

zulehnen⁷⁴ und daher nur unter weiteren Voraussetzungen denkbar. So kann die drohende Rückforderung etwa die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Bieters in Frage stellen.⁷⁵ Auch ist ein ungewöhnlich niedriges Angebot auszuschließen, welches seine alleinige Ursache in einer nicht nachweislich rechtmäßigen Beihilfe hat (Art. 69 Abs. 4 RL 2014/24/EU). In anderen, nicht speziell geregelten Fällen bleibt es bei dem Grundsatz, dass auch bei rechtswidrigen Beihilfen das Vergaberecht nicht das richtige Instrument zur Sanktionierung ist.

3. Inhouse-Betreiber als Vertragspartner

Bislang galt hinsichtlich solcher Vertragspartner, die auch anderweitig im Rahmen einer **Inhouse-Vergabe** beauftragt sind, keine Einschränkung.⁷⁶ Diese Auslegung fand seine Stütze in der Vorgabe des EuGH zur Inhouse-Vergabe.⁷⁷ Neben einer Kontrolle vergleichbar zur Kontrolle über eine eigene Dienststelle verlangt der EuGH stets, dass die Tätigkeit des Inhouse-Auftragnehmers nur im Wesentlichen für die ihn beherrschenden Körperschaften erfolgt. Im Umkehrschluss wurde hieraus geschlossen, dass Raum für drittbezogene Tätigkeiten bestehe und Inhouse-Unternehmen also durchaus am Markt tätig werden dürften. Das OLG Düsseldorf hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass es eine wesentliche Vertragsänderung darstelle, wenn der Inhouse-Auftragnehmer diese Fähigkeit **nachträglich verliere**, insbesondere wenn er nicht mehr im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig werde.⁷⁸ Derartige Änderungen seien während der Vertragslaufzeit vergaberechtlich als Neuvergabe anzusehen. Diese weitere Entwicklung zur Inhouse-Dogmatik wird zwar nicht dazu führen, dass Inhouse-Auftragnehmer per se von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können bzw. müssen. Inhouse-Auftragnehmer werden aber im Auge behalten müssen, dass die Tätigkeit im Markt dazu führen kann, dass sie ihren Auftrag am Heimatstandort ex nunc verlieren.

Eine weitere Besonderheit für **Inhouse-Betreiber** gilt bei **Vergaben im Verkehrssektor**. Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 schreibt in Art. 5 Abs. 2 lit. c für Direktvergaben, die der Verordnung unterfallen, vor, dass ein interner Betreiber frühestens zwei Jahre vor Ablauf des direkt an ihn vergebenen Auftrags an fairen wettbewerblichen Vergabeverfahren teilnehmen darf und dies nur für den Fall, dass endgültig beschlossen wurde, sein internes Engagement umfassend zu beenden.⁷⁹ Diese **Auftragssperre für Inhouse-Betreiber** ist außerhalb des Verkehrssektors gegenwärtig noch ohne Relevanz; gleichwohl ist die Regelung in Art. 5 Abs. 2 lit. c Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 die erste Kodifizierung der Inhouse-Grundsätze und verdeutlicht den Standpunkt der europäischen Normgeber. Sollte sich die Regelung im Verkehrssektor bewähren, erscheint es durchaus denkbar, dass der europäische Normgeber diese bei einer künftigen Novellierung in das klassische Vergaberecht übernimmt oder der EuGH sogar seine Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe entsprechend weiterentwickelt. Absehbar ist dies aber nicht.

4. Interkommunale Kooperationen

Wie eingangs festgehalten muss ein „Wirtschaftsteilnehmers“ im Sinne der Vergaberichtlinie weder primär aus Gewinnerzielungsabsicht handeln noch über die Organisationsstruktur eines Unternehmens verfügen noch ständig auf dem Märkten tätig sein. Diesem Gedanken folgend sind Vereinbarungen zwischen verschiedenen Einheiten der öffentlichen Hand nicht per se aus dem Vergaberecht regime ausgenommen.

⁷⁴ Kapellmann/Vygen/Kühnen (Hrsg.) Jahrbuch BauR 2003, 235 (249); Pünder NZBau 2003, 530 (538).

