

Grundlagen des Vergaberechts

---

Grundprinzipien des Vergaberechts

---

Vergabeverfahrensarten

---

# Kapitel 1

## Grundlagen der Ausschreibungspflicht

In diesem Kapitel wird ein Überblick über das Vergaberecht gegeben. Es werden die zentralen Ziele und Prinzipien des Vergaberechts erläutert, wie beispielsweise Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerb. Zudem werden die Bedeutung und der Anwendungsbereich des Vergaberechts erläutert.

### Was regelt eigentlich das Vergaberecht?

Das Vergaberecht ist ein Teilbereich des öffentlichen Rechts. Es umfasst alle Regeln und Vorschriften, die öffentliche Einrichtungen beachten müssen, wenn sie Güter und Leistungen einkaufen. Es ist Verfahrensrecht, das sehr stark vom europäischen Recht beeinflusst wurde. Es wirkt manchmal komplizierter, als es ist, weil viele den Fehler machen, es von »oben« – aus der Adlerperspektive – zu betrachten. Dabei ist es deutlich einfacher, sich auf jeden einzelnen Vorgang zu konzentrieren und schrittweise vorzugehen.

Die in Abbildung 1.1 dargestellte Verfahrenslandkarte wird Ihnen helfen, immer wieder zu sehen, wie weit Sie bereits vorwärtsgekommen sind.

### Vergaberecht im Wandel der Zeit

Die Entwicklung des modernen Vergaberechts hat eine lange geschichtliche und rechtliche Tradition, die bis in die Antike zurückreicht.

Bereits im alten Rom gab es erste Regelungen für öffentliche Beschaffungen. Der Staat vergab Aufträge für den Bau von Infrastrukturprojekten wie Straßen, Aquädukten und öffentlichen Gebäuden. Diese Vergabeverfahren waren jedoch häufig von Korruption und Vetternwirtschaft geprägt. Aber bereits die alten Römer erkannten, dass dies ein Bereich

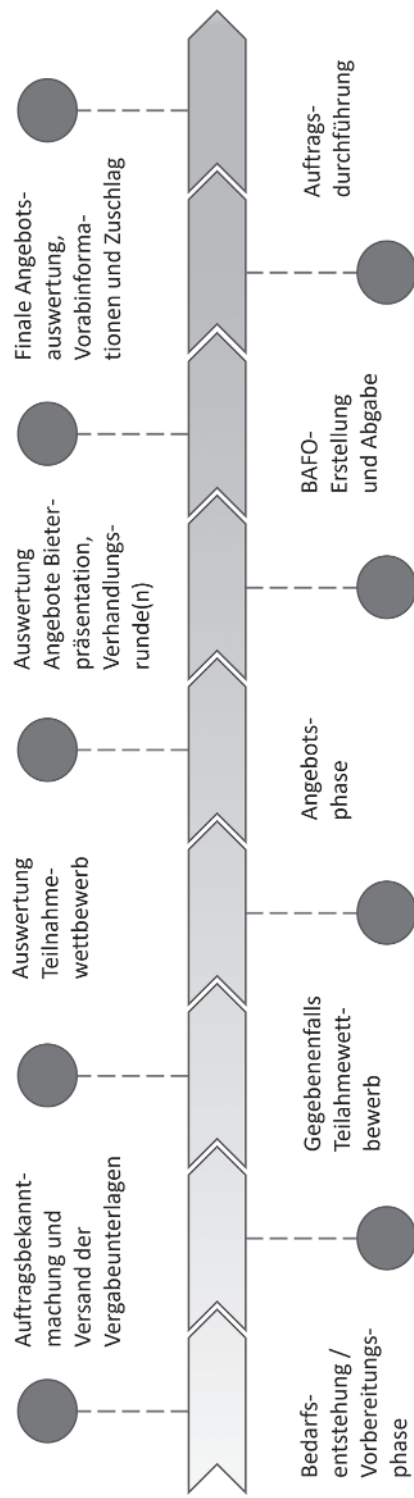


Abbildung 1.1: Verfahrenslandkarte

ist, der geregelt werden muss, damit nicht immer der Römer mit dem besten Wein die besten Aufträge gewinnt, obwohl er zum Weinanbau besser geeignet ist als zum Straßenbau.

Im Laufe der Geschichte haben verschiedene Kulturen und Rechtssysteme eigene Regeln und Praktiken für öffentliche Beschaffungen entwickelt. Im mittelalterlichen Europa spielten Gilden und Zünfte eine Rolle bei der Organisation von Bauprojekten und der Vergabe von Aufträgen.

Die moderne Entwicklung des Vergaberechts begann jedoch erst in den letzten Jahrhunderten. Insbesondere im 20. Jahrhundert wurden vermehrt Regelungen geschaffen, um fairen Wettbewerb und Transparenz bei öffentlichen Auftragsvergaben zu gewährleisten.

In Europa hatte die Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarkts nach dem Zweiten Weltkrieg einen maßgeblichen Einfluss auf das Vergaberecht. Mit dem Ziel des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs wurden Richtlinien erlassen, die die Vergabe öffentlicher Aufträge harmonisieren und die Diskriminierung von Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedsstaaten verhindern sollten.

Ein Meilenstein war die Verabschiedung der ersten Vergaberichtlinie im Jahr 1971 durch die Europäische Gemeinschaft. Diese Richtlinie zielte auf die Harmonisierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ab. Sie war stark am französischen Recht orientiert und enthielt insbesondere Bestimmungen über die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltenden Formerfordernisse.

In den folgenden Jahrzehnten wurden weitere Richtlinien erlassen, die den Anwendungsbereich des Vergaberechts auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge ausweiteten.

Die Vergaberichtlinien der Europäischen Union legten die Grundprinzipien des modernen Vergaberechts fest, darunter die Grundsätze der Gleichbehandlung, Transparenz, Nichtdiskriminierung und des freien Wettbewerbs. Die Mitgliedsstaaten waren verpflichtet, diese Richtlinien in nationales Recht umzusetzen.

Im Laufe der Zeit wurden die Vergaberichtlinien mehrfach überarbeitet, um den sich ändernden Anforderungen und Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen gerecht zu werden. Insbesondere die Digitalisierung und der Einsatz elektronischer Vergabeverfahren haben das Vergaberecht beeinflusst und zu effizienteren und transparenteren Vergabeprozessen geführt.

Auch auf nationaler Ebene haben die einzelnen Länder ihre eigenen Vergabegesetze und -vorschriften entwickelt, um die europäischen Richtlinien umzusetzen und spezifische nationale Anforderungen zu berücksichtigen.

