Praxis des Vergaberechts

Hertwig

7. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74446-4
C.H.BECK

NJW Praxis

Im Einvernehmen mit den Herausgebern der NJW
herausgegeben von
Rechtsanwalt Felix Busse

Band 65

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vergaberecht

Systematik, Verfahren, Rechtsschutz

von

Prof. Dr. Stefan Hertwig

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht,
für Verwaltungsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht in Köln und Berlin,
Honorarprofessor der Heinrich-Heine Universität in Düsseldorf

7., neubearbeitete Auflage 2021

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

C.H.BECK

Zitierweise: *Hertwig* Vergaberecht Rn. …

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 74446 4

© 2021 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Satz, Druck und Umschlag: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

CO2 neutral
chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort zur 7. Auflage

Seit dem Erscheinen der sechsten Auflage sind auf der nationalen und auf der europäischen Ebene kaum neue Regelungen über das Vergaberecht hinzugekommen. Zu erwähnen wären allenfalls die Novelle der §§ 46 f. EnWG und die Änderung der Clean-Vehicle-Richtlinie. Das Vergaberecht befindet sich in einer Konsolidierungsphase. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland auf das Nachprüfungsverfahren auswirkt und ob es zwischen der Europäischen Union und der Volksrepublik China zu einem Handelsabkommen kommt, welches auch Zugangsgarantien zu Vergabeverfahren enthält. Bisher erwägt die Kommission eher noch eine Verschärfung der Ausschlussmöglichkeiten für Angebote aus Drittländern, sofern diese Bieter staatliche Beihilfen erhalten. Außerdem steht die Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen kurz vor ihrer Verabschiedung, so dass das bundesweite Wettbewerbsregister im Jahre 2021 seine Arbeit aufnehmen kann.

Der Gerichtshof und die Nachprüfungsinstanzen haben aber zahlreiche interessante Entscheidungen erlassen, deren Konsequenzen noch weiter diskutiert werden müssen. Das gilt etwa für die Anforderungen an die Konkretisierung von Wertungskriterien, die Heilung widersprüchlicher Angaben im Angebot oder den Umfang der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren. Unklar ist noch, wie sich bei Inhouse-Geschäften die Formulierung in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB im Vergleich zur Wesentlichkeitsrechtsprechung des Gerichtshofes auswirkt. Desgleichen ist § 132 GWB in allen seinen Konsequenzen bislang in der Rechtsprechung noch nicht ausgelotet.

Schließlich bleibt es dabei, dass insbesondere die Bauvergaben nach wie vor darunter leiden, dass nicht an den besten, sondern regelmäßig nur an den billigsten Bieter vergeben wird, der sofort nach Erteilung des Zuschlages beginnen muss, mit endlosen Nachtragsforderungen seinen schlechten Preis aufzubessern. Zudem gilt nach wie vor, dass alle nachteiligen Folgen eines Nachprüfungsverfahrens allein den öffentlichen Auftraggeber treffen, auch dann, wenn er alles richtig gemacht hat und auch in der Beschwerdeinstanz obsiegt. Das liegt daran, dass die Vorschrift, welche ihm und dem Zuschlagsprätendenten einen Anspruch auf Schadensersatz geben will, viel zu restriktiv formuliert ist und die Nachprüfungsinstanzen von der Möglichkeit einer Vorabgestattung des Zuschlages nur mit äußerster Zurückhaltung Gebrauch machen. Die neue Auflage berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Februar 2021

Berlin, im Februar 2021 *Stefan Hertwig*

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vorwort zur 1. Auflage

Das Vergaberecht hat sich zu einem eigenständigen Rechtsgebiet im Grenzbereich zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht entwickelt. Die Vertragsanbahnung und deren Nachprüfung sind öffentlich-rechtlich geprägt, der Vertragsschluss selbst und die Schadensersatzansprüche zu Unrecht übergangener Bieter richten sich dagegen nach zivilrechtlichen Grundsätzen. Daraus ergibt sich eine neuartige Gemengelage zwischen zivilrechtlichen Instituten und verwaltungsrechtlicher Dogmatik.

