



## Vergaberecht in Gesundheitseinrichtungen

Aktuelle Anforderungen – Baumaßnahmen, Einkauf und IT

Justus Kampp  
Rechtsanwalt  
Solidaris Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

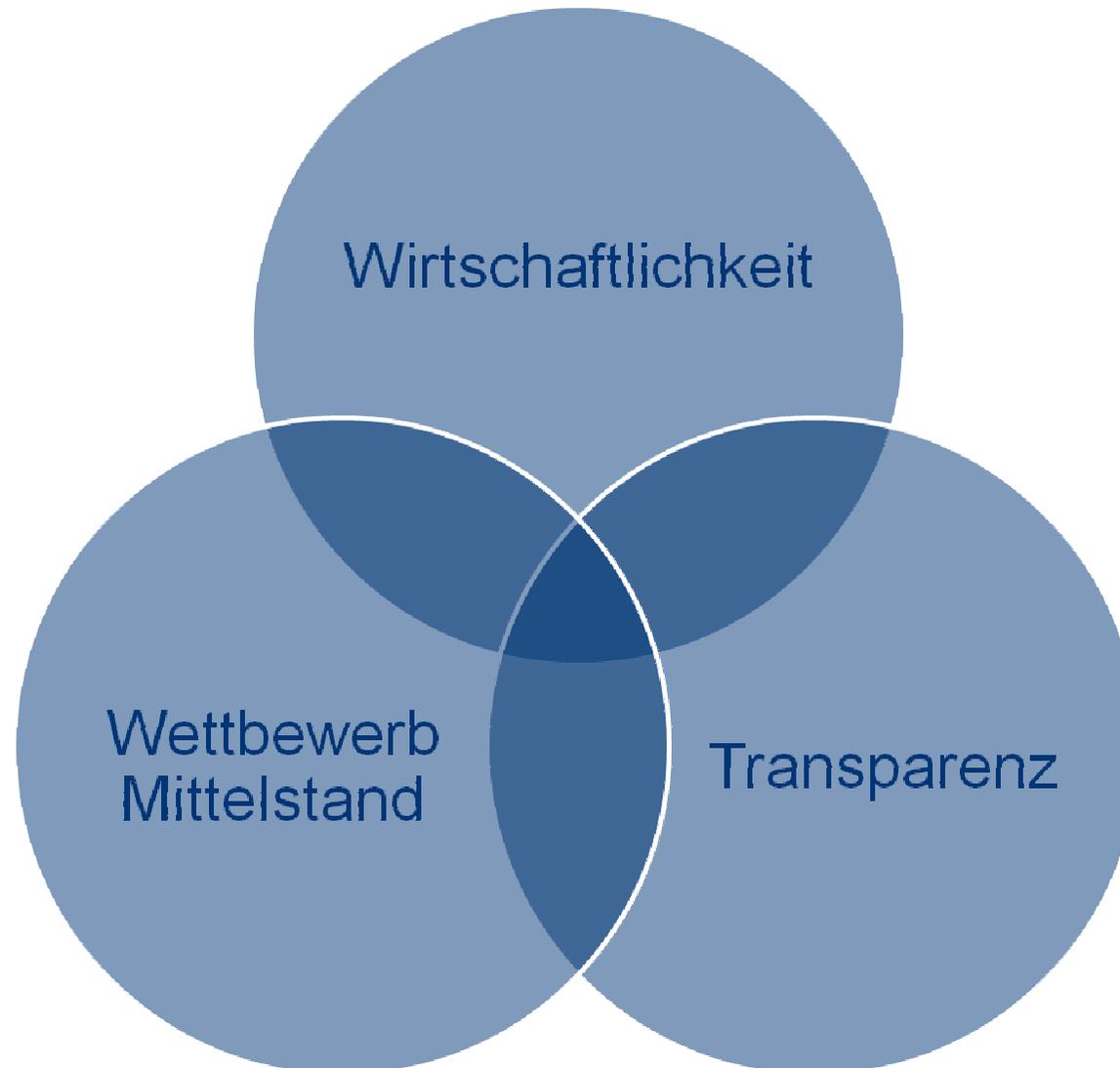
Freiburg

Berlin  
Erfurt  
Freiburg  
Hamburg  
Köln  
München  
Münster  
Wien (A)  
Würzburg

## Agenda

1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts
2. Aufbau und Struktur des Vergaberechts
  1. Europäisches Vergaberecht („Oberschwellenbereich“)
  2. Nationales Vergaberecht („Unterschwellenbereich“)
3. Auftraggeber
4. Sonderthema: Vergaberechtliche Bindung von Förderbescheiden
5. Verfahrensarten im Überblick
6. Rechtsschutz

# 1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts



# 1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

1. Das Vergaberecht ist das **Beschaffungsrecht** der öffentlichen Auftraggeber. Adressat des Vergaberechts ist primär immer **die öffentliche Hand**. Das Vergaberecht regelt die Beschaffungsvorgänge so, dass aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen bestimmte „Spielregeln“ angehalten werden sollen.
2. Historisch gesehen handelt es sich beim Vergaberecht ursprünglich um ein rein **behördeninternes Binnenrecht**.
3. Auf Grund der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der öffentlichen Hand als Auftraggeber sowie durch die Vorgaben der EU hat das Vergaberecht suk-zes-si-ve an Bedeutung gewonnen.
4. Insbesondere die Richtlinien der EU in sogenannten „Oberschwellenbereich“ haben ab dem 01.01.1999 mit Umsetzung in das Deutsche Recht für eine qualitative Veränderung des Vergaberechts geführt.
5. Die Grundzüge des Vergaberechts lassen sich wie folgt beschreiben:
  - **Wirtschaftlichkeit**
  - **Transparenz / Wahrung von Güterrechten**
  - **Schaffung und Erhalt von Wettbewerb**

# 1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

## Wettbewerbsprinzip

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der entsprechenden gesetzlichen Regelungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.

Das Wettbewerbsprinzip bedeutet, dass möglichst viele Unternehmen die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren gegeben wird. Es gilt für **Auftraggeber** und **Bieter** gleichermaßen und ist in allen Phasen eines Vergabeverfahrens zu beachten.

Ein **Verzicht auf Wettbewerb** ist nur dort möglich, wo auf Grund von Ausschließlichkeitsrechten oder einer besonderen Stellung eines bisherigen Auftragnehmers ohnehin nur ein Bieter in Betracht kommt.

Das Wettbewerbsprinzip soll dazu führen, dass Leistungen, Qualitäten und Preise einen bestmöglichen Zuschlag von Seiten des öffentlichen Auftraggebers ermöglichen.

Ausgeschlossen sind damit: **Dumpingangebote**, unauskömmliche Angebote, aber auch Ausschreibungen bei denen der öffentliche Auftraggeber Anforderungen an die Bieter so hoch steckt, dass nur ein ganz kleiner Kreis von Bietern für die Vergabe in Frage kommt.

# 1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

## Transparenzgebot

Das Transparenzgebot ist Ausfluss des Wettbewerbsgedanken.

Das Transparenzgebot dient für die Herstellung der Chancengleichheit der Bieter und Erschaffung eines funktionierenden Wettbewerbs.

Das Transparenzgebot verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber dazu, die von Ihnen beabsichtigte Auftragsvergabe in geeigneter Art und Weise bekannt zu machen.

Die Heilung eines Fehlers im Bekanntmachungstext erfordert daher aus Transparenzgründen eine Veröffentlichung und Berichtigung in den entsprechenden Medien.

Aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung folgt, dass sogar die Auswahlkriterien und deren Gewichtung den Wettbewerbern **voraus** bekannt zu geben sind, wenn der öffentliche Auftraggeber sie vor der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung aufgestellt hat. (siehe später Schulnoten-Rechtsprechung)

# 1. Allgemeine Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

## Wirtschaftlichkeit

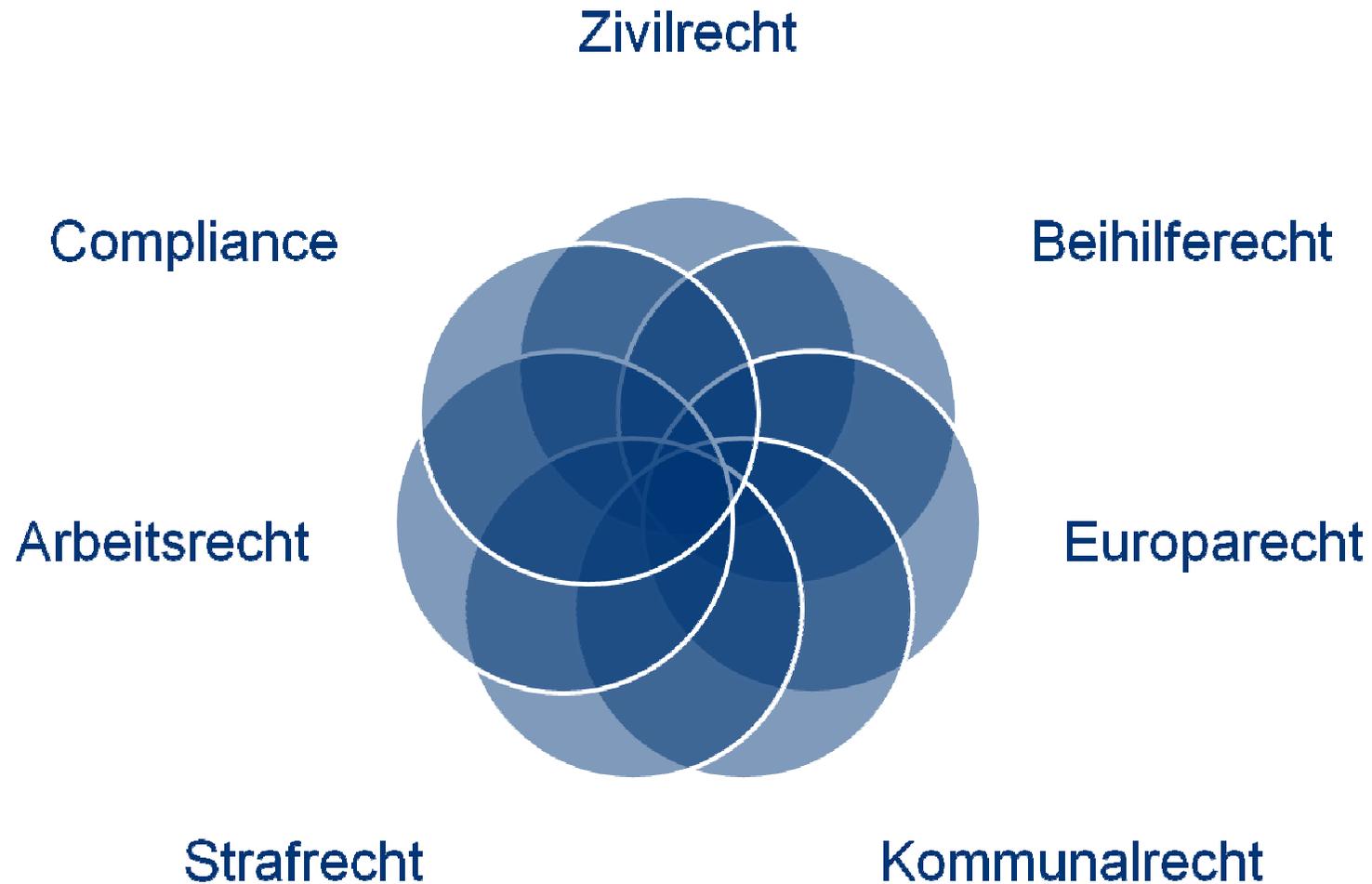
Die Vergabe hat stets Wirtschaftlichkeitsaspekte zu berücksichtigen.

In § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB wird geregelt, dass bei der Vergabe der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit stets zu wahren ist.

