

Table of Contents



Kaskadenprinzip als zentrales Strukturelement des Vergaberechts

- Ebenen des Kaskadenprinzips

- EUV, AEUV und Vergaberichtlinien

Grundprinzipien des Vergaberechts

- Wettbewerbsprinzip

 - Fachkundige, leistungsfähige und nicht ausgeschlossene (zuverlässige) Unternehmen

 - Das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag

 - Berücksichtigung mittelständischer Interessen

- Transparenzgebot

- Gleichbehandlungsgrundsatz

Kaskadenprinzip als zentrales Strukturelement des Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht zeichnet sich durch das sog. „Kaskadenprinzip“ aus und unterliegt dabei einem stetigen Wandel.

Das Kaskadenprinzip umschreibt die Hierarchie der Rechtsquellen im deutschen Vergaberecht.

Ebenen des Kaskadenprinzips

Auf der **ersten Ebene** (dieser Normenhierarchie) stehen die EU-Richtlinien, die durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) auf der **zweiten Ebene** umgesetzt werden (GWB-Novelle 2016). Dieses enthält die Rechtsgrundlage für die nähere Konkretisierung durch die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) und die Vergabeverordnungen für den Bereich Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).

Während vor der Reform die VgV ihrerseits auf die **Vergabe- und Vertragsordnungen** VOB/A und VOL/A sowie auf die VOF (siehe Gesetze und Verordnungen) verwies und diesen dadurch rechtliche Verbindlichkeit verlieh, sind die VOL/A und die VOF nun in die VgV übernommen worden. Lediglich auf die VOB/A wird noch verwiesen. Im Unterschwellenbereich ist die VOL/A zwischenzeitlich durch die Unterschwellenvergabeordnung“ (UVgO) ersetzt worden.

Unterhalb der **Schwellenwerte** sind zumindest die europäischen Rechtsgrundsätze (Transparenz, Gleichbehandlung, Diskriminierungsverbot) anwendbar. Im Übrigen gilt das Haushaltsrecht des Bundes bzw. des Landes und die Vergabe- und Vertragsordnungen, insbesondere (noch) der 1. Abschnitt der VOB/A sowie der UVgO. Die VOF (für Architekten- und Ingenieurleistungen) war im Oberschwellenbereich in der VgV aufgegangen (Abschnitt 6 der VgV).

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 2

EUV, AEUV und Vergaberichtlinien

Grundlagen des Europäischen Vergaberechts sind der EU-Vertrag (EUV), der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und die bereits erwähnten EU-Vergaberichtlinien.

Ziel der **EU-Richtlinien** ist es nicht, die nationalen Rechtstraditionen zu vereinheitlichen, sondern lediglich, dass die Mitgliedsstaaten für **rechtslinienkonforme** Beschaffungsverfahren Sorge tragen. Darauf beruht auch der ursprüngliche Begriff der „Vergabekoordinierungsrichtlinie“. Die Vergabevorschriften dienen letztlich der Vollendung des EU-Binnenmarktes, der auch darauf gerichtet ist, dass es einen möglichst europaweiten Beschaffungsmarkt geben soll.

Hinter der Europäisierung des Vergaberechts steckt die **europäische Idee**, die sich auch im Bereich der Öffentlichen Auftragsvergabe – und zwar in Gestalt der Regelungen des EU-Vertrages (AEUV) und der Vergaberichtlinien widerspiegelt. Sind die bereits erwähnten „Schwellenwerte“ überschritten, ist das jeweils nationale Vergaberecht in allen EU-Staaten maßgeblich durch das Europarecht geprägt und insoweit „harmonisiert“.

Grundprinzipien des Vergaberechts

Die wichtigsten Prinzipien des – und zwar unabhängig vom Schwellenwert bzw. unabhängig davon, ob ein Vergabeverfahren europaweit (oberhalb der Schwellenwerte) oder unterhalb der Schwellenwerte durchgeführt werden muss – sind:

- das **Wettbewerbsprinzip**,
- das **Transparenzgebot** sowie das
- das Gebot der **Gleichbehandlung** sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz.

Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ergibt sich dies – neben den EU-Richtlinien – aus § 97 Abs. 1, 2 GWB. Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gelten diese Grundsätze ebenfalls, im Baubereich z. B. gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

Das Wettbewerbsprinzip galt auch vor Inkrafttreten des Teils 4 des GWB, seinerzeit noch auf der Basis der §§ 57 a bis 57 c HGrG, ergänzt durch die Verdingungsordnungen und die seinerzeit gültige Nachprüfungsverordnung. Das Wettbewerbsprinzip war also auch bereits zu Zeiten der haushaltsrechtlichen Lösung (vor 1999) maßgeblich und in den jeweiligen Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten.

Das Wettbewerbsprinzip bedeutet, dass möglichst vielen Unternehmen die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren eröffnet werden soll.

Nach § 97 Abs. 1 GWB müssen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen im

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 3

Wettbewerb und im Wege *transparenter Vergabeverfahren* beschaffen. Demzufolge sollen Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren an fachkundige, leistungsfähige und nicht auszuschließende, also geeignete Unternehmen zu angemessenen Preisen vergeben werden, wobei (als zusätzlicher Gesichtspunkt) kein Unternehmen **diskriminiert** werden darf. Die Verletzung eines oder mehrerer Prinzipien des Vergaberechts kann von dem jeweils betroffenen Bieter angegriffen und zum Gegenstand eines Rechtsschutzverfahrens gemacht werden.

Bei Vergaben oberhalb der **Schwellenwerte** bedeutet dies die Geltendmachung der Rechte in Form eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 155 ff. GWB). Unterhalb der Schwellenwerte bleibt den Bietern in der Regel nur die Möglichkeit, mit Hilfe eines Einstweiligen Verfügungsverfahrens bei den (insoweit zuständigen) ordentlichen Gerichten zu verhindern, dass sich ein Verstoß gegen die bieterschützenden Prinzipien des Vergaberechts für sie nachteilig auswirkt. Sehr ausgeprägt sind die vergaberechtlichen Grundprinzipien im Oberschwellenbereich. Sie gelten allerdings „analog“ bzw. entsprechend auch für Vergaben im Unterschwellenbereich.

Wettbewerbsprinzip

Das Wettbewerbsprinzip gilt für Auftraggeber und Bieter und ist in allen Phasen eines Vergabeverfahrens zu beachten. Hintergrund des Wettbewerbsprinzips ist es, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung von einem Bieter beschafft bzw. erhält, deren Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmer, der öffentliche Auftraggeber also einen Vertrag zu **bestmöglichen Konditionen** schließt. Dumping-Angebote, die sich nicht wettbewerblich begründen lassen und zur gezielten Verdrängung von Mittwettbewerbern abgegeben werden, müssen – ungeachtet des (günstigen) Preises – ausgeschlossen werden.[1]

Folge dieses Wettbewerbsgrundsatzes ist es auch, dass ein **Verhandlungsverfahren** nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist und diese **Ausnahmetatbestände** eng auszulegen sind.[2]

Dementsprechend ist es ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip, wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Anforderungen (an die Bieter) so erhöht, dass nur ein kleiner Kreis von Bietern für Verhandlungen überhaupt in Frage kommt.[3]

Ausfluss des Wettbewerbsprinzips ist, dass der Wettbewerb zwischen den an der Ausschreibung beteiligten Bietern **geheim**[4] bleibt. Folge ist, dass jeder Bieter sein Angebot in Unkenntnis der Angebote bzw. Angebotskalkulationen der anderen Bieter unterbreiten muss. Unter diesem Blickwinkel wird diskutiert, ob der Wettbewerb auch dann noch gegeben ist, wenn ein Bieter nicht nur ein einziges, sondern mehrere Hauptangebote zu einer einzelnen Ausschreibung einreicht. Einig ist man sich darüber weitgehend, dass inhaltlich bzw. technisch identische Angebote zu unterschiedlichen Preisen unzulässig sind.[5] Unterscheiden sich die Angebote allerdings auch in technischer Hinsicht, dürfte es – jedenfalls unter Berücksichtigung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz – unbedenklich sein, mehrere Hauptangebote eines Bieters zuzulassen.[6]

Praxistipp

Will ein öffentlicher Auftraggeber sichergehen, dass er mehrere Hauptangebote werten kann, sollte er dies unter dem Gesichtspunkt der Transparenz bereits in den Vergabeunterlagen vermerken. Andererseits sollte ein Auftraggeber, wenn er nicht mehrere Hauptangebote eines Bieters prüfen und werten möchte (z. B. im nichtoffenen Verfahren), dies in den Vergabeunterlagen ebenfalls klarstellen.

