

A. Grundlagen des Vergaberechts in den Bereichen Trinkwasser, Energie und Verkehr

I. Gegenstand des Vergaberechts

Das Vergaberecht regelt die **Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand**. 1

Da die Vergabe **öffentlicher Aufträge** bis heute einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt, ist sie für Wettbewerbsverzerrungen anfällig. Die öffentlichen Auftraggeber sind daher zu einer **transparenten** und **diskriminierungsfreien** Beschaffung **im Wettbewerb** verpflichtet. Die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen dient zugleich der Durchsetzung einer wirtschaftlichen Haushaltsführung, und trägt damit auch den Verpflichtungen aus dem **Haushaltsgesetz**, allen voran dem HGrG und der Haushaltsgesetze des Bundes und der Länder sowie ihrer jeweiligen Gemeindehaushaltsgesetze, Rechnung.

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber verbindliche Vorgaben geschaffen, die die öffentliche Auftragsvergabe regeln. Die Gesamtheit dieser Vorschriften, die Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die sie zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigen, anzuwenden haben, bilden das **Vergaberecht**.¹

II. Rechtsgrundlagen

Das Vergaberecht folgt einem mehrstufigen Aufbau, der sich in den vielfältigen Regelungen auf europäischer und nationaler Ebene niederschlägt. 2

Entsprechend dem Rangverhältnis der Rechtsnormen finden sich auf höchster Stufe die Vorgaben des Europäischen Rechts, welche die Ausgestaltung des nationalen Rechts prägen.

Hier ist zunächst der **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)** als Primärrecht zu nennen, der unmittelbare Geltung in den Mitgliedsstaaten hat.

Auf Grundlage des AEUV – oder genauer des durch diesen abgelösten EGV – sind die **EG-Vergaberichtlinien** als sog. Sekundärrecht erlassen worden, namentlich die:

- Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG
- Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG

¹ So BVerfG, NVwZ 2006, 1396.

- Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG
- Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe
- Richtlinie 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen

Zudem sind die **Rechtsmittelrichtlinien** der EG² zu beachten.

Der deutsche Gesetzgeber setzt die EU-Richtlinien in nationales Recht um. Während sich die grundsätzlichen Bestimmungen im 4. Teil des **GWB** finden, hat die Bundesregierung von dessen Ermächtigung, das Vergabeverfahren durch Rechtsverordnungen näher auszustalten, durch Erlass der **Vergabeverordnung (VgV)** Gebrauch gemacht. Die Vergabeverordnung verweist ihrerseits auf die Teile A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A). In den Sektoren Wasser, Energie und Verkehr erfolgte eine Umsetzung in Gestalt der **Sektorenverordnung** (SektVO). Ferner wurden mit der **Konzessionsvergabeordnung** (KonZVgV) und der **Vergabeordnung Verteidigung und Sicherheit** (VS-VgV) weitere Regelungen für die Vergabe von Konzessionen und Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich geschaffen. Für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte wurde die **Unterschwellenvergabeordnung** (UVgO) geschaffen.

Das nationale Vergaberecht ist somit **dreistufig** aufgebaut; für diesen Aufbau hat sich die Bezeichnung „**Kaskadenprinzip**“ durchgesetzt. Zugleich ist es einer **Zweiteilung**³ in ein Vergaberecht oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte unterworfen, die bis heute fortdauert und sich auch auf den Sektorenbereich erstreckt.

III. Sektorenvergaberecht als Sonderrecht

- 3 Die Vorschriften über die Vergabe von Aufträgen im Sektorenbereich – Energie, Trinkwasser und Verkehr – verschafften den öffentlichen Auftraggebern seit Inkrafttreten der ersten Sektorenrichtlinie⁴ eine Reihe von Privilegien, die das Vergaberecht in diesen Bereichen liberaler gestalten.

Das Sektorenvergaberecht stellt somit einen **Sonderbereich des Vergaberechts** für die Einrichtungen der öffentlichen Daseinsvorsorge dar. Da die Aufgabe der Daseinsvorsorge zu den Kernaufgaben der öffentlichen Hand gehört und damit bis heute weitgehend vom Staat oder durch von diesem beherrschte (und so dem öffentlichen Zweck verpflichtete) Privatunternehmen erfüllt wird, hielt man es für geboten, den Sektorenbereich gesondert vom restlichen Vergaberecht zu regulieren.⁵

2 RL 89/665/EWG und 92/13/EWG i. d. F. der RL 2007/66/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.12.2007 (ABl. EG Nr. L 335/31 vom 20.12.2007).