⁷⁵ EuGH Urt. v. 7.12.2000 – C-94/99, Slg. 2000, I-11037 Rn. 30 = NZBau 2001, 99 – ARGE; Antweiler VergabeR 2001, 259 (269); Koenig/Hentschel NZBau 2006, 289 (292); Schmidt-Wottrich/Harms VergabeR 2004, 691 (700).

⁷⁶ OLG München Beschl. v. 21.5.2008 – Verg 5/08, NZBau 2008, 668 (671).

⁷⁷ → § 6 Rn. 1 ff.

⁷⁸ OLG Düsseldorf Beschl. v. 28.7.2011 – VII-Verg 20/11, NZBau 2012, 50.

⁷⁹ Umfassend hierzu Fandrey, Direktvergabe von Verkehrsleistungen, S. 228 ff. mwN.

- 49 Während der Gesetzgeber sich entgegen erster Versuche im Zuge des Modernisierungsgesetzes vom 20.4.2009⁸⁰ nicht über entsprechende Bedenken hinwegzusetzen vermochte, die interkommunale Zusammenarbeit vom Geltungsbereich des Vergaberechts explizit freizustellen, urteilte der EuGH im Juni desselben Jahres, dass die Kooperation öffentlicher Stellen zwecks Wahrnehmung ihrer Aufgaben auch auf vertraglicher Grundlage vergaberechtsfrei sein kann, sofern insbesondere deren Umsetzung ausschließlich durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.⁸¹ Ausgeschlossen ist eine Beteiligung Privater. Da dies keineswegs als generelle Freistellung jedweder interkommunaler Zusammenarbeit missverstanden werden kann und der Gesetzgeber die interkommunale Kooperation zwischenzeitlich in § 108 GWB, wird die vergaberechtliche Bewertung von staatlichen Kooperationen gesondert kommentiert.⁸²

5. Bevorzugte Bieter (§ 118 GWB)

- 49a Im Sozialrecht, genauer in § 141 und § 143 SGB IX, ist vorgesehen, dass Aufträge der öffentlichen Hand, die von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen bzw. Blindenwerkstätten ausgeführt werden können, bevorzugt diesen Werkstätten angeboten werden. Ihnen wird damit ein Vorteil eingeräumt, um die Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten in die Lage zu versetzen, öffentliche Aufträge zu erhalten und damit ihren Beschäftigten adäquate Tätigkeiten zu bieten. Neben dem Ansatz, diesen Bietern einen Wertungsvorteil zu gewähren, erlaubt § 118 auch die Beschränkung des Teilnehmerkreises. Nach § 118 GWB können öffentliche Auftraggeber das Recht zur Teilnahme an Vergabeverfahren Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und Unternehmen vorbehalten, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen ist, oder bestimmen, dass öffentliche Aufträge im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen durchzuführen sind. Voraussetzung ist dabei, dass mindestens 30 Prozent der in diesen Werkstätten oder Unternehmen Beschäftigten Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Personen sind.

C. Auftragsarten

- 50 Im Anschluss an die allgemeine Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 Abs. 1 GWB, die den Geltungsbereich des GWB-Vergaberechts maßgeblich formt, umschreiben die nachfolgenden Absätze verschiedene Auftragsarten. Die weitere Abgrenzung zwischen den Auftragsarten ist nicht belanglos, sondern spielt regelmäßig für die Bestimmung des einschlägigen Schwellenwertes nach § 106 GWB sowie der einschlägigen weiterführenden Verfahrensvorschriften nach VOB/A, VgV bzw. SektVO und VSVgV eine tragende Rolle.⁸³ Deshalb bestimmt sich die Zuordnung zu den einzelnen Arten nach objektiver Betrachtung der ausgeschriebenen Leistung und nicht dem Willen der Beteiligten. Maßstab ist allein § 103 GWB ausgelegt im Lichte der Vergaberichtlinien; keine Bedeutung hinsichtlich des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts kommt teilweise divergierenden Auftragsdefinitionen in den Vergabe- und Vertragsordnungen zu. Soweit ein Auftrag Leistungen unterschiedlicher Auftragsarten beinhaltet, wird dieser Auftrag nicht aufgespalten und nach den jeweiligen Vergabevorschriften vergeben. Vielmehr wird der Auftrag als Einheit betrachtet.

