

Inhalt

Literaturverzeichnis.....	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Teil A: Einführung in das Thema	1
I. Vergabe öffentlicher Aufträge.....	1
II. Vergabeverfahrensrecht auf europäischer Ebene	9
III. Vergabeverfahrensrecht in Deutschland	14
1. Entwicklung des deutschen Vergaberechts	14
2. System des deutschen Vergabeverfahrens am Beispiel der öffentlichen Bauvergabe.....	20
IV. Zweck und Begriff der Präqualifikation.....	26
Teil B: Rechtliche Regelung der Präqualifikation	31
I. Regelung auf der EU-Ebene und in anderen EU-Mitgliedstaaten	31
1. Entwicklung der rechtlichen Regelung auf der EU-Ebene	31
2. Die Regelung zur Präqualifikation in der VKR	33
a) Allgemein	33
b) Eignungskriterien für die Präqualifikation.....	36
3. Das Prüfungssystem nach der SKR und der deutschen Sektorenverordnung	39
a) Entwicklung der rechtlichen Regelung.....	39
b) Das Prüfungssystem nach Art. 53 SKR/§ 24 SektVO im einzelnen	41
4. Regelungen zur Präqualifikation im Baubereich in einigen europäischen Ländern	47
a) Überblick allgemein	47

b)	Österreich.....	49
c)	Großbritannien	52
d)	Überblick weitere Länder	54
II.	Regelungen zur Präqualifikation in Deutschland (Überblick).....	56
1.	Gesetzliche Regelung im GWB	56
2.	Sozialrecht: Regelung im SGB V	58
a)	Allgemeines	58
b)	Vorgezogene Eignungsprüfung	61
3.	Regelung in der Sektorenverordnung	67
4.	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A)	67
5.	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A)	72
6.	Sonstige nicht-staatliche Regelungen	75
a)	Präqualifikationsverfahren der Industrie- und Handelskammern	75
b)	Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis.....	76
c)	Gütezeichen der Wirtschaft	78
III.	Die Präqualifikation im Baubereich in Deutschland	80
1.	Anforderungen an die Präqualifikation von Bauunternehmen nach der VOB/A.....	80
2.	Die Regelung der Leitlinie BMVBS	82
a)	Die Leitlinie BMVBS als Grundlage des Präqualifizierungsverfahrens in Deutschland	83
b)	Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V.	84
c)	Präqualifizierungsstellen	86
d)	Prüfkriterien und Eignungsnachweise.....	87
e)	Streichung aus der Liste präqualifizierter Bauunternehmen	90
f)	Beschwerde.....	91
3.	Praktische Erfahrungen mit der Präqualifikation nach der Leitlinie BMVBS	92
a)	Beteiligung am Präqualifizierungsverfahren.....	93
b)	Durchführung der Präqualifizierung.....	94
c)	Probleme: Referenzen/Akzeptanz.....	95

Teil C: Europarechtliche Beurteilung der Regelungen zur Präqualifikation	99
I. Europarechtliche Vorgaben von VKR und SKR und § 97 Abs. 4 a GWB	99
1. Allgemeines.....	99
2. Literaturmeinungen zum Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 a GWB	102
3. § 97 Abs. 4 a GWB als allgemeiner Grundsatz	105
4. § 97 Abs. 4 a GWB im Rahmen der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben	110
a) Zur Umsetzung der Richtlinien-Bestimmungen.....	110
b) § 97 Abs. 4 a GWB im Vergleich mit Art. 53 Abs. 1 SKR und Art. 52 Abs. 1 VKR.....	112
c) Auslegung des Art. 52 Abs. 1 VKR.....	114
(1) „Amtliche Verzeichnisse“	114
(2) „Zertifizierung durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Stellen“	115
(3) Parlamentarische Beratung	117
5. Überschießende Umsetzung und „gold plating“ von Richtlinien.....	118
6. Öffnungsklausel oder mindestharmonisierende Richtlinie?.....	120
7. Bedeutung des § 97 Abs. 4 a GWB für die Vergabe öffentlicher Aufträge	124
a) Vergabe öffentlicher Bauaufträge	124
b) Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge	127
c) Auftragsvergabe im Sektorenbereich	128
8. Ergebnis.....	128
II. Präqualifikation nach VOB/A und Leitlinie BMVBS als Umsetzung europarechtlicher Vorgaben in der VKR.....	130
1. Zur formalen Umsetzung europarechtlicher Vorgaben in der VKR.....	130
a) Allgemeines	130
b) Formale Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht	131
c) Rechtsqualität der VOB/A	132
(1) VOB/A-Regelungen als Verwaltungsvorschriften	132
(2) Verweisung der Vergabeverordnung auf den 2. Abschnitt der VOB/A	137
(3) Exkurs: Vergaben mit Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte	140
(4) Folgerungen für den Rechtsschutz.....	143
d) Rechtsqualität der Leitlinie BMVBS	145
(1) Präqualifikation im Vergabebereich ab den EU-Schwellenwerten	145

(2) Präqualifikation im Vergabebereich unterhalb der EU-Schwellenwerte	152
e) Einhaltung der formalen Umsetzungsanforderungen?.....	153
f) Ergebnis	155
2. Inhaltliche Umsetzung der Vorgaben der VKR	156
a) Vorgaben der VKR	156
b) VOB/A	159
c) Leitlinie BMVBS	160
(1) Allgemeines	160
(2) Regelung der Gründe zum Ausschluss von einer Präqualifikation in der Leitlinie BMVBS	161
(3) Einzuhalrende Grenzen bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht.....	167
(aa) Verschärfung der Ausschlussgründe	167
(bb) Ermessensentscheidung	169
d) Ergebnis	172
III. Präqualifikation nach der VOL/A und Vorgaben der VKR	174
1. Allgemeines.....	174
2. Die Regelung des § 7 EG Abs. 4 VOL/A	176
a) Keine Ausrichtung an Art. 52 VKR	176
b) § 97 Abs. 4 a GWB ist keine gesetzliche Grundlage.....	177
c) Richtlinienkonforme Auslegung.....	178
d) Ergebnis	180
3. Exkurs: Die Regelung des § 6 Abs. 4 VOL/A	180
IV. Präqualifikation nach § 126 Abs. 1 a SGB V und VKR	182
1. Allgemeines	182
2. Anforderungen nach der VKR	183
3. Regelung der Präqualifikation in § 126 Abs. 1 a SGB V	184
a) Konkretisierung der Eignungskriterien	185
b) Form der Umsetzung in nationales Recht.....	188
4. Ergebnis.....	190
V. Bauvergabe-Präqualifikation und Grundfreiheiten des AEUV	192
1. Allgemein zu den Grundfreiheiten des AEUV	192
2. Dienstleistungsfreiheit	198

3.	Regelungen der VKR und des deutschen Vergaberechts in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit.....	205
a)	Allgemein	205
b)	VKR	206
c)	Vergabebestimmungen von GWB/VgV/VOB/A-EG	208
d)	Leitlinie BMVBS.....	211
e)	Zusammenfassung	211
VI.	Bauvergabe-Präqualifikation und Kartellverstoß nach Art. 101 AEUV	212
1.	Allgemeines.....	212
2.	Die Argumentation bei Koenig/Hentschel/Steiner	213
a)	Tätigkeit der Arbeitsgruppe.....	214
b)	Tätigkeit des PQ-Vereins.....	219
3.	Zu einigen Thesen bei Koenig/Hentschel/Steiner	221
4.	Die Arbeitsgruppe bzw. der PQ-Verein/die Präqualifizierungsstellen als Normadressaten des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV	228
a)	„Unternehmen“/„Unternehmensvereinigung“: Rechtsform	228
(1)	Funktionales Verständnis.....	229
(2)	Unternehmen	230
(3)	Unternehmensvereinigung	230
(4)	Arbeitsgruppe/PQ-Verein/Präqualifizierungstellen	232
(aa)	Arbeitsgruppe	232
(bb)	PQ-Verein und Präqualifizierungsstellen	233
b)	„Unternehmen“/„Unternehmensvereinigung“: unternehmerische Betätigung	234
(1)	Wirtschaftliche Tätigkeit	234
(2)	Gewinnerzielung und Entgelthlichkeit	236
(3)	Zweckverfolgung der Unternehmensvereinigung	237
(4)	Dauerhaftigkeit	238
(5)	Arbeitsgruppe und PQ-Verein/Präqualifizierungsstellen	240
(aa)	Arbeitsgruppe	240
(bb)	Präqualifizierungsstellen	244
(cc)	PQ-Verein.....	245
(6)	Zusammenfassung	246
5.	Vereinbarung/Beschluss/aufeinander abgestimmte Verhaltensweise	247

