

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 1

### Inhalt



Übersicht der Zulässigkeit der Hauptvergabearten

Oberschwellenbereich

Unterschwellenbereich

Offenes Verfahren (öffentliche Ausschreibung)

Vorinformation an die Europäische Union

Vergabe-Bekanntmachung und Abruf der Unterlagen

Angebotsphase

Submissionstermin

Prüfung der Angebote und deren Ausschluss

Formelle Prüfung

Formelle zwingende Ausschlussgründe (§ 16 EU VOB/A)

Materielle eignungsbezogene Ausschlussgründe

Zwingende Ausschlussgründe

Fakultative Ausschlussgründe

Keine Selbstreinigung (§ 125 GWB)

Eignungsprüfung

Befähigung zur Berufsausübung

Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Prüfung der Angebote in rechnerischer und technischer Hinsicht

Wertung der Angebote

Angemessenheit des Preises (1. Wertungsschritt)

Wirtschaftlichkeitsprüfung (2. Wertungsschritt)

Vergabevorschlag und Vorabinformation

Alternative: Aufhebung der Ausschreibung?

Beschränkung des Bieterkreises: Nichtoffenes Verfahren (beschränkte Ausschreibung)

Verhandlungsverfahren (freihändige Vergabe)

Wettbewerblicher Dialog

Innovationspartnerschaft

## Übersicht der Zulässigkeit der Hauptvergabearten

Im Oberschwellenbereich gibt es **fünf** Vergabeverfahrensarten, § 119 Abs. 1 GWB (§ 14 VgV bzw. § 3 EU VOB/A für Bauleistungen):

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 2

Offenes Verfahren (§ 3 Nr. 1 EU VOB/A),  
Nicht offenes Verfahren (§ 3 Nr. 2 EU VOB/A),  
Verhandlungsverfahren (§ 3 Nr. 3 EU VOB/A),  
Wettbewerblicher Dialog (§ 3 Nr. 4 EU VOB/A),  
Innovationspartnerschaft (§ 3 Nr. 5 EU VOB/A).

Die Legaldefinitionen dieser Vergabearten ergeben sich aus § 119 Abs. 3–7 GWB. Zwar gelten diese analog auch für Unterschwellenbereich. Allerdings entspricht das „Verhandlungsverfahren“ im Unterschwellenbereich der „freihändigen Vergabe“. Zudem gibt es dort keinen „wettbewerblichen Dialog“ und keine „Innovationspartnerschaft“.

Im **Oberschwellenbereich** ist ein öffentlicher Auftrag also grundsätzlich

im **offenen** Verfahren

oder

im **nicht offenen** Verfahren

zu vergeben (§ 119 Abs. 2 GWB)[1]. Vor 2016 gab es eine strenge Hierarchie der Vergabearten. Danach war lediglich das offene Verfahren stets zulässig, alle anderen Vergabearten waren Ausnahmen. Dies wurde mit der Vergaberechtsreform 2016 geändert und die strengere „deutsche Lösung“ der europäischen Rechtslage angepasst.

Nunmehr sind also das offene Verfahren *und* das nicht offene Verfahren stets – so hatten es auch die EU-Richtlinien vorgesehen[2] – anwendbar. Das nicht offene Verfahren ist allerdings ausschließlich mit einem Teilnahmewettbewerb statthaft. [3] Das **offene** und das **nicht offene Verfahren** sind also seit der Vergaberechtsreform die **Regelverfahren** und die übrigen Verfahren nur im Ausnahmefall zulässig.

Während das offene und das nicht offene Verfahrens schon zuvor (vor 2016) klar strukturiert geregelt waren, hat der Auftraggeber mit der Vergaberechtsreform 2016 auch beim **Verhandlungsverfahren** – aus den Vergaberechtsprinzipien resultierende – klarstellende Vorgaben erhalten. So hat der Auftraggeber nunmehr in der Bekanntmachung mitzuteilen, ob er sich vorbehält, bereits auf das **erste Angebot** den Zuschlag zu erteilen.