⁸⁰ BR-Drs. 35/09 (Beschl.), 2.

⁸¹ EuGH Urt. v. 9.6.2009 – C-480/06, Slg. 2009, I-4747 Rn. 44 ff. – Stadtreinigung Hamburg; vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH Urt. v. 13.6.2013 – C-386/11, Slg. 2013, I-0000 = NZBau 2013, 522 Kreis Düren.

⁸² → § 6 Rn. 1 ff.

⁸³ Vgl. instruktiv OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, 184.

I. Lieferaufträge (§ 103 Abs. 2 GWB)

Nach § 103 Abs. 2 S. 1 GWB sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren. Als nicht abschließend zu verstehende Beispiele nennt das Gesetz Kauf, Ratenkauf, Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption. Wie sich bereits aus dem Hinweis auf Miet- und Pachtverhältnisse ergibt, genügt eine zeitlich befristete **Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt** über die jeweilige Ware. Eines endgültigen Übergangs bedarf es mithin nicht.

Der Begriff „Ware“ ist nicht zivilrechtlich oder handelsrechtlich zu verstehen; es handelt sich vielmehr um einen unionsrechtlichen Begriff (sog. **vergaberechtlicher Warenbegriff**), der weit auszulegen ist.⁸⁴ So kommt es etwa nicht auf ihren Aggregatzustand an, so dass nicht körperlich feste Produkte wie Gas, Strom, Energie, Benzin und Wärme der Ausschreibungspflicht ebenso unterliegen wie unbewegliche Sachen.⁸⁵ Dies gilt auch für die Beschaffung von Software.⁸⁶

Die Verträge können auch **Nebenleistungen** – wie etwa Leistungen zur Installation und Inbetriebnahme – umfassen (§ 103 Abs. 2 S. 2 GWB). Wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, gilt diese Zuordnung nur, solange diese Nebenleistungen untergeordneten Charakter aufweisen. Andernfalls liegt ein Dienstleistungs- oder Bauauftrag vor. Nach Auffassung des EuGH umfasst der Warenbegriff auch Waren, die nach den individuellen Wünschen des Auftraggebers bzw. Dritter herzustellen sind.⁸⁷ Die dabei anfallenden Beratungsgespräche sowie die Herstellung und Anpassung der Ware ist für die Berechnung des Wertes dem Auftragsteil der „Lieferung“ zuzuordnen.

II. Bauaufträge (§ 103 Abs. 3 GWB)

§ 103 Abs. 3 GWB gibt vor, welche öffentlichen Aufträge als Bauaufträge anzusehen sind. Dabei rekurriert die Vorschrift weitestgehend auf die Vorgabe aus Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU und gibt drei Varianten vor: Bauaufträge sind hiernach Verträge über die Ausführung mit oder ohne die gleichzeitige Planung

- eines Bauvorhabens (Var. 1),
- eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (Var. 2), oder
- einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (Var. 3).

1. Ausführung mit oder ohne Planung

Baufaufträge umfassen stets mindestens Ausführungsleistungen. Der Begriff der Ausführung ist dabei weit zu fassen und beinhaltet sämtliche Tätigkeiten, die für ein Bauwerk oder an einem solchen erbracht werden, also etwa **der Neubau, die Renovierung, die Modernisierung, die Instandsetzung oder der Abbruch baulicher Anlagen einschließlich Vorbereitungsarbeiten**. Maßgebend ist nicht die Einordnung der Verträge nach nationalem Recht, sondern es gilt das Primat des Unionsrechts. Auf die VOB/A und die insbesondere zu § 1 entwickelte Rechtsprechung kann daher nur zurückgegriffen werden, soweit diese nicht im Widerspruch zum Unionsrecht stehen.⁸⁸ Ohne Bedeutung ist damit, ob der Vertrag zivilrechtlich als Werkvertrag einzuordnen ist. Denn die gebotene funk-

⁸⁴ Willenbruch/Wiedekind/Willenbruch § 99 Rn. 52.

⁸⁵ Vgl. die ausführliche Auflistung bei Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Röwekamp GWB § 103 Rn. 215.

⁸⁶ EuGH Urt. v. 15.10.2009 – C-275/08, Slg. 2009, I-168 – Datenzentrale Baden-Württemberg; zur Beschaffung von Open-Source-Software Demmel/Herten-Koch NZBau 2004, 187 ff.; Heckmann CR 2004, 401; Müller/Gerlach CR 2005, 87.

⁸⁷ EuGH Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07, Slg. 2009, I-4779 Rn. 64 ff. – Oymanns/AOK; Gnittke/Rude in Praxiskommentar Kartellvergaberecht, § 99 Rn. 81.

⁸⁸ OLG München Beschl. v. 28.9.2005 – Verg 19/05, BeckRS 2005, 11622 mwN.

tionale Auslegung führt dazu, dass auch Kauf-, Dienst- und Werklieferverträge als Ausführung eines Bauvorhabens angesehen werden können.⁸⁹

- 56 Es bleibt dem Auftraggeber überlassen, ob er für die Bauleistung **notwendige Planungsleistungen** einheitlich mit der Bauleistungsausführung nach VOB/A ausschreibt. Sofern die Planungsleistungen isoliert vergeben werden, liegt diese betreffend kein Bauauftrag vor, sondern ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB vor. Es ist der Entscheidung des Auftraggebers überlassen, ob er etwa aus wirtschaftlichen Gründen eine getrennte Ausschreibung vorzieht, mag sich im Einzelfall hierdurch auch die damit stets verknüpfte Umgehungsgefahr realisieren, dass durch die Aufspaltung der Schwellenwert für die Planungsleistungen nicht erreicht wird. Das Recht zur einheitlichen Vergabe als Bauauftrag korrespondiert insoweit nicht mit einer Pflicht hierzu.⁹⁰

2. Bauleistungen durch den Auftragnehmer (Var. 1 und Var. 2)

- 57 Taugliche Objekte von Bauaufträgen sind Bauvorhaben und Bauwerke. Der Begriff der Bauleistungen kann damit als Oberbegriff für „Bauvorhaben“ und „Bauwerk“ verstanden werden.⁹¹ Der Begriff des **Bauvorhabens** wird weder im GWB noch in der Vergaberichtlinie definiert. Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL 2014/24/EU setzt die Bauvorhaben aber in Zusammenhang mit den in **Anhang II** genannten Tätigkeiten. Dort sind zahlreiche Tätigkeiten aufgezählt, ua der Abbruch von Gebäuden und Erdbewegungsarbeiten, Test- und Suchbohrungen, den Hoch-, Tief-, Brücken- und Tunnelbau, die Dachdeckerei, Abdichtung und Zimmerei, den Straßen- und Eisenbahnoberbau, den Wasserbau, uvm.
- 58 Die zweite Variante des § 103 Abs. 3 GWB hat die Ausführung mit oder ohne Planung eines **Bauwerks** zum Gegenstand. Ein Bauwerk wird in der RL 2014/24/EU als „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“, definiert. Der Fokus liegt in Abgrenzung zur ersten Variante auf der Vollendung des Bauvorhabens. Es wird ein Erfolg verlangt, während das Bauvorhaben auch lediglich Tätigkeiten umfassen kann, die nicht auf eine fertige Sache gerichtet sind.

3. Bauleistungen durch Dritte (Var. 3)

- 59 Die dritte Fallgruppe umfasst Verträge über eine dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Mit diesem **Auffangtatbestand** soll sichergestellt werden, dass auch solche Konstellationen erfasst sind, in denen die Bauleistungen von einem Dritten im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers erbracht werden soll, das Ergebnis aber dem öffentlichen Auftraggeber zugutekommt. Gemeint sind hier etwa Fälle von **Miet-, Leasing-, Bauträgerverträgen** und damit vor allem auch klassische **ÖPP-Modelle**. Durch die Eingrenzung, dass der Auftraggeber individuelle Erfordernisse für die Bauleistung benennen und diese ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen muss, kann § 103 Abs. 3 Var. 3 GWB von reinen Veräußerungsgeschäften abgegrenzt werden. Ferner ist eine Abgrenzung notwendig zur ausschreibungsfreien Anmietung von (sei es noch zu erstellenden) Gebäuden.⁹²
- 60 Der Auftraggeber muss **Erfordernisse benennen**, nach denen der Dritte die Bauleistung erbringen soll. Er kann wahlweise selbst initiativ die individuellen Leitansforderungen für die konkrete Bauleistung definieren oder eine etwa von einem Projektentwickler erstellte Planung billigen und sich zu Eigen machen. Nicht ausreichend sind dabei die

⁸⁹ So für den Werkliefervertrag OLG Düsseldorf Beschl. v. 5.7.2000 – Verg 5/99, NZBau 2001, 106 (107 f.).