Die Vergaberechtsreform von 2016 markierte einen Meilenstein in der Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland. Das Ziel der Reform war es, das Vergabeverfahren effizienter, transparenter und rechtssicherer zu gestalten und gleichzeitig den Zugang für kleine und mittlere Unternehmen zu erleichtern.

Zu den wichtigsten Änderungen, die im Rahmen der Reform umgesetzt wurden, zählen:

- ✓ Die Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren: Die Reform führte zu einer größeren Auswahl an Vergabeverfahren, wie beispielsweise dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder dem innovativen Dialogverfahren. Dies ermöglichte den öffentlichen Auftraggebern, das am besten geeignete Verfahren für ihre Bedürfnisse auszuwählen und den Wettbewerb zu fördern.
- ✓ Die Einführung der elektronischen Vergabe: Die Reform führte die verpflichtende elektronische Kommunikation und Abwicklung von Vergabeverfahren ein. Dies vereinfachte und beschleunigte den gesamten Vergabeprozess und trug zur Transparenz und Effizienz bei.
- ✓ Die Stärkung der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte: Die Reform forderte eine stärkere Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dies ermöglichte es den öffentlichen Auftraggebern, nicht nur den Preis, sondern auch qualitative Aspekte wie Umweltverträglichkeit, Arbeitsbedingungen oder Innovationen in ihre Entscheidungen einzubeziehen.
- ✓ Der erleichterte Zugang für kleine und mittlere Unternehmen: Die Reform enthielt Maßnahmen zur Förderung der Teilnahme von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) an Vergabeverfahren. Hierzu gehörten beispielsweise die Aufteilung von Aufträgen in Lose, um KMU eine Beteiligung zu ermöglichen, sowie die Vereinfachung der Nachweis- und Eignungskriterien, um die administrativen Hürden für KMU zu verringern.
- ✓ Die Stärkung der Rechtsschutzmöglichkeiten: Die Reform stärkte die Rechtsschutzmöglichkeiten für Bieter, indem sie das Instrument der Rüge und die Möglichkeit der Durchführung von Nachprüfungsverfahren ausweitete. Dadurch sollten Fehler oder Verstöße im Vergabeverfahren besser erkannt und behoben werden können.

Die Vergaberechtsreform von 2016 trug maßgeblich zur Modernisierung des Vergaberechts in Deutschland bei. Sie führte zu einem transparenteren und effizienteren Vergabeverfahren, erleichterte den Zugang für KMU und legte einen verstärkten Fokus auf soziale und ökologische Aspekte. Die Reform sollte dazu beitragen, das Vertrauen in das Vergabesystem zu stärken und eine wirtschaftliche und nachhaltige Beschaffung von öffentlichen Aufträgen zu gewährleisten.

Die Geschichte des Vergaberechts zeigt, dass der Wunsch nach fairem Wettbewerb, Transparenz und Effizienz bei öffentlichen Auftragsvergaben schon lange besteht. Das moderne Vergaberecht ist das Ergebnis einer langen Entwicklung und hat zum Ziel, gleiche Chancen für Bieter zu gewährleisten und den bestmöglichen Wert für die öffentliche Hand zu erzielen. Es bleibt ein dynamisches Rechtsgebiet, das sich weiterentwickelt, um den aktuellen Herausforderungen im öffentlichen Auftragswesen gerecht zu werden.



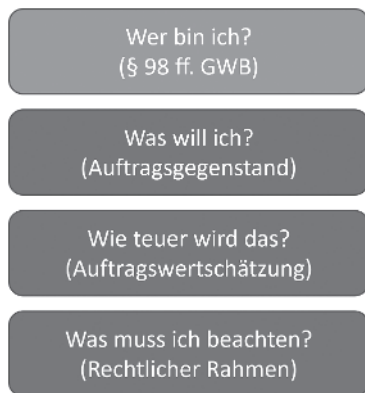
Eine nicht zu unterschätzende Rolle im Vergaberecht spielt auch die Politik. Dazu zählen insbesondere ökologische, sozialpolitische und wirtschaftspolitische Aspekte. Man sollte aufpassen, dass man nicht zum Spielball wird, und überlegen, ob und wie das eigene Unternehmen auch mit plötzlichem öffentlichem Interesse umgehen kann.

# Anwendungsbereiche des Vergaberechts

Der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist durch Gesetze und Verordnungen geregelt.

Für Privatpersonen gilt das Vergaberecht nicht. Daher ist zunächst zu klären, wer eigentlich eine Beschaffung durchführen möchte. Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist in dem § 98 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) geregelt und der sachliche Anwendungsbereich ist in § 103 GWB definiert.

Abbildung 1.2 wird an mehreren Stellen des Buchs wieder auftauchen. Sie soll dem Leser eine Orientierung bieten bei der Feststellung der Vergabereife. Der orangene Kasten zeigt immer an, bei welchem Hauptthema wir gerade sind. Es ist anzuraten, die Prüfungsschritte hintereinander zu prüfen, da sie aufeinander aufbauen.



**Abbildung 1.2:** Prüfungsprozess – Prüfungsschritt 1

Grundsätzlich gelten die Regeln des Vergaberechts nur für öffentliche Aufträge, welche durch öffentliche Auftraggeber durchgeführt werden. Öffentliche Auftraggeber sind zum Beispiel:

- ✓ Bundesbehörden
- ✓ Landesbehörden
- ✓ Gemeinden
- ✓ öffentliche Unternehmen

In der Regel sind auch Aufträge, die von EU-Organisationen vergeben werden, von den Regeln des Vergaberechts betroffen.

Es gibt auch Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts. Zum Beispiel können bestimmte Aufträge, die aufgrund ihrer geringen Größe oder ihres besonderen Charakters von den Regeln des Vergaberechts ausgenommen sind, direkt vergeben werden.

In §§ 107 bis 109 GWB finden sich allgemeine Ausnahmetatbestände vom GWB-Vergaberecht für alle Vergabearten. Diese sind abschließend und eng auszulegen. Damit ist gemeint, dass wenn ein Ausnahmetatbestand vorliegt, kein Vergaberecht gemäß §§ 97 GWB einzuhalten ist. Mit »enger Auslegung« ist gemeint, dass es keinen großen Interpretationsspielraum gibt.



Gemäß § 107 GWB ist kein Vergabeverfahren durchzuführen, wenn ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll. Zum Beispiel, wenn ein IT-Leiter oder eine andere Fachkraft für eine Behörde intern gesucht wird.

Wenn jedoch ein Dienstleister gesucht wird – hier zum Beispiel ein IT-Leiter für ein bestimmtes Projekt – ohne das mit der einzelnen Person ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll, dann liegt der Ausnahmetatbestand gemäß § 107 GWB nicht vor.

