

# Vergaberecht

praxisnah und studienfern?

René M. Kieselmann\*

Der Artikel bietet eine kurze Übersicht über das spannende Vergaberecht und seine Relevanz für die spätere Berufspraxis samt einem Update zu aktuellen Entwicklungen.

## A. Vergaberecht – das unbekannte Wesen

Vergaberecht ist im Studium und Referendariat eher unbekannt<sup>1</sup>. Es gibt zwar Schwerpunktfächer wie „Öffentliches Wirtschaftsrecht“, aber auch dort befasst man sich eher selten mit der vermeintlich exotischen Materie. Vergaberecht ist dann anwendbar, wenn die öffentliche Hand (ein sogenannter „Auftraggeber“) „einkauft“. Es gibt unterschiedliche Auftraggeber: Den herkömmlichen „öffentlichen Auftraggeber“ (§ 99 GWB, beispielsweise eine Kommune, die eine Turnhalle bauen lässt), die Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB, z.B. die Deutsche Bahn) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB, z.B. ein Zweckverband, der eine Rettungsdienstkonzession vergibt). Diese müssen bei ihrem Einkauf – im Gegensatz zu rein privatwirtschaftlichen Unternehmen – bestimmte Regeln beachten. Diese Regeln finden sich im EU-Kartellvergaberecht (u.a. GWB Teil 4 – Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen; VgV [Vergabeverordnung], KonzVgV [Konzessionsvergabeverordnung] und den zugrundeliegenden EU-Richtlinien<sup>2</sup>). Manchmal sind die Regelungen etwas formalistisch: Bereits kleinste Abweichungen von den Vergabeunterlagen können beispielsweise zum Ausschluss eines Angebotes führen. Aus der Beratungspraxis: Wer lange genug prüft und sucht, der findet meist einen gewünschten Ausschlussgrund.

Die Herausforderung im Vergaberecht besteht oft darin, die richtigen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb zu finden. Es bietet sich an, Beschaffungsvorhaben in die sogenannten „Drei Schubladen“<sup>3</sup> zu gliedern:

**1: Vertrag/Leistungsverzeichnis/Auftragsgegenstand**

Beschreibung der Aufgabe (konkret oder funktional)  
Ablauf-, Krisenplanung (Mängelansprüche; Sicherheiten u.a.)  
Anpassungsklauseln

- Anforderungskatalog
- Servicelevel, Ausfallzeiten, Reaktionszeiten
- uvm.

**2: Eignungsprofil; Eignungskriterien („Unternehmen“)**

Leitmotiv: „Ich backe mir einen Bieter“.

Beispiele:  
Auftragsbezogene Referenzen (kein „Learning by earning“); Umsätze; Zertifizierung; laufende Vertragskunden.

**3: Zuschlagskriterien („Angebot“)**

Leitmotiv: Der Preis muss nicht alles sein!  
Div. Wertungsformeln

Beispiele:  
- Konzeptwertungen (Umsetzungs-Betriebskonzepte etc)  
- Personalqualifikation (Formulierungsfrage!)

**Schublade 1 [Auftragsgegenstand]:** Der archimedische Punkt der „Drei Schubladen“ ist der „Beschaffungsbedarf“ – also das, was die öffentliche Hand einkaufen will. Dies kann ein Gebäude sein, Planungsleistungen, Lieferung von LKW für den Bevölkerungsschutz oder die Beschaffung von komplexen IT-Systemen<sup>4</sup>. Dieser „Auftragsgegenstand“ muss entsprechend begründet werden<sup>5</sup>, wobei die Freiheiten des öffentlichen Auftraggebers recht weit sind: Allenfalls Beschaffungen, die gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, sind unzulässig. Rein vergaberechtlich könnte man beispielsweise vier Maseratis und 200 goldene Wasserhähne beschaffen – allenfalls der Rechnungshof oder andere Prüfungsinstanzen würden dies monieren. Die Kunst aus Beratersicht besteht, den Auftrag so zu beschreiben, dass der Markt sachgerechte Lösungen anbietet. Problematisch ist oft, dass bei der Auftragsbeschreibung wichtige Einzelpunkte nicht beschrieben werden, ohne dass dies der Vergabestelle bewusst ist, oder falsche Anreize gesetzt werden. Große Unternehmen haben bisweilen zwei

<sup>1</sup> Auch auf der Webseite von [www.freilaw.de](http://www.freilaw.de) ergibt die Suche mit dem Begriff „Vergaberecht“ nur die Meldung „NOT FOUND, ERROR 404 – The page you are looking for no longer exists.“

<sup>2</sup> S. die EU-Richtlinien aus 2014 zur Novellierung des Vergaberechts: Vergaberichtlinie für klassische öffentliche Auftraggeber (Richtlinie 2014/24/EU), Vergaberichtlinie für Sektorenauftraggeber (Richtlinie 2014/25/EU) sowie die neu geschaffene Konzessionsvergaberichtlinie (Richtlinie 2014/23/EU) – vor der Vergaberechtsnovelle war die Konzessionsvergabe nicht im EU-Vergaberecht geregelt.

<sup>3</sup> Dies ist kein juristischer Fachbegriff, sondern eher eine didaktische Gliederungshilfe, entwickelt von *Ermbrecht Rindtorff* und dem *Autor*; vgl. „Rettungsdienst und EU-Vergaben – Ein Leitfaden für die Praxis“ von

*Ermbrecht Rindtorff* unter Mitwirkung von *René M. Kieselmann*; 2010, Mendel-Verlag.

<sup>4</sup> Beim Einkauf von IT werden häufig die sog. *EVB-IT* verwendet (*Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen*), die aktuelle Zusammenstellung findet man unter [https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle\\_EVB-IT/aktuelle\\_evb\\_it\\_node.html](https://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/EVB-IT-und-BVB/Aktuelle_EVB-IT/aktuelle_evb_it_node.html) (letzter Abruf 2018-04-21), zu diesem Thema s.a. „Die neuen EVB-IT Dienstleistung: Ein erster Überblick“, *Thomas H. Fischer* M.B.L.-HSG, *Vergabeblog.de* vom 22/03/2018, Nr. 36476.

<sup>5</sup> Die Begründung hierfür und alle anderen zentralen Entscheidungen im Beschaffungsprozess muss im *Vergabevermerk* dokumentiert werden.

Kalkulationen: Die eine (billige) für die Ausschreibung und die andere (teure und realistische) mit Nachträgen: Diese Nachträge können eingefordert werden, wenn die Ausschreibung lückenhaft oder falsch ist und entsprechende Mehrleistungen anfallen (Beispiel: falsche Mengenangaben in Leistungsverzeichnissen oder zu geringe Baustandards, die dann in der Umsetzung in höhere Standards abgeändert werden).

Schublade 2 [Eignung]: Dort wird die Eignung definiert<sup>6</sup>. Wichtig ist, Eignungsaspekte von Fragen der Wirtschaftlichkeit zu trennen (s. hierzu nachfolgend die „Schublade 3“). Gefordert werden darf ausschließlich Folgendes:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Je nach Vergabeverfahren wird die Eignung nur als Mindeststandard definiert (v.a. in einphasigen Verfahren<sup>7</sup>, wo man nur ein Angebot abgibt). Differenzierter kann man beurteilen, wenn man ein „besser oder schlechter“ zulässt, also geeignetere Unternehmen mehr Punkte erhalten als weniger geeignete. Mit dieser Methode kann man sich (wenn die Parameter richtig gesetzt werden) die „Besten aus den Geeigneten“ herausuchen. Dies findet in der Regel in einem zweiphasigen Verfahren<sup>8</sup> mit einem vorgeschalteten „Teilnahmewettbewerb“ statt. Es ist aber eine Kunst, die Auswahlparameter für die Eignung richtig zu bestimmen: Wenn man für ein Verhandlungsverfahren definiert, dass maximal acht Bewerber sich qualifizieren und es im eng umgrenzten Markt nur sechs Unternehmen gibt, welche die Leistungen erbringen können, findet gerade kein Eignungswettbewerb statt<sup>9</sup>. Wenn man andererseits die Eignungsschwelle so hoch ansetzt, dass nur wenige Unternehmen sich beteiligen können, reduziert man den Wettbewerb und handelt sich ggf. Rügen benachteiligter Marktteilnehmer ein.<sup>10</sup>

Schublade 3 [Wirtschaftlichkeit]: Nach der Eignungsprüfung ist meist die Prüfung der Wirtschaftlichkeit<sup>11</sup> maßgebend für den

Erfolg eines Angebotes<sup>12</sup>. Diese wird mittels der sogenannten „Zuschlagskriterien“ ermittelt. Diese müssen vorher transparent bekanntgegeben werden, damit Unternehmen ihr Angebot entsprechend danach ausrichten und erstellen können. Der Preis ist das wohl bekannteste Zuschlagskriterium und wird in vielen Bereichen – oft bei Bauausschreibungen – als alleiniges Kriterium verwendet. Es gilt allerdings: „Sparen kann teuer sein.“ bzw. „Wer billig kauft, kauft zwei Mal.“ – wenn nur der Preis ausschlaggebend ist, können wenige Cent Preisunterschied auch bei Millionenaufträgen über den Zuschlag entscheiden<sup>13</sup>. Dieses Extrembeispiel zeigt, dass es auch sinnvoll sein kann, andere Zuschlagskriterien zu verwenden, insbesondere qualitative Kriterien. § 58 VgV gibt in Abs. 2 weitere Hinweise hierzu:

*„Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:*

1. *die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,*
2. *die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder*
3. *die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.“*

Der Preis allein hat den Vorteil, dass die Angebotsprüfung recht einfach ist. Der billigste Bieter bekommt den Zuschlag (falls kein Unterkostenangebot<sup>14</sup> vorliegt, was bei einem größeren Preisabstand geprüft wird<sup>15</sup>).

Vorteilhaft bei weiteren Zuschlagskriterien ist, dass man als Auftraggeber einen etwas größeren Spielraum bei der Bewertung hat. Damit handelt man sich allerdings den Nachteil ein, dass der Aufwand für die Wertung höher ist. Ebenfalls müssen die Wertungen gut begründet werden. Man sich dadurch ggf. angreifbar. Damit wird klar, dass bisweilen Bequemlichkeit

<sup>6</sup> Die zentrale gesetzliche Festlegung findet sich in §§ 122 GWBff.

<sup>7</sup> Sog. „Offenes Verfahren“ (oberschwellig, § 15 VgV) oder „Öffentliche Ausschreibung“ (unterschwellig); zu den Verfahrensarten allgemein s. §§ 14ff VgV.

<sup>8</sup> Z.B. Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder „nicht offenes Verfahren“ (oberschwellig, § 16 VgV) bzw. „beschränkte Ausschreibung“ (unterschwellig).

<sup>9</sup> Solch ein Vorgehen eignet sich aber hervorragend, in ein Verhandlungsverfahren zu kommen, wenn dessen rechtliche Begründung etwas „wackelig“ ist: Wenn alle Interessenten mitmachen dürfen, beschwert sich meist niemand...

<sup>10</sup> Eine sehr gut begründete hohe Eignungsschwelle kann auch dazu dienen, sich nur den „Wunschbieter“ herauszusuchen. Wenn dieses Vorgehen nicht erfolgreich gerügt wird, kann der Auftrag an den Wunschbieter gehen – man hat dann allerdings als Auftraggeber eventuell eine schlechte Verhandlungsposition und der Bieter unterliegt geringem Wirtschaftlichkeitsdruck (und kann ggf. auch Preise diktieren). In der Praxis gibt es häufig den Wunsch, mit dem bewährten „Haus- und Hoflieferanten“ zusammenzuarbeiten. Wenn dann entgegen der ersten Überlegung doch ein qualitativ guter Wettbewerb initiiert werden kann, ist

der „Aha-Effekt“ oft groß und andere Lösungen führen zu noch größerer Zufriedenheit beim Auftraggeber.

