

Vorwort

Das „Vergaberecht“ ist in seinen Wurzeln das Handwerkszeug des öffentlichen Auftraggebers, seinen Beschaffungsbedarf möglichst wirtschaftlich zu decken. So wie Sicherheitsbestimmungen „mit Blut geschrieben“ sind, so klebt an vielen Regeln des Vergaberechts das Geld, das man bei schlechten Erfahrungen mit unzureichenden Regeln verloren hat.

Durch die Gewährung von individuellen Rechten und der Möglichkeit des Rechtsschutzes hat das Vergaberecht gefühlt eine neue Qualität bekommen und wird von vielen Auftraggebern als Ballast empfunden.

In vielen Punkten entspringt das Vergaberecht aber nur dem gesunden Menschenverstand und fasst zusammen, was jeder von uns bei privaten Beschaffungen wie selbstverständlich beachtet.

Das Vergaberecht ist eine Chance, geordnet und vorhersehbar wirtschaftlich zu beschaffen. Diese Chance sollte genutzt werden, dafür stellt das Vergaberecht nach wie vor gutes Handwerkszeug bereit.

Dargestellt werden vor allem das „klassische“ Vergaberecht für öffentliche Auftraggeber für die Beschaffung von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen.

Andere Vergaben z.B. im Bereich Verteidigung und Sicherheit oder durch Sektorenauftraggeber werden nur in Grundzügen in separaten Kapiteln dargestellt.

Ein besonderer Dank gilt den Anregungen durch das Buch „Vergaberecht – graphisch dargestellt“ für das österreichische Recht von Mag. Katja Gruber-Hirschbrich.

Hinweise und Anregungen können Sie mir gerne an ra@vonwietersheim.net senden.

Berlin, Juni 2017

Prof. Dr. Mark von Wietersheim

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
1. Teil: Überblick über das Vergaberecht	1
1. Worum geht es beim Vergaberecht?	1
2. Vergaberecht mit Blick auf die Unternehmen gestalten	3
3. Vergaberecht aus Sicht der Unternehmen	3
4. Vergaberecht an der Schnittstelle vieler Rechtsbereiche	4
5. Rechtliche Grundlagen und Zweiteilung des Vergaberechts	5
6. Anwendung des EU-Vergaberechts	8
7. Zweck-Trias des Vergaberechts	9
8. Dieses Buch behandelt nicht oder nur am Rande	14
2. Teil: Grundbegriffe	15
I. Auftraggeber	15
II. Öffentliche Aufträge und Konzessionen	17
1. Was sind öffentliche Aufträge	17
2. Konzessionen	18
3. Rahmenverträge	18
4. Verlängerung oder Veränderung von Verträgen	21
5. In-house-Vergaben/interstaatliche Kooperation	22
a) In-house-Vergabe	23
b) Interstaatliche Kooperation	24
III. Art der Leistung	25
1. Bauleistungen	25
2. Liefer- und Dienstleistungen	28
IV. Schwellenwerte	28
1. Höhe der Schwellenwerte	28
2. Ermittlung: Zu berücksichtigende Leistungen	30
a) Bauaufträge	30
b) Dienstleistungen	31
c) Vertrag mit längerer Laufzeit	32
3. Losaufteilung	32

Inhaltsverzeichnis

4. Schätzung: Methodik	33
5. Schätzung: Zeitpunkt	34
6. Aufteilung von Aufträgen	35
V. E-Vergabe	36
3. Teil: Vorbereitung des Vergabeverfahrens	39
I. Bezeichnung der Vergabeverfahren in diesem Buch	39
II. Vorbereitung des Vergabeverfahrens	39
III. Dokumentation	40
1. Beginn der Dokumentation	41
2. Inhalt der Dokumentation	41
3. Zeitpunkt der Dokumentation und nachträgliche Ergänzungen	44
IV. Beschaffungsentscheidung	44
V. Entscheidung für ein Vergabeverfahren	47
1. Katalog der Vergabeverfahren	47
2. Bezeichnungen im Unterschwellenbereich und Sprachgebrauch in diesem Buch	48
3. Regelverfahren	49
4. Ausnahme bei geringwertigen Beschaffungen	50
5. Voraussetzungen für Abweichung vom Regelver- fahren	51
a) Auslegung der Ausnahmenvorschriften	51
b) Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und wettbewerblicher Dialog	52
c) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbe- werb	53
d) Innovationspartnerschaft	54
VI. Anforderungen an die Leistungsbeschreibung	55
1. Grundsätzliche Anforderungen	55
2. Klarheit der Leistungsbeschreibung	55
3. Ungewöhnliches Risiko	57
4. Ausführungsfristen	58
5. Bezugnahme auf technische Normen	59
6. VOB/A: Vorrang der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis	60
7. Bedarfspositionen	62
8. Nebenangebote	63
a) Zulässigkeit	63
b) Mindestanforderungen	64
c) Zuschlagskriterien	65

Inhaltsverzeichnis

9. Produktneutralität	66
10. Energie-Effizienz	66
11. Andere soziale, umweltbezogene, innovative oder qualitative Aspekte	68
12. Selbstauführung	68
VII. Losaufteilung	69
1. Verpflichtung zur Losaufteilung	69
2. Loslimitierung	70
VIII. Veröffentlichungen	71
1. Einleitung des Vergabeverfahrens	71
a) Unterschwellenbereich	71
b) Oberschwellenbereich	73
2. Nachträgliche Veröffentlichungen	73
IX. Vergabeunterlagen und Vertragsunterlagen	74
4. Teil: Durchführung der Vergabeverfahren	75
I. Überblick über die Verfahrensschritte	75
1. Offenes Verfahren/Öffentliche Ausschreibung	75
2. Nicht offenes Verfahren/beschränkte Ausschreibung ..	76
3. Verhandlungsverfahren	77
4. Freihändige Vergabe/Verhandlungsvergabe	78
5. Wettbewerblicher Dialog	79
6. Innovationspartnerschaft	81
7. Besonderheiten bei grenzüberschreitendem Interesse ..	82
II. Bewerbungsverfahren	83
1. Bekanntmachung mit Eignungskriterien	85
2. Nachfordern von Nachweisen	85
3. Bindung des Auftraggebers	86
4. Eignungsprüfung	87
III. Auswahl der Bieter bei Verfahren ohne Teilnahmewett- bewerb	87
IV. Fristen	89
1. Wichtige Fristen: Bedeutung	89
a) Bewerbungsfrist/Teilnahmefrist	89
b) Angebotsfrist	90
c) Bindefrist	90
2. Fristberechnung	91
3. Im Unterschwellenbereich	92
a) VOB/A	92
b) UVgO	93
4. Im Oberschwellenbereich	93

Inhaltsverzeichnis

a) VgV	94
b) VOB/A-EU	98
V. Angebotsphase	98
1. Prüfpflichten der Bieter	99
2. Verpflichtung zu Fragen/Rügen	100
3. Umgang mit Bieterfragen und Rügen	100
4. Entschädigung für die Angebotserstellung	101
5. Umgang mit eingehenden Angeboten	102
VI. Angebotsprüfung	102
1. Angebotsöffnung/Öffnungstermin	103
2. Erste Prüfungsstufe	105
a) Rechtzeitigkeit	105
b) Fehlende Unterschrift/Signatur	106
c) Fehlende Unterlagen	107
d) Fehlende Preise	109
e) Änderungen gegenüber den Vergabeunterlagen	111
f) Weitere zwingende Ausschlussgründe	112
g) Zulässigkeit von mehreren Hauptangeboten und von Nebenangeboten	112
3. Zweite Prüfungsstufe: Eignungsprüfung	113
Ablauf der Eignungsprüfung	113
a) Trennung von Eignungs- und Angebotsprüfung	114
b) Festlegung durch den Auftraggeber	115
c) Eigenerklärungen und Präqualifikation	116
d) Nachforderung von Eignungsnachweisen	117
e) Ausschlussgründe	117
f) Feststellung der Eignung	118
4. Dritte Prüfungsstufe: Ermittlung der Angebote in der engeren Wahl	119
a) Rechnerische Richtigkeit	120
b) Technische Prüfung/Aufklärung	120
c) Wirtschaftliche Prüfung	121
aa) Ungewöhnlich niedrige Preise	121
bb) Ungewöhnlich hoher Preis	122
5. Vierte Prüfungsstufe: Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes	123
a) Festlegung der Zuschlagskriterien	123
b) Nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien	125
c) Objektive Wertung	125
d) Überprüfung der Wertungsentscheidung	127
VII. Informationspflichten des Auftraggebers	127
1. Information von Bewerbern	127

Inhaltsverzeichnis

2. Information von Bietern	128
3. Bieterinformation nach § 134 GWB	129
4. Veröffentlichung von Aufträgen	131
VIII. Ausgeschlossene Personen	131
IX. Dokumentation	132
1. Anforderungen	132
2. Nachreichen in Nachprüfungsverfahren	132
5. Teil: Beendigung des Vergabeverfahrens	135
I. Zuschlag	136
1. Form	136
2. Unwirksamkeitsgründe	136
3. Rechtsfolge	137
4. Verzögerung des Zuschlages	137
5. Verbleibende Pflichten	139
II. Aufhebung	139
III. Sonstige Beendigung/Einstellung	141
6. Teil Rechtsschutz	145
I. Mögliche Rechtswege	145
II. Zweiteilung des Rechtsschutzes	146
III. Unterschwellen-Rechtsschutz	147
1. Grundsätze des Unterschwellen-Rechtsschutzes	148
2. Instanzenzug im Unterschwellenbereich	148
3. Rechtsweg	150
4. Grundsätzliche Möglichkeit des primären Rechtsschutzes	152
5. Landesrechtlicher Rechtsschutz	152
IV. Rechtsschutz im Oberschwellenbereich	152
1. Grundsätze des Oberschwellenrechtsschutzes	153
2. Instanzenzug	153
1. Ablauf des Verfahrens	154
a) Verfahrensbeteiligte	155
b) Fristen	157
c) Aufgreifen von Verstößen im Verfahren	159
d) Entscheidungsmöglichkeiten der Nachprüfungsinstanzen	159
2. Antragsberechtigung	160
3. Vortrag einer möglichen Rechtsverletzung	160
4. Rüge	161
a) Rüge als Zulässigkeitsvoraussetzung	161

Inhaltsverzeichnis

b) Rügepflicht bei bekannten Verstößen	161
c) Rüge erkennbarer Fehler	162
5. Frist bei Nicht-Abhilfe	162
6. Zuschlagsverbot und vorzeitige Zuschlagserteilung ..	163
a) Zuschlagsverbot	163
b) Vorzeitige Zuschlagserteilung	163
c) Zuschlagsverbot während der Beschwerdefrist	166
d) Aufschiebende Wirkung der Beschwerde	166
e) Vorabentscheidung über den Zuschlag	167
7. Akteneinsicht	167
8. Begründetheit	168
a) Prüfprogramm	168
b) Verletzung eines bieterschützenden Rechts	168
c) Verschlechterung der Auftragschance	169
9. Rechtsmittel	169
10. Kosten des Verfahrens	170
11. Erledigung und Fortsetzungsfeststellungsantrag	170
12. Beauftragung eines anwaltlichen Vertreters	171
7. Teil: Schadensersatzansprüche	173
I. Schadensersatzansprüche von Bietern und Bewerbern ..	173
1. § 181 GWB	173
2. Verschulden bei Vertragsverhandlungen	174
II. Mögliche Schadensersatzansprüche des Auftraggebers ..	175
1. § 180 GWB	175
2. Verschulden bei Vertragsverhandlungen	176
3. Schadensersatzanspruch bei verlorenem Nachprüf-	
verfahren	176
8. Teil: Planungswettbewerbe nach der VgV	177
9. Teil: Vergabe von Konzessionen	179
I. Oberschwellenvergaben	179
II. Unterschwellenvergaben	180
10. Teil: Vergaben im Sektorenbereich	181
I. Sektorenauftraggeber	181
II. Wesentliche Regelungen der SektVO	183
1. Schwellenwerte	183
2. Gliederung der SektVO	183

Inhaltsverzeichnis

3. Vergabeverfahren	183
4. Konzernprivileg	183
5. Joint-Venture-Privileg	184
11. Teil: Vergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich	185
12. Teil: Vergaben von ÖPV-Leistungen	187
13. Teil: ÖPP-Modelle	189
14. Teil: Preisrecht	191
15. Teil: Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht	193
1. § 263 StGB: Betrug	193
2. § 266 StGB: Untreue	194
3. § 298 StGB: Wettbewerbsbeschränkende Absprachen ..	195
4. Korruptionsdelikte	195
5. Sonstige Delikte	195
6. Mögliche Rechtsfolgen	195
Sachregister	197