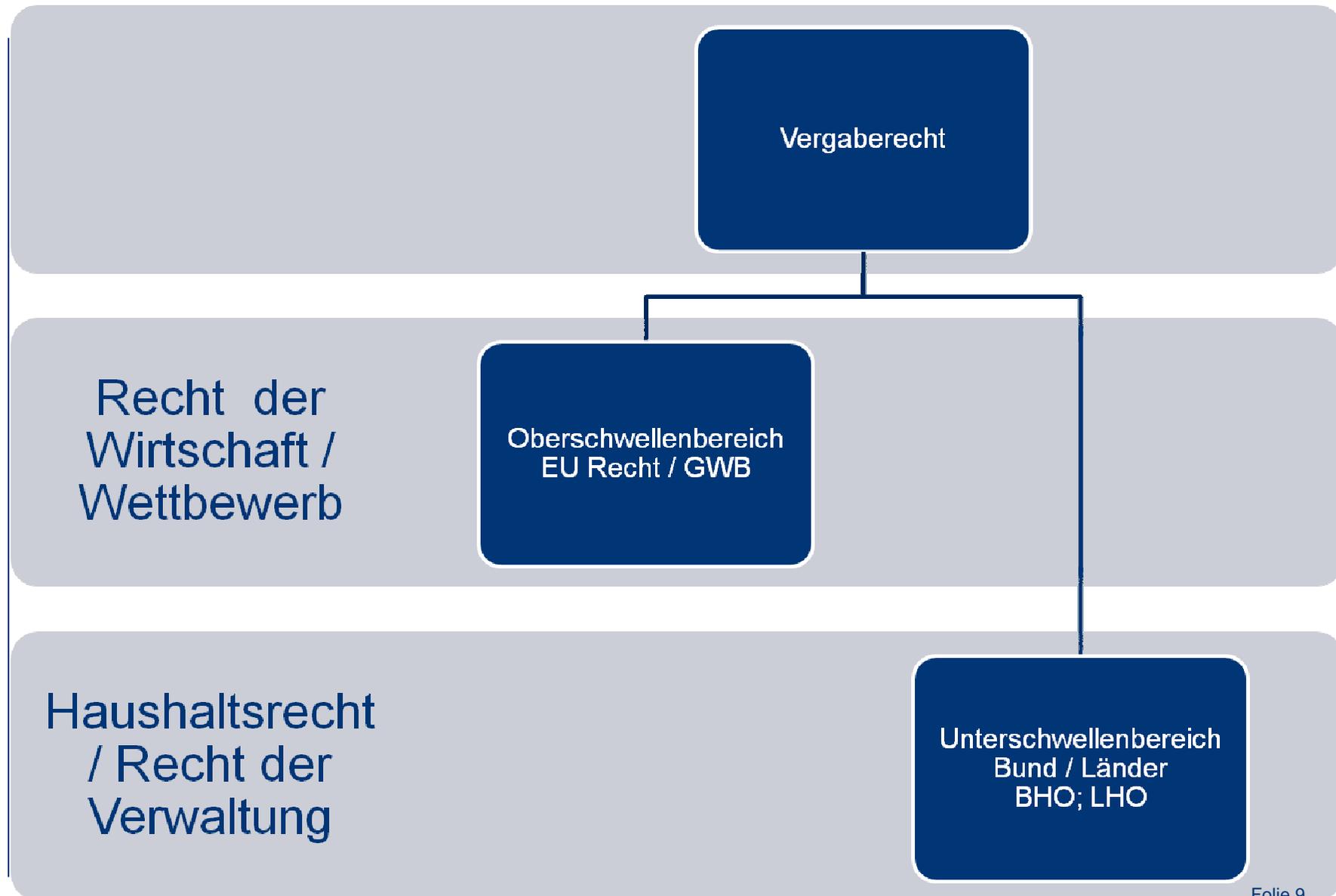
Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz wird unmittelbar aus Artikel 114 Abs. 2 GG abgeleitet.

Als weiterer Vergabegrundsatz gilt die **Verhältnismäßigkeit**. Danach ist eine Vergabemaßnahme nur geeignet, wenn der angestrebte Erfolg durch Sie erreicht oder mindestens gefördert wird. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn der Erfolg nicht oder durch ein anderes minderes Mittel erreichbar ist. Eine Maßnahme ist nur dann verhältnismäßig wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen ist.

# 1. Vergaberecht an der Schnittstelle ...



## 2. Aufbau und Struktur im Vergaberechts



## 2. Vergaberecht: Die wichtigsten Normen

Norm	Regelungsgehalt
GWB §§ 97 – 186 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	Allgemeine Regelungen des EU-Vergaberecht im nationalen Recht
VgV Verordnung für die Vergabe öffentlicher Aufträge	Alle allgemeinen Bestimmungen für die Vergabeverfahren <b>incl. ehem. VOF</b>
VOL/A Vergabe- und Vertrags <b>ordnung</b> für Leistungen	Vergabe für Dienstleistungen und sonstige Leistungen im Unterschwellenbereich
UVgO v. 07.02.2017 Unterschwellenvergabe <b>ordnung</b>	Ersatz für VOL/A Bund + Länder ?
VOB/A Vergabe- und Vertrags <b>ordnung</b> für Bauleistungen	Vergabe von Bauleistungen 1.Abschnitt = Unterschwelle 2.Abschnitt = Oberschwelle VOB/-EU

## 2. Aufbau und Struktur im Vergaberechts

### Schwellenwerte

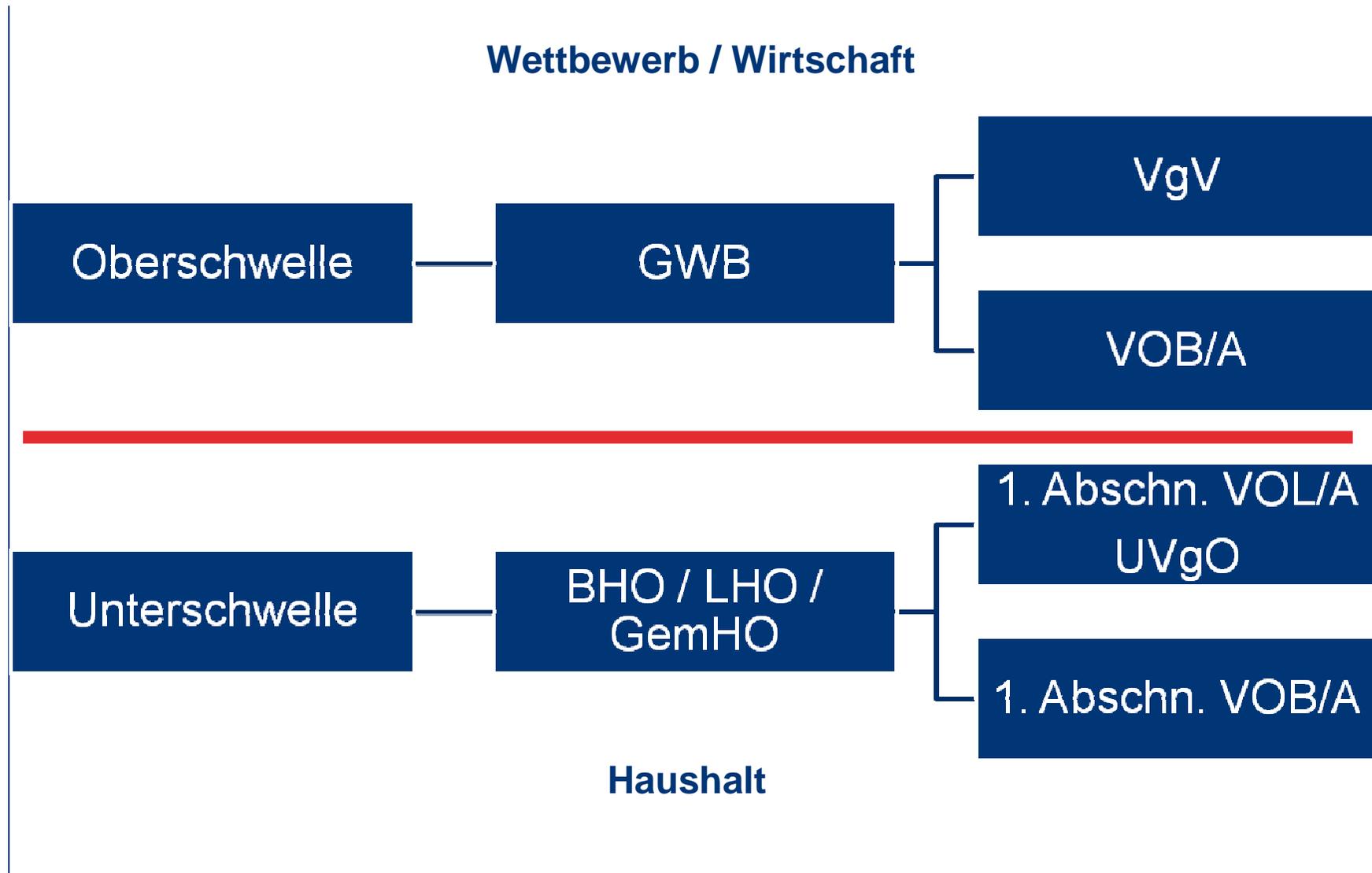
Seit dem 01.01.2016 gelten nach EU-Verordnung (EU) 2015/2170, (EU) 2015/2171 und (EU) 2015/2172 vom 24.11.2015 folgende Schwellenwerte:

Auftragsart	Schwellenwert netto
Bauftrag (VOB/A)	Schwellenwerteintrag: 5.225.000,00 € Sonderregelung für Lose
Auftragsart Konzessionen	Schwellenwerteintrag: 5.225.000,00 €
Dienstleistungen Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen <b>Achtung:</b> <b>Förderbescheide !</b>	Schwellenwert netto 135.000,00 €

## 2. Aufbau und Struktur im Vergaberechts

Auftragsart	Schwellenwert netto
Übrige Liefer- und Dienstleistungsaufträge	209.000,00 €
Lose von Dienstleistungsaufträgen oder bei Losen von weniger als 80.000,00 € deren addierter Wert ab 20 % des Gesamt- wertes aller Lose	80.000,00 €
Soziale und andere Dienstleistungen i.S.d. Anhang XIV der Richtlinie 24 / 24 / EU	750.000,00 €

## 2. Aufbau und Struktur im Vergaberechts



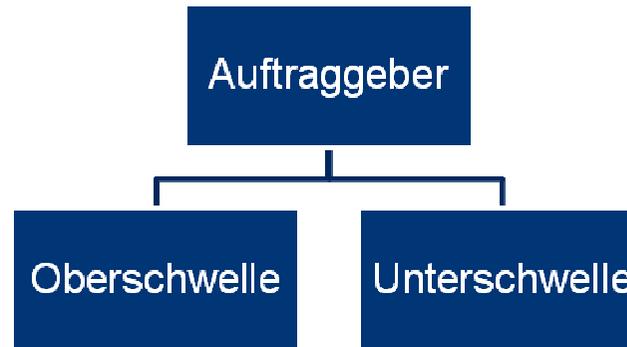
Fragen ?

Diskussion?

Auftraggeber

Wer ist Adressat des VergabeR?

## 3. Auftraggeber



Adressaten des Vergaberechts sind grundsätzlich nur öffentliche Auftraggeber.

Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers wird in § 99 GWB definiert.

Im Unterschwellenbereich (Haushaltsrecht) gilt der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 99 GWB **grundsätzlich** nicht. Es kommt allein darauf an, **ob und wer** nach den einschlägigen Bundes- oder landesrechtlichen Haushalts- und / oder Vergaberechtsnormen an das Unterschwellenvergaberecht gebunden ist.

## 3. Auftraggeber nach § 99 GWB

### § 99 Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind

1. **Gebietskörperschaften** sowie **deren Sondervermögen**,
2. andere **juristische Personen** des öffentlichen und des **privaten Rechts**, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im **Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art** zu erfüllen, sofern
  - a) sie **überwiegend** von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise **finanziert** werden,
  - b) ihre Leitung der **Aufsicht** durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
  - c) mehr als die  **Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung** oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind; dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die **überwiegende Finanzierung** gewährt, über deren **Leitung die Aufsicht** ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,
3. **Verbände**, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,
4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für **Tiefbaumaßnahmen**, für die **Errichtung von Krankenhäusern**, Sport-, **Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen**, Schul-, **Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden** oder für damit in Verbindung **stehende Dienstleistungen** und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als **50 Prozent subventioniert** werden.

## 3.2. Gewillkürte / Subventionierte Auftraggeber

# § 99 GWB

Ziff. 1  
Gebietskörperschaften

Ziff. 2  
Jur. Pers. D öffR / PrivatR

Ziff. 3  
Verbände Mitglieder nach  
1 oder 2

Ziff. 4  
Subventionierte  
Auftraggeber

## 3.2. Gewillkürte / Subventionierte Auftraggeber



## 3.3. Öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Ziffer 1, 2, 3 GWB

„geborenen Auftraggeber“:

Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen nach § 99 Ziffer 1 GWB stellen den **klassischen Fall** des öffentlichen Auftraggebers dar.

Sondervermögen sind insbesondere auch **kommunale Eigenbetriebe**, die nicht als eigene juristische Person in Erscheinung treten, sondern die ihren Aufgaben und Einnahmen in den Haushaltsplänen der Gebietskörperschaften aufgeführt sind.

