

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

I. Vergaberecht als Rechtsgebiet

Gegenstand des Vergaberechts ist die **Beschaffung von Gütern sowie Bau- und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand**. Es ist damit Teil der sog. **Fiskalverwaltung**. Die Beschaffung der für die Verwaltung erforderlichen Leistungen und Güter – z. B. Grundstücke, Bauwerke, Fahrzeuge, Büromaterial und anderes Mobiliar – erfolgt durch **privatrechtliche Verträge**, etwa Kaufverträge, Werkverträge, Mietverträge, für deren Abwicklung die Vorschriften des BGB und seiner Nebengesetze gelten. Die Verwaltung tritt hierbei wie ein Kunde, d. h. ohne die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, auf.

Die Aufträge der öffentlichen Hand machen einen erheblichen Teil des Wirtschaftsvolumens sowohl national als auch in der Europäischen Union aus. Der Auftragsvergabe kommt hierdurch ein besonderer **Steuerungsmechanismus gegenüber der Wirtschaft** zu. Wegen der großen Nachfragemacht der öffentlichen Hand soll für Wirtschaftsteilnehmer ein gleichberechtigter Zugang zu diesem speziellen Markt gewährleistet werden. Aus diesem Grunde, und zur Verhinderung einer möglichen Korruption und anderer wettbewerbswidriger Zustände, hat die EU die öffentliche Auftragsvergabe im Rahmen ihrer Kompetenzen für die Gestaltung des EU-Binnenmarktes und insbesondere des Wettbewerbsrechts vergaberechtlichen Regeln unterworfen.

Zugleich ist das Vergaberecht Teil des **Haushaltsrechts**, denn die Verwendung öffentlicher Finanzmittel hat dem gesetzlichen Ziel einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung zu entsprechen. Um eine höhere Nachhaltigkeit zu erreichen, wird dieses Ziel heute nicht mehr ausschließlich im Sinne einer preisgünstigen Beschaffung verstanden, sondern nach dem Grundsatz des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses interpretiert.

Auch aus diesem Grund hat der Gesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber zu einer **transparenten, wettbewerbsorientierten und diskriminierungsfreien** Vergabe nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.

Die Gesamtheit derjenigen Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, beachten muss, bildet das **Vergaberecht**.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Bei der Anwendung und Auslegung des Vergaberechts ist ein bestimmter Katalog von Grundsätzen zu beachten, der sich im Wesentlichen zu folgen-

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

dem **Gebot** zusammenfassen lässt: Der öffentliche Auftraggeber ist zu einer möglichst **transparenten** und **diskriminierungsfreien** Beschaffung **im Wettbewerb** nach dem Prinzip der **Wirtschaftlichkeit** verpflichtet.

1. Transparenzgebot

Das vergaberechtliche Transparenzgebot entstammt dem primären Unionsrecht (AEUV)¹ und ist in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB normiert.² Es fordert im Wesentlichen **übersichtliche, nachvollziehbare Verfahren** und **vorhersehbare Entscheidungskriterien**. Dem potenziellen Bieter soll von Anfang an klar sein, welche Anforderungen das konkrete Vergabeverfahren an ihn stellt und wie seine Chancen bei einer Teilnahme stehen. Die Transparenz des Vergabeverfahrens dient sowohl den Interessen des Auftragnehmers als auch denen des Auftraggebers. Eine transparente Vergabe gewährleistet Informationen der Bieter über den konkreten Beschaffungsbedarf und ermöglicht so die Erstellung passgenauer Angebote, sie stärkt zugleich das Vertrauen der Bieter in die Verlässlichkeit der öffentlichen Hand, mindert Missbrauch und Verschwendung von öffentlichen Geldern und Korruption. Sie dient zudem der **Verwirklichung des Wettbewerbsgebots**³: Wettbewerb kann nur funktionieren, wenn potenzielle Bieter überhaupt Kenntnis von den nachgefragten Leistungen und den Ausschreibungsbedingungen erlangen können.

