

# Auftragsvergabe

**Strenges Vergaberecht – Vergaberechtsfreie  
Vergaben – Flexible Verfahrensarten –  
Sanktionssystem bei Vergaberechtsverstößen**

Von

**Dr. Thomas Ax**

Rechtsanwalt, Maître en Droit (Paris X – Nanterre)

und

**Matthias Schneider**

Rechtsanwalt

**unter Mitarbeit von**

**Guido Telian**

Rechtsanwalt

---

ERICH SCHMIDT VERLAG

**Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [dnb.ddb.de](http://dnb.ddb.de) abrufbar.

**Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**  
[ESV.info/978 3 503 09789 0](http://ESV.info/978_3_503_09789_0)

ISBN 978 3 503 09789 0

Alle Rechte vorbehalten

© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2007  
[www.ESV.info](http://www.ESV.info)

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Bibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO Norm 9706.

Satz: multitext, Berlin  
Druck: Strauss, Mörlenbach

## Vorwort

Die öffentliche Hand, also Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände und deren Eigenbetriebe, haben einen erheblichen Bedarf an Bauleistungen, Gütern und Dienstleistungen. Dem Wert nach schwanken diese Aufträge von wenigen Euro, etwa für Schreibpapier, bis hin zu Milliardenbeträgen für große Bauvorhaben. Das geschätzte Vergabevolumen – in Deutschland etwa 700 Mrd. € – beschreibt nur unvollständig die Dimension, mit der die öffentliche Hand als Nachfrager am Marktgeschehen teilnimmt und Teilmärkte durch ihre Nachfrage bestimmt, wie z.B. im Straßenbau und bei der Personenbeförderung im öffentlichen Nahverkehr. Ihren Bedarf deckt die öffentliche Hand nicht durch hoheitliches Handeln, sondern sie bedient sich wie jedes Unternehmen eines privatrechtlichen Vertrages. Sie hat dabei in Deutschland keine Sonderrechte, sondern zusätzliche Pflichten aus dem Haushaltsrecht (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit), dem EG – Recht (fairer Wettbewerb im EU – Binnenmarkt) für das Beschaffungsverfahren, aus dem Vertragsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) sowie aus sonstigem Recht (u.a. Kartell- und Wettbewerbsrecht). Verträge sind alle möglichen Formen des BGB (hauptsächlich Kauf-, Miet-, Dienst-, Werk-, Werklieferungsvertrag). Während ein Privatunternehmen eigenen wirtschaftlichen Interessen und der Privatautonomie folgend dort einkauft, wo es das für richtig hält, sind der öffentlichen Hand Regeln auferlegt, da es sich bei den zur Verfügung stehenden Finanzmitteln um Abgaben und Steuermittel handelt, mit denen sparsam und wirtschaftlich umzugehen ist. Daraus abgeleitet erwartet die Wirtschaft, dass öffentliche Aufträge im fairen und offenen Wettbewerb vergeben werden und allen Unternehmen die Möglichkeit der Beteiligung eingeräumt wird. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie Transparenz, Gleichbehandlung und Diskriminierungsverbot als Gebote für einen funktionalen Wettbewerb prägen das Vergabegeschehen und sind die Kriterien eines Suchprozesses am Markt. Der Sicherstellung dieses fairen Vergabeprozesses dient eine Reihe von Vorschriften. Sie wurden zwar in erster Linie als Regelungen für den öffentlichen Auftraggeber entwickelt und werden im Rahmen der gesetzlichen oder freiwilligen Bindung entsprechend angewandt, gleichwohl ist die Kenntnis der Vergaberegeln und deren Wirken im Ausschreibungsprozess von zentraler Bedeutung für die sich um öffentliche Aufträge bewerbende Wirtschaft, zumal das traditionelle deutsche Vergaberecht durch europarechtliche weltweit wirkende Vergaberichtlinien stark beeinflusst ist.

Es gibt aber auch Ausnahmen von dem Anwendungsbereich dieser Normen. Wenn diese Ausnahmen einschlägig sind, kann der Öffentliche Auftraggeber Verträge nach den rein privatwirtschaftlichen Regelungen treffen und muss nicht die oben genannten Bestimmungen beachten. Es gibt somit eine öffentliche Vergabe mit weniger Vergaberecht oder sogar ohne Vergaberecht. Ziel dieses Buches

ist es, Anwendungsbereich und Grenzen der rechtlich erlaubten öffentlichen Auftragsvergabe ohne Einhaltung der ansonsten einschlägigen Vergaberechtsregelungen aufzuzeigen.

