaberechts erscheint mir unerlässlich, dass nach Vorbild anderer Staaten Bußgelder für Vergaberechtsverstöße von Auftraggebern eingeführt werden.“**

#### **Ausgangspunkt und Notwendigkeit**

Die EU-Kommission hat in ihrem Single Market Scoreboard<sup>1</sup> anhand von Zahlen aus dem Jahr 2015 dargelegt, wie gering das von deutschen öffentlichen Auftraggebern in TED veröffentlichte Ausschreibungsvolumen im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt ist. Während im Jahr 2015 die Ausschreibungsquote im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt unionsweit bei 4,16 % lag, schrieben deutsche Auftraggeber nur 1,2 % (2014: 1,1 %) der gesamtwirtschaftlichen Leistung europaweit aus und lagen damit am unteren Ende des Rankings.

Ein Grund mag im Gegensatz zu Ländern wie Frankreich oder dem Vereinigte Königreich die starke Dezentralisierung als Folge des föderalen Staatsaufbaus sein, die ggf. zu einer höheren Quote von Unterschwellenvergaben führt. Auch mögen Staaten mit einer liberaleren Wirtschaftsverfassung eine höhere Ausschreibungsquote haben. Allerdings erscheint der Unterschied zu Staaten wie Frankreich (3 %), Italien (2,5 %), die Niederlande (2,4 %) oder das Vereinigte Königreich (4,9 %) so gravierend, dass der Ver-

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/scoreboard/performance\\_per\\_policy\\_area/public\\_procurement/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm)

dacht nahelegt, dass in Deutschland nach wie vor ein erhebliches Umsetzungsdefizit herrscht. Daher untersucht derzeit auch die Kommission die Gründe für diesen Befund.

Einen großen Einfluss auf die geringe Quote EU-weit veröffentlichter Auftragswerte kann daher haben, dass immer noch zahlreiche öffentliche Aufträge – bewusst oder unbewusst – nicht in EU-weiten Vergabeverfahren vergeben werden, obwohl dies nach Maßgabe des Vergaberechts erforderlich wäre.

Davon ausgehend stellt sich die Frage, wie dieses als Grundlage der These angenommene Umsetzungsdefizit zukünftig verringert werden kann. Die These beantwortet diese Frage mit der Einführung von Bußgeldern für schwere Vergaberechtsverstöße als mögliches Mittel.

### **Aktuelle Rechtslage**

Die aktuelle Rechtslage in Deutschland ist hinsichtlich der Konsequenzen für Vergaberechtsverstöße zwischen Auftraggebern und Bietern im Ungleichgewicht. Den Bieter treffen ungleich härtere Konsequenzen für schwere Verstöße gegen das Vergaberecht: Er wird vom Verfahren ausgeschlossen, ggf. für gewisse Zeiträume für die Teilnahme an Vergabeverfahren gesperrt und/oder in Korruptionsregister – zukünftig das Wettbewerbsregister – eingetragen.

Im Gegensatz dazu ist der Auftraggeber lediglich zur Korrektur des Verstoßes verpflichtet. Darüber hinausgehende Konsequenzen braucht der Auftraggeber jedoch nicht zu fürchten, mit Ausnahme einer Unwirksamklärung eines Vertrages nach § 135 Abs. 1 GWB. Sicherlich mag zuweilen eine durch die Korrekturpflicht entstehende Verzögerung des Vergabeverfahrens für den öffentlichen Auftraggeber ärgerlich sein. Gesetzlich angeordnete monetäre oder gar personelle Folgen sind hingegen dem deutschen Recht fremd.

Dieser Befund mag ein Grund dafür sein, dass die verhaltenssteuernde Wirkung des Vergaberechts in manchen Fällen wenig effektiv ist.

### **Der Vorschlag**

Daher lautet der Vorschlag, Bußgelder für Auftraggeber einzuführen, die in besonders schwerem Maße gegen das Vergaberecht verstoßen. Selbstverständlich soll es dabei nicht um die Sanktionierung von geringen Fehlern im Vergabeverfahren gehen. Der ganz überwiegende Teil der rechtstreuen Auftraggeber wäre damit von Bußgeldmaßnahmen nicht betroffen. Vielmehr zielt die Möglichkeit zur Verhängung von Bußgeldern auf die Ahndung besonders schwerer Verstöße gegen das Vergaberecht ab. Dieser neu

zu schaffende Sanktionsmechanismus würde damit als Ergänzung neben die Korrekturverpflichtung treten.

Diese Neuerung wäre auch auf die Verhinderung von wirtschaftlichen Schäden der öffentlichen Haushalte durch überhöhte Preise gerichtet. Schließlich besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass bei einer Auftragsvergabe ohne Wettbewerb nicht das wirtschaftlichste Angebot zum Zuge kommt. Zusätzlich müssten Ressourcen für eine mögliche Neuausschreibung aufgewandt werden, wenn sich im Nachhinein ein Vergaberechtsverstoß mit der Konsequenz der Neuausschreibung herausstellt.

Da das Gesetz keine Definition bzw. Auflistung von besonders schweren Verstößen gegen Vorschriften des Vergaberechts kennt, ist eine Präzisierung notwendig. Grundsätzlich gilt, dass je gravierender die bereits jetzt schon vorgesehenen Folgen für einen Vergabeverstoß sind, desto schwerwiegender ist auch der Verstoß zu werten. Erfasst sind damit zunächst insbesondere Verstöße, die zu einer Unwirksamkeit des Vertrages gemäß § 135 Abs. 1 GWB führen, also ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht aus § 134 GWB sowie eine unzulässige de-facto-Vergabe nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Ferner ist an Verstöße gegen die Regeln zur Vermeidung von Interessenskonflikten gemäß § 6 VgV und zur Projektantenproblematik gemäß § 7 VgV zu denken, die in besonderem Maß den Prinzipien der Transparenz, der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs dienen.

Im Übrigen können als Grundlage für die Bewertung von Verstößen, die als besonders schwerwiegend zu betrachten sind, diejenigen Fallkonstellationen dienen, in denen die Vergabenachprüfungsinstanzen trotz Rügepräklusion oder fehlender Antragsbefugnis dennoch in der Sache entscheiden. Das ist der Fall, wenn das Vergabeverfahren insgesamt an einem so schwerwiegenden Mangel leidet, dass sich eine ordnungsgemäße – auf dem Boden des Vergaberechts bewegend – Entscheidung nicht treffen lässt und die Vergabestelle daher in einem solchen Verfahren gar nicht die Möglichkeit hat, den Auftrag ohne Rechtsverletzung zu vergeben.

### **Vorbilder in anderen Staaten<sup>2</sup>**

Die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten kennen als Instrument zur Durchsetzung des Vergaberechts ein Bußgeld, mit dem öffentliche Auftraggeber für bestimmte schwere Vergaberechtsverstöße bestraft werden. Damit wird dem Rechtsschutzsystem dort neben Primär- und Sekundärrechtsschutz eine dritte Ebene hinzugefügt. Das Buß-

---

<sup>2</sup> Europäische Kommission, Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, Final Study Country Fiches, April 2015, MARKT/2013/072/C.

geld wird u. a. durch eine unabhängige Überwachungsstelle (Schweden), durch die behördliche Nachprüfungsinstanz (Tschechien) oder durch die Gerichte (Österreich, Belgien) verhängt. Auch im US-Recht können bestimmte bundesfinanzierte öffentliche Auftraggeber nach dem False Claims Act zu Strafzahlungen verurteilt werden. In den genannten Ländern liegt die Bußgeldhöhe zwischen 10 % und 20 % des jeweiligen Auftragsvolumens.

### **Die Vorteile**

Die Vorteile der Einführung dieses Sanktionsmechanismus dürften bei einer ausdifferenzierten Gestaltung überwiegen. Zuvorderst ist dabei die Disziplinierungsfunktion zu nennen. Eine effektive Rechtsdurchsetzung mag durch positive Anreize unterstützt werden. Doch sind Sanktionierungen bei Rechtsbrüchen in nahezu allen Rechtsgebieten ein bewährtes Mittel, um ebenjene Vorschriften zu voller Geltung zu bringen. Die fehlenden Instrumente gegenüber Auftraggebern im Vergaberecht sind daher eine ungerechtfertigte Ausnahme.

Ein anderer positiver Effekt wäre die Stärkung der Vergabeabteilungen innerhalb der öffentlichen Auftraggeber. Die stärkere Einbindung der internen Vergabeexperten würde von vornherein für größere Rechtssicherheit für Auftraggeber und Bieter führen. Es würden damit nicht nur die bußgeldbewährten Verstöße vermieden, sondern als eine Art Mitnahmeeffekt auch andere, weniger schwerwiegende Fehler.

Weiterhin würde die Einführung von Bußgeldern auch ein differenzierteres System an Rechtsfolgen gegen Vergaberechtsverstöße schaffen, was wiederum dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspräche. Die Verhängung eines Bußgeldes könnte in manchen Fällen verhältnismäßiger sein als die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags mit all seinen weiteren Folgen der Rückabwicklung und Neuvergabe des Auftrags.

Schließlich lässt sich aber feststellen, dass für die große Mehrheit der Auftraggeber, die keine schweren Vergaberechtsverstöße begehen, keine Nachteile oder Veränderungen zu erwarten sind.

### **Offene Fragen**

Jedem Vorschlag für eine Gesetzesänderung sind noch zu beantwortende Fragen inhärent. Folgende vier Hauptpunkte wären vor der Einführung eines solchen Bußgeldmechanismus noch zu klären:

- a. Welche Behörde ist für die Verhängung der Bußgelder zuständig? Naheliegender scheint die Ansiedlung dieser Aufgabe bei der Vergabekammer. Denk-

bar wäre aber auch eine unabhängige Bußgeldstelle zu installieren, die den Vergabekammern als Rechtsschutzinstanz nachgelagert ist.

- b. An welchem Parameter orientiert sich die Bußgeldhöhe? Da die meisten Rechtssysteme mit Bußgeldmechanismen (s.o.) an den Auftragswert anknüpfen, wäre dies für Deutschland sicherlich eine gut vertretbare Lösung. Vorstellbar wäre auch eine Orientierung am Budget oder der Leistungsfähigkeit des Auftraggebers.
- c. Welche Person ist konkret bußgeldpflichtig? Grundsätzlich gibt es zwei Anknüpfungspunkte: Zum einen den Auftraggeber als juristische Person und zum anderen den verantwortlichen Mitarbeiter. Eine Unterscheidung der Verantwortlichkeit zwischen Innen- und Außenverhältnis wäre dabei möglich.
- d. Wer ist der Empfänger des Bußgeldes? Drei Typen von Begünstigten kämen für den Empfang in Frage: Die benachteiligten Bieter, die Aufsichtsbehörden, ergo der öffentliche Haushalt, oder Dritte. Bei der zweiten Variante wäre zu beachten, dass der sanktionierte Auftraggeber nicht auf dieselben Haushaltsmittel zurückgreift, wie die Aufsichtsbehörde, da sonst der Bebußungseffekt ausbliebe.



## Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern

### Moderation und Einführung



#### Ministerialrat Jürgen Ringel

Bundesrechnungshof, Bonn

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich darf Sie herzlich zu unserer Podiumsdiskussion begrüßen.

Das Thema „Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern“ zeichnete sich bereits bei der Vergaberechtsreform im Oberschwellenbereich im April 2016 ab. Diese seinerzeit noch junge Reform war Gegenstand der Achtehnten forum vergabe Gespräche 2016. Einer der Teilnehmer unserer heutigen Diskussionsrunde, Herr Solbach, war auch damals Gesprächsteilnehmer. Er berichtete über die Erfahrungen mit dem neuen Recht und stellte auch eine Reform des Unterschwellenvergaberechts in Aussicht. Für diese könne die Modernisierung im Oberschwellenbereich eine „Blaupause“ sein. Das neue Regelwerk solle Anfang 2017 in Kraft treten.

Inzwischen ist sie da, die „Unterschwellenvergabeordnung“, kurz UVgO. Sie wurde Anfang Februar 2017 im Bundesanzeiger bekanntgemacht. Die Bekanntmachung bedeutet aber noch keine Inkraftsetzung. Hierfür ist vielmehr ein gesonderter Anwendungsbefehl durch die haushaltsrechtlichen Regelungen in Bund und Ländern erforderlich.

Dem diene in einem ersten Schritt die Änderung von § 30 Haushaltsgrundsatzgesetz (HGrG) und § 55 Abs. 1 Bundeshaushaltsordnung (BHO). In beiden Vorschriften war der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung verankert. Nach der UVgO darf der Auftraggeber indessen zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung

mit Teilnahmewettbewerb frei wählen. Deshalb musste vor ihrer Einführung eine entsprechende Wahlfreiheit in § 30 HgrG und § 55 Abs. 1 BHO aufgenommen werden. Die neu gefassten haushaltsgesetzlichen Regelungen sind seit August 2017 in Kraft. Sie machten den Weg frei für die Einführung der UVgO in Bund und Ländern.

Für den Bund hat das Bundesministerium der Finanzen in einem nächsten Schritt Nr. 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu § 55 BHO geändert und dort die VOL/A durch die UVgO ersetzt. Die Neufassung ist seit dem 2. September 2017 in Kraft. Seit diesem Zeitpunkt ist im Bundesbereich die UVgO anzuwenden.

Der Stand der Umsetzung in den Ländern ist sehr unterschiedlich. Die haushaltsrechtlichen Vorschriften der Länder enthalten überwiegend noch den Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung. Anfang des Jahres ergab sich folgendes Bild: Lediglich drei Länder hatten die UVgO in Kraft gesetzt. In einigen Ländern waren zwar die Regelungen in den Landshaushaltsordnungen bereits geändert, die Änderung der Verwaltungsvorschriften stand aber noch aus. In anderen Ländern befand sich die Änderung der Landshaushaltsordnung im Gesetzgebungsverfahren. Es gab auch Länder, die noch keine erkennbaren Schritte zur Umsetzung unternommen hatten. In den Ländern, in denen die UVgO in Kraft ist – das sind Bayern, Bremen und Hamburg – wurde die UVgO aber nicht voll umfänglich umgesetzt. So ist sie in Bremen nur ab einem Auftragswert von 50.000 Euro anzuwenden. Hier zeichnen sich unterschiedliche Regelungen in den Ländern ab, die dem erklärten Ziel der Reform des Unterschwellenvergaberechts, eine Vereinfachung und Vereinheitlichung des Vergaberechts zu bewirken, entgegenlaufen.



Und wie sieht es mit der Angleichung des Unterschwellenvergaberechts an das Vergaberecht im Oberschwellenbereich aus? Ist die UVgO eine Kopie des Oberschwellenvergaberechts?

In den Ausführungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, die der Bekanntmachung der UVgO vorangesetzt sind, heißt es: „Die UVgO orientiert sich strukturell an der für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Vergabeverordnung von April 2016“. Schon diese Formulierung lässt auf Unterschiede schließen, von denen ich einige im Folgenden kurz schildere.

Während im Oberschwellenbereich die Laufzeit eines Rahmenvertrages grundsätzlich vier Jahre nicht überschreiten darf (§ 21 Abs. 6 VgV), beträgt im Unterschwellenbereich die maximale Laufzeit sechs Jahre (§ 15 Abs. 4 UVgO).

Freiberufliche Leistungen sind im Oberschwellenbereich mit Ausnahme von Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (§ 73 ff VgV), nicht gesondert geregelt. In der UVgO findet sich indessen eine Sonderregelung für Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden (§ 50 UVgO).

Regelungen zum Rechtsschutz fehlen in der UVgO.

Anders als die VgV nimmt § 1 UVgO die Ausrichtung von Wettbewerben nicht ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Vergabeordnung auf.

Nach alledem weichen nicht nur die Regelungen in den Ländern voneinander und diese wiederum vom Bund ab. Die Regelungen der Unterschwellenvergabeordnung unterscheiden sich überdies auch von den Regelungen im Oberschwellenbereich. Von einer „Blaupause“ der Oberschwellenreform für die Modernisierung des Unterschwellenbereichs kann deshalb nicht gesprochen werden. Daher komme ich zu dem Schluss: Die Reform des Vergaberechts im Unterschwellenbereich erfüllt die an sie gestellten Erwartungen nicht. Die Komplexität der Vergaberechtsmaterie ist nicht verringert. Von einer Vereinfachung des Vergaberechts sind wir noch weit entfernt.



## Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern

### Statement



#### **Leitende Regierungsdirektorin Susanne Nachtigall**

Beschaffungsamt des Bundesministerium des Innern, Bonn

Das Beschaffungsamt des BMI (BeschA) als Zentrale Beschaffungsstelle des Bundes wendet seit September 2017 die UVgO an. Wir haben also schon Erfahrungen mit ihr sammeln können. Im Großen und Ganzen sind wir zufrieden mit dem Inhalt der UVgO. Das liegt vor allem an der Angleichung der Regelungen im Unterschwellenrecht an GWB und VgV/VSVgV: Der weitaus überwiegende Teil der Beschafferinnen und Beschaffer im BeschA beschafft sowohl im ober- als auch unterschwelligen Bereich. Da ist es eine Erleichterung, dass die Regelungen nun dem gleichen „Prinzip“ in Aufbau und Wortwahl folgen.

Insbesondere kleine Vergabestellen auf kommunaler Ebene, die eher selten Beschaffungen im überschwelligen Bereich durchführen, werden dies allerdings vermutlich anders sehen. Denn für sie wird die Umstellung der Systematik in der UVgO gegenüber der VOL/A die Umsetzung ins tägliche „doing“ eher erschweren, vor allem, weil die UVgO an etlichen Stellen in GWB und VgV/VSVgV verweist. Diese Verweisteknik bedeutet, dass die Kenntnis des Oberschwellenrechts (GWB, VgV und VSVgV) mit Einführung der UVgO Voraussetzung ist, um unterschwellig vergeben zu können. Das ist auch ein Kritikpunkt von mir: Anstelle eines in sich abgeschlossenen Werkes wie die VOL/A haben wir nun drei bzw. vier (mit VSVgV), die man bei der Durchführung eines unterschwelligen Vergabeverfahrens parat haben muss. Hier hätte ich es besser gefunden, die Regelungen direkt in die UVgO zu schreiben. Es ist m. E. nicht von Belang, wenn in Regelungen für zwei unterschiedliche Bereiche an manchen Stellen dasselbe steht.

Aus Sicht meines Hauses, zu dem mit der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung DAS zentrale Sprachrohr der Bundesregierung zum Thema Nachhaltigkeit gehört, ist es sehr positiv zu bewerten, dass – wie im Oberschwellenbereich – Nachhaltigkeitsaspekte in der Beschaffung einen größeren Stellenwert einnehmen. Positiv ist auch, dass die UVgO eine größere Freiheit bei der Wahl der Vergabeart mit sich bringt. Weitere Positionen auf der „Haben“-seite sind u. a. die Erleichterungen bei Auftragsänderungen (§ 47), beim Ausschluss von Bewerbern/Bietern wegen mangelhafter Vertragserfüllung in einem früheren Auftragsverhältnis (§ 31 Abs. 2) und bei der Öffnung von Angeboten im Rahmen einer Verhandlungsvergabe mit einem Unternehmen (§ 40 Abs. 1 Satz 2).

Zumindest unglücklich waren Art und Zeitpunkt der Inkraftsetzung der UVgO auf Bundesebene – an einem Samstag und ohne Übergangsregelung, dass nach VOL/A begonnene Vergabeverfahren auch nach dieser beendet werden konnten. Es mussten also sozusagen mitten im Verfahren die Pferde gewechselt werden. Das ist nicht einfach, wenn man, wie wir im BeschA, alle Vergabeverfahren mit einem elektronischen Vergabemanagementsystem durchführt; dieser workflow lässt sich nun mal nicht so einfach z. B. im Stadium zwischen Bekanntmachung und Angebotsabgabe umstellen. Wir haben uns im BeschA damit beholfen, dass wir den Bietern/Bewerbern in einem laufenden Verfahren mitgeteilt haben, dass wir die jeweils für den Bieter/Bewerber günstigere Regelung anwenden werden.

**Mein Fazit:**

Für eine Zentrale Beschaffungsstelle wie das BeschA, für die der Umgang mit ober-schwelligen Vergabeverfahren zur Kernkompetenz gehört, ist die Umstellung auf die UVgO mit ihren starken Bezügen zu GWB und VgV/VSVgV weitgehend problemlos.

Die Vergabestellen, die bisher hauptsächlich Beschaffungen im unterschwelligen Bereich durchführen – und von denen gibt es gerade auf kommunaler Ebene sehr viele – werden sich schwerer tun. Also: Eher eine Verordnung für die „Großen“ als die „Kleinen“.

## Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern

### Statement



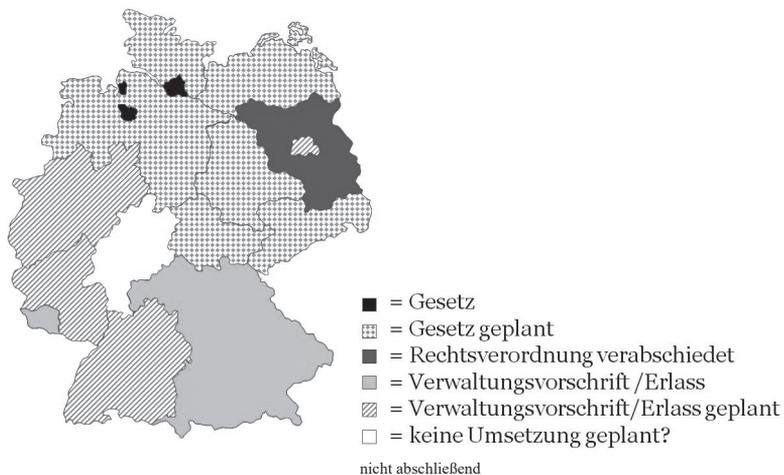
**Rechtsanwalt Dr. Jan D. Bonhage**

Hengeler Mueller, Berlin

Meine Damen und Herren,

ich möchte einige Überlegungen und Beobachtungen zur Umsetzung der UVgO beisteuern, zur Frage: Schaffen wir es, eine einheitliche, transparente, einfach zu handhabende Regelung für den Unterschwellenbereich einzuführen?

Der Blick auf den *Zwischenstand der Umsetzung* in den Ländern und die unterschiedlichen Umsetzungswege stimmt nicht übermäßig optimistisch.



- Schon anwendbar ist die UVgO – außer im Bund – bislang nur in wenigen Bundesländern. Für Fußballfans unter Ihnen eine Eselsbrücke: Bundesligatabelle von unten, also Hamburg, Bremen, Bayern, dazu – nicht mehr im Fußball – das Saarland.
- In Kürze folgt Brandenburg, zunächst mit einer Rechtsverordnung zur Anwendung in den Gemeinden.
- Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen sind ebenfalls schon vergleichsweise weit.
- Die unterschiedlichen Wege der Umsetzung – Landesvergabegesetze, Landeshaushaltsordnung, Ministererlasse und/oder Verwaltungsvorschriften – erhöhen nicht die Übersichtlichkeit und leichte Auffindbarkeit der Anwendungsbefehle. Aber gut, das ist unser gelebter Föderalismus. Und eher ein Aufruf an die Verlage, nach Umsetzung ein handliches Bändchen über das dann geltende Vergaberecht zusammenzustellen. Hierbei unterstütze ich gerne.
- Für Asterix-Liebhaber zeichnet sich bei der Umsetzung ein weiteres ab: *Wir befinden uns im Jahr 2019 n.Chr. Ganz Deutschland ist von der UVgO besetzt ... Ganz Deutschland? Nein! ein von unbeugsamen Hessen bevölkertes Land hört nicht auf, dem Eindringling Widerstand zu leisten. Und das Leben ist nicht leicht für die Vergaberechtler ...*

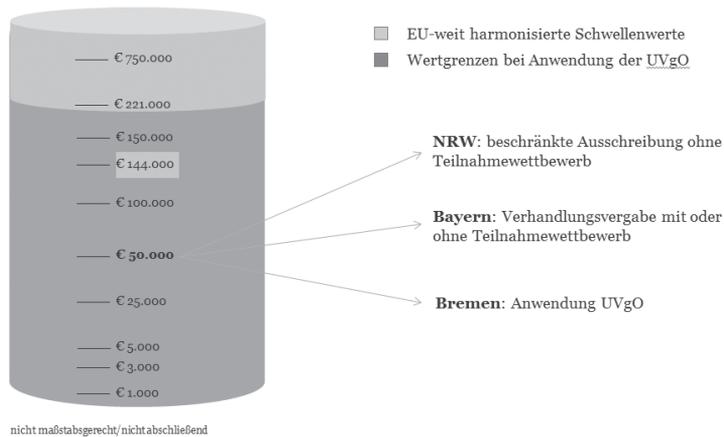
Nächste Frage: Wer hat die UVgO-Verfahren anzuwenden? Welche *Auftraggeber* sind erfasst? Auch zu diesem Aspekt zeichnet sich in den Ländern Unterschiedliches ab:

- Noch einheitlich dürfte der Befund auf der obersten Ebene werden: für die unmittelbare Landes- und Bundesverwaltung (§ 55 LHO/§ 55 BHO i.V.m. VV).
- Einbezogen sind über die haushaltsrechtlichen Regelungen in der Regel auch sonstige (landes-/bundes-)unmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 105 LHO/BHO). Hier kommen allerdings die ersten Ausnahmen: gemäß § 105 Abs. 1 LHO/BHO „soweit nicht durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes etwas Anderes geregelt ist“ und/oder wenn das zuständige Ministerium im Einvernehmen mit dem Finanzminister (und dem Rechnungshof) Ausnahmen zulässt, soweit kein erhebliches finanzielles Interesse des Landes bzw. Bundes besteht (§ 105 Abs. 2 LHO/BHO).
- In den Landesvergabegesetzen sind teilweise spezifische Ausnahmen für juristische Personen des öffentlichen Rechts aufgenommen:
  - In Hamburg sind juristischen Personen (des öffentlichen und privaten Rechts) im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB von der Anwendung der UVgO ausgenommen, die mit mindestens 80 % ihres Umsatzes im entwickelten Wettbewerb zu an-

deren Unternehmen stehen, soweit sie Aufträge in diesem Bereich vergeben (§ 2a Abs. 1 Satz 3 HmbVgG).

- In Mecklenburg-Vorpommern ist die Anwendung im Grundsatz für alle Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts vorgesehen, die der Aufsicht des Landes unterstehen; ausdrücklich aber nicht für Sparkassen.
- Das Bremische Tariftreue- und Vergabegesetz bezieht alle Auftraggeber nach § 99 GWB ein (§ 2 Abs. 1 Satz 1 TtVG).
- Noch wenig übersichtlich sind die Regelungen für juristische Personen des Privatrechts, an denen die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich beteiligt ist oder auf die sie sonst bestimmenden Einfluss hat. Teilweise mit umsatzbezogenen Regelungen oder spezifischen Regelungen und Ausnahmen für den Sektorenbereich. Dies sei an dieser Stelle nur angedeutet.
- Noch einiger Regelungsbedarf besteht für die Anwendung der UVgO durch die Kommunen
  - In den meisten Ländern wird die UVgO – je nach Regelungstechnik in den Landesvergabegesetzen, dem Gemeindehaushaltsrecht, Kommunalerlassen und/oder Verwaltungsvorschriften – erst noch zu verankern sein.
  - In einigen Ländern wird den Kommunen die Anwendung der UVgO (wie bisher der VOL/A) freigestellt bleiben und lediglich empfohlen, z.B. in Bayern (VV für die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich Bayern) und im Saarland (Kommunalerlass 2016).

Nächstes Spielfeld: **Die Wertgrenzen.**



- Es leuchtet ein, ist schon jetzt geübte Praxis und auftrags- und bereichsspezifisch sinnvoll, dass es in mannigfaltigen Abstufungen Wertgrenzen gibt.
- Friemelig wird es dort, wo derselbe Wert je nach Bundesland für anderes steht, z.B. die Wertgrenze EUR 50.000:
  - In Bremen ist dies die Grenze, ab der die UVgO anzuwenden ist.
  - In Bayern sind EUR 50.000 die Grenze für die freie Wahl der Verhandlungsvergabe.
  - In NRW kann bis EUR 50.000 die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb gewählt werden.
- Dies ist in den Grundzügen in der UVgO mit angelegt, mit der Aufforderung an die Landesministerien, bis zu einem bestimmten Höchstwert (Wertgrenze) die Verhandlungsvergabe zuzulassen (§ 8 Abs. 4 Nr. 17 UVgO). Übersichtlicher macht dies das Vergaberecht nicht, u.a. für Bieter, die in mehr als einem Bundesland aktiv sind.

Nächstes Beispiel: *freiberufliche Leistungen*.

- Der Last-minute Kompromiss der UVgO für freiberufliche Leistungen (§ 50 UVgO) scheint nicht alle Länder gleichermaßen zu beglücken. Nach § 50 UVgO ist für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen nun so viel Wettbewerb wie möglich zu schaffen.
- Freiberuflich, das scheint freilich auch zur Assoziation mit Freigeist oder Freitext zu verlocken, also Prosa. Das zeichnet sich jedenfalls in der Umsetzung ab:
  - In Berlin soll § 50 UVgO um die allgemeinen Vergabegrundsätze ergänzt werden.
  - In Brandenburg ist für die kommunalen Auftraggeber vorgesehen, dass bei freiberuflichen Leistungen dem Wettbewerbsgebot bis zu einem Wert von EUR 100.000 durch die Angebotsabfrage bei drei Unternehmen Genüge getan ist.
  - In Bremen nimmt das Tariftreue- und Vergabegesetz freiberufliche Leistungen und damit auch § 50 UVgO von der Anwendbarkeit der UVgO ausdrücklich aus. Vielmehr enthält das Bremer Recht eine spezielle Regelung für freiberufliche Leistungen mit einem Kaskadensystem über erforderliche oder entbehrliche Vergleichsangebote.

Was ist mein *Fazit* aus diesen Beispielen und ersten Beobachtungen zu den Anwendungsbefehlen für die UVgO in den Ländern? Bund und Land haben lange gerungen, um sich auf ein einheitliches Regelwerk für die Unterschwellenvergabe zu verständigen. Unterschwellig bleibt jedes Land aber davon überzeugt, dass es hier und da noch etwas besser machen kann. Das mag man im Föderalismus für systemimmanent, kompetenzgerecht und unausweichlich halten. Einfacher, transparenter und übersichtlicher macht es das Vergaberecht aber nicht. Vielen Dank.



## Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern

### Statement



#### **Ministerialrätin Annette Schmidt**

Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung  
und Energie des Landes NRW, Düsseldorf

### **Umsetzung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Nordrhein-Westfalen**

Die Umsetzung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) erfolgt in Nordrhein-Westfalen durch Verwaltungsvorschriften. Entsprechend der bisherigen Rechtslage sind dies die Verwaltungsvorschriften (VV) zu § 55 Landeshaushaltsordnung (LHO) sowie die Kommunalen Vergabegrundsätze für die Kommunen und die kommunalen Unternehmen. Erforderlich ist darüber hinaus, das Landes- sowie das Kommunale Haushaltsrecht vergleichbar dem Bundeshaushaltsrecht an die Änderung von § 30 Haushaltsgrundsätze-gesetz (HGrG) anzupassen und eine Gleichstellung der Verfahrensarten Öffentliche Ausschreibung und Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorzunehmen. Die Änderung von § 55 LHO ist bereits im Haushaltsbegleitgesetz (GV. NRW. vom 23.10.2017, S. 825) erfolgt, die Anpassung von § 25 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) steht bevor. In den nächsten Wochen steht ebenfalls bevor, die inhaltlich überarbeiteten Erlasse zur Umsetzung der UVgO in Kraft zu setzen. Zeitgleich werden noch drei weitere Erlasse überarbeitet mit in Kraft treten. Diese befassen sich mit Bevorzugungsregelung für Werkstätten für behinderte Menschen und von Inklusionsbetrieben sowie um Eignungsnachweise durch Präqualifikation und um die Anwendung einer Schutzklausel zur Abwehr von Einflüssen der Scientology-Organisation.

Zeitlich parallel zur Neufassung des Unterschwellenrechts in NRW, wurde auch das Tariftreue- und Vergabegesetz (TVgG) erneut novelliert und auf die Tariftreue- und Min-

destlohnregelungen zurückgeführt. Das novellierte TVgG ist bereits zum 30. März 2018 in Kraft getreten (GV.NRW. vom 29.03.2018, S. 171).

Wie sieht das künftige Unterschwellenvergaberecht in Nordrhein-Westfalen nun konkret aus?

Für die öffentlichen Auftraggeber des Landes ist vorgesehen, dass die UVgO sowie der Abschnitt 1 der VOB/A weitgehend 1:1 für anwendbar erklärt werden sollen. Der Geltungsbereich bezieht sich wie bisher auf die Bau- sowie die Liefer- und Dienstleistungsaufträge des Landes. Konzessionen und – soweit einschlägig – Sektoraufträge sind damit nicht erfasst. Für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen wird § 50 UVgO uneingeschränkt übernommen. Ambitionierter als in § 38 UVgO vorgegeben, wird die elektronische Form der Angebotsabgabe bzw. die Abgabe von Teilnahmeanträge verfolgt. Sie ist bereits jetzt und nicht erst ab 01. Januar 2019 stets zuzulassen, hierfür ist das E-Vergabeportal [www.evergabe.nrw.de](http://www.evergabe.nrw.de) zu nutzen. Eine Erleichterung soll es diesbezüglich für die Verhandlungsvergabe geben, diese können bis zu 25.000 Euro netto durch ein E-Mail Verfahren durchgeführt werden.

Hinsichtlich der Schwellenwerte zur erleichterten Anwendung von Verhandlungsvergaben und beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb ergibt sich nur eine Veränderung zur bisherigen Erlasslage. Diese betrifft die Verhandlungsvergabe. Sie soll zukünftig bis zu einem Auftragswert von 25.000 Euro netto zulässig sein. Nachfolgend die Schwellenwertregelungen in einer Übersicht:

*Liefer-, Dienstleistungen:*

- Direktauftrag: bis 1.000 Euro netto
- Verhandlungsvergabe: bis 25.000 Euro netto
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb: bis 50.000 Euro netto

*Bauleistungen:*

- Direktauftrag: bis 1.000 Euro netto
- Freihändige Vergabe: bis 25.000 Euro netto
- Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb:
  - bis 50.000 Euro netto für Ausbauwerke (ohne Energie- und Gebäudetechnik), Landschaftsbau, Straßenausstattung
  - bis 150.000 Euro netto für Tiefbau, Verkehrswege, Ingenieurbau

- bis 100.000 Euro netto für alle übrigen Gewerke

Eine Verdoppelung der Wertgrenzen ist bei einer Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb im Baubereich eröffnet.

Geregelt ist darüber hinaus, dass bei einer Freihändigen Vergabe bzw. der Verhandlungsvergabe mindestens 3 Bieter und bei einer beschränkten Ausschreibung mindestens 5 Bieter aufzufordern sind.

Für den kommunalen Bereich ist der Stand, dass die Kommunalen Vergabegrundsätze inhaltlich weitgehend abgestimmt sind und ebenfalls in den nächsten Wochen veröffentlicht werden können. Vorgesehen ist, für die Kommunen die UVgO im Liefer- und Dienstleistungsbereich und die VOB/A 1. Abschnitt im Baubereich weitgehend 1:1 für anwendbar zu erklären. Die in Nordrhein-Westfalen seit 2009 bestehenden hohen Schwellenwerte sollen beibehalten werden. Eine qualitative Neuerung soll es bei der Anwendungs verpflichtung geben. Bisher war die VOL/A im Liefer- und Dienstleistungsbereich zur Anwendung empfohlen und die VOB/A im Baubereich „sollte“ angewandt werden. Nunmehr soll es verbindlich werden, die UVgO und die VOB/A 1. Abschnitt für Unterschwellenvergaben im kommunalen Bereich zugrunde zu legen.

