



Wegweiser

Inhalt

Vorwort



Wegweiser

Den kompletten Inhalt dieses Werks, sowie weitere wichtige Inhalte, finden Sie in der Online-Praxislösung „Praxiskommentar Vergaberecht“ in Ihrem WEKA Business Portal. Wie Sie sich anmelden, erfahren Sie im Hinweisblatt zum Online-Modul.

Gesamtinhalt

Autorenverzeichnis

Hinweis zum Online-Modul

1 Aktuelle Hinweise

1/1 Inhalt

1/2 Die Vergaberechtsreform 2019

1/2.1 Gegenüberstellung VOB/A 2016/2019
Abschnitt 1 Basisparagrafen

1/3 Aktuelle Schwellenwerte

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

- 1/4 Ukrainekrieg – jetzt gelten Erleichterungen für die öffentliche Beschaffung
 - 1/5 E-Vergabe
 - 1/6 EuGH-Urteil zur HOAI
 - 1/7 Vergabetransformationspaket
 - 1/8 Handlungsleitlinien für die Vergabe öffentlicher Aufträge zur Beschleunigung investiver Maßnahmen
 - 1/9 Auswirkungen des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen und anderer Gesetze
 - 1/10 Das Wettbewerbsregister tritt in den Wirkbetrieb ein
 - 1/11 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz tritt zum 01.01.2023 in Kraft
 - 1/12 Erlasse des BMWSB zu Stoffpreisgleitklauseln und Materialpreissteigerungen
 - 1/13 eForms
 - 1/13.1 Synopse zu eForms in der Vergabeverordnung (VgV)
 - 1/13.2 Synopse zu eForms in der Sektorenverordnung (SektVO)
 - 1/14 Neuregelung für die Schwellenwertberechnung bei der Ausschreibung von Planungsleistungen
-
- 2 **GWB****
 - 2/1 Inhalt
 - 2/2 Einführung
 - 2/3 Kommentar

3 VgV

- 3/1 Inhalt
- 3/2 Einführung
- 3/3 Kommentar
- 3/4 Praxisteil

4 VOB/A

- 4/1 Inhalt
- 4/2 Einführung
- 4/3 Abschnitt 1 – Kommentar
- 4/4 Abschnitt 2 – Kommentar
- 4/5 Praxisteil

5 Weitere Vorschriften

- 5/1 Inhalt
- 5/2 SektVO
- 5/3 UVgO

6 Vergaberecht der Länder

- 6/1 Inhalt
- 6/2 Einführung
- 6/3 Vergaberecht Baden-Württemberg –
Praxishinweise
- 6/4 Vergaberecht Bayern – Praxishinweise
- 6/4.1 Praxishinweise für kommunale Auftraggeber
zur IMBek
- 6/5 Vergaberecht Berlin – Praxishinweise
- 6/5.1 Praxishinweise zum Berliner Ausschrei-
bungs- und Vergabegesetz (BerlAVG)
- 6/6 Vergaberecht Brandenburg – Praxishinweise

- 6/7 Vergaberecht Bremen – Praxishinweise
- 6/8 Vergaberecht Hamburg – Praxishinweise
- 6/9 Vergaberecht Hessen – Praxishinweise
- 6/11 Vergaberecht Niedersachsen –
Praxishinweise
- 6/12 Vergaberecht Nordrhein-Westfalen –
Praxishinweise
- 6/13 Vergaberecht Rheinland-Pfalz –
Praxishinweise
- 6/14 Vergaberecht Saarland – Praxishinweise
- 6/15 Vergaberecht Sachsen – Praxishinweise
- 6/16 Vergaberecht Sachsen-Anhalt –
Praxishinweise
- 6/17 Vergaberecht Schleswig-Holstein –
Praxishinweise
- 6/18 Vergaberecht Thüringen – Praxishinweise

7 Rechtsprechung

- 7/1 Inhalt
- 7/2 Vergabe nach VOB/A(-EU)
- 7/3 Vergabe nach VgV
- 7/4 Vergabegrundsätze und Rechtsschutz
(GWB)

8 Vorschriften

- 8/1 Inhalt
- 8/2 GWB [Auszug]
- 8/3 VgV
- 8/4 VOB/A Abschnitt 1, Stand 2019
VOB/A Abschnitt 2, Stand 2019
- 8/5 UVgO

- 8/6 SektVO
- 8/7 Vergaberecht der Länder
 - 8/7.1 Vergaberecht Baden-Württemberg
 - 8/7.1.1 Tariftreue- und Mindestlohngesetzes für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (Landestariftreue- und Mindestlohngesetz – LTMG)
 - 8/7.2 Vergaberecht Bayern
 - 8/7.2.1 Verwaltungsvorschrift zum öffentlichen Auftragswesen (VVöA)
 - 8/7.2.2 Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich
 - 8/7.3 Vergaberecht Berlin
 - 8/7.3.1 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG)
 - 8/7.4 Vergaberecht Brandenburg
 - 8/7.4.1 Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz – BbgVergG)
 - 8/7.5 Vergaberecht Bremen
 - 8/7.5.1 Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz)
 - 8/7.6 Vergaberecht Hamburg
 - 8/7.6.1 Hamburgisches Vergabegesetz (HmbVgG)
 - 8/7.7 Vergaberecht Hessen
 - 8/7.7.1 Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG)

- 8/7.9 Vergaberecht Niedersachsen
- 8/7.9.1 Vergaberecht Niedersachsen – Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG)
- 8/7.10 Vergaberecht Nordrhein-Westfalen
- 8/7.10.1 Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW)
- 8/7.11 Vergaberecht Rheinland-Pfalz
- 8/7.11.1 Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz – LTTG)
- 8/7.12 Vergaberecht Saarland
- 8/7.12.1 Gesetz über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und fairen Löhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz – STFLG)
- 8/7.13 Vergaberecht Sachsen
- 8/7.13.1 Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz – SächsVergabeG)
- 8/7.14 Vergaberecht Sachsen-Anhalt
- 8/7.14.1 Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Sachsen-Anhalt – TVergG LSA)

- 8/7.15 Vergaberecht Schleswig-Holstein
- 8/7.15.1 Vergabegesetz Schleswig-Holstein (VGSH)
- 8/7.16 Vergaberecht Thüringen
- 8/7.16.1 Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG –)
- 8/8 Weitere Vorschriften
- 8/8.1 Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregisterverordnung – WRegV)
- 8/8.2 Gesetz zur Einführung eines Wettbewerbsregisters und zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Wettbewerbsregistergesetz – WRegG)
- 8/8.3 Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichten-gesetz – LkSG)

Aktuelle Schwellenwerte

Das europäische Vergaberecht gilt nur für solche öffentlichen Aufträge und Konzessionen sowie die Ausrichtung von Wettbewerben, deren geschätzte Auftrags- oder Vertragswerte ohne Umsatzsteuer die von der EU-Kommission festgelegten Schwellenwerte erreichten oder überschreiten. Dies ergibt sich aus § 106 GWB, welcher wiederum auf die einschlägigen europäischen Vergaberichtlinien verweist (sog. dynamische Verweisung). Die Festlegung der Schwellenwerte erfolgt durch die EU-Kommission, welche die Schwellenwerte alle zwei Jahre einer Revision unterzieht.

Die EU ist aufgrund entsprechender Vorschriften in den Vergaberichtlinien (z.B. Art. 6 Abs. 5 bis 7 i.V.m. Art. 87 Richtlinie 2014/24/EU) zur Festlegung der Schwellenwerte in Form von delegierten Verordnungen befugt. Die Festsetzung erfolgt i.d.R. für einen Zeitraum von zwei Jahren. Sobald die neuen Schwellenwerte von der EU im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden sind, werden sie von dem gemäß § 106 Abs. 3 GWB zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft und Energie im Bundesanzeiger bekannt gemacht.

Nachdem die Schwellenwerte zum letzten Mal mit Wirkung zum 01.01.2022 geändert wurden, gelten nun ab dem 01.01.2024 für einen Zeitraum von zwei Jahren folgende neuen Schwellenwerte:

- für Bauaufträge: 5.538.000 € statt bisher 5.382.000 €
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 221.000 € statt bisher 215.000 €
- für Bauaufträge im Sektorenbereich sowie im Bereich Verteidigung und Sicherheit: 5.538.000 € statt bisher 5.382.000 €
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich bzw. im Bereich Verteidigung/Sicherheit: 443.000 € statt bisher 431.000 €
- für die Vergabe von Konzessionen: 5.538.000 € statt bisher 5.382.000 €
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der oberen und obersten Bundesbehörden: 143.000 € statt bisher 140.000 €

Diese neuen Schwellenwerte gelten für alle Ausschreibungen, die nach dem 01.01.2024 begonnen wurden/werden. Eine

Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber ist nicht erforderlich, da die EU-Vorschriften durch Verweisung in den Vergabeverordnungen sowie im GWB unmittelbar gelten.

Ob die EU-Schwellenwerte durch den Wert des jeweils zu vergebenden Auftrags erreicht oder überschritten werden, ist vom öffentlichen Auftraggeber gewissenhaft zu schätzen. Maßgeblich hierfür sind die Vorgaben in § 3 Vergabeverordnung (VgV). Danach ist bei der Schätzung des Auftragswerts vom voraussichtlichen Gesamtwert der vorgesehenen Leistungen ohne Umsatzsteuer auszugehen (Abs. 1). Die Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts darf nicht in der Absicht erfolgen, die Anwendung des europäischen Vergaberechts zu umgehen. Insbesondere darf eine Auftragsvergabe nicht so unterteilt werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich des GWB bzw. der Vergabeverordnungen fällt (Abs. 2). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag, an dem die Auftragsbekanntmachung abgesendet oder das Vergabeverfahren auf sonstige Weise eingeleitet wird (Abs. 3).

Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Der öffentliche Auftraggeber kann davon abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen unter 80.000 € und bei Bauleistungen unter 1 Mio. Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose 20 % des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt (Abs. 7 und 9).

eForms

Mit der Zustimmung des Bundesrats vom 16.06.2023 ist der Weg frei für die Änderungen in der VgV, der SektVO, der KonzVgV und der VSVgV zur Anpassung des nationalen Rechts an die Durchführungsverordnung (EU) 2019/1780 der Kommission vom 23.09.2019 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge und zur Aufhebung der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 („elektronische Formulare – eForms“).

eForms sind der neue offene Standard der EU für Daten, die zur Veröffentlichung von Bekanntmachungen über beabsichtigte und durchgeführte Beschaffungen öffentlicher Auftraggeber auf Tenders Electronic Daily (TED) des Amts für Veröffentlichungen der EU zukünftig verwendet werden müssen.

Auf der Grundlage von eForms werden die bisherigen EU-Standardformulare der in Kürze aufzuhebenden Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 für europäische Auftrags- und Vergabebekanntmachungen abgelöst. Während die bisherigen Formulare strukturell auf Papierformularen basieren, gibt die für eForms relevante neue Durchführungsverordnung ((EU) 2019/1780) hierzu erstmalig Datenfelder vor, deren Nutzung für die Mitgliedstaaten in Teilen europaweit einheitlich verpflichtend ist, teilweise die Nutzung nationaler Regelungen überlässt und teils eine optionale Nutzung vorsieht.

Ab dem 25.10.2023 ist die Verwendung von eForms obligatorisch, und das Amt für Veröffentlichungen wird **nur noch eForms-Bekanntmachungen akzeptieren**. Auf dem TED-Portal werden die bis zum 24.10.2023 eingegangenen Bekanntmachungen nach dem TED-Schema weiterhin angezeigt.

