

Handbuch Vergaberecht

Gabriel / Krohn / Neun

3. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-74516-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

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

Die Verträge können auch **Nebenleistungen** – wie etwa Leistungen zur Installation und Inbetriebnahme – umfassen (§ 103 Abs. 2 S. 2 GWB). Wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, gilt diese Zuordnung nur, solange diese Nebenleistungen untergeordneten Charakter aufweisen. Andernfalls liegt ein Dienstleistungs- oder Bauauftrag vor. Nach Auffassung des EuGH umfasst der Warenbegriff auch Waren, die nach den individuellen Wünschen des Auftraggebers bzw. Dritter herzustellen sind⁸⁵. Die dabei anfallenden Beratungsgespräche sowie die Herstellung und Anpassung der Ware ist für die Berechnung des Wertes dem Auftragsteil der „Lieferung“ zuzuordnen.

II. Bauaufträge (§ 103 Abs. 3 GWB)

§ 103 Abs. 3 GWB gibt vor, welche öffentlichen Aufträge als Bauaufträge anzusehen sind. 54 Dabei rekurriert die Vorschrift weitestgehend auf die Vorgabe aus Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU und gibt drei Varianten vor: Bauaufträge sind hiernach Verträge über die Ausführung mit oder ohne die gleichzeitige Planung

- eines Bauvorhabens (Var. 1),
- eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (Var. 2), oder
- einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (Var. 3).

1. Ausführung mit oder ohne Planung

Baufaufträge umfassen stets mindestens Ausführungsleistungen. Der Begriff der Ausführung 55 ist dabei weit zu fassen und beinhaltet sämtliche Tätigkeiten, die für ein Bauwerk oder an einem solchen erbracht werden, also etwa **der Neubau, die Renovierung, die Modernisierung, die Instandsetzung oder der Abbruch baulicher Anlagen einschließlich Vorbereitungsarbeiten**. Maßgebend ist nicht die Einordnung der Verträge nach nationalem Recht, sondern es gilt das Primat des Unionsrechts. Auf die VOB/A und die insbesondere zu § 1 entwickelte Rechtsprechung kann daher nur zurückgegriffen werden, soweit diese nicht im Widerspruch zum Unionsrecht stehen⁸⁶. Ohne Bedeutung ist damit, ob der Vertrag zivilrechtlich als Werkvertrag einzuordnen ist. Denn die gebotene funktionale Auslegung führt dazu, dass auch Kauf-, Dienst- und Werklieferverträge als Ausführung eines Bauvorhabens angesehen werden können⁸⁷.

Es bleibt dem Auftraggeber überlassen, ob er für die Bauleistung **notwendige Planungsleistungen** einheitlich mit der Bauleistungsausführung nach VOB/A ausschreibt. 56 Sofern die Planungsleistungen isoliert vergeben werden, liegt diese betreffend kein Bauauftrag vor, sondern ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 103 Abs. 4 GWB vor. Es ist der Entscheidung des Auftraggebers überlassen, ob er etwa aus wirtschaftlichen Gründen eine getrennte Ausschreibung vorzieht, mag sich im Einzelfall hierdurch auch die damit stets verknüpfte Umgehungsgefahr realisieren, dass durch die Aufspaltung der Schwellenwert für die Planungsleistungen nicht erreicht wird. Das Recht zur einheitlichen Vergabe als Bauauftrag korrespondiert insoweit nicht mit einer Pflicht hierzu⁸⁸.

⁸⁴ EuGH Urt. v. 15.10.2009 – C-275/08, Slg. 2009 I-168 – *Datenzentrale Baden-Württemberg*; zur Beschaffung von Open-Source-Software *Demmel/Herten-Koch* NZBau 2004, 187 ff.; *Heckmann* CR 2004, 401; *Müller/Gerlach* CR 2005, 87.

⁸⁵ EuGH Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07, Slg. 2009 I-4779, Rn. 64 ff. – *Oymanns/AOK*; *Gnitke/Rude* in *Praxiskommentar Kartellvergaberecht*, § 99 Rn. 81.

