

Schütte/Horstkotte
Hünemörder/Wiedemann

WASSER ENERGIE VERKEHR

Vergaberecht für Praktiker –
Eine Einführung anhand von Fällen

2., überarbeitete Auflage

Kohlhammer

Kohlhammer

Wasser – Energie – Verkehr

Vergaberecht für Praktiker – Eine Einführung anhand von Fällen

bearbeitet von

Dieter B. Schütte

Rechtsanwalt, Bad Doberan

Michael Horstkotte

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht und Verwaltungsrecht, Rostock

Olaf Hünemörder

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Bad Doberan

Jörg Wiedemann

Richter, Naumburg

unter Mitarbeit von

Mathias Westburg

Rechtsanwalt, Ludwigslust

2., überarbeitete Auflage

Verlag W. Kohlhammer

2. Auflage 2025

Alle Rechte vorbehalten

© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:

ISBN: 978-3-17-040994-1

E-Book-Formate:

pdf: ISBN 978-3-17-040995-8

epub: ISBN 978-3-17-040996-5

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.

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 zur 2. Auflage

Die öffentliche Hand ist zur Erfüllung ihrer Aufgaben darauf angewiesen, Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, welche sie nicht mit eigenen Kapazitäten erbringen kann, auf dem Markt zu beschaffen. Nach dem jeweils für sie geltenden Haushaltsrecht sind Träger der öffentlichen Hand verpflichtet, nach einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu entscheiden, ob sie solche Leistungen besser aus eigener Kraft erbringen oder unter Rückgriff auf die Ressourcen des Marktes einkaufen. Begeben sie sich auf den Markt, dann gelten hierfür spezielle Regelungen. Während das öffentliche Auftragswesen lange Zeit nahezu ausschließlich als internes Recht der Verwaltung, nahezu ausschließlich im Haushaltsrecht geregelt und allein vom Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung geprägt war, gewannen seit etwa Mitte der 1970er Jahre – ausgehend von der Entwicklung und Stärkung des Binnenmarktes in der Europäischen Gemeinschaft bzw. später der Europäischen Union – zunehmend auch Aspekte des Wettbewerbsrechts an Bedeutung. Inzwischen hat die EU nicht nur Grundfreiheiten der Unternehmen im Binnenmarkt normiert – diese Grundfreiheiten sind sog. EU-Primärrecht, gelten unmittelbar in allen Mitgliedsstaaten und sind im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelt –, sondern es sind Richtlinien geschaffen worden, welche zu einer Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen führen sollen – sog. EU-Sekundärrecht, welches grundsätzlich zu seiner Geltung einer Umsetzung in das jeweilige nationale Recht bedarf.

Im Rahmen des europäischen Vergaberechts gibt es Sonderregelungen für Wirtschaftsbereiche (sog. Sektoren), die spezifischen Marktstrukturen und Marktmechanismen unterliegen. Das sind leitungsgebundene Infrastrukturen (Trinkwasser, Elektrizität, Gas und Wärme) und feste Infrastrukturen für Verkehr (Eisenbahn, Straßenbahn, Trolleybus, Seilbahn, Bus, Häfen und Flughäfen) sowie im Bereich fossiler Brennstoffe. Im deutschen Recht sind diese Regelungen teilweise im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und ganz überwiegend in der Sektorenverordnung (SektVO) enthalten. Auch Jahre nach Inkrafttreten der Sektorenverordnung am 18.4.2016 sind nicht alle Rechtsfragen, die mit dieser Verordnung aufgeworfen wurden, geklärt und nicht alle Praktiker mit den neuen Regelungen vertraut.

Aus diesem Grund wendet sich dieses Buch an jene Praktiker, die sich einen schnellen Überblick über das Vergaberecht in den Bereichen der Wasser- und Energieversorgung und des Verkehrs verschaffen wollen. Durch die prägnante Darstellung und Vielzahl nützlicher Querverweise ist dieses Buch auch für Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften interessant, die sich mit dem Sektorenvergaberecht vertraut machen wollen.

Anhand einfacher Strukturen und anschaulicher Fälle soll das Werk ein schnelles Einarbeiten in das komplexe Rechtsgebiet ermöglichen. Praxisnahe Tipps sollen ein Gespür für die taktischen Aspekte im Vergabeverfahren vermitteln und beim Aufdecken der gängigsten Fehlerquellen helfen. Zugleich widmet sich das Buch der neuesten Rechtsprechung zum Vergaberecht, die bis zum Stand März 2024

Vorwort zur 2. Auflage

eingearbeitet ist, um auch einen (Aus-)Blick auf die aktuellen Entwicklungen in diesem Rechtsgebiet zu ermöglichen.

Die Autoren Schütte, Horstkotte und Hünemörder beraten als Rechtsanwälte schwerpunktmäßig Stadtwerke, Zweckverbände und andere kommunale Versorgungsbetriebe. Der Autor Wiedemann ist als Richter am Oberlandesgericht Naumburg mit dem Vergaberecht befasst. Die Autoren führen regelmäßig Fachseminare auf dem Gebiet des Vergaberechts durch. Sie sind Autoren zahlreicher Fachveröffentlichungen zum Vergaberecht und zum Recht der öffentlichen Versorgungsunternehmen. Die Autoren danken Herrn Rechtsanwalt Johannes Jenß für seine sorgfältige Recherche und die Gesamtreaktion.

Für Anregungen und Rückfragen zu diesem Buch sind wir dem Leser dankbar. Nehmen Sie Kontakt zu der Kanzlei Schütte Horstkotte und Partner, Neuer Markt 17, 18055 Rostock auf unter hro@sh-partner.de bzw. dbr@sh-partner.de oder telefonisch unter 0381/4930260.

Die Autoren

April 2024

Die in dem Buch zitierten Vorschriften können über folgenden Link eingesehen werden



<https://dl.kohlhammer.de/978-3-17-040994-1>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XVI
A. Grundlagen des Vergaberechts in den Bereichen Trinkwasser, Energie und Verkehr	1
I. Gegenstand des Vergaberechts	1
II. Rechtsgrundlagen	1
III. Sektorenvergaberecht als Sonderrecht	2
IV. Neustrukturierung des Sektorenvergaberechts	3
V. Aufbau der Sektorenverordnung	4
VI. Rechtsgrundlagen für Vergaben im Sektorenbereich	4
1. Grundprinzipien des Vergaberechts	4
a) Transparenz.	4
b) Wettbewerb.	6
c) Vertraulichkeitsschutz.	6
d) Gleichbehandlung.	7
e) Wirtschaftlichkeit.	8
f) Förderung mittelständischer Interessen.	8
g) Verwirklichung des freien europäischen Binnenmarktes.	9
h) Treu und Glauben.	10
i) Anforderungen an die Kommunikation.	10
2. Ermessen und Beurteilungsspielraum des Auftraggebers.	12
3. Vergaberecht kraft eigener Geltung	12
4. Verpflichtung zur Anwendung von Vergaberecht durch Haushaltsrecht	14
B. Anwendungsbereich der Sektorenverordnung	15
I. Persönlicher Anwendungsbereich – Für wen gilt die SektVO?	15
1. Öffentliche Auftraggeber im Allgemeinen	15
2. Öffentliche Auftraggeber im Sektorenbereich	15
a) Begriff des Sektorenauftraggebers.	15
b) Reine Sektorenauftraggeber.	15
c) Öffentliche Auftraggeber.	17
d) Abgrenzung zu Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit.	25
3. Auftragnehmer	28

Inhaltsverzeichnis

II. Vergaberechtlich relevante Tätigkeiten	28
III. Sektorentätigkeiten: Der sachliche Anwendungsbereich – Wann haben Sektorenauftraggeber die SektVO anzuwenden?	28
1. Trinkwasserversorgung	29
a) Das Erfordernis fester Netze.	29
b) Versorgung der Allgemeinheit.	29
c) Betreiben und Bereitstellen der Netze.	30
d) Gewinnung von Trinkwasser.	30
e) Transport und Verteilung von Trinkwasser und die Versorgung der Netze mit Trinkwasser.	30
f) Erweiterungen der Tätigkeit.	31
g) Einschränkung.	31
2. Elektrizitäts-, Gas- und Wärmeversorgung.	32
a) Das Erfordernis fester Netze.	32
b) Versorgung der Allgemeinheit.	32
c) Betreiben und Bereitstellen der Netze.	32
3. Verkehrsleistungen.	32
a) Bereitstellen und Betreiben von Verkehrsnetzen.	32
b) Erbringen von Verkehrsleistungen.	33
4. Flug- und Schiffsverkehr.	33
5. Fossile Brennstoffe.	34
6. Mischaufräge mit und ohne Sektorenbezug.	34
a) § 111 GWB.	34
b) § 112 GWB.	35
c) Sonderfälle.	36
7. Tätigkeiten im Zusammenhang mit den Sektorentätigkeiten.	36
a) Abgrenzungskriterien.	36
b) Einzelne Tätigkeiten im Detail.	37
IV. Anwendung des Vergaberechts bei Inhouse-Geschäften.	38
V. Anwendung des Vergaberechts bei Kooperationen zwischen Kommunen und anderen selbstständigen staatlichen Einheiten	41
VI. Anwendung des Vergaberechts bei Vertragsverlängerungen.	43
1. Vertragsverlängerungen ohne Pflicht zur Neuausschreibung	43
2. Vertragsverlängerungen mit Pflicht zur Neuausschreibung	43
VII. Anwendung des Vergaberechts bei Nebenangeboten	43
VIII. Schwellenwerte	45
1. Schwellenwerte im Sektorenvergaberecht	45
a) Bedeutung der Schwellenwerte.	45
b) Geltungsdauer.	45
c) Höhe.	46

2.	Ermittlung der Schwellenwerte	46
a)	Methode und Zeitpunkt der Auftragswertermittlung.. . . .	46
b)	Umgehungsverbot.	47
c)	Schätzung des Auftragswertes in besonderen Fällen.. . . .	47
IX.	Ausnahmen.	49
1.	Ausnahmen in der SektVO	49
2.	Ausnahmen der §§ 137 bis 140 GWB für den Sektorenbereich	50
a)	Beschaffung von Trinkwasser, Energie und Brennstoffen.. . . .	50
b)	Unternehmensverbünde, § 138 GWB.	50
c)	Netze in Drittstaaten.	50
d)	Finanzdienstleistungen.. . . .	51
3.	Ausnahmen für Sektorentätigkeiten, die unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sind.	51
a)	Verfahren nach § 3 SektVO.	51
b)	Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen.. . . .	51
c)	Vergabe von Konzessionen an Subventionsempfänger und im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge.	52
4.	Allgemeine Ausnahmen nach GWB.	53
a)	Arbeitsverträge.	53
b)	Staatlich verliehene Monopole.	53
c)	Immobilienbezogene Geschäfte.. . . .	53
d)	Schlichtungs- und Schiedsgerichtsleistungen.. . . .	53
e)	Katastrophenschutz, Zivilschutz, Gefahrenabwehr.	53
C.	Vorbereitung des Vergabeverfahrens bis zur Bekanntgabe – Auswahl der Verfahrensart und Vertragsform; Erstellung der Unterlagen	54
I.	Die Auswahl der Vergabeart.	55
1.	Verfahren bei Sektorentätigkeiten oberhalb der Schwellenwerte	55
a)	Grundsatz.	55
b)	Offenes Verfahren.	55
c)	Nicht offenes Verfahren.	55
d)	Verhandlungsverfahren.. . . .	56
e)	Planungswettbewerbe.. . . .	60
f)	Innovationspartnerschaft.	60
2.	Verfahrensarten unterhalb der Schwellenwerte	60
3.	Ausschreibung im Ganzen oder losweise Vergabe?	61
II.	Die Auswahl der Vertragsform.	62
1.	Die Wahl der richtigen Vertragsart.	62

Inhaltsverzeichnis

2.	Die Wahl der zweckmäßigsten Form des Vertragsabschlusses	63
III.	Die Vergabeunterlagen	63
1.	Leistungsbeschreibung als Herzstück des Vergabeverfahrens	64
a)	Gegenstand der Leistungsbeschreibung.	64
b)	Inhaltliche Anforderungen an die Leistungsbeschreibung.	64
2.	Fristen	70
a)	Bemessung der Fristen.	70
b)	Länge und Berechnung der Fristen.	71
c)	Fristen für zusätzliche Unterlagen und Auskünfte.	71
d)	Zuschlags- und Bindefrist.	72
3.	Eignungs- und Wertungskriterien	74
4.	Anforderung von Subunternehmererklärungen	75
D.	Durchführung des Vergabeverfahrens	77
I.	Bekanntmachung der Eignungs- und Zuschlagskriterien.	77
1.	Inhalt und Zweck der Bekanntmachung.	77
2.	Form und Veröffentlichung der Bekanntmachung	78
3.	Inhalt der Vergabeunterlagen	78
II.	Aufforderung zur Angebotsabgabe.	78
III.	Öffnung der Angebote	79
IV.	Prüfung und Wertung der Angebote (§ 51 SektVO)	79
1.	Erste Stufe: Eignung der Angebote	79
a)	Ausschluss von Angeboten mit sofort erkennbaren, groben Fehlern.	79
b)	Ausschluss von unvollständigen Angeboten.	80
c)	Ausschluss von abweichenden Angeboten.	80
d)	Ausschluss von widersprüchlichen Angeboten.. . . .	80
e)	Ausschluss von doppelten Angeboten.	81
2.	Zweite Stufe: Eignung der Bieter.	81
a)	Gesetzliche Auswahlkriterien.	81
b)	Fachkunde.	81
c)	Leistungsfähigkeit.	82
d)	Zuverlässigkeit und Gesetzestreue.	83
e)	Bestimmung und Nachweis der Eignungskriterien.. . . .	83
3.	Dritte Stufe: Ausschluss ungeeigneter Angebote	87
a)	Ausschluss von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigem Preis.	87
b)	Ausschluss von Angeboten aus Drittstaaten.	88
4.	Vierte Stufe: Entscheidung über das wirtschaftlichste Angebot.	88
a)	Prüfung der Wirtschaftlichkeit.	88
b)	Zulässigkeit von Nachverhandlungen.. . . .	89