<sup>11</sup> § 127 GWB ist hierzu die maßgebliche Norm. Abs. 1 sagt aus: „Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

<sup>12</sup> Interessantes zu den verschiedenen Facetten der Angebotsprüfung und -wertung in einem Fall (VK Bund, Beschl. v. 07.06.2016 – VK 2-37/16) schreibt Dr. Michael Sitsen, Vergabeblog.de vom 04/08/2016, Nr. 26884.

<sup>13</sup> Es wird kolportiert, dass bei einer Rettungsdienstauschreibung in einer größeren rheinischen Stadt wegen einer Preisdifferenz von wenigen hundert Euro der Dienstleister ausgetauscht wurde...

<sup>14</sup> Neues zum Umgang mit Dumping-Angeboten (BGH, Beschl. v. 31.01.2017 – X ZB 10/16) vermittelt Sonja Stenzel, Vergabeblog.de vom 30/03/2017, Nr. 30394.

<sup>15</sup> S. hierzu § 60 VgV, „Ungewöhnlich niedrige Angebote“.

und die Tendenz sich abzusichern dazu führen, dass die Vergabestelle es sich eher einfach macht. Das wiederum reduziert mitunter die Qualität von Angeboten und Leistungen. Hoher Preisdruck erhöht den Anreiz bei Bietern, in bestimmten Bereichen einzusparen, erzeugt teilweise massive wirtschaftliche Risiken (z.B. Steigerung von Personalkosten über die Vertragslaufzeit), die schlussendlich nicht im Interesse der öffentlichen Hand sind<sup>16</sup>.

## B. Wo kann ich mit Bezug zum Vergaberecht arbeiten?

Das Vergaberecht bietet nach der Ausbildung diverse Möglichkeiten für den Broterwerb. Der Bezug zur öffentlichen Hand legt zunächst eine Tätigkeit in der Verwaltung nahe: Diverse Behörden, Zweckverbände und Ministerien haben eigene Einkaufs-/Vergabeabteilungen. Diese sind für Ausschreibungen zuständig. Sie bilden meist die Schnittstelle zwischen den Fachabteilungen (die den „Beschaffungsbedarf“ haben) und den Bietern (die einen Auftrag von der öffentlichen Hand erhalten wollen). Die Herausforderung für die Personen in den Vergabestellen besteht oft darin, mit beschränkten eigenen Ressourcen das einzukaufen, was die Fachabteilungen haben wollen. Wenn die Vergabestelle von der „technischen Seite“ der Fachabteilung wenig Ahnung hat und die Fachabteilung wenig Ahnung vom Vergaberecht, führt das manchmal dazu, dass beide Bereiche aneinander vorbeireden. Das wirkt sich auf die Qualität von Ausschreibungen aus. Umso erfreulicher ist es, wenn qualifizierte Menschen sich qualitativ guten Ausschreibungen widmen.

Auch in Aufsichtsbehörden (u.a. Rechnungshöfe oder im Rahmen der Beihilfenkontrolle) werden Vorgänge aus dem Vergaberecht geprüft. Ebenso gibt es auf Landes- und Bundesebene sowie bei der Europäischen Kommission Stellen, die sich mit Vergabe- und Beihilfenrecht befassen. In den meisten Bundesländern gibt es zudem so genannte „Auftragsberatungsstellen“<sup>17</sup>. Diese kümmern sich in unterschiedlichem Umfang darum, die öffentliche Hand zu beraten und andererseits auch Ansprechpartner für Bieter zu sein.

Das Vergaberecht verfügt über einen eigenen Rechtsweg (§ 155ff. GWB), um Entscheidungen überprüfen zu können. In der ersten Instanz streiten die Parteien sich vor der

*Vergabekammer*. Dies ist kein Gericht, sondern eine Behörde mit gerichtähnlicher Funktion<sup>18</sup>. Mindestens<sup>19</sup> zwei Personen sind hauptamtlich beschäftigt (Vorsitzender und Beisitzer), ergänzt durch einen ehrenamtlich tätigen Beisitzer – dieser soll auch technische Kompetenz und Praxiswissen einfließen lassen. Die mündliche Verhandlung dort über einen Nachprüfungsantrag (§ 160ff. GWB) ist nur „partiöffentlich“ – im Gegensatz zur Verhandlung in der zweiten Instanz, dem *Vergabesenat* beim Oberlandesgericht. Die Oberlandesgerichte haben sehr unterschiedliche Fallzahlen von Nachprüfungsanträgen. Das OLG Düsseldorf genießt eine gewisse Sonderstellung, weil dort wegen hoher Fallzahlen<sup>20</sup> eine besondere vergaberechtliche Erfahrung zumindest erwartet wird<sup>21</sup>. Das OLG Düsseldorf ist auch für die Vergabekammern des Bundes zuständig. Diese Verfahren genießen teilweise eine gewisse Öffentlichkeitswirkung wie bei der Beschaffung von Wehrtechnik<sup>22</sup>.

Beim OLG ist in der Regel das Verfahren beendet. Falls Oberlandesgerichte in ihrer Rechtsmeinung voneinander abweichen, kommt es zur sogenannten „Divergenzvorlage“<sup>23</sup> und die Angelegenheit wird durch den BGH entschieden. Falls die Auslegung von europarechtlichen Vorgaben unklar ist, kann das OLG die entsprechenden Fragen auch dem EuGH vorlegen<sup>24</sup>.

Neben Verwaltung und Gerichtsbarkeit beschäftigt das Vergaberecht auch Anwälte. Seit März 2015 gibt es hierfür auch einen weiteren Fachanwaltstitel (22. Fachanwaltschaft). Für den Fachanwalt Vergaberecht muss man einen entsprechenden Fachanwaltslehrgang mit mindestens 120 Stunden absolviert und drei Klausuren bestanden haben. Die praktische Expertise weist man durch 40 bearbeitete Fälle nach, davon mindestens fünf gerichtliche Verfahren oder Nachprüfungsverfahren. Beratungsbedarf besteht sowohl bei der öffentlichen Hand als auch bei Bietern: Die Verwaltung lässt sich v.a. bei komplexeren Verfahren beraten. Größere Verwaltungseinheiten, z.B. Vergabestellen in Ministerien, sind oft recht eigenständig und greifen weniger auf externe Berater zurück. Vom Bundesministerium über Zweckverbände, öffentliche Banken bis hin zu kleineren Wohnungsbaugesellschaften gibt es sehr unterschiedliche und interessante Konstellationen.

<sup>16</sup> Bei Rettungsdienstauschreibungen gab es diverse Vergaben, die mit teilweise hohem Preisdruck und unzureichenden bzw. nicht existenten Preisanpassungsklauseln zu massiven wirtschaftlichen Schiefen bei den Auftragnehmern bis hin zur Insolvenz führten. Wenn Hilfsorganisationen beteiligt sind, die neben dem überwiegend hauptamtlichen Rettungsdienst weitere ehrenamtliche Aufwachskapazitäten bieten, kann dies zu einer massiven Verschlechterung des Bevölkerungsschutzes führen. <http://auftragsberatungsstellen.de> (letzter Abruf 2018-04-21).

<sup>17</sup> Deshalb spricht man oft auch nicht von der „Rechtsprechung“, sondern von der „Entscheidungspraxis“ von Vergabekammern (und Gerichten), wobei auch Vergabekammern ihre Entscheidungen selbst als „Rechtsprechung“ bezeichnen. Die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt. Sie entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen (§ 157 Abs. 4 GWB).

<sup>19</sup> Bei „verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen“ können auch beide Beisitzer hauptamtlich sein.

<sup>20</sup> Das OLG Düsseldorf ist zweite Instanz sowohl für die (aktuell drei) Vergabekammern des Bundes als auch für die VK Köln und VK Westfalen.

<sup>21</sup> Prägend für die Rechtsprechung des dortigen Vergabesenates war VorsRiOLG *Heinz-Peter Dicks*, der vor kurzem in den Ruhestand ging. Ein Interview mit ihm findet man unter [Vergabeblog.de](http://Vergabeblog.de) vom 08/01/2017, Nr. 28425, s.a. [Vergabeblog.de](http://Vergabeblog.de) vom 05/04/2018, Nr. 36609 (letzter Abruf 2018-04-21).

<sup>22</sup> Bekannt sind Verfahren zur Beschaffung von Drohnen, von elektronischer Kommunikation, Waffen usw.

<sup>23</sup> § 179 Abs. 2 GWB – wobei die Vorlagepflicht der Vergabesenate oft ungerne erfüllt wird und mit Scheinbegründungen übergangen wird.

<sup>24</sup> Aktuell findet ein interessantes Verfahren zum Thema „Bereichsausnahme Rettungsdienst“ (§ 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB) vor dem EuGH statt (Rs. C-465/17). Dort wird ein Konflikt zwischen privaten Rettungsdienstleistern mit Gewinnerzielungsabsicht und den freigemeinnützigen Hilfsorganisationen (DRK, ASB, JUH, MHD etc.) in Deutschland ausgetragen. Der *Autor* vertritt dort eine Hilfsorganisation.

Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten wollen, nennt man „Bieter“ oder (bei Ausschreibungsverfahren mit vorhergehendem Teilnahmewettbewerb) „Bewerber“. Es handelt sich in der Regel um mittlere oder größere Unternehmen, vom Baukonzern über Funktechnikfirmen bis hin zu Eisenbahnverkehrsunternehmen.

Da erst ab gewissen Wertgrenzen europaweit ausgeschrieben werden muss, handelt es sich in der Regel um größere Auftragswerte mindestens im sechsstelligen Bereich. Die Beratungsleistungen werden in der Regel auf Basis eines Stundensatzes vergütet. Dieser liegt zwischen EUR 250 und teilweise weit über EUR 300 netto. Mit dem RVG hat man somit meistens nur dann ausführlicher zu arbeiten, wenn es um die Kostenerstattung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geht.

Auch Nichtjuristen beraten im Rahmen von Vergabeverfahren: Vor allem auf der fachlich-technischen Seite sind Ingenieure, Architekten, Statiker und sonstige Berater tätig. Sie helfen dabei, Leistungsverzeichnisse zu erstellen, den Bedarf zu analysieren, einen Überblick über spezielle Märkte zu geben, Markterkundungen durchzuführen, Angebote auszuwerten usw.

### C. Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht und Informationsplattformen

Das Vergaberecht ist ein Rechtsgebiet, welches sich relativ schnell entwickelt. Insofern ist es wichtig, regelmäßig die Entscheidungspraxis zu verfolgen, um optimal beraten zu können<sup>25</sup>.

Im Jahr 2014 gab es eine große Vergaberechtsreform auf europäischer Ebene. Die geänderten europäischen Richtlinien sind mit Wirkung zum 18.04.2016 auch in Deutschland in Kraft getreten<sup>26</sup>. Mit der Vergaberechtsnovelle wurde das GWB in seinem Vierten Teil komplett neu gefasst, was zu diversen Verschiebungen von Paragrafen geführt hat. Ebenso wurden die Vergabeverordnung und die Konzessionsvergabeverordnung eingeführt. Teilweise wurde versucht, die Kasuistik in der Rechtsprechung in Gesetzesform zu gießen. Ein Beispiel hierfür ist § 132 GWB, der sich zu Änderungen bei laufenden Aufträgen verhält. Problematisch bei dieser Vorschrift ist (Motto „iudex non calculat“), dass teilweise absolute Wertgrenzen mit Prozentangaben vermischt werden. In § 132 Abs. 3 GWB beispielsweise kann man zusätzliche Leistungen ohne weitere Begründung vergeben, wenn die Mehrleistungen

höchstens 10% des Gesamtauftragsvolumens (bei Bauleistungen 15%) betragen und zugleich für sich genommen unterhalb des Schwellenwerts liegen. Wenn man eine Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen hat (z.B. eine komplette Neuausstattung eines Bundeslandes mit BOS-Funk-Infrastruktur), die einen hohen Auftragswert hat (z.B. Anfangsinvestitionen und Wartung/Lizenzen/Service über eine ggf. lange Vertragslaufzeit), wird die Problematik deutlich: Beträgt der Gesamtauftragswert 800 Millionen EUR, wären 10% hiervon 80 Mio. EUR.“

