

Praxis des Vergaberechts

Hertwig

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

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

NJW Praxis

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

Band 65


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vergaberecht

Systematik, Verfahren, Rechtsschutz

von

Prof. Dr. Stefan Hertwig

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

7., neubearbeitete Auflage 2021


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG


C.H.BECK

Zitierweise: *Hertwig* Vergaberecht Rn. ...


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 74446 4

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

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


chbeck.de/nachhaltig

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

Vorwort zur 7. Auflage

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

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

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

Berlin, im Februar 2021

Stefan Hertwig

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vorwort zur 1. Auflage

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

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

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

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

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

Köln, im Januar 2000

Stefan Hertwig

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 7. Auflage	V
Vorwort zur 1. Auflage	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX
Teil 1. Grundstrukturen des Vergaberechts	1
I. Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe	1
II. Quellen des Vergaberechts	15
III. Regelungsadressaten des Vergaberechts	40
IV. Regelungsgegenstände des Vergaberechts	54
V. Vergabearten	96
Teil 2. Vergabeverfahren in den Vergabearten	107
I. Ausschreibung	107
II. Verhandlung	171
Teil 3. Rechtsschutz gegen Vergabeverstöße der öffentlichen Auftraggeber	179
I. Fallgruppen	179
II. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit nationaler Publizität	198
III. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität	205
IV. Sekundärer Rechtsschutz	234
Teil 4. Rechtsschutz gegen Wettbewerbsverstöße der Bieter	249
I. Zuverlässigkeit und Ausschlussgründe	249
II. Fallgruppen	250
III. Reaktionsmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber	262
IV. Verteidigungsmöglichkeiten der Bieter	268
Anhang (Entscheidungen des Gerichtshofes)	273
Sachverzeichnis	279

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Teil 1. Grundstrukturen des Vergaberechts	1
I. Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe	1
1. Keine „Flucht in das Privatrecht“	1
2. Mittel zur Marktübersicht	2
3. Verhinderung unzulässiger Einflussnahmen	3
4. Mittel der Wirtschaftspolitik	5
5. Rechtsfolgen einer Missachtung des Vergaberechts	8
6. Ausschluss des Staates als Bieter?	11
II. Quellen des Vergaberechts	15
1. Nationale Ebene	15
2. Europäische Ebene und deutsche Umsetzung	18
a) Einleitung	18
b) Die haushaltsrechtliche Lösung in Deutschland	19
c) Das Vergaberechtsänderungsgesetz	20
d) Das europäische Legislativpaket und die Rechtsmittelrichtlinien aus 2004	22
e) Die Vergaberechtsreform 2009	24
f) Die Umsetzung des „Defence Package“ der Europäischen Union	27
g) Die neuen EU-Vergaberichtlinien 2014	28
h) Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016	31
3. Sonderregelungen auf Grund der Corona-Pandemie	37
4. Internationale Ebene	39
III. Regelungsadressaten des Vergaberechts	40
1. Vergabeverfahren mit lediglich nationaler Publizität (Unterschwellenvergaben)	41
2. Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität (oberhalb der Schwellenwerte) und außerhalb des Sektorenbereiches	43
3. Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität (oberhalb der Schwellenwerte) innerhalb des Sektorenbereiches	47
4. Zusammenfassung	52
IV. Regelungsgegenstände des Vergaberechts	54
1. Einkauf versus Verkauf	54
a) Allgemeines	54
b) Verkauf von Gesellschaftsanteilen	54
c) Verkauf von Grundstücken der öffentlichen Hände	55
2. Schwellenwerte	60
3. Begriff des „öffentlichen Auftrages“	61
a) Tatbestandsmerkmale	61
b) Öffentlich-rechtliche Verträge	63
c) Vergaberecht und Sozialrecht	65
d) Vertragsverlängerungen/Vertragsänderungen	68
4. Freigestellte Beschaffungsvorgänge	71
a) Freistellungen kraft Gesetzes	71
b) In-House-Geschäfte	73
c) Interkommunale Zusammenarbeit	77
5. Beschaffungsgegenstände	79
a) Vergabe von Lieferleistungen	80
b) Vergabe von Bauleistungen	80
c) Vergabe von Dienstleistungen	82
d) Vergabe von Konzessionen	84
e) Public Private Partnerships (Öffentlich-private Partnerschaften)	85

