



Michael Lülff/Alexa Jentges

Beschaffungswesen und Vergabep Praxis für Feuerwehr und Rettungsdienst

Kohlhammer

**Michael Lulf
Alexa Jentges**

**Beschaffungswesen und
Vergabep Praxis für
Feuerwehr und
Rettungsdienst**

Verlag W. Kohlhammer

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und für die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen, Handelsnamen und sonstigen Kennzeichen in diesem Buch berechtigt nicht zu der Annahme, dass diese von jedermann frei benutzt werden dürfen. Vielmehr kann es sich auch dann um eingetragene Warenzeichen oder sonstige geschützte Kennzeichen handeln, wenn sie nicht eigens als solche gekennzeichnet sind.

Die Abbildungen stammen – soweit nicht anders angegeben – von den Autoren.

1. Auflage 2021

Alle Rechte vorbehalten

Umschlagbild: Feuerwehr Mülheim an der Ruhr und Marc Stier

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN 978-3-17-034918-6

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-034920-9

epub: ISBN 978-3-17-034921-6

mobi: ISBN 978-3-17-034922-3

Für den Inhalt abgedruckter oder verlinkter Websites ist ausschließlich der jeweilige Betreiber verantwortlich. Die W. Kohlhammer GmbH hat keinen Einfluss auf die verknüpften Seiten und übernimmt hierfür keinerlei Haftung.

Vorwort

Das Vergaberecht ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten zunehmend komplexer geworden. Neben den vergaberechtlichen Vorschriften sind bei Beschaffungen das Haushaltsrecht und mitunter auch europarechtliche Regelungen zu berücksichtigen. Hinzu kommen unterschiedliche Vergabegesetze in den einzelnen Bundesländern. Dies stellt alle Beteiligten eines Beschaffungsverfahrens in Bereichen der Feuerwehr und des Rettungsdienstes sowie in den Verwaltungen vor enorme Problemstellungen. Die vergaberechtskonforme Formulierung von Leistungsverzeichnissen und Ausschreibungskriterien bedarf der Kenntnis des Vergaberechts, um rechtssichere Ausschreibungsunterlagen erstellen und das Vergabeverfahren sicher durchführen zu können.

Mit diesem Buch wird die Struktur des Vergaberechts erläutert und durch zahlreiche Fallbeispiele der Bezug zur Praxis hergestellt. Es werden Bewertungsmethoden zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes vorgestellt und insbesondere in diesem Bereich auf Fallstricke hingewiesen, die dem Anwender schnell zum Verhängnis werden können. Muster für Vergabevermerke und Verfügungen dienen der Erleichterung in der vergaberechtlichen Anwendung, da die Dokumentation von Vergabeverfahren in der Praxis gerade technische Mitarbeiter einer Kommunalverwaltung oft vor erhebliche Herausforderungen stellt.

Das vorliegende Buch soll ein Grundlagen- und Nachschlagewerk darstellen, das als Hilfestellung im komplexen Beschaffungsvorgang jederzeit herangezogen werden kann.

Die Autoren

Alexa Jentges und Michael Lülff

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
I. Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts	15
1 Einführung	15
1.1 Der Ursprung des Vergaberechts: Das Haushaltsrecht	15
1.2 Die Zweiteilung des Vergaberechts	16
1.3 Trennlinie zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenrecht: Der EU-Schwellenwert	17
1.4 Unterschiede zwischen dem Haushaltsvergaberecht und dem GWB-Vergaberecht	18
1.5 Das EU-Primärrecht	18
1.6 Übersicht über Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts	19
1.7 Schnellcheck	20
2 Vergaberecht oberhalb des EU-Schwellenwertes	21
2.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	21
2.2 Schnellcheck	42
3 Vergaberecht unterhalb des EU-Schwellenwertes	43
3.1 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	49
3.2 Vergabegesetze der Länder	53
3.3 Schnellcheck	56
II. Vorbereitung des Vergabeverfahrens	58
1 Allgemeine Vorbereitungen	58
1.1 Bedarfsermittlung	58
1.2 Markterkundung	59
1.3 Projekt- und Zeitplanung	61
1.4 Schnellcheck	64
2 Leistungsarten: Einordnung des Beschaffungsgegenstandes	65
2.1 Abgrenzung der Leistungsarten	69
2.2 Gemischte Beschaffungsgegenstände	72
2.3 Schnellcheck	73
3 Losbildung	74
3.1 Teillose	74
3.2 Fachlose	76

3.3	Loslimitierung.....	76
3.4	Verzicht auf die Losvergabe.....	77
3.5	Dokumentation.....	80
3.6	Losbildung oder Gesamtvergabe bei der Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen.....	81
3.7	Schnellcheck.....	83
4	Erstellen der Leistungsbeschreibung.....	83
4.1	Anforderungen an die Leistungsbeschreibung.....	83
4.2	Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers.....	84
4.3	Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung.....	85
4.4	Rechtfertigung der Produktvorgabe durch Auftragsgegenstand....	85
4.5	Auftragsgegenstand nicht hinreichend beschreibbar.....	87
4.6	Verdeckte Produktvorgaben.....	88
4.7	Verhältnismäßigkeit.....	88
4.8	Bedarfs- und Alternativpositionen.....	90
4.9	Anforderungen an die Kennzeichnung.....	92
4.10	Aufbau der Vergabeunterlagen.....	92
4.11	Leistungsbeschreibung mit nur einem Wertungskriterium.....	94
4.12	Leistungsbeschreibung mit mehreren Wertungskriterien.....	103
4.13	Schnellcheck.....	109
5	Schätzung des Auftragswertes.....	109
5.1	Sinn und Zweck der Schätzung des Auftragswertes.....	109
5.2	Grundlagen der Schätzung.....	110
5.3	Optionen und Vertragsverlängerungen.....	112
5.4	Bedarfs-/Eventualpositionen und Alternativ-/Wahlpositionen.....	112
5.5	Prämien und Zahlungen.....	113
5.6	Schätzmethode.....	113
5.7	Dokumentation der Schätzung.....	115
5.8	Zeitpunkt der Schätzung, § 3 Abs. 3 VgV.....	115
5.9	Schätzung des Auftragswertes bei losweiser Vergabe, § 3 Abs. 7 und 8 VgV.....	116
5.10	Losweise Vergabe von Lieferleistungen, § 3 Abs. 8 VgV.....	116
5.11	Losweise Vergabe von Dienstleistungen, § 3 Abs. 7 VgV.....	117
5.12	Losweise Vergabe von Planungsleistungen, § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV	118
5.13	Sonderregelung bei losweiser Vergabe: Die 80/20-Regel, § 3 Abs. 9 VgV.....	120
5.14	Regelmäßig wiederkehrende Aufträge und Daueraufträge, § 3 Abs. 10 VgV.....	121