Im **Unterschwellenbereich** richtet sich das Vergabeverfahren maßgeblich nach der jeweiligen Art des Auftrags. So kennt die VOB/A bei Bauleistungen im Unterschwellenbereich folgende Vergabeverfahren (nach § 3 VOB/A):

die öffentliche Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 VOB/A),

die beschränkte Ausschreibung (§ 3 Abs. 2 VOB/A),

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 3

die freihändige Vergabe (§ 3 Abs. 3 VOB/A).

### Oberschwellenbereich

**Offenes Verfahren**  
Stets

**Nicht offenes Verfahren Verhandlungsverfahren**

Stets **nach**

**Teilnahmewettbewerb**,  
§ 119 Abs. 4 GWB (§ 3 EU  
Nr. 2 VOB/A)

**Bauleistungen**

Gem. § 3a Abs. 2 VOB/A **nach Teilnahmewettbewerb** zulässig, wenn

1. die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Leistungen erfüllt werden können,
  2. der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst,
  3. der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne Verhandlungen vergeben werden kann,
  4. die Leistung, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vom öffentlichen Auftraggeber nicht mit ausreichender Genauigkeit beschrieben werden kann, oder
  5. im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen oder nur unannehmbare Angebote eingereicht wurden
- oder gem. § 3a EU Abs. 3 VOB/A **ohne Teilnahmewettbewerb**, wenn eine der in § 3a EU Abs. 3 Nr. 1 bis 5 VOB/A geregelten Ausnahmen tatsächlich und objektiv vorliegt.

### Unterschwellenbereich

**Öffentliche Ausschreibung**  
stets

**Beschränkte Ausschreibung**

**Bei Bauleistungen**

Nach § 3a Abs. 3 VOB/A **mit**

**Teilnahmewettbewerb**, wenn

- die Leistung nur von einem beschränkten Bieterkreis ausgeführt werden kann oder
- der Aufwand für die Bearbeitung des Angebotes unverhältnismäßig wäre und **ohne Teilnahmewettbewerb** nach § 3a Abs. 2 VOB/A, wenn
- der Auftragswert bestimmte Wertgrenzen, die von den Landesgesetzgebern teilweise geändert wurden, unterschreitet oder
- eine vorangegangene öffentlichen Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis gehabt hat oder
- bei Unzweckmäßigkeit der öffentlichen Ausschreibung  
(Dringlichkeit/Geheimhaltung)

**Freihändige Vergabe**

**Bauleistungen**

– nach § 3 Abs. 4 S. 2 VOB/A,

wenn der der Auftragswert unterhalb von 10.000,00 EUR netto bzw. unterhalb des vom Landesgesetzgeber bestimmten Werts liegt oder

– nach den in § 3a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 bis 6 VOB/A geregelten **Ausnahmefällen**, insbes. wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein bestimmtes Unternehmen in Betracht kommt (Nr. 1), die Leistung besonders dringlich ist (Nr. 2), die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (Nr. 3), eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung aufgehoben wurde (Nr. 4), die Geheimhaltung dies erfordert (Nr. 5) oder es sich lediglich eine kleine Zusatzleistung handelt (Nr. 6) und der Ausnahmegrund tatsächlich und objektiv vorliegt.

Der größte Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber im Unterschwellenbereich stellt die Möglichkeit dar, auf einen Teilnahmewettbewerb verzichten zu können.

### Offenes Verfahren (öffentliche Ausschreibung)

Regelungen zum Ablauf im offenen Verfahren (Oberschwellenbereich) finden sich zum einen im GWB, zum anderen in der VOB/B (EU) für Bauleistungen bzw. der VgV für Liefer- und Dienstleistungen.

Die folgenden Ausführungen orientieren sich an der Ausschreibung für Bauleistungen. Die jeweiligen Abweichungen für Liefer- und Dienstleistungen werden teils im Text, teils in den Fußnoten behandelt.

