

Kapitel A Rechtsgrundlagen des Vergaberechts

Das Vergaberecht war früher eine Materie, in der jeder Mitgliedstaat der EG bzw. der heutigen EU seine eigenen Vorschriften entwickelt hatte, teilweise sehr ausgeprägt, teilweise nur sehr rudimentär. Zudem waren und sind die **Regelungsansätze** in den Mitgliedstaaten **sehr unterschiedlich** und reichen von einer rein öffentlich-rechtlichen (z. B. Portugal, Frankreich) bis zu einer mehr oder weniger zivilrechtlichen Betrachtungsweise (Deutschland), was entsprechende praktische Konsequenzen für die Vergabepraxis zeitigt. 1

Im Gefolge der ersten Vergabekoordinierungsrichtlinie aus dem Jahr 1971, und sehr verstärkt in den letzten 30 Jahren, haben sich die Europäischen Organe, allen voran die Europäische Kommission, entschlossen, die nationalen **Vergabebestimmungen zu harmonisieren** und in Form von EG-Richtlinien inhaltlich verbindliche Rechtsvorgaben für das Vergaberecht zu kreieren. Die nationalen Rechtstraditionen sollen bei diesem Harmonisierungsprozess jedoch so weit wie möglich erhalten bleiben, weil es im Bereich der **Richtlinienkodifikationen** nicht das Ziel des Europarechts ist, einheitliches Recht zu schaffen, sondern lediglich angestrebt ist, dass die Mitgliedstaaten für **konforme und mit den Richtlinienvorgaben kompatible Beschaffungsverfahren** sorgen. Daher rührt auch der Begriff der Vergabekoordinierungsrichtlinien. Die Harmonisierung der Vergabevorschriften ist dabei als ein Element der Vervollendung des Binnenmarktes zu begreifen, der sich ebenso auf die Herstellung eines möglichst **europaweiten Beschaffungsmarktes** erstreckt. Natürlich sind z. B. Bauleistungen in der Regel eher an die regionalen bzw. nationalen Märkte gebunden. Anders ist dies aber z. B. insbesondere im Fall von Dienstleistungen. 2

Entscheidend ist daher zunächst die **europäische Idee**, die sich im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe in Gestalt der Bestimmungen des EU-Vertrages (AEUV) und der Vergaberichtlinien konkretisiert. Das Vergaberecht ist, sofern gewisse Auftragssummen (sog. »**Schwellenwerte**«) überschritten sind, ganz maßgeblich durch das Europarecht geprägt. Eine herausragende Rolle spielen die in innerstaatliches Recht umzusetzenden EU-Richtlinien, aber auch die Vorschriften des heutigen Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) mit den darin verankerten Marktfreiheiten. 3

In Kapitel A. I. soll nun eine nähere Untersuchung der europarechtlichen Aspekte erfolgen und in Kapitel A. II. ein Überblick über die seit 1.1.1999 geltende »kartellrechtliche Lösung« gegeben werden. 4

I. Die europarechtlichen Grundlagen

Ausgangspunkt des heutigen Vergaberechts ist das **Europarecht** in Gestalt des EU-Vertrages (EUV) sowie des **Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)** und der **EU-Vergaberichtlinien**. Seit Inkraftsetzung des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 spricht man einheitlich vom Unionsrecht. Begriffe wie 5

»Gemeinschaftsrecht«, »EG-Richtlinien«, »gemeinschaftskonforme Auslegung«, »Amtsblatt der EG« sind daher grundsätzlich überholt und sollten auch für die Alt-Sachverhalte – also rückwirkend – durch die neuen Begriffe »Unionsrecht«, »EU-Richtlinien«, »unionsrechtskonforme Auslegung«, »Amtsblatt der EU« usw. ersetzt werden.

Dieses **primäre und sekundäre Europarecht** markiert den maßgeblichen **Rechtsrahmen** für die Durchführung der Beschaffungsvorgänge in jedem Mitgliedstaat der EU.

- 6 **Oberhalb der Schwellenwerte**, also bei europaweit auszuschreibenden Beschaffungen, gelten die EU-Richtlinien zuzüglich der Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).
- 7 **Unterhalb** der in den Richtlinien festgelegten Schwellenwerte, also bei nationalen Submissionen, gelten die Bestimmungen des AEUV ebenfalls, weil es im Gemeinsamen Markt keinen europarechtsfreien Raum mehr gibt.

1. Grundprinzipien und Bedeutung des Vergaberechts

a) *Transparenz, Nichtdiskriminierung und Wettbewerb*

- 8 Im Europarecht sind die **zentralen Vergabeprinzipien** verankert. Diese sind:
 - **Transparenz**,
 - **Nichtdiskriminierung** und
 - **fairer Wettbewerb**.
- 9 Unter **Transparenz** ist zu verstehen, dass klare, nachvollziehbare Vergabeverfahren stattfinden und vorhersehbare Entscheidungskriterien angewendet werden. Der Bieter soll in die Lage versetzt werden, schon im Vorhinein zu sehen, worauf es in dem konkreten Vergabeverfahren ankommt und welche Chancen er bei einer etwaigen Teilnahme an dem betreffenden Verfahren hat.¹ Damit wird er davor bewahrt, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen, bei denen er keine Aussicht auf Erfolg hat.² Schließlich bedeutet jede Angebotserstellung einen Zeitaufwand und damit die Bindung von Unternehmensressourcen. Die Bieter haben ein legitimes Interesse an der Amortisation ihrer

1 EuGH, Urt. v. 22.12.2010 (Rs. C-215/09 – »Mehiläinen Oy u. a.«); EuGH, Urt. v. 25.4.1996 (Rs. C-87/94), Rn. 53 ff., 88 f.; OLG München, Beschl. v. 19.12.2013 (Verg 12/13); OLG Brandenburg, Beschl. v. 29.1.2013 (Verg W 8/12); OLG Hamm, Urt. v. 12.9.2012 (I-12 U 50/12); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.7.2009 (VII-Verg 10/09); OLG Naumburg, Beschl. v. 31.3.2004 (1 Verg 1/04); OLG Dresden, Beschl. v. 29.5.2001 (WVerg 0003/01), VergabeR 2001, 311; KG, Beschl. v. 3.11.1999 (Kart Verg 3/99).

2 EuGH, Rs. 76/81 (»Transporoute«), Slg. 1982, 417; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.6.2010 (VII-Verg18/10); VK Sachsen, Beschl. v. 12.6.2015 (1/SVK/016-15); VK Südbayern, Beschl. v. 19.3.2015, (Z3-3-3194-1-61-12/14); VK Nordbayern, Beschl. v. 9.2.2012 (21. VK-3194-43/11).

Aufwendungen.³ Man spricht diesbezüglich von der sog. **ex-ante-Transparenz**. Diese erfordert konkret z. B. die vorherige genaue Angabe der Zuschlagskriterien (vorzugsweise bereits in der Ausschreibungsbekanntmachung), sodass der Bieter weiß, welche anderen Gesichtspunkte zusätzlich zu dem Preis eine Rolle für die Zuschlagserteilung spielen werden (Qualität, Wirtschaftlichkeit, Service, Ausführungszeitraum, Lieferzeitpunkt etc.).⁴ Gleiches gilt für die Teilnahmebedingungen (Eignungskriterien). Diese und die Art und Weise, in welcher Form sie beizubringen sind (Eigenerklärungen, Bescheinigungen etc.), sind oberhalb der EU-Schwelle infolge der Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie zwingend bereits in der Bekanntmachung zu veröffentlichen; unterhalb der EU-Schwelle ist dies jedenfalls empfehlenswert.⁵ Dass eine solche Vorgehensweise auch unterhalb der EU-Schwelle zu präferieren ist, resultiert daraus, dass sich Unternehmen schon von vornherein beim Lesen der Bekanntmachung – also im wahrsten Sinne des Wortes »ex-ante« – orientieren können sollen, ob eine Beteiligung für sie möglich ist oder ob es für sie ratsam ist, sich schon frühzeitig um die Bildung einer Bietergemeinschaft zu kümmern.

Neben der ex-ante-Transparenz ist es ebenso wichtig, dass Vergabeentscheidungen nachvollziehbar sind und die Bieter eine Information darüber erhalten, wie die Mitbewerber geboten haben. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Teilnehmer an dem Vergabeverfahren Rückschlüsse für ihr zukünftiges geschäftliches und auch rechtliches Verhalten ziehen können. Die Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsschritte des öffentlichen Auftraggebers bildet eine unverzichtbare Voraussetzung für die Nachprüfbarkeit im Rahmen der vom Europarecht vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten. Man spricht diesbezüglich von der sog. **ex-post-Transparenz**. Diese äußert sich konkret in einer Pflicht der Vergabestelle zur lückenlosen Dokumentation des gesamten Vergabeverfahrens (sog. **Vergabevermerk**) und einem damit korrespondierenden Anspruch des Bieters auf Information.⁶ Dokumentation und Information wiederum sind unverzichtbare Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Freilich stellen sie keinen Selbstzweck dar. Nicht jedes Dokumentationsdefizit führt automatisch zur Rechtswidrigkeit; es muss ein Zusammenhang mit Beeinträchtigungen der Chancen auf Zuschlagserteilung bestehen.⁷ Darüber hinaus gibt es Auskunftsrechte der Europäischen Kommission, auf deren Anfrage hin der Vergabevermerk zu übermitteln

3 OLG Dresden, Urt. v. 10.2.2004 (20 U 1697/03); VK Sachsen, Beschl. v. 7.5.2007 (1/SVK/027–07) u. Beschl. v. 15.5.2007 (1/SVK/028–07).

4 EuGH, Urt. v. 12.12.2002 (Rs. C-470/99); VK Westfalen, Beschl. v. 18.3.2015 (VK 1-6/15); VK Südbayern, Beschl. v. 29.9.2000 (Az.: 120.3–3194.1–18–08/00).

5 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018 (Verg 24/18); OLG Naumburg, Beschl. v. 30.4.2014 (2 Verg 2/14); OLG Hamm, Urt. v. 12.9.2012 (I-12 U 50/12); VK Berlin, Beschl. v. 20.6.2018 (VK-B2-10/18); VK Westfalen, Beschl. v. 30.1.2018 (VK 1-42/17).

6 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31.1.2014 (15 Verg 10/13); OLG Jena, Beschl. v. 9.9.2010 (9 Verg 4/10); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.3.2004 (Verg 1/04); OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.8.1999 (Verg 1/99), BauR 1999, 1175.

7 OLG Dresden, Beschl. v. 31.3.2004 (W Verg 2/04).

ist.⁸ Außerdem müssen die ausschreibenden Stellen bei EU-weiten Ausschreibungen statistischen Pflichten genügen; diese dienen letztlich auch der ex-post-Transparenz.

- 11 Unter **Nichtdiskriminierung** ist Folgendes zu verstehen: Insbesondere verboten sind **direkte** Schlechterstellungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, d. h., EU-Ausländer dürfen nicht schlechter behandelt werden als Bürger des betreffenden Mitgliedstaates. Diese Art von Schlechterstellung knüpft direkt an das Merkmal der Staatsangehörigkeit an. Eine direkte Schlechterstellung ist beispielsweise dann gegeben, wenn sich eine dänische Vergabestelle vorbehält, einen bestimmten Prozentsatz des Auftragsvolumens ausschließlich dänischen Bietern vorzubehalten.⁹ Demgegenüber ist eine reine **Inländerdiskriminierung**, wie sie beispielsweise nach herrschender Auffassung im Rahmen der Bindung allein deutscher Architekten an die HOAI vorkommt, nach (noch) herrschender Auffassung nicht europarechtswidrig.¹⁰
- 12 **Ortsansässigkeit** zu verlangen ist in jedem Fall absolut unzulässig.¹¹ Geradezu ein Klassiker des Versuchs einer Rechtfertigung für eine bevorzugte Berücksichtigung ist das Argument, dass dann die Gewerbesteuer in der Stadt bleiben würde – aus den genannten Gründen ist das natürlich kein zugkräftiges Argument. Nur in großen Ausnahmefällen dürfen Beschränkungen in der Weise geschehen, dass bestimmte Bieter **örtlich verfügbar** sein müssen, weil sie beispielsweise zur dauernden Wartung und Unterhaltung einer technischen Anlage ständig vor Ort gebraucht werden. Toleriert wird in diesem Zusammenhang zumindest im sehr transportintensiven Bereich der Abfallwirtschaft eine wertungsmäßige Besserstellung auf der Zuschlagsebene von Anbietern mit ortsnahe bzw. regionaler Entsorgungskapazität.¹²
- 13 Schlechterstellungen sind aber auch in der Weise denkbar, dass sie **mittelbar** durch nationale Regelungen wie z. B. wirtschaftssteuernde und allgemein ordnungspolitische Maßnahmen erfolgen, die mit den Prinzipien des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs nicht vereinbar sind. So dürfen Leistungsbeschreibungen nicht in der Weise ausgestaltet sein, dass sie die Marktfreiheiten in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigen.¹³ Anforderungen an die Niederlassung des Bieterunternehmens in einem bestimmten Mitgliedstaat der EU müssen gerechtfertigt sein (z. B. Baubetreuungsvertrag).¹⁴ Ebenso dürfen die Anforderungen an die zu erbringende Dienstleistung nur so weit reichen, wie sie in Bezug auf die notwendige Qualität der Leistungserbringung

8 *Fischer*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, 6. Aufl. 2012, nach Art. 56–62 AEUV, **Rn. 58**.

9 EuGH, Urt. v. 22.6.1993 (C-243/89 – Kommission./l. Königreich Dänemark – »Brücke über den Storebaelt«), Slg. 1993, I, 3353, **Rn. 33**.

10 Die Folgen daraus für die EU-weiten Vergabeverfahren sind strittig. Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 29.1.2014 (1 Verg 14/13), m. zahlr. Nachweisen.

11 EuGH, Urt. v. 27.10.2005 (Rs. 234/03 – »Insalud«); OLG Koblenz, Beschl. v. 20.4.2016 (Verg 1/16); VG Aachen, Urt. v. 16.12.2014 (2 K 1603/12).

12 OLG Frankfurt, Beschl. v. 29.3.2018 (11 Verg 16/17).

13 LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 14.11.2007 (13 O 360/07).

14 EuGH, Urt. v. 20.10.2005 (Rs. C-264/03 – »Kommission/Frankreich«).

verhältnismäßig sind (z. B. Dienstleistungen im Gesundheitsbereich in Form häuslicher Atemtherapien).¹⁵

Des Weiteren betrachte man hier z.B. die sog. **vergabefremden** Aspekte, die im Kern oftmals nicht nur mit mittelbaren, sondern sogar mit direkten Diskriminierungen von EU-Ausländern verbunden sind: **Stichwort:** Lehrlingsausbildungsbetriebe oder Bevorzugung von inländischen Regionen. Es darf nach den europarechtlichen Vorgaben nicht passieren, dass Betriebe aus anderen Staaten der EU sich aufgrund deutscher Vorschriften erst »vergabefähig« machen müssen, um in Deutschland überhaupt Chancen bei Auftragsvergaben zu haben. Sie wären dann gezwungen, z. B. einen bestimmten Prozentsatz an Lehrlingen einzustellen, um als Bieter infrage zu kommen. Ein niederländischer Betrieb könnte sich jedoch gar nicht erst vergabefähig machen, weil die Niederlande – wie übrigens die allermeisten Mitgliedstaaten der EU – kein duales Ausbildungssystem kennen. Sie verfügen nur über die staatliche Lehrlingsausbildung, nicht aber über eine solche, die parallel in der Privatwirtschaft stattfindet. Werden nun in einzelnen Mitgliedstaaten solche und ähnliche Anforderungen an Bieterunternehmen gestellt, so widerspricht dies den Regeln des Gemeinsamen Marktes und nicht zuletzt auch der eigentlich angestrebten Deregulierung, denn all diese Vorschriften schaffen einen unnötigen Verwaltungsaufwand, der die Vergabep Praxis überdies ziemlich undurchsichtig, also intransparent, gestaltet.

Dennoch wurden die »vergabefremden« **Kriterien** zumindest im **Umweltbereich** und auch im **sozialen Bereich** bereits in der vorigen Richtliniengeneration gemäß der Regelung des **Art. 26 VKRL 2004/18/EG** als sog. »Bedingungen für die Auftragsausführung« ausdrücklich zugelassen. Ob sie Eignungs-, Zuschlags- oder »Kriterien der dritten Art«¹⁶ sind, lässt die Richtlinie offen. Eine pauschale Behauptung jedenfalls, solche Kriterien seien aus europarechtlicher Sicht generell unzulässig, ist daher unhaltbar. Es kommt aber auf deren konkrete Ausgestaltung an. Wo genau die Grenzen zulässiger und unzulässiger Kriterien liegen, ist dabei eine Frage des Einzelfalles.¹⁷ Auch die **Form**, in welcher vergabefremde Kriterien eingeführt werden, und der Gültigkeitsanspruch, den sie zu entfalten bestimmt sind, spielt eine maßgebliche Rolle.¹⁸ So müssen etwa Regelungen über die **Tariftreue** allgemein verbindlich als Mindestlöhne im Sinne der Entsenderichtlinie und des deutschen

15 EuGH, Urt. v. 27.10.2005 (Rs. 234/03 – »Insalud«).

16 So: *van den Eikel*, Die zulässige Implementierung »vergabefremder« Kriterien im europäischen Vergaberecht, 2006, S. 182.

17 *Noch*, »Signale aus dem Bermuda-Dreieck – Vergabefremde Aspekte in einer neuen Rolle«, VergabeNavi 04/2009, 30; *Diemon-Wies/Graiche*, Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, 409.

18 Der aktuelle Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU lautet: »Öffentliche Auftraggeber können besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese gemäß Artikel 67 Absatz 3 mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Diese Bedingungen können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen« Vgl. die Umsetzung in § 129 GWB.