Neckargemünd, im September 2006

Die Verfasser

## Inhaltsverzeichnis

	Seite	Rn.
Vorwort.....	5	
<b>KAPITEL 1:</b>		
<b>Vergaben ganz ohne Vergaberecht</b>	<b>19</b>	
<b>A. Überblick über das neue Vergaberecht (VOB 2006) .....</b>	<b>21</b>	<b>2</b>
I. Systematischer Aufbau und ursprüngliche Reformbemühungen – März 2005 .....	21	2
II. Die neuen Texte der VOB/A, VOL/A und VOF .....	22	3
III. Wesentliche Änderungen der Vergabeverordnung .....	22	4
1. Erhöhung der Schwellenwerte .....	22	4
2. Entfallen des 3. Abschnitts für Sektorenauftraggeber .....	22	5
3. Neuregelung über elektronische Vergabe .....	23	6
4. Schätzung der Auftragswerte, § 3 VgV .....	23	7
IV. Die neuen Regelungen der VOB/A .....	24	8
1. Die Schwellenwerte und Arten der Vergabe. ....	24	8
2. Eignung der Bewerber und Bieter, § 8a VOB/A .....	24	9
3. Nachweis der Eignung, § 8 VOB/A .....	25	11
4. Nachweis der Erfüllung von Qualitätssicherungsnormen und Normen für Umweltmanagement, § 8a VOB/A .....	25	12
5. Gleichwertigkeit technischer Spezifikationen bei der Leistungsbeschreibung, § 9 VOB/A .....	26	13
6. Vergabeunterlagen, § 10a VOB/A .....	26	15
7. Grundsätze der Ausschreibung und Informationsübermittlung. ....	27	18
8. Anforderungen an Teilnahmeanträge, § 16a VOB/A .....	28	19
9. Angebotsfristen, § 18a VOB/A .....	28	20
10. Wertung der Angebote, § 25a VOB/A .....	28	21
11. Nichtberücksichtigte Bewerbungen, § 27a VOB/A .....	29	22
12. Inhalt der Vergabevermerke, § 30a VOB/A .....	29	23
13. Neue Vergabeart: Der Wettbewerbliche Dialog. ....	30	25
V. Die neuen Regelungen der VOF .....	31	30
1. Die Schwellenwerte .....	31	30
2. Grundsätze der Vergabe .....	31	31
3. Gleichwertigkeit technischer Spezifikationen bei der Aufgabenbeschreibung .....	31	32
4. Bekanntmachungen .....	31	33
5. Ausschlusskriterien .....	32	35

	Seite	Rn.
6. Nachweis der Erfüllung von Normen für Umweltmanagement . . . . .	32	36
7. Fristen . . . . .	33	37
8. Aufforderung zur Verhandlung . . . . .	33	38
VI. Die neuen Regelungen der VOL . . . . .	33	40
1. Die Schwellenwerte . . . . .	33	41
2. Arten der Vergabe § 3a VOL/A . . . . .	33	42
3. Eignung der Bewerber und Bieter § 7a VOL/A . . . . .	34	43
4. Nachweis der Erfüllung von Qualitätssicherungs-, Umweltnormen . . . . .	34	44
5. Gleichwertigkeit technischer Spezifikationen bei der Leistungsbeschreibung . . . . .	35	45
6. Vergabeunterlagen § 9a VOB/A . . . . .	35	46
7. Grundsätze der Ausschreibung und Informationsübermittlung § 16 VOL/A . . . . .	35	47
8. Anforderungen an Teilnahmeanträge § 16a VOL/A . . . . .	35	48
9. Angebotsfristen . . . . .	36	49
10. Wertung der Angebote . . . . .	36	50
11. Melde- und Berichtspflichten . . . . .	36	51
<b>B. Anwendbarkeit des Vergaberechts . . . . .</b>	<b>37</b>	<b>53</b>
I. Entgeltlicher Vertrag . . . . .	37	54
II. Öffentlicher Auftraggeber . . . . .	38	55
III. Liefer-, Bau-, und Dienstleistungsaufträge . . . . .	41	65
1. Lieferauftrag . . . . .	41	66
2. Bauauftrag . . . . .	41	67
3. Dienstleistungsaufträge . . . . .	43	70
IV. Schwellenwerte . . . . .	44	74
1. Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte . . . . .	46	78
2. Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte . . . . .	47	82
V. Beachtung der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes auch bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte . . . . .	49	87
1. Grundsätzliches . . . . .	49	89
2. Rechtlicher Hintergrund . . . . .	50	92
a) Vorschriften und Grundsätze des EG-Vertrags . . . . .	50	92
b) Bei der Auftragsvergabe zu beachtende Grundanforderungen . . . . .	50	93
c) Binnenmarktrelevanz . . . . .	51	95
3. Grundanforderungen für die Vergabe von Aufträgen mit Binnenmarktrelevanz . . . . .	51	98
a) Bekanntmachung . . . . .	51	98
aa) Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung . . . . .	51	98
bb) Wege der Bekanntmachung . . . . .	52	101
cc) Inhalt der Bekanntmachung . . . . .	53	106

	Seite	Rn.
dd) Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung.....	53	108
b) Auftragsvergabe.....	54	109
aa) Grundsätze.....	54	109
bb) Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.....	55	115
cc) Entscheidung über die Auftragsvergabe.....	55	116
c) Rechtsschutz.....	56	117
aa) Grundsätze.....	56	117
bb) Richtlinien über Nachprüfungsverfahren.....	56	118
cc) Aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleitete Grundanforderungen.....	56	119
<b>C. Vergabe unterhalb der Bagatellgrenze.....</b>	<b>57</b>	<b>123</b>
<b>D. Nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Leistungen unterhalb der Schwellenwerte.....</b>	<b>57</b>	<b>125</b>
I. Anwendungsbereich der VOF.....	58	125
II. Ausschluss bei Unterschreitung des Schwellenwertes.....	59	130
III. Freiberufliche Leistungen nach Anhang I B VOF.....	59	134
<b>E. § 100 Abs. 2 GWB.....</b>	<b>60</b>	<b>135</b>
I. § 100 Abs. 2 a) GWB.....	61	137
II. § 100 Abs. 2 b) GWB.....	61	138
III. § 100 Abs. 2 c) GWB.....	61	139
IV. § 100 Abs. 2 d) GWB.....	62	140
V. § 100 Abs. 2 e) GWB.....	62	141
VI. § 100 Abs. 2 f) GWB.....	62	142
VII. § 100 Abs. 2 g) GWB.....	62	143
VIII. § 100 Abs. 2 h) GWB.....	63	144
IX. § 100 Abs. 2 k) GWB.....	63	145
X. § 100 Abs. 2 l) GWB.....	64	146
XI. § 100 Abs. 2 n) GWB.....	64	148
<b>F. Dienstleistungskonzessionen – Grenze zum Dienstleistungsauftrag.....</b>	<b>65</b>	<b>151</b>
I. Vergaberechtliche Relevanz der Unterscheidung.....	65	151
II. Verwaltungsrechtsweg eröffnet für Streitigkeiten über Dienstleistungskonzessionen.....	66	155
<b>G. Investorauswahlverfahren – Grenze zum Bauauftrag.....</b>	<b>68</b>	<b>159</b>
<b>H. Inhouse-Vergabe.....</b>	<b>69</b>	<b>164</b>
I. Voraussetzungen.....	70	166
1. Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle.....	70	167
a) BGH.....	70	167
b) EuGH.....	70	168
2. Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber.....	70	169

	Seite	Rn.
a) „Stadt-Halle“-Entscheidung des EuGH vom 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 .....	71	170
b) Abweichung der EuGH-Entscheidung von der nationalen Spruchpraxis .....	73	176
II. Inhouse-Vergaben auf eine Betreibergesellschaft .....	73	178
III. Aktuelles Urteil des EuGH zur „Quasi-Inhouse-Vergabe“ ....	76	187
IV. Inhouse-Geschäfte mit gemischt-öffentlichen Unternehmen ...	78	193
V. Praxisfall: Bildung eines Zweckverbandes .....	83	215
<b>I. De-facto-Vergabe</b> .....	85	219
I. Geltendes Recht .....	85	220
II. Vergaberechtsreform .....	88	231
<b>J. Verlängerungen von bestehenden Verträgen</b> .....	89	236
<b>K. Veränderungen von bestehenden Verträgen</b> .....	91	240
 KAPITEL 2: Vergaben mit weniger Vergaberecht		
	93	
<b>A. Zulässige Spielräume bei den verschiedenen Verfahrensarten</b>	95	2
I. Grundsatz der Verfahrenshierarchie – Vorrangige Anwendung der Öffentlichen Ausschreibung bzw. des Offenen Verfahrens .	95	2
II. Beschränkte Ausschreibung/Nichtoffenes Verfahren .....	95	3
1. Grundsatz .....	95	3
2. Beschränkte Ausschreibung/Nichtoffenes Verfahren nach Teilnahmewettbewerb .....	96	7
3. Wertgrenzen durch Bekanntmachungen von Landes- innenministerien .....	97	9
III. Freihändige Vergabe/Verhandlungsverfahren – ggf. nach Öffentlicher Vergabebekanntmachung .....	98	12
1. Grundsatz .....	98	12
2. Freihändige Vergabe/Verhandlungsverfahren auch mit nur einem Unternehmen .....	99	16
3. Nachträgliche Änderungen in der Verhandlungsphase .....	100	17
a) Änderung des Ausschreibungsgegenstandes in der Verhandlungsphase .....	100	17
b) Änderung des Angebotes in der Verhandlungsphase ...	100	18
<b>B. Zulässige GU-Vergabe</b> .....	101	19
I. Grundsätzlich .....	101	19
II. Generalunternehmer – gewerbsmäßige Ausführung der Leistungen? .....	102	24
III. Berücksichtigung mittelständischer Interessen – Verpflichtung zur Losvergabe .....	102	27
IV. Ausnahmen vom Gebot der Vergabe nach Fachlosen .....	105	37
V. Generalunternehmer mit Arbeitsgemeinschaft .....	105	39

	Seite	Rn.
<b>C. Zulässige Vergabe eines Pauschalvertrages</b> .....	106	40
I. Grundsatz der Einheitspreisvergabe und Voraussetzungen des Pauschalvertrages .....	106	40
II. Vorteile und Risiken des Pauschalvertrages .....	106	41
1. Vorteile .....	106	41
2. Risiken .....	106	42
III. Keine Pauschalvergütung bei Alternativ- oder Eventual- positionen .....	108	48
IV. Pauschalangebot als Nebenangebot .....	108	49
<b>D. Rahmenvereinbarungen</b> .....	109	51
I. § 3 a Nr. 4 VOL/A .....	109	52
II. VOB/A, VOB/A-SKR. ....	113	65
III. VgV .....	113	66
<b>E. Zulässige produktspezifische Ausschreibungen</b> .....	113	67
I. Grundsatz .....	113	67
II. Folgen fehlender geforderter Produktangaben .....	115	73
<b>F. Zulässige funktionale Ausschreibung, § 9 Nr. 15 VOB/A</b> ....	116	77
I. Grundsatz .....	116	77
II. Anforderungen an die Transparenz des Verfahrens .....	116	80
III. Anforderungen an die Bestimmtheit des Verfahrens .....	117	81
IV. Notwendiger Inhalt des Leistungsprogramms, § 9 Nr. 16 VOB/A .....	118	85
<b>G. Grenzen des zulässigen Verhandels</b> .....	119	90
I. § 24 Nr. 3 VOB/A .....	119	91
1. Erlaubte Verhandlungen, § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A .....	120	92
2. Unzulässigkeit anderer Verhandlungen. ....	120	95
3. Zulässige „andere Verhandlungen“ .....	121	96
II. § 24 VOL/A .....	121	97
1. § 24 N. 1 Abs. 1 VOL/A. ....	121	98
2. § 24 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A .....	122	100
<b>H. Ausschluss von Angeboten</b> .....	122	101
I. Zwingender Ausschluss .....	122	101
1. § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A .....	122	102
2. § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A .....	123	103
II. Fakultativer Ausschluss .....	123	104
1. VOB/A .....	123	105
a) § 25 Nr. 1 Abs. 2 Alt. 1 VOB/A, § 8 Nr. 5 VOB/A. ....	123	105
b) § 25 Nr. 1 Abs. 2 Alt. 2 VOB/A, § 21 Nr. 3 S. 2 VOB/A	124	107
2. § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A .....	124	108
III. Wertung der Angebote. ....	124	109
<b>I. Kreative Verfahren – Wettbewerblicher Dialog</b> .....	125	110
I. § 6a Abs. 1 VgV .....	126	115

	Seite	Rn.
1. Anwendungsbereich . . . . .	126	116
2. Subsidiarität . . . . .	126	117
3. Zulässigkeitsanforderungen . . . . .	127	120
II. § 6a Abs. 2 VgV – Einleitung des Verfahrens . . . . .	128	124
III. § 6a Abs. 3 VgV – Dialogphase . . . . .	129	125
IV. § 6a Abs. 4 VgV – Mehrere Dialogphasen . . . . .	130	130
V. § 6a Abs. 5 VgV – Dauer des Dialogs . . . . .	130	133
VI. § 6a Abs. 5 VgV – Angebotsphase . . . . .	131	135
VII. § 6a Abs. 6 VgV – Erläuterungen . . . . .	132	138
VIII. § 6a Abs. 7 VgV – Kostenerstattung . . . . .	132	141
<b>J. Liefer- und Dienstleistungsaufträge nach Anhang I B</b>		
<b>VOL/A und Anhang I B VOF . . . . .</b>	<b>133</b>	<b>144</b>
I. Liefer- und Dienstleistungen nach Anhang I B VOL/A . . . . .	134	145
II. Freiberufliche Leistungen nach Anhang I B VOF . . . . .	134	147
<b>K. Weniger Vergaberecht für Sektorenauftraggeber . . . . .</b>	<b>135</b>	<b>149</b>
I. Sektorenauftraggebereigenschaft . . . . .	135	150
1. Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB . . . . .	135	151
2. § 98 Nr. 2 GWB als lex specialis . . . . .	136	158
II. Verfahrenserleichterungen für Sektorenauftraggeber . . . . .	139	173
1. Grundsatz . . . . .	139	173
2. Die verschiedenen Verfahrensarten . . . . .	141	182
a) Offenes Verfahren (§ 3 Nr. 2 lit. a VOB/A-SKR) . . . . .	141	182
b) Nichtoffenes Verfahren (§ 3 Nr. 2 lit. b VOB/A-SKR) . . . . .	141	183
c) Verhandlungsverfahren (§ 3 Nr. 2 lit. c VOB/A-SKR) . . . . .	142	185
aa) Grundsatz . . . . .	142	185
bb) Ausnahmetatbestände . . . . .	142	188
cc) Ablauf eines Verhandlungsverfahrens mit Vergabe- bekanntmachung . . . . .	146	203
III. Geltung grundlegender vergaberechtlicher Prinzipien . . . . .	156	236
1. Allgemein . . . . .	156	236
2. Prinzipien der öffentlichen Auftragsvergabe . . . . .	158	246
a) Wettbewerbsgrundsatz . . . . .	158	246
aa) Grundsätzlich . . . . .	158	246
bb) Exkurs: Betätigung kommunaler Eigenbetriebe . . . . .	160	251
b) Transparenzgebot . . . . .	164	263
c) Diskriminierungsverbot . . . . .	166	270
d) Gebot der Mittelstandsförderung . . . . .	167	272
aa) Grundsätzliches . . . . .	167	272
bb) Aufteilung des Auftrages in Lose . . . . .	168	275
e) Wirtschaftlichkeitsgebot . . . . .	170	282
f) Vergabe an geeignete Bewerber . . . . .	170	283
IV. Die Vergabe von Bauaufträgen durch Sektorenauftraggeber – Überblick über die einzelnen Verfahrensschritte . . . . .	171	285
1. Einleitung . . . . .	171	285

	Seite	Rn.
2. Überlegungen im Vorfeld der Vergabe .....	171	286
a) Ausschreibungspflicht .....	171	286
b) Anwendbare Vorschriften für den Sektorenauftraggeber .....	171	287
c) Ausschreibungsreife .....	171	288
d) Wahl der Verdingungsordnung/Anwendungsbereich der VOB/A .....	172	292
e) Wahl des europaweiten oder des nationalen Vergabe- verfahrens .....	173	293
aa) Höhe der Schwellenwerte .....	173	294
bb) Kostenschätzung – Schätzung der Auftragswerte .....	174	296
f) Wahl der Verfahrensart .....	174	297
g) Festlegung der Losvergabe .....	177	309
h) Festlegung der Zulässigkeit von Nebenangeboten und von Mindestbedingungen für Nebenangebote .....	178	311
i) Einschaltung von externen Dritten .....	179	315
j) Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien .....	179	317
aa) Eignungskriterien .....	179	318
bb) Zuschlagskriterien .....	180	320
cc) Festlegung von Fristen (Bewerbungs- und Angebotsfristen) .....	180	321
3. Bekanntmachung .....	182	324
a) Bindung an den Inhalt der Bekanntmachung .....	182	325
b) Inhalt der Bekanntmachung .....	182	326
4. Ausschluss von Bietern vom Verfahren .....	183	327
5. Verdingungsunterlagen/Vergabeunterlagen .....	184	331
a) Leistungsbeschreibung .....	184	331
b) Vergabeunterlagen .....	184	332
aa) Anschreiben .....	184	333
bb) Bewerbungsbedingungen .....	184	334
cc) Verdingungsunterlagen .....	184	335
6. Submission .....	185	337
7. Prüfung der Angebote, § 23 VOB/A .....	186	338
a) Formelle Prüfung .....	186	339
b) Sachliche Prüfung .....	186	340
8. Aufklärung der Angebote, § 24 VOB/A .....	186	341
9. Wertung der Angebote .....	186	342
a) Formelle Prüfung (§ 25 Nr. 1 VOB/A) .....	187	343
aa) Zwingender Ausschluss (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A) .....	187	343
bb) Fakultativer Ausschluss (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A) .....	187	344
b) Eignungsprüfung .....	188	345
c) Preisprüfung .....	188	347
d) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes .....	189	350
e) Bietergemeinschaften .....	189	351

	Seite	Rn.
f) Wertung von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten . . . . .	189	352
g) Wertung von Preisnachlässen. . . . .	190	355
10. Informations- und Mitteilungspflichten, §§ 27, 27 a, 26a VOB/A; 13 VgV . . . . .	190	356
11. Aufhebung der Ausschreibung/Neuausschreibung, § 26 VOB/A. . . . .	191	359
12. Dokumentationspflicht, § 30, § 30a VOB/A . . . . .	191	361
 KAPITEL 3: Vergaberecht und Verzicht auf Vergabe – Aufhebung der Ausschreibung		
	193	
<b>A. Grundlegendes zur Ausschreibung . . . . .</b>	195	1
<b>B. Angebotspreis des günstigsten Bieters zu hoch. . . . .</b>	197	9
<b>C. Rechtsprechung zur Begründetheit von Aufhebungen. . . . .</b>	198	16
<b>D. Bekanntmachung der Aufhebung . . . . .</b>	200	20
<b>E. Regelung des HVA B-StB 2003. . . . .</b>	202	29
<b>F. Überprüfung der Aufhebung . . . . .</b>	202	30
<b>G. Anforderungen an die Kostenschätzung der Vergabestelle. . . . .</b>	204	36
<b>H. Gestaltung der Ausschreibung und Konsequenzen für die Aufhebung . . . . .</b>	205	41
<b>I. Praxisfall. . . . .</b>	206	43
<b>J. Weitere Beispiele aus der Rechtsprechung . . . . .</b>	207	46
<b>K. Regelung des HVA B-StB 2003. . . . .</b>	208	49
<b>L. Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist als Aufhebungsgrund . . . . .</b>	209	52
<b>M. Richtlinie des VHB 2002 zu § 26 Nr. 1 Buchstabe c) VOB/A . . . . .</b>	209	53
<b>N. Kein Kontrahierungszwang . . . . .</b>	209	54
<b>O. Schadensersatzpflicht bei rechtswidriger Aufhebung. . . . .</b>	211	59
<b>I. Aufhebung einer Ausschreibung ohne anschließende Auftragsvergabe. . . . .</b>	212	62
<b>II. Aufhebung einer Ausschreibung mit anschließender – unveränderter – Auftragsvergabe . . . . .</b>	212	63
<b>III. Aufhebung einer Ausschreibung mit anschließender – veränderter – Auftragsvergabe . . . . .</b>	213	66
<b>P. Missbrauch der Aufhebungsmöglichkeit – „Scheinaufhebung“</b>	213	67
<b>I. Grundsätzlich . . . . .</b>	213	67
<b>II. Gesamtzusammenhang . . . . .</b>	214	68
1. Offensichtliche Bevorzugung eines Bieters . . . . .	214	69
2. Neues Vergabeverfahren im Anschluss an die Aufhebung . . . . .	214	70
3. Entsprechende Anwendung des § 26 Nr. 5 VOL/A . . . . .	215	71
4. Regelung des HVA B-StB 2003 . . . . .	215	72