6. Spezielle Ausschreibungsgebote oder: Vergaberecht außerhalb des Vergaberechts	86
a) Überblick	86
b) Ausschreibungsgebote unmittelbar aus dem Europäischen Primärrecht	88
c) Erteilung von Genehmigungen	88
d) Öffentlicher Personennahverkehr	90
e) Kartellrecht	94
f) Beihilferecht	94
V. Vergabearten	96
1. Überblick	96
2. Öffentliche Ausschreibung/Offenes Verfahren	99
3. Beschränkte Ausschreibung/Nicht offenes Verfahren	100
4. Freihändige Vergabe/Verhandlungsvergabe/Verhandlungsverfahren	102
5. Wettbewerb	102
6. Wettbewerblicher Dialog	104
7. Dynamisches elektronisches Verfahren	105
8. Elektronische Auktion	105
9. Innovationspartnerschaft	106
Teil 2. Vergabeverfahren in den Vergabearten	107
I. Ausschreibung	107
1. Aufforderungsphase	107
a) Bekanntmachung	107
b) Vergabeunterlagen	111
c) Insbesondere: Die Leistungsbeschreibung	113
d) Die „Stellschrauben“ eines Vergabeverfahrens	119
2. Angebotsphase	121
a) Angebotsfrist	121
b) Auslegung der Leistungsbeschreibung	124
c) Kalkulationsvorgaben und unzulässige Mischkalkulation	128
d) Spekulative Angebote und Kalkulationsirrtum	131
e) Unzulässige Vertragsbedingungen in den Vergabeunterlagen	133
f) Nebenangebote/mehrere Hauptangebote	135
g) Begleitschreiben und beizufügende Unterlagen, Nachforderung von Unterlagen	137
h) Bietergemeinschaften	138
i) Fehlerquellen bei elektronischer Angebotsabgabe	139
3. Wertungsphase	141
a) Dauer und Ende	141
b) Prüfung und Wertung von Angeboten	142
c) Wertungsstufen	143
d) Die Wertung des „wirtschaftlichsten“ Angebotes	149
e) Die Prüfung und Wertung von Nebenangeboten	155
f) Die Wertung von PPP-Vorhaben	157
g) Beurteilungsspielraum	161
h) Nachverhandlungsverbot	163
i) Zuschlag und Vertragsschluss	164
j) Aufhebung der Ausschreibung	169
II. Verhandlung	171
1. Aufforderungsphase	171
2. Angebotsphase	174
3. Wertungsphase	176
Teil 3. Rechtsschutz gegen Vergabeverstöße der öffentlichen Auftraggeber	179
I. Fallgruppen	179
1. Diskriminierung	179
2. Künstliches Begrenzen des Wettbewerbes	181

3. Ausschreibung ohne gesicherte Finanzierung	182
4. Unzulässige Direktvergabe	182
5. Wahl der falschen Vergabeordnung	184
6. Wahl der falschen Vergabeart	184
7. Unlauteres Verhalten im Wettbewerb (Wettbewerbs- und Kartellverstöße)	185
8. Verstoß gegen das Gebot der Losvergabe	186
9. Ausschluss von Generalübernehmern	187
10. Nichtbeachtung von Förmlichkeiten der Bekanntmachung	188
11. Lückenhafte oder widersprüchliche Leistungsbeschreibung	188
12. Abweichen von vertraglichen Vorgaben in den Vergabeordnungen	189
13. Verdeckte herstellerbezogene Ausschreibung	189
14. Erkannter (externer) Kalkulationsirrtum	190
15. Abweichen von Ausschreibungsbedingungen	191
16. Fehlerhafte Wertung	192
17. Bindung an fehlerhaftes Verhalten in der Vergangenheit	193
18. Verbotene nachträgliche Verhandlung	193
19. Verletzung der Geheimhaltungspflicht	194
20. Ungerechtfertigter Ausschluss eines Bieters	195
21. Zuschlag auf ein Angebot mit unangemessenem Preis	196
22. Aufhebung der Ausschreibung ohne rechtfertigenden Grund	196
23. Unzureichende Dokumentation der einzelnen Stufen eines Vergabeverfahrens	197
II. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit nationaler Publizität	198
1. Einleitung	198
2. Verschulden bei Vertragsschluss	199
3. Deliktsrecht	201
4. Kartellrecht	201
5. Wettbewerbsrecht	202
6. Artikel 3 Abs. 1 GG	204
7. Europäisches Primärrecht	204
III. Primärer Rechtsschutz in Vergabeverfahren mit europaweiter Publizität	205
1. Nachprüfungsverfahren	205
2. Hauptsacheverfahren vor der Vergabekammer	205
a) Prüfungsprogramm des Nachprüfungsverfahrens	206
b) Eröffnung des Nachprüfungsverfahrens	209
c) Antragsbefugnis und Rechtsschutzbedürfnis	210
d) „Vorverfahren“ (Rügeobliegenheiten)	214
e) Form	216
f) Antragsbegründung	216
g) Fristen	217
h) Beiladung	218
i) Gang des Verfahrens	218
j) „Fortsetzungsfeststellungsantrag“	221
k) Aufschiebende Wirkung	221
3. Antrag auf „Sofortvollzug“ des Zuschlages	221
4. Beschwerdeverfahren in der Hauptsache	222
a) Allgemeines	222
b) Sofortige Beschwerde des Antragstellers	223
c) Sofortige Beschwerde des Auftraggebers	224
d) Sofortige Beschwerde des Beigeladenen	225
5. Beschwerdeverfahren gegen die Vorabentscheidung über den Sofortvollzug des Zuschlages durch die Vergabekammer	226
6. Verteidigungsmöglichkeiten im Nachprüfungsverfahren	227
7. Schadensersatzverpflichtung des Antragstellers bei Rechtsmissbrauch	229
8. Kosten des Nachprüfungsverfahrens	229
a) Gebühren der Vergabekammern und Vergabesenate	229
b) Kostenerstattung zwischen den Beteiligten	230
c) Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen zu Kostenfragen	233
d) Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs	234

