

VERGABERECHT

NACH

VOB/A

**Kanzlei am
Steinmarkt**

RECHTSANWÄLTE
FACHANWÄLTE

Kanzlei am Steinmarkt
Steinmarkt 12
93413 Cham

Dr. Andreas Stangl | Rechtsanwalt

Fachanwalt Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Telefon: 0 99 71 / 85 40 – 0
Telefax: 0 99 71 / 4 01 80
E-Mail: info@kanzlei-am-steinmarkt.de

Vergaberecht nach VOB/A

INHALTSVERZEICHNIS

1.	Einleitung	03
2.	Begriff und Geschichte des Vergaberechts	04
3.	Anwendungsbereich	05
3.1.	Adressaten der VOB/A	06
3.2.	Sachlicher Anwendungsbereich	11
3.2.1.	Öffentlicher Auftrag	11
3.2.2.	Schwellenwerte	14
4.	Grundsätze, Prinzipien der Vergabe	17
4.1.	Grundsätze oberhalb des Schwellenwerts	17
4.2.	Grundsätze und Prinzipien unterhalb der Schwellenwerte	19
4.3.	Vergaberechtsreform	19
5.	Vergabearten	20
6.	Vergabeverfahren im Spiegel der Rechtsprechung	25
6.1.	Wertung der Angebote, Übersicht	25
6.1.1.	Stufe 1: Ausschluss von der Wertung wegen formaler Fehler	27
6.1.2.	Stufe 2: Eignung	28
6.1.3.	Stufe 3: Angemessenheit des Preises	34
6.1.4.	Stufe 4: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	34
6.1.5.	Vergaberechtsreform	35
6.2.	Fehlerquellen im Vergabeverfahren im Spiegel der Rechtsprechung	36
6.2.1.	Verspätung, § 25 Nr. 1 Abs. 1a VOB/A i.V.m. § 22 Nr. 6 VOB/A	36
6.2.2.	Fehlende Unterschrift, § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A	37
6.2.3.	Preise und geforderte Erklärungen; § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A	37
6.2.3.1.	Typenangaben	38
6.2.3.2.	Mischkalkulation	38
6.2.3.3.	Nachunternehmer	39
6.2.3.4.	Nachweise für Eignung	40
6.2.4.	Änderungen an den Verdingungsunterlagen, § 25 Nr. 1 Abs. 1b VOB/A i. V. m. § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A	41
6.2.5.	Argumentationshilfen bei unvollständigen Angeboten	42
6.2.5.1.	Aufhebung der Ausschreibung	42
6.2.5.2.	Einschränkung der Ausschlussgründe wegen „geringfügigen Fehlern“	43
6.3.	Vergaberechtsreform	50
6.4.	Aufklärungsgespräch	50
6.5.	Die Aufhebung der Ausschreibung	51
6.6.	Zuschlag	53
7.	Rechtsschutz	54
7.1.	Primärrechtsschutz, Nachprüfungsverfahren	55
7.2.	Sekundärrechtsschutz, Schadensersatz	57
7.3.	Muster: Auskunftsverlangen des Bieters	59
7.4.	Muster: Rüge des Bieters	61
7.5.	Muster: Nachprüfungsantrag des Bieters	63
8.	Zusammenfassung	70

Thema: Vergaberecht nach VOB/A

1. Einleitung

Die Vergabe öffentlicher Aufträge wird zunehmend „verrechtlicht“. Für alle Beteiligten, ob Vergabestelle oder Bieter, ist es entscheidend ein Basiswissen zu haben. Leider ist es traurige Realität, dass viele formale Fehler bei der Vergabe begangen werden. Beispielsweise sind „unvollständige Angebote“ in der Vergabepaxis nicht selten. Dabei ist festzustellen, dass in den letzten Jahren, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) als auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zunehmend formalistischer wird.

Deshalb ist es besonders für den Bieter wichtig, formale Fehler zu vermeiden, um nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens frühzeitig auszuschneiden. Die Kenntnis des Vergabeverfahrens hilft auch, rechtzeitig die Verstöße der Vergabestelle zu erkennen und frühzeitig zu rügen. Falls die Rüge versäumt wird, ist kaum eine Möglichkeit für einen Rechtsschutz gegeben. Umgekehrt müssen Vergabestellen Kenntnis über das Vergabeverfahren, insbesondere die Wertung der Angebote haben, um sich nicht unnötig selbst zu benachteiligen und sich Nachprüfungsverfahren und Schadensersatzansprüchen auszusetzen.

Auch die Vergabestelle ist zunehmend „überfordert“, da von ihr zunehmend „rechtliche Kenntnisse“ verlangt werden.

Die nachfolgende Darstellung soll einen Überblick über den Ablauf des Vergabeverfahrens liefern, die Wertung der Angebote darstellen und schließlich eine Reihe von Todsünden aufzeigen. Am Ende befinden sich einige für den Bieter wichtige Muster, um seine Rechte zu wahren.

Das Vergaberecht wird derzeit reformiert. Vermutlich Anfang 2009 wird es eine Reihe von Änderungen geben. Soweit in dieser Darstellung bereits berücksichtigt, werden das GWB in der Fassung vom 19.12.2008 und die VOB/A in der Fassung vom 25.11.2008 im vorliegenden Skript eingearbeitet.

Hier ist die Entwicklung im Vergaberecht zu beobachten.

Cham, den 15. Januar 2009 Rechtsanwalt Dr. Andreas Stangl

- Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht
- Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Freizeichnung:

Dieses Skript wurde in bestmöglicher Sorgfalt erstellt. Es kann aber nicht das Spruchmaterial aller deutschen Gerichte berücksichtigen. Folglich ist je nach den Einzelfallumständen mit abweichenden Gerichtsentscheidungen zu rechnen. Hinzu kommen technische Neu- bzw. Weiterentwicklungen. Der Autor übernimmt hinsichtlich Sach- und Vermögensschäden keinerlei Gewährleistung für evtl. vorhandene Unvollständigkeiten, ungenaue Angaben oder Fehler sowie hinsichtlich einer Änderung von Gesetzen, Rechtsprechung, Vorschriften, technischen Normen und Regeln.

Die Verwendung dieses Skripts oder einzelner Teile davon geschieht ausschließlich auf eigene Verantwortung des Erwerbers oder Verwenders.