Die nationale Anpassung der eForms-Vorgaben, die in den von den öffentlichen Vergabestellen genutzten Vergabepattformen technisch umzusetzen sind, wird in Deutschland über das Teilprojekt „eForms“ vorbereitet.

„Versteckt“ in den Änderungen zur Einführung der eForms erfolgt zudem die Streichung der europarechtswidrigen §§ 3 Abs. 7 Satz 2 VgV und 2 Abs. 7 Satz 2 SektVO, sodass die

Schwellenwertermittlung auch für Planungsleistungen nunmehr nach den allgemeinen Regelungen zu erfolgen hat. Insbesondere ist der Auftragswert von Planungsleistungen unterschiedlicher Leistungsbilder nach der HOAI (Objektplaner, Tragwerksplaner, TGA-Planer etc.) für ein funktional einheitliches Bauvorhaben nunmehr **europarechtskonform** zu addieren.

Den **maximal zulässigen Zeitraum für Ausschlüsse** regelt § 126 GWB.

Mitgliedstaaten müssen angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass bei Ausführung der öffentlichen Aufträge die geltenden **sozialen, arbeits- und umweltrechtlichen Bestimmungen** eingehalten werden. Nach § 128 Abs. 1 GWB haben die Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmern wenigstens diejenigen **Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts** zu gewähren, die nach dem **Mindestlohngesetz**, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 Arbeitnehmer-Entsendegesetz oder einer nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden. Die Kontrolle dieser Anforderungen durch die Auftraggeber kann durch Auswahl der Teilnehmer, die Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB und den Umgang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten (§ 60 Abs. 3 Satz 2 VgV) erfolgen.

Im Kapitel 2 des Teils 4 GWB entfällt als wichtigste Neuerung die aufgrund ihrer Unbestimmtheit europarechtswidrige **Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge** von positiv erkannten Vergaberechtsverstößen nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB a.F. Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sind positiv erkannte Vergaberechtsverstöße **innerhalb von zehn Kalendertagen** gegenüber der Vergabestelle zu rügen.

4 Unveränderte wesentliche Inhalte des Teils 4 GWB

- Das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte ist Wettbewerbsrecht (§ 97 Abs. 1 GWB), das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte ist Haushaltsrecht.
- Die allgemeinen Vergabegrundsätze des § 97 GWB sind der Wettbewerbsgrundsatz, die Pflicht zu transparenten Vergabeverfahren, das Gleichbehandlungsgebot, das Diskriminierungsverbot, die Pflicht zur Vergabe in Teil- und Fachlosen, die Bieterernennung als Vergabevoraussetzung und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.

- Die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen oberhalb der Schwellenwerte erfolgt im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren, im wettbewerblichen Dialog oder in der Innovationspartnerschaft (§ 119 Abs. 1 GWB).
- Im Rahmen EU-weiter Vergabeverfahren bestehen ein subjektiver Anspruch des Unternehmens auf Einhaltung der Vergaberegulungen (§ 97 Abs. 6 GWB) und ein primärer gerichtlicher Rechtsschutz in mindestens zwei Instanzen (§§ 155 ff. GWB). Zur Gewährleistung des Primärrechtsschutzes hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung eine Informations- und Wartepflicht (§ 134 GWB).
- Die Nachprüfung von EU-weiten Vergabeverfahren ist nur auf dem im Gesetz vorgegebenen Rechtsweg möglich (§ 156 Abs. 2 GWB).
- Während des laufenden Nachprüfungsverfahrens ist die Erteilung des Zuschlags grundsätzlich unzulässig, sofern sie nicht ausdrücklich von der Vergabekammer oder dem Oberlandesgericht gestattet wird (§§ 169 Abs. 2, 176 GWB).
- Ein Vertrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen seine Informations- und Wartepflicht verstößt oder er rechtswidrig einen Auftrag ohne die gebotene Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erteilt (De-facto-Vergabe) und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wird (§ 135 GWB).
- Schadensersatzansprüche sind vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (§ 156 Abs. 3 GWB). Diese sind an bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammern und Oberlandesgerichte gebunden.

Gemäß § 106 Abs. 1 GWB gilt der Teil 4 GWB nur für Aufträge, deren Auftragswerte die sog. Schwellenwerte der VgV erreichen oder überschreiten. Damit gewährt das GWB gerichtlichen Rechtsschutz im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 160 ff. nur bei EU-weiten Vergabeverfahren. Dabei kann die Verletzung aller Bestimmungen des GWB, der VgV, der SektVO, der KonzVgV, der VSVgV und der VOB/A EU geltend gemacht werden, die dem Schutz der Interessen der Bewerber oder Bieter dienen sollen (§ 97 Abs. 6 GWB).

Bei nationalen Vergaben fehlt es an einem wirksamen Primärrechtsschutz während des Vergabeverfahrens. Bestrebungen,

5

Umfang der geschützten Interessen

auch für nationale Vergaben den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen, wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 13.06.2006 (BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006, 1 BvR 1160/03) eine Absage erteilt. Stattdessen kann die Einhaltung der Grundsätze des primären Rechts des EG-Vertrags wie das Diskriminierungsverbot, der Transparenzgrundsatz oder das Gleichbehandlungsgebot, die auch unterhalb der Schwellenwerte gelten, im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor den Zivilgerichten eingefordert werden. Die Entscheidungen der Zivilgerichte sind hierzu aber noch stark divergierend, und die Effektivität des Rechtsschutzes leidet stark an der fehlenden Informations- und Wartepflicht und an der mangelnden Regelung der Akteneinsicht. Im Übrigen beschränken sich die Möglichkeiten des Bieters auf die Anrufung der Nachprüfungsstelle gemäß § 21 VOB/A und ggf. auf eine Schadensersatzklage aufgrund fehlerhaften Verhaltens der Vergabestelle aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen gemäß §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB.

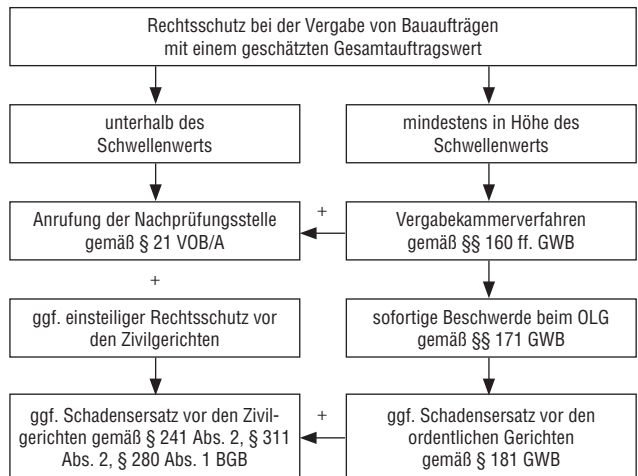


Bild 1: Zweiteilung des Rechtsschutzes der Bewerber und Bieter

§ 132 Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit

(1) Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern ein neues Vergabeverfahren. Wesentlich sind Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet. Eine wesentliche Änderung liegt insbesondere vor, wenn

1. mit der Änderung Bedingungen eingeführt werden, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,
 - a) die Zulassung anderer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätten,
 - b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätten oder
 - c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten,
2. mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war,
3. mit der Änderung der Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet wird oder
4. ein neuer Auftragnehmer den Auftragnehmer in anderen als den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 vorgesehenen Fällen ersetzt.

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn

1. in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert,
2. zusätzliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen erforderlich geworden sind, die nicht in den ursprünglichen Vergabeunterlagen vorgesehen waren, und ein Wechsel des Auftragnehmers
 - a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und
 - b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre,
3. die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert oder
4. ein neuer Auftragnehmer den bisherigen Auftragnehmer ersetzt
 - a) aufgrund einer Überprüfungsklausel im Sinne von Nummer 1,
 - b) aufgrund der Tatsache, dass ein anderes Unternehmen, das die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung, wie zum Beispiel durch Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder Insolvenz, ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen im Sinne des Absatzes 1 zur Folge hat, oder

- c) aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Hauptauftragnehmers gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt.

In den Fällen des Satzes 1 Nummer 2 und 3 darf der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden. Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen des Auftrags gilt diese Beschränkung für den Wert jeder einzelnen Änderung, sofern die Änderungen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Vorschriften dieses Teils zu umgehen.

(3) Die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens ist ferner zulässig, wenn sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht ändert und der Wert der Änderung

1. die jeweiligen Schwellenwerte nach § 106 nicht übersteigt und
 2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nicht mehr als 10 Prozent und bei Bauaufträgen nicht mehr als 15 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.
- Bei mehreren aufeinander folgenden Änderungen ist der Gesamtwert der Änderungen maßgeblich.

(4) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, wird für die Wertberechnung gemäß Absatz 2 Satz 2 und 3 sowie gemäß Absatz 3 der höhere Preis als Referenzwert herangezogen.

(5) Änderungen nach Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 und 3 sind im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen.

Inhaltsverzeichnis

	Rdnr.
Änderung durch die Vergaberechtsreform	1
Wesentliche Änderung (Abs. 1)	2
Zulässige Änderungen (Abs. 2)	3
De-minimis-Grenze	4
Indexklausel (Abs. 4)	5
Informationspflicht (Abs. 5)	6
Besonderheit bei Bauaufträgen	7

1 Änderung durch die Vergaberechtsreform

Die in § 132 GWB enthaltene Regelung wurde mit der Vergaberechtsreform 2016 neu geschaffen. Erstmals werden Vorgaben geregelt, bei deren Vorliegen **Auftragsänderungen** während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren ent-

behrlich machen. Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU.

Die grundsätzlich auch im Rahmen des Vergaberechts geltende Vertragsfreiheit wird durch § 132 GWB eingeschränkt, da eine Änderung von Verträgen, die zivilrechtlich uneingeschränkt zulässig wäre, nur im Rahmen der durch § 132 GWB zugelassenen Möglichkeiten ohne erneutes Vergabeverfahren erfolgen darf. Verstöße gegen § 132 GWB führen zu einem unzulässigen Unterlassen einer gebotenen EU-weiten Bekanntmachung des Auftrags, das die Feststellung der Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB zur Folge haben kann.

Die Vorschrift hat einen hohen praktischen Anwendungsbereich. Insbesondere bei Bauaufträgen sind Änderungen der ursprünglich beauftragten Leistung der Regelfall. Aber auch bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen können Änderungen der ursprünglich beauftragten Leistung auftreten.

Schwierigkeiten bei der Anwendung macht die Struktur des § 132 GWB, da die Reihenfolge der Absätze nicht der Reihenfolge der Prüfung entspricht. Abs. 3 ist vor Abs. 2 zu prüfen.

Zunächst ist zu prüfen, ob die Leistungsänderung überhaupt eine „wesentliche Änderung“ darstellt. Dann ist zu prüfen, ob die Änderung auf Grundlage des § 132 Abs. 3 GWB zulässig ist. Erst dann ist zu prüfen, ob ein Fall des § 132 Abs. 2 GWB vorliegt, und zu prüfen, ob ein Ausnahmefall vorliegt, der den öffentlichen Auftraggeber berechtigt, trotz der Änderung auf ein Vergabeverfahren zu verzichten.

In den Anwendungsbereich des § 132 GWB fallen alle öffentlichen Aufträge einschließlich Rahmenverträge. Nach § 154 Nr. 3 GWB ist § 132 GWB auf Konzessionen entsprechend anzuwenden. Für Sektoraufträge bestimmt § 142 GWB lediglich eine einschränkende Anwendung. Für diese gilt allein § 132 Abs. 1 GWB.

Durch § 132 Abs. 1 GWB wird Abs. 5 des Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU in deutsches Recht umgesetzt.