Das Transparenzgebot wird **ex ante** durch die **öffentliche Ausschreibung** und **Öffentlichkeit** verwirklicht; es stellt Anforderungen an die Leistungsbeschreibung in Bezug auf den Leistungsinhalt, die Veröffentlichung der Auswahl- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsbedingungen. Der Inhalt der Leistung und die Bedingungen des Auftrags müssen so **eindeutig und erschöpfend** beschrieben werden, dass alle (potenziellen) Teilnehmer am Vergabeverfahren die Leistungsbeschreibung gleich verstehen und ihr entnehmen können, welche Erklärungen sie wann abzugeben haben. Ein **Verstoß** gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴ und das Transparenzgebot liegt vor, wenn nicht alle Bieter oder Bewerber zum Zeitpunkt der Angebotserstellung über die gleichen Informationen verfügen und damit die gleichen Chancen haben. Die **Zuschlagskriterien** müssen in den Vergabeunterlagen oder der Bekanntmachung zudem so gefasst sein, dass alle durchschnittlichen fachkundigen Bieter sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können. Insbesondere bei auslegungsbedürftigen Zuschlagskriterien ist anzugeben, welche Erwartungen der Auftraggeber an die zu erbringende Leistung hat.⁵ Der Auftraggeber muss sich während des gesamten Verfahrens an diese Auslegung der Zuschlags-

1 Hierzu näher unter A.III.2.a.

2 Ebenso in § 2 Abs. 1 Satz 1 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

3 Hierzu unter A.II.2.

4 Dazu unter A.II.3.

5 Bei Bauvorhaben, die sich in das Stadtbild einzufügen haben, sind bspw. die gestalterischen Vorstellungen mitzuteilen, vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 21.1.2019, Z3-3-3194-1-38-11/18.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

kriterien halten. Er darf die Beschreibung des Auftragsgegenstandes damit – auch im Verhandlungsverfahren – nicht mehr grundlegend ändern.

Die **ex-post-Transparenz** wird durch Informations- und Dokumentationspflichten des Auftraggebers geprägt. So sollen alle Bieter darüber informiert werden, wie die anderen Teilnehmer geboten haben, um ihnen Rückschlüsse zu geben, bestimmte Fehler in Zukunft zu vermeiden und die Teilnahme an Vergabeverfahren taktisch zu optimieren. Die im Vergabevermerk festgehaltene Begründung für die Entscheidung muss detailliert genug sein, um von einem mit dem Vergabeverfahren vertrauten Leser nachvollzogen zu werden. Insbesondere die für die Beurteilung des Bieters und des Angebotes erforderlichen Nachweise sind in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu dokumentieren.

Auch die vom Europarecht zur Verfügung gestellten Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern die Transparenz des Vergabeverfahrens, um anhand einer **lückenlosen Dokumentation** jeden einzelnen Schritt nachvollziehen zu können.⁶ Die in der Dokumentation enthaltenen Angaben und mitgeteilten Gründe für die getroffenen Entscheidungen müssen detailliert genug sein, um für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar zu sein.

Fall 1: Der unsichtbare Preisnachlass

Sachverhalt:

Die B-Stadt-Klinikum GmbH hat im Rahmen des Neubaus der Psychiatrischen Klinik B-Stadt mit dem Los 2 die Heizungsinstallation und mit dem Los 3 die Sanitärinstallation EU-weit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Preisgünstigste Bieterin war im Öffnungstermin am 16.10.2009 die Firma Warm GmbH. In einem Schreiben vom 15.10.2009 hatte sie bei einer Gesamtauftragserteilung einen Gesamtpreisnachlass von 5 % angeboten. Sowohl das Originalangebot als auch das Schreiben wiesen keine Kennzeichnung auf. Auch das Submissionsprotokoll enthielt keinen derartigen Eintrag. Schließlich wurde der Zuschlag für beide Lose auf die Angebote der Firma Warm GmbH erteilt. Hiergegen legt die unterlegene Firma Heiß GmbH Rechtsbehelf ein. Mit Erfolg?

Lösung:

Um ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gewährleisten zu können, gibt § 14 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A vor, dass im Öffnungstermin die Angebote geöffnet und in allen wesentlichen Teilen gekennzeichnet werden müssen. Durch die Kennzeichnung soll identifizierbar sein, welchen Inhalt das Angebot zum Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist hatte.

⁶ Siehe hierzu auch die „Arbeitshilfe zum Erstellen von Vergabevermerken“ des Bundesverkehrsministeriums. Die Gestaltung der Vergabevermerke kann der entsprechenden Arbeitshilfe des Bundesrechnungshofes entnommen werden.