3 Marx, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kapitel 1 Rn. 8.

4 RL 90/531/EWG vom 17.9.1990, ABl. EG Nr. L 297/1 vom 29.10.1990.

5 Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.2.

Die Einbindung der Sektorenaufraggeber in den Geltungsbereich des Vergaberechts sollte die im Sektorenbereich weitestgehend abgeschotteten Märkte für den Wettbewerb öffnen. Die Leistungsgebundenheit und damit einhergehende Örtlichkeit der von den Versorgungsunternehmen zu erbringenden Leistungen hatte die betreffenden Unternehmen nicht selten dazu animiert, auch bei Auftragsvergaben an andere Unternehmen nur regionale Bieter in die Auswahl zu ziehen. Darüber hinaus wollte der europäische Gesetzgeber mit dem Sektorenvergaberecht die unterschiedlichen Regulierungen in den Einzelstaaten vereinheitlichen.

IV. Neustrukturierung des Sektorenvergaberechts

Das deutsche und europäische Vergaberecht waren seit dem Erlass der Richtlinie 90/531/EWG und ihrer Umsetzung starken Änderungen unterworfen. 4

So ist am 24.4.2009 eine grundlegende Neuregelung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten, die für alle ab diesem Tag begonnenen Verfahren maßgeblich ist (§ 131 Abs. 8 GWB a. F.).

Mit Inkrafttreten der Sektorenverordnung (SektVO) am 29.9.2009 sind die Abschnitte 3 und 4 der VOB/A, VOL/A und die §§ 8 und 9 VgV a. F. ausgegliedert und in der SektVO zusammengefasst worden, die nunmehr für alle ab diesem Tag begonnenen Verfahren Geltung beansprucht (§ 34 SektVO a. F.). Infolge der Trennung des Sektoren- vom sonstigen Vergaberecht wurde die VgV nicht mehr auf den Sektorenbereich anwendbar, § 2 Nr. 1, §§ 7 und 12 VgV a. F. wurden aufgehoben und erstmals eigene und einheitliche Vergabevorschriften für alle Auftraggeber der Bereiche

- **Trinkwasserversorgung**
- **Energieversorgung (Elektrizitäts-, Gas- und Wärmeversorgung)** und
- **Verkehr**

geschaffen. Infolge dessen haben Vergaben von Sektorenaufrägen durch Sektorenaufraggeber ausschließlich nach der SektVO zu erfolgen, selbst dann, wenn es sich um Vergaben von Bauaufträgen handelt, die außerhalb des Sektorenbereichs nach der VOB/A vergeben werden müssten.

Der Gesetzgeber hat die Umstrukturierung des Vergaberechts genutzt, um auch die verbliebenen Vergabeordnungen zu verschlanken und zu vereinheitlichen und – wie die SektVO – dem Ablauf des Vergabeverfahrens nachzubilden. Die SektVO erhält zudem eigenständige Regelungen zu den Schwellenwerten und zur Schätzung der Auftragswerte (§ 2 SektVO). Sie gilt ausschließlich für Beschaffungsvorgänge, die die EU-Schwellenwerte überschreiten, vgl. § 1 Abs. 1 SektVO. Hieraus ergibt sich, dass die Vergaben von Stadtwerken, Energieversorgungs- und Verkehrsunternehmen sowie Kommunen, die die Trinkwasser- oder Energieversorgung über einen Eigenbetrieb oder Regiebetrieb betreiben, nach der SektVO erfolgen.

Am 18. April 2016 wurden durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz neben dem GWB die SektVO VgV und VSVgV neu gefasst und um eine Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) ergänzt. Die VOL/A und VOF fielen im Oberschwellenbereich weg; im Unterschwellenbereich wird die Vergabe von Lieder- und Dienstleistungsaufträgen nun durch die UVgO geregelt.