⁸⁶ OLG München Beschl. v. 28.9.2005 – Verg 19/05, BeckRS 2005, 11622 mwN.

⁸⁷ So für den Werkliefervertrag OLG Düsseldorf Beschl. v. 5.7.2000 – Verg 5/99, NZBau 2001, 106, 107 f.

⁸⁸ Vgl. bereits Erwägungsgrund 9 der RL 2004/18/EG.

2. Bauleistungen durch den Auftragnehmer (Var. 1 und Var. 2)

- 57 Taugliche Objekte von Bauaufträgen sind Bauvorhaben und Bauwerke. Der Begriff der Bauleistungen kann damit als Oberbegriff für „Bauvorhaben“ und „Bauwerk“ verstanden werden⁸⁹. Der Begriff des **Bauvorhabens** wird weder im GWB noch in der Vergaberichtlinie definiert. Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL 2014/24/EU setzt die Bauvorhaben aber in Zusammenhang mit den in **Anhang II** genannten Tätigkeiten. Dort sind zahlreiche Tätigkeiten aufgezählt, ua der Abbruch von Gebäuden und Erdbewegungsarbeiten, Test- und Suchbohrungen, den Hoch-, Tief-, Brücken- und Tunnelbau, die Dachdeckerei, Abdichtung und Zimmerei, den Straßen- und Eisenbahnoberbau, den Wasserbau, uvm.
- 58 Die zweite Variante des § 103 Abs. 3 GWB hat die Ausführung mit oder ohne Planung eines **Bauwerks** zum Gegenstand. Ein Bauwerk wird in der RL 2014/24/EU als „das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll“, definiert. Der Fokus liegt in Abgrenzung zur ersten Variante auf der Vollendung des Bauvorhabens. Es wird ein Erfolg verlangt, während das Bauvorhaben auch lediglich Tätigkeiten umfassen kann, die nicht auf eine fertige Sache gerichtet sind.

3. Bauleistungen durch Dritte (Var. 3)

- 59 Die dritte Fallgruppe umfasst Verträge über eine dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Mit diesem **Aufgangtatbestand** soll sichergestellt werden, dass auch solche Konstellationen erfasst sind, in denen die Bauleistungen von einem Dritten im Auftrag und auf Rechnung des Auftragnehmers erbracht werden soll, das Ergebnis aber dem öffentlichen Auftraggeber zu Gute kommt. Gemeint sind hier etwa Fälle von **Miet-, Leasing-, Bauträgerverträgen** und damit vor allem auch klassische **ÖPP-Modelle**. Durch die Eingrenzung, dass der Auftraggeber individuelle Erfordernisse für die Bauleistung benennen und diese ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen muss, kann § 103 Abs. 3 Var. 3 GWB von reinen Veräußerungsgeschäften abgegrenzt werden. Ferner ist eine Abgrenzung notwendig zur ausschreibungsfreien Anmietung von (sei es noch zu erstellenden) Gebäuden⁹⁰.
- 60 Der Auftraggeber muss **Erfordernisse benennen**, nach denen der Dritte die Bauleistung erbringen soll. Er kann wahlweise selbst initiativ die individuellen Leitanforderungen für die konkrete Bauleistung definieren oder eine etwa von einem Projektentwickler erstellte Planung billigen und sich zu Eigen machen. Nicht ausreichend sind dabei die Ausübung der städtebaulichen Regelungszuständigkeit, das Drängen auf Einhaltung öffentlich-rechtlicher Bauvorschriften sowie bloße Hinweise auf die Rechtslage.
- 61 Der europäischen Vergaberichtlinie fremd ist der im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2009 als Reaktion auf die sog. Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁹¹ eingefügte Zusatz in § 99 Abs. 3 GWB, nach dem die Bauleistung dem Auftraggeber **unmittelbar wirtschaftlich zugutekommen** muss. Nach der Konzeption des Gesetzgebers wird damit auf die Verfolgung eines Beschaffungszwecks verwiesen. Der EuGH⁹² hat diese Einschränkung auf entsprechende Vorlage akzeptiert und weiter ausgeführt, dass eine physische Nutzung der baulichen Anlage durch den Auftraggeber nicht erforderlich sei. Ein wirtschaftliches Interesse könne sich etwa auch in einer finanziellen Beteiligung an dem Projekt – etwa durch eine Veräußerung des Grundstücks deutlich unter dem Verkehrswert – oder einer anderweitigen Übernahme von wirtschaftlichen Risiken manifestieren.

