



# Petra-Kelly-Stiftung

## „Die Kommunen als Auftraggeber“

---

Die rechtlichen Rahmenbedingungen  
der kommunalen Auftragsvergabe: Bund

Nürnberg, 20. März 2010

Dr. Angela Dageförde

Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
Lehrbeauftragte der Leibniz Universität Hannover





# Inhalt

---

- Überblick über den Rechtsbereich
- Anwendungsbereich und Begrifflichkeiten
- Vergaberechtliche Grundsätze
- Vergabeverfahrensarten, Wahl des richtigen Verfahrens
- Rechtsschutz im Vergaberecht



# Vergaberecht - Grundlagen

---

Einfaches Beispiel zum Einstieg:

Der Landkreis Y. benötigt für die Kreisverwaltung neue Computer. Der Landrat hat einen Neffen, der Inhaber einer Computerfirma ist. Der Landrat ruft seinen Neffen an und bestellt bei ihm 250 Computer zum Stückpreis von 1.000 EUR.

Frage: Was stört an diesem Fall?



# Funktion des Vergaberechts

---

- Was ist Vergaberecht?
- Wozu dient es?

Mit anderen Worten:

- Warum unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge speziellen Regelungen?

# Wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Aufträge

---



ca. 250 - 360  
Mrd. EUR



ca. 1.000 – 1.600  
Mrd. EUR



# „Vergaberecht“ im Haushaltsrecht

---

§ 30 HGrG, § 55 Abs. 1 BHO,  
Art. 55 BayHO :

*„Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“*

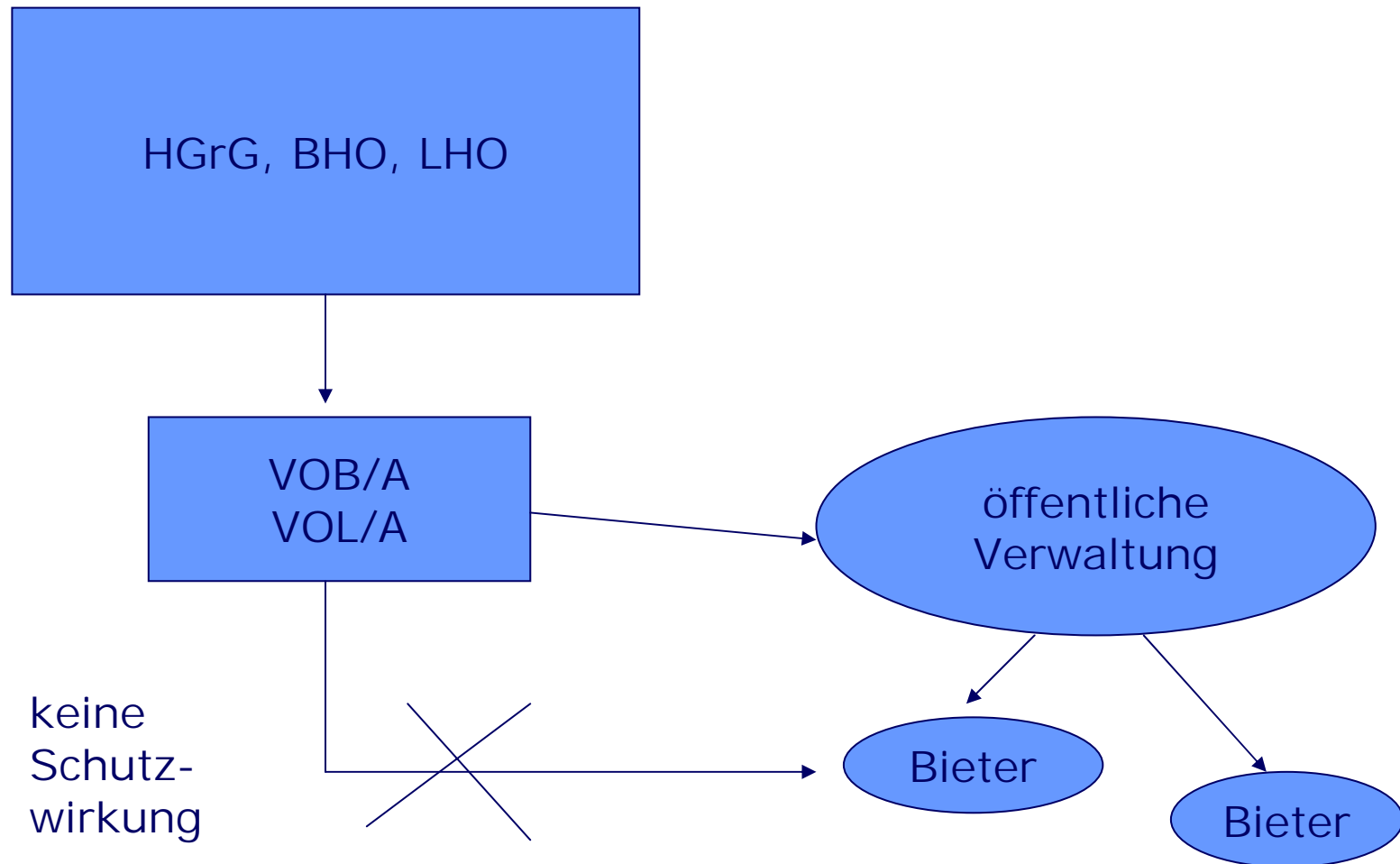


# Verdingungsordnungen

---

- VOB – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
- VOF - Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, die im vorhinein nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind (Achtung: Geltung nur oberhalb der Schwellenwerte für EU-weite Vergaben)
- VOL - Verdingungsordnung für alle übrigen Leistungen, die nicht von VOB oder VOF erfasst werden