V. Aufbau der Sektorenverordnung

- 5 Die SektVO ist in fünf Abschnitte untergliedert und um drei Anhänge erweitert: Abschnitt 2 gibt den Ablauf des Vergabeverfahrens wieder, die Abschnitte 3 und 4 enthalten besondere Vorschriften für energieverbrauchsrelevante Leistungen bzw. Planungswettbewerbe, Abschnitt 1 enthält allgemeine Bestimmungen und Abschnitt 5 enthält Übergangs- und Schlussbestimmungen.

VI. Rechtsgrundlagen für Vergaben im Sektorenbereich

- 6 Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen, die zur Anwendung von vergaberechtlichen Vorschriften verpflichten, ist zwischen dem eigentlichen Vergaberecht, das Geltung aus sich selbst heraus beansprucht und zu seiner Anwendung verpflichtet⁶ und den haushaltrechtlichen Vorschriften zu unterscheiden, die die Anwendung von Vergabevorschriften unabhängig davon vorschreiben.⁷

1. Grundprinzipien des Vergaberechts

- 7 Das Vergaberecht auf europäischer und nationaler Ebene ist von einer Reihe übergeordneter Prinzipien geprägt, die sich wie ein roter Faden durch die Regelungen ziehen und den öffentlichen Auftraggeber zu einer möglichst **transparenten** und **diskriminierungsfreien** Beschaffung im **Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichten. Auch bei Vergabeverfahren, die in den Anwendungsbereich der SektVO fallen sind diese Grundprinzipien zu beachten.⁸ Auf Grundlage des primären Gemeinschaftsrechts (AEUV) hat sich der Auftraggeber daher von diesen folgenden Prinzipien leiten zu lassen:

- 8 a) **Transparenz.** Das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB und § 35 SektVO) fordert im Wesentlichen **übersichtliche, nachvollziehbare Verfahren** und **vorhersehbare Entscheidungskriterien**. Dies soll den potentiellen Bietern einerseits die Möglichkeit geben, ihre Chancen bei einer Teilnahme am Vergabeverfahren von vorne herein zu erkennen und ihre Angebote zielgerichtet an den Bedürfnissen des Auftraggebers zu orientieren. Andererseits zwingt die Öffentlichkeit den Auftraggeber dazu, unparteiisch zu verfahren und kleinen Bieter entgegen dem Grundsatz Wirtschaftlichkeit zu bevorzugen. Transparenz ist damit zugleich eine Voraussetzung für die Verwirklichung des **Wettbewerbsgebots:** Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn potenzielle Bieter chancengleich Kenntnis von den nachgefragten Leistungen und den Ausschreibungsbedingungen erlangen können.⁹

Ex-ante-Transparenz wird vor allem durch **öffentliche Ausschreibungen** erreicht; an ihr sind die Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Leistungsinhalt, die Veröffentlichung der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsbedingungen zu messen. Der Inhalt der Leistung und die Bedingungen des Auftrags müssen in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen so **eindeutig**

6 Dazu sogleich unter Rn. 17.

7 Sodann unter Rn. 18.

8 Vergabekammer Karlsruhe, Beschluss v. 22.4.2021 – 1 VK 08/21 –, juris Rn. 54.

9 Marx, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3, Rn. 3.

und erschöpfend beschrieben werden, dass potentielle Bewerber die Leistungsbeschreibung und die Zuschlagskriterien bei durchschnittlicher Fachkunde und Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Insbesondere bei auslegungsbedürftigen Kriterien ist daher anzugeben, welche konkreten Erwartungen der Auftraggeber an die Leistung hat.¹⁰ Der Auftraggeber muss sich bis zum Ende des Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlagskriterien halten und darf diese – auch im Zuge des Verhandlungsverfahrens – nicht mehr wesentlich ändern.¹¹ Dementsprechend darf die Vergabeentscheidung nur auf Kriterien gestützt werden, die vorher bekannt gemacht worden sind.¹² Der Auftraggeber darf den sich aus der ursprünglichen Ausschreibung ergebenden Auftragsgegenstand nicht grundlegend ändern. Ein **Verstoß** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzgebot liegt zudem vor, wenn nicht alle Bieter zum Zeitpunkt der Angebotserstellung über die gleichen Informationen verfügen und damit die gleichen Chancen haben.¹³

Von mindestens ebenso großer Bedeutung ist die sog. **ex-post-Transparenz**, die weitere Informations- und Dokumentationspflichten an den Auftraggeber stellt. Der Vergabevermerk hat die Vergabeentscheidung detailliert genug zu begründen, um von einem mit dem Verfahren vertrauten Leser nachvollzogen zu werden. Ferner die für die Beurteilung des Bieters und des Angebotes erforderlichen Nachweise in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu dokumentieren.

Gerade die Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des gesamten Vergabeverfahrens, um anhand einer **lückenlosen Dokumentation** jeden Schritt des Entscheidungsprozesses verfolgen zu können. Die Dokumentation muss während des Vergabeverfahrens, d. h. in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dem zu dokumentierenden Geschehen erfolgen.¹⁴ Die in der Dokumentation mitgeteilten Angaben und Gründe für die getroffenen Entscheidungen müssen allerdings so detailliert sein, dass sie für einen mit dem Vergabeverfahren vertrauten Leser nachvollziehbar sind.¹⁵ Insbesondere im Hinblick auf die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes sind die verlangten Nachweise für die Beurteilung der Bietereignung und die Kriterien der Auftragerteilung in der Bekanntmachung zu dokumentieren, wenn diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt sind. Entscheidend ist, dass der Bieter anhand der ihm durch den Auftraggeber mitgeteilten Kriterien in der Lage ist, seine Erfolgssichten zu beurteilen und ggf. auch die Entscheidung des Auftraggebers anhand dieser Kriterien nachzuvollziehen. Ferner sollen alle Bieter darüber informiert werden, wie die anderen Teilnehmer geboten haben, um für zukünftige Vergabeverfahren Rückschlüsse ziehen zu können. Auf diese Weise können be-

10 Etwa bei Kriterien wie der Qualität (Brandenburgisches OLG, Beschluss v. 27.3.2012, Verg W 13/11) oder gestalterischen Vorstellungen (VK Südbayern, Beschluss v. 21.1.2019, Z3-3-3194-1-38-11/18.).

11 EuGH, Slg. 2001, I-7725.

12 Hanseat. OLG Bremen, Beschluss v. 6.1.2012, Verg 5/11.

13 OLG Celle, VergabeR 2002, S. 299, 301 f.

14 OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012, 2 Verg 4/12.

15 OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, S. 1146.

gangene Fehler in Zukunft vermieden und die Teilnahme an Vergabeverfahren **taktisch optimiert** werden.

- 9 b) Wettbewerb.** Das **Gebot des fairen Wettbewerbs** (§ 97 Abs. 1 GWB) fordert, dass jedes Unternehmen, egal in welchem Mitgliedstaat der EU es ansässig ist, unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur Auftragsvergabe hat. Das Wettbewerbsgebot stellt insoweit eine direkte Ausprägung der wesentlichen Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarktes – dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr (Art. 34 und 56 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) – dar.¹⁶

Die Auftragsvergabe muss **in allen Phasen** des Vergabeverfahrens so erfolgen, dass ein möglichst wirksamer Wettbewerb um die Aufträge gewährleistet ist. Grundsätzlich soll daher diejenige Verfahrensart bevorzugt werden, die den größeren Wettbewerb schafft. Zudem gebietet das Wettbewerbsgebot einen **Geheimwettbewerb** zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern, bspw. um Preisabsprachen zu vermeiden. Aus diesem Grund kann sich ein einzelner Bieter nicht zugleich als Mitglied einer Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren beteiligen.

