

Bauen mit dem europäischen und nationalen Vergaberecht

Inhaltsübersicht

- I. Rechtsgrundlagen
 - 1. Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte
 - 2. Vergabe öffentlicher Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte
- II. Wesentliche Inhalte des Vierten Teils des GWB – Übersicht
- III. Vergabeverfahren nach GWB
 - 1. Persönlicher Anwendungsbereich
 - 2. Sachlicher Anwendungsbereich
 - a.) Fälle, in denen kein öffentlicher Auftrag vorliegt, Voraussetzungen
 - b.) Unterscheidung Bau-, Liefer-, Dienstleistungsauftrag
 - c.) Konsequenzen der Bestimmungen eines Auftrags als Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag
 - 3. Verfahrensarten
 - 4. Verfahrensgrundsätze
- IV. Rechtsschutz
 - 1. Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte
 - 2. Bei Aufträgen ab Erreichen der Schwellenwerte
 - a.) Verfahren vor der Vergabekammer
 - b.) Kosten
 - c.) Beschwerdeverfahren
 - d.) Schadensersatzansprüche
- V. Ausblick

I Rechtsgrundlagen

Welche Rechtsgrundlagen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge maßgeblich sind, hängt zunächst davon ab, ob der zu vergebende Auftrag europaweit ausgeschrieben werden muss oder nicht. Das als Vierter Teil ins Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in seiner Neufassung vom 26. August 1998 (GVBl. I S. 2546) aufgenommene Vergaberechtsänderungsgesetz gilt nach § 100 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung festgelegt sind (Schwellenwerte).

Die einschlägige Rechtsverordnung ist die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 9. Januar 2001 (BGBl. I S. 110), die ab 1. Februar 2001 gilt.

Die Vergabeverordnung legt folgende Schwellenwerte fest:

- 1. für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich: 400.000 Euro
- 2. für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden: 130.000 Euro



3. für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 200.000 Euro
4. für Bauaufträge: 5.000.000 Euro
5. für Auslobungsverfahren, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, dessen Schwellenwert
6. für die übrigen Auslobungsverfahren der Wert, der bei Dienstleistungsaufträgen gilt
7. für Lose von Bauaufträgen nach Nr. 4: 1.000.000 Euro oder bei Losen unterhalb von 1.000.000 Euro deren addierter Wert ab 20 v. H. des Gesamtwertes aller Lose
8. für Lose von Dienstleistungsaufträgen nach Nr. 2 oder 3: 80.000 Euro oder bei Losen unterhalb von 80.000 Euro deren addierter Wert ab 20 v. H. des Gesamtwertes aller Lose

1. Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte

Für Aufträge, die diese Schwellenwerte nicht erreichen, sieht § 55 der Thüringer Landeshaushaltsordnung (LHO) vor, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Beim Abschluss von Verträgen ist nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren.

§ 55 LHO¹ bindet alle Dienststellen der Landesverwaltung und landesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Die Kommunen, Landkreise und ihre Körperschaften sind nach § 31 Abs. 1 der Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung ebenfalls grundsätzlich zur öffentlichen Ausschreibung verpflichtet. Nach § 31 Abs. 2 der Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung sind die Vergabegrundsätze der VOB/VOL anzuwenden.

Aufgrund von § 55 Abs. 2 LHO und § 31 Abs. 2 Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung sind durch eine Vergaberichtlinie des TMWAI die Verdingungsordnungen für Bauleistungen – Teile A und B – (VOB/A und VOB/B) und die Verdingungsordnung für Leistungen – Teile A und B – (VOL/A und VOL/B) „verbindlich eingeführt“.

Das Vergabeverfahren richtet sich nach den so genannten Basisparagrafen der Abschnitte 1 der VOB/A und VOL/A. Die Abschnitte 2 bis 4 von VOB/A und VOL/A enthalten insoweit ergänzende Bestimmungen zur Umsetzung von EG-Vergaberichtlinien, auf die im Folgenden noch einzugehen ist.

Unterhalb der Schwellenwerte sind die Verdingungsordnungen damit keine Rechtsnormen, sondern innerdienstliche Anordnungen, die grundsätzlich keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen begründen.

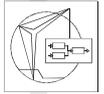
Eine mittelbare Rechtswirkung können die Verdingungsordnungen im Wege der Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers entfalten. Eine solche Selbstbindung wird angenommen, wenn ein Auftraggeber die Verdingungsordnungen zur Grundlage der Ausschreibung oder zum Bestandteil des Vertrages macht. Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsabschluss, auf Gleichbehandlung im Rahmen der allgemeinen Grundsätze über die Selbstbindung der Verwaltung oder zur Konkretisierung der Grundsätze von Treu und Glauben kommen in Betracht.