2**Wesentliche Änderung
(Abs. 1)**

§ 132 Abs. 1 Satz 1 GWB enthält den Grundsatz, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Laufzeit des Vertrags ein neues Vergabeverfahren erfordern.

Nach der Intention des Gesetzgebers sind wesentliche Änderungen aber nur dann gegeben, wenn sich der Auftrag infolge der Änderungen während der Vertragslaufzeit erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet (BT-Drucks. 18/6281, S. 119). Dies ist in § 132 Abs. 1 Satz 2 GWB Gesetz geworden. Der Gesetzgeber hatte insbesondere solche Änderungen im Auge, die den Umfang und die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien einschließlich der Zuweisung der Rechte des geistigen Eigentums betreffen. Wird durch die Änderung die ursprünglich vereinbarte Leistung in erheblichem Maße berührt, dann muss die geänderte Leistung grundsätzlich neu ausgeschrieben werden, es sei denn, die Änderung ist nach den übrigen Regelungen des § 132 GWB zulässig.

In § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 bis 4 GWB sind Regelungen enthalten, die beispielhaft, aber nicht abschließend, eine wesentliche Änderung beschreiben und die Rechtsfolgen regeln.

§ 132 Abs. 1 Nr. 1 GWB verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zu einer neuen Ausschreibung, wenn mit der Änderung neue Bedingungen eingeführt werden, die den Kreis der angesprochenen Bieter verändert hätte. Dies soll der Fall sein, wenn die Änderung (a) dazu geführt hätte, dass die Zulassung anderer Bieter oder Bewerber möglich gewesen wäre, (b) die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht hätte oder (c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätte. Die Voraussetzungen sind Alternativen, d.h., sie müssen nicht kumulativ vorliegen.

Ein Fall des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1a GWB liegt vor, wenn die Änderung die Zulassung neuer Bewerber oder Bieter ermöglicht hätte. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn eine nach Zuschlagserteilung erfolgte Änderung die Eignungskriterien verändert. Es kommt nicht darauf an, ob der Auftragnehmer auch bei veränderten Eignungskriterien den Zuschlag erhalten hätte. Maßgebend ist, dass die Änderung den ursprünglichen Wettbewerb um den öffentlichen Auftrag verändert hät-

§ 169 Aussetzung des Vergabeverfahrens

(1) Informiert die Vergabekammer den Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung, darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 172 Absatz 1 den Zuschlag nicht erteilen.

(2) Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber auf seinen Antrag oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 134 vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen; bei verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Aufträgen im Sinne des § 104 sind zusätzlich besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen. Die besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen überwiegen in der Regel, wenn der öffentliche Auftrag oder die Konzession im unmittelbaren Zusammenhang steht mit

1. einer Krise,
2. einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr,
3. einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr oder
4. einer Bündnisverpflichtung.

Die Vergabekammer berücksichtigt dabei auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag oder die Konzession zu erhalten. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein. Das Beschwerdegericht kann auf Antrag das Verbot des Zuschlags nach Absatz 1 wiederherstellen; § 168 Absatz 2 Satz 1 bleibt unberührt. Wenn die Vergabekammer den Zuschlag nicht gestattet, kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Auftraggebers unter den Voraussetzungen der Sätze 1 bis 4 den sofortigen Zuschlag gestatten. Für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht gilt § 176 Absatz 2 Satz 1 und 2 und Absatz 3 entsprechend. Eine sofortige Beschwerde nach § 171 Absatz 1 ist gegen Entscheidungen der Vergabekammer nach diesem Absatz nicht zulässig.

(3) Sind Rechte des Antragstellers aus § 97 Absatz 6 im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen. Sie legt dabei den Beurteilungsmaßstab des Absatzes 2 Satz 1 zugrunde. Diese Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar. Die Vergabekammer kann die von ihr getroffenen weiteren vorläufigen Maßnahmen nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder durchsetzen; die Maßnahmen sind sofort vollziehbar. § 86a Satz 2 gilt entsprechend.

(4) Macht der Auftraggeber das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 117 Nummer 1 bis 3 oder § 150 Nummer 1 oder 6 geltend, entfällt das Verbot des Zuschlags nach Absatz 1 fünf Werktage nach Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes an den Antragsteller; die Zustellung ist durch die Vergabekammer unverzüglich nach Eingang des Schriftsatzes vorzunehmen. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlags wiederherstellen. § 176 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 sowie Absatz 3 und 4 ist entsprechend anzuwenden.

Inhaltsverzeichnis

	Rdnr.
Herkunft der Norm	1
Einstweiliger Rechtsschutz im Vergabekammerverfahren	2
Verbot der Zuschlagserteilung	3
Vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung	4
Vorgehen gegen die Vorabgestattungsentscheidung	5
Weitere vorläufige Maßnahmen	6
Besondere Geheimchutz- und Sicherheitsinteressen	7

1 Herkunft der Norm

§ 169 GWB regelt den einstweiligen Rechtsschutz im **Nachprüfungsverfahren** vor der Vergabekammer. In § 169 Abs. 2 Satz 4 GWB wird in Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU neben dem Auftrag auch die Konzessionsvergabe erfasst. Mit dem Gesetz zur beschleunigten Beschaffung im Bereich der Verteidigung und Sicherheit und zur Optimierung der Vergabestatistik vom 25.03.2020 (BGBl. I 2020, Nr. 16, 01.04.2020, S. 674) wurden in § 169 Abs. 2 Satz 3, § 173 Abs. 2 Satz 3 und § 176 Abs. 1 Satz 3 GWB wortgleiche Ergänzungen für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge aufgenommen. Die Neuregelung betrifft öffentliche Aufträge oder Konzessionen, die im unmittelbaren Zusammenhang mit einer Krise, einem mandatierten Einsatz der Bundeswehr, einer einsatzgleichen Verpflichtung der Bundeswehr oder einer Bündnisverpflichtung stehen. Die Neuregelung hat das Ziel, den Besonderheiten der genannten Fallkonstellationen in diesem Bereich angemessen Rechnung zu tragen (BT-Drucks. 19/15603, S. 59). § 169 Abs. 4 GWB enthält die Ausnahmeverschriften der Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU, 2014/25/EU.

§ 169 GWB sieht folgende Regelungen zum einstweiligen Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer vor:

- Gemäß § 169 Abs. 1 GWB darf der Auftraggeber nach Information in Textform über den Nachprüfungsantrag durch die Vergabekammer den Zuschlag vorerst nicht mehr erteilen.
- Gemäß § 169 Abs. 2 GWB kann der Auftraggeber oder das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, Antrag auf vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung stellen, wenn der Auftraggeber erhebliche nachteilige Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung befürchtet.
- Gemäß § 169 Abs. 3 GWB kann die Vergabekammer zur Sicherung der Rechte des Antragstellers auf dessen Antrag hin mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen.
- Gemäß § 169 Abs. 4 GWB entfällt das Verbot des Zuschlags fünf Werktage nach Zustellung eines Schriftsatzes an den Antragsteller, in dem der Auftraggeber besondere Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen i.S.d. § 117 Nr. 1 bis 3 oder § 150 Nr. 1 oder 6 GWB geltend macht.

In seltenen Ausnahmefällen, wenn die Gefahr besteht, dass aufgrund einer vorherigen Rüge ein rechtzeitiges Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB nicht mehr erreicht werden kann, bedarf es vor Einreichen des Nachprüfungsantrags keiner Rüge. Die Forderung nach einer vorherigen Rüge wäre eine reine Förmelerei, wenn der Antragsgegner auf die Rüge nicht sachgerecht reagieren kann (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.01.2021, 15 Verg 11/20).

Gemäß § 169 Abs. 1 GWB ist die Zuschlagserteilung verboten, sobald die Vergabekammer den Auftraggeber in Textform über den Antrag auf Nachprüfung informiert hat. Solange dies nicht erfolgt ist, darf der Auftraggeber den Auftrag oder die Konzession ungeachtet des begonnenen Nachprüfungsverfahrens vergeben. Deshalb ist es möglich, dass in dem Zeitraum zwischen Eingang und Zustellung des Nachprüfungsantrags der Zuschlag wirksam erteilt wird (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.03.2004, 1 VK 14/04). Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass der Primärrechtsschutz des Antragstellers

2**Einstweiliger Rechtsschutz im Vergabekammerverfahren****3****Verbot der Zuschlagserteilung**

aus Zeitgründen leerläuft. Diese Gefahr ist aber in der Fristenregelung des § 134 GWB angelegt, die einen effektiven Schutz des Bieters nur dann gewährleistet, wenn es diesem gelingt, innerhalb der Frist ein Zuschlagsverbot herbeizuführen (OLG Dresden, Beschluss vom 04.07.2002, WVerG 0011/02). Hält die Vergabekammer den Antrag für offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so unterbleibt dessen Zustellung gänzlich (§ 163 Abs. 2 GWB), und das Zuschlagsverbot entsteht nicht.

Hat der Auftraggeber zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung auch ohne Übermittlung durch die Vergabekammer Kenntnis vom Nachprüfungsantrag, kann ausnahmsweise eine Unwirksamkeit des Zuschlags nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu prüfen sein, z.B. wenn der Auftraggeber sich auf eine nicht endgültige Aussage der Geschäftsstelle der Vergabekammer verlassen hat, es werde der Vergabenachprüfungsantrag nicht übermittelt werden, er deshalb sofort den Zuschlag erteilt hat, obwohl keine Eile in der Sache bestand, weshalb die schnelle Zuschlagserteilung offenbar im Wesentlichen das Ziel hatte, unverrückbare Fakten zu schaffen, und er ermesen konnte, dass die rechtliche Begründung für die Aussage der Geschäftsstelle der Vergabekammer, dass nämlich der Vergabenachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig/unbegründet sei, kaum haltbar ist (KG, Beschluss vom 10.02.2020, Verg 6/19).

Information des Auftraggebers in Textform

Geeignete Medien für die Übermittlung in Textform sind neben herkömmlichen Schriftstücken insbesondere Telefax und E-Mail. Nach § 126b BGB bedarf es bei der Textform weder einer Unterschrift noch einer digitalen Signatur. Für die Beurteilung, ob die Information der Vergabekammer per Telefax (oder per E-Mail) noch vor einer erfolgten – dann unwirksamen – Zuschlagserteilung beim Auftraggeber eingegangen ist, kommt es allein darauf an, ob die gesendeten Signale davor noch vollständig empfangen (gespeichert) worden sind (BGH, Beschluss vom 25.04.2006, IV ZB 20/05). Das Telefaxschreiben (bzw. E-Mail-Schreiben) muss so in den Machtbereich des Auftraggebers gelangt sein, dass er die Möglichkeit hatte, von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.09.2008, 12 U 65/08).

Es genügt aus Rechtssicherheitsgründen eine Information durch eine unzuständige Vergabekammer. Eine Information

durch den Bieter selbst über einen eingelegten oder geplanten Nachprüfungsantrag genügt dagegen nicht (VK Bund, Beschluss vom 17.08.2010, VK 1-70/10).

Ist die Information dem Auftraggeber rechtzeitig zugegangen, darf der Zuschlag gemäß § 169 Abs. 1 GWB bis zum Ablauf der Frist nach § 172 Abs. 1 GWB für die Einlegung einer sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer grundsätzlich nicht erteilt werden. Die Frist verlängert sich noch mal um mindestens zwei Wochen, wenn gegen die Entscheidung der Vergabekammer sofortige Beschwerde eingelegt wird (§ 173 Abs. 1 Satz 2 GWB). Zuschläge, die dennoch in diesem Zeitraum erteilt werden, sind wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB nichtig (OLG München, Beschluss vom 19.01.2010, Verg 1/10). Der Auftraggeber kann daher durch eine unzulässige Auftragserteilung keine vollendeten Tatsachen schaffen.