# Vergaberecht im Haushaltsrecht





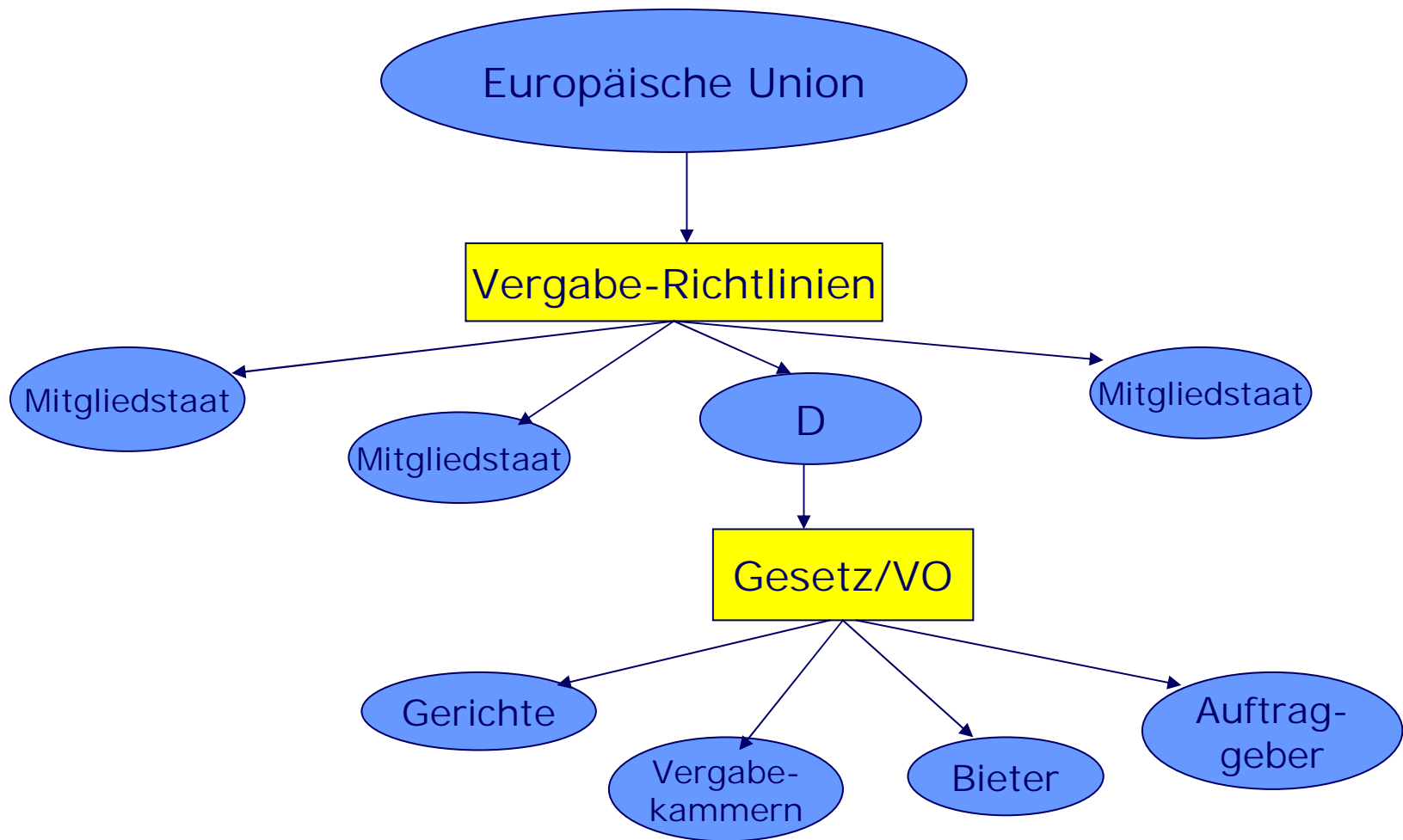
# Vergaberecht im Haushaltsrecht

---

Sinn und Zweck von § 30 HGrG,  
§ 55 BHO, Art. 55 BayHO:

korrekte und wirtschaftliche Verwendung  
öffentlicher Gelder

# EG-Vergaberichtlinien





# EG-Vergaberichtlinien

---

- Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG L 134, S. 114 ff.) (sog. „klassische RL“)
- Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. EG L 134, S. 1 ff.) (sog. „SektorenRL“)
- Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien ... im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren (ABl. EG L 335, S. 31 ff.) (sog. „Rechtsmittelrichtlinie“)



# EG-Vergaberichtlinien

---

Sinn und Zweck:

Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den  
gemeinschaftsweiten **Wettbewerb**

Vollendung des  
Gemeinsamen Marktes



# Schwellenwerte in den EG-Vergaberichtlinien

---

- erstmals in EG-Vergabe-Richtlinien in den 1970er Jahren genannt
- Schwellenwerte = Auftragsvolumina
- Zweck: Anwendungsbereich der EG-Vergabe-RL'en festlegen
- EG-Vergabe-RL'en sollen nur auf größere Aufträge Anwendung finden
- nur größere Aufträge sollen EU-weit ausgeschrieben werden



# Schwellenwerte – aktuell – neu (vereinfacht)

---

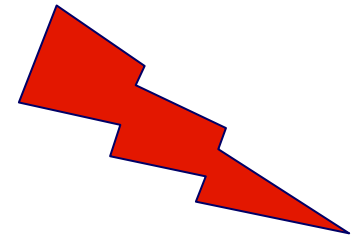
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich (412.000 EUR) **387.000 EUR**
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen (133.000 EUR) **125.000 EUR**
- für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge (206.000 EUR) **193.000 EUR**
- für Bauaufträge (5.150.000 EUR) **4.845.000 EUR**



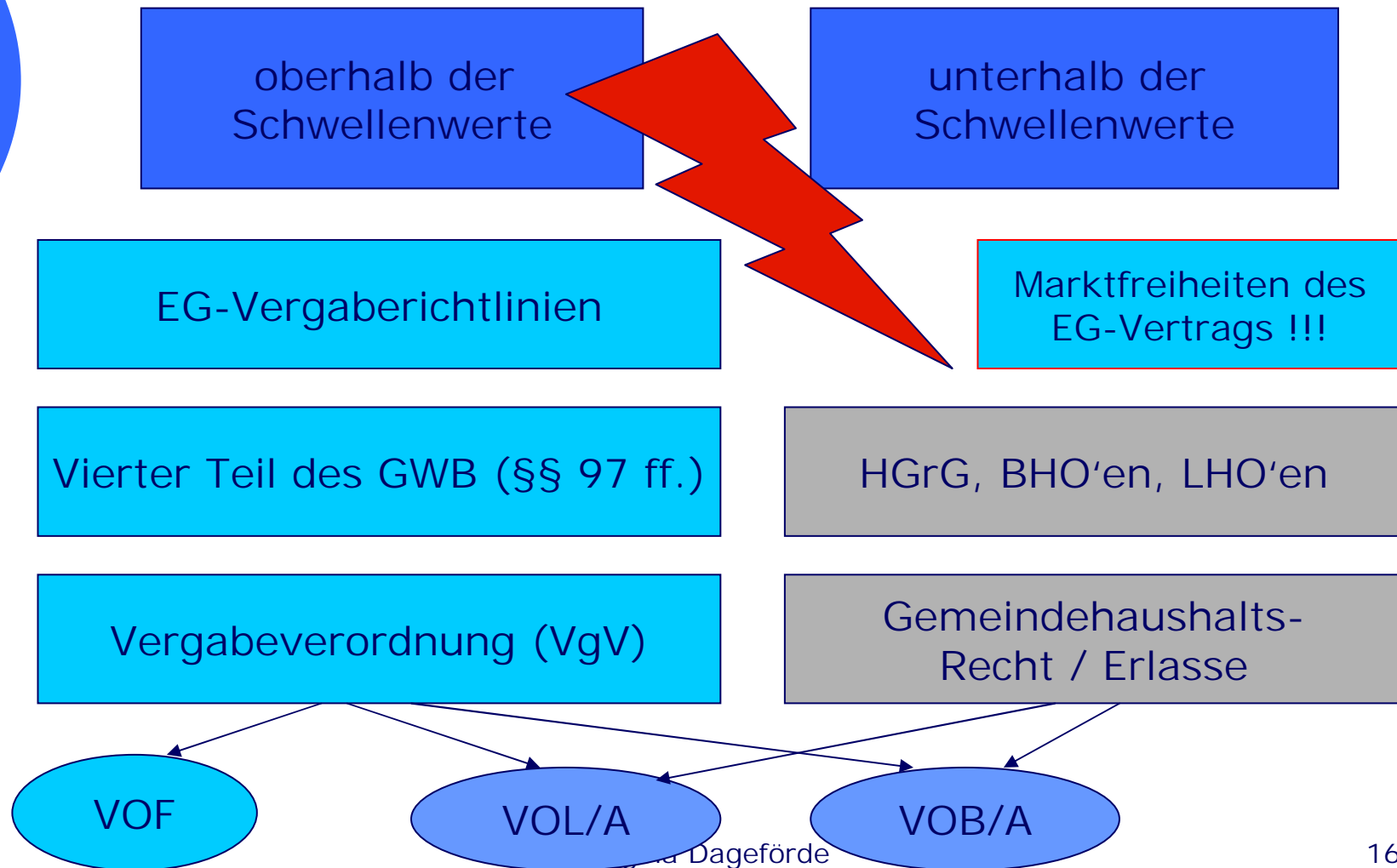
# Umsetzung in Deutschland

---

- Deutschland hat bei Umsetzung der EG-Vergabe-RL'en die dortigen Schwellenwerte übernommen
- Pflicht zur EU-weiten Ausschreibung, Geltung „verschärfter“ Vergaberegeln, Rechtsschutz etc. nur für größere Aufträge
- Konsequenz: „Zweiteilung des Vergaberechts in Deutschland!