## Der öffentliche Auftraggeber

Wer als Auftraggeber Vergaberecht zu beachten hat, ergibt sich aus §§ 98 ff. GWB. Man unterscheidet zwischen öffentlichem Auftraggeber (§ 99 GWB), Sektorenauftraggeber (§ 100 GWB) und Konzessionsgeber (§ 101 GWB), siehe Tabelle 1.1.



**Öffentliche Auftraggeber** im Sinne von § 99 GWB sind:

- ✓ Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (auch als »klassische« öffentliche Auftraggeber bezeichnet),
- ✓ juristische Personen, die aufgrund ihrer Funktion und ihrer besonderen Staatsgebundenheit unter den öffentlichen Begriff des öffentlichen Auftraggebers fallen (funktionaler Auftraggeber),
- ✓ Verbände der Gebietskörperschaften oder des funktionalen Auftraggebers und
- ✓ Privatpersonen sowie juristische Personen bei bestimmten Bauvorhaben (zum Beispiel der Errichtung von Krankenhäusern, Schul- oder Verwaltungsgebäuden), sofern das Vorhaben überwiegend durch den Staat subventioniert wird.



Eine öffentliche Gebietskörperschaft ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, deren Hoheitsgebiet durch einen räumlich begrenzten Teil des Staatsgebietes bestimmt wird. Öffentliche Gebietskörperschaften in Deutschland sind der Bund, die Bundesländer und die Kommunen.



Anhang III der Vergabekoordinierungsrichtlinie enthält eine Auflistung der in Deutschland zur Anwendung des Vergaberechts verpflichteten Rechtssubjekte.



Beispiel funktionaler Auftraggeber:

Ein funktionaler Auftraggeber ist ein originär nicht öffentlicher Auftraggeber, der für die Vergabe von Aufträgen an Dritte verantwortlich ist, obwohl er selbst nicht der Auftraggeber im engeren Sinne ist.

| Öffentlicher Auftraggeber (ÖAG)         | Erläuterung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Beispiele                                                                                                          |
|-----------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| »klassische« ÖAG<br>§ 99 Nr. 1 GWB      | Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Bund, Länder, Regierungsbehörden, Landkreise, Gemeinden und Eigenbetriebe (= Sondervermögen)                       |
| »funktionale« ÖAG<br>§ 99 Nr. 2 GWB     | Juristische Personen des öffentlichen Rechts sowie des Privatrechts                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Anstalten, Körperschaften, Stiftungen, kommunale Krankenhäuser, kommunale Entsorgungsunternehmen                   |
| Verbände § 99 Nr. 3 GWB                 | Verbände, deren Mitglieder unter § 99 Nr. 1 und Nr. 2 GWB fallen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Zweckverbände, Spitzenverbände                                                                                     |
| Projektfinanzierte AG<br>§ 99 Nr. 4 GWB | 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. | Tiefbaumaßnahmen (zum Beispiel Straßenbau, Brückenbau, Tunnelbau), Kläranlagenbau, Krankenhausbau, Schulgebäudebau |
| Sektorenauftraggeber<br>§ 100 GWB       | Sektorenauftraggeber                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Stadtwerke, Wasserversorgungsunternehmen, Energieversorgungsunternehmen                                            |
| Konzessionsgeber<br>§ 101 GWB           | Konzessionsgeber                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | ÖAG nach §§ 99 Nr. 1–3, 100 GWB                                                                                    |

Tabelle 1.1: Öffentliche Auftraggeber

Das kann etwa eine GmbH sein, die von der Stadt beauftragt wird, eine öffentliche Einrichtung zu betreiben. Häufig sind das etwa Stadtwerke, die auch Bäder betreiben oder die Einwohner mit Energie versorgen.



**Sektorenauftraggeber** im Sinne von § 100 GWB sind öffentliche Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit ausführen. Als Sektorentätigkeit wird eine Tätigkeit in den Bereichen Trinkwasserversorgung, Elektrizität, Gas, Wärme und Verkehr bezeichnet (siehe auch § 192 GWB).



**Konzessionsgeber** im Sinne von § 101 GWB sind öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, die eine Konzession vergeben. Eine Konzession ist das Nutzungsrecht an einem Gemeingut, welches durch die staatlichen Behörden übertragen wird.



Als »öffentliche Hand« bezeichnet man umgangssprachlich auch den kompletten öffentlichen Sektor, vor allem die Gebietskörperschaften (Bund, Länder und Gemeinden) und Körperschaften des öffentlichen Rechts.

Die »öffentliche Hand« unterliegt grundsätzlich dem Vergaberecht.

## Der öffentliche Auftrag

Wortlaut des § 103 Abs. 1 GWB: Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.



Alles, was der öffentliche Auftraggeber benötigt, ist somit ein öffentlicher Auftrag. Auch die Beschaffung von Alltagsgegenständen, wie zum Beispiel der Einkauf von Toilettenpapier.

Besonders wichtig ist hier das Wort »entgeltlich«, welches klarstellt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Gegenleistung im Sinne einer eigenen Zuwendung geben muss.

Entgelt bedeutet jedoch nicht zwingend nur Geld. Der Begriff des »Entgelts« ist weit auszulegen. Er umfasst jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann. Das kann zum Beispiel auch eine Nennung sein, die als Werbung geeignet ist, oder der Tausch von Gegenständen.



Ein bekanntes Beispiel ist die Entsorgung von Altpapier. Die Überlassung des Sekundärrohstoffes zur eigenständigen wirtschaftlichen Verwertung hat dem BGH (BGHZ 162, 116) bereits ausgereicht, und das, obwohl der Auftragnehmer sogar selbst das Papierentgelt bezahlt hat.

## Die Ausnahmetatbestände

Nicht immer muss Vergaberecht angewandt werden. Je nach Auftragsart kann ein Ausnahmetatbestand vorliegen. Die Ausnahmetatbestände finden sich in den §§ 107 ff., 116 f., 137 ff. und 144 ff. GWB.

Die Ausnahmetatbestände sind eng auszulegen und können nicht analog auf andere Fälle angewendet werden. In § 107 GWB sind die allgemeinen Ausnahmetatbestände geregelt. Demnach muss Vergaberecht nicht bei der Bestellung

- ✓ von Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen;
- ✓ bei Immobiliengeschäften;

- ✓ bei Arbeitsverträgen sowie hinsichtlich einzelner Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr und
- ✓ im Anwendungsbereich der VSVgV zudem bei bestimmten Aufträgen für Militärprodukte

beachtet werden.

In §§ 116 f., 137 ff. und 144 ff. GWB finden sich zudem besondere Ausnahmetatbestände. So gibt es Ausnahmen in § 116 GWB für zum Beispiel:

- ✓ Rechts-, Forschungs- und Entwicklungsleistungen,
- ✓ Rundfunk- und Mediendienste
- ✓ sowie Finanzierungsverträge.

Für besondere Bereiche, wie zum Beispiel den Bereich der verteidigungsspezifischen Vergaben (§ 107 Abs. 2 GWB), den Bereich internationaler Organisationen (§ 109 GWB) sowie die Telekommunikation in ihrem Kern (§ 116 Abs. 2 GWB), gibt es zudem Bereichsausnahmen.

Zudem muss in den Fällen der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit – den sogenannten Inhouse-Geschäften – oder der interkommunalen Zusammenarbeit (in-state) gemäß § 108 GWB unter den dort normierten Voraussetzungen kein Vergabeverfahren durchgeführt werden.

Eine weitere Ausnahme ist das Open-House-Modell. Öffentliche Auftraggeber dürfen mit einer unbestimmten Anzahl von Unternehmen in offenen Vertragssystemen Verträge ohne Ausschreibung schließen, wenn eine Auswahlentscheidung nicht stattfindet und Unternehmen dem Vertragssystem während der gesamten Laufzeit beitreten dürfen. Bisher findet dieses Vorgehen insbesondere bei Arzneimittel-Rabattverträgen zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen Anwendung, lässt sich aufgrund der Grundsätzlichkeit der Ausführungen des EuGH jedoch auch auf andere Leistungsbereiche übertragen.



Es lohnt sich, hier den Gesetzestext einmal zu lesen. Aber nur die wenigsten Bieter und Vergabestellen werden von den Ausnahmetatbeständen Gebrauch machen können. Jedoch kann man sich selbst immer an Vergaberecht binden, auch wenn ein Ausnahmetatbestand vorliegt.

## Grundsätze der Vergabe

Sobald der einschlägige Schwellenwert überschritten wird, sind grundsätzlich die kartellvergaberechtlichen Regelungen der §§ 97 ff. GWB anwendbar. Deren aktuelle Ausgestaltung basiert maßgeblich auf der Vergaberechtsreform von 2016.

In § 97 Abs. 1 und 2 GWB werden die zentralen Maximen des Kartellvergaberechts festgeschrieben, nämlich

- ✓ der Wettbewerbsgrundsatz,
- ✓ der Transparenzgrundsatz,
- ✓ der Gleichbehandlungsgrundsatz,
- ✓ der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und
- ✓ der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die Grundsätze finden sich ebenfalls in § 2 VOB/A und § 2 UVgO wieder.

Zusätzlich dazu soll der Mittelstand gefördert und der europäische Binnenmarkt gestärkt werden. Auch sollen soziale und umweltbezogene Aspekte beachtet werden. Natürlich gilt zudem auch der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB.

§ 97 GWB Grundsätze der Vergabe:

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden **im Wettbewerb** und im Wege **transparenter Verfahren** vergeben. Dabei werden **die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit** gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind **gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) Bei der Vergabe werden **Aspekte der Qualität und der Innovation** sowie **soziale und umweltbezogene Aspekte** nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.
- (4) **Mittelständische Interessen** sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.

## Wettbewerbsgrundsatz

Der Wettbewerbsgrundsatz stellt das Tor zur Vergabe da. Durch dieses sollen alle interessierten europäischen Bieter das Vergabeverfahren »betreten« können. Er soll sicherstellen, dass öffentliche Aufträge auf eine faire und transparente Weise vergeben werden.

Der Grundsatz besagt, dass jeder potenzielle Bieter die gleichen Chancen haben muss, einen öffentlichen Auftrag zu gewinnen, und dass die Vergabeentscheidung ausschließlich auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen muss. Es soll gewährleistet werden, dass so viele Marktteilnehmer wie möglich am Vergabeverfahren teilnehmen können. Insbesondere soll auch der Mittelstand gefördert werden.

Ein starker Wettbewerb erhöht zudem die Wahrscheinlichkeit, dass der Auftraggeber die bestmögliche Qualität zu günstigen Preisen angeboten bekommt.

Insbesondere bei der Wahl der Verfahrensart ist auf den Wettbewerbsgrundsatz zu achten. So ist zum Beispiel das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nicht geeignet,

um möglichst starken Wettbewerb zu gewährleisten. Das liegt daran, dass bei dem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eine Vorauswahl der potenziellen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber stattfindet.

Es sind alle offensichtlichen aber auch verdeckten Maßnahmen, die potenzielle Auftragnehmer an der Teilnahme hindern, vergaberechtlich verboten.



Folgende Maßnahmen können unterschieden werden:

- ✓ **Offensichtliche Maßnahmen:** Diese sind auch für einen außenstehenden Dritten erkennbar. Zum Beispiel, wenn die Vergabeunterlagen auf der Lösung eines Unternehmens beruhen und offensichtlich diese Lösung auch bevorzugen.
- ✓ **Verdeckte Maßnahmen:** Die Vergabestelle hat eine Markterkundung durchgeführt und nutzt die daraus resultierenden Kenntnisse, um den Wettbewerb zu verringern. Zum Beispiel fragt sie im Teilnahmewettbewerb eine Zertifizierung ab, die nur einer der aufgeforderten Bieter hat, laut Recherche während der Markterkundung.

Auch sind offensichtliche Wettbewerbsverzerrungen wie Subventionen verboten.

Wenn ein Unternehmen bereits im Vorfeld für den Auftraggeber tätig war, muss der öffentliche Auftraggeber für »Waffengleichheit« sorgen.



Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten gemäß § 1 GWB.

Außerdem muss der öffentliche Auftraggeber gewährleisten, dass die Bieter nicht wissen, wer und wie viele weitere Bieter an dem Vergabeverfahren teilnehmen.



In einem Vergabeverfahren für den Bau einer neuen Autobahnbrücke hat die zuständige Behörde den Wettbewerbsgrundsatz im Vergaberecht verletzt.

Die Behörde hat bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens heimlich und ohne öffentliche Ausschreibung Kontakt zu einem bestimmten Bauunternehmen aufgenommen. Diese Vorgehensweise führte dazu, dass das Bauunternehmen Informationen über das Projekt erhielt, die anderen Unternehmen nicht zur Verfügung standen.

Während des Vergabeverfahrens bevorzugte die Behörde weiterhin dieses spezifische Bauunternehmen, indem sie ihm zusätzliche Informationen und Anforderungen mitteilte, die nicht allen Bietern zur Verfügung gestellt wurden. Diese Sonderbehandlung gab dem bevorzugten Unternehmen einen unfairen Vorteil gegenüber den anderen Bietern.

Zudem wurden die Angebote der anderen Bieter nicht fair und objektiv bewertet. Die Behörde ignorierte bewusst qualitativ hochwertigere Angebote anderer Unternehmen und gab den Zuschlag für den Bau der Brücke an das vorab ausgewählte Bauunternehmen, ohne die üblichen Kriterien der Preis-Leistungs-Bewertung angemessen zu berücksichtigen.

Durch diese Verletzung des Wettbewerbsgrundsatzes wurde der faire Wettbewerb untergraben. Andere potenzielle Bieter hatten keine faire Chance, den Auftrag zu erhalten, da ihnen Informationen vorenthalten wurden und das Verfahren nicht transparent abgelaufen ist.

## Transparenzgebot

Das Transparenzgebot dient der Korruptionsbekämpfung und der Verhinderung anderer verbotener Verhaltensweisen. Es sorgt dafür, dass der öffentliche Auftraggeber von außen kontrollierbar wird.

Dies wird durch die Veröffentlichungspflicht der Vergabeunterlagen ermöglicht. Ausprägungen des Transparenzgebots sind unter anderem die Publikationspflicht, die Mitteilungspflicht der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung, die Beantwortungspflicht von Bieterfragen sowie die Dokumentationspflicht.

Die fortlaufende und lückenlose Dokumentation des Vergabeverfahrens ist besonders wichtig, weil beim Nachprüfungsverfahren diese der Vergabekammer vorzulegen ist. Sollte sie offenkundig fehlerhaft, manipuliert oder unvollständig sein, kann die Vergabekammer zu Gunsten des Bieters entscheiden.



Mehr Informationen zur Dokumentationspflicht finden sich in Kapitel 8.



Ein aktuelles Beispiel für das Transparenzgebot ist das EuGH-Urteil vom 17.06.2021 (C-23/20 – Simonsen & Weel). Die Angabe einer Höchstgrenze bei der Vergabe von Rahmenvereinbarungen ist auch nach neuer Rechtslage erforderlich und kann durch Nennung einer Höchstmenge oder eines Höchstwerts in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erfolgen.



Auch durcheinandergehende Unterlagen können einen Verstoß gegen das Transparenzgebot darstellen. Das OLG Celle 12.10.2021 – 13 Verg 7/21, BeckRS 2021, 36773 hat entschieden, dass ein Verstoß vorliegt, wenn fachkundigen Bietern auch nach ernstlichen Bemühungen noch mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben oder das zutreffende Verständnis der Vergabeunterlagen eine besondere Gesamtschau erfordert, die von den Bietern oder Bewerbern im Vergabewettbewerb erfahrungsgemäß nicht geleistet wird oder nicht geleistet werden kann.

## Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist seit der Vergabereform 2016 ausdrücklich in § 97 Abs. 1 GWB normiert. Er findet sich jedoch auch in weiteren Vergaberechtsnormen wieder.

Diesem Grundsatz zufolge hat der Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Er muss stets das Ziel verfolgen, mit den verfügbaren Mitteln einen möglichst hohen Nutzen zu erzielen.

In der Praxis bedeutet dies beispielsweise, dass öffentliche Aufträge in der Regel an den günstigsten Bieter vergeben werden sollten, solange dieser die erforderlichen Qualitätsstandards erfüllt.

Er soll also sicherstellen, dass öffentliche Mittel sparsam und effizient eingesetzt werden, um einen bestmöglichen Nutzen für die Gesellschaft zu erzielen.



Eine öffentliche Behörde plant den Bau eines neuen Verwaltungsgebäudes. Im Vergabeverfahren kommt es zu einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.

Die Behörde vergibt den Bauauftrag an ein bestimmtes Bauunternehmen, obwohl es ein anderes Unternehmen gibt, das eine qualitativ gleichwertige Leistung zu einem deutlich günstigeren Preis anbietet. Die Behörde wählt jedoch das teurere Unternehmen aus, ohne nachvollziehbare Gründe dafür anzugeben.

Es stellt sich heraus, dass ein Mitarbeiter der Behörde persönliche Beziehungen zu einem Entscheidungsträger des teureren Unternehmens hat und dies bei der Vergabeentscheidung eine Rolle spielte. Die Behörde hat somit nicht im besten Interesse der öffentlichen Hand gehandelt und den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vernachlässigt.

Durch die Entscheidung der Behörde wird das öffentliche Geld unnötig verschwendet, da eine kostengünstigere Option zur Verfügung stand. Die Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes im Vergabeverfahren führt zu einem Verlust an Effizienz und zur Verschwendung öffentlicher Mittel.

Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Vergaberecht verlangt, dass die Vergabeentscheidungen auf einer sorgfältigen Prüfung der wirtschaftlichsten Lösung basieren. Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sollten die Interessen der öffentlichen Hand, insbesondere die Aspekte der Kosten- und Ressourceneffizienz, angemessen berücksichtigt werden.

## Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz leitet sich von dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG ab. Das staatliche Handeln muss immer einem legitimen Zweck dienen, zur Erreichung dieses Zwecks geeignet und erforderlich und in Abwägung aller beteiligten Interessen angemessen sein. Er gilt unabhängig vom Schwellenwert für alle Vergabeverfahren.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot schützt zudem auch die Interessen der beteiligten Unternehmen vor überzogenen Anforderungen der Auftraggeber.

Jede Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers vor, innerhalb und nach dem Vergabeverfahren muss verhältnismäßig sein.

Sie muss somit

- ✓ geeignet sein, das mit dem Vergabeverfahren verfolgte Ziel zu erreichen,
- ✓ erforderlich sein, sprich, es darf kein milderes Mittel bestehen, um das Ziel zu erreichen, und
- ✓ angemessen sein.



Eine öffentliche Behörde plant die Vergabe eines Auftrags für den Bau einer Straße. Im Vergabeverfahren kommt es zu einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die Behörde schreibt den Auftrag aus und legt dabei sehr hohe technische Anforderungen fest, die über das erforderliche Maß hinausgehen. Diese Anforderungen schränken den Wettbewerb erheblich ein, da nur wenige Unternehmen in der Lage sind, diese speziellen technischen Anforderungen zu erfüllen.

Obwohl es andere Unternehmen gibt, die in der Lage sind, die Straße zu bauen und qualitativ hochwertige Leistungen zu erbringen, werden sie von vornherein ausgeschlossen, da sie die überhöhten technischen Anforderungen nicht erfüllen können. Dadurch wird der Wettbewerb unnötig eingeschränkt und die Behörde verletzt den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Vergaberecht verlangt, dass die gestellten Anforderungen und Bedingungen in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel des Auftrags stehen. Dies bedeutet, dass die Behörde nicht übermäßig hohe Anforderungen stellen darf, die den Wettbewerb unnötig beschränken und potenzielle Bieter benachteiligen.

In diesem Beispiel verstößt die Behörde gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, indem sie übertrieben hohe technische Anforderungen festlegt, die nicht erforderlich sind, um das Projekt erfolgreich umzusetzen. Dadurch werden potenzielle Bieter unverhältnismäßig benachteiligt, und der Wettbewerb wird in unfairer Weise eingeschränkt.

## Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird auch häufig als Diskriminierungsverbot bezeichnet. Er hat seinen Ursprung in Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 18 AEUV und gilt somit unabhängig von der Anwendbarkeit des GWB.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll Fairness schaffen, sodass jeder Marktteilnehmer die gleichen Chancen auf den Erhalt des Auftrags hat.

Auch versteckte oder mittelbare Diskriminierung sind verboten. Das bereitet in der Praxis häufig Probleme, weil die öffentlichen Auftraggeber sich manchmal gar nicht bewusst sind, dass ihre Vergabeunterlagen eine Bietergruppe diskriminieren.



Eine öffentliche Behörde schreibt einen Auftrag für die Lieferung von Büromaterial aus. Im Vergabeverfahren kommt es zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Die Behörde führt das Vergabeverfahren durch und bewertet die Angebote der Bieter. Ein bestimmter Bieter, der gute Referenzen und eine hohe Leistungsfähigkeit nachweisen kann, wird aufgrund persönlicher Vorlieben eines Entscheidungsträgers der Behörde bevorzugt behandelt.

Obwohl andere Bieter vergleichbare oder sogar bessere Angebote zu günstigeren Konditionen abgegeben haben, wird der bevorzugte Bieter aus nicht fachlichen Gründen ausgewählt. Dadurch werden andere Bieter ungleich behandelt und der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vergabeverfahren wird verletzt.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vergaberecht verlangt, dass alle Bieter im Vergabeverfahren fair und gleich behandelt werden. Die Auswahl des Auftragnehmers sollte ausschließlich auf objektiven Kriterien basieren, die mit dem Auftragsgegenstand und den Vergabebedingungen zusammenhängen.



Aktuelle Rechtsprechung:

OVG Magdeburg 13.12.2021 – 1 M 60/2: Die Regelung des § 21 I VwVfG ist ebenso wie die gegebenenfalls vorrangigen § 20 VwVfG oder kommunalen Befangenheitsvorschriften Ausdruck des Gebots der Unbefangenheit von allen Personen (unabhängig von ihrem formellen Status), die für eine Behörde in einem Verwaltungsverfahren entscheidungsbezogene Tätigkeiten ausüben und gilt damit auch für die »Bewerter« in einem Vergabeverfahren.

BKartA 21.9.2021 – VK 2-87/21: Bei der Beurteilung der Vorbefassung eines Bieters gemäß § 7 VgV ist keine formelle, sondern eine funktionale Betrachtungsweise erforderlich. Unterstützt ein Unternehmen den Auftraggeber dergestalt, die Ziele eines Folgeauftrags zu finden und festzulegen, so ist dies kein reiner Vorauftrag, sondern eine Vorbereitung der Folgeausschreibung und damit eine Vorbefassung.

EuGH NZBau 2021, 471: Art. 2 und 46 RL 2004/18/EG sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach welcher ein Auftraggeber bereits bei Angebotsabgabe als qualitatives Auswahlkriterium einen Nachweis der Berechtigung für die Berufsausübung nach dem nationalen Recht des Mitgliedsstaats der Auftragsausführung von Bieterinnen aus anderen Mitgliedsstaaten fordern muss, auch wenn die Bieter bereits im Mitgliedsstaat ihrer Niederlassung eine entsprechende Zulassung haben.

## Mittelstandsförderung

Mittelständische Interessen sind bei der Auftragsvergabe vornehmlich zu berücksichtigen. Dazu werden Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlöse) vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlöse dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Die Mittelstandsförderung ist notwendig, um im Interesse der marktwirtschaftlichen Ordnung die Stellung von kleineren und mittleren Unternehmen zu sichern, um dadurch eine vielfältige Unternehmenslandschaft in Deutschland zu garantieren.

Daraus entstehen auch für die deutsche Marktwirtschaft zahlreiche Vorteile:

- ✓ ein starker Wettbewerb
- ✓ die Förderung von Innovationen, etwa die Optimierung von umweltverträglichen Produktionsverfahren
- ✓ eine ausgewogene Wirtschaftsinfrastruktur
- ✓ fairer Wettbewerb
- ✓ stärkerer Mittelstand
- ✓ Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen



Ein Beispiel für Mittelstandsförderung im Vergaberecht ist die Vergabe von Aufträgen in Teillosten. Dabei werden größere Aufträge in kleinere, überschaubare Teile aufgeteilt, um kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) eine Chance zu geben, an der Ausschreibung teilzunehmen.

Angenommen, eine öffentliche Behörde plant den Bau einer Straße und schreibt den Auftrag aus. Anstatt den gesamten Auftrag an ein großes Bauunternehmen zu vergeben, wird der Auftrag in Teillote aufgeteilt, beispielsweise in Straßenbau, Elektroarbeiten und Landschaftsgestaltung.

Diese Aufteilung ermöglicht es KMU, die auf bestimmte Fachbereiche spezialisiert sind, sich gezielt für die Teillote zu bewerben. Dadurch werden die Chancen für kleinere Unternehmen erhöht, da sie nicht mit größeren Unternehmen konkurrieren müssen, die über eine breitere Kapazität und mehr Ressourcen verfügen.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Vergaberecht verlangt, dass alle Bieter im Vergabeverfahren fair und gleich behandelt werden. Die Auswahl des Auftragnehmers sollte ausschließlich auf objektiven Kriterien basieren, die mit dem Auftragsgegenstand und den Vergabebedingungen zusammenhängen.

## Lenkungs Vorschriften/Aspekte

Seit der Vergabereform sind in § 97 Abs. 3 GWB qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte aufgezählt, die neben dem Preis und den Kosten zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots berücksichtigt werden dürfen. Der Auftraggeber hat dadurch umfassende Optionen erhalten, strategische Ziele unabhängig von parlamentarisch legitimierten Vorgaben individuell auftragsbezogen zu fördern.

Die Aufzählung der Aspekte ist abschließend. Damit ist gemeint, dass keine weiteren Gründe mit in die Bewertung einbezogen werden. Der Aspekt muss mit dem Beschaffungsgegenstand in objektiver und nachweisbarer Verbindung stehen. Es ist nicht ausreichend, wenn diese Verbindung nur nach der subjektiven Vorstellung des Auftraggebers vorliegt.

Gemäß § 31 Abs. 2, 3 VgV (ähnlich: § 15 Abs. 1 und 2 KonzVgV) können die Merkmale des Auftragsgegenstands auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie 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.

In welchem Verfahrensstadium der öffentliche Auftraggeber die Aspekte einbaut, steht ihm frei. Teilweise treffen ihn auch bei speziellen Beschaffungen gesetzliche Verpflichtungen, die besonderen Belange der Gesellschaft zu berücksichtigen. Dazu zählt zum Beispiel die Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderungen.



Aspekte in den Vergabeunterlagen lohnen sich. Es ist häufig ein einmaliger größerer Aufwand, der langfristig zu besseren Angeboten führt.

Der öffentliche Auftraggeber kann hier direkt politische Ziele verfolgen und umsetzen.

## Qualitätsaspekt

Der Qualitätsaspekt ist seit der Vergaberechtsreform nun ebenfalls in § 97 Abs. 3 GWB genannt, obwohl er gar kein Teil der »strategischen Beschaffung« ist.

Er ist ein reiner materieller Aspekt und von ideellen Aspekten – zum Beispiel umweltbezogenen Aspekten – zu trennen. Die Berücksichtigung der unmittelbaren Qualität einer Leistung von vornherein ist bereits »vergabeeigen«, da sie unmittelbar auf die Wirtschaftlichkeit eines Angebots als bestes Preis-Leistungs-Verhältnis einwirkt.

§ 127 Abs. 1 GWB: 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.

Umgesetzt werden kann der Aspekt durch die Festlegung angemessener Qualitätsstandards in Form von technischen Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung, bei den Zuschlagskriterien oder in den Vertragsunterlagen gemäß §§ 46, 49, 58 Abs. 2 VgV; §§ 49, 52 Abs. 2 SektVO.

Beispiele, um Qualität zu fördern:

- ✓ Nutzerzufriedenheit
- ✓ Qualitätsstandards

- ✓ Ganzheitliche Ansätze
- ✓ Einsatz von Fachkräften bei der Auftragsdurchführung (vergleiche § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV und § 52 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 SektVO)

## Innovationsaspekte

Innovation kann im Kontext des Vergaberechts als Aspekt verstanden werden, der darauf abzielt, neue und fortschrittliche Lösungen für die Bedürfnisse der öffentlichen Hand zu finden.

Im Gegensatz zu den anderen Aspekten ist der Aspekt der Innovation nicht in § 127 GWV aufgezählt. Gemäß § 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV können aber auch innovative Eigenschaften als zulässige Zuschlagskriterien genutzt werden. Innovation kann auch als Teil des Qualitätsaspektes angesehen werden. Eine Trennung ist schwer möglich.

Unternehmen können auch dazu aufgefordert werden, ihre innovativen Lösungen im Rahmen des Angebotsprozesses zu präsentieren und zu erläutern. Dies kann dazu beitragen, dass die öffentliche Hand die Vorteile innovativer Ansätze besser verstehen und schätzen lernt.



Die Umsetzung in den Vergabeunterlagen kann etwas mühsam sein, da die Anpassung der Vergabeunterlagen notwendig wird. Auch können exotischere Vergabeverfahrensarten wie die Innovationspartnerschaft oder der wettbewerbliche Dialog infrage kommen.

Innovation als Aspekt des Vergaberechts kann dazu beitragen, dass die öffentliche Hand von fortschrittlichen Lösungen profitiert, die den Bedarf auf neuartige Weise erfüllen und möglicherweise auch kosteneffizienter sind.



Weitere Informationen zur Innovationspartnerschaft und zum wettbewerblichen Dialog finden sich in Kapitel 3.

## Soziale Aspekte

Soziale Aspekte des Vergaberechts beziehen sich auf die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Diese Kriterien können beispielsweise die Arbeitsbedingungen, die Lohngerechtigkeit, die Einhaltung von Umwelt- und Sozialstandards sowie die Förderung der Chancengleichheit umfassen.

Durch die Einbeziehung sozialer Aspekte können öffentliche Aufträge dazu beitragen, die sozialen Bedingungen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sowie Umwelt- und Sozialstandards in der Lieferkette zu verbessern. Dies kann etwa dadurch erreicht werden, dass nur Unternehmen berücksichtigt werden, die bestimmte Arbeitsbedingungen einhalten oder Umweltstandards erfüllen.

Ein weiterer wichtiger sozialer Aspekt des Vergaberechts ist die Förderung der Chancengleichheit. Öffentliche Aufträge können genutzt werden, um die Teilhabe von kleinen und mittleren Unternehmen zu fördern, insbesondere von sozial benachteiligten oder marginalisierten Gruppen.

Durch die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen können öffentliche Institutionen dazu beitragen, eine nachhaltige und sozial gerechte Wirtschaft zu fördern. Dies kann nicht nur positive Auswirkungen auf die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Umwelt haben, sondern auch langfristig die wirtschaftliche Stabilität und Entwicklung fördern.

## Umweltbezogene Aspekte

Umweltbezogene Aspekte des Vergaberechts beziehen sich auf die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Dies kann dazu beitragen, den ökologischen Fußabdruck von öffentlichen Beschaffungen zu verringern und den Übergang zu einer nachhaltigen Wirtschaft zu unterstützen.

Ein wichtiger umweltbezogener Aspekt des Vergaberechts ist die Einhaltung von Umweltstandards. Öffentliche Institutionen können in ihren Ausschreibungen Anforderungen an die Umweltleistung der angebotenen Waren und Dienstleistungen stellen. Dies kann beispielsweise die Reduzierung von CO<sub>2</sub>-Emissionen, die Verwendung von umweltfreundlichen Materialien oder die Einhaltung von Recyclingstandards umfassen.

Eine weitere Möglichkeit, umweltbezogene Aspekte in das Vergaberecht zu integrieren, ist die Förderung von umweltfreundlichen Technologien und Innovationen. Hierbei können beispielsweise Ausschreibungen bevorzugt werden, die Technologien und Produkte enthalten, die den Umweltstandards entsprechen oder diese übertreffen.

Durch die Berücksichtigung von umweltbezogenen Aspekten bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen können öffentliche Institutionen dazu beitragen, eine nachhaltigere und umweltfreundlichere Wirtschaft zu fördern. Dies kann nicht nur positive Auswirkungen auf die Umwelt haben, sondern auch langfristig wirtschaftliche Vorteile bringen, indem beispielsweise Ressourceneffizienz und Kosteneinsparungen gefördert werden.



### Öffentliche Ausschreibung: Catering-Service für eine Veranstaltung

Die Veranstaltungsbehörde einer Stadt plant eine große öffentliche Veranstaltung und schreibt den Auftrag für einen Catering-Service aus. Bei der Ausschreibung dieses Auftrags werden umweltbezogene Anforderungen berücksichtigt.

Ein Beispiel für eine unzulässige Anforderung in der Leistungsbeschreibung könnte wie folgt lauten:

**Unzulässige Anforderung:** Der Catering-Service muss ausschließlich »bio-regionale« Lebensmittel in seiner Geschäftstätigkeit verwenden.

**Begründung:** Diese Anforderung geht über die konkrete Leistung des Catering-Services hinaus. Obwohl umweltbezogene Anforderungen berücksichtigt werden sollen, ist es unzulässig, den potenziellen Dienstleistern die allgemeine Verwendung »bio-regionaler« Lebensmittel vorzuschreiben. Dies würde die Anzahl der potenziellen Bieter unnötig einschränken und die Chancengleichheit im Wettbewerb beeinträchtigen.

**Zulässige Anforderung:** Der Catering-Service muss nachweislich umweltfreundliche Verpackungen verwenden und die Mülltrennung und -entsorgung gemäß den örtlichen Umweltvorschriften gewährleisten.

**Begründung:** Diese Anforderung manifestiert sich in konkreten Eigenschaften der beschafften Dienstleistung und trägt zur Umweltverträglichkeit des Veranstaltungscaterings bei. Sie ist angemessen und ermöglicht es den potenziellen Dienstleistern, ihre Umweltmaßnahmen nachzuweisen und dennoch einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten.

Durch die gezielte Berücksichtigung von umweltbezogenen Anforderungen in der Ausschreibung trägt die Veranstaltungsbehörde dazu bei, nachhaltige Praktiken im Veranstaltungsbereich zu fördern und umweltfreundliche Dienstleistungen zu unterstützen.

## Treu und Glauben

Bei Treu und Glauben handelt es sich um einen Rechtsgrundsatz. Dieser besagt, dass die Vertragspartner auf die berechtigten Interessen der anderen Rücksicht nehmen müssen, um ihre Rechte redlich auszuüben. Dadurch sollen die in der Gesellschaft sowie durch die Grundrechte herrschenden Wertvorstellungen bei der Anwendung der Rechtsvorschriften beziehungsweise Verträge in dem jeweiligen Einzelfall berücksichtigt werden. Vor Gericht hat ein Richter die Interessenwertung vorzunehmen.

Gemäß § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben es mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Sowie ist gemäß § 242 BGB der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Aufgaben des Grundsatzes von Treu und Glauben sind unter anderem:

- ✓ die Verhinderung des Rechtsmissbrauchs
- ✓ die Einbringung gesellschaftlicher Wertvorstellungen
- ✓ Auslegungshilfe bei Normen und Verträgen



Im Vergaberecht verbietet der Rechtsgrundsatz die Ausübung zu nicht vertragskonformen oder missbräuchlichen Zwecken.

## Grundsatz der Produktneutralität

Die Produktneutralität in Vergabeverfahren gemäß § 31 Abs. 6 VgV/ § 7 Abs. 2 VOB/A-EU bezieht sich darauf, dass öffentliche Aufträge und Ausschreibungen so gestaltet werden sollen, dass sie fair und diskriminierungsfrei sind – siehe auch § 97 GWB. Das bedeutet, dass der Vergabeprozess und die Vergabekriterien so formuliert werden sollten, dass sie keine bestimmten Produkte oder Anbieter bevorzugen oder benachteiligen.

Der Grundsatz der Produktneutralität dient dazu, den Wettbewerb zu fördern und sicherzustellen, dass alle potenziellen Anbieter die Möglichkeit haben, ihre Produkte oder Dienstleistungen anzubieten. Durch die Einhaltung der Produktneutralität sollen öffentliche Auftraggeber sicherstellen, dass sie ihre Einkäufe auf der Grundlage objektiver Kriterien treffen und den besten Wert für ihr Geld erhalten.

Um die Produktneutralität in Vergabeverfahren zu gewährleisten, sollten die Vergabekriterien klar und transparent sein. Sie sollten sich auf objektive Faktoren wie Preis, Qualität, technische Spezifikationen und Leistung beziehen, anstatt bestimmte Marken oder Produkte zu bevorzugen. Dies ermöglicht es den Anbietern, ihre Angebote auf der Grundlage dieser Kriterien zu erstellen und sich fair mit anderen Wettbewerbern zu messen.

In der Praxis ist der Umgang mit Produktangaben des Auftraggebers in den Vergabeunterlagen besonders relevant, insbesondere in Fällen, in denen der Auftraggeber eine spezifische Produktauswahl in Betracht zieht.

Dies kann notwendig sein, um dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gerecht zu werden.

Bereits während der Planungsphase der Beschaffung behandelt der Auftraggeber diese Fragestellung im Rahmen der Beschaffungskonzeption. Die dabei ermittelten Grundlagen und Erkenntnisse müssen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen berücksichtigt werden.

Im Rahmen der Beschaffungskonzeption hat der Auftraggeber unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Vorgaben, insbesondere des Gebots der produktneutralen Ausschreibung, die notwendigen Grundlagen ermittelt, um eine begründete Entscheidung über eine mögliche Abweichung von diesem Gebot treffen zu können.

Basierend auf diesen Grundlagen ist es nun im Design der Beschaffung erforderlich, eine fundierte Entscheidung über die konkrete Ausschreibungsform in Bezug auf die Produkte zu treffen:

- ✓ Produktneutrale Ausschreibung
- ✓ Ausschreibungsform »Leitfabrikat« mit dem Zusatz »oder gleichwertig«
- ✓ Produktscharfe Ausschreibung

Für die Dokumentation des Vergabeverfahrens ist es einerseits erforderlich, die entsprechende Entscheidung und ihre Begründung festzuhalten. Dabei sollen die im Rahmen der Beschaffungskonzeption ermittelten Grundlagen herangezogen, abgewogen und bewertet werden. Eine sorgfältige Ausarbeitung der Grundlagen in der Beschaffungskonzeption führt zu einer fundierten, belastbaren und rechtssicheren Entscheidung im Design der Beschaffung hinsichtlich der Produktvorgaben, ihrer Begründung und Dokumentation.

Andererseits erfordert es eine konkrete Gestaltung dieser Anforderung an die Bieter, falls Produktangaben während des Vergabeverfahrens gefordert werden. Dies gilt insbesondere für produktneutrale Ausschreibungen oder die Verwendung von Leitfabrikaten mit dem Zusatz »oder gleichwertig«.