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

Nachträgliche Änderungen sind verboten. Die Kennzeichnungspflicht besteht natürlich auch für alle Angaben, die den Preis betreffen. Die fehlende Kennzeichnung des Preisnachlasses sowohl im Originalangebot als auch im Anschreiben des Bieters sowie das Fehlen entsprechender Vermerke im Eröffnungsprotokoll machen einen eindeutigen Nachweis, dass der Preisnachlass bereits im Eröffnungstermin vorgelegen hat, unmöglich. Die Wertung eines nicht gekennzeichneten Preisnachlasses stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Transparenzgebot dar, der zur Rechtswidrigkeit des Verfahrens und damit zur Begründetheit des Rechtsbehelfs führt.

Unterlegene Bieter haben in Vergabeverfahren, welche der EU-weiten Ausschreibungspflicht unterliegen, einen Anspruch darauf, vor Zuschlagserteilung über ihre Ablehnung informiert zu werden. Diese Informationspflicht als Ausdruck des Transparenzgebotes ist als **Verpflichtung zur Vorabinformation** in § 134 Abs. 1 GWB festgeschrieben. In einzelnen Bundesländern ist auch eine Vorabinformationspflicht in Unterschwellenvergaben geregelt.

2. Wettbewerbsgrundsatz

Das **Gebot des fairen Wettbewerbs** (§ 97 Abs. 1 GWB⁷) fordert, dass jedes in der EU ansässige Unternehmen unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zur öffentlichen Auftragsvergabe hat. Das Wettbewerbsgebot entspringt damit den Grundfreiheiten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 34 und 56 AEUV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Die Auftragsvergabe muss in allen Phasen des Vergabeverfahrens einen möglichst wirksamen Bieterwettbewerb um die Aufträge gewährleisten. So soll bereits bei der Wahl der Verfahrensart dasjenige Verfahren bevorzugt werden, das den größeren Wettbewerb schafft. Verboten sind vermeidbare rechtliche und/oder faktische Maßnahmen, durch die ein Unternehmen an der Teilnahme ge- bzw. behindert wird, sowie **offensichtliche Wettbewerbsverzerrungen** wie Subventionen. **Absprachen** der Bieter mit dem Ziel, Wettbewerb durch Ausgleichszahlungen oder Einigungen über die Abgabe bzw. Nichtabgabe von Angeboten etc. auszuschalten, sind bereits nach § 1 GWB unzulässig. Nachträgliche Preisabsprachen und anderweitige Verhandlungen über den Auftrag sind nur im Verhandlungsverfahren möglich. Schließlich kann ein Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot auch darin liegen, dass ein Auftraggeber absichtlich eine Aufhebung des Verfahrens herbeiführt, um den Auftrag anschließend im Verhandlungsverfahren zu vergeben, oder die Leistungsbeschreibung und -anforderungen ohne triftigen Grund soweit einengt, dass sie nur bestimmten Herstellern oder einem kleinen Kreis von Bietern eine Teilnahme am Vergabeverfahren erlaubt. Eine Umgehung des Vergaberechts durch „Flucht ins Zuwendungs-

⁷ S. auch § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A, § 2 Abs. 1 Satz 1 UVgO.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

recht“, d. h. eine den Wettbewerb ausschließende Tarnung einer Direktvergabe als Zuwendungsbescheid, ist ebenso ausgeschlossen.⁸

Dagegen ist es nicht per se unzulässig, wenn ein Bieter oder Bewerber vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber **berät** oder anderweitig **unterstützt**, soweit der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters oder Bewerbers nicht verfälscht wird.⁹

Das Wettbewerbsgebot fordert zudem einen **Geheimwettbewerb** zwischen den an der Ausschreibung teilnehmenden Bietern. Aufgrund dessen kann dasselbe Unternehmen nicht sowohl als einzelner Bieter als auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren beteiligt sein.

Fall 2: Aus Alt mach Neu

Sachverhalt:

Die Stadt H hat die Lieferung von Kopiertechnik für die Schulverwaltung beschränkt ausgeschrieben. Dabei wurden fünf Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert. Die Firma „Aus Alt mach Neu“ GmbH legte ein Angebot über sogenannte „Rebuild-Geräte“ vor, die sich dadurch auszeichneten, dass Teile der Geräte bereits in einem vorherigen Produktionsverfahren hergestellt worden waren, so dass bei ihnen nicht der vollständige Erzeugungsaufwand realisiert werden musste und die Produktionskosten somit geringer ausfielen als bei Neugeräten. Die Mitbewerber boten hingegen allesamt fabrikneue Geräte an. Die Abgabe von Nebenangeboten war ausgeschlossen worden. Bei der Vergabeentscheidung wurde das Angebot über die Rebuild-Geräte nicht berücksichtigt. Zu Recht?

Lösung:

Eine Gegenüberstellung der Rebuild-Geräte mit den neuen Geräten der anderen Anbieter ergibt, dass es sich hier um einen evidenten Unterschied handelt, der eine Vergleichbarkeit der Angebote i. S. v. § 23 Abs. 1 UVgO nicht zulässt. Anderenfalls käme es zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeeinflussung. Das Angebot hätte lediglich als Nebenangebot berücksichtigt werden können. Gem. § 25 UVgO muss der Auftraggeber allerdings Nebenangebote ausdrücklich zulassen; tut er dies – wie im vorliegenden Fall – nicht, sind Nebenangebote unzulässig. Das hat zur Folge, dass ein dennoch abgegebenes Nebenangebot gem. § 42 Abs. 1 Nr. 6 UVgO zwingend auszuschließen ist. Die Nichtberücksichtigung erfolgte somit zu Recht.

⁸ VK Münster, Beschluss v. 2.7.2019, VK1-17/19.

⁹ Vgl. § 6a Abs. 8 VOB/A, § 7 EG Abs. 1 VgV.

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

Fall 3: Kein Auftrag trotz Wissensvorsprungs

Sachverhalt:

Die Stadt V möchte ihren Flughafen ausbauen und beauftragt die Anlagenbau GmbH mit der Ausschreibung eines ersten Bauabschnittes. Vor Submission besichtigte einer der Bieter, die Großbau GmbH, den betroffenen Teil des Flughafens in Begleitung eines Vertreters der Anlagenbau GmbH sowie eines Vertreters der auf einem Teil des Flugplatzes ansässigen Bundeswehr. Letzterer erklärte, dass eine bestimmte Erdaufschüttung im Rahmen der Bauarbeiten zur Errichtung der Befeuierungsanlagen beseitigt werde und die Kosten hierfür nicht in das Angebot einzubeziehen seien. Die Auftraggeberin und der Mitbieter, die Grundbau GmbH, wurden vom Ergebnis der Besichtigung nicht informiert. Bei Submission stellte sich heraus, dass das Angebot der Grundbau GmbH i.H.v. 1.200.000 € auch die Beseitigung der Erdaufschüttung umfasste, das Angebot der Großbau GmbH i. H. v. 1.050.000 € hingegen nicht. Daraufhin wurde entschieden, beide Angebote ohne die besagte Position zu werten, was dazu führte, dass nun das Angebot der Grundbau GmbH preisgünstiger war und schließlich den Zuschlag erhielt. Die Großbau GmbH beantragte hiergegen ein Nachprüfungsverfahren. Ist dieses begründet?

Lösung:

Die hier erteilte Auskunft bzgl. der Erdaufschüttung ist eine wichtige Aufklärung, da sie den Leistungsumfang bestimmt und somit unerlässliche Kalkulationsgrundlage ist. Sie hätte somit auch der Grundbau GmbH unverzüglich mitgeteilt werden müssen. Das Unterlassen dieser Mitteilung stellt zugleich einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar, denn die Grundbau GmbH verfügte nicht über die gleichen Informationen für die Angebotserstellung. Auch die anschließende Herausnahme der betreffenden Position war unzulässig, da die Angebote im Rahmen der Angebotswertung mit ihren Inhalten verbindlich sind. Sie stellen eine Willenserklärung i. S. von § 145 BGB dar. Die Vergabe war somit in mehrfacher Hinsicht rechtswidrig. Der Antrag erweist sich als begründet.