	c) Preisrecht und Vergabe.....	90
	5. Abschluss: Informationspflichten und Zuschlag	93
V.	Ablauf des Verhandlungsverfahrens	94
	1. Unterschiede zum offenen und nicht offenen Verfahren ..	94
	a) Bei der Angebotsprüfung	94
	b) Bei der Eignungsprüfung	95
	2. Verhandlungsstrategien	95
	a) Sukzessives Abschichten.....	96
	b) „Preferred bidder“.....	97
	c) Verhandlungspflicht des Auftraggebers.....	99
	3. Formen der Verhandlungen	100
	4. Verhandlungsgegenstände	101
	5. Häufige Fehler in den Verhandlungen	103
VI.	Das dynamische Beschaffungssystem	103
VII.	Aufhebung und Einstellung des Vergabeverfahrens	104
	1. Möglichkeit zur Aufhebung oder Einstellung des Verfah- rens	104
	2. Teilaufhebung oder -einstellung des Verfahrens	106
	3. Folgen einer unberechtigten Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens	107
VIII.	Nach der Vergabe – Auftragsänderungen	108
E.	Rechtsschutz	111
I.	Rechtsschutz im Vergaberecht	111
II.	Vorabinformations- und Wartepflicht	113
	1. Vorabinformationspflicht	113
	2. Wartepflicht	114
	3. Folgen eines Verstoßes	115
III.	Rügeobliegenheiten des Bieters	116
	1. Gegenstand und Zweck	116
	2. Rügefristen	116
	3. Rügeberechtigung	117
IV.	Akteneinsichtsrecht des Bieters	118
V.	Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte	118
	1. Primärrechtsschutz im Nachprüfungsverfahren	118
	a) Antrag, §§ 160 Abs. 1, 161 GWB.	119
	b) Antragsbefugnis	119
	c) Antragsfrist	120
	d) Erfüllung der Rügeobliegenheit	121
	e) Besonderheiten bei De-facto-Vergaben	121
	2. Sekundärrechtsschutz (Schadensersatz)	122
	a) Allgemeine Ersatzansprüche	123
	b) Besonderer Ersatzanspruch bei Pflicht zur EU-wei- ten Ausschreibung.....	124

Inhaltsverzeichnis

3.	Sonstiger Rechtsschutz.	124
a)	Eilverfahren.	124
b)	Sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht.	126
c)	Divergenz- und EuGH-Vorlage.	129
d)	Fortsetzungsfeststellung.	130
e)	Europarechtliches Vertragsverletzungsverfahren.	130
VI.	Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte.	133
1.	Die Rechtswegfrage	133
2.	Betroffenheit eines subjektiven Rechts?.	134
VII.	Schadenersatz des Auftraggebers bei missbräuchlicher Inanspruchnahme von Rechtsschutz.	136
	Stichwortverzeichnis	137

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht/Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte(r) Fassung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BAnz	Bundesanzeiger
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaften
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	(fort-)folgende
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von

Abkürzungsverzeichnis

IBR	Immobilien und Baurecht (Zeitschrift)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S. d.	im Sinne des/der/dieser
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
insg.	insgesamt
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KOM	Europäische Kommission
KV	Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern
LG	Landgericht
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungsordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
o. ä.	oder ähnliche(r/s)
o. g.	oben genannte(r)
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft(en)
RL	Richtlinie
RMR	Rechtsmittelrichtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
s.	siehe
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SektVO	Sektorenverordnung
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte(r/s)
SRMR	Sektorenrechtsmittelrichtlinie
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer
UA	Unterabsatz
u. a.	unter anderem/und andere