

Bearbeitet von

Prof. Dr. Martin Burgi, Prof. Dr. Meinrad Dreher, Dr. Clemens Antweiler, PD Dr. Ariane Berger, Dr. Tina Bergmann, Dr. Jens Biemann, Roswitha Brackmann, Benedikt Brandmeier, Prof. Dr. Marc Bungenberg, Alik Dörn, Prof. Dr. Oliver Dörr, Prof. Dr. Claas Friedrich Germelmann, Jochem Gröning, Prof. Dr. Elke Gurlit, Dr. Sandra Haak, Prof. Dr. Stefan Hertwig, Prof. Dr. Heiko Höfler, Dr. Jens Hoffmann, Dr. Heiko Hofmann, Dr. Michaela Hogeweg, Dr. Lutz Horn, Dr. Alexander Hübner, Dr. Stefan Hüttinger, Dr. Martin Jansen, Reinhard Janssen, Dr. Ute Jasper, PD Dr. Marcel Kau, Prof. Dr. Matthias Knauff, Dr. Frauke Koch, Dr. Christoph Krönke, Dr. Wolfram Krohn, Dr. Stephen Lampert, Dr. Isabel Langenbach, Dr. Irene Lausen, Dr. Pascale Liebschwager, Dr. Alexandra Losch, Dr. Stefan Mager, Dr. Stefan Mayer, Dr. Jenny Mehlitz, Dr. Burkhard Messerschmidt, Dr. Marc Opitz, Tobias Osseforth, Dr. Olaf Otting, Florian Rast, Stephan Rechten, Prof. Dr. Olaf Reidt, Prof. Dr. Stephan Rixen, Stefan Schelhaas, Anna Schlange-Schöningen, Dr. Christof Schwabe, Dr. Jan Seidel, Dr. Daniel Soudry, Dr. Thomas Stickler, Guido Thiele, Maria Vavra, Dr. Maximilian Wanderwitz, Prof. Dr. Mark Wietersheim, Petra Willner, Laura Wittschurky, Daniel Wolff, Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

3. Auflage 2017. Buch. Rund 1700 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69951 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

Zu [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Gleichbehandlungsgebot

§ 97 Abs. 2

zum Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot auf, so kann darin eine „schwere Verfehlung“ liegen, die seinen Ausschluss vom Vergabeverfahren begründet.¹⁰

B. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des kartellvergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebots ist in § 97 Abs. 2 mit der Formulierung „**Teilnehmer an einem Vergabeverfahren**“ umschrieben. Dies bezieht sich nicht nur auf alle förmlichen Phasen der Auftragsvergabe, sondern auf jedes beschaffungsbezogene Auswahlverfahren **in einem materiellen Sinne**: Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sind geboten, sobald und soweit der Auftraggeber über eine sog Markterkundung hinaus sein Beschaffungsvorhaben konkretisiert.¹¹ Erfolgt eine Vergabe faktisch, aber nicht förmlich, ohne dass ein zugelassener Ausnahmetatbestand vorliegt, so stellt dies allein regelmäßig einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar.¹² Im förmlichen Vergabeverfahren erfasst das Gebot **alle Phasen des konkreten Auswahlverfahrens**: vom möglichen Präqualifikationsverfahren, einer Vorinformation oder einem Teilnahmeverfahren, über die Eignungsprüfung und Angebotswertung bis zum Zuschlag.¹³

§ 97 Abs. 2 gilt zudem **für alle Vergabeverfahren** im Sinne von Art. 119 Abs. 1 7 GWB.¹⁴ Beim nicht offenen Verfahren besteht für einzelne Interessenten zwar kein Anspruch auf Beteiligung am öffentlichen Teilnahmewettbewerb, wohl aber auf eine Auswahl der Teilnehmer nach pflichtgemäßem Ermessen, in dessen Rahmen auch das Gleichbehandlungsgebot zu beachten ist.¹⁵ Da im Verhandlungsverfahren über Preis und Leistung verhandelt werden kann, spielt der Aspekt der Gleichbehandlung hier eine besondere Rolle bei der Verfahrensgestaltung (näher → Rn. 26); § 17 Abs. 13 S. 1 und 2 VgV tragen dem nun Rechnung, indem sie das Gleichbehandlungsgebot noch einmal ausdrücklich betonen, ebenso wie § 19 Abs. 6 S. 1 VgV für die Innovationspartnerschaft.

Der persönliche Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgebots ist in § 97 Abs. 2 mit den „**Teilnehmern**“ am Vergabeverfahren bezeichnet. Dem gebotenen materiellen Verständnis (→ Rn. 6) entsprechend sind hierunter alle **potenziellen Interessenten** eines vorhandenen Bietermarktes zu fassen.¹⁶

Ein Bieter in einem förmlichen Vergabeverfahren verliert seinen Gleichbehandlungsanspruch auch dann nicht automatisch, wenn sein **Angebot rechtmäßig ausgeschlossen** wird oder auszuschließen wäre: Der Anspruch entfaltet insbesondere dann Wirkung, wenn auch alle anderen Bieter im Ergebnis auszuschließen wären, da dem Bieter dann eine erneute Chance auf den Zuschlag in einem neuen Vergabeverfahren erhalten bleiben muss.¹⁷

¹⁰ So zB für den früheren § 11 Abs. 4 lit. c VOF OLG Jena 16.7.2007 – 9 Verg 4/07, ZfBR 2007, 817 (819f.).