⁸⁹ Die englische Fassung der Richtlinie spricht insoweit einheitlich von „work“.

⁹⁰ Vgl. instruktiv VK Bund Beschl. v. 17. 12. 2019 – VK 2-88/19, BeckRS 2019, 35390.

⁹¹ Dazu bereits → Rn. 38.

⁹² EuGH Urt. v. 25. 3. 2010 – C-451/08, Slg. 2010 I-2673, Rn. 55 ff. – *Helmut Müller GmbH*.

III. Dienstleistungsaufträge (§ 103 Abs. 4 GWB)

Die Klassifizierung als Dienstleistungsauftrag erfolgt ausweislich § 103 Abs. 4 GWB negativ: Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die weder Liefer- noch Bauaufträge sind. § 103 Abs. 4 GWB fungiert damit als **Aufgangtatbestand**. Durch die negative Definition und Fiktion („gelten“) ist nach der deutschen Systematik sichergestellt, dass keine Lücke entsteht: Alle Aufträge werden damit im Binnenmarkt vergeben, soweit nicht explizit anderweitige Regelungen getroffen sind⁹³.

Im Detail wird weiter unterschieden zwischen der Vergabe normaler Dienstleistungen, der Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (3. Abschnitt der VgV), der Durchführung von Planungswettbewerben (5. Abschnitt der VgV) sowie der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen (6. Abschnitt der VgV). Die bisherige Aufteilung zwischen gewerblichen (VOL/A) und freiberuflichen Dienstleistungen (VOF aF) sowie sog. vorrangigen und nachrangigen Dienstleistungen (Anhang I A bzw. Anhang I B) wurde damit aufgehoben. Die Privilegierung der bisher als nachrangig bezeichneten Dienstleistungen – etwa im Bereich Rechtsberatung, Arbeitsvermittlung und Eisenbahnen – findet sich in Teilen noch bei den sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen. Die im deutschen Recht vorgesehenen Differenzierung zwischen Dienstleistungs- (§§ 611 ff. BGB) und Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) ist ohne Relevanz für das durch europäisches Recht determinierte Vergaberecht.

IV. Auslobungsverfahren (§ 103 Abs. 6 GWB)

Besondere Erwähnung finden in § 103 Abs. 6 GWB solche Wettbewerbe, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Die Vergaberichtlinie sieht deren Anwendungsbereich nach Art. 1 Abs. 11 lit. e) insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, der Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens oder der Datenverarbeitung. Es ist das Ziel dieser **Auslobungsverfahren**, dem Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu verschaffen.

Wesensmerkmal des Auslobungsverfahrens ist, dass ein Preisgericht eine vergleichende Beurteilung vornimmt. Ohne Bedeutung ist die gewählte Bezeichnung, solange eine externe Kommission eine Empfehlung aussprechen soll, der der Auftraggeber folgen will⁹⁴. Ob unter den teilnehmenden bzw. obsiegenden Unternehmen Preise verteilt werden, ist hingegen ohne Relevanz. Häufiger Anwendungsfall für Wettbewerbe sind Auslobungen nach den Richtlinien für Wettbewerbe auf dem Gebiet der Raumplanung, des Städtebaus und des Bauwesens (Richtlinien für Planungswettbewerbe – RPW 2013)⁹⁵. Diese gelten nur, wenn diese vom Auftraggeber ausdrücklich in Bezug genommen wird. Hierbei handelt es sich zwar um Vorgaben, die zwischen den maßgeblichen Interessenvertretern ausgehandelt werden. Sie sollten gleichwohl stets daraufhin geprüft werden, ob die einzelnen Vorgaben mit dem (höherrangigen) Vergaberecht im Einklang stehen.

D. Zuordnung von Aufträgen und Konzessionen

In der GWB-Reform 2009 wurden erstmalig auch Vorgaben getroffen, um typengemischte Verträge, die Elemente unterschiedlicher Auftragsarten enthalten, zuzuordnen. Das damals in § 99 GWB aF geregelte System wurde im Zuge der Novellierung 2016 deutlich ausgeweitet. Dies war auch erforderlich, da nicht nur eine Abgrenzung innerhalb der Auftragsarten (Bau-, Dienst- und Lieferaufträge), sondern auch zu anderen Vertragsformen

⁹³ BayObLG Beschl. v. 11.12.2001 – Verg 15/01, NZBau 2002, 233, 234; Reidt/Stickler/Glahs/Ganske § 99 GWB Rn. 110.

⁹⁴ Vgl. VK Düsseldorf Beschl. v. 13.10.2005 – VK 23/2005-F für den Fall einer im Rahmen eines „Kooperativen Workshopverfahrens“ tätigen „Empfehlungskommission“.

⁹⁵ Vgl. RKPP/Zimmermann GWB § 103 GWB Rn. 340 ff.

(Konzessionen) sowie zu speziellen Bereichen (Sektorenbereich, Verteidigungsbereich) vorzunehmen ist. Entsprechend umfangreich sind die Regelungen in den §§ 110–112 GWB ausgefallen.

- 67 Die Zuordnungsentscheidung kann der öffentliche Auftraggeber weder aus Sicht des deutschen noch aus Sicht des Unionsrechts offen lassen. Denn zum einen variieren die einschlägigen Schwellenwerte je nach Art des Vertrages deutlich, so dass die Weichenstellung zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich insbesondere auch von der Klassifizierung als Bau- oder als Dienstleistungs- bzw. Liefervertrag abhängen kann. Zum anderen beruht auf der Qualifizierung auch die Zuordnung zu einer Vergabe- und Vertragsordnung, die unterschiedliche Anforderungen an die Verfahrensgestaltung stellen⁹⁶. Nicht zuletzt divergieren die Ausnahmen vom Anwendungsbereich für klassische Aufträge, für die Sektorentätigkeit, im Verteidigungsbereich sowie bei Konzessionen.

I. Gemischte Verträge

- 68 Für die **Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Lieferauftrag** regelt § 110 Abs. 2 Nr. 2 GWB, dass ein Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, als Dienstleistungsauftrag gilt, wenn der Wert der Dienstleistungen den Wert der Waren übersteigt. Insoweit stellt sich die Anwendung dieser Vorschrift als vergleichsweise einfach dar, da letztlich diejenige Auftragsart einschlägig ist, deren Volumen mehr als 50 % beträgt. Inwieweit ein Teil den qualitativen „Hauptgegenstand“ bildet, ist bei dieser quantitative Betrachtung ohne Belang⁹⁷.
- 69 Offener einer Wertung gegenüber ist die **Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen** sowie zwischen **Bau- und Lieferaufträgen**. In beiden Fällen ist gemäß § 110 Abs. 1 GWB auf den Schwerpunkt (Hauptgegenstand) des Auftrags abzustellen. Die Rechtsprechung hat für diese höchst relevante Abgrenzung eine umfassende Einzelfallkaskadistik gebildet. Der Europäische Gerichtshof (*Urteil v. 21. 2. 2008 – C-412/04, Rn. 49 – Kommission/Italien*) selbst gibt vor:

„Dabei ist auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Vertrags folgen; der jeweilige Wert der dabei erbrachten Einzelleistungen ist insoweit nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstands zu berücksichtigen sind.“

- 70 Maßgebend für einen Bauauftrag ist, ob Bauleistungen den Hauptgegenstand des Vertrages bilden oder ob sie im Verhältnis zum Hauptgegenstand lediglich Nebenarbeiten sind. Dabei ist auf die anteiligen Wertverhältnisse nicht maßgebend abzustellen. Sie geben lediglich indizielle Anhaltspunkte und eine erste Orientierung. Entscheidend sind die **funktionale Zuordnung** der Leistungen zum jeweiligen Vertragstyp und deren **gegenständliche, vertragliche Bedeutung**⁹⁸. Gerade bei der Abgrenzung zwischen Lieferleistung und Montageleistung bei Bauvorhaben kann das bauliche Element auch bei geringem Wertanteil den Schwerpunkt des Vertrages bilden, wenn diese Bauleistungen einen die ordnungsgemäße Vertragserfüllung prägenden Charakter haben⁹⁹.