# Vergaberecht in Deutschland





# Öffentlicher Auftrag

---

## § 99 Abs. 1 GWB:

*„Entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- und Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ...“*



# Öffentlicher Auftrag

---

## Merkmale:

- **Vertrag** zwischen öffentlichem Auftraggeber (§ 98 GWB) und Unternehmen
- **Zweck**: Beschaffung von Marktleistungen
- entgeltlich (weit auszulegen: jede Art von **Vergütung**, die einen Geldwert haben kann, d. h. jeder Vermögenswert)



# Öffentlicher Auftraggeber

---

## § 98 Nr. 1 GWB:

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

*Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,“*

Beispiele:

Stadt München, Landkreis Hildesheim, Land Nordrhein-Westfalen, Bundesrepublik Deutschland, kommunale Eigenbetriebe



# Öffentlicher Auftraggeber

---

§ 98 Nr. 2 GWB:  
sog. funktionaler Auftraggeberbegriff

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

*andere **juristische Personen** des öffentlichen und des privaten Rechts, die ... **im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art** erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise **überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben** oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.“*

Beispiel: XYZ Abfallwirtschaft GmbH



# Öffentlicher Auftraggeber

---

## § 98 Nr. 3 GWB

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

***Verbände**, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,“*

Bsp.: Kommunale Zweckverbände, z. B. Abwasserzweckverbände, Wasserverbände, Abfallwirtschaftszweckverbände oder Verkehrszweckverbände

BEACHTEN: „Verbände“ = Zusammenschlüsse aller Art ungeachtet der Rechtsform (funktionale Betrachtungsweise, weite Auslegung). (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.7.2005, Az. Verg 22/05)



# Öffentlicher Auftraggeber

---

**§ 98 Nr. 4 GWB:**  
(sog. Sektorenauftraggeber)

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

*natürliche oder juristische **Personen des privaten Rechts**, die auf dem Gebiet der **Trinkwasser- oder Energieversorgung** oder des **Verkehrs** tätig sind, wenn diese Tätigkeiten **auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten** ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, **oder** wenn **Auftraggeber**, die unter Nummern 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen **beherrschenden Einfluss** ausüben können, (...)“*



# Öffentlicher Auftraggeber

---

## § 98 Nr. 5 GWB

(„staatlich subventionierte Bauherren“)

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

*natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts in den Fällen, (...), in den Fällen sie für **Tiefbaumaßnahmen**, für die Errichtung von **Krankenhäusern**, **Sport-**, **Erholungs-** oder **Freizeiteinrichtungen**, **Schul-**, **Hochschul-** oder **Verwaltungsgebäuden** ... von Stellen, die unter Nr. 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu **mehr als 50 %** finanziert werden.“*



# Öffentlicher Auftraggeber

---

## § 98 Nr. 6 GWB (Baukonzessionäre)

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:*

*natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter Nrn. 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession abgeschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte.“*



# Vergaberechtliche Grundsätze

---

- Wettbewerbsgrundsatz § 97 Abs. 1 GWB
- Transparenzgebot § 97 Abs. 1 GWB
- Gleichbehandlungsgrundsatz / Diskriminierungsverbot § 97 Abs. 2 GWB
- Berücksichtigung mittelständischer Interessen § 97 Abs. 3 GWB
- Eignung der Unternehmen § 97 Abs. 4 GWB
- Zuschlagskriterium wirtschaftlichstes Angebot § 97 Abs. 5 GWB
- Subjektive Bieterrechte § 97 Abs. 7 GWB



# Wettbewerbsgrundsatz

## § 97 Abs. 1 GWB

---

*„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.“*

Funktion:

Alle potentiellen Bieter haben freien Zugang zu den Märkten für öffentliche Aufträge. Alle können sich beteiligen.



# Wettbewerbsgrundsatz

## § 97 Abs. 1 GWB

---

konkretisiert unter anderem in:

### **§ 101 Abs. 7 GWB**

*„Öffentliche Auftraggeber haben das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.“*

### **§ 9 Nr. 1 VOB/A und § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A**

*„Die Leistung ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen...“*



# Wettbewerbsgrundsatz

## § 97 Abs. 1 GWB

---

konkretisiert unter anderem in:

**§ 24 Nr. 3 VOB/A und § 24 Nr. 2 Abs. 1  
VOL/A**

*„Andere Verhandlungen, besonders über Änderung  
der Angebote oder Preise, sind unstatthaft ...“*



# Transparenzgebot § 97 Abs. 1 GWB

---

*„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege **transparenter** Vergabeverfahren.“*

Mit anderen Worten:

Das was öffentliche Auftraggeber tun, soll – insbesondere für die Bieter/Bewerber – nachvollziehbar sein.



# Transparenzgebot § 97 Abs. 1 GWB

---

konkretisiert unter anderem in:

**§ 17 VOB/A und § 17 VOL/A**

- „1. (1) Öffentliche Ausschreibungen sind bekannt zu machen, z. B. in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften.  
(2) Diese Bekanntmachungen sollen folgende Angaben enthalten: ...“*



# Transparenzgebot § 97 Abs. 1 GWB

---

konkretisiert unter anderem in:

## **§ 17 a Nr. 2 Abs. 2 VOB/A**

*„Die Bekanntmachungen müssen die in Anhang II der VO (EG) Nr. 1564/2005 geforderten Informationen enthalten und sind im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen. ... “*

(ähnlich § 17 a Nr. 1 Abs. 1 ff. VOL/A)



# Transparenzgebot § 97 Abs. 1 GWB

---

<http://ted.publications.eu.int/official/>



# Gleichbehandlungsgrundsatz / Diskriminierungsverbot

---

## § 97 Abs. 2 GWB

*„Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.“*



# Gleichbehandlungsgrundsatz / Diskriminierungsverbot

---

- verpflichtet Auftraggeber zur Gleichbehandlung aller Teilnehmer des Vergabeverfahrens
- fundamentales Prinzip des nationalen und europäischen Vergaberechts
- Ableitung aus den Marktfreiheiten des EG-Vertrages



# Gleichbehandlungsgrundsatz / Diskriminierungsverbot

---

konkretisiert unter anderem in:

**§ 24 Nr. 3 VOB/A und  
§ 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A**

*„Andere Verhandlungen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft ...“*

(sog. Nachverhandlungsverbot!)



