

# Ausschreibung und Vergabe bei Infrastrukturprojekten

Angela Dageförde

1.	Einführung.....	431
2.	Struktur und Anwendungsbereich des deutschen Vergaberechts .....	431
2.1.	Persönlicher Anwendungsbereich .....	432
2.2.	Sachlicher Anwendungsbereich .....	436
3.	Vergabeverfahren .....	442
3.1.	Vergabeverfahrensarten .....	442
3.2.	Wahl des Vergabeverfahrens bei Infrastrukturprojekten .....	444
3.3.	Fazit.....	446

## 1. Einführung

Infrastruktureinrichtungen sind durch eine Gewährleistungsfunktion gekennzeichnet: Sie sichern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen für die soziale Entwicklung und die Entfaltung wirtschaftlicher Aktivitäten. In der Regel sind sie auf eine gleichmäßige und häufig auch flächendeckende Versorgung mit Leistungen von allgemeinem Interesse zu angemessenen Bedingungen angelegt. Im Einzelnen können zu den Infrastruktureinrichtungen neben der Energie- und Wasserversorgung der Nahverkehr, die Abfallentsorgung sowie weitere öffentliche Einrichtungen wie Sportstätten, Mehrzweckhallen, Krankenhäuser, Altenheime und Kindergärten gezählt werden.<sup>1</sup>

Die Realisierung und Verwaltung von Infrastrukturprojekten kann neben dem EU-Beihilferecht insbesondere auch dem Vergaberecht unterliegen. Das Vergaberecht umfasst die Vorschriften, die dem Staat, seinen Untergliederungen und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise vorschreiben, wenn sie Güter, Bau- oder Dienstleistungen am Markt durch einen entgeltlichen Vertrag einkaufen.<sup>2</sup> Unter anderem gibt das Vergaberecht den ihm unterworfenen Auftraggebern im Detail geregelte förmliche Vergabeverfahren vor. Schon die Wahl des anzuwendenden Vergabeverfahrens bedarf einer sorgfältigen Herangehensweise und einer Dokumentation in den Vergabeakten.

## 2. Struktur und Anwendungsbereich des deutschen Vergaberechts

Das deutsche Vergaberecht ist seit Anfang der 1990er Jahre durch folgende Zweiteilung gekennzeichnet: Wenn das Netto-Auftragsvolumen eines zu vergebenden Auftrages

---

<sup>1</sup> Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126, 130 m.w.N.

<sup>2</sup> Dörr/Heinemann, KommJur 2006, 89 unter Hinweis auf Koenig/Haratsch, NJW 2003, 2637.

einen der von der Europäischen Kommission festgelegten *Schwellenwerte* erreicht, gilt ein anderes Rechtsregime als in dem Bereich unterhalb dieser *Schwellenwerte*. Diese Schwellenwerte, die von der Kommission in regelmäßigen Abständen der Entwicklung des Dollar-Kurses angepasst werden, betragen zur Zeit 130.000 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen, 400.000 EUR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern sowie 200.000 EUR für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge und schließlich 5 Mio. EUR für Bauaufträge.<sup>3</sup> Erreicht bzw. übersteigt das geschätzte Netto-Auftragsvolumen des zu realisierenden Bauprojekts oder des zu vergebenden Liefer- oder Dienstleistungsauftrags diese Grenzwerte, ist das europarechtlich geprägte Vergaberecht anzuwenden. Dieses findet sich in §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>4</sup> (GWB), der Vergabeverordnung<sup>5</sup> (VgV) sowie in den Vergabeordnungen VOB/A<sup>6</sup> und VOL/A<sup>7</sup> – jeweils 2. Abschnitt – sowie VOF<sup>8</sup>. Die VOB/A kommt bei der Vergabe von Bauleistungen zur Anwendung, die VOL/A bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Handelt es sich bei der Dienstleistung jedoch um eine freiberufliche Leistung, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, die nicht vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, erfolgt die Vergabe des Auftrags nach den Regeln der VOF (Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen). Für den Bereich der – in dem hiesigen Kontext durchaus relevanten – Sektorenaufträge gilt statt VgV und VOB/A, VOL/A oder VOF die Sektorenverordnung<sup>9</sup> (SektV).

## 2.1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist bei Infrastrukturprojekten eröffnet, wenn der Nachfrager der Leistung öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist. Wer öffentlicher Auftraggeber ist, wird für den Bereich oberhalb der

<sup>3</sup> Diese Übersicht über die aktuellen Schwellenwerte ist hier vereinfacht dargestellt; eine detaillierte Darstellung lässt sich § 2 Vergabeverordnung (VgV) entnehmen.

<sup>4</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – 4. Teil – i.d.F. der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114, ber. 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. Dezember 2011 (BGBl. I S. 3044).

<sup>5</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) i.d.F. der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Verordnung vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1508).

<sup>6</sup> Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) Ausgabe 2012, Abschnitt 1 i.d.F. der Bekanntmachung vom 31. Juli 2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15. Oktober 2009), berichtigt am 19. Februar 2010 (BAnz. S. 940), geändert am 26. Juni 2012 (BAnz. AT 1307.2012 B3), Abschnitte 2 und 3 i.d.F. der Bekanntmachung vom 24. Oktober 2011 (BAnz. Nr.182a vom 2. Dezember 2011), berichtigt am 24. April 2012 (BAnz. AT 07.05.2012 B1).

<sup>7</sup> Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – Teil A (VOL/A) Ausgabe 2009 vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29. Dezember 2009), berichtigt am 19. Februar 2010 (BAnz. S. 755).

<sup>8</sup> Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen – VOF – Ausgabe 2009 vom 18. November 2009 (BAnz. Nr. 185a vom 8. Dezember 2009).

<sup>9</sup> Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 23. September 2009 (BGBl. I S. 3110), verkündet als Art. 1 der Verordnung zur Neuregelung der für die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung anzuwendenden Regeln vom 23. September 2009, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2570).

soeben dargestellten Schwellenwerte durch § 98 GWB bestimmt. Danach sind zunächst einmal die *klassischen* öffentlichen Auftraggeber dem Vergaberecht unterworfen, nämlich Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen (§ 98 Nr. 1 GWB). Vergeben also Bund, Länder, Landkreise, Städte und Gemeinden selbst einen Auftrag, so sind sie dabei an das Vergaberecht gebunden. Bilden Gebietskörperschaften Verbände, die sodann Aufträge erteilen, sind auch diese selbstverständlich als öffentliche Auftraggeber einzustufen (§ 98 Nr. 3 GWB).

Unter dem Einfluss des europäischen Vergaberechts liegt dem Begriff des öffentlichen Auftraggebers kein institutionelles, sondern ein funktionales Verständnis zugrunde, so dass die Rechtsform nicht entscheidend ist. Deshalb unterwirft § 98 Nr. 2 GWB auch *andere* juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen, dem Vergaberecht, wenn Stellen, die unter Nr. 1 oder Nr. 3 des § 98 GWB fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Zu dem Kreis der *funktionalen Auftraggeber* des § 98 Nr. 2 GWB gehören beispielsweise die Deutsche Bahn Netz AG<sup>10</sup>, die Deutsche Gesellschaft zum Bau und Betrieb von Endlagern für Abfallstoffe<sup>11</sup>, Kläranlagenbetriebe<sup>12</sup>, Krankenhäuser zur regionalen medizinischen Schwerpunkt- und Unfallversorgung sowie als Akademisches Lehrkrankenhaus in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH<sup>13</sup> sowie Messgesellschaften<sup>14</sup>.

Durch § 98 Nr. 4 GWB werden sodann auch die sogenannten Sektorenauftraggeber vom Begriff des öffentlichen Auftraggebers erfasst und somit den Vergaberegeln unterworfen. Die Bestimmung nennt natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummern 1 bis 3 des § 98 GWB fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können. Besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des

---

<sup>10</sup> VK Bund, Beschluss vom 11.3.2004 – VK 1-151/03.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2009 – VII-Verg 28/09 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2007 – VII-Verg 16/07.

<sup>12</sup> EuGH, Urteil vom 12.12.2002 – C-470/99 – Universale Bau AG.

<sup>13</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 17.2.2004 – 1 Verg 15/03.

<sup>14</sup> VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.2.2010 – VK-SH 27/09 und KG Berlin, 27.7.2006 – 2 Verg 5/06 sowie OLG Hamburg, 25.1.2007 – 1 Verg 5/06; dies ist eine Frage des Einzelfalls, vgl. EuGH, Urteil vom 10.5.2001 – C-223/99 und C-266/99 – Ente Fierra.

Verkehrs sind solche, die in der Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB aufgeführt sind. Zu den Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung gehört das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser sowie die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser. Zu den Tätigkeiten auf dem Gebiet der Elektrizitäts- und Gasversorgung gehört das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Strom oder der Gewinnung von Gas sowie die Versorgung dieser Netze mit Strom oder Gas. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Wärmeversorgung sind u.a. das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Wärme sowie die Versorgung dieser Netze mit Wärme. Tätigkeiten auf dem Gebiet des Verkehrs sind die Bereitstellung und der Betrieb von Flughäfen zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr durch Flughafenunternehmen, die Bereitstellung und der Betrieb von Häfen oder anderen Verkehrsendeinrichtungen zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im See- oder Binnenschiffsverkehr, das Erbringen von Verkehrsleistungen, die Bereitstellung oder das Betreiben von Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Allgemeinheit im Eisenbahn-, Straßenbahn- oder sonstigen Schienenverkehr, mit Seilbahnen sowie mit automatischen Systemen, im öffentlichen Personenverkehr i.S.d. Personenbeförderungsgesetzes auch mit Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen.

Als Grund für die Bindung der Sektorenauftraggeber an das Vergaberechtsregime führen die Erwägungsgründe 2 und 3 der sogenannten Sektorenkoordinierungsrichtlinie (RL 2004/17/EG)<sup>15</sup> zunächst die Vielzahl von Möglichkeiten an, über die einzelstaatliche Behörden verfügen, um das Verhalten der Auftraggeber zu beeinflussen, so u.a. durch die Beteiligung an deren Kapital und die Vertretung in deren Verwaltungs-, Geschäftsführungs- oder Aufsichtsorganen (Erwägungsgrund 2). Ein weiterer wichtiger Grund sei die Abschottung der entsprechenden Märkte, was darauf zurückzuführen sei, dass die Mitgliedstaaten für die Versorgung, die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen, mit denen die betreffenden Dienstleistungen erbracht werden, besondere oder ausschließliche Rechte gewähren (Erwägungsgrund 3). Entscheidend kommt es somit auf die Gewährung der ausschließlichen Rechte bzw. die Möglichkeit der Ausübung eines beherrschenden Einflusses durch öffentliche Auftraggeber an.<sup>16</sup> Der Katalog der in Nr. 4 aufgezählten Sektoren ist abschließend. Eine Ausweitung auf andere Sektoren, die ähnlich monopolistisch strukturiert sind, ist nicht möglich.<sup>17</sup>

In der Praxis sind oftmals Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB gleichzeitig öffentliche Auftraggeber nach Nr. 1 bis 3. Es kommt mithin zu Überschneidungen. Bis vor kurzem war die Unterscheidung, ob man nur als Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB

---

<sup>15</sup> Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134 vom 30.4.2004.

<sup>16</sup> Dippel, in: Hattig/Maibaum, Praxiskommentar Kartellvergaberecht, 2010, § 98 Rn 132 f.

<sup>17</sup> Dippel, a.a.O., Rn 140 unter Hinweis auf Zeiss, in: jurisPK-VergabeR, § 98 GWB Rn 143.