Der Verweis auf den Schwellenwert begrenzt aber formal Erweiterungen auf nur gut 200.000 EUR. Nach dem Gesetzestext darf in diesem Falle eine Erweiterung nur im Promillebereich durchgeführt werden. Das ist irrwitzig und völlig an der Praxis vorbei.

Wie bei vielen Gesetzgebungsverfahren sollte alles einfacher werden. Allein der deutlich gestiegene Umfang der Normtexte lässt schon zweifeln, ob dieses Ziel erreicht wurde. Der Zugang zu öffentlichen Aufträgen sollte für kleine und mittelgroße Unternehmen erleichtert werden.

Die große Vergaberechtsreform Anfang 2016 hat nur den Oberschwellenbereich neu geregelt, also das Vergaberecht ab den Schwellenwerten<sup>27</sup> (auch genannt EU-Kartellvergaberecht).<sup>28</sup>

Kennzeichnend für diesen Bereich ist ein recht ausgeprägter Rechtsschutz für den Bieter<sup>29</sup>. Dieser kann sich bei vermuteten Vergaberechtsverstößen vor der Vergabekammer wehren. Der Vorteil bei diesem Verfahren für den Bieter ist, dass Vergabekammer und Oberlandesgericht von Amts wegen<sup>30</sup> den Sachverhalt ermitteln. Sie haben dafür gegebenenfalls auch Zwangsbefugnisse. Elementar für Rechtsstreitigkeiten in diesem Segment ist, dass nach einem Nachprüfungsantrag der öffentliche Auftraggeber unverzüglich den so genannten „Vergabevermerk“ bzw. die „Vergabeakten“ (die Dokumentation des gesamten Verfahrens<sup>31</sup>) an die Vergabekammer übergeben muss. Diese Vergabedokumentation wird – mit Ausnahme der Geschäftsgeheimnisse<sup>32</sup> – dem Antragsteller übermittelt. Dies ist der Moment wo diverse Nachprüfungsanträge, die bis dahin „auf tönernen Füßen“ stehen, erfolgreich werden. Nicht selten missachten öffentliche Auftraggeber zentrale Regeln bei der Erstellung des Vergabevermerkes. Häufig werden Entscheidungen unzureichend begründet, intransparente

<sup>25</sup> Online-Plattformen hierfür sind z.B.: <https://www.vergabeblog.de/>, <https://www.dvnw.de>, <https://www.vpr-online.de>, <https://www.ibr-online.de>.

<sup>26</sup> Siehe die Serie zum Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts: *Monika Prell*, „Aktuelle Synopse zum Entwurf 4. Teil GWB“, [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 23/05/2015, Nr. 22502; *Dr. Daniel Soudry, LL.M.*, „Der Referentenentwurf zum neuen GWB 2015 – Die wichtigsten Neuerungen“, [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 26/05/2015, Nr. 22546; *Aline Fritz*, „Systematik der Ausschlussgründe nach dem neuen GWB“, [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 28/05/2015, Nr. 22534; *Johanna Walliczek*, „Bedingungen zur Auftragsausführung nach dem neuen GWB“, [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 07/06/2015, Nr. 22541.

<sup>27</sup> Die neuen EU-Schwellenwerte zum 01.01.2018 sind dargestellt auf [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 21/11/2017, Nr. 34348.

