

# Kommentar zum Vergaberecht

## Vergaberechtliche Vorschriften des GWB

Herausgegeben von

**Dr. Jan Byok, LL.M.**  
Rechtsanwalt, Düsseldorf

und

**Wolfgang Jaeger**  
Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf a. D.,  
Rechtsanwalt, Essen

Bearbeitet von

Guido **Bormann**, Rechtsanwalt, Düsseldorf • Univ.-Prof. Dr. Christoph **Brüning**,  
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Dr. Jan **Byok**, LL.M., Rechtsanwalt,  
Düsseldorf • Dr. Alexander **Csaki**, Rechtsanwalt, München • Univ.-Prof. Dr.  
Johannes **Dietlein**, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf • Dr. Alexander **Fandrey**,  
Rechtsanwalt, Düsseldorf • Bernhard **Fett**, Leitender Regierungsdirektor, Dresden •  
Gregor **Franßen**, EMLE, Rechtsanwalt, Essen • Dr. Ramin **Goodarzi**, Rechtsanwalt,  
Düsseldorf • Wolfgang **Jaeger**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf a. D.,  
Rechtsanwalt, Essen • Dr. Johannes **Jansen**, Vorsitzender Richter am LSG NRW,  
Essen • Prof. Dr. Marcel **Kau**, LL.M., außerplanmäßiger Professor an der Universität  
Konstanz • Prof. Dr. Jürgen **Kühnen**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf, Lehr-  
beauftragter an der Universität zu Köln • Hans-Martin **Müller**, Ministerialrat, Refe-  
ratsleiter, Düsseldorf • Dr. Rainer **Noch**, Rechtsanwalt, Unkel/Rh. und  
München • Alexander **Ockenfels**, Rechtsanwalt, Essen • Dr. Nicola **Ohrtmann**,  
Rechtsanwältin, Essen • Dr. Ansgar **Suermann**, LL.M., Rechtsanwalt, Bielefeld,  
Unternehmensjurist, Duisburg und Frankfurt a. M. • Michael Jürgen **Werner**, LL.M.,  
Rechtsanwalt, Brüssel, Lehrbeauftragter am Europa-Institut der Universität des  
Saarlandes • Jörg **Wiedemann**, Richter am OLG Naumburg

4., überarbeitete und umfassend ergänzte Auflage 2018

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8005-1662-9

**dfv** Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Kösel GmbH & Co. KG, 87452 Altusried-Krugzell

Printed in Germany

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Bearbeiterverzeichnis . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XV

## Einleitung

<b>A. Systematische Einführung . . . . .</b>	<b>1</b>
I. Die Bedeutung des Vergaberechts . . . . .	3
II. Die bisherige Entwicklung des Vergaberechts . . . . .	8
III. Die „kartellrechtliche Lösung“ für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte. . . . .	20
IV. Die fortbestehende Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte . . . . .	32
V. Die weitere Entwicklung des Vergaberechts. . . . .	49
<b>B. Sondervergaberecht . . . . .</b>	<b>56</b>
<b>I. Kartellvergaberecht im Gesundheitswesen. . . . .</b>	<b>56</b>
I. Historische Entwicklung . . . . .	56
II. Sozialversicherungsrecht und Vergaberecht – Verknüpfung widersprechender Systeme? . . . . .	58
III. Auftraggebereigenschaft der Krankenkassen . . . . .	59
IV. Öffentliche Aufträge . . . . .	61
V. Rahmenverträge . . . . .	69
VI. Leistungsbeschreibung . . . . .	72
VII. Kartellrecht . . . . .	74
VIII. Prozessrecht . . . . .	76
IX. Streitwert . . . . .	76
<b>II. Ausschreibungen zur Ökostromförderung nach dem EEG . . . . .</b>	<b>78</b>
I. Allgemeines . . . . .	78
II. Ausschreibungen nach EEG 2014 und EEG 2017 . . . . .	80
<b>C. Zuwendungen und Vergaberecht . . . . .</b>	<b>89</b>
I. Verknüpfung Vergabe- und Zuwendungsrecht . . . . .	89
II. Kontrolldichte der Prüfungen . . . . .	94
III. Widerruf von Zuwendungsbescheiden und Rückforderungen . . . . .	100
IV. Ausblick . . . . .	109

## **Kommentierung der vergaberechtlichen Vorschriften des GWB**

### **Teil 4**

#### **Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen**

##### **Kapitel 1**

##### **Vergabeverfahren**

##### **Abschnitt 1**

##### **Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich**

§ 97	Grundsätze der Vergabe . . . . .	113
§ 98	Auftraggeber . . . . .	188
§ 99	Öffentliche Auftraggeber . . . . .	197
§ 100	Sektorenauftraggeber . . . . .	242
§ 101	Konzessionsgeber . . . . .	254
§ 102	Sektorentätigkeiten . . . . .	258
§ 103	Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe . . . . .	289
§ 104	Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge . . . . .	309
§ 105	Konzessionen . . . . .	325
§ 106	Schwellenwerte . . . . .	336
§ 107	Allgemeine Ausnahmen . . . . .	351
§ 108	Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit . . . . .	369
§ 109	Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln . . . . .	423
§ 110	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben . . . . .	429
§ 111	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen . . . . .	433
§ 112	Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen . . . . .	441
§ 113	Verordnungsermächtigung . . . . .	449
§ 114	Monitoring und Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten . . . . .	454