⁹⁰ Vgl. bereits Erwägungsgrund 9 der RL 2004/18/EG.

⁹¹ Die englische Fassung der Richtlinie spricht insoweit einheitlich von „work“.

⁹² Vgl. instruktiv VK Bund Beschl. v. 17.12.2019 – VK 2–88/19, VPR 2020, 53 = BeckRS 2019, 35390.

Ausübung der städtebaulichen Regelungszuständigkeit, das Drängen auf Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften sowie bloße Hinweise auf die Rechtslage.

Der europäischen Vergaberichtlinie fremd ist der im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2009 als Reaktion auf die sog. Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁹³ eingefügte Zusatz in § 99 Abs. 3 GWB, nach dem die Bauleistung dem Auftraggeber **unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen** muss. Nach der Konzeption des Gesetzgebers wird damit auf die Verfolgung eines Beschaffungszwecks verwiesen. Der EuGH⁹⁴ hat diese Einschränkung auf entsprechende Vorlage akzeptiert und weiter ausgeführt, dass eine physische Nutzung der baulichen Anlage durch den Auftraggeber nicht erforderlich sei. Ein wirtschaftliches Interesse könne sich etwa auch in einer finanziellen Beteiligung an dem Projekt – etwa durch eine Veräußerung des Grundstücks deutlich unter dem Verkehrswert – oder einer anderweitigen Übernahme von wirtschaftlichen Risiken manifestieren.

III. Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB)

Die Klassifizierung als Dienstleistungsauftrag erfolgt ausweislich § 103 Abs. 4 GWB negativ: Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die weder Liefer- noch Bauaufträge sind. § 103 Abs. 4 GWB fungiert damit als **Auffangtatbestand**. Durch die negative Definition und Fiktion („gelten“) ist nach der deutschen Systematik sichergestellt, dass keine Lücke entsteht: Alle Aufträge werden damit im Binnenmarkt vergeben, soweit nicht explizit anderweitige Regelungen getroffen sind.⁹⁵

Im Detail wird weiter unterschieden zwischen der Vergabe normaler Dienstleistungen, der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (3. Abschnitt der VgV), der Durchführung von Planungswettbewerben (5. Abschnitt der VgV) sowie der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (6. Abschnitt der VgV). Die bisherige Aufteilung zwischen gewerblichen (VOL/A) und freiberuflichen Dienstleistungen (VOF aF) sowie sog. vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen (Anhang I A bzw. Anhang I B) wurde damit aufgehoben. Die Privilegierung der bisher als nachrangig bezeichneten Dienstleistungen – etwa im Bereich Rechtsberatung, Arbeitsvermittlung und Eisenbahnen – findet sich in Teilen noch bei den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen. Die im deutschen Recht vorgesehenen Differenzierung zwischen Dienstleistungs- (§§ 611 ff. BGB) und Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) ist ohne Relevanz für das durch europäisches Recht determinierte Vergaberecht.

IV. Auslobungsverfahren (§ 103 Abs. 6 GWB)

Besondere Erwähnung finden in § 103 Abs. 6 GWB solche Wettbewerbe, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Die Vergaberichtlinie sieht deren Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 11 lit. e insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, der Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens oder der Datenverarbeitung. Es ist das Ziel dieser **Auslobungsverfahren**, dem Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu schaffen.