¹¹ → vor § 97 Rn. 16. Speziell für § 97 Abs. 2 ebenso zB *Kus* in Kulartz/Kus/Portz § 97 Rn. 31.

¹² Für das Unionsrecht zB EuGH 21.2.2008 – C-412/04, Slg. 2008, I-619 Rn. 66 – Kommission/Italien; 11.12.2014 – C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 Rn. 52 – Spezzino ua; 20.1.2016 – C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 Rn. 56 – CASTA ua; näher → Einl. Rn. 190.

¹³ *Bungenberg* in Loewenheim/Meessen/Riesenkampf GWB § 97 Rn. 24. Für die zeitlich umfassende Geltung s. auch EuGH 18.10.2001 – C-19/00, Slg. 2001, I-7725 Rn. 34 – SIAC Construction; 4.12.2003 – C-448/01, Slg. 2003, I-14527 Rn. 47 – EVN und Wienstrom; 24.11.2005 – C-331/04, Slg. 2005, I-10109 Rn. 22 – ATI EAC.

¹⁴ *Hailbronner* in Byok/Jaeger § 97 Rn. 48. Auch schon → vor § 97 Rn. 18.

¹⁵ OLG Naumburg 15.1.2002 – 1 Verg 5/00, ZfBR 2002, 301 (302).

¹⁶ *Kus* in Kulartz/Kus/Portz § 97 Rn. 31.

¹⁷ BGH 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 (804f.); OLG Düsseldorf 15.12.2004 – VII-Verg 47/04, VergabeR 2005, 195 (198); 14.10.2005 – VII-Verg 40/05, NZBau 2006, 525 (526); OLG Frankfurt a. M. 21.4.2005 – 11 Verg 1/05, VergabeR 2005, 487 (488f.); 19.5.2006 – 11 Verg 13/05, VergabeR 2006, 212 (218–220); OLG Karlsruhe 6.2.2007 – 17 Verg 5/06, NZBau 2007, 393 (394); OLG Koblenz 3.4.2008 – 1 Verg 1/08, ZfBR 2008, 733, Ls. 7; VK Leipzig 11.1.2007 – 1/SVK/116-06, BeckRS 2007, 03766, S. 13f.; VK Bund 14.2.2008 – VK 1–9/08, IBRRS 2009, 3713, S. 8f. Gegen einen Gleichbehandlungsanspruch auszuschließender Bieter zuvor noch OLG Jena 20.6.2005 – 9 Verg 3/05, NZBau 2005, 476 (479f.); OLG Naumburg 26.10.2005 – 1 Verg 12/05, VergabeR 2006, 209 (211). Zu den Folgen der BGH-Entscheidung zB *Dittmann* VergabeR 2008, 339.

§ 97 Abs. 2

Gleichbehandlungsgebot

Auf den Grund für den zwingenden Ausschluss, bzw. darauf, dass alle Angebote in einem solchen Fall an einem gleichartigen Mangel leiden, kommt es nicht an.¹⁸ Auch ein rechtmäßig ausgeschlossener Bieter kann daher insoweit weiterhin „Teilnehmer an einem Vergabeverfahren“ sein und im Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf § 97 Abs. 2 antragsbefugt sein.¹⁹

- 10 Im übrigen schränkt § 97 Abs. 2 seinen persönlichen Anwendungsbereich nicht ein, so dass die Norm für jeden Bewerber oder Bieter gilt, **unabhängig von Staatsangehörigkeit oder Unternehmenssitz**. Sie kommt Inländern, EU-Ausländern und allen Drittstaaten gleichermaßen zugute²⁰ und geht damit in personeller Hinsicht über die völkerrechtlichen Verpflichtungen, die dieses nur für Bewerber aus den GPA-Vertragsstaaten und einigen anderen, völkervertraglich gebundenen Staaten (→ Einl. Rn. 221–223) vorschreiben, sowie über die grundrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) hinaus.

C. Regelungsgehalt

I. Gleichbehandlung

- 11 Wegen ihres unionsrechtlichen Hintergrunds (→ Rn. 3) verbietet die Norm zunächst jede unmittelbare oder mittelbare **Benachteiligung von Unternehmen aus dem EU-Ausland**. Dies können zum einen Regelungen sein, die unmittelbar an die Staatsangehörigkeit eines Bieters, an den Sitz eines Unternehmens oder an die Herkunft bestimmter Waren aus dem europäischen Binnenmarkt anknüpfen.²¹ Auch letzteres wäre in unionsrechtskonformer Auslegung als eine Ungleichbehandlung des betreffenden Teilnehmers im Sinne von § 97 Abs. 2 anzusehen. Zum anderen sind mittelbare Diskriminierungen verboten, die zwar formal nicht zwischen in- und ausländischer Herkunft unterscheiden, im Ergebnis aber doch ausschließlich oder überwiegend ausländische Bieter benachteiligen.²² Dies wird in der Regel bei Anforderungen der Fall sein, die leichter von inländischen als von ausländischen Bietern erfüllt werden können.²³ Im Hinblick auf die Vorgaben aus dem GPA gilt dasselbe, wenn die Benachteiligung einen Teilnehmer aus den GPA-Vertragsstaaten betrifft.
- 12 Die EU-Vergaberichtlinien beschränken sich *in puncto* Gleichbehandlung allerdings nicht auf die Nichtdiskriminierung im Binnenmarkt, sondern stellen das allgemeine Gebot der Gleichbehandlung ausdrücklich daneben: Art. 18 Abs. 1 VRL, Art. 36 Abs. 1 SRL und Art. 3 Abs. 1 KonzRL gebieten gleichlautend, dass alle Wirtschaftsteilnehmer durch öffentliche Auftraggeber „in gleicher und nichtdiskriminierender Weise“ („equally and without discrimination“, „sur un pied d'égalité et sans discrimination“) zu behandeln sind und nehmen mit diesem Wortlaut eine Entwicklung in der EuGH-Rechtsprechung zum Vergabeprimärrecht auf. In dieser hat der Gerichtshof mittlerweile das auf die Staatsangehörigkeit bezogene Diskriminierungsverbot um einen allgemeinen Grundsatz der **Gleichbehandlung aller Bieter** ergänzt, der auch solche Ungleichbehandlungen erfasst, die weder mittelbar noch unmittelbar die Herkunft der Unternehmen betreffen.²⁴ Da das EU-Binnenmarktrecht ein solches allgemeines Gleichheitsrecht nicht kennt, liegt es nahe, dass

¹⁸ BGH 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 (804f.); OLG Karlsruhe 6.2.2007 – 17 Verg 5/06, NZBau 2007, 393 (394); OLG Koblenz 4.7.2007 – 1 Verg 3/07, VergabeR 2007, 666 (670).

¹⁹ Vgl. zB BGH 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, Ls. 1; VK Arnsberg 27.9.2007 – VK 27/07, Umdruck S. 10; VK Bund 14.2.2008 – VK 1–9/08, IBRRS 2009, 3713 Umdruck S. 6.

²⁰ Ausdrücklich hervorgehoben in der amtlichen Begründung zum VergRModG 2016, BT-Drs. 18/6281, 68.

²¹ Vgl. *Hailbronner* in Byok/Jaeger § 97 Rn. 43.

²² *Hailbronner* in Byok/Jaeger § 97 Rn. 45.

²³ Vgl. zB EuGH 27.10.2005 – C-234/03, Slg. 2005, I-9315 Rn. 37 – Contse ua.

²⁴ Dazu → Einl. Rn. 184 und *Kühling/Huerkamp* in MünchKommBeihVergR. GWB vor §§ 97 ff. Rn. 22–28.

Gleichbehandlungsgebot

§ 97 Abs. 2

der verfassungsrechtliche Hintergrund der Richtlinienbestimmungen im entsprechenden Unionsgrundrecht (Art. 20 GRG) zu suchen ist. Die Vergaberichtlinien verbieten also nicht nur eine Diskriminierung von EU-Ausländern, sondern generell jede nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von In- und Ausländern im Vergabeverfahren: Gewährleistet werden soll die **umfassende Chancengleichheit** aller Bieter aus dem In- und Ausland. Angesichts seines Wortlauts fällt es nicht schwer, § 97 Abs. 2 als Umsetzungsrecht in genau dieser Weise zu verstehen.

Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot verbietet jedoch nicht nur Ungleichbehandlungen, sondern **auch sachwidrige Gleichbehandlungen**. Eine Diskriminierung in diesem Sinne kann sowohl vorliegen, wenn unterschiedliche Vorschriften bzw. Standards auf vergleichbare Situationen, als auch wenn dieselbe Vorschrift, derselbe Standard auf unterschiedliche Situationen angewendet werden.²⁵ Um dem Rechnung zu tragen, ist daher auch im Rahmen von § 97 Abs. 2 wesentlich Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.²⁶ Dies widerspricht zwar dem Wortlaut der Bestimmung, der ausdrücklich von Gleichbehandlung als Regel und Ungleichbehandlung als rechtfertigungsbedürftiger Ausnahme spricht, ist aber im Hinblick auf den unionsrechtlichen Hintergrund zwingend. An dieser Stelle wirkt sich aus, dass § 97 Abs. 2 die in den EU-Vergaberichtlinien enthaltene Doppelung von Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung (→ Rn. 11) schlicht als Gleichbehandlungsgebot umsetzt. Das Gebot der sachangemessenen Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte ist dem in den Richtlinien verwendeten Diskriminierungsbegriff immanent, während die deutsche Umsetzungsnorm **in unionsrechtskonformer Auslegung** um dieses Gewährleistungselement zu ergänzen ist. Eine rechtswidrige Gleichbehandlung stellt es zB dar, wenn die vom Auftraggeber aufgestellte Bewertungsmatrix eine hinreichende Differenzierung der Eignung der Bewerber nicht zulässt.²⁷

Neben dem europäischen Unionsrecht setzt das kartellvergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot die grundrechtlichen **Vorgaben des allgemeinen Gleichheitssatzes** aus Art. 3 Abs. 1 GG in Gesetzesrecht um und ist daher auch in deren Licht anzuwenden. Als Ausfluss dieser grundgesetzlichen Dimension schützt § 97 Abs. 2 vor allem inländische Teilnehmer gegen eine ungerechtfertigte Bevorzugung in- oder ausländischer Konkurrenten. Eine Beschränkung des Wettbewerbs nach der Ansässigkeit der Teilnehmer kann deswegen auch gegenüber Inländern unzulässig sein.²⁸ Auch der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz enthält neben dem Verbot der sachwidrigen Ungleichbehandlung ein Differenzierungsgebot für ungleiche Sachverhalte, das durch sachwidrige Gleichbehandlung verletzt werden kann.²⁹

