

DHI

Martin Burgi

**Auswirkungen des neuen
Vergaberechts auf das Handwerk**

Martin Burgi

**Auswirkungen des neuen Vergaberechts
auf das Handwerk**

© Copyright 2016 Ludwig-Fröhler-Institut
für Handwerkswissenschaften, München
Bereich Handwerksrecht (HRI)
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut*

ISBN 978-3-7734-0341-4

Kommissionsverlag: Gildebuchverlag GmbH
22605 Hamburg

Druck: Seidel Marketing
30966 Hemmingen

* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

**Auswirkungen des neuen Vergaberechts
auf das Handwerk**

von

Professor Dr. Martin Burgi

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht
und Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht und
Verwaltungskooperationen (FVV)
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

September 2016

Gliederung

Einführung	S. 9
A. Ziele und Struktur der Reform im Überblick	S. 10
I. GWB, Vergabeverordnungen und VOB/A-EU	S. 10
1. Das GWB-Vergaberecht seit der Vergaberechtsform 2016	S. 10
2. Vergabeverordnung (VgV)	S. 11
3. Vergabeordnungen	S. 12
II. Fortbestehende Bedeutung der neuen EU-Richtlinien und des AEU-Vertrages	S. 13
B. Die neuen Grundsätze des Vergabeverfahrens	S. 15
I. Wirtschaftlichkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB)	S. 15
II. Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB)	S. 16
C. Relevante Veränderungen beim Anwendungsbereich	S. 17
I. Einbeziehung von Konzessionen	S. 17
II. Mehr Rechtssicherheit bei den Erscheinungsformen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit	S. 19
1. Vertikale Zusammenarbeit (sog. Inhouse-Vergabe)	S. 20
2. Horizontale (v.a. interkommunale) Zusammenarbeit	S. 22
III. Gefahrenpotenzial von gemeinsamer Auftragsvergabe und zentralen Beschaffungsstellen	S. 24
IV. Gefahrenpotenzial der künftigen Schwellenwertberechnung	S. 25
D. Relevante Veränderungen bei Nachunternehmerschaft, Eignungsleihe und Bietergemeinschaft	S. 28
I. Nachunternehmerschaft und Eignungsleihe	S. 28
II. Selbstaussführungsgebot	S. 29
III. Bietergemeinschaft	S. 30

E. Qualität und Nachhaltigkeit vermittelt der Leistungsbeschreibung	S. 31
I. Überblick über die neuen Regelungen	S. 31
II. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen	S. 32
III. Inhaltliche Anforderungen	S. 34
IV. Anknüpfung an technische Anforderungen, Bescheinigungen und Gütezeichen	S. 34
1. Bezugnahme auf technische Anforderungen	S. 35
2. Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen	S. 36
3. Nachweisführung durch Gütezeichen	S. 36
V. Zulassung von Nebenangeboten	S. 36
VI. Innovationsförderung als Chance für das Handwerk	S. 37
F. Relevante Veränderungen im Vergabeverfahren	S. 38
I. Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens	S. 38
II. Präzisierung der Bestimmungen über Losvergabe und Loslimitierung (Mittelstandsförderung)	S. 39
1. Beschaffungsautonomie und Losvergabe	S. 40
2. Losvergabe als Grundsatz	S. 41
3. Ausnahmsweise statthafte Gesamtvergabe	S. 42
4. Loslimitierung	S. 43
5. Fazit	S. 43
III. Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen	S. 44
1. Nachweise für die Erfüllung der Eignungskriterien bzw. das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen	S. 44
a) Pflichten und Formen	S. 44
b) Einheitliche Europäische Eigenerklärung und Präqualifikationssysteme	S. 45
2. Nachweise für die Erfüllung der Zuschlagskriterien	S. 46
3. Nachforderung von Unterlagen	S. 46
IV. Herausforderung E-Vergabe	S. 47

G. Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Kriterien	S. 49
I. Auf der Ebene der Eignungskriterien	S. 49
1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung	S. 50
2. Leistungsfähigkeit	S. 50
3. Abschwächung des bisherigen Verbots „Kein Mehr an Eignung“	S. 51
II. Auf der Ebene der Zuschlagskriteriens:	S. 52
H. Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke als Chance bzw. Gefahr für das Handwerk	S. 54
Zusammenfassung	S. 56

Einführung: Neue Rechts(un)sicherheit(en), Chancen und Gefahrenpotenziale

Die vorliegende Untersuchung unternimmt es, das seit 18.04.2016 reformierte Vergaberecht in Deutschland aus der Perspektive des Handwerks vorzustellen. Diese Untersuchung kann selbstverständlich keine systematische Darstellung des Rechtsgebiets als solches ersetzen. Insoweit kann auf ein soeben erst erschienenenes Werk aus der Feder des *Verf.* (Vergaberecht, 2016) verwiesen werden; vielfach geschieht dies auch im Text und in den Fußnoten der nachfolgenden Untersuchung. Dieser liegt eine mit dem Ludwig-Fröhler-Institut abgestimmte Auswahl von thematischen Schwerpunkten zugrunde. Sie konzentriert sich darauf, diejenigen Neuerungen des künftigen Rechtsrahmens zu thematisieren, durch die bestehende Rechtsunsicherheiten mit Relevanz für das Handwerk entweder beseitigt oder neue Rechtsunsicherheiten geschaffen worden sind. Des Weiteren werden solche Neuregelungen behandelt, die aus der Sicht des Handwerks entweder Chancen (im Sinne einer Verbesserung der bisherigen Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Handwerksbetriebe) bieten oder aber (neue) Gefahrenpotenziale schaffen könnten.

Typischerweise sind Handwerksbetriebe bei der Erbringung von Bauleistungen beteiligt, es gibt aber auch Dienstleistungserbringer aus dem Handwerk (etwa bei den Reinigungsdienstleistungen oder den Catering-Leistungen) sowie die Erbringung von Lieferleistungen (etwa bei den Gesundheitshandwerken). Viele der Rechtsprobleme sind identisch mit denen anderer kleinerer und mittlerer Unternehmen, wobei sich die Handwerksbetriebe noch einmal durch das besondere Maß an persönlicher Fachkunde der Betriebsinhaber bzw. -leiter und eben durch die Handwerklichkeit der Leistungen von jenen unterscheiden¹.

Da es noch kaum Veröffentlichungen zum neuen Vergaberecht gibt und insbesondere auch noch keine unmittelbar einschlägigen Entscheidungen von Vergabekammern oder gar Oberlandesgerichten existieren, dokumentiert die Untersuchung nur ausgewählte Nachweise. Von besonderer Bedeutung auch für den Praktiker sind in dieser Situation die den jeweiligen Normtexten beigegebenen Begründungen. Im Aufbau folgt die hier vorgelegte Untersuchung dem zeitlichen Ablauf eines Vergabeverfahrens. Daher werden im Anschluss an die Allgemeinen Teile betreffend die Ziele und Struktur der Reform (A.) bzw. die neuen Grundsätze für das Vergabeverfahren (B.) die Themen Anwendungsbereich (C.), Veränderungen bei den Strukturen der potenziellen Auftragnehmerschaft (D.), Leistungsbeschreibung (E.), Verga-

¹ Vgl. nur allgemein *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 468.

beverfahren (F.), Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien (G.) sowie schließlich die Thematik der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke aus der Perspektive des Handwerks (H.) beleuchtet.

Aus Gründen der besseren Veranschaulichung wird das Regime für die Vergabe durch sog. Sektorenauftraggeber (nach näherer Maßgabe der SektVO) in der seit 18.04.2016 ebenfalls reformierten Fassung² nicht näher erörtert; auf das künftig geltende Recht für die Vergabe von sog. Konzessionen wird im Abschnitt C. I. eingegangen. Durchgehend keine Beachtung findet das Vergaberecht unterhalb der in § 106 GWB niedergelegten Schwellenwerte. Zwar ist dieser Bereich in quantitativer Hinsicht weiterhin von überaus großer Bedeutung für die Handwerksbetriebe, die Rechtsänderungen aus April 2016 haben ihn aber unverändert gelassen. Mittlerweile sind auch insoweit Reformbestrebungen in Gang gekommen, die aber voraussichtlich erst im Frühjahr 2017 in neue Regelwerke münden, die dann ggf. gesondert vorzustellen wären. Bis auf weiteres gelten weiterhin die Grundsätze des sog. Haushaltsvergaberechts, insbesondere die jeweils ersten Abschnitte der VOB/A³ und der VOL/A⁴.

A. Ziele und Struktur der Reform im Überblick

I. GWB, Vergabeverordnungen und VOB/A-EU

1. Das GWB-Vergaberecht seit der Vergaberechtsreform 2016

Die seit 1998 grundlegendsten Änderungen wurden in den Jahren 2015/2016 zur Umsetzung der EU-Vergaberechtsreform (Richtlinie 2014/24/EU für Aufträge sowie Richtlinie 2014/23/EU für Konzessionen und Richtlinie 2014/25/EU für den Sektorenbereich) erforderlich. Fußend auf breit angelegten, u.a. durch eine Expertenkommission begleiteten Arbeiten und einem am 07.01.2015 veröffentlichten „Eckpunktepapier“ des Bundeskabinetts hat das Bundeswirtschaftsministerium am 30.04.2015 einen Referentenentwurf vorgelegt, dem am 08.07.2015 (BR-Drs. 367/15 bzw. BT-Drs. 18/6281) der Gesetzentwurf der Bundesregierung folgte. Danach findet sich das GWB-Vergaberecht künftig in den §§ 97-184 GWB, ist also in weit größerem Umfang als bisher auf der parlamentsgesetzlichen Ebene verankert. Dieser Gesetzentwurf wurde nach den Beratungen im Bundesrat (BR-Drs. 596/15) und im Bundestag (BT-Drs. 18/7086), die zu bemerkenswert wenigen Än-

² BGBl. 2016 I, S. 624; zur Einleitung vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 23 Rn. 2 ff.

³ Allerdings im Zuge der Vergaberechtsreform geringfügig modifiziert nun auf dem Stande der Bekanntmachung vom 07.01.2016 (BAnz AT 19.01.2016 B3).

⁴ Zur Einführung mit zahlreichen weiteren Nachweisen vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 25.

derungen geführt haben, am 17.12.2015 vom Bundestag verabschiedet (BGBl. 2016 I S. 203). Am 18.04.2016 ist das neue GWB-Vergaberecht fristgerecht in Kraft getreten. Es ist gemäß § 186 Abs. 2 GWB anwendbar auf „Vergabeverfahren, die nach dem 18.04.2016 begonnen haben“⁵.

Der deutsche Gesetzgeber⁶ verfolgt die gleichen Ziele wie die EU (vgl. A. II.). Zusätzlich wird angestrebt, dass das Vergabeverfahren möglichst einheitlich sein soll, weswegen das sog. Kaskadensystem zwar nicht als solches, wohl aber in der Breite reduziert wird. Dies geschieht dadurch, dass die Regelungsinhalte der bisherigen VOL/A-EG und der VOF künftig im GWB bzw. in der VgV (vgl. sogleich) enthalten sein werden. Für den Baubereich besteht die VOB/A, Zweiter Abschnitt (künftig: VOB/A-EU) und damit die Kaskade zwar fort, auch insoweit sind aber zahlreiche Regelungsinhalte in das Gesetz hochgezogen worden. Damit wird letztlich ein mittlerer Weg zwischen der bisherigen weitgehend passiven Rezeption der von privaten Ausschüssen erarbeiteten Ordnungen und dem vollständigen Verzicht auf deren Regelwerke beschritten. Sowohl dem GWB als auch dem VgV-Regierungsentwurf sind bemerkenswert ausdrückliche Begründungen zu jeder einzelnen Vorschrift beigelegt (BT-Drs. 18/7086 bzw. BT-Drs. 18/7318 und 18/7417 Nr. 2), die bei der sog. historischen und systematischen Auslegung wertvolle Anhaltspunkte bieten können.

2. Vergabeverordnung (VgV)

Die getreu den Anforderungen des Art. 80 GG auf § 113 GWB (früher: § 127) beruhende VgV hat in den Jahren ab 1999 mehrere Änderungen erfahren. Sie galt lange Zeit in der Fassung vom 11.02.2003⁷ und hat im Frühjahr 2010 nach langer Durststrecke das Reformpaket 2009/2010 komplettiert⁸. Bis 2016 bestand ihre Funktion v.a. darin, das „Scharnier“ zu den seinerzeit geltenden drei Vergabeordnungen zu bilden. Dies geschah (wodurch die drei Vergabeordnungen Rechtsgültigkeit im Verordnungswege erlangten) durch jeweils eine Verweisungsnorm. Seit der Fassung der VgV als Teil der „Verordnung der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModVO)“, einer Mantel-Verordnung mit VgV, SektVO,

⁵ Hierzu *Brandmeier* in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar Band I: GWB, 2016, § 186 i.E.

⁶ Erste Gesamt-Einschätzungen zum neuen Recht bei *Leinemann/Maibaum* (Hrsg.), Die VOB 2016, BGB-Bauvertragsrecht und neues Vergaberecht, 2016, bzw. zum GWB-neu bei *Krönke*, NVwZ 2016, 568, und in dem von *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* hrsg. Kommentar, GWB, 4. Aufl. 2016. Eine instruktive Synopse bietet *Schaller*, ZfBR 2016, 231. Stellv. für die Vielzahl der Stellungnahmen von Verbänden seien die Stellungnahme Nr. 26/2015 des Deutschen Anwaltsvereins (Ausschuss Vergaberecht) und des DIHK (v. 08.04.2015; NZBau-aktuell 2015, Heft 5) genannt. Weitere Stellungnahmen sind unter www.forum-vergabe.de zu finden.

⁷ BGBl. 2003 I, S. 169.

⁸ Zu diesem Stand *Just/Sailer*, NVwZ 2010, 937.

KonzVgV und Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)⁹ finden sich dort überdies die bisherigen Regelungsinhalte der VOL/A-EG und der VOF. Bemerkenswerterweise hatte der Bundestag in § 113 GWB einen in Art. 80 GG nicht vorgesehenen Zustimmungsvorbehalt verankert; die Zustimmung erfolgte ohne Änderungen gegenüber dem Entwurf der Regierung mit BT-Drs. 18/7693. Mit Beschluss vom 18.03.2016 hat der Bundesrat seine Zustimmung gemäß Art. 80 Abs. 2 GG erklärt, verbunden mit einer „Entschliebung“ (BR-Drs. 87/16), die u.a. die teilweise Uneinheitlichkeit zwischen VgV und VOB/A-EU betraf, aber ebenfalls keine inhaltlichen Änderung bewirkt hat. Auch die VgV konnte mithin am 18.4.2016 in Kraft treten.

Inhaltlich regelt die VgV 2016 in 82 Paragraphen sämtliche Verfahrens- und Nachweisthemen, die bisher in der VOL/A-EG und in der VOF enthalten waren, dies natürlich mit inhaltlichen Weiterentwicklungen aus Anlass des EU-Rechts und mit zahlreichen Konkretisierungen und Präzisierungen. Sie werden jeweils im 2. Kapitel verarbeitet. Teilweise gilt die VgV auch für die Vergabe von Bauaufträgen (vgl. § 2 S. 1 VgV). Erstmals findet sich damit alles „Wesentliche“ zu Anwendungsbereich, Verfahren und Kriterien eines Beschaffungsvorgangs in Gesetz und Verordnung. Für den Praktiker dürfte die VgV 2016 zum vielleicht wichtigsten Arbeitsinstrument werden.

3. Vergabeordnungen

In diesen Regelwerken befanden sich in Konkretisierung der GWB-Vorgaben jahrzehntelang die detaillierten Aussagen zum Verfahren und zu den Kriterien der öffentlichen Auftragsvergabe. Während die VOB/A die Vergabe von Bauleistungen betrifft, zielt die VOL/A auf Dienstleistungen und Lieferungen und bildete die VOF (als wiederum deutscher Sonderweg) den Rahmen für die Beschaffung freiberuflicher Leistungen (beispielsweise von Architekten, Unternehmensberatern oder Rechtsanwälten). Alle drei Regelwerke trugen seit 2009 die Bezeichnung „Vergabe- (und Vertrags)ordnung“. Die VOB/A und die VOL/A werden jeweils durch einen Teil B. ergänzt, welcher Mustervertragsbestimmungen der öffentlichen Hand enthält, die vielfach auch von Privaten per Verweisung (beispielsweise in Bauhandwerkerverträgen) zugrunde gelegt werden. Die VOB verfügt zusätzlich über einen Teil C., welcher die für den Bauvertrag einschlägigen technischen Normen aufführt.

- Am 07.01.2016 wurde als Beitrag zur Umsetzung der VRL die **VOB/A-EU** neu bekanntgemacht (BAnz AT 19.01.2016 B3). Sie enthält sowohl Wiederholungen von Vorschriften des GWB als auch gleichlautende Vorschriften mit denen der VgV und natürlich eigenständige Regelun-

⁹ BGBl. 2016 I, S. 624.

gen aus dem Blickwinkel des Bausektors, auch diese freilich innerhalb des durch das GWB gezogenen Rahmens. Dies soll den Anwendern des Baubereichs, die nur manchmal mit EU-Vergaben befasst sind und überwiegend mit dem Abschnitt 1 der VOB, d.h. unterhalb der Schwellenwerte tätig sind, den Zugriff erleichtern. Auch die relevanten Inhalte der VOB/A-EU werden jeweils im 2. Kapitel dieses Buches verarbeitet. In § 2 der VgV 2016 wird sie in gewohnter Weise per Verweisung in das staatliche Recht inkorporiert. Daneben bleiben die Abschnitte 1 (für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte) und 3 (VOB/A-VS seit 2012 für Bauvergaben im Verteidigungssektor) relevant. Auch sie haben im Zuge der Reform 2016 kleinere Änderungen erfahren.

- Die **VOL/A** datierte zuletzt vom 20.11.2009¹⁰. Mit der Übernahme der Regelungsgegenstände in das GWB bzw. die VgV ist die VOL/A-EG seit Frühjahr 2016 nicht mehr relevant. Seither hat die VOL/A in Gestalt ihres bisherigen Ersten Abschnitts „nur“ noch für die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte Bedeutung.
- Die **VOF** datierte vom 18.11.2009¹¹. Diese Neufassung enthielt kaum inhaltliche Änderungen, sondern bewirkte eine Anpassung von Struktur und Chronologie des Verfahrensablaufs an die neu gestalteten beiden anderen Verdingungsordnungen. Überdies sind bislang in VgV und VOF doppelt enthaltene Regelungen entfallen. Die VOF galt gemäß § 1 Abs. 2 überhaupt nur oberhalb der Schwellenwerte und bestand daher nicht aus zwei verschiedenen Abschnitten. Allerdings bereitete die Abgrenzung ihres Anwendungsbereichs von dem der VOL/A nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Mit Wirkung ab dem 18.04.2016 gilt auch für die Vergabe von Aufträgen über „freiberufliche Dienstleistungen“ die VgV; in deren Abschnitt 5 („Planungswettbewerbe“) und 6 („Besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“) werden verschiedene Spezifika dieser Bereiche geregelt.