3. Gleichbehandlungsgrundsatz

§ 97 Abs. 2 GWB verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, alle Teilnehmer in allen Phasen des Verfahrens gleich zu behandeln und ihnen gleiche Chancen beim Zugang zum Wettbewerb zu gewähren. Eine Bevorzugung oder Benachteiligung einzelner Teilnehmer darf nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen erfolgen und muss auf nachvollziehbaren, auftragsbezogenen Erwägungen beruhen. Der so normierte **Gleichbehandlungsgrundsatz (Diskriminierungsverbot)**¹⁰ ist damit einfachgesetzlicher Ausdruck des

¹⁰ S. auch § 2 Abs. 2 VOB/A, § 2 Abs. 2 UVgO.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

allgemeinen gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 18 AEUV). Er gilt somit unabhängig von der Anwendbarkeit des GWB und der Erreichung der Schwellenwerte nach der Vergabeverordnung bei sämtlichen Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand.

Den Auftraggebern ist es untersagt, einzelne Anbieter zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Dies verbietet nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit¹¹, sondern auch alle Formen **versteckter bzw. mittelbarer Diskriminierung**, die bei Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale de facto – wenn auch subtiler – zum selben Ergebnis führen.¹²

Fall 4: Unzulässige Diskriminierung?

Sachverhalt:

Die Ausschreibung einer sächsischen Stadt, die Erd- und Abbrucharbeiten sowie Altlastenbeseitigung umfasst, enthält als Mindestbedingung in der Bekanntmachung unter anderem folgendes Erfordernis: „Standortnachweis Produktionsstätten Neue Bundesländer“. Ist dies zulässig?

Lösung:

Eine solche Ausschreibung ist rechtswidrig. Der Standort ist kein Kriterium, das einen Nachweis für die Eignung eines Bieters darstellt. Es liegt somit ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vor, wonach der Wettbewerb nicht auf Unternehmen, die in einer bestimmten Region ansässig sind, beschränkt werden darf. Es handelt sich hierbei um eine Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots.

Der Auftraggeber muss allen Bietern gleichzeitig die gleichen Informationen zukommen lassen und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben und an nachträgliche Änderungen der Auftragsbedingungen anzupassen. Daher wäre es etwa unzulässig, wenn die Vergabestelle als Termin der Angebotsabgabe einen vor dem Eröffnungstermin liegenden Tag bestimmt, dann aber die Angebotsfrist bis zum Eröffnungstermin verlängert, ohne sämtliche Bieter zu informieren bzw. (nach der neuen Frist) verspätete Angebote zu werten. Ebenso müssen von den Auftragsbedingungen abweichende und (zumindest grundsätzlich auch) verspätete Angebote vom Wettbewerb ausgeschlossen werden.

Das Gleichbehandlungsgebot ist ebenfalls verletzt, wenn der Auftraggeber Nebenangebote wertet, obwohl diese in der konkreten Vergabe nicht zugelassen sind. Die Bieter sind an ihre Angebote gebunden und

11 Etwa eine unbegründete Beschränkung der Ausschreibung auf regionale Unternehmen, vgl. EuGH, Slg. 1990 I 289 und 1992 I, S. 3401 ff.

12 EuGH, Rs. C-234/03, VergabeR 2006, S. 63.

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

dürfen diese nicht nachträglich ändern und ergänzen.¹³ Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert zudem eine marken- und produktneutrale Ausschreibung.¹⁴

Eine Diskriminierung liegt hingegen nicht vor, wenn die unterschiedliche Behandlung **sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig** ist. So kann es u. U. gerechtfertigt sein, für den Fall der Auftragserteilung eine Präsenz vor Ort zu verlangen, z. B. bei einem Auftrag zur Bauüberwachung, oder die Ausschreibung eines Baugrundstücks für ein Verwaltungsgebäude auf das Gemeindegebiet beschränken.¹⁵ Auch die Mitteilung abweichender Zielvorstellungen in verschiedenen Ausschreibungen zum selben Auftragsgegenstand kann aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein.¹⁶

4. Mittelstandsförderung

Im Rahmen der Auftragsvergabe hat der Auftraggeber vornehmlich mittelständische Interessen zu berücksichtigen (§ 97 Abs. 3 GWB). Das kann insbesondere durch **Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose** vollzogen werden¹⁷, um auch kleinen und mittleren Unternehmen zu ermöglichen, an größeren Aufträgen zu partizipieren. Aufgrund dessen darf eine Losvergabe nur noch in begründeten – und aktenkundig zu begründenden – Ausnahmen unterbleiben. Grenzziehend wirkt das Gebot wirtschaftlicher Beschaffung: Eine Aufteilung des Gesamtauftrags in Fach- und Teillose hat nicht zu erfolgen, wenn sie in hohem Maße unwirtschaftlich oder eine einheitliche Gesamtleistung nicht mehr gewährleistet ist.¹⁸ Gleiches gilt, wenn die Aufteilung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand hergestellt werden kann¹⁹ oder die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen unmöglich gemacht wird.²⁰