oder auch nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB galt, von besonderer Bedeutung. Die VOB/A und VOL/A waren in einen Abschnitt 3 und einen Abschnitt 4 eingeteilt. Der Abschnitt 4 entsprach jeweils den Vorgaben der Sektorenkoordinierungsrichtlinie und galt für alle privaten Sektorenauftraggeber. Sektorenauftraggeber, die gleichzeitig öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 WB waren, mussten je nach Art der Sektorentätigkeit entweder den Abschnitt 3 oder den Abschnitt 4 anwenden. Die Einordnung richtete sich nach § 7 und § 8 VgV. Der Abschnitt 3 ging über die Vorgaben der Sektorenkoordinierungsrichtlinie hinaus und unterstellte staatliche Sektorenauftraggeber bei bestimmten Sektorentätigkeiten einem strengeren Vergaberecht, das weitgehend demjenigen der Abschnitte 1 und 2 der VOB/A und VOL/A entsprach. Diese bisher geltende Differenzierung für private und staatliche Sektorenauftraggeber ist kürzlich entfallen. Der 3. und 4. Abschnitt der VOB/A und VOL/A wurde mit Inkrafttreten der SektVO aufgehoben. § 1 Abs. 1 SektVO regelt jetzt ausdrücklich, dass die SektVO einheitlich sowohl für Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB als auch für solche nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB gilt, wenn diese im Bereich der Sektoren beschaffen. Eine Stadtwerke GmbH, die einen Auftrag im Zusammenhang mit der Energieversorgung erteilen will, wendet nun also die SektVO an und ist somit den gleichen Vorschriften unterworfen, die auch für einen privaten Sektorenauftraggeber gelten. Von erheblicher Relevanz ist die Differenzierung zwischen den beiden genannten Auftraggebergruppen heute nur noch dann, wenn tatsächlich kein Auftrag im Zusammenhang mit einer Sektorentätigkeit vergeben wird. Denn in einem solchen Fall müssen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB das klassische Vergaberecht (VgV, VOL/A, VOB/A und VOF) beachten, während private Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB bei Nichtanwendbarkeit der SektVO Aufträge frei vergeben können.<sup>18</sup>

§ 98 Nr. 5 GWB unterwirft sodann auch die privaten Bauherren dem Vergaberecht, die Tiefbaumaßnahmen und bestimmte – im Gesetz genannte – Hochbaumaßnahmen realisieren und diese zu mehr als 50 % mit öffentlichen Mitteln finanzieren. Nr. 5 führt somit zu einer Anwendung des Vergaberechts für konkrete (öffentlich geförderte) Projekte, die in § 98 Nr. 5 GWB ausschließlich und abschließend genannt sind. Bei der Vergabe der für die Realisierung dieser Projekte erforderlichen Bauaufträge sowie der damit sachlich zusammenhängenden Dienstleistungen haben die privaten Bauherren das Vergaberecht anzuwenden, weil sie öffentliche Gelder zum Einsatz bringen. Neben bestimmten Hochbaumaßnahmen wie beispielsweise Krankenhäusern, Sporteinrichtungen, Schul-, Hochschul- und Verwaltungsgebäuden gilt Nr. 5 generell für Tiefbaumaßnahmen, unabhängig davon, ob sie der Verwirklichung von Projekten z.B. des Eisenbahn-, Wasser-, Straßen- oder Kanalisationsbaus dienen. Inhaltlich erfasst werden sämtliche Tiefbaumaßnahmen, so z.B. der allgemeine Tiefbau, das Erstellen von Fundamenten einschließlich Pfahlgründung, Brunnen- und Schachtbau sowie Grundbohrungen.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Trautner/Schwabe, Praxishandbuch Sektorenverordnung, 2011, S. 39 f.

<sup>19</sup> Dippel, a.a.O. Rn 196.

Schließlich erfasst § 98 GWB in Nr. 6 noch die sogenannten Baukonzessionäre. Bei diesen handelt es sich um natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter Nummern 1 bis 3 des § 98 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession geschlossen haben, soweit sie Drittaufträge im Rahmen der mit dem öffentlichen Auftraggeber vereinbarten Baukonzession vergeben. Bei einer Baukonzession handelt es sich um einen Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, ggfs. zuzüglich der Zahlung eines Preises, besteht (§ 99 Abs. 6 GWB). Baukonzessionen kommen nicht zuletzt bei Verkehrsinfrastrukturprojekten wie Autobahnen, Tunneln oder Brücken in Betracht. Der Auftragnehmer erhält statt eines Werklohnes das Recht zur wirtschaftlichen Verwertung der Bauleistung, beispielsweise durch Erhebung einer Mautgebühr von den Nutzern des Bauwerks. Öffentliche Baukonzessionen sind danach Verträge, die von öffentlichen Bauaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Die Baukonzession ist mithin eine Variante bei der Vergütung des Auftragnehmers. Diese besteht in einem Nutzungsrecht und nicht in einem Entgelt. Es kann ausgeübt werden durch Selbstnutzung des errichteten Bauwerks oder durch Vermietung oder Verpachtung an Dritte<sup>20</sup>.

## 2.2. Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts ist eröffnet, wenn der in dem Zusammenhang mit dem Infrastrukturprojekt in Rede stehende Auftrag ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Vergaberechts ist.

§ 99 Abs. 1 GWB definiert für den Bereich oberhalb der eingangs genannten EU-Schwellenwerte öffentliche Aufträge als *entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen*. Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miet- oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen (§ 99 Abs. 2 GWB). Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

§ 100 Abs. 2 ff. GWB normiert Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich, von denen im Hinblick auf den vorliegenden Kontext – Ausschreibung und Vergabe von Infrastrukturprojekten – kein Tatbestand von besonderer Relevanz ist. Daneben gibt es folgende weitere, derzeit nicht gesetzlich normierte *vergaberechtsfreie* Bereiche, nämlich des sog. In House-Geschäfts, der sog. Interkommunalen Zusammenarbeit sowie die Dienstleistungskonzession.

---

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 18.1.2007 – C-220/05 – Commune de Roanne.

Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH<sup>21</sup> und der Vergabesenate liegt ein vergabefreies In house-Geschäft nur vor, wenn zum einen der öffentliche Auftraggeber eine Gesellschaft mit Dienstleistungen beauftragt, die sich in seinem alleinigen Anteilsbesitz befindet und über die er eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und zum anderen die beauftragte Gesellschaft ihre Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber verrichtet, also kein nennenswertes Fremdgeschäft hat<sup>22</sup>. Eine private Beteiligung am leistungserbringenden Unternehmen – egal in welcher Höhe – widerspricht diesen Anforderungen und führt zu einem Wegfall der In house-Privilegierung.<sup>23</sup> Ein Ausschluss von dieser Privilegierung kann auch dann vorliegen, wenn eine zwar zu 100 % dem öffentlichen Auftraggeber gehörende Tochter mit dem Auftrag betraut wird, diese jedoch weitgehend frei und unabhängig von der Kontrolle durch den Auftraggeber agieren kann.