### Vorinformation an die Europäische Union

Nach § 12 Abs. 1 EU VOB/A kann dem Vergabeverfahren eine (noch unverbindliche) Vorinformation vorgeschaltet werden, deren Sinn und Zweck es ist, den Unternehmen eine rechtzeitige Disposition zu ermöglichen.

Ungeachtet dieser Vorinformation an die Europäische Union wird also kein Vergabeverfahren eingeleitet. Dies hat zur Folge, dass für eine Aufhebung des Verfahrens auch kein Aufhebungsgrund vorliegen muss.

Der Inhalt der Vorinformation ergibt sich aus Anhang V Teil B der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A). Dem oben erwähnten Zweck entsprechend müssen alle wesentlichen Merkmale der Baumaßnahme genannt werden.

### Vergabe-Bekanntmachung und Abruf der Unterlagen

Das Vergabeverfahren wird erst mit der Bekanntmachung nach § 12 Abs. 2 EU VOB/A verbindlich eingeleitet, das sich dann nur durch deren – lediglich in Ausnahmefällen zulässigen – Aufhebung beenden lässt. Liegt keine dieser Ausnahmen vor, würde es mit dem Zuschlag enden.

Der genaue Inhalt der Vergabebekanntmachung ergibt sich aus Anhang V Teil C der Richtlinie 2014/24/EU bzw. den von der Kommission gem. Art. 51 der Richtlinie verfassten Standardformularen.[4]

Neben den Angaben, wo die Vergabeunterlagen abrufbar sind, wann, wie und wo die Angebote einzureichen sind, muss die Bekanntmachung beinhalten:

Konkrete Eignungs-Anforderungen (welche Erklärungen und Angaben müssen mit dem Angebot abgegeben werden),

Angaben zur Zulassung von Nebenangeboten,

Angaben zur losweisen Vergabe und

Hinweise auf den Rechtsschutz.

Mit dem Tag der Bekanntmachung müssen die Vergabeunterlagen unentgeltlich mit uneingeschränktem und vollständigen direkten Zugang abrufbar sein, § 12a Abs. 1 EU VOB/A.

Unter **Vergabeunterlagen** versteht man (§ 8 Abs. 1 EU VOB/A):

die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Anschreiben), gegebenenfalls mit

Teilnahmebedingungen und die

Vertragsunterlagen, d.h. die Unterlagen, die der Bieter als Angebot zurückreichen muss und die dann – im Fall der Zuschlagserteilung – Gegenstand des Vertrages würden.

Seit der Vergaberechtsreform müssen die Vergabeunterlagen nunmehr in der Regel **elektronisch** zur Verfügung gestellt werden und können nur in Ausnahmefällen auch in Papier vorgelegt werden (§§ 11-11b EU VOB/A).

### Angebotsphase

Die Angebotsphase soll mindestens 35 Kalendertage betragen, beginnend vom Tag nach Absendung der Bekanntmachung, § 10a Abs. 1 EU VOB/A. Allerdings ist diese Regelfrist durch die Pflicht zur elektronischen Vergabe überholt: faktisch zur Regelfrist ist dadurch eine 30-Tages-Frist.

Die Angebotsfrist kann jedoch verkürzt werden. Dies ist der Fall, wenn mindestens 35 Tage und höchstens 12 Monate zuvor eine Vorinformation gem. § 12 Abs. 1 EU VOB/A mit sämtlichen verfügbaren Pflichtinformationen (§ 12 Abs. 2 EU VOB/A) erfolgt ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, kann die Frist zur Abgabe der Angebote auf 15 Kalendertage verkürzt werden, § 10a Abs. 2 EU VOB/A verkürzt werden.

Bei größeren Bauvorhaben sollte die Angebotsfrist länger bemessen sein. Denn nur so besteht eine realistische Chance, dass zuschlagsfähige Angebote eingehen. Die Frist muss sogar verlängert werden, wenn der öffentliche Auftraggeber Anfragen, die rechtzeitig vor dem Abgabetermin eingegangen sind, nicht bis spätestens sechs Kalendertagen vor dem Abgabetermin wird beantworten können (§ 10a Abs. 6 EU VOB/A).