Vor diesem Hintergrund sollen am Wettbewerb, d. h. in Konkurrenz um den Auftrag, nur Unternehmen beteiligt werden, die den zu vergebenden Auftrag tatsächlich auch ausführen können und darüber hinaus das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Unabhängig davon sind auch mittelständische Interessen zu berücksichtigen.

Fachkundige, leistungsfähige und nicht ausgeschlossene (zuverlässige) Unternehmen

Nach § 122 GWB dürfen öffentliche Aufträge nur an geeignete, d. h. fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, soweit sie nicht (mangels Zuverlässigkeit)[7] ausgeschlossen werden müssen, und zwar nach den Maßstäben der §§ 123, 124 GWB. Die vergaberechtliche Eignung erfordert die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 GWB)[8]. Darüber hinaus gibt es als weiteres Eignungskriterium die Verpflichtung der Unternehmen, während der Auftragsausführung die rechtlichen Vorgaben einzuhalten (§ 128 Abs. 1 GWB), wobei nunmehr klargestellt worden ist, dass ein Unternehmen auch dann ausgeschlossen werden kann, wenn es nachweislich gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstößt (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB).

Nach alledem ist nur derjenige Bieter geeignet, einen ausgeschriebenen Auftrag auszuführen, wenn er fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig, somit nicht auszuschließen bzw. ausgeschlossen worden ist. Diese Kriterien stellen Voraussetzungen für die Teilnahme am Wettbewerb dar und werden „Eignungskriterien“ genannt.

Die Eignung eines Unternehmens hat nichts damit zu tun, ob diesem Unternehmen/dem Bieter der Auftrag tatsächlich erteilt wird bzw. werden kann. Welchen der (geeigneten) Bieter letztlich der Auftrag erteilt wird, richtet sich vielmehr nach dem konkreten Angebot, das unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit (§ 127 GWB) gewertet werden muss.

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 5

In Kurzform bedeutet also Gebot der **Wirtschaftlichkeit**, dass derjenige den Zuschlag erhält, dessen Angebot das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis** aufweist.

Neben dem Preis und auch den Kosten können bei der Auswahl des Bieters unter Umständen (seit der Vergaberechtsreform 2016) auch die Organisation, die Qualifikation und die Erfahrung (des für die Ausführung vorgesehenen Personals) als Kriterium berücksichtigt werden, wenn dieses erheblichen Einfluss auf das Wohl der Auftragsausführung haben kann.[9] Dabei muss aber berücksichtigt werden, dass etwaig angeforderte Nachweise zur Qualifikation des Personals des Bieters nur einmal, d. h. *entweder* bei der Eignungsprüfung *oder* bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden können.[10] Dessen ungeachtet kann ein „Mehr an Eignung“ (seit der Vergaberechtsreform 2016[11]) auch bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden.

In den Vergabevorschriften ist ausführlich beschrieben, unter welchen Voraussetzungen ein Bieter ungeeignet sein kann. Dies gilt beispielsweise für die §§ 123, 124 GWB.[12] Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Bieter die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt hat, seine Zahlungsverpflichtungen (Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge) nicht nachgekommen ist oder unrichtige Angaben (zur Eignung) gemacht hat.

Praxistipp

Will ein öffentlicher Auftraggeber über die allgemeinen Eignungskriterien hinaus **weitere Eignungskriterien** vorschreiben, muss er dies in der **Vergabebekanntmachung** (als Anforderungsprofil) mitteilen. So kann beispielsweise verlangt werden, dass zum Nachweis der Fachkunde **Referenzen** vorgelegt oder zum Nachweis der Leistungsfähigkeit Angaben zu den wirtschaftlichen Verhältnissen verlangt werden.