Unterschwellenbereich:

ÖAG nach § 99 Ziff. 1 GWB unterliegen dem Unterschwellenvergaberecht

### 3.3. Öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 2 GWB Erfüllung im Allgemeininteresse liegende Aufgaben

Öffentlicher Auftraggeber kann nur sein, wenn die Errichtung in **Allgemeininteresse liegende Aufgaben** nicht gewerblicher Art wird.

Nach § 99 Nr. 2 GWB kommt es nicht darauf an, dass die juristische Person zum besonderen Zweck gegründet wird im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

Der Begriff Allgemeininteresse ist nicht näher definiert. Er entspricht im wesentlichen den Begriff des **öffentlichen Interesses**. Entscheidend ist, ob Gemeinwohlbelange durch die Tätigkeit gefördert werden sollen (VK Düsseldorf 11.02.2004, VK-43/2003-L)

#### **Aufgaben nicht gewerblicher Art:**

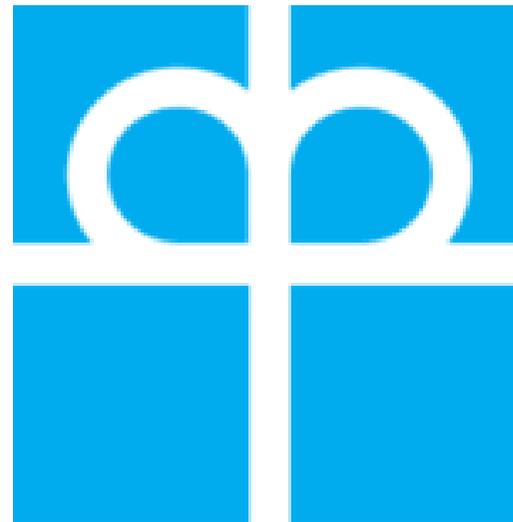
Die Erfüllung der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben muss des Weiteren nicht gewerblicher Art sein.

Es kommt im Kern darauf an, ob ein Auftraggeber sich von wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt.

## 3. Beispiele

- Gesundheitswesen  
(Krankenhäuser, medizinische Forschungseinrichtungen, Kurmittelbetriebe)
- Sozialbereich  
(Kindergärten, Kindertagesstätten, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Altersheime und Obdachlosenunterkünfte)
- Straßenreinigung
- Abfall- und Abwasserbeseitigung
- Wirtschaftsfördergesellschaften
- (teilweise strittig) Wohnbaugesellschaften

### 3.3. Sonderaspekte Kirchenverbände / Caritative Einrichtungen



## 3.3. Sonderaspekte Kirchenverbände / Caritative Einrichtungen

### Religionsgesellschaften

Kirchen sind nicht Bestandteile des Staates.

Kirchen gem. Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 6 Weimarer Reichsverfassung haben einen öffentlich rechtlichen Sonderstatus.

Kirchen bilden also einen Teil in der gesellschaftlichen Sphäre nicht verfasster Staatlichkeit. Sie werden weder personell noch inhaltlich staatlich gelenkt, so dass es an den Voraussetzungen einer **öffentlichen Auftraggeberschaft mangelt** (VK BW Beschluss vom 16.01.2009, AZ: 1 VK 65/09).

OLG Celle „**Bistum**“:

Beschluss vom 25.08.2011, AZ: 13 Verg 5/11

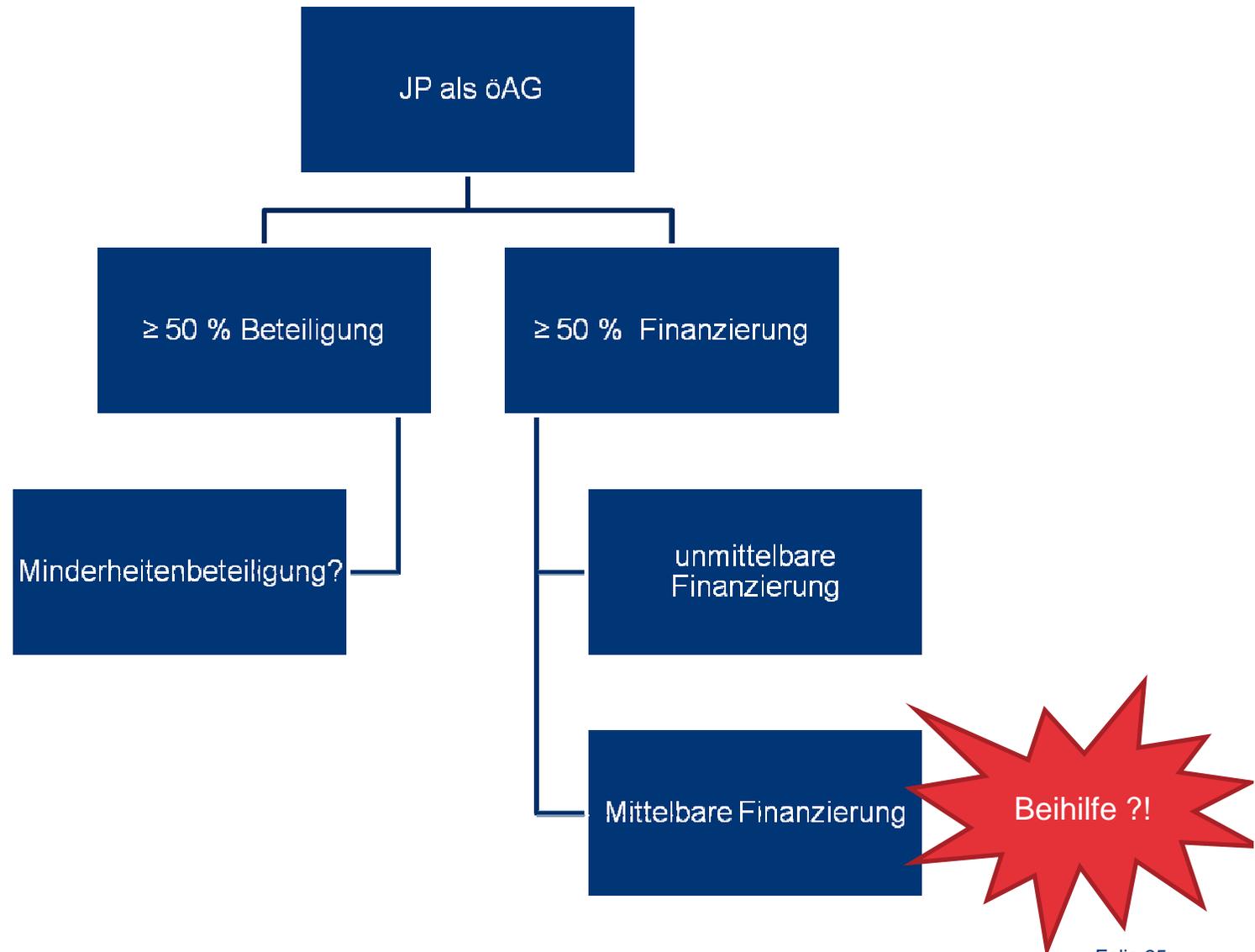
OLG Düsseldorf „**Caritasverbände**“:

Beschluss vom 15.07.2015, VII Verg 11/15

Vergabekammer Nordbayern „**Diakoniewerk**“:

Beschluss vom 29.10.2001

### 3. § 99 Ziff a. Überwiegende Beteiligung / Finanzierung



## 3. § 99 Ziff a. Überwiegende Beteiligung / Finanzierung

### Beteiligung

Nach § 99 Nr. 2 GWB ist die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber daran gekoppelt, dass die juristische Person entweder überwiegend von Gebietskörperschaften oder deren Sondervermögen einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung beherrscht wird.

### Finanzierung

Das Erfordernis der überwiegenden Finanzierung der juristischen Personen bezieht sich auf diese juristische Person selbst.

Hierzu zählen insbesondere **pauschale Förderzuwendungen** des Bundes und der Länder für Privatschulen, Berufsschulen etc. Werden diese zu über 50 % in ihren Haushalt von staatlichen Mitteln finanziert, sind diese öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Ziffer 2 GWB!

Zahlungen, denen eine konkrete Gegenleistung gegenübersteht, zählen nicht zur Finanzierung (EuGH Urteil vom 3.10.2000 Rs C-380/98).

## § 99 Ziff. 2 a GWB : GesellschaftsR Beherrschung

### Beherrschung & Parität

Bei einer Beteiligung von mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile kann eine Beherrschung von Seiten der öffentlich rechtlichen Anteilseigner ausgegangen werden. Allerdings kommt es darauf an, dass konkret aus der Gesellschafterstellung maßgeblicher Einfluss auf die laufenden Geschäfte, insb. Entscheidungen über die Beschaffung ausgeübt werden können.

Dies soll nicht der Fall sein, wenn zwar eine 50% Beteiligung besteht, aber durch die paritätische Besetzung der entsprechenden Gesellschaftsorgane kein beherrschender Einfluss innerhalb der Gesellschaft ausgeübt werden kann (VK Düsseldorf 20.05.2005, VK-47/2004-L „Flughafen Düsseldorf“; VK Baden-Württemberg Beschluss vom 16.12.2009, AZ: 1 VK 63/2009 „Gesundheits gGmbH Universitätsklinikum Heidelberg“).

### Minderheitengesellschafter

Eine Minderheitengesellschafterstellung kann auch zu einer öffentlichen Auftraggeberschaft dann führen, wenn durch besondere Gestaltungen in der Satzung sich der öffentlich rechtliche Minderheitengesellschafter besonderer Einflussnahmen auf die Geschäftspolitik einräumen hat lassen (OLG Düsseldorf Beschluss vom 30.04.2003, Verg 67/2002 „Bundeswehrbeschaffung“).

### 3. § 99 Ziff b. Staatsnähe durch Aufsicht

# JP als öAG

Gesellschaftsr  
Beherrschung = Aufsicht?

Grunds. JA  
Vermittelt GS / Leitung /  
Aufsicht „Staatsnähe“?

Leitung / Aufsicht

Staatsnähe vermittelnd?

Fachaufsicht

Ja! Wenn Fachaufsicht  
auf Beschaffung Einfluss  
nehmen kann

Rechtsaufsicht

hM nein!  
Rechtsaufsicht nur  
Rechtmäßigkeitskontrolle

## 3.3 Sonderaspekt: Subventionierter öAG

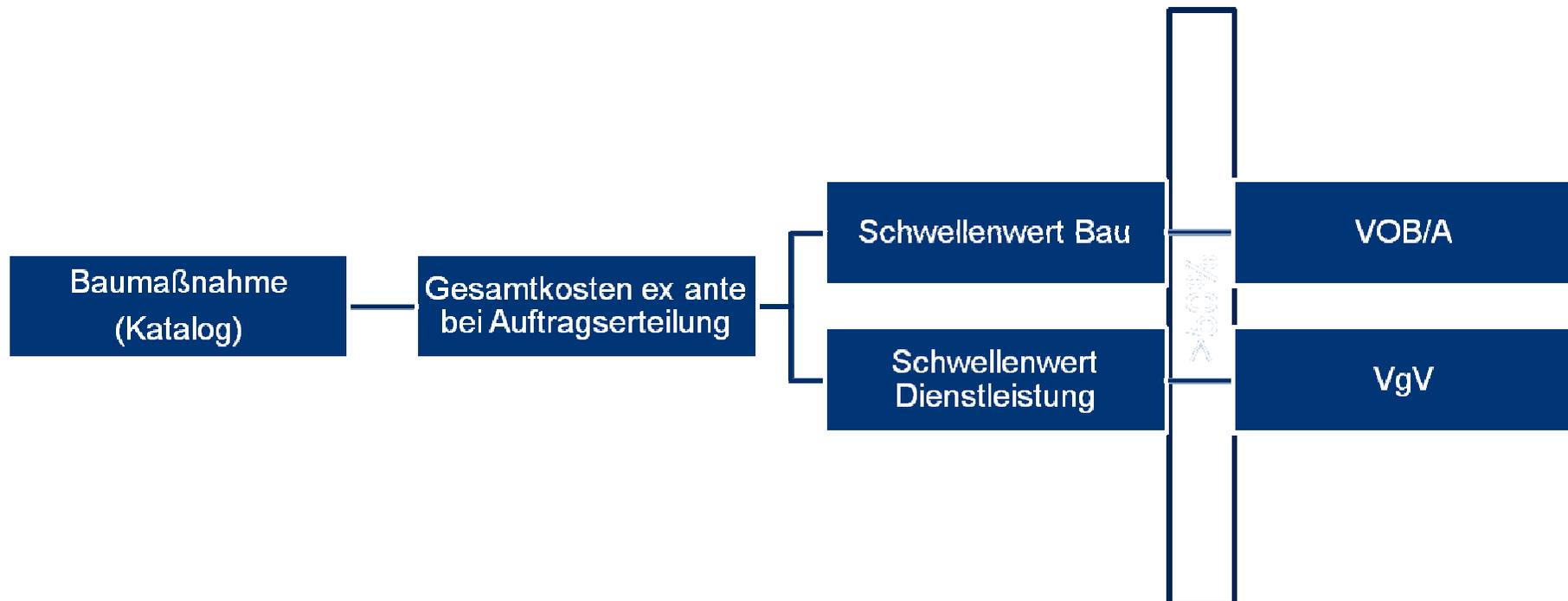
§ 99 Ziff. 4 GWB

Nicht öAG, für Baumaßnahmen  
für

- Krankenhäuser
- Sport-, Erholungs-, und Freizeiteinrichtungen,
- Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäude

und damit in Verbindung stehende  
Dienstleistungen

### 3. § 99 Ziff. 4 GWB Subventionierte Auftragnehmer



## 3. § 99 Ziff. 4 GWB Subvention

- Weiter Subventionsbegriff: „verlorener Zuschuss“
- Problem: Zurückzahlbarer Zuschuss