Ursprünglich handelte es sich bei den Vergaberegeln, den sog. „Verdingungsordnungen", um bloßes Binnenrecht der Verwaltung. Sie wurden (und werden) sogar von nichtstaatlichen Stellen entwickelt und im Erlasswege verbindlich gemacht, um eine sparsame Haushaltsführung zu gewährleisten. Verstöße führten allenfalls zu disziplinarischen Konsequenzen und waren für übergangene Bieter nur im Sonderfall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung justitiabel.

Impulse zur Weiterentwicklung des Vergaberechts kamen einerseits aus der zivilrechtlichen Rechtsprechung, andererseits aus dem Europarecht. Der erste Impuls zur Weiterentwicklung ging von den Zivilgerichten aus. Sie sahen schon bald in dem Verstoß gegen die von den öffentlichen Auftraggebern selbst gesetzten und den Bietern mitgeteilten Regeln ein „Verschulden bei Vertragsschluss".

Den zweiten Impuls brachte die Weiterentwicklung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von einer Zollunion und Freihandelszone zu einem einheitlichen Binnenmarkt. Der einheitliche Markt ohne Binnengrenzen soll im Bereich staatlicher Beschaffungen durch europaweite Transparenz der staatlichen Auftragsvergabe und durch ein gerichtlich kontrolliertes Nachprüfungsverfahren verwirklicht werden.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Im gesamten Vergaberecht werden die öffentlichen Hände allerdings durchgehend nur in ihrer Rolle als Einkäufer, also im Rahmen ihrer passiven Wirtschaftstätigkeit, angesprochen. Es ist der Bieter, der die jeweils vertragscharakteristische Leistung erbringt. Der Staat als Verkäufer, Lizenzgeber o. ä. ist noch keinen formalen Regeln über die Vertragsanbahnung unterworfen. Es darf jedoch die Prognose gewagt werden, dass insbesondere die zweiten – europarechtlichen – Abschnitte von VOB/A und VOL/A beispielgebende Funktion für sämtliche Vertragsschlüsse der öffentlichen Hände entfalten werden. Die Vielfalt der Vergabeordnungen beim Einkauf von Lieferungen und Leistungen wird sich an diesen am stärksten durchnormierten europarechtlichen Regelungen insgesamt zu orientieren haben. Auch im Rahmen des Verkaufs werden diese europarechtlichen Grundsätze einer transparenten Auftragsvergabe künftig die Grundsätze jeder Vertragsanbahnung vorgeben.

Köln, im Januar 2000 *Stefan Hertwig*

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 7. Auflage V
Vorwort zur 1. Auflage VII
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX

Teil 1. Grundstrukturen des Vergaberechts 1
I. Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe 1
II. Quellen des Vergaberechts 15
III. Regelungsadressaten des Vergaberechts 40
IV. Regelungsgegenstände des Vergaberechts 54
V. Vergabearten 96

Teil 2. Vergabeverfahren in den Vergabearten 107
I. Ausschreibung 107
II. Verhandlung 171

Teil 3. Rechtsschutz gegen Vergabeverstöße der öffentlichen Auftraggeber 179
I. Fallgruppen 179
II. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit nationaler Publizität 198
III. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität 205
IV. Sekundärer Rechtsschutz 234

Teil 4. Rechtsschutz gegen Wettbewerbsverstöße der Bieter 249
I. Zuverlässigkeit und Ausschlussgründe 249
II. Fallgruppen 250
III. Reaktionsmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber 262
IV. Verteidigungsmöglichkeiten der Bieter 268

Anhang (Entscheidungen des Gerichtshofes) 273
Sachverzeichnis 279

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Teil 1. Grundstrukturen des Vergaberechts 1

I. Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe 1
1. Keine „Flucht in das Privatrecht“ 1
2. Mittel zur Marktübersicht 2
3. Verhinderung unzulässiger Einflussnahmen 3
4. Mittel der Wirtschaftspolitik 5
5. Rechtsfolgen einer Missachtung des Vergaberechts 8
6. Ausschluss des Staates als Bieter? 11

II. Quellen des Vergaberechts 15
1. Nationale Ebene 15
2. Europäische Ebene und deutsche Umsetzung 18
a) Einleitung 18
b) Die haushaltsrechtliche Lösung in Deutschland 19
c) Das Vergaberechtsänderungsgesetz 20
d) Das europäische Legislativpaket und die Rechtsmittelrichtlinien aus 2004 . 22
e) Die Vergaberechtsreform 2009 24
f) Die Umsetzung des „Defence Package“ der Europäischen Union 27
g) Die neuen EU-Vergaberichtlinien 2014 28
h) Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 31
3. Sonderregelungen auf Grund der Corona-Pandemie 37
4. Internationale Ebene 39

III. Regelungsadressaten des Vergaberechts 40
1. Vergabeverfahren mit lediglich nationaler Publizität (Unterschwellenvergaben) 41
2. Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität (oberhalb der Schwellenwerte) und außerhalb des Sektorenbereiches 43
3. Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität (oberhalb der Schwellenwerte) innerhalb des Sektorenbereiches 47
4. Zusammenfassung 52

IV. Regelungsgegenstände des Vergaberechts 54
1. Einkauf versus Verkauf 54
a) Allgemeines 54
b) Verkauf von Gesellschaftsanteilen 54
c) Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hände 55
2. Schwellenwerte 60
3. Begriff des „öffentlichen Auftrages“ 61
a) Tatbestandsmerkmale 61
b) Öffentlich-rechtliche Verträge 63
c) Vergaberecht und Sozialrecht 65
d) Vertragsverlängerungen/Vertragsänderungen 68
4. Freigestellte Beschaffungsvorgänge 71
a) Freistellungen kraft Gesetzes 71
b) In-House-Geschäfte 73
c) Interkommunale Zusammenarbeit 77
5. Beschaffungsgegenstände 79
a) Vergabe von Lieferleistungen 80
b) Vergabe von Bauleistungen 80
c) Vergabe von Dienstleistungen 82
d) Vergabe von Konzessionen 84
e) Public Private Partnerships (Öffentlich-private Partnerschaften) 85

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

6. Spezielle Ausschreibungsgebote oder: Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts . . . 86
a) Überblick . . . 86
b) Ausschreibungsgebote unmittelbar aus dem Europäischen Primärrecht . . . 88
c) Erteilung von Genehmigungen . . . 88
d) Öffentlicher Personennahverkehr . . . 90
e) Kartellrecht . . . 94
f) Beihilferecht . . . 94

V. Vergabearten . . . 96
1. Überblick . . . 96
2. Öffentliche Ausschreibung/Offenes Verfahren . . . 99
3. Beschränkte Ausschreibung/Nicht offenes Verfahren . . . 100
4. Freihändige Vergabe/Verhandlungsvergabe/Verhandlungsverfahren . . . 102
5. Wettbewerb . . . 102
6. Wettbewerblicher Dialog . . . 104
7. Dynamisches elektronisches Verfahren . . . 105
8. Elektronische Auktion . . . 105
9. Innovationspartnerschaft . . . 106

