

# Vergaberecht für Anbieter – Leitfaden

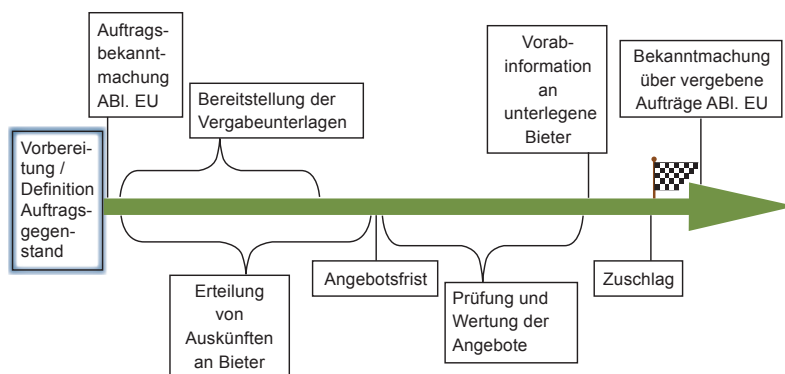
## Inhaltsverzeichnis

1. Einführung, Überblick .....	1
2. Vergabeverfahren, Wahl des richtigen Verfahrens .....	9
3. Elektronische Vergabe .....	11
4. Fristen .....	12
5. Auftragsbekanntmachung (Beginn des Vergabeverfahrens) .....	13
6. Vergabeunterlagen .....	16
7. Informationen der Bewerber/Bieter durch den Auftraggeber .....	19
8. Die Erstellung des Angebotes .....	19
9. Prüfung und Wertung der Angebote durch den Auftraggeber .....	21
10. Informations- und Wartepflicht vor Zuschlagserteilung .....	21
11. Bekanntmachung nach Zuschlagserteilung .....	23

## 1. Einführung

Das Vergaberecht wird nicht nur von den Vergabestellen, sondern auch von den Firmen, die sich für öffentliche Aufträge interessieren, als unübersichtlich, kompliziert und übertrieben formal eingestuft. Um dem eigenen Angebot zum Erfolg zu verhelfen und die Chance auf den Zuschlag zu wahren, sollten Bieter sich mit den wesentlichen Anforderungen und vor allem den typischen Fehlerquellen in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags vertraut machen.

Dieser Leitfaden soll Unternehmen, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben wollen, einen ersten **Überblick über das Vergaberecht** geben und **den typischen Ablauf eines Vergabeverfahrens** erklären. Unternehmen die an öffentlichen Aufträgen interessiert sind, sollen so in die Lage versetzt werden, ein formal einwandfreies Angebot abzugeben, um so ihre Chancen auf den Zuschlag zu wahren. Die Darstellung orientiert sich an dem Ablauf des Vergabeverfahrens, wie es aus der nachfolgenden Abbildung für das offene Verfahren hervorgeht.



Grafik: Stufen eines Vergabeverfahrens

## a) Überblick über das Vergaberecht

Das **Vergaberecht** umfasst alle Regeln und Vorschriften, die die öffentliche Hand beim Einkauf von Gütern und Leistungen und bei der Vergabe von Konzessionen befolgen muss. Immer dann, wenn etwa eine Bundes- oder Landesbehörde beispielsweise Papier oder Büromöbel beschaffen oder ein neues Bürogebäude errichten lassen will, muss sie diese Regeln beachten. Vorrangiges Ziel des Vergaberechts ist es, durch die wirtschaftliche Verwendung von Haushaltsmitteln den Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand zu decken. Auftraggeber, die das Vergaberecht anzuwenden haben, sind dabei nicht nur öffentliche Einrichtungen, sondern können auch private Unternehmen sein – zum Beispiel bestimmte Energie- oder Verkehrsunternehmen.

Das **deutsche Vergaberecht** ist nicht einheitlich in einem einzigen Gesetz geregelt. Es ist **zweigeteilt**. Zum einen gilt das sogenannte **Haushaltsvergaberecht**, das auf den Bundes- oder Landeshaushaltsgesetzen beruht und grundsätzlich nur den Staat und seine Einrichtungen bindet. Zum anderen gilt das **GWB-Vergaberecht** (GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), das auf den europäischen Vergaberichtlinien beruht, die den Rechtsrahmen für ein einheitliches europäisches Vergaberecht vorgeben. Der EU-Rechtsrahmen gibt zwingende Regelungen vor, enthält aber auch Spielräume für eigene nationale Regelungen im Vergaberecht.

### aa) Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte

Das **GWB-Vergaberecht** findet aufgrund der Bedeutung von größeren Aufträgen für den EU-Binnenmarkt erst ab den sogenannten **EU-Schwellenwerten** (s. Checkliste Schwellenwerte) Anwendung. Vereinfacht dargestellt, liegen die Schwellenwerte aktuell bei 5,350 Mio. € netto für Bauaufträge und bei 214.000,– € netto für Aufträge über Warenlieferungen und Dienstleistungen. Erreicht oder übersteigt der Auftragswert einer Liefer- oder Dienstleistung den Betrag von 214.000,– € bzw. einer Bauleistung den Betrag von 5.350.000,– €, haben öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung zwingend das **GWB-Vergaberecht** anzuwenden.

Mit einer umfassenden **Reform**, die am 18. April 2016 in Kraft getreten ist, wurde der Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge der EU-weiten Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte reformiert, modernisiert, vereinfacht und anwenderfreundlicher gestaltet. Durch die Reform wurden drei EU-Richtlinien von 2014 über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen umgesetzt.

Die Richtlinien sind in Deutschland vor allem umgesetzt im **Vierten Teil**, in den §§ 97 ff., **des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)**. Er wird durch mehrere **Rechtsverordnungen** ergänzt, die die allgemeinen Regelungen des Gesetzes aufgreift und diese in zahlreichen Detailfragen ergänzt. Im Einzelnen handelt es sich um

- die „Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge“ (Vergabeverordnung – VgV),
- die Sektorenverordnung (SektVO),
- die Vergabeordnung für Konzessionen (KonzVgV),
- die Vergabeordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)
- und die Vergabestatistikverordnung (VergStatVO), auf deren Grundlage erstmals eine Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen eingeführt werden soll.

Für Bauaufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte (s. Checkliste Schwellenwerte) gilt der ebenfalls neu gefasste zweite Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A-EU).

Der **4. Teil des GWB** umfasst die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen oberhalb der maßgeblichen EU-Schwellenwerte (s. Checkliste Schwellenwerte). Er besteht aus zwei Kapiteln mit Vorschriften zum Vergabeverfahren (Kapitel 1) und zum Nachprüfungsverfahren (Kapitel 2). Das Kapitel 1 enthält allgemeine Vorschriften zum Ablauf des Vergabeverfahrens, zum Beispiel zu den Verfahrensarten, der Leistungsbeschreibung (s. Checkliste Vergabeunterlagen), der Eignung (s. Checkliste Eignungsnachweise), zu den Ausschlussgründen, bis hin zum Zuschlag und besonderen Anforderungen an die Ausführung des Auftrags. Abschnitt 1 des

ersten Kapitels enthält Regelungen zum Anwendungsbereich, Grundsätze und Definitionen; Abschnitt 2 trifft die wesentlichen Regelungen zur „klassischen“ Vergabe durch öffentliche Auftraggeber; er macht Vorgaben zum gesamten Ablauf des Vergabeverfahrens. Darauf folgt Abschnitt 3 zur Vergabe in besonderen Bereichen und von Konzessionen. Das im Kapitel 2 geregelte Nachprüfungsverfahren ist das besondere vergaberechtliche Rechtsschutzsystem, mit dem bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigte Bieter oder Bewerber die Vergabe öffentlicher Aufträge überprüfen lassen können, indem sie die Verletzung von Verfahrensvorschriften vor den Vergabekammern (in 1. Instanz) und ggf. den Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten (in 2. Instanz) geltend machen

Während im 4. Teil des GWB allgemeine Regelungen zum Vergabeverfahren „vor die Klammer“ gezogen werden, konkretisiert und präzisiert die **Vergabeverordnung (VgV)** die Regelungen für das Vergabeverfahren. Die VgV legt u.a. fest, unter welchen Voraussetzungen eine Verfahrensart gewählt werden darf und enthält darüber hinaus Regeln zum genauen Ablauf der einzelnen Verfahrensarten. Die VgV gibt hierzu genaue „Fahrpläne“ zur Durchführung der jeweiligen Verfahrensart. Sie legt fest, welche konkreten inhaltlichen Vorgaben in einem Vergabeverfahren zu beachten sind, zum Beispiel für die Auftragsbekanntmachung, für die verschiedenen Fristen, für die Berücksichtigung von Nebenangeboten, für die Leistungsbeschreibung, für die Festlegung von Eignungs- und der Zuschlagskriterien etc.

Für Bauleistungen ist die **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)** anzuwenden. Die VOB/A ist in drei Teile, einen „A“-Teil, einen „B“-Teil und einen „C“-Teil untergliedert (VOB/A, VOB/B, VOB/C). Während der „A“-Teil die Regeln bis zur Zuschlagserteilung (oder der Aufhebung des Vergabeverfahrens), also die eigentlichen Vergaberegeln enthält, enthält der B-Teil die Regeln nach Zuschlagserteilung, also die allgemeinen Vertragsregelungen. Der C-Teil beinhaltet die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV), welche gleichzeitig auch als DIN-Normen herausgegeben werden. Für die EU-weiten Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge ist der zweite Abschnitt (VOB/A-EU) anzuwenden. Dieser Abschnitt (die so genannten EU-Paragraphen) kommt allein für die Vergabe von Aufträgen zur Anwendung, deren Auftragsvolumen die Schwellenwerte (s. Checkliste Schwellenwerte) für EU-weite Vergaben erreichen bzw. übersteigen. Im Kern ähnelt die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach der VOB/A-EU dem Verfahren, das für Liefer- und Dienstleistungen nach der VgV durchzuführen ist.

Die **Sektorenverordnung (SektVO)** regelt die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung durch Sektorenauftraggeber (z.B. kommunale Versorgungswirtschaft). Dies können neben öffentlichen Auftraggebern auch private Unternehmen sein (z. B. Stadtwerke). Der Aufbau der Sektorenverordnung entspricht in weiten Teilen dem der Vergabeverordnung, trägt aber den Besonderheiten des Sektorenbereichs Rechnung.

In der **Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (KonzVgV)** finden sich Vorschriften zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen. Konzessionen sind in der Regel langfristige und komplexe Vereinbarungen, bei denen der Konzessionsnehmer Verantwortlichkeiten und Risiken übernimmt, die üblicherweise vom Konzessionsgeber getragen werden und normalerweise in dessen Zuständigkeit fallen.

Die **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)** trägt den bereichsspezifischen Besonderheiten der Beschaffung verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Leistungen Rechnung.

## bb) Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte

Nach der Reform der EU-weiten Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte wurde auch die **Vergabe öffentlicher Aufträge auf nationaler Ebene** unterhalb der EU-Schwellenwerte reformiert. Für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen mit einem Auftragsvolumen unterhalb des maßgeblichen EU-Schwellenwertes gilt die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**, die für den Bund durch die Änderung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung am 2. September 2017 in Kraft getreten ist (BMF-Rundschreiben vom 01.09.2017 – II A 3 - H 1012-6/16/10003:003). Die meisten Bundesländer haben ihre haushaltsrechtlichen Vorschriften zur Inkraftsetzung der UVgO ebenfalls angepasst. Die UVgO ersetzt die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A -

Abschnitt 1). Die UVgO folgt strukturell der Vergabeverordnung (VgV), sodass öffentliche Auftraggeber wie auch die Unternehmen bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sich an einer ähnlichen Regelungsstruktur orientieren können und auch inhaltlich ähnliche Regeln beachten müssen.

Für die **Vergabe von Bauaufträgen** unterhalb des maßgeblichen Schwellenwertes gilt nach wie vor der **1. Abschnitt der VOB/A**. Auch er wurde im Zuge der letzten Reform novelliert. So sind seither – ebenso wie in der UVgO – die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb gleichgestellt, das heißt, öffentliche Auftraggeber können auch unterhalb der EU-Schwellenwerte zwischen beiden Verfahrensarten frei wählen. Zentrales Element der novellierten VOB/A 2019 ist die vollständig neugefasste Regelung zur Nachforderung von fehlenden, unvollständigen oder fehlerhaften Unterlagen in Teilnahmeanträgen und Angeboten, die sich weitgehend an der Regelung in der VgV bzw. der UVgO orientiert; allerdings steckt der Teufel hier und auch sonst im Detail, da die Regelungen der VOB/A einerseits und der VgV/UVgO andererseits nicht völlig deckungsgleich sind.

## b Vergaberechtliche Grundsätze

### (1) Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB)

Der Wettbewerbsgrundsatz (geregelt u.a. in § 97 Abs. 1 GWB) besagt, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb zu vergeben sind. Daraus ergibt sich, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stets für **größtmöglichen Wettbewerb** zu sorgen hat. Dieser Verpflichtung wird der Auftraggeber vor allem dadurch gerecht, dass er bei den EU-weiten Vergabeverfahren im Regelfall das offene Verfahren anwendet, bei dem jedes interessierte Unternehmen ein Angebot abgeben kann und der Auftraggeber keine Möglichkeit hat, den Kreis der Bieter im Vorfeld zu beschränken. Im Bereich der nationalen Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte entspricht dem offenen Verfahren die Öffentliche Ausschreibung, für die dasselbe Prinzip gilt: Auch hier kann jeder interessierte Anbieter ein Angebot abgeben, ohne dass der Auftraggeber den Kreis potentieller Bieter von vorneherein beschränken kann.

Ausdruck des Wettbewerbsgebots ist daneben auch das **Prinzip des Geheimwettbewerbs**, das im Zuge der Reform des Vergaberechts in zahlreichen Einzelvorschriften seinen Niederschlag gefunden hat: dadurch, dass kein Bieter von dem Angebotsinhalt einen anderen Bieters Kenntnis hat, soll für den öffentlichen Auftraggeber das beste Preis-Leistungs-Verhältnis erzielt werden. Angebote sind daher verschlüsselt (bzw. in einem verschlossenen Umschlag) abzugeben und müssen vom Auftraggeber während des Vergabeverfahrens vertraulich behandelt werden. Zudem müssen Bieter, die nachweislich wettbewerbsbeschränkende Abreden getroffen haben, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

### (2) Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB)

§ 97 Abs. 1 GWB legt auch fest, dass öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge in transparenten Verfahren vergeben müssen. Hieraus folgt insbesondere die Verpflichtung, die Absicht, einen Auftrag zu vergeben, öffentlich bekannt zu machen („auszuschreiben“). Die **Auftragsbekanntmachung** muss alle wesentlichen Informationen für die an einem Auftrag interessierten Unternehmen enthalten, so dass diese möglichst „auf einen Blick“ entscheiden können, ob sie am Vergabeverfahren teilnehmen wollen oder nicht. Auf das Transparenzgebot gründet insbesondere auch die Pflicht des Auftraggebers, die zu vergebende Leistung in einer **Leistungsbeschreibung** oder einem Leistungsverzeichnis eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und alle kalkulationsrelevanten Umstände zu nennen. Schließlich muss der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren so dokumentieren, dass es auch für Dritte nachvollziehbar und überprüfbar ist. Die maßgeblichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens und ihre Begründungen müssen in einer Dokumentation des Vergabeverfahrens in Textform festgehalten werden.

### (3) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB)

Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist erstmals mit der Reform des Vergaberechts 2016 in das GWB als Grundsatz des Vergabeverfahrens aufgenommen worden. Durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit soll der öffentliche Auf-

traggeber dazu angehalten werden, bei sämtlichen Entscheidungen innerhalb des Vergabeverfahrens deren ökonomischen Auswirkungen zu berücksichtigen, um so einen **schonenden Einsatz von Haushaltsmitteln** zu erreichen. So soll sichergestellt werden, dass nicht nur der Zuschlag am Ende des Vergabeverfahrens auf das beste, d. h. das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, sondern dass auch durch die übrige Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ein möglichst optimaler Einsatz von öffentlichen Mitteln erreicht wird.

#### (4) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB)

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bindet die Vergabestellen bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens, insbesondere bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung, der Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien, inklusive der hierzu von den Unternehmen beizubringenden Nachweise und schließlich bei der Bestimmung der Ausführungsbedingungen des Auftrags. Vergabestellen dürfen demnach nur diejenigen Maßnahmen ergreifen, die zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind und die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belasten. Es dürfen etwa nur Eignungskriterien aufgestellt werden, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

#### (5) Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB)

Die Bestimmung des § 97 Abs. 2 GWB verpflichtet öffentliche Auftraggeber dazu, sämtliche Teilnehmer an einem Vergabeverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln. Hieraus ergibt sich für Auftraggeber insbesondere die Verpflichtung, im Vorfeld der Angebotsabgabe **einheitliche Kriterien** für die Überprüfung der allgemeinen Eignung der Bieter für den konkreten Auftrag und für die Wertung der Angebote festzulegen, den Bieter bekannt zu geben und diese dann im Vergabeverfahren für alle Bieter gleichermaßen und unverändert anzuwenden. Daneben verpflichtet der Gleichbehandlungsgrundsatz öffentliche Auftraggeber insbesondere dazu, sämtlichen Bewerbern / Bietern im Vergabeverfahren **dieselben Informationen zum identischen Zeitpunkt** zukommen zu lassen; also zum Beispiel Rundschreiben, mit denen ein Auftraggeber allen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen zusätzliche Informationen (ggf. auch durch Fragen einzelner Bewerber oder Bieter initiierte Informationen) zum selben Zeitpunkt zu übermitteln. Auch muss der Auftraggeber allen Unternehmen die Möglichkeit zu einer Ortsbesichtigung einräumen, wenn er diese einem Bieter gewährt hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz fordert also insgesamt, dass die Bieter zu gleichen Bedingungen – gleicher Informationsstand, gleiche Fristen etc. – ihr Angebot abgeben können.

#### (6) „Strategische“ Beschaffung (§ 97 Abs. 3 GWB)

§ 97 Abs. 3 GWB legt fest, dass bei der Vergabe Aspekte der **Qualität** und der **Innovation** sowie **soziale und umweltbezogene Aspekte** berücksichtigt werden. Insbesondere soziale und ökologische Aspekte können in allen Phasen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden; hierfür muss jedoch stets ein konkreter Bezug zum Auftragsgegenstand gegeben sein. Der Auftraggeber kann bei der Festlegung der Leistungsanforderungen zum Beispiel umweltfreundlichen und energieeffizienten Produkten, Materialien und Verfahren den Vorzug geben. Qualitative, innovative, ökologische und soziale Aspekte können vom Auftraggeber auch bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien oder bei der Formulierung besonderer Anforderungen an die Ausführung des Auftrags berücksichtigt werden.

#### (7) Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 4 GWB)

Nach § 97 Abs. 4 GWB müssen öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen vornehmlich berücksichtigen. Diese Regelung soll sicherstellen, dass sich auch kleinere und mittlere Unternehmen erfolgreich um öffentliche Aufträge bewerben können. Hierzu sind die nachgefragten Leistungen in so genannten Losen – also **kleinere Auftragseinheiten** – auszuschreiben. Die Aufträge sind entweder in der Menge aufgeteilt (**Teillöse**) oder getrennt nach Art oder Fachgebiet (**Fachlöse**) zu vergeben. Der Zuschnitt der Lose steht im Ermessen des Auftraggebers. Mehrere Teil- oder Fachlöse dürfen nur dann zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Solche Gründe können zum Beispiel in einer erheblichen Verzögerung des Vergabeverfahrens oder einer erheblichen Verteuerung des Vorhabens bei einer losweisen Vergabe bestehen. Für eine **Gesamtvergabe** muss der Auftraggeber eine umfassende Abwägung der betroffenen Belange



vornehmen. Typische Nachteile einer Losvergabe, wie ein erhöhtes Schnittstellenrisiko o.ä., reichen nicht aus, um eine Gesamtvergabe zu begründen; es muss sich stets um auftragsbezogene Besonderheiten handeln. Die Gründe für den Verzicht auf eine mittelstandsfreundliche Losvergabe zugunsten einer Gesamtvergabe muss der öffentliche Auftraggeber in der Vergabeakte dokumentieren. Daneben dürfen etwa die Eignungsanforderungen nicht so hoch gewählt werden, dass mittelständische Unternehmen sich nicht bewerben können.

## (8) Eignung der Unternehmen (§ 122 GWB)

Öffentliche Aufträge dürfen nur an geeignete, also an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, bei denen keine Ausschlussgründe im Sinne der §§ 123, 124 GWB vorliegen. Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags jeweils festgelegten **Eignungskriterien** erfüllt. Unternehmen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen, sind vom Vergabeverfahren auszuschließen. Die Eignungskriterien dürfen ausschließlich betreffen:

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie
- die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Eignungskriterien müssen mit dem Auftrag in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sie sind in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. In den Vergabeunterlagen dürfen sie konkretisiert, jedoch nicht neu festgelegt werden.

Öffentliche Auftraggeber müssen die generelle Eignung eines Bieters für den konkreten Auftrag überprüfen. Die **Eignungsprüfung** ist ein wesentlicher Teil eines jeden Vergabeverfahrens. Auf die Eignungsprüfung darf auch nicht unter dem Aspekt, dass ein Bieter „bekannt und bewährt“ ist, verzichtet werden. Die Prüfung der Eignung entscheidet darüber, ob ein Unternehmen von seinen Erfahrungen, Fähigkeiten und Ressourcen her sowie nach seinem bisherigen Geschäftsgebaren für die Auftragsvergabe grundsätzlich in Betracht kommt. Dazu muss die Prognose gerechtfertigt sein, dass das Unternehmen die von dem Auftraggeber nachgefragten Leistungen vertragsgerecht erbringen können. Hierzu muss es über die für den Auftrag notwendigen Fachkenntnisse und Erfahrungen und über die personellen, technischen, finanziellen und kaufmännischen Mittel verfügen, um den Auftrag fachlich einwandfrei und fristgerecht ausführen zu können.

Über die **Zuverlässigkeit** eines Bieters entscheidet das (Nicht-)Vorliegen von Ausschlussgründen im Sinne der §§ 123, 124 GWB. Über die Vorgaben in §§ 123, 124 GWB wird sichergestellt, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist.

## Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)

Zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen sind Bewerber oder Bieter im Rahmen der Auswahl der Teilnehmer eines Vergabeverfahrens, bei denen zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen (z.B. wenn eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig für bestimmte Straftaten verurteilt worden ist). Rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen und Strafbefehle, die wegen einer der in § 123 Absatz 1 GWB aufgeführten Straftaten ergangen sind, werden auch in das neu geschaffene **Wettbewerbsregister** eingetragen, das es Auftraggebern ermöglichen soll, durch eine einzige elektronische Abfrage bundesweit nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu relevanten Rechtsverstößen gekommen ist. Das Gesetz zur Einführung des Wettbewerbsregisters (WRegG) ist am 29. Juli 2017 in Kraft getreten. Jedoch sind sowohl die Abfragepflichten öffentlicher Auftraggeber, als auch die Meldepflichten noch nicht anwendbar. Diese beginnen gemäß den Übergangsbestimmungen erst, wenn eine entsprechende Rechtsverordnung in Kraft getreten ist. Das Wettbewerbsregister befindet sich derzeit in der Aufbauphase; nach derzeitigem Stand soll es Ende 2020 seinen Betrieb aufnehmen.

## Fakultative (mögliche) Ausschlussgründe (§ 124 GWB)

§ 123 GWB enthält fakultative (mögliche) Ausschlussgründe, nach denen ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann. Das betrifft insbesondere ein **schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten**, das die Integrität eines Unternehmens in Frage stellt und das zum Ausschluss des Unternehmens vom Vergabeverfahren führen kann, selbst wenn ansonsten die Eignung des Unternehmens gegeben ist. Es liegt im **Ermessen des Auftraggebers**, ob er ein Unternehmen in diesen Fällen ausschließt, also wegen des Fehlverhaltens des Unternehmens dessen Zuverlässigkeit zu verneinen ist. Der Auftraggeber muss die Prognose treffen, ob von dem Unternehmen trotz des Fehlverhaltens zu erwarten ist, dass es den Auftrag gesetzestreu, vertragsgerecht und sorgfältig ausführt.

Von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren können Unternehmen zum Beispiel ausgeschlossen werden, wenn

- sie bei der Ausführung früherer öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende **umwelt- oder sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen** verstoßen haben,
- das Unternehmen zahlungsunfähig ist, über das Vermögen des Unternehmens ein **Insolvenzverfahren** oder vergleichbares Verfahren eröffnet worden ist o.ä.,
- wenn das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine **schwere Verfehlung** begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird,
- der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen Vereinbarungen mit anderen Unternehmen getroffen hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder **Verfälschung des Wettbewerbs** bezwecken oder bewirken,
- ein **Interessenskonflikt** bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht,
- eine **Wettbewerbsverzerrung** daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann,
- das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der **Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags** erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat,
- das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine **schwerwiegende Täuschung** begangen oder Auskünfte zurückgehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln.

## Von den Unternehmen vorzulegende Unterlagen zum Beleg der Eignung

Um überprüfen zu können, ob die Unternehmen die von ihm festgelegten Eignungskriterien erfüllen, legt der Auftraggeber auch fest, mit welchen Unterlagen (**Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise**) die Unternehmen ihre Fachkunde und Leistungsfähigkeit bzw. das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben (s. Checkliste Eignungsnachweise). Auch die von ihm verlangten Unterlagen zum Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens der Ausschlussgründe muss der Auftraggeber bereits in der Auftragsbekanntmachung auflisten. Dadurch können interessierte Unternehmen schon aus der Auftragsbekanntmachung erkennen, ob sie die Eignungsvoraussetzungen erfüllen und es sich also für sie lohnt, die Vergabeunterlagen abzufordern. **Ein Link in der Auftragsbekanntmachung** kann nur in absoluten Ausnahmefällen die sonst zwingend vorgegebene vollständige Veröffentlichung der Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung ersetzen. Hierzu muss der Link an der richtigen Stelle in der Auftragsbekanntmachung stehen und der Klick auf den Link unmittelbar und direkt zu den Eignungskriterien führen. Die Unterlagen zum Beleg der Eignung, die der Auftraggeber vorgelegt bekommen möchte, sind auch schon deshalb in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, damit die Bieter genügend Zeit haben, sich geforderte amtliche Bescheinigungen oder Nachweise rechtzeitig zu beschaffen. Im Übrigen soll sich der Auftraggeber grundsätzlich auf **Eigenerklärungen** der Bieter beschränken; falls er Eigenerklärungen für nicht ausreichend hält, ist dies in der Dokumentation des Vergabeverfahrens zu begründen.

Wenn die Unternehmen zur Durchführung des Auftrags Unterauftragnehmer (**Nachunternehmer**) einsetzen wollen, sind für diese Unterauftragnehmer zumindest die Erklärungen über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen vorzulegen. Außerdem kann der Auftraggeber für Nachunternehmer Eignungsnachweise für diejenigen Tätigkeiten verlangen, die der Nachunternehmer erbringen soll.

Im Falle einer **Bietergemeinschaft**, also einem Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zur gemeinsamen Abgabe eines Angebotes im Rahmen der Ausschreibung und für die spätere gemeinsame Leistungserbringung, haben alle Mitglieder der Bietergemeinschaft die Erklärungen über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen vorzulegen. Die sonstigen Eignungsnachweise müssen jedoch nur für die Bietergemeinschaft insgesamt vorliegen, und zwar entsprechend der durch die Bietergemeinschaft gewählten Arbeitsteilung.

Unternehmen können sich zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen und finanziellen sowie technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf die Nachweise anderer Unternehmen berufen (**Eignungsleihe**). Das andere Unternehmen muss in diesem Fall eine Verpflichtungserklärung vorlegen, wonach seine Kapazitäten dem Bieter oder Bewerber für die Ausführung des konkreten Auftrags tatsächlich zur Verfügung stehen. Das andere Unternehmen muss nicht, kann aber zugleich Nachunternehmer sein. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass der Bieter oder Bewerber sich für den Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit auf Mitarbeiter eines anderen Unternehmens beruft; in diesem Fall muss das andere Unternehmen die Leistungen tatsächlich auch ausführen.

## (9) Zuschlagskriterium wirtschaftlichstes Angebot (§ 127 GWB)

Gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Bei der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien hat sich der deutsche Gesetzgeber gegen das Zuschlagskriterium „niedrigster Preis“ entschieden und vielmehr das traditionell im deutschen Vergaberecht für die Angebotswertung zum Tragen kommende Zuschlagskriterium der „Wirtschaftlichkeit“ beibehalten. Bewertet wird demnach das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis**. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots kann der öffentliche Auftraggeber verschiedene Kriterien heranziehen. Diese „**Wirtschaftlichkeits-**“ oder „**Zuschlagskriterien**“ sind beispielhaft in der VgV und der VOB/A-EU genannt. Neben dem Preis können beispielsweise Qualität, Umwelteigenschaften oder Ausführungsfristen als Zuschlagskriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes herangezogen werden. Die Wirtschaftlichkeits- oder Zuschlagskriterien muss der öffentliche Auftraggeber im Vorfeld der Angebotsabgabe festlegen, ggf. durch Unterkriterien konkretisieren und gewichten bzw. muss er sie den interessierten Unternehmen spätestens mit den Vergabeunterlagen zur Kenntnis geben, damit diese sich bei der Angebotserstellung darauf einstellen können. Die Zuschlagskriterien sind angebotsbezogen und als solche grundsätzlich von den Eignungskriterien, die unternehmensbezogen sind, zu trennen. Der Auftraggeber darf jedoch auch die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals bewerten, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann.

## (10) Subjektive Bieterrechte (§ 97 Abs. 6 GWB) und Nachprüfungsverfahren

Seit 1999 normiert das deutsche Vergaberecht einen **Anspruch der Unternehmen** darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Der Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, das Vergaberecht (korrekt) anzuwenden, entspricht das Recht der Bewerber / Bieter, die korrekte Anwendung der Vergaberegeln notfalls gerichtlich durchsetzen zu können. Die §§ 160 ff. GWB sehen hierfür das so genannte Nachprüfungsverfahren vor. Dabei handelt es sich um das spezielle vergaberechtliche Rechtsschutzverfahren für Unternehmen, die bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt wurden.

Um ein **Nachprüfungsverfahren** einzuleiten, muss ein am Auftrag interessiertes Unternehmen einen entsprechenden Antrag („Nachprüfungsantrag“) bei der Vergabekammer, einer gerichtsähnlichen Kontrollbehörde stellen. Das antragstellende Unternehmen muss sein Interesse an dem konkreten Auftrag darlegen, eine Rechtsverletzung durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen und darlegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 GWB). Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit der Bieter den geltend gemachten Verstoß nicht zuvor gegenüber dem



Auftraggeber gerügt hat (§ 160 Abs. 3 GWB, s. Checkliste Rüge). Hierdurch soll dem Auftraggeber vor allem die Möglichkeit zur Selbstkorrektur gegeben werden. Für das erstinstanzliche Verfahren vor der Vergabekammer sieht das Gesetz eine Regelverfahrensdauer von 5 Wochen vor. In zweiter Instanz überprüfen die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten die Beschlüsse der Vergabekammer im Verfahren der sofortigen Beschwerde. Das Nachprüfungsverfahren steht aber nur bei EU-weiten Ausschreibungen zur Verfügung.

Im Bereich **unterhalb der EU-Schwellenwerte**, also bei den Vergaben, die nach der UVgO bzw. dem ersten Abschnitt der VOB/A und nach Haushaltsrecht ablaufen, gibt es dieses spezielle Rechtschutzinstrument nicht. Bieter bzw. Teilnehmer an solchen Ausschreibungen sind dort auf die Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor Zivil- oder Verwaltungsgerichten beschränkt.

## 2. Vergabeverfahren – Wahl des richtigen Verfahrens

In dem Bereich oberhalb der EU-Schwellenwerte stehen insgesamt fünf unterschiedliche Vergabeverfahren zur Verfügung. Für die Ausschreibung von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach der UVgO bzw. dem ersten Abschnitt der VOB/A gibt es insgesamt drei unterschiedliche Vergabeverfahren. Die Vergabeverfahren werden in der nachfolgenden Abbildung übersichtlich dargestellt:

### Vergabeverfahren

EU-Terminologie	Traditionelle Terminologie in Deutschland
offenes Verfahren	öffentliche Ausschreibung
nichtoffenes Verfahren (mit Teilnahmewettbewerb)	beschränkte Ausschreibung ggfs. nach Teilnahmewettbewerb
Verhandlungsverfahren ggfs. nach Teilnahmewettbewerb	freihändige Vergabe/ Verhandlungsvergabe ggfs. nach Teilnahmewettbewerb
wettbewerblicher Dialog/ Innovationspartnerschaft	

#### a) EU-weite Vergabeverfahren

Aufträge nach der VOB/A-EU und der VgV können im EU-weiten Bereich grundsätzlich im offenen Verfahren oder im nicht offenen Verfahren (mit Teilnahmewettbewerb) vergeben werden. Diese beiden Verfahren stehen dem Auftraggeber nach seiner Wahl zur Verfügung (§ 119 Abs. 2 GWB). Die anderen Verfahrensarten darf der Auftraggeber nur wählen, soweit dies durch gesetzliche Bestimmungen gestattet ist. In derartigen begründeten Ausnahmefällen ist ein Verhandlungsverfahren, ein wettbewerblicher Dialog oder eine Innovationspartnerschaft zulässig. Ausnahmefälle, die eine Abweichung vom offenen bzw. vom nicht offenen Verfahren erlauben, finden sich in § 14 Abs. 3 und 4 VgV bzw. in § 3a EU Abs. 2 – 5 VOB/A.

##### aa) Das offene Verfahren

Offene Verfahren sind Verfahren, bei denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 119 Abs. 3 GWB). Das offene Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass alle interessierten Unternehmen die Möglichkeit haben, ein Angebot abzugeben. Der Auftraggeber kann die Zahl der

Anbieter nicht begrenzen. Das offene Verfahren wird eröffnet durch eine Auftragsbekanntmachung bei TED („Tenders Electronic Daily“), der Onlineversion des „Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union“ für das europäische öffentliche Auftragswesen (s. Checkliste Auftragsbekanntmachung). Hier werden sämtliche Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in vorgegebenen Standardformularen veröffentlicht. Die Auftragsbekanntmachung muss einen Link enthalten, unter dem die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Die interessierten Unternehmen laden sich die Vergabeunterlagen aus dem Internet herunter. Fragen zum Vergabeverfahren und zu den Vergabeunterlagen sind dann während der Angebotsfrist von dem Auftraggeber zu beantworten. Nach Abgabe der Angebote werden diese von dem Auftraggeber erstmalig geöffnet und sodann nach einem in der VOB/A-EU und der VgV vorgegebenen vierstufigen Prüfschema geprüft und gewertet (s. Checkliste Angebotswertung). Es gilt ein striktes **Verhandlungsverbot**. Der Auftraggeber darf von den Bietern nur Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen.

Bevor der Zuschlag an den Bestbieter erteilt wird, sind die unterlegenen Bieter gemäß § 134 GWB von dem Auftraggeber über den Namen des Bieters, der den Zuschlag erhalten soll, über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses und über die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots des angeschriebenen Bieters zu informieren. Der Zuschlag darf dann erst 15 bzw. (verkürzt) 10 Kalendertage nach Absendung dieses Absageschreibens an die unterlegenen Bieter erteilt werden. Nach Zuschlagserteilung muss der Auftraggeber noch einmal eine Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag bei TED veröffentlichen (die sogenannte „Vergabebekanntmachung“).

## bb) Das nicht offene Verfahren

Das **nicht offene Verfahren** unterscheidet sich hiervon insbesondere dadurch, dass der Angebotsphase eine Bewerbungsphase vorausgeschaltet ist. Gemäß § 119 Abs. 3 GWB wählt der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen nach objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Kriterien aus (Teilnahmewettbewerb), die er dann zu Abgabe von Angeboten auffordert. Das nicht offene Verfahren ist also ein **zweistufiges Vergabeverfahren**: Die an dem Auftrag interessierten Unternehmen müssen sich bei dem Auftraggeber im **Teilnahmewettbewerb** zunächst einmal unter Vorlage von Unterlagen zum Beleg ihrer Eignung und zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen bewerben. Der Auftraggeber prüft die Eignung der Bewerber und das Vorliegen von Ausschlussgründen und wählt dann aus dem Kreis der geeigneten Bewerber diejenigen am besten geeigneten aus, die er zur Angebotsabgabe auffordert; die Zahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber muss – soweit vorhanden – mindestens fünf betragen. Nach der Auswahl der (am besten geeigneten) Bewerber werden diese zur Angebotsabgabe aufgefordert. Nach Ablauf der Angebotsfrist werden dann die Angebote eröffnet und geprüft sowie gewertet. Die Eignung der Bieter wird an dieser Stelle grundsätzlich nicht mehr geprüft (denn dies hat ja schon im Teilnahmewettbewerb stattgefunden). Auch hier gilt ein striktes Verhandlungsverbot, die Angebote dürfen vom Auftraggeber nur aufgeklärt, nicht geändert werden. Vor Zuschlagserteilung an den Bestbieter sind die anderen Bieter wiederum gemäß § 134 GWB zu informieren. Nach Zuschlagserteilung muss auch hier eine Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag bei TED veröffentlicht werden („Vergabebekanntmachung“).

## cc) Das Verhandlungsverfahren

Verhandlungsverfahren sind Vergabeverfahren, bei denen sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme (durch EU-weite Bekanntmachung) an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 119 Abs. 5 GWB). Verhandlungsverfahren mit oder ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb dürfen vom Auftraggeber nur dann als Vergabeart gewählt werden, wenn die Voraussetzungen der in § 14 Abs. 3 und 4 VgV bzw. in § 3a Abs. 2 und 3 EU VOB/A abschließend geregelten Ausnahmen hierfür erfüllt sind. Das Verhandlungsverfahren ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass der öffentliche Auftraggeber mit den Teilnehmern am Verfahren (Bietern) **über den gesamten Angebotsinhalt verhandeln** darf. Gegenstand der Verhandlungen kann insbesondere auch der Angebotspreis sein. Ausgenommen von den Verhandlungen sind allein die vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und die Zuschlagskriterien.

Der konkrete **Ablauf** des Verhandlungsverfahrens, ist durch die VgV bzw. die VOB/A-EU nur in wenigen, groben Zügen vorgegeben. Es handelt sich um ein flexibleres Verfahren, das der öffentliche Auftraggeber freier gestalten kann. Die Tatsache, dass es sich beim Verhandlungsverfahren um ein flexibles Verfahren handelt, bedeutet jedoch nicht, dass der Auftraggeber bei der Gestaltung des Verfahrens von jeglichen Rechtsbindungen befreit ist. Die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung gelten selbstverständlich auch in dem Verhandlungsverfahren. Der Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Der Auftraggeber kann die Zahl der Verhandlungsrunden von seinen Notwendigkeiten abhängig machen. Es ist ihm auch gestattet, die Zahl der Bieter, mit denen er verhandelt, während des Vergabeverfahrens auf der Basis der veröffentlichten Zuschlagskriterien zu reduzieren, also Bieter nicht weiter im Verfahren zu berücksichtigen, die nach dem aktuellen Stand der Verhandlungen voraussichtlich keine Chance auf den Zuschlag haben. In der Schlussphase des Verfahrens müssen jedoch noch so viele Angebote vorliegen, dass der Wettbewerb gewährleistet ist. Beabsichtigt der Auftraggeber die Verhandlungen abzuschließen, unterrichtet er die verbleibenden Bieter legt eine einheitliche Frist für die endgültigen Angebote fest. Er prüft, ob die endgültigen Angebote die Mindestanforderungen erfüllen und entscheidet über den Zuschlag auf der Basis der veröffentlichten Zuschlagskriterien.

#### dd) Der wettbewerbliche Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge (vgl. § 119 Abs. 6 GWB). Während des wettbewerblichen Dialogs, der ebenso wie das Verhandlungsverfahren nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen darf, ist der öffentliche Auftraggeber ausnahmsweise berechtigt, mit den in Betracht kommenden Unternehmen die Leistungsbeschreibung bzw. das Leistungsverzeichnis zu erarbeiten. Diese Vergabeart ist für **besonders komplexe Aufträge** eingeführt worden, bei denen der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Mittel anzugeben, um seinen Beschaffungsbedarf zu befriedigen. Als Beispiele im Hinblick auf den Anwendungsbereich dieses Verfahrens werden komplexe Softwarelösungen für große Verwaltungseinheiten genannt.

#### ee) Die Innovationspartnerschaft

Die Innovationspartnerschaft ist ein **Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb** der daraus hervorgehenden Leistungen (§ 119 Abs. 7 GWB). Die Innovationspartnerschaft ist ähnlich strukturiert wie das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog. Nach einem öffentlichen Teilnahmewettbewerb verhandelt der Auftraggeber in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote. Die Innovationspartnerschaft soll den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, eine langfristige Partnerschaft für die Entwicklung und den anschließenden Kauf neuer innovativer Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen zu begründen, ohne dass ein getrenntes Vergabeverfahren für den Kauf erforderlich ist.

### 3. Elektronische Vergabe

Seit dem 18. April 2016 müssen öffentliche Auftraggeber und Unternehmen bei Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte grundsätzlich elektronische Mittel zur Kommunikation nutzen (vgl. § 97 Abs. 5 GWB, § 9 Abs. 1 VgV bzw. § 11 EU VOB/A). Die elektronische Beschaffung (E-Vergabe) erlaubt es, Vergabeverfahren vollständig über das Internet und spezielle Vergabepattformen abzuwickeln. Sowohl für den öffentlichen Auftraggeber als auch für private Auftragnehmer ist die E-Vergabe effizienter aufgrund einheitlicher Verfahren und geringerer Kosten.

Für Beschaffungen **oberhalb der EU-Schwellenwerte** gelten § 97 Abs. 5 GWB und §§ 9 ff. VgV bzw. §§ 11 EU VOB/A. In jedem Stadium eines öffentlichen Vergabeverfahrens nutzen sowohl die Auftraggeber als auch die Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel. Die elektronische Kommunikation betrifft insbesondere die elektronische Bereitstellung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie die elektronische Vorbereitung des Zuschlags. Die Umstellung auf die elektronische Kommunikation ist zwin-

gend, und zwar unabhängig vom Liefer- und Leistungsgegenstand, der der Vergabe zugrunde liegt.

Die **Digitalisierung** öffentlicher Vergabeverfahren ist **stufenweise** verwirklicht worden:

- Seit dem 18. April 2016 dürfen EU-weite Auftragsbekanntmachungen nur noch elektronisch beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union eingereicht werden. Die Auftragsbekanntmachungen müssen zwingend eine Internetadresse enthalten, unter der sämtliche Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.
- Bis spätestens 18. Oktober 2018 mussten alle Auftraggeber und Auftragnehmer vollständig auf eine elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren umgestellt haben. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen noch per Post beziehungsweise oder auf einem anderen geeigneten Weg übermittelt werden. Die Zentralen Beschaffungsstellen des Bundes sowie der Länder und Kommunen hatten bereits zum 18. April 2017 komplett auf E-Vergabe umstellen müssen. Seit dem 18. Oktober 2018 dürfen andere als elektronische Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen – abgesehen von ganz wenigen Ausnahmefällen – nicht mehr entgegen genommen und im Vergabeverfahren berücksichtigt werden.

Auch **unterhalb der EU-Schwellenwerte** wird die umfassende Digitalisierung der Vergabeverfahren angestrebt.

- Für die **Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen** in nationalen Vergabeverfahren sieht die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) als Kernelemente der Digitalisierung vor, dass Auftraggeber künftig öffentliche Aufträge im Internet bekannt machen müssen und die Vergabeunterlagen den Unternehmen kostenfrei und direkt abrufbar zur Verfügung stellen. Auch sollen Bewerber und Bieter nach einer **Übergangszeit bis Ende 2019** ihre Teilnahmeanträge und Angebote grundsätzlich nur noch elektronisch einreichen. Seit dem 01.01.2019 muss der Auftraggeber die Einreichung von Teilnahmeanträgen und Angeboten in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) mithilfe elektronischer Mittel akzeptieren, auch wenn er die Übermittlung auf dem Postweg, durch Telefax oder durch einen anderen geeigneten Weg oder durch Kombination dieser Mittel vorgegeben hat. Dasselbe gilt für die sonstige Kommunikation während des Vergabeverfahrens. Seit dem 01.01.2020 dürfen die Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließlich mithilfe elektronischer Mittel übermitteln. Das gilt auch für die sonstige Kommunikation während des Vergabeverfahrens.
- Für die **Vergabe von Bauleistungen** ist – anders als im Abschnitt 2 der VOB/A (VOB/A-EU) – der Grundsatz der elektronischen Kommunikation nicht eingeführt worden. **Der Auftraggeber hat vielmehr die Wahl, ob er** für die Durchführung des Vergabeverfahrens **elektronische Kommunikationsmittel einsetzt** oder nicht. Wird die E-Vergabe vom Auftraggeber genutzt, gelten für die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Ober- und Unterschwellenbereich identische Regelungen. Bis zum 18. Oktober 2018, also dem Zeitpunkt, ab dem im Oberschwellenbereich die E-Vergabe spätestens verpflichtend wurde, musste der Auftraggeber schriftliche Angebote immer zulassen, er konnte also nicht vollständig auf die E-Vergabe umstellen. Seither kann der Auftraggeber bei Bauvergaben im Unterschwellenbereich die Form der einzureichenden Angebote bestimmen. Er kann wählen, ob er weiterhin schriftliche Angebote zulässt oder ausschließlich elektronisch eingereichte. Die Verfahrensweise zur Öffnung der Angebote ist mit der zugelassenen Art der Angebotsabgabe verknüpft.

## 4. Fristen

Im **offenen Verfahren** gelten folgende Mindestfristen (s. Checkliste Mindestfristen): Die Angebotsfrist beträgt mind. 35 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Akzeptiert der Auftraggeber die Abgabe elektronischer Angebote, kann er die Frist um fünf Tage verkürzen (auf 30 Tage). Macht eine hinreichend begründete Dringlichkeit die Einhaltung der Frist unmöglich, kann die Frist verkürzt werden, sie muss aber immer mindestens 15 Tage betragen. Die Dringlichkeit muss allerdings auf Gründen beruhen, die der Auftraggeber

nicht zu vertreten hat, d.h. eine unzureichende Zeitplanung der Beschaffungsstelle rechtfertigt keine Verkürzung der Angebotsfrist. Sofern eine Vorabinformation veröffentlicht worden ist, kann die Angebotsfrist auf 15 Tage verkürzt werden (auch ohne besondere Dringlichkeit).

Im **nicht offenen Verfahren** und **Verhandlungsverfahren** beträgt die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist) beträgt mind. 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Macht eine hinreichend begründete Dringlichkeit die Einhaltung der Teilnahmefrist unmöglich, kann die Frist verkürzt werden, sie muss aber immer mindestens 15 Tage betragen. Die Angebotsfrist (im Verhandlungsverfahren für die Erstangebote) beträgt 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Der Auftraggeber kann mit Einverständnis aller Bewerber eine kürzere Angebotsfrist vorgeben; sie muss für alle gleich sein. Akzeptiert der Auftraggeber die Abgabe elektronischer Angebote, kann er die Frist um fünf Tage verkürzen (auf 25 Tage). Macht eine hinreichend begründete Dringlichkeit die Einhaltung der Angebotsfrist unmöglich, kann die Frist verkürzt werden, sie muss aber immer mindestens 10 Tage betragen. Sofern eine Vorabinformation veröffentlicht worden ist, kann die Angebotsfrist auf 10 Tage verkürzt werden (auch ohne besondere Dringlichkeit). Für die Frist zur Abgabe der verbindlichen Angebote im Verhandlungsverfahren gibt es keine Vorgaben; sie muss angemessen sein.

### Mindestfristen

Verfahrensart	Teilnahmefrist	Angebotsfrist (bei Dringlichkeit)	Elektronische Angebote zugelassen	Angebotsfrist bei Vorinformation
Offenes Verfahren	—	35 Tage (15 Tage)	30 Tage	15 Tage
Nicht offenes Verfahren	30 Tage (15 Tage)	30 Tage (10 Tage)	25 Tage	10 Tage
Verhandlungsverfahren	30 Tage (15 Tage)	30 Tage (10 Tage)	25 Tage	10 Tage

Grafik: Mindestfristen

## 5. Auftragsbekanntmachung (Beginn des Vergabeverfahrens)

- Wo finde ich welche Bekanntmachung?
- Welche Angaben müssen enthalten sein?
- Worauf muss ich als Bieter besonders achten?
- Was muss ich veranlassen, wenn ich Fehler entdecke?
- Bis wann muss ich tätig werden?
- Auf welche Unterschiede muss ich mich einstellen, wenn der Auftraggeber statt eines offenen Verfahrens ein nicht offenes oder ein Verhandlungsverfahren durchführt?
- Welche Unterschiede bestehen zwischen Bekanntmachungen bei EU-weiten und Bekanntmachungen bei bundesweiten Vergaben?



## a) Auftragsbekanntmachung bei TED

Bei den EU-weiten Vergaben muss der öffentliche Auftraggeber die Absicht, einen Auftrag vergeben zu wollen, zwingend in einer Auftragsbekanntmachung (s. Checkliste Auftragsbekanntmachung) mittels eines von der EU vorgegebenen **Standardformulars** auf einer zentralen Vergabepattform bekannt geben: TED, „Tenders Electronic Daily“), der Onlineversion des „Supplements zum Amtsblatt der Europäischen Union“ für das europäische öffentliche Auftragswesen. Die Auftragsbekanntmachung wird lediglich elektronisch in diesem Portal TED veröffentlicht. Nicht zwingend vorgeschrieben, sondern freiwillig ist eine zu Beginn des Haushaltsjahres vom Auftraggeber veröffentlichte Bekanntmachung (**Vorinformation**). Die Vorinformation ist vom Inhalt her knapper als die Auftragsbekanntmachung. Mit der Vorinformation kündigt der öffentliche Auftraggeber zu Beginn des Haushaltsjahres an, welche Vergaben er voraussichtlich in dem kommenden Haushaltsjahr durchzuführen gedenkt. Dadurch, dass die interessierten Unternehmen durch diese Vorinformation schon auf die Vergabeabsicht des Auftraggebers aufmerksam geworden sind, ist der Auftraggeber berechtigt, in dem nachfolgenden Vergabeverfahren dann die Angebotsfrist zu verkürzen.

Die Auftragsbekanntmachungen bei TED, die der öffentliche Auftraggeber mit den von der EU vorgeschriebenen Formularen übermittelt, werden beim Amt für amtliche Veröffentlichungen nicht inhaltlich geprüft, bevor sie in das Portal eingestellt werden. Dies heißt, dass die Angaben des öffentlichen Auftraggebers nicht durch eine „neutrale Instanz“ auf Konformität mit dem Vergaberecht, Richtigkeit, Schlüssigkeit oder ähnliches geprüft werden. Die Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers findet daher letztlich streng genommen nur durch die Bewerber oder Bieter selbst statt. Als Bewerber oder Bieter sollten Sie daher die **Auftragsbekanntmachung** kritisch prüfen und insbesondere auf folgende Aspekte achten:

- Hat der öffentliche Auftraggeber Kontaktdaten angegeben?
- Enthält die Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können?
- Welche Form der Kommunikation (Telefax, E-Mail, postalisch etc.) wünscht der öffentliche Auftraggeber?
- Handelt es sich um einen Einzelauftrag, eine Rahmenvereinbarung oder ein dynamisches Beschaffungssystem?
- Sieht der Auftraggeber eine Aufteilung in Lose vor oder handelt es sich um eine Gesamtvergabe?
- Lässt der Auftraggeber Nebenangebote (Varianten/Alternativangebote) zu oder schließt er sie aus?
- Wie definiert der Auftraggeber den Auftragsumfang? Gibt es Optionen? Wie definiert der Auftraggeber die Ausführungsfrist? Gibt es Verlängerungsoptionen?
- Gibt der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung die Teilnahmebedingungen (Erklärungen und Nachweise für die Fachkunde und Leistungsfähigkeit bzw. zu den Ausschlussgründen gemäß §§ 123, 124 GWB) an?
- Fordert der Auftraggeber Mindeststandards im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit?
- Haben die vom Auftraggeber in der Rubrik Teilnahmebedingungen geforderten Erklärungen einen Bezug zum Auftragsgegenstand? Sind die geforderten Erklärungen und Nachweise und auch etwaige Mindestanforderungen verhältnismäßig und zumutbar?
- In welchem Verfahren wird der Auftrag vergeben (offenes Verfahren, nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft)?
- Ist eine Beschränkung des Teilnehmerkreises beabsichtigt? Anhand welcher Kriterien?
- Hat der öffentliche Auftraggeber die Zuschlagskriterien (also die Kriterien für die Wertung der Angebote) angegeben oder verweist er insoweit auf die Vergabeunterlagen?
- Wann ist der Schlusstermin für die Anforderung der Vergabeunterlagen?
- Wann läuft die Angebots-/ Bewerbungsfrist ab?
- Wann läuft die Zuschlags- und Bindefrist ab?
- Welche Informationen gibt der öffentliche Auftraggeber zum Rechtsschutz? Welche Vergabekammer ist zuständig? Gibt der Auftraggeber einen Hinweis auf die Frist für die Einlegung von Rechtsbehelfen, insbesondere auf die Rechtsbehelfsfrist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB?

Stellt ein Bewerber oder Bieter in der Auftragsbekanntmachung **Unklarheiten**, dass **gänzliche Fehlen von Angaben oder andere Fehler** fest, stellt sich die Frage des weiteren Vorgehens. Zunächst einmal gibt es die Möglichkeit, dass das Unternehmen den Auftraggeber kontaktiert und Unklarheiten oder Fehler hinterfragt bzw. auf Lücken in der Bekanntmachung hinweist und um Ergänzung der Auftragsbekanntmachung bittet. Es gibt ein EU-Formular für Ergänzungen oder Berichtigungen der Bekanntmachung, das vom Auftraggeber genutzt werden kann, um dann auf entsprechende Hinweise oder Fragen der interessierten Unternehmen zu reagieren und seine Angaben in der Bekanntmachung zu korrigieren oder zu vervollständigen.

Alternativ sind die Teilnehmer am Vergabeverfahren nach § 160 Abs. 3 GWB gehalten, **Vergaberechtsverstöße**, die aus der Bekanntmachung erkennbar sind, gegenüber dem Auftraggeber zu **rügen**. Wenn der Auftraggeber es beispielsweise versäumt hat, in der Rubrik Teilnahmebedingungen die Kriterien und Unterlagen aufzulisten, die für die Eignungsprüfung der Bieter bzw. Bewerber benötigt werden, müsste dies von einem interessierten Unternehmen spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden. Versäumt ein Bieter diese Rüge und gibt ein Angebot ab, ohne eine Rüge erteilt zu haben, kann er einen späteren Nachprüfungsantrag nicht mehr auf diesen Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers stützen: Gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn der Bieter die von ihm beanstandeten Verstöße gegen Vergabevorschriften nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat.

## b) Beschafferprofil

Zusätzlich zu der zwingend vorgehenden Bekanntmachung bei TED haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ihre Absicht einen Auftrag zu vergeben, im Internet auf einer eigenen Internetseite oder als Unterseite ihrer Homepage zu veröffentlichen. Diese Bekanntmachungsform wird Beschafferprofil genannt. Es enthält Angaben über geplante oder laufende Vergabeverfahren, über vergebene Aufträge oder aufgehobene Vergabeverfahren sowie alle sonstigen für die Auftragsvergabe relevanten Informationen wie zum Beispiel Kontaktstelle, Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefon- und Telefaxnummer des Auftraggebers.

## c) weitere nationale Bekanntmachungen

Der öffentliche Auftraggeber ist nicht gehindert, zusätzlich zu der zwingend vorgegebenen TED-Bekanntmachung freiwillig weitere Bekanntmachungen in einschlägigen Publikationsorganen, Tageszeitungen oder Fachzeitschriften zu veröffentlichen. Auch hier ist darauf zu achten, dass die dort veröffentlichten Informationen nicht zeitlich vor der TED-Bekanntmachung erfolgen und nicht umfangreicher sind als die Inhalte der Bekanntmachung bei TED.

## d) Bekanntmachungen unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte teilt der öffentliche Auftraggeber seine Absicht, einen öffentlichen Auftrag im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung, einer Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb oder einer Freihändigen Vergabe (im Geltungsbereich der UVgO: Verhandlungsvergabe) mit Teilnahmewettbewerb zu vergeben oder eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, ebenfalls in einer Auftragsbekanntmachung (s. Checkliste Auftragsbekanntmachung) mit. Auftragsbekanntmachungen sind auf den Internetseiten des Auftraggebers oder auf Internetportalen zu veröffentlichen bzw. – im Geltungsbereich des 1. Abschnitts der VOB/A – können diese dort veröffentlicht werden. Zusätzlich können Auftragsbekanntmachungen in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften veröffentlicht werden. Auftragsbekanntmachungen auf Internetseiten des Auftraggebers müssen (im Geltungsbereich des 1. Abschnitts der VOB/A: können) zentral über die Suchfunktion des Internetportals [www.service.bund.de](http://www.service.bund.de) ermittelt werden können. Hier hat der Auftraggeber also für eine Verlinkung zu sorgen.

Aus der Auftragsbekanntmachung müssen alle Angaben für eine Entscheidung zur Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe ersichtlich sein. Insbesondere gehören zu den zu veröffentlichenden Inhalten die Unterlagen, welche die Bieter mit ihren Bewerbungen oder Angeboten zum Beleg ihrer Eignung bzw. zum Nichtvorliegen

von Ausschlussgründen vorzulegen haben (s. Checkliste Eignungsnachweise). Diese sind deshalb bereits in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, damit interessierte Unternehmen auf den ersten Blick erkennen können, welche Anforderungen an die Eignung vom Auftraggeber gestellt werden, ob sie diese erfüllen können und welche amtlichen Nachweise sie ggf. noch beschaffen müssen. § 28 Abs. 2 UVgO definiert einen Mindestinhalt der Bekanntmachung (im Gegensatz zur VOB/A „müssen“ zumindest die dort aufgelisteten Angaben enthalten sein; § 12 Abs. 2 VOB/A spricht lediglich von „sollen“).

## 6. Vergabeunterlagen

### a) Bereitstellung der Vergabeunterlagen

Bei **EU-weiten Vergabeverfahren** muss der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse angeben, unter die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können (§ 41 Abs. 1 VgV, § 11 EU Abs. 3 VOB/A).

Das gilt **auch unterhalb der EU-Schwellenwerte** (§ 29 Abs. 1 UVgO bzw. § 11 Abs. 2 und 3 VOB/A); im Bereich der VOB/A jedoch nur dann, wenn sich der Auftraggeber für eine elektronische Bereitstellung der Vergabeunterlagen entscheidet. Wenn nicht, muss er den interessierten Unternehmen die Vergabeunterlagen übersenden (s. Checkliste Vergabeunterlagen).

Die Vergabeunterlagen setzen sich im Regelfall aus folgenden Dokumenten zusammen:

- Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe)
- Bewerbungsbedingungen inklusive Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung
- Vertragsunterlagen: Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen/Vertrag
- Angebotskennzettel
- Formblatt für Mitteilungen/Fragen der Bewerber/Bieter
- Angebotsformblatt
- Formblatt für Bietergemeinschaftserklärung
- Formblatt für Nachunternehmererklärung und Verpflichtungserklärung des vom Bieter benannten Nachunternehmers
- Eigenerklärung zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

### c) Prüfung der Vergabeunterlagen

Vom Bieter sind die Vergabeunterlagen **unverzüglich nach Erhalt zu prüfen**. Dabei muss der Bieter insbesondere auf folgende Aspekte achten:

- Sind die Unterlagen vollständig? (Prüfung anhand der Übersicht der Anlagen im Aufforderungsschreiben)
- Sind alle für die Kalkulation benötigten Angaben enthalten?
- Ist die Leistungsbeschreibung/das Leistungsverzeichnis eindeutig, erschöpfend und widerspruchsfrei?
- Ist die Leistungsbeschreibung/das Leistungsverzeichnis produktneutral formuliert?
- Ist die beschriebene Leistung sinnvoll und machbar?
- In welcher Form müssen Eignungsnachweise beigebracht werden?
- Zu welchem Zeitpunkt müssen Eignungsnachweise beigebracht werden (mit dem Angebot oder erst auf Anforderung des Auftraggebers)?
- Sind die Zuschlagskriterien benannt und gewichtet worden?

- Wenn der Auftraggeber mehrere Zuschlagskriterien (nicht nur: Preis) benennt: Ist den Vergabeunterlagen eine Bewertungsmatrix beigelegt? Ist der Wertungsvorgang vom Auftraggeber beschrieben worden? Gibt es eine Beschreibung dazu, wie der Auftraggeber monetäre und nicht monetäre Kriterien ins Verhältnis setzen wird?
- Erlauben die Vergabeunterlagen und insbesondere die Leistungsbeschreibung eine Kalkulation? Ist die Kalkulation zumutbar möglich?

Vor allem zu dem letztgenannten Aspekt (Angebotskalkulation) ist darauf hinzuweisen, dass das früher in den Vergabeordnungen normierte Verbot der **Auferlegung eines ungewöhnlichen Wagnisses** bereits bei der Reform des Vergaberechts 2009 gestrichen wurde. Das grundsätzliche Verbot für den Auftraggeber, Bietern bzw. Auftragnehmern in der Leistungsbeschreibung oder in sonstigen Vergabeunterlagen ungewöhnliche Wagnisse für Umstände oder Ereignisse aufzubürden, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einfluss auf die Preise und Fristen sie in voraus nicht schätzen können, existiert also in dieser Form nicht mehr. Ungewöhnliche und unkalkulierbare Anforderungen des Auftraggebers sind damit jedoch nicht ohne weiteres zulässig: Sie sind zum Beispiel am Maßstab von § 121 GWB i.V.m. § 31 VgV zu messen. Nach § 121 Abs. 1 GWB muss der Auftraggeber die nachgefragte Leistung „eindeutig und erschöpfend“ beschreiben, so dass vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Hierzu muss er insbesondere sämtliche kalkulationsrelevanten Umstände allgemein verständlich und abschließend in der Leistungsbeschreibung benennen. Eine unzureichende Leistungsbeschreibung kann unzumutbare Kalkulationsrisiken für Bieter bedeuten. Die Rechtsprechung sieht die Grenze der vergaberechtlichen Zulässigkeit dort erreicht, wo dem Bieter eine „kaufmännisch vernünftige Kalkulation“ unzumutbar ist.

Neben dem Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung muss die Vergabestelle vor allem das **Gebot der produktneutralen Ausschreibung** beachten. Es verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber dazu, in seiner Leistungsbeschreibung grundsätzlich auf jegliche Markennamen, Herstellerangaben, Ursprungsorte etc. zu verzichten. Diese Verpflichtung ist letztlich eine Folge des Wettbewerbsgebots, wonach der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, stets größtmöglichen Wettbewerb herzustellen und die Ausschreibung nicht auf einzelne Anbieter zuzuschneiden.

Das Gebot der **produktneutralen Ausschreibung** gilt jedoch **nicht ausnahmslos**:

- Zum einen ist der Auftraggeber dann berechtigt, auf Produkte, Marken, Typen etc. hinzuweisen, wenn es **durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt** ist. Mit anderen Worten: Der öffentliche Auftraggeber benötigt einen objektiven, sachlichen, auftragsbezogenen Grund, um in seiner Ausschreibung ein bestimmtes Produkt, ein bestimmtes Verfahren etc. zu fordern. Solche sachlichen Gründe müssen in jedem Fall in der Dokumentation des Vergabeverfahrens festgehalten werden. Sachliche Gründe für eine produktspezifische oder produktscharfe Ausschreibung können technische Zwänge, Schnittstellenrisiken, Wartungsaspekte oder auch Umweltgründe sein. Ferner kommen kaufmännische Erwägungen, wie der Aufwand für Ersatzteilhaltung oder für Schulungen in Betracht.
- Außerdem ist eine beispielhafte **Angabe eines Leitprodukts** zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht anders beschrieben werden kann; das ist allerdings ein strenger Ausnahmefall vom Grundsatz der produktneutralen Leistungsbeschreibung und es ist ein strenger objektiver Maßstab anzulegen. Der Auftraggeber darf ein Leitprodukt nicht mit der Begründung vorgeben, die Leistungsbeschreibung sei sonst zu aufwendig oder er verfüge nicht über die notwendige Sachkunde.
- Sofern ausnahmsweise ein Leitprodukt angegeben wird, ist es mit dem **Zusatz „oder gleichwertig“** zu versehen. Wird ein anderes Produkt angeboten, müssen die Bieter die Gleichwertigkeit im Angebot darlegen. Der Auftraggeber seinerseits muss hierzu in den Vergabeunterlagen Parameter für die Überprüfung der Gleichwertigkeit festlegen.

Wenn Bieter bei der Durchsicht der Vergabeunterlagen **produktscharfe Vorgaben des Auftraggebers** finden, die sie selbst nicht erfüllen können, ist ihnen zu empfehlen, noch vor Abgabe des Angebots bei dem Auftraggeber den sachlichen Grund für die produktspezifische Vorgabe zu erfragen. Ist ein solcher sachlicher Grund nicht erkennbar und wird ein solcher sachlicher Grund vom Auftraggeber auch nicht plausibel benannt, ist Bietern dringend

anzuraten, den Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität vor Abgabe des eigenen Angebotes zu rügen. Es ist dringend davon abzuraten, das Leistungsverzeichnis des Auftraggebers an entsprechender Stelle eigenständig abzuändern; ein Angebot, in dem der Bieter die Angaben des Auftraggebers verändert, muss regelmäßig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Wenn ein Bieter **Unklarheiten oder Fehler in den Vergabeunterlagen** feststellt, sollte er fehlende Unterlagen sofort nachfordern und Unklarheiten versuchen im Rahmen von Bieterfragen zu klären. Gemäß § 20 Abs. 3 VgV bzw. § 10a EU Abs. 6 Nr. 1 VOB/A müssen rechtzeitig von den Bietern beantragte Auskünfte über Vergabeunterlagen spätestens sechs Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt werden. Beim nicht offenen Verfahren und beim beschleunigten Verhandlungsverfahren beträgt diese Frist allerdings nur 4 Kalendertage. Kann der Auftraggeber diese Fristen nicht einhalten, muss er die Angebotsfrist angemessen verlängern. Wenn Bieter in den Vergabeunterlagen Verstöße gegen Vergabevorschriften erkennen können, müssen sie diese bis spätestens zum Ablauf der in der Auftragsbekanntmachung angegebenen Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber rügen. Verzichten sie auf eine solche Rüge, ist ein Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer im Hinblick auf diesen Vergaberechtsverstoß, der sich bereits aus den Vergabeunterlagen ergibt, nicht mehr möglich.

Sollte ein Bieter eine **Rüge** aussprechen, ist ihm zu empfehlen, dabei sachlich und freundlich, aber bestimmt in Kenntnis der eigenen Rechte als Bieter vorzugehen. Denn gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen als Teilnehmer an Vergabeverfahren Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Es empfiehlt sich auch gleichzeitig mit der Rüge Abhilfe Vorschläge zu unterbreiten.

Die Rüge muss zum Ausdruck bringen, auf welchen konkreten Sachverhalt sie sich bezieht; sie muss die **Beanstandung** dieses Sachverhalts zum Ausdruck bringen und sie muss deutlich machen, dass der Rügende die Abhilfe der beanstandeten Vorwürfe von der Vergabestelle begehrt. Am besten setzt man der Vergabestelle für die Abhilfe der Rüge bzw. zur Stellungnahme auch eine angemessene Frist, um schnellstmöglich Klarheit über das weitere Vorgehen zu gewinnen. Um die Beanstandung des Vergabeverfahrens zum Ausdruck zu bringen, müssen keine Paragraphen, Rechtsprechung oder juristische Literatur genannt werden, ausreichend sind Formulierungen wie „einseitige Bevorzugung bestimmter Bieter“, „übertriebene“, „überzogene“, „unerfüllbare“ oder „unkalkulierbare“ Anforderungen oder „fehlende“, „unklare“ bzw. „undurchsichtige“ und „widersprüchliche“ Angaben.

Die Rüge sollte schriftlich erfolgen, obwohl die **Schriftform** nicht vorgeschrieben ist. Diese empfiehlt sich aber aus Beweisgründen. Die Rüge sollte vorab per Fax bei dem Auftraggeber eingereicht werden. Der Bieter kann auch in Erwägung ziehen, eine Rüge mit einer Frage vorzubereiten, wenn ihm noch nicht klar ist, ob tatsächlich ein Anlass für eine Rüge gegeben ist, ob also ein Vergaberechtsverstoß vorliegt.

Wenn der Auftraggeber eine von einem Bieter gestellte Frage nicht beantwortet, ist dies Anlass für eine Rüge. Wenn der **Auftraggeber einer Rüge nicht abhilft**, kommt sodann als nächster Schritt ein Nachprüfungsverfahren in Betracht. Wenn der Bieter vom Auftraggeber ein Schreiben erhält, mit dem ihm dieser mitteilt, dass er der Rüge nicht abhelfen wolle, hat der betreffende Bieter 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung Zeit, ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer zu beantragen. Nach Ablauf der 15-Tagefrist ist ein Nachprüfungsverfahren, das auf den gerügten Vergaberechtsverstoß gestützt werden soll, unzulässig.

Zu beachten ist zugleich auch immer die **Wartefrist** von 15 bzw. zehn Kalendertagen bis zur frühesten Zuschlagserteilung nach Versenden der Bieterinformation gemäß § 134 GWB, in der der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bietern das Ergebnis des Vergabeverfahrens mitteilen muss. Die Rüge verlängert diese Wartefrist nicht; ist der Zuschlag jedoch einmal wirksam erteilt, kann er von der Vergabekammer nicht rückgängig gemacht werden. Erst die Übermittlung eines Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber durch die Vergabekammer löst ein gesetzliches Zuschlagsverbot aus und stoppt das Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.



## 7. Informationen der Bewerber/Bieter durch den Auftraggeber

Während des Vergabeverfahrens sind öffentliche Auftraggeber zur Information aller Bieter verpflichtet, wenn ein Bieter eine **Frage, die für alle Bieter von Interesse ist**, gestellt hat. Diese Information, die sich zusammensetzt aus der Wiederholung der Fragestellung des fragenden Bieters (anonymisiert) und der Antwort des Auftraggebers, erhalten die Bieter im Rahmen von sog. Biiterrundschreiben. Ein solches Biiterrundschreiben muss parallel an alle Bieter am selben Tag mit demselben Inhalt versandt werden. Angeforderte „zusätzliche sachdienliche Auskünfte zu den Vergabeunterlagen“ hat der Auftraggeber unverzüglich zu erteilen. Für diese Auskunft gibt es kein Formerfordernis. „Unverzüglich“ bedeutet, dass der Auftraggeber die Antwort ohne schuldhaftes Zögern zu geben hat, also so zügig wie es ihm unter den konkreten Umständen zuzumuten ist. Bei einem subjektiven Informationsdefizit eines einzelnen Bieters genügt eine individuelle Auskunft allein an diesen Bieter; ein Biiterrundschreiben ist dann nicht erforderlich.

## 8. Die Erstellung des Angebotes

Ein Angebot ist vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen, wenn es beispielsweise unter **gravierenden formellen Fehlern** leidet. Hierzu werden in § 57 VgV bzw. § 16 EU VOB/A Regelungen getroffen. Demnach sind etwa Angebote, die nicht vom Bieter unterschrieben oder nicht nach den Anforderungen des Auftraggebers elektronisch signiert sind ebenso vom Verfahren auszuschließen, wie Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, sofern der Bieter dies zu vertreten hat. An öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen ist daher dringend anzuraten, sich rechtzeitig um die Erarbeitung und Übermittlung ihrer (elektronischen) Angebote zu bemühen, da etwa technische Probleme der Vergabeplattform u.ä. niemals auszuschließen sind. Auch sollten die Unternehmen sicherstellen, dass sie über die notwendige aktuelle Software verfügen und das Angebot über das richtige „Tool“ einreichen, also nicht etwa über das allgemeine Kommunikationstool o.ä. Bei Schwierigkeiten, das elektronische Angebot über die Vergabeplattform zu übermitteln, sollte der Auftraggeber umgehend informiert werden. Ferner sind vom Auftraggeber Angebote zwingend auszuschließen, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind. Bietern ist daher dringend anzuraten, Korrekturen in den eigenen Angaben bei der Angebotserstellung deutlich mit Datum und Namenszeichen/Unterschrift zu kennzeichnen, damit im späteren Verlauf des Vergabeverfahrens nach Eröffnung der Angebote klar ist, dass diese Korrektur nicht von einem Mitarbeiter im Hause des Auftraggebers vorgenommen wurde, sondern von dem Bieter selbst und zwar vor Angebotsabgabe.

Des Weiteren sind Angebote von Bietern auszuschließen, die eine **wettbewerbsbeschränkende Abrede** getroffen haben. Dies muss von dem Auftraggeber nachgewiesen werden. Eine wettbewerbsbeschränkende Abrede wird allerdings auch schon dann angenommen, wenn ein Bieter ein Angebot abgibt, gleichzeitig aber auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft mit einem Angebot an dem Vergabeverfahren teilnimmt. Denn dieser Bieter hat sowohl das eigene Angebot unterschrieben als auch das Angebot der Bietergemeinschaft. Er hat damit Kenntnis vom Inhalt zweier Angebote. Dies ist ein Verstoß gegen den Geheimwettbewerb, wird als eine wettbewerbsbeschränkende Abrede gewertet und führt zwingend zum Ausschluss beider Angebote vom Vergabeverfahren.

Ebenfalls vom Vergabeverfahren zwingend auszuschließen sind nicht zugelassene **Nebenangebote**. Der öffentliche Auftraggeber hat die Möglichkeit, in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, ob er Nebenangebote (also Varianten bzw. Alternativangebote der Bieter) zulässt oder ob er solche nicht vorgelegt bekommen möchte. Diese Festlegung durch den Auftraggeber in der Bekanntmachung ist verbindlich. Ein Bieter, der ein Nebenangebot abgibt, obwohl der Auftragsgeber solche nicht zugelassen hat, wird vom Vergabeverfahren mit dem Nebenangebot ausgeschlossen.

Auch solche **Angebote** sind vom Ausschluss bedroht, **die nicht die vom Auftraggeber geforderten Unterlagen enthalten**. Der Auftraggeber hat im Anwendungsbereich der VgV (und der UVgO) die Möglichkeit – im Anwendungsbereich der VOB/A die Pflicht –, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterla-

gen, das sind Unterlagen für die Prüfung der Eignung, von den betreffenden Bewerbern oder Bietern nachzufordern oder vervollständigen bzw. korrigieren zu lassen. Leistungsbezogene Unterlagen, das sind Unterlagen, die das Angebot selbst betreffen, dürfen (im Anwendungsbereich der VOB/A: müssen) dagegen nur nachgefordert oder vervollständigt werden. Die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen. Preise dürfen also grundsätzlich nicht nachgefordert werden. Es sei, denn, es handelt sich um unwesentliche Einzelpositionen, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändert oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigt.

Während in der VgV bzw. in der UVgO die Nachforderung von Unterlagen in das Ermessen des Auftraggebers gestellt ist („kann“), verpflichtet die **VOB/A** den Auftraggeber bei der Vergabe von Bauleistungen zwingend dazu, fehlende Erklärungen und Nachweise von dem Bieter nachzuverlangen, zu vervollständigen oder zu korrigieren.

Die VOB/A sieht – ebenso wie die VgV und die UVgO – vor, dass die fehlenden Unterlagen oder Preisangaben nach Aufforderung durch den Auftraggeber innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten **Frist**, vorzulegen sind. In der VOB/A ist ausdrücklich festgelegt, dass die Frist sechs Kalendertagen nicht überschreiten soll. Im Geltungsbereich der VgV bzw. der UVgO ist der Auftraggeber frei darin, welche Frist er dem Bieter zur Nachreichung der fehlenden Unterlage setzt. In der Praxis orientieren sich viele Vergabestellen an der 6-Tages-Frist der VOB/A. Wenn der Bieter auch innerhalb der zweiten Frist die fehlende Unterlage nicht nachreicht, ist sein Angebot zwingend auszuschließen.

Regelmäßig sind schließlich Angebote auszuschließen, bei denen **Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen** vorgenommen worden sind. Unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen liegen immer dann vor, wenn das Angebot von den in den Vergabeunterlagen gemachten Vorgaben abweicht, also stets dann, wenn ein Bieter (außerhalb eines zugelassenen Nebenangebotes) etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt wurde, so dass sich Angebot und Nachfrage nicht decken. Ob es sich um wesentliche oder nur geringfügige Änderungen handelt, darauf kommt es für den Ausschluss des Angebotes nicht an. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil v. 18.6. 2019 – X ZR 86/17) führen Änderungen an den Vergabe- und Vertragsunterlagen durch die Bieter, zum Beispiel abweichende Lieferbedingungen o.ä., unter bestimmten Voraussetzungen nicht zwangsläufig zu deren Angebotsausschluss. Der Auftraggeber muss demnach zunächst eine Aufklärung durchführen und so dem Bieter Gelegenheit geben, von der hinzugefügten eigenen Regelung Abstand zu nehmen. Nur falls der Bieter dann weiter an seiner von den Vergabeunterlagen abweichenden Klausel festhält, muss das Angebot ausgeschlossen werden. Änderungen in dem Angebot eines Bieters, die von den Vorgaben der Vergabeunterlagen in inhaltlicher Sicht abweichen, sind nach wie vor zwingend auszuschließen, wenn bei Hinwegdenken der Abweichung kein vollständiges und damit letztlich ein unannehmbares Angebot übrigbleibt. Bleibt dagegen auch ohne die Änderungen ein annahmefähiges Angebot bestehen, kann dieses in der Wertung belassen werden. Auch insoweit ist eine vorherige Aufklärung des Auftraggebers zwingend nötig.

Für die **Angebotserstellung** lassen sich folgende **To Do's** festhalten:

- Originalvordrucke und Formulare des Auftraggebers verwenden.
- Anschreiben an den Auftraggeber ohne eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder andere Bedingungen verfassen.
- Alle vom Auftraggeber geforderten Preisangaben so wie gefordert eintragen, keine Mischkalkulation vornehmen.
- Keine Änderungen/Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vornehmen (keine Streichungen, Randnotizen, nicht vorgesehene Eintragungen).
- Eigene Fehler im Angebot deutlich durchstreichen, korrigieren, mit Namenszeichen und Datum versehen.
- Sämtliche Anlagen und Erklärungen beifügen.
- Keine Hinweise auf die eigenen AGB vornehmen.
- Keine weiteren, nicht vom Auftraggeber geforderten Unterlagen beifügen.
- Vorgaben des Auftraggebers für den Versand der Unterlagen genau einhalten.
- Unterschriften an der oder den vorgesehenen Stellen leisten.

- Unterschriften mit Datum und Firmenstempel versehen.
- Wenn Nebenangebote zugelassen sind: Nebenangebote auf separater Unterlage und als Nebenangebot deutlich gekennzeichnet abgegeben. Die vom Auftraggeber geforderte Gleichwertigkeit (auch ohne entsprechende Aufforderung!) durch geeignete Unterlagen/Nachweise zweifelsfrei belegen.