II. Teile unterfallen unterschiedlichen rechtlichen Regelungen (§ 111 GWB)

- 71 § 111 GWB regelt den Fall, dass verschiedene Teile eines öffentlichen Auftrags unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterfallen, zB in Teilen dem allgemeinen Vergabe-

⁹⁶ Vgl. beispielhaft für die großen Auswirkungen durch kleine Unterschiede im Wortlaut von VOB/A und VOL/A hinsichtlich des Nachforderns von Unterlagen *Röwekamp/Fandrey NZBau* 2011, 463ff.

⁹⁷ EuGH Urt. v. 11. 6. 2009 – C-300/07, Slg. 2009 I-4779, Rn. 64ff. – *Oymanns/AOK*.

⁹⁸ OLG Düsseldorf Beschl. v. 30. 4. 2014 – VII-Verg 35/13, NZBau 2014, 589.

⁹⁹ Anschaulich OLG Düsseldorf Beschl. v. 30. 4. 2014 – VII-Verg 35/13, NZBau 2014, 589.

recht und Teilen der VSVgV oder der SektVO. Vorgelagert der Zuordnung ist die Frage, ob überhaupt eine Gesamtvergabe erfolgt. Wird eine Gesamtmaßnahme mit getrennten Vergaben bewältigt, werden diese jeweils isoliert betrachtet (§ 111 Abs. 2 GWB). Aus den Abgrenzungsvorschriften folgt kein Vorrang einer getrennten oder einer Gesamtvergabe. Die Entscheidung für den einen oder den anderen Weg darf aber nicht in der Absicht getroffen werden, die Vergabe von den Vergabevorschriften auszunehmen (§ 111 Abs. 5 GWB). Die weiteren Abgrenzungsregeln gelten größtenteils gleichermaßen für Aufträge und Konzessionen (vgl. § 111 Abs. 6 GWB).

Entscheidet sich ein Auftraggeber für die Vergabe eines Gesamtauftrags, so gelten die in § 111 Abs. 3 und Abs. 4 GWB aufgestellten Abgrenzungsregeln. Sofern der Auftrag nicht trennbar ist, ist grundsätzlich auf den Hauptgegenstand abzustellen. Dies kann im Einzelfall auch dazu führen, dass aus diesem Grund gänzlich auf eine Anwendung des GWB-Vergaberechts verzichtet werden kann. Besteht ein Beschaffungsauftrag aus **ausschreibungspflichtigen** und **nicht ausschreibungspflichtigen Leistungen**, so gilt nach der Rechtsprechung des EuGH auch hier der allgemeine Grundsatz, dass das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit einheitlich auf der Grundlage der Vorschriften zu vergeben, die den Teil regeln, der den Hauptgegenstand des Vertrages bildet (jetzt auch § 111 Abs. 4 Nr. 1 GWB)¹⁰⁰. Dieser allgemeine Grundsatz greife auch, wenn der Hauptgegenstand eines gemischten Vertrages nicht dem Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien unterfalle und nach diesem Maßstab im Ergebnis ein ausschreibungspflichtiger Teil damit dem Vergaberecht entzogen werde. Dieser großzügigen Auslegung, die dazu führt, dass originär ausschreibungspflichtige Leistungen dem Vergaberecht entzogen werden, setzt aber voraus, dass die einzelnen Teile des gemischten Vertrages **ein unteilbares Ganzes** bilden.