Zuschuss	Folge
Kredite mit subventionierten Zinsen	Subventionierung + Ermittlung über Beihilfeäquivalent
Übernahme von Bonitätsrisiken	Möglich wenn AG ansonsten kreditunwürdig. Berechnung: Kreditrisiko = Gesamtkredit x Risikofaktor Ausfallwahrscheinlichkeit
Übernahme von Bürgschaften und Garantien	s.o. EU-Bürgschaftsrichtlinie
Steuernachlässe	Ja
Schenkungen von Grundstücken + lease back	Ja

## Sonderproblem

Der „Quasi“-öAG nach  
OLG Düsseldorf ...



## OLG Düsseldorf: Quasi-öAG

**Privat aber doch öffentlicher Auftraggeber?**

**Die Problemstellung:**

Können kirchliche oder private Einrichtungen (z. B. WfbM, Krankenhäuser, Kindergärten, Schulen etc.) auch dann dem Vergaberecht unterliegen, wenn die von öffentlicher Seite empfangenen direkte Transferleistungen weniger als 50 % ihres Haushalts ausmachen?

## **OLG Düsseldorf** **B.v. 15. Juli 2015 – VII-Verg 11/15**

OLG Düsseldorf will auch dann Einrichtungen wie WfbM dem Vergaberecht unterwerfen, wenn diese überhaupt staatliche Transferleistungen erhalten.

Denn in diesen Fällen würde die öffentliche Hand sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter bedienen.

Dem EU-Vergaberecht müsse auch in diesen Fällen Geltung verschafft werden.

### **Begründung:**

Das OLG führt hierzu die „effet utile“-Rechtsprechung des EuGH ins Feld. Damit wird der Typus eines „quasi“-öffentlichen Auftraggebers erschaffen. Solche Einrichtungen hätten somit, konsequent zu Ende gedacht, bei der Beschaffung stets das Vergaberecht nach GWB zu beachten. Die Entscheidung hat in der Literatur Kritik hervorgerufen.

## **OLG Celle** **B.v. 13.10.2016, Az. 13 Verg 6/16**

OLG Celle: Nein!

Erfülle ein Auftragnehmer, der selbst nicht öffentlicher Auftraggeber ist, einen öffentlichen Auftrag (z. B. durch den Betrieb einer WfbM), dann seien dessen Beschaffungsmaßnahmen nicht öffentlich-rechtlicher Natur. Kurz: Das Vergaberecht kann nicht auf einer zweiten Stufe (Einrichtung – Dritter) Anwendung finden, es sei denn der Auftragnehmer wird hierzu durch Vertrag oder entsprechende Bescheide verpflichtet.

Den „effet utile“-Überlegungen des OLG Düsseldorf wird eine Absage erteilt.

## Fazit

- Die Entscheidung des OLG Celle ist vorzugswürdig. Die Anwendungsbereiche des Vergaberechts sollten nicht über-dehnt werden. Allerdings ist völlig offen, ob das OLG Düsseldorf an seiner Rechtsauffassung festhält. Auch ist unklar, wie andere Vergabesenate entscheiden werden. Dies könnte weit über den Kreis der WfbM hinaus von gravierender Tragweite sein.

Fragen ?

Diskussion?

## 4. Fördermittel

Vergaberechtlich beachtlich?

## 4. Sonderthema: Vergaberecht & Fördergelder

### Fördermittel als Mittel iSd § 99 GWB

- Fördermittel können öffentl. Finanzierungsmittel nach § 99 Ziff. 2 GWB darstellen, wenn es sich nicht um Gelder für konkrete Leistungsaustauschverhältnisse handelt (z.B. „Forschungsprojekt mit Bericht“)

### Fördermittel als VergabeR

- Die Zuwendungsbescheide an sich oder die ANBest-P der Zuwendungsgeber können unmittelbare vergaberechtliche Bindung für den Fördermittelempfänger auslösen.
- **Achtung jeder Bescheid und jeder ANBest-P ist gesondert zu prüfen!**

## 4. Fördermittel: Vergaberechtliche Bindung AN-Best-P NRW 2016

Vergabe von Aufträgen

3.1

Wenn die Zuwendung oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100.000 EUR beträgt, gilt Folgendes: Zuwendungsempfängerinnen oder Zuwendungsempfänger, deren zuwendungsfähige Ausgaben je Projekt zu nicht mehr als 50 v.H. aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, haben Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Anbieter nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu wirtschaftlichen Bedingungen zu vergeben. Dazu sind mindestens drei Angebote einzuholen. Zuwendungsempfängerinnen oder Zuwendungsempfänger, deren zuwendungsfähige Ausgaben je Projekt zu mehr als 50 v.H. aus öffentlichen Mitteln finanziert werden, haben unter Beachtung der in den VV zu § 55 festgesetzten Wertgrenzen für die Beschränkte Ausschreibung, die Freihändige Vergabe und den Direktkauf anzuwenden:

3.1.1

bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen den Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB),

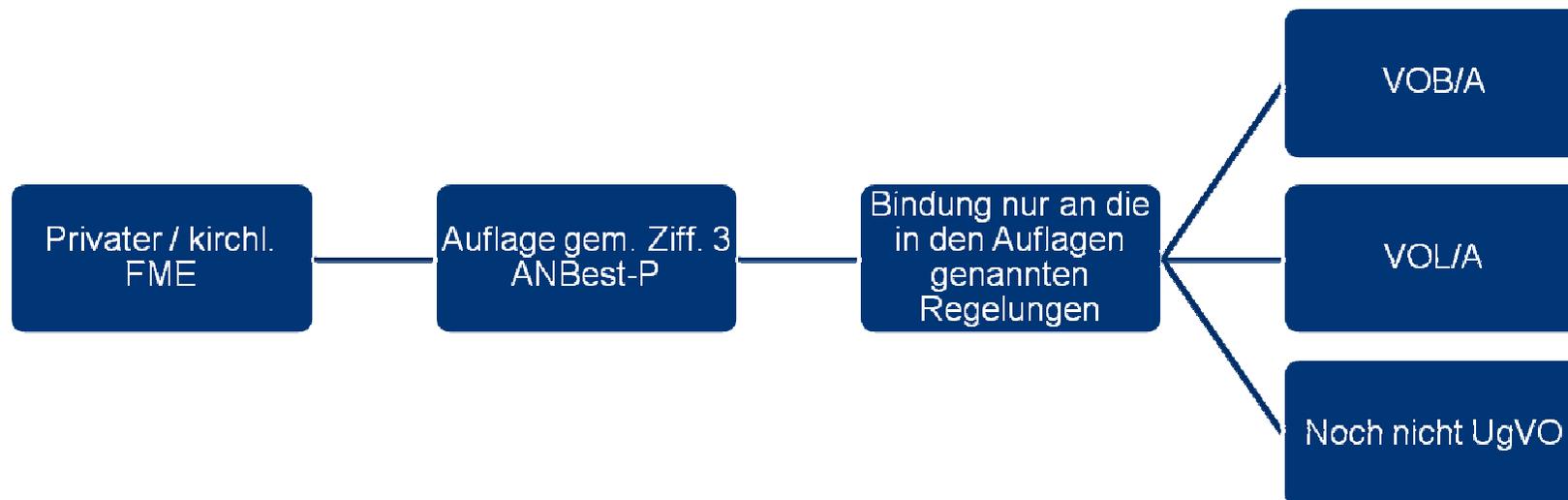
3.1.2

bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen den Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL).

3.2

Verpflichtungen der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers, aufgrund des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) die Abschnitte 2ff. der VOB/A bzw. VOL/A oder die VOF anzuwenden oder andere Vergabebestimmungen einzuhalten, bleiben unberührt. Sektorenauftraggeber, deren Maßnahmen mit einem Fördersatz von 50 v. H. der zuwendungsfähigen Gesamtausgaben oder einem höheren Betrag gefördert werden, sind verpflichtet, den Abschnitt 3 der VOB/A bzw. VOL/A anzuwenden.

## 4. Umfang vergaberechtlicher Bindung



## 4. Sonderproblem: Binnenmarktrelevanz

**Problem: Müssen Aufträge im Unterschwellenbereich doch europaweit ausgeschrieben werden?**

- Der EuGH leitet daraus in ständiger Rechtsprechung die Verpflichtung der Einhaltung der Grundsätze zum freien Wettbewerb, der Gleichbehandlung und Transparenz ab. Dies umfasst auch die sogenannte **Binnenmarktrelevanz**.
- Aus dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, so dass jegliche Berücksichtigung der Ortsansässigkeit, der Ortsnähe und der örtlichen Präsenz der Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vergaberechtlich unzulässig ist.



## 4. Sonderproblem: Binnenmarktrelevanz

Verpflichtungen aus der Binnenmarktrelevanz lt. EuGH:

- Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntheit.
- Verpflichtung zur Durchführung unparteiischer Vergabeverfahren.
- Möglichkeit der Nachprüfung.
- Bei Vergaben mit Veröffentlichungspflicht / Bekanntmachungspflicht ist eine Binnenmarktrelevanz nicht zu prüfen.

## 4. Sonderproblem: Binnenmarktrelevanz

Binnenmarktrelevanz in der Prüfung:

### **Auftragswert**

Schwellenwerte sind lediglich Anhaltspunkte

Festgelegte Schwellenwerte gibt es nicht. Eine reine Beurteilung nach Schwellenwerten ist nicht zulässig.

### **Besonderheiten des Sektors**

Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten; nicht vorhandene Erfahrungen mit ausländischen Unternehmen sind kein Kriterium für die Beurteilung der Binnenmarktrelevanz.

### **Ausführungsort geografische Lage:**

Grenznähe; Binnenmarktrelevanz nimmt ab, wenn persönliche Anwesenheit erforderlich ist.

Fragen ?

Diskussion?

## 5. Vergabeverfahren

Verfahrensarten und  
Ausschreibungsverfahren im  
Überblick



## Checkliste zur Vergabevorbereitung (nach Kulartz u.a.)

1. Bedarfsermittlung und Marktübersicht durchgeführt?
2. Kosten ermittelt?
3. Finanzierung der Beschaffung gesichert?
4. Bestimmung der Leistungsart – VOB, VOL oder VgV?
5. Bestimmung der Vergabeart?
6. Vergabe nach Losen oder zusammengefasste Vergabe?
7. Notwendige Eignungsnachweise festlegen – weniger ist oft mehr!
8. Leistungsbeschreibung festlegen
9. Leistung eindeutig und erschöpfend beschrieben?
10. Keine ungewöhnlichen bzw. unzumutbaren Anforderungen
11. Herstellerbezogene Beschreibung und Nennung bestimmter Produkte oder Verfahren nur ausnahmsweise zulässig
12. Benennung der Auftragskriterien
13. Alle Auftragskriterien vorab in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung bekannt geben, und zwar mit Gewichtung und in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung
14. Ausreichende Ausführungsfristen festsetzen
15. Nur erforderliche Sicherheiten oder Vertragsstrafen verlangen
16. Unwirksame Vertragsklauseln (AGB) in den Verdingungsunterlagen vermeiden<sup>1</sup>

Bedarfsermittlung

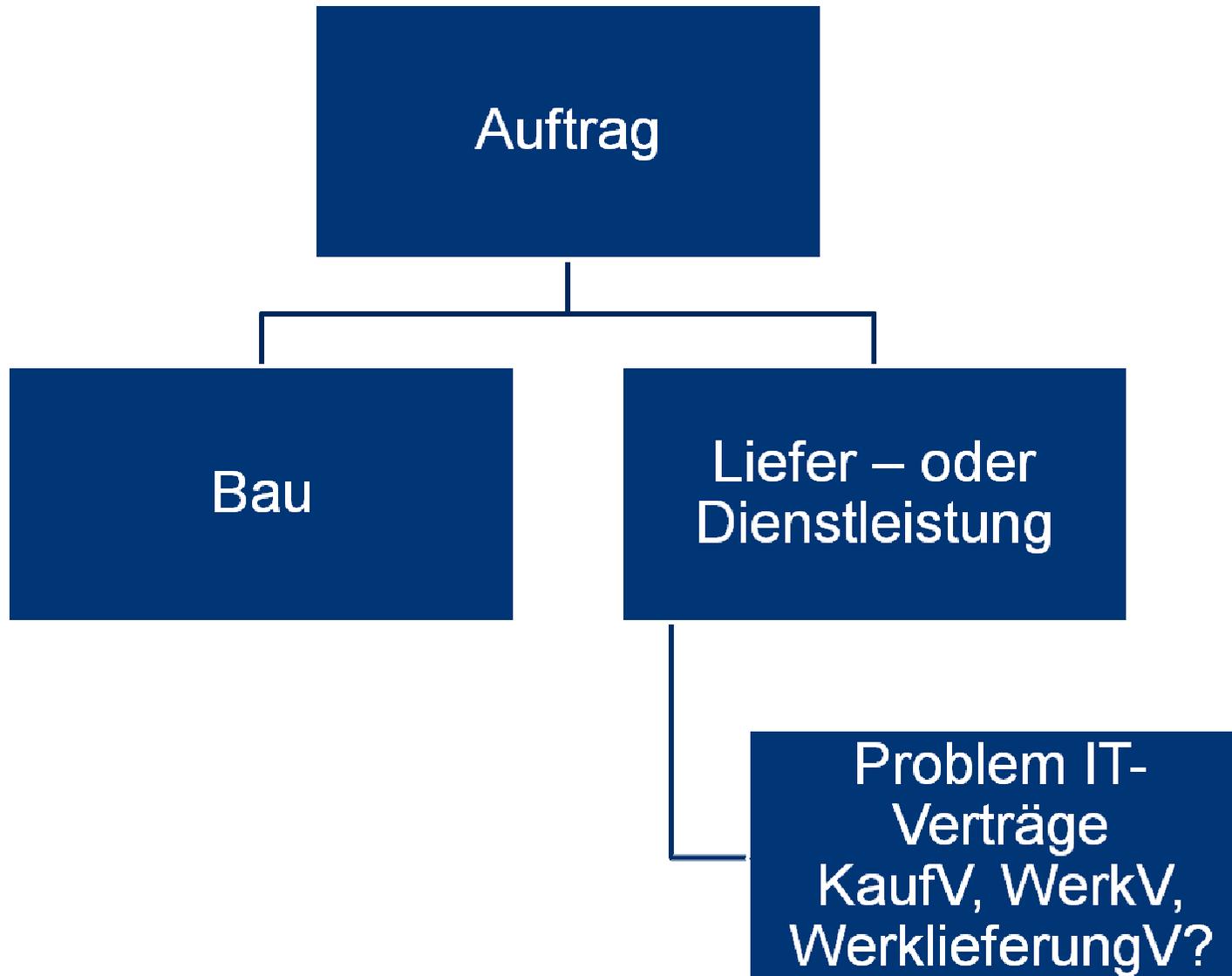
Ausnahmen vom VergabeR  
Neuvergabe?

## Problemfelder / mögliche Ausnahmen ...

- Vertragslaufzeiten
  - Achtung Rahmenverträge § 21 Abs. 6 VgV max. 4 Jahre
  - Ansonsten § 55 BHO / LHO -> 5 Jahre  
Wirtschaftlichkeitsüberprüfung
- Neuvergabe bei Vertragsverlängerung?
- Wesentliche Vertragsveränderungen nach § 132 GWB
  - Praxisrelevanz:
    - § 132 Abs. 6 Änderungen unter Schwellenwerten + Änderungswerte 10 % (Lieferung- und Dienstleistung) 15% Bau nicht überstiegen
    - § 132 Abs. 2 Optionen und/oder wirtschaftliche oder techn. Gründe
    - Auftraggeberwechsel
- In-house-Vergabe nach § 108 GWB ?!

Bedarfsermittlung

Auftragstyp insb. IT



Kostenermittlung /Auftragswert

Schätzung und  
„Stückelung“

### 3. Schätzung des Auftragswert nach § 3 VgV

- Die Schätzung des Auftragswertes richtet sich nach § 3 VgV nach der Gesamtvergütung (netto!) für die vorgesehene Leistung.
- Schätzung hat umsichtig und möglichst objektiv zu erfolgen.
- Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens (Auftragsbekanntmachung)
  
- Grundsatz des § 3 VgV : Keine Umgehung des Vergaberechts!
- Daher:
  - Abs. 2: untersagt die Aufteilung des Gesamtprojektes
  - Abs. 6: Bauleistungen müssen sämtliche Bau- und Baunebenkosten veranschlagt werden
  - Abs. 7: Bei Losbildung müssen die Lose addiert werden.
  - Abs. 8: 20 % - Regelung bei Losbildung möglich
  - Abs. 9: Wiederkehrende Leistungen / Daueraufträge: Gesamtwert der anzunehmenden Gesamtdauer

### 3. § 99 Ziff. 4 GWB Bauprojekt

# Bauprojekt

Gesamtkosten

Teilprojekt



Teilprojekt

## EU vs. BRD „Freibad Elze“ und die Addition von Planleistungen

### Problem

Wie sind freiberufliche Leistungen iRd § 3 Abs. 7 VgV vergaberechtlich zu beachten?

Wann sind diese Planleistungen vergabewirksam zu addieren?

Wann kann müssen Planleistungen in ihrer Gesamtheit vergaberechtlich addiert werden?

## § 3 Abs. 7 VgV – Addition von Planleistungen

### § 3 Abs. 7 VgV

Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. **Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen.** Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.

### Gleichartigkeit der Planleistungen?

- Deutschland: Gleichartigkeit nach Leistungsbildern der HOAI
- Aber bereits EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – „Autalhalle Niedernhausen“) Aufteilung einzelner freiberuflicher Leistungen unzulässig, sofern diese eine innere Kohärenz aufweisen und in einem funktionalen Zusammenhang stehen.
- „Freibad Elze“:
- Aufteilung einzelner freiberuflicher Leistungen, sofern diese eine innere Kohärenz aufweisen und in einem funktionalen Zusammenhang stehen, eine unzulässige Unterteilung in der Absicht, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder der Vergabeverordnung (VgV) zu umgehen.

## § 3 Abs. 7 VgV – Addition von Planleistungen

- Deutschland: Gleichartigkeit nach Leistungsbildern der HOAI
- Aber bereits EuGH, Urteil vom 15. März 2012 – C-574/10 – „Autalhalle Niedernhausen“):

Aufteilung einzelner freiberuflicher Leistungen unzulässig, sofern diese eine innere Kohärenz aufweisen und in einem funktionalen Zusammenhang stehen.

- „Freibad Elze“ (EU-Kom . Vertragsverletzung Nr. 2015/4228 C(2015)8759 final):

Aufteilung einzelner freiberuflicher Leistungen, sofern diese eine innere Kohärenz aufweisen und in einem funktionalen Zusammenhang stehen, eine unzulässige Unterteilung in der Absicht, die Anwendung der Bestimmungen des Teils 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder der Vergabeverordnung (VgV) zu umgehen.

## (Teil)Lösung „Bagatellose“ nach § 3 Abs. 9 VgV

# 80/20 Regelung

§ 3 Abs 9 VgV:

Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe einzelner Lose von Absatz 7 Satz 3 sowie Absatz 8 abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80 000 Euro und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose nicht übersteigt.

## Vergabe von Dienstleistungsaufträgen / Auftragswert

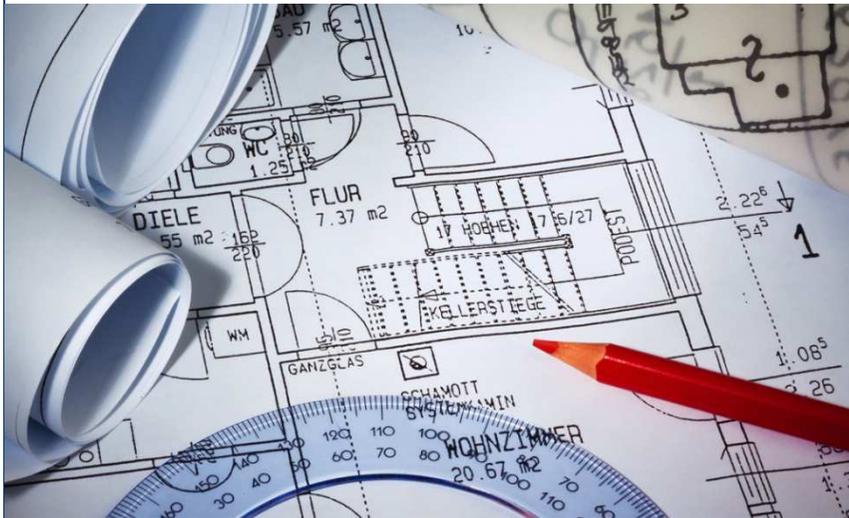
§ 3 Abs. 10 VgV:

Bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder Daueraufträgen über Liefer- oder Dienstleistungen sowie bei Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums verlängert werden sollen, ist der Auftragswert zu schätzen

1. auf der Grundlage des tatsächlichen Gesamtwerts entsprechender aufeinanderfolgender Aufträge aus dem vorangegangenen Haushaltsjahr oder Geschäftsjahr; dabei sind voraussichtliche Änderungen bei Mengen oder Kosten möglichst zu berücksichtigen, die während der zwölf Monate zu erwarten sind, die auf den ursprünglichen Auftrag folgen, oder

2. auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwerts aufeinanderfolgender Aufträge, die während der auf die erste Lieferung folgenden zwölf Monate oder während des auf die erste Lieferung folgenden Haushaltsjahres oder Geschäftsjahres, wenn dieses länger als zwölf Monate ist, vergeben werden.

## 5. Verfahrensarten nach UVgO



Sonderfall Architekten- und Ing. und freiberufliche Leistungen nach der UVgO:

### § 50

Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen. Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.



## 5. Vergabeverfahren UVgO

- 1.Achtung: UVgO ist derzeit nur im Bund seit 07.02.2017 verbindlich
- 2.Länder müssen ganz- oder teilweise Anwendung der UVgO gesondert beschließen!

Die VOL/A ist also noch nicht außer Kraft!