Unmittelbare subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergabebestimmungen werden damit jedoch nicht begründet.

2. Vergabe öffentlicher Aufträge ab Erreichen der Schwellenwerte

Die wesentliche Rechtsänderung des so genannten Kartellvergaberichts besteht darin, dass erstmals den Bewerbern und Bietern um öffentliche Aufträge subjektive, gerichtlich einklagbare Ansprüche auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch den öffentlichen Auftraggeber eingeräumt werden. Das zum

¹ § 55 BHO bindet alle Dienststellen der Bundesverwaltung



1. Januar 1999 in Kraft getretene Vergaberechtsänderungsgesetz bzw. der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen löst insoweit die so genannte haushaltsrechtliche Lösung, die §§ 57 a bis c Haushaltsgrundsätzegesetz, ab. Mit dem Vierten Teil des GWB soll zudem die Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien erreicht werden. Dabei greifen das GWB und die Vergabeverordnung die auch bisher vorgesehene Dreiteilung (oder auch Kaskadenprinzip genannt) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf. Das heißt, dass das GWB im Wesentlichen die Grundsätze des Vergabeverfahrens und die Nachprüfung öffentlicher Aufträge regelt, im Übrigen auf die Vergabeverordnung verweist, die dann ihrerseits zur Anwendung der Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A und VOL/A sowie der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) verpflichtet. Durch diese Verweisung der Vergabeverordnung auf die entsprechenden Abschnitte der Verdingungsordnungen und die VOF erlangen diese Qualität und den Rang der Verweisungsnorm, sodass sie Rechtsvorschriften im Rang von Bundesverordnungsrecht sind.

Schließlich wurde mit der Thüringer Verordnung zur Regelung der Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern (Thüringer Vergabekammerverordnung – ThürVkVO –) vom 10. Juni 1999 (GVBl. S. 417) von der im GWB eingeräumten Ermächtigungsgrundlage zur Einrichtung der Vergabekammern Gebrauch gemacht.

II Wesentliche Inhalte des Vierten Teils des GWB – Übersicht

Der Vierte Teil besteht aus drei Abschnitten. Im 1. Abschnitt wird das Vergabeverfahren geregelt:

- § 97 Allgemeine Grundsätze
- § 98 Auftraggeber
- § 99 Öffentliche Aufträge
- § 100 Anwendungsbereich
- § 101 Arten der Vergabe

Der 2. Abschnitt regelt das Nachprüfungsverfahren und der 3. Abschnitt enthält sonstige Regelungen über Rechtsmissbrauch, Schadensersatz, Ermächtigungsgrundlagen und Kosten.

III Vergabeverfahren nach GWB

Der Vierte Teil des GWB ist von den in § 98 GWB definierten öffentlichen Auftraggebern bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen im Sinne von § 99 GWB (Öffentliche Aufträge) anzuwenden, wenn der jeweilige Auftragswert den in der Vergabeverordnung bestimmten Wert erreicht (Schwellenwert).

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der **persönliche Anwendungsbereich** betrifft unterhalb der Schwellenwerte im Grunde nur den Staat und seine Untergliederungen, ist also rechtsformabhängig auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt (Klassische öffentliche Auftraggeber). Dagegen ist der Anwendungsbereich der Vorschriften des Vergaberechtsänderungsgesetzes – allerdings auch schon des Haushaltsgrundsätzegesetzes –, bedingt durch die Vorgaben der europarechtlichen Koordinierungsrichtlinien, erheblich weiter. Die Koordinierungsrichtlinien bestimmen die Auftraggeber rechtsformunabhängig und erfassen auch von der öffentlichen Hand beherrschte privatrechtliche Gesellschaften. Juristische Personen des Privatrechts unterliegen insoweit dem Vergaberechtsänderungsgesetz, wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Was unter „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art“ zu verstehen ist, ist europarechtlich herzuleiten (Funktionaler Auftraggeberbegriff). Allein die Tatsache, dass eine Gesellschaft z. B. eine GmbH ist, ist kein maßgebliches Kriterium. Im Allgemeininteresse liegen prinzipiell öffentliche



Aufgaben und die Aufgaben der Daseinsvorsorge. Anhaltspunkte dafür, welche Aufgaben damit gemeint sind, können dem Katalog der im Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie aufgezählten juristischen Personen des Privatrechts entnommen werden. Z. B. sind dort Krankenhäuser, Tierkörperbeseitigungsanstalten, Bibliotheken, Altersheime, Schwimmbäder, Rettungsdienste, Straßenreinigung und Wohnungsunternehmen genannt. Der Katalog ist allerdings nicht konstitutiv und nicht abschließend.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe „Allgemeininteresse“ und „nichtgewerblicher Art“ haben daher zu zahlreichen gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt (beispielhaft sei auf das Urteil des EuGH vom 10.11.1998, Rs. C 360/96, Gemeinde Arnhem, und das Urteil des EuGH vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, Österreichische Staatsdruckerei verwiesen).