Für Auftragsvergaben, die teilweise verteidigungs- oder sicherheitsrelevant sind, macht § 111 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 GWB wegen der besonderen Sensibilität eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach der Hauptgegenstand des Auftrags maßgeblich die Zuordnung prägt. In Umsetzung von Art. 3 der RL 2009/81/EG wird dem Auftraggeber gestattet, die **jeweils weniger strengen Anforderungen** anzuwenden, wenn die Beschaffung in Form eines einheitlichen Auftrags aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Dies gilt sowohl für gemischte Aufträge mit Elementen klassischer Aufträge als auch mit Elementen, die ganz aus dem Geltungsbereich des GWB herausfallen. Ist beispielsweise ein kleiner Auftragsanteil eines gemischten Beschaffungsvorhabens derart sensibel, dass er nach Art. 346 Abs. 1 AEUV (ex Art. 296 EG) vollständig vom europäischen Vergaberecht ausgenommen ist, so gilt das GWB-Vergaberecht auch für den möglicherweise umfangreicheren Teil nicht, obwohl dieser bei isolierter Betrachtung zumindest nach den Vorgaben für verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge zu vergeben wäre¹⁰¹. Diese umfassende Privilegierung setzt stets voraus, dass die einheitliche Auftragsvergabe aus objektiven Gründen gerechtfertigt ist. Die Entscheidung darf hingegen nicht zum Zweck der Umgehung der Anwendung von Vergabevorschriften erfolgen. Diese Ausprägung des allgemeinen **Umgehungsverbotes** findet sich ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 RL 2009/81/EG.

III. Teile umfassen verschiedene Tätigkeiten mit Sektorenbezug (§ 112 GWB)

Insbesondere für den Sektorenbereich wird die Abgrenzung auf § 112 GWB relevant. Umfasst ein öffentlicher Auftrag mehrere Tätigkeiten, von denen eine Tätigkeit eine Sektorentätigkeit im Sinne des § 102 GWB darstellt, dürfen getrennte Aufträge für die Zwecke jeder einzelnen Tätigkeit oder darf ein Gesamtauftrag vergeben werden. Auch hier

¹⁰⁰ EuGH Urt. v. 6.5.2010 – C-145/08 und C-149/09, Slg. 2010 I-4165, Rn. 48f. – *Club Hotel*; Byok/Jaeger/Hailbronner § 99 GWB Rn. 109; aA OLG Karlsruhe Beschl. v. 15.10.2008 – 15 Verg 9/08, NZBau 2008, 784 ff.; Reidt/Stickler/Glahs/Ganske § 99 GWB Rn. 144.

¹⁰¹ So die Begründung im Gesetzesentwurf zur Vorgängervorschrift, BT-Drs. 17/7275, S. 14.

gilt, dass bei einer getrennten Vergabe jeder Beschaffungsvorgang isoliert bewertet und nach dem Ergebnis der Bewertung vergeben wird (§ 112 Abs. 2 GWB). Entscheidet sich der Auftraggeber für eine Gesamtvergabe, unterliegt dieser Auftrag den Bestimmungen, die für die Tätigkeit gelten, für die der Auftrag hauptsächlich bestimmt ist (§ 112 Abs. 3 S. 1). Auch hier gilt aber eine Ausnahme, wenn erneut privilegierte Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte tangiert sind. Ist eine Zuordnung zu einer Tätigkeit im oder außerhalb des Sektorenbereichs objektiv nicht möglich, so entscheidet gemäß § 112 Abs. 5 GWB grundsätzlich das strengere Vergaberegime. In der Gesetzesbegründung zur Vorgängervorschrift¹⁰² benennt der Gesetzgeber beispielhaft den Fall des Baus eines Gebäudes für die Stadtverwaltung, in dem auch einige Räume für die kommunalen Stadtwerke vorgesehen seien. Hauptgegenstand sei dann die Tätigkeit der Stadt, so dass bei der Vergabe des Bauauftrags die Vorschriften für öffentliche Auftraggeber maßgeblich seien.



¹⁰² So das Beispiel im Gesetzesentwurf zur Vorgängervorschrift BT-Drs. 16/10117, S. 18f.

§ 5 Elektronische Kommunikation

Übersicht

	Rn.
A. Einleitung	1
I. Europäische Vorgaben/Zielsetzung	2
II. Umsetzung	4
B. Verpflichtende E-Vergabe	7
I. EU-weite Vergabeverfahren	10
II. Nationale Vergabeverfahren	13
III. Elektronische Kommunikation in Vergabeverfahren	17
III. Elektronische Mittel im Vergabeverfahren und ihre Alternativen	50
III. Drittschutz im Rahmen der E-Vergabe	67
C. Verpflichtende E-Rechnung	68
I. Europäische Vorgaben/Zielsetzung	69
II. Umsetzung	70
III. Anforderungen/Inhalt	73
D. Ausblick	75

GWB: § 97 Abs. 5

VgV: § 9, § 17 Abs. 5

UVgO: § 7

VOL/A: § 11

VOB/A-EU: § 11

GWB:

§ 97 GWB Grundsätze der Vergabe

(5) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen.

VgV:

§ 9 VgV Grundsätze der Kommunikation

(1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel).

(2) Die Kommunikation in einem Vergabeverfahren kann mündlich erfolgen, wenn sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge, die Interessensbestätigungen oder die Angebote betrifft und wenn sie ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird.

(3) ¹Der öffentliche Auftraggeber kann von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung). Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der öffentliche Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig.

§ 17 VgV Verhandlungsverfahren

(15) In einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Absatz 4 Nummer 3 ist der öffentliche Auftraggeber von den Verpflichtungen der §§ 9 bis 13, des § 53 Absatz 1 sowie der §§ 54 und 55 befreit.

UVgO:**§ 7 UVgO Grundsätze der Kommunikation**

(1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel) nach Maßgabe dieser Verfahrensordnung.

(2) Die Kommunikation in einem Vergabeverfahren kann mündlich erfolgen, wenn sie nicht die Vergabeunterlagen, die Teilnahmeanträge oder die Angebote betrifft und wenn sie ausreichend und in geeigneter Weise dokumentiert wird.

(3) Der Auftraggeber kann von jedem Unternehmen die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse verlangen (Registrierung). Für den Zugang zur Auftragsbekanntmachung und zu den Vergabeunterlagen darf der Auftraggeber keine Registrierung verlangen; eine freiwillige Registrierung ist zulässig.

(4) Die §§ 10 bis 12 der Vergabeverordnung gelten für die Anforderungen an die verwendeten elektronischen Mittel und deren Einsatz entsprechend.

VOL/A:**§ 11 VOL/A Grundsätze der Informationsübermittlung**

(1) Die Auftraggeber geben in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen an, ob Informationen auf dem Postweg, mittels Telekopie, direkt, elektronisch oder durch eine Kombination dieser Kommunikationsmittel übermittelt werden.

(2) Das für die elektronische Übermittlung gewählte Netz muss allgemein verfügbar sein und darf den Zugang der Bewerber oder Bieter zu den Vergabeverfahren nicht beschränken. Die dafür zu verwendenden Programme und ihre technischen Merkmale müssen

- allgemein zugänglich,
- kompatibel mit allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologie und
- nicht diskriminierend sein.

(3) Die Auftraggeber haben dafür Sorge zu tragen, dass den interessierten Unternehmen die Informationen über die Anforderungen an die Geräte, die für die elektronische Übermittlung der Anträge auf Teilnahme und der Angebote erforderlich sind, einschließlich Verschlüsselung zugänglich sind.

VOB/A EU:**§ 11 EU VOB/A Grundsätze der Informationsübermittlung**

(1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (elektronische Mittel).

(2) Auftragsbekanntmachungen, Vorinformationen nach § 12 EU Absatz 1 oder Absatz 2, Vergabebekanntmachungen und Bekanntmachungen über Auftragsänderungen (Bekanntmachungen) sind dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union mit elektronischen Mitteln zu übermitteln. Der öffentliche Auftraggeber muss den Tag der Absendung nachweisen können.

(3) Der öffentliche Auftraggeber gibt in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse an, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können.

(4) Die Unternehmen übermitteln ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen in Textform mithilfe elektronischer Mittel.