### Submissionstermin

Der Submissionstermin (auch Eröffnungstermin) ist Ausfluss des Transparenzgebots und soll Manipulationen verhindern. Bis zur Vergaberechtsreform 2016 konnten Bieter am Termin teilnehmen. Seitdem dies grundsätzlich nicht mehr erforderlich, wobei allerdings die Liefer- oder Dienstleistungsvergaben ohnehin keinen öffentlichen Submissionstermin kannten. Ausnahmsweise ist ein Submissionstermin noch immer erforderlich, wenn schriftliche Angebote (Unterschwelbereich) zugelassen sind (§ 14a Abs. 1 VOB/A).

Die Öffnung der (elektronischen) Angebote erfolgt nun also in einem nichtöffentlichen Termin über dessen Inhalt<sup>[5]</sup> die Bieter unverzüglich elektronische informiert werden müssen (§ 14 Abs. 6 S. 1 EU VOB/A).

Der Eröffnungstermin muss, möglichst direkt mit Ablauf der Angebotsfrist – unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist durchgeführt werden.<sup>[6]</sup> Über ihn ist eine **Niederschrift** zu fertigen, § 14 Abs. 3 EU VOB/A, die vom Verhandlungsleiter zu unterzeichnen ist. Anschließend haben die Bieter das Recht auf Einsicht in die Niederschrift (§ 14 Abs. 6 S. 2 EU VOB/A).

### Prüfung der Angebote und deren Ausschluss

Die Zuschlagsfrist und die mit ihr korrespondierende Bindefrist (Zeitraum, in dem sich die Bieter an ihr Angebot gebunden halten), soll so kurz wie möglich bemessen sein und nur in begründeten Fällen länger als 60 Kalendertage betragen (§ 10 Abs. 8 S. 3 und 4 EU VOB/A).

Die Zeit für die Prüfung der Angebote und die (anschließend folgende) Wertung muss also innerhalb

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 6

dieses Zeitfensters erfolgen muss, ebenso wie die Vorabinformation (§ 134 GWB) mit der Bekanntgabe der Vergabeentscheidung. Nur so ist effektiver Primärrechtsschutzes gewährleistet.

---

### Achtung

Wird ein **Zuschlag** also vor Ablauf der Vorinformationsfrist (15 Kalendertage bei Übermittlung per Post bzw. 10 Tage per Fax oder Mail) erteilt, wäre dieser **nichtig**, § 135 GWB.

---

Die Angebote sind in folgender Reihenfolge zu prüfen: Es beginnt eine

**formale** Prüfung (§ 16 und § 16b Abs. 1 i.V.m. § 6e EU VOB/A) **(1)**, sodann wird die **Eignung** der Bieter (§ 16b EU VOB/A) geprüft **(2)**, an die sich die Prüfung der Angebote in **rechnerischer und technischer Hinsicht** (§ 16c EU VOB/A) anschließt **(3)**. Allerdings kann die Reihenfolge von (2) und (3) auch getauscht werden, § 16b Abs. 2 VOB/A bzw. VOB/A EU. Die **Prüfung** der Angebote ist also von der sich anschließenden **Wertung** der Angebote deutlich zu unterscheiden. Und vorab hat der Auftraggeber einige formale Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

### Formelle Prüfung

Bei der formellen Angebotsprüfung muss man zwischen den **formal zwingenden** (§ 16 EU VOB/A) und **eignungsbezogenen** Ausschlussgründen unterscheiden (§ 16b Abs. 1 i.V.m. § 6e EU VOB/A), die *zwingend*, aber auch *fakultativ* sein können.

Bei den in § 16 EU VOB/A genannten formellen Ausschlussgründen hat der öffentliche Auftraggeber keinen Ermessensspielraum. Er kann bzw. darf das fehlerhafte Angebot also nicht berücksichtigen. Dies gilt auch bei den eignungsbezogenen (zwingenden) Ausschlussgründen des § 6e Abs. 1-5 EU VOB/A.