Teil 2. Vergabeverfahren in den Vergabearten . . . 107

I. Ausschreibung . . . 107
1. Aufforderungsphase . . . 107
a) Bekanntmachung . . . 107
b) Vergabeunterlagen . . . 111
c) Insbesondere: Die Leistungsbeschreibung . . . 113
d) Die „Stellschrauben“ eines Vergabeverfahrens . . . 119
2. Angebotsphase . . . 121
a) Angebotsfrist . . . 121
b) Auslegung der Leistungsbeschreibung . . . 124
c) Kalkulationsvorgaben und unzulässige Mischkalkulation . . . 128
d) Spekulative Angebote und Kalkulationsirrtum . . . 131
e) Unzulässige Vertragsbedingungen in den Vergabeunterlagen . . . 133
f) Nebenangebote/mehrere Hauptangebote . . . 135
g) Begleitschreiben und beizufügende Unterlagen, Nachforderung von Unterlagen . . . 137
h) Bietergemeinschaften . . . 138
i) Fehlerquellen bei elektronischer Angebotsabgabe . . . 139
3. Wertungsphase . . . 141
a) Dauer und Ende . . . 141
b) Prüfung und Wertung von Angeboten . . . 142
c) Wertungsstufen . . . 143
d) Die Wertung des „wirtschaftlichsten“ Angebotes . . . 149
e) Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten . . . 155
f) Die Wertung von PPP-Vorhaben . . . 157
g) Beurteilungsspielraum . . . 161
h) Nachverhandlungsverbot . . . 163
i) Zuschlag und Vertragsschluss . . . 164
j) Aufhebung der Ausschreibung . . . 169

II. Verhandlung . . . 171
1. Aufforderungsphase . . . 171
2. Angebotsphase . . . 174
3. Wertungsphase . . . 176

Teil 3. Rechtsschutz gegen Vergabeverstöße der öffentlichen Auftraggeber . . . 179

I. Fallgruppen . . . 179
1. Diskriminierung . . . 179
2. Künstliches Begrenzen des Wettbewerbes . . . 181

buch-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Ausschreibung ohne gesicherte Finanzierung 182
4. Unzulässige Direktvergabe 182
5. Wahl der falschen Vergabeordnung 184
6. Wahl der falschen Vergabeart 184
7. Unlauteres Verhalten im Wettbewerb (Wettbewerbs- und Kartellverstöße) . . . 185
8. Verstoß gegen das Gebot der Losvergabe 186
9. Ausschluss von Generalübernehmern 187
10. Nichtbeachtung von Förmlichkeiten der Bekanntmachung 188
11. Lückenhafte oder widersprüchliche Leistungsbeschreibung 188
12. Abweichen von vertraglichen Vorgaben in den Vergabeordnungen 189
13. Verdeckte herstellerbezogene Ausschreibung 189
14. Erkannter (externer) Kalkulationsirrtum 190
15. Abweichen von Ausschreibungsbedingungen 191
16. Fehlerhafte Wertung 192
17. Bindung an fehlerhaftes Verhalten in der Vergangenheit 193
18. Verbotene nachträgliche Verhandlung 193
19. Verletzung der Geheimhaltungspflicht 194
20. Ungerechtfertigter Ausschluss eines Bieters 195
21. Zuschlag auf ein Angebot mit unangemessenem Preis 196
22. Aufhebung der Ausschreibung ohne rechtfertigenden Grund 196
23. Unzureichende Dokumentation der einzelnen Stufen eines Vergabeverfahrens 197

II. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit nationaler Publizität 198
1. Einleitung 198
2. Verschulden bei Vertragsschluss 199
3. Deliktsrecht 201
4. Kartellrecht 201
5. Wettbewerbsrecht 202
6. Artikel 3 Abs. 1 GG 204
7. Europäisches Primärrecht 204

III. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität 205
1. Nachprüfungsverfahren 205
2. Hauptsacheverfahren vor der Vergabekammer 205
a) Prüfungsprogramm des Nachprüfungsverfahrens 206
b) Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens 209
c) Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis 210
d) „Vorverfahren“ (Rügeobliegenheiten) 214
e) Form 216
f) Antragsbegründung 216
g) Fristen 217
h) Beiladung 218
i) Gang des Verfahrens 218
j) „Fortsetzungsfeststellungsantrag“ 221
k) Aufschiebende Wirkung 221
3. Antrag auf „Sofortvollzug“ des Zuschlages 221
4. Beschwerdeverfahren in der Hauptsache 222
a) Allgemeines 222
b) Sofortige Beschwerde des Antragstellers 223
c) Sofortige Beschwerde des Auftraggebers 224
d) Sofortige Beschwerde des Beigeladenen 225
5. Beschwerdeverfahren gegen die Vorabentscheidung über den Sofortvollzug des Zuschlages durch die Vergabekammer 226
6. Verteidigungsmöglichkeiten im Nachprüfungsverfahren 227
7. Schadensersatzverpflichtung des Antragstellers bei Rechtsmissbrauch 229
8. Kosten des Nachprüfungsverfahrens 229
a) Gebühren der Vergabekammern und Vergabesenate 229
b) Kostenerstattung zwischen den Beteiligten 230
c) Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen zu Kostenfragen 233
d) Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs 234

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Sekundärer Rechtsschutz . . . 234
1. Allgemeine Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches einzelner Bieter . 234
2. Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses . . . 236
a) Unterlassen der Bekanntmachung . . . 236
b) Lückenhafte oder widersprüchliche Leistungsbeschreibung . . . 236
c) Verletzung der Geheimhaltungspflicht . . . 237
d) Zuschlag entgegen der Ausschreibung . . . 237
e) Ungerechtfertigter Ausschluss eines Bieters . . . 238
f) Aufhebung einer Ausschreibung ohne rechtfertigenden Grund . . . 238
g) Schlussfolgerung . . . 239
3. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses . . . 240
a) Kreis der anspruchsberechtigten Bieter . . . 241
b) Wahrscheinlichkeitsgrad des Zuschlages . . . 242
c) Sonderfall: Kalkulationsirrtum . . . 243
4. Verteidigungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers . . . 244
a) Kein wertbares Angebot . . . 244
b) Mangelnde Zuverlässigkeit des Bieters . . . 244
c) „Frivole“ Kalkulation . . . 245
d) Verstoß gegen Hinweis- und Erkundigungspflichten des Bieters . . . 245
e) Rechtmäßiges Alternativverhalten . . . 246
f) Bestreiten eines entgangenen Gewinns . . . 247
g) Verbot des „dulde und liquidiere“? . . . 247

Teil 4. Rechtsschutz gegen Wettbewerbsverstöße der Bieter . . . 249

I. Zuverlässigkeit und Ausschlussgründe . . . 249

II. Fallgruppen . . . 250
1. Preisabsprache . . . 250
2. Anbieten überhöhter Preise . . . 253
3. Spekulatives Angebot . . . 253
4. Kollusives Zusammenwirken mit Auftraggeber und Dritten . . . 254
5. Kartellrechtswidrige Bildung von Arbeitsgemeinschaften . . . 255
6. Änderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft . . . 256
7. Unzulässige Abgabe doppelter Angebote . . . 257
8. Schlechterfüllung eines früheren Auftrages . . . 259
9. Sonstige Verstöße . . . 260

III. Reaktionsmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber . . . 262
1. Reaktionsmöglichkeiten vor Zuschlagserteilung . . . 262
2. Reaktionsmöglichkeiten nach Zuschlagserteilung . . . 263
a) Kündigung . . . 263
b) Anfechtung . . . 263
c) Rücktritt . . . 263
d) Vertragsstrafe . . . 263
e) Schadensersatz . . . 264
f) Preisreduzierung . . . 264
3. Reaktionsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers bei künftigen Auftragsvergaben . . . 265
4. Reaktionsmöglichkeiten anderer öffentlicher Auftraggeber . . . 267

IV. Verteidigungsmöglichkeiten der Bieter . . . 268
1. Anforderungen an den Nachweis einer Verfehlung . . . 268
2. Gewicht der Verfehlung . . . 269
3. Organisatorische Maßnahmen . . . 269
4. Verteidigung in Ordnungswidrigkeitenverfahren . . . 271
5. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche . . . 272

Anhang . . . 273
Sachverzeichnis . . . 279

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG