

## **B 1**

### **Vergaberecht**

#### **Inhaltsübersicht**

- 1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte
  - 1.1 Haushaltsrecht
  - 1.2 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Abschnitt 1
- 2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte
  - 2.1 EU-Vergaberichtlinien
  - 2.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
  - 2.3 Vergabeverordnung
  - 2.4 Sektorenverordnung
  - 2.5 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
  - 2.6 Konzessionsvergabeverordnung
  - 2.7 Vergabestatistikverordnung
- 3 Übersicht Rechtsstruktur
- 4 Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts
  - 4.1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte
  - 4.2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte
- 5 Aufträge i. S. d. Vergaberechts
  - 5.1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte
  - 5.2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte
    - 5.2.1 Definition und Abgrenzung
    - 5.2.2 Schwellenwerte
    - 5.2.3 Bereichsausnahmen
    - 5.2.4 Sonderfälle
      - 5.2.4.1 Auftragsänderungen
      - 5.2.4.2 Auftragskündigungen
- 6 e-Vergabe

Das Vergaberecht ist letztlich wieder nur ein Oberbegriff für ein immer engmaschiger geknüpft **Vorschriftennetz** auf nationaler, europäischer und – über die EU hinausgehend – auf internationaler Ebene.

Die wichtigsten Regelungen für die Vergabe von Aufträgen sind in Abbildung B 1 dargestellt:



Abbildung B 1: Die wichtigsten Vorschriften für die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen

- 1) Änderungsprotokoll vom 30.3.2012; in Kraft seit 6.4.2014
- 2) Richtlinie 2014/24/EU vom 26.2.2014, ABl. EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 65 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 VO 2015/2170 der Kommission vom 24.11.2015, ABl. EU Nr. L 307, S. 5 vom 25.11.2015
- 3) Richtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989, ABl. EG Nr. 395, S. 33 ff. vom 30.12.1989, zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007, ABl. EG Nr. L 355, S. 31 ff. vom 30.12.2007
- 4) Richtlinie 2014/25/EU vom 26.2.2014, ABl. EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 243 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 2015/2171 der Kommission vom 24.11.2015, ABl. EU Nr. L 307, S. 7 vom 25.11.2015
- 5) Richtlinie 92/13/EG vom 25.2.1992, ABl. EG Nr. L 76, S. 14 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 2007/66/EG vom 11.12.2007, ABl. EG Nr. L 355, S. 31 ff. vom 30.12.2007
- 6) Richtlinie 2009/81/EG vom 13.7.2009, ABl. EG Nr. L 216, S. 76 ff. vom 20.8.2009, zuletzt geändert durch Art. 1 2015/2340 der Kommission vom 15.12.2015, ABl. EU Nr. L 330, S. 14 vom 16.12.2015

- 7) Richtlinie 2014/23/EU vom 26.2.2014, ABl. EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 1 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 2015/2172 der Kommission vom 24.11.2015, ABl. EU Nr. L 307, S. 9 vom 25.11.2015
- 8) GWB i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, ber. S. 3245) zuletzt geändert durch Art. 1 G vom 17.2.2016 (BGBl. I S. 203)
- 9) VgV vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624)
- 10) SektVO vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624)
- 11) VSVgV vom 12.7.2012 (BGBl. I S. 1509), zuletzt geändert durch Art. 5 VO vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624)
- 12) KonzVgV vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624)
- 13) VergStatVO vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624)
- 14) VOB/A vom 7.1.2016, BAnz AT 19.1.2016 B3
- 15) VOB/A vom 7.1.2016, BAnz AT 19.1.2016 B3
- 16) HGrG vom 19.8.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Art. 1 G vom 27.5.2010 (BGBl. I S. 671)
- 17) VOL/A 2009 vom 20.11.2009, BAnz Nr. 196a vom 29.12.2009 in der Fassung der Berichtigung vom 19.2.2010, BAnz Nr. 32 vom 26.2.2010
- 18) VOB/A vom 7.1.2016, BAnz AT 19.1.2016 B3

Dieses Normengerüst wird noch ergänzt durch eine Vielzahl von Landesvergabegesetzen und Verwaltungsvorschriften (z. B. zur Berücksichtigung sozialer Aspekte oder von Umweltbelangen)<sup>1)</sup>.

Die Abbildung zeigt eine **Zweiteilung** im deutschen Vergaberecht: Entweder wird ein Vergabeverfahren als nationales Verfahren oder als EU-weites Verfahren durchgeführt. Die Differenzierung erfolgt anhand der in den EU-Vergaberichtlinien festgelegten **Schwellenwerte**. Erreicht ein geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nicht, so wird das Vergabeverfahren nach den einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften sowie nach der VOL/A Abschnitt 1 durchgeführt (s. unter 1.1, sog. „nationales Verfahren“). Wird dagegen der maßgebliche Schwellenwert vom geschätzten Auftragswert erreicht oder überschritten, so finden die inter-/supranationalen Regeln bzw. die zu ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Vergabevorschriften Anwendung (s. unter 1.2, sog. „EU-weites Verfahren“).

Die rechtlich und praktisch **entscheidende Weiche** wird demnach durch den Abgleich des geschätzten Auftragswertes mit dem maßgeblichen Schwellenwert gestellt. Die Schwellenwerte sind in nachfolgender Übersicht aufgeführt:

---

1) Siehe hierzu weiterführend Ley, Vergabehandbuch für Lieferungen und Dienstleistungen.