Bei den fakultativen Ausschlussgründen nach § 6e Abs. 6 VOB/A kann der Auftraggeber den Bieter lediglich ausschließen, muss er jedoch. Allerdings muss der öffentliche Auftraggeber sein Ermessen pflichtgemäß ausüben, §§ 123, 124 GWB.[7]

### Formelle zwingende Ausschlussgründe (§ 16 EU VOB/A)

Die formalen Gründe, die zum Ausschluss des Angebotes zwingen, sind in § 16 EU VOB/A abschließend geregelt. Angebote sind demzufolge in folgenden Fällen auszuschließen:

Angebot geht zu spät ein,  
Unterschrift/Signatur fehlt,

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 7

mehr als eine unwesentliche und wettbewerbsneutrale Preisangabe fehlt, das Angebot ist unvollständig (Fehlen vorbehaltener Nachweise), vgl. aber § 16a Abs. 2 S. 3 bis 5 VOB/A und VOB/A EU.

Dasselbe gilt auch für Nebenangebote, wenn diese entweder nicht zugelassen sind oder nicht den Mindestanforderungen entspricht, wobei dann allerdings nur des Nebenangebot ausgeschlossen wird.

---

### Beispiel[8]

In der Angebotsphase überreicht ein Bieter (B) im Rahmen einer Ausschreibung über die Einrichtung der Mensa einer Universität eine Erklärung zur Ausstattung und Qualifizierung seiner Lieferantin (L).

Der öffentliche Auftraggeber (A) bzw. das von diesem beauftragte Planungsbüro (P) verlangt von B weitere Unterlagen und ergänzende Informationen, die sich auf die Arbeiten der L beziehen.

Darauf erklärt A, das Angebot müsse aus formalen Gesichtspunkten ausgeschlossen werden und verweist auf eine Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts vom 28.08.2002 (Verg 20/02), wonach sämtliche Leistungen mit Angebotsabgabe, wie auf dem Formblatt 233 (Nachunternehmerleistungen) gefordert, angegeben hätten werden müssen.

B wehrt sich dagegen mit folgender Begründung: Zwar treffe es zu, dass ein Angebot bei unvollständigen Angaben über Nachunternehmer unter Umständen ausgeschlossen werden. Dies sei jedoch gleich aus mehreren Gründen nicht möglich gewesen.

Zum einen sind nach der Rechtsprechung bloße Lieferanten gerade keine Nachunternehmer. Auch ein Lieferant, der sein Produkt einbaut, ist allein deshalb noch kein Nachunternehmer.[9] Vorliegend habe keine gesonderte Bauleistung vorgelegen, weil der Schwerpunkt der Leistung des Lieferanten auf dem Verkauf und nicht etwa auf der geringfügigen geleisteten Montageunterstützung liege.

Die Ausgabe sollte von der Lieferantin vormontiert und in Teilstücken mit Monteuren transportiert, aufgestellt und montiert werden. Für die Montagearbeiten an den Verbindungsstellen war die Lieferantin lediglich als Montageunterstützung vorgesehen. Die vor Ort auszuführenden Montagearbeiten waren dabei allein dem Umstand geschuldet, dass die Gesamtanlage nicht am Stück zur Baustelle hätte transportiert werden konnte.

Darüber hinaus hätte das Angebot selbst bei einer unterstellten Pflicht zur Benennung des Lieferanten im Formblatt 233 nicht ausgeschlossen werden dürfen. Denn L sei im Leistungsverzeichnis zur Herstellung der Ausgabemöbel benannt worden. Ein Bieter kann aber nicht ausgeschlossen werden, wenn der Lieferant in den Vergabeunterlagen benannt ist. Denn der Auftraggeber kann dann auch

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 8

aufgrund dieser Angabe die Eignung des Lieferanten prüfen.[10]

---

### **Materielle eignungsbezogene Ausschlussgründe**

#### Zwingende Ausschlussgründe

Nach § 6e Abs. 1-5 VOB/A sind Angebote im Zusammenhang mit einem strafrechtlich relevanten Verhalten zwingend auszuschließen.