Dieser vorstehende Haftungsausschluss gilt nicht, soweit die vorgenannten Mängel bzw. Risiken auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Autors zurückzuführen sind.

2. Begriff und Geschichte des Vergaberechts

Die Art und Weise, wie öffentliche Auftraggeber für ihr Bauvorhaben, Beschaffungen und Dienstleistungsaufträge den richtigen Auftragnehmer finden und beauftragen, ist Gegenstand des Vergaberechts.

Die Ursprünge des Vergaberechts lassen sich bis in das 17. Jahrhundert zurück verfolgen. Im Jahre 1926 wurde durch den Reichsverdingungsausschuss, dem quasi „Vorläufer“ des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) die Aufteilung der VOB/A in die Teile A, B und C vorgenommen. Diese Systematik besteht bis heute.

Seit 1971 nimmt das Recht der Europäischen Gemeinschaft starken Einfluss auf das Vergaberecht.

Für die von der Europäischen Union beabsichtigte Realisierung eines gemeinsamen Binnenmarktes wurden Richtlinien zur Vereinheitlichung (Koordination) des Vergaberechts aufgestellt (Koordinationsrichtlinien) als so genanntes „Sekundäres Gemeinschaftsrecht“.

Gleichzeitig wurden so genannte Schwellenwerte eingeführt, da man der Auffassung war, dass nur Aufträge ab einem größeren Auftragsvolumen Binnenmarktrelevanz haben. Nur für die größeren Aufträge sollten europaweit gemeinsame Regelungen gelten.

Die Rechtsakte der Europäischen Union in Form von Richtlinien müssen stets in nationales Recht umgesetzt werden. Nur im Ausnahmefall kann es zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien der Europäischen Union kommen. Hintergrund der EU-Richtlinien ist die Realisierung des Binnenmarktes zur Sicherung eines fairen Wettbewerbs durch spezielle Regelung zur Vereinheitlichung (Koordination) des Vergaberechts. Die Europäischen Richtlinien waren in der Vergangenheit mehrfachen Änderungen unterworfen.

Die VOB/A in ihrer jetzigen Fassung wird zwar immer noch autonom vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss herausgegeben, deren Inhalt ist aber größtenteils auf europäische Richtlinien zurück zu führen. Die Entwicklung des Vergaberechts ist nicht abgeschlossen. Es findet eine zunehmende „Verrechtlichung“ der Vergabe statt.

Derzeit befindet sich das Vergaberecht wieder im Umbruch. Das GWB und die VOB/A werden in 2009 geändert.

3. Anwendungsbereich

In Ergänzung zu den Regeln des BGB stellt die VOB/A eine besondere Ausgestaltung des Vertragsabschlusses in Form eines Vergabeverfahrens dar. Der Bauvertrag selbst kommt nach den Grundregeln des BGB durch Angebot und Annahme zustande, wobei Letztere als „Zuschlag“ bezeichnet wird.

Die VOB/A stellt im Rahmen des Vergabeverfahrens quasi einen „Filter“ dar, um aus der Vielzahl der Angebote dasjenige zu ermitteln, das zu einem Bauvertrag nach einem gesunden Wettbewerb mit leistungsfähigen Unternehmen zu angemessenen Preisen führt.

Die VOB gliedert sich in drei Teile, Teil A, Teil B und Teil C:

VOB Teil A:

Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen DIN 1960

- „Fahrplan“ zu einem Bauvertrag mit Chancengleichheit im Wettbewerb
- Begriffsdefinition
- Anforderungen an Bauvertragsunterlage, usw.
- Erledigt mit Vertragsschluss, kann also nicht Vertragsbestandteil werden
- Öffentliche AG: Verbindliche Anwendung!

VOB Teil B:

Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (AVB) DIN 1961

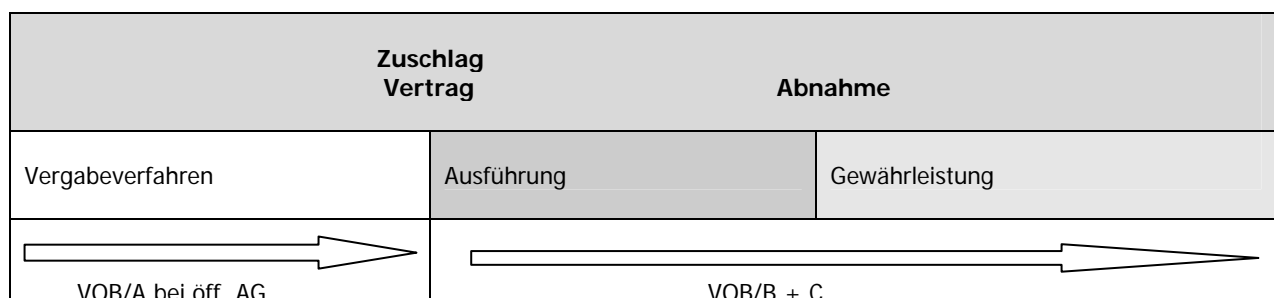
- „Mustervertragsbestimmungen“ speziell für Bauleistungen
- Ergänzt und modifiziert BGB Werkvertragsrecht
- AGB-Charakter! Kein Gesetz! Kein Gewohnheitsrecht! Vereinbarung notwendig.

VOB Teil C:

Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV) DIN 18299 ff.

- „Checklisten“ zur ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung
 - Anforderungen an die Ausführung
 - Abrechnungsregeln
- = „Regeln der Technik“ (a. a. R. d. T.) → allgemeine Relevanz!

Betrachtet man sich den Abschluss eines Bauvertrages in zeitlicher Hinsicht, so ergibt sich eine klare Trennung für die Anwendung der VOB/A und der VOB/B bzw. VOB/C. Schnittstelle ist der Zuschlag, der zum Bauvertrag führt. Für den Bereich bis zum Zuschlag, dem Vergabeverfahren, ist die VOB/A anzuwenden, danach die VOB/B bzw. VOB/C.



3.1. Adressaten der VOB/A

Die Vergabe richtet sich an den öffentlichen Auftraggeber, nicht an den privaten Auftraggeber. Die VOB/A mit ihren vier Abschnitten gilt – und dies auch auf unterschiedlicher Grundlage – nur für öffentliche Auftraggeber.