Zuschlagsverbot

Gemäß § 169 Abs. 1 GWB darf der Auftraggeber nach Übermittlung des Nachprüfungsantrags lediglich den Zuschlag nicht erteilen, im Übrigen aber das Vergabeverfahren auch unter Wiederholung einzelner oder aller Schritte fortführen (BayObLG, Beschluss vom 20.09.2004, Verg 21/04). Andere Maßnahmen zur Vorbereitung der Vergabeentscheidung wie z.B. die Prüfung der Eignung der Bieter oder der Machbarkeit von Nebenangeboten darf der Auftraggeber also treffen. Auch eine Korrektur der gerügten Angebotswertung ist möglich. Der Antragsteller kann diese Wertung auf die Bieterinformation nach § 134 GWB hin erneut mit einem Nachprüfungsantrag angreifen, dessen Zustellung ein neues Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB bewirkt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.07.2008, VII-Verg 41/08). Dies kann auch im Wege einer zulässigen Antragsänderung erfolgen, wenn nach der ergänzenden Wertung eine Zuschlagsentscheidung zugunsten desselben Bieters zu erwarten ist.

Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber die vorzeitige Zuschlagserteilung gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Den Antrag kann sowohl

4

Vorzeitige Gestattung der Zuschlagserteilung

**Interessenabwägung der
Vergabekammer**

der Auftraggeber als auch das Unternehmen, das nach § 134 GWB vom Auftraggeber als das Unternehmen genannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, stellen. Wird diesem stattgegeben, kann der Zuschlag gemäß § 169 Abs. 1 Satz 1 GWB nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Gestattungsentcheidung erteilt werden.

Die Entscheidung der Vergabekammer über die **vorzeitige** Gestattung des Zuschlags ist eine Ermessensentscheidung nach Interessenabwägung. Da mit der Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung und dem Vertragsschluss für den betroffenen Bieter der sog. Primärrechtsschutz irreversibel verloren geht, stellt die Gestattung einen Ausnahmefall dar, an den hohe Anforderungen zu stellen sind (OLG München, Beschluss vom 09.09.2010, Verg 16/10). Das von Gesetzes wegen mit der Übermittlung des Nachprüfungsantrags eintretende Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB dient der Durchsetzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG). Im Falle der vorzeitigen Gestattung des Zuschlags gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB wird der Primärrechtsschutz indessen irreversibel ausgeschlossen. Das ist nur ganz ausnahmsweise gerechtfertigt (OLG München, Beschluss vom 09.09.2010, Verg 16/10; OLG Celle, Beschluss vom 17.01.2003, 13 Verg 2/03).

Eine vorzeitige Gestattung des Zuschlags ist nur möglich, wenn ein **dringendes Bedürfnis** an einer sofortigen Auftragserteilung besteht, welches deutlich das Interesse des Antragstellers an einer vorherigen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens übersteigt. Eine Verzögerung der Zuschlagserteilung ist jedem Nachprüfungsverfahren immanent und kann allein kein dringendes Bedürfnis an der Ermöglichung der sofortigen Zuschlagserteilung begründen. Vielmehr hat ein Auftraggeber Verzögerungen, die sich aus einem Nachprüfungsverfahren ergeben, grundsätzlich hinzunehmen (VK Sachsen, Beschluss vom 24.10.2018, 1/SVK/039-18).

Von vornherein untauglich für die Begründung eines besonderen Beschleunigungsinteresses des Auftraggebers i.S.v. § 169 Abs. 2 GWB sind allgemein gehaltene Verweise auf die Bedeutung seiner Aufgaben auf regionaler oder nationaler Ebene, wenn davon insbesondere nicht der Bereich der Daseinsvorsorge oder nach der genannten Vorschrift in der Regel

als überwiegend anzusehende Sicherheits- und Verteidigungsinteressen betroffen sind (OLG Rostock, Beschluss vom 16.09.2021, 17 Verg 7/21).

Bei der Bewertung der Vorteile eines abgeschlossenen Nachprüfungsverfahrens ist insbesondere zu beachten, dass der Antragsteller nach § 97 Abs. 6 GWB einen subjektiven Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften hat. Mit der Gestattung des Zuschlags ist dieser Anspruch unwiderruflich verloren. Der Bieter hat ein gewichtiges Interesse daran, dass ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Rechte im Wege des Primärrechtsschutzes zu verfolgen, auf den das gesamte Nachprüfungsverfahren auch ausgerichtet ist, und nicht auf den Sekundärrechtsschutz verwiesen zu werden. Der Sekundärrechtsschutz vermag nämlich auch im Erfolgsfall nur einen Teil der Nachteile wettzumachen, die mit dem Verlust eines Auftrags verbunden sind (OLG München, Beschluss vom 09.09.2010, Verg 16/10). Hieraus folgt, dass einem Antrag auf Gestattung des Zuschlags nur dann zu folgen ist, wenn das Interesse des Auftraggebers und der Allgemeinheit von besonderem Gewicht ist (VK Berlin, Beschluss vom 27.04.2010, VK-B2-3/10 E II).

Das **besondere Beschleunigungsinteresse** muss erheblich über die üblichen Misshelligkeiten hinausgehen, die für den Auftraggeber regelmäßig mit einer zeitlichen Verzögerung seines Projekts verbunden sind (OLG München, Beschluss vom 09.09.2010, Verg 16/10). Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Auftraggeber grundsätzlich mit Verzögerungen der Auftragsvergabe durch Nachprüfungsverfahren rechnen und diese bei seiner zeitlichen Planung einkalkulieren muss. Derartige Verzögerungen sind die zwangsläufige Folge eines jeden mit aufschiebender Wirkung verbundenen Rechtsmittels und fallen deshalb in den Risikobereich des Auftraggebers (OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.10.2017, 11 Verg 13/17). Denkbar ist eine Zuschlagsgestattung insbesondere bei einer Gefährdung gewichtiger öffentlicher Interessen, die nicht durch mögliche Interimsmaßnahmen abzuwenden sind. Diese Voraussetzungen sind vom Auftraggeber darzulegen.

Das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens überwiegt z.B. dann, wenn

- bei einer Verzögerung der zu beauftragenden Leistungen der Verlust von Fördermitteln droht (VK Sachsen, Beschluss vom 04.10.2001, 1/SVK/98-01g),
- die Gefahr besteht, dass die Abfallentsorgung nicht fristgemäß sichergestellt und somit die gesetzlich konkretisierten Pflichten der gemeinwohlverträglichen Abfallbeseitigung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht eingehalten werden können (VK Brandenburg, Beschluss vom 12.04.2002, VK 15/02),
- die Entsorgung von Schmutzwasser für ca. 18.000 Haushalte bei Aufrechterhaltung des Zuschlagsverbots nicht gesichert ist (VK Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2001, 1 VK 113/01).

Bei der Interessenabwägung sind insbesondere folgende Belange zu berücksichtigen:

Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung

Überwiegt bei der Interessenabwägung das Allgemeinheitsinteresse das Primärrechtsschutzinteresse des unterlegenen Bieters, darf trotz laufenden Nachprüfungsverfahrens ein Zuschlag erteilt werden (VK Bund, Beschluss vom 11.07.2017, VK 2-62/17). Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers liegt vor, wenn diese durch die lange Verfahrensdauer gefährdet ist. Allerdings ist es eine Selbstverständlichkeit, wenn öffentliche Mittel nicht verschwendet werden sollen, dass deren Einsatz mit Vorteilen für die öffentliche Hand und die Allgemeinheit verbunden ist. Bei Aufträgen im Bereich der Daseinsvorsorge und der Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung wird häufig ein besonderes Interesse der Allgemeinheit an der zügigen Durchführung von Vergabeverfahren und der Auftragserteilung bestehen.

Allerdings ist dabei immer zu beachten, dass mögliche Interimsmaßnahmen generell gegenüber einer Zuschlagsgestattung vorrangig anzuwenden sind (OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.10.2017, 11 Verg 13/17).

§ 75 Eignung

(1) Wird als Berufsqualifikation der Beruf des Architekten, Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten oder Stadtplaners gefordert, so ist zuzulassen, wer nach dem für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Landesrecht berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.

(2) Wird als Berufsqualifikation der Beruf des „Beratenden Ingenieurs“ oder „Ingenieurs“ gefordert, so ist zuzulassen, wer nach dem für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Landesrecht berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.

(3) Juristische Personen sind als Auftragnehmer zuzulassen, wenn sie für die Durchführung der Aufgabe einen verantwortlichen Berufsangehörigen gemäß Absatz 1 oder 2 benennen.

(4) Eignungskriterien müssen gemäß § 122 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Sie sind bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können.

(5) Die Präsentation von Referenzprojekten ist zugelassen. Verlangt der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzen im Sinne von § 46 Absatz 3 Nummer 1, so lässt er hierfür Referenzobjekte zu, deren Planungs- oder Beratungsanforderungen mit denen der zu vergebenden Planungs- oder Beratungsleistung vergleichbar sind. Für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte ist es in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Objekte derselben Nutzungsart geplant oder realisiert hat.

(6) Erfüllen mehrere Bewerber an einem Teilnahmewettbewerb mit festgelegter Höchstzahl gemäß § 51 gleichermaßen die Anforderungen und ist die Bewerberzahl auch nach einer objektiven Auswahl entsprechend der zugrunde gelegten Eignungskriterien zu hoch, kann die Auswahl unter den verbleibenden Bewerbern durch Los getroffen werden.

Inhaltsverzeichnis

	Rdnr.
Allgemeines	1
Berufsqualifikation Architekt, Innenarchitekt, Landschaftsarchitekt oder Stadtplaner (§ 75 Abs. 1 VgV)	2
Berufsqualifikation „Beratender Ingenieur“ oder „Ingenieur“ (§ 75 Abs. 2 VgV)	3
Verantwortliche Berufsangehörige bei juristischen Personen (§ 75 Abs. 3 VgV)	4
Angemessene Eignungskriterien (§ 75 Abs. 4 VgV)	5
Präsentation von Referenzprojekten (§ 75 Abs. 5 Satz 1 VgV)	6
Anforderung an Referenzprojekte (§ 75 Abs. 5 Satz 2 und 3 VgV)	7
Auswahl durch Los (§ 75 Abs. 6 VgV)	8

1

Allgemeines

§ 75 VgV beinhaltet spezifische Regelungen für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zur Eignung und ergänzt insofern die entsprechenden Vorschriften des Abschnitts 1.

Die Eignungskriterien dürfen gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB ausschließlich Folgendes betreffen:

- Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, z.B. Mindestjahresumsatz
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit, z.B. Referenzen

Die in § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB formulierten Eignungskriterien gehen zurück auf Art. 58 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU. Danach sollen die Anforderungen auf jene Eignungskriterien beschränkt werden, die zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Auftragsausführung verfügt. Alle Anforderungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Aufzählung in § 122 Abs. 2 Satz 2 GWB ist insofern abschließend.

§ 75 Abs. 1 bis 3 VgV präzisieren die Regeln zur Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung in §§ 43 und 46 VgV. Daneben gelten die Regelungen zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit aus § 45 VgV und zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit nach § 46 VgV.

Generell empfiehlt es sich, die Eignung der Bewerber anhand relativ einfacher, objektiv feststellbarer Kriterien – die auch von einer großen Zahl der Bewerber erfüllt werden können – zu treffen bzw. zu prüfen. Dies vergrößert den Wettbewerb und mindert das Risiko von Rüge- und Nachprüfungsverfahren.