- 3.LändervergabeR ist weiterhin stets zu beachten

## 5. Verfahrensarten im Oberschwellenbereich VgV (Überblick)

Offenes Verfahren  
§ 15 VgV



Öffentliche  
Aufforderung zur  
Angebotsabgabe an  
offenen Bieterkreis

Nicht offenes Verfahren  
§ 16 VgV

Teilnehmerwettbewerb  
öffentliche  
Aufforderung zur  
Teilnahme an offenen  
Bieterkreis



Aufforderung zur  
Angebotsabgabe an  
ausgewählte Bieter  
aus TNW

Verhandlungsverfahren  
§ 17 VgV

Ggfs. TNW  
§ 17 Abs. 1



Verhandlung über  
Angebote  
§ 17 Abs. 10

## 5. Verfahrensarten im Oberschwellenbereich VgV (Überblick)

Offenes Verfahren

Nicht offenes Verfahren

Verhandlungsverfahren

Neu seit 2016  
Freie Wahl für AG ( 14 Abs. 2 VgV )

VHF mit TNW nur  
nach § 14 Abs. 3  
VHF ohne TNW nur  
nach § 14 Abs. 4



IT

## 5. Verfahrensarten im Oberschwellenbereich VgV (Überblick)

Vorschriften für  
Verg. von sozialen  
und anderen Dienstl.  
§§ 64 ff VgV

Wahlfreiheit für:

Offenes / nicht offenes  
Verfahren

VHV mit TNW  
strenge Anf. an VHV  
ohne TNW

Rahmenvereinbarungen  
bis 6 Jahre statt 4 Jahre

Architekten / Ing. -  
Leistungen  
§§ 73 ff VgV

Allgemein  
§ 73- 77 VgV

Wettbewerbe  
§ 78 – 80 VgV

Weitere

Planungswettbewerbe  
auch IT  
§§ 69 VgV



Wettbewerblicher Dialog

Innovationspartnerschaft

## 5. Verfahrensarten nach VOB/A – EU (Oberschwelle)

Offene  
Verfahren  
§ 3 Abs. 1  
VOB/A EU

Regelfall

Öffentliche  
Aufforderung zur  
Angebotsabgabe an  
offenen Bieterkreis

Nicht offene  
Verfahren mit  
TNW  
§ 3 Abs. 2  
VOB/A EU

Teilnehmerwettbewerb  
öffentliche  
Aufforderung zur  
Teilnahme an **offenen**  
Bieterkreis

Aufforderung zur  
Angebotsabgabe an  
ausgewählte Bieter  
aus TNW ( § 6b Abs. 4  
VOB/A)

VHV mit oder  
ohne TNW  
§ 3 Abs. 3  
VOB/A EU

TNW

Verhandlung über  
Angebote  
§ 3b Abs. 3 Ziff. 6  
VOB/A EU

Weitere Arten

Wettbewerbbl. Dialog

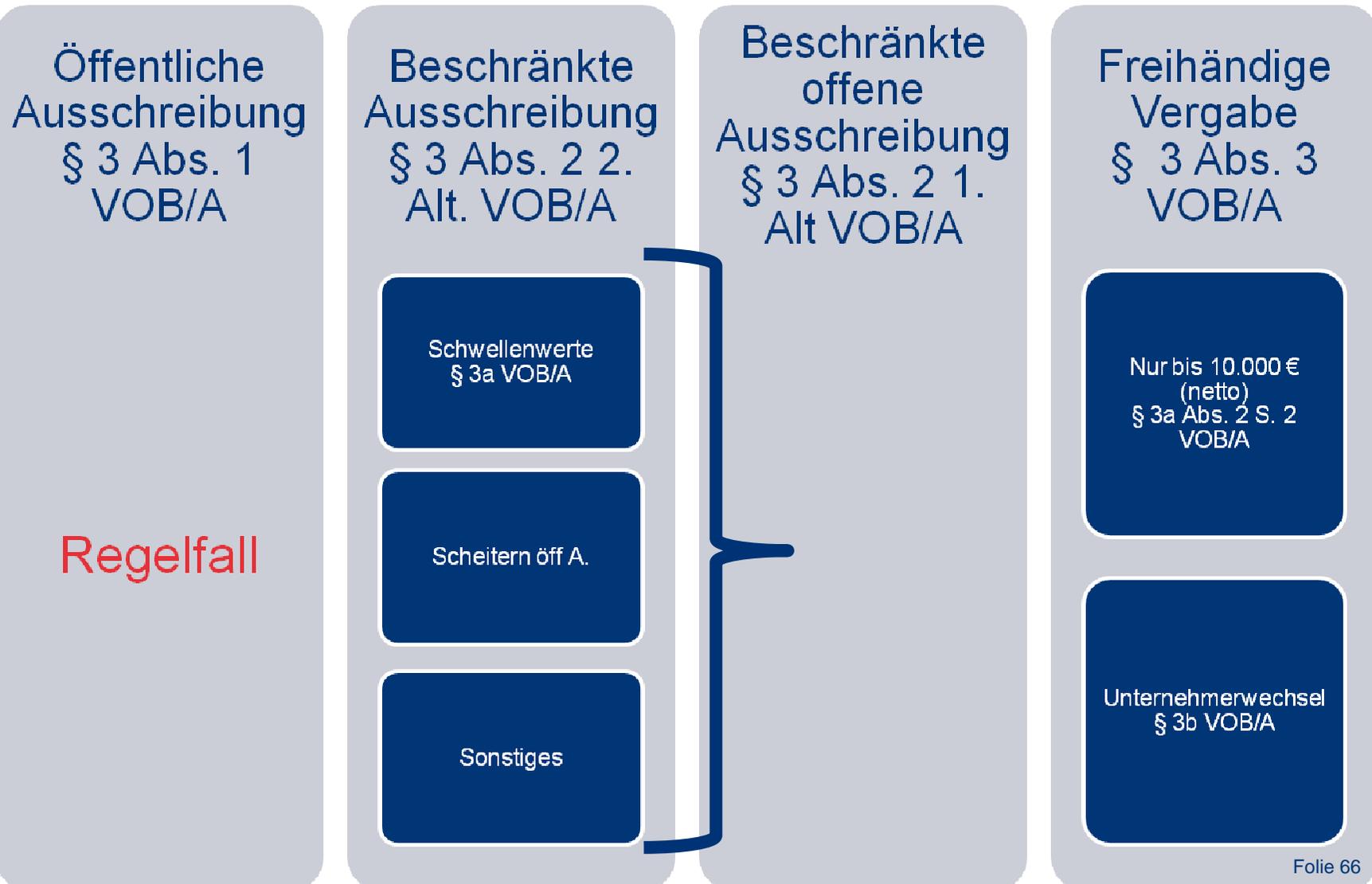
Innovations-  
Partnerschaft

Planwettbewerbe  
§ 69 ff VgV

## 5. Verfahrensarten nach VOB/A (Unterschwelle)

<p>Öffentliche Ausschreibung § 3 Abs. 1 VOB/A</p>	<p>Beschränkte Ausschreibung § 3 Abs. 2 2. Alt. VOB/A</p>	<p>Beschränkte offene Ausschreibung § 3 Abs. 2 1. Alt VOB/A</p>	<p>Freihändige Vergabe § 3 Abs. 3 VOB/A</p>
<p><b>Regelfall</b></p>	<p>Teilnehmerwettbewerb öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an <b>offenen</b> Bieterkreis</p>	<p>Teilnehmerwettbewerb öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an <b>geschlossener</b> Bieterkreis</p>	<p>Nur bis 10.000 € (netto) § 3a Abs. 2 S. 2 VOB/A</p>
<p>Öffentliche Aufforderung zur Angebotsabgabe an offenen Bieterkreis</p>	<p>Aufforderung zur Angebotsabgabe an ausgewählte Bieter aus TNW ( § 6b Abs. 4 VOB/A)</p>	<p>Verhandlung über Angebote § 6b Abs. 4 VOB/A</p>	<p>Unternehmerwechsel § 3b VOB/A</p>

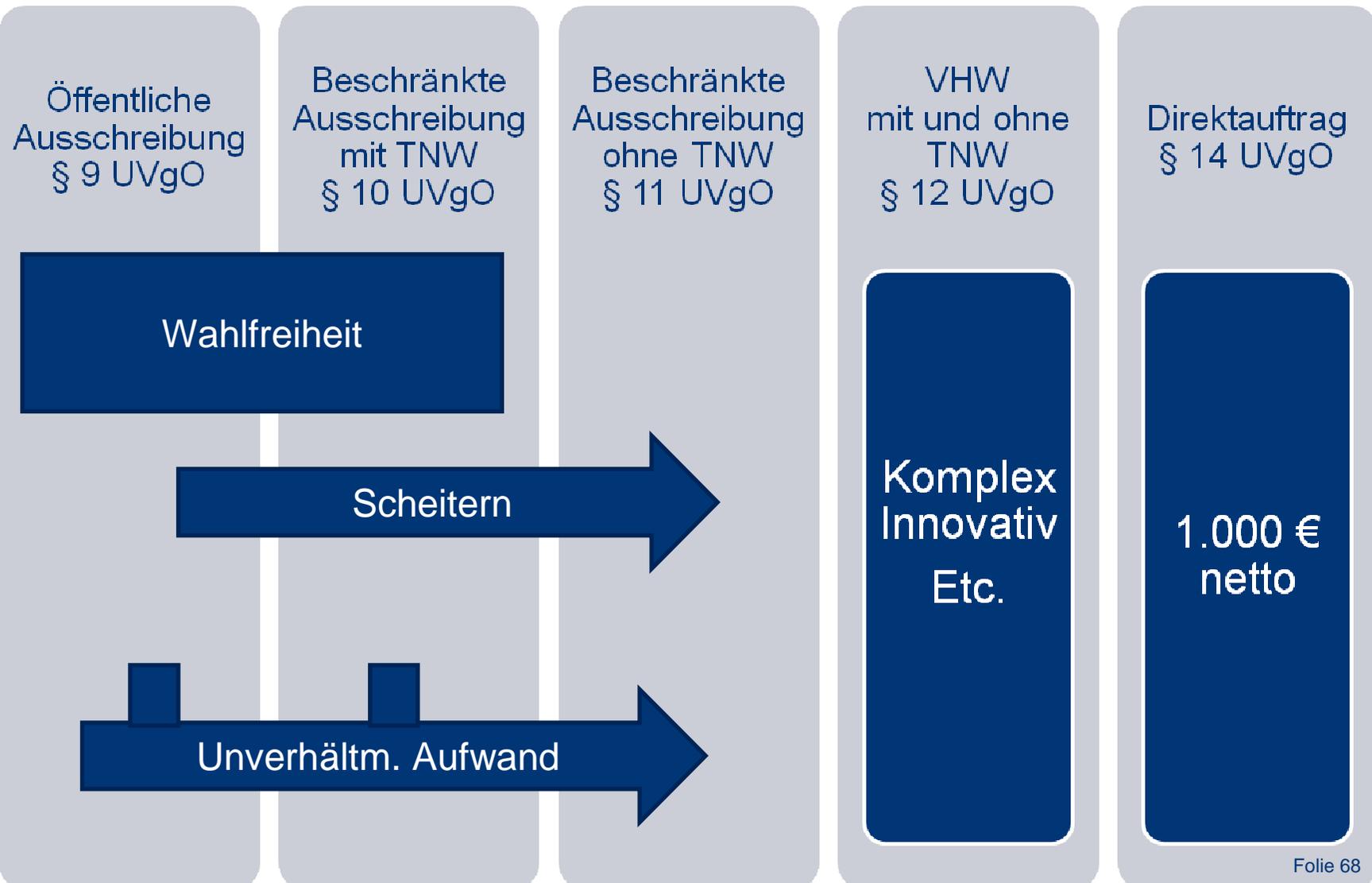
## 5. Verfahrensarten nach VOB/A (Unterschwelle)



## 5. Verfahrensarten nach UVgO (Unterschwelle)

<p>Öffentliche Ausschreibung § 9 UVgO</p>	<p>Beschränkte Ausschreibung mit TNW § 10 UVgO</p>	<p>Beschränkte Ausschreibung ohne TNW § 11 UVgO</p>	<p>VHW mit und ohne TNW § 12 UVgO</p>	<p>Direktauftrag § 14 UVgO</p>
	<p>Teilnehmerwettbewerb öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an offenen Bieterkreis</p>	<p>Teilnehmerwettbewerb öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an geschlossener Bieterkreis</p>	<p>TNW?</p>	<p>Nur bis 1.000 € (netto) § 14 UVgO</p>
<p>Öffentliche Aufforderung zur Angebotsabgabe an offenen Bieterkreis</p>	<p>Aufforderung zur Angebotsabgabe an ausgewählte Bieter aus TNW</p>	<p>Mindestens 3 Unternehmer § 11 Abs. 1</p>	<p>Verhandlung mit mindestens 3 Bietern wenn kein TNW § 12 Abs. 3 nach TN kann 1 Bieter „überleben“ § 12 Abs. 3</p>	<p>Unternehmerwechsel § 3b VOB/A</p>

## 5. Verfahrensarten nach UVgO (Unterschwelle)





Fragen ?

Diskussion?

Leistungsbeschreibung

„Das Herzstück“

## 5. Leistungsbeschreibung

Leistungsbeschreibung muss sein:

- eindeutig
- erschöpfend
- für alle Bieter verständlich
- klare Kalkulationsgrundlage

Geregelt in:

- § 31 VgV
- § 7 VOB/A
- § 7 VOL/A
- § 23 UVgO

## 5. Leistungsbeschreibung

### § 23 UVgO Leistungsbeschreibung

(1) In der Leistungsbeschreibung ist der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Die Leistungsbeschreibung enthält die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist, sowie Umstände **und Bedingungen** der Leistungserbringung.

(2) Die Leistungsbeschreibung kann auch Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale umfassen. Diese können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

[...]

...

(5) Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren wie beispielsweise Markennamen dürfen ausnahmsweise, jedoch nur mit dem Zusatz „oder gleichwertig“, verwendet werden, wenn eine hinreichend genaue Beschreibung durch verkehrsübliche Bezeichnungen nicht möglich ist.