II. Zulässige Ungleichbehandlungen

Die Gleichbehandlung ist im Kartellvergaberecht – wie auch in den ihm zugrundeliegenden Gleichheitsrechten – nicht uneingeschränkt gewährleistet, sondern in § 97 Abs. 2 selbst für Beschränkungen geöffnet. Die Norm umschreibt sie als Ungleichbehandlungen, die „aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet“ sind, die zuvor in der Norm enthaltene Vokabel „Benachteiligungen“ ist entfallen (→ Rn. 2) – und mit ihr die

²⁵ Vgl. zB EuGH 11.3.1999 – C-391/97, Slg. 1999, I-5451 Rn. 21 – Gschwind; 16.11.2006 – C-383/05, Slg. 2007, I-2555 Rn. 18 – Talotta; 23.5.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 115 – Laval un Partneri; 8.12.2011 – C-157/10, Slg. 2011, I-13023 Rn. 41 – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; 13.3.2014 – C-375/12, ECLI:EU:C:2014:138 Rn. 45 – Bouanich; 18.6.2015 – C-9/14, ECLU:EU:C:2015:406 Rn. 21 – Kieback.

²⁶ OLG München 29.11.2007 – Verg 13/07, BeckRS 2007, 19484. Zu den EU-Richtlinien ebenso zB EuGH 3.3.2005 – verb. Rs. C-21/03, C-34/03, Slg. 2005, I-1559 Rn. 27 – Fabricom; 10.10.2013 – C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 30 – Manova.

²⁷ OLG München 26.6.2007 – Verg 6/07, VergabeR 2007, 684 (688–690).

²⁸ Vgl. Otting in Bechtold GWB, 6. Aufl. 2010, § 97 Rn. 12.

²⁹ Jarass in Jarass/Pieroth GG Art. 3 Rn. 8. Aus der Rspr. zB BVerfGE 90, 226 (239).

§ 97 Abs. 2

Gleichbehandlungsgebot

Frage, ob zwischen beiden Formulierungen Bedeutungsunterschiede bestehen. Im Hinblick auf das der Vorschrift immanente Differenzierungsgebot bei ungleichen Sachverhalten (→ Rn. 13, 14) umfasst die Ausnahmeklausel des Hs. 2 auch gerechtfertigte Gleichbehandlungen auf gesetzlicher Grundlage. (Un)Gleichbehandlungen können sowohl im GWB selbst, als auch in den auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen vorgesehen sein, wegen des in § 2 S. 2 VgV enthaltenen Verweises zudem im Abschnitt 2 der VOB/A. Die Ausnahmeklausel des § 97 Abs. 2 bringt damit vor allem den verfassungsrechtlichen **Vorbehalt des Gesetzes** zum Ausdruck, der im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG wie auch für Einschränkungen der EU-Grundfreiheiten³⁰ und der Unionsgrundrechte (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC) Geltung beansprucht.

- 16 In einem weiteren Sinne enthält jede Verfahrensvorschrift das Gebot einer Ungleichbehandlung, weil sie Personen und Sachverhalte, die nicht ihrem Tatbestand unterfallen, von der Rechtsfolge ausschließt. Dasselbe gilt für Vorschriften, welche bestimmte Sachverhalte ausdrücklich von der gesetzlichen Regelung ausnehmen (zB die §§ 107–109, 116–117, 137–140, 145, 149–150 GWB). In beiden Fällen tritt eine Ungleichbehandlung im Grunde außerhalb der betreffenden Norm ein, letztere ist ein Instrument der Differenzierung, enthält aber nicht selbst eine Regelung über diese Differenzierung. Diese Fälle meint die Ausnahmeklausel des § 97 Abs. 2 offensichtlich nicht, sondern nur solche, in denen eine Vorschrift die Ungleichbehandlung von Sachverhalten gebietet oder erlaubt, die von ihrem Tatbestand erfasst sind. **„Ausdrücklich geboten“** ist eine Ungleichbehandlung zB in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, der eine „vornehmliche Berücksichtigung“ mittelständischer Interessen bei der Auftragsvergabe vorschreibt. Allerdings ist die wesentliche Konsequenz dieser Mittelstandsförderung, die grundsätzliche Aufteilung in Fach- und Teillose in S. 2 der Vorschrift als unterschiedsloses Gebot ausgestaltet; die objektive und nichtdiskriminierende Gestaltung der Losvergabe ist in § 30 Abs. 2 VgV ausdrücklich hervorgehoben.
- 17 Als **„gestattete“ Ungleichbehandlung** werden etwa die abweichenden Sonderregelungen für die Vergabe von Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen (§ 130 GWB) oder die Vorbehaltsrechte für Behindertenwerkstätten (§ 118 GWB) anzusehen sein. Die SektVO sieht eine Ungleichbehandlung in ihrer **Drittlandsklausel** (§ 55 Abs. 1) vor, die § 85 Abs. 2 und 3 SRL in deutsches Recht umsetzt. Danach können Angebote für Lieferaufträge, deren Warenanteile überwiegend aus nicht-marktzugangsberechtigten Drittländern stammen, allein aus diesem Grund zurückgewiesen werden. In Abs. 2 enthält die Bestimmung eine Bevorzugungspflicht bei gleichwertigen Angeboten, also wohl eine „gebotene“ Ungleichbehandlung iSv § 97 Abs. 2 GWB. Die im Schrifttum häufig als Beispiel genannte Anwendung sog vergabefremder Kriterien fällt hingegen nicht unter die Ausnahmeklausel, da ihre nun durch §§ 127–129 GWB geregelte Zulassung als Zuschlagskriterium oder Ausführungsbedingung ausnahmslos dem Gleichbehandlungsgebot unterliegt.
- 18 Den **materiell-rechtlichen Rahmen zulässiger Ungleichbehandlungen** im Rahmen von § 97 Abs. 2 stecken das vorrangige Unions- und Verfassungsrecht ab. Das in den EU-Vergaberichtlinien enthaltene allgemeine Gebot „gleicher und nichtdiskriminierender Behandlung“ (→ Rn. 12) bezieht sich zunächst auf Teilnehmer am Auswahlwettbewerb, die sich in derselben Situation befinden; ist die Ausgangslage einzelner Teilnehmer durch bestimmte Besonderheiten gekennzeichnet, so kann diesen in verhältnismäßiger Weise Rechnung getragen werden.³¹ Im übrigen reflektieren die Richtlinienbestimmungen die anerkannten **Schranken des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots** und inkorporieren sie in das harmonisierte Vergaberecht.³² Auch unter der sekundärrechtlichen Regelung kann es daher sein, dass eine Diskriminierung ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt werden kann, was in Fällen direkter Diskriminierung bekanntlich nur nach Maßgabe ver-