Klassische Auftraggeber (Bund, Länder, Gemeinden etc.)	Sektorenauftraggeber (Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung)
<b>Lieferaufträge</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Bundesbehörden oder vergleichbare Bundeseinrichtungen <ul style="list-style-type: none"> <li>• grundsätzlich: <b>135 000 Euro</b></li> <li>• Verteidigungsbereich Waren, die nicht im Anhang RL III 2014/24/EU aufgeführt sind: <b>209 000 Euro</b></li> </ul> </li> <li>– Sonstige Auftraggeber: <b>209 000 Euro</b></li> </ul>	<b>418 000 Euro</b>
<b>Dienstleistungsaufträge</b>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>– Bundesbehörden oder vergleichbare Bundeseinrichtungen: <b>135 000 Euro</b></li> <li>– Sonstige Auftraggeber: <b>209 000 Euro</b></li> <li>– soziale und andere besondere Dienstleistungen i. S. v. Anhang XIV der RL 2014/24/EU: <b>750 000 Euro</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– grundsätzlich: <b>418 000 Euro</b></li> <li>– soziale und andere besondere Dienstleistungen i. S. v. Anhang XVII der RL 2014/25/EU: <b>1 000 000 Euro</b></li> </ul>

Der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach der **Richtlinie 2009/81/EG (Verteidigung und Sicherheit)** liegt **zzt. bei 418 000 Euro**. Der Schwellenwert für die Vergabe von Konzessionen nach der Richtlinie 2014/23/EU beträgt 5 225 000 Euro. Die Schwellenwerte werden auf europäischer Ebene alle zwei Jahre überprüft und ggf. neu festgesetzt. Im Falle einer Neufestsetzung werden die EU-Richtlinien entsprechend angepasst. § 106 GWB verweist bezüglich der Höhe der Schwellenwerte „dynamisch“ auf die EU-Richtlinien. Damit ist sichergestellt, dass die aktuellen Schwellenwerte auch im nationalen Recht Anwendung finden. Einer gesonderten nationalen Rechtsänderung bedarf es daher nicht.

## 1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

### 1.1 Haushaltsrecht

Das deutsche Vergaberecht ist traditionell Teil des **staatlichen Haushaltsrechts**.

Nach **§ 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)**, das den Rahmen für die Haushaltsordnungen für Bund und Länder bildet, muss dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine **öffentliche Ausschreibung** vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. Bund und Länder haben die in § 30 HGrG vorgegebene Ausschreibungspflicht in ihre Haushaltsordnungen übernommen (meist sogar wortgleich, wie z. B. § 55 Bundeshaushaltsordnung – BHO). Auch die Gemeindehaushaltsverordnungen enthalten in der Regel entsprechende Vorschriften.

Der fast formelhaft normierte Vorrang der öffentlichen Ausschreibung bedarf der Ausfüllung durch detailliertere Regelungen für das Vergabeverfahren. Die Haushaltsordnungen verweisen insoweit auf „**einheitliche Richtlinien**“ für die Auftragsvergabe, die für Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) erlassen wurden. Die VOL ist in zwei Teile gegliedert:

- **Teil A:** Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen
- **Teil B:** Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen

Für die **Vergabe** von Leistungen ist nur Teil A der VOL relevant. Teil B betrifft die vertragsgemäße Abwicklung der Leistungen (siehe Teil B 2).

### 1.2 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Abschnitt 1

Die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen **unterhalb der EU-Schwellenwerte** erfolgt unmittelbar **nach Abschnitt 1 der VOL/A**. Dort sind die bei einer Beschaffung zu beachtenden Verfahrensschritte wie z. B. die Wahl der Vergabeart, die Erstellung der Leistungsbeschreibung, die Zuschlagskriterien, Regelungen zu Formen und Fristen detailliert geregelt. Leistungen, die im Rahmen einer **freiberuflichen Tätigkeit** erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind allerdings von Abschnitt 1 der VOL/A **ausgenommen** (§ 1 VOL/A).

## 2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte

Die unter 1 dargestellte historisch gewachsene nationale Rechtslage bei der Vergabe staatlicher Aufträge wurde in den vergangenen beiden Jahrzehnten zunehmend überlagert von **internationalen und europäischen Regelwerken**.

Den völkerrechtlichen Rahmen bildet das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (**Government Procurement Agreement, GPA**). Die Bestimmungen des GPA hat die EU als Vertragspartner der WTO in ihre Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen integriert.

### 2.1 EU-Vergaberichtlinien

Die Grundlagen für die europäischen Vergabevorschriften sind im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) enthalten, namentlich in den Bestimmungen zum freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr, wonach jegliche Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit unzulässig ist. Zur Ausfüllung dieser allgemeinen Prinzipien für die öffentlichen Beschaffungsmärkte hat die EU seit 1971 verschiedene **Vergaberichtlinien** erlassen.

Den Kern dieses Regelwerks bildeten

- die Baukoordinierungsrichtlinie für die Vergabe von Bauaufträgen,
- die Lieferkoordinierungsrichtlinie für die Vergabe von Lieferaufträgen,
- die Dienstleistungsrichtlinie für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen.

Diese sogenannten **Basisrichtlinien** richteten sich an die „klassischen“ Auftraggeber (Bund, Länder und Gemeinden).

Für die öffentlichen und privaten Versorgungsunternehmen in den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Telekommunikation wurde die **Sektorenrichtlinie** erlassen.

Die gleichmäßige Anwendung der Vergaberichtlinien in der Praxis soll durch die **Rechtsmittelrichtlinien** sichergestellt werden, die die Nachprüfung von Verstößen gegen die Vergabebestimmungen ermöglichen sollen.

Im Rahmen eines Anfang 2004 verabschiedeten **Legislativpaketes** wurden die **Vergaberichtlinien novelliert**, um sie einfacher, flexibler und moderner zu gestalten. Zur Verschlankung des Rechtsrahmens wurden zudem die Liefer-, Bau- und Dienstleistungsrichtlinie zu einer Richtlinie zusammengefasst.

Am 21. August 2009 sind diese Richtlinien um die **Richtlinie 2009/81/EG für Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit** ergänzt worden. Deren Ziel ist es, die bisher national noch stark abgeschotteten Märkte für

Verteidigungs- und Sicherheitsbeschaffungen für eine europaweite Auftragsvergabe zu öffnen.

Danach stellte sich die Rechtslage auf europäischer Ebene bisher wie folgt dar:

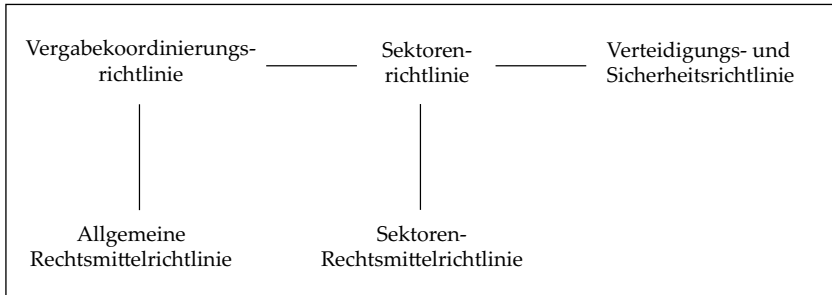


Abbildung B 2

Im Rahmen eines weiteren **Legislativpaketes** hat die EU im Jahr 2014 ihren Vergaberechtsrahmen nochmals novelliert:

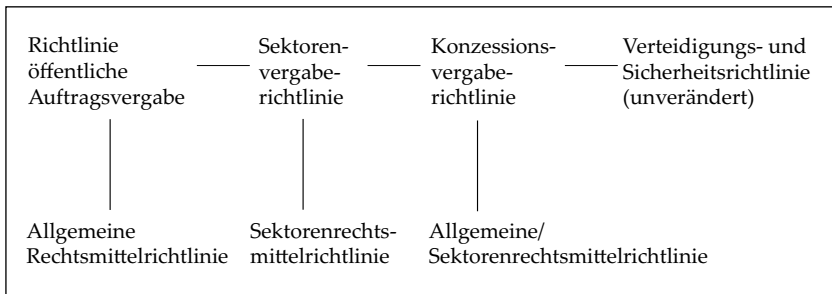


Abbildung B 2.1

Die neuen Richtlinien sind am 17. April 2014 in Kraft getreten und heben die Vergabekoordinierungsrichtlinie und die Sektorenrichtlinie zum 18. April 2016 auf. Bis zu diesem Datum waren die neuen Richtlinien auch von den Mitgliedstaaten umzusetzen. Das gilt auch für die neu erlassene Konzessionsvergabe-richtlinie.

Die EU-Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen gelten in der Regel **nicht unmittelbar**, sondern sind von den Mitgliedstaaten in nationales Recht **umzusetzen** (Art. 288 AEUV). Bei der konkreten Vergabe sind dann die nationa-

len Vorschriften und nicht die EU-Richtlinien anzuwenden. Bis zur Vergaberechtsreform 2016 hatte sich in Deutschland für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen folgende – für klassische Auftraggeber dreistufige – Umsetzungsstruktur etabliert.

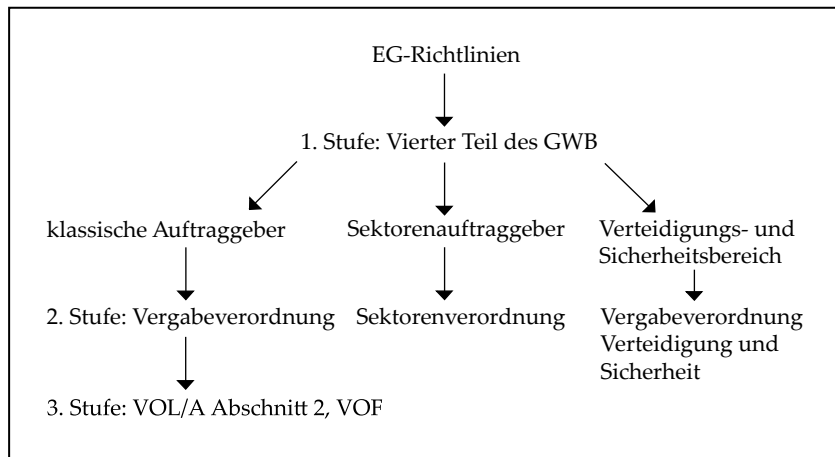


Abbildung B 3

Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien wurde die dreistufige Regelungskaskade für klassische Auftraggeber auf zwei Ebenen reduziert, indem der 2. Abschnitt der VOL/A und die VOF in die VgV integriert wurden:

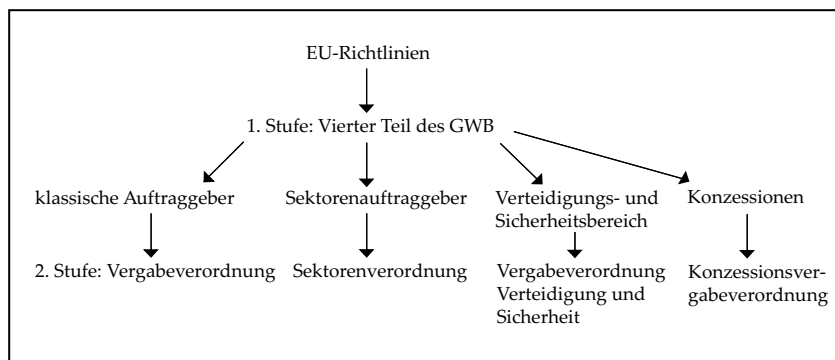


Abbildung B 4



Für Bauaufträge existiert demgegenüber weiterhin eine dritte Umsetzungsebene: für klassische Auftraggeber gilt der 2. Abschnitt der VOB/A (EU-Paragrafen) sowie bei Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich der 3. Abschnitt der VOB/A (VS-Paragrafen).

## 2.2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die erste Umsetzungsebene bildet der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Die Bundesregierung hat die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien zum Anlass genommen, die **bisherige Struktur des GWB im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 zu überarbeiten**. Aufgrund der wesentlich höheren Regelungsdichte und des größeren Umfangs der Richtlinien für die klassische Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU) und für die Auftragsvergabe in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) sind künftig deutlich mehr Vorgaben auf gesetzlicher Ebene vorgesehen als bislang. Hinzu kommt, dass sich die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU) einerseits zum Teil mit den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU deckt, andererseits aber ein im Vergleich zur Vergabe öffentlicher Aufträge erleichtertes Vergabeverfahren für Konzessionen vorsieht. Darüber hinaus bedürfen die Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit einer Sonderregelung im GWB.

Hierzu wurde die Gliederung um die Ebene der Kapitel ergänzt. Im ersten Kapitel des vierten Teils finden sich nun **Regelungen zu den Vergabeverfahren** (§§ 97 bis 154 GWB), im zweiten Kapitel solche zum **Nachprüfungsverfahren** (§§ 155 bis 184 GWB).

Innerhalb des Kapitels „**Vergabeverfahren**“ ist jetzt folgende Gliederung vorgesehen:

- **Abschnitt 1:** Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich
- **Abschnitt 2:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber mit den Unterabschnitten
  - Anwendungsbereich
  - Vergabeverfahren und Auftragsausführung.
- **Abschnitt 3:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen mit den Unterabschnitten

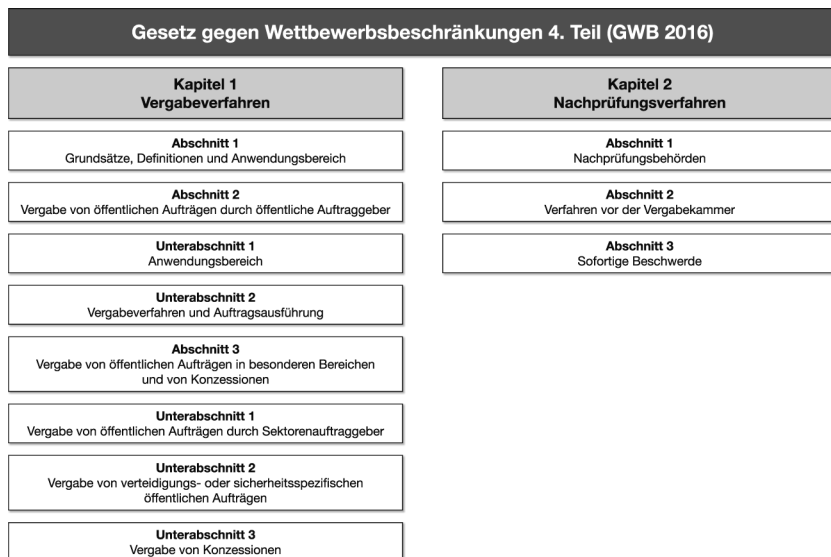
- Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber
- Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen
- Vergabe von Konzessionen.

In den Unterabschnitten des Abschnitts 3 hat man lediglich die jeweiligen Besonderheiten der einschlägigen Auftragsvergabe geregelt und ansonsten auf die Regelungen für öffentliche Auftraggeber verwiesen.

Das Kapitel 2 „**Nachprüfungsverfahren**“ gliedert sich nun in folgende 3 Abschnitte:

- Nachprüfungsbehörden
- Verfahren vor der Vergabekammer
- Sofortige Beschwerde (vor dem Oberlandesgericht).

Zur neuen Struktur des 4. Teils des GWB siehe nachfolgende **Abbildung**.



Um die praktische Anwendung des Gesetzes weiter zu erleichtern, wird der **Ablauf des Vergabeverfahrens** von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags erstmals im Gesetz vorgezeichnet:

- Verfahrensarten und besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren (dynamisches elektronisches Verfahren, elektronische Auktionen, elektronischer Katalog), §§ 119, 120 GWB
- Leistungsbeschreibung, § 121 GWB
- Eignung, § 122 GWB
- Ausschlussgründe, Selbstreinigung und Höchstdauer eines Ausschlusses, §§ 123–126 GWB
- Zuschlag, § 127 GWB
- Vertragsausführung und Ausführungsbedingungen, §§ 128–129 GWB
- Auftragsänderungen und Kündigung, §§ 132–133 GWB.

Außerdem werden die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, strategische Ziele – z. B. **umweltbezogene, soziale oder innovative Aspekte** – im Rahmen von Vergabeverfahren vorzugeben, ausgeweitet (z. B. § 97 Abs. 3 GWB).

Die stärkere **Nutzung elektronischer Mittel** soll für effizientere Vergabeverfahren sorgen (§ 97 Abs. 5 GWB). § 97 Abs. 5 GWB beschränkt sich allerdings auf den Grundsatz, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 S. 2 Nummer 4 GWB erlassen werden.

Kommunale Freiräume, etwa bei der **Vergabe an kommunale Unternehmen** (sog. Inhouse-Vergaben) oder bei der **Zusammenarbeit mit anderen Kommunen**, werden erstmals im Gesetz ausdrücklich geregelt (§ 108 GWB).

**Soziale und andere besondere Dienstleistungen** sollen in einem erleichterten Verfahren vergeben werden können (§ 130 GWB).

Im **Kapitel „Nachprüfungsverfahren“** ist hervorzuheben, dass die **Rügeobliegenheit** in § 107 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 GWB durch § 160 Abs. 3 Satz 1 Nummer 1 GWB neu gefasst wird. Im Grundsatz bleibt die Rügeobliegenheit im Vergabeverfahren gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 zwar bestehen, konkretisiert wird allerdings mit einer Dauer von 10 Kalendertagen die Frist, innerhalb derer der Antragsteller nach Erkennen den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß beim Auftraggeber gerügt haben muss.

### 2.3 Vergabeverordnung

§ 113 GWB ermächtigt die Bundesregierung zur Regelung der Einzelheiten der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen. Für den Bereich der **Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber** wird diese Ermächtigung mit dem Erlass der Vergabeverordnung aufgegriffen.

Die Vergabeverordnung 2016 folgt mit ihrer **Struktur** dem Ablauf eines Vergabeverfahrens und integriert dabei die bisherigen Regelungen des 2. Abschnitts der VOL/A und der VOF.

Die Gliederung der neuen Vergabeverordnung unterscheidet sich mit diesem Ansatz erheblich von derjenigen der bisherigen Vergabeverordnung, die sich im Wesentlichen als Scharnier zu den Vergabe- und Vertragsordnungen darstellte. Die neue Vergabeverordnung ist in sieben Abschnitte unterteilt.

Der **Abschnitt 1** betrifft allgemeine Bestimmungen und Querschnittsregelungen zur Kommunikation, insbesondere zur elektronischen Kommunikation.

**Abschnitt 2** der neuen Vergabeverordnung regelt das Vergabeverfahren. Er umfasst die Zulassungsvoraussetzungen für die Wahl einer Verfahrensart und darüber hinaus Regeln zum genauen Ablauf der einzelnen Verfahrensarten. Als wesentliche Neuerung enthält die Vergabeverordnung nunmehr genaue „Fahrpläne“ zur Durchführung der jeweiligen Verfahrensart. Auch die jeweils anwendbaren Mindestfristen werden unmittelbar bei den Verfahrensarten geregelt. Neu eingeführt wird auch die durch die neuen EU-Richtlinien vorgegebene Innovationspartnerschaft. Zudem steckt die Verordnung den rechtlichen Rahmen für die besonderen Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren, etwa für Rahmenvereinbarungen, dynamische Beschaffungssysteme, elektronische Auktionen und elektronische Kataloge ab. Der Abschnitt umfasst auch die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einschließlich einer Regelung zur Unterauftragsvergabe sowie Regelungen zur Veröffentlichung und Transparenz. Ein besonderer Schwerpunkt des Abschnitts liegt auf der Eignung und auf sonstigen Anforderungen an Unternehmen. Dieser Regelungsbereich umfasst auch den rechtlichen Rahmen für die neue Einheitliche Europäische Eigenerklärung. Schließlich finden sich in dem Abschnitt 2 Regelungen zur Einreichung und zur Form von sowie zum Umgang mit Angeboten, Teilnahmeanträgen, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen sowie zur Prüfung und Wertung der Angebote. Hier wird auch der Beispielskatalog der möglichen Zuschlagskriterien, wie ihn die Richtlinie 2014/24/EU enthält, wiedergegeben.

Der **Abschnitt 3** widmet sich den besonderen Vorschriften für die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen. Neben die Erleichterungen, die bereits in § 130 GWB geregelt sind (insbesondere die freie Wahl der Verfahrensart), treten weitere Erleichterungen etwa im Hinblick auf die Dauer von Rahmenvereinbarungen, die Zuschlagskriterien und die Mindestfristen.

**Abschnitt 4** geht auf die besonderen Vorschriften zur Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Leistungen und Straßenfahrzeugen ein, die – in Umsetzung entsprechender sektoraler EU-Richtlinien – bereits Gegenstand der bisherigen Vergabeverordnung waren.

**Abschnitt 5** enthält grundlegende Vorschriften zur Durchführung von Planungswettbewerben, und zwar nicht nur solchen im Bereich der Bauplanung.

**Abschnitt 6** trägt den Besonderheiten der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen Rechnung.

**Abschnitt 7** schließlich trifft Übergangs- und Schlussbestimmungen. Insbesondere ermöglicht er es öffentlichen Auftraggebern, die Verwendung elektronischer Mittel, abgesehen von der Bekanntmachung und von der Zurverfügungstellung der Vergabeunterlagen, aufzuschieben.

## 2.4 Sektorenverordnung

Die Verfahren im **Sektorenbereich** werden in der Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung geregelt. Entsprechend der bisherigen Systematik umfasst die Sektorenverordnung 2016 neben den Regeln über die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auch die Regeln über die Vergabe von Bauleistungen durch Sektorenauftraggeber zum Zwecke der Sektorentätigkeit.

Der **Aufbau der Sektorenverordnung** entspricht in weiten Teilen dem der Vergabeverordnung, trägt aber den Besonderheiten des Sektorenbereichs Rechnung. Ein Teil der Normen ist daher identisch mit denen der Vergabeverordnung, das gilt insbesondere für die Regelungen zur elektronischen Kommunikation sowie zur Zuschlagserteilung. Andere Regelungsbereiche unterscheiden sich deutlich. So regelt die Sektorenverordnung z. B. auch die Antragsverfahren für Tätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind. Die Regelungen zur Wahl der Verfahrensarten unterscheiden sich ebenfalls. Weitere Unterschiede bestehen bei den Anforderungen an die Unternehmen; das gilt insbesondere für die Qualifizierungssysteme.

## 2.5 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit

Mit der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012 (VSVgV) wurden die Regelungen der Richtlinie 2009/81/EG in das nationale Recht umgesetzt. Einige grundsätzliche Vorgaben der Richtlinie waren bereits zwar durch das Gesetz zur Änderung des Vergabe-

rechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit vom 14. Dezember 2011 in das GWB integriert worden. Durch das Gesetz wurde auch die Ermächtigungsgrundlage für die VSVgV im GWB geschaffen. Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 wurde die VSVgV an das neu gefasste GWB angepasst.

## 2.6 Konzessionsvergabeverordnung

Die Verordnung über die **Vergabe von Konzessionen** (Konzessionsvergabeverordnung) dient der weiteren Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe. Die Richtlinie 2014/23/EU regelt erstmals auf europäischer Ebene verbindlich ein einheitliches Verfahren zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen und kodifiziert damit in weiten Teilen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen mit Binnenmarktrelevanz.