Darüber hinaus gehören auch Unternehmen, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung und des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind (so genannte Sektorenauftraggeber) zu den Auftraggebern im Sinne dieser Regelung, wenn sie entweder diese Tätigkeit aufgrund von besonderen oder ausschließlichen, ihnen von den zuständigen Behörden eingeräumten Rechten ausüben oder wenn sie von einem oder von mehreren der genannten klassischen Auftraggeber zumindest mitbeherrscht werden.

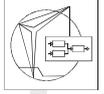
Zuordnungsprobleme zu § 98 Nr. 2 oder § 98 Nr. 4 GWB entstehen, wenn juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 erfüllen, im Sektorenbereich tätig sind. Diese Zuordnung ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil der Umfang der Rechtsbindungen unterschiedlich ist. So hat ein Sektorenauftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB den Abschnitt 3 der VOB/A und der VOL/A anzuwenden und damit den Grundsatz des offenen Verfahrens (Öffentliche Ausschreibung) zu beachten. Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 können nach § 101 Abs. 5 Satz 2 GWB zwischen den drei Verfahrensarten (offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren und Verhandlungsverfahren) wählen.

Es stellt sich somit die Frage, ob § 98 Nr. 4 GWB eine Auffangfunktion für juristische Personen des Privatrechts hat, die nicht schon unter die Nr. 2 fallen, oder ob sie eine abschließende Regelung für Auftraggeber ist, die sich auf dem Gebiet der Sektoren betätigen. Für die erste Annahme sprechen die Gesetzesbegründung und eine richtlinienkonforme Auslegung des § 98 GWB. Die Sektorenrichtlinie differenziert insoweit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, und allen anderen öffentlichen Unternehmen. Der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie wird nur für öffentliche Unternehmen eingeschränkt, nicht aber für im Allgemeininteresse tätige Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Von daher spricht die richtlinienkonforme Auslegung für eine Auffangfunktion des § 98 Nr. 4 GWB.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachlich gilt das GWB nur für öffentliche Aufträge. Nach § 99 Abs. 1 GWB sind dies entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

Wird die Leistung aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage (z. B. Zuständigkeitszuweisungen an Behörden oder innerhalb von Behörden oder Durchführungsorganisationen per Gesetz) erbracht oder handelt es sich bei dem Beauftragten um keinen Dritten, so ist mit Rücksicht auf die Definition des öffentlichen Auftrags das Vergaberecht nicht anwendbar. Abgesehen davon sind auch dem § 100 Abs. 2 GWB eine Reihe von Ausnahmen zum Anwendungsbereich zu entnehmen. Ausgenommen sind z. B. Arbeitsverträge, Verträge, die nach Rechts- und Verwaltungsvorschriften für geheim erklärt worden sind, Verträge über den Erwerb oder die Miete von oder Rechten an Grundstücken und Verträge über Fernsprechkontrakte.



a) Fälle, in denen kein öffentlicher Auftrag vorliegt, Voraussetzungen

Kein öffentlicher Auftrag liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber die Leistung selbst erbringt. Davon kann ausgegangen werden, wenn die Leistung z. B. von einer organisatorisch unselbständigen Einheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetrieb) oder einer unselbständigen Anstalt erbracht wird. Die Beauftragung stellt dann lediglich ein Internum dar.

In-house-Geschäft

Handelt es sich bei der beauftragten Einheit um eine rechtlich selbständige, die sich in der Hand des öffentlichen Auftraggebers befindet (Eigengesellschaft; In-house-Geschäft), liegt nach der neusten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EUGH, Urteil vom 18. November 1999, Rs. C-107/98, Teckal gegen Gemeinde Viano) nur unter sehr engen Voraussetzungen kein öffentlicher Auftrag, sondern ein so genanntes In-house-Geschäft vor.