Öffentliche Auftraggeber sind in erster Linie die klassische öffentliche Hand (Bund, Länder, Gemeinden und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts), aber auch alle sonstigen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB.

Für **private Auftraggeber** hat die VOB/A grundsätzlich keine Bedeutung. Es ist ihnen aber freigestellt, ob sie nach der VOB/A ausschreiben und vergeben. Erfolgt eine Ausschreibung eines privaten Auftraggebers nach der VOB/A, führt dies insoweit zu einer Selbstbindung des Auftraggebers. Verstöße gegen die VOB/A können dann zu Schadensersatzansprüchen des benachteiligten Bieters gem. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB führen¹.

Privater Bauherr/AG und VOB/A:

- nur Empfehlungscharakter
- jedoch grundsätzlich sinnvoll

Öffentlicher Bauherr/AG und VOB/A:

- VOB/A verpflichtend anzuwenden!
- Über VgV (Vergabeverordnung)
- Über § 55 Abs. 2 Bundeshaushaltsordnung (19.08.69, BGBl S. 1284):
„Bei Abschluss von Verträgen ist nach einheitlicher Richtlinie zu verfahren“
- Über Dienstanweisungen

MERKE:

Die VOB/A wendet sich an den öffentlichen Auftraggeber als Adressaten. Die VOB/A ist verpflichtend anzuwenden.

Die VOB/A wird zwar nach wie vor vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) herausgegeben, wird aber größtenteils durch die Europäischen Richtlinien geprägt. Die VOB/A gliedert sich in vier Abschnitte. Deren Anwendungsbereich hängt vom Umfang des Auftrags und der Struktur des öffentlichen Auftraggebers ab.

Die erste Trennlinie zwischen Abschnitt 1 und den Abschnitten 2 bis 4 wird durch den Gesamtauftragswert (Schwellenwert) bestimmt.

Unter dem Schwellenwert gilt VOB/A Abschnitt 1 mit den Basisparagrafen.

Über dem Schwellenwert gilt die VOB/A mit den Abschnitten 2 bis 4 zusätzlich.

¹ Vygen, Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 213, 4. Auflage 2008

Innerhalb der über dem Schwellenwert liegenden Aufträge ist nach der Struktur des öffentlichen Auftraggebers zu unterscheiden. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob bzw. in welchen Sektoren ein Auftraggeber tätig ist. Danach untergliedert sich die VOB/A in weitere Abschnitte 2, 3 und 4.

Rechtsgrundlage für den Abschnitt 1 sind allein haushaltsrechtliche Vorschriften, während die Verpflichtung zur Anwendung der Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A auf den Regelungen der §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB), sowie darauf aufbauend der Vergabeverordnung (VgV) beruht. Man bezeichnet dieses Prinzip als „Kaskadenprinzip“.

Adressaten der VOB/A ²			
Haushaltsrecht Bund : § 55 BHO Land : Art. 55 BayHO Kommune : § 31 Bay. Kommunale Haushalts- ordnung	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px auto; width: 80%;"> GWB (§ 97 GWB) </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; margin: 10px auto; width: 80%;"> Vergabeverordnung </div>		
VOB/A			
Abschnitt 1 Basis-§§	Abschnitt 2 „a-§§“	Abschnitt 3 „b-§§“	Abschnitt 4 SKR
Klassische öffentliche Vorschriften Auftraggeber aufgrund haushaltsrechtlicher Vorschriften	<ul style="list-style-type: none"> - Öffentliche Auftraggeber - Juristische Personen des Privatrechts mit öffentlichen Aufgaben und von öffentlicher Hand beherrscht bzw. öffentlicher Hand finanziert 	<ul style="list-style-type: none"> - wie Abschnitt 2 - Zusätzliche Voraussetzung: Ausüben einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Sektoren (Trinkwasser, Hafen-, schienengebundener Verkehr) mit Gemeinwohlauftrag 	Personen des Privatrechts mit Tätigkeit auf dem Gebiet der „Sektoren“ mit beherrschendem Einfluss des Staates oder bei vom Staat verliehenen ausschließlichen Rechten
Gesamtauftragswert bis 5,150 Mio. €³	Gesamtauftragswert ab 5,150 Mio. €⁴		

² Übersicht entnommen aus: Vygen, Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Rn. 214, 4. Auflage 2008

³ Seit 01.01.2008

⁴ Seit 01.01.2008

Abschnitt 1 : Basisparagrafen

Bei Abschnitt 1 der VOB/A handelt es sich um die klassischen Auftraggeber, die durch Bundes-, Landes- oder Gemeindehaushaltsordnung zur Anwendung der VOB/A verpflichtet worden sind und Bauvorhaben unterhalb der so genannten Schwellenwerte, d. h. derzeit bei Bauleistungen 5,150 Mio. € netto, zu deren Anwendung verpflichtet sind.

Abschnitt 2 : Basisparagrafen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie

Bei Abschnitt 2 der VOB/A handelt es sich um öffentliche Auftraggeber i. S. d. §§ 98 Nr. 1 bis 3 sowie Nr. 5 und 6 GWB.

- soweit das Auftragsvolumen die Schwellenwerte überschreitet und
- es sich bei dem Auftraggeber nicht um einen so genannten Sektorenauftraggeber handelt (§ 6 VgV)

Diese Abschnitte sind durch die so genannten „a-§§“ der VOB/A gekennzeichnet.

§ 98 Nr. 1 GWB:

Es handelt sich um die klassischen öffentlichen Auftraggeber

§ 98 Nr. 2 GWB:

Auftraggeber, auch wenn sie privatrechtlich organisiert sind, sofern sie im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen.

§ 98 Nr. 3 GWB:

Verbände, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 und 2 GWB fallen, insbesondere damit Zweckverbände der Gemeinden wie Abwasser-, Abfall-, Wasserversorgungsverbände, unabhängig von der Rechtsform des Verbandes.

