

Einleitung: Die Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland

Übersicht

	Rn.
A. Vorbemerkungen	1
B. Ursprüngliche Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland	2–4
C. Einfluss des Europarechts	5–42
I. Beibehaltung der haushaltrechtlichen Lösung als erster Umsetzungsversuch von Gemeinschaftsrecht	10–12
II. Die wettbewerbsrechtliche Lösung als zweiter Umsetzungsversuch von Gemeinschaftsrecht	13–18
III. Die Vergaberechtsreform 2009	19–27
1. Mittelstandsförderung	20
2. Einbeziehung vergabefremder Kriterien	21, 22
3. Definition von Auftraggeber und Auftrag	23, 24
4. Informationspflichten und Rechtsschutz	25, 26
5. Elektronische Ausschreibung	27
IV. Die EU-Vergaberechtsreform 2014	28–42
1. Verwaltungsvereinfachung und Zielorientierung	31, 32
2. Mittelstandsförderung	33, 34
3. Erhalt kommunaler Spielräume	35–37
4. Strategische Vergabe	38
5. Elektronische Vergabe	39
6. Soziale und andere Dienstleistungen	40
7. Konzessionen	41, 42
D. Völkerrechtliche Grundlagen	43
E. Ausblick	44–47

Schrifttum: Boesen, Die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse i.S. des Art. 177 EGV, EuZW 1996, 583 ff.; Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2009, NJW 2010, 817; ders., Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2010, NJW 2011, 975; ders., Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2011, NJW 2012, 1124; ders., Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2014, NJW 2015, 1490; Dabringhausen, Wertgrenzen für die Wahl der Vergabeart im Unterschwellenbereich – Eine Kalamität des Konjunkturprogramms II, VergabeR 2009, 391 ff.; Dörr, Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland, JZ 2004, 703 ff.; Dreher, Der Rechtsschutz bei Vergabeverstößen nach Umsetzung der EG-Vergaberechtlinien, ZIP 1995, 1865 ff.; Dreher, Der Gerichtsbegriff im Sinne von Art. 177 EGV, die Vergabeüberwachungsausschüsse und die Zukunft des vergaberechtlichen Rechtsschutzes, EWS 1997, 225 ff.; Dreher, Die Kontrolle der Anwendung des Vergaberechts in Europa – Perspektiven und Leitlinien der Sicherstellung des Vergabebinnenmarkts, EuZW 1998, 197 ff.; Egidy, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009, DÖV 2009, 835 ff.; Eidenmüller, Einstweiliger Rechtsschutz und europäisches Vergaberecht, EuZW 1995, 632 ff.; Elbel, Das Recht der öffentlichen Aufträge auf dem Prüfstand europäischen Rechts, DÖV 1999, 235 ff.; Faber, Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DÖV 1995, 403 ff.; Franken, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009, NWVBl. 2010, 41 ff.; Fritz/Seidler, Vergabe von Konzessionen – Rechtsklarheit ja oder nein?, EuZW 2010, 933; Jebens, Schadensersatz bei Vergabeverstößen, DB 1999, 1741 ff.; Kallerhoff, Weiterhin Rechtsschutz im Vergabewesen vor Verwaltungsgerichten?, NZBau 2008, 97 ff.; Kühlung/Lehmburg, Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe nach der GWB-Reform 2009, Jura 2009, 835 ff.; Langen/Schwab, Kommunale Interessen im Binnenmarkt wahren, Stadt und Gemeinde 2010, 273; Neun/Otting, Entwicklungen des europäischen Vergaberechts im Jahr 2010, EuZW 2011, 456; Mohr, Ein soziales Vergaberecht?, VergabeR 2009, 543 ff.; Mosbacher, Elektronische Vergabe: Neue Möglichkeiten im öffentlichen Beschaffungswesen, DÖV

2001, 573 ff.; *Noch*, Die Revision des Vergaberechts, ZfBR 1997, 221 ff.; *Opitz*, Die neue Sektorenverordnung, VergabeR 2009, 689; *Pietzcker*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 1983, 121 ff.; *Pietzcker*, Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, NVwZ 1996, 313 ff.; *Prieß*, Ubi ius, ibi remedium, EuZW 1995, 793; *Portz*, Rechtsschutz bei Vergabefehlern und Vermeidung von Vergabebeschwerden, ZVgR 1998, 596 ff.; *Portz*, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperationen nach dem Urteil „Stadtreinigung Hamburg“, VergabeR 2009, 702 ff.; *Rechten/Junker*, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, NZBau 2009, 490 ff.; *Rittner*, Das deutsche öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, 313 ff.; *Roebing*, Das Vergaberecht im Wandel, Jura 2000, 453 ff.; *Roth*, Reform des Vergaberechts – Der große Wurf?, VergabeR 2009, 404 ff.; *Ruffert*, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 69 ff.; *Schäfer*, Aktuelle Entwicklungen des Vergaberechts aus kommunaler Sicht, VergabeR 2009, 273 ff.; *Struve*, Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit, EuZW 2009, 805 ff.; *Trautwein*, Dienstleistungsfreiheit und Diskriminierungsverbot im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1995, 191 ff.; *Werner*, Die Verschärfung der Mittelstandsklausel, VergabeR 2009, 262 ff.; *Latzel*, Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, 673; *Neun/Otting*, Die EU-Vergaberechtsreform 2014, EuZW 2014, 446; *Neun/Otting*, Die Entwicklung des europäischen Vergaberechts in den Jahren 2014/2015, EuZW 2015, 453; *Opitz*, Die Zukunft der Dienstleistungskonzeption, NVwZ 2014, 753; *Prieß/Stein*, Die neue EU-Konzessionsvergaberechtlinie, VergabeR 2014, 499; *Schäfer*, Perspektiven der eVergabe, NZBau 2015, 131; *Schwab/Giesemann*, Mit mehr Regeln zu mehr Rechtssicherheit? Die Überarbeitung des europäischen Vergaberechts, VergabeR 2014, 351; *Siegel*, Der neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, VergabeR 2015, 265; *Wagner/Pfohl*, Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe: Anwendungsbereich, Ausnahmeverordnungen und materielle Regelungen, ZfBR 2014, 745.