³⁰ Dazu zB Ehlers in ders. Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 109.

³¹ Vgl. EuGH 3.3.2005 – verb. Rs. C-21/03, C-34/03, Slg. 2005, I-1559 Rn. 31 – Fabricom.

³² Dementsprechend prüft der EuGH das primärrechtliche Diskriminierungsverbot auch in Fällen, die den Vergaberichtlinien unterfallen, vgl. zB EuGH 27.10.2005 – C-234/03, Slg. 2005, I-9315 Rn. 49 – Contse ua.

Gleichbehandlungsgebot

§ 97 Abs. 2

traglicher Schutzklauseln (Art. 36, 52, 62 AEUV) möglich ist und bei mittelbaren Diskriminierungen einen wichtigen Gemeinwohlbelang („zwingendes Allgemeininteresse“) sowie die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung voraussetzt.³³ Diese aus der EuGH-Rechtsprechung zu den EU-Grundfreiheiten bekannten Parameter, vor allem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, begrenzen somit auch das Ausmaß zulässiger Benachteiligung im Rahmen von § 97 Abs. 2.

Verfassungsrechtlich muss die gebotene oder zugelassene Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG (→ Rn. 14) genügen. Doch auch als Ausprägung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes verbietet § 97 Abs. 2 (Un)Gleichbehandlungen im Vergabeverfahren nicht ausnahmslos. Das Gleichheitsgrundrecht besitzt in der Rechtsprechung des BVerfG einen durchaus flexiblen Inhalt, der zwischen einem reinen Willkürverbot und einem Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung (sog neue Formel) changiert.³⁴ Während das BVerfG den Gleichheitssatz im Vergaberecht bislang vor allem durch die Brille der Willkürformel betrachtet,³⁵ bietet das Vergabeverfahren verschiedene Ansätze für personen- oder personengruppenbezogene Ungleichbehandlungen, die nach der Rspr. des BVerfG regelmäßig die strengeren Kontrollmaßstäbe der **Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Gleichheitsprüfung** zur Anwendung bringen: Danach ist das Gleichbehandlungsgebot verletzt, wenn zwischen unterschiedlich behandelten Personen oder Personengruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.³⁶

Ausgehend von dieser unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben liegt es nahe, dass die gebotene Begrenzung zulässiger Ungleichbehandlungen **im vergaberechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** gebündelt wird, der nun in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ausdrückliche Anerkennung erfahren hat. Jenseits der rechtsstaatlichen Rationalitätsmaxime, als die er eigentlich fungiert (→ § 97 Abs. 1 Rn. 54), ist der Grundsatz hier im Lichte der unions- und verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebote auszulegen und anzuwenden, die § 97 Abs. 2 zugrunde liegen. Die Begrenzung zulässiger Ungleichbehandlung im Rahmen dieser Vorschrift durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist damit ein weiteres Beispiel dafür, wie die Vergabegrundsätze des § 97 GWB auch im Rechtssinne miteinander verwoben sind (→ vor § 97 Rn. 7).

III. Einige Ausprägungen im Vergabeverfahren

Das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot determiniert **jedes beschaffungsrelevante Verhalten** des Auftraggebers mit Bezug auf ein konkretes – materiell verstandenes – Vergabeverfahren. Dazu gehören zB die Wahl der Verfahrensart, die Anforderungen an die Bieter und Bewerber, die Gestaltung des Verfahrens im einzelnen, die Teilnehmersauswahl, die Prüfung und Wertung der Angebote, die Information der Teilnehmer. Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, Chancengleichheit zu gewährleisten, nicht aber dazu, bestehende Wettbewerbsvor- oder -nachteile einzelner Bieter von sich aus auszugleichen;³⁷ wenn man so will, begrenzt insoweit der Wettbewerbsgrundsatz wiederum das Gleichbehandlungsgebot und beschränkt es auf eine formale Handlungsmaxime. Manches Gleichbehandlungsproblem berührt zugleich den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1) und ist schon bei diesem erörtert.³⁸

³³ Vgl. allgemein Ehlers (Fn. 30) Rn. 117–135; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rn. 464–502.

³⁴ Dazu statt aller Osterloh in Sachs GG Art. 3 Rn. 8–37.

³⁵ Vgl. BVerfGE 116, 135 (161).

³⁶ Aus der jüngeren Rechtsprechung zB BVerfGE 102, 41 (54); 110, 274 (291); 113, 167 (214f.); 116, 229 (238).

³⁷ OLG Koblenz 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, NZBau 2002, 699 (704); VK Bund 24.9.2014 – VK 2–67/14, IBRRS 2014, 3111 unter II.2a)aa) (1).

³⁸ → § 97 Abs. 1 Rn. 18 (Projektanten), → Rn. 19 f. (subventionierte Bieter), → Rn. 24 (Parallelangebote).

§ 97 Abs. 2

Gleichbehandlungsgebot

- 22 Leistungsbeschreibungen sind so zu fassen, dass sie für alle Unternehmen „im gleichen Sinne verständlich“ sind (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB) und ihnen „den gleichen Zugang“ zum Vergabeverfahren gewähren (§ 31 Abs. 1 VgV). Die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Vergabeunterlagen dürfen **keine diskriminierenden Anforderungen** enthalten, insbesondere keine mittelbare Benachteiligung ausländischer Anbieter oder Produkte. Die Leistungsbeschreibung hat deshalb grundsätzlich marken- und produktneutral zu erfolgen (§ 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO) und muss Angebote, welche den angegebenen technischen Anforderungen gleichwertig sind, ebenfalls zulassen. Ist es einem Bieter praktisch unmöglich die „Gleichwertigkeit“ anderer Systeme, Fabrikate etc nachzuweisen, so kann eine verdeckte Ungleichbehandlung vorliegen. Verweist die Leistungsbeschreibung auf ein Gütezeichen, so muss dieses ua auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen und allen betroffenen Unternehmen zugänglich sein (§ 34 Abs. 2 VgV, § 32 Abs. 2 SektVO); auch hier muss der Auftraggeber gleichwertige Belege akzeptieren (§ 34 Abs. 4, 5 VgV, § 32 Abs. 4, 5 SektVO). Diskriminierend kann außerdem zB der Zwang zur Eintragung in ein nationales Berufsregister sein,³⁹ alle EU-ausländischen Unternehmen können daher ihre Erlaubnis zur Berufsausübung auch nach Maßgabe des Rechts ihres Herkunftsstaates nachweisen (§ 44 VgV). Der Wettbewerb darf nicht auf Bieter oder Bewerber beschränkt werden, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind (§ 6 EU Abs. 3 Nr. 1 VOB/A).⁴⁰
- 23 Einige Bestimmungen des neuen Kartellvergaberechts machen hierbei schon in ihrem Wortlaut deutlich, dass der Normbefehl des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebots **über die Nichtdiskriminierung EU-ausländischer Anbieter hinaus** geht (→ Rn. 12). So ist etwa für die Sektorenvergabe in § 45 Abs. 2 SektVO nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass der Auftraggeber bezüglich seiner Auswahlentscheidung Unternehmen keine administrativen, technischen oder finanziellen Anforderungen stellen darf, die er anderen Unternehmen nicht stellt: Dies betrifft ganz offensichtlich auch das Verhältnis inländischer Bieter zueinander. Etwas weniger klar, in seiner Offenheit aber wohl gleichbedeutend verlangt § 25 Abs. 2 KonzVgV, dass die Eignungskriterien „nichtdiskriminierend“ sein müssen, ohne einen potentiellen Bezug zum EU-Ausland auch nur anzudeuten.
- 24 Dem Gleichbehandlungsgrundsatz widerspricht es, wenn einzelne Teilnehmer am Verfahren einen **Informationsvorsprung** gegenüber anderen besitzen. Der Auftraggeber muss allen Bewerbern und Bietern dieselben Informationen zukommen lassen, zB über verfahrensrelevante öffentliche Gremienentscheidungen, über Änderungen im ursprünglich ausgeschriebenen Leistungsumfang, über die Anforderungen an den Leistungsgegenstand⁴¹ oder über eine Verlängerung der Zuschlagsfrist.⁴² Unterbreitet ein Bieter, weil ihm eine wesentliche Information gleichheitswidrig vorenthalten war, ein unvollständiges Angebot, so verstößt ein darauf gegründeter Ausschluss gegen das Gleichbehandlungsgebot.⁴³ Besteht ein legitimer Informationsvorsprung etwa aufgrund einer vorangegangenen Beteiligung einzelner Teilnehmer an der Vorbereitung der Ausschreibung, so hat der Auftraggeber diesen nach Möglichkeit auszugleichen. Für die sog Projektantenproblematik regeln dies § 7 VgV, § 7 SektVO nunmehr ausdrücklich und tragen damit der EuGH-Rechtsprechung Rechnung, die einen pauschalen Ausschluss von Projektanten als unverhältnismäßig ansieht.⁴⁴

³⁹ Vgl. EuGH 14.3.2000 – C-225/98, Slg. 2000, I-7445 Rn. 87 – Kommission/Frankreich.

⁴⁰ Zur räumlichen Beschränkung des Wettbewerbs in diesem Sinne auch zB EuGH 20.3.1990 – C-21/88, Slg. 1990, I-889 Rn. 10–15 – Du Pont de Nemours; 26.2.1992 – C-360/89, Slg. 1992, I-3401 Rn. 11–15 – Kommission/Italien; 22.10.2015 – C-552/13, ECLI:EU:C:2015:713 Rn. 28–32 – Grupo Hospitalario Quirón; BayObLG 20.12.1999 – Verg 8/99, NZBau 2000, 259 (261).

⁴¹ Vgl. zB KG 3.11.1999 – Kart Verg 3/99, NZBau 2000, 209 (210); VK Sachsen-Anhalt. 14.9.2015 – 2 VK LSA 07/15.

⁴² Vgl. OLG Naumburg 13.5.2003 – 1 Verg 2/03, NZBau 2004, 62 (63).

⁴³ VK Sachsen-Anhalt. 14.9.2015 – 2 VK LSA 07/15.

⁴⁴ EuGH 3.3.2005 – verb. Rs. C-21/03, C-34/03, Slg. 2005, I-1559 Rn. 34f. – Fabricom.

Die **Verfahrensregeln** müssen allen Teilnehmern gegenüber **einheitlich angewendet** 25 und sanktioniert werden. Alle interessierten Unternehmen müssen die Chance haben, innerhalb derselben Fristen und zu identischen Anforderungen Angebote abzugeben. Verspätet eingegangene Angebote dürfen aus Gründen der Gleichbehandlung grundsätzlich nicht in die Wertung einbezogen werden. Eine Fristverlängerung nach Fristablauf diskriminiert diejenigen Bieter, deren Angebote fristgerecht eingegangen waren.⁴⁵ Die Einbeziehung von Nebenangeboten ist als gleichheitswidrige Abweichung von der Leistungsbeschreibung unzulässig, wenn Nebenangebote nicht zugelassen waren.⁴⁶ Mögliche Interessenkonflikte sind als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots auch jenseits der ausdrücklichen Verfahrensbestimmungen (§ 6 VgV, § 6 SektVO, § 5 KonzVgV) auszuschließen. Einzelne Formulierungen in der EuGH-Rechtsprechung zum Gleichbehandlungsgebot deuten darauf hin, dass dieses nicht nur verletzt wird, wenn der Auftraggeber einzelne Bieter im Verfahren tatsächlich ungleich behandelt, sondern dass es – ähnlich wie bei der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Gerichten – genügt, **wenn nur „der Eindruck entstehen kann“**, dass einzelne von ihnen ungerechtfertigt begünstigt oder benachteiligt werden.⁴⁷

Im **Verhandlungsverfahren** müssen alle verbliebenen Bieter absolut gleich behandelt 26 werden (§ 17 Abs. 13 S. 1 VgV). Die Vergabestelle muss ihnen identische Informationen zukommen lassen und ihnen die Chance geben, innerhalb gleicher Fristen und zu gleichen Anforderungen Angebote abzugeben.⁴⁸ Aus Gründen der Chancengleichheit muss das letzte Angebot der verbliebenen Bieter zeitgleich eingeholt werden (s. jetzt § 17 Abs. 14 VgV).⁴⁹ Zwar können bei dieser Verfahrensart im Laufe der Verhandlungen der Auftragsinhalt konkretisiert und Angebote geändert werden, doch darf dies nicht dazu führen, dass letztlich andere Leistungen beschafft werden als angekündigt: Im Kern muss der verhandelte mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand identisch sein.⁵⁰ Nimmt der Auftraggeber Änderungen an der Leistungsbeschreibung vor, so muss er allen verbliebenen Bietern ausreichend Zeit geben, um ihre Angebote zu ändern bzw. überarbeitete Angebote einzureichen (§ 17 Abs. 13 S. 4 VgV).

Das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber zu **Kriterien-** 27 **treue und Formstrenge**: Die von ihr selbst festgelegten Anforderungen und Kriterien hat die Vergabestelle strikt einzuhalten und ihre Verletzung (gleichmäßig) streng zu ahnden.⁵¹ Der Auftraggeber darf **nur vollständige Angebote** werten, welche also die in der Ausschreibung geforderten Erklärungen enthalten und dadurch in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden Hinsicht miteinander vergleichbar sind.⁵² Grundsätzlich sind daher alle Angebote, die formal nicht vollständig und widerspruchsfrei sind, zwingend von der Angebotswertung auszuschließen,⁵³ ein Nachreichen fehlender Erklärungen ist grundsätzlich unzulässig (s. für die allgemeine Auftragsvergabe jetzt § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV). Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird verletzt, wenn der Auftraggeber seine eigenen Vorgaben in Gestalt der Nichtwertung unvollständiger Angebote zugunsten eines Bieters auf-

⁴⁵ Vgl. VK Leipzig 16.11.2006 – 1/SVK/097-06, IBRRS 2007, 0124, S. 11 f.

⁴⁶ Dreher in Immenga/Mestmäcker § 97 Rn. 103.

⁴⁷ Vgl. zB EuGH 29.3.2012 – C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 Rn. 37 und 41 – SAG ELV Slovensko ua; 10.10.2013 – C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 37 – Manova.

⁴⁸ OLG Celle 16.1.2002 – 13 Verg 1/02, VergabeR 2002, 299 (301).

⁴⁹ KG 31.5.2000 – Kart Verg 1/00, KGR Berlin 2001, 114 (117f.); VK Südbayern 8.2.2002 – 41-11/01, IBRRS 2013, 5052.

⁵⁰ OLG Celle 16.1.2002 – 13 Verg 1/02, VergabeR 2002, 299 (301); OLG Dresden 3.12.2003 – WVerg 15/03, NZBau 2005, 118 (119); 11.4.2005 WVerg 5/05, NZBau 2006, 469 (471).

⁵¹ EuGH 10.10.2013 – C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 40 – Manova; 6.11.2014 – C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345 Rn. 42f. – Cartiera dell'Adda.

⁵² BGH 18.2.2003 – X ZB 43/02, NZBau 2003, 293 (295); 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 (802).

⁵³ BGH 24.4.2003 – X ZR 50/01, NZBau 2003, 406 (407); 18.5.2004 – X ZB 7/04, NZBau 2004, 457 (458f.); X ZR 19/02, NZBau 2005, 709 (710); OLG Düsseldorf 12.6.2013 – VII-Verg 7/13, NZBau 2013, 788 (792); 7.8.2013 – VII-Verg 15/13, BeckRS 2014, 14201; OLG München – Verg 12/09, BeckRS 2009, 27005; VK Bund 21.10.2015 – VK 2-97/15, IBRRS 2015, 3073.

§ 97 Abs. 2

Gleichbehandlungsgebot

gibt.⁵⁴ Ausnahmen können jedoch möglich sein, wenn die Lücken im Angebot offensichtlich nicht wettbewerbsrelevant waren (→ § 97 Abs. 1 Rn. 22). Einzelheiten bestimmen heute die **Nachforderungsregeln** in § 56 Abs. 2, 3 VgV, § 51 Abs. 2, 3 SektVO. Eine Aufforderung zur Erläuterung oder Ergänzung von Angeboten darf aus Gründen der Verfahrensfairness erst erfolgen, nachdem der Auftraggeber sämtliche Angebote zur Kenntnis genommen hat, und ist an alle Bieter zu richten, die sich in derselben Situation befinden.⁵⁵

28 Der öffentliche Auftraggeber hat nicht nur alle Angebote gleichermaßen darauf zu überprüfen, ob sie der Ausschreibung entsprechen und vollständig sind. Er muss auch **die Auswahlentscheidung** und die hierzu nötigen Wertungen **nach einheitlichen Maßstäben** treffen. Dies kann, soweit die Verfahrensregeln Wertungsspielräume eröffnen, zu einer Selbstbindung der Vergabestelle führen, da Angebote, die an gleichwertigen Mängeln leiden, gleich zu behandeln sind.⁵⁶ Verzichtet der Auftraggeber zugunsten eines Bieters auf bestimmte Mindestanforderungen an die zu beschaffende Leistung, so verstößt dies gegen das Gleichbehandlungsgebot. Einer gleichförmigen Bewertung zu unterziehen sind allerdings nur diejenigen Angebote, die konkret miteinander im Wettbewerb stehen, bei einer losweisen Vergabe also nur die zu einem bestimmten Los abgegebenen Angebote.⁵⁷ Für die Sektorenvergabe gibt die gesetzliche Regelung nun ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber die Unternehmen **anhand objektiver Kriterien** auswählt, die allen interessierten Unternehmen (scil: gleichermaßen) zugänglich sein müssen (§ 142 Nr. 1 GWB, § 46 Abs. 1 SektVO). Ähnlich ist für die Konzessionsvergabe die Zuschlagserteilung „auf der Grundlage objektiver Kriterien“ vorgegeben (§ 152 Abs. 3 S. 1 GWB).

⁵⁴ VK Arnsberg 11.3.2010 – VK 01/10, S. 17.

⁵⁵ EuGH 29.3.2012 – C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191 Rn. 42f. – SAG ELV Slovensko ua; 10.10.2013 – C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 34 – Manova.

⁵⁶ BGH 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 (802); OLG Düsseldorf 15.12.2004 – VII-Verg 47/04, VergabeR 2005, 195 (198); 14.10.2005 – VII-Verg 40/05, NZBau 2006, 525 (526); OLG Frankfurt a.M. 21.4.2005 – 11 Verg 1/05, VergabeR 2005, 487 (488f.); 11 Verg 7/06, VergabeR 2007, 376 (379); OLG München 29.11.2007 – Verg 13/07, BeckRS 2007, 19484.

⁵⁷ VK Bund 16.3.2015 – VK 1–10/15; 23.3.2015 – VK 1–14/15.