Mittelständische Interessen sind darüber hinaus bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, etwa im Rahmen der Eignungsprüfung. So dürfen keine Referenzen verlangt werden, die nur von größeren Unternehmen beigebracht werden können, für den konkreten Auftrag indes nicht erforderlich sind. Ebenso wenig darf der Auftraggeber Auswahlkriterien formulieren, die die Größe eines Unternehmens ohne Auftragsbezug als positives

13 OLG Frankfurt, Beschluss v. 26.6.2012, 11 Verg 12/11; OLG Koblenz, Beschluss v. 30.3.2012, 1 Verg 1/12; OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 105, 106. Eine geringfügige Abweichung von Circa-Maßen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012, VII-Verg 61/11) oder Angaben, die das Leistungsverzeichnis konkretisieren, diesem aber nicht widersprechen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.5.2012, VII-Verg 104/11) sollen dagegen unbedenklich sein.

14 Näher unter BVII.2.

15 OLG Naumburg, Beschluss v. 20.9.2012, 2 Verg 4/12.

16 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2013, VII-Verg 26/12.

17 Dazu BVIII.

18 Schleswig-Holstein. OLG, Beschluss v. 30.11.2012, 1 Verg 6/12; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.4.2012, VII-Verg 100/11 (Beschaffung einheitlicher Software für die Verwaltung).

19 EuGH, Urteil v. 15.3.2012, C-574/10.

20 OLG Schleswig, Beschluss v. 13.10.2000, 6 Verg 4/00.

II. Grundsätze und Ziele des Vergaberechts

Differenzierungsmerkmal einführen. Dagegen darf aus § 97 Abs. 3 GWB nicht gefolgert werden, dass der Mittelstand bei der Auftragsvergabe gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz immer bevorzugt zu behandeln sei. Das Schlagwort lautet also: **mittelstandsgerechte, nicht mittelstandsbevorzugende Vergabe.**²¹

5. Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes

Zahlreiche Vorschriften des Vergaberechts dienen der **Beseitigung jeglicher Handelshemmnisse** innerhalb der Europäischen Union. EU-weite Ausschreibungen ohne Diskriminierung ausländischer Unternehmen setzen die Grundfreiheiten des AEUV – den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital – um und sollen damit einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts leisten.

6. Das Gebot wirtschaftlicher Beschaffung

§ 97 Abs. 1 GWB unterstellt infolge dessen das deutsche Vergaberecht dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit.²² Es kommt daher nicht auf den niedrigsten Preis, sondern auf das beste **Preis-Leistungs-Verhältnis** an.

Der öffentliche Auftraggeber soll dazu angehalten werden, nachhaltig zu beschaffen und dabei wie ein Marktteilnehmer zu handeln, der dem wirtschaftlichen Wettbewerb ausgesetzt ist; er soll bei der Beschaffung unternehmerisch-rational, vorhersehbar und nachvollziehbar eigennützig „wie ein Privater“ handeln.²³ Er folgt damit zugleich dem aus dem Haushaltsrecht stammenden Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Vergabe. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit erfordert ebenfalls eine effiziente Gestaltung des Vergabeverfahrens.²⁴ So muss eine europaweite Ausschreibung erst ab bestimmten Auftragswerten erfolgen, während geringwertige Leistungen teilweise freihändig vergeben werden können. Der Umfang der erforderlichen Aufklärung der Angebote und der Prüfungstiefe von Angaben der Bieter hängt auch davon ab, bis zu welchem Maße dem Auftraggeber der Einsatz seiner zeitlichen, personellen und sachlichen Ressourcen für die Durchführung des konkreten Vergabeverfahrens möglich und zumutbar ist.

7. Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verbietet auch im Vergaberecht die Ausübung von Rechten zu nicht vertragskonformen oder missbräuchlichen Zwecken. Er hindert den Auftraggeber daran, ohne rechtzeitige Ankündigung von seiner bisherigen Vergabepaxis (z. B. dessen Kriterien für die Vollständigkeit und Form von Angeboten) oder früheren Entscheidungen grundlos abzuweichen. Hat sich der Auftraggeber hin-

21 *Burgi*, NZBau 2006, 606, 607; zustimmend *Kus*, NZBau 2009, 21, 22.

22 Dazu näher unter D.III.4.c. Im Sektorenvergaberecht ist dieser Grundsatz in § 27 SektVO niedergelegt.

23 *Bungenberg* in: Loewenheim u. a. (Hrsg.), GWB, § 97 Rn. 54.

24 *Otting* in: Bechtold, GWB, § 97 Rn. 36.

A. Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

sichtlich des gleichen Vergabegegenstands dahingehend festgelegt, ob ein Bieter geeignet ist, muss er sich daran halten, kann bei anderen Losen oder Vergabeverfahren jedoch davon abweichen.²⁵

8. Beurteilungsspielraum und Ermessen

Dem Auftraggeber stehen in allen Phasen des Verfahrens eine Vielzahl von Entscheidungsspielräumen zu. Nach herrschender Meinung wird zwischen Beurteilungsspielräumen bei der Bewertung von Tatbestandsvoraussetzungen und Ermessensspielräumen bei der Auswahl der Rechtsfolgen unterschieden.²⁶ Die Ausfüllung eines Beurteilungsspielraumes ist gerichtlich nur daraufhin nachprüfbar, ob sich der Auftraggeber an die gesetzlich vorgegebenen oder selbst bekannt gemachten Entscheidungskriterien gehalten hat, ob er von einer zutreffenden und vollständigen Ermittlung der für die Beurteilung maßgeblichen Tatsachen ausgegangen ist und ob er den ihm eingeräumten Entscheidungsspielraum in vertretbarer, sachbezogener und nicht willkürlicher Weise genutzt hat. Hierzu zählen beispielsweise die Feststellung des Vorliegens eines Ausschlussgrundes oder eines Grundes für die Aufhebung einer Ausschreibung, aber auch die Feststellungen für die Vergabe von Punkten im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote. Bei einem Ermessensspielraum unterliegt die Entscheidung des Auftraggebers der gerichtlichen Nachprüfung nur insoweit, dass der Auftraggeber deutlich macht, dass er sich bewusst ist, eine Ermessensentscheidung treffen zu müssen, dass er sich mit seiner Entscheidung in den Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens bewegt und dass er seine Entscheidung auf sachbezogene, nicht diskriminierende und nicht willkürliche Erwägungen stützen kann. Die Nachprüfungsinstanz kann, von Ausnahmen einer sog. Ermessensreduzierung auf Null abgesehen, ihr Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des Auftraggebers setzen.²⁷ Das betrifft Fragen wie die Aufteilung eines Auftrags in Lose bzw. die Auswahl und Gewichtung von Zuschlagskriterien²⁸ und die Länge der Zuschlags- und Bindefristen bei der Vorbereitung der Ausschreibung oder den Ausschluss von Angeboten beim Vorliegen von fakultativen Ausschlussgründen, die Eignung der Bieter, die Wahl des wirtschaftlichsten Angebots, die Wertung zugelassener Nebenangebote²⁹. Teilweise ist der Ermessensspielraum stark beschränkt, z. B. bei der Wahl der Verfahrenart. Die Besonderheit des Vergabeverfahrens besteht in der Pflicht des Auftraggebers zur Veröffentlichung seiner Entscheidungsmaßstäbe zum Beginn des Verfahrens, so dass alle Teilnehmer am Vergabeverfahren (und auch eine Nachprüfungsinstanz) in gleicher Weise darüber informiert sind, welche Kriterien für die Beurteilung und die Auswahlent-

25 OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 22.8.2007, VII Verg 27/07, v. 2.3.2005, VII Verg 70/04 und v. 27.7.2005, VII Verg 108/04; VK Bund, Beschluss v. 31.1.2012, VK 3 3/12.

26 Weiterführend: *Gerlach VergabeR* 2020, 451.

27 *Ebert*, a. a. O., S. 50 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, NZBau 2000, S. 540, 542.

28 BGH, Urteil v. 4.4.2017 – X ZB 3/17.

29 Hierzu OLG Frankfurt, BauR 1990, S. 91, 93.