Dadurch, dass die UVgO bzw. die VOB/A 1. Abschnitt ohne qualitative inhaltliche Veränderungen zur Anwendung kommen sollen, ist es unvermeidlich, dass es hinsichtlich der E-Vergabe zu differenzierten Anwendungen kommen kann. Im Liefer- und Dienstleistungsbereich wird gemäß § 38 UVgO die elektronische Abgabe von Angeboten und Teilhmeanträge ab 2020 verpflichtend sein, im Baubereich bleibt das elektronische Verfahren dagegen wegen § 11 Absatz 1 VOB/A fakultativ. Einheitlich soll dagegen gelten, dass bis 25.000 Euro netto Auftragswert eine Verfahrensführung per E-Mail eröffnet wird.

In Bezug auf Freiberufliche Leistungen soll es keine Änderungen an der Umsetzung von § 50 UVgO geben. Das bedeutet, dass diese Leistungen vollumfänglich dem Wettbewerb unterfallen. Größere Flexibilität soll den Kommunen dagegen im Bereich der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen eingeräumt werden. Hier soll es einen eigenen Schwellenwert geben, bis zu dem eine freie Verfahrenswahl eröffnet wird. Des Weiteren sollen auch die drei Erlasse zur Bevorzugungsregelung für Werkstätten für behinderte Menschen und von Inklusionsbetrieben, zu Eignungsnachweisen durch Präqualifikation und zur Schutzklausel zur Abwehr von Einflüssen der Scientology-Organisation in die Anwendungs verpflichtung fallen.

*Die Schwellenwertregelung in einer Übersicht:*

- bis 1.000 Euro Direktauftrag Liefer-, Dienstleistungen
- bis 3.000 Euro Direktauftrag Bauleistungen
- bis 100.000 Euro Verhandlungsvergabe/freihändige Vergabe
- bis 1.000.000 Euro Beschränkte Ausschreibung ohne TW bei Bauvergaben
- bis 250.000 Euro freie Verfahrenswahl bei sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen

Als Fazit kann für die Umsetzung des Unterschwellenrechts in Bund und Ländern gezogen werden, dass es entweder einer gesetzlichen Umsetzung oder aber der Umsetzung durch Anwendungserlasse bedarf. Hier wird es bei den Ländern beide Umsetzungswege geben. Die Zielstellung ist auf beiden Wegen allerdings die gleiche, es gilt, ein einheitliches Unterschwellenrecht in ganz Deutschland im Interesse des Wettbewerbs und der Wirtschaft zu erreichen. Hierfür ist es entscheidend, dass die Grundsätze, die Struktur und die Verfahrensvorgaben der UVgO und der VOB/A übernommen werden und es hier keine Ausnahmen oder Abweichungen gibt. Weniger bedeutend erscheint es, wie die Anwendungsschwellen gestaltet werden. Denn für Bieter müssen die Verfahrensanforderungen und Vorgaben klar und möglichst einheitlich sein. Absehbar ist dagegen, dass sich hinsichtlich der zeitlichen Umsetzung ein gefächertes Spektrum abzeichnet. So haben der Bund, Hamburg, Bremen, Bayern und das Saarland die UVgO bereits eingeführt, in NRW und weiteren Ländern steht dies bevor. Alle Länder, bei denen es eines Umsetzungsgesetzes bedarf, benötigen einen längeren zeitlichen Vorlauf. Dies lässt erwarten, dass es noch bis 2019 dauern kann, bis in allen Ländern das neue Unterschwellenrecht umgesetzt sein wird. Unabhängig davon ist der Fokus der Diskussion jedoch jetzt auf die inhaltliche Umsetzung, d.h. die Anwendung und Ausführung des neuen Unterschwellenrechts und hier insbesondere auf die Erleichterungen durch E-Anwendungen zu legen. Hier gilt es, die Vorteile einer elektronischen Angebotsabgabe zu nutzen und hierdurch auch die Unternehmen zu entlasten. Darüber hinaus müssen auch die Möglichkeiten zur nachhaltigen und wirtschaftlichen Beschaffung verstärkt in den Fokus rücken.

## Resümee



### **Prof. Dr. Mark von Wietersheim**

Geschäftsführer des forum vergabe e.V.

#### **Grenzen überwinden:**

Grenzen zwischen Vergaberecht und Kartellrecht

Grenzen zwischen Recht und Wirtschaft

Grenzen zwischen Deutschland, Österreich, der Schweiz, Großbritannien

Grenzen zwischen Vertretern unterschiedlicher Interessen.

Diese Grenzen im Gespräch zu überwinden, dafür stehen die forum vergabe Gespräche.

Sie sind nur möglich dank der Unterstützung durch die Referenten, die Sponsoren, die Mitarbeiter der Geschäftsstelle und natürlich durch Sie, die Teilnehmer und Ihre rege Diskussion innerhalb und außerhalb der angebotenen Veranstaltungen.

Ich bedanke mich bei Ihnen allen.





Historische Kulisse für aktuelle Vergaberechtsdiskussionen: Veranstaltungsort für die Forum Vergabe Gespräche ist die Orangerie beim Stadtschloss in Fulda. FOTO: RAAB-NICOLAI

Forum Vergabe  
Gespräche 2018

# Wirtschaftliche Vergabe liegt noch im Argen

Bei den 19. Forum Vergabe Gesprächen diskutierten in der vergangenen Woche Vertreter von Bund, Ländern, Forschung und Verwaltung über aktuelle Themen des Vergaberechts. Ein komplexer Sachverhalt war dabei die Problematik, wirtschaftlich zu beschaffen und nicht allein auf den Preis zu achten.

Von Ulrike Raab-Nicolai

**FULDA.** Zu Beginn der Diskussion über die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots stand bei den 19. Forum Vergabe Gesprächen in der vergangenen Woche ein Sautzler: „Vergaberecht kann so einfach sein“, sagt Friedrich Ludwig Hausmann, Rechtsanwalt bei Price Waterhouse Coopers in Berlin.

Er konstatierte zugleich eine Scheininnovation beim novellierten Vergaberecht. Die Forderung der EU nach Stärkung des wirtschaftlichsten Angebots sei ein schon immer im Vergaberecht verankert gewesen.

Weshalb steht die Problematik rund um das Ermitteln des wirtschaftlichsten Angebots nun wieder

auf der Tagesordnung von Beschaffern, Auftragnehmern, Unternehmern und Wissenschaftlern?

**Oft erhält das billigste Angebot den Zuschlag**

Ein Grund sieht Hausmann einmal bei den Neuerungen im Vergaberecht. Außerdem habe der Staat in Zeiten der Hochkonjunktur genügend Geld, Qualität zu fördern: „Man muss überlegen, ob da der niedrigste Preis immer der beste ist.“

Ein weiterer Aspekt ist, dass die Wertung von Angeboten im öffentlichen Vergabeverfahren für die Vergabestellenmitarbeiter eine heikle Angelegenheit sein kann. Oftmals erhält das billigste Angebot den Zuschlag, das aber nicht zwingend auch das wirtschaftlichste ist. Hohe Folgekosten können das ursprünglich gute wirtschaftliche Ergebnis verändern.

Michael Eßig, Professor an der Universität der Bundeswehr in München, fügte an, dass der Begriff der Wirtschaftlichkeit zudem nicht so einfach umzusetzen sei. Hinzu kommt für den Wissenschaftler: „Der Gesetzgeber macht es sich einfach, er spricht vom Preis, das ist ein Einmalbetrag, oder von den Kosten,

Das ist falsch“. Denn bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots interessieren allein die Kosten. Deshalb käme den Lebenszykluskosten auch eine so große Bedeutung zu. Seine Lösung: Die wesentlichen Kostentreiber bei länger genutzten Produkten zu definieren und Nachhaltigkeitskriterien zu ver-

**„Das Vergaberecht ist gut, man muss sich nur trauen, es zu nutzen.“**

Diskussionsteilnehmer, Forum Vergabe Gespräche 2018

ankern, um einen höheren Anschaffungspreis rechtfertigen zu können. Die Haltung von Vergabestellen bei der Beschaffung kann einen weiteren Gesichtspunkt in den Fokus rücken, der bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots bedeutend ist. Laut einer Studie auf Basis der „Tenders Electronic Daily“- (TED)-Datenbank über die Wichtigkeit von Vergabezielen, die Eßig vorstellte, gaben 77 Prozent der befragten Vergabestellen an, dass ihr wichtigstes Ziel das Einhalten der

Vergaberechtsnormen sei – nicht die Wirtschaftlichkeit. Auch im internationalen Vergleich legt man in Deutschland laut der Studie nach wie vor einen starken Fokus auf den Preis, nicht aber auf die Wirtschaftlichkeit. Während in Frankreich 97 Prozent der Vergabestellen nach dem Wirtschaftlichkeitsaspekt vergeben, sind dies in Deutschland lediglich 49 Prozent.

Die EU-Kommission kommt zu ähnlichen Ergebnissen. 55 Prozent der Ausschreibungen nennen den Preis als einziges Vergabekriterium. Eine Schwierigkeit für die Vergabestellen ist, dass die Zahl der Fälle, bei denen nur ein Angebot abgegeben wird, auf 30 Prozent gestiegen ist.

**Bewertungsmatrix mit Qualitätskriterien entwickelt**

Das Streben, rechtskonform einzukaufen und Verschwendung zu vermeiden, scheint mit dem Fokus auf den Preis für Vergabestellen so maßgeblich zu sein, dass das Ermitteln des wirtschaftlichsten Angebots vernachlässigt wird, da es vermeintlich Unsicherheit schafft beziehungsweise Sanktionen drohen.

Auch die Haltung, die geforderten Referenzen sehr eng an den Auf-

tragsgegenstand zu binden, führt nach Ansicht von Clemens Dicks, Rechtsanwalt bei KPMG in Düsseldorf, zu einem Weniger an Wirtschaftlichkeit. Bieter, die neue und wirtschaftlich sinnvolle Ideen einbringen könnten, aber nicht die eng angepassten Referenzen vorweisen können, würden von vorne herein ausgeschlossen.

Wie kann das Dilemma gelöst werden? Die Deutsche Bahn hat laut Andreas Clément, der für das Unternehmen auf dem Podium saß, eine Bewertungsmatrix mit Qualitätskriterien für ihre Ausschreibungen entwickelt. Ziel war es, qualitative Wertungskriterien zu standardisieren, Handlungssicherheit für die Anwender zu schaffen und die Transparenz der Vergabeverfahren zu fördern.

Mehr Dialog mit Lieferanten mahnt Dicks an, während Eßig darauf weist, man müsse die Kriterien so formulieren, dass sie zum Auftraggegenstand passen. Markennennnis und Flexibilität forderte ein Diskussionssteilnehmer, Alexander Hübner von Haver und Maländer Rechtsanwälte in Stuttgart bemerkte abschließend mit Blick auf die Vergabestellen: „Professionalisierung tut Not.“

## Lexikon

### „E“ wie Eignung: Prüfung von Unternehmen

Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, in einem Vergabeverfahren auch die Eignung der Bieter zu überprüfen. Diese Eignungsprüfung bezieht sich auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit sowie Gesetzmäßigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmens. Wichtig ist, dass die Eignungsprüfung nicht mit dem Prüfen des Angebots selbst mithilfe der Zuschlagskriterien vermischt wird.

Für die Eignungsprüfung muss der Bieter die in der Vergabekannntmachung geforderten Nachweise vorlegen. Dies können etwa Referenzen sein, eine Eigenklärung zur Zuverlässigkeit oder der Nachweis der personellen, technischen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Auch Nachweise zu den beim Auftrag eingesetzten Umweltmanagement-Maßnahmen können verlangt werden.