Die Prüfung, unter welchen Voraussetzungen Bieter grundsätzlich geeignet sind, um einen öffentlichen Auftrag auszuführen, sollte mit der Reform erleichtert werden (Baumann, GWR 2016, 159 (161)). Dazu wurde mit der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) ein Formular geschaffen, mit welchem Bewerber die geforderte Eignung zunächst selbst erklären und erst nach Auswahl durch den Auftraggeber die geforderten Eignungsnachweise vorlegen müssen. Der Aufbau des Standardformulars sieht in Teil I vom öffentlichen Auftraggeber in geringem Umfang die Angabe von Informationen zu seiner Identität und zum Vergabeverfahren vor. Die Teile II bis VI sind vom sich bewerbenden Unternehmen auszufüllen. Zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung wurde am 05.01.2016 die Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 erlassen. Wenn der öffentliche Auftraggeber Bescheinigungen und sonstige Nachweise anfordert, verlangt er i.d.R. solche, die vom Online-Dokumentenarchiv e-Certis abgedeckt sind (§ 48 Abs. 2 VgV). Als vorläufigen Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen muss der öffentliche Auftraggeber die Vorlage der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) akzeptieren (§ 48 Abs. 3 VgV).

Seit 18.10.2019 ist der komplette Vergabevorgang bei einem Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV oder einem wettbewerblichen Dialog nach § 18 VgV mithilfe elektronischer Mittel durchzuführen. Dies erfolgt über die einschlägigen Vergabeplattformen. Gemäß § 9 Abs. 3 VgV darf für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen keine Registrierung verlangt werden.

2
Berufsqualifikation
Architekt, Innenarchitekt,
Landschaftsarchitekt
oder Stadtplaner
(§ 75 Abs. 1 VgV)

Bei der Durchführung von Planungswettbewerben vor dem Vergabeverfahren (§ 78 Abs. 2 VgV) ist die E-Vergabe nicht anzuwenden, da das Verhandlungsverfahren, also die Vergabe, erst nach der Preisgerichtssitzung beginnt.

§ 75 Abs. 1 VgV entspricht § 19 Abs. 1 VOF und wurde lediglich aktualisiert.

Fordert der öffentliche Auftraggeber als Berufsqualifikation den Beruf des Architekten, Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten oder Stadtplaners, so ist nach § 75 Abs. 1 VgV zuzulassen, wer nach dem für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Landesrecht berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.

Die Vorschrift ist nicht als abschließende Qualifikationsregelung zu sehen. Weitere Eignungsnachweise über entsprechende Erfahrungen sind somit nicht ausgeschlossen. Gleichwertige Bescheinigungen anderer EU-Mitgliedstaaten sind anzuerkennen. Wann der Auftraggeber berufliche Qualifikationen von den Bewerbern fordern kann oder fordern muss, ist nicht ausdrücklich geregelt. Jedoch ist davon auszugehen, dass es in das Ermessen des Auftraggebers gestellt ist, ob und ggf. wann er eine Berufsqualifikation von den Bewerbern abverlangt (Voppel/Osenbrück/Bubert, § 23 Rdnr. 3.).

Ebenfalls ist es eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers, welche der in § 75 Abs. 1 VgV enthaltenen Berufsqualifikationen er voraussetzt, also, ob er nur eine bestimmte, eine von mehreren oder mehrere verlangt.

Ausnahmsweise steht jedoch die Entscheidung über die Forderung von Berufsqualifikationen dann nicht im Ermessen des Auftraggebers, wenn es sich um „sonstige Leistungen“ handelt, für die die berufliche Qualifikation des Auftragnehmers objektiv „erforderlich ist“ (Voppel/Osenbrück/Bubert, § 23 Rdnr. 3.).

Ist beispielsweise die Beauftragung einer Genehmigungsplanung beabsichtigt, ist die berufliche Qualifikation des Auftragnehmers objektiv erforderlich. Denn nach den Landesbauordnungen sind in aller Regel nur bestimmte Personen mit ein-

schlägiger beruflicher Qualifikation bauvorlageberechtigt. In solchen Fällen ist das Ermessen des Auftraggebers in Bezug auf eine Forderung nach § 75 Abs. 1 VgV derart eingeschränkt, dass die erforderliche Qualifikation von den Bewerbern verlangt werden sollte.

Obwohl die Entscheidung über zu verlangende Berufsqualifikationen im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers steht, ist es dem Auftraggeber im Sinne der bestmöglichen Qualität dringend zu empfehlen, bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen entsprechende Berufsqualifikationen von den Bewerbern abzuverlangen. Welche Qualifikationen im Einzelfall von Bedeutung sind, kann erforderlichenfalls bei den örtlich zuständigen Architekten- und/oder Ingenieurkammern erfragt werden.

§ 75 Abs. 1 VgV entspricht § 19 Abs. 2 VOF und wurde lediglich aktualisiert.

Fordert der öffentliche Auftraggeber als Berufsqualifikation den Beruf des Beratenden Ingenieurs oder Ingenieurs, so hat er gemäß § 75 Abs. 2 VgV zuzulassen, wer nach dem für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Landesrecht berechtigt ist, die entsprechende Berufsbezeichnung zu tragen oder in der Bundesrepublik Deutschland entsprechend tätig zu werden.

Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Kommentierung zu Rdnr. 3 verwiesen.

Nach § 75 Abs. 3 VgV, der dem früheren § 19 Abs. 3 VOF entspricht, muss der öffentliche Auftraggeber juristische Personen zulassen. Voraussetzung ist lediglich, dass diese gemäß § 75 Abs. 3 VgV für die Durchführung der Aufgabe einen verantwortlichen Berufsangehörigen i.S.d. § 75 Abs. 1 oder 2 VgV benennen.

Diskutiert wurde im Vorfeld der Verabschiedung dieser Regelung, welche Voraussetzungen eine juristische Person, die sich an einem Verfahren zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen beteiligt, erfüllen sollte.

3

**Berufsqualifikation
„Beratender Ingenieur“
oder „Ingenieur“
(§ 75 Abs. 2 VgV)**

4

**Verantwortliche
Berufsangehörige bei
juristischen Personen
(§ 75 Abs. 3 VgV)**

So wurde insbesondere gefordert, juristische Personen nur dann als Auftragnehmer zuzulassen, wenn sie für die Durchführung der Aufgabe einen verantwortlichen Berufsangehörigen gemäß Abs. 1 und 2 benennen und die Mehrheit ihrer Gesellschaftsanteile im Besitz von aktiven Freiberuflern derselben Qualifikation ist. Zur Begründung wurde angeführt, dass eine Zulassung von juristischen Personen, deren Kapitalmehrheit nicht bei Freiberuflern liege, keine unabhängige freiberufliche Leistung gewährleiste und dass dadurch der freie Beruf zunehmend beeinträchtigt werden würde.

Der Verordnungsgeber hat sich jedoch in § 75 Abs. 3 VgV auf das Minimum der von juristischen Personen zu fordernden Qualifikationen beschränkt. Dies ist zumindest insofern folgerichtig, als in § 1 VOF festgelegt war, dass freiberufliche Leistungen auch von Teilnehmern erbracht werden können, die „nur“ im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen stehen, ohne selbst „aktive Freiberufler“ zu sein. Insgesamt ist der Anwendungsbereich demnach als leistungs- und nicht als berufsstandsbezogen zu bezeichnen (Voppel/Osenbrück/Bubert, § 23 Rdnr. 7 und 23). Der gesamte Abschnitt 6 der VgV ist deshalb auch dann anzuwenden, wenn der zu vergebende Auftrag nicht ausschließlich von klassischen Freiberuflern ausgeführt werden kann. Die Qualifikationen i.S.d. § 75 VgV haben daher insgesamt die Bedeutung, qualitätssichernd und nicht berufsstandssichernd zu wirken.

In inhaltlicher Hinsicht ist es zunächst fraglich, ob die Bedingung in § 75 Abs. 3 VgV vom Auftraggeber bereits bei der Auswahl der Verhandlungsteilnehmer berücksichtigt werden muss. Insoweit erscheint der Wortlaut dieser Regelung zumindest unklar, weil explizit nur die Zulassung als „Auftragnehmer“ angesprochen wird, was die Auslegung nahelegt, dass damit nur die Auswahl des Auftragnehmers aus dem Kreis der Verhandlungsteilnehmer gemeint sein würde (Hebel, in: Müller-Wrede, § 19 Rdnr. 45).

Nach Sinn und Zweck dieser Regelung muss aber davon ausgegangen werden, dass dieses Erfordernis bereits als Nachweis im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zu berücksichtigen ist, jedenfalls dann, wenn darauf richtigerweise in der Vergabebekanntmachung hingewiesen worden ist (Voppel/Osenbrück/Bubert, § 23 Rdnr. 23).

§ 75 Abs. 4 Satz 1 VgV fordert, dass Eignungskriterien gemäß § 122 Abs. 4 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Weil in der Praxis häufig gegen die Angemessenheit der Anforderungen verstoßen und damit der Wettbewerb ohne sachlichen Grund einschränkt wird, ist dieser Grundsatz gerade bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen von einer derart überragenden Bedeutung, dass in diesem Abschnitt 6 gesondert darauf hingewiesen wird.

5

**Angemessene Eignungskriterien
(§ 75 Abs. 4 VgV)**

Der Grundsatz der Angemessenheit von Eignungskriterien wird bei geeigneten Projekten dahin gehend konkretisiert, dass diese so zu wählen sind, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich am Wettbewerb beteiligen können. In der Praxis ist immer wieder festzustellen, dass der Grundsatz des bisherigen § 2 Abs. 4 VOF ins Leere lief. Zu wenige kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger können sich an den Vergabeverfahren beteiligen, weil sie z.B. die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an Referenzprojekte nicht erfüllen können. In der Folge können kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger keine Referenzprojekte erarbeiten und demnach bei den nächsten Ausschreibungen kein Referenzprojekt vorweisen. Dies bedeutet in aller Regel den faktischen Ausschluss von kleineren Büros.

Der Verordnungsgeber wollte mit dem Satz 2 in § 75 Abs. 4 VgV den Grundgedanken des § 2 Abs. 4 VOF aufgreifen und damit die Voraussetzung schaffen, die Innovationskraft und die Ideenvielfalt auch junger Architekten und Ingenieure sowie kleiner Büros bei den Vergabeverfahren zu nutzen.

Sind die Anforderungen an die Eignung trotz angemessener Eignungskriterien dennoch zu hoch, können Bewerber oder Bieter im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Architektur- und Ingenieurbüros in Anspruch nehmen (§ 47 Abs. 1 VgV). Die Erfahrung zeigt, dass Architekturbüros leistungsfähige und belastbare Kooperationen für die Bewerbung um Planungsleistungen sowie zur Umsetzung der Planungs- und Bauaufgabe eingehen.

6
Präsentation von
Referenzprojekten
(§ 75 Abs. 5 Satz 1 VgV)

Ein weiteres tragfähiges Instrument zur Erfüllung der Eignungskriterien kann die Bildung von Bewerber- und Bietergemeinschaften gemäß § 43 Abs. 2 VgV sein.

Gemäß § 75 Abs. 5 Satz 1 VgV ist die Präsentation von Referenzprojekten zugelassen.

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist unklar. Laut dem Verordnungsgeber spielt bei der Vergabe von Planungsleistungen die Vorlage und Beurteilung von Referenzprojekten eine herausragende Rolle. Dabei soll es in der Verhandlung mit den Bietern weiterhin möglich bleiben, über die Referenzprojekte jenseits der vorher festgestellten Erfüllung der Eignungskriterien zu diskutieren.