Verboten sind ferner vermeidbare Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme gehindert bzw. behindert wird, und anderweitige Verzerrungen des Wettbewerbs wie Subventionen. Absprachen der Bieter mit dem Ziel, den Wettbewerb durch Ausgleichszahlungen, Preisabsprachen, Einigungen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe von Angeboten etc. auszuschalten, sind bereits nach § 1 GWB unzulässig. Vorsicht ist auch bei nachträglichen Preisabsprachen und anderweitigen Verhandlungen über den Auftrag geboten; diese sind nur zulässig, wenn der Auftraggeber das Verhandlungsverfahren gewählt hat. Ferner gebietet auch das Wettbewerbsgebot, dass von der Ausschreibung abweichende Angebote nicht berücksichtigt werden dürfen.¹⁷ Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsgebot liegt schließlich auch darin begründet, dass ein Auftraggeber eine Verfahrensaufhebung herbeiführt, um anschließend im Verhandlungsverfahren vergeben zu können.¹⁸ Ebenfalls unzulässig ist eine Verengung der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Hersteller¹⁹ oder eine unnötige Verschärfung der Anforderungen, die nur noch einem kleinen Kreis von Bietern eine Teilnahme am Vergabeverfahren erlaubt. Ebenso verbietet sich eine „Flucht ins Zuwendungsrecht“ durch eine den Wettbewerb ausschließende Direktvergabe als Zuwendung.²⁰

Nicht generell unzulässig ist es dagegen, wenn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber **berät** oder anderweitig **unterstützt**. Allerdings muss der Auftraggeber sicherstellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.²¹

- 10 c) Vertraulichkeitsschutz.** Die Pflicht zur Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen schließt auch die Vertraulichkeit der zum Zwecke der Ausschreibung

¹⁶ Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, Abschn. 1.4.1.

¹⁷ VK Sachsen-Anhalt, IBR 2014, 750 mit Anm. Baumann.

¹⁸ Siehe hierzu die Ausführungen zur Aufhebung des Vergabeverfahrens.

¹⁹ Siehe hierzu die Ausführungen zur Produktneutralität.

²⁰ VK Münster, Beschluss v. 2.7.2019, VK1-17/19.

²¹ Vgl. § 6a Abs. 8 VOB/A, § 7 EG Abs. 1 VgV.

übermittelten Daten (insb. Geschäftsgeheimnisse und persönliche Angaben zu den Eignungskriterien) ein. Daher enthält die SektVO neben Anforderungen zur Übermittlung und Speicherung der Daten auch Vorgaben zur Ausgestaltung des Verfahrens wie § 5 SektVO.

d) Gleichbehandlung. Der **Gleichbehandlungsgrundsatz** (§ 97 Abs. 2 GWB) stellt die vergaberechtliche Ausprägung der Diskriminierungsverbote aus Art. 18, Art. 34, Art. 49, Art. 56 AEUV dar. Er verpflichtet öffentliche Auftraggeber, alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens in allen Schritten des Verfahrens²² nach objektiv nachvollziehbaren, auftragsbezogenen Kriterien gleich zu behandeln und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Teilnehmer darf lediglich erfolgen, soweit das Gesetz dies ausdrücklich gestattet, und soweit diese aufgrund sachlicher Erwägungen erfolgt.

Bereits die Auswahl der teilnehmenden Unternehmen hat anhand objektiver, allen Interessenten zugänglichen Kriterien zu erfolgen (§ 46 Abs. 1 SektVO). Damit verbieten sich nicht nur jede **Diskriminierung** aufgrund der Staatsangehörigkeit (Bsp.: unnötige Beschränkung auf regionale Bieter²³), sondern alle Formen versteckter oder mittelbarer Diskriminierung, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale zu dem gleichen Ergebnis²⁴ – bspw. zu einer vermeidbaren Bevorzugung ortsansässiger Teilnehmer durch eine entsprechende Ausgestaltung der Eignungskriterien²⁵ – führen. Der Auftraggeber muss allen Bietern gleichzeitig die gleichen Informationen zukommen lassen und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen²⁶ und zu gleichen Anforderungen ihre Angebote abzugeben bzw. ihre Angebote an nachträgliche Änderungen in den Vergabeunterlagen anzupassen.²⁷ Folglich wäre es unzulässig, wenn die Vergabestelle als Termin der Angebotsabgabe einen vor dem Eröffnungstermin liegenden Tag bestimmt, dann aber die Angebotsfrist bis zum Eröffnungstermin verlängert, ohne sämtliche Bieter zu informieren²⁸ oder verspätete Angebote in die Wertung einzubeziehen.