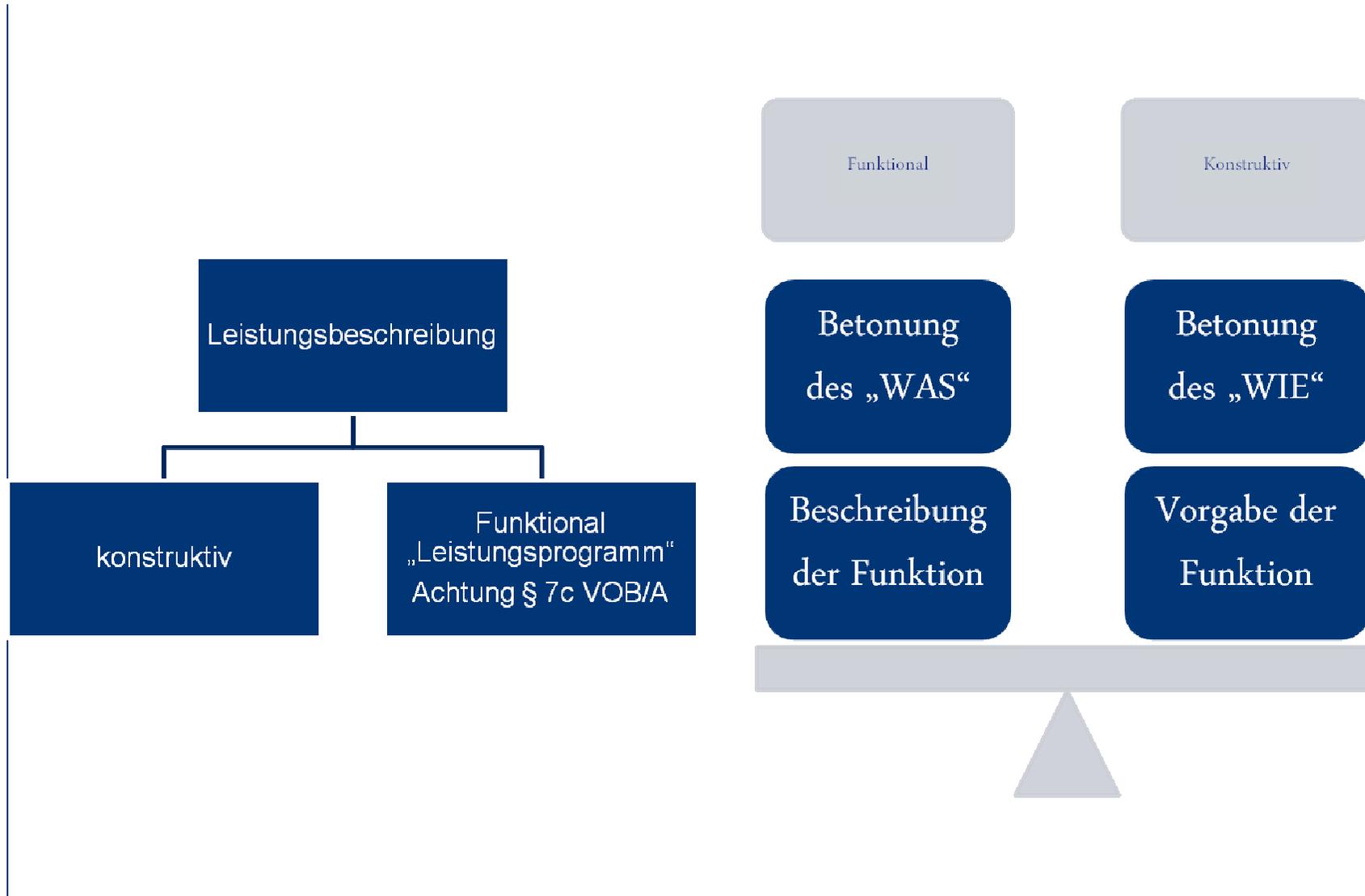
Der Zusatz „oder gleichwertig“ kann entfallen, wenn ein sachlicher Grund die Produktvorgabe ansonsten rechtfertigt. Ein solcher Grund liegt insbesondere dann vor, wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müssten und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellen Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre.

Die Gründe sind zu dokumentieren.

## Wesentlichkeit der Leistungsbeschreibung

- Sie ist Voraussetzung für die Vergleichbarkeit der Angebote und deren objektive **wirtschaftliche Bewertung**.
- Die Leistungsbeschreibung bestimmt das **Leistungssoll** des Auftragnehmers. Sie legt fest, welche Leistungen der Auftraggeber von dem Auftragnehmer verlangen kann und ggf. welche **Mitwirkungsleistungen** der Auftraggeber schuldet. Damit liefert die Leistungsbeschreibung zugleich wesentliche Anhaltspunkte dafür, welcher **Vertragstyp** einschlägig ist.
- Auch für die Frage der **Mängelhaftung** hat die Leistungsbeschreibung zentrale Bedeutung. Die **Mängelhaftung** des Auftragnehmers ist ausgeschlossen, wenn der Mangel auf eine verbindliche Vorgabe der Leistungsbeschreibung des Auftraggebers zurückzuführen ist und der Auftragnehmer seinen Prüfungs- und Hinweispflichten Genüge getan hat.

# 5. Leistungsbeschreibung





## Besonderheit bei IT-Projekten

- Leistungsbeschreibung vs. Pflichtenheft
- Eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

## Leistungsbeschreibung und Produktneutralität

LeistungsbestimmungsR

Produktneutralität /  
Wettbewerb

## Grundsatz der Leistungsautonomie

*Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass ein öffentlicher Auftraggeber selbst bestimmen kann, was er beschaffen möchte. Das Vergaberecht geht nicht so weit, dem Auftraggeber vorzuschreiben, was er benötigt oder beschaffen möchte. Auch ein öffentlicher Auftraggeber ist entsprechend dem Grundsatz der Privatautonomie grundsätzlich frei, seinen Bedarf festzulegen und autonom zu definieren; die bloße Tatsache, dass es sich um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, ändert hieran nichts. Seine Entscheidung über den Beschaffungsbedarf ist dem Anwendungsbereich des Vergaberechts vorgelagert; das Vergaberecht regelt nicht das »Was« der Beschaffung, sondern vielmehr das »Wie«, konkret nämlich das Verfahren, in welchem ein Vertragspartner für den unabhängig von vergaberechtlichen Bindungen festgelegten Beschaffungsbedarf ausgewählt wird.*

*VK Bund, Beschl. v. 09.05.2014 – VK 2-33/14, unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.06.2012 – Verg7/12*

## Typische Problemfelder

- **Benchmark-Verfahren** grundsätzlich zulässig; aber: keine verdeckte / indirekte Produktvorgabe
- **Verdeckte Produktvorgaben** sind unzulässig( OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.06.2013 – 11 Verg 3/13; OLG München, Beschl. v. 05.11.2009 – Verg 15/09; VK Nordbayern, Beschl. v. 16.04.2008 – 21. VK-3194 – 14/08.)
- **Leit- oder Referenzprodukte** „oder gleichwertig“ grundsätzlich zulässig, wenn Leit- oder Referenzprodukt Leistung hinreichend genau beschreiben kann; ggfls. zusätzlich Parameternennung notwendig (VK BaWü, str.) In jedem Fall muss Gleichwertigkeitsnachweis möglich sein
- **Kompatibilitätsprobleme:** Der bloße Hinweis auf derartige Schwierigkeiten berechtigt einen Auftraggeber aber nicht ohne Weiteres, vom vergaberechtlichen Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung abzuweichen, da die Ausnahmevorschrift des Abs. 6 S. 1 sonst zur Regel würde. Insbesondere genügt es nicht, lediglich die Vorteile der Interoperabilität von zu erwerbenden Geräten mit bereits vorhandenen Einrichtungen hervorzuheben, ohne darzulegen, inwieweit ein Lieferantenwechsel unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich brächte (Vgl. EuGH, Urt. v. 08.04.2008 – C-337/05)

## Typische Problemfelder (insb. IT-Vergabe)

Als mögliche Rechtfertigungsgründe für hersteller oder produktbezogene Spezifikationen sind neben Anforderungen an Funktionalität, Leistungsfähigkeit oder Nutzung, die aus der Aufgabenstellung des Auftraggebers resultieren, anzuerkennen:

- Kompatibilitäts/Interoperabilitätsrisiken im Hinblick auf bestehende Systeme
- Vermeidung von technischen Risiken bei Neuentwicklungen bzw. nicht marktgängigen Produkten
- Flexibilität im Hinblick auf zukünftige Änderungen/Erweiterungen (Open Source)
- Vermeidung von Kosten für die Ablösung von Altsystemen oder die Datenmigration („switching costs“)
- Zeitersparnis; Ersparnis von Kosten für Wartung, Schulung oder Ersatzteilbewirtschaftung

# Gütezeichen

## § 34 VgV Gütezeichen

- Die neuen EU-Vergaberichtlinien erlauben öffentlichen Auftraggebern in weitaus größerem Umfang als bisher, bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge auch vergabefremde Kriterien zu berücksichtigen, beispielsweise Anforderungen an die Umweltverträglichkeit der Leistung.
- Mit § 34 VgV wird damit die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen ausdrücklich gesetzlich verankert. Allerdings steht die Vorgabe von bestimmten Gütezeichen in einem Spannungsverhältnis zum freien Wettbewerb. Sie ist daher an strenge Voraussetzungen geknüpft.
- Praxishürde: § 34 Abs. 2 Ziff. 4 Zugänglichkeit des GÜ?
- Praxishürde: Alternative Nachweise (Abs. 5) -> Nachweiskriterien!



Fragen ?

Diskussion?

## 5. Bieter

Welche Anforderungen können oder müssen an Bieter gestellt werden?

Der Bieter muss grundsätzlich:

- fachkundig
- leistungsfähig / geeignet
- und es dürfen gegen ihn keine zwingende oder fakultative Ausschlussgründe vorliegen

Ferner Bieterkriterien nach §§ 42 ff VgV oder § 6a VOB/A; §§ 6, 6a VOB/A-EU; § 6 VOL/A; § 33 UVgO

Neu seit 2016: Einheitlich Europ. Eignungserklärung (§ 50 VgV)

§ 122 Eignung

(1) Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.

(2) Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich Folgendes betreffen:

1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
2. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
3. technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

(3) Der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 kann ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden.

(4) Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sie sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen.

## 5. Vergabeunterlagen

### Bestandteile der Vergabeunterlagen

- Anschreiben
- Bewerbungsbedingungen
- Vertragsunterlagen
  - Leistungsbeschreibung
  - Vertragsbedingungen
    - VOL/B  
(nicht bei freiberuflichen L)
    - VOB/B
    - EVB-IT

Im Oberschwellenbereich Mögl.  
Der Vorinformation (§ 38 VgV)

## 5. Bekanntmachung & Ausschreibung

### VgV

§ 37 VgV  
AmtBl. EU

Grundsatz der  
elektr. Komm.  
§ 9 ff VgV

### VOB/A

Bekanntmachung  
Zeitungen /  
Internet

§ 12 VOB/A

### VOB/A- EU

§12 VOB/A EU  
Amtsblatt EU

Bekanntmachung  
Zeitung / Internet

Grunds. Elektr.  
Komm  
§§ 11 ff VOB/A-  
EU

### UVgO

Webseite des AG  
(§ 28 UVgO)