Daraus ergibt sich unzweifelhaft, dass den Bietern auf der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens die Möglichkeit der Präsentation ihrer Referenzprojekte gegeben werden soll. Dies ist insofern widersprüchlich, als § 75 VgV unter der Überschrift „Eignung“ im zweistufigen Verfahren zunächst den Teilnahmewettbewerb betrifft. Die übrigen Regelungen des § 75 VgV beschäftigen sich ausschließlich mit der Eignung der Bewerber/Bieter. Der gesetzgeberische Wille scheint jedoch nicht so weit zu gehen, dem Bewerber einen Anspruch auf Präsentation seiner Referenzprojekte bereits im Teilnahmewettbewerb einzuräumen. Insofern verbleibt es bei der Möglichkeit, Referenzprojekte im Rahmen des Verhandlungsgesprächs zu präsentieren. Das praktische Anwendungserfordernis dieser Regelung erschließt sich dennoch nicht, da § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV dem öffentlichen Auftraggeber nun ausdrücklich die Möglichkeit gibt, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals als Zuschlagskriterium vorzusehen. Insofern wurde die strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien mit der Vergaberechtsreform aufgehoben. Der praktische Anwendungsbereich dieser Regelung dürfte demnach ins Leere laufen.

7
Anforderung an
Referenzprojekte (§ 75
Abs. 5 Satz 2 und 3 VgV)

Verlangt der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzen i.S.v. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV, so lässt er hierfür nach § 75 Abs. 5 Satz 2 und 3 VgV Referenzobjekte zu, deren Planungs- oder Beratungsanforderungen mit denen der zu vergebenden Planungs- oder Beratungsleistung vergleichbar sind.

Zu beachten ist insbesondere, dass es für die Vergleichbarkeit von Referenzprojekten nicht zwangsläufig erforderlich ist, dass das Referenzprojekt die gleiche Nutzungsart wie das zu planende Projekt aufweist. Vergleichbare Referenzen liegen laut der Verordnungsbegründung dann vor, wenn diese der ausgeschriebenen Planungsleistung in Art und Umfang ähnlich sind. Als Anhaltspunkt für eine Vergleichbarkeit verweist der Ordnungsgeber auf die Honorarzonen nach § 5 HOAI. So ist es beispielsweise bei der Planung eines Kindergartens i.d.R. unerheblich, dass das Referenzprojekt ebenfalls ein Kindergarten ist.

Sofern ausnahmsweise für Referenzobjekte die Anforderung der gleichen Nutzungsart aufgestellt wird, bedarf dies einer Rechtfertigung aufgrund besonderer Umstände, die vom Auftraggeber darzulegen und zu dokumentieren sind. Im Übrigen kann der Auftraggeber Anforderungen an Referenzen bestimmen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang auch der Referenzzeitraum. Die VgV sieht als Grundsatz einen Referenzzeitraum von drei Jahren vor, lässt aber einen Zeitraum von mehr als drei Jahren zu, um einen ausreichenden Wettbewerb sicherzustellen (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV).

Für den Bereich der Architektenleistungen hat der Ordnungsgeber in der Begründung zu § 46 VgV Folgendes ausgeführt:

„Im Bereich der Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren ist die Retrospektive auf drei Jahre häufig zu kurz für aussagekräftige Referenzen. Bei der Vergabe solcher Leistungen bietet sich die Einräumung eines längeren Zeitraums, aus dem die Referenzprojekte regelmäßig stammen dürfen, an. Bauprojekte und ihre Planung haben eine längere Laufzeit, was dazu führt, dass mögliche Referenzprojekte in den letzten drei Jahren noch nicht abgeschlossen sind. Es kann sowohl für den Auftraggeber als auch für die anbietenden Unternehmen daher von Vorteil sein und der Sicherstellung des Wettbewerbs dienen, wenn die Unternehmen interessante Projekte aus einer längeren Periode in die Wertung geben dürfen.“

8
Auswahl durch Los
(§ 75 Abs. 6 VgV)

§ 75 Abs. 6 VgV entspricht weitgehend § 10 Abs. 3 VOF, er wurde lediglich präzisiert.

Erfüllen mehrere Bewerber an einem Teilnahmewettbewerb mit festgelegter Höchstzahl (§ 51 VgV) gleichermaßen die Anforderungen, und ist die Bewerberzahl auch nach einer objektiven Auswahl entsprechend den zugrunde gelegten Eignungskriterien zu hoch, kann die Auswahl unter den verbleibenden Bewerbern gemäß § 75 Abs. 6 VgV durch Los getroffen werden.

In der Praxis kommt es häufig vor, dass trotz objektiver Auswahl anhand qualitativer Kriterien zu viele gleich geeignete Bewerber übrig bleiben. Wenn es dem öffentlichen Auftraggeber aus objektiv nachvollziehbaren Gründen nicht möglich ist, den Kreis der Bewerber auf die vorgesehene Zahl zu begrenzen, muss eine Losentscheidung möglich sein, damit der Auftraggeber mit einer noch handhabbaren Anzahl von Bewerbern die Verhandlungen aufnehmen kann. Der Losentscheid bezieht sich nur auf die Auswahlentscheidung, nicht auf die Zuschlagsentscheidung. Außerdem ist der Losentscheid nicht generell zulässig, sondern erst nach Prüfung der Eignung.

„Grundsätzlich gilt, dass ein Losverfahren nur dann zulässig ist, wenn ein Auftraggeber eine rein objektive Auswahl nach qualitativen Kriterien unter gleich qualifizierten Bewerbern nicht mehr nachvollziehbar durchführen kann. Der das Vergaberecht beherrschende Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) ist nicht mit einem Losverfahren zu vereinbaren, das seiner Natur nach nicht die Auswahl der besten Bewerber zum Ziel hat, sondern zu einer zufälligen Bewerberauswahl führt.“

(Maibaum/Schade, in: Müller-Wrede VgV-Kommentar, § 71 Rdnr. 29).

Der Ablauf des Losverfahrens ist in jedem Fall zu dokumentieren. Die Begrenzung der Anzahl der Bewerber (Höchst- und Mindestzahl), die zu Verhandlungen aufgefordert werden, erfolgt gemäß § 51 VgV.

Aufklärung des Angebotsinhalts

Verweigert ein Bieter im Rahmen der Aufklärung die geforderten Aufklärungen und Angaben oder lässt er die ihm gesetzte angemessene Frist unbeantwortet verstreichen, so ist sein Angebot gemäß § 15 EU Abs. 2 VOB/A zwingend auszuschießen. Ein Ermessen besteht nicht mehr.

Vorbehaltene Unterlagen

Hat sich der Auftraggeber die Vorlage von Erklärungen und Nachweisen vorbehalten und nicht bereits mit dem Angebot gefordert, setzt er für dessen Vorlage eine angemessene, nach dem Kalender bestimmte Frist. Werden sie vom Bieter daraufhin nicht fristgerecht vorgelegt, dann ist das Angebot auszuschießen (§ 16 EU Nr. 4 VOB/A). Bis zur Reform 2016 war dieser Ausschlussgrund nur in den Bewerbungsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber festgelegt.

Nach der am 01.07.2016 veröffentlichten Neufassung des Abschnitts 1 VOB/A gilt dieser Ausschlussgrund auch bei unter-schwelliger Vergaben (siehe hierzu § 16 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A).

EU-weite Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien müssen im EU-weiten Vergabeverfahren mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies ist nach § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A dann der Fall, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen, aber z.B. auch den „fairen“ Handel mit ihr. Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken.

Der Auftraggeber kann außerdem auch den Lebenszykluskostenansatz bewerten. Wie dies zu erfolgen hat, ist in Nr. 5 bis 7 des § 16d EU Abs. 2 VOB/A genau vorgegeben. Die Lebenszykluskostenrechnung umfasst z.B. auch die Kosten am Ende der Nutzungsdauer (wie Entsorgungskosten) oder die Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, wie Kosten der Emission von Treibhausgasen.

Neuausschreibung bei Auftragsänderungen

Die streitige Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein neues Vergabeverfahren erforderlich ist, wenn sich während der Vertragslaufzeit Änderungen und Ergänzungen ergeben, ist seit der Reform 2016 geklärt. Nach § 22 EU Abs. 1 VOB/A muss bei wesentlichen Änderungen grundsätzlich eine neue Ausschreibung erfolgen. Wesentlich sind Änderungen,

ser im Vertrag als „Festpreis“ bezeichnet wird (OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2013, 23 U 87/12). Werden auf Veranlassung des Auftraggebers nach Vertragsschluss Änderungen an der Planung bzw. Funktionalbeschreibung vorgenommen, sind diese nicht von der Pauschalpreisabrede umfasst und zusätzlich zu vergüten (LG Münster, Urteil vom 18.02.2015, 2 O 131/10). Die Vergütung regelt sich auch bei Vereinbarung einer Pauschalsumme nach § 2 Abs. 4, 5 und 6 VOB/B (§ 2 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B).

Bei der Pauschalierung gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A wird nur die Vergütung pauschaliert, der Umfang der Leistungspflicht dagegen nicht. Abweichend hiervon hat sich in der privaten Praxis eine besondere Form eines globalen oder totalen Pauschalvertrags entwickelt. Der Global-Pauschalvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass die Leistung durch globale Elemente, meist in der Form einer funktionalen Leistungsbeschreibung und nicht – jedenfalls überwiegend nicht – detailliert beschrieben wird (OLG Brandenburg, Urteil vom 06.03.2007, 11 U 166/05). Bei diesem Vertragstyp wird dann nicht nur die Vergütung, sondern auch die Leistungspflicht durch eine mehr oder minder genaue Beschreibung des Leistungsziels pauschaliert.

Globale Pauschalverträge

Diese Form des Pauschalvertrags birgt für den Auftragnehmer die Gefahr, dass er bezüglich der technischen Qualität oder Ausstattung des Bauwerks Leistungen erbringen muss, die er bei der Erstellung des Angebots und der Preisermittlung nicht berücksichtigt hat. Dabei wird von den Auftraggebern versucht, durch sog. Vollständigkeitsklauseln die Leistungspflicht des Auftragnehmers so weit wie möglich auszudehnen. Deshalb muss der Auftragnehmer versuchen, in seinem Angebot den Leistungsumfang eindeutig festzulegen.

Ein Stundenlohnvertrag kann gemäß § 4 Abs. 2 VOB/A bei Bauleistungen geringen Umfangs mit überwiegenden Lohnkosten abgeschlossen werden. Es kann sich dabei handeln um

3 Stundenlohnvertrag

- selbstständige Stundenlohnarbeiten (ohne Zusammenhang mit einem Leistungsvertrag) oder
- Stundenlohnarbeiten, die an ein Leistungsverzeichnis eines Leistungsvertrags „angehängt“ sind.