Mit der Vergaberechtsreform 2016 sind weitere zwingende Ausschlussgründe eingeführt worden: So hat das GWB eine Art „Unternehmensstrafrecht“ eingeführt mit einer Zurechnung von Fehlverhalten von Leistungspersonal zum Unternehmen (§ 123 Abs. 3 GWB, § 6e Abs. 3 EU VOB/A). Derartige zwingende Ausschlussgründe sind **jederzeit** zu berücksichtigen, § 123 Abs. 4 GWB.

#### Fakultative Ausschlussgründe

Nach § 124 GWB[11] können folgende Verstöße zum Ausschluss des Angebots führen:

Das Unternehmen hat nachweislich gegen umwelt-, sozial-, und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen (Nr. 1) oder

es liegt eine die Integrität des Unternehmens verletzende schwere Verfehlung des Unternehmens oder einer dem Unternehmen zuzurechnende Leitungskraft vor (Nr. 3). Darüber hinaus kann auch die mangelhafte Erfüllung eines früheren öffentlichen Auftrags (von jedem öffentlichen Auftraggeber) zum Ausschluss führen, wenn diese zur Beendigung oder zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtslage geführt hat (Nr. 7). Dasselbe gilt bei einer unzulässigen Beeinflussung des Auftraggebers (Nr. 9).

Den Nachweis für das Vorliegen des Ausschlussgrundes muss der Auftraggeber erbringen.

#### Keine Selbstreinigung (§ 125 GWB)

Bieter können sich allerdings im Wege einer „Selbstreinigung“ von Ausschlussgründen befreien.

Anderenfalls würde dem Unternehmen nämlich eine längere Vergabesperre drohen (§ 126 GWB), die durchaus existenzbedrohend sein kann. Die Regelung des § 125 GWB[12] ist mit der Vergaberechtsreform 2016 eingeführt worden und stellt die Umsetzung von Art. 57 Abs. 6 RL 2014/24/EU in deutsches Recht dar. Danach können Bieter, die nach §§ 123, 124 GWB auszuschließen wäre, nachweisen, dass sie sehr wohl zuverlässig sind. Dies setzt jedoch voraus,

dass für den verursachten Schaden ein Ausgleich gezahlt oder versprochen wurde, der Ausschlussgrund durch aktive Zusammenarbeit umfassend geklärt ist und konkrete Maßnahmen ergriffen wurden, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu verhindern (§ 125 GWB).



## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 9

Nach dem Wortlaut und der Gesetzesbegründung haben Bieter, wenn sie ihre **Selbstreinigung nachgewiesen** haben, **Anspruch auf Beteiligung** am Verfahren. Der Auftraggeber hat also kein Ermessen, ob er den gereinigten Bieter berücksichtigen will. In jedem konkreten Fall muss der Bieter allerdings geeignete Selbstreinigungsmaßnahmen nachweisen.

### Eignungsprüfung

Seit der Vergaberechtsreform 2016 ist ein Bieter geeignet, der fachkundig, leistungsfähig und nicht nach dem Katalog der §§ 123, 124 GWB[13] auszuschließen ist. Dies ergibt sich aus § 122 Abs. 1 GWB.

Die im Einzelnen vom Auftraggeber vorab im Rahmen der Vergabebekanntmachung festzulegenden (§ 122 Abs. 4 S. 2 GWB) Eignungskriterien dürfen sich nur auf die

Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen, § 122 Abs. 2 GWB.

### Befähigung zur Berufsausübung

Der Auftraggeber kann die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung abfragen und Nachweise verlangen. Im **Anhang XI** der RL 2014/24/EU sind für Deutschland folgende Register erwähnt:

Handelsregister,  
Handwerksrolle und bei Dienstleistungsaufträgen das Vereinsregister,  
Partnerschaftsregister und die  
Mitgliederverzeichnisse der Berufskammern der Länder,  
wobei bei Oberschwellenvergaben keine Eintragung in (nur) deutsche Register gefordert werden darf.  
Vielmehr müssen vergleichbare europäische Zulassungen akzeptiert werden.

### Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

Der im Anhang XII der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführte und auch in § 6a Nr. 2 EU VOB/A aufgenommene Katalog ist nicht abschließend. Mit der Vergabereform 2016 ist im Hinblick auf den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit u.a. neu eingeführt, dass für andere als die dort aufgelisteten Nachweise stichhaltige Gründe erforderlich sind.

### Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Bei den Eignungskriterien für den Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit haben sich gegenüber der früheren Rechtslage keine wesentlichen Änderungen ergeben. Der (abschließende) Katalog des Anhangs XII der RL 2014/24/EU ist in § 6a Nr. 3 EU VOB/A übernommen.

Folgende Kriterien spielen bei der Prüfung der Angebote über Bauleistungen in der täglichen Praxis immer wieder eine Rolle:

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 10

6a Nr. 3 a) EU VOB/A – vergleichbare Leistungen [1]

6a Nr. 3 h) EU VOB/A – Geräte [2]

6a Nr. 3 l) EU VOB/A – Unterauftragnehmer [3].

### [1] Vergleichbare Leistungen

Wann ist eine Leistung (Referenz) vergleichbar und welche Vorgaben darf der Auftraggeber in diesem Zusammenhang machen?

Es handelt sich dann um vergleichbare Leistungen, wenn die Referenz Leistungen umfasst, die der ausgeschriebenen Leistung

*„so weit ähneln, dass die Referenzleistung einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebenen Leistungen eröffnet. „Vergleichbar“ heißt nicht „gleich“ oder gar „identisch“, sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten.“[14]*

Dabei müssen die Vorgaben des Auftraggebers zu „vergleichbaren Leistungen“ in der Vergabebekanntmachung beschrieben werden.

### [2] Geräte

Der Auftraggeber kann den Nachweis fordern, über welche Geräte der Bieter verfügt. Ist der Bieter nicht Eigentümer des Gerätes, stellt sich die Frage, ob er den Eigentümer von fremdem Gerät als *anderer Unternehmer* anzugeben hat. Früher war der Vermieter – weil er keine eigene Leistung erbringt – kein Nachunternehmer oder Unterauftragnehmer.

Mit der Vergabennovelle könnte dies im Hinblick auf die Leihe von Geräten mit Personal anders sein. Der Geräteverleih mit Bedienpersonal ist nämlich nun ein Bauauftrag.[15] Diese Wertung könnte auch auf die Frage durchschlagen, wer Nachunternehmer i.S. des § 6a Nr. 3 EU VOB/A ist. Leihe/Miete etc. von Fremdgerät mit Personal könnte also durch zugleich der Einsatz eines anderen Unternehmens sein.

### [3] Unterauftragnehmer

Unterauftragnehmer ist jedes Drittunternehmen, auf dessen Fähigkeiten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung beruft. Deshalb ist der Lieferant oder Transporteur kein zu benennender anderer Unternehmer. Anderer Unternehmer i.S. des § 6a EU VOB/A ist aber die Konzerngesellschaft, der Fremdüberwacher i.S. des § 6a Nr. 3b) EU VOB/A und der Subunternehmer des Subunternehmers des Bieters.

Wesentliche Neuregelung in der VOB/A 2016 sind die Möglichkeiten des Auftraggebers,

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 11

bei einer Eignungsleihe für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit vorzuschreiben, dass das andere Unternehmen gemeinsam mit dem Bieter für die Auftragsausführung haften soll (§ 6d Abs. 2 EU VOB/A) bzw.

vorzuschreiben, dass der Bieter auszuschließende Nachunternehmer ersetzen muss (§ 6d Abs. 1 EU VOB/A).