Wesensmerkmal des Auslobungsverfahrens ist, dass ein Preisgericht eine vergleichende Beurteilung vornimmt. Ohne Bedeutung ist die gewählte Bezeichnung, solange eine externe Kommission eine Empfehlung aussprechen soll, der der Auftraggeber folgen will.⁹⁶ Ob unter den teilnehmenden bzw. obsiegenden Unternehmen Preise verteilt werden, ist hingegen ohne Relevanz. Häufiger Anwendungsfall für Wettbewerbe sind Auslobungen

⁹³ Dazu bereits → Rn. 38.

⁹⁴ EuGH Urt. v. 25.3.2010 – C-451/08, Slg. 2010, I-2673 Rn. 55 ff. – Helmut Müller GmbH.

⁹⁵ BayObLG Beschl. v. 11.12.2001 – Verg 15/01, NZBau 2002, 233 (234); Reidt/Stickler/Glahs/Ganske GWB § 99 Rn. 110.

⁹⁶ Vgl. VK Düsseldorf Beschl. v. 13.10.2005 – VK 23/2005-F, IBRRS 2006, 1781, für den Fall einer im Rahmen eines „Kooperativen Workshopverfahrens“ tätigen „Empfehlungskommission“.

nach den Richtlinien für Wettbewerbe auf dem Gebiet der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (Richtlinien für Planungswettbewerbe – RPW 2013).⁹⁷ Diese gelten nur, wenn diese vom Auftraggeber ausdrücklich in Bezug genommen wird. Hierbei handelt es sich zwar um Vorgaben, die zwischen den maßgeblichen Interessenvertretern ausgehandelt werden. Sie sollten gleichwohl stets daraufhin geprüft werden, ob die einzelnen Vorgaben mit dem (höherrangigen) Vergaberecht im Einklang stehen.

D. Zuordnung von Aufträgen und Konzessionen

- 66 In der GWB-Reform 2009 wurden erstmalig auch Vorgaben getroffen, um typengemischte Verträge, die Elemente unterschiedlicher Auftragsarten enthalten, zuzuordnen. Das damals in § 99 GWB aF geregelte System wurde im Zuge der Novellierung 2016 deutlich ausgeweitet. Dies war auch erforderlich, da nicht nur eine Abgrenzung innerhalb der Auftragsarten (Bau-, Dienst- und Lieferaufträge), sondern auch zu anderen Vertragsformen (Konzessionen) sowie zu speziellen Bereichen (Sektorenbereich, Verteidigungsbereich) vorzunehmen ist. Entsprechend umfangreich sind die Regelungen in den §§ 110–112 GWB ausgefallen.
- 67 Die Zuordnungsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber weder aus Sicht des deutschen noch aus Sicht des Unionsrechts offenlassen. Denn zum einen variieren die einschlägigen Schwellenwerte je nach Art des Vertrages deutlich, so dass die Weichenstellung zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich insbesondere auch von der Klassifizierung als Bau- oder als Dienstleistungs- bzw. Liefervertrag abhängen kann. Zum anderen beruht auf der Qualifizierung auch die Zuordnung zu einer Vergabe- und Vertragsordnung, die unterschiedliche Anforderungen an die Verfahrensgestaltung stellen.⁹⁸ Nicht zuletzt divergieren die Ausnahmen vom Anwendungsbereich für klassische Aufträge, für die Sektorentätigkeit, im Verteidigungsbereich sowie bei Konzessionen.

I. Gemischte Verträge

- 68 Für die **Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag** regelt § 110 Abs. 2 Nr. 2 GWB, dass ein Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, als Dienstleistungsauftrag gilt, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt. Insoweit stellt sich die Anwendung dieser Vorschrift als vergleichsweise einfach dar, da letztlich diejenige Auftragsart einschlägig ist, deren Volumen mehr als 50 % beträgt. Inwieweit ein Teil den qualitativen „Hauptgegenstand“ bildet, ist bei dieser quantitativen Betrachtung ohne Belang.⁹⁹
- 69 Offener einer Wertung gegenüber ist die **Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen** sowie zwischen **Bau- und Lieferaufträgen**. In beiden Fällen ist gemäß § 110 Abs. 1 GWB auf den Schwerpunkt (Hauptgegenstand) des Auftrags abzustellen. Die Rechtsprechung hat für diese höchst relevante Abgrenzung eine umfassende Einzelfallkasuistik gebildet. Der Europäische Gerichtshof¹⁰⁰ selbst gibt vor:

„Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Vertrags folgen; der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind.“

⁹⁷ Vgl. Röwekamp/Kus/Portz/Prieß/Zimmermann, GWB, GWB § 103 Rn. 340 ff.