##### **Abschnitt 2**

##### **Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber**

##### **Unterabschnitt 1**

##### **Anwendungsbereich**

§ 115	Anwendungsbereich . . . . .	461
§ 116	Besondere Ausnahmen . . . . .	464
§ 117	Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen . . . . .	487
§ 118	Bestimmten Auftragnehmern vorbehalten öffentliche Aufträge . . . . .	499

**Unterabschnitt 2**  
**Vergabeverfahren und Auftragsausführung**

§ 119	Verfahrensarten . . . . .	503
§ 120	Besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren . . . . .	554
§ 121	Leistungsbeschreibung. . . . .	562
§ 122	Eignung. . . . .	575
§ 123	Zwingende Ausschlussgründe . . . . .	589
§ 124	Fakultative Ausschlussgründe . . . . .	604
§ 125	Selbstreinigung. . . . .	638
§ 126	Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse. . . . .	665
§ 127	Zuschlag . . . . .	676
§ 128	Auftragsausführung. . . . .	694
§ 129	Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen . . . . .	711
§ 130	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen . . . . .	717
§ 131	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr . . . . .	721
§ 132	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit. . . . .	741
§ 133	Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen . . . . .	779
§ 134	Informations- und Wartepflicht . . . . .	794
§ 135	Unwirksamkeit . . . . .	815

**Abschnitt 3**  
**Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen**  
**und von Konzessionen**

**Unterabschnitt 1**  
**Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber**

§ 136	Anwendungsbereich . . . . .	835
§ 137	Besondere Ausnahmen. . . . .	839
§ 138	Besondere Ausnahmen für die Vergabe an verbundene Unternehmen . . . . .	849
§ 139	Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen . . . . .	853
§ 140	Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten . . . . .	855
§ 141	Verfahrensarten . . . . .	865
§ 142	Sonstige anwendbare Vorschriften . . . . .	870
§ 143	Regelungen für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz . . . . .	880

**Unterabschnitt 2**  
**Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen**

§ 144	Anwendungsbereich . . . . .	893
-------	-----------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

§ 145	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen . . . . .	895
§ 146	Verfahrensarten . . . . .	904
§ 147	Sonstige anwendbare Vorschriften . . . . .	909

**Unterabschnitt 3  
Vergabe von Konzessionen**

§ 148	Anwendungsbereich . . . . .	913
§ 149	Besondere Ausnahmen . . . . .	914
§ 150	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit . . . . .	932
§ 151	Verfahren. . . . .	940
§ 152	Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren . . . . .	943
§ 153	Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen . . . . .	955
§ 154	Sonstige anwendbare Vorschriften . . . . .	958

**Kapitel 2  
Nachprüfungsverfahren**

**Abschnitt 1  
Nachprüfungsbehörden**

§ 155	Grundsatz . . . . .	969
§ 156	Vergabekammern . . . . .	1000
§ 157	Besetzung, Unabhängigkeit. . . . .	1014
§ 158	Einrichtung, Organisation. . . . .	1025
§ 159	Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern . . . . .	1036

**Abschnitt 2  
Verfahren vor der Vergabekammer**

§ 160	Einleitung, Antrag. . . . .	1047
§ 161	Form, Inhalt . . . . .	1136
§ 162	Verfahrensbeteiligte, Beiladung . . . . .	1145
§ 163	Untersuchungsgrundsatz . . . . .	1153
§ 164	Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen . . . . .	1175
§ 165	Akteneinsicht . . . . .	1181
§ 166	Mündliche Verhandlung . . . . .	1198
§ 167	Beschleunigung . . . . .	1205
§ 168	Entscheidung der Vergabekammer . . . . .	1213
§ 169	Aussetzung des Vergabeverfahrens . . . . .	1244
§ 170	Ausschluss von abweichendem Landesrecht. . . . .	1291

**Abschnitt 3**  
**Sofortige Beschwerde**

§ 171	Zulässigkeit, Zuständigkeit . . . . .	1295
§ 172	Frist, Form, Inhalt . . . . .	1328
§ 173	Wirkung . . . . .	1344
§ 174	Beteiligte am Beschwerdeverfahren . . . . .	1374
§ 175	Verfahrensvorschriften . . . . .	1379
§ 176	Vorabentscheidung über den Zuschlag . . . . .	1394
§ 177	Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts. . . . .	1414
§ 178	Beschwerdeentscheidung . . . . .	1422
§ 179	Bindungswirkung und Vorlagepflicht . . . . .	1441
§ 180	Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch . . . . .	1452
§ 181	Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens . . . . .	1466
§ 182	Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer. . . . .	1507
§ 183	Korrekturmechanismus der Kommission . . . . .	1559
§ 184	Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen . . . . .	1563

**Teil 6**  
**Übergangs- und Schlussbestimmungen**

§ 186	Übergangsbestimmungen (Auszug) . . . . .	1564
-------	--	------

**Anhang**

**Anhang I**

1.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (Auszug) . . . . .	1570
2.	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) . . . . .	1578
3.	Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (Auszug) . . . . .	1625

**Anhang II**

1.	Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG . . . . .	1627
2.	Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge . . . . .	1778

**Anhang III**

1.	Geschäftsordnung der Vergabekammern des Bundes vom 15. Juli 2005. . . . .	1799
2.	Gebührenstaffeln – Basisgebühr (als Richtwert) . . . . .	1802
3.	Übersicht über den Stand der Tariftreue- und Vergabegesetze in den Ländern . . . . .	1804
	Sachregister. . . . .	1807