II. Fortbestehende Bedeutung der neuen EU-Richtlinien und des AEU-Vertrages

Aufgrund der pünktlichen Umsetzung der europäischen Richtlinien des Jahres 2014 ist für die Rechtsanwender in Deutschland künftig jeweils zunächst das nationale Recht maßgeblich. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH sind die Behörden und Gerichte in den Mitgliedstaaten aber zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet. Dies

¹⁰ Bekannt gemacht im Bundesanzeiger Nr. 196a vom 29.12.2009; vgl. als Überblick zu den dort vorgenommenen Änderungen *Amelung*, NZBau 2010, 727.

¹¹ Veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 185a vom 08.12.2009.

gilt zunächst für die Richtlinien (sog. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung). Diese verpflichten dann zu einer unionskonformen Auslegung, wenn die jeweils einschlägige Norm des nationalen Rechts Auslegungsspielräume eröffnet. Angesichts der weiterhin zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe im Vergaberecht, wird dies durchaus häufig der Fall sein.

Maßgeblich sind nunmehr die folgenden Richtlinien:

- Richtlinie **2014/24/EU** über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der VKR¹²;
- Richtlinie **2014/25/EU** über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der bisherigen Sektorenrichtlinie¹³;
- Richtlinie **2014/23/EU** über die Konzessionsvergabe¹⁴, die erstmals eine geschlossene Kodifikation für diesen Bereich des Beschaffungswesens bewirkt.

Die **Zielsetzungen** der RiLi 2014/24/EU sind (in gewohnter Weise) in einem Katalog der Erwägungsgründe zusammengestellt, der 138 Ziffern (!) umfasst. Sie bilden eine wichtige Quelle bei der historischen Auslegung einzelner Richtlinienbestimmungen. Danach geht es vor allem um:

- Einfache und flexiblere Vergabeverfahren (Verfahrenseffizienz);
- mehr Rechtssicherheit, insbesondere durch (teilweise angebliche) Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung;
- die stärkere Nutzung als strategisches Instrument zur Verwirklichung ökologischer und sozialer Zielsetzungen;
- die Verbesserung des Zugangs von kleinen und mittelständischen Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen und schließlich
- die Verbesserung der sog. Governance, d.h. der Mechanismen zur Durchsetzung der rechtlichen Vorgaben im Zusammenwirken zwischen EU und Mitgliedstaaten.

Ob diese Zielsetzungen jeweils erreicht wurden, muss sich bei der Erörterung der jeweils einzelnen inhaltlichen Aspekte zeigen¹⁵. Die EU-Vergaberechtsreform des Jahres 2014 hat im Ergebnis **keine Revolution** bewirkt (und sollte dies auch nicht). Wohl aber löst sie einen quantitativ wie qualitativ großen Reformbedarf an zahlreichen einzelnen Parametern und Rege-

¹² ABl. EU 2014 L 94 S. 65.

¹³ ABl. EU 2014 L 94 S 243, vgl. zur Einführung *Prieß/Stein*, NZBau 2014, 323.

¹⁴ ABl. EU 2014 L 94 S. 1; vgl. hierzu *Knauff*, NZBau 2014, 395; näher C. I.

¹⁵ Bündig zum Katalog der Ziel gleichsam aus erster Hand (da von zwei hochrangigen Kommissionsbeamten verfasst): *Wiedner/Spiegel*, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), FS Marx, 2013, 819 ff.

lungen aus¹⁶. Unberührt von der Reform sind die Richtlinien betreffend die Rechtsmittel und im Verteidigungssektor geblieben.

Das aus den Grundfreiheiten des AEU-Vertrages bestehende sog. EU-Primärvergaberecht bildet dort einen weiterhin relevanten Rechtsrahmen, wo die Richtlinien neue Ausnahmetatbestände konstituiert haben. Ist in solchen Situationen ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ gegeben, sind den Auftraggebern trotz des Eingreifens eines Ausnahmetatbestandes im neuen Richtlinien- bzw. im nationalen Umsetzungsrecht Verpflichtungen zur Transparenz, zur Diskriminierungsfreiheit, zur Verhältnismäßigkeit und zur Öffnung einer Nachprüfungsmöglichkeit auferlegt. Dies braucht im Hinblick auf das Handwerk nicht vertieft zu werden, da insoweit keiner der neuen Ausnahmetatbestände (namentlich nicht die besonders intensiv diskutierten Ausnahmen für die Versorgung mit Trinkwasser bzw. im Rettungsdienstwesen)¹⁷ einschlägig ist.

B. Die neuen Grundsätze des Vergabeverfahrens

Gemäß § 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB sind öffentliche Aufträge (und künftig auch Konzessionen) weiterhin „im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren“ zu vergeben, ferner sind hierbei alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln. Die Rechtsprechung hat aus diesen drei Grundsätzen, insbesondere aus dem Wettbewerbsgrundsatz, verschiedene konkrete Pflichten abgeleitet¹⁸, wobei die Vergabegrundsätze bei der Auslegung der einzelnen konkreten Vergabebestimmungen entweder auf der Tatbestandsseite (bei unbestimmten Rechtsbegriffen) bzw. auf der Rechtsfolgenseite als Direktiven zu berücksichtigen sind. Von diesen bieterschützenden Direktiven profitieren weiterhin auch die Handwerksbetriebe. Neu hinzugekommen sind in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB die „Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit“, denen daher nähere Aufmerksamkeit zu schenken ist.

I. Wirtschaftlichkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB)

Als allgemeiner Grundsatz ist die Vorgabe, den jeweils verfolgten öffentlichen Zweck mit möglichst wenig Haushaltsmitteln zu verwirklichen, auf das Verhalten der Vergabestellen bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens

¹⁶ Zur ersten Orientierung über den Umsetzungsbedarf: *Burgi*, ZHR 178 (2014), 2; *Gröning*, VergabeR 2014, 339; *Jaeger*, NZBau 2014, 259; sowie die einzelnen Abschnitten der Richtlinie 2014/24/EU gewidmeten Beiträge in Pünder/Prieß (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II: Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung*, 2015.

¹⁷ Näher dazu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, 261 (262 ff.).

¹⁸ Näher hierzu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 14 ff.

i.e.S. gerichtet. In der Sache geht es bei diesem Grundsatz um die Verpflichtung zum Einsatz einer höchst voraussetzungsvollen Methode, nicht etwa um die optimale Verwirklichung eines materiellen Belangs¹⁹. Bei der Entfaltung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes durch die damit künftig erstmals befasste Rechtsprechung ist an die bereits im Hinblick auf die bestehenden Vergabegrundsätze angemahnte methodische Zurückhaltung zu erinnern (vgl. 1.). Dabei wird es darauf ankommen, die ausschließlich der Vergabestelle obliegende Definition des jeweils verfolgten öffentlichen Zwecks (z.B. bei der Wahl einer bestimmten Verfahrensart) zu respektieren, und sodann bei der nach Ermessen stattfindenden Auswahl (im Beispiel) einer von mehreren Verfahrensarten auf eine effiziente Verwendung der hierfür erforderlichen Ressourcen an Personal und finanziellen Mitteln zu achten, dies wiederum innerhalb des Rahmens der die Wahl der Verfahrensart konkret regelnden Vorschrift des § 119 GWB.

Der neue Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bietet für das Handwerk die Chance, dass mehr Auftraggeber nicht mehr ausschließlich die Kosten des jeweils beschafften Gegenstandes, sondern die Kosten des gesamten Vergabeverfahrens in den Blick nehmen. Dies zielt auf einen kritischeren Umgang mit bürokratischen Formalien, wovon Auftraggeber wie Bieter gleichermaßen profitieren würden. Bislang ist freilich nicht absehbar, ob die in erster Linie hierzu berufene Rechtsprechung der Vergabekammern und Oberlandesgerichte nähere Konkretisierungen beisteuern wird.

II. Verhältnismäßigkeit (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB)

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bindet die einzelne Vergabestelle bei der Gestaltung der Leistungsbeschreibung, der Eignungs- und Zuschlagskriterien inklusive der hierzu von den Bietern beizubringenden Nachweise und schließlich bei den Ausführungsbedingungen. So kann sich beispielsweise die Anforderung eines Fachkundenachweises (etwa eines Meisterbriefes) ohne Bezug zu der zu erbringenden Leistung (etwa: Lieferung von PC's) als „ungeeignet“ erweisen. Die Anforderung übermäßiger Nachweise über die finanzielle Leistungsfähigkeit kann dem Erforderlichkeitsgebot widersprechen und in seiner Ausprägung als Grenze der Zumutbarkeit (synonym: Angemessenheit) kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sich beim Umgang mit sog. fakultativen Ausschlussgründen (aufgrund früheren Fehlverhaltens der Bieter; vgl. § 124 GWB) auswirken.

¹⁹ Eingehend hierzu *Burgi* und *Schmidt-Jortzig*, in: Butzer (Hrsg.), *Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht*, 2004, 53 ff. bzw. 17 ff.; *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, 135 ff.

Aus der Sicht des Handwerks verbinden sich mit der Anwendung dieses neuen Grundsatzes (der ebenfalls noch der näheren Konkretisierung durch die Rechtsprechungspraxis harret) Chancen wie Gefahren: So wünschenswert es einerseits auch aus der Sicht von Handwerksunternehmen ist, von übermäßigen Nachweispflichten verschont zu bleiben, so rasch kann ein zu großzügiger Umgang des Auftraggebers insbesondere mit Fachkundenachweisen (künftig: Befähigungsnachweisen) auch zulasten der typischerweise besonders fachkundigen (bzw. befähigten) Bieter aus dem Handwerk führen. Eine konkrete Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich im Hinblick auf den Umgang mit Nachweisen bereits in der neuen VgV; hierauf ist zu F. III. zurückzukommen.

C. Relevante Veränderungen beim Anwendungsbereich

I. Einbeziehung von Konzessionen

Das EU-Richtlinienpaket 2014 beinhaltet neben einer umfassenden Überarbeitung der schon bisher bestehenden Vergaberichtlinien auch eine neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU). Hierdurch wird ein Bereich, für den bisher auf Unionsebene nur Regelungsansätze bestanden, erstmalig kodifiziert²⁰. Während Baukonzessionen nach Art. 56 ff. der VKR schon länger immerhin vom europäischen Sekundärrecht erfasst worden sind, war die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen trotz ihrer erheblichen praktischen Bedeutung seit 2004 gem. Art. 17 VKR sogar explizit von deren Anwendungsbereich ausgenommen²¹. Allerdings waren bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen immerhin die vom EuGH aus dem AEUV abgeleiteten Maßstäbe des Primärrechts zu beachten (vgl. A. II.).

Der Unterschied zwischen einer Konzession und einem Auftrag besteht darin, dass es sich beim öffentlichen Auftrag um einen vertraglich geregelten „Einkauf“ von Leistungen handelt, dem ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem (privaten) Auftragnehmer zugrunde liegt. Die Gegenleistung gegenüber dem Konzessionär besteht hingegen in der (exklusiven) Einräumung eines (Nutzungs-)Rechts zur wirtschaftlichen Verwertung der eigenen Leistung über einen bestimmten Zeitraum. Nicht der öffentliche Auftraggeber, sondern die Nutzer der Leistung, also

²⁰ Zu entsprechender Forderung u.a. *Burgi*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, Band I, 2008, S. 87 f.; *ders.*, BauR 2010, 1362 (1365 ff.); a.A. bis zuletzt noch *Prieß/Marx/Hölzl*, NVwZ 2011, 65. In Deutschland hatte sich der Bundesrat mehrfach ausdrücklich gegen eine Konzessionsvergaberichtlinie ausgesprochen und am 02.03.2012 sogar eine Subsidiaritätsklage nach Art. 12 lit. b EUV erhoben (siehe BR-Drs. 874/11); vgl. zum Ganzen *Opitz*, NVwZ 2014, 753 (753 f.).

²¹ Dies beruhte auf der Sorge der Mitgliedstaaten um den Fortbestand der betroffenen Bereiche von besonderem politischen Stellenwert; näher dazu *Ullrich*, ZVgR 2000, 85 (93).

Dritte, entrichten hierbei Entgelte an den Konzessionsnehmer, der somit das Risiko trägt seine Leistung refinanziert zu bekommen (vgl. § 105 GWB).

Konzessionen finden sich im Baubereich insbesondere bei Investorenprojekten, im Dienstleistungsbereich sind Konzessionen in den verschiedensten Feldern und auf allen Ebenen anzutreffen. Allerdings ist hier der Schwellenwert mit 5.225.000 Euro gemäß § 105 Abs. 2 GWB außerordentlich hoch. Derzeit und auch künftig dürfte das größte Potenzial im kommunalen Bereich liegen, insbesondere bei den Aufgaben der Abfallentsorgung und Wasser-/Abwasserwirtschaft und bei der sog. Stadtmöblierung (Infotafeln, Buswartehäuschen etc.). Betroffen sein können auch der Betrieb kommunaler Einrichtungen wie etwa Schulkantinen oder öffentliche Parkhäuser und der Kulturbereich i.w.S. Soweit sich mit Dienstleistungen dieser Art auch Handwerksbetriebe befassen, können sie mit Inkrafttreten des neuen Vergaberechts jedenfalls auf einen deutlich gesicherteren Normenbestand vertrauen als bislang.

Ziel des Unionsgesetzgebers ist es nun, einen besseren Zugang zu den nationalen Märkten für Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten zu schaffen, die Rechtssicherheit bei der Konzessionsvergabe zu verbessern und den unterlegenen Bewerbern und Bieter analog zur Auftragsvergabe Rechtsschutz zu gewähren²².

Die Regelungen zur Konzessionsvergabe finden sich nunmehr im GWB (im Abschnitt 3, Unterabschnitt 2) und sodann in der KonzVgV²³, während die VOB/A-EU insoweit nicht einschlägig ist. Für Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen gelten §§ 153 GWB, 21 KonzVgV. Die für die Konzessionsvergabe anwendbaren GWB-Vorschriften (sowie die ihnen vorausliegenden Normen der Konzessionsrichtlinie) orientieren sich inhaltlich im Wesentlichen an den Regelwerken zur Vergabe öffentlicher Aufträge, sind jedoch weniger streng ausgestaltet, d.h. die Spielräume des Konzessionsgebers sind größer als diejenigen des Auftraggebers bei der klassischen Auftragsvergabe²⁴. Dies gilt insbesondere für die Zuschlagskriterien sowie mit Blick auf den fehlenden Numerus clausus der Verfahrensarten. Die geringere Regelungstiefe hat ihren Grund darin, dass das Wesen der Konzession, wirtschaftliche Risiken auf den Konzessionsnehmer zu übertragen und die damit häufig verbundene rechtliche Komplexität, für einen großen Gestaltungsspielraum bei der Festlegung und Durchführung des Konzessions-

²² Vgl. Erw. 1 der Richtlinie 2014/23/EU; *Siegel*, VergabeR 2015, 265 (266); *Stein*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, S. 101 (103) m.w.N.

²³ Diese verdrängen als speziellere Regelungen selbstverständlich die Vorschriften des VwVfG, was *Müller*, NVwZ 2016, 266, verkennt.

²⁴ Zu den Einzelheiten des Rechtsregimes bei der Vergabe von Konzessionen vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 24 Rn. 12 ff.

vergabeverfahrens sprechen²⁵. Gleichwohl ist nunmehr insbesondere im Rechtsschutz, aber auch in einigen anderen Bereichen ein Gleichklang zwischen Auftragsvergabe- und Konzessionsvergaberegime zu beobachten.

Nach § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 GWB ergibt sich der jeweilige Schwellenwert aus Art. 8 der Richtlinie 2014/23/EU. Wird der Schwellenwert überschritten, so sind die GWB-Vorschriften zur Konzessionsvergabe einzuhalten. Bei Konzessionsvergaben unterhalb des Schwellenwerts greifen weiterhin die Maßstäbe des Vergabeprimärrechts ein²⁶. Dem recht hohen Schwellenwert (über 5 Mio. Euro) darf mithin nicht die Wertung entnommen werden, eine Binnenmarktrelevanz sei unterhalb dieses Wertes nicht gegeben. Je niedriger allerdings die Auftragssumme ist, desto schwieriger ist die Feststellung eines grenzüberschreitenden Bezugs. Insoweit verbleibt es daher bedauerlicherweise bei der bestehenden Rechtsunsicherheit und ist weiterhin zu befürchten, dass Kommunen die Entscheidung zwischen einer Verwaltungshilfe (durch Auftrag) und einer Konzessionierung weniger aus aufgabenbezogenen Gründen, sondern zwecks Vermeidung des vergaberechtlichen Rechtsschutzsystems treffen. Nach Art. 9 der Richtlinie 2014/23/EU überprüft die Kommission alle zwei Jahre den in Art. 8 genannten Schwellenwert auf seine Übereinstimmung mit dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen der WTO für Baukonzessionen und legt ihn gegebenenfalls neu fest²⁷.

Der **Rechtsschutz** bei der Konzessionsvergabe deckt sich nunmehr mit demjenigen bei der Auftragsvergabe (§§ 155 ff. GWB). Damit verbindet sich auch das Eingreifen der Informations- und Wartepflicht nach §§ 134, 135 GWB. Dies stellt eine grundlegende und für die Praxis äußerst wichtige Änderung gegenüber der alten Rechtslage dar, wonach Rechtsschutz nicht vor den Vergabekammern, sondern vor den ordentlichen (bzw. den Verwaltungs-) Gerichten gesucht werden musste²⁹.

II. Mehr Rechtssicherheit bei den Erscheinungsformen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit

Der seit jeher praktisch weitaus bedeutendste, bislang aber ungeschriebene,

²⁵ Vgl. Erw. 2 der Richtlinie 2014/23/EU; näher *Burgi*, BauR 2010, 1362 (1367 ff.).

²⁶ Dies wird aller Voraussicht nach für einen Großteil der Dienstleistungskonzessionen der Fall sein, vgl. *Portz*, Bayerischer Gemeindetag 2016, 75 (76 f.).

²⁷ Näher *Braun*, in: Soudry/Hettich (Hrsg.), Das neue Vergaberecht, 2014, 155 (170).

²⁸ Der Verwaltungsrechtsweg war nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO dann eröffnet, wenn der Konzessionsvertrag öffentlich-rechtlichen Charakter hatte, vgl. BGH, NZBau 2012, 248 m. Anm. *Braun*, NZBau 2012, 251.

²⁹ Der EuGH hatte in der Teleaustria-Entscheidung (EuGH – C-324/98 –, NZBau 2001, 148, Rn. 62) klargestellt, dass unterlegene Bieter zumindest die Möglichkeit haben müssen, die Konzessionsentscheidung überprüfen lassen zu können. Nicht vorgegeben wurde jedoch die konkrete Ausgestaltung dieser Nachprüfungsmöglichkeit; vgl. *Knauff/Badenhausen*, NZBau 2014, 395 (401).

infolge der EuGH-Rechtsprechung anerkannte Ausnahmetatbestand³⁰ betreffend die sog. öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit wurde in § 108 GWB erstmals kodifiziert. Inhalt und Umfang dieses Ausnahmetatbestands (der genau genommen aus einer Vielzahl mehrerer Ausnahmetatbestände besteht) sind für die Handwerksbetriebe von erheblicher Bedeutung, da insbesondere auf der kommunalen Ebene durch gemeindliche Tochterunternehmen bzw. im Wege der sog. interkommunalen Zusammenarbeit Dienstleistungen erbracht werden, die auch von Handwerksunternehmen erbracht werden könnten. Wenn daher das neue Recht eine Ausdehnung jener Ausnahmetatbestände bewirken würde, bedeutete dies gleichzeitig eine Verringerung des für Interessenten aus dem Handwerk zur Verfügung stehenden Auftragspotenzials.

Allerdings kann bereits vorweg festgestellt werden, dass die Reform die Ausnahmetatbestände inhaltlich weitgehend unverändert gelassen, sie jedoch in einer neuen systematischen Reihenfolge kodifiziert hat. Dabei wurden ferner verschiedene bislang bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt. In Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung wird weiterhin unterschieden zwischen der sog. vertikalen Zusammenarbeit (typischerweise zwischen einer Gemeinde und ihrem eigenen Tochterunternehmen; vgl. § 108 Abs. 1 - 5 und 7 GWB) und der sog. horizontalen Zusammenarbeit, typischerweise zwischen Nachbargemeinden (vgl. § 108 Abs. 4 mit Abs. 7 GWB). Die europarechtliche Grundlage bildet in beiden Konstellationen Art. 12 der VRL.

1. Vertikale Zusammenarbeit (sog. Inhouse-Vergabe)

Der klassische Fall, in dem ein öffentlicher Auftraggeber eine von ihm kontrollierte juristische Person beauftragt, ist künftig in § 108 Abs. 1 GWB geregelt. Hierbei müssen weiterhin zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Der öffentliche Auftraggeber muss über die betreffende Person „eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausüben (Abs. 1 Nr. 1). Die Ausübung einer solchen Kontrolle wird gemäß Abs. 2 vermutet, „wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person“ ausüben kann. Sodann müssen „mehr als 80 % der Tätigkeiten“ jener juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, „mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder vor einer anderen juristischen Person, die von dieser kontrolliert wird, betraut wurde“ (Abs. 1 Nr. 2; sog. Wesentlichkeitskriterium).

³⁰ Zur Entstehungsgeschichte und den Hintergründen vgl. *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 11 Rn. 4 ff. m.w.N., zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen aktuell *Portz*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* (Hrsg.), GWB, 4. Aufl. 2016, § 108 Rn. 1 ff.

An der Erfüllung des **Kontrollkriteriums** bestehen naturgemäß eher Zweifel, wenn eine größere Zahl von öffentlichen Auftraggebern gemeinsam ein öffentliches Unternehmen beherrscht und sich der Steuerungsanteil des einzelnen öffentlichen Auftraggebers lediglich im Halten seines Unternehmensanteiles (in einem jüngeren Fall des OLG Düsseldorf im Umfang von nur 0,94 %) erschöpft³¹. Der Gesetzgeber regelt diese Konstellationen nunmehr in § 108 Abs. 4 GWB, anknüpfend an die schon bislang vergleichsweise großzügige Rechtsprechung des EuGH. Dieser hatte bereits in der Rechtssache *Teckal* die Beteiligung von 45 Einrichtungen an dem Auftragnehmer und einen Anteil der im Mittelpunkt des Rechtsstreits stehenden einzelnen Gemeinde von nur 0,9 % für das Kontrollkriterium genügen lassen³².

In § 108 Abs. 3 GWB werden grundsätzlich auch Vergaben in der umgekehrten Richtung, d.h. von einer kontrollierten juristischen Person an den eigenen Träger oder an eine wiederum von diesem kontrollierte andere juristische Person (an ein Schwesterunternehmen innerhalb des gleichen Konzerns oder auch in Enkel- bzw. Großkelstrukturen; vgl. Abs. 2 S. 2) erfasst. Angesichts der bundesweit über Jahrzehnte entstandenen verschachtelten Strukturen innerhalb des „Konzerns Stadt“ besitzt dies große Bedeutung.

Grundsätzlich weiterhin ausgeschlossen ist die Annahme des Kontrollkriteriums bei einer Beteiligung Privater in der beauftragten juristischen Person, also bei der Zusammenarbeit mit einem sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Eine noch so kleine Minderheitsbeteiligung schließt nach zutreffender Rechtsprechung des EuGH das Kontrollkriterium aus, zumal die hier beteiligten Privaten gegenüber anderen Konkurrenten allein schon durch die frühere (eigentlich vergaberechtsfreie) Aufnahme in das gemischtwirtschaftliche Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil erlangt hatten³³.

Insoweit sieht nun das neue Recht eine (freilich bescheidene) Lockerung vor, indem nach § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB das Kontrollkriterium im Falle einer privaten Kapitalbeteiligung dann nicht bereits ausgeschlossen ist, wenn es sich entweder um eine „indirekte private Kapitalbeteiligung“ handelt oder zwar um eine direkte private Kapitalbeteiligung, die jedoch durch gesetzliche Bestimmungen zwingend vorgeschrieben ist, wie namentlich im Falle der sog. Wasser- und Bodenverbände nach nordrhein-westfälischem Recht. Hier sind Private zwangsweise Mitglieder einer juristischen Person (dem Wasser- und Bodenverband), der später durch einzelne Gemeinden (die ihrerseits Mitglieder des Verbandes sind) zur Durchführung bestimmter

³¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 327.

³² OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 327 Rn. 61.

³³ Seit EuGH – C-26/03 –, Slg. 2009, I_1, Rn. 49 (Stadt Halle).

Wasserunterhaltungstätigkeiten herangezogen ist³⁴. Die (äußerst zurückhaltend zu handhabenden) Fälle der ersten Konstellation (nicht direkte private Beteiligung) könnten namentlich die Stille Gesellschaft (§ 230 ff. HGB) sowie Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften (mit der Konsequenz, dass die Mitarbeiter dann keine „inhouse-schädlichen“ Privaten wären) erfassen³⁵. Entscheidend bei der Bestimmung der Reichweite jener neuen Lockerungsmöglichkeiten ist, dass die privaten Beteiligten jedenfalls keinen Vorteil gegenüber anderen Wettbewerbsteilnehmern erhalten dürfen. Dies betont auch Erw. 32 der VRL.

Hinsichtlich des **Wesentlichkeitskriteriums** findet sich in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB (mit näherer Konkretisierung in Abs. 7) eine deutlich sichtbare Veränderung gegenüber der bisherigen Rechtslage. Sie besteht darin, dass das bisher nicht zahlenmäßig fixierte Kriterium nun explizit auf „80 %“ festgelegt wird. Während seit dem Beschluss des OLG Hamburg vom 14.12.2010³⁶ feststand, dass Umsätze, die die juristische Person bei Privatkunden erzielt (beispielsweise ein städtische Stromunternehmen gegenüber den Privathaushalten in der Stadt), bei der Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums nicht zugerechnet werden können, hat die Formulierung in § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB insoweit erneute Rechtsunsicherheit geschaffen; dort heißt es, dass ein „unschädliches“ Fremdgeschäft auch dann möglich sei, wenn es in der „Ausführung von Aufgaben ... (besteht), mit denen die juristische Person von dem öffentlichen Auftraggeber betraut wurde“.

2. Horizontale (v.a. interkommunale) Zusammenarbeit

Mit einer gewissen Erleichterung kann die Praxis auch die Neuregelung in § 108 Abs. 6 GWB für die bislang lediglich durch mehrere EuGH-Entscheidungen anerkannten Umstände bei horizontalen Kooperationen³⁷ aufnehmen. Bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist der eins-zu-eins umgesetzte Art. 12 der VRL sowie der darauf bezogene Erw. 33 heranzuziehen. Die auffälligste Veränderung besteht darin, dass erstmals auch für diese Ausnahmekategorie das Wesentlichkeitskriterium auf 80 % fixiert wird. Ausschließlich relevant sind demnach die folgenden drei Voraussetzungen:

- Nr. 1: Der Vertrag muss eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründen oder erfüllen, um sicherzustellen,

³⁴ Hierzu *Greb*, VergabeR 2015, 289 (292).

³⁵ Näher *Ziekow*, NZBau 2015, 258 (261).

³⁶ VergabeR 2011, 614 m. Anm. *Steinert/Kohler*; vgl. ferner *Schröder*, NVwZ 2011, 776. Detailliert zur Zurechenbarkeit von Drittumsätzen *Tomerius*, VergabeR 2015, 373.

³⁷ Die Entwicklung der Rechtsprechung ist geschildert und belegt bei *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 11 Rn. 34 ff.

„dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden“;

- Nr. 2: Die Durchführung der Zusammenarbeit darf ausschließlich „durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt“ werden und
- Nr. 3: Die öffentlichen Auftraggeber dürfen auf dem Markt weniger als 20 % der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.

Durch diese Formulierungen werden m.E. mehrere der bislang bestehenden Unsicherheiten beseitigt:

- Auf den Charakter der jeweiligen Aufgabe als Hoheitsaufgabe oder als Aufgabe mit erwerbswirtschaftlich-fiskalischem Charakter kommt es nicht an; diese im deutschen Staatsrecht sowieso seit Jahrzehnten überwundene Unterscheidung³⁸ hat endgültig auch im Vergaberecht keine Relevanz mehr, wie in Erw. 33 der VRL ausdrücklich festgestellt wird. Namentlich die Reinigung des eigenen Dienstgebäudes ist selbstverständlich eine Aufgabe im öffentlichen Interesse. Auch wenn sie nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar den Bürgern zugute kommt, so ist sie gleichermaßen unentbehrlich und mittelbar aus dem Gemeinwohl legitimiert. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Kommune diese Aufgabe nicht auch an Private übertragen dürfte. Entscheidet sie sich aber zur Kooperation mit einem anderen kommunalen Träger, müssen hierfür ebenso wie beispielsweise bei der Aufgabe der Hausmüllentsorgung die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB eingreifen können³⁹.
- Ob die Zusammenarbeit sich in einer gemeinsamen Institution (Zweckverband, gemeinsames Kommunalunternehmen in Anstaltsform oder GmbH) niederschlägt oder, gleichsam schuldrechtlich, in Form von öffentlich-rechtlichen Zweckvereinbarungen (Mandatierungen oder Delegationen) erfolgt, ist ebenfalls gleichgültig und
- das in der neueren Rechtsprechung des EuGH formulierte weitere Erfordernis, dass kein privater Dienstleister durch die Zusammenarbeit einen Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern erlangen dürfe, ist ausweislich des Erw. 33 (Abs. 2 VRL) auch künftig zu fordern⁴⁰.

³⁸ Vgl. statt vieler *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 73 Rn. 32 f.

³⁹ Anders zuletzt OLG Düsseldorf, VergabeR 2013, 31; KG, NZBau 2014, 62; wie im Text *Krämer*, VergabeNavigator 2015, 5 (8); *Stuber*, BayBürgermeister 2014, 399, 402.

⁴⁰ In der Sache überzeugt dies nicht, weil die Einschaltung privater Nachunternehmer durch den mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragten Vertragspartner ihrerseits ein vergaberechtpflichtiger Vorgang ist, weswegen auf dieser Stufe ohne weiteres Wettbewerb eröffnet wird.

Obleich in den kommenden Monaten bzw. Jahren über weitere, durch die Neufassung noch nicht geklärte Rechtsfragen vor Gericht gestritten werden dürfte⁴¹, ist durch die Neuregelung doch deutlich mehr Rechtssicherheit geschaffen worden als sie bislang bestanden hatte. Die im Hinblick auf das Handwerk relevanteste Aussage besteht darin, dass die Ausnahmetatbestände inhaltlich nicht erweitert worden sind, über Inhalt und Umfang aber künftig weniger gestritten werden dürfte als bislang.

III. Gefahrenpotenzial von gemeinsamer Auftragsvergabe und zentralen Beschaffungsstellen

In Deutschland ist die Auftraggeberlandschaft als Spiegelbild der föderalen und kommunalen Strukturen stark zersplittert. Die öffentlichen Auftraggeber gehen daher vermehrt dazu über, ihre Nachfrage zu bündeln. Dies geschieht in der Hoffnung einer Verbesserung des Know-hows bei der Durchführung der immer komplizierter werdenden Vergabeverfahren und mit der Erwartung, Preisvorteile zu erzielen. Der Gesetzgeber unterstützt dies seit der GWB-Novelle 2016 erstmals durch spezielle Vorschriften⁴².

Ein erstes Instrument der Nachfragebündelung sind punktuell, d.h. einzelvertraglich begründete Kooperationen (**sog. gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe**), bei denen ein Auftraggeber (z.B. eine Gemeinde) zugleich für sich selbst und für mehrere ihn im Innenverhältnis beauftragende andere Auftraggeber beschafft, entweder im Namen oder Auftrag aller anderen oder nur in seinem Namen (vgl. § 4 Abs. 1 u. 2 VgV; § 2 Abs. 4 VOB/A-EU).

Ein weiteres Instrument ist die Einschaltung einer **zentralen Beschaffungsstelle** als einer dritten Person, die unabhängig von den Fachabteilungen agiert, für deren Bedarf sie beschaffen soll. Dabei kann es sich um eine bloße Zuständigkeitskonzentration innerhalb ein- und desselben Rechtsträgers bzw. ein- und derselben Behörde handeln (Beispiele: Einkauf des Bedarfs für alle Polizeidienststellen durch eine Stelle bei dem für die Polizei zuständigen Innenministerium; zentrale Beschaffung auf der Ebene des Bundes durch das Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern)⁴³ oder aber es entsteht ein neuer Rechtsträger in Gestalt eines Zweckverbands oder einer privatrechtlichen GmbH⁴⁴. Das GWB stellt die Einrichtung zentraler Beschaffungsstellen und das Zusammenarbeiten mit ihnen in § 120 Abs. 4 auf eine geordnete Grundlage (vgl. ferner § 4 Abs. 3 VgV für die Bundesverwaltung).

⁴¹ Erste potenzielle Fragestellungen skizziert *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 11 Rn. 41.

⁴² Zu ihnen im ersten Zugriff *Baudis*, VergabeR 2016, 425.

⁴³ Nähere Informationen unter www.Beschaffungsamt.de.

⁴⁴ Die Auftragebereignschaft ergibt sich dann aus § 99 Nr. 3 GWB (OLG München, NZBau 2014, 456).

Von Seiten des Vergaberechts ist die Nachfragebündelung damit endgültig legitimiert⁴⁵. Selbstverständlich ist überdies auf die Einhaltung der jeweiligen organisationsrechtlichen Maßstäbe (z.B. nach dem jeweiligen Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit)⁴⁶ zu achten, ferner können im Einzelfall u.U. die Grenzen des Kartellrechts überschritten sein⁴⁷.

Tendenziell verbindet sich mit der künftig erleichterten Nachfragebündelung ein mittelstands- und damit u.U. auch handwerksfeindlicher Effekt. Dieser wird allerdings durch die sich aus § 97 Abs. 4 GWB ergebende Pflicht zur grundsätzlich erforderlichen Aufteilung der zu vergebenden Aufträge in Fach- und Teillose abgemildert. Im Rahmen der hierauf bezogenen Ausführungen (unten F. II. 3.) wird überdies erörtert werden, ob jene Pflicht nicht im Anschluss an eine zuvor erfolgte Entscheidung zugunsten einer Nachfragebündelung nochmals verschärft wird. Eine weitere Gefahr besteht darin, dass die spezifischen Anforderungen, die das jeweilige Fachrecht und die jeweils zu erfüllenden Aufgaben an den Beschaffungsgegenstand stellen, in dem Maße ins Hintertreffen geraten, in dem die zentrale Beschaffungsstelle von den jeweils hierfür zuständigen Fachabteilungen abgekoppelt ist.

Allerdings verbindet sich mit den künftig möglichen Strukturen der gemeinsamen Auftragsvergabe bzw. der Schaffung zentraler Beschaffungsstellen aus der Sicht des Handwerks auch die Chance, es mit Vergabestellen zu tun zu haben, die das gesamte Verfahren schneller, effektiver und im Ergebnis rechtssicherer durchführen werden, als dies vielfach bei kleineren, nur vergleichsweise seltener mit dem Vergaberecht befassten Stellen der Fall ist.

IV. Gefahrenpotenzial der künftigen Schwellenwertberechnung

Bekanntlich hängt die Anwendbarkeit der die europäischen Vergaberichtlinien umsetzenden Bestimmungen des GWB, der VgV und der VOB/A-EU von der Überschreitung bestimmter Schwellenwerte ab. Insoweit hat die Reform weder in Bezug auf die Höhe der Schwellenwerte noch in Bezug auf die Regeln bei deren Berechnung relevante Veränderungen bewirkt.

Was die **Höhe** der Schwellenwerte betrifft, so nimmt künftig § 106 Abs. 1 Nr. 1 GWB auf Art. 4 der VRL „in der jeweils geltenden Fassung“ Bezug. Gegenwärtig betragen die wichtigsten Schwellenwerte 5.186.000 Euro bei öffentlichen Bauaufträgen, 134.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Leis-

⁴⁵ Einen irgendwie gearteten „Grundsatz der dezentralen Beschaffung“ gibt es jedenfalls auch im deutschen Vergaberecht nicht (zutreffend *Dreher*, NZBau 2005, 433).

⁴⁶ Zu den diesbezüglichen Vorgaben vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 19.

⁴⁷ Vgl. hierzu BGH, NVwZ 2003, 1012 (Feuerlöschgeräte) = ZIP 2003, 1813 m. Anm. *Lotze; Kämper/Heßhaus*, NZBau 2003, 303 (307 ff.); *Säcker/Mohr*, WRP 2011, 793; grundsätzlich zur Bedeutung des Kartellrechts für die Beschaffungstätigkeit *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 14 f.

tungsaufträgen, die von zentralen Regulierungsbehörden i.S.d. Anhang I der Richtlinie vergeben werden und 207.000 Euro bei allen anderen öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB überdies geregelt, dass die sich von Europarechts wegen lediglich für „zentrale Regulierungsbehörden“ (namentlich Ministerien) ergebenden Schwellenwerte in Deutschland auch für alle anderen Oberen Bundesbehörden sowie vergleichbare Einrichtungen (darunter u.a. die Bundesnetzagentur oder die Bundesagentur für Arbeit) gelten. Erfolgt auf der europäischen Ebene eine Veränderung der Schwellenwerte, gelten die neuen Werte unmittelbar und werden durch das zuständige Bundeswirtschaftsministerium im Bundesanzeiger lediglich noch bekannt gegeben. Auf europäischer Ebene erfolgt die Veränderung der Schwellenwerte im Wege des Erlasses eines sog. delegierten Rechtsaktes i.S.d. Art. 290 AEUV.

Die **Berechnung** der Auftragswerte kann im Einzelnen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Dabei kann (wie schon bisher) eine fehlerhafte Auftragswertberechnung ebenso wie ein etwaiger Umgehungsversuch von den unterlegenen Bietern im Nachprüfungsverfahren gerügt werden. Nähere Anhaltspunkte liefert die auch für den Baubereich geltende Vorschrift des § 3 VgV, die in weiten Teilen dem bisherigen § 3 VgV a.F. entspricht.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet die etwaige Notwendigkeit einer sog. funktionalen Betrachtungsweise. So hatte der EuGH in seinem Urteil vom 15.03.2012 (Rs. „Aulhalle Niedernhausen“)⁴⁸ festgestellt, dass es sich entgegen der Vorgehensweise der Gemeinde als Bauherrin und Auftraggeberin (die die durchgehend in Planungsleistungen bestehenden Tätigkeiten ein und desselben Architekten entsprechend den einzelnen Abschnitten der Sanierungsarbeiten unterteilt hatte) um einen einheitlichen Planungsauftrag gehandelt habe; zugrunde gelegt wurde mithin eine funktionale, auf die Planung der Halle als Ganzes abstellende Betrachtungsweise. Kennzeichnend für diesen Fall war, dass die betreffende Architektenleistung lediglich auf einen jeweils unterschiedlichen Gegenstand (nach Bauabschnitt) bezogen worden ist, unter funktionalen Gesichtspunkten aber einen einheitlichen Charakter aufwies.

M.E. hat dies bei der Vergabe unterschiedlicher Planungsleistungen an Ingenieur- und Architekturbüros oder auch an Handwerksbetriebe nicht automatisch die gleiche Konsequenz (dass die einzelnen Auftragswerte zusammenzurechnen wären und mithin keine Vergabe an kleinere, mittelständische Büros bzw. Betriebe mehr in Betracht käme). In der ursprünglichen Fassung der Vergabeverordnung (auf dem Stand des Referentenentwurfs des

⁴⁸ – C-574/10 –, VergabeR 2012, 593 m. Anm. Schabel.

Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 09.11.2015) war in § 3 Abs. 1 S. 2 VgV die Formulierung enthalten, dass der Wert der Leistungen, „die in einem funktionalen Zusammenhang stehen, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen“ seien. Demgegenüber enthält (nach erheblichem politischem Druck) die nunmehr im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Fassung der Verordnung diesen Satz in Abs. 1 des § 3 nicht mehr. Überdies wurde in § 3 Abs. 6 ein S. 2 eingefügt, wonach „die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Aufträge für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen entweder getrennt oder gemeinsam zu vergeben, ... unberührt“ bleibe. In der Entwurfsbegründung wird sowohl zu Abs. 1 als auch zu Abs. 2 u. Abs. 6 festgestellt, dass im Rahmen der nach der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache „Aulhalle Niedernhausen“ erforderlichen funktionalen Betrachtungsweise „organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen“ seien. Immer dann, wenn anhand dieser Kriterien Teilaufträge „untereinander auf solch eine Weise verbunden sind, dass sie als ein einheitlicher Auftrag anzusehen sind“, sei eine Aufteilung durch den Auftraggeber nicht gerechtfertigt.

Allerdings gibt es seit Ende 2015 ein neuerliches Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik⁴⁹, in dem es wiederum um die Frage geht, ob bei der Vergabe freiberuflicher Leistungen auch unterschiedliche Leistungen vom Auftraggeber für die Schwellenwertermittlung zu addieren sind. Anlass waren verschiedene ohne Ausschreibung beauftragte Planungsleistungen für die Objekt- und Tragwerksplanung sowie die Planung der technischen Ausrüstung zur Sanierung eines gemeindlichen Freibades im Gesamtwert von rund 450.000 Euro. Die EU-Kommission beruft sich hierbei auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Aulhalle Niedernhausen“, die Bundesrepublik ist dem unter Berufung auf die HOAI, wonach es sich um verschiedene „Leistungsbilder“ handle, die nicht zusammengerechnet werden müssten, entgegengetreten.

Nach all dem bewirkt die gegenwärtig bestehende Rechtsunsicherheit bei der Berechnung der Schwellenwerte auch ein Gefahrenpotenzial für Handwerksbetriebe. Vereinfacht kann formuliert werden, dass die „Gefahr“, dass verschiedene Teilleistungen zusammengerechnet werden müssen, und dadurch der Schwellenwert überschritten und tendenziell größere, möglicherweise industriell arbeitende Anbieter chancenreicher werden, in dem Maße wächst, in dem der EuGH die sog. funktionaler Betrachtungsweise weit interpretiert.

⁴⁹ Eingeleitet mit Schreiben vom 11.12.2015 der EU-Kommission, Nr. 2015/4228.

D. Relevante Veränderungen bei Nachunternehmerschaft, Eignungsleihe und Bietergemeinschaft

I. Nachunternehmerschaft und Eignungsleihe

Während die Bietergemeinschaft (dazu III.) eine gemeinschaftliche Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber anstrebt, verpflichtet sich ein Nachunternehmer lediglich den Bieter gegenüber, welcher weiterhin allein Vertragspartner des Auftraggebers (und mithin Auftragnehmer) wird. Das Ziel des Bieters bei der Nachunternehmerschaft ist die Erschließung von ihm selbst fehlenden Ressourcen technischer oder finanzieller Art bzw. von Know-how oder auch die Schließung von Kapazitätslücken. Daneben kann es ihm um die Verbesserung der Qualität seines Angebots und/oder um die Preise gehen. Als Nachunternehmerkandidaten kommen vielfach auch Handwerksbetriebe in Betracht, denen dieses Institut eine wertvolle Chance eröffnet, überhaupt an einen öffentlichen Auftrag zu kommen. Insofern ist die Nachunternehmerschaft ein Instrument zur Handwerksförderung qua Marktzutritt⁵⁰. Dem steht das Risiko des Auftraggebers gegenüber, einen nicht gleichermaßen geprüften und kontrollierbaren Leistungserbringer gewissermaßen untergeschoben zu bekommen. Im neuen Recht ist die Nachunternehmerschaft in § 36 VgV geregelt.

Von der in § 36 VgV geregelten Nachunternehmerschaft unterscheidet sich die sog. Eignungsleihe. Sie entsteht dadurch, dass der Auftraggeber für die „wirtschaftliche und finanzielle“ sowie die „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ (also für die Eignungskriterien; vgl. G. I.) Nachweise verlangt und der Bieter sich zum Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen stützen möchte (z.B. auf einen finanziell einstehenden Mutterkonzern oder einen Geräteverleiher). Die Eignungsleihe ist im Unterschied zur Nachunternehmerschaft⁵¹ ausschließlich im Verfahrensstadium der Eignungsprüfung relevant und sie impliziert keine veränderte Binnenstruktur. Eignungsleihgeber kann ein Nachunternehmer sein, es kommen aber auch sonstige Dritte in Betracht, namentlich aus einem Konzernverbund. Die dadurch modifizierten Anforderungen an die Eignungsprüfung sind in §§ 47 VgV, 6d VOB/A-EU geregelt.

Oberhalb der Schwellenwerte sind Nachunternehmerschaft und Eignungsleihe statthaft, wie sich mittlerweile explizit aus §§ 36, 47 VgV; 6d VOB/EU ergibt. Erforderlich ist aber, dass der Auftragnehmer einen determinierenden Einfluss behalten und auch ausüben muss. Dies hatte das OLG Düsseldorf

⁵⁰ Näher *Terwiesche*, VergabeR 2009, 26 (37).

⁵¹ Vgl. *Conrad*, VergabeR 2012, 15. Als anschauliches Beispiel aus der Praxis: OLG München, NZBau 2015, 711 (S-Bahn Nürnberg).

nach intensiver Prüfung im Jahre 2010 dem Architekten des „Berliner Stadtschlusses“ im Verhältnis zu der von diesem eingeschalteten Projektgesellschaft bescheinigt⁵². Wie die Nachunternehmerschaft als solche ist auch die sog. Mehrfachbeteiligung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. In Fällen dieser Art tritt ein- und dasselbe Unternehmen zugleich als Nachunternehmer und selbst als Bieter auf, u.U. sogar wechselseitig (sog. Überkreuzbeteiligung), soweit nicht durch die Weitergabe von Kenntnissen zwischen den verschiedenen Akteuren der Grundsatz des Geheimwettbewerbs beeinträchtigt ist⁵³.

Greifen Bieter „zum Nachweis ihrer Eignung“ auf andere Unternehmen zurück (gleichgültig ob diese Nachunternehmer oder bloß im Wege der Eignungsleihe gewonnene Unternehmen sind), verändern sich die Inhalte und vor allem der Ablauf der Prüfung der Eignung. § 47 VgV (und weitgehend parallel § 6d VOB/A-EU) normiert für den Fall der Eignungsleihe die folgenden Anforderungen:

- Der Bieter muss nachweisen, dass ihm die „erforderlichen Mittel“, d.h. die Kapazitäten des Dritten, auch tatsächlich zur Verfügung stehen (Verfügbarkeitserklärung; § 47 Abs. 1 S. 1 VgV).
- Der Bieter muss ferner die Eignung des Dritten und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB nachweisen (§ 47 Abs. 2 VgV). Andernfalls kann bzw. muss die Ersetzung des ursprünglich vorgesehenen Dritten verlangt werden.

Gemäß § 47 Abs. 3 VgV kann der Auftraggeber eine „gemeinsame Haftung“ von Bieter und Drittem verlangen. Insgesamt hat die Neuregelung verschiedene bisher bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt⁵⁴.

II. Selbstaussführungsgebot

Je nach Konstellation kann es für Handwerksbetriebe interessant sein, über eine Nachunternehmerschaft bzw. im Wege der Eignungsleihe oder auch als Mitglied einer Bietergemeinschaft (III.) überhaupt in die Erbringung eines öffentlichen Auftrags einbezogen zu werden – oder aber, umgekehrt, erhöhte Chancen zu bekommen, selbst der eigentliche Bieter zu werden, weil größere Konkurrenten bzw. industrieller organisierte Konkurrenten eine bestimmte Schlüssel-tätigkeit selbst nicht mit der gleichen Fachkunde und Leistungsfähigkeit erbringen können, weswegen der Auftraggeber sich dazu entschließt, ein sog. Selbstaussführungsgebot anzuordnen.

⁵² OLG Düsseldorf, NZBau 2010, 393 m. Anm. *Prieß/Hölzl*, NZBau 2010, 354 (358).

⁵³ Vgl. dazu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 6 Rn. 20.

⁵⁴ Vgl. zu diesem *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 9 Rn. 17 m.w.N.

Dies wurde unter Geltung des europäischen Vergaberechts lange Zeit für unstatthaft gehalten⁵⁵, bis der EuGH in seinem Urteil vom 10.10.2013⁵⁶ den Weg zu einer großzügigeren Sichtweise gebahnt hatte. Daran anknüpfend, eröffnet Art. 63 Abs. 2 der VRL die Möglichkeit für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, ein Selbstausführungsgebot bei der jeweiligen Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien vorzusehen. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon mit den §§ 47 Abs. 5 VgV u. 6d Abs. 4 der VOB/A-EU Gebrauch gemacht.

§ 47 Abs. 5 VgV lautet: *„Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag direkt vom Bieter selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.“* Hiervon könnten die betreffenden Handwerksunternehmen in erheblichem Maße profitieren.

§ 6d Abs. 4 VOB/A-EU ist wie folgt formuliert: *„Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst oder – wenn der Bieter einer Bietergemeinschaft angehört – von einem Mitglied der Bietergemeinschaft ausgeführt werden“ muss.*

Eine nähere Definition des Merkmals der „kritischen Aufgaben“ lässt sich weder der Richtlinie noch der Begründung zu den deutschen Umsetzungs Vorschriften entnehmen. In der Sache bedeutet dies die Eröffnung eines gewissen Beurteilungsspielraums zugunsten der öffentlichen Auftraggeber. Vom Sinn und Zweck der Norm her betrachtet, geht es darum, bestimmte Schlüsselgewerke nicht in eine Nachunternehmerstruktur geben zu wollen, sondern hierauf den direkten Zugriff behalten zu können. Sofern der Auftraggeber ein konkretes, nachvollziehbar begründetes Interesse dieser Art darlegen kann, dürfen Nachunternehmerschaft bzw. Eignungsleihe ausgeschlossen werden⁵⁷. Zu verlangen wird ferner sein, dass der Auftraggeber die entsprechenden Gründe in der Vergabedokumentation darlegen muss.

III. Bietergemeinschaft

Im Unterschied zur Nachunternehmerschaft strebt die Bieter- bzw. Bergergemeinschaft eine gemeinschaftliche Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber an, beruhend auf einem gesellschaftsrechtlichen Verbund. Nach Zuschlagserteilung wird die erfolgreiche Bietergemeinschaft zur sog. Arbeitsgemeinschaft (ARGE). Aus der Sicht von Handwerksbetrieben verbind-

⁵⁵ EuGH – C-176/98 –, Slg. 1999, I_8607 (Holst Italia); EuGH – C-314/01 –, NZBau 2004, 340 (Siemens) m. Anm. *Dischenhofer*, PPLRev. 2004, NA 132.

⁵⁶ In der Rs. C-94/12 (Swm Costruzioni) m. Anm. *Trautner*.

⁵⁷ Weitere Beispiele bei *Stoye/Brugger*, VergabeR 2015, 647 ff.

det sich auch hiermit die Chance zur Mitwirkung an größeren, aus eigener Kraft nicht zu stemmenden öffentlichen Aufträgen, insbesondere für Newcomer. Dem stehen als Nachteil erhöhte Transaktionskosten gegenüber.

Nach §§ 43 Abs. 2 VgV, 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A-EU sind auch nach dem neuen Recht Bietergemeinschaften ohne weiteres den einzelnen Bewerbern gleichgestellt. Daneben bestehen freilich verschiedene formelle Anforderungen; vgl. § 43 Abs. 3 VgV. Keine inhaltlichen Änderungen haben sich im Hinblick auf die Prüfung der Eignungs- und Zuschlagskriterien beim Umgang mit Bietergemeinschaften ergeben⁵⁸.

E. Qualität und Nachhaltigkeit vermittelt der Leistungsbeschreibung

Wenn es der Anspruch des Handwerks ist, fachlich höchstqualifizierte Leistungen mit gleichermaßen technischer wie wirtschaftlicher Kompetenz und Potenz zu erbringen, dann ist der Rechtsrahmen der den Auftakt eines jeden Vergabeverfahrens bildenden „Leistungsbeschreibung“ von entscheidender Bedeutung. An der Leistungsbeschreibung zeigt sich, ob es einem Auftraggeber darum geht, qualitativ möglichst gehaltvolle und nachhaltige Leistungen zu erwerben, gleichzeitig wirken sich hier etwaige Nachlässigkeiten oder Oberflächlichkeiten dahingehend aus, im Verlaufe des Verfahrens dann eben auch nur entsprechende Angebote zu bekommen.

Mit der GWB-Novelle 2016 ist die Leistungsbeschreibung erstmals auf der Ebene des Gesetzes (bislang befand sie sich nur an versteckter Stelle in den sog. Vergabeordnungen) normiert worden. Sie bildet weiterhin den Bezugspunkt für die Formulierung der Eignungs- und der Zuschlagskriterien (vgl. dazu G.) sowie für die abschließende Wertungsentscheidung.

I. Überblick über die neuen Regelungen

Mit der Leistungsbeschreibung werden Art und Zuschnitt des Auftragsgegenstandes den künftigen Bietern gegenüber kommuniziert. Eine korrekte Leistungsbeschreibung ist die Voraussetzung (aus der Sicht der Bieter) für die zuverlässige Ausarbeitung der Angebote und (aus der Sicht des Auftraggebers) für die Vergleichbarkeit der Angebote, deren zutreffende Wertung und schließlich für die reibungslose und technisch einwandfreie Ausführung der Leistung sowie deren vertragsgemäße und regelgerechte Abrechnung. § 121 Abs. 1 S. 1 GWB bringt das mit der Formulierung, wonach der Auftragsgegenstand „so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben (ist), dass die Be-

⁵⁸ Vgl. zu den Einzelheiten *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 9 Rn. 22 m.w.N.

schreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und alle Angebote miteinander verglichen werden können“ auf den Punkt. Hierbei handelt es sich auch um eine bieterschützende Vorschrift, deren Missachtung im Nachprüfungsverfahren gerügt werden kann⁵⁹. Je mehr eine kluge Vergabestelle in der Beachtung der Vergaberegeln nicht lediglich eine lästige Pflicht sieht, sondern die Auftragsvergabe als Mittel zur verbesserten Erfüllung ihrer Aufgaben begreift, desto mehr ist die Leistungsbeschreibung das zentrale Instrument, mit dem die Vergabestelle die sich aus den politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen der jeweiligen Aufgabenerfüllung ergebenden Anforderungen gleichsam vergaberechtlich „übersetzt“.

II. Leistungsbeschreibung mit Leistungs- oder zusätzlichen Funktionsanforderungen

In den §§ 121 Abs. 1 GWB, 31 Abs. 2 VgV werden ohne nähere Charakterisierung die Leistungsbeschreibung mit Leistungsanforderungen und die Leistungsbeschreibung mit Funktionsanforderungen gleichermaßen legitimiert. Die VOB/A-EU enthält insoweit eine differenziertere Regelung, indem sie in § 7b die soeben genannte erste Variante präziser als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis“ charakterisiert und die zweite Alternative in § 7c als „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“.

Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis (oder auch konventionelle bzw. konstruktive Leistungsbeschreibung genannt)⁶⁰ besteht typischerweise aus einer konkreten Darstellung der zu erbringenden Leistungen im Einzelnen und einem in Teilleistungen gegliederten Leistungsverzeichnis (Beispiele: Tägliche Reinigung der Büroräume mit einem näher bezeichneten Reinigungsgrad; Errichtung der Sanitärgewerke im ersten Obergeschoss anhand genau bezeichneter technischer Anforderungen etc.). Keine Leistungsbeschreibung wird auf diese Elemente verzichten können, weswegen die beiden Alternativen auch nicht in einem Entweder/Oder-Verhältnis zueinander stehen. Vielmehr ist die Frage, ob in Kombination mit einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis zusätzlich auch funktionale Anforderungen gestellt werden sollen, und es mithin um eine zugleich konstruktive und funktionale Leistungsbeschreibung geht. Die Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis kann nur dann vollständig auf funktionale Elemente verzichten, wenn es sich um die Beschaffung handelsüblicher, standardisierter Leistungsgegenstände (etwa Büro-PCs mit Standardsoftware; kleinere Reparaturarbeiten an einem Gebäude) handelt.

⁵⁹ Als Zusammenfassung der diesbezüglichen Fehlerquellen vgl. *Laumann/Scherf*, *VergabeR* 2013, 539.

⁶⁰ Vgl. zu den Einzelheiten *Krohn/Schneider*, in: *Gabriel/Krohn/Neun* (Hrsg.), *Handbuch des Vergaberechts (HdbVergabeR)*, 2014, § 17 Rn. 9 f.

Die Leistungsbeschreibung mit funktionalen Anforderungen eröffnet den Bietern hinsichtlich der Art und Weise der Umsetzung der ihnen (freilich wiederum konkret) vorgegebenen Zwecke, Funktionen und einzelnen Anforderungen Spielräume. Bei dieser Alternative obliegt es den Bietern sich darüber Gedanken zu machen, wie sie den gestellten Anforderungen im Interesse der Funktionserfüllung gerecht werden wollen. Funktionale Elemente in einer Leistungsbeschreibung sind ein wichtiges Instrument der Innovationsförderung, indem der staatliche Auftraggeber das im Markt typischerweise in größerem Umfang und fortgeschrittener Verdichtung vorhandene Wissen und Know-how abzuschöpfen versucht (vgl. dazu noch VI.).

Insbesondere betreffend Leistungen, über die der Auftraggeber keine vertieften Kenntnisse und Einblicke besitzt (Beispiel: Bei der logistischen Durchführung von Bauhandwerksleistungen) kommt eine Ergänzung um funktionale Elemente in Betracht. Dies bedeutet, dass die Bieter in der Leistungsbeschreibung dazu aufgefordert werden, hinsichtlich eines näher umschriebenen Ziels Konzepte vorzulegen. Während beispielsweise der konventionelle Teil der Leistungsbeschreibung zur Verlegung von Kabelkanälen in einem existierenden Gebäude verpflichtet, etablieren die funktionalen Anforderungen ergänzend die Verpflichtung, ein Konzept vorzulegen über die Aufrechterhaltung des regulären Bürobetriebs und die Durchführung etwaiger Umzüge. Die Bewertung der von den einzelnen Bietern sonach vorgelegten Konzepte eröffnet (neben dem Preis) eine zusätzliche Vergleichsgelegenheit und bildet sich in einem Zuschlagskriterium neben dem Preis ab. Die spätere Prüfung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ (vgl. noch G. II.) verspricht dadurch konkreter und treffsicher zu werden. Verzichtet der Auftraggeber auf die Aufnahme von solchermaßen beschriebenen funktionalen Elementen, ist er allein auf die Angaben der Bieter über deren Vorstellungen zur Erbringung der betreffenden Dienstleistung angewiesen.

Sowohl § 141 GWB als auch § 31 VgV formulieren keine Voraussetzungen für die Statthaftigkeit des Einbaus funktionaler Elemente in die Leistungsbeschreibung. Nichtsdestoweniger ist nach der bereits zu der insoweit unveränderten Vorgängerfassung dieser Vorschriften ergangenen Rechtsprechung davon auszugehen, dass der Auftraggeber auch hier insoweit die Vorgaben hinsichtlich Zweck, Funktion und einiger Grundanforderungen selbst festlegen muss, den Bietern also nicht völlig freie Hand gelassen werden darf⁶¹. Strenger ist insoweit die VOB/A-EU, die funktionale Elemente in der Leistungsbeschreibung (in den Worten des § 7c VOB/A-EU: Eine „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“) nur für statthaft erklärt, wenn

⁶¹ EuGH – C-423/07 –, NZBau 2010, 643 m. Anm. *Krohnsbein/Dewald*, NZBau 2011, 146 (Kommission/Spanien); OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 188 m. Anm. *Weihrauch*; OLG Düsseldorf, NZBau 2013, 788; NZBau 2014, 374.

es „nach Abwägen aller Umstände zweckmäßig ist“, und zwar „um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln“.

III. Inhaltliche Anforderungen

Nach § 31 Abs. 3 VgV bzw. (gleichlautend) aus § 7a Abs. 1 Nr. 2 VOB/A-EU ergibt sich künftig, dass *„auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette“* bezogene Merkmale in der Leistungsbeschreibung erfasst werden können bzw. müssen. Dies auch dann, wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind. Voraussetzung ist aber stets, dass sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und Beschaffung verhältnismäßig sind. Dies betrifft ökologische oder soziale Aspekte außerhalb des eigentlichen Beschaffungsgegenstandes, etwa die Anforderung, dass die beim Bau verwendeten Bauprodukte in nachhaltiger Weise wieder entsorgt werden bzw. nach ihrem Gebrauch recyclebar sein können. Hierauf ist zu H zurückzukommen.

Wie schon bisher, müssen Leistungsbeschreibungen den Erfordernissen der Eindeutigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit entsprechen. Ferner müssen Sie diskriminierungsfrei formuliert sein. Dabei ist der sog. Grundsatz der Produktneutralität (in §§ 31 Abs. 6 VgV bzw. 7 Abs. 2 VOB/A-EU) zu beachten⁶².

IV. Anknüpfung an technische Anforderungen, Bescheinigungen und Gütezeichen

Es liegt auf der Hand, dass individuell durch die jeweilige Vergabestelle formulierte Leistungs- oder Funktionsanforderungen auch ohne protektionistische Absicht immer wieder in Konflikt mit dem Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit geraten können. Daher geht schon seit langem das Bestreben der europäischen Binnenmarktidee dahin, die Entwicklung standardisierter Vorgaben und v.a. die Anknüpfung hieran zu fördern. Betraf dies ursprünglich vor allem technische Normen, so sind im Laufe der Zeit auch Normen und Gütezeichen betreffend die Umweltmerkmale bestimmter Leistungen hinzugekommen. Neben den zahlreichen Normierungen im Baubereich und bei Produkten entwickeln sich überdies auch im Dienstleistungsbereich verstärkt Normierungsansätze (beispielsweise die „DIN 77400“ für „Reini-

⁶² Näher zu den Einzelheiten *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 12 Rn. 13 ff. m.w.N.

gungsdienstleistungen – Schulgebäude“) heraus⁶³. Die Neufassungen von VgV (§§ 31 - 34) und VOB/A-EU (§ 7a) bringen gegenüber dem vorherigen Rechtszustand⁶⁴ einige terminologische und sachliche Veränderungen, vor allem aber weisen sie eine deutlich übersichtlichere Regelungsstruktur auf. Nachfolgend werden stellvertretend die einschlägigen Regelungen in der VgV referiert:

1. Bezugnahme auf technische Anforderungen

§ 31 Abs. 2 VgV regelt die Bezugnahme auf technische Anforderungen; diese werden im Anhang 1 zur VgV näher definiert, während § 32 VgV die sich daraus ergebenden Pflichten des Auftraggebers konkretisiert. In § 31 Abs. 2 S. 2 VgV wird dieser dazu verpflichtet, bei jeder Bezugnahme auf eine solche Anforderung stets den Zusatz „oder gleichwertig“ anzufügen. Ferner ermöglicht § 32 Abs. 1 VgV einem Unternehmen den Nachweis, dass sein Angebot trotz Nichtbeachtung der in der Ausschreibung zugrunde gelegten technischen Anforderungen „gleichermaßen“ entspricht. Das Regelungskonzept betreffend die Bezugnahme auf „technische Anforderungen“ sieht vor, dass diese entweder „als Mittel zur Vermutung der Konformität“ mit den vom Auftraggeber definierten Leistungs- und Funktionsanforderungen oder unmittelbar als einzuhaltende Vorgaben zugrunde gelegt werden (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VgV). Dabei wird folgende Rangfolge festgelegt (Abs. 2 S. 1 Nr. 2): Nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden, sind vorrangig gegenüber europäischen technischen Zulassungen, diese sind vorrangig gegenüber gemeinsamen technischen Spezifikationen, welche wiederum vorrangig sind gegenüber internationalen Normen und anderen technischen Bezugssystemen, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden; erst wenn Normen und Spezifikationen dieser Kategorien fehlen, kommt eine Bezugnahme auf nationale Normen, technische Zulassungen oder technische Spezifikationen in Betracht. Damit hat der Gesetzgeber Art. 42 der VRL (der, sachlich gleichbedeutend, mit „technische Spezifikationen“ überschrieben ist) umgesetzt.

Der Transparenzgrundsatz erfordert, dass die entsprechenden Normen den Bietern zugänglich sein müssen. Dem widerspricht es m.E. nicht, dass beispielsweise die DIN-Normen nur gegen Zahlung eines Entgelts (dabei diskriminierungsfrei) zugänglich sind, da jedem Bieter immer noch die Vorlage eines „gleichwertigen“ bzw. den technischen Anforderungen „gleichermaßen entsprechenden“ Angebots möglich bleibt.

⁶³ Das Bundeswirtschaftsministerium fördert die Verwendung von DIN-Normen bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und erarbeitet in Zusammenarbeit mit der Uni Osnabrück einen Leitfaden und Checklisten (nähere Informationen unter www.din.de/de/mitwirken/normenausschuesse/nadl/praxisleitfaden-97092).

⁶⁴ Vgl. zu ihm stellv. Krohn/Schneider, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), HdbVergabeR, 2014, § 17 Rn. 56 ff.

2. Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen

In Umsetzung von Art. 44 VRL regelt § 33 VgV die Vorlage von Bescheinigungen, insbesondere Testberichten oder Zertifizierungen, die von einer sog. Konformitätsbewertungsstelle ausgestellt worden sind, und zwar als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht. Konformitätsbewertungsstellen sind Stellen, die gemäß der VO (EG) Nr. 765/2008⁶⁵ akkreditiert und zur Durchführung von Konformitätsbewertungen berechtigt sind. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die sog. „CE-Kennzeichnung“, mit dem einem Produkthersteller (z.B.) bescheinigt worden ist (durch eine Konformitätsbewertungsstelle), dass sein Produkt bestimmten Anforderungen, namentlich der Produktsicherheit, entspricht. Ein vergleichbares System der Konformitätsbewertung existiert u.a. auch für Medizinprodukte.

3. Nachweisführung durch Gütezeichen

In Umsetzung von Art. 43 der VRL ermöglicht § 34 VgV erstmals im deutschen Recht ausdrücklich die Nachweisführung darüber, dass eine Liefer- oder Dienstleistung insbesondere bestimmten ökologischen bzw. sozialen Anforderungen entspricht, durch sog. Gütezeichen. Ein wichtiges Beispiel hierfür bildet das sog. Fair-Trade-Siegel. In den Abs. 2 - 5 VgV werden verschiedene Anforderungen an die Nachweisführung durch Gütezeichen gestellt. Diese Anforderungen sind an dem einschlägigen Urteil des EuGH vom 10.05.2012 in der Rechtssache „EKO und Max Havelaar“ orientiert⁶⁶. Auch hier muss der Auftraggeber andere Gütezeichen akzeptieren, die „gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen“ (§ 34 Abs. 5 VgV).

V. Zulassung von Nebenangeboten

Mehr Rechtssicherheit besteht künftig auch im Hinblick auf den Umgang mit sog. Nebenangeboten. Sie sind geregelt in § 35 VgV bzw. § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU, in Umsetzung von Art. 45 der VRL, die hierfür die Bezeichnung „Varianten“ verwendet. Der Sinn von Nebenangeboten besteht darin, sich Alternativlösungen vorschlagen zu lassen, die der Auftraggeber aufgrund seiner im Vergleich zu den Bietern geringeren Erfahrung und Sachkunde nicht selbst ausarbeiten konnte. Es handelt sich mithin um ein weiteres potenzielles Instrument der Innovationsförderung (vgl. noch VI.)⁶⁷. Nebenangebote sind auch in Zukunft allerdings nur statthaft, wenn der Auf-

⁶⁵ ABl. 2008 L 218 S. 30.

⁶⁶ EuGH – C-368/10 –, NZBau 2012, 445, und hierzu *Wegener/Hahn*, NZBau 2012, 684.

⁶⁷ Vgl. hierzu, freilich noch auf dem früheren Rechtsstand, und daher nur teilweise verwertbar, die Beiträge von *Kularitz*, in: *Prieß/Lau/Kratzberg* (Hrsg.), FS Marx, 2013, 351; *Ohlerich*, in: *Gabriel/Krohn/Neun* (Hrsg.), *HdbVergabeR*, 2014, § 26; *Koch*, *Flexibilisierungspotenziale im Vergabeverfahren*, 2013, 257 ff.

traggeber sie ausdrücklich zugelassen hat⁶⁸, und sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Anders als bisher hängt die Zulassung nach § 35 Abs. 2 S. 3 VgV (eine vergleichbare Regelung fehlt in der VOB/A-EU) allerdings nicht mehr davon ab, ob der Preis alleiniges Zuschlagskriterium ist (vgl. noch G. II.); der BGH hatte unter der vorherigen Rechtslage entschieden, dass in solchen Fällen Nebenangebote grundsätzlich nicht zugelassen und gewertet werden dürfen, sondern nur dann, wenn neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien (insbesondere „Qualität“) vorgesehen waren⁶⁹. Nach § 35 Abs. 2 VgV ist der Auftraggeber aber auch im Hinblick auf Nebenangebote zur Festlegung bestimmter „Mindestanforderungen“ verpflichtet. Gemäß § 127 Abs. 4 S. 2 GWB müssen die Zuschlagskriterien sowohl auf Haupt- als auch auf Nebenangebote anwendbar sein.

VI. Innovationsförderung als Chance für das Handwerk

Bereits seit 2009 haben im GWB auch die „innovativen Aspekte“ einen Platz (zunächst in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB a.F.), die bislang freilich nicht in dem Maße Beachtung gefunden haben wie die ökologischen oder sozialen Aspekte⁷⁰. Seit 2016 sind die Aspekte der „Innovation“ nun im gleichen Atemzug wie die sozialen und umweltbezogenen Aspekte, d.h. in § 97 Abs. 3 GWB, genannt. Sie können (müssen aber nicht) ebenso wie diese „nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“ werden. Gänzlich neu ist die in der Vorschrift über die Einführung der verschiedenen „Verfahrensarten“ geregelte „Innovationspartnerschaft“ nach § 119 Abs. 7 GWB. Diese Verfahrensart dürfte für Handwerksbetriebe keine größere Bedeutung erlangen, da sie der ganzen Konzeption nach primär auf Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zugeschnitten ist⁷¹.

Aus der Sicht des Handwerks interessantere Instrumente der Innovationsförderung sind die soeben vorgestellten Nebenangebote (V.) und die funktionale Leistungsbeschreibung (II.). Auch mithilfe des Instruments der sog. Ausführungsbedingungen nach §§ 128, 129 GWB (vgl. dazu noch H.) kann Innovationsförderung betrieben werden. Wichtige Beispiele hierfür wären etwa die Bedingung, für Produkte, die bei Reinigungsdienstleistungen eingesetzt werden (die Putzmittel), ein Entsorgungskonzept zu entwickeln oder

⁶⁸ Dabei dürfte auch die nachträgliche Zulassung möglich sein, wenn sie allen Bietern gegenüber bekannt gemacht wird (OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 503).

⁶⁹ BGH, VergabeR 2014, 149 m. Anm. *Herrmann*. Diese Entscheidung erging nach einer sog. Divergenzvorlage und beendete eine Meinungsdivergenz zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten (dazu *Dicks*, VergabeR 2012, 318).

⁷⁰ Vgl. dazu und mit zahlreichen weiteren Beispielen *Burgi*, NZBau 2011, 577.

⁷¹ Als erste Einschätzungen vgl. *Rosenkötter*, VergabeR 2016, 196; *Krönke*, in: *Burgi/Dreher* (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB, 2016, § 119 Abs. 7 Rn. 1 ff. i.E.

ein Konzept zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf zugunsten der Mitarbeiter des Reinigungsdienstleistungsunternehmens.

Entscheidet sich ein Auftraggeber dazu, im Rahmen seiner Beschaffungstätigkeit zusätzlich Innovationsförderung bewirken zu wollen, dann geht es ihm darum, die Marktteilnehmer zur Entwicklung von zumindest teilweise Neuem zu verpflichten, also über die bestehenden Anforderungen und Standards hinauszugehen. Dahinter steht der Gedanke, dass der Markt wegen der dem Staat vielfach fehlenden Sachnähe vieles besser weiß und besser wissen kann. Für die Handwerksbetriebe verbindet sich damit die Chance auf größere Spielräume bei der Erarbeitung von Angeboten und eine stärkere Berücksichtigung ihrer jeweiligen Ausgangslage. Insoweit ist zu hoffen, dass möglichst viele Auftraggeber sich die Innovationsförderung auf die Fahnen schreiben; wie sich ausdrücklich aus § 97 Abs. 3 GWB ergibt, besteht hierzu freilich keine Verpflichtung, weswegen insbesondere kleinere Auftraggeber möglicherweise weiterhin zurückhaltend agieren werden.

F. Relevante Veränderungen im Vergabeverfahren

I. Wegfall des Vorrangs des offenen Verfahrens

Das sog. offene Verfahren bildete bislang die weitaus am häufigsten praktizierte Verfahrensart in Deutschland. Es ist vergleichsweise einfach zu handhaben und birgt nicht das Risiko einer Bevorzugung einzelner Bieter während des Verfahrensablaufs. Allerdings ermöglicht es auch keine Reaktion auf nachträgliche Veränderungen bzw. erkannte Verbesserungspotenziale. Sein Ablauf ist, im Wesentlichen unverändert, künftig ausgestaltet in den §§ 115 VgV und 3b Abs. 1 VOB/A-EU. Es ist davon auszugehen, dass es jedenfalls in einfacher gelagerten Fällen auch weiterhin die weitaus am häufigsten praktizierte Verfahrensart bleiben wird. Die Handwerksbetriebe sind damit im Wesentlichen auch gut vertraut.

Entfallen ist allerdings die bislang (in § 101 Abs. 7 S. 1 GWB a.F.) vorgesehene Vorrangregelung des offenen gegenüber dem sog. nicht offenen Verfahren (vgl. § 119 Abs. 2 S. 1 GWB). Der Reform-Gesetzgeber hat damit Anschluss an das Europarecht gefunden, das ihm allerdings (im Unterschied zu früher) nunmehr die Beseitigung der alten Vorrangregelung zur Pflicht gemacht hat. Die Entscheidung für eine dieser beiden Verfahrensarten liegt damit im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers⁷². Handwerksbetriebe

⁷² Näher hierzu und zu den weiteren Veränderungen bei den einzelnen Verfahrensarten *Neun*, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch II, 2015, 52 f.; *Soudry/Hettich*, in: dies. (Hrsg.), Das neue Vergaberecht, 2014, 25 f.

werden mit der Verfahrensart des nichtoffenen Verfahrens mithin häufiger konfrontiert sein als bisher.

Freilich verbinden sich damit auch Vorteile: Das nicht offene Verfahren ist zweistufig ausgestaltet, indem es sich in einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb und eine anschließende Aufforderung zur Angebotsabgabe an eine beschränkte Anzahl von Unternehmen aus dem Bewerberkreis des Teilnahmewettbewerbs unterteilt. Es ist im Einzelnen ausgestaltet in den §§ 16 VgV, 3b Abs. 2 VOB/A-EU. Seine Bezeichnung ist insoweit irreführend, weil zwar nicht alle interessierten Unternehmen ein Angebot abgeben können, aber infolge der europaweiten Aufforderung zur Teilnahme jedenfalls alle interessierten Unternehmen auf der ersten Stufe „gleichsam ihren Hut in den Ring werfen“ können. Auf der ersten Stufe erfolgt die Auswahl der sodann überhaupt erst zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber anhand der Prüfung der Eignungskriterien und etwaigenfalls vorliegenden Ausschlussgründe ferner danach, inwieweit die Bewerber bestimmten, durch den Auftraggeber zuvor bekannt gegebenen diskriminierungsfreien und auftragsbezogenen Kriterien entsprechen. In der Sache geht es hier um ein sog. Mehr an Eignung, d.h. um die Auswahl des besonders fachkundigen bzw. leistungsfähigen Bewerbers, die im offenen Verfahren erst neuerdings und nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist (vgl. dazu G. I. 3.). Die sodann ausgewählten Unternehmen, deren Zahl durch den Auftraggeber begrenzt werden kann, aber im Baubereich nicht niedriger als fünf sein darf (vgl. § 3b Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VOB/A-EU) werden zur Abgabe eines „richtigen“ Angebots aufgefordert. Der weitere Verfahrensablauf entspricht sodann dem des offenen Verfahrens. Insbesondere findet auf dieser Stufe die Prüfung der auch erst in der Aufforderung zur Angebotsabgabe enthaltenen Zuschlagskriterien statt. Der Vorteil dieses Verfahrens besteht für die Unternehmen in einem vergleichsweise geringeren Aufwand auf der ersten Stufe, bei einer aus der Sicht der öffentlichen Auftraggeber höheren Intensität des Wettbewerbs auf der zweiten Stufe.

II. Präzisierung der Bestimmungen über Losvergabe und Loslimitierung (Mittelstandsförderung)

Obgleich der Begriff des „Mittelstandes“ außerordentlich unbestimmt ist⁷³, besteht doch kein Zweifel daran, dass die Handwerksbetriebe ganz überwiegend zu den mittelständischen Unternehmen zu zählen sind. Wegen ihrer (Lesern dieses Textes bekannten) Vorzüge hat das deutsche Vergaberecht seit jeher mittelstandsfördernde Elemente enthalten⁷⁴. Ganz im Vordergrund

⁷³ Vgl. ausführlich *Kus*, in: *Kulartz/Kus/Portz/Prieß* (Hrsg.), *GWB*, 4. Aufl. 2016, § 97 Rn. 163 ff. m.w.N. zu den vorherrschenden Begriffsbestimmungen.

⁷⁴ Zum Gesamtarsenal der Instrumente *Burgi*, *Vergaberecht*, 2016, § 14 Rn. 6 f.; *Kus*, a.a.O., § 97 *GWB* Rn. 194.

steht dabei das Instrument der sog. Losvergabe. So heißt es auch in § 97 Abs. 4 GWB n.F.:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern ...“

Diese Bestimmungen werden in § 5 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A-EU wiederholt. Mit der VRL ist das Instrument der Losvergabe erstmals auch auf EU-Ebene eingeführt worden, und zwar in Art. 46. Während dieser aber lediglich eine Art Begründungspflicht für den Fall einer Nicht-Losvergabe normiert, ist der deutsche Gesetzgeber der bereits bisher bestehenden Verpflichtung zur Losvergabe als materiellrechtlicher Grundsatz treu geblieben. Für deutsche Handwerksbetriebe bietet die doch deutlich verbesserte europarechtliche Ausgangslage allerdings die Chance, sich verstärkt auf in Lose aufgeteilte Aufträge in benachbarten Mitgliedstaaten bewerben zu können.

§ 97 Abs. 4 S. 2 u.3 GWB führt inhaltlich unverändert die zuletzt im Jahre 2009 verschärfte Regelung zur Losvergabe fort. Seinerzeit ist der Ausnahmetatbestand („wenn wirtschaftliche oder technische Gründe“ eine Gesamtvergabe „erfordern“) enger gefasst worden⁷⁵. Erst während des parlamentarischen Verfahrens Anfang 2016 haben die Fraktionen von CDU/CSU und SPD im Wirtschaftsausschuss die Gesetzesbegründung nun um die Feststellung verändert, dass eine Gesamtvergabe auch erlaubt sein könne im Falle der Ausnutzung relevanter Größenvorteile und/oder Synergieeffekte, einer offensichtlich nicht sinnvoll reduzierbaren Komplexität des Gesamtauftrags sowie einer nachweislich erhöhten Gefahr, dass der Gesamtauftrag insgesamt „nicht sachgerecht ausgeführt werden kann“⁷⁶. Dies ist künftig bei der Interpretation der Ausnahmetatbestände zu beachten.

1. Beschaffungsautonomie und Losvergabe

Vorab ist zu betonen, dass die durch § 97 Abs. 4 S. 2 u. 3 GWB statuierte Pflicht zur Losvergabe nichts daran zu ändern vermag, dass die eigentliche Beschaffungsentscheidung nach Inhalt und Umfang allein dem öffentlichen Auftraggeber obliegt, d.h. der Grundsatz der Beschaffungsautonomie wirkt sich auch beim Umgang mit den Regelungen über die Losvergabe aus. Konkret ist das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers dem Grundsatz der Losvergabe zeitlich vorgelagert⁷⁷. Dies wirkt sich in zweifacher Hinsicht

⁷⁵ Vgl. dazu Werner, VergabeR 2009, 262; Kus, NZBau 2009, 21.

⁷⁶ BT-Drs. 18/7086, S. 14.

⁷⁷ Vgl. Werner, in: Prieß/Lau/Kratzenberg (Hrsg.), FS Marx, 2013, 806 (810 ff.); Manz/Schönwälder, NZBau 2012, 465.

aus. Zunächst ist die Frage, ob überhaupt eine Aufspaltung in verschiedene Teilleistungen in Betracht kommt, davon abhängig, ob der Auftragsgegenstand dies erlaubt. In der Rechtsprechung ist wiederholt ausdrücklich betont worden, dass es keine Pflicht des Auftraggebers gibt, seine Nachfrage an bestimmten Marktteilnehmern auszurichten⁷⁸, des Weiteren müssten Lose nicht so zugeschnitten werden, dass sich jedes am Markt tätige mittelständische Unternehmen darauf auch tatsächlich bewerben kann. Hierauf wird auch ausdrücklich in der auf der Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums publizierten wissenschaftlichen Studie „Wie kann § 97 Abs. 3 GWB hinsichtlich der Pflicht zur Aufteilung eines öffentlichen Auftrags in Teillose rechtssicher in die Beschaffungspraxis überführt werden?“⁷⁹ hingewiesen. Sodann wirkt sich der Grundsatz der Beschaffungsautonomie bei der gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB durchzuführenden Prüfung aus, ob ausnahmsweise (bei grundsätzlich vorzunehmender Losvergabe) wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe erfordern können. Nicht zuletzt die Missstände bei der Realisierung des Flughafens Berlin-Brandenburg haben die Gefahren vor Augen geführt, die die Zersplitterung eines Milliardenprojekts in eine Vielzahl von Fachlosen (mit einer hohen Zahl von zwischenzeitlich insolvenzanmeldenden mittelständischen Bauunternehmen) bergen kann⁸⁰. All dies zeigt bereits, dass es durchgehend auf die Betrachtung des Einzelfalls ankommt.

2. Losvergabe als Grundsatz

§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB sieht vor, dass Leistungen grundsätzlich entweder in der Menge aufgeteilt (Teillose) und/oder getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Anders als in Art. 46 Abs. 1 VRL vorgesehen, wird den Auftraggebern mithin nicht lediglich eine Begründungspflicht auferlegt, wenn sie von einer Losvergabe absehen wollen. Vielmehr sind sie im Regelfall zur Losvergabe verpflichtet und nur dann (also ausnahmsweise) zur Gesamtvergabe berechtigt, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“ (vgl. § 97 Abs. 4 S. 3 GWB). **Teillose** können entweder mengenmäßig oder regional aufgegliedert sein, im letzteren Fall spricht man auch von Gebietslosen (Beispiel: Durchführung von Kabelverlegearbeiten im südlichen bzw. nördlichen Stadtgebiet).

Maßgeblich für den Zuschnitt von Fachlosen sind die Verhältnisse des jeweiligen Marktes. Diese Fachlose kommen daher typischerweise bei Bauleistungen im Hinblick auf die einzelnen Gewerke in Betracht (Erdaushub, Elektroarbeiten, Fassadenanstrich etc.), bei Lieferungen oder Dienstleistun-

⁷⁸ Vgl. nur OLG Schleswig, VergabeR 2013, 460.

⁷⁹ S. 23. Vgl. ferner OLG Naumburg, NZBau 2011, 127.

⁸⁰ Näher hierzu *Werner*, in: FS Marx, a.a.O., 817.

gen kann die Bildung von Fachlosen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das Bundeswirtschaftsministerium hat insoweit einen hilfreichen „Leitfaden mittelstandsgerechte Teillobildung“⁸¹ nebst dazu entwickeltem Excel-Berechnungstool entwickelt, die auf den Internetseiten des Ministeriums zu finden sind. Das Berechnungstool erleichtert die Ermittlung von jeweils branchen- und gewerksspezifisch optimalen Losgrößen⁸¹. In Ausprägung des Grundsatzes der Beschaffungsautonomie ist dem jeweiligen Auftraggeber insoweit ein Beurteilungsspielraum eröffnet⁸².

Wichtige Anwendungsfälle aus der Praxis betreffen die Aufteilung von Reinigungsdienstleistungen in Grundreinigung- und Glasreinigungsarbeiten⁸³, die Bildung von Gebietslosen bei Abschleppaufträgen⁸⁴ und die Aufteilung von Entsorgungsleistungen⁸⁵. Stets hängt hier alles von den jeweils gegebenen Verhältnissen des Einzelfalls ab⁸⁶.

3. Ausnahmsweise statthafte Gesamtvergabe

Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Losvergabe ist gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB möglich, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern“. Gründe dieser Art müssen durch den jeweiligen Auftraggeber geltend gemacht und im Abwägungszusammenhang mit dem Anliegen der Mittelstandsförderung für im Ergebnis überwiegend erachtet werden. Hierbei ist dem Auftraggeber (wiederum als Ausfluss des Grundsatzes der Beschaffungsautonomie) ein Beurteilungsspielraum eröffnet⁸⁷. Als „wirtschaftliche Gründe“ genügt freilich nicht schon die Geltendmachung des regelmäßig entstehenden höheren Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwands und auch nicht die etwaigenfalls erschwerte Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen (gegenüber mehreren späteren Auftragnehmern). Anerkennenswert können beispielsweise der mit einer Zusammenstellung unterschiedlicher IT-Komponenten verbundene erhöhte wirtschaftliche Aufwand oder die sich u.U. hierbei ergebenden Sicherheitsrisiken (dies als technischer Grund) sein. Gemäß §§ 8 Abs. 2 Nr. 11 VgV, 5 Abs. 2

⁸¹ Es wird näher vorgestellt im Beitrag der an seiner Erstellung beteiligten Autoren *Theurer u.a.*, VergabeR 2014, 301.

⁸² OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 324; OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 515 (516); OLG Karlsruhe, NZBau 2011, 567 (570) sprechen (m.E. verwaltungsrechtlich zutreffend) von „Ermessen“.

⁸³ OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 369 m. Anm. *Horn*, NZBau 2011, 601; OLG Karlsruhe, NZBau 2011, 567; OLG Düsseldorf, VergabeR 2012, 658 m. Anm. *Schröder*.

⁸⁴ OLG Düsseldorf, NZBau 2012, 515.

⁸⁵ OLG Koblenz, VergabeR 2014, 28 m. Anm. *Kaiser*.

⁸⁶ So hat das OLG Schleswig, VergabeR 2013, 466 aus „wirtschaftlichen Gründen“ die in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB vorgesehene Durchbrechung der Vermutungsregel anerkannt, weil im konkreten Fall das Sendungsaufkommen im Paketbereich (bei Postdienstleistungen) nur einen Anteil von 0,7 % des gesamten Sendungsaufkommens hatte.

⁸⁷ Zutreffend, wenngleich in terminologischer Hinsicht fälschlicherweise von „Ermessen“ sprechend auch OLG Düsseldorf NZBau 2012, 324; a.A. *Ziekow*, GewArch 2013, 421; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, 2014, 274 f.

Nr. 2 VOB/A-EU ist der Auftraggeber verpflichtet, die von ihm getroffene Abwägungsentscheidung mit Begründung im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Wie bereits erwähnt (zu C. III.) hat die Schaffung einer zentralen Beschaffungsstruktur m.E. zur Konsequenz, dass eine Ausnahme von der Pflicht zur Losvergabe nicht mehr begründbar erscheint, wenn vor einer erfolgten zentralen Beschaffung jahrelang die Zerlegung in verschiedene Teilleistungen erfolgt ist⁸⁸.

4. *Loslimitierung*

Nicht selten legen Auftraggeber im Rahmen einer losweisen Vergabe überdies fest, dass Bietern nicht die Möglichkeit offen steht, auf alle Lose ein Angebot abzugeben bzw. dass Bieter lediglich für ein einziges oder nur für eine bestimmte Anzahl von Teil- oder Fachlosen beauftragt werden können. Dies hat die Rechtsprechung bereits bislang für zulässig erachtet und dies mit der dadurch verbundenen Streuung wirtschaftlicher und technischer Risiken sowie dem Schutz auch zukünftigen Wettbewerbs gerechtfertigt⁸⁹.

Dies kann materiellrechtlich durchaus aus den soeben genannten Gründen vor dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und dem EU-primärrechtlichen Beschränkungsverbot gerechtfertigt sein, bedarf m.E. aber einer ausdrücklichen Zulassung durch den Gesetzgeber⁹⁰. Mit Inkrafttreten der Vergaberechtsreform 2016 ist diese Grundlage nun geschaffen worden, und zwar in den §§ 30 VgV, 5 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A-EU. Die Auftraggeber, die eine Loslimitierung vorsehen wollen, müssen diese demnach in der Auftragsbekanntmachung bekannt geben. Beide Bestimmungen enthalten noch weitere Vorgaben zur Herstellung von Objektivität und Diskriminierungsfreiheit beim Umgang mit Loslimitierungen.

5. *Fazit*

Weiterhin bleibt die grundsätzliche Pflicht zur Losvergabe das wohl wichtigste Instrument zur Förderung erfolgreicher Bewerbungen von Handwerksbetrieben bei öffentlichen Aufträgen⁹¹. Das neue Recht hat keine inhaltlich relevanten Veränderungen bewirkt, wobei mittlerweile durch Rechtsprechung und Schrifttum doch zahlreiche Auslegungsfragen geklärt werden konnten⁹².

⁸⁸ Ebenso *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), *GWB*, 2016, § 97 Rn. 161.

⁸⁹ OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 440; OLG Düsseldorf, *VergabeR* 2012, 494; krit. *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, 584; befürwortend *Manz/Schönwälder*, *VergabeR* 2013, 852.

⁹⁰ Vgl. bereits *Burgi*, NZBau 2006, 697.

⁹¹ Vgl. aus empirischer Sicht hierzu *Roh*, *VergabeR* 2015, S. 718 (730 ff.).

⁹² Zu ihnen bündig die Kommentierung von *Kus*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), *GWB*, 2016, § 97 Rn.163 ff.

III. Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen

Die im Zusammenhang mit den (auf die Person des Bieters bezogenen) Eignungskriterien ebenso wie im Zusammenhang mit den auf den Inhalt der Angebote bezogenen Zuschlagskriterien erforderliche Beibringung von Nachweisen wird von den Unternehmen, insbesondere wenn es sich um kleine und mittelständische Einheiten (wie die Handwerksbetriebe) handelt, oftmals als bürokratische Belastung empfunden. Auf der anderen Seite bietet das Erfordernis vollständiger und inhaltlich korrekter Nachweise den besten Schutz gegen Konkurrenten, die gleichsam „das Blaue vom Himmel“ versprechen und so möglicherweise den Zuschlag erhalten, obwohl sie im wahrsten Sinne des Wortes handwerklich weniger zu bieten haben. Daher ist der Gesetzgeber hier aufgerufen, einen Ausgleich herzustellen.

1. Nachweise für die Erfüllung der Eignungskriterien bzw. das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen

Gemäß § 122 GWB ist der Auftraggeber verpflichtet, vorab festzulegen, wie er die Eignungskriterien (v.a. Befähigungen und Erlaubnis zur Berufsausübung sowie Leistungsfähigkeit; näher noch G. I.) inhaltlich bestimmen möchte. In § 122 Abs. 4 S. 2 GWB wird ausdrücklich verlangt, dass die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Dort ist ebenfalls anzugeben, welche Nachweise vorzulegen sind. In den Vergabeunterlagen können die diesbezüglichen Angaben konkretisiert werden. Dort ist auch eine abschließende Liste sämtlicher verlangter Nachweise beizufügen, und zwar in einer Art „Checkliste“⁹³. Hat der Auftraggeber dies unterlassen, müssen die Bieter keine Nachweise beibringen, ihre Eignung muss materiell aber trotzdem vorliegen. In einem solchen Fall hat der Auftraggeber sie aus allgemein zugänglichen Quellen zu ermitteln.