⁹⁸ Vgl. beispielhaft für die großen Auswirkungen durch kleine Unterschiede im Wortlaut von VOB/A und VOL/A hinsichtlich des Nachforderns von Unterlagen Röwekamp/Fandrey NZBau 2011, 463 ff.

⁹⁹ EuGH Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07, Slg. 2009, I-4779 Rn. 64 ff. – Oymanns/AOK.

¹⁰⁰ EuGH Urt. v. 21.2.2008 – C-412/04 Rn. 49, NVwZ 2008, 397 – Kommission/Italien.

Maßgebend für einen Bauauftrag ist, ob Bauleistungen den Hauptgegenstand des Vertrages bilden oder ob sie im Verhältnis zum Hauptgegenstand lediglich Nebenarbeiten sind. Dabei ist auf die anteiligen Wertverhältnisse nicht maßgebend abzustellen. Sie geben lediglich indizielle Anhaltspunkte und eine erste Orientierung. Entscheidend sind die **funktionale Zuordnung** der Leistungen zum jeweiligen Vertragstyp und deren **gegenständliche, vertragliche Bedeutung**.¹⁰¹ Gerade bei der Abgrenzung zwischen Lieferleistung und Montageleistung bei Bauvorhaben kann das bauliche Element auch bei geringerem Wertanteil den Schwerpunkt des Vertrages bilden, wenn diese Bauleistungen einen die ordnungsgemäße Vertragserfüllung prägenden Charakter haben.¹⁰²

II. Teile unterfallen unterschiedlichen rechtlichen Regelungen (§ 111 GWB)

§ 111 GWB regelt den Fall, dass verschiedene Teile eines öffentlichen Auftrags unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterfallen, zB in Teilen dem allgemeinen Vergaberecht und Teilen der VSVgV oder der SektVO. Vorgelagert der Zuordnung ist die Frage, ob überhaupt eine Gesamtvergabe erfolgt. Wird eine Gesamtmaßnahme mit getrennten Vergaben bewältigt, werden diese jeweils isoliert betrachtet (§ 111 Abs. 2 GWB). Aus den Abgrenzungsvorschriften folgt kein Vorrang einer getrennten oder einer Gesamtvergabe. Die Entscheidung für den einen oder den anderen Weg darf aber nicht in der Absicht getroffen werden, die Vergabe von den Vergabevorschriften auszunehmen (§ 111 Abs. 5 GWB). Die weiteren Abgrenzungsregeln gelten größtenteils gleichermaßen für Aufträge und Konzessionen (vgl. § 111 Abs. 6 GWB).

Entscheidet sich ein Auftraggeber für die Vergabe eines Gesamtauftrags, so gelten die in § 111 Abs. 3 und Abs. 4 GWB aufgestellten Abgrenzungsregeln. Sofern der Auftrag nicht trennbar ist, ist grundsätzlich auf den Hauptgegenstand abzustellen. Dies kann im Einzelfall auch dazu führen, dass aus diesem Grund gänzlich auf eine Anwendung des GWB-Vergaberechts verzichtet werden kann. Besteht ein Beschaffungsauftrag aus **ausschreibungspflichtigen** und **nicht ausschreibungspflichtigen Leistungen**, so gilt nach der Rechtsprechung des EuGH auch hier der allgemeine Grundsatz, dass das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit einheitlich auf der Grundlage der Vorschriften zu vergeben, die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (jetzt auch § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB).¹⁰³ Dieser allgemeine Grundsatz greife auch, wenn der Hauptgegenstand eines gemischten Vertrages nicht dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien unterfalle und nach diesem Maßstab im Ergebnis ein ausschreibungspflichtiger Teil damit dem Vergaberecht entzogen werde. Dieser großzügigen Auslegung, die dazu führt, dass originär ausschreibungspflichtige Leistungen dem Vergaberecht entzogen werden, setzt aber voraus, dass die einzelnen Teile des gemischten Vertrages **ein unteilbares Ganzes** bilden.

Für Auftragsvergaben, die teilweise verteidigungs- oder sicherheitsrelevant sind, macht § 111 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 GWB wegen der besonderen Sensibilität eine Ausnahme von dem Grundsatz, wonach der Hauptgegenstand des Auftrags maßgeblich die Zuordnung prägt. In Umsetzung von Art. 3 der RL 2009/81/EG wird dem Auftraggeber gestattet, die **jeweils weniger strengen Anforderungen** anzuwenden, wenn die Beschaffung in Form eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Dies gilt sowohl für gemischte Aufträge mit Elementen klassischer Aufträge als auch mit Elementen, die ganz aus dem Geltungsbereich des GWB herausfallen. Ist beispielsweise ein kleiner Auftragsteil eines gemischten Beschaffungsvorhabens derart sensibel, dass er nach Art. 346 Abs. 1 AEUV (ex Art. 296 EG) vollständig vom europäischen Vergaberecht

¹⁰¹ OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.4.2014 – VII-Verg 35/13, NZBau 2014, 589.

¹⁰² Anschaulich OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.4.2014 – VII-Verg 35/13, NZBau 2014, 589.

¹⁰³ EuGH Urt. v. 6.5.2010 – C-145/08 und C-149/09, Slg. 2010, I-4165 Rn. 48 f. – Club Hotel; Byok/Jaeger/Hailbronner GWB § 99 Rn. 109; aA OLG Karlsruhe Beschl. v. 15.10.2008 – 15 Verg 9/08, NZBau 2008, 784 ff.; Reidt/Stickler/Glahs/Ganske GWB § 99 Rn. 144.

ausgenommen ist, so gilt das GWB-Vergaberecht auch für den möglicherweise umfangreicheren Teil nicht, obwohl dieser bei isolierter Betrachtung zumindest nach den Vorgaben für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge zu vergeben wäre.¹⁰⁴ Diese umfassende Privilegierung setzt stets voraus, dass die einheitliche Auftragsvergabe aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Die Entscheidung darf hingegen nicht zum Zweck der Umgehung der Anwendung von Vergabevorschriften erfolgen. Diese Ausprägung des allgemeinen **Umgehungsverbot**es findet sich ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 RL 2009/81/EG.

III. Teile umfassen verschiedene Tätigkeiten mit Sektorenbezug (§ 112 GWB)

- 74 Insbesondere für den Sektorenbereich wird die Abgrenzung auf § 112 GWB relevant. Umfasst ein öffentlicher Auftrag mehrere Tätigkeiten, von denen eine Tätigkeit eine Sektorentätigkeit iSd § 102 GWB darstellt, dürfen getrennte Aufträge für die Zwecke jeder einzelnen Tätigkeit oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden. Auch hier gilt, dass bei einer getrennten Vergabe jeder Beschaffungsvorgang isoliert bewertet und nach dem Ergebnis der Bewertung vergeben wird (§ 112 Abs. 2 GWB). Entscheidet sich der Auftraggeber für eine Gesamtvergabe, unterliegt dieser Auftrag den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist (§ 112 Abs. 3 S. 1). Auch hier gilt aber eine Ausnahme, wenn erneut privilegierte Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte tangiert sind. Ist eine Zuordnung zu einer Tätigkeit im oder außerhalb des Sektorenbereichs objektiv nicht möglich, so entscheidet gemäß § 112 Abs. 5 GWB grundsätzlich das strengere Vergaberegime. In der Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift¹⁰⁵ benennt der Gesetzgeber beispielhaft den Fall des Baus eines Gebäudes für die Stadtverwaltung, in dem auch einige Räume für die kommunalen Stadtwerke vorgesehen seien. Hauptgegenstand sei dann die Tätigkeit der Stadt, so dass bei der Vergabe des Bauauftrags die Vorschriften für öffentliche Auftraggeber maßgeblich seien.

¹⁰⁴ So die Begründung im Gesetzesentwurf zur Vorgängervorschrift, BT-Drs. 17/7275, 14.

¹⁰⁵ So das Beispiel im Gesetzesentwurf zur Vorgängervorschrift BT-Drs. 16/10117, 18 f.