Zu dem erstgenannten Tatbestandsmerkmal des *alleinigen Anteilsbesitzes* ist anzumerken, dass dies auch bei der so genannten mehrstufigen Beauftragung vorliegt, d.h. wenn der alleinige Anteilsbesitz über eine weitere Gesellschaft, die wiederum im alleinigen Anteilsbesitz des öffentlichen Auftraggebers steht, vermittelt wird<sup>24</sup>. Dass das Tochterunternehmen dabei nicht vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar beauftragt wird, sondern den Auftrag im Wege der Vertragsübernahme erhalten mag, soll dabei keine Rolle spielen. Solange in Bezug auf das mit der Dienstleistung beauftragte Unternehmen die Voraussetzungen für ein vergabefreies Eigengeschäft erfüllt sind, ist es für die vergaberechtliche Beurteilung ohne Belang, ob sich der öffentliche Auftraggeber zur Aufgabenerfüllung eines Tochter- oder eines *Enkel*-Unternehmens bedient. Das heißt: Wenn es sich bei dem Tochterunternehmen um ein im unmittelbaren Anteilsbesitz des öffentlichen Auftraggebers stehendes Unternehmen handeln würde, lägen die Voraussetzungen eines vergabefreien In-House-Geschäfts in jedem Fall vor.

Das Tatbestandsmerkmal der *Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle* wird als erfüllt angesehen, wenn alle Geschäftsanteile vom öffentlichen Auftraggeber gehalten werden und die Auswahl der Rechtsform des künftigen Auftragnehmers (insbesondere z.B. als GmbH) dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der ihr eigenen Organisationsstruktur umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten einräumt, die sicherstellt, dass der künftige Auftragnehmer keine eigene Entscheidungsgewalt hat.

In Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal, wonach das beauftragte Tochterunternehmen nahezu ausschließlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig wird, ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. Dies hat seinen Grund darin, dass ein staatlich kontrolliertes Unternehmen, das in nicht ganz unerheblichem Umfang auch für Dritte tätig wird, in Wettbewerb zu anderen Unternehmen tritt und eine Befreiung der Auftragserteilung an ein solches Unternehmen von dem Vergaberecht eine Diskriminierung im Vergleich

---

<sup>21</sup> Vgl. dazu ausführlich Hahn, Vergaberecht als Störfaktor der kommunalen Zusammenarbeit?, S. 133 ff.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2004 – Verg 71/03, NZBau 2004, 343.

<sup>23</sup> Erps, Kommunale Kooperationshoheit und Europäisches Vergaberecht, S. 266 f.

<sup>24</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2004 – Verg 71/03, NZBau 2004, 343.

zu potentiellen Mitbewerbern bedeuten würde<sup>25</sup>. *Im wesentlichen für den Auftraggeber tätig werden* bedeutet sicherlich, dass mehr als 50 % der Aufträge des Unternehmens für diesen Auftraggeber erbracht werden. Als Anhaltspunkt für eine nähere Bemessung des (erforderlichen) Tätigkeitsvolumens können die Regelungen zu den sogenannten *konzerninternen Verträgen* der Sektorenauftraggeber dienen, die auch als so genanntes *Konzernprivileg* bezeichnet werden. Zum Hintergrund: Dienstleistungen von mit Sektorenauftraggebern verbundenen Unternehmen sind gemäß § 10 VgV von dem Anwendungsbereich des Vergaberechts befreit. Danach muss mindestens 80 % des von dem jeweiligen Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistung für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen, das Fremdgeschäft der beauftragten verbundenen Unternehmen darf also nicht mehr als 20 % betragen<sup>26</sup>. Basis für eine entsprechende Beurteilung ist die gesamte Geschäftstätigkeit des künftigen Auftragnehmers in der gegenwärtigen Geschäftssituation des laufenden Geschäftsjahres<sup>27</sup>. Die Rechtsprechung deutscher Vergabekammern und OLG-Vergabesenate, die bereits knapp 10 % Fremdgeschäft als zu hoch erachteten, um noch von einer Tätigkeit *im wesentlichen* für den Anteilsinhaber sprechen zu können, ist dementsprechend zu überdenken<sup>28</sup>. Bei der Beurteilung des Wesentlichkeitskriteriums sind auch die von einer Tochtergesellschaft erzielten Umsatzerlöse mit Dritten zu berücksichtigen und muss die Verpflichtung bestehen, dass ein konsolidierter Jahresabschluss durchgeführt wird.

Interkommunale Kooperation, das heißt die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung durch verschiedene Kommunen, findet sich in zahlreichen Infrastrukturdienstleistungen der Ver- und Entsorgung und hat vor allem in Deutschland aufgrund der globalen Wirtschafts- und Finanzkrise Konjunktur.<sup>29</sup> Angesichts der knappen Haushaltslage sind die Kommunen neben der Zusammenarbeit mit Privaten auch vermehrt auf die Zusammenarbeit mit anderen Kommunen angewiesen.<sup>30</sup> Ein öffentlicher Liefer- oder Bauauftrag setzt nach den einschlägigen EG-Vergaberichtlinien und ihrer Umsetzung in das nationale Vergaberecht einen schriftlichen entgeltlichen Vertrag über den Kauf von Waren oder die Ausführung einer bestimmten Art von Arbeiten zwischen einem Lieferanten oder Unternehmen und einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts voraus. Hierbei genügt es grundsätzlich, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person vereinbart

---

<sup>25</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.2004 – Verg 71/03, NZBau 2004, 343.

<sup>26</sup> VK Südbayern, Beschl. v. 23.10.2001 – 32-09/01; VK beim RP Halle, Beschl. v. 27.5.2002 – VA Hal 3/02.

<sup>27</sup> VK beim RP Halle, Beschl. v. 27.5.2002 – VA Hal 3/02; VK Düsseldorf, Beschl. v. 16.3.2004 – VK-3/2004-L.

<sup>28</sup> Vgl. Beschluss des OLG-Celle v. 29.10.2009, das bereits 7,5 % des Umsatzes ausreichen lässt, um eine erhebliche Tätigkeit für Dritte anzunehmen.

<sup>29</sup> Gruneberg, *Erweiterte Möglichkeiten für die kommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz*, ZfBR 2009, 754 (754).