5.15	Folgen fehlerhafter Schätzung	126
5.16	Schnellcheck	130
6	Die Verfahrensarten	131
6.1	Nationale Verfahren (unterhalb des EU-Schwellenwertes) nach der UVgO	131
6.2	Europaweite Verfahren (oberhalb des EU-Schwellenwertes)	156
7	Die Eignung (Kriterien und Nachweise)	175
7.1	Die Eignungskriterien	176
7.2	Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung	178
7.3	Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit	179
7.4	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit	179
7.5	Einheitliche Europäische Eigenerklärung	180
7.6	Verhältnismäßigkeit von Eignungskriterien	180
7.7	Die Ausschlussgründe	181
7.8	Zwingende Ausschlussgründe	182
7.9	Fakultative Ausschlussgründe	183
7.10	Selbstreinigung	184
7.11	Kein Mehr an Eignung?	185
7.12	Schnellcheck	187
8	Zuschlagskriterien	187
8.1	Unterscheidung und Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien	188
8.2	Ausschlusskriterien	189
8.3	Formbeispiele für Ausschlusskriterien	190
8.4	Wertungskriterien	193
8.5	Allgemeine Kriterien	194
8.6	Bestimmung von Zuschlagskriterien	194
8.7	Qualität	196
8.8	Preis	199
8.9	Technische Spezifikation oder technischer Wert	201
8.10	Lebenszyklus- und Betriebskosten	203
8.11	Umwelteigenschaften	206
8.12	Kundendienst und Service	207
8.13	Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist	207
8.14	Schnellcheck	208
9	Nebenangebote	208
9.1	Zulassung von Nebenangeboten	209
9.2	Schnellcheck	212

10 Dokumentation zum Verfahrensbeginn	213
10.1 Allgemeine Angaben	214
10.2 Angaben nach Haushaltsrecht	217
10.3 Angaben zu Kosten	219
10.4 Wahl der Vergabeart	219
10.5 Angaben zu Leitfabrikaten.....	222
10.6 Finanz- und Haushaltsangeben.....	229
10.7 Maßnahmen nach geltenden Länderrechten	230
10.8 Einbindung anderer Ämter und Stellen.....	231
10.9 Angaben zum Verfasser und Verantwortlichen	231
11 Vergabeunterlagen.....	231
11.1 Anschreiben	232
11.2 Bewerbungsbedingungen	235
11.3 Vertragsunterlagen.....	236
11.4 Schnellcheck	262
III. Durchführung des Vergabeverfahrens	264
1 Beginn des Vergabeverfahrens – Veröffentlichen der Beschaffungsabsicht (Auftragsbekanntmachung).....	264
1.1 Nationale Vergabeverfahren: öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb, Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb, § 30 ff UVgO	264
1.2 Vergabeverfahren oberhalb des EU-Schwellenwertes: Offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb	273
1.3 Schnellcheck	289
2 Angebotsphase	290
2.1 Unklarheiten in den Vergabeunterlagen	290
2.2 Fehler in den Vergabeunterlagen.....	291
2.3 Bieterfragen und Antworten.....	292
2.4 Form der Bieterfragen	292
2.5 Frist für Bieterfragen	293
2.6 Inhalt der Bieterfragen	293
2.7 Antworten zu Bieterfragen	294
2.8 Bestandteil der Vergabeunterlagen	297
2.9 Die Bieterträge	298
2.10 Verlängerung der Angebotsfrist.....	300
2.11 Übermittlung der Angebote.....	300

2.12	Anwendung auf den Teilnahmewettbewerb	301
2.13	Schnellcheck	302
3	Aufbewahrung der Angebote und Teilnahmeanträge, § 39 UVgO und § 54 VgV	302
3.1	Zweck der Vorschriften zur Aufbewahrung	303
3.2	Schnellcheck	307
4	Öffnung der Teilnahmeanträge und Angebote.....	307
4.1	Vier-Augen-Prinzip	308
4.2	Unverzügliche Öffnung und Kennzeichnung der Angebote	309
4.3	Dokumentation	310
4.4	Aufbewahrung der Angebote.....	312
4.5	Besondere Regelung für Sektorenauftraggeber	312
4.6	Schnellcheck	313
5	Prüfung und Wertung von Angeboten und Teilnahmeanträgen ...	313
5.1	Die 1. Stufe: Formale Prüfung	315
5.2	Die 2. Stufe: Eignungsprüfung.....	326
5.3	Die 3. Stufe: Angemessenheit der Preise (§ 44 Abs. 3 UVgO und § 60 Abs. 3 VgV).....	328
5.4	Die 4. Stufe: Wirtschaftlichkeitsprüfung.....	330
5.5	Prüfung und Wertung von Teilnahmeanträgen	330
5.6	Schnellcheck	331
IV.	Wertungsmethoden und Bewertungsmatrix	332
1	Wertungsmethoden	332
1.1	Einfache Wertungsmethoden.....	333
1.2	Multikriterielle Wertungsmethoden.....	341
1.3	Sonstige Methoden.....	395
1.4	Übersicht aller Methoden.....	396
1.5	Entscheidungshilfe zur Methodenauswahl	398
1.6	Ein Methodenausblick.....	404
1.7	Der Analytische-Hierarchie-Prozess (AHP).....	404
1.8	Fazit zu den Methoden.....	409
1.9	Schnellcheck	410
2	Spektrum der Messskalen	410
2.1	Norminalskala	411
2.2	Ordinalskala	412
2.3	Intervalskala	413
2.4	Ratioskala.....	414

2.5 Absolutskala.....	414
2.6 Schnellcheck	415
3 Kriterienhierarchien und -gewichtung.....	415
3.1 Kriterienhierarchie	415
3.2 Kriteriengewichtung:.....	417
3.3 Schnellcheck	425
4 Bewertungsmatrix	426
4.1 Struktur der Bewertungsmatrix	426
4.2 Die Auswertung	429
4.3 Schnellcheck	431
V. Die Beendigung des Vergabeverfahrens: Zuschlag oder Aufhebung ...	432
1 Der Zuschlag	432
1.1 Die Zuschlagserteilung bei Vergabeverfahren unterhalb des EU-Schwellenwertes.....	432
1.2 Zuschlagserteilung bei Verfahren oberhalb des EU-Schwellenwertes.....	444
1.3 Schnellcheck	454
2 Die Aufhebung	454
2.1 Aufhebung eines Verfahrens unterhalb des EU-Schwellenwertes	458
2.2 Aufhebung eines Verfahrens oberhalb des EU-Schwellenwertes.....	465
2.3 Alternativen zur Aufhebung.....	466
2.4 Schnellcheck	468
4 Abschließende Dokumentation	469
Danksagung	471
Abkürzungsverzeichnis.....	472
Literaturverzeichnis.....	475
Stichwortverzeichnis.....	479

Anhang	483
Ablaufschema eines Vergabeverfahrens unterhalb des EU-Schwellenwertes	483
Ablaufschema eines Vergabeverfahrens oberhalb des EU-Schwellenwertes	484
Auflistung von CPV-Codes (Auszug)	485

I. Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts

1 Einführung

Aufträge über die Beschaffungen von Feuerwehren und Rettungsdiensten sind, wenn diese in öffentlicher Trägerschaft stehen, nach besonderen Vorschriften zu vergeben. Diese Vorschriften sind erforderlich, weil öffentliche Aufträge einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellen, um eine effiziente und wirtschaftliche Auftragsvergabe sicherzustellen. Die Vorschriften werden unter dem Begriff »Vergaberecht« zusammengefasst.

Als Vergaberecht wird die Gesamtheit der Normen bezeichnet, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat (BVerfG 1 BvR 1160/03). Dabei ist das Vergaberecht in Deutschland nicht einheitlich, sondern in verschiedenen Gesetzen, Vergabeverordnungen und Verfahrensordnungen geregelt. Es wird daher in der Praxis zu Recht als unübersichtlich und komplex bewertet.

1.1 Der Ursprung des Vergaberechts: Das Haushaltsrecht

Ursprünglich war das Vergaberecht ausschließlich im Haushaltsrecht beheimatet; die Vergabevorschriften waren Verwaltungsvorschriften, die sich an die Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber wandten, um die sparsame und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel zu sichern. Das Vergaberecht diente damit allein dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern.

Unter dem Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts musste dieser haushaltsrechtliche Ansatz des Vergaberechts teilweise aufgegeben werden: Die europäischen Vergaberichtlinien verfolgten das Ziel, das öffentliche Auftragswesen für einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu öffnen. Die Interessen der Bieter sollten durch eine schnelle und wirksame Nachprüfung vor Verletzungen der Vergabevorschriften geschützt werden (Bundestag Drucksache 13/9340). Zur Umsetzung dieser europäischen Vergaberichtlinien hatte der deutsche Gesetzgeber in den Jahren 1993 und 1994 zunächst eine »haushaltsrechtliche Lösung« gewählt und für Vergabeverfahren, deren Beschaffungsgegenstände einen bestimmten Auftragswert überschritten, im Haushaltsrecht (§ § 57 b und 57 c HGrG in der damaligen Fassung für die

Jahre 1993 und 1994) ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren vorgesehen, das aber keine einklagbaren subjektiven Rechte potentieller Auftragnehmer vorsah.

1.2 Die Zweiteilung des Vergaberechts

Die haushaltsrechtliche Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien wurde von der damaligen EG-Kommission beanstandet und führte schließlich im Jahr 1999 dazu, dass der Bundesgesetzgeber die haushaltsrechtliche Lösung aufgab und das Vergaberecht für Verfahren, deren Beschaffungsgegenstände einen bestimmten Auftragswert erreichten oder überschritten, im sogenannten Kartellvergaberecht umsetzte. Diese »kartellrechtliche Lösung«, die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt wurde, führte zu einer Zweiteilung des Vergaberechts in Deutschland: Das Haushaltsvergaberecht (Unterschwellenrecht) und das Kartell- oder GWB-Vergaberecht (Oberschwellenrecht) (zu den Begrifflichkeiten vgl. Burgi, 2016).



Merke:

Das Vergaberecht in Deutschland ist zweigeteilt.

Eine letzte große Änderung des Vergaberechts fand 2016 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz statt. Begründet war die Änderung durch neue EU-Vergaberichtlinien:

- Richtlinie für die klassische Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU)
- Richtlinie für die Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU)
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU)
- Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Richtlinie 2009/81/EG)

Im Zuge der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien wurde die Struktur des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen überarbeitet und eine grundlegend geänderte Vergabeverordnung erlassen. Die Änderungen betrafen damit nur den Oberschwellenbereich.

Einen unmittelbaren Einfluss auf die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich hatte die Vergabemodernisierung nicht. Sie wurde aber zum Anlass genommen, auch

die Vergabe öffentlicher Aufträge auf nationaler Ebene unterhalb der EU-Schwellenwerte zu reformieren. Dies erfolgte durch die neue Unterschwellenvergabeordnung, die im Februar 2017 im Bundesanzeiger bekannt gemacht wurde. Das neue Regelwerk ersetzt die bisher geltende Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1).¹

1.3 Trennlinie zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenrecht: Der EU-Schwellenwert

Die Trennlinie zwischen dem Haushaltsvergaberecht und dem GWB-Vergaberecht ist der EU-Schwellenwert. Wird er unterschritten, ist das Haushaltsvergaberecht anwendbar, wird er erreicht oder überschritten, gilt das GWB-Vergaberecht.



Bild 1: *Zweiteilung des Vergaberechts*

Der Ursprung des EU-Schwellenwertes liegt in einer internationalen Vereinbarung, dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (»Government Procurement Agreement«, kurz GPA). Ziel des GPA ist es, einen multilateralen Rahmen

¹ Nicht in allen Bundesländern wird die UVgO angewendet; in einigen Ländern erfolgen Vergaben noch nach der VOL/A.

ausgewogener Rechte und Pflichten in Bezug auf öffentliche Aufträge zu schaffen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten. Das GPA findet Anwendung auf Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte, die im GPA festgelegt sind (EU Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 18). Entsprechend gilt auch das GWB-Vergaberecht erst, wenn der geschätzte Auftragswert der zu beschaffenden Lieferung oder Leistung den aus dem GPA resultierenden und in Euro umgerechneten EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt.

1.4 Unterschiede zwischen dem Haushaltsvergaberecht und dem GWB-Vergaberecht

Aus der Zweiteilung des Vergaberechts ergeben sich einige Unterschiede zwischen dem Haushaltsrecht als Unterschwellenvergabe- und dem GWB-Vergaberecht als Oberschwellenvergaberecht. Der bedeutendste Unterschied liegt in den Rechtsschutzmöglichkeiten der an Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen:

Das GWB-Vergaberecht ist als Eintrag im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Wettbewerbsrecht. Aus dem Schutz des Wettbewerbs folgt ein Rechtsschutz der auf dem Wettbewerbsmarkt tätigen Unternehmen:

»Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.«, § 97 Abs. 4 GWB.

Werden vergaberechtliche Vorschriften verletzt, haben die beteiligten Unternehmen einen umfassenden Primärrechtsschutz, der in den §§ 155 ff. GWB geregelt ist. Nachprüfende Instanz sind die Vergabekammern und als Zweitinstanz die Oberlandesgerichte.

Im Gegensatz dazu bietet das Unterschwellenvergaberecht, das im Haushaltsrecht beheimatet ist, nur eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Unternehmen haben lediglich die Möglichkeit, Zivilgerichte anzurufen, um im Eilverfahren Zuschlagserteilungen zu verhindern oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

1.5 Das EU-Primärrecht

Auch das EU-Primärrecht, das keine spezifischen vergaberechtlichen Vorschriften enthält, hat Einfluss auf das Vergaberecht. Das Primärrecht ist das ranghöchste Recht der Europäischen Union (EU). Es stammt im Wesentlichen aus den Gründungsver-

trägen, insbesondere dem Vertrag von Rom und dem Vertrag über die Europäische Union. Aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), vor allem aus seinen Artikeln 49 und 56 folgen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwertes, sondern auch für Vergaben, deren Auftragswerte die EU-Schwellenwerte nicht erreichen, sofern an diesen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. Ein grenzüberschreitendes Interesse kann angesichts eines gewissen Volumens des Auftrags in Verbindung mit dessen technischen Merkmalen oder dem Leistungsort vorliegen. Es kann auch das Interesse von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern an der Teilnahme am Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags berücksichtigt werden, sofern sich erweist, dass dieses Interesse real und nicht fiktiv ist (EuGH C-278/14).



Merke:

Aufträge, deren Werte den EU-Schwellenwert nicht erreichen, sind unter Beachtung der EU-primärrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu vergeben, wenn an den Aufträgen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Die Pflicht zur Beachtung der genannten europarechtlichen Grundprinzipien für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte kann sich auch aus den Vergabevorschriften der Länder ergeben. So heißt es in den kommunalen Vergabegrundsätzen des Landes NRW (Ziffer 3.1): »Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte sind die europarechtlichen Grundprinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten. Die Auftragsvergabe muss im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfolgen.«

1.6 Übersicht über Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts

Die nachfolgende Übersicht gibt schemenhaft den Aufbau des Vergaberechts oberhalb und unterhalb des EU-Schwellenwertes wieder:

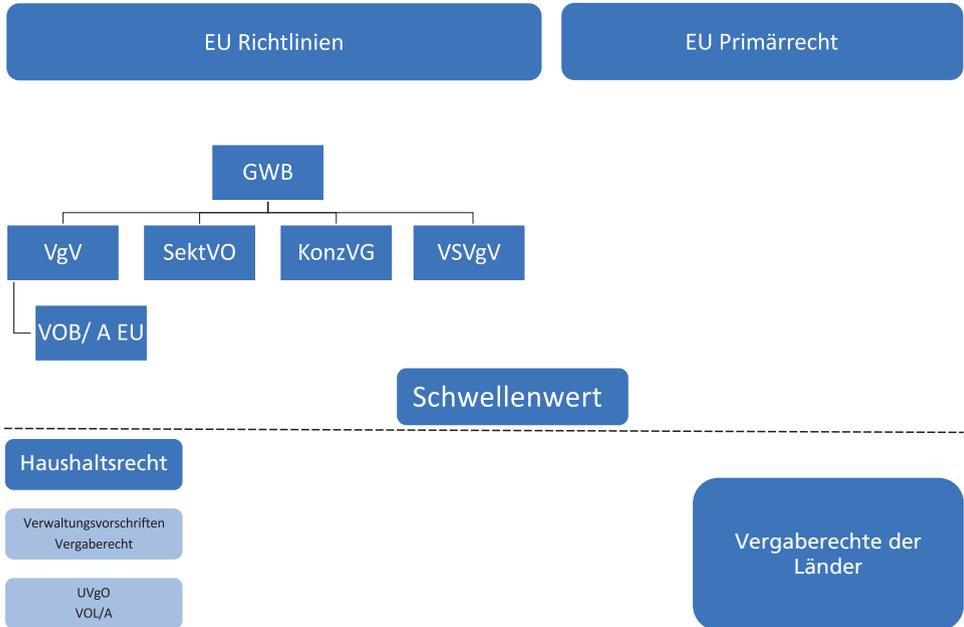


Bild 2: Aufbau des Vergaberechts oberhalb und unterhalb des EU-Schwellenwertes

1.7 Schnellcheck

INFO

Zusammenfassung Grundlagen des Vergaberechts:

- Das Vergaberecht in Deutschland ist zweigeteilt.
- Die Zweiteilung erfolgt durch den EU-Schwellenwert.
- Vergaben über dem EU-Schwellenwert werden nach dem GWB-Vergaberecht durchgeführt.
- Das GWB-Vergaberecht ist Wettbewerbsrecht.
- Vergaben unterhalb des Schwellenwertes werden nach haushaltsrechtlichen Regelungen in Verbindung mit der Unterschwellenvergabeordnung (oder VOL/A) durchgeführt.
- Bei Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes sind die europarechtlichen Grundprinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten.

2 Vergaberecht oberhalb des EU-Schwellenwertes

Oberhalb der EU-Schwellenwerte gilt das europäische Vergaberecht (Richtlinie 2014/24/EU), das in Deutschland durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Vergabeverordnung umgesetzt wurde.

2.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Vergaberechtliche Regelungen für die Beschaffung von Lieferungen und Leistungen, deren Auftragswerte den EU-Schwellenwert erreichen oder übersteigen, finden sich zunächst im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Aufträge, die in den Anwendungsbereich des GWB fallen, sind europaweit auszuschreiben.

Der 4. Teil des GWB ist in zwei Kapitel aufgeteilt:

- Das 1. Kapitel, das in drei Abschnitte und in weitere Unterabschnitte aufgeteilt ist, befasst sich mit den Vergabeverfahren.
- Im 2. Kapitel finden sich Regelungen zum Nachprüfungsverfahren, einem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren. Auch dieses Kapitel ist in drei Abschnitte unterteilt.

2.1.1 Anwendungsbereich

Der 4. Teil des GWB gilt gemäß § 106 GWB für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen – bei diesen besteht die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in dem Recht zur Verwertung der erbrachten Leistungen- deren geschätzte Auftrags- oder Vertragswerte ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.

Ein Auftrag ist unter Beachtung des GWB und damit europaweit ausschreibungspflichtig, wenn

- der Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber ist (99 GWB),
- der Auftrag ein öffentlicher Auftrag ist (§ 103 GWB),
- der Auftrag entgeltlich ist,
- der Auftragswert den einschlägigen Schwellenwert erreicht oder übersteigt (§ 106 Abs. 1 GWB) und
- kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der die Nichtanwendung der Vergabevorschriften erlaubt.

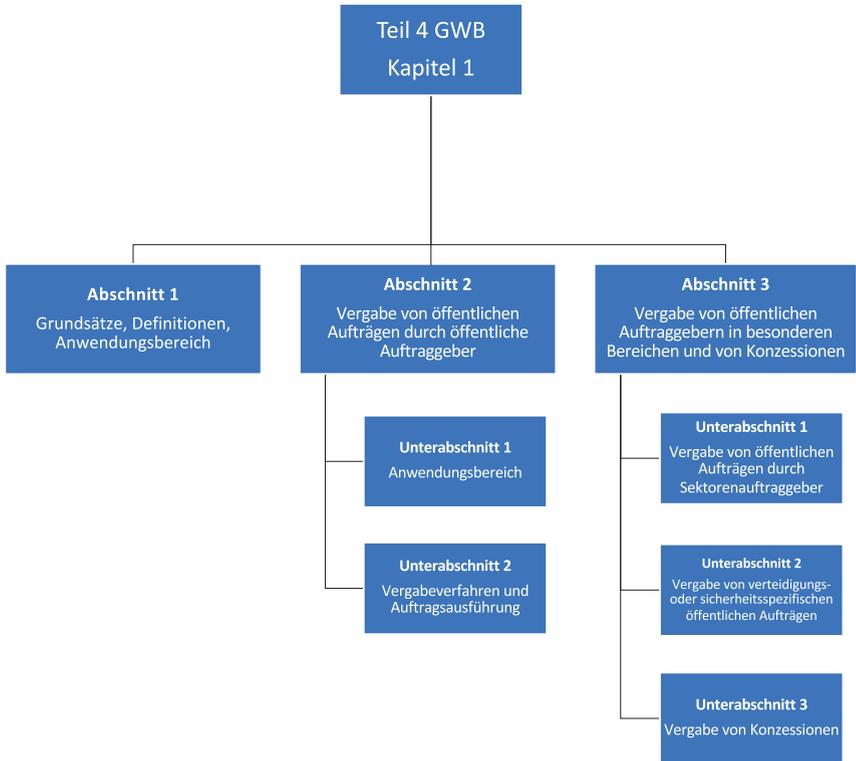


Bild 3: Unterteilung des 4. Teils des GWB, 1. Kapitel

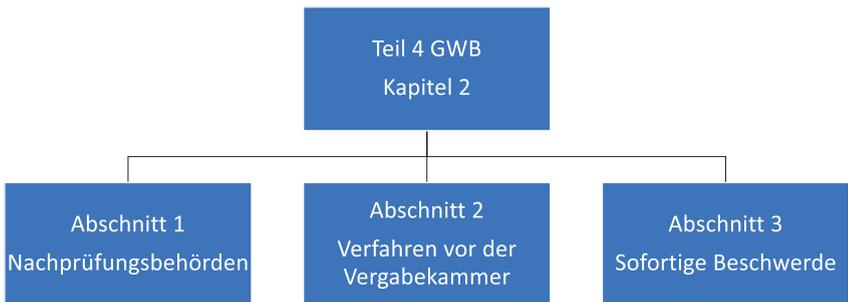


Bild 4: Unterteilung des 4. Teils des GWB, 2. Kapitel

Öffentlicher Auftraggeber

Wann ein Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber ist, ist in § 99 GWB geregelt. Zu den öffentlichen Auftraggebern gehören auch Sektorenauftraggeber, § 100 GWB und Konzessionsgeber, § 101 GWB.

Zu den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 GWB gehören:

- **Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen**, § 99 Nr. 1 GWB. Zu den Gebietskörperschaften gehören die Bundesrepublik Deutschland, die Bundesländer, Stadtstaaten, die Kreise, Städte und Gemeinden. Zu den Sondervermögen der Gebietskörperschaften gehören zum Beispiel die Vermögensmassen unselbständiger Stiftungen oder der Eigenbetriebe.
- **Juristische Person des öffentlichen und des privaten Rechts**, die gegründet worden sind, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen, und die eine besondere Staatsnähe aufweisen, § 99 Nr. 2 GWB. Für die Staatsnähe bedarf es einer überwiegenden Finanzierung seitens der öffentlichen Hand oder der Leitung oder Aufsicht des Staates bzw. seiner nachgeordneten Stellen (OLG Düsseldorf, VII-Verg 22/05.).
- **Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen**, § 99 Nr. 3 GWB. Zu den Verbänden im Sinne der Vorschrift gehören alle Kooperationen von öffentlichen Auftraggebern mit der gemeinsamen Zwecksetzung der Deckung eines Beschaffungsbedarfs. Hierbei kann es sich auch um privatrechtliche Zusammenschlüsse handeln, etwa in Form von Einkaufskooperationen oder um einen Zusammenschluss mehrerer Gebietskörperschaften im Rahmen einer Beschaffung. Auch ein als Verein eingetragener Bezirksfeuerwehrverband ist öffentlicher Auftraggeber (OLG München, Verg 17/13).
- **Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts**, die von öffentlichen Auftraggebern nach den Nrn. 1-3 bei bestimmten Vorhaben subventioniert werden.

Feuerwehr und Rettungsdienst als öffentliche Auftraggeber

a) *Feuerwehren*

Gesetzliche Regelungen zu Feuerwehren unterliegen der Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Bundesländer. Insofern finden sich unterschiedliche Regelungen in den Ländern und Stadtstaaten zu Organisation und Aufbau der Feuerwehren. Allen Regelungen ist aber gemein, dass zwischen Berufs-, Freiwilligen- und Pflichtfeuerwehren als öffentliche Feuerwehren und den Werk- und Betriebsfeuerwehren als betriebliche Feuerwehren unterschieden wird.

Eine Feuerwehr als solche kann nur dann selbst Auftraggeber sein, wenn sie über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Das ist in der Regel nicht der Fall.² Die »Auftraggebereigenschaft« von Feuerwehren richtet sich deshalb nach deren jeweiligem Träger bzw. dem hinter der Feuerwehr stehenden Unternehmen.

aa) *Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren*

Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren als öffentliche Feuerwehren sind nach den jeweiligen Landesgesetzen hauptsächlich gemeindliche Einrichtungen. Träger dieser Feuerwehren sind die jeweiligen Gebietskörperschaften. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber folgt damit aus 99 Abs. 1 GWB.



Merke:

Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren sind mit der sie tragenden Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeber.

bb) *Werkfeuerwehren*

Betriebe oder Einrichtungen, bei denen die Gefahr eines Brandes oder einer Explosion besonders groß ist oder bei denen in einem Schadenfall eine große Anzahl von Personen gefährdet wird, müssen eine Werkfeuerwehr aufzustellen und unterhalten; die Werkfeuerwehr wird staatlich angeordnet. Werkfeuerwehren sind auch staatlich anerkannte Feuerwehren, die freiwillig gebildet wurden.

Fällt der Betrieb oder die Einrichtung, die die Feuerwehr aufgestellt hat und unterhält, unter den öffentlichen Auftraggeberbegriff, umfasst dieser ebenfalls die Werkfeuerwehr.

Beispiel Werkfeuerwehren können von öffentlichen Einrichtungen aufgestellt werden:

Die Planck GmbH betreibt ein Forschungszentrum mit Werkfeuerwehr. Einziger Gesellschafter der GmbH ist die Stadt Thalburg an der Ohm. Die GmbH ist nach § 99 Nr. 2 GWB öffentlicher Auftraggeber; Beschaffungen der Werkfeuerwehr sind vergabepflichtig.

² Eine Ausnahme könnte nur eine Privatfeuerwehr bilden, die bspw. in Form einer GmbH gebildet wurde.

**Merke:**

Werkfeuerwehren können Teil eines öffentlichen Auftraggebers sein.

Werkfeuerwehren können aber auch von privaten Unternehmen aufgestellt sein.

Beispiel:

Die Firma Rakete GmbH, die Feuerwerkskörper produziert, unterhält eine staatlich angeordnete Werkfeuerwehr. Alleinigter Gesellschafter der GmbH ist Herr Müller. Herr Müller fällt nicht unter die in § 99 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber. Vergaberechtliche Bestimmungen muss die Rakete GmbH bei Beschaffungen ihrer Werkfeuerwehr nicht beachten.

cc) Betriebsfeuerwehren

Betriebsfeuerwehren sind im Gegensatz zu Werkfeuerwehren weder staatlich angeordnet noch staatlich anerkannt. Auch hier richtet sich die Auftraggebereigenschaft nach dem die Feuerwehr aufstellenden Betrieb.

b) Rettungsdienste

Ebenso wie die Feuerwehren wird die Organisation und Bereitstellung der Rettungsdienste durch Gesetze der Bundesländer und Stadtstaaten geregelt. Träger des Rettungsdienstes sind die Kommunen oder auch Landkreise. Als Gebietskörperschaften sind die Träger des Rettungsdienstes öffentliche Auftraggeber.

Sektorenauftraggeber

Sektorenauftraggeber sind öffentliche Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit ausüben, § 100 GWB. Was eine Sektorentätigkeit ist, ergibt sich aus § 102 GWB: So sind zum Beispiel das Bereitstellen von Trinkwasser-, Elektrizitäts-, Gas- und Wärmenetzen und die Einspeisung von Trinkwasser, Elektrizität-, Gas und Wärme Sektorentätigkeiten. Auch Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung eines Flughafens sind Sektorentätigkeiten, § 102 Abs. 5 GWB.

Übt ein Unternehmen, das nach § 99 GWB als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist, Tätigkeiten im Bereich eines Flughafens aus, ist es Sektorenauftraggeber.

Beispiel:

Die Stadt Thalburg an der Ohm betreibt ihren Flughafen über die »Airport Thalburg an der Ohm GmbH«; alleiniger Gesellschafter ist die Stadt. Die Airport Thalburg an

der Ohm GmbH unterhält eine Flughafenfeuerwehr. Die GmbH und damit eingeschlossen die Werkfeuerwehr ist nach § 99 Nr. 2 GWB öffentlicher Auftraggeber. Bei Beschaffungen der Werkfeuerwehr ist das Sektorenvergaberecht zu beachten.

Für Sektorenauftraggeber gilt die Sektorenverordnung (SektVO). Sie enthält wie auch das GWB einige Erleichterungen für die Beschaffungen von Sektorenauftraggebern. So können diese zwischen den Verfahrensarten frei wählen, vgl. § 141 GWB.



Merke:

Bei einem eine Werkfeuerwehr haltenden Unternehmen kann es sich um einen Sektorenauftraggeber handeln.

Konzessionsgeber

Konzessionsgeber sind öffentliche Auftraggeber, die eine Konzession vergeben, § 101 GWB. Eine Dienstleistungskonzession ist gegenüber einem Dienstleistungsauftrag dadurch gekennzeichnet, dass die Gegenleistung des Auftraggebers nicht in einem geldwerten Vorteil, also weder in Geld noch in Sachleistungen, sondern nur in dem Recht zur wirtschaftlichen Verwertung der erbrachten Leistung besteht, wobei der Leistungserbringer ganz oder überwiegend das Nutzungsrisiko übernimmt (OLG Düsseldorf, VII-Verg 34/15.).

Beispiel:

Die Feuerwehr der Stadt Thalburg an der Ohm will ihre Betriebskantine bewirtschaften lassen. Sie vergibt eine Dienstleistungskonzession: Der Kantinenbetreiber erhält keine Vergütung von der Stadt, sondern erhält das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Essen und Getränke in der Kantine zu verkaufen. Das wirtschaftliche Risiko trägt der Kantinenbetreiber. Verkauft er zu wenig, muss er den Verlust selbst tragen.

Für Konzessionsgeber gilt die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV).

Öffentlicher Auftrag

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, § 103 GWB.

Tabelle 1: Übersicht über die öffentlichen Auftraggeber

	Norm	Beispiele	Zu beachtende Vorschriften
Gebietskörperschaften	§ 99 Nr. 1 GWB	Bund, Länder, Kommunen	GWB, VgV
Juristische Personen mit besonderer Staatsnähe	§ 99 Nr. 2 GWB	Kommunal beherrschte Unternehmen	GWB, VgV
Verbände	§ 99 Nr. 3 GWB	Feuerwehrverband	GWB, VgV
Personen, die öffentlich subventionierte Vorhaben umsetzen	§ 99 Nr. 4 GWB	GmbH, die beim Schulbau zu mehr als 50 % von der Gemeinde subventioniert wird	GWB, VgV
Sektorenauftraggeber	§ 100 GWB	Flughafengesellschaft	GWB, SektVO
Konzessionsgeber	§ 101 GWB	Kommune vergibt die Bewirtschaftung einer Kantine	GWB KonzVgV

Wesensmerkmal eines öffentlichen Auftrags ist die Teilnahme des öffentlichen Auftraggebers am Markt; das ist dann der Fall, wenn er seine interne Aufgabenorganisation verlässt, um Verträge mit außenstehenden Dritten abzuschließen (1 Verg. 4/01).

Öffentliche Aufträge lassen sich in folgende Kategorien unterteilen:

- **Lieferaufträge:** Verträge zur Beschaffung von Waren durch Kauf, Leasing, Miete oder Pacht.
Beispiele: Kauf eines Krankentransportwagens, Leasing eines Drehleiterfahrzeugs
- **Baufaufträge:** Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen.
- **Dienstleistungsaufträge:** Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht Lieferleistung und nicht Bauleistung sind.
Beispiele: Beschaffung von Beratungsleistungen, Reinigungsleistungen
- **Rahmenvereinbarungen:** Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis.

Beispiel: Rahmenvereinbarungen über die Lieferung von Büromöbeln

- Wettbewerbe: Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan oder einer Planung verhelfen sollen.

Beispiel: Architektenwettbewerbe

Kein öffentlicher Auftrag liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht als Nachfrager, sondern als Anbieter von Leistungen auftritt, also nichts beschafft, sondern Leistungen für Dritte erbringt.

Beispiel:

Die Feuerwehr der Stadt Thalburg an der Ohm hat ein EDV-Programm für die Archivierung von Einsatzdaten entwickelt. Dieses Programm bietet sie auf dem Markt zum Kauf an. Da keine Leistung beschafft wird, ist kein Vergaberecht zu beachten.³

Entgelt

Der Auftrag muss entgeltlich sein. Das Wort »entgeltlich« bezeichnet nach der gewöhnlichen rechtlichen Bedeutung einen Vertrag, mit dem sich jede Partei verpflichtet, eine Leistung im Gegenzug für eine andere zu erbringen (EuGH, C-606/17).

Der Entgeltbegriff im Vergaberecht ist möglichst weit zu fassen. Er bezieht sich nicht nur auf die Zahlung von Geld als Gegenleistung, sondern umfasst jede Art von Vergütung, die einen geldwerten Vorteil bedeutet (OLG Düsseldorf, VII-Verg 71/03; OLG Frankfurt am Main, 11 Verg 11/04). Das weite Verständnis von der Entgeltlichkeit soll die vergaberechtpflichtigen öffentlichen Aufträge von den vergabefreien Gefälligkeitsverhältnissen oder außerrechtlichen Beziehungen abgrenzen (OLG Naumburg, 1 Verg 9/05).

Daher fällt ein Vertrag, der einen Leistungsaustausch vorsieht, auch dann unter den Begriff »öffentlicher Auftrag«, wenn sich die vorgesehene Vergütung auf den teilweisen Ersatz der Kosten beschränkt, die durch die Erbringung der vereinbarten Dienstleistung entstehen (EuGH, C-606/17).

³ Gleichwohl sind die Regelungen zu einer wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde einzuhalten.

Beispiel:

Das Unternehmen U bietet der Feuerwehr der Stadt Thalburg an, einen gebrauchten Krankentransportwagen, den die Feuerwehr nicht mehr benötigt, gegen ein neues Einsatzleiterfahrzeug zu tauschen. Die Werte der Fahrzeuge sind ungefähr gleich. Es handelt sich um einen öffentlichen Auftrag, weil ein Entgelt in Form eines gebrauchten Fahrzeugs geleistet wird. Das Angebot von U kann daher nicht angenommen werden, weil es sich sonst um einen, in diesem Fall unzulässigen, Direktauftrag handeln würde.

Auftragswert erreicht oder übersteigt den Schwellenwert

Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts setzt außerdem voraus, dass der geschätzte Auftragswert den jeweiligen EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt.

Die Schwellenwerte sind nicht im GWB festgeschrieben, sondern ändern sich alle zwei Jahre. § 106 GWB nennt daher keinen festen Betrag als Schwellenwert, sondern verweist auf Artikel 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Artikel 15 der Richtlinie 2014/25/EU (für Sektorentätigkeiten) und Artikel 8 der Richtlinie 2014/23/EU (für Konzessionsvergaben) in der jeweils geltenden Fassung.

Grund für die alle zwei Jahre erfolgende Änderung des Schwellenwertes sind Wechselkursentwicklungen: Die Schwellenwerte sind im Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, kurz »GPA«)⁴ vorgesehen und werden in Sonderziehungsrechten (SZR) ausgedrückt. Sonderziehungsrechte sind eine weltweite künstliche Währung, die vom Internationalen Währungsfonds eingeführt wurde und denen ein Währungskorb aus den Währungen US-Dollar, japanischer Yen, Euro,ritisches Pfund, chinesischer Renminbi mit unterschiedlichen Anteilen zugrunde liegt.

Der Gegenwert der Schwellenwerte in den europäischen Währungen Euro, Pfund, Kronen usw. wird alle zwei Jahre von der EU-Kommission entsprechend den Wechselkursschwankungen zu den Sonderziehungsrechten neu berechnet und veröffentlicht. Die Schwellenwerte sind Netto-Werte ohne Umsatzsteuer.

4 Bei dem Übereinkommen handelt es sich um ein plurilaterales Rechtsinstrument, mit dem die gegenseitige Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte der Vertragsparteien bezweckt wird. Es wird auf alle Aufträge angewandt, deren Wert die darin festgelegten, in Sonderziehungsrechten ausgedrückten Beträge (»Schwellenwerte«) erreicht oder übersteigt.