A. Vorbemerkungen

- 1 Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe regelt die Verfahren, welche die öffentliche Hand einzuhalten hat, wenn sie Beschaffungen zur Gewährleistung der öffentlichen Daseinsvorsorge und Wahrnehmung sonstiger Aufgaben vornimmt. Kaum ein Rechtsgebiet ist derart von Reformanstößen der Europäischen Union geprägt worden wie das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe.¹ **Ökonomisch** hat das Vergaberecht eine **sehr große Bedeutung**: Über 250.000 öffentliche Auftraggeber in der EU geben jährlich etwa 14 % des BIP für Lieferungen, Dienstleistungen und Bauarbeiten ohne Berücksichtigung des Versorgungssektors aus.² Nach vorsichtigen Schätzungen beträgt das jährliche Volumen der öffentlichen Beschaffung in Deutschland etwa 330 Mrd. Euro.³ Laut OECD Statistiken machten die Ausgaben für die Auftragsvergabe im Jahre 2013 etwa 33,8 % der Staatsausgaben aus.⁴ Nach einer Untersuchung vom März 2008 verursacht die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland jährlich Prozesskosten in Höhe von 19 Mrd. Euro. Hiervon entfallen 8,8 Mrd. Euro auf die öffentlichen Auftraggeber und 10,2 Mrd. Euro auf die Bieter. Bei den angenommenen rund 2,4 Mio. jährlichen Vergaben in Deutschland kostet ein Vergabeverfahren für alle Beteiligten im Durchschnitt 7.870 Euro. Die größten Kostenblöcke der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehen auf Seiten der öffentlichen Hand in der Erstellung der Vergabeunterlagen (1,7 Mrd. Euro) und auf Seiten der Unternehmen in der Erstellung der Angebotsunterlagen (4,4 Mrd. Euro).⁵ Für das Verständnis, welche Bedeu-

1 *Kühling/Lehmburg*, Jura 2009, 835.

2 „Public Procurement Indicators 2013“ vom 17.6.2015, abzurufen unter http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm, S. 6 (Stand: 28.5.2019).

3 Leitfaden des Bundeswirtschaftsministeriums „Impulse für mehr Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen“, S. 6 m. w. N. https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/I/impulse-mehr-innovation.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (Stand: 28.5.2019).

4 Abzurufen unter <http://www.oecd.org/gov/Germany.pdf> (Stand: 28.5.2019).

5 Abzurufen unter: http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Dokumente_fuer_die_News/Endbericht_BMWi-Vergabe_Ramboell-Gutachten_.pdf (Stand: 28.5.2019).

tung die geltenden Regeln des Vergaberechts haben und aus welchen Prinzipien und Reformbedürfnissen sie sich herauskristallisiert haben, hilft die Kenntnis der Entwicklung des Vergaberechts.⁶

B. Ursprüngliche Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland

Grundlagen für das Vergaberecht in Deutschland waren das **Haushaltsrecht** und Verwaltungsvorschriften. Maßgebliche Normen waren § 55 Abs. 1 der Bundeshaushaltordnung (BHO) sowie § 30 des Haushaltsgesetzes (HGrG).⁷ Die Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand musste nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, der Wirtschaftlichkeit und der gesicherten Deckung erfolgen. Der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit diente es, durch Wettbewerb unter den Bietern das günstigste und beste Angebot zu ermitteln. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass nur bei objektiver Vergleichbarkeit der Angebote und gleichen verfahrensrechtlichen Ausgangschancen aller Bieter das leistungsfähigste und relativ preisgünstigste Angebot herausgefunden werden kann. Deswegen schreiben § 55 Abs. 1 BHO und § 30 HGrG den grundsätzlichen Vorrang der Ausschreibung gegenüber der freihändigen Vergabe vor. Ähnliche Regelungen enthielten auch die jeweiligen Gemeindeordnungen.⁸ Diese Bestimmungen des Vergaberechts als Teil des Haushaltsrechts waren traditionell schlichtes **Verwaltungsbinnenrecht**.⁹ Es existierte demnach keine klare gesetzliche Regelung hinsichtlich des Vorrangs der Ausschreibung, auf die sich etwa Private als **subjektiv-öffentliches Recht** vor Gericht hätten berufen können.¹⁰ Die Vergabe erfolgte in der Verwaltungspraxis infolgedessen überwiegend durch freihändige Vergabe.¹¹ Diese für den unterlegenen Bieter unbefriedigende Situation wurde mit dem Argument gerechtfertigt, dass eine zügige Auftragsvergabe im Interesse der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht durch langwierige Verwaltungs- und Gerichtsverfahren hinausgezögert werden solle.¹²

Mangels Rechtsschutzes auf Primärebene aufgrund einer fehlenden wehrfähigen subjektiv-öffentlichen Rechtsposition bestand für übergangene Bieter lange Zeit nur die Möglichkeit, vor den ordentlichen Gerichten Rechtsschutz auf **Sekundärebene** in Form von Schadensersatz zu suchen.¹³ Hier sahen sich die Bieter hinsichtlich in Betracht kommender Ansprüche aus c. i. c. jedoch schwerwiegenden Beweislastproblemen, insbesondere mit Blick auf die Kausalität zwischen fehlerhafter Auftragsvergabe und dem eingetretenen Schaden, ausgesetzt.¹⁴ Ferner schied ein deliktischer Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB regelmäßig deswegen aus, weil die Gerichte den Vergaberichtlinien als Verwaltungsbinnenrecht eben keinen Schutzgesetzcharakter zusprechen konnten.¹⁵ Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung eines Bieters durch eine Vergabestelle war vom Bieter nur äußerst selten zu beweisen.¹⁶

Konkrete Regelungswerke ohne Rechtsnormqualität wurden von **Verdingungsausschüssen**, d. h. von Gremien der jeweils zuständigen Verbände bzw. der öff.

6 Eingehend zur historischen Entwicklung des Vergaberechts: *Glahs*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung, Rn. 1 ff.

7 *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 22.

8 *Faber*, DÖV 1995, 403 (404).

9 *Roebling*, Jura 2000, 453 (455).

10 *Roebling*, Jura 2000, 453 (455).

11 *Elbel*, DÖV 1999, 235 (238).

12 *Roebling*, Jura 2000, 453 (455).

13 *Kühnen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rn. 2.

14 *Roebling*, Jura 2000, 453 (455).

15 *Roebling*, Jura 2000, 453 (456).

16 *Portz*, ZVG 1998, 596 (598).

fentlichen Hand geschaffen: die **Verdingungsordnung** für Bauleistungen (**VOB**, heute Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, erste Fassung bereits 1926)¹⁷ sowie die **Verdingungsordnung** für Leistungen (**VOL**, heute Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen), die in ihrem jeweiligen Teil A Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge enthielten und kraft Verwaltungsvorschrift von öffentlichen Auftraggebern zu beachten waren. Entscheidendes Kriterium für die Zuschlagserteilung war dabei entweder der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot.¹⁸ Sie hatten als Dienstvorschriften rein binnengesetzlichen Charakter und vermittelten keine subjektiven Rechte gegenüber Bürgern und deren Unternehmen.¹⁹ Die Verletzung der Verdingungsordnungen konnte infolgedessen nicht von unterlegenen BieterInnen vor Gericht gerügt werden.²⁰

C. Einfluss des Europarechts

- 5 Wesentliche Impulse für die danach einsetzende kopernikanische Wende in der Entwicklung erfuhr das deutsche Vergaberecht durch das Gemeinschaftsrecht, das die Förderung des Binnenmarktes, in dem ein freier Waren- und Dienstleistungsverkehr herrscht, zum Ziel hat. Deshalb hatte der Gemeinschaftsgesetzgeber seit den neunziger Jahren damit begonnen, die Bedingungen für einen wirk samen Wettbewerb um öffentliche Aufträge zu schaffen.²¹ Die Vergabe öffentlicher Aufträge einschließlich des Versorgungssektors beläuft sich laut Kommission auf etwa 19 % des BIP der Europäischen Union.²² Der Anteil direkter grenzüberschreitender Beschaffungen ist mit rund 3 % allerdings noch gering.²³ Die Pflicht, einen öffentlichen Auftrag auszuschreiben, ergibt sich bereits aus den **Grundfreiheiten** (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit), soweit die Aufträge binnengesetzlich relevant sind, sich also auch Unternehmern aus anderen Mitgliedstaaten für ihre Erbringung interessieren könnten.²⁴ Die Grundfreiheiten allein waren aber nicht ausreichend, einen kohärenten und rechtsschutzzintensiven Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe zu gewährleisten.²⁵
- 6 Die EG erließ bereits Anfang der neunziger Jahre **drei Richtlinien** zur Koordinierung der öffentlichen Auftragsvergabe: die Baukoordinierungsrichtlinie,²⁶ die Lieferkoordinierungsrichtlinie²⁷ und die Richtlinie zur Koordinierung der Vergabe von Dienstleistungen.²⁸ Wegen der Besonderheiten der Aufträge in den Sektoren Strom, Wasser, Verkehr und Telekommunikation erließ die EG zudem eine Sektorenrichtlinie²⁹ zur Koordinierung der Auftragsvergabe in diesen für die Kommunen oftmals durch private Unternehmen erbrachten Bereichen³⁰.

17 Zur Entstehungsgeschichte der VOB: *Schubert*, in: *FS Korbion*, 1986, S. 389 ff.

18 *Roebling*, Jura 2000, 453 (454).

19 *Elbel*, DÖV 1999, 235 (238); *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 24.

20 *Dörr*, JZ 2004, 703 (705); *Pietzcker*, NVwZ 1983, 121 (122).

21 *Elbel*, DÖV 1999, 235.

22 KOM(2015) 550 vom 28.10.2015, S. 15; SWD (2014) 262, S. 5.

23 Finaler Bericht im Auftrag der EU Kommission „Cross-border procurement above EU thresholds“ vom März 2011, abzurufen unter http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/studies-networks/index_en.htm (Stand: 28.5.2019).

24 *Roebling*, Jura 2000, 453 (457).

25 *Roebling*, Jura 2000, 453 (457).

26 Baukoordinierungsrichtlinie Nr. 93/37/EWG vom 14.6.1993, Abl. EG L 199/54 vom 9.8.1993.

27 Lieferkoordinierungsrichtlinie Nr. 93/36/EWG vom 14.6.1993, Abl. EG L 199/1 vom 9.8.1993.

28 Dienstleistungscoordinierungsrichtlinie Nr. 92/50/EWG vom 18.6.1992, Abl. L 209/1 vom 24.7.1992.

29 Sektorenrichtlinie Nr. 93/37/EWG vom 14.6.1993, Abl. L 199/84 vom 9.8.1993.

30 Detailliert zur alten Sektorenrichtlinie: *Elbel*, DÖV 1999, 235 (236 f.).

Diese Richtlinien stellen eine systematische Konkretisierung der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbot dar.³¹ Soweit ein öffentlicher Auftrag ein Volumen hat, das die in den Richtlinien bestimmten Schwellenwerte überschreitet, wird davon ausgegangen, dass der Auftrag binnenmarktrelevant ist und zur Absicherung der Nichtdiskriminierung von Bieter aus anderen Mitgliedstaaten europaweit ausgeschrieben werden muss.³² Anders als die Regelungen im deutschen Recht begründeten die europäischen Richtlinien auch **subjektive Rechte** für Bieter.³³ Sie gingen damit deutlich über nur binnennrechtlich wirkende Haushaltsvorschriften hinaus. Zur Durchsetzung dieser subjektiven Rechte wurden **zwei Rechtsmittelrichtlinien** erlassen, die die Mitgliedstaaten zur Einführung eines Nachprüfungsverfahrens, in dem die Einhaltung der Vergabevorschriften rechtsverbindlich festgestellt werden kann, verpflichteten.³⁴ Mit den Rechtsmittelrichtlinien formte der Gemeinschaftsgesetzgeber die Spruchpraxis des EuGH nach, wonach Grundfreiheiten auch als Verfahrensrechte zu verstehen sind.³⁵

Eine erste grundlegende Reform des Unionsvergaberechts erfolgte durch **zwei Richtlinien**, die im Rahmen des europäischen Legislativpakets im Jahre 2004 erlassen wurden: Die **Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG** für Dienstleistungsaufträge, Lieferaufträge und Bauaufträge³⁶ führt die alten Richtlinien zur Baukoordinierung, Lieferkoordinierung und Dienstleistungscoordinierung zusammen. Die Richtlinie 2004/17/EG für Aufträge im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung³⁷ regelt die Auftragsvergabe in speziellen Sektoren der Wirtschaft. Die Telekommunikation ist nun – anders als zuvor – nicht mehr Gegenstand der **Sektorenrichtlinie**. Dafür wurden die Postdienstleistungen der Sektorenrichtlinie unterstellt. Bei gemischten Aufträgen richtet sich die Auftragsvergabe nach derjenigen Richtlinie, die für die Tätigkeit gilt, welche den Schwerpunkt des Auftrags ausmacht.³⁸ Mit dem Legislativpaket wurden die Möglichkeit zur Online-Beschaffungsauktion sowie die Voraussetzungen für eine vollelektronische Abwicklung des gesamten Vergabeverfahrens geschaffen.³⁹ Zudem wurden die **Schwellenwerte** um ca. 25 % erhöht. Nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) können in Umsetzung einer entsprechenden EuGH-Einzeljudikatur⁴⁰ nun auch vergabefremde Kriterien wie Sozialstaats- und Umweltaspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stärker als bisher berücksichtigt werden.⁴¹ Überdies wurde das Konzernprivileg ausgedehnt. Damit gilt die Befreiung vom Vergaberecht für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen erteilt, nun nicht mehr nur für Dienstleistungen, sondern für alle Auftragsarten im Sektorenbereich (Art. 23 Abs. 2 und 3 der Sektorenrichtlinie). Die Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht als neue fakultative Verfahrensart den sog. wettbewerblichen Dialog vor, aufgrund dessen der öffentliche Auftraggeber zunächst in freie Verhandlungen mit Bieter eintreten kann, um so verschiedene Lösungen, die seinen Bedürfnissen passgenau entsprechen, ausarbeiten zu lassen. Sodann kann der Auftraggeber

7

31 Siehe hierzu: *Trautwein*, Jura 1995, 191 ff.

32 *Dörr*, JZ 2004, 703 (707); *Roebling*, Jura 2000, 453 (457).

33 *Dörr*, JZ 2004, 703 (705).

34 Richtlinie 89/665/EWG, Abl. EG L 395 vom 30.12.1989, S. 33; Richtlinie 92/13/EWG, Abl. EG L 76 vom 23.3.1992, S. 14; hierzu auch: *Elbel*, DÖV 1999, 235 (237).

35 EuGH, 15.5.1986, Rs. C-222/84 – *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*; umfassend zum Thema: *Grzesick*, EuR 1998, 417 (424).

36 Abl. EG L 134 vom 30.4.2004, S. 114.

37 Abl. EG L 134 vom 30.4.2004, S. 1.

38 *Kühnen*, in: *Kapellmann/Messerschmidt*, Einleitung VOB/A, Rn. 4.

39 *Mosbacher*, DÖV 2001, 573 (577).

40 Bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt: EuGH, 20.9.1988, Rs. C-31/87 – *Beentjes*.

41 Hierzu vertiefend: *Mohr*, VergabeR 2009, 543 ff.; *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 36 f.; *Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen (Diss. Chemnitz), 2009.

auf dieser Grundlage die Bieter zur konkreten Auftragsabgabe auffordern (Art. 1 Abs. 11 lit. c und Art. 29 der RL 2004/18/EG).