<sup>30</sup> Teuber, *Interkommunale Kooperationen unter Berücksichtigung vergabe- und wasserrechtlicher Fragestellungen Teil 2: Interkommunale Kooperation und Kartellvergaberecht*, KommJur 2009, 8 (8).



wird. (Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Voraussetzungen des so genannten In house-Geschäfts gegeben sind.) Damit kommen auch Vereinbarungen zwischen verschiedenen öffentlichen Händen als öffentliche Aufträge in Betracht. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts ist damit grundsätzlich eröffnet. Allerdings ist die rechtswissenschaftliche Diskussion um die interkommunale Zusammenarbeit und die Anwendung des Vergaberechts längst nicht abgeschlossen und auch die Rechtsprechung ist ständigen Änderungen unterworfen. In dem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts, der im Jahr 2008 vorgelegt worden war, hatte das Bundeswirtschaftsministerium als federführendes Ressort die Ergänzung des § 99 Abs. 1 GWB (der Legaldefinition des öffentlichen Auftrags) um einen Satz 2 vorgesehen, in dem eine Negativabgrenzung vorgenommen werden sollte. Danach sollte ein öffentlicher Auftrag dann nicht vorliegen, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB Leistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind. In der Begründung nahm das BMWi im Zusammenhang mit dieser Änderung Bezug auf die dargestellten Urteile des EuGH zu den sogenannten In House-Geschäften. Das BMWi betonte in seiner Begründung, dass die vom EuGH entwickelten *Teckal-Kriterien* für Fälle einer vertikalen Kooperation öffentlicher Stellen entwickelt worden seien, aber auf Fälle einer horizontalen Kooperation nicht passen würden. Denn eines der Teckal-Kriterien lautet – wie oben dargelegt –, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrollieren können muss, und dies sei bei einer horizontalen Kooperation grundsätzlich nicht denkbar. Damit sprach das BMWi das Thema der sogenannten *Interkommunalen Zusammenarbeit* an, deren vergaberechtliche Relevanz in der deutschen Vergabe-Rechtsprechung und Literatur umstritten ist. Das BMWi führte aus, dass *hoheitliche Staatsorganisation keine Tätigkeit am Markt* sei und griff damit eine Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2007 auf, die sich mit der Kooperation mehrerer nordrhein-westfälischer Städte und Gemeinden in einem gemeinsamen Entsorgungszweckverband befasst und dabei klargestellt hatte, dass es Formen der kommunalen Zusammenarbeit gebe, die keine (vergaberechtlich relevante) Betätigung am Markt, sondern hoheitliche Staatsorganisation darstellten und deshalb nicht dem Vergaberecht unterfielen<sup>31</sup>. Weil eine generelle Freistellung staatlicher Zusammenarbeit vom Vergaberecht nach dem oben bereits dargestellten Urteil des EuGH aus dem Jahr 2005 (Kommission gegen Spanien)<sup>32</sup> nicht mehr in Betracht kam – eine entsprechende Regelung war in dem Gesetzentwurf vom März 2005 noch vorhanden gewesen –, versuchte das BMWi mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 99 Abs. 1 GWB eine Klarstellung, was *jedenfalls keine öffentlichen Aufträge* sind. Kriterien für eine Nichtanwendung des Vergaberechts sollten danach sein: Der Auftragnehmer ist selbst öffentlicher Auftraggeber, an dem Auftragnehmer ist kein privates Kapital beteiligt

---

<sup>31</sup> Verg 17/06.

<sup>32</sup> Rs. C-84/03; Kommission gegen Spanien.

(es handelt sich mithin insbesondere nicht um eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, also ein Gemeinschaftsunternehmen von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft), der Auftragnehmer bietet die zu erbringende Leistung sonst nicht auf dem Markt an oder ist im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig, was bedeute, dass jede auf dem Markt erbrachte Tätigkeit *rein nebensächlich* sein müsse. Die angedachte Neufassung des § 99 Abs. 1 GWB durch Ergänzung um den genannten Satz 2 wurde jedoch im Gesetzgebungsverfahren im letzten Moment auf Empfehlung des Wirtschaftsausschusses gestrichen. Eine genauere Begründung hierfür wurde jedoch nicht geliefert. Der Bundesrat äußerte auf Antrag des Landes Baden-Württemberg an die Bundesregierung die Bitte, die Europäische Kommission solle im EU-Vergaberecht klarstellen, dass die interkommunale Zusammenarbeit nicht dem Vergaberecht unterfällt. Eine Lösung der Frage sollte also auf EU-Ebene gesucht werden. Es mag bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben, dass den Beteiligten im laufenden Gesetzgebungsverfahren bekannt war, dass zu diesem Zeitpunkt eine Entscheidung der Großen Kammer des EuGH kurz bevor stand, die mit großen Erwartungen verbunden waren. In dem Leitsatz dieser Entscheidung<sup>33</sup> heißt es:

*Die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen ist dann vergaberechtlich nicht relevant, wenn das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage gestellt wird. Dies ist insbesondere der Fall, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber<sup>34</sup>.*

Das Urteil bestätigt die ursprüngliche Reformbestrebung der Bundesregierung, die Zusammenarbeit von Kommunen möglichst vergaberechtsfrei auszugestalten. Die Entschließung, die Thematik auf europäischer und auf nationaler Ebene einer Lösung zuzuführen, ist bereits vom Bundesrat verabschiedet<sup>35</sup>.

Allerdings bedarf eine etwaige Gesetzesänderung genauerer Untersuchung, um zukünftig ein Leerlaufen des EG-Vergaberechts im Bereich von interkommunaler Kooperation zu vermeiden<sup>36</sup>. Auch bleibt nach der Entscheidung weiterhin unklar, in welchen Fällen und Formen der interkommunalen Zusammenarbeit künftig die Vergaberechtsfreiheit anzunehmen ist, da trotz des in dem Judikat enthaltenen deutlichen Bekenntnisses klare Konturen und eine dogmatische Herleitung unklar bleiben. Zudem hat der EuGH betont, dass die Ausschreibungspflicht bei der Beauftragung einer anderen

---

<sup>33</sup> Redaktion beck-aktuell, Städte und Kommunen: EuGH stärkt interkommunale Zusammenarbeit, becklink 283494.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 9.6.2009, Rs. C-480/06, BeckRS 2009, 70634.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Portz, Der EuGH bewegt sich: Keine Ausschreibung kommunaler Kooperation nach dem Urteil Stadtreinigung Hamburg (Anmerkung zum EuGH, U. v. 09.06.2009-Rs. C-480/06-), VergR 2009, 702 (711).

<sup>36</sup> Pielow, Anm. zum EuGH, Urt. V. 9.6.2009-C-480/06, EuZW 2009, 529 (531).