Abweichend vom Leistungsvertrag wird die Vergütung bei dieser Vertragsart nicht nach der erbrachten Leistung, sondern nach der Anzahl der tatsächlich aufgewendeten Stunden und dem idealerweise vereinbarten Stundenlohn berechnet. Soweit keine vertraglichen Vereinbarungen vorliegen, ist die ortsübliche Vergütung für Stundenlohnarbeiten geschuldet. Ist auch diese nicht zu ermitteln, sind die Aufwendungen des Auftragnehmers nach den Vorgaben des § 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 VOB/B zu vergüten. Der Auftraggeber hat bei dieser aufwandsbezogenen Vergütung ein höheres Kostenrisiko zu tragen als beim Einheitspreis- und Pauschalvertrag. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/A dürfen daher angehängte Stundenlohnarbeiten nur im unbedingt erforderlichen Umfang in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

Der Auftragnehmer trägt das Risiko der wirksamen Vereinbarung vor Beginn der Ausführung (§ 2 Abs. 10 VOB/B) und der Nachweisbarkeit der geleisteten Stunden. So müssen die Stundenlohnarbeiten vor Beginn gemäß § 15 Abs. 3 Satz 1 VOB/B angezeigt und die geltend gemachten Stunden durch vollständige, aussagekräftige und vom Auftraggeber anerkannte Stundenlohnnachweise belegt sein (§ 15 Abs. 3 Satz 2 bis Abs. 5 VOB/B). Bestätigt z.B. ein Bauleiter ohne entsprechende Vollmacht nicht vereinbarte, aber geleistete angehängte Stundenlohnarbeiten auf einem Stundenlohnnachweis, so ist der Auftraggeber dennoch nicht verpflichtet, diese zu bezahlen (BGH, Urteil vom 14.07.1994, VII ZR 186/93).

4 Verfahren zur Abgabe der Angebotspreise

Fehlen die geforderten Preisangaben, entspricht das Angebot nicht den Vorgaben des § 13 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und muss gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A grundsätzlich von der Prüfung und Wertung ausgeschlossen werden (Ausnahme: Fehlen des Preises in einer unwesentlichen Position ohne Wettbewerbsrelevanz gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 zweiter Halbsatz VOB/A). § 4 VOB/A stellt in Abs. 3 und 4 zwei Möglichkeiten zur Verfügung, wie die Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens die Preise abgeben können, nämlich im Normalfall

- im Angebotsverfahren, bei dem der Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung erstellt und der Bieter dort seine Preise einträgt, oder ausnahmsweise

- im Auf- und Abgebotsverfahren. Hier gibt der Auftraggeber die Art der Leistungen und Preise vor, die aufgrund von Erfahrungssätzen ermittelt werden. Der Bieter macht auf diese Preise ein Auf- oder Abgebot in Prozent.

Ein Angebot auf der Grundlage von § 4 Abs. 4 VOB/A darf üblicherweise nur enthalten:

1. die Angabe des Auf- oder Abgebots auf die Preise in Prozent
2. die Angabe der Stundenlohnverrechnungssätze für Stundenlohnarbeiten
3. sonstige in den Vergabeunterlagen geforderte Erklärungen

Ist kein Auf- oder Abgebot im Angebot angegeben, sind nach den jeweiligen Teilnahmebedingungen für die Vergabeverfahren meist die Preise des jeweiligen Leistungsverzeichnisses angeboten. Ist der Vertrag im Auf- und Abgebotsverfahren zustande gekommen, wird der Preis vergütet, der sich aus den Preisen des Leistungsverzeichnisses unter Berücksichtigung des Auf- oder Abgebots zuzüglich Umsatzsteuer ergibt.

Das Auf- und Abgebotsverfahren soll gemäß § 4 Abs. 4 VOB/A nur ausnahmsweise bei regelmäßig wiederkehrenden Unterhaltungsarbeiten, deren Umfang möglichst zu umgrenzen ist, angewandt werden. Aufgrund von Missbrauchsfällen in der Vergangenheit wird das Auf- und Abgebotsverfahren häufig gar nicht mehr gewählt, auch wenn dies weiterhin möglich ist. Bauunterhaltsarbeiten werden vielmehr mit sog. Zeitverträgen im Angebotsverfahren vergeben. Zeitverträge sind Rahmenvereinbarungen i.S.d. § 4a VOB/A über einen größeren Umfang gleichartiger, regelmäßig wiederkehrender Bauunterhaltsleistungen, die während der Vertragslaufzeit durch Einzelaufträge nach und nach abgerufen werden können.

§ 50 Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen

Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden¹, sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.

	Rdnr.	Inhaltsverzeichnis
Allgemeines	1	
Bedeutung der Einordnung als Sonderregelung	2	
Tatbestandsvoraussetzungen	3	
Vergabe im Wettbewerb als Rechtsfolge	4	
Regelverfahren des Wettbewerbsverfahrens nach § 50 UVgO	5	
Ausnahme: Verhandlung mit nur einem Bieter	6	
Exemplarische Darstellung auftraggeberspezifischer Vorgaben	7	
Besonderheiten im Förderrecht	8	
Primärrecht/grenzüberschreitendes Interesse	9	
Rechtsschutz	10	
Addition der Auftragssummen bei Planungsleistungen	11	
Vergabe von Rechtsdienstleistungen	12	
Dokumentation	13	
Prüffolge	14	
Exkurs zur EuGH-Entscheidung zu den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI	15	

1 vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 des Einkommensteuergesetzes:(1) Einkünfte aus selbständiger Arbeit sind: 1. Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit. Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen; ...

1
Allgemeines

Mit § 50 UVgO wurde durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zum ersten Mal eine allgemeine Regelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen für den Bereich unterhalb des EU-Schwellenwerts formuliert. Der Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Leistungen (DVAL), der die VOL/A, Ausgabe 2009, erarbeiten durfte, hatte die Anwendbarkeit der Regelungen auf die Vergabe von Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden, noch ausdrücklich ausgenommen (§ 1 Satz 2 zweiter Spiegelstrich).

Die Regelung in § 50 UVgO wurde im Kern wortgleich aus den Verwaltungsvorschriften zu § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) übernommen. Dies stellte das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit mit Rundschreiben u.a. an die Bauverwaltungen der Länder vom 08.09.2017 (Az. 81062.05/00) wie folgt klar:

„Zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen enthält die UVgO in § 50 eine eigenständige Regelung. Die Vorschrift stellt klar, dass auch freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind. Dabei ist ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Die Regelung entstammt der bisherigen Ziffer 2.3 der VV zu § 55 BHO, die mit der Übernahme in die UVgO aus der VV gestrichen wird.“

§ 50 UVgO sowie auch die gesamte UVgO wirkt grundsätzlich nicht für alle Vergabestellen in der Bundesrepublik Deutschland. Anders als die VgV ist die UVgO keine Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 GG. Deshalb bedarf es eines Einführungsrechtsakts des jeweiligen Auftraggebers bzw. seiner Rechtsaufsicht. So wurde beispielsweise die Anwendbarkeit der UVgO für die von der BHO gebundenen Vergabestellen erst durch Ziffer 2 der Verwaltungsvorschriften (VV) zu § 55 BHO begründet.

Demnach muss jeder Rechtsanwender für sich hinterfragen, ob die UVgO für den betreffenden Vergabevorgang eingeführt ist und ob ggf. ergänzende Sonderregelungen für den Bereich

der Vergabe freiberuflicher Leistungen verbindlich vorgegeben sind. Gerade im kommunalen Bereich können zur Anwendbarkeit keine allgemeinen Vorgaben gemacht werden. Die Anwendbarkeit der UVgO kann für die jeweilige Gemeindeverwaltung vorgeschrieben sein; ggf. kann der § 50 UVgO aber bei gleichzeitiger Bindung an die übrige UVgO auch ausgenommen sein oder die Vergaben von freiberuflichen Leistungen können eigenständig geregelt sein.

Auch wenn die UVgO nicht verbindlich zur Anwendung vorgeschrieben ist, kann es andere Vorgaben zur Vergabe dieser Leistungen geben, wie sich dies etwa für die bayerischen Kommunen aus Ziffer 1.11 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich vom 31.07.2018 (AllMBl. S. 547; Az. IB3-1512-31-19) ergibt, die zuletzt durch Bekanntmachung vom 07.07.2020 (BayMBl. Nr. 422) geändert worden ist (abrufbar etwa über www.vergabeinfo.bayern.de).

Ausweislich seiner amtlichen Überschrift handelt es sich bei § 50 UVgO um eine **Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen**. Diese Einordnung als Sonderregelung erschließt sich dem Leser nicht automatisch. Wenn die Regelung vorsieht, dass Leistungen im freiberuflichen Bereich grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind, so erscheint dies redundant, da nach § 2 Abs. 1 UVgO öffentliche Aufträge ohnehin im Wettbewerb vergeben werden müssen. § 2 Abs. 1 UVgO wäre dem Wortlaut nach auch auf freiberufliche Leistungen anwendbar, da § 1 Abs. 1 UVgO die Verfahrensordnung für alle öffentlichen Liefer- und Dienstleistungen zur Anwendung bringen will. Schon aus dieser ansonsten redundanten Regelung in § 50 UVgO kann gefolgert werden, dass § 50 UVgO keine zusätzliche, neben den übrigen Regelungen der UVgO anzuwendende Vorschrift sein soll, sondern gewissermaßen im Kontext der UVgO eine abschließende.

2
Bedeutung der Einordnung
als Sonderregelung

Klarheit diesbezüglich verschafft die **Bekanntmachung der amtlichen Erläuterungen zur UVgO** (Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 02.02.2017, BAnz. AT 07.02.2017 B2). Darin heißt es zu § 50 UVgO:

„Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist in § 50 speziell geregelt. Die Vorschrift [...] stellt klar, dass auch freiberufliche Leistungen grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind. Dabei ist ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist.“

Damit geben die Autoren der Vorschrift selbst vor, dass § 50 UVgO die einzige Regelung in der UVgO darstellt, die – jedenfalls unmittelbar – auf die Vergaben freiberuflicher Leistungen anwendbar ist. Auch wenn dies ein wenig überraschend sein mag, lässt sich festhalten, dass freiberufliche Leistungen zwar grundsätzlich von der UVgO erfasst werden, im Ergebnis aber nur die wenig konkreten Vergaben in § 50 UVgO beachtet werden müssen.

Damit erschließt sich letztlich auch die Einordnung des Paragraphen als Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen.

3 Tatbestands- voraussetzungen

Die Rechtsfolgen des § 50 UVgO treten ein, wenn die folgenden tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind:

- Es soll ein öffentlicher Auftrag vergeben werden.
- Die zu vergebenden Leistungen sollen im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden.

Öffentlicher Auftrag

§ 50 UVgO selbst beinhaltet keine eigene Festlegung, unter welchen Voraussetzungen ein öffentlicher Auftrag i.S.d. Regelung vorliegt. Da auch § 1 Abs. 1 UVgO hinsichtlich der Anwendbarkeit auf die Begrifflichkeiten des GWB verweist und öffentliche Aufträge, die nur deshalb nicht dem GWB unterfallen, weil die EU-Schwellenwerte nicht erreicht werden, in Bezug nimmt, kann mangels anderer Vorgaben auch für den Bereich der freiberuflichen Leistungen auf die begrifflichen Festlegungen des GWB zurückgegriffen werden.

Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, welche die Lieferung von Waren, die Ausführung

von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Kommentierung von § 103 GWB (vgl. Band 1, Teil 2) verwiesen.