§ 98 Nr. 5 GWB:

Personen des privaten Rechts, wenn sie bestimmte Maßnahmen durchführen, die zu über 50 von Hundert von Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB finanziert werden. Sie sind dann für diese konkrete Maßnahme öffentliche Auftraggeber. Die Aufzählung der Maßnahmen ist abschließend, umfasst sind:

- Tiefbaumaßnahmen
- Errichtung von Krankenhäusern
- Errichtung von Sport-, Erholungs- und Freizeiteinrichtungen
- Errichtung von Schul-, Hochschul- und Verwaltungsgebäuden
- mit vorgenannten Maßnahmen in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren

§ 98 Nr. 6 GWB:

Baukonzessionäre: Die Person des privaten Rechts ist dann zur Anwendung der Vergabevorschrift verpflichtet, wenn sie auf einer ersten Stufe mit einem öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB einen Vertrag über eine Bauleistung geschlossen hat, bei dem die Vergütung ins Recht zur Nutzung, gegebenenfalls zzgl. der Zahlung eines Preises besteht.

Abschnitt 3 und 4: Sektorenauftraggeber

Bei den Abschnitten 3 und 4 betrifft es ausschließlich Auftraggeber im Sektorenbereich, d. h. Auftraggeber, die eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser-, der Energieversorgung und des Verkehrswesens ausüben. Ebenso hierzu zählen seit 31.12.2007 die Postdienste. Auftraggeber im Sinne der Sektorenrichtlinie sind damit nicht nur klassisch öffentliche Auftraggeber, sondern auch Auftraggeber des Privatrechts, soweit sie auf diesen Gebieten tätig sind. Das Vergaberecht reagiert insoweit auf die Privatisierungstendenzen in der Europäischen Union.

§ 98 Nr. 4 GWB:

Tätigkeit im Bereich der Sektoren auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte oder die von Auftraggebern gem. § 98 Nr. 1 bis 3 GWB beherrscht werden, sind Sektorenauftraggeber.

Rechtsprechungsübersicht⁵	
Öffentlicher Auftraggeber (2):	Die Deutsche Bahn AG (Unternehmensbereich „DB Netz AG“) ist auch nach der erfolgten formalen Privatisierung als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 98 Nr. 2 GWB zu betrachten. Sie erfüllt eine Aufgabe der klassischen Daseinsvorsorge, die der öffentlichen Hand zuzurechnen ist, mit der Folge, dass sie als „öffentliche Sektorenauftraggeberin“ die dritten Abschnitte der Verdingungsordnungen anwenden muss. Die VK Bund (Beschl. v. 21.1.2004, VK 2-126/03) knüpft damit nahtlos an die Rechtsfindung des VÜA Bund an (Beschl. v. 13.12.1995, 1 VÜ 6/95, Vergabe E-1-6/95, WuW/E VergabE, 64, ZV gR 1997, 135).
Öffentlicher Auftraggeber (3):	Für kirchliche Einrichtungen in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts kann eine Auftraggebereigenschaft zumindest nach dem Wortlaut des § 98 Nr. 5 GWB nicht begründet werden, weil dort die Eigenschaft als natürliche oder juristische Person des Privatrechts vorausgesetzt wird. Auch eine am Maßstab des Art. 2 I der Richtlinie 93/37/EWG vorgenommene Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis (VK Nordbayern, Beschl. v. 29.10.2001, 320 VK-3194-35/01, VergabE E-2a-35/01, IBR 2002, 89
Öffentliche Auftraggeber als Bieter:	Die Vergabe von Subunternehmeraufträgen durch einen öffentlichen Auftraggeber, welcher sich seinerseits als Bieter an einem Vergabeverfahren beteiligt, ist nicht als öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 I GWB zu werten. Entscheidend hierfür ist, dass sich der öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall in die Rolle eines beliebigen Marktteilnehmers begibt. Das Vergabeverfahren regelt einzig die Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber, die auch als solche auftreten (VK Südbayern, Beschl. v. 15.12.2003 (56-11/03).
Öffentlicher Auftraggeberbegriff (3):	Unter den Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 5 GWB fallen auch juristische Personen des privaten Rechts, in den Fällen, in denen diese voraussichtlich Mittel erhalten, mit denen relevante Bauvorhaben voraussichtlich zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden, auch wenn noch kein entsprechender Fördermittelbescheid ergangen ist (VK Sachsen, Beschl. v. 15.8.2002, 1 VK 75/02, VergabE E-13-75/02, IBR 2002, 631; Leitsatz der Kammer)

⁵ Aus: Noch, Vergaberecht kompakt -Handbuch für die Praxis, 4. Auflage 2008, Werner Verlag, Stand 31.10.2008, S. 80, 81

Öffentlicher Auftraggeberbegriff (5):	Die Landesversicherungsanstalt für Ober- und Mittelfranken ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 989 Nr. 2 GWB (BayObiG, Beschl. v. 21.10.2004, Verg 17/04; VS 2005, 23).
Öffentlicher Auftraggeberbegriff (7):	Wird eine Messegesellschaft aus öffentlichen Mitteln finanziert und übernimmt sie bei ihrer Tätigkeit kein wirtschaftliches Risiko, so ist sie als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren (KG, Beschl v. 27.7.2006, 2 Verg 5/06; VS s2006, 69/72).

3.2. Sachlicher Anwendungsbereich

Für den sachlichen Anwendungsbereich bedarf es zum Einen eines öffentlichen Auftrags, für die Zuordnung der anzuwendenden Vorschriften auf die Einhaltung des Schwellenwertes.

3.2.1. Öffentlicher Auftrag

Unter einem öffentlichen Auftrag wird ein entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistung zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen, verstanden; § 99 Abs. 1 GWB.

MERKE:

Voraussetzung ist die Entgeltlichkeit, sowie der Abschluss eines Vertrages über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen.

Die Bestimmungen bezwecken, dass ein wirtschaftliches Austauschverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Unternehmer die Grundvoraussetzung für einen öffentlichen Auftrag bildet. Der öffentliche Auftraggeber schreibt aus, um sich gegen Bezahlung mit Geld Bauleistungen einzukaufen, Waren liefern oder Dienstleistungen erbringen zu lassen.

Die Begriffe Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge werden in den Absätzen 2 bis 4 des § 99 GWB definiert.

Die Entgeltlichkeit muss nicht in einer Geldzahlung bestehen. Das Entgelt kann sogar zunächst noch unbestimmt sein. Selbst ein geldwerter Vorteil genügt für das Merkmal Entgeltlichkeit⁶.