Entsprechendes gilt im Hinblick auf das Nicht-Vorliegen der in den §§ 123 und 124 GWB geregelten Ausschlussgründe, die an die Stelle des früheren Eignungsmerkmals der „Zuverlässigkeit“ getreten sind⁹⁴.

a) Pflichten und Formen

Die verschiedenen in Betracht kommenden Nachweisformen sind aufgezählt in § 48 VgV. Bezüglich der Formen der Nachweise besteht ein Entscheidungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers, jedoch im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 10.06.2008⁹⁵ eine diesbezügliche Zumutbarkeitsgrenze statuiert, die einer übermäßig formalistischen Handhabung der Nachweispflichten (mit der

⁹³ Näher OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 868 mit Anm. *Reidt*.

⁹⁴ Näher hierzu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 16 Rn. 15 ff.

⁹⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2008, 787 m. Anm. *Horn* und *Schwenker*, VergabeR 2009, 484; zu den Hintergründen auch *Frister*, VergabeR 2011, 295 (298 f.).

Konsequenz der etwaigen Nichtbeachtung inhaltlich besserer und kostengünstigerer Bieter) eine zutreffende Grenze zieht. Das OLG Düsseldorf hat dies in seinem viel beachteten Beschluss zu den planerischen Leistungen beim Bau des Berliner Stadtschlusses aufgegriffen⁹⁶. Diese Rechtsprechung hat letztlich „Pate“ gestanden für die Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB (vgl. dazu B.).

Wichtige Formen von Nachweisen sind Dokumente [z.B. Zeugnisse, Registerauszüge wie z.B. die Eintragung in die Handwerksrolle, Bankerklärungen, Bilanzen, Referenzen⁹⁷, Bescheinigungen von Qualitäts- und Zertifizierungsstellen (vgl. § 49 Abs. 1 VgV; vgl. bereits E. IV. 2.)] und sog. Eigenerklärungen. Diese werden durch § 48 Abs. 2 VgV für „grundsätzlich“ vorrangig erklärt. Fordert der Auftraggeber Bescheinigungen und sonstige Nachweise an, verlangt er in der Regel solche, die vom sog. Online-Dokumentenarchiv e-Certis abgedeckt sind (vgl. 48 Abs. 2 VgV i.V.m. Art. 61 VRL).

b) Einheitliche Europäische Eigenerklärung und Präqualifikationssysteme
Während der europäische Gesetzgeber und die Kommission mit erheblichem Ehrgeiz auf das Nachweisinstrument der sog. Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung setzen (vgl. Erw. 84 der VRL)⁹⁸, knüpft der deutsche Gesetzgeber hieran zunächst eher vorsichtig an, indem er die Auftraggeber dazu ermächtigt, die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung nach § 50 VgV „als vorläufigen Beleg der Eignung (bzw. des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen) zu akzeptieren (vgl. § 48 Abs. 3 VgV). Dies bedeutet, dass der jeweilige Auftraggeber bei aufkommendem Zweifel weitere Nachweise anfordern kann.

Der deutsche Gesetzgeber zielt damit nicht zuletzt darauf, die in Umsetzung der vorherigen europarechtlichen Vorgaben unter erheblichen Anstrengungen verwirklichten sog. Präqualifikationssysteme nicht zu schwächen. Ihnen wird daher gemäß § 48 Abs. 8 VgV eine explizite „Eignungsvermutung“ zuerkannt. Noch konkreter bestimmt § 6b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VOB/A-EU, dass die vom öffentlichen Auftraggeber direkt abrufbare Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis des „Verains für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.“ nicht ohne Begründung in Zweifel gezogen werden kann, wobei die Eintragung in ein gleichwertiges Verzeichnis anderer Mitgliedstaaten als Nachweis ebenso zugelassen sei. Diese Präqualifikations-

⁹⁶ VergabeR 2010, 487 (496) m. krit. Anm. *Horn und Antweiler*, VergabeR 2011, 306 (311) bzw. befürw. Anm. *Prieß/Hözl*, NZBau 2010, 354.

⁹⁷ Hierbei ist wichtig, dass der Auftraggeber genaue Inhaltsvorgaben macht. Weniger geeignet sind Auflistungen von diversen, nicht im Einzelnen nachvollziehbaren Referenzen und erforderlich ist eine Überprüfung der vorgelegten Referenzen und zwar nicht lediglich anhand des Stichprobenprinzips.

⁹⁸ Näher zum Ganzen *Pauka*, VergabeR 2015, 505, sowie die Beiträge bei den 17. Forum Vergabe-Gesprächen 2015, 109 ff.

systeme beruhen auf einer vorgelagerten, auftragsunabhängigen Prüfung von Bestimmung und Eignungsnachweisen, mit deren Hilfe die Ausschreibungskosten aller Beteiligten gesenkt werden sollen. Entsprechende Systeme existieren seit längerem vor allem im Bau-, aber auch im Leistungsbe- reich⁹⁹. Danach genügt es, wenn die Unternehmen einmal im Jahr bei einer Präqualifizierungsstelle Nachweise inklusive aktueller Referenzen für die wichtigsten Inhaltsparameter (u.a. Eintragung in die Handwerksrolle, Zah- lung von Steuern etc.) einreichen. Nach positiver Prüfung erhalten Sie ein Zertifikat und einen Zertifizierungscode und werden in einer elektronischen Präqualifizierungsdatenbank registriert. Der Auftraggeber eines konkreten Vergabeverfahrens kann später dann mit Hilfe des Codes oder des Zertifi- kats die eingereichten Nachweise online einsehen.

2. Nachweise für die Erfüllung der Zuschlagskriterien

Der Umgang mit Nachweisen dafür, dass bestimmte Zuschlagskriterien (insbesondere Qualität und Kundennähe; dazu näher G. II.) erfüllt sind, ist deutlich weniger formalisiert als bei den Eignungskriterien. Nach § 58 Abs. 4 VgV bestehen die insbesondere mit der Leistungsbeschreibung eröffneten Möglichkeiten der Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konfor- mitätsbewertungsstellen (§ 33 VgV) bzw. durch Gütezeichen nach § 34 VgV (vgl. jeweils E. IV. 2. u. 3.) auch hier.

3. Nachforderung von Unterlagen

Gemäß § 56 VgV, 15 und 16 VOB/A-EU ist der Auftraggeber im Rahmen der Prüfung und Wertung der Angebote im ersten Schritt dazu verpflichtet, die Einhaltung jener Vorgaben, d.h. die Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit der Nachweise, zu prüfen. Stellt er hierbei Defizite fest, so führt dies aber nicht unmittelbar zum Ausschluss des betreffenden Angebots. Vielmehr ist der Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen zur „Nachforderung von Unterlagen“ (vgl. § 46 Abs. 2 - 5 VgV, 16a VOB/A-EU) verpflichtet.

In Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB (vgl. bereits B. II.) ist in § 56 Abs. 2 - 5 VgV bzw. § 16a VOB/A- EU die Möglichkeit der Nachforderung von Unterlagen vorgesehen. Diese Möglichkeit bestand bereits unter dem früheren Recht und ist europarecht- lich durch den EuGH akzeptiert worden. Beim Umgang mit der Möglich- keit, Unterlagen nachzufordern, ist freilich auf die Beachtung der ebenfalls in § 97 Abs. 1 GWB normierten Grundsätze von Gleichbehandlung und Transparenz zu achten¹⁰⁰. Wie der Bundesrat in seiner EntschlieÙung zum

⁹⁹ Vgl. www.pq-verein.de bzw. www.pq-vol.de.

¹⁰⁰ EuGH – C-336/12 –, VergabeR 2014, 128 m. Anm. *Hölzl* (Mantova); EuGH – C-42/13 –, VergabeR 2015, 409 m. Anm. *Mantler* (Cartiera dell'Adda). Aus der Literatur zum früheren Rechtszustand: *Dittmann*, Ver- gabeR 2012, 292; *Schwabe/John*, VergabeR 2012, 559; *Völlink*, VergabeR 2015, 355.

Inkrafttreten der VgV zutreffend kritisiert¹⁰¹, divergieren die jeweils normierten Regelungen nach Struktur und Inhalt, ohne dass dies etwa durch sachliche Unterschiede des Baubereichs gerechtfertigt wäre; der nachfolgende Überblick fokussiert auf § 56 Abs. 2 - 5 VgV.

Von vornherein zu unterscheiden ist die Nachforderung von Unterlagen von der durchgehend unstatthaften Nachbesserung des Angebots. Wenn beispielsweise ein Bieter die in der Leistungsbeschreibung geforderte Vorlage von „Arbeitskarten“, aus denen sich die vertragsgegenständliche Leistung überhaupt erst ergibt, unterlässt, können diese Arbeitskarten nicht nachgefordert werden¹⁰².

§ 56 Abs. 2 S. 2 VgV beginnt systematisch mit der Berechtigung des Auftraggebers, von vornherein in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festzulegen, dass er keine Unterlagen nachfordern wird. Möchte er stattdessen von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so wird im Weiteren danach differenziert, ob es sich um „unternehmensbezogene“ oder um „leistungsbezogene“ Unterlagen handelt. Unternehmensbezogene Unterlagen sind insbesondere Eigenerklärungen und sonstige Eignungsnachweise (vgl. soeben 1.); insoweit kann auch im Falle der Fehlerhaftigkeit nachgefordert (z.B. eine Referenz durch eine andere ersetzt) werden. „Leistungsbezogene Unterlagen“ beziehen sich auf die Leistungsbeschreibung bzw. auf die Zuschlagskriterien. Im letzteren Fall ist gemäß § 56 Abs. 3 VgV eine Nachforderung nur im Hinblick auf Preisangaben betreffend „unwesentliche Einzelpositionen“ möglich; die Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die anderen Umstände der Wirtschaftlichkeitsbewertung anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ist ausgeschlossen. Gemäß § 56 Abs. 4 VgV ist den Bietern für die Nacheinreichung der Unterlagen eine Frist zu bestimmen, § 56 Abs. 5 VgV fordert die Dokumentation sowohl der Entscheidung zur als auch des Ergebnisses der Nachforderung.

IV. Herausforderung E-Vergabe

Handwerksbetriebe wie öffentliche Auftraggeber erhoffen sich eine Beschleunigung und Effektivierung der Abläufe sowie die Ersparnis von Kosten und bürokratischen Aufwendungen durch eine vollumfängliche Umstellung des Vergabeverfahrens auf elektronische Abläufe. Gleichzeitig stellt die Umstellung als solche eine große Herausforderung für alle Beteiligten dar, je nach bisherigem Stand der Informatisierung auch für die Handwerksbetriebe. Dabei lässt das neue Recht keinerlei Spielräume mehr über die Frage des Ob und des Wie der Umstellung:

¹⁰¹ BR-Drs. 87/16, S. 3.

¹⁰² OLG Dresden, VergabeR 2012, 728 m. Anm. *Shirvani*.

Das Inkrafttreten der VRL bedeutet jedenfalls das Ende der bisherigen Wahlfreiheit, ob die Informationen in einem Vergabeverfahren per Post oder elektronisch übermittelt werden können (vgl. z.B. § 13 Abs. 1 VOL/A-EU). Durch Art. 22 VRL werden den Mitgliedstaaten klar definierte **Verpflichtungen** auferlegt, beginnend mit dem Grundsatz, dass „die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch nach dieser Richtlinie, insbesondere die elektronische Einreichung von Angeboten, unter Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel ... erfolgen“ muss (Abs. 1 S. 1)¹⁰³. Die näheren Einzelheiten sollen durch „delegierte Rechtsakte“ der Kommission und durch zahlreiche begleitende Aktivitäten konkretisiert werden, etwa durch „e-Certis“ (einem EU-weiten Register für Zertifizierungen und Bescheinigungen), durch den Ausbau der Datensicherheit über elektronische Signaturen und über die sog. Einheitliche Europäische Eigenerklärung (vgl. soeben F. II. 1. b).

Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben ist (sachlich einheitlich) in den §§ 9 - 13 VgV bzw. 11 - 11b VOB/A-EU bewirkt worden. § 13 VgV berechtigt die Bundesregierung zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften über die zu verwendenden elektronischen Mittel sowie über die einzuhaltenden technischen Standards (für den Bereich der Bundesverwaltung). In Umsetzung der europäischen Vorgaben sind Ausnahmen nur unter bestimmten Voraussetzungen des Einzelfalls vorgesehen, so wenn beispielsweise bei einem Bauauftrag maßstabsgetreue Modelle vorgelegt werden müssen. Die einzelnen **Ausnahmetatbestände** sind aus systematischen Gründen in den Regelungen über „Einreichungsformen, Form und Umgang mit Angeboten etc.“ (§§ 52 ff. VgV, 13 VOB/A-EU) enthalten. Die im gegenwärtigen Stadium der Umstellung für die Praxis besonders wichtigen Umsetzungsfristen ergeben sich aus den §§ 81 Abs. 2 VgV bzw. 23 VOB/A-EU. Demnach müssen:

- Die Vergabeunterlagen bereits mit Inkrafttreten des neuen Rechts zum 18.04.2016 elektronisch verfügbar sein;
- Die Einreichung von Angeboten, Teilnahmeanträgen etc. muss gegenüber zentralen Beschaffungsstellen bis zum 18.04.2017 erfolgen und
- gegenüber allen anderen Beschaffungsstellen bis spätestens 18.10.2018.

Auch danach wird kein vollständiger elektronischer Workflow vorgeschrieben, d.h. öffentliche Auftraggeber werden nach wie vor nicht zur elektronischen Weiterverarbeitung von Angeboten oder deren elektronischen Bewertung verpflichtet. Auch kann die Kommunikation im Vergabeverfahren au-

¹⁰³ Vgl. zu den Vorgaben der VRL eingehend *Schäfer*, NZBau 2015, 131; Bundesanzeiger-Verlag, Service-Guide eVergabe 2014; *Wankmüller*, in: Hettich/Soudry (Hrsg.), Das neue Vergaberecht, 2014, 213. *Braun*, VergabeR 2016, 179.

ßerhalb der Vergabeunterlagen, der Angebote und Teilnahmeanträge weiterhin mündlich erfolgen, wenn dies entsprechend dokumentiert wird (vgl. § 9 Abs. 2 VgV).

G. Qualität und Kundennähe als handwerksaffine Kriterien

I. Auf der Ebene der Eignungskriterien

Sowohl die Eignungsmerkmale als auch die Ausschlussgründe betreffen die **Person** des Bieters bzw. Teilnehmers und werden in Praxis und Schrifttum teilweise unterschätzt bzw. auf ein Arsenal zur Begründung formaler Nachweispflichten reduziert. Dabei stellt insbesondere das Eignungsmerkmal der „Leistungsfähigkeit“ eine bieterbezogene Übersetzung der Beschaffungswünsche des Auftraggebers dar, wie sie sich in der Leistungsbeschreibung niedergeschlagen haben, während die Ausschlussgründe den zentralen normativen Ankerpunkt für die Bekämpfung von Korruption im Vergaberecht bilden. Systematisch zu unterscheiden sind die inhaltliche Bestimmung der jeweiligen Eignungsmerkmale bzw. Ausschlussgründe und die diesbezüglichen Nachweispflichten, welche sowohl für die Vergabestellen als auch für die interessierten Bieter ein erhebliches Bürokratiepotenzial darstellen. Die Gefahr von Diskriminierungen besteht insbesondere im Umgang mit den Merkmalen der „Befähigung zur Berufsausübung“ bzw. der „wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“, etwa wenn auf die „Erfahrung“ der Bieter abgestellt wird, was Newcomern von vornherein den Zugang zur Auftragsvergabe versperren würde¹⁰⁴.

Wie bereits einleitend erwähnt, ist die inhaltliche Bestimmung der einzelnen Eignungsmerkmale von den diesbezüglichen Nachweispflichten zu unterscheiden. Gemäß § 122 GWB ist der Auftraggeber verpflichtet, vorab festzulegen, wie er die Eignungskriterien inhaltlich bestimmen möchte. Diese Entscheidung ist danach zu treffen, welche inhaltliche Bestimmung geeignet und erforderlich im Hinblick auf den jeweiligen Beschaffungsgegenstand ist. In § 122 Abs. 4 S. 2 GWB wird dies ausdrücklich festgestellt und ferner verlangt, dass die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Erfüllt sein muss das jeweils erforderliche Eignungskriterium im Zeitpunkt der Eignungsprüfung durch den Auftraggeber. Das unterscheidet die Verfahrensstufe der Eignungsprüfung übrigens von den Ausführungsbedingungen, weil eine hierfür beispielsweise erforderliche technische Ausrüstung erst bei Beginn der Leistungserbringung zur Verfügung stehen muss. Daher ist beispielsweise bei der Erteilung eines Abschleppauftra-

¹⁰⁴ Weiterführend zur Rechtsstellung von Newcomern im Vergaberecht *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2008, 545; *Terwiesche*, VergabeR 2009, 26.

ges das Erfordernis des Vorhandenseins von Abschleppfahrzeugen ein Eignungskriterium (technische Leistungsfähigkeit), während die Verpflichtung zur Einhaltung konkreter umweltbezogener Anforderungen im Fahrbetrieb (beispielsweise das Vorhandensein der Berechtigung zum Befahren von Umweltzonen) als Ausführungsbedingung zu verstehen ist¹⁰⁵.

1. Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung

Als fachkundig (so die frühere Terminologie) in diesem Sinne ist ein Bieter anzusehen, wenn er die erforderlichen Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die zu vergebende Leistung ausführen zu können. Nähere Bestimmungen hierüber enthält § 44 VgV. Im Einzelnen hängt die Bestimmung der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen von der jeweils betroffenen Leistung ab. So umfasst beispielsweise die Fachkunde bei bauhandwerklichen Leistungen die Meisterbriefe für die jeweiligen Gewerke (bzw. bei EU-Ausländern die entsprechenden Gleichwertigkeitsnachweise). Bei größeren Unternehmen kommt es mehr auf die technischen und kaufmännischen Leiter sowie auf die Inhaber des Unternehmens an.

2. Leistungsfähigkeit

Die Leistungsfähigkeit ist demgegenüber nicht personen-, sondern sach- und betriebsbezogen. Hierbei wird differenziert nach der Leistungsfähigkeit in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht (vgl. § 122 Abs. 2 Nr. 2 GWB mit § 45 VgV) und der in technischer und beruflicher Hinsicht (vgl. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB mit § 46 VgV). Bei der Leistungsfähigkeit in der erstgenannten Hinsicht steht das Erfordernis der Bonität des Bieters im Mittelpunkt, d.h. die Fähigkeit, über ausreichende finanzielle Mittel zu verfügen, um den laufenden Verpflichtungen gegenüber dem Personal, dem Staat und sonstigen Gläubigern nachkommen zu können. Hierauf ist vor allem zu achten, wenn ein Bieter vor oder gar in einem Insolvenzverfahren steht¹⁰⁶. In der letztgenannten Hinsicht geht es um das notwendige infrastrukturelle Know-how in Gestalt des Vorhandenseins des erforderlichen Maschinenparks und der Logistik, eines Bestands von qualifizierten Mitarbeitern, dem Vorhandensein von Schulungs- und Qualifizierungsprogrammen für diese Mitarbeiter etc. Eine wertvolle Orientierung bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit in technischer Hinsicht bieten die europaweit gültigen, für immer mehr Sektoren erarbeiteten Qualitätsstandards, deren Einhaltung (die sog. Konformität) durch Bescheinigungen von Qualitäts- bzw. Zertifizierungsstellen nachgewiesen werden kann (vgl. bereits F. III. 1.).

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 797 m. Anm. *Lück*.

¹⁰⁶ EuGH – C-218/11 –, VergabeR 2013, 35 m. Anm. *Otting* (Hochtief). Näher hierzu *Möhlenkamp*, WiVerw 2015, 172; *Bonhage/Ritzenhoff*, NZBau 2013, 151.

3. Abschwächung des bisherigen Verbots „Kein Mehr an Eignung“

Eine noch bedeutsamere Änderung bewirkt das neue Recht im Hinblick auf das bisherige Verbot, ein „Mehr an Eignung“ innerhalb der Zuschlagsprüfung zu berücksichtigen¹⁰⁷. Dies wurde im Interesse einer an der bestmöglichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben orientierten Beschaffung seit längerem kritisiert. Denn dem Auftraggeber geht es ja nicht abstrakt um die Leistungsfähigkeit von Bietern, sondern um die „projektbezogene Umsetzung der unternehmerischen Leistungsfähigkeit“¹⁰⁸; je besser die Leistungsfähigkeit eines Unternehmers (gerade auch im Vergleich mit anderen) ist, desto besser dürfte das von ihm erwartete Projekt verlaufen. Im Grunde widerstreiten hier die Zielsetzung eines möglichst ungestörten, diskriminierungsfreien Wettbewerbs (die für eine strikte Trennung sprechen, da die personenbezogenen Eignungskriterien ihr größeres Diskriminierungspotenzial gleichsam in die Zuschlagsprüfung einschleusen würden) und der Zweck der Ermöglichung eines erfolgreichen, überdies auch eher den Mechanismen der Privatwirtschaft angenäherten Einkaufs (denn dort ist ein solches Vermischungsverbot selbstverständlich unbekannt). Freilich wurden immer wieder einzelne Durchbrechungen dieses Grundsatzes in Einzelfällen auch von der Rechtsprechung anerkannt¹⁰⁹ und im Jahr 2013 ist jenes Verbot in der VgV a.F. unter bestimmten Voraussetzungen für die sog. nicht prioritären Dienstleistungen (nach Anhang I-B der VKR) abgeschwächt worden¹¹⁰. Der EuGH hatte sich mit dem Urteil in der Rechtssache „Ambissig“¹¹¹ ein Stück von seiner früheren sog. Lianakis-Doktrin (im Hinblick auf die Qualifikation des eingesetzten Teams bei Dienstleistungen mit intellektuellem Charakter auf Fortbildungs- und Beratungsleistungen) gelöst.

Endgültig und gleichsam offiziell, freilich nur unter bestimmten Voraussetzungen, ist das Verbot der Berücksichtigung eines „Mehr an Eignung“ in der Zuschlagsprüfung aber nun durch Art. 67 Abs. 2 lit. b VRL überwunden worden, der es ermöglicht, bei der Vergabe von Aufträgen insbesondere für geistig-schöpferische Dienstleistungen (wie beispielsweise die vielfach auch von Handwerksunternehmen erbrachten Beratungstätigkeiten) auch die Qualität des mit der Ausführung des konkreten Auftrags betrauten Personals zugrunde legen zu können. Bezugnehmend darauf ermächtigen die §§ 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, 16d Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VOB/A-EU die Auftraggeber in Deutschland

¹⁰⁷ EuGH – C-532/07 –, Slg. 2010 I_8533 (Lianakis) m. krit. Anm. Lee, PPLRev. 2010, 47; vgl. auch Treumer, PPLRev. 2009, 103. Flexibler bereits EuGH – C-589/08 –, Slg. 2011 I_183 (Evropaiki Dynamik) m. Anm. Petersen, PPLRev. 2011, NA 246.

¹⁰⁸ Gröning, NZBau 2003, 86 (991).

¹⁰⁹ OLG Düsseldorf, NZBau 2009, 279; NZBau 2009, 398, Dittmann, NZBau 2013, 746; zurückhaltender dann wieder OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 709.

¹¹⁰ Vgl. dazu Conrad, DVBl. 2014, 958; Pauka, NZBau 2015, 18.

¹¹¹ EuGH – C-601/13 –, VergabeR 2015, 540 m. Anm. Stoye/Gielen.

dazu „die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ als Zuschlagskriterien berücksichtigen zu können, wenn „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“.

II. Auf der Ebene der Zuschlagskriterien

Anders als Eignungskriterien und Ausschlussgründe betreffen die Zuschlagskriterien bekanntlich nicht die Person des Bieters, sondern den Inhalt des von ihm vorgelegten Angebots. Letztlich ist dies die Ebene, auf der die Würfel zugunsten des erfolgreichen Bieters fallen. Das neue Recht hat in § 127 GWB insoweit mehrere Einzelfragen abschließend erstmals auf der Ebene des Gesetzes geregelt, weitere Konkretisierungen finden sich in den §§ 58 - 60 VgV bzw. nahezu inhaltsgleich in § 16d VOB/A-EU.

Während § 127 Abs. 1 GWB noch (vergleichsweise unbestimmt) als allgemeinen Oberbegriff der Zuschlagskriterien vom „wirtschaftlichsten Angebot, das sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis“ bemesse, spricht und sodann feststellt (in Satz 2), dass zu dessen Ermittlung „neben dem Preis oder den Kosten auch (u.a.) qualitative ... Aspekte berücksichtigt werden“ könnten, heißt es in § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 VgV konkreter: *„Neben dem Preis ... können auch qualitative ... Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere: 1. Die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“ ... sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen.“* Damit sind qualitätsbezogene Aspekte wiederholt explizit angesprochen.

In § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 VgV sind als weitere beispielhaft genannte Zuschlagskriterien *„die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen“* genannt. Wie bereits im Abschnitt über die Leistungsbeschreibung (E. I.) festgestellt, besteht insoweit ein Zusammenhang: Je konkreter die Leistungsbeschreibung, desto stärker stehen Preis bzw. Kosten als Zuschlagskriterien im Vordergrund. Je weniger konkret die Leistungsbeschreibung ist, desto wichtiger wird es, die Qualität (etwa unterschiedlicher vorgelegter Konzepte nach einer sog. funktionalen Leistungsbeschreibung) gesondert zu bewerten. Das neue Recht eröffnet hierzu den Auftraggebern alle Möglichkeiten und bietet somit aus der Sicht der Handwerksbetriebe große Chancen.

Weiterhin ist allerdings die sog. Nur-Preis-Vergabe nicht ausgeschlossen, weswegen es weiterhin in erheblichem Umfang Auftragsvergaben geben

wird, bei denen der Preis das einzige Zuschlagskriterium bildet. Da aber nun künftig das „beste Preis-Leistungs-Verhältnis“ maßgeblich sein wird, ist dies nicht so problematisch wie es auf den ersten Blick den Anschein hat. Vielmehr hat der Auftraggeber die Wahl, ob er bereits auf der Leistungsbeschreibung sämtliche relevanten qualitativen Anforderungen genau umschreibt (mit der soeben genannten Konsequenz) oder eben auf der Ebene der Zuschlagskriterien eine Kombination von finanziellen und leistungsbezogenen Zuschlagskriterien vornimmt¹¹².

Entscheidet sich der Auftraggeber für eine Kombination finanzieller und leistungsbezogener Zuschlagskriterien, so muss er die einzelnen Kriterien gewichten. Noch zuvor müssen sie gemäß § 127 Abs. 3 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies wird bei Kriterien wie „Qualität“ und „Verfügbarkeit von Kundendienst“ regelmäßig der Fall sein. Überdies genügt es gemäß § 127 Abs. 3 S. 2 GWB künftig ausdrücklich, wenn sich ein Zuschlagskriterium „auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht“. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn sich diese Faktoren „nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“.

Gemäß § 127 Abs. 4 GWB muss die Formulierung solcher und anderer Zuschlagskriterien schließlich am Vergabegrundsatz der Wettbewerbsfähigkeit orientiert sein und eine wirksame Überprüfung der Kriterien muss möglich sein.

§ 127 Abs. 5 GWB verlangt schließlich, dass sowohl die einzelnen Zuschlagskriterien als auch ihre Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen mitgeteilt werden müssen. Dies entspricht der bereits zur früheren Rechtslage ergangenen Rechtsprechung¹¹³. Nach § 58 Abs. 3 S. 2 VgV kann die Gewichtung auch mittels einer Spanne mit angemessener Bandbreite angegeben werden. Ist die Gewichtung aus objektiven Gründen nicht möglich, so hat der Auftraggeber die Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge anzugeben.

Die Neuordnung des Rechts der Zuschlagskriterien bietet somit für die im besonderen Maße einer qualitätvollen und kundenorientierten Leistungserbringung verpflichteten Handwerksbetriebe erhebliche Chancen.

¹¹² Zu den Einzelheiten, systematisch und mit mehreren Nachweisen *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 17 Rn. 1 f.

¹¹³ Vgl. etwa OLG Frankfurt a.M., VergabeR 2013, 879; OLG Düsseldorf, VergabeR 2014, 46 m. Anm. *Willenbruch*.

H. Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke als Chance bzw. Gefahr für das Handwerk

Abschließend soll ein kurzer Blick auf die durch das neue Recht ebenfalls veränderte Rechtslage betreffend die Verfolgung ökologischer und/oder sozialer Zwecke bei der öffentlichen Auftragsvergabe geworfen werden. Insbesondere die Formulierung ökologischer Anforderungen an Auftragsgegenstände, die über die sich allgemein aus dem Umweltrecht ergebenden Anforderungen hinausgehen, bildet für Handwerksbetriebe eine erhebliche Chance, dass die diesbezügliche Beschaffungstätigkeit nochmals einen in Richtung Qualitätsverbesserung gehenden Schub erfährt. Soziale Aspekte, etwa Anforderungen an die Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Interesse einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf oder die Erfüllung von Quoten betreffend Langzeitarbeitslose, Migranten oder Frauen, könnten hingegen bei den typischerweise eher kleinteiliger strukturierten Handwerksbetrieben größere Schwierigkeiten bereiten als etwa Großkonzernen. Die sich allgemein mit der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke verbindende Bilanz der Chancen und Risiken fällt somit im Hinblick auf das Handwerk besonders ambivalent aus¹¹⁴; letzten Endes hängt alles von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

Im GWB 2016 wird die Verfolgung „sozialer und umweltbezogener Aspekte“ ausdrücklich als Zweck der Beschaffungstätigkeit legitimiert (in § 97 Abs. 3 GWB). Dabei wird zwar keine Pflicht formuliert, aber jene Zwecke verlieren damit nun auch auf der Ebene des nationalen Rechts endgültig den ihnen lange zugeschriebenen Charakter als „vergabefremd“. Das Regelungskonzept ist im Vergleich zur bisherigen Ausgestaltung in § 97 Abs. 4 GWB a.F. deutlich klarer. Es besteht erstmals in der Aufteilung in einen Allgemeinen und in einen Besonderen Teil. Diese sind dadurch verzahnt, dass § 97 Abs. 3 GWB 2016 die Verfolgung jener Aspekte „nach Maßgabe“ der nachfolgenden Regelungen ermöglicht. Damit richtet sich die Statthaftigkeit nach den rechtlichen Vorgaben für die jeweils betroffene Verfahrensphase:

Während in der Bestimmung über die **Leistungsbeschreibung** (§ 121 GWB) eine explizite Anknüpfung fehlt, gestalten § 123 Abs. 4 GWB die nachgewiesene Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen als zwingenden **Ausschlussgrund** und § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB den nachweislichen Verstoß gegen sonstige „geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen“ als fakultativen Ausschlussgrund aus. Zur Umsetzung mehrerer einschlägiger EU-Richtlinien zum Energieeffizienzrecht werden in den

¹¹⁴ Bündig *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 7 Rn. 5 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

§§ 67 und 68 VgV (in Fortführung von bereits bisher in der VgV enthaltenen Regelungen) nähere Anforderungen an die Gestaltung der Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen (u.a. Straßenfahrzeuge) formuliert. Entsprechende Bestimmungen finden sich in § 8c VOB/A-EU. Auf der Ebene der Eignung spiegeln sich Umweltaspekte im Erfordernis der „technischen Leistungsfähigkeit“ nach § 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB.

Im Hinblick auf die **Zuschlagskriterien** stellt § 127 Abs. 1 S. 3 GWB ausdrücklich fest, dass als eines von mehreren Kriterien zur Bestimmung des „wirtschaftlichsten Angebots“ auch „umweltbezogene oder soziale Aspekte“ berücksichtigt werden können. Dies wird näher konkretisiert durch § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV, während § 59 VgV die „Berechnung von Lebenszykluskosten“ konkretisiert und § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV die Auftraggeber zur Prüfung „ungewöhnlich niedriger Angebote“ auch dann verpflichtet, wenn möglicherweise die Einhaltung von umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Vorschriften zweifelhaft ist. Entsprechende Aussagen finden sich in § 16d VOB/A-EU.

Besonders intensiv werden die ökologischen und sozialen Aspekte schließlich im Kontext der Regelungen über die „Auftragsausführung“ (§ 128 Abs. 1 GWB) bzw. über die **Ausführungsbedingungen** in §§ 128 Abs. 2 und 129 GWB erwähnt. § 129 GWB ist (abgesehen von den Energieeffizienzanforderungen nach §§ 67, 68 VgV) auch die einzige Norm, die insoweit Verpflichtungen der Vergabestellen betrifft. Demnach ist Voraussetzung dafür, dass eine Vergabestelle Ausführungsbedingungen den Auftragnehmern „verbindlich vorzugeben hat“, dass diese „aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes“ zuvor festgelegt worden sind.

Aus dem Allgemeinen Teil der Grundsätze, die sich aus den Absätzen 1 und 2 des § 97 GWB ergeben (vgl. B.), ist im Hinblick auf die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB besonders relevant¹¹⁵. Er bildet nicht nur eine Grenze bei der Formulierung von Leistungsbeschreibungen, Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie bei der Auferlegung von Ausführungsbedingungen gegenüber den Vergabestellen, sondern auch einen wichtigen Maßstab für die Landesvergabebezugsgesetzgeber.

Insgesamt handelt es sich um eine eher maßvolle Weiterentwicklung, durch die jedenfalls die Rechtssicherheit erheblich verbessert wird. Deutlicher als bisher wird zwischen „Dürfen“ und „Müssen“ unterschieden. D.h., das Ge-

¹¹⁵ Im Unterschied zum ebenfalls erstmals dort eingeführten „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“, welcher eine Zweck-Mittel-Relation betrifft, die im Falle einer strategischen Beschaffung auf der Ebene der Zwecke gerade erweitert wird, wodurch die u.U. eintretende Verteuerung gerechtfertigt würde (vgl. B. I.).

setz des Handelns liegt in Zukunft mehr denn je bei der einzelnen Vergabestelle. Gesetzlich zur Verfolgung ökologischer oder sozialer Zwecke verpflichtet werden kann diese nur zum Erlass von Ausführungsbedingungen, und gemäß § 129 GWB auch nur dann, wenn eine entsprechende Verpflichtung durch Bundes- oder Landesgesetz erfolgt. Beispiele hierfür finden sich in mehreren Landesvergabegesetzen, hingegen bislang nicht in Bayern, Sachsen und auf der Bundesebene¹¹⁶.

Zusammenfassung

Das seit 18.04.2016 reformierte Vergaberecht in Deutschland hat aus der Sicht des Handwerks mehrere Rechtsunsicherheiten beseitigt, teilweise aber auch neue Rechtsunsicherheiten geschaffen. Ferner sind Neuregelungen erfolgt, die aus der Sicht des Handwerks entweder Chancen (im Sinne einer Verbesserung der bisherigen Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge an Handwerksbetriebe) bieten oder aber (neue) Gefahrenpotenziale schaffen könnten. So besteht Anlass zur gesteigerten Achtsamkeit gegenüber den künftig zahlreicher werdenden Formen der gemeinsamen Auftragsvergabe und der Beschaffung durch sog. zentrale Beschaffungsstellen ebenso wie im Hinblick auf die Schwellenwertberechnung und den Wegfall des Vorrangs des öffentlichen Verfahrens. Deutlich mehr Chancen als Risiken bietet die teilweise Wiedereinführung des sog. Selbstausschreibungsgebots, die stärker an Qualität, Kundennähe und Nachhaltigkeit orientierten Abläufe bei der Leistungsbeschreibung, den Eignungs- und den Zuschlagskriterien sowie die Erleichterungen beim Umgang mit Nachweisen. Die Verfolgung jedenfalls ökologischer Zwecke durch die öffentlichen Auftraggeber kann ebenso wie der neue potenzielle Zweck der Innovationsförderung für die im besonderen Maße für eine qualitätvolle Leistungserbringung prädestinierten Handwerksbetriebe chancenreich sein. Von allergrößter Bedeutung ist weiterhin die nicht substanziell eingeschränkte Pflicht zur Aufteilung von Aufträgen in Fach- und Teillose.

Alles in allem dürfte es für Handwerksbetriebe interessanter denn je sein, sich um öffentliche Aufträge, die rund 20 % der gesamten Wirtschaftsleistung ausmachen, zu bewerben, vermehrt auch oberhalb der Schwellenwerte (und damit innerhalb des durch die Vergaberechtsreform 2016 überhaupt nur erfassten Bereichs).

¹¹⁶ Weiterführend zum neuen Rechtsstand vgl. *Latzel*, NZBau 2014, S. 673; *Ziekow*, DÖV 2015, S. 897.

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



DHKT
DEUTSCHER
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer