

und von Berufsanfängern bezog sich nach teilweiser Auffassung auf die gesamte Vergabepraxis einer Vergabestelle,¹⁹⁵ möglicherweise auch nur auf die Gesamtpraxis aller öffentlichen Auftraggeber in einer Zeitperiode.¹⁹⁶ Die **Risiken** bei der Übertragung komplizierter ingenieurtechnischer Lösungen auf Berufsanfänger respektive sog. »Newcomer« sind viel **zu groß**. In den aktuellen Bestimmungen der VgV (§§ 69, 73 ff.) finden sich keine zusätzlichen, die Losvergabepflicht für diesen Bereich relativierenden Regelungen. Ermessensgetragen kann man jedoch auch heute vom Grundsatz der Losvergabe abweichen. Eine Diskussion knüpft an die Frage an, ob die Losauftragswerte von Fachplanerleistungen zusammenzurechnen sind.¹⁹⁷ Nach hier vertretener Auffassung ist § 3 VII 2 VgV insofern europarechtswidrig; die Losauftragswerte sind daher zu addieren.

(4) Grundsätze der Kommunikation, Einsatz elektronischer Mittel

- 177 § 97 V **GWB** stellt als Grundsatz auf, dass die Auftraggeber sowie auch die Unternehmen **Kommunikation prinzipiell mit elektronischen Mitteln** betreiben. Damit werden elektronische Vergabeverfahren nachhaltig gestärkt. Dies gilt insbesondere in der Zusammenschau mit der Zulassung der sog. »Textform« (§ 126b BGB), die in § 53 I VgV verankert ist. Danach genügt es, **Angebote** in Form von Dateien (Word, Excel, pdf usw.) auf die Plattform hochzuladen; einer Unterschrift bedarf es dazu nicht. Es müssen lediglich der Name des Unternehmens und der das Angebot ausfertigenden natürlichen Person erkennbar sein. Im Übrigen gilt für die **sonstige Kommunikation** mit den Bietern während des Vergabeverfahrens die Anforderung, dass diese beweisbar sein sollte. Das fällt naturgemäß bei der Verwendung von Plattformen leichter als im normalen E-Mail-Verkehr.¹⁹⁸ Schließlich gilt der Grundsatz der **Selbstbindung**: Hat der Auftraggeber bekannt gemacht, dass der einzig zulässige Kommunikationsweg die Nutzung der vorgegebenen e-Vergabe-Plattform ist, so kann er nicht für Aufklärungsmaßnahmen einen anderen Kommunikationsweg wählen.¹⁹⁹
- 178 Die **Ausnahmen** muss es aus technischen Gründen geben, weil immer eine Rückfalllinie dahingehend existieren muss, dass z.B. im Falle eines tage- oder wochenlangen Ausfalls eines Servers oder einer Plattform notfalls Kommunikation im klassischen schriftlichen Wege betrieben werden können muss. Eine weitere Ausnahme muss nicht zuletzt mit Rücksicht auf die Vorgabe der EU-Richtlinie bestehen, wenn es bspw. nicht möglich ist, sehr umfangreiche und stark Kapazitäten füllende Graphiken oder Planungsunterlagen elektronisch zu versenden bzw. abzuspeichern.

195 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.7.2003 (Verg 27/03).

196 So Marx in: Müller-Wrede, VOF-Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 2, Rn. 21.

197 Portz, »Keine Addition von Losen bei »einfachen Planungen«: VK Nordbayern verneint Gleichartigkeit«, VergabeR 2018, 506. Der Beitrag adressiert: VK Nordbayern, Beschl. v. 9.5.2018 (RMF-SG 21-3194-3-10).

198 VK Bund, Beschl. v. 18.8.2015 (VK 2-43/15); VK Hessen, Beschl. v. 27.7.2015 (69d-VK-24/2015).

199 VK Bund, Beschl. v. 20.12.2017 (VK 2-142-17).

(5) *Subjektive Rechte*

§ 97 VI GWB verleiht den Wirtschaftsteilnehmern, sprich den Unternehmen, einen **Anspruch** darauf, dass die dem Vergaberecht unterliegenden Auftraggeber die **einschlägigen Bestimmungen einhalten**. Nach wie vor sind alle untergeordneten Bestimmungen, wie selbstverständlich auch die Bestimmungen des GWB selbst, daraufhin zu überprüfen, ob und inwieweit, und gegebenenfalls unter welchen Umständen, sie bieterschützende Wirkungen zu entfalten vermögen. 179

Die Anerkennung subjektiver Rechte der Bieter im Vergabeverfahren ist spätestens seit dem EuGH-Urteil vom August 1995²⁰⁰ unausweichlich. Sie ist Voraussetzung für die Anrufbarkeit deutscher Gerichte. 180

Der **Kreis der bieterschützenden Vorschriften** ist erfahrungsgemäß **eher weit zu ziehen**. Als Beispiele können – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – aufgeführt werden: 181

- Irrtümer bei der Verneinung des öffentlichen Auftraggeberbegriffs
- Nicht gerechtfertigte In-House-Geschäfte
- de-facto-Vergaben²⁰¹
- Schätzung des Auftragswertes
- Wahl des Vergabeverfahrens²⁰²
- Leistungszuschnitt²⁰³
- Ausschreibungsreife
- Losbildung (mit gewissen Einschränkungen)²⁰⁴
- Leistungsbeschreibung (mit Einschränkungen)²⁰⁵; Rückgriff auf Produkte und Spezifikationen
- Formale Ausschlussbedürftigkeit des Konkurrenten²⁰⁶
- Ungerechtfertigter eigener Ausschluss²⁰⁷

200 EuGH, Urt. v. 11.8.1995 (Rs. C-433/93 – »Kommission././ Deutschland«), Slg. I, 2303, 2311.

201 OLG Rostock, Beschl. v. 25.9.2013 (17 Verg 3/13).

202 BGH, Beschl. v. 10.11.2009 (X ZB 8/09).

203 Allerdings nicht unter dem Aspekt, dass der Bieter die ausgeschriebene Leistung in der gewählten Art für »nicht sinnvoll« oder »unzweckmäßig« erachtet: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2018 (VII Verg 59/17). Wiederum aber dann, wenn er die Leistungszuschnitte bspw. als ihn diskriminierend erachtet.

204 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.3.2011 (Verg 63/10); OLG Celle, Beschl. v. 26.4.2010 (13 Verg 4/10); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 (VII-Verg 27/09); VK Niedersachsen, Beschl. v. 30.9.2015 (VgK-30/2015).

205 Vor allem: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.8.2012 (VII-Verg 10/12 – »Satellitengestütztes Warnsystem«). Ebenso: OLG Jena, Beschl. v. 25.6.2014 (2 Verg 1/14). Beachte aber, weil restriktiver, aus neuerer Zeit: OLG München, Beschl. v. 9.3.2018 (Verg 10/17); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.6.2017 (VII-Verg 53/16); OLG Koblenz, Beschl. v. 20.4.2016 (Verg 1/16).

206 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.4.2016 (15 Verg 1/16).

207 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.4.2018 (Verg 28/17).

- Verstöße gegen den Geheimwettbewerb, wettbewerbsbeschränkte Abreden²⁰⁸
- Eignungskriterien (z. T. mit Einschränkungen)²⁰⁹, auch betreffend sog. Eignungsleihe²¹⁰
- Teilnahme von nicht zugelassenen öffentlichen Unternehmen oder nicht geeigneten Bieterinnen
- Unangemessene Preise von Konkurrenten²¹¹
- Zuschlagskriterien, Unterkriterien, Transparenz (z. T. mit Einschränkungen auf der 3. oder 4. Ebene)²¹²
- Dokumentation, Vergabebericht (mit Einschränkungen)

182 Umfasst sind damit

- grundlegende Irrtümer und Defizite bei der Vergabestelle, die zu Ausschreibungsfehlern führen,
- eigene Benachteiligungen im Vergabeverfahren
- klassische Konkurrentenrechte, die auf die Beseitigung einer ungerechtfertigten anderweitigen Bezuschlagung mit dem letztlichem Ziel einer eigenen Begünstigung in Form des Zuschlags zielen
- sowie Vorschriften, die im Kern zwar als objektive Verwaltungsvorschriften schwerpunktmäßig Schutzvorschriften für die Vergabestelle darstellen, jedoch Drittwirkungen in Form subjektiver Bieterrechte entfalten können.

183 **Mit Letzterem** waren über viele Jahre die Bestimmungen über das **Verbot der Zuschlagserteilung auf Angebote mit unangemessen niedrigen Preisen** angesprochen. Diente die Vorschrift früher in erster Linie dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers,²¹³ so hat diese Rechtsprechung seit dem Januar 2017 als völlig überholt zu gelten.²¹⁴ Der Auftraggeber ist unbeschadet der **nunmehr anerkannten subjektiven Rechte** der Konkurrenten auf die Durchführung der solchen Angemessenheits-Prüfung (mehr als 10 %ige Abweichung des niedrigsten Gebots vom Nächstbietenden bei Bauvergaben, mehr als 20 %ige Abweichung des niedrigsten Gebots vom Nächstbietenden bei Liefer-/Dienstleistungsvergaben) aber nicht daran gehindert, einem niedrigen, nicht kostendeckenden Angebot den Zuschlag zu erteilen.

184 Eingeschränkt ist der ansonsten recht weit gezogene Wirkungsbereich der subjektiven Bieterrechte auch im Hinblick auf die bereits erwähnten Bestimmungen über die Anfertigung des Vergabeberichts.²¹⁵ Hier wird stets davon auszugehen sein,

208 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.2.2016 (Verg 41/15).

209 OLG Koblenz, Beschl. v. 20.4.2016 (Verg 1/16).

210 EuGH, Urt. v. 7.4.2016 (Rs. C-324/14); EuGH, Urt. v. 14.1.2016 (Rs. C-234/14).

211 BGH, Beschl. v. 31.1.2017 (X ZB 10/16).

212 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2009 (VII-Verg 10/09); OLG München, Beschl. v. 17.1.2008 (Verg 15/07).

213 Vgl. noch: BayObLG, Beschl. v. 12.9.2000 (Verg 4/00), VergabeR 2001, 65.

214 BGH, Beschl. v. 31.1.2017 (X ZB 10/16).

215 OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999 (6 Verg 1/99), BauR 1999, 1175.

dass die **Dokumentation** keinen Selbstzweck darstellt.²¹⁶ Es wird vielmehr nachgewiesen werden müssen, dass die Dokumentations- und Begründungsdefizite in der Vergabeakte ursächlich für einen Vergabefehler sind. Aber auch hier ist Rechtsprechung anzutreffen, die überaus auftraggeberfreundlich ist und selbst strukturelle Dokumentationsdefizite akzeptiert.²¹⁷ In dem entschiedenen Fall nahm die Vergabestelle eine verbösernde Zweitbewertung der Angebote vor und schrieb die Punktevergaben ohne Einzelbegründung rein tabellarisch nieder, wobei auch jede Begründung für die abweichende Bewertung im Vergleich zum ersten Wertungsdurchgang fehlte. Stellt man die Sichtweise anderer Spruchkörper gegenüber, so zeigen sich zuweilen krasse Unterschiede im Hinblick auf die Dokumentationsanforderungen und damit auch allgemein im Hinblick auf die Reichweite der subjektiven Bieterrechte.²¹⁸

Mit der **GWB-Novelle 2009** ist infolge der modifizierten Formulierungen u. a. des § 110 GWB a.F. eine **stärkere Betonung des Individualrechtsschutzprinzips** erfolgt. Den objektivrechtlichen Amtsermittlungsgrundsatz hat der deutsche Gesetzgeber ein wenig zurückgenommen, sodass nicht mehr jede Rechtswidrigkeit, die den betreffenden Bieter gar nicht betrifft respektive die der betreffende Bieter nicht wirksam beanstandet hat, so z. B.

- die Frage der ordnungsgemäßen Kennzeichnung von Angeboten Dritter, die weder Antragsteller noch Beigeladener im Vergabenachprüfungsverfahren sind
- oder der schon klassisch zu nennende Fall, dass ein Bieter versäumt hat, einen rechtswidrigen Umstand formal zu rügen, als ausreichend anzusehen ist.

Am Konsequenteften hat bisher das OLG München²¹⁹ diese **Begrenzung der Amtsüberprüfung** in seiner Rechtsprechung verwirklicht.²²⁰ Aber auch viele andere

216 OLG Dresden, Beschl. v. 31.3.2004 (W Verg 2/04), VergabeR 2004, 724.

217 So: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.8.2007 (VII-Verg 27/07). Siehe auch: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.6.2002 (Verg 18/02), NZBau 2002, 627 f.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.12.2000 (Verg 28/00), VergabeR 2001, 128.

218 VK Sachsen, Beschl. v. 24.5.2007 (1/SVK/029–07).

219 OLG München, Beschl. v. 10.12.2009 (Verg 18/09). Siehe v. a. das folgende Zitat in der Entscheidung des OLG München, Beschl. v. 9.8.2010 (Verg 13/10): *»Die Vergabekammer hat nicht von sich aus alle nur denkbaren Rechtsverstöße in Erwägung zu ziehen und in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen. Das Nachprüfungsverfahren dient der Verwirklichung subjektiver Bieterrechte und nicht einer hiervon losgelösten abstrakten Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (...). Der Antrag und das Vorbringen des Antragstellers bilden somit den Rahmen der Sachverhaltserforschung und der Rechtmäßigkeitskontrolle, zu der die Vergabekammer befugt ist«.*

220 Vgl. *Noch*, »Keine allgemeine Rechtskontrolle – Die Vergabekammern haben nur einen beschränkten Prüfungsauftrag«, VergabeNavi 6/2010, 29.

Spruchkörper korrigieren nicht von Amts wegen.²²¹ Insgesamt können die Dokumentationsanforderungen als deutlich erhöht eingeordnet werden.²²²

bb) Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber (Überblick)

- 187 Die Bestimmung des § 98 GWB nimmt eine deutliche definitorische Trennung zwischen den **öffentlichen Auftraggebern** (§ 99 GWB), den **Sektorenauftraggebern** (§ 100 GWB) und den **Konzessionsauftraggebern** (§ 101 GWB) vor. So wurde es seitens der Sektorenauftraggeber schon seit langer Zeit als unpassend empfunden, dass diese gesetzgeberischen Definitionen früher unter der Vorschrift des § 98 GWB a.F. vereint waren. Allerdings treffen sich die Sektorenauftraggeber und die öffentlichen Auftraggeber in der gemeinsamen Bestimmung des § 101 GWB wieder. Die dort geregelten Konzessionsauftraggeber können sowohl Sektorenauftraggeber als auch öffentliche Auftraggeber sein.

(1) Haushaltsrechtliche Auftraggeber

- 188 Der **öffentliche Auftraggeberbegriff** ist aufgrund einer weitgehend gelungenen gesetzgeberischen Definition klar umschrieben und hat, abgesehen von wenigen Einzel- bzw. Ausreißerentscheidungen, weitgehend eine gesicherte rechtliche Kontur erhalten. Der Begriff des »öffentlichen Auftraggebers« ist auf die Vergaberichtlinien zurückzuführen. Die **klassischen öffentlichen Auftraggeber** im Sinne des § 99 Nr. 1 GWB sind:
- Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden)
 - Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts
 - Sondervermögen, Regiebetriebe

- 189 Hierbei handelt es sich um die klassischen haushaltsrechtlichen Auftraggeber, die, werden die EU-Schwellenwerte nicht erreicht, ohnehin das nationale Vergaberecht (die bisherigen ersten Abschnitte der Vergabe- und Vertragsordnungen) anwenden müssen.

(2) Funktionale Auftraggeber

- 190 In den 1990er Jahren hat jedoch ein grundlegender **Wandel des öffentlichen Auftraggeberbegriffes** stattgefunden. Waren früher nur die genannten **Auftraggeber im institutionellen Sinne** erfasst (sog. »klassische Auftraggeber«), so sind seit dem Wandel dieses Begriffsverständnisses, zu dem die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache

221 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1.6.2016 (Verg 6/16); VK Lüneburg, Beschl. v. 8.5.2018 (VgK-10/2018); VK Rheinland, SPK Köln, Beschl. v. 30.4.2018 (VK K 12/18-L); VK Sachsen, Beschl. v. 4.4.2018 (1/SVK/004-18). Für ein Aufgreifen von Amts wegen bei schwerwiegendem Mangel eines Zuschlagskriteriums: VK Brandenburg, Beschl. v. 23.2.2018 (VK 1/18).

222 BGH, Beschl. v. 8.2.2011 (X ZB 04/10); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.1.2014 (15 Verg 10/13).