Eine freiberufliche Tätigkeit übt aus, wer einen freien Beruf verfolgt. Der Begriff der freien Berufe ist nicht allgemeingültig definiert. Es gibt unterschiedliche Festlegungen, die den Kreis der freien Berufe eingrenzen. Etwa in § 1 Abs. 2 Satz 1 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) findet sich die folgende Eingrenzung:

Freiberufliche Tätigkeit

„Die freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“

Die Autoren der UVgO haben sich hinsichtlich des Begriffs der freiberuflichen Tätigkeit aber auf die steuerrechtliche Definition festgelegt. In einer Fußnote zu § 50 UVgO ist ein Bezug auf § 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG enthalten und der Gesetzestext auszugsweise wiedergegeben:

„Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigten Bücherrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe. Ein Angehöriger eines freien Berufs im Sinne der Sätze 1 und 2 ist auch dann freiberuflich tätig, wenn er sich der Mithilfe fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient; Voraussetzung ist, dass er auf Grund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich tätig wird. Eine Vertretung im Fall vorübergehender Verhinderung steht der Annahme einer leitenden und eigenverantwortlichen Tätigkeit nicht entgegen.“

**Soziale und andere
besondere freiberufliche
Dienstleistungen**

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 EStG liefert damit zur Orientierung einen Katalog von Berufen, für welche die freiberufliche Tätigkeit unterstellt werden kann. Es ist dabei zu beachten, dass der Katalog nicht abschließend zu verstehen ist. Vielmehr können auch Berufe als freiberufliche Tätigkeit eingeordnet werden, die im Vergleich zu den Katalogberufen oder aber auch zur selbstständig ausgeübten wissenschaftlichen, künstlerischen, schriftstellerischen, unterrichtenden oder erzieherischen Tätigkeit ähnlich sind. Die Vergleichbarkeit muss sich dabei im Rahmen einer Gesamtschau sowohl auf die Ausbildung wie auch auf die Tätigkeit selbst erstrecken. Zur inhaltlichen Abgrenzung kann sich der Rechtsanwender sicherlich an den allgemeinen Charakteristika des Begriffs der freien Berufe in § 1 Abs. 2 Satz 1 PartGG (s.o.) orientieren.

Der Gegenbegriff zur freiberuflichen Tätigkeit ist die gewerbliche Tätigkeit. Die freiberuflich Tätigen unterfallen grundsätzlich nicht der Gewerbesteuer. Allerdings können auch Träger von freien Berufen gewerbesteuerpflichtig sein oder werden, wenn bzw. soweit sie gewerbliche Nebentätigkeiten ausüben (Beispiel: Architekt verkauft auch Einrichtungsgegenstände).

§ 50 UVgO erfasst grundsätzlich alle Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Insofern wäre es nicht nötig gewesen, besondere Fallgruppen der Anwendbarkeit der Vorschrift ausdrücklich zuzuweisen. Dennoch geschieht dies in § 49 Abs. 1 Satz 3 UVgO für soziale und andere Dienstleistungen i.S.d. Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden. Insofern enthält § 49 Abs. 1 Satz 3 UVgO lediglich eine Klarstellung; in den amtlichen Erläuterungen zur UVgO (Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 02.02.2017, BAnz. AT 07.02.2017 B2) heißt es schlicht:

„Sofern eine freiberufliche Leistung zugleich eine Dienstleistung im Sinne des § 130 GWB ist, geht § 50 vor.“

Unter die Dienstleistungen i.S.d. Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU fallen etwa Dienstleistungen des Gesundheits-

und Sozialwesens oder administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich.

Damit § 50 UVgO Anwendung finden kann, ist es nach dem Wortlaut der Norm nicht erforderlich, dass die zu beschaffenden Leistungen ausschließlich von freiberuflich Tätigen erbracht werden können. Vielmehr genügt es, dass es Wettbewerbsteilnehmer gibt, die ihre **Leistung im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen anbieten**. Es kommt dabei nicht darauf an, dass im konkreten Einzelfall auch tatsächlich freiberuflich Tätige Angebote abgeben. Vielmehr ist vor Bekanntmachung zu prüfen, ob die zu beschaffende Leistung grundsätzlich im Markt auch von freiberuflich Tätigen angeboten wird. Erst wenn die Analyse des Markts ergibt, dass die gewünschte Leistung im Markt ausschließlich von Gewerbetreibenden erbracht wird, ist § 50 UVgO tatbestandlich nicht mehr gegeben, und die UVgO wird dann auch in ihren übrigen Paragrafen anwendbar.

Leistungen im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen

Eine Markterkundung zur Vorbereitung der Auftragsvergabe vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens ist nach § 20 Abs. 1 UVgO auch zulässig, sodass ein derartiges Vorgehen vergaberechtlich auch dann keine Probleme bereitet, wenn letztlich die gesamte UVgO zur Anwendung kommen sollte.

Gewerbliche Anbieter von freiberuflichen Leistungen sind u.a. Unternehmen, die schon aufgrund ihrer Rechtsform vom Gesetz als Handelsunternehmen eingestuft werden, selbst wenn sie an sich freiberufliche Leistungen erbringen. Darunter fallen etwa Planungsunternehmen oder Kanzleien in der Rechtsform der GmbH (vgl. § 13 Abs. 3 GmbHG) oder Anbieter in der Rechtsform der Aktiengesellschaft (vgl. § 3 Abs. 1 AktG).

Die vom Tatbestand des § 50 UVgO erfassten Leistungen sind grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben (Satz 1). Dabei ist so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist (Satz 2). Was dies aber für die Durchführung einer konkreten Beschaffung, vor allem für das anzuwendende Verfahren heißt, lässt die Regelung unbestimmt.

4 Vergabe im Wettbewerb als Rechtsfolge

Die Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist damit generell dadurch gekennzeichnet, dass wenige allgemeingültige ver-

Einführung

	Rdnr.
Allgemeines	1
Landesvergabegesetze im Überblick	2

Inhaltsverzeichnis

1 Allgemeines

Durch die **Landesvergabegesetze** gestalten die Gesetzgeber der einzelnen Bundesländer das Vergaberecht im Rahmen der ihnen zugewiesenen Gesetzeskompetenz für solche Beschaffungsvorgänge, die nicht in den Anwendungsbereich des EU-Kartellvergaberechts fallen. Dies sind zumeist die sog. „**Unterschwelvenvergaben**“.

Unterhalb der EU-Schwellenwerte dient das Vergaberecht vornehmlich der Durchsetzung des haushaltsrechtlichen Grundsatzes zur wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung. Den Beschaffungsstellen der Länder wird die Anwendung der einschlägigen Vergabeordnungen (für die Vergabe von Bauleistungen der erste Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [VOB/A], für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen die Unterschwellenvergabeordnung [UVgO]) durch entsprechende Ausführungsvorschriften von § 55 der jeweiligen **Landeshaushaltsordnung** vorgegeben. Gelegentlich erfolgt diese Vergabe aber auch durch entsprechende Regelungen eines Landesvergabegesetzes.

Bis auf den Freistaat Bayern verfügen alle Bundesländer zwischenzeitlich über ein entsprechendes Gesetz. Denn die Länder haben erkannt, dass sich mithilfe solcher Vergabegesetze nicht nur die Durchführung unterschwelliger Vergaben steuern lässt, sondern auch politische Ziele (insbesondere soziale, beschäftigungspolitische und umweltbezogene Aspekte) durchsetzen lassen. In erster Linie geht es dabei um die Einhaltung gesetzlich angeordneter **Mindestentgelte und Tariflöhne**, die in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen festgelegt sind. Durch diverse Vorgaben wird Einfluss darauf genommen, dass bei der Vergütung von Personal sowohl des Auftragnehmers als auch des Unterauftragnehmers sichergestellt wird, dass die Tariftreue eingehalten wird. Nicht um-

sonst tragen viele dieser Gesetze den Begriff der „Tariftreue“ in ihrem Namen (siehe nachfolgende Aufstellung unter Rdnr. 2.).

Viele Bundesländer regeln darüber hinaus, dass der **Umweltschutz** stärker Berücksichtigung finden muss. Dies geschieht z.B. durch die Vorgabe ökologischer Kriterien bei der Festlegung von Leistungsanforderungen (z.B. Energieeffizienz) und in Bezug auf die Ausführung der Leistungen (insbesondere bei der Herstellung, Verwendung und Entsorgung von Gütern), damit negative Auswirkungen auf die Umwelt vermieden werden können.

Die meisten Bundesländer verlangen von den Bietern auch die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, beispielsweise dass in dem Herstellungsprozess der einzukaufenden Waren möglichst keine schlimmsten Formen der **Kinderarbeit** auftreten.

Einzelne Bundesländer nutzen die Gesetzgebungskompetenz wiederum zur **Mittelstandsförderung**, indem sie beispielsweise das Gebot zur losweisen Vergabe betonen. Andere Bundesländer versuchen Zielkonflikte zu vermeiden, indem beispielsweise Generalunternehmervergaben ausnahmsweise als zulässig erachtet werden, wenn sich gewisse Energieeinsparpotenziale nur dann verwirklichen lassen, wenn der Generalunternehmer auch Planungsleistungen übernimmt, um so direkt Einfluss auf die Energieeffizienz zu nehmen.

Allerdings verleiht das Vergaberecht den Bewerbern auch Rechte, da es sich bei einem Vergabeverfahren um ein sog. vorvertragliches Schuldverhältnis handelt. Einzelne Bundesländer regeln deshalb, wie ein Bewerber etwaige **Vergaberechtsverstöße überprüfen** lassen kann, ohne gleich bei dem jeweils zuständigen Landgericht einen Antrag auf einstweilige Verfügung stellen zu müssen.

So gut die Gesetzgebungskompetenz im Vergaberecht unterhalb der EU-Schellenwerte für den Föderalismus und für einzelne Bundesländer scheinen mag, umso schlechter ist diese für eine Vereinfachung und Vereinheitlichung des Vergaberechts. Es ist derzeit immer noch die Regel, dass sich Bewerber auf andere Regelungen in dem Verfahrensablauf des Vergabeverfahrens einzustellen haben, sobald sie sich an einem

nationalen Vergabeverfahren in einem anderen Bundesland beteiligen.

Alle Bundesländer haben inzwischen eigene Vergabegesetze erlassen, bis auf den Freistaat Bayern. Der Freistaat Bayern hat bisher jeglichen Bestrebungen, ein eigenes Vergabegesetz in Bayern zu etablieren, eine deutliche Absage erteilt. Er wirkt auf das nationale Vergaberecht vielmehr mit schlaun Erlassen und Rundschreiben ein; eines Gesetzes bedarf es hierfür nicht.

Folgende Gesetze haben die Bundesländer zur Regelung der Vergabe und zur Durchsetzung sozialer, beschäftigungspolitischer und umweltbezogener Aspekte im Rahmen von Ausschreibungen zwischenzeitlich erlassen (Stand Sommer 2020):

2 Landesvergabegesetze im Überblick

Bundesland	Gesetz	Abkürzung
Baden-Württemberg	Tariftreue- und Mindestlohngesetz für öffentliche Aufträge in Baden-Württemberg (Landestariftreue- und Mindestlohngesetz)	LTMG
Bayern		
Berlin	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz	BerIAVG
Brandenburg	Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Brandenburgisches Vergabegesetz)	BbgVergG
Bremen	Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe (Tariftreue- und Vergabegesetz)	TtVG
Hamburg	Hamburgisches Vergabegesetz	HmbVgG
Hessen	Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz	HVTG
Mecklenburg-Vorpommern	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Mecklenburg-Vorpommern (Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern – VgG M-V)	VgG M-V

Bundesland	Gesetz	Abkürzung
Niedersachsen	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz)	NTVergG
Nordrhein-Westfalen	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen)	TVgG – NRW
Rheinland-Pfalz	Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz)	LTTG
Saarland	Gesetz Nr. 1798 über die Sicherung von Sozialstandards, Tariftreue und Mindestlöhnen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Saarland (Saarländisches Tariftreuegesetz)	STTG
Sachsen	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Sachsen (Sächsisches Vergabegesetz)	SächsVergabeG
Sachsen-Anhalt	Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz)	LVG LSA
Schleswig-Holstein	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein)	TTG
Thüringen	Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz)	ThürVgG