Das Gleichbehandlungsgebot ist ebenfalls verletzt, wenn der Auftraggeber Nebenangebote wertet, obwohl diese in der konkreten Vergabe nicht zugelassen sind oder nur bestimmte Angebote, die unter demselben Mangel leiden, ausschließt.²⁹ Die Bieter sind zugleich an ihre Angebote gebunden; eine nachträgliche Änderung und Ergänzung ist ihnen (soweit der Auftraggeber keine wesentli-

22 EuGH, Urteil v. 25.4.1996, Rs. C-87/94, Rn. 54.

23 EuGH, Slg. 1990 I 289 und 1992 I, S. 3401 ff.

24 EuGH, Rs. C-234/03, VergabeR 2006, S. 63.

25 EuGH, Urteil v. 5.12.1989, Rs. C-3/88, Rn. 8 f.; Urteil v. 19.6.2003, Rs. C-315/01, Rn. 74; VK Sachsen, 19.11.2001, 1-SVK119-01. Hierunter fällt auch die Forderung ausschließlich regionaler Gütezeichen ohne den Zusatz „oder gleichwertig“, vgl. EuGH, Urteil v. 22.9.1988, Rs. 45/87; VK Thüringen, Beschluss v. 7.2.2006, 360-4002.20-063-EF-S.

26 OLG Thüringen, Beschluss v. 30.10.2006, 9 Verg 4/06.

27 OLG Celle, VergabeR 2002, S. 299.

28 OLG Dresden, BauR 2000, S. 1591 ff.

29 BGH, Urteil v. 26.9.2006, XZB 14/06, NZBau 2006, 800 (802); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.3.2006, Verg 98/05, ZfBR 2006, 513 (514); OLG Naumburg, Beschluss v. 12.4.2012, 2 Verg 1/12, VergabeR 2012, 750.

chen Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt) untersagt.³⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert des Weiteren eine marken- und produktneutrale Ausschreibung.

Eine Diskriminierung liegt hingegen nicht vor, wenn die unterschiedliche Behandlung sachlich **gerechtfertigt und verhältnismäßig** ist. So kann es u. U. gerechtfertigt sein, für den Fall der Auftragserteilung eine Präsenz vor Ort zu verlangen, z. B. bei einem Auftrag zur Bauüberwachung.

Da sich der Gleichbehandlungsgrundsatz bereits aus dem Verfassungsrecht ergibt (Art. 3 Abs. 1 GG), ist er unabhängig von der Anwendbarkeit des GWB und der Erreichung der Schwellenwerte bei sämtlichen Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand zu beachten.

- 12 e) Wirtschaftlichkeit.** § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB und § 52 Abs. 1 SektVO unterstellen die Vergabe dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit. Entscheidend ist daher nicht allein der niedrigste Preis oder die beste Bewertung bei den anderen, für die Vergabeentscheidung relevanten Kriterien (wie der Ausführungsdauer, Qualität, Ästhetik, Vertragsabwicklung und der Gewährleistung), sondern das beste **Preis-Leistungs-Verhältnis**. Eine Beschränkung auf den niedrigsten Preis ist nur dort möglich, wo der Gegenstand der Ausschreibung homogene Angebote erwarten lässt.³¹ Der Auftraggeber wird dadurch gezwungen, wie ein Marktteilnehmer zu handeln; er soll bei der Beschaffung unternehmerisch-rational, vorhersehbar und nachvollziehbar eigennützig, d. h. „wie ein Privater“ vorgehen. Das Ziel dieser Anforderungen liegt auf der Hand: die wirtschaftliche Vergabe soll dabei helfen, die Haushaltsdisziplin zu wahren und die Vergabeentscheidung von persönlichen oder weltanschaulichen Motiven frei zu halten. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit wirkt sich darüber hinaus aber nicht nur auf die Vergabeentscheidung an sich aus, sondern fordert auch eine möglichst **effiziente Gestaltung des Vergabeverfahrens**.³² Eine Konsequenz dessen ist, dass eine europaweite Ausschreibung erst ab bestimmten Auftragswerten erfolgen muss und geringwertige Leistungen z. T. freihändig vergeben werden können.

- 13 f) Förderung mittelständischer Interessen.** Im Rahmen der Auftragsvergabe sollen nach § 97 Abs. 4 GWB mittelständische Interessen gefördert werden. Das geschieht insb. durch **Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose**, soweit dies ökonomisch und technisch sinnvoll ist.³³ Eine Losvergabe darf nur noch in begründeten – und in der Dokumentation zu begründenden³⁴ – Ausnahmefällen unterbleiben.

Die Förderung mittelständischer Interessen ist damit ein von allen öffentlichen Auftraggebern zu beachtender **Rechtsgrundsatz**. Die Pflicht zur mittelstandsfreundlichen Vergabe dient zugleich – wenn auch nur indirekt – dem Primat der Wirtschaftlichkeit und dem Wettbewerbsgebot, indem sie einer marktbeherr-

30 VK Sachsen-Anhalt, IBR 2014, 750 mit Anm. Baumann; OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, S. 105, 106.

31 OLG Frankfurt, Beschluss v. 5.6.2012, 11 Verg 4/12. Zur Anwendung dieses Kriteriums bei der Ausschreibung von Dienstleistungen OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2012, VII-Verg 17/12.

32 Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 9.

33 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2011, Verg 63/10.

34 Hierzu *Byok*, NWZ 2009, S. 551, 552.

schenden Konzentration auf größere Unternehmen entgegenwirken soll.³⁵ Dies soll im Zuge der Umsetzung der Sektorenvergaberichtlinie beibehalten werden.³⁶

Mittelständische Interessen sind aber auch über die Losvergabe hinaus bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, etwa im Rahmen der Eignungsprüfung. So dürfen keine Referenzen verlangt werden, die nur von größeren Unternehmen beigebracht werden können, aber für den konkreten Auftrag nicht erforderlich sind.³⁷ Ebenso wenig darf der Auftraggeber Auswahlkriterien formulieren, die die Größe eines Unternehmens ohne auftragsbezogenen Grund als positives Differenzierungsmerkmal einführen.³⁸ Freilich darf aus § 97 Abs. 4 GWB nicht gefolgt werden, dass der Mittelstand bei der Auftragsvergabe bevorzugt zu behandeln sei; darin läge ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, auch der Wettbewerbsgrundsatz und die Wirtschaftlichkeit wären berührt. Die Regelung zielt insofern nur auf eine **mittelstandsgerechte, nicht mittelstandsbevorzugende Vergabe**.

Die Begriffe „**Mittelstand**“ bzw. „**kleine und mittlere Unternehmen (KMU)**“ sind bislang nicht im deutschen Recht definiert. Nach der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen handelt es sich um KMU, wenn das Unternehmen weniger als 250 Personen beschäftigt, einen Jahresumsatz von max. 50 Millionen EUR oder eine Jahresbilanzsumme von max. 43 Millionen EUR hat und bestimmte Unabhängigkeitskriterien erfüllt.³⁹ Entscheidend ist aber letztlich die relative Größe der Marktteilnehmer, wobei es auf die vorhandenen Marktstrukturen ankommt.

g) Verwirklichung des freien europäischen Binnenmarktes. Das Vergaberecht dient zudem der **Beseitigung jeglicher Handelshemmnisse** innerhalb des Europäischen Binnenmarktes. Konkretisiert werden vor allem die Grundfreiheiten des AEUV, die den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleisten sollen. Durch Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs und EU-weite Ausschreibungen ohne Diskriminierung ausländischer Unternehmen (s. o.) soll das Vergaberecht einen Beitrag zur Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes leisten.

Gleichwohl stellt auch die RL 2014/25/EU klar, dass sich hieraus weder eine unmittelbare Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Vergabe von Leistungen an Dritte (Privatisierung)⁴⁰ noch eine zwingende Entscheidung zugunsten einer grenz-

35 Marx, Vergaberecht für Versorgungsbetriebe, Kap. 3 Rn. 8 m. w. N.

36 RL 2014/25/EU, Erwägungsgrund 87; Beschluss „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“ des Bundeskabinetts vom 7.1.2015.

37 Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 5. Aufl. 2023, GWB § 97 Rn. 120 f.