Das Vergaberecht selbst regelt das so genannte In-house-Geschäft nur für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen von Sektorenauftraggebern an verbundene Unternehmen. Für diese Aufträge gilt das Vergaberecht nicht, wenn ein Sektorenauftraggeber einen Auftrag an ein verbundenen Unternehmen vergibt, dessen Haupttätigkeit im Dienstleistungssektor nicht darin besteht, seine Dienstleistung auf dem Markt anzubieten, sondern sie der Unternehmensgruppe bereitzustellen, der es angehört. Für die im Vergaberecht nicht geregelten Fälle der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen von klassischen Auftraggebern an ihre Tochtergesellschaften oder von Bau- und Lieferaufträgen von Sektorenauftraggebern an ihre Tochtergesellschaften stellt der EuGH in der genannten Entscheidung grundsätzlich fest, dass die Beauftragung als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist. Eine Ausschreibungspflicht könne entfallen, wenn der öffentliche Auftraggeber über die Gesellschaft, die sich formal von ihm unterscheidet, eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn diese Tätigkeiten im Wesentlichen nur für den Auftraggeber ausübt. Die Ausschreibungspflicht stellt damit die Regel und das nichtausschreibungspflichtige In-house-Geschäft die Ausnahme dar. Bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften dürfte damit das In-house-Geschäft nur in Ausnahmefällen erfüllt sein.

Im Ergebnis werden sich im Einzelfall erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben.

Rahmenvereinbarungen

Die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, stellt sich auch bei so genannten Rahmenvereinbarungen. Vergaberechtliche Regelungen zu Rahmenvereinbarungen enthalten die Verdingungsordnungen nur in den Abschnitten über Auftragsvergaben von Sektorenauftraggebern. Danach sind Rahmenvereinbarungen Verträge mit einem oder mehreren Unternehmen, in denen die Bedingungen für Einzelaufträge festgelegt werden, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis und die in Aussicht genommene Menge. Das im „klassischen Bereich“ keine Regelungen enthalten sind, führt nicht zur Unzulässigkeit einer Ausschreibung. Eine Ausschreibungspflicht wird jedenfalls dann bestehen, wenn die Rahmenverträge bereits konkrete Abnahmeverpflichtungen enthalten. Im Rahmen der Neuregelung der europäischen Vergaberichtlinien beabsichtigt die europäische Kommission auch Rahmenverträge aufzunehmen. Der derzeitige Vorschlag wird jedoch heftig diskutiert.

Konzessionen

Während Baukonzessionen vom Vergaberecht erfasst werden, zählt die zumindest herrschende Auffassung in der Literatur Dienstleistungskonzessionen nicht zu den öffentlichen Aufträgen.



b) Unterscheidung Bau-, Liefer-, Dienstleistungsauftrag

Auszugehen ist von den Definitionen des § 99 GWB. Der Begriff des Dienstleistungsauftrags hat dabei eine Auffangfunktion. Bei gemischten Verträgen kann auf den Schwerpunkt der Tätigkeit abgestellt werden.

c) Konsequenzen der Bestimmung eines Auftrags als Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag

Für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gelten jeweils unterschiedliche Schwellenwerte, Bereichsausnahmen und Verdingungsordnungen. Bauaufträge sind nach der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A), Lieferaufträge und gewerbliche Dienstleistungsaufträge sind nach der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) zu vergeben. Die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ist auf Dienstleistungen anzuwenden, die im Anhang I A und Anhang I B genannt sind und die vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Eindeutig und erschöpfend beschreibbare Dienstleistungen/freiberufliche Leistungen sind nach der VOL/A zu vergeben.

Die VOB/A und die VOL/A sind in vier Abschnitte untergliedert. Wie bereits ausgeführt, gilt der erste Abschnitt für Aufträge, die den Schwellenwert nicht erreichen. Die Abschnitte zwei bis vier regeln das Vergabeverfahren für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte. Aufträge im „klassischem Bereich“ sind bei Erreichen des Schwellenwertes nach Abschnitt zwei, im Sektorenbereich nach Abschnitt drei oder vier zu vergeben.

Die VOF ist im Gegensatz zur VOL und VOB nur auf Aufträge anwendbar, die den Schwellenwert erreichen oder übersteigen.

3. Verfahrensarten

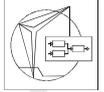
Zudem werden im GWB die **Arten der Vergabeverfahren** normiert. Dabei wird die Begrifflichkeit der Koordinierungsrichtlinien übernommen. Bei europaweiten Vergabeverfahren wird die Öffentliche Ausschreibung als offenes Verfahren bezeichnet, die Beschränkte Ausschreibung als nicht offenes Verfahren und die Freihändige Vergabe (mit vorheriger Vergabebekanntmachung) als Verhandlungsverfahren.