öffentlichen Stelle die Regel bleiben soll<sup>37</sup>. Fest steht aber, dass mit der Entscheidung die Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit im Bereich der kommunalen Abfallwirtschaft wesentlich erweitert wurden, wobei die Entscheidung auch Auswirkungen über den Bereich des Abfallrechts hinaus haben wird<sup>38</sup>. Bestätigt wird diese Feststellung durch den am 16. Mai 2010 vom Europäischen Parlament verabschiedeten *Rühle-Bericht*<sup>39</sup>, der die aktuellen Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen zusammenfasst. In dem Bericht wird die interkommunale Zusammenarbeit ebenfalls deutlich gestärkt, da der EuGH-Rechtsprechung ausdrücklich gefolgt wird. Hiermit wird die Notwendigkeit solcher Kooperation zur Erfüllung wichtiger Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge unterstrichen. Auch nach dem *Rühle-Bericht* ist die interkommunale Zusammenarbeit als reine Organisationsentscheidung anzusehen und unterliegt als solche nicht dem Vergaberecht, soweit es sich um eine gemeinsame Erbringung einer allen Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe handelt, an der keine Private beteiligt werden, und wenn die Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentlichen Stellen verrichtet wird. Allerdings müssen auch zukünftig die verschiedenen Konstellationen der interkommunalen Zusammenarbeit im Einzelfall betrachtet werden, um möglichen Vertragsverletzungsverfahren zu entgehen.<sup>40</sup>

Ein weiterer vergaberechtsfreier Bereich ist die Vergabe einer sog. Dienstleistungskonzession. Gemäß Art. 1 Abs. 4 der RL 2004/17/EG handelt es sich dabei um einen Vertrag, der von einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Entscheidendes Merkmal einer Dienstleistungskonzession ist der Umstand, dass der Auftragnehmer das mit der Dienstleistung verbundene wirtschaftliche Risiko ganz oder überwiegend selbst trägt. Beispiele sind Kantinenbewirtschaftung<sup>41</sup>, die Bewirtschaftung eines Parkhauses/Parkplatzes<sup>42</sup>, die Tierkörperbeseitigung<sup>43</sup> und die Bewirtschaftung von Werbeflächen<sup>44</sup>.

Liegt der geschätzte Auftragswert des Bauprojekts oder des Liefer- oder Dienstleistungsauftrags unterhalb der o.g. Schwellenwerte, kommt das oben dargestellte europarechtlich geprägte Rechtsregime, bestehend aus GWB, VgV, SektVO, VOB/A und

---

<sup>37</sup> Von Donat, Stadtreinigung Hamburg – ein Sieg für die interkommunale Kooperation, KommJur 2009, 361 (365).

<sup>38</sup> Gruneberg, Erweiterte Möglichkeiten für die kommunale Zusammenarbeit nach der Entscheidung des EuGH vom 09.06.2009 – eine Zwischenbilanz, ZfBR 2009, 754 (764); Veldboer/Eckert, Zur Entscheidung für interkommunale Zusammenarbeit durch das EuGH-Urteil Hamburger Stadtreinigung, DÖV 2009, 859 (862).

<sup>39</sup> Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Bericht vom 10.5.2010 über Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI)), Berichterstatterin Heide Rühle; A7-0151/2010.

<sup>40</sup> Ausführlich hierzu: Schwind/Dageförde, in: Müll-Handbuch, H.i.D.

<sup>41</sup> VK Brandenburg, 27.5.2009 – VK 21/09.

<sup>42</sup> EuGH, 13.10.2005, Rs. C-458/03.

<sup>43</sup> OLG Brandenburg, 12.1.2010 – Verg W 7/09.

<sup>44</sup> EuGH, 13.4.2010 – Rs. C-91/08.

VOL/A – jeweils 2. Abschnitt – sowie VOF nicht zur Anwendung. Das Vergaberecht ist in diesem Bereich nach wie vor im Haushaltsrecht verankert, das sich grundsätzlich allein an die ausschreibenden Stellen richtet und keine Schutzwirkung zugunsten der Teilnehmer an Ausschreibungen entfaltet. Es gelten die Regeln der VOB/A und VOL/A – jeweils 1. Abschnitt –. Die öffentlichen Stellen, die mit öffentlichen Geldern umgehen, werden in aller Regel durch Verwaltungsvorschriften zur Anwendung der Regeln dieser Vergabeordnungen verpflichtet.

### 3. Vergabeverfahren

Ist der persönliche und sachliche Anwendungsbereich eröffnet, stellt sich für jeden Auftraggeber die Frage nach dem *richtigen* Vergabeverfahren.

#### 3.1. Vergabeverfahrensarten

Gemäß § 101 Abs. 1 GWB erfolgt die Vergabe von öffentlichen Aufträgen mit Auftragsvolumina oberhalb der Schwellenwerte entweder im Wege des offenen Verfahrens, nichtoffenen Verfahrens, Verhandlungsverfahrens oder des sogenannten *Wettbewerblichen Dialogs*.

Das offene Verfahren ist grundsätzlich anzuwenden, es sei denn, etwas anderes ist ausdrücklich gestattet (§ 101 Abs. 7 GWB). Generell lässt sich sagen, dass vom offenen Verfahren zu Gunsten eines weniger wettbewerblichen Verfahrens, d.h. zugunsten des nichtoffenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens oder des Wettbewerblichen Dialogs nur abgewichen – und so der Teilnehmerkreis verringert – werden darf, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen.

Offene Verfahren sind Vergabeverfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen durch öffentliche Bekanntmachung zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird (§ 101 Abs. 2 GWB). Neben der Möglichkeit der Teilnahme für eine unbeschränkte Anzahl von Bietern wird dieses Verfahren dadurch charakterisiert, dass die Angebote bis zu dem Eröffnungstermin geheim gehalten werden müssen. Der Wettbewerb entsteht dadurch, dass keiner der Bieter die Angebote seines Konkurrenten kennt und damit gezwungen ist, so knapp als irgend möglich zu kalkulieren, um den Auftrag zu erhalten. Nach der Öffnung der Angebote werden diese zunächst von der Vergabestelle auf formelle Fehler gesichtet. Sodann wird die Eignung der Bieter geprüft. Nach einer anschließenden rechnerischen Überprüfung der Angebote wird unter den verbliebenen Angeboten das wirtschaftlichste Angebot ermittelt.