Die Einheitliche Europäische Eigenklärung soll für kleine und mittlere Unternehmen den Aufwand bei der Eignungsprüfung verringern, der durch die Vielzahl unterschiedlicher Nachweisdokumente entsteht. (raab)

## Kurz notiert

### Angebot liegt 357 Prozent über der Kostenschätzung

**MARCH-BUCHHEIM.** Der Gemeinderat von March-Buchheim (Landkreis Breisgau-Hochschwarzwald) hat die Ausschreibung für die Erd- und Tiefbauarbeiten für den Neubau der Mühlbachbrücke in Buchheim aufgehoben, da der Angebotspreis mit mehr als 357 Prozent über der Kostenschätzung lag. Zur Submission war für die Arbeiten nur ein Angebot eingegangen. (sta)



19. forum vergabe-Gespräche in Fulda:

## Diskussionen zwischen Vergabe und Beschaffung

Es ist mittlerweile für die Vergaberechts-Szene gute Sitte geworden, sich alle eineinhalb Jahre nach Fulda zu begeben, um dort im Rahmen der „forum vergabe“-Gespräche über aktuelle Themen zu diskutieren und zu fachsimpeln.

Zwei Dinge fielen auf, die einmündig in beinahe allen Foren sowie Tischgesprächen thematisiert wurden: der leidenschaftliche Wunsch nach exzellenter Beschaffung und die teilweise dramatische Personalsituation quer durch alle Bereiche.

Während man bei Letzterem den Eindruck gewinnen konnte, dass sich irgendwann in nicht allzuweiter Ferne Besserung einstellen wird, ist beim Thema „exzellente Beschaffung“ pure Resignation zu spüren. Seit Jahren schon wird dieses Thema – mehr oder minder

leidenschaftlich – diskutiert, und seit Jahren gibt es keine wirklich brauchbaren Lösungsansätze.

Am Abend wurde der International Public Procurement Award (IPA) an Dr. Christian Hillen für seine Dissertation „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ verliehen, die Laudatio hielt Professor Martin Trybus, LL.M., Ph.D. von der Universität Birmingham. Der Preis, 2004 ins Leben gerufen, soll „herausragende wissenschaftliche Arbeiten zum nationalen, europäischen oder internationalen Vergaberecht“ auszeichnen. Im September 2019 trifft sich die Szene wieder in Fulda, vielleicht schwärmen dann alle von Deutschland, dem Musterland der exzellenten Beschaffung.

Michael Graul

Fotos: forum vergabe e.V.



**Preisträger inmitten von Professoren** (v.l.): Prof. Dr. Mark von Wietersheim (forum vergabe e.V.), Prof. Dr. Oliver Dörr (Universität Osnabrück), Dr. Christian Hillen (IPA-Preisträger), Prof. Dr. Martin Burgi (Ludwig-Maximilians-Universität München), Prof. Dr. Martin Trybus (Laudator)

Öffentliche Hand soll mit gutem Beispiel vorangehen

## DGB fordert Tariftreue bei Vergabe

Vor 20 Jahren arbeiteten noch mehr als zwei Drittel der Beschäftigten in Deutschland in einem Betrieb, der einem Branchentarifvertrag unterlag. Im Jahr 2016 waren es in den alten Bundesländern nur noch 51 Prozent, in den neuen Bundesländern sogar nur 36 Prozent. Die Folge: Immer mehr Arbeitnehmer erhalten weniger Lohn, als ihnen unter Tarifvertragsbedingungen zustünde. Um diesem Dilemma beizukommen, sieht der Deutsche Gewerkschaftsbund die öffentliche Hand in der Pflicht: „Nur wer nach

Tarifvertrag bezahlt, darf einen öffentlichen Auftrag bekommen“, forderte DGB-Chef Reiner Hoffmann (63) in einem Interview mit der „Rheinischen Post“. Bund, Länder und Gemeinden, so Hoffmann, sollten ihre Vergabe an die Tariftreue knüpfen. Derweil hat auch die größte deutsche Dachorganisation von Einzelgewerkschaften mit leichten Verlusten zu kämpfen: Im Jahr 2017 sank die DGB-Mitgliederszahl erstmals unter die Sechs-Millionen-Grenze.



# Grenzen überwinden

Die 19. forum vergabe Gespräche –  
Der aktuelle Tagungsbericht



Frederic Delcuw, Müller-Wrede und Partner Rechtsanwälte, Berlin

**Die öffentliche Beschaffungspraxis wird nicht allein durch die vergaberechtlichen Regelungen bestimmt. Bei der Beschaffung sind zahlreiche weitere rechtliche und wirtschaftliche Faktoren zu berücksichtigen, die an das Vergaberecht grenzen. Diese Grenzen in Gesprächen zu überwinden, erklärte der Geschäftsführer des forum vergabe e.V., Prof. Dr. Mark von Wietersheim, zum Leitmotiv der 19. forum vergabe Gespräche in Fulda vom 18. bis 20. Mai 2018.**

Gesprächsbedarf gab es auch darüber hinaus genug: das Schicksal der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), das neue Vergabepaket der Europäischen Kommission, die vergaberechtliche Modernisierung des Verpackungsrechts, die schrittweise Umsetzung der Unterschwellenvergaberordnung (UVgO), das Wettbewerbsregister. Auch zwei Jahre nach der Reform ist das Vergaberecht in Bewegung.

## Die VOB/A – ein „heimatprägendes Element“?

Die Bestimmungen für die Vergabe von Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber finden sich auch nach der Vergaberechtsreform 2016 im Wesentlichen unterhalb der Gesetzes- und Verordnungsebene in der VOB/A.

Ob die Spezifika des Bauauftrags diese Sonderstellung rechtfertigen, wurde bereits bei den 17. und 18. forum vergabe Gesprächen diskutiert (siehe die Tagungsberichte von Dageförde, VergabeNavigator 4/2015, S. 14 f., und Hattig, VergabeNavigator 6/2016, S. 15 f.).

Im Koalitionsvertrag vom 14.3.2018 findet sich kein klares Bekenntnis zur VOB/A. So sei die VOB zwar einerseits „zu sichern“ und „anwenderorientiert weiterzuentwickeln“ (S. 113). Andererseits sei die Zusammenführung der Regeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit denjenigen über die Vergabe von Bauaufträgen zu „prüfen“ (S. 63).

Vor diesem Hintergrund setzte sich die Diskussion über das Schicksal der VOB/A bei den 19. forum vergabe Gesprächen fort.

Ist die Struktur des Bauvergaberichts ein „heimatprägendes Element“?, fragte Dr. Philipp Steinberg (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie – BMWi). Er eröffnete, dass das BMWi in eine frühe Fassung des Koalitionsvertrages den festen Entschluss eingebracht habe, das Bauvergabericht zu vereinheitlichen. Im Laufe der Anpassungen des Klauselwerks sei diese Passage einem bloßen Prüfungsanliegen gewichen.

Das BMWi werde gemeinsam mit dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat prüfen, ob man in dieser Angelegenheit „weiter vorangehen könne“. Er habe das Gefühl, dass der Bundesinnenminister an dem Regelwerk festhalten wolle. Es sei aber „noch nichts entschieden“. Aus seiner Sicht sei es „sinnvoll“, die Vergabe von Bauaufträgen in die Vergabeverordnung (VgV) zu integrieren.

Gegen den Erhalt der VOB/A-EU sprach sich Bernhard Fett (Staatsbetrieb Sächsische Informatik Dienste) aus. Ein regulatorisches Bedürfnis für die Sonderstellung sei für ihn nicht erkennbar. Das österreichische Bundesvergabegesetz regelt – wie auch die Vergaberichtlinie 2014/24/EU – den Liefer-, Dienstleistungs- und Baubereich gemeinsam. In Deutschland finde sich dieses Einheitskonzept auch in der Sektorenverordnung (SektVO), der Konzessionsvergaberordnung (KonzVgV) und der Vergabestatistikverordnung (VergStatVO).

Auch systematisch sei die Sonderstellung nicht zu rechtfertigen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(GWB) verfüge bereits über ca. 90 Paragraphen, hinzu kämen weitere 82 Paragraphen der VgV, darüber hinaus enthalte die VOB/A-EU weitere 55 Paragraphen. Dabei regle die VOB/A-EU den Baubereich nicht alleine, sondern es gälten etwa 20 Vorschriften der VgV ohnehin.

„Vollkommen unnötig“ sei es, so Fett, dass zehn Vorschriften der VOB/A die Regelungen des GWB und der VgV doppeln – dies gelte insbesondere für die Verfahrens- und Fristenregelungen, die vom europäischen Gesetzgeber ohnehin vorgegeben seien. Dies alles sei „nicht unbedingt anwenderfreundlich“. Sein Petition sei daher, die VOB/A-EU in die VgV zu integrieren.

Für den Erhalt der VOB/A votierte hingegen Gritt Diercks-Oppler (Oppler Büchner). Sie verwies darauf, dass die VOB/A auch in den Neufassungen ihre Struktur beibehalten habe, die sich in der Praxis bewährt habe und den Vergabestellen vertraut sei.

## Das Wettbewerbsregister – eine „fundamental schwierige Aufgabe“

Seit dem 29.7.2017 gilt das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegG).

In das Register sollen Unternehmen eingetragen werden, denen insbesondere Korruptionsdelikte und andere Wirtschaftsstrafataten zugerechnet werden können. In Betrieb befindet sich das Register noch nicht. Hierzu müssen die technischen und organisatorischen Voraussetzungen erst geschaffen werden.

Ziel des Registers sei es, so der Präsident des Bundeskartellamts, Andreas Mundt, den Vergabestellen eine „informierte Entscheidung“ über den Ausschluss/Nichtausschluss eines Unternehmens zu ermöglichen. Die Meldung der Straftaten werde über die Staatsanwaltschaften erfolgen. Es handle sich nicht um ein öffentliches Register, Einsicht erhielten nur die Vergabestellen, sodass eine öffentliche Prangerwirkung ausgeschlossen sei.

Auf das Bundeskartellamt komme eine „fundamental schwierige Aufgabe“ zu. Es seien schwierige Rechtsfragen zu beantworten – etwa, wie mit Kronzeugen umzugehen sei, da gegen diese kein Bußgeldbescheid ergehe. Schon die Entscheidung über die tatsächliche Eintragung werde in der Regel „nicht einfach“ sein.

**Das forum vergabe bedankt sich bei allen Sponsoren  
für die Unterstützung der forum vergabe Gespräche 2018**

ALLEN & OVERY

  
**avocado**  
rechtsanwälte

**Baker  
McKenzie.**

  
**beck-online**  
DIE DATENBANK

 **BEITEN BURKHARDT**

**B\_I @vergabe**

BLOMSTEIN

BOESEN  
RECHTSANWÄLTE

 **Bundesanzeiger**  
Verlag

**C L I F F O R D**  
**C H A N C E**

**C/M/S'**  
Law. Tax

**Deutsche**  
eVergabe

Gleiss Lutz

**GÖHMANN**  
RECHTSANWÄLTE · NOTARE



# ALLEN & OVERY

---

## *Unsere Expertise im Vergaberecht*

---

Allen & Overy LLP ist eine internationale Anwaltsgesellschaft mit 554 Partnern und ca. 5.400 Mitarbeitern weltweit. Durch unser internationales Netzwerk mit 44 Standorten auf fünf Kontinenten sind wir in der Lage eine nahtlose Beratung in allen relevanten Praxisbereichen zu bieten. In Deutschland sind wir mit vier Büros und insgesamt 220 Rechtsanwälten vertreten.

Im Bereich des Vergaberechts verfügt das Team um Dr. Olaf Otting und Dr. Udo Herbert Olgemöller über langjährige Erfahrung und breite Expertise. Wir beraten sowohl Bieter in Vergabeverfahren als auch Banken bei der Finanzierung öffentlich ausgeschriebener Projekte. Für öffentliche Auftraggeber strukturieren wir komplexe Vergabeverfahren. Wir beraten öffentliche Versorgungsunternehmen, Unternehmen im privaten Sektor sowie bei ÖPP-Projekten.

Unser Team verfügt über umfangreiche Erfahrung im Bereich der regulierten Industrien, insbesondere im Verkehrs-, Infrastruktur- und Energiesektor sowie im Bereich der Verteidigung, des Gesundheitswesens und der Immobilienwirtschaft. Wir beraten bei der Umsetzung neuer europarechtlicher Regulierungsansätze und führen Grundsatzverfahren. Durch das internationale Netzwerk der Kanzlei können wir auch grenzüberschreitende Großprojekte leiten.

### HAUPTANSPRECHPARTNER



**Dr. Olaf Otting**  
*Partner – Frankfurt*

Tel. +49 69 2648 5466  
[olaf.otting@allenoverly.com](mailto:olaf.otting@allenoverly.com)



**Dr. Udo H. Olgemöller**  
*Counsel – Frankfurt*

Tel. +49 69 2648 5690  
[udo.olgemoeller@allenoverly.com](mailto:udo.olgemoeller@allenoverly.com)





# avocado rechtsanwälte

berlin frankfurt hamburg köln münchen brüssel

avocado rechtsanwälte sind ein junges und dynamisches Team von rund 50 hochspezialisierten Rechtsanwälten an den Standorten Berlin, Frankfurt, Hamburg, Köln und München sowie Brüssel. avocado rechtsanwälte gehören in Deutschland zu den führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien mittlerer Größe und bieten als Full-Service-Kanzlei ein breit gefächertes Spektrum anwaltlicher Dienstleistungen. Die Praxisgruppe „öffentliches Wirtschaftsrecht“ deckt unter anderem die Fachgebiete Vergabe- und Privatisierungsrecht, Umweltrecht, Energierecht, Kartellrecht, Europäisches Beihilferecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Europäisches Recht ab.

Das Vergaberecht ist einer der strategischen Schwerpunkte von avocado rechtsanwälte am Kölner sowie Berliner Standort, wo ein Team erfahrener VergaberechtlerInnen zur Verfügung steht. Eine umfassende Beratung erfolgt dabei insbesondere im Bereich der Ver- und Entsorgungswirtschaft, der Bauwirtschaft (einschließlich Planungsleistungen), der Kultur- und Bildungslandschaft, der Forschung und Lehre, des ÖPNV, des Gesundheitswesens und Rettungsdienstes sowie der Wirtschaftsförderung und der Freizeit- und Tourismusindustrie. Wir betreuen außerdem u. a. Ausschreibungen von IT-Leistungen, Energieliefer- und Contractingleistungen, Postdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Lieferleistungen und Infrastrukturmaßnahmen und begleiten PPP-Projekte.

Die VergaberechtlerInnen werden bei ihrer Tätigkeit oft von anderen Teams unterstützt, namentlich aus dem Fachbereich Immobilienwirtschaftsrecht und der IT-Praxisgruppe, die jeweils eine exzellente Reputation genießen und über langjährige Erfahrung in der Begleitung von IT-Projekten sowie Immobilientransaktionen und Projektentwicklung/Anlagenbau verfügen.

Kontakt:

Markus Figgen

Dr. Klaus Greb

Dr. Rebecca Schäffer, MJI

Telefon: 0221 / 39 07 11 13

E-Mail: koeln@avocado.de

**Internet: [www.avocado.de](http://www.avocado.de)**

## Baker McKenzie.

### **Wir werden gefragt, wenn es besonders anspruchsvoll wird.**

Schwierige Fallgestaltungen und herausfordernde Mandate mit großer Öffentlichkeitswirksamkeit sind bei uns an der Tagesordnung. Unser Team vertritt Unternehmen sowie öffentliche Auftraggeber in Vergabe- und Nachprüfungsverfahren und berät zu allen Fragestellungen in strukturierten Bieter- und Beihilfverfahren einschließlich Privatisierungen. Durch Veröffentlichungen, Vorträge und prominente Rechtsschutzverfahren sind wir an der Entwicklung des Vergaberechts unmittelbar beteiligt. Mit unserer weltweiten Vergaberechtsgruppe sind wir international die erste Adresse für die Begleitung komplexer grenzüberschreitender Projekte ([www.publicprocurement.bakermckenzie.com](http://www.publicprocurement.bakermckenzie.com)).

Baker McKenzie zählt mit mehr als 5.000 Anwältinnen und Anwälten an 77 Standorten zu den größten Anwaltssozietäten der Welt. In Berlin, Düsseldorf, Frankfurt am Main und München vertreten über 200 Kolleginnen und Kollegen die Interessen unserer Mandanten nicht nur in Deutschland, sondern auch über alle Grenzen hinaus.

Ihre Ansprechpartner bei Baker McKenzie:

Dr. Marc Gabriel und Prof. Dr. Susanne Mertens  
Friedrichstraße 88 / Unter den Linden | 10117 Berlin  
Tel.: +49 30 22 00 28 10  
[marc.gabriel@bakermckenzie.com](mailto:marc.gabriel@bakermckenzie.com)  
[susanne.mertens@bakermckenzie.com](mailto:susanne.mertens@bakermckenzie.com)

## Vergaberecht bei Baker McKenzie



[www.bakermckenzie.com](http://www.bakermckenzie.com)

---

## BOESEN RECHTSANWÄLTE

---

### **DIE KANZLEI**

Boesen Rechtsanwälte ist eine bundesweit tätige Anwaltskanzlei mit Sitz in Bonn. Zu ihren Mandanten zählt sie die öffentliche Hand, große und mittelständische Unternehmen sowie Verbände.

Die Kanzlei wurde im Jahre 1996 gegründet. Ihr Inhaber, Arnold Boesen, konnte dabei auf seine Erfahrungen bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, als Verwaltungsrichter sowie als Referent für Völkerrecht im Bundesjustizministerium zurückgreifen. In der Kanzlei sind derzeit 11 Rechtsanwälte tätig, die eine Beratung auf höchstem Niveau garantieren.

Boesen Rechtsanwälte konzentriert ihre Tätigkeit bewußt auf ausgewählte Beratungsschwerpunkte. Aufgrund dieser Spezialisierung ist die Kanzlei in der Lage, die Erwartungen ihrer Mandanten auch bei äußerst komplexen Fragestellungen zu erfüllen. Dabei werden die Projekte in den Beratungsschwerpunkten stets ganzheitlich bearbeitet. So bildet sich bei jeder neuen Aufgabe regelmäßig ein Team aus Anwälten mit Erfahrung, rechtlichen Spezialkenntnissen und wirtschaftlichem Sachverstand, um den Erfordernissen des Projekts und den Wünschen der Mandanten in jeder Hinsicht gerecht zu werden.

### **SCHWERPUNKT VERGABERECHT**

Boesen Rechtsanwälte ist seit Jahren als eine der führenden Kanzleien auf dem Gebiet des Vergaberechts anerkannt und hat die Entwicklung dieses Rechtsgebiets von Beginn an mitgeprägt. Die herausragende Expertise in diesem Bereich wird der Kanzlei regelmäßig, u.a. im JUVE-Handbuch, bestätigt.

Ein Schwerpunkt der Vergaberechtspraxis liegt auf der umfassenden Betreuung komplexer Beschaffungsvorhaben. Hierbei werden für den Mandanten individuelle und innovative Lösungen entwickelt, die sowohl eine wirtschaftlich effiziente als auch rechtlich verlässliche Vergabe sicherstellen. Weitere wesentliche Tätigkeitsfelder sind die gutachterliche Bearbeitung aktueller rechtlicher Fragestellungen, die Unterstützung von Bewerbern/Bietern bei der Erstellung von Teilnahmeanträgen und Angeboten einschließlich der weiteren Begleitung im Vergabeverfahren sowie die Vertretung von Auftraggebern bzw. Bewerbern/Bietern in Nachprüfungsverfahren.

Die Beratungstätigkeit erstreckt sich auf sämtliche Branchen, in denen die Vergabe öffentlicher Aufträge relevant ist. Hierzu gehören u.a. der Bau- und Immobilienbereich, die Entsorgungswirtschaft, der IT-Sektor, der Gesundheitswirtschaft, der ÖPNV, der Verteidigungsbereich sowie die Logistikbranche.

### **BOESEN RECHTSANWÄLTE**

Kaiser-Friedrich-Str. 3  
53113 Bonn  
[www.boesen.de](http://www.boesen.de)

### **ANSPRECHPARTNER**

Arnold Boesen  
Telefon: 02 28 - 21 52 90  
Telefax: 02 28 - 21 54 91  
E-Mail: [kanzlei@boesen.de](mailto:kanzlei@boesen.de)

## Der Bundesanzeiger Fachverlag

In 6 Themengebiete klar gegliedert, bietet der Bundesanzeiger Fachverlag fachspezifische Informationen für Experten aus Wirtschaft, Behörden, Kanzleien, Verwaltung und Sachverständigenwesen – um nur einige der Zielgruppen zu nennen.

Er besticht durch ein kontinuierlich wachsendes und multimediales Angebot in den Bereichen Recht, Wirtschaft und Steuern und ist bekannt als der innovationsfreudige Fachverlag.

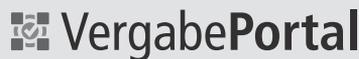
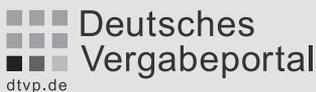
Der serviceorientierte Fachverlag versteht sich als Partner seiner Kunden und bereitet die aufwendig recherchierten Inhalte in verschiedensten medialen Angebotsformen auf, um den sich verändernden Informationsbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Seit Ende 2006 gehört der Bundesanzeiger Verlag nunmehr zu 100% zu der erfolgreichen,

national wie international expandierenden Verlagsgruppe M. DuMont Schauberg in Köln. Trotz der Übergabe des Verlages seitens des Bundes an M. DuMont ist der Bund als bedeutender und langfristiger Vertragspartner, Kunde und Herausgeber wesentlicher Medien dem Unternehmen eng verbunden.

.....  
 Besonders im Fachbereich Vergabe deckt der Verlag mit seinen stets aktuellen Inhalten – angefangen von „Basiswissen Vergaberecht“ über aktuelle Informationsdienste bis zur Profi-Entscheidungs-Datenbank „Veris“ – alle Informationsbedürfnisse ab.

Mit einem umfassenden Programm von Kommentaren, Praxisratgebern, Zeitschriften, Datenbanken und Veranstaltungen bietet der Verlag seinen Kunden ein breites, cross-mediales Spektrum an.



Das komplette Vergabe-Fachwissen in einer Datenbank!



**Bundesanzeiger  
Verlag**

[www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe](http://www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe)

Ihr Kontakt im Vergaberecht:

**Vergabe**

Tel. (02 21) 976 68-240 · Fax (02 21) 976 68-271

E-Mail: [vergabe@bundesanzeiger.de](mailto:vergabe@bundesanzeiger.de)

Bundesanzeiger Verlag GmbH, Amsterdamer Str.  
192, 50735 Köln

C L I F F O R D  
C H A N C E



## TALKING: PROCUREMENT.

Nationale und europaweite Vergabeverfahren sind komplex und fehleranfällig. Die richtige Gestaltung von Ausschreibungen und Geboten trägt umgekehrt entscheidend dazu bei, Projekte rechtssicher, wirtschaftlich erfolgreich und politisch verträglich zum Abschluss zu bringen.

**Dabei helfen wir als Ihr Berater.** Wir kennen die spezifischen Zielsetzungen und Entscheidungsabläufe bei Bietern und Bieterkonsortien ebenso wie bei öffentlichen Auftraggebern. Mit Ihnen gemeinsam entwickeln wir maßgeschneiderte Zielsetzungen und Lösungen – und auch die richtige Taktik im Vorgehen.

## WE WALK THE TALK WITH YOU.

### Sprechen Sie uns an:

Steffen Amelung  
E: [steffen.amelung@cliffordchance.com](mailto:steffen.amelung@cliffordchance.com)  
T: +49 69 7199 1593

[WWW.CLIFFORDCHANCE.COM](http://WWW.CLIFFORDCHANCE.COM)

**JUVE** | 2017  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres

C/M/S/

Law . Tax

Für ein besseres Verständnis von öffentlichen Ausschreibungen lohnt es sich, beide Seiten zu kennen.

Wir beraten öffentliche Auftraggeber bei der rechtssicheren Gestaltung und Durchführung von Vergabeverfahren und Bieter bei der erfolgreichen Bewerbung um öffentliche Aufträge. Zu unserem Leistungsspektrum gehört selbstverständlich auch die Vertretung in Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren.



Betreuung zahlr. langfristig angelegter u. umfangr. Großprojekte.

*JUVE, 2017/2018*

**Ihre Ansprechpartner:**

**Dr. Christian Scherer-Leydecker**

E christian.scherer-leydecker@cms-hs.com

**Dr. Volkmar Wagner**

E volkmar.wagner@cms-hs.com

**Dr. Jakob Steiff, LL.M.**

E jakob.steiff@cms-hs.com

**Your World First**  
cms.law

大成 DENTONS

## Vergaberecht bei Dentons

### Markterfahren im öffentlichen Sektor

Unser Vergaberechtsteam in Berlin und Frankfurt berät Mandanten seit über 15 Jahren in Vergabe- und Bieterverfahren der öffentlichen Hand. Unsere Expertise umfasst alle wichtigen Märkte des öffentlichen Sektors, wie Bau und Infrastruktur, IT, Transport und Logistik, Verteidigung und Sicherheit, das Gesundheitswesen und öffentliche Dienstleistungen.

### Ihr Ziel im Fokus

Auf Seiten der öffentlichen Hand unterstützen wir Bund, Länder, Kommunen und ihre Unternehmen sowie die Versorgungswirtschaft bei der Strukturierung und Durchführung von Vergabeverfahren, einschließlich der Vertragsgestaltung und -verhandlung und der Vertragsabwicklung. Der Schwerpunkt unserer Tätigkeit liegt auf der Gewährleistung effizienter Verfahren bei Minimierung der rechtlichen Risiken.

Bieter unterstützen wir beim sicheren Umgang mit dem Verfahren, den Formalien, der Kommunikation mit dem Auftraggeber, den Verhandlungen und dem Risikomanagement sowie beim Angebots- und Vertragsmanagement. Wenn die Auftragserteilung einmal auf der Kippe steht, helfen wir Bietern, ihre Rechte zu wahren.

### Innovativ und schlagkräftig

Wir kennen die Kniffe und Fallstricke des Vergaberechts. Wo nötig, helfen wir unseren Mandanten, neue Wege zu beschreiten. Wir unterstützen unsere Mandanten aktiv, Verfahrens- und Vertragsrisiken zu beherrschen. In Streitfällen vertreten wir unsere Mandanten in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und Gerichten, einschließlich des Europäischen Gerichtshofs.

### Vergabesperrungen und Compliance

Wir unterstützen Bieter in allen vergaberechtlichen Compliance-Fragen, insbesondere bei drohenden Vergabesperrungen und der Aufhebung von Sperrungen im In- und Ausland. Unsere Expertise umfasst sowohl die Verhandlung mit Ermittlungsbehörden und Auftraggebern, als auch die Einführung und Umsetzung moderner Compliance-Programme.

### International vernetzt

Dentons verfügt wie nur wenige andere Kanzleien über ein internationales Netzwerk, das auch grenzüberschreitend eine professionelle vergaberechtliche Beratung aus einer Hand ermöglicht. Das gilt sowohl in West- und Osteuropa, als auch in den USA, Kanada und Lateinamerika sowie den asiatischen Märkten.

## Ihre Ansprechpartner



**Dr. Wolfram Krohn**  
Partner  
D + 49 30 264 73 371  
wolfram.krohn@dentons.com



**Dr. Peter Braun**  
Partner  
D + 49 69 45 00 120  
peter.braun@dentons.com



Dentons Europe LLP, Markgrafenstraße 33, 10117 Berlin | [dentons.com](http://dentons.com)

© 2018 Dentons. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates. This publication is not designed to provide legal or other advice and you should not take, or refrain from taking, action based on its content. Please see [dentons.com](http://dentons.com) for Legal Notices.

CSBrand-10546-Forum-Vergabe – 26/07/2018

Gleiss Lutz

**“umfassende, zeitnahe und fachlich  
außerordentlich gute Beratung”**

Mandant | The Legal 500 Deutschland 2018

Gleiss Lutz, eine der führenden international tätigen Kanzleien Deutschlands, bietet innovative, auf die Ziele und Interessen der Mandanten zugeschnittene vergaberechtliche Lösungen: Sie beruhen nicht nur auf ausgeprägter juristischer Kompetenz, sondern auch auf Kenntnis der politischen und wirtschaftlichen Zusammenhänge. Als Full Service-Kanzlei verfügt Gleiss Lutz über Experten aus allen weiteren Rechtsgebieten, die mit der vergaberechtlichen Beratungspraxis verknüpft sind, etwa dem Immobilien- oder Beihilferecht. Damit begleitet die Kanzlei öffentliche Auftraggeber und Bieter in komplexen Projekten. Pluspunkt der Praxis ist zudem ihre umfassende Erfahrung in streitigen Verfahren, die das richtige Gespür für die Rechtsmittelanfälligkeit von Entscheidungen gewährleistet.

Ihre Ansprechpartner

Dr. Andreas Neun  
T +49 30 800979-202  
E andreas.neun@gleisslutz.com

Dr. Marco König  
T +49 711 8997-421  
E marco.koenig@gleisslutz.com

[www.gleisslutz.com](http://www.gleisslutz.com)

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt | Hamburg | München | Stuttgart | Brüssel

# GÖHMANN

RECHTSANWÄLTE · NOTARE



## Die Kanzlei

Als Experte für Wirtschaftsrecht betreut GÖHMANN die öffentliche Verwaltung, Verbände, Versicherungen, Banken, mittelständische Unternehmen und internationale Konzerne. Mehr als 90 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare bringen ihre jahrzehntelange Erfahrung und ihr breitgefächertes Spezialwissen in das Team der Partnergesellschaft ein. GÖHMANN ist mit Büros in Berlin, Braunschweig, Bremen, Frankfurt am Main, Hannover, Magdeburg und Barcelona standortübergreifend breit aufgestellt. GÖHMANN ist unabhängig und zählt zu den 30 größten deutschen Wirtschaftskanzleien. Zudem ist GÖHMANN Mitglied im internationalen Netzwerk Globalaw mit rund 90 Kanzleien an mehr als 160 Standorten weltweit.

## Kompetenzen im Vergaberecht

Auf das Vergaberecht sind insgesamt zehn Anwälte spezialisiert. Seit mehr als 20 Jahren verfügen die Experten für Vergaberecht von GÖHMANN über Erfahrung und Expertise auf diesem Rechtsgebiet. In der vergaberechtlichen Dramaturgie von Vorbereitung und Durchführung, Verhandlung mit Bietern bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens und der sich anschließenden Vertragsdurchführung arbeiten Vergabe-Anwälte von GÖHMANN in allen Stadien eng mit ihren Mandanten in ihrer Funktion als mit dem Auftraggeber synchronisierte Projektspezialisten zusammen. Zu den Auftraggebern der öffentlichen Hand zählen unter anderem Ministerien, Kommunen, kommunale GmbH und Behörden.

### **GÖHMANN Rechtsanwälte · Notare**

Landschaftstraße 6  
30159 Hannover  
T +49 511 30 27 70  
F +49 511 32 92 16  
[www.goehmann.de](http://www.goehmann.de)  
[ralf.stoetzel@goehmann.de](mailto:ralf.stoetzel@goehmann.de)



**GÖRG ist eine der führenden unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland.**

**Wir sind bekannt für unsere praxisnahen, wirtschaftlichen Lösungen in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.**

Mit mehr als 300 Rechtsanwälten in Berlin, Frankfurt am Main, Hamburg, Köln und München arbeiten wir täglich daran, den Vorhaben unserer Mandanten zum Erfolg zu verhelfen – in der Beratung wie auch vor Gericht.

### **Schwerpunkt Vergaberecht und ÖPP**

GÖRG wird aufgrund der besonderen Spezialisierung der Sozietät auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand und Privatisierungen eingeschaltet. Die Rechtsanwälte des Vergaberechts- und ÖPP-Teams haben bundesweit an zahlreichen Groß- und Pilotprojekten mitgewirkt, sowohl auf privater wie öffentlicher Seite. Dr. Lutz Horn gehört außerdem zu den führenden Vergaberechtlern in Deutschland („einer der anerkanntesten ÖPP-Experten Deutschlands“, „überaus große Erfahrung und Fachkenntnis in vergabe und vertragsrechtlicher Hinsicht im Rahmen großer ÖPP-Vorhaben“ – JUVE Handbuch 2012/2013). Im Jahr 2013/2014 ist das Team von der JUVE-Fachredaktion nach 2008 erneut mit dem Titel „Kanzlei des Jahres für Vergaberecht“ ausgezeichnet worden.

Das Team verfügt über langjährige Erfahrung in den verschiedensten Branchen, so z. B. beim Bau und/oder Betrieb von Verwaltungsgebäuden, Haftanstalten und Kasernen, bei Infrastrukturvorhaben wie Brücken oder Autobahnen, bei IT-Beschaffungsprojekten ebenso wie im Entsorgungsbereich oder im ÖPNV. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Strukturberatung komplexer Beschaffungsvorhaben, d. h. die Begleitung eines Vergabeverfahrens von der Konzeption bis zum Zuschlag.

Zu den Mandanten zählen Bund, Länder und Kommunen sowie Bieter- und Betreiberkonsortien und Banken.

### **Führend in vielen Bereichen**

Bundesweit sind wir die führende Restrukturierungskanzlei und u. a. Top 5 im Vergaberecht und Top 10 im Immobilienwirtschaftsrecht (basierend auf dem JUVE Handbuch 2017/2018).

### **Ansprechpartner:**

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Dr. Lutz Horn

Ulmenstraße 30 in D-60325 Frankfurt/M.

Tel +49 - 69 - 170000-17; [lhorn@goerg.de](mailto:lhorn@goerg.de)

Prozessführung  
Vertragsrecht  
Kartellrecht  
Gesundheit  
Vergaberecht  
IT  
Beihilferecht  
Immobilie u. Bau  
Verkehr  
Wettbewerbsrecht

**GW** Graf von Westphalen

**GvW Graf von Westphalen**  
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB

Berlin Düsseldorf Frankfurt Hamburg München  
Brüssel Istanbul Shanghai

**Kontakt:**  
Dr. Bettina Meyer-Hofmann  
b.meyer-hofmann@gvw.com

Dr. Ingrid Reichling  
i.reichling@gvw.com

gvw.com



**GSK Stockmann** zählt mit über 180 Rechtsanwälten und Steuerberatern an fünf nationalen Standorten sowie Luxemburg zu den führenden, unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland in den Bereichen Real Estate, Projects & Public Sector, Corporate und Banking/Finance.

### Unser Leistungsspektrum im Bereich Vergabe

Wir beraten Bund, Länder und Kommunen und deren Wirtschaftsunternehmen sowie Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen. Aufgrund unserer langjährigen Expertise kennen wir die Interessenlage von Auftraggebern und Bietern. Das macht uns nicht nur zum kompetenten Partner mit rechtlichem und wirtschaftlichem Sachverstand, sondern auch zu einem effizienten Dienstleister. Insbesondere übernehmen wir für Sie:

- > Projekt- sowie Verfahrensstrukturierung
- > Strukturierung von Investorenwettbewerben
- > Erarbeitung der Vergabeunterlagen
- > Optimierung der Angebotsunterlagen
- > Begleitung des Vergabeverfahrens
- > Abwehr bzw. Verfolgung von Schadensersatzforderungen
- > Vertretung in Nachprüfungsverfahren und gerichtlichen Verfahren auf deutscher und europäischer Ebene
- > Einbettung des Vergaberechts in die Compliance-Strukturen der betroffenen Unternehmen

### **GSK STOCKMANN**

#### **Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB**

##### **Berlin**

RAin Dr. Jenny Mehlitz  
RA und Notar Dr. Christian R. Schmidt  
Tel.: +49 30 203907 - 0  
jenny.mehlitz@gsk.de  
christian.schmidt@gsk.de

##### **München**

RA Dr. Wolfgang Würfel  
Tel.: +49 89 288174 - 0  
wolfgang.wuerfel@gsk.de

[www.gsk.de](http://www.gsk.de)

## HENGELERMUELLER



### **Vergabe.**

Kompetent und effizient.

Wir vertreten Unternehmen und die öffentliche Hand im In- und Ausland auf jeder Ebene und in jeder Phase nationaler und internationaler Vergabeverfahren sowie in Verhandlungen, Umstrukturierungen und Transaktionen. Wir sind in Vergabe-, Nachprüfungs- und EU-Finanzkontrollverfahren tätig, einschließlich Verfahren der EU Kommission sowie vor den europäischen und nationalen Gerichten, Vergabekammern und Behörden.

Unsere Expertise umfasst klassische Vergaben wie auch öffentliche Aufträge und Konzessionen im EU-Energiesektor und den Bereichen Verkehr und Infrastruktur, Verteidigung und Sicherheit, Gesundheitswesen und Finanzen.

Besondere Erfahrungen haben wir zudem in der Beratung zu komplexen Strukturen und Strukturierungen, einschließlich der Schnittstellen zu Compliance, Subventions- und Beihilfenrecht und Vertragsrecht.

**„Jan Bonhage besitzt ein sehr gutes Verständnis für Unternehmensprozesse und die Anliegen der Mandantschaft“ Legal 500**



Dr. Jan Bonhage

Tel.: +49 30 20374 173

E-Mail: [jan.bonhage@hengeler.com](mailto:jan.bonhage@hengeler.com)

[www.hengeler.com/vergaberecht](http://www.hengeler.com/vergaberecht)



# HFK RECHTSANWÄLTE

**Wir sind auf die umfassende Projektbegleitung und Lösung juristischer Fragen in den Bereichen Infrastruktur, Bau und Immobilien spezialisiert.**

Unsere Kompetenzen und Referenzen beginnen bei Finanzierungsfragen, Planungsrecht (Baugenehmigung, Planfeststellung) und vergaberechtlicher Konzeption, reichen über Gestaltung von Verträgen aller Art (Bau-, Kauf-, Mietverträgen), baubegleitende Beratung, Projektverwaltung und juristische Projektsteuerung bis hin zu außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretungen.

### Das Vergaberecht



Ihr Ansprechpartner: Dr. Jörg Stoye  
E-Mail: [Stoye@hfk.de](mailto:Stoye@hfk.de)

Das Vergaberecht gleicht immer mehr einem undurchdringlichen Dschungel - für Auftraggeber und für Bieter. Wir weisen den Weg durch das Dickicht und verschaffen unseren Mandanten Freiräume und Handlungsoptionen. Ziel dabei ist nicht nur rechtssicher den Zuschlag zu erteilen, sondern den Beschaffungsbedarf bestmöglich zu decken. Für uns gilt immer: „Nach dem Zuschlag ist vor der Ausführung“. Deshalb gehen bei uns vergabe- und vertragsrechtliche Beratung Hand in Hand.

### Regional vertreten. Bundesweit aufgestellt.

#### DÜSSELDORF

Königsallee 6-8  
40212 Düsseldorf  
Tel. +49 211 / 542165-0  
[duesseldorf@hfk.de](mailto:duesseldorf@hfk.de)

#### FRANKFURT

Stephanstraße 3  
60313 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 / 975822-0  
[frankfurt@hfk.de](mailto:frankfurt@hfk.de)

#### MÜNCHEN

Maximilianstraße 29  
80539 München  
Tel. +49 89 / 291930-0  
[muenchen@hfk.de](mailto:muenchen@hfk.de)

#### STUTTGART

Bolzstraße 8  
70173 Stuttgart  
Tel. +49 711 / 914359-0  
[stuttgart@hfk.de](mailto:stuttgart@hfk.de)

#### BERLIN

Knesebeckstraße 1  
10623 Berlin  
Tel. +49 30 / 318675-0  
[berlin@hfk.de](mailto:berlin@hfk.de)

#### HAMBURG

Rathausmarkt 5  
20095 Hamburg  
Tel. +49 40 / 288095-30  
[hamburg@hfk.de](mailto:hamburg@hfk.de)





Hogan  
Lovells

## Vergaberecht

### Vorgaben erfüllen – Fallstricke beachten.

Wir helfen Ihnen, Ziele und Maßgaben zu erfüllen. Wir schöpfen unsere Erfahrung aus zahlreichen Vergabe- und Nachprüfungsverfahren. Wir behalten stets sämtliche Fallstricke komplexer Vergabeverfahren im Auge.

### Die richtige Taktik – auch bei knapper Zeit.

Die Prozessführung in Vergabeverfahren unterliegt engen Zeitvorgaben. Kommt es zum Streitfall, stellen wir für Sie die richtige Taktik auf.

Zu unseren **Beratungsschwerpunkten** gehören insbesondere:

- Nationale, EU-weite und internationale Vergabeverfahren
- Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und Vergabesenaten
- Konzessionierungsverfahren
- Begleitung von Mandanten in Bieterverfahren um öffentliche Konzessionen
- Aufsetzen und Verhandeln von Konzessionsverträgen
- Strukturierung und Durchführung funktionaler Privatisierungen und öffentlich-privater Partnerschaften



Dr. Marc Schweda  
Vergaberecht  
Partner, Hamburg  
T +49 40 41993 509  
marc.schweda@hoganlovells.com



Prof. Dr. Thomas Dünchheim  
Vergaberecht, Office Managing Partner und  
Leiter Government Regulatory Deutschland,  
Düsseldorf  
T +49 211 1368 422  
thomas.duenchheim@hoganlovells.com

[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

Hogan Lovells is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.  
www.hoganlovells.com  
© Hogan Lovells 2018. All rights reserved. 1021791\_EUF\_0718

“

Hogan Lovells International LLP hat ein 'schnelles und pragmatisches' Vergaberechtsteam mit 'guter Branchenkenntnis und Internationalität' (...).

*Legal 500 Deutschland, 2018*

”



### **Erfolgreiche und rechtssichere Beschaffungsergebnisse erzielen.** Wir begleiten die Beteiligten an der öffentlichen Auftragsvergabe.

Ihr Partner: Ein bundesweit vertretenes Team von hochspezialisierten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten mit Fachanwälten für Vergaberecht.

- **Konzeptionierung, Strukturierung, Vorbereitung und Durchführung** von Einkaufsvorhaben über diverse Warengruppen
- **Vergabemanagement** (Vergabekonzept, -design, -durchführung) bei komplexen Beschaffungsvorhaben, u.a. im Bereich Bau und Infrastruktur sowie IT
- **Vergabe-as-a-Service:** Abwicklung von Ausschreibungs- und Vergabeprozessen
- **Aufbau und Optimierung von Einkaufsorganisationen und -prozessen**
- **Etablierung von Standards:** Erstellung von Vergabehandbüchern, Einkaufsrichtlinien, Standardvergabeunterlagen und Formularbibliotheken
- **Forschung und Rechtsfortbildung** zum Vergaberecht im Rahmen von Forschungsvorhaben und Studien
- **Begutachtung** von Ausschreibungspflichten sowie **Ex-post-Prüfungen** von Ausschreibungen und Vergaben
- **Gerichtliche und außergerichtliche Vertretung in Rechtsschutzverfahren**
- **Know-how-Transfer:** Schulungen, Seminare, Trainings zum Vergaberecht
- **Digitale „KPMG Reifegradbewertung öffentlicher Einkauf“**

#### **KPMG Law Rechtsanwälts-gesellschaft mbH**



**Dr. Moritz Püstow**  
Rechtsanwalt, Partner  
Fachanwalt für Vergaberecht

T +49 30 530199-142  
M +49 172 5821545  
[mpuestow@kpmg-law.com](mailto:mpuestow@kpmg-law.com)  
[www.kpmg-law.de](http://www.kpmg-law.de)



**Henrik-Christian Baumann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Vergaberecht,  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht  
T +49 30 530199-129  
M +49 160 7046834  
[henrikbaumann@kpmg-law.com](mailto:henrikbaumann@kpmg-law.com)



“ fachlich exzellent und  
sehr gut vernetzt

JUVE Handbuch 2017|2018

Ihre Experten für

- \_ Projektbegleitung der öffentlichen Hand in Bund, Ländern und Kommunen.
- \_ zielgerichtete Beratung von Bietern und Bewerbern zum Vergabeerfolg.
- \_ Beschaffungen in allen Sektoren wie Infrastruktur, IT, Health Care, Verkehr, Energie, Verteidigung und Sicherheit.
- \_ internationale Projekte und Full-Service in allen angrenzenden Rechtsgebieten.

Ihr Kontakt  
Dr. Mathias Mantler  
Rechtsanwalt, Partner  
T +49 89 5441470  
E mantler@lutzabel.com

**JUVE** | 2017  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres  
für den Mittelstand

**JUVE** | 2017  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres  
Süden

München • Hamburg • Stuttgart

[lutzabel.com](http://lutzabel.com)



© Sven Jürgensen

**JUVE** 2016  
**AWARDS**  
Kanzlei des Jahres  
für Vergaberecht

## Vergaberecht *Damit die Besten das Rennen machen*

Gut, wenn bei einem eingespielten Team eines ins andere greift. Noch besser, wenn man jederzeit erstklassige Spezialisten an Bord holen kann. Mit unseren erfahrenen Experten, interdisziplinären Teams und einem weltumspannenden Netzwerk unterstützen wir Sie in sämtlichen Bereichen des Vergaberechts. Für einen fairen Wettbewerb. Und verdiente Sieger.

[www.pwclegal.de/vergaberecht](http://www.pwclegal.de/vergaberecht)



### ***Ihr Ansprechpartner***

Dr. Friedrich Ludwig Hausmann  
Tel. +49 30 2636-3467  
friedrich.hausmann@pwc.com

© 2018 PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei. Alle Rechte vorbehalten.  
„PwC Legal“ bezeichnet in diesem Dokument die PricewaterhouseCoopers Legal Aktiengesellschaft Rechtsanwaltskanzlei, die zum Netzwerk der PricewaterhouseCoopers International Limited (PwCIL) gehört. Jede der Mitgliedsfirmen der PwCIL ist eine rechtlich selbstständige Gesellschaft.

Fachmagazin für Vergabe und Beschaffung

# SUPPLY

Beschaffen  
Sie sich  
das beste  
Angebot!

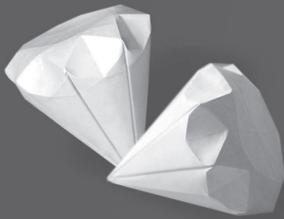


**JETZT ABONNIEREN AUF  
[WWW.SUPPLY-FUER-BEHOERDEN.DE](http://WWW.SUPPLY-FUER-BEHOERDEN.DE)**



ZIRNGIBL

Rechtsanwälte Partnerschaft mbB  
MÜNCHEN BERLIN FRANKFURT WIEN



WERTEORIENTIERTE  
WIRTSCHAFTSKANZLEI – LOYAL,  
ENGAGIERT UND UNABHÄNGIG

### Werteorientierte Wirtschaftskanzlei

Als stets aus eigener Kraft gewachsene Kanzlei haben wir das Ziel, unseren Mandanten mit persönlichem Einsatz auf höchstem fachlichen Niveau national wie international dauerhaft verbunden zu sein – loyal, engagiert und unabhängig, weil wir glauben, dass wir so die Besten sind.

### Vergaberecht

Wir beraten praxisorientiert öffentliche Auftraggeber (Bund, Länder, Kommunen, Unternehmen) und Bieter in allen Fragen des europäischen und nationalen Vergaberechts. Wir konzeptionieren und begleiten rechtssichere Vergabeverfahren oder übernehmen für unsere Mandanten die Funktion als Vergabestelle. Auf Bieterseite beraten und begleiten wir bei der Teilnahme an Vergabeverfahren und unterstützen bei der Abgabe chancenreicher Angebote. Wir bieten auch eine umfassende vergaberechtliche Beratung für Zuwendungsempfänger.

Darüber hinaus vertreten wir öffentliche Auftraggeber und Bieter in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und den Vergabesenaten, in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sowie in sonstigen Zivilprozessen mit vergaberechtlichem Hintergrund.

Ansprechpartner: Lars Robbe, Adrian Clemens Tews

Wir freuen uns auf ein Wiedersehen mit Ihnen zu den

**20. forum vergabe Gesprächen**

**vom 25. bis 27. September 2019 in Fulda.**



**Ihr forum vergabe - Team**