Eine Ausnahme von öffentlichen Aufträgen, die dem Vergaberecht unterliegen, bilden die so genannten „**In-House-Geschäfte**“. In diesen Geschäften wird eine Dienstleistung von einer Stelle erbracht, welche der öffentlichen Verwaltung bzw. dem Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers zuzurechnen ist. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob dasjenige Unternehmen, an das im Wege des vergabefreien Eigengeschäfts vergeben werden soll, selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist. Hierzu müssen drei Merkmale vorliegen:

- wenn der öffentliche Auftraggeber alleiniger Anteilseigner des Beauftragten ist,
- wenn er über diesen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und
- der Beauftragte seine Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet⁷.

⁶ BGH VergabeR 2005, 328

⁷ Noch, Vergaberecht kompakt, Handbuch für die Praxis, Rn. 41, 4. Auflage 2008

Die Ausnahmeregelung ist daher äußerst eng und deshalb selten gegeben. Nach der Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch Deutscher Gerichte⁸ bedeutet ein Vertrag zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht generell einen Ausnahmetatbestand. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Gebietskörperschaft über die betreffende Person eine Kontrolle wie über die eigene Dienststelle ausüben kann und die Person im Wesentlichen für die kontrollierende Gebietskörperschaft tätig ist⁹. Dabei ist bei einer Gesellschaft, an deren neben der öffentlichen Hand ein Privater beteiligt ist, ein In-House-Geschäft bereits ausgeschlossen¹⁰.

Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ist nur gegeben, wenn sie ermöglicht, auf die Entscheidung der zu beauftragenden Einrichtung einzuwirken¹¹.

Die teilweise sehr strenge Rechtsprechung hat eine interkommunale Kooperation, beispielsweise die Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei Abfallentsorgung usw. erschwert. Es kommt dabei sehr auf die Art der Gestaltung der Zusammenarbeit an¹².

Rechtsprechungsübersicht¹³	
In-House-Geschäft:	Ein vergaberechtsfreies In-House-Geschäft scheidet grundsätzlich aus, wenn das für den Auftrag vorgesehene Unternehmen nur 92,5 % seines Umsatzes aus Geschäften mit den Gebietskörperschaften erzielt, denen das Unternehmen gehört (OLG Celle, Beschl. v. 14.9.2006, 13 Verg 2/06; VS 2006,79)
In-House-Geschäft – Vergabe, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit:	Grundsätzlich ist es verboten, dass öffentliche Auftraggeber einen Auftrag im Wege einer In-House-Vergabe an einen von ihnen gemeinschaftlich gebildeten Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG) erteilen (BGH, Urteil v. 3.7.2008, I ZR 145/05; NZBau 2008, 664; VS 2008, 59f).
In-House-Vergabe:	Die Regelungen des 4. Teils des GWB sind nicht auf die mit der Gründung eines Zweckverbands verbundene Übertragung von Aufgaben der Verbandsmitglieder (vorliegend: Einsammeln und Transport von Abfällen) anzuwenden, denn es handelt sich um einen innerstaatlichen Organisationsakt und nicht um einen Beschaffungsvorgang i. S. v. § 99 I GWB (VK Köln, Beschl. v. 9.3.2006, VK VOL 34/2005; VS 2006, 31)

⁸ EuGH „Teckal“ NZBau 2000, 90; BGH VergabeR 2001, 286; BayObLG VergabeR 2002, 248

⁹ EuGH „Kommission Spanien“ VergabeR 2005, 176

¹⁰ EuGH „Halle“ VergabeR 2005, 44

¹¹ EuGH „Parking Brixen“ VergabeR 2005, 737

¹² Weber, VergabeR 2007, 721

¹³ Aus: Noch, Vergaberecht kompakt -Handbuch für die Praxis, 4. Auflage 2008, Werner Verlag, Stand 31.10.2008, S. 58

Vergaberechtsreform

Im Rahmen der Vergaberechtsreform war zunächst geplant, die so genannte „In-House-Vergabe“ in einen § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-Entwurf zu ändern. Dadurch sollte erreicht werden, dass eine interkommunale Zusammenarbeit zwischen Kommunen durch Ausnahmen vom Vergaberecht erleichtert werden. Öffentliche Auftraggeber hätten auf dieser Grundlage Leistungen ohne Ausschreibung, d. h. gänzlich ohne Beteiligung des Marktes durch andere Stellen der öffentlichen Hand erbringen lassen können. Neben der Abfallwirtschaft hätte dies insbesondere die ITK-Wirtschaft erleichtert. Keine anderen Dienstleistungen lassen sich so einfach und ohne besonderen Aufwand überregional und verwaltungsübergreifend erbringen. So hätten kommunale Rechenzentren von der Regelung massiv profitiert. Gegen diese Einführung und Ausweitung der Eigengeschäfte wurden europarechtliche Bedenken entgegengebracht¹⁴. Aufgrund Zweifel an der Europarechtskonformität der neuen In-House-Regelung wurde diese gestrichen, d. h. um Rechtsunsicherheit zu vermeiden, wurde auf eine Lockerung verzichtet. Es verbleibt bei der bisherigen Regelung, den In-House-Vergaben.

Im Rahmen der Vergaberechtsreform soll auch klargestellt werden, dass das Vergaberecht nur für Beschaffungsvorgänge und nicht für jede vertragliche Beziehung von öffentlichen Auftraggebern mit Dritten, z. B. auch nicht für Grundstücksverkäufe gilt. Nach früher herrschender Rechtsprechung waren Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand und städtebauliche Verträge nicht ausschreibungspflichtig, da die Verfolgung städtebaulicher Ziele keine Beschaffung der öffentlichen Hand ist. Aufgrund eines EuGH-Urteils zu einem Entwicklungsvertrag, der als ausschreibungspflichtiger Bauauftrag behandelt wurde, hat das OLG Düsseldorf in einer beachtenswerten Entscheidung eine Ausschreibungspflicht des Verkäufers auch dann angenommen, wenn Bauverpflichtung nicht im Kaufvertrag, sondern im städtebaulichen Vertrag mit Kommune, aber enge Zusammenarbeit zwischen Verkäufer und Kommune stattfindet¹⁵.

¹⁴ EuGH „Teckal“ NZBau 2000, 90

¹⁵ OLG Düsseldorf, „Flughafen Ahlhorn“ NZBau 2007, 530

3.2.2. Schwellenwerte

Das Deutsche Vergaberecht ist klassisch in zwei Bereiche unterteilt:

- in den Bereich **unterhalb** der Schwellenwerte und
- in den Bereich **oberhalb** der Schwellenwerte.

Dies hat nicht nur Bedeutung für die anzuwendenden Rechtsvorschriften, sondern auch für die Möglichkeit des Rechtsschutzes¹⁶. Die Schwellenwerte werden durch die EU festgelegt und weisen seit 01.01.2008 ein dynamisches Element auf. Die Schwellenwerte sind an die UNO-Sonderziehungsrechte (SZR) orientiert, die wiederum eine Koppelung an den US-Dollar haben. Aufgrund der Schwäche des US-Dollars führte dies durch die Änderung des Umrechnungskurses zu einer Senkung der EU-Schwellenwerte. Diese Schwellenwerte sind alle zwei Jahre anzupassen, so dass die nächste Änderung erst den Zeitraum 01.01.2010 bis 31.12.2011 betrifft. Dies geschieht durch EU-Verordnung, die unmittelbar bei allen Mitgliedsstaaten gilt, ohne dass es eines mitgliedstaatlichen Umsetzungsaktes, wie bei Richtlinien, bedarf.

Die jeweiligen Schwellenwerte, ab denen regelmäßig europaweit auszuschreiben ist, sind für die klassischen und funktionalen Auftraggeber nach den §§ 98 Nr. 1 bis Nr. 3 GWB bezogen auf die einzelnen Vergabematerien:

- Bauaufträge einerseits, sowie
 - Liefer- und Dienstleistungsaufträge andererseits
- unterschiedlich geregelt.

Für oberste Bundesbehörden gibt es zudem noch abgesenkte Schwellenwerte.

Für die Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB gelten wiederum Besonderheiten.

Derzeit, d. h. ab 01.01.2008 gelten folgende Schwellenwerte:

Von den klassischen öffentlichen Auftraggebern sind europaweit auszuschreiben:

- Bauleistungen ab 5.150.000,00 €
- Liefer- und Dienstleistungen ab 206.000,00 €

Bundesbehörden haben vor allem den niedrigen Schwellenwert von 133.000,00 € bei Liefer- und Dienstleistungen zu beachten.

In der Sektorenrichtlinie gilt

- für Liefer- und Dienstleistungen ab 412.000,00 €
- Bauleistungen ab 5.150.000,00 €

¹⁶ Siehe Abschnitt Rechtsschutz im Vergaberecht

Bei der **Berechnung** der **Schwellenwerte** ist zu beachten:

- Auftragswert ist ohne Umsatzsteuer zu ermitteln, § 1 VgV
- Zeitpunkt für die Schätzung¹⁷ ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung oder die sonstige Einleitung des Vergabeverfahrens, § 3 Abs. 10 VgV
- Auftragswert ist für die gesamte Baumaßnahme, nicht für den einzelnen Auftrag zu ermitteln; § 3 Abs. 1 VgV. Für den Gesamtauftragswert eines Bauauftrags ist maßgeblich, ob ein technisch-funktionaler oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Aufträgen besteht. Ist dies der Fall, so sind die Werte der einzelnen Aufträge zu addieren¹⁸.
- Optionsrechte sind bei der Berechnung mit einzubeziehen; § 3 Abs. 3 VgV
Folglich sind auch Bedarfspositionen zu berücksichtigen¹⁹ sowie Fälle der stufenweisen Beauftragung²⁰

Bei der Bauvergabe in **Los** sind Besonderheiten bei der Ermittlung des richtigen Schwellenwertes zu beachten.

Danach sind zwei Alternativen zu beachten; § 1a Nr. 1 Abs. 2 und § 1b Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bzw. § 2 Nr. 7 VgV:

- Bei einem Gesamtauftragswert von mehr als 5,15 Mio. € ist die Anwendung der europaweiten Ausschreibung dann vorzunehmen, wenn das betreffende Los einen Auftragswert von mehr als 1 Mio. € aufweist. (Alt. 1)
- Entsprechend der vorstehenden Voraussetzungen müssen alle Lose (auch unter 1 Mio. €) europaweit ausgeschrieben werden, bis 80 % der geschätzten Auftragssumme erreicht sind. (Alt. 2)

Probleme gab es bei der zweiten Variante mit der Formulierung „bis 80 % erreicht sind“. Fraglich war, ob eine europaweite Ausschreibungspflicht von Los unter 1 Mio. € schon dann besteht, wenn bei der sukzessiven Ausschreibung eines Gesamtvorhabens 80 % des Gesamtauftragswertes noch nicht erreicht sind oder ob eine Auslegung möglich ist, wonach die Vergabestelle frei wählen kann, welche Lose sie national bzw. europaweit ausschreibt, so lange sichergestellt ist, dass nach Abschluss der Gesamtmaßnahme mindestens 80 % der Auftragssumme europaweit ausgeschrieben wurden.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG sind die Vorschriften nicht dahingehend zu verstehen, dass zunächst alle Lose, unabhängig von ihrem Auftragswert, den Bestimmungen der europaweiten Vergabe unterworfen sind, bis 80 % der Gesamtauftragssumme erreicht sind²¹. Sinn und Zweck der Regelung ist es, dass letztlich 80 % des Gesamtauftragswertes europaweit ausgeschrieben werden. Eine bestimmte Reihenfolge lässt sich nicht entnehmen und ist auch wenig sinnvoll. Dies würde dazu führen, dass gerade kleinere Lose, die sinnvollerweise national ausgeschrieben werden und gerade am Anfang eines Bauvorhabens entstehen (Vorwegmaßnahme, Abrissarbeiten, Erdaushub) einer europaweiten Vergabe unterliegen würden²².

¹⁷ OLG Koblenz IBR 2001, 442

¹⁸ OLG Brandenburg IBR 2002, 677; OLG Düsseldorf IBR 2004, 637

¹⁹ OLG Hamm, VergabeR 2002, 657

²⁰ VK Bremen IBR 2002, 96

²¹ BayObLG VergabeR 2002, 61, Noch, Vergaberecht kompakt, Handbuch für die Praxis, Rn. 231, 4. Auflage 2008

²² Die Rechtsprechung des BayObLG hat sich zwischenzeitlich mehrheitlich durchgesetzt. Andere Kommentarstellen sind nun dieser Auffassung gefolgt, vgl. Noch, Vergaberecht kompakt, Handbuch für die Praxis, Nr. 231 m. w. N., 4. Auflage 2008

MERKE:

Die Vergabestelle ist somit bei Überschreitung der Schwellenwerte frei in der Wahl, welche der Lose sie europaweit ausschreibt oder nicht, so lange mindestens 80 % der Gesamtauftragssumme europaweit ausgeschrieben werden. Die restlichen 20 % können national ausgeschrieben werden, sofern jedes dieser Lose unter 1 Mio. € liegt (Alt. 2). Liegt ein Los über 1 Mio. €, ist dieses stets europaweit auszuschreiben (Alt. 1).

Die Inanspruchnahme dieser Bagatellklausel setzt voraus, dass **vor** der Veröffentlichung vom Auftraggeber dokumentiert wird, welche Aufträge europaweit ausgeschrieben werden sollen und welche nicht. Eine Rückkehr ist nachträglich nicht mehr möglich, in dem beispielsweise die Vergabestelle sich später damit verteidigt, dass sie den Auftrag auch national hätte ausschreiben können²³.

Rechtsprechungsübersicht²⁴

<p>Schwellenwert, Auftragswert – Schätzung, Dokumentation:</p>	<p>Wegen der Bedeutung des Schwellenwertes ist es erforderlich, dass die Vergabestelle die ordnungsgemäße Ermittlung des geschätzten Auftragswertes in einem Aktenvermerk festhält. Der Vermerk muss erkennen lassen, dass der Auftraggeber vor der Schätzung die benötigte Leistung zumindest in den wesentlichen Punkten festgelegt hat. Die Anforderungen an die Genauigkeit der Wertermittlung und der Dokumentation steigen, je mehr sich der Auftragswert dem Schwellenwert annähert (OLG Celle, Beschl. v. 12.7.2007, 13 Verg 6/07; VS 2007, 54, 55, 61f, 68).</p>
<p>Schwellenwertberechnung (1):</p>	<p>Der nach § 2 Nr. 4 VgV § 1a VOB/A maßgebliche Gesamtauftragswert errechnet sich aus der Summe aller für die Erstellung der baulichen Anlage erforderlichen Leistungen ohne Umsatzsteuer; nicht zum Gegenstandswert gehören u.a. die Baunebenkosten (OLG Celle, Beschl. v. 14.11.2002, 13 Verg 8/02, VergabE C-9-8/02, IBR 2003, 37; Leitsatz des Senats).</p>
<p>Schwellenwert, Kostenschätzung – Planungskosten:</p>	<p>In die Kostenschätzung für die Ermittlung des Schwellenwerts sind Planungskosten nicht einzuberechnen (VK Nordbayern, Beschl. v. 26.7.2005, 320.VK-3194-26/05; VS 2005, 69f).</p>

²³ BayObiG VergabeR 2001, 402

²⁴ Aus: Noch, Vergaberecht kompakt -Handbuch für die Praxis, 4. Auflage 2008, Werner Verlag, Stand 31.10.2008, S. 99, 100

4. Grundsätze, Prinzipien der Vergabe

Die Grundsätze und Prinzipien der Vergabe sind oberhalb der Schwellenwerte in § 97 GWB geregelt, unterhalb der Schwellenwerte in §§ 2 und 4 VOB/A.

4.1. Grundsätze oberhalb des Schwellenwerts

In § 97 GWB sind wesentliche Grundsätze und Prinzipien des Vergaberechts festgehalten wie folgt:

- Vergabe im Wettbewerb, Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB)
- Gleichbehandlungsgrundsatz, Diskriminierungsverbot (§ 97 Abs. 2 GWB)
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB)
- Vergabe nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen, Verbot vergabefremder Regelungen (§ 97 Abs. 4 GWB)
- Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB)
- Anspruch auf Einhaltung der Vergaberegeln (§ 97 Abs. 7 GWB)

Diese Grundsätze und Prinzipien des Vergaberechts sind wichtige Argumentationshilfen, wenn innerhalb der Vergabevorschriften Regelungen fehlen oder diese Regelungen ausgelegt werden müssen.

MERKE:

Bieter sollten etwaige Vergabeverstöße im Spiegel dieser Grundsätze und Prinzipien des Vergaberechts sehen und als Argumentationshilfe im konkreten Fall nutzen.

Die entsprechenden Prinzipien spiegeln sich mehrfach in den einschlägigen Vorschriften des Vergaberechts. Ausflüsse der Prinzipien sind geordnet nach den Grundsätzen folgende Unterpunkte:

Vergabe im Wettbewerb, Transparenz des Vergabeverfahrens, § 97 Abs. 1 GWB²⁵

Das Wettbewerbsprinzip findet sich wieder in:

- Vorrang des offenen Verfahrens, § 101 Abs. 5 GWB
- dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, § 9 Nr. 1 VOB/A
- den Angebotsfristen, §§ 18, 18a VOB/A
- dem Ausschluss von Angeboten, die auf unzulässigen Wettbewerbsabsprachen beruhen, § 25 Nr. 1 Abs. 1c VOB/A

²⁵ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

Das Transparenzgebot findet sich vor allem in folgenden Regelungen:

- Angabe der Wertungskriterien in der Bekanntmachung oder spätestens in den Verdingungsunterlagen, § 25a VOB/A
- Abhalten eines Submissionstermins bei Bauvergaben, § 22 VOB/A
- Dokumentationspflicht im laufenden Vergabeverfahren, § 30 Abs. 1 VOB/A

Gleichbehandlungsgrundsatz, Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB²⁶

Diese Grundsätze spiegeln sich in folgenden Vorschriften wieder:

- Einhaltung der technischen Spezifikation
- Einhaltung der Zuschlagskriterien
- Nachverhandlungsverbot
- Gleichbehandlung der Bieter bei der Weitergabe von Informationen
- Keine Bevorzugung ortsansässiger Bieter
- Keine nationale Veröffentlichung bevor die Bekanntmachung nicht an das EU Amtsblatt zur Veröffentlichung abgesendet wurde
- Verbot der Nachbesserung des Angebots nach Ablauf der Angebotsfrist
- Ausgeschlossene Personen, § 16 VgV

Berücksichtigung mittelständischer Interessen, § 97 Abs. 3 GWB²⁷

Dieser Grundsatz kommt in der Aufteilung in Fach- und Teillosen zum Ausdruck, § 4 Abs. 2 und Abs. 3 VOB/A.

Vergabe nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen, § 97 Abs. 4 GWB²⁸

Dieser Grundsatz erscheint bei der Prüfung und Wertung der Angebote in §§ 25 Nr. 2, 8 Nr. 3 VOB/A:

- Fachkunde
- Leistungsfähigkeit
- Zuverlässigkeit

Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot, § 97 Abs. 5 GWB²⁹

Dieser Grundsatz findet sich ebenfalls in den Vergabevorschriften wieder:

- Nicht der niedrigste Preis, sondern das wirtschaftlichste Angebot ist entscheidend, § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 und 3 VOB/A

Anspruch auf Einhaltung der Vergaberegeln, § 97 Abs. 7 GWB³⁰

Die Vorschrift regelt nicht, welche Bestimmungen hiervon erfasst sind oder nicht. Dies ist notwendige Folge der Einführung eines gerichtlichen Verfahrens (Nachprüfungsverfahren). Es werden dadurch subjektive Rechte begründet, d. h. Ansprüche der Bieter.

²⁶ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

²⁷ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

²⁸ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

²⁹ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

³⁰ Siehe Erdl, Vergaberecht, Skript 15. Fachlehrgang Bau- und Architektenrecht vom 28.01.2006, S. 34 ff.

4.2. Grundsätze und Prinzipien unterhalb der Schwellenwerte

Die vorstehend genannten Vergabegrundsätze und Prinzipien des § 97 GWB sind größtenteils auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte zu beachten, mit Ausnahme des Verbots Vergabe fremder Kriterien, § 97 Abs. 4 GWB und der Begründung eines Anspruchs auf Einhaltung der Vergaberegeln, § 97 Abs. 7 GWB.

Aus §§ 22 und 24 VOB/B lassen sich nachfolgende Grundsätze ausdrücklich entnehmen:

- Eine Vergabe soll ausschließlich an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen erfolgen.
- Bei der Vergabe ist eine Wettbewerbsbeschränkung oder Diskriminierung von Bietern zu vermeiden.
- Bei der Vergabe soll eine ganzjährige Bautätigkeit gefördert werden.
- Nach Möglichkeit sollen Bauleistungen so vergeben werden, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfrei umfassende Gewährleistung erreicht wird. Sie sollen daher in der Regel mit den zur Leistung gehörenden Lieferungen vergeben werden.
- Umfangreiche Bauleistungen sollen grundsätzlich in Teil- oder Fachlose vergeben werden. Hierbei handelt es sich um eine Klausel der Mittelstandsförderung; Vergaben an Generalunternehmen sind jeweils vor diesem Hintergrund zu prüfen.

MERKE:

Die vorstehend genannten Grundsätze sind wichtige Argumentationshilfen, auch wenn unterhalb der Schwellenwerte derzeit kein Nachprüfungsverfahren gegeben ist. Es handelt sich aber um wichtige Argumentationshilfen bei Rügen im Rahmen des Vergabeverfahrens.

4.3. Vergaberechtsreform

Die Vergaberechtsreform rüttelt nicht an diesen „Grundrechten“ der Vergabe. Es gibt aber erheblichen Diskussionsbedarf und Änderungen im Detail, die auch praktisch relevant sind.

In einem neuen § 97 Abs. 3 GWB soll die „Sollvorschrift“ in eine Pflicht umgewandelt werden. Unter dem Aspekt der Mittelstandsfreundlichkeit soll eine Pflicht zur Losvergabe als Regel eingeführt werden. In Zukunft ist ein Projekt in mittelstandsverträgliche Fach- und Teillose aufzuteilen. Dies ruft erhebliche Kritik bei den PPP-Projekten hervor. Hier wird eine Verteuerung der Leistungen befürchtet und die Einsparpotentiale der Vergabe von PPP-Projekten verhindert.

In § 97 Abs. 4a GWB sollen künftig Präqualifikationssysteme eingerichtet oder zugelassen werden, mit denen die Eignung von Unternehmen bundesweit nachgewiesen werden kann. Dies dient der Vereinheitlichung und dem Bürokratieabbau. Der Bieter soll Nachweise über seine Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht bei jedem Auftrag wieder neu abgeben müssen, sondern ein Nachweis muss für einen bestimmten Zeitraum genügen.

5. Vergabearten

Im Rahmen der Vergabe sind verschiedene Vergabearten zu unterscheiden. Dabei ist wiederum zu differenzieren zwischen Vergaben

- oberhalb der Schwellenwerte, d. h. die europaweite Vergabe und
- der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, d. h. die nationale Vergabe.

Dabei wird eine unterschiedliche Terminologie verwandt, wobei Pläne bestehen diese Terminologie zu vereinheitlichen. Es gibt meist ein verwandtes Verfahren oberhalb als auch unterhalb des Schwellenwertes, allerdings mit anderer Bezeichnung.

§ 101 Abs. 1 GWB stellt die europarechtlichen Vergabearten vor:

- das offene Verfahren,
- das nicht offen Verfahren,
- das Verhandlungsverfahren und
- den wettbewerblichen Dialog

Die drei erstgenannten Verfahrensarten gibt es auch unterhalb der Schwellenwerte.

§ 3 VOB/A stellt die nationalen Vergabearten vor:

- öffentliche Ausschreibung,
- beschränkte Ausschreibung,
- freihändige Vergabe

Dabei ist zu beachten, dass die vorstehend genannten Vergabearten nicht zur freien Wahl der Vergabestelle stehen, sondern eine Hierarchie der Vergabearten zu beachten ist.

Es gilt der Vorrang des offenen Verfahrens (öffentliche Ausschreibung). Ausnahmen gelten nur in den in §§ 3, 3a VOB/A ausdrücklich und abschließend aufgezählten Fällen. Dabei sind die Voraussetzungen des Verhandlungsverfahrens enger als die des nicht offenen Verfahrens. Am engsten sind die Voraussetzungen des Verhandlungsverfahrens (freihändige Vergabe).

EU-weite Vergabe	Nationale Vergabe
Offenes Verfahren	Öffentliche Ausschreibung
Nicht offenes Verfahren	Beschränkte Ausschreibung
Verhandlungsverfahren	Freihändige Vergabe
Wettbewerblicher Dialog	

.....