# Berücksichtigung mittelständischer Interessen § 97 Abs. 3 GWB n. F.

---

*„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach den Sätzen 1 bis 3 zu verfahren.“*



# Berücksichtigung mittelständischer Interessen § 97 Abs. 3 GWB

---

- **Teillose:** mengenmäßige oder räumliche Unterteilung der Gesamtleistung (z. B. Streckenabschnitte beim Bau einer Autobahn)
- **Fachlose:** Unterteilung der Gesamtleistung in einzelne Fachgebiete (z. B. Maurer-, Zimmerer-, Elektro-, Dachdecker-, Fliesenlegerarbeiten)



## § 97 Abs. 3 GWB: Mittelstandsklausel

Bisherige Fassung:

*Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.*

Neue Fassung:

*Mittelständische Interessen **sind** bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich **zu berücksichtigen**. Leistungen **sind** in der Menge aufgeteilt (Teillose) **und getrennt** nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) **zu vergeben**. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen **zusammen** vergeben werden, **wenn** wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach Satz 1 bis 3 zu verfahren.*



## § 97 Abs. 3 GWB: Mittelstandsklausel

---

### Hintergrund:

- Bisherige Fassung aus Sicht mittelständischer Unternehmen nicht ausreichend.
- Vergabepaxis: Bündelung der Nachfragemacht und Zusammenfassung teilbarer Leistungen.
- Überdies: Zunahme elektronischer Beschaffungsformen – Beförderung mittelstandsfeindlicher Tendenzen.
- Marktstarke Stellung zahlreicher Auftraggeber.
- Verstärkung der Mittelstandsklausel erforderlich.
- Auch im Rahmen von ÖPP-Projekten, wenn der private Partner (Unter-) Aufträge vergibt.



# § 97 Abs. 3 GWB: Mittelstandsklausel

---

## Konsequenzen:

- Grundsatz: Pflicht zur Losvergabe.
- Ausnahme: Abweichen von Losvergabe nur zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe es erfordern.
- Pflicht zur Dokumentation im Vergabevermerk – Beweislast beim Auftraggeber.
- Aber: Wirtschaftsausschuss im BTag: Losvergabe verlangt keine marktunübliche Trennung der Aufträge in Einzelteile.
- Aufteilung in Fachlose nur im Rahmen der Marktüblichkeit.
- Bsp.: Aufteilung Autobahn in Streckenabschnitte.
- Bsp.: Computer in Rechner, Eingabegeräte, Monitor.
- Gegenbsp.: Fenster in Rahmen, Scheiben, Griffe, Beschläge.
- Satz 3: Auftragsvergabe im Rahmen von ÖPP: Auftraggeber muss privaten Partner zur Losvergabe verpflichten.




# Eignung der Unternehmen

## § 97 Abs. 4 GWB n. F.

---

*„Aufträge werden an **fachkundige, leistungsfähige** sowie **gesetzestreue** und **zuverlässige** Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. **Andere** oder **weitergehende** Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“*



# Eignung der Unternehmen

## § 97 Abs. 4 GWB

---

konkretisiert unter anderem in:

### § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A

*„Bei öffentlicher Ausschreibung ist zunächst die Eignung der Bieter zu prüfen. Dabei sind anhand der vorgelegten Nachweise die (...) Bieter auszuwählen, deren Eignung die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen notwendige Sicherheit bietet; dies bedeutet, dass sie die erforderliche **Fachkunde**, **Leistungsfähigkeit** und **Zuverlässigkeit** besitzen und über ausreichende technische und wirtschaftliche Mittel verfügen.“*



# Eignung der Unternehmen


## § 97 Abs. 4 GWB

---

ähnlich:

### § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A

*„Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen die erforderliche **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit** besitzen.“*




# Eignung der Unternehmen

## § 97 Abs. 4 GWB

---

- Auftragnehmer hat das für den Auftrag notwendige Fachwissen.
- Auftragnehmer hat die für den Auftrag notwendige wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit (finanzielle Mittel, Personal, Maschinen etc.)
- Auftragnehmer hat in der Vergangenheit seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt.
- Auftragnehmer hält die deutschen Gesetze ein, u. a.
  - für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge
  - Entgeltgleichheit von Männern und Frauen
  - International vereinbarte Grundprinzipien und Rechte wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit  
(so die Gesetzesbegründung zur Änderung des § 97 Abs. 4 GWB im Jahr 2009).



## Tariftreue = „andere oder weitergehende Anforderung“ in § 97 Abs. 4 GWB

---

*„Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“*

- Beispiel: Tariftreue als „andere oder weitergehende“ Anforderung im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB.
- 2000: Vorlage des BGH an BVerfG, ob landesrechtliche Tariftreueregelung mit dem deutschen Verfassungsrecht vereinbar ist (zum Berliner Landesrecht).
- 2006: BVerfG: Vereinbarkeit bejaht.
- 2006: Vorlage an EuGH, ob landesrechtliche Tariftreueregelung mit europäischem Recht vereinbar ist (zum niedersächsischen Landesrecht).
- 2008: EuGH: Vereinbarkeit „in diesem Fall“ nicht gegeben.



# Landesvergabegesetze

---

- Bayern: Verpflichtung zur Tariftreue bei Bauaufträgen unter Abgabe einer entsprechenden Erklärung (Baufträge-Vergabegesetz vom 28.6.2000).
- Berlin: Vergabe von Aufträge mit der Auflage, dass bei Ausführung der Leistung mindestens nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnt wird bzw. mindestens mit 7,50 EUR/Stunde entlohnt wird (Berliner Vergabegesetz, im September 2009 vom Senat beschlossen).
- Bremen: Bremer Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe vom 24.11.2009



# Landesvergabegesetze

---

- Hamburg: Tariftreue bei öffentlichen Bau- und ÖPNV-Aufträgen (Hamburgisches Vergabegesetz vom 13.2.2006).
- Hessen: Tariftreue bei Bauleistungen, Dienstleistungen im Gebäudereinigungshandwerk und im Sicherheits- und Bewachungsgewerbe (Aufträge des Landes Hessen sowie der Gemeinden/Gemeindeverbände und ihrer Eigenbetriebe) (Hessisches Vergabegesetz vom 17.12.2007).
- Saarland: Tariftreue bei öffentlichen Bauaufträgen (Saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz vom 3.11.2000).
- Schleswig-Holstein: Tariftreue bei Bau-, SPNV- und Abfallentsorgungsaufträgen ab 10.000 EUR (Tariftreuegesetz vom 7.3.2003)



# § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB: Auftragsausführungsbedingungen

---

Bisherige Fassung:

*Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.*

Neue Fassung:

*Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie **gesetzestreue** und zuverlässige Unternehmen vergeben. **Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.** Andere oder weitergehende Anforderungen (...).*



# § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB: Auftragsausführungsbedingungen

---

- Hintergrund + Konsequenzen:
- Umsetzung von Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 RL 2004/17/EG
- Öffentlicher Auftraggeber darf von Unternehmen ein bestimmtes Verhalten bei der Auftragsausführung verlangen.
- Auftragsausführungsbedingungen = Leistungsanforderungen = Bestandteil der Leistungsbeschreibung.
- NICHT: Eignungs- oder Zuschlagskriterium.
- Schon nach bisheriger Rechtslage zulässig.
- Voraussetzung: Bezug zum Auftragsgegenstand.



# § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB: Auftragsausführungsbedingungen

---

- Beispiele aus der Gesetzesbegründung:
  - Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bezogen auf den konkreten Auftrag
  - Angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal
  - Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung des Auftrags
  - Begrenzung des Schadstoffausstoßes von (zu beschaffenden) Dienst-Kfz
  - Umweltfreundliche Produktionsvorgaben, z. B. Recyclingpapier, Strom aus erneuerbaren Energiequellen



# Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes Angebot“

---

**§ 97 Abs. 5 GWB**

*„Der Zuschlag wird auf das  
wirtschaftlichste Angebot erteilt.“*



# Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes Angebot“

---

konkretisiert unter anderem in:

**§§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2, 3 VOB/A**

*„Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung **aller** Gesichtspunkte, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, **Umwelteigenschaften**, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist oder als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Preis allein ist **nicht** entscheidend.“*



# Zuschlagskriterium „wirtschaftlichstes Angebot“

---

Vorgabe des europäischen Gesetzgebers

**Art. 53 RL 2004/18/EG**

*„Bei der Erteilung des Zuschlags wendet der öffentliche Auftraggeber folgende Kriterien an:*

*a) entweder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises*

*b) oder – wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie z. B. Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert.“*



# Subjektive Bieterrechte § 97 Abs. 7 GWB

---

*„Die Unternehmen haben **Anspruch** darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.“*

**Paradigmenwechsel!**



# Subjektive Bieterrechte

## § 97 Abs. 7 GWB

---

- Kernstück des Vergaberechtsänderungsgesetzes
- am 1.1.1999 in Kraft getreten
- **Anspruch** der Unternehmen **erstmalig** vom Gesetzgeber anerkannt
- Konsequenz: Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 20 GG: effektiver gerichtlicher Rechtsschutz!

**Paradigmenwechsel!**

# Vergabeverfahren

EU-Terminologie	Traditionelle Terminologie in D.
offenes Verfahren	öffentliche Ausschreibung
nichtoffenes Verfahren	beschränkte Ausschreibung ggfs. nach Teilnahmewettbewerb
Verhandlungsverfahren ggfs. nach Teilnahmewettbewerb	freihändige Vergabe ggfs. nach Teilnahmewettbewerb
<b>NEU</b> wettbewerblicher Dialog	



# Vorrang offenes Verfahren / öffentliche Ausschreibung

---

## § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB

*„Öffentliche Auftraggeber haben das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.“*

## § 3 Nr. 2 VOL/A

*„Öffentliche Ausschreibung muss stattfinden, soweit nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“*



# Offenes Verfahren / öffentliche Ausschreibung

---

## § 101 Abs. 2 GWB

*„Offene Verfahren sind Verfahren, bei denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird.“*

## § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A

*"Bei öffentlicher Ausschreibung werden Leistungen im vorgeschriebenen Verfahren nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben."*



# Offenes Verfahren / Öffentliche Ausschreibung

---

## Kennzeichen

- Möglichkeit der Teilnahme für unbeschränkte Anzahl von Unternehmen („alle können Angebote abgeben“)
- Angebote werden bis zum Eröffnungstermin geheim gehalten
- Kein Bieter kennt die Angebote seines Konkurrenten.
- Jeder kalkuliert daher so knapp wie möglich.



# Nichtoffenes Verfahren / Beschränkte Ausschreibung

---

## § 101 Abs. 3 GWB

*„Bei nicht offenen Verfahren wird öffentlich zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.“*

## § 3 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A

*"Bei beschränkter Ausschreibung werden Leistungen ... nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten vergeben."*



# Nichtoffenes Verfahren / Beschränkte Ausschreibung

---

## Kennzeichen

- Zunächst öffentliche Bekanntmachung, in der Unternehmen aufgefordert werden, ihre Teilnahme am Wettbewerb zu beantragen (Teilnahme-wettbewerb) (beim nichtoffenen Verfahren Pflicht).
- Auswahl der Teilnehmer nach pflichtgemäßem Ermessen (Eignungsprüfung wird vorgezogen).
- Aufforderung zur Angebotsabgabe.
- Kein Anspruch der Unternehmen auf Beteiligung.
- Nur in Ausnahmefällen anwendbar (vgl. Katalog der Ausnahmetatbestände in § 3 Nr. 3 VOL/A, auf den § 3 a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A verweist!)



# Verhandlungsverfahren / Freihändige Vergabe

---

## § 101 Abs. 4 GWB

*„Verhandlungsverfahren sind Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.“*

## § 3 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A

*"Bei freihändiger Vergabe werden Leistungen ohne ein förmliches Verfahren vergeben."*



# Verhandlungsverfahren / freihändige Vergabe

---

## Kennzeichen

- flexibleres Vergabeverfahren
- Auftraggeber spricht ein oder wenige Unternehmen nach eigener Wahl an
- im VOF-Bereich das Regelverfahren (Ablauf in der VOF detailliert beschrieben)
- im VOL- und VOB-Bereich nur unter sehr wenigen und eng auszulegenden Voraussetzungen zulässig (vgl. Katalog der Ausnahmetatbestände in § 3 Nr. 4 VOL/A und § 3 a Nr. 1 Abs. 5 und § 3 a Nr. 2 VOL/A)



# Wettbewerblicher Dialog

## § 101 Abs. 5 GWB

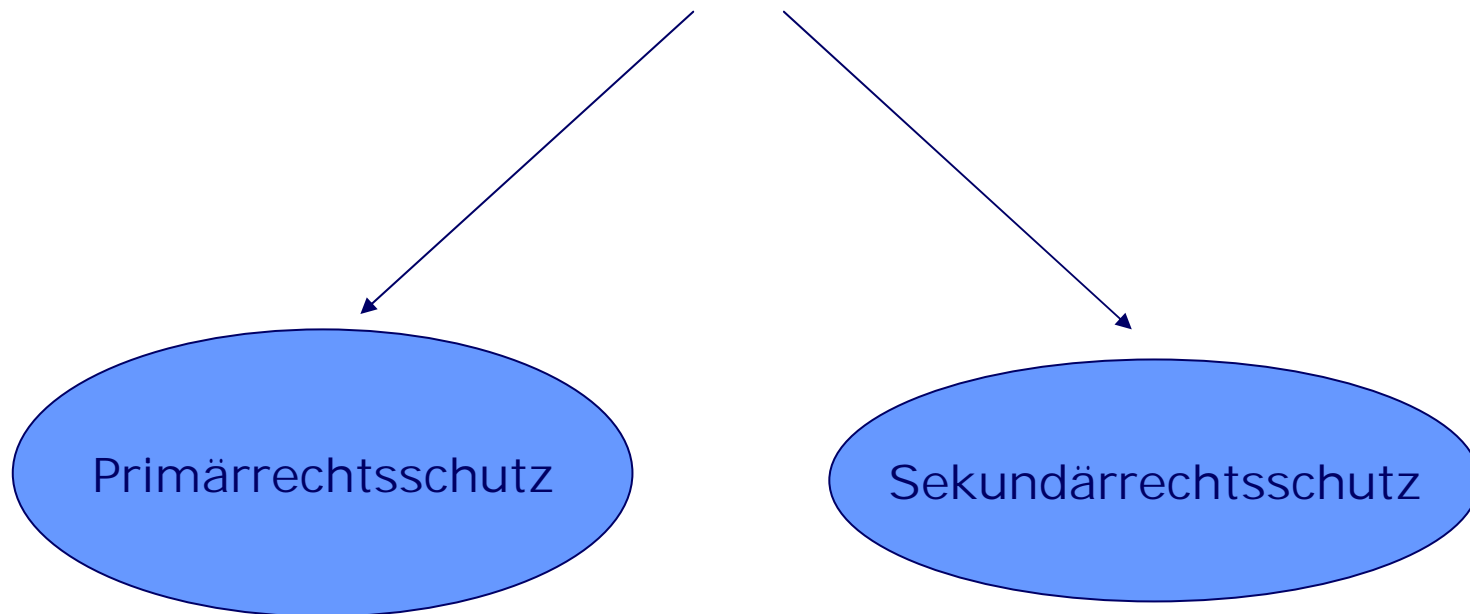
---

*„Ein wettbewerblicher Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche Auftraggeber. In diesem Verfahren erfolgen eine Aufforderung zur Teilnahme und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags.“*

# Rechtsschutz im Vergaberecht

---

Differenziere

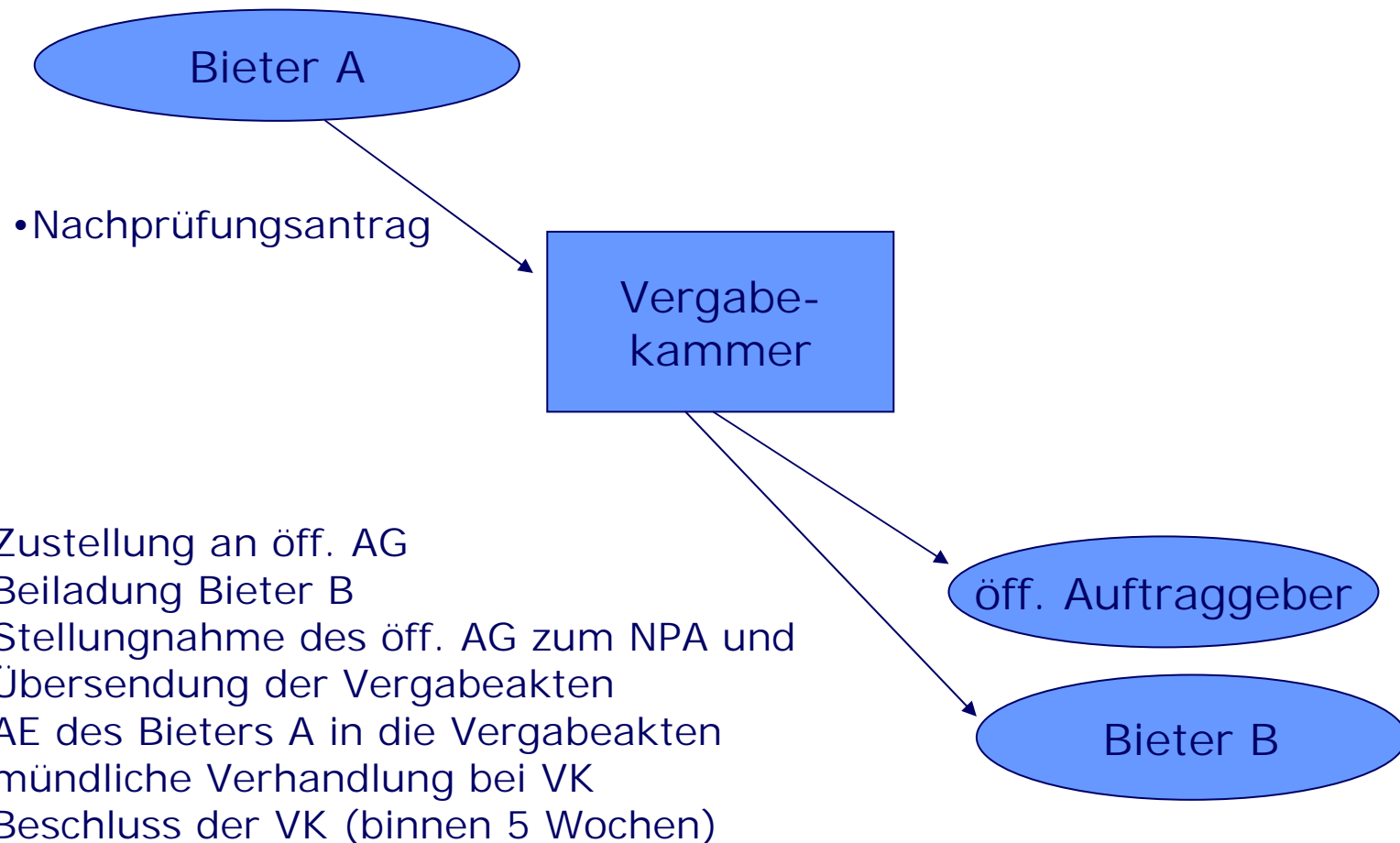


Ziel: Zuschlag an den  
Konkurrenten verhindern

Ziel: Schadensersatz

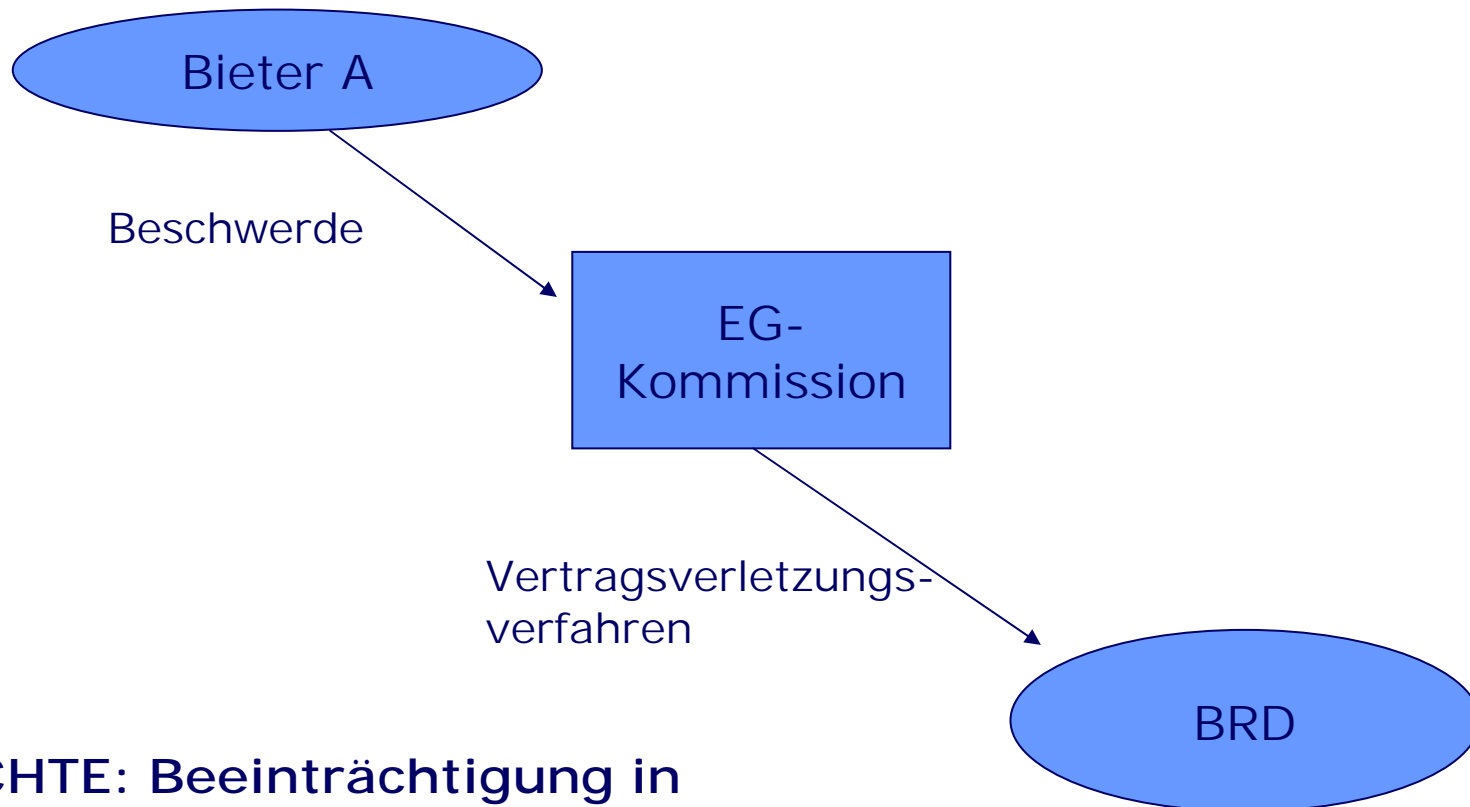
# Primärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