- 8 Sowohl die Vergabekoordinierungsrichtlinie als auch die Sektorenrichtlinie hätten vom Gesetzgeber zum 31.1.2006 in deutsches Recht umgesetzt werden müssen. Dies erfolgte jedoch nur teilweise und verspätet mit Wirkung ab 1.11.2006 durch die Änderung der Vergabeverordnung und die VOB/A 2006, VOL/A 2006 sowie VOF 2006. Zudem wurden im Jahre 2007 die **Rechtsmittelrichtlinien** durch die Richtlinie 2007/66/EG novelliert, deren Neuerungen bis zum 20.12.2009 in nationales Recht umzusetzen waren.⁴² Die neue Rechtsmittelrichtlinie regelt Stillhaltefristen vor der Zuschlagserteilung, die in Deutschland bereits durch § 13 VgV⁴³ umgesetzt worden waren. Die Stillhaltefristen sind auch auf abgelehnte Bewerber in Teilnahmewettbewerben anzuwenden. Zudem müssen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass unzulässige Direktvergaben unwirksam sind und hierfür das Nachprüfungsverfahren eröffnen.⁴⁴ Am 20.8.2009 wurde schließlich die **EU-Verteidigungsrichtlinie** im Amtsblatt veröffentlicht, die bis zum 21.8.2011 in nationales Recht umzusetzen war.⁴⁵ Mit ihr werden europaweit einheitliche Vergaberegeln für die Beschaffung von Rüstungsgütern festgelegt. Hiermit soll in Zusammenarbeit mit der im Vertrag von Lissabon neu geschaffenen Europäischen Verteidigungsagentur der Weg für einen europäischen Rüstungsbinnenmarkt mit erheblichen Einsparpotenzialen im Rüstungssektor bereitet werden.⁴⁶ Die Umsetzung der EU-Verteidigungsrichtlinie in deutsches Recht erfolgte verspätet, nämlich erst am 14.12.2011 mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Sicherheit und Verteidigung.⁴⁷
- 9 Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Verg. Mod G 2009) am 24.4.2009 vollzog der deutsche Gesetzgeber eine weitere grundlegende Reform des Vergaberechts mit weitreichenden Folgen für die Vergabepraxis.

I. Beibehaltung der haushaltrechtlichen Lösung als erster Umsetzungsversuch von Gemeinschaftsrecht

- 10 Das Zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgesetzes vom 26.11.1993⁴⁸ war der erste Versuch, die bis dahin erlassenen EG-Richtlinien⁴⁹ zur öffentlichen Auftragsvergabe in deutsches Recht umzusetzen. Aufgrund des bisher geltenden Verständnisses, dass die öffentliche Auftragsvergabe primär eine Frage der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung sei, versuchte die Bundesregierung, die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in das deutsche Haushaltrecht zu integrieren. Damit änderte sich auch die Zielrichtung des Vergaberechts, welches nicht mehr nur dem Haushaltrecht, sondern

42 RL/89/665/EWG vom 21.12.1989, ABl. L 395, S. 33 (allgemeine Rechtsmittelrichtlinie) und RL 92/13/EWG, ABl. L 76, S. 14 (Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie), in der Fassung der RL 2007/66/EG, ABl. L 335, S. 31.

43 Heute geregelt in § 101a GWB.

44 Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 45. Auflage 2014, Rn. 37.

45 ABl. EU L 216 vom 20.8.2009, S. 76.

46 Byok, NJW 2010, 817 (822), Pacreau/Schwab, Überlegungen zur Liberalisierung des europäischen Verteidigungsgütermarktes, Integration 2/07, abzurufen unter: <http://www.jstor.org/stable/24223576> (Stand: 28.5.2019); instruktiv aus politikwissenschaftlicher Perspektive: Brune/Dickow/Linnenkamp/Mölling, Die Bundeswehr in Zeiten der Finanzkrise, Stiftung Wissenschaft und Politik, 2010, abzurufen unter: http://www.swp-berlin.org/de/publikationen/produkt-detail/article/bundeswehr_in_der_finanzkrise.html (Stand: 28.5.2019).

47 Byok, NJW 2012, 1124 (1128); ders., NVwZ 2012, 70.

48 BGBl. I 1993, S. 1928.

49 Vgl. Rn. 15 ff.

dem europäischen Binnenmarkt mit primärrechtsschützenden Vorschriften diente. Bei der Umsetzung verfolgte der deutsche Gesetzgeber eine sog. **Kaskadenlösung**⁵⁰: Es wurden zunächst nur der Begriff des öffentlichen Auftraggebers in § 57a HGrG definiert und der Bundesregierung eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen zur Regelung der weiteren Fragen erteilt. Von dieser Ermächtigung machte die Bundesregierung mit Erlass der Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (VgV) vom 22.2.1994 Gebrauch.⁵¹

In der VgV wurden sodann für die in § 57a HGrG definierten Auftraggeber die VOB/A und die VOL/A für verbindlich erklärt.⁵² Ihre Schwellenwerte und Verfahrensarten wurden übernommen, wobei der Terminus „offenes Verfahren“ der öffentlichen Ausschreibung, der Terminus „nicht offenes Verfahren“ der beschränkten Ausschreibung und der Terminus „Verhandlungsverfahren“ dem der freihändigen Vergabe entsprach. Zudem wurde eine Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) erlassen und mit Änderung vom 29.9.1997 in die VgV integriert.⁵³ Darüber hinaus erließ die Bundesregierung die Verordnung über das **Nachprüfungsverfahren** für öffentliche Aufträge (NpV), um die entsprechende EG-Nachprüfungsrichtlinie in nationales Recht umzusetzen. Hierdurch wurden erstmals Vergabeüberwachungsausschüsse beim Bundeskartellamt neben den bereits bestehenden Vergabeprüfstellen bei den jeweiligen Aufsichtsbehörden eingerichtet.⁵⁴

Ein wirklicher Fortschritt im Hinblick auf den subjektiven Rechtsschutz von Unternehmen als Bieter erfolgte indes mit dieser haushaltrechtlichen Lösung nicht. Ausweislich der Gesetzesbegründung zur Änderung des HGrG wollte der Gesetzgeber explizit einklagbare **subjektive Rechte** von Bieter ausschließen.⁵⁵ Dies stand aber in klarem Widerspruch zur Intention der Europäischen Kommission, die ausdrücklich einen Bieterschutz vor Gericht vorgesehen hatte.⁵⁶ Dies wurde implizit auch durch ein Urteil des EuGH aus dem Jahre 1995 bestätigt.⁵⁷ Auch die vergaberechtliche Literatur kritisierte von Anfang an die haushaltrechtliche Lösung aufgrund der Ausblendung eines effektiven – von den europäischen Richtlinien vorgegebenen – Primärrechtsschutzes.⁵⁸ Zudem wurde kritisiert, dass es sich bei den beim Bundeskartellamt angesiedelten **Vergabeüberwachungsausschüssen** nicht um ein Gericht i. S. d. Art. 234 EGV a. F. (bzw. Art. 267 AEUV) handle.⁵⁹ Schließlich barg die haushaltrechtliche Lösung stets die Gefahr, dass die Vergabestelle durch eine schnelle Zuschlagserteilung gegenüber dem rechtschutzbuchenden Bieter Fakten schaffen konnte. Denn zum einen verfügten die Vergabeüberwachungsausschüsse nicht über die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs anzuordnen, mit der Folge, eine Zuschlagserteilung vor der letztinstanzlichen Entscheidung über das Rechtsschutzgesuch zu unterbinden.⁶⁰ Zum anderen waren auch die Möglichkeiten, einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, nicht ausreichend.⁶¹ Daraufhin fasste die Bundesregierung

50 Zum Begriff: Kühnen, in: Kapellmann/Messerschmidt, Einleitung VOB/A, Rn. 11.

51 BGBl. I 1994, S. 321.

52 Kühnen, in: Kapellmann/Messerschmidt, Einleitung VOB/A, Rn. 6.

53 BGBl. I 1997, S. 2384.

54 Dreher, EWS 1997, 225 ff.; Elbel, DÖV 1999, 235 (239).

55 So die amtliche Begründung BT-Drucks. 12/4636, S. 12 sowie BR-Drucks. 5/93, S. 21; hierzu auch: Kallerhoff, NZBau 2008, 97 (101) m. w. N.

56 Vgl. Stellungnahme der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, ZIP 1995, 1895 und ZIP 1995, 1940 f.

57 EuGH, 11.8.1995, Rs. C-433/93, – Kommission/Deutschland.

58 Prieß, EuZW 1995, 793; Pietzcker, NVwZ 1996, 313 (314); Rittner, NVwZ 1995, 313 (315); Dreher, ZIP 1995, 1865; Ruffert, DVBl. 1998, 69 (75).

59 Boesen, EuZW 1996, 583 (586); Dörr, JZ 2004, 703 (705).

60 Boesen, EuZW 1996, 583 (586).

61 Eidenmüller, EuZW 1995 (632).

11

12

am 25.9.1996 einen Grundsatzbeschluss zur Neuregelung des Rechtsschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

II. Die wettbewerbsrechtliche Lösung als zweiter Umsetzungsversuch von Gemeinschaftsrecht

- 13** Zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge gab der Bundesgesetzgeber die zuvor verfolgte haushaltrechtliche Lösung komplett auf.⁶² Der Vergaberechtsschutz wurde vielmehr in das Wettbewerbsrecht integriert und zwar in den Vierten Teil des GWB a. F. (§§ 97 ff. GWB a. F.). Diese Einordnung ins Wettbewerbsrecht ist der Erkenntnis geschuldet, dass das moderne Vergaberecht letztlich auf den gemeinschaftsrechtlichen Gedanken eines funktionierenden Binnenmarkts für Waren und Dienstleistungen und das darauf folgende Wettbewerbsprinzip zurückzuführen ist. Die VgV blieb aber auch nach der wettbewerbsrechtlichen Lösung neben dem GWB bestehen und verlieh VOB/A, VOL/A sowie VOF weiterhin Gesetzeskraft.⁶³ Sie wurde indes erst im Jahre 2001 der neuen Rechtslage nach dem Vergaberechtsänderungsgesetz angepasst.⁶⁴ Das **Kaskadenprinzip** der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch eine Trias von GWB, VgV und Verdingungsordnungen wurde faktisch beibehalten.⁶⁵ Aus dem Sektorenbereich wurde die Telekommunikation nach der Liberalisierung in den neunziger Jahren herausgenommen.⁶⁶ Als Vergabarten im Oberschwellenbereich legte § 101 GWB a. F. das offene Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB), das nicht offene Verfahren (§ 101 Abs. 3 GWB), das Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 5 GWB) sowie den wettbewerblichen Dialog (§ 101 Abs. 4 GWB) fest.⁶⁷
- 14** Mit § 97 Abs. 7 GWB a. F. wurde erstmals klargestellt, dass die Bieter ein **subjektives** (materielles und einklagbares) **Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln** haben. § 97 GWB a. F. hatte darüber hinaus grundsätzliche Bedeutung, da die Vorschrift das Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot gesetzgeberisch für die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand festlegte. Der Bieterschutz im Vergabeverfahren wurde überdies durch die Einführung des § 16 VgV a. F. gestärkt, der den Ausschluss von bestimmten Personen aus dem Vergabeverfahren bei konkreten Anhaltspunkten für Interessenkonflikte vorschrieb, etwa wenn Bieter bereits für die Vergabestelle beratend tätig waren.⁶⁸
- 15** Darüber hinaus erfuhr mit der Regelung des Vergaberechts im GWB insbesondere die prozessrechtliche Stellung der (unterlegenen) Bieter eine Verbesserung: Anstelle der alten Vergabeüberwachungsausschüsse wurde nunmehr ein **Rechtschutzsystem über zwei Instanzen** mit speziellen Vergabekammern sowie Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten eingerichtet (§ 116 Abs. 3 GWB a. F.). Die Vergabekammer ermittelt von Amts wegen und entscheidet innerhalb von fünf Wochen über den Nachprüfungsantrag. Die Kammerentscheidungen haben eine Bindungswirkung wie Verwaltungsakte.⁶⁹ Gegen eine Entscheidung der Vergabekammer kann jeder Verfahrensbeteiligte eine sofortige Beschwerde zum Vergabesenat beim Oberlandesgericht einlegen.⁷⁰ Weder die Vergabekammer noch

62 BGBl. I 1999, S. 2546.

63 Elbel, DÖV 1999, 235 (240).

64 BGBl. I 2001, S. 110.

65 Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 31.

66 Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 33.

67 Eine tabellarische Übersicht findet sich bei: Kübling/Lehmburg, Jura 2009, 835 (843).

68 Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 34.

69 Dörr, JZ 2004, 703 (705).

70 Roebling, Jura 2000, 453 (461).

der Vergabesenat können jedoch einen einmal erteilten **Zuschlag** wieder aufheben (§§ 114 Abs. 2, 123 Satz 4 GWB a. F.).

Bedeutsam für einen effektiven Rechtsschutz i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG war besonders die Einführung der Regelung in § 115 GWB a. F., wonach während eines anhängigen Gerichtsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung das Vergabeverfahren von Amts wegen auszusetzen ist (Zuschlagssperre). Denn der Zuschlag der Vergabestelle bewirkt das Zustandekommen des Vertrags mit dem Bieter.⁷¹ Mit § 115 GWB a. F., dem heutigen § 169 Abs. 1 GWB, wurde erstmals sichergestellt, dass der unterlegene Bieter nicht mehr vor vollendete Tatsachen gestellt wird.⁷² Auf Antrag kann die Vergabekammer gem. § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F. auch andere vorläufige Maßnahmen ergreifen. Zuvor musste der Bieter regelmäßig den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 1004 BGB und §§ 935, 940 ZPO beantragen.⁷³ Ein entgegen des Aussetzungsgesetzes nach § 115 GWB erteilter Zuschlag ist gem. § 134 BGB zivilrechtlich nichtig.⁷⁴ Das **Aussetzungsgesetz** kann der Bieter bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens ausdehnen, indem er beim Beschwerdegericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Beschwerde gem. § 118 Abs. 3 GWB beantragt.⁷⁵ Zudem besteht für die Vergabesenate am OLG gem. § 124 Abs. 2 GWB die Pflicht zur Divergenzvorlage an den BGH.⁷⁶ Dies führte im Oberschwellenbereich zu einem lückenlosen Primärrechtsschutz. Im Unterschwellenbereich hingegen ist der Rechtsschutz nach wie vor nur rudimentär auf Sekundärebebene ausgestaltet.⁷⁷

Ein weiterer Meilenstein in puncto Bieterschutz bei der öffentlichen Auftragsvergabe war § 126 GWB, der dem unterlegenen Bieter unter bestimmten Umständen erstmals eine selbstständige **Anspruchsgrundlage** auf Ersatz seines Vertrauensschadens einräumte. Der Vorteil ist, dass die ordentlichen Gerichte bei einer auf § 126 GWB a. F., heute § 181 GWB, gestützten **Schadensersatzklage** an die Feststellungen der Vergabekammern gebunden sind und diese Vorschrift eine verschuldensunabhängige Haftung darstellt.⁷⁸ Für eine hierauf gestützte Schadensersatzklage kommt es hinsichtlich der Kausalität der Verletzung von Vergabevorschriften für den Schadenseintritt auf den Nachweis einer „echten Chance“ des Erfolgs bei ordnungsgemäßer Vergabe an. Dies stellt gegenüber der c.i.c (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB) eine wesentliche Erleichterung gegenüber dem normalen Kausalitätsnachweis im Prozess dar.⁷⁹

Mit Beschluss vom 27.1.2009 beschloss die Bundesregierung im Rahmen des **Konjunkturpakets II** eine Vereinfachung des Vergaberechts für die Jahre 2009 und 2010. Damit wurde zum 29.1.2009 die Dauer von EU-Vergabeverfahren von 87 auf 30 Tage reduziert. Darüber hinaus wurden neue Schwellenwerte für die beschränkte Ausschreibung und für die freihändige Vergabe eingeführt. Diese betragen:

- bei Bauleistungen für eine beschränkte Ausschreibung: 1 Mio. Euro,
- bei Bauleistungen für eine freihändige Vergabe: 100.000 Euro,
- bei Dienst- und Lieferleistungen sowohl für die beschränkte Ausschreibung als für die freihändige Vergabe: 100.000 Euro.

Unterhalb dieser Schwellenwerte konnten die Vergabestellen des Bundes ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestands beschränkte Ausschreibungen oder frei-

⁷¹ Kühnen, in: Kapellmann/Messerschmidt, Einleitung VOB/A, Rn. 7.

⁷² Roebling, Jura 2000, 453 (461).

⁷³ Vertiefend: Noch, ZFBR 1997, 221 (226).

⁷⁴ BT-Drucks. 13/9340, S. 20.

⁷⁵ Kühnen, in: Kapellmann/Messerschmidt, Einleitung VOB/A, Rn. 7.

⁷⁶ Dörr, JZ 2004, 703 (705).

⁷⁷ Roebling, Jura 2000, 453 (460); vgl. Kommentierungen zu § 102 GWB.

⁷⁸ Dreher, EuZW 1998, 197 (199).

⁷⁹ Jebens, DB 1999, 1741 ff.

16

17

18

händige Vergaben durchführen. Die Länder und Kommunen erleichterten ihre Vergabeverfahren ebenfalls durch Anhebung der Schwellenwerte.⁸⁰ Einige Landesregierungen (z. B. NRW⁸¹) verlängerten ihre im Rahmen des Konjunkturpakets II beschlossenen Wertgrenzenerlasse bis zum 31.12.2012.⁸² Damit galten die erhöhten Schwellenwerte für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben fort, insbesondere um noch nicht abgeschöpfte Mittel aus dem Konjunkturpaket II leichter in den Wirtschaftskreislauf einzuspeisen. Auf Bundesebene galten seit Januar 2011 wieder die ursprünglichen Schwellenwerte.⁸³

III. Die Vergaberechtsreform 2009

- 19** Die große Koalition aus CDU/CSU und SPD hatte bereits am 28.6.2006 mit dem Beschluss „Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System“ zukünftige Leitlinien für das Vergaberecht vorgegeben. Hierin wurden die Ziele Vereinfachung von Verfahrensregeln, Mittelstandsförderung und volle Umsetzung der europäischen Vergaberechtslinien festgeschrieben. Erst am 24.4.2009, mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts wurden dann tatsächlich die EU-Richtlinien vollständig umgesetzt.⁸⁴ Der Gesetzgeber hielt auch nach der Vergaberechtsreform 2009 weiterhin am **Kaskadensystem**, d. h. der Trias aus Kartellvergaberecht (GWB), der VgV als Scharnier und den Vertrags- und Vergabeordnungen (VOL/A, VOB/A und VOF) fest.⁸⁵ Allerdings wurde in den Sektoren der Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung die Kaskade auf zwei Stufen reduziert, indem der Bundesgesetzgeber eine eigene Sektorenrechtsverordnung erließ, die die zuvor für diese Sektoren gelgenden Vorschriften in der VgV und der VOL/A bzw. VOB/A zusammenführte.⁸⁶ Zudem wurden die Verdingsordnungen – nunmehr Vertrags- und Vergabeordnungen – novelliert.⁸⁷ Hinsichtlich des Rechtsschutzes im **Unterschwellenbereich** nahm die Vergaberechtsreform 2009 keine Veränderungen vor.⁸⁸

1. Mittelstandsförderung

- 20** Um das Ziel der besseren Mittelstandsförderung zu erreichen, wurde in § 97 Abs. 3 GWB a. F. festgelegt, Aufträge grundsätzlich in **Fach- und Teillosen** auszuschreiben.⁸⁹ Hiervon kann nur abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine Abweichung notwendig erscheinen lassen. In der Praxis wird diese Regelung dazu führen, dass der Beamte/Beschäftigte der vergebenden Behörde Lose bilden wird und diese nur in einem zu begründenden Sonderfall zusammenfasst und an einen Bieter vergibt. Da dieser Begründungsaufwand sehr hoch ist, dürfte in Zukunft die Bildung von Losen die Regel werden.⁹⁰ Mittelständische Interessen sind bei der Auftragsvergabe vornehmlich zu berücksichti-

80 Dabringhausen, VergabeR 2009, 391 ff.

81 Vereinfachungen im Vergaberecht für Gemeinden (GV) RdErl. d. Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW – 34-48.07.01/99-1/11 – v. 13.12.2011, MBl. NRW. 2011 S. 622.

82 Byok, NJW 2012, 1124 (1129).

83 Für einen Überblick über die einzelnen Bundesländer vgl. die Seite der Auftragsberatungsstellen in Deutschland, abzurufen unter: <http://www.transbau.com/upload/dokumente/101506.pdf> (Stand: 28.5.2019).

84 Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 38.

85 Instruktiv die graphische Darstellung bei: Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 44.

86 Opitz, VergabeR 2009, 689.

87 Byok, NJW 2010, 817 (821 f.); zu Änderungen durch die Reform siehe vertiefend Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 5. Auflage 2014, Rn. 39 ff.

88 Schäfer, VergabeR 2009, 273 (274); Rechten/Junker, NZBau 2009, 490 (492), beachte aber Tendenzen in der Rechtsprechung, die Kontrolle im Unterschwellenbereich zu verdichten; vgl. Byok, NJW 2012, 1124 (1127 f.) m. w. N.; ders., NJW 2011, 975 (976 f., 980) m. w. N.

89 Zum Begriff der Fach- und Teillose: Werner, VergabeR 2009, 262 (263).

90 Roth, VergabeR 2009, 404 (406).