IV. Sekundärer Rechtsschutz	234
1. Allgemeine Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches einzelner Bieter	234
2. Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses	236
a) Unterlassen der Bekanntmachung	236
b) Lückenhafte oder widersprüchliche Leistungsbeschreibung	236
c) Verletzung der Geheimhaltungspflicht	237
d) Zuschlag entgegen der Ausschreibung	237
e) Ungerechtfertigter Ausschluss eines Bieters	238
f) Aufhebung einer Ausschreibung ohne rechtfertigenden Grund	238
g) Schlussfolgerung	239
3. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses	240
a) Kreis der anspruchsberechtigten Bieter	241
b) Wahrscheinlichkeitsgrad des Zuschlages	242
c) Sonderfall: Kalkulationsirrtum	243
4. Verteidigungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers	244
a) Kein wertbares Angebot	244
b) Mangelnde Zuverlässigkeit des Bieters	244
c) „Frivole“ Kalkulation	245
d) Verstoß gegen Hinweis- und Erkundigungspflichten des Bieters	245
e) Rechtmäßiges Alternativverhalten	246
f) Bestreiten eines entgangenen Gewinns	247
g) Verbot des „dulde und liquidiere“?	247
Teil 4. Rechtsschutz gegen Wettbewerbsverstöße der Bieter	249
I. Zuverlässigkeit und Ausschlussgründe	249
II. Fallgruppen	250
1. Preisabsprache	250
2. Anbieten überhöhter Preise	253
3. Speklatives Angebot	253
4. Kollusives Zusammenwirken mit Auftraggeber und Dritten	254
5. Kartellrechtswidrige Bildung von Arbeitsgemeinschaften	255
6. Änderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft	256
7. Unzulässige Abgabe doppelter Angebote	257
8. Schlechterfüllung eines früheren Auftrages	259
9. Sonstige Verstöße	260
III. Reaktionsmöglichkeiten der öffentlichen Auftraggeber	262
1. Reaktionsmöglichkeiten vor Zuschlagserteilung	262
2. Reaktionsmöglichkeiten nach Zuschlagserteilung	263
a) Kündigung	263
b) Anfechtung	263
c) Rücktritt	263
d) Vertragsstrafe	263
e) Schadensersatz	264
f) Preisreduzierung	264
3. Reaktionsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers bei künftigen Auftragsvergaben	265
4. Reaktionsmöglichkeiten anderer öffentlicher Auftraggeber	267
IV. Verteidigungsmöglichkeiten der Bieter	268
1. Anforderungen an den Nachweis einer Verfehlung	268
2. Gewicht der Verfehlung	269
3. Organisatorische Maßnahmen	269
4. Verteidigung in Ordnungswidrigkeitenverfahren	271
5. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche	272
Anhang	273
Sachverzeichnis	279