	Seite	Rn.
5. Richtlinie des VHB 2002. . . . .	216	73
6. Umfang der Mitteilungspflicht. . . . .	216	74
7. Gründe für die Einstellung eines Vergabeverfahrens und . . . Überprüfbarkeit einer entsprechenden Entscheidung. . . . .	216	76
8. Beendigung eines Vergabeverfahrens. . . . .	217	77
a) Beendigung eines Vergabeverfahrens wegen Ablaufs der Zuschlags- und Bindefrist? . . . . .	217	78
b) Beendigung eines Vergabeverfahrens bei einem nichtigen Vertrag . . . . .	217	79
9. Aufwendungsersatzanspruch des voraussichtlich erfolg- reichen Bieters nach Aufhebung einer Ausschreibung; Voraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz entgangenen Gewinns . . . . .	217	80
III. Sachliche Erwägungen des Auftraggebers notwendig. . . . .	222	94
IV. Aufhebung wegen Verschuldens Dritter? . . . . .	223	97

**KAPITEL 4:  
Sanktionen bei der Missachtung von bestehenden  
vergaberechtlichen Maßgaben**

225

<b>A. Rechtsschutz unterhalb und oberhalb der EG- Schwellenwerte . . . . .</b>	<b>227</b>	<b>1</b>
I. Primärrechtsschutz. . . . .	227	1
1. Aufbau des Rechtsschutzsystems. . . . .	227	1
a) Unterteilung anhand von Schwellenwerten . . . . .	227	2
b) Festlegung der Schwellenwerte . . . . .	227	3
c) Ermittlung des Auftragswerts, § 3 VgV. . . . .	228	4
2. Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte . . . . .	228	5
a) Rechtsschutz vor der Vergabekammer – Nachprüfungs- verfahren. . . . .	228	6
aa) Antragserfordernis, § 107 Abs. 1 GWB . . . . .	228	7
bb) § 107 Abs. 2 GWB . . . . .	228	8
cc) § 107 Abs. 3 GWB – Rügeobliegenheit . . . . .	230	13
dd) Obsiegen des Antragstellers/Bieters vor der Vergabekammer . . . . .	231	15
b) Rechtsschutz vor dem OLG – sofortige Beschwerde . . .	232	19
3. Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. . . . .	232	23
a) Kein vergaberechtlicher Rechtsschutz. . . . .	232	23
b) Überprüfung durch Verwaltungsgerichte . . . . .	233	24
aa) Der Beschluss des OVG Koblenz vom 25. 05. 2005 als Türöffner . . . . .	234	26
bb) VG Neustadt an der Weinstraße folgt dem Ober- gericht . . . . .	236	32
cc) In anderen Bundesländern umschwenken auf die Linie des OVG Koblenz . . . . .	236	33

	Seite	Rn.
c) Gegenvorstellung . . . . .	238	38
d) Rechtsaufsicht . . . . .	238	41
e) Fachaufsicht . . . . .	242	57
f) Dienstaufsicht . . . . .	244	64
g) Primärrechtsschutz bei durchgeführter aber nicht erforderlicher EU-Ausschreibung . . . . .	245	67
II. Sekundärrechtsschutz . . . . .	246	72
<b>B. Nachprüfungsmöglichkeiten bei Vergabekammern und Vergabesenaten vor und nach erfolgter Auftragserteilung . . . . .</b>	<b>246</b>	<b>73</b>
<b>C. Schadensersatz – entgangener Gewinn – Angebotsbearbeitungsaufwand . . . . .</b>	<b>250</b>	<b>84</b>
I. Schadensersatzpflicht des Antragstellers bei Rechtsmissbrauch, § 125 GWB . . . . .	250	85
II. Schadensersatzpflicht des Auftraggebers bei Verstoß gegen unternehmerschützende Vorschriften, § 126 GWB . . . . .	251	98
1. § 126 Satz 1 GWB . . . . .	251	90
2. § 126 Satz 2 GWB . . . . .	252	93
a) Grundsatz . . . . .	252	93
b) Voraussetzungen . . . . .	253	96
aa) Vorvertragliches Vertrauensverhältnis . . . . .	253	96
bb) Sorgfaltspflichtverletzung . . . . .	253	98
cc) Zuschlagserteilung an den Kläger bei ordnungsgemäßigem Ablauf? . . . . .	254	99
3. Fazit . . . . .	254	101
III. Schadensersatz nach culpa in contrahendo (c.i.c.) . . . . .	254	102
1. Grundsätzlich . . . . .	254	102
2. Negatives Interesse . . . . .	255	106
3. Erfüllungsinteresse/entgangener Gewinn . . . . .	255	107
<b>D. Vertragsverletzungsverfahren – EU-Kommission . . . . .</b>	<b>257</b>	<b>111</b>
I. Grundsätzlich . . . . .	257	111
II. Voraussetzungen . . . . .	257	112
1. Keine Fristgebundenheit . . . . .	257	114
2. Beschwerdeberechtigte . . . . .	258	115
III. Rechtsfolgen – Grundsätzliche Befugnisse des EuGH . . . . .	258	118
IV. Auflösung von bestehenden Verträgen? . . . . .	260	125
1. Derzeitige Rechtsprechung der Vergabekammern und Vergabesenaten in der Bundesrepublik Deutschland . . . . .	261	126
2. Kündigungsmöglichkeiten und mögliche Gegenansprüche . . . . .	262	130
a) Kündigung aus wichtigem Grund . . . . .	262	131
b) Freie Kündigung . . . . .	264	136
c) Vertragslösung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage . . . . .	264	137
d) Abgrenzung freie Kündigung – außerordentliche Kündigung . . . . .	265	140

	Seite	Rn.
e) Gegenausprüche des Auftragnehmers . . . . .	268	152
aa) Grundsatz . . . . .	268	152
bb) Urteil des LG München I vom 20. 12. 2005 . . . . .	269	155
f) Aktuelle Praxisfälle: EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland . . . . .	271	165
<b>E. Ausstrahlung von Vergaberecht in andere Rechtsbereiche . . .</b>	<b>272</b>	<b>167</b>
I. Allgemeines . . . . .	272	167
II. Fördermittel . . . . .	272	168
1. Allgemeines . . . . .	272	169
2. Voraussetzung der Förderung . . . . .	272	170
a) § 44 LHO . . . . .	273	171
b) Ergänzende Vorschriften . . . . .	273	172
aa) Verwaltungsvorschrift zu § 44 LHO . . . . .	273	173
bb) Förderrichtlinien . . . . .	273	174
cc) Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen	274	176
c) Antrag auf Zuwendungsbewilligung . . . . .	274	177
3. Zuwendungsbescheid . . . . .	274	178
4. Zahlung der Fördergelder . . . . .	275	180
5. Pflichten des Zuwendungsempfängers . . . . .	275	181
6. Rückforderung der Fördergelder . . . . .	276	183
a) Widerruf des Zuwendungsbescheids, § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG Rlp . . . . .	276	184
aa) Zuwendungsbescheid war zunächst rechtmäßig . . . . .	276	185
bb) Widerrufsgrund . . . . .	276	186
b) Ermessen – § 49 Abs. 3 S. 1 VwVfG Rlp; Ziffer 2.1.1 des Rundschreibens . . . . .	278	194
c) Zwischenergebnis der Prüfung . . . . .	279	198
d) Rückforderung der Zuwendungssumme, § 49a Abs. 1 S. 1, 2 VwVfG Rlp i.V. m. §§ 812 ff. BGB . . . . .	280	199
aa) Rechtsgrundlage für die Rückforderung . . . . .	280	199
bb) Ziffer 2.1.2, Härtefall . . . . .	280	200
7. Rechtsschutz gegen die Rückforderung . . . . .	280	202
a) Verwaltungsverfahren – Anhörung . . . . .	281	203
b) Widerspruch . . . . .	281	204
c) Verwaltungsrechtsstreit . . . . .	281	205
8. Fazit . . . . .	282	208
III. Gebührenrecht . . . . .	283	209
1. Notwendigkeit der Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften . . . . .	283	209
2. Folgen von Vergaberechtsverstößen . . . . .	284	212
a) Grundsatz . . . . .	284	212
b) Unwirksamkeit der Gebührensatzung bei jedem Vergaberechtsverstoß? . . . . .	284	213