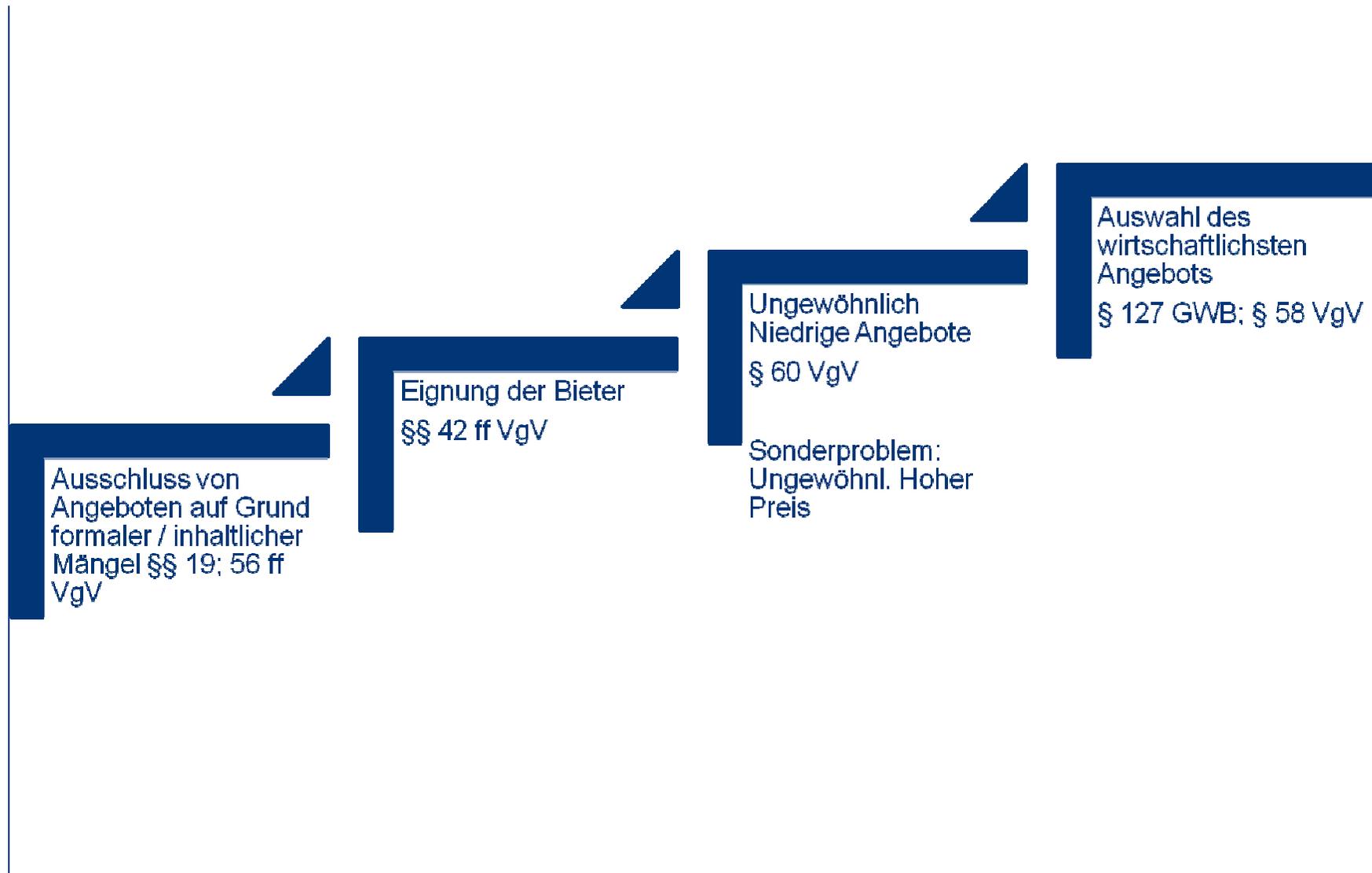
Zusätzlich  
Internet,  
Zeitungen etc.

Elektr. Komm.

## 5. Wertung



## 5. Wertung in 4 Stufen am Beispiel der VgV



## 5. Zuschlagskriterien / wirtschaftlichstes Angebot

### § 127 GWB Zuschlag

(1) Der Zuschlag wird auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die **vorgegebenen Zuschlagskriterien** erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

(2) **Verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung** sind bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten.

(3) Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

(4) Die Zuschlagskriterien müssen **so festgelegt und bestimmt** sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Lassen öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, legen sie die Zuschlagskriterien so fest, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

(5) Die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden.



## 5. Zuschlagskriterien im Spannungsverhältnis



## 5. Zuschlagskriterien

Grundsätzlich hat der Auftraggeber einen weiten Ermessensspielraum.

Grenze: Willkürverbot (§ 127 Abs. 3 GWB)

Neu 2016:

Betonung sozialer Aspekte  
Menschen mit Behinderung

§ 58 Zuschlag und Zuschlagskriterien VgV

(1) Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des "Designs für Alle", soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,
2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder
3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.

Der öffentliche Auftraggeber kann auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien nach Satz 1 bestimmt wird.

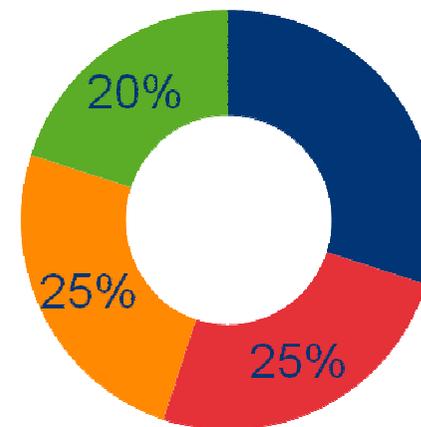
## 5. Gewichtung Zuschlagskriterien

### Grundsätze

- K.O.-.-Kriterien, Muss- und Kann-Kriterien sind deutlich zu benennen.
- Einzelne Kriterien und Unterkriterien sind zu Gewichten
- Problem: Kann der „Preis“ beliebig untergewichtet werden?
  - Preis muss gewichtiges Vergabekriterium bleiben (keine Verdrängung, Überlagerung)
  - Str. 30% Marke (OLG Dresden B.v. 5.1.01 – WVerg 0011/00)

### Martix


### "Betreuungsprojekt"



- Preis
- Konzept
- Personal
- Sonderleist



## 5. Gewichtung durch Martizen

	Gewichtung		Max. Pkt.	Erreichte Pkt.	Gewicht. Faktor	Gew - Punkte
Preis	30%		10		3,0	
Konzept	25%					
Qul. Päda		10 %	10		1	
Innovat.		10%	10		1	
Personal	25%					
Fach Qual.		15%	15		1,5	
Verfüg.		10%	10		1	
Sonderl	20 %					
Catering		10%	10		1	
Fahrdien		10 %	10		1	

## 5. Gewichtung „Schulnoten“ OLD Düsseldorf vs. EuGH

### Problem

1. Sind Bewertungssystem nach „Schulnoten“ zulässig und müssen die Bieter wissen, welche Leistungen zu welcher „Schulnote“ führen?
2. Verstoßen intransparente „Schulnoten“ gegen das Transparenz- und Willkürverbot?

### Streit in der Rechtsprechung

1. **OLG Düsseldorf (B.v. 21.10.2015 – Verg 28/14 und Beschl. v. 02.11.2016 – VII-Verg 25/16):**
  1. „Das reine und durch keine weiteren Unterkriterien konkretisierte Schulnotensystem überantwortet die Angebotsbewertung in Gänze **einem ungebundenen und völlig freien Ermessen des Auftraggebers**, und zwar nicht nur auf der letzten Meile der Angebotsbewertung.“
  2. Kriterien müssen bei Ausschreibung bekannt sein
2. **EuGH 14.07.2016 C-6/15, (TNS Dimarso)**
  1. Eine Vergabestelle *nicht* verpflichtet ist, die Bewertungsmethode den Bietern mitzuteilen.
  2. Die Feststellung des EuGH gilt ohne Ausnahme: Das vorliegende Gericht hatte den EuGH ausdrücklich danach gefragt, unter *welchen Umständen* eine Pflicht zur Transparenz besteht.
3. **OLG Dresden, Beschluss vom 26.01.2016 - Verg 1/16**
  1. Wertung nach Schulnoten kann zulässig sein!



Fragen ?

Diskussion?

## 5. Weitere Aspekte des Ausschreibungsverfahrens

### Dokumentation & Kommunikation

- Hohe Anforderung an die lückenlose Dokumentation des gesamten Verfahrens
- Transparente, unverzügliche Kommunikation

### Mitteilungspflichten

- Unklarheiten sofort und umfassend für alle Bieter aufklären
- Fristen beachten!
- Ggfls. Fristen verlängern.

### Rügepflichten

- Bieter müssen Fehler oder Bedenken binnen kurzen Fristen rügen!  
Ansonsten Präklusion (§ 160 GWB)

### Zuschlag

IT-Verträge

EVB-IT

## VergabeR schreibt Vertragsunterlagen vor

„Vertragsunterlagen“

- § 29 Abs. 1 Ziff. 3 VgV
  - § 29 Abs. 2 verweist auf Einbeziehung der VOL/B
- § 21 UVgO
- § 8 Abs 1 c VOL/A iVm. § 9 Abs. 1 VOL/A
- VV der BHO bzw. LHO schreiben Anwendung der EVB-IT-Verträge vor (länderspezifisch)

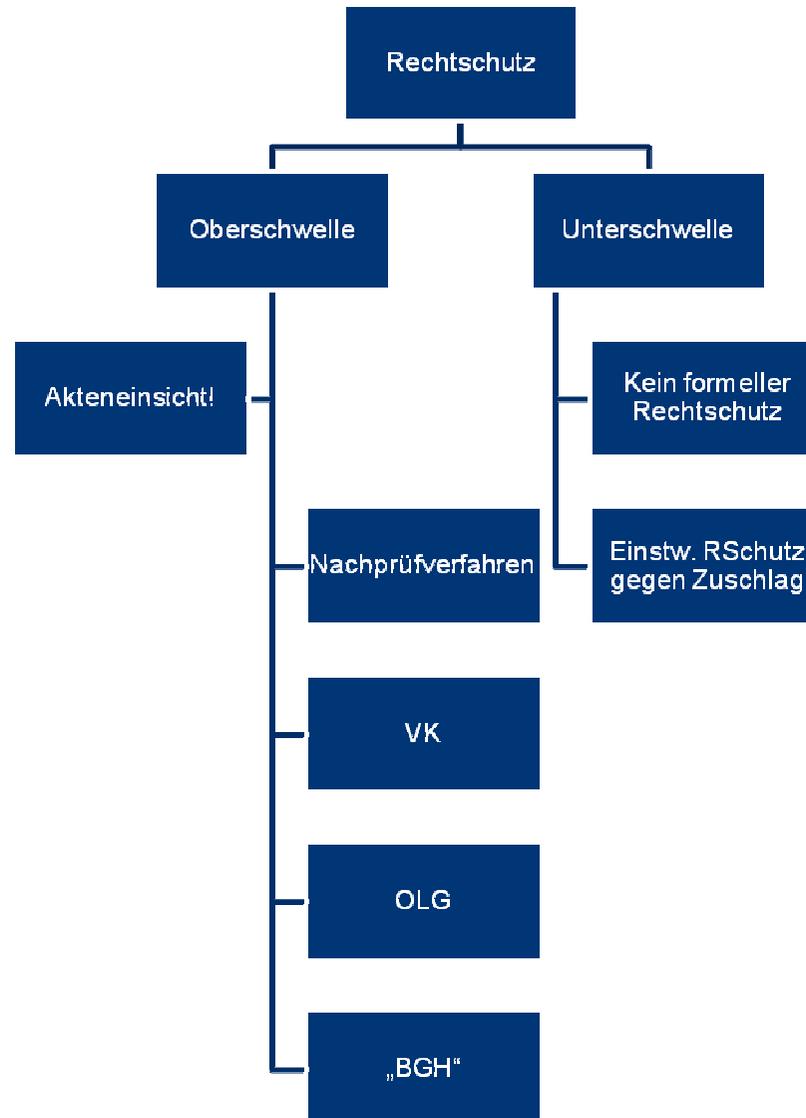
- Keine Einklagbarkeit der Anwendung der EVB-IT Verträge durch Bieter
- Ausnahme von EVB-IT möglich, wenn alle Bieter EVB-IT ablehnen (Verhandlungsverfahren)

## Probleme des EVB-IT

- Typen Wahl
- Starrheit der EBV-IT-Verträge
- AGB Problematik
  - Kein Gesamtpaket
  - Einzelne Klauseln AGB  
Kritisch
  - AGB- Verwenderproblamtik

## 6. Rechtsschutz

## 6. Rechtsschutz im VergabeR



## 6. Rechtsschutz

- Rechtsschutzziele im Nachprüfverfahren
  - Stop der Zuschlagserteilung bis VK-Entscheidung
  - Aufhebung der Vergabe
  - Maßnahmen die geeignet sind eine Rechtsverletzung zu beseitigen
  - Gestattung des Zuschlags (aus Sicht des AG oder Bieters)
  
- Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch: Achtung § 180 GWB
  - Wenn Antragssteller Beschwerderecht missbraucht
  
- Schadensersatz für den rechtsmissbräuchlich Unterlegenen nach § 181 GWB
  - Kosten des Vergabeverfahrens
  - Ggfs. weiterer Schadensersatz (kaum realisierbar!)



vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!



**Justus Kampp | Rechtsanwalt**  
Solidaris Rechtsanwalts mbH  
Konrad-Goldmann-Straße 5a  
79100 Freiburg  
0761 | 79186-14  
[J.Kampp@solidaris.de](mailto:J.Kampp@solidaris.de)

Berlin  
Erfurt  
Freiburg  
Hamburg  
Köln  
München  
Münster  
Wien (A)  
Würzburg