## 2.7 Vergabestatistikverordnung

Auf gesetzlicher Ebene wurde im neuen § 114 Abs. 2 GWB die Grundlage für die Sammlung und Auswertung von Vergabedaten gelegt und die Bundesregierung ermächtigt, die Details zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben in einer Rechtsverordnung zu regeln. Die Bundesregierung macht mit der Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung) von dieser Ermächtigungsgrundlage in § 114 Abs. 2 GWB Gebrauch. Ziel der Regelungen ist es, einheitliche und belastbare Daten zum öffentlichen Auftragswesen in Deutschland zu gewinnen.

Durch § 114 Absatz 2 GWB sowie die in der Vergabestatistikverordnung vorgenommene Konkretisierung werden alle Auftraggeber für den Ober- und sehr eingeschränkt für den Unterschwellenbereich verpflichtet, bestimmte Daten zu Beschaffungsvorgängen dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Verfügung zu stellen.

## 3 Übersicht Rechtsstruktur

Die Zweiteilung der Rechtsmaterie ist in nachfolgender Übersicht zusammenfassend dargestellt:

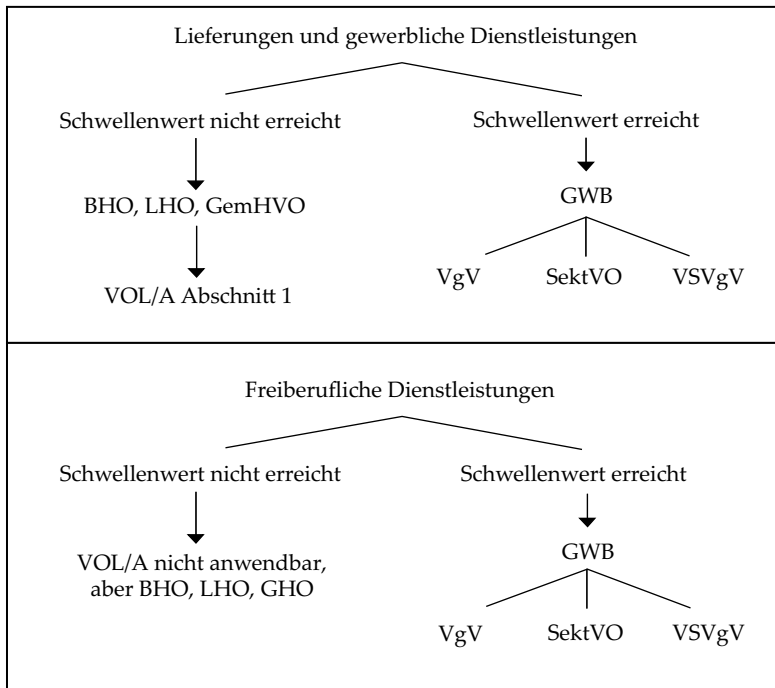


Abbildung B 5

Insgesamt ist ein verschachteltes Rechtssystem entstanden, das an die beteiligten Akteure sowohl auf Auftraggeber- wie auch auf Bieterseite hohe Anforderungen stellt.

## 4 Auftraggeber i. S. d. Vergaberechts

### 4.1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Abschnitt 1 der VOL/A (Basisparagrafen) betrifft diejenigen Auftraggeber, die nach dem nationalen **Haushaltsrecht** die VOL anwenden müssen. Dies sind in erster Linie Bundes-, Landes- oder kommunale Behörden und Einrichtungen. Einige Bundesländer (z. B. Baden-Württemberg und Bayern) haben darauf verzichtet, „ihren“ Kommunen die Anwendung der VOL/A verbindlich vorzugeben. Dennoch haben i. d. R. auch dort die Städte und Gemeinden durch innerdienstliche Weisungen sichergestellt, dass nach der VOL/A verfahren wird, um eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Haus-

haltungsmittel zu gewährleisten. Dies gilt dann regelmäßig auch für kommunale Eigenbetriebe und Unternehmen, die sich im Allein- oder Mehrheitsbesitz der Kommunen befinden. Über die klassischen öffentlichen Auftraggeber hinaus ist Abschnitt 1 auch von Stellen zu beachten, die staatliche Zuwendungen erhalten. Allerdings existieren hier oftmals „Bagatellklauseln“ (so wird z. B. auf Bundesebene die VOL/A nur zur Auflage gemacht, wenn der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100 000 Euro beträgt).

#### 4.2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte

Aufträge, die die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, werden nach den Bestimmungen der VgV vergeben. Hier sind die betroffenen Auftraggeber in § 99 GWB festgelegt.

§ 98 GWB (a. F.) erfasste bisher unter dem Oberbegriff „öffentliche Auftraggeber“ sowohl klassische Auftraggeber als auch Sektorenauftraggeber. Nachdem nunmehr im Zuge der Umsetzung der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU die Kategorie der Konzessionsgeber hinzugekommen ist, wurden die einzelnen Auftraggebertypen neu strukturiert. Der neue § 98 definiert als **übergeordnete Kategorie den Begriff der Auftraggeber** im Sinne des Teils 4. Der Begriff umfasst alle Auftraggeber nach den folgenden §§ 99 bis 101: öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99, Sektorenauftraggeber im Sinne des § 100 und Konzessionsgeber im Sinne des § 101.

Besonders praxisrelevant ist § 99 GWB, der den **Begriff des öffentlichen Auftraggebers** definiert und folgende Kategorien enthält:

##### – § 99 Nr. 1 GWB

###### **Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen**

Gebietskörperschaften sind in erster Linie **Bund, Länder, Kreise und Gemeinden**. Sondervermögen weisen keine eigene Rechtspersönlichkeit auf, sondern sind lediglich Vermögen, denen per Gesetz eine rechtliche Sonderstellung eingeräumt wird. In der Vergabepaxis sind insoweit besonders die **kommunalen Eigenbetriebe** relevant.

##### – § 99 Nr. 2 GWB

**Andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts**, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 sie überwiegend finanzieren, die Aufsicht über ihre Leitung ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsführungs- bzw. Aufsichtsorgane bestimmt haben.



Einrichtungen i. S. d. § 99 Nr. 2 müssen also folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Sie müssen eine **eigene Rechtspersönlichkeit** besitzen, d. h. es muss sich i. d. R. um eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts handeln. Als juristische Personen des öffentlichen Rechts sind in Deutschland Körperschaften, Anstalten und Stiftungen anerkannt, wobei die Gebietskörperschaften bereits von § 99 Nr. 1 erfasst werden. Die wichtigsten juristischen Personen des Privatrechts sind nach dem deutschen Recht der eingetragene BGB-Verein, die Aktiengesellschaft (AG) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Obwohl die Offene Handelsgesellschaft (OHG) und Kommanditgesellschaft (KG) nicht voll rechtsfähig sind, werden sie überwiegend im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung auch als Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB eingestuft, da ansonsten der Umgehung des Vergaberechts durch die Wahl der entsprechenden Rechtsform Tür und Tor geöffnet wäre.
- Die Einrichtung i. S. d. § 99 Nr. 2 muss zu dem Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>1)</sup> ist das Kriterium „**im Allgemeininteresse**“ auch erfüllt, wenn nur ein kleiner Aufgabenanteil im Allgemeininteresse wahrgenommen wird und die Einrichtung überwiegend gewerblich tätig ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sei eine einheitliche Betrachtungsweise erforderlich.

Für das Kriterium der „**Nichtgewerblichkeit**“ der Aufgabe ist nach dem EuGH<sup>2)</sup> eine Gesamtschau aller Umstände geboten. Das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs sei zwar ein wichtiges Indiz für eine gewerbliche Tätigkeit, es sei jedoch auch dort nicht ausgeschlossen, dass eine vom Staat kontrollierte Stelle sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lasse, um eine bestimmte Einkaufspolitik der „herrschenden“ Einrichtung zu verfolgen. Ein wesentliches und auch praktisches Kennzeichen für die Verfolgung von Allgemeininteressen nichtgewerblicher Art ist darin zu sehen, ob die jeweilige Tätigkeit auch durchgeführt würde, wenn eine Kostendeckung nicht erreicht würde.

- Darüber hinaus muss die Einrichtung **staatlich „beherrscht“** sein. Die staatliche Beherrschung kann durch überwiegende Finanzierung, Leitungsaufsicht oder mehrheitliche Beschickung von Kontrollorganen erfolgen. Nach Auffassung des EuGH<sup>3)</sup> ist eine Finanzierung dann überwiegend, wenn sie mehr als die Hälfte aller Mittel beträgt, über die die Einrichtung verfügt, also einschließlich aller Einkünfte aus gewerblicher

1) EuGH, Urt. v. 15.1.1998 – Rs. C-44/96 Slg. 1998, I-73, in NJW 1998, 3261 (Österreichische Staatsdruckerei).

2) EuGH, Urt. v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96, in NVwZ 1999, 397 (Gemeente Arnhem).

3) EuGH, Urt. v. 3.10.2000 – Rs. C-380/98 (University of Cambridge).

Tätigkeit. Als öffentliche Finanzierung seien darüber hinaus nur die Leistungen einzustufen, die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeit der Einrichtung unterstützen. Zahlungen der öffentlichen Hand als Gegenleistung für bestimmte Leistungen scheiden daher aus. Für die Berechnung der Einnahmesituation zieht der EuGH den Zeitraum des Haushaltsjahres heran, in dem der Auftrag ausgeschrieben wurde. Der EuGH<sup>1)</sup> hat ebenfalls festgestellt, dass eine überwiegende Finanzierung auch gegeben sei, wenn die Tätigkeiten des Auftraggebers hauptsächlich durch Mitgliedsbeiträge finanziert werden, die nach öffentlich-rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben werden. In Deutschland sind danach die gesetzlichen Krankenkassen und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Auftraggeber i. S. d. § 99 Nr. 2 GWB einzustufen.

– § 99 Nr. 3 GWB

**Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen**

Beispiele für solche Verbände finden sich vor allem im **Kommunalbereich** (z. B. Wasserversorgungs-, Abwasser- oder Abfallbeseitigungsverbände).

– § 99 Nr. 4 GWB

**Personen des privaten Rechts** sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts (wenn sie nicht unter § 99 Nr. 2 fallen), die bestimmte Baumaßnahmen oder damit in Zusammenhang stehende Dienstleistungen durchführen, sofern diese mit mehr als 50 % von Auftraggebern nach § 99 Nrn. 1 bis 3 GWB subventioniert werden.

## 5 Aufträge i. S. d. Vergaberechts

### 5.1 Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte werden Liefer- und Dienstleistungsaufträge vom 1. Abschnitt der VOL/A, Bauaufträge von Abschnitt 1 der VOB/A erfasst. Die Abgrenzung erfolgt anhand des Begriffs der Bauleistung. Nach den Erläuterungen des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Lieferungen und Leistungen zu § 1 VOL/A sind **Bauleistungen** Arbeiten jeder Art, durch die eine bauliche Anlage hergestellt, instand gehalten, geändert oder beseitigt wird. Darunter fallen auch alle zur Herstellung, Instandhaltung oder Änderung einer baulichen Anlage zu montierenden Bauteile, insbesondere die Lieferung und Montage maschineller und elektrotechnischer Einrichtungen. Einrichtungen, die jedoch von der baulichen Anlage ohne Beeinträchtigung der Vollständigkeit oder Benutzbarkeit abgetrennt werden können und einem selbstständigen Nutzungszweck dienen, fallen unter die VOL/A.

1) EuGH, Urt. v. 11.6.2009 – Rs. C-300/07.

Danach kann im IT-Bereich etwa die Verlegung einer Netzwerkverkabelung inkl. dazugehöriger Komponenten unter die VOB fallen.

Weiterhin sind alle Leistungen, die im Rahmen einer **freiberuflichen Tätigkeit** erbracht werden, dem 1. Abschnitt der VOL/A entzogen. Welche Leistungen hierunter fallen, ergibt sich aus dem Katalog des § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG, dessen Aufzählung allerdings nicht abschließend ist. Nach der Rechtsprechung zu § 18 EStG kann die Entwicklung von Systemsoftware eine ingenieurähnliche Tätigkeit und demnach freiberuflich sein. Werden diese Leistungen jedoch von einer Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) erbracht, liegt immer eine gewerbliche Tätigkeit vor. Nach Auffassung der Gerichte ist die IT-Beratung ein eigenständiger Beruf und auch bei Ausübung durch einen Diplomkaufmann nicht der Tätigkeit eines beratenden Betriebswirts i. S. d. § 18 EStG ähnlich.

Wird eine freiberufliche Leistung gleichzeitig im Wettbewerb von freiberuflich Tätigen und von Gewerbebetrieben angeboten, findet die VOL auch auf die entsprechende Leistung der Gewerbebetriebe keine Anwendung. Die Frage, ob ein solches Wettbewerbsverhältnis besteht, ist vom Auftraggeber im Einzelfall und im Voraus aufgrund der vorhandenen Marktübersicht zu beurteilen.

Ist eine Leistung in diesem Sinne freiberuflich, dann kann sie ohne Anwendung der VOL freihändig vergeben werden. Der Verweis auf die Haushaltsordnungen hat allerdings in der Regel zur Folge, dass aus Wirtschaftlichkeitsgründen – formlos – mehrere Vergleichsangebote einzuholen sind.

## 5.2 Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte

### 5.2.1 Definition und Abgrenzung

Für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte sind die einzelnen Auftragsstypen im GWB definiert.

Nach § 103 Abs. 1 GWB sind **öffentliche Aufträge**

*... entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.*

§ 103 Abs. 2 GWB definiert **Lieferaufträge**

*als Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.*

### § 103 Abs. 3 GWB beschreibt **Bauaufträge**

*... als Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung*

1. von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der Tätigkeiten, die in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65) und Anhang I der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlamentes 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 (ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 243) genannt sind, oder
2. eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll. Ein Bauauftrag liegt auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Als **Dienstleistungsaufträge** gelten nach § 103 Abs. 4 GWB

*die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter Abs. 2 oder 3 fallen.*

Die Kategorie des Dienstleistungsauftrages stellt also einen **Auffangtatbestand** dar.

Bei Dienstleistungsaufträgen ist weiterhin danach zu unterscheiden, ob die konkret zu vergebende Dienstleistung ggf. unter das spezielle Vergaberegime des § 130 GWB und der §§ 64 bis 66 VgV fällt.

### § 103 Abs. 5 GWB definiert **Rahmenvereinbarungen**

*als Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Für die Vergabe von Rahmenvereinbarungen gelten, soweit nichts anderes bestimmt ist, dieselben Vorschriften wie für die Vergabe entsprechender öffentlicher Aufträge.*

Die Rahmenvereinbarung stellt selbst zwar keinen eigenständigen Beschaffungsprozess dar, da erst auf der Basis der Einzelaufträge der Leistungsaustausch erfolgt, sie unterliegt aber wie ein öffentlicher Auftrag wettbewerblichen Verfahrensregeln. Aus systematischen Gründen wurde die Rahmenvereinbarung daher im Zusammenhang mit dem Begriff des öffentlichen Auftrags geregelt.

#### § 103 Abs. 6 GWB beschreibt **Wettbewerbe**

*als Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan oder einer Planung verhelfen sollen.*

Der Begriff Wettbewerb ersetzt den in der bisherigen Fassung in § 99 Abs. 5 GWB (a. F.) verwendeten Begriff Auslobungsverfahren.

Sonderregelungen für die Vergabe von Sektoraufträgen, Aufträgen aus dem Verteidigungs- oder Sicherheitsbereich und sog. gemischten Aufträgen enthalten die §§ 104, 110 bis 112 GWB.

#### 5.2.2 Schwellenwerte

GWB, VgV, SektVO, VSVgV und KonzVgV finden nur bei Aufträgen Anwendung, die die in den Vergaberichtlinien festgelegten **Schwellenwerte** erreichen oder übersteigen (§ 106 Abs. 1 GWB). Für die Schwellenwerte verweist § 106 Abs. 2 GWB auf die einschlägigen EU-Richtlinien in der jeweils geltenden Fassung (dynamische Verweisung).

#### 5.2.3 Bereichsausnahmen

Oberhalb der EU-Schwellenwerte gibt es Aufträge, die trotz Überschreitens der Schwellenwerte vom Anwendungsbereich des GWB **ausgenommen** sind, wie z. B. für geheim erklärte Aufträge, Aufträge, die aufgrund internationaler Vorschriften vergeben werden, bestimmte Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen.

Mit § 107 enthält das GWB nunmehr eine eigene Vorschrift für **allgemeine Ausnahmen** von der Anwendung des Vergaberechts. Bislang waren die allgemeinen Ausnahmen in § 100 Absatz 2 bis 8 GWB geregelt. Die jetzt in § 107 geregelten Ausnahmen sind somit Ausnahmen, die in allen vier EU-Vergaberichtlinien vorgesehen sind.

§ 116 GWB enthält **besondere Ausnahmen** für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und die Ausrichtung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber. §§ 137 bis 140 GWB bestimmen die besonderen Ausnahmen für