---



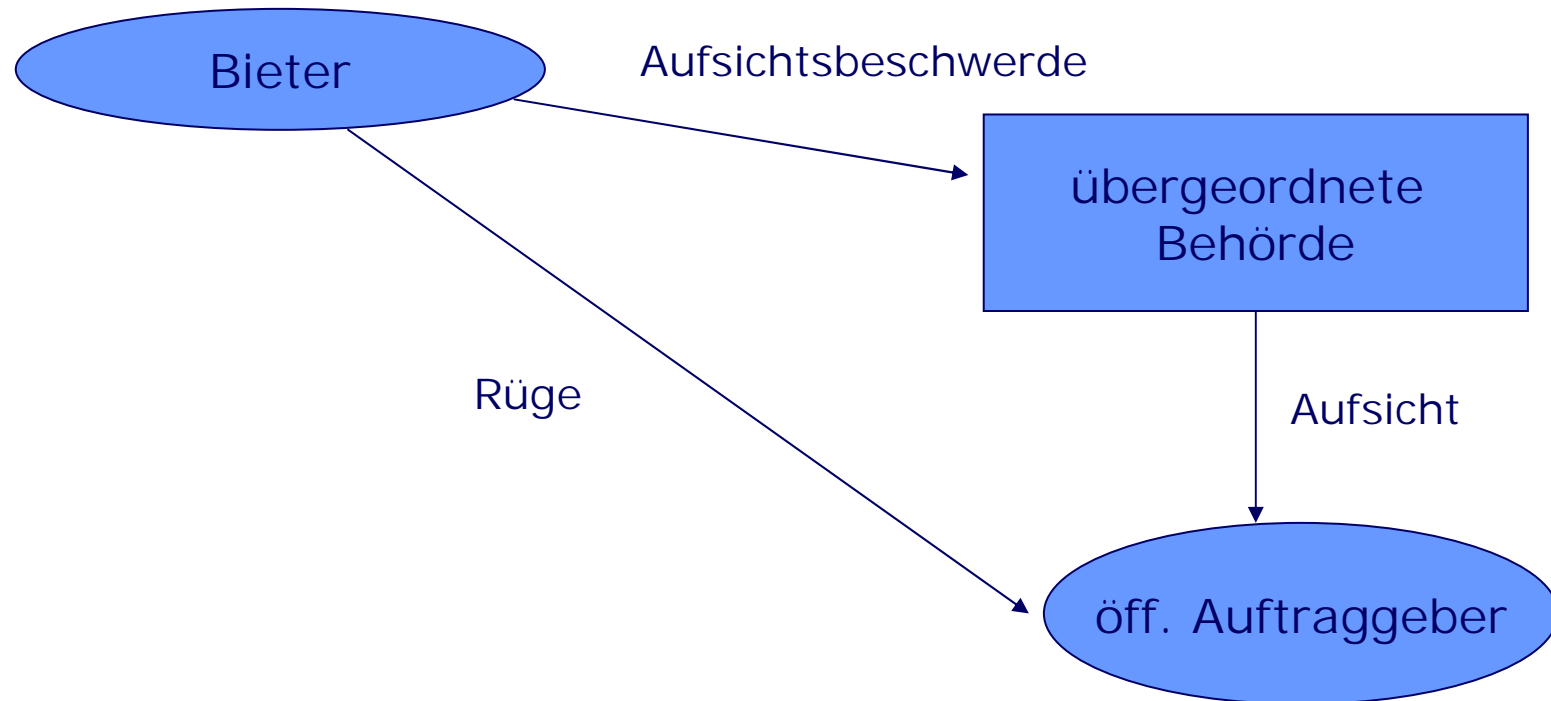
# EG-Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

---



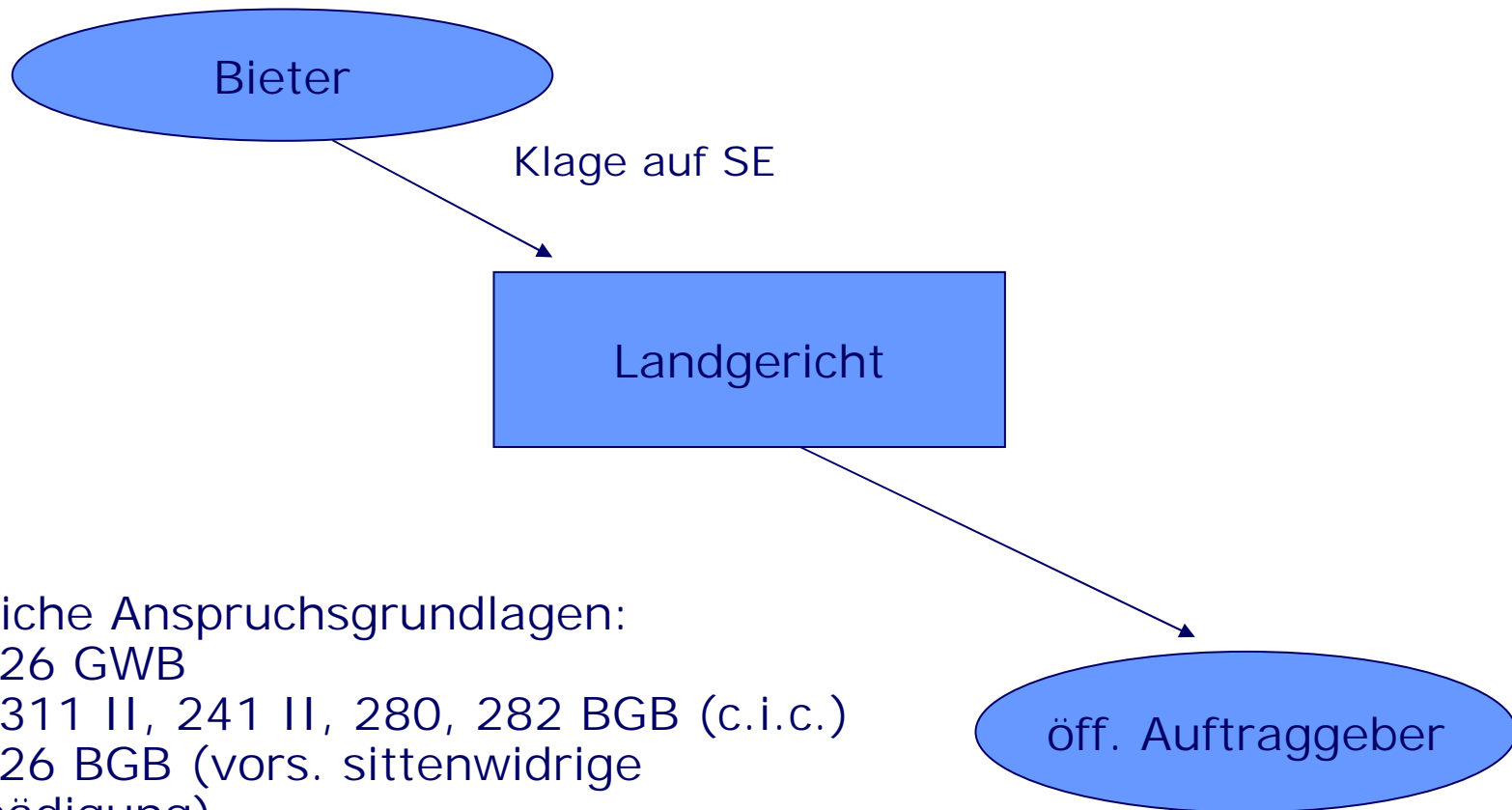
**BEACHTEN:** Beeinträchtigung in „eigenen“ Rechten ist nicht erforderlich!

# Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte



**BEACHTTE: Wirkung begrenzt, da Zuschlag nicht verhindert wird!**

# Sekundärrechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte

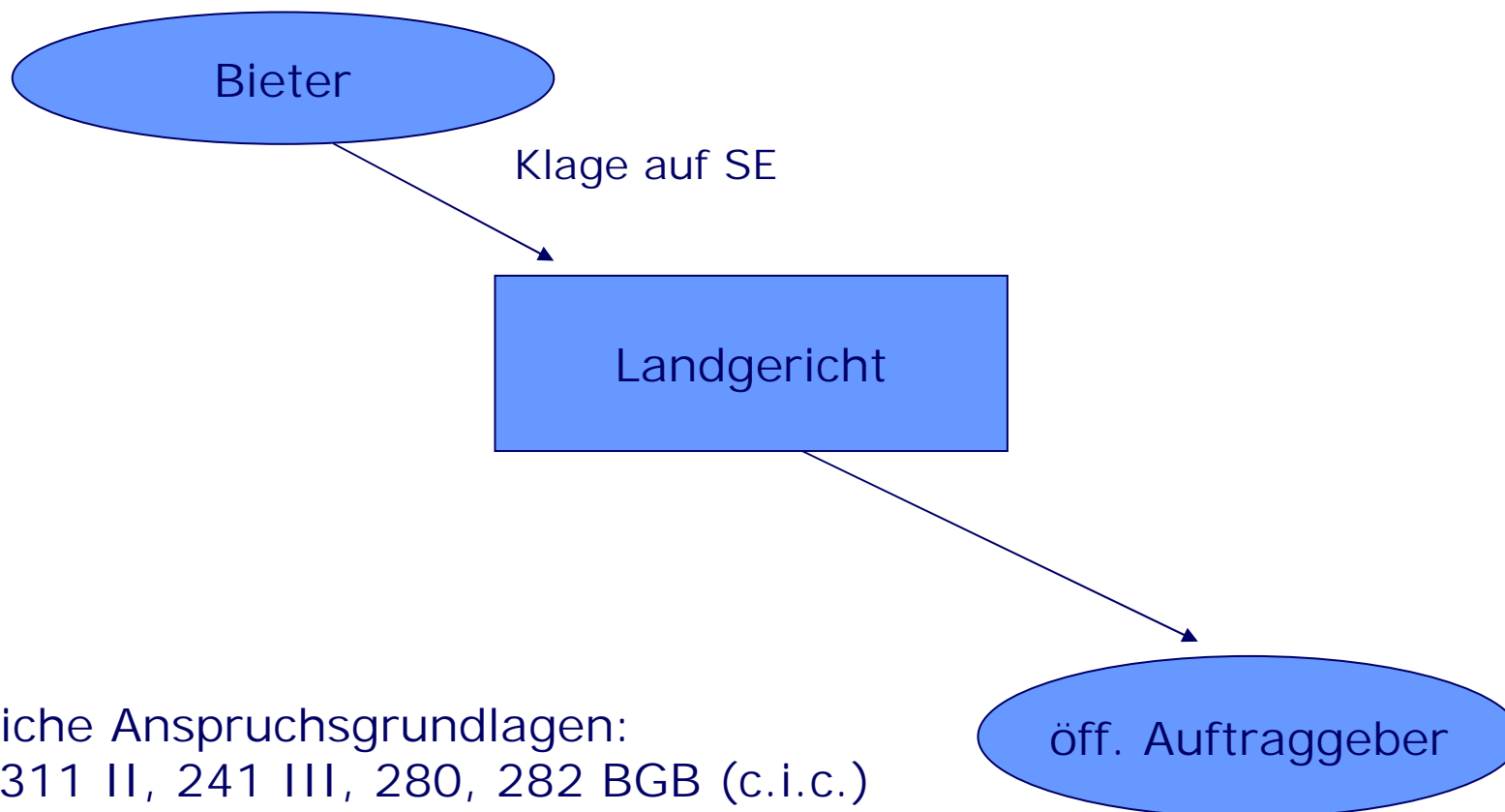


mögliche Anspruchsgrundlagen:

- § 126 GWB
- §§ 311 II, 241 II, 280, 282 BGB (c.i.c.)
- § 826 BGB (vors. sittenwidrige Schädigung)
- §§ 20 I, 33 GWB (Diskriminierung)
- § 823 II BGB i. V. m. VOB/A, VOL/A o. VOF

# Sekundärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

---



mögliche Anspruchsgrundlagen:

- §§ 311 II, 241 III, 280, 282 BGB (c.i.c.)
- § 826 BGB (vors. sittenwidrige Schädigung)
- §§ 20 I, 33 GWB (Diskriminierung)



# Vielen Dank für Ihr Interesse!

---



[angela.dagefoerde@versteyl.de](mailto:angela.dagefoerde@versteyl.de)

Hildesheimer Straße 8  
30169 Hannover  
Tel. 0511 270487-0  
Fax 0511 270487-55

Kurfürstendamm 217  
10719 Berlin  
Tel. 030 3300838-0  
Fax 030 3300838-55