Beim nichtoffenen Verfahren ergeht zunächst eine öffentliche Bekanntmachung, in der interessierte Unternehmen aufgefordert werden, ihre Teilnahme am Wettbewerb zu beantragen. Aus dem Kreis der Bewerber wählt der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen geeignete Unternehmen aus, denen er die Leistungsbeschreibung zukommen lässt und sie zur Angebotsabgabe auffordert (§ 101 Abs. 3 GWB). Der Sache nach wird also die Eignungsprüfung, die im Rahmen des offenen Verfahrens auf der zweiten Wertungsstufe stattfindet, vorgezogen. Obwohl beim Teilnahmewettbewerb zunächst vollständige Öffentlichkeit besteht und sich jeder Interessent melden kann,

ist der Wettbewerb beim nichtoffenen Verfahren letztlich doch eingeschränkt; denn den Unternehmen, die sich um die Teilnahme beworben haben, steht kein Anspruch darauf zu, an der dem Teilnahmewettbewerb dann erst nachfolgenden Ausschreibung beteiligt zu werden. Das nichtoffene Verfahren darf deshalb von öffentlichen Auftraggebern nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen angewandt werden. Diese sind in den Verdingungsordnungen im Einzelnen aufgeführt. Hauptanwendungsfall ist die Dringlichkeit und Geheimhaltung sowie der Fall, dass die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, insbesondere weil außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist.

Nachrangig in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten steht öffentlichen Auftraggebern das Verhandlungsverfahren zur Verfügung. Bei diesem wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an von ihm ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 101 Abs. 4 GWB). Die Durchführung des Verhandlungsverfahrens kommt nur unter enumerativ aufgezählten eng auszulegenden Voraussetzungen in Betracht, z.B. bei Patentschutz, besonderer Dringlichkeit oder Geheimhaltungserfordernissen. Das Verhandlungsverfahren ist nur zulässig, wenn besondere Umstände oder die Eigenart der Leistung es zwingend erfordern. Insbesondere der letztgenannte Umstand entfaltet bei Infrastrukturprojekten Relevanz.

Durch das so genannte ÖPP-Beschleunigungsgesetz<sup>45</sup> wurde 2005 ein weiteres Vergabeverfahren zur Verfügung gestellt, das sich für die Vergabe besonders komplexer Aufträge eignen soll: der so genannte Wettbewerbliche Dialog. Dieses Verfahren steht nunmehr in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten neben dem Verhandlungsverfahren. Es erlaubt dem öffentlichen Auftraggeber, mit ausgewählten Unternehmen zu verhandeln, um die beste Lösung für den Beschaffungsbedarf des Auftraggebers zu ermitteln und ihn so in die Lage zu versetzen, eine Leistungsbeschreibung zu formulieren, um Unternehmen zur Angebotsabgabe auffordern zu können.

Bei nationalen Vergabeverfahren, d.h. bei der Vergabe von Aufträgen, deren Volumina die Schwellenwerte nicht erreichen, werden die Begriffe *offenes Verfahren*, *nichtoffenes Verfahren* und *Verhandlungsverfahren* nicht verwandt, sondern man spricht von *öffentlicher Ausschreibung*, *beschränkter Ausschreibung* und *freihändiger Vergabe*. Vereinfacht kann man sagen, dass die öffentliche Ausschreibung im Wesentlichen dem offenen Verfahren entspricht und die beschränkte Ausschreibung im Wesentlichen das Pendant zum nichtoffenen Verfahren darstellt. Auch Verhandlungsverfahren und freihändige Vergabe sind durchaus vergleichbar: Im Hinblick auf die Hierarchie der Vergabeverfahrensarten gilt auch in diesem Bereich der Grundsatz, dass das übliche Verfahren die öffentliche Ausschreibung ist, eine beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe kommt ebenfalls nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht. Gleichwohl ergeben sich einige Abweichungen gegenüber den Verfahren für europaweite Ausschreibungen, die in diesem Zusammenhang keiner näheren Erläuterung bedürfen.

---

<sup>45</sup> Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften v. 1.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2676 ff.

### 3.2. Wahl des Vergabeverfahrens bei Infrastrukturprojekten

Einen wichtigen Grund dafür, auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen, stellt bei Infrastrukturprojekten die Eigenart der Leistung dar.<sup>46</sup> Eine solche Besonderheit ist gegeben, wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und nicht so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zur Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist; liegen diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall vor – dafür ist der öffentliche Auftraggeber im Streitfall darlegungs- und beweispflichtig –, so darf ein Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden (§ 3 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG, ähnlich § 3 Abs. 3 b) VOL/A-EG).

Gerade bei aufwendigen Infrastrukturprojekten wird häufig vom Investor erwartet, dass dieser eigene Ideen zur Konzeption der geplanten Infrastrukturen entwickelt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Planung, der Bau und ggfs. auch noch der Betrieb eines Infrastrukturprojekts gemeinsam ausgeschrieben werden. Der öffentliche Auftraggeber verlangt häufig, dass die Bieter eigene Nutzungskonzepte vorlegen.<sup>47</sup>

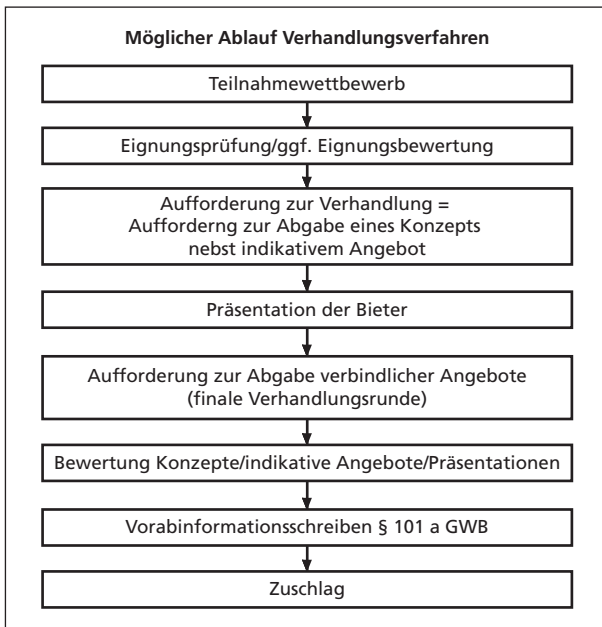


Bild 1:

Möglicher Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Das Know How der Bieter kann aber insbesondere auch in dem Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs aktiviert werden. Dieser kann insbesondere bei Public Private Partnerships, die bei Errichtung und Betrieb von Infrastrukturprojekten eine besondere

<sup>46</sup> So zu Recht auch Koenig/Kühling, NZBau 2003, 126, 131.