Nach § 101 Abs. 5 GWB haben öffentliche Auftraggeber bei europaweiten Aufträgen grundsätzlich das offene Verfahren anzuwenden, so dass bei der Vergabe von Bau- und Lieferleistungen auf europäischer Ebene ebenso wie beim nationalen Vergabeverfahren der Vorrang des offenen Verfahrens bzw. der Öffentlichen Ausschreibung gilt. Nur in besonderen Ausnahmefällen ist das nicht offene und das Verhandlungsverfahren zulässig.

Dagegen kommt bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen nach § 5 Abs. 1 VOF das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung als Regelverfahren zur Anwendung. Das europaweite Verhandlungsverfahren entspricht nicht ganz dem nationalen freihändigen Verfahren. Während beim freihändigen Verfahren die Leistungen ohne förmliches Vergabeverfahren vergeben werden, werden beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich nach vorheriger Bekanntmachung ausgewählte Personen vom Auftraggeber angesprochen, um über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Die Sektorenauftraggeber unterliegen nicht dem Grundsatz des offenen Verfahrens, sondern haben freie Wahl zwischen den zur Verfügung stehenden Verfahren.

Diese Vorgaben sind auch in den Verdingungsordnungen entsprechend verankert.



4. Verfahrensgrundsätze

Im Gegensatz zur haushaltsrechtlichen Lösung sind im GWB die Vergabegrundsätze erstmals gesetzlich verankert (§ 97 GWB). Die Vergabegrundsätze entsprechen denen, die auch bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte gelten.

Der **Wettbewerbsgrundsatz** verlangt z. B., dass in einem formalisierten Verfahren möglichst vielen Bietern die Gelegenheit zu geben ist, ihre Leistungen anzubieten. Daher sehen VOB/A und VOL/A die Öffentliche Ausschreibung als Regelfall vor.

Der **Grundsatz der losweisen** Vergabe ist aus mittelstands- und wettbewerbspolitischen Gründen vorgesehen. Durch die losweise Vergabe haben kleine und mittlere Unternehmen mit regionalem Bezug eine größere Chance, bei der Auftragsvergabe den Zuschlag zu erhalten.

Das **Diskriminierungsverbot** bzw. Gleichbehandlungsgebot verbietet den Auftraggebern, die Auftragnehmer ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Dieser Grundsatz ergibt sich auch aus dem Kartellrecht, § 20 GWB. § 97 Abs. 2 GWB normiert insoweit, dass alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind.

Das Brandenburgische Oberlandesgericht (Beschluss vom 03.08.1999, Az. 6 Verg 1/99, „Flughafen-Entscheidung“) leitet aus diesem Verbot ein Neutralitätsgebot für den öffentlichen Auftraggeber und die Anwendung des Rechtsgedankens des § 20 VwVfG, Ausschluss befangener Personen, ab. Während das Brandenburgische Oberlandesgericht bereits den „bösen Schein“ zur Begründung des Ausschlusses ausreichen lässt, setzt das Oberlandesgericht Stuttgart (Beschluss vom 24.03.2000, Az. 2 Verg 2/99) voraus, dass tatsächlich ein Interessenkonflikt besteht. In der Vergabeverordnung wird diese Rechtsprechung mit folgender Bestimmung vergaberechtlich berücksichtigt:

§ 16 Ausgeschlossene Personen

(1) Als Organmitglied oder Mitarbeiter eines Auftraggebers oder als Beauftragter oder als Mitarbeiter eines Beauftragten eines Auftraggebers dürfen bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren für einen Auftraggeber als voreingenommen geltende natürliche Personen nicht mitwirken, soweit sie in diesem Verfahren:

1. Bieter oder Bewerber sind,
2. einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten,
3. a) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind oder
b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat,

es sei denn, dass dadurch für die Personen kein Interessenkonflikt besteht oder dass sich die Tätigkeiten nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirken.

(2) Als voreingenommen gelten auch die Personen, deren Angehörige die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 1 bis 3 erfüllen. Angehörige sind der Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägerter gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder.

Als Auftragnehmer kommen nur **fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige** Bewerber in Betracht. Andere oder weiter gehende Anforderungen (etwa hinsichtlich der Tariftreue, der Frauenförderung) dürfen nur gestellt werden, soweit dies durch Bundes- oder Landesgesetze vorgesehen ist.

Im Hinblick auf die politische Diskussion zur Berücksichtigung vergabefremder Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe durch Vergabegesetze der Länder ist auf den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 18. Januar 2000 aufmerksam zu machen. Der Bundesgerichtshof vertritt die Auffassung,



dass die gesetzliche Tariftreue-Erklärung Berlins verfassungswidrig ist. Da der Bundesgerichtshof keine Verwerfungskompetenz im Hinblick auf Gesetze hat, wurde die Rechtsbeschwerde Berlins gegen die die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts bestätigende Entscheidung des Kammergerichts Berlin bis zu Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgesetzt. Die Verfassungswidrigkeit führt der Bundesgerichtshof darauf zurück, dass die einer tarifrechtlichen Allgemeinverbindlicherklärung gleichkommenden Tariftreue-Erklärung gegen die negative Koalitionsfreiheit des Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz und gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes verstoße. Das Tarifrecht falle unter die allgemeine Kompetenzzuweisung für das Arbeitsrecht, welches zur konkurrierenden Gesetzgebung zähle. Der Bund habe, was das Tarifrecht angehen, von seiner konkurrierenden Zuständigkeit mit der Verabschiedung des Tarifvertragsgesetzes abschließend Gebrauch gemacht. Dieses Gesetz enthalte in § 5 gerade eine umfassende Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen lasse sich eine über die Bestimmungen des Grundgesetzes hinausgehende Gesetzgebungskompetenz der Länder für eine Tariftreueverpflichtung nicht ableiten.

Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt. Bei freiberuflichen Leistungen findet ein Leistungswettbewerb und kein Preiswettbewerb statt (§ 16 Abs. 1, § 24 Abs. 1 VOF). In VOB/ und VOL/A wird ausdrücklich klargestellt, dass der niedrigste Angebotspreis allein nicht entscheidend ist. Soweit die Leistungsbeschreibung dies vorsieht, kommen als Zuschlagskriterien auch Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Frist für die Lieferung bzw. die Ausführung der Bauleistungen in Betracht.

IV Rechtsschutz

1. Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte

Auch beim Rechtsschutz ist zu unterscheiden, ob der Auftragswert den Schwellenwert erreicht oder nicht. Ist der Schwellenwert nicht erreicht und damit das GWB nicht anwendbar, ist eine gerichtliche Überprüfung des Vergabeverfahrens auf Veranlassung des Bewerbers/Bieters grundsätzlich nicht vorgesehen. Der Bewerber/Bieter kann die Rechtsaufsichtsbehörde bzw. nächsthöhere Behörde der vergebende Stelle um Prüfung ersuchen, hat jedoch keinen Anspruch auf ein Einschreiten dieser Behörde.

Abgesehen davon kann der Bieter jedoch Sekundäransprüche bzw. zivilrechtliche Ansprüche aus dem ungeschriebenen Tatbestand des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 20, 33 GWB vor den ordentlichen Gerichten geltend machen.

Erfüllt die Entscheidung der Rechtsaufsichtsbehörde die Voraussetzungen des Verwaltungsaktes, kann unter bestimmten Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber auf dem Verwaltungsrechtsweg dagegen vorgehen.

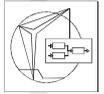
2. Bei Aufträgen ab Erreichen der Schwellenwerte

Der Schwerpunkt des Vierten Teils des GWB's besteht in der **Neuregelung des Rechtsschutzes und des Nachprüfungsverfahrens bei europaweiten Ausschreibungen**.

Das vormalige Nachprüfungsverfahren durch Vergabeprüfstellen als erste Instanz und den Vergabeüberwachungsausschüssen als zweite, gerichtsähnliche Instanz wurde durch folgenden Rechtsschutz abgelöst:

Dem Bund und den Ländern steht es nach dem GWB frei, Vergabeprüfstellen einzurichten. Bisher wurde in Thüringen von der in § 103 Abs. 1 GWB vorgesehenen Möglichkeit der Einrichtung von Vergabeprüfstellen für europaweite Ausschreibungen nicht Gebrauch gemacht.

Der neue Rechtsschutz erfolgt in einem zweistufigen Kontrollverfahren durch verwaltungsinterne Vergabekammern des Bundes und der Länder und durch die Vergabesenate der Oberlandesgerichte. Auch



für den Fall, dass Vergabeprüfstellen eingerichtet werden, ist deren Anrufung nicht Voraussetzung für einen Antrag bei der Vergabekammer.

Die Vergabekammern ersetzen die vormaligen Vergabeüberwachungsausschüsse. Die Vergabekammern des Bundes sind für die Prüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Verantwortungsbereich des Bundes, die der Länder jeweils für die in ihren Bereich fallenden Vergaben zuständig. Die Vergabekammern des Bundes sind beim Bundeskartellamt eingerichtet. Die Länder sind bei der Zuordnung ihrer Vergabekammern frei. In Thüringen ist aufgrund der Thüringer Verordnung zur Regelung der Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern (Vergabekammerverordnung – ThürVKVO –) vom 10. Juni 1999 (GVBl. S. 417) eine Vergabekammer im Thüringer Landesverwaltungsamt eingerichtet. Mit dem In-Kraft-Treten der Verordnung am 1. Juli 1999 hat die Vergabekammer ihre Arbeit aufgenommen.

Die Vergabekammern sind unabhängig und weisungsfrei in ihrer Entscheidung. Sie entscheiden in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, wovon ein Beisitzer ein ehrenamtlicher ist. Für die Besetzung des ehrenamtlichen Beisitzern wurden Vorschläge der Kammern und Verbände eingeholt. Über diese ehrenamtliche Beisitzer ist die Mitwirkung der Wirtschaft an der Überprüfung der Vergabeverfahren und den Vergabeentscheidungen der öffentlichen Hand gewährleistet.

a) Verfahren vor der Vergabekammer

Die Vergabekammer leitet nur aufgrund eines schriftlichen und begründeten Antrags ein Nachprüfungsverfahren ein. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an der Auftragserteilung hat, sich in seinen Rechten im Vergabeverfahren durch die Nichtbeachtung der Vergabevorschriften verletzt fühlt und darlegen kann, dass ihm durch die behauptete Verletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Verletzung von Vergabevorschriften kann auch darin bestehen, dass die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterbleibt. Der Antrag ist unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß schon im Vergabeverfahren erkannt und diesen gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Schon in der Bekanntmachung erkennbare Fehler müssen spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe entsprechend gerügt werden.

Soweit der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, stellt die Vergabekammer diesen dem Auftraggeber zu. Nach der Zustellung darf der Auftraggeber den Zuschlag bis zur Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der für die Einlegung der sofortigen Beschwerde an das Oberlandesgericht geltenden Frist nicht erteilen.

Entgegen dieser Regelung kann die Vergabekammer auf Antrag des Auftraggebers die Erteilung des Zuschlags dann gestatten, wenn die Vorteile an einem raschen Vertragsabschluss die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens überwiegen. Allerdings kann das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlags wiederherstellen.

Wenn die Vergabekammer den Zuschlag nicht gestattet, kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Auftraggebers unter den genannten Voraussetzungen den sofortigen Zuschlag gestatten.

Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwer wiegend berührt werden, können sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen zum Verfahren beigeladen werden.

Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht grundsätzlich nach einer mündlichen Verhandlung. Auf diese kann verzichtet werden, wenn der Antrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist oder wenn die Beteiligten zustimmen. Die Vergabekammer hat ihre Entscheidung über den Antrag in einer Frist von 5 Wochen zu treffen und zu begründen. Diese Frist kann ausnahmsweise bei besonders schwierigen Fällen durch begründete Verfügung des Vorsitzenden verlängert werden.

Die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist dabei nicht an die Anträge gebunden und kann auch unabhängig



davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Einen erteilten Zuschlag kann sie jedoch nicht aufheben. Erledigt sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags oder auf andere Weise, stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten und ohne an eine Frist gebunden zu sein fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

Voraussetzung ist damit, dass vor Zuschlagserteilung ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet war.

Bisher bestand damit die Gefahr, dass der Rechtsschutz des GWB mehr oder weniger ins Leere läuft, da die Zuschlagsentscheidung als interne Entscheidung den Bietern erst mit Zuschlagserteilung bzw. danach bekannt wurde. Um das Ziel des GWB, den Bewerbern/Bietern effektiven Rechtsschutz einzuräumen, zu gewährleisten, ist bereits das Bundeskartellamt in seiner als „Münzplättchen II“ (Az. VK 1–7/99) bekannt gewordenen Entscheidung vom 29. April 1999 von einer Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber den unterlegenen Bietern vor Zuschlagserteilung ausgegangen.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 28. Oktober 1999 in der Rechtsache C–81/98 (Alcatel Austria AG u. a. ./ Österreichisches Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr) Folgendes festgestellt: Die Nachprüfungsrichtlinie im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge ist dahin auszulegen, dass die Mitgliedsstaaten verpflichtet sind, die den Vertragsschluss vorangehende Entscheidung des Auftraggebers darüber, mit welchem Bieter eines Vergabeverfahrens er den Vertrag schließt, in jedem Fall einem Nachprüfungsverfahren zugänglich zu machen. Unabhängig von der Möglichkeit, nach dem Vertragsschluss Schadensersatz zu erlangen, soll der Antragsteller die Aufhebung der Entscheidung erwirken können, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

Um dieser Entscheidung Rechnung zu tragen, sieht die Vergabeverordnung Folgendes vor:

§ 13 Informationspflicht

Der Auftraggeber informiert die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er gibt die Information schriftlich spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluss ab. Ein Vertrag darf vor Ablauf der Frist oder ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist, nicht geschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.

b) Kosten

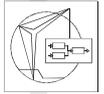
Für die Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Die Gebühr beträgt grundsätzlich mindestens 5.000 DM und soll den Betrag von 50.000 DM grundsätzlich nicht überschreiten.

c) Beschwerdeverfahren

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Diese ist binnen einer Frist von 2 Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer schriftlich und mit Begründung bei dem als Beschwerdegericht für den Sitz der Vergabekammer zuständigen Oberlandesgericht einzulegen. Für die Beschwerde gilt, außer bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Anwaltszwang.

Die Beschwerde hat gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer aufschiebende Wirkung. Auf schriftlichen und gleichzeitig begründeten Antrag des Auftraggebers kann das Beschwerdegericht unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten und unter Abwägung der berührten Interessen den Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten. Das Beschwerdegericht hat über einen solchen Antrag innerhalb von 5 Wochen zu entscheiden; ein Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ist nicht gegeben. Hält das Gericht die Beschwerde für begründet, so hebt es die Entscheidung der Vergabe-

kammer auf. Es entscheidet entweder in der Sache selbst oder verpflichtet die Vergabekammer, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts in der Sache erneut zu entscheiden.



d) Schadensersatzansprüche

Das Vergaberechtsänderungsgesetz wirkt sich auf die sekundärrechtlichen Schadensersatzansprüche der Bieter aus. Diese sind nicht vor den Vergabekammern, sondern weiterhin vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Die ordentlichen Gerichte sind im Schadensersatzanspruch allerdings an die Entscheidungen der Vergabekammern und der Oberlandesgerichte gebunden, wenn diese vorher im Wege des Primärrechtsschutzes, also dem Vergabeprüfungsverfahren, über einen Vergabeverstoß entschieden haben.

§ 126 GWB sieht nunmehr ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch des unterlegenen Bieters bei einem Verstoß des Auftraggebers gegen eine den Schutz des Unternehmens bezweckende Vorschrift des Vergaberechts vor. Die bisherige und durch die Rechtsprechung entwickelte Haftung aus culpa in contrahendo wird damit gesetzlich verankert.

Voraussetzung ist, dass das Unternehmen ohne den Verstoß bei der Wertung der Angebote eine „echte Chance“ (ein aus der europarechtlichen Überwachungsrichtlinie übernommener Begriff) gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten.

§ 126 GWB gibt dem Bieter nur einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens und nicht auf den entgangenen Gewinn. Der Unternehmer kann nur Ersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder für die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren verlangen. Ein Anspruch auf den Ersatz des Erfüllungsschadens bzw. den entgangenen Gewinn schließt der Anspruch auf § 126 GWB allerdings auch nicht aus. Weitergehende Schadensersatzansprüche sind z. B. aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 97 ff. GWB als Schutzgesetze denkbar.

Missbraucht der Antragsteller das Nachprüfungsverfahren, z. B. um das Vergabeverfahren zu behindern, kann u. a. der Auftraggeber den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch den Missbrauch entstanden ist (§ 125 GWB).

V Ausblick

Mit der Vergabeverordnung und den neuen Verdingungsordnungen ist zunächst einmal das europäische Vergaberecht in nationales Vergaberecht umgesetzt. Dennoch wirft das neue Vergaberecht Fragen auf, die voraussichtlich gerichtlich entschieden werden. Zu nennen sind z. B. die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Tariftreuregelungen, die Frage der Reichweite von In-house-Geschäften, die Frage, welche Personen von Vergabeverfahren ausgeschlossen sind.

Die Vergabeverordnung öffnet zudem den Weg zu elektronischen Angebotsabgaben (§ 15).

In diesem Bereich sind noch sehr viele – auch technische – Fragen offen.

Schließlich beabsichtigt die Europäische Kommission das EG-Vergaberecht zu novellieren, so dass das Umsetzungsverfahren erneut betrieben werden muss.

Quellen:

TMWAI
GWB
VgV
VOB/A, VOL/A, VOF
LHO