## 9. Prüfung und Wertung der Angebote durch den Auftraggeber

Während der Phase, in der der Auftraggeber die Angebote nach Eröffnung prüft und wertet, stellt sich für den Bieter die Frage, wie er **Informationen zum Sachstand** erhält. Hier empfiehlt es sich, von telefonischen Anfragen abzusehen. Der Bieter sollte sich an die von dem Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung vorgegebenen Kommunikationswege halten und seine Anfrage per E-Mail oder per Telefax einreichen.

Wenn der Auftraggeber die **Zuschlags- und Bindefrist verlängern** möchte (diese Frist ist auch in der Auftragsbekanntmachung und ggf. auch in den Vergabeunterlagen angegeben), muss er die Bieter darum bitten, dass diese sich damit einverstanden erklären, über die ursprünglich vorgesehene Bindefrist hinaus an den Inhalt ihrer Angebote gebunden zu sein. Ein Bieter, der sich nicht länger an seine Preise gebunden fühlen will, hat die Möglichkeit, der Verlängerung der Bindefrist nicht zuzustimmen. Dann ist allerdings sein Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen; er nimmt nicht mehr mit seinem Angebot am Vergabeverfahren teil und hat keine Chance mehr auf den Zuschlag. Es ist Bietern davon abzuraten, die Verlängerung der Bindefrist von Bedingungen abhängig zu machen. Denn dies wäre eine nachträgliche Veränderung des Angebotsinhalts, die unzulässig ist. Auch eine Erklärung des Bieters, wonach er die Bindefrist zwar verlängere, dies aber nur unter bestimmten Bedingungen, führt dazu, dass das Angebot vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.

## 10. Informations- und Wartepflicht vor Zuschlagserteilung

### a) Information von nicht berücksichtigten Bewerbern/Bietern bei EU-weiten Vergabeverfahren

Gemäß § 134 Abs. 1 GWB muss der öffentliche Auftraggeber die Bieter, deren Angebote er nicht berücksichtigen will, vor Erteilung des Zuschlags informieren. In dem **Absageschreiben** muss er

- den **Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll**,
- sowie die **Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung** des Angebots des angeschriebenen Bieters und
- ferner den (rechtlich) **frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses** angeben.

Diese Information muss in Textform versandt werden, so dass sie also auch per E-Mail versandt werden kann.

Den Vertrag darf der öffentliche Auftraggeber erst schließen, wenn er 15 Kalendertage nach Absendung der Information an die unterlegenen Bieter gewartet hat. Verschickt der Auftraggeber die Information per Fax oder per E-Mail, verkürzt sich die Wartefrist auf 10 Kalendertage. Diese Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Informationen durch den Auftraggeber; es kommt nicht darauf an, wann der betroffene Bieter oder Bewerber das Informationsschreiben erhalten oder zur Kenntnis genommen hat.

Da der Auftraggeber den Zuschlag erst nach Ablauf der **Wartefrist** erteilen darf, haben Bieter die Gelegenheit, die Vergabekammer einzuschalten, wenn sie sich benachteiligt sehen. Innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Wartefrist müssen sich benachteiligte und zu Unrecht bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigte Bieter also entscheiden, ob sie das Vergabeverfahren durch die zuständige Vergabekammer nachprüfen lassen wollen. In diesem Fall muss – nach einer Rüge des Vergaberechtsverstoßes gegenüber dem Auftraggeber – ein begründeter Nachprüfungsantrag vor Erteilung des Zuschlags bzw. vor Ablauf der Wartefrist bei der zuständigen Vergabekam-

mer eingereicht werden. Dies muss so rechtzeitig geschehen, dass die Vergabekammer überschlägig prüfen kann, ob der Nachprüfungsantrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, um ihn dann an den öffentlichen Auftraggeber zu übermitteln. Erst mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrages an den öffentlichen Auftraggeber (in der Praxis geschieht dies per Fax) wird ein gesetzliches Zuschlagsverbot (§ 169 Abs. 1 GWB) ausgelöst; der Auftraggeber darf den Zuschlag an den von ihm ausgewählten Bieter so lange nicht erteilen, bis die Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag entschieden hat. Die vorherige Rüge bewirkt dagegen weder eine Verlängerung der Wartefrist, noch zwingt sie den Auftraggeber dazu, das Vergabeverfahren zu stoppen oder überhaupt auf die Rüge zu antworten.

Wenn der öffentliche **Auftraggeber** die durch § 134 Abs. 2 GWB vorgegebene **Wartefrist nicht einhält** oder die **Bieter überhaupt nicht oder unvollständig oder fehlerhaft** gemäß § 134 GWB über den Ausgang des Vergabeverfahrens **unterrichtet** und den Zuschlag dennoch erteilt, kann ein unterlegener Bieter bei der zuständigen Vergabekammer mit einem Nachprüfungsantrag beantragen, dass die Vergabekammer die Unwirksamkeit des Vertrages feststellt. Denn gemäß § 135 GWB ist ein Vertrag unwirksam, der durch eine Zuschlagserteilung zustande gekommen ist, die vor Ablauf der Wartefrist erteilt wurde. Die Unwirksamkeit kann durch die Vergabekammer aber nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe nachträglich im Amtsblatt der EU bekannt gegeben, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit bei der zuständigen Vergabekammer schon 30 Kalendertage nach Veröffentlichung dieser Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der europäischen Union (TED).

Die Unwirksamkeit des zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Bieter geschlossenen Vertrages kommt auch dann in Betracht, wenn es sich um eine sogenannte de facto-Vergabe handelt. Bei der **de facto-Vergabe** vergibt der öffentliche Auftraggeber, ohne hierzu berechtigt zu sein, einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU. Auch hier gilt die Frist gemäß § 135 GWB, wonach der Nachprüfungsantrag, mit dem die Unwirksamkeit dieses Vertrages festgestellt werden soll, binnen 30 Tage ab Kenntnis des Verstoßes und spätestens sechs Monate nach Vertragsschluss eingeleitet werden muss. Vergaberechtswidrig erteilte Verträge sind damit spätestens sechs Monate nach ihrer Unterzeichnung „bestandskräftig“. Auch Verträgen, die nach einer unzulässigen De-facto-Vergabe geschlossen werden, gilt, dass die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU die Frist für das Nachprüfungsverfahren zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages verkürzt. Auch hier endet die Frist für das Nachprüfungsverfahren 30 Tage nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU (TED).

**Nach Zuschlagserteilung** müssen nicht berücksichtigte Bewerber oder Bieter auf Verlangen unverzüglich, spätestens aber 15 Kalendertage nach Antragstellung, von dem Auftraggeber weitere Informationen über das Ergebnis des Vergabeverfahrens bekommen (§ 19 EU VOB/A, § 62 VgV). Ihnen sind mitzuteilen die Gründe für die Nichtberücksichtigung der Bewerbung bzw. des Angebots und gegenüber „ordnungsgemäßen Bietern“ auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name. Diese Informationen können vom Auftraggeber dann zurückgehalten werden, wenn die Weitergabe den Gesetzesvollzug vereitelt, nicht im öffentlichen Interesse ist oder die Geschäftsinteressen von Unternehmen bzw. den fairen Wettbewerb beeinträchtigt.

## b) Information der unterlegenen Bieter/Bewerber bei nationalen Vergabeverfahren

Bei Auftragsvergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte gibt es eine § 134 GWB vergleichbare Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers vor Zuschlagserteilung nicht. Eine Ausnahme bilden lediglich einige Landesvergabegesetze, die auch bei nationalen Vergabeverfahren die Information nicht berücksichtigter Bieter vor Zuschlagserteilung und zumindest eine vereinfachte Überprüfung der Auftragsvergabe durch entsprechende Kontrollbehörden vorsehen.

Nach Zuschlagserteilung sind nicht berücksichtigte Bieter und Bewerber gemäß § 46 UVgO bzw. § 19 VOB/A unverzüglich zu unterrichten, spätestens binnen 15 Kalendertagen nach einem entsprechenden Antrag. Auch

ihnen sind die Gründe für die Ablehnung des Angebots bzw. der Bewerbung mitzuteilen. Gegenüber Bietern muss der Auftraggeber auch die Merkmale und Vorteile des Angebots des erfolgreichen Bieters sowie dessen Name mitteilen. Auch hier kann der Auftraggeber diese Informationen dann zurückhalten, wenn die Weitergabe den Gesetzesvollzug vereitelt, nicht im öffentlichen Interesse ist oder die Geschäftsinteressen von Unternehmen bzw. den fairen Wettbewerb beeinträchtigt.

## 11. Bekanntmachung nach Zuschlagserteilung

### a) Bekanntmachung nach Erteilung des Zuschlags bei EU-weiten Vergabeverfahren

Gemäß § 39 VgV bzw. gemäß § 18 EU Abs. 3 VOB/A muss der öffentliche Auftraggeber die Vergabe des Auftrags nachträglich ebenfalls im Supplement (Anhang) zum Amtsblatt der EU bekannt geben (TED). Er hat dafür auch ein durch den europäischen Gesetzgeber vorgegebenes Muster zu verwenden. Diese Bekanntmachung muss der Auftraggeber spätestens 48 Kalendertage nach Auftragserteilung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU übermitteln. Folgende Angaben müssen in der Bekanntmachung nicht veröffentlicht werden durch den Auftraggeber:

- Angaben, deren Veröffentlichung den **Gesetzesvollzug verhindern**,
- Angaben, deren Veröffentlichung dem **öffentlichen Interesse zuwiderlaufen**,
- Angaben, deren Veröffentlichung die **berechtigten geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen berühren**,
- Angaben, deren Veröffentlichung den **fairen Wettbewerb** zwischen Unternehmen **beeinträchtigen würde**.

### b) Bekanntmachung der Vergabe des Auftrags bei nationalen Vergabeverfahren

Gemäß § 30 UVgO bzw. § 20 Abs. 3 VOB/A müssen Auftraggeber bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und bei Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb bzw. bei freihändigen Vergaben über vergebene Aufträge ab einem Auftragswert von 25.000 € netto bzw. 15.000 € netto für freihändige Vergaben von Bauleistungen für drei Monate auf Internetportalen oder ihren Internetseiten die Auftragsvergabe bekannt geben. Auch hier ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, bestimmte Angaben zu veröffentlichen, wenn deren Veröffentlichung den Gesetzesvollzug verhindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, die berechtigten geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Unternehmen berühren oder den fairen Wettbewerb zwischen Unternehmen beeinträchtigen würde.

#### Autoren:

Dr. Angela Dageförde, Rechtsanwältin, [www.kanzlei-dagefoerde.de](http://www.kanzlei-dagefoerde.de)

Oliver Hattig, Rechtsanwalt, [www.hattig-leupolt.de](http://www.hattig-leupolt.de)

Aktualisierung (Stand: 15.01.2020): Oliver Hattig, Rechtsanwalt, [www.hattig-leupolt.de](http://www.hattig-leupolt.de)

#### Autoren:

Dr. Angela Dageförde, Rechtsanwältin, [www.kanzlei-dagefoerde.de](http://www.kanzlei-dagefoerde.de)

Oliver Hattig, Rechtsanwalt, [www.hattig-leupolt.de](http://www.hattig-leupolt.de)

Aktualisierung (Stand: 15.01.2020): Oliver Hattig, Rechtsanwalt, [www.hattig-leupolt.de](http://www.hattig-leupolt.de)