<sup>47</sup> Koenig/Kühling, a.a.O.

Rolle spielen, in Betracht kommen. Der Wettbewerbliche Dialog ist zulässig, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, a) die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können, oder b) die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben (§ 3 Abs. 7 Nr. 1 VOB/A-EG, § 3 Abs. 7 Satz 1 VOL/A-EG).

Beim Wettbewerblichen Dialog gehen die öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 7 Nr. 2 ff. VOB/A-EG und § 3 Abs. 7 Satz 2 lit. a) bis e) VOL/A-EG wie folgt vor: Sie beschreiben und erläutern zunächst einmal ihre Bedürfnisse und Anforderungen in der Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU oder in der Leistungsbeschreibung – dem Kernstück der Vergabeunterlagen, die den Teilnehmern am Vergabeverfahren als Grundlage für ihre Angebote dient –. In der Bekanntmachung können die Auftraggeber eine Höchstzahl von Unternehmen bestimmen, die zur Teilnahme am Dialog aufgefordert werden. Diese Höchstzahl darf nicht unter drei liegen. Mit den im Anschluss an die Bekanntmachung ausgewählten Unternehmen eröffnen die Auftraggeber einen Dialog, in dem sie ermitteln und festlegen, wie ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können. Dabei können sie mit den ausgewählten Unternehmen alle Einzelheiten des Auftrags erörtern. Sie sorgen dafür, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich behandelt werden, geben Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne dessen Zustimmung an die anderen Unternehmen weiter und verwenden diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens. Die Auftraggeber können vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der Zuschlagskriterien zu verringern. Die Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind, werden darüber informiert. Die Auftraggeber erklären den Dialog für abgeschlossen, wenn eine oder mehrere Lösungen gefunden worden sind, die ihre Bedürfnisse erfüllen oder erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann. Im Fall der ersten Alternative fordern sie die Unternehmen auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen, das alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten muss. Die Auftraggeber können verlangen, dass Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese dürfen jedoch keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken könnte. Die Auftraggeber bewerten die Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festgelegten Zuschlagskriterien und wählen das wirtschaftlichste Angebot aus. Sie dürfen das Unternehmen, dessen Angebote als das wirtschaftlichste ermittelt wurde, auffordern, bestimmte Einzelheiten des Angebotes näher zu erläutern oder im Angebot enthaltene Zusagen zu bestätigen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass wesentliche Aspekte des Angebots oder der Ausschreibung geändert werden, und dass der Wettbewerb verzerrt wird oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden.

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb kommt schließlich bei Infrastrukturprojekten noch in Betracht, wenn der Auftrag wegen der technischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten

nur von einem einzigen bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann (§ 3 Abs. 5 Nr. 3 VOB/A-EG, § 3 Abs. 4 c) VOL/A-EG). Existiert beispielsweise ein etablierter Infrastrukturanbieter, der die Infrastruktur aufgebaut hat, und geht es nun um einen Ausbau oder eine Optimierung der Infrastruktur, machen die bestehenden Eigentumsrechte eine Vergabe dieser Arbeiten im offenen Verfahren unmöglich. Auch der exklusive Zugriff auf eine bestimmte Technik kann die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertigen.<sup>48</sup>

Im Anwendungsbereich der neuen Sektorenverordnung (SektVO) hingegen haben die Auftraggeber die Freiheit, die Verfahrensart für eine Sektorenbeschaffung auszuwählen, weil die SektVO bewusst auf eine Hierarchie der Vergabeverfahrensarten verzichtet. § 6 Abs. 1 SektVO lautet: *Auftraggeber können bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren mit Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung wählen.* Dies ist eine der für die Vergabepraxis bedeutendsten Neuerungen der Sektorenverordnung. Viel flexibler agieren können jetzt insbesondere die Trinkwasserversorger und die Verkehrsunternehmen, für die der Weg zu Verhandlungen frei ist, wenn sie sich für das Verhandlungsverfahren entscheiden.<sup>49</sup> Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist im Bereich der SektVO zulässig, wenn der Auftrag aus technischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 SektVO).

### 3.3. Fazit

Im Hinblick auf Infrastrukturprojekte ist vor allem die Eigenart der Leistung, die eine vorherige abschließende Preisgestaltung unmöglich macht, relevant. Sie berechtigt öffentliche Auftraggeber dazu, vom Regelverfahren des offenen Verfahrens abzuweichen und ausnahmsweise die wesentlich flexiblere Verfahrensform des Verhandlungsverfahrens mit vorherigem öffentlichen Teilnahmewettbewerb anzuwenden. Der Komplexität von Infrastrukturprojekten kann – insbesondere dann, wenn diese im Rahmen von Public Private Partnerships realisiert werden – auch mit der modernen Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs Rechnung getragen werden, das neben dem Verhandlungsverfahren als Ausnahme vom offenen Verfahren in Betracht kommt. Schließlich kommt die Reduktion des Anbieterfeldes auf ein einzelnes Unternehmen aufgrund von Eigentums- oder anderen Ausschließlichkeitsrechten, wie z.B. einem Patent, in Betracht. In letztgenanntem Fall kann dann sogar ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen öffentlichen Teilnahmewettbewerb in Betracht kommen. Die Wahl des anzuwendenden Verfahrens ist in jedem Fall sorgfältig zu treffen und in den Vergabeakten (der Dokumentation) zu begründen; im Streitfall ist der öffentliche Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes für das gewählte Verfahren tatsächlich gegeben waren. Frei

---

<sup>48</sup> Koenig/Kühling, a.a.O., S. 132, u.a. unter Hinweis auf die Transrapid-Technik.

<sup>49</sup> So die zutreffende Einschätzung von Trautner/Schwabe, a.a.O., S. 105.



in der Wahl des Vergabeverfahrens sind jedoch Auftraggeber, wenn der Auftrag in den Anwendungsbereich der Sektorenverordnung fällt. Hier werden Auftraggeber die Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Verfahren im Vorfeld klug abzuwägen haben. Bei komplexen Infrastrukturprojekten wird aber auch in diesem Bereich in erster Linie das Verhandlungsverfahren in Betracht kommen.