<sup>28</sup> Zu den Neuerungen im Ober- und Unterschwellenbereich siehe „Auswirkungen der Vergaberechtsreform auf das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte“, *Dr. Michael Sitsen*, [Vergabeblog.de](https://www.vergabeblog.de) vom 10/08/2016, Nr. 26658.

<sup>29</sup> §§ 160ff GWB.

<sup>30</sup> § 163 Abs. 1 GWB.

<sup>31</sup> § 163 Abs. 2 GWB, § 8 VgV.

<sup>32</sup> S. hierzu § 165 Abs. 2 GWB.

Entscheidungen getroffen oder Beurteilungen ermessensfehlerhaft vorgenommen.

Für den so genannten Unterschwellenbereich<sup>33</sup> gelten andere Regeln. Dort können Bieter ihre Rechte normalerweise auf dem

Zivilrechtsweg versuchen durchzusetzen<sup>34</sup>, bei öffentlich-rechtlichen Verträgen<sup>35</sup> ist man manchmal auch vor dem Verwaltungsgericht. Das Vergaberecht im Unterschwellenbereich war Gegenstand der neuesten Novellierung im Vergaberecht<sup>36</sup>. Mit dieser wurde die UVgO<sup>37</sup> (Unterschwellenvergabeordnung) geschaffen. Die UVgO regelt die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte. Sie ist eine Verwaltungsvorschrift und muss erst durch einen weiteren Rechtsakt, beispielsweise auf Ebene der Bundesländer in Kraft gesetzt werden. Die neue UVgO schafft weitergehende Parallelen zum Bereich der Oberschwellenvergabe. Allgemeine Grundsätze der Vergabe und der VgV werden übernommen.

#### D. Fazit

Vergaberecht wird oft als trocken und formalistisch bezeichnet. Die verschiedenen Auftragsgegenstände gestalten die Beschaffung allerdings spannend. Wer technisches und betriebswirtschaftliches Verständnis mit solider rechtlicher Arbeit verknüpfen kann, wird in vielen Bereichen Spaß an der Tätigkeit in diesem Gebiet haben. Der Bezug zu Europarecht, Verwaltungsrecht, Zivilrecht und Grundrechten sowie weiteren Rechtsgebieten macht die Materie vielseitig und anspruchsvoll.

*\*René M. Kieselmann hat in Freiburg i. Br. studiert und sein Referendariat absolviert, war an Lehrstühlen in Freiburg und dem MPI (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht) tätig, ist seit 2004 Rechtsanwalt, seit 2009 in Berlin (kommt aber gerne in den Schwarzwald zurück), seit 2017 Fachanwalt für Vergaberecht und Equity Partner in der überörtlichen Sozietät [www.skwschwarz.de](http://www.skwschwarz.de) mit Standort in Berlin. Bei Fragen steht er unter [r.kieselmann@skwschwarz.de](mailto:r.kieselmann@skwschwarz.de) zur Verfügung.*

<sup>33</sup> Im Unterschwellenbereich finden ca. 90 bis 95% aller öffentlichen Auftragsvergaben statt.

<sup>34</sup> Meist Verfahren bei Bauvergaben in der ersten Instanz beim jeweiligen Landgericht. Zu anderen Beschaffungsgegenständen gibt es wenig Entscheidungen im Unterschwellenbereich.

<sup>35</sup> Dies war/ist häufig im Rettungsdienst der Fall: Aufträge und Konzessionen werden oft mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag oder auch Verwaltungsakt vergeben. Konzessionen sind zwar im neuen

Vergaberecht geregelt, vor die Vergabekammer kommt man aber erst ab dem dort einschlägigen Schwellenwert von etwas über 5 Mio EUR.

<sup>36</sup> Die UVgO wurde Anfang 2017 bekanntgemacht, s. hierzu <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html> (letzter Abruf 2018-04-21).

<sup>37</sup> Hierzu auch die Einführung des Deutschen Städte- und Gemeindebundes auf <https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Schwerpunkte/Vergaberecht/Aktuelles/Neue%20Unterschwellenvergabeordnung/> (letzter Abruf 2018-04-21).