38 Schütte/Horstkotte/Schubert/Wiedemann, Vergabe öffentlicher Aufträge, S. 8.

39 ABI. EG L 124/36 vom 20.5.2003; am 6.5.2003 nahm die Kommission die neue Empfehlung 2003/361/EG zur KMU-Definition an, die seit dem 1.1.2005 die Empfehlung 96/280/EG ersetzt. Die Änderung berücksichtigt die wirtschaftlichen Entwicklungen seit 1996 und die Erfahrungen mit der Anwendung der vorherigen Definition. Sie erhöht die Rechtsicherheit bzgl. der Definition von kleinen und mittleren Unternehmen und verringert gleichzeitig die Umgehungsmöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf staatliche Beihilfen, Strukturfonds und das Forschungs- und das Entwicklungsrahmenprogramm.

40 Einleitung zur RL 2014/25/EG, Abschnitte 7 und 8.

übergreifenden Vergabe⁴¹ oder Liberalisierung der mitgliedsstaatlichen Rechtsysteme (z. B. Abbau sozialer Standards)⁴² ergibt.

- 15 h) Treu und Glauben.** Der zivilrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben fließt über das Gebot des fairen Wettbewerbs auch in das Vergaberecht ein. Er verbietet dem Auftraggeber die Ausübung von Rechten zu vertragsfremden Zwecken und jedes weitere rechtsmissbräuchliche Verhalten.⁴³ Er verbietet dem Auftraggeber zudem, ohne Ankündigung von seiner früheren Vergabepraxis z. B. von den von ihm angewandten Angebotskriterien abzuweichen oder sich ohne triftigen Grund in Widerspruch zu seinem eigenen, rechtserheblichen Tun (bspw. der Einschätzung, ob ein Bieter geeignet ist) hinwegzusetzen. Voraussetzung ist jeweils, dass ein schutzwürdiges Vertrauen des Bieters darauf besteht, dass sich der Auftraggeber in einer bestimmten Art und Weise verhalten wird.

Fall: „Heute so, morgen so“

Die Stadt S schreibt ein größeres Vorhaben im Sektorenbereich in mehreren Losen mit nahezu identischen Eignungsanforderungen aus. Das Unternehmen U bewirbt sich daraufhin mit ebenfalls nahezu wortgleichen Anträgen auf mehrere Lose. U erhält den Zuschlag für zwei Lose. Auf Nachfrage wird ihm jedoch mitgeteilt, dass er bei einem weiteren Los mangels Eignung ausgeschlossen wurde. U ist angesichts dieser „Willkür“ aufgebracht. Zu Recht?

Lösung:

Der Grundsatz von Treu und Glauben soll verhindern, dass der Auftraggeber willkürlich von seinen eigenen Einschätzungen und Erklärungen abweicht. Nach der Rechtsprechung ist der Auftraggeber jedoch nicht an seine Wertungen bei anderen Losen oder früheren Vergabeverfahren gebunden.⁴⁴ Ihm steht daher hinsichtlich jedes Loses ein individueller Beurteilungsspielraum zu, der durch seine persönlichen Wertungen bei anderen Ausschreibungen nicht gebunden wird.⁴⁵ Entscheidend ist vielmehr, dass sämtliche Bieter des jeweiligen Loses gleich und nicht aufgrund willkürlicher Erwägungen behandelt wurden.⁴⁶

Sofern die Stadt nachvollziehbar darlegen kann, warum sie bei den o. g. Losen zu unterschiedlichen Ergebnissen kam, würde einem Nachprüfungsangtrag des U daher kein Erfolg beschieden sein.

- 16 i) Anforderungen an die Kommunikation.** Aufgrund der Anfälligkeit öffentlicher Vergaben für Absprachen und andere Marktverzerrungen hat sich eine Reihe von Erfordernissen für die Übermittlung von Informationen zwischen Auftraggebern und Bieter/Teilnehmern entwickelt, die in §§ 9 bis 12 SektVO festgehalten sind.

41 Einleitung zur RL 2014/25/EG, Abschnitt 7.

42 Einleitung zur RL 2014/25/EG, Abschnitt 8.

43 OLG Celle, Beschluss v. 19.2.2015, 13 Verg 12/15 unter Verweis auf BGH, Urteil v. 11.5.2009, VII ZR 11/08.

44 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.8.2007, VII Verg 27/07 und vom 27.7.2005, VII Verg 108/04.

45 VK Bund, Beschluss v. 31.1.2012, VK 3 3/12.

46 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.3.2005, VII Verg 70/04.