Auch die Zuverlässigkeit eines Unternehmens kann im Rahmen der Eignungsprüfung verlangt werden, beispielsweise durch Aufforderung der Vorlage von Gewerberegisterauszügen.[13]

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 6

In einigen Bundesländern (in den jeweiligen Landesvergabegesetzen) ist von der Möglichkeit, zusätzliche Kriterien für die Eignung im Hinblick auf die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit zu definieren und vorzugeben, Gebrauch gemacht worden.

Das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag

Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, d. h. auf das Angebot, das das beste Preis-Leistungs-Verhältnis hat. Hierfür kann der öffentliche Auftraggeber auftragsbezogene Kriterien aufstellen. Neben den klassischen Kriterien wie beispielsweise technische oder gestalterische Kriterien kann der Auftraggeber auch politische (z. B. Umweltgesichtspunkte) oder soziale Belange als auftragsbezogenes Kriterium definieren. Ohne derartige auftragsbezogene Kriterien wäre (zumindest bei vergleichbaren Angeboten, z. B. auf der Grundlage desselben Leistungsverzeichnisses) ausschließlich der Preis entscheidend.[14]

Der Auftraggeber kann also im Vorfeld definieren, nach welchen Kriterien er das wirtschaftlichste Angebot auswählen wird. Insoweit hat der öffentliche Auftraggeber einen Ermessensspielraum, und zwar dahingehend, welches Kriterium er wie gewichtet. Dieses Kriterienauswahl- und Gewichtungsermessen muss der öffentliche Auftraggeber allerdings vor dem Vergabeverfahren, konkret vor Vergabebekanntmachung, ausüben. Dies ist deshalb so wichtig, weil anderenfalls die Gefahr besteht, dass die Ausschreibung nachträglich, um einen Bieter bevorzugen zu können, manipuliert wird, beispielsweise dadurch, dass neue Kriterien aufgestellt werden.

Wie bereits erwähnt können bei der Zuschlagserteilung (d. h. nicht bei der Eignung) nach der Vergaberechtsreform 2016 auch Kriterien der Organisation, Qualifikation und Erfahrung (des mit der Ausführung betrauten Personals) berücksichtigt werden, wenn dies erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann (für Bauleistungen: § 16 d Abs. 2 Nr. 2 b EU VOB/A). Als Ausfluss des **Transparenzgebots** müssen die Kriterien so festgelegt werden, dass der Wettbewerb gewährleistet wird. Dementsprechend müssen die Kriterien selbst und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgelistet werden (§ 127 Abs. 3, 4 GWB).

Berücksichtigung mittelständischer Interessen

Ausfluss des Wirtschaftlichkeitsprinzips ist, dass mittelständische Interessen durch Teilung der Aufträge in „Fach- und Teillose“ angemessen zu berücksichtigen sind (§ 97 Abs. 4 BGB). Ziel dieses Prinzips ist es, eine Verdrängung kleinerer und mittlerer Unternehmen (durch Vergabe von „Großaufträgen“) zu verhindern. Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass KMU (kleinere und mittlere Unternehmen) im Wege eines Vergabenachprüfungsverfahrens die Verletzung des Wirtschaftlichkeitsprinzips bei fehlender Aufteilung einer Maßnahme in Lose rügen können.[15]

Transparenzgebot

Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden nicht nur im Wettbewerb, sondern auch im Wege transparenter Verfahren vergeben. Im Oberschwellenbereich ergibt sich dies aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB,

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 7

im Unterschwellenbereich gilt es jedoch ebenfalls.[16]

Folge dieses **Transparenzgebots** ist es, dass die vom Bieter zu erbringenden Leistungen **eindeutig** und **erschöpfend** beschrieben werden. Anderenfalls wäre im Zweifel nicht nachvollziehbar, welches Angebot das wirtschaftlichste ist. In § 121 GWB, §§ 7-7c VOB/A (für Bauleistungen) sind dann die Vorgaben an eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung geregelt.

Das Transparenzgebot erfordert – ebenso wie das Wettbewerbsprinzip – die **Bekanntgabe der Zuschlagskriterien** bereits mit den Vergabeunterlagen. Denn derjenige, der die Anforderungen an das wirtschaftlichste Angebot kennt, kann sein Angebot hierauf auch ausrichten.

Beispiel

Weiß ein Bieter nicht, dass die Folgekosten (einer Leistung/Ware) ein wichtiges Zuschlagskriterium sind, wird er möglicherweise eine – in der Herstellung zwar günstigere, bei den Folgekosten hingegen teurere – Leistung anbieten, obwohl er auch eine – auf lange Sicht – günstigere Alternative hätte anbieten können.

Gleichbehandlungsgrundsatz

Alle Teilnehmer eines Vergabeverfahrens sind gleich zu behandeln, § 97 Abs. 2 GWB. Dies gilt für alle Phasen des Vergabeverfahrens. Konkretisierungen dieses Gleichbehandlungsgrundsatzes sind:

§ 6 VgV: Danach dürfen auf Seiten des Auftraggebers Personen, die eine zu große Nähe zu einem Bieter aufweisen (wegen Verwandtschaft oder als Organ eines Bieters) nicht mitwirken,

§ 7 VgV: Der Wissensvorsprung eines am Vergabeverfahren als Bieter beteiligten „Projektanten“ muss ausgeglichen werden, damit der Wettbewerb durch seine Teilnahme nicht verfälscht wird.

§ 15 Abs. 3 EU VOB/A: Für das offene und das nicht offene Verfahren sind Nachverhandlungen untersagt. Bietern wird also die Möglichkeit genommen, ihr Angebot nachträglich noch zu ändern und den „Gegebenheiten“ anzupassen.

Darüber hinaus folgt hieraus:

das Verbot der Berücksichtigung **vergabefremder Kriterien** und das Verbot der Bevorzugung **ortsansässiger** Bieter.

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 8

[1] Das GWB kennt den Begriff der Zuverlässigkeit in diesem Zusammenhang nicht. Der Zusammenhang zwischen Ausschlussgrund und Zuverlässigkeit ergibt sich aus Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU.

[2] Für Bauleistungen ergibt sich dies aus §§ 6 ff. EU VOB/A.

[3] Dies gilt nach § 16 d Abs. 2 Nr. 2 b) EU VOB/A.

[4] Für Bauleistungen: § 6 a Nr. 3 e) EU VOB/A. Vgl. hierzu BGHZ 139, 2373.

[5] Dies war zuvor anders, vgl. z. B. BGH, Urteil vom 08.09.1998 – X ZR 109/96, BGHZ 139, 2373; allerdings eingeschränkt schon durch EuGH, Urteil vom 26.03.2015 – C-601/13 („AMBISIG“), VPR 2015, 99.

[6] Für Bauleistungen: 6 e Abs. 1 bis 5 bzw. 6 e Abs. 6 EU VOB/A i. V. m. § 16 b EU VOB/A.

[7] Für Bauleistungen ergibt sich da Anforderungsprofil bzw. die Anforderungen für den Nachweis der Eignung aus §§ 6 ff. EU VOB/A.

[8] Vgl. KG, VergabeR 2002, S. 95 ff.; OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, S. 128.

[9] Vgl. Jaeger, NZBau 2001, 427, 433.

[10] VK Bund, VergabeR 2002, S. 72.

[11] Zum geheimen Wettbewerb vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2010, Verg 50/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011, Verg 4/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2012, VII Verg 3/12; EuGH, Urteil vom 23.12.2009, C-376/08; VK Bund, Beschluss vom 21.11.2012, VK 3-126/12.

[12] Vgl. OLG München, Beschluss vom 29.10.2013, Verg 11/13.

[13] Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2010, Verg 61/09, VergabeR 2010, 1012 ff.

[14] Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 26.10.1999 – X ZR 30/98, NZBau 2000, 35.

[15] Vgl. OLG München, Beschluss vom 09.04.2015, Verg 1/15, VergabeR 2015, 574.

[16] Für Bauleistungen ergibt sich dies aus § 2 Abs. 1 VOB/A.

Grundprinzipien und Strukturen des Vergaberechts | S. 9

[17] Vgl. EuGH, Urteil vom 29.10.2009 – Rs. C-536/07, BauR 2010, 669; VergabeR 2010, 188.