	Seite
<b>ANHANG:</b>	
<b>Mustervorlagen</b>	<b>287</b>
A. Vergabevermerk zur Wahl der Vergabeverfahrensart Nichtoffenes Verfahren . . . . .	289
B. Formblatt für den Eröffnungstermin . . . . .	291
C. Inhalt der Bekanntmachung gemäß § 17 Nr. 1 VOB/A . . . . .	293
D. Mitteilung an ausgeschiedene Bewerber (nach voran- gegangenem Teilnahmewettbewerb) . . . . .	297
E. Inhalt der Vergabeunterlagen und Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) . . . . .	298
F. Verlängerung von Zuschlags- und Bindefristen . . . . .	301
G. Vermerk über die Aufklärung des Angebotsinhalts gemäß § 24 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/B . . . . .	302
H. Aufhebung der Ausschreibung (§§ 26/26a Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A) (Unterrichtung der Bewerber und Bieter) . . . . .	304
I. Aufhebung der Ausschreibung (§ 26a Nr. 3 VOB/A) (Mittei- lung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG) . . . . .	306
J. Auftragschreiben gemäß § 28 VOB/A . . . . .	308
K. Vergabevermerk gemäß § 30 VOB/A . . . . .	310
L. EFB-Verg 2 . . . . .	312
M. EFB-Verg 3 . . . . .	314
N. EFB-Verg 4 . . . . .	316
O. EFB-Verg 5 . . . . .	318
P. EFB-Verg 6 . . . . .	319
Q. EFB-Verg 7 . . . . .	321
R. EFB-Firm 1 . . . . .	322
S. EFB-Firm 2 . . . . .	324
T. EFB-Firm 3 . . . . .	326
U. EFB-Firm 4 . . . . .	328
Literaturverzeichnis . . . . .	331
Sachverzeichnis . . . . .	339

## Sachverzeichnis

(Die Zahlen verweisen auf die Randnummern;  
die fett gedruckten Zahlen verweisen auf die Seitenzahlen im Anhang)

### A

Angebotsfristen 20, 49  
Anwendungsbereich 53  
Aufhebung 16, **304**  
Aufhebung der Ausschreibung 359  
Aufklärung 341  
Auftragsschreiben **308**  
Ausschluss 101, 327

### B

Bagatellgrenze 123  
Bauftrag 67  
Baukonzessionsvertrag 68  
Bekanntmachung 101, 324, **293**  
Beschränkte Ausschreibung 3  
Bestimmtheit 81  
Bietergemeinschaften 351

### C

culpa in contrahendo 102

### D

De-facto-Vergabe 229  
Dienstaufsicht 64  
Dienstleistungsaufträge 70  
Dienstleistungskonzession 151  
Diskriminierungsverbot 270

### E

Eignung 9, 43  
Eignungskriterien 318  
elektronische Angebotsabgabe 6  
Eröffnungstermin **291**  
EuGH 91, 93  
Eventualpositionen 48

### F

Fachaufsicht 57  
Freihändige Vergabe 12

### G

Generalunternehmer 19  
GWB 1

### H

Haushaltsrecht 93

### I

Informationsübermittlung 18, 47  
Inhouse-Geschäft 165  
Inhouse-Vergabe 164  
Investorauswahlverfahren 159

### K

Kaskadensystem 2  
Kontrahierungszwang 54  
Kostenschätzung 36  
Kündigungsmöglichkeiten 130

### L

Leistungsbeschreibung 331  
Leistungsprogramm 85  
Lieferauftrag 66  
Losvergabe 309

### M

Mindestbedingungen 311  
Missbrauch 67  
Mitteilungspflichten 356  
Mittelstandsförderung 272

**N**

Nachprüfungsverfahren 118  
Nebenangebot 49  
Nichtoffenes Verfahren 3, 183, **289**

**O**

Offenes Verfahren 182  
Öffentlicher Auftraggeber 55

**P**

Pauschalangebot 49  
Pauschalvertrag 40  
Primärrecht 119  
Prinzipien 246  
Produktangaben 73  
Prüfung 338

**R**

Rahmenvereinbarung 51  
Rechtsschutz 1, 202  
Reform des Vergaberechts 2  
Richtlinien 89

**S**

Schadensersatzpflicht 85  
Schätzung des Auftragswertes 7  
Scheinaufhebung 67  
Schwellenwerte 4, 74, 78, 135, 3  
Sektorenauftraggeber 149  
Sekundärrechtsschutz 72  
Stadt-Halle 170  
Submission 337

**T**

Teckal-Kriterium 199

Teilnahmeanträge 19, 48  
Tenders Electronic Daily 104  
Transparenzgebot 67, 263

**V**

Verdingungsunterlagen 331  
Verfahrensarten 182, 297  
Vergaberechtsreform 231  
Vergabeunterlagen 15, 331  
Vergabevermerk 23, 35, **289**, 310  
Verhandlungen 91  
Verhandlungsverfahren 12, 185  
Verlängerung 236  
Vermerk **302**  
Vertragsverletzungsverfahren 111  
Verwaltungsgerichte 24  
Verwaltungsrechtsweg 155  
VgV 2  
VOB/A 3  
VOF 3, 30, 125  
VOL 40  
VOL/A 3

**W**

Wertgrenzen 9  
Wertung 109, 342  
Wertung der Angebote 21  
Wesentlichkeitskriterium 203  
Wettbewerblicher Dialog 25  
Wettbewerbsgrundsatz 246

**Z**

Zuschlagskriterien 320  
Zweckverband 215  
Zweiteilung 27