a)	Vereinbarung zwischen Unternehmen	247
b)	Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen	248
(1)	Arbeitsgruppe.....	249
(2)	PQ-Verein und Präqualifizierungsstellen	250
c)	Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	250
6.	Handeln im Rahmen staatlicher Rechtsvorschriften	252
7.	„Effet utile“ – Rechtsprechung	256
8.	Zusammenfassung.....	261
VII.	Die Prüftätigkeit der Präqualifizierungsstellen als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV	262
1.	Allgemeines.....	262
2.	Die Tatbestandsmerkmale des Art. 102 AEUV	262
a)	Unternehmen als Verbotsadressat	262
b)	Marktbeherrschendes Unternehmen	263
c)	Missbrauch.....	264
3.	Ergebnis.....	266
4.	Maßnahme nach Art. 106 Abs. 1 AEUV?	266
VIII.	Antragssperren der Leitlinie BMVBS und Wettbewerbsregeln	268
1.	Allgemeines	268
2.	In Betracht kommende Regelungen	269
a)	VKR	269
b)	Regelungen im deutschen Recht für öffentliche Bauvergaben	270
(1)	Auftragswerte ab den EU-Schwellenwerten	270
(2)	Auftragswerte unterhalb der EU-Schwellenwerte	271
(3)	Sonstige Ausschlussregelungen.....	271
(4)	Präqualifizierungsverfahren	272
(5)	Die Detailregelungen der Leitlinie BMVBS	274
3.	Antragssperre als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 102 AEUV	276
a)	Marktbeherrschendes Unternehmen	277
b)	Missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung.....	277
(1)	Antragssperre als Eingriff in den Wettbewerb.....	277
(2)	Antragssperre als missbräuchliches Verhalten	278

c) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	279
d) Selbstbestimmtes Handeln	281
4. Die Antragssperre der Leitlinie BMVBS als staatliche Maßnahme i. S. von Art. 106 AEUV	283
a) Allgemeines	283
b) Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 1 AEUV	285
(i) Betroffene Unternehmen.....	285
(aa) Unternehmensbegriff	285
(bb) Öffentliche Unternehmen	286
(cc) Unternehmen, denen besondere oder ausschließliche Rechte gewährt werden.....	287
(2) „Maßnahmen“ des Mitgliedstaates	290
(3) Den Verträgen widersprechende Maßnahme	292
(aa) Verstoß gegen Art. 102 AEUV.....	292
(bb) Verstoß gegen Regelungen der VKR.....	295
c) Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV ?.....	296
d) Ergebnis	299

Teil D: Präqualifikationsverfahren und Regelungen

deutschen Rechts	301
I. Bekanntmachung der Leitlinie BMVBS.....	301
II. Die Leitlinie BMVBS und Art. 80 GG	305
1. Allgemeines.....	305
2. Art. 80 GG und dynamische Verweisung	307
a) Dynamische Verweisung	307
b) Verweisung auf die Leitlinie BMVBS	309
c) Umsetzung von EU-Unionssrecht und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG	311
3. § 97 Abs. 6 GWB keine direkte Rechtsgrundlage	312
4. Ergebnis.....	313
III. Antragssperre für das Präqualifizierungsverfahren	314
1. Allgemeines	314
2. Als Antragssperre in Betracht kommende Regelungen	315
3. Rechtliche Beurteilung der Antragssperre nach Ziffern 8 (2) und 9.3 (2) der Leitlinie BMVBS	317

a) Allgemein	317
b) Berufsfreiheit	321
c) Regelung „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“	324
d) Wesentlichkeitstheorie.....	325
e) Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG	326
f) Übermaßverbot/Verhältnismäßigkeit.....	329
g) Ergebnis.....	332
4. Rechtliche Beurteilung der Antragssperre aus § 21 SchwarzArbG und § 21 Abs. 1 AEntG	332
IV. Problem des „Newcomers“	336
1. Allgemeine Problematik	336
2. Regelungen der VKR und der VOB/A.....	337
3. Präqualifikation.....	339
4. Verstoß gegen Grundrechte ?.....	339
a) Allgemein	339
b) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG ?	340
c) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG ?	342
(1) Grundgesetzliche Regelung.....	342
(2) Anwendung auf den „Newcomer“	343
(3) Ausschluss von „Newcomer“ durch Erlasse des BMVBS	345
Teil E: Zusammenfassendes Ergebnis der Untersuchung	349
I. Überblick	349
II. Einzelergebnisse der Untersuchung	352
1. § 97 Abs. 4 a GWB	352
2. § 126 Abs. 1 a SGB V	353
3. § 7 EG Abs. 4 VOL/A	354
4. Leitlinie BMVBS	354
5. Erlasse des Bundes.....	356
III. Präqualifikation als sinnvolle Regelung auf EU-Ebene?	357
Anhang	359