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wann Lieferanten zu benennende **Nachunternehmer** sind: Nach der Rechtsprechung sind bloße Lieferanten keine Nachunternehmer.[16] Wünscht ein Auftraggeber auch Angaben über Lieferanten bzw. auch Nachunternehmer, muss er dies unzweideutig offenlegen.[17]

Auch ein Lieferant, der sein Produkt einbaut, ist kein Nachunternehmer.[18] Die Vergabekammer Sachsen hat hier zum einen entschieden, dass eine Firma, die ihre Maschinen anliefert und vor Ort zusammensetzt, kein Nachunternehmer ist, weil die Materialkosten über 80 % der Gesamtleistung ausmachen und daher der Schwerpunkt auf dem Verkauf der Maschinen lag; eine gesonderte Bauleistung läge nicht vor, sondern das Aufstellen sei in der Lieferung enthalten.

Sofern sich Art und Umfang der durch den Lieferanten ausgeführten Leistung aus dem LV ergeben, ist die Angabe im Nachunternehmerverzeichnis außerdem ein Formalismus, der nicht mit dem Sinn und Zweck der Nachunternehmerbenennung zu rechtfertigen ist. Der Ausschluss eines Angebotes wegen des Fehlens geforderter Erklärungen setzt vielmehr die Prüfung voraus, ob das Angebot sich deswegen nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Wertung eignet. Das Fehlen geforderter Angaben und Erklärungen führt dann zum Ausschluss des Angebotes, wenn die Ergänzung der fehlenden Angaben die Wettbewerbsstellung des betreffenden Bieters ändern würde.[19]

Bei Baustoff- und Bauteillieferanten kommt es also auf das Maß an erforderlicher fachlicher Qualifikation des Dritten sowie an Abgeschlossenheit der Teilleistung an. Hiernach ist zu entscheiden, ob sich die Teilleistungen auf reine Hilfsfunktionen beschränken oder als Nachunternehmerleistungen zu qualifizieren sind.[20]

So wurde beispielsweise die Herstellung von Fenstern als bloße Bauteillieferung angesehen, so dass die insoweit eingesetzten Unternehmen nicht anzugeben waren.[21]

Teilleistungen, die im Verhältnis zum Gesamtauftrag nur einen geringen Prozentsatz ausmachen, können allerdings Nachunternehmerleistungen sein. Ausgangspunkt ist grundsätzlich die Leistungsbeschreibung und die darin enthaltene Festlegung, zu welchen primären Leistungen der Auftragnehmer sich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet bzw. für welche konkreten Arbeitsleistungen der Auftragnehmer vom Auftraggeber eine Vergütung erhält. Nicht als Nachunternehmer gelten demgegenüber diejenigen Firmen, die bloße Hilfsfunktionen übernehmen.[22] Ergeben sich aus den Ausschreibungsunterlagen keine Hinweise darauf, dass die vom nachgeordneten Unternehmen übernommene Aufgabe zur Primärleistung gehört, ist im Zweifel davon auszugehen, dass

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 12

die Angabe nicht erforderlich ist. Konkret ging es hier um die Entsorgung von anfallendem Altholz, die an ein nachgeordnetes Unternehmen vergeben werden sollten.

Nach der englischen Fassung kann ein Nachunternehmer allerdings mit „any share oft the contract“ betraut sein, nach dem Wortlaut ist also ein bestimmter Umfang der Leistung gerade nicht erforderlich. Es gibt jedoch auch kritische Stimmen, die es für bedenklich halten, dass hier erhebliche Leistungen untervergeben werden könnten, solange nur die angelieferten Einzelteile teuer genug sind, so dass bei diesen jeweils der kaufvertragliche Charakter überwiegt.

Das OLG Düsseldorf stellt bei der Abgrenzung darauf ab, ob das Unternehmen den Auftrag jedenfalls teilweise übernimmt oder nicht. Entscheidend sind somit die konkreten Leistungspflichten des im Vergabeverfahren gesuchten Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber. Nur wenn ein Dritter die Leistungspflichten gegenüber dem Auftraggeber ganz oder teilweise erfüllt, handelt es sich bei dem Dritten um einen Subunternehmer. Auch das OLG Düsseldorf stellt fest, dass ein Verlangen hinsichtlich der Angaben von Lieferanten und Nachunternehmern unzweideutig formuliert sein muss.[23]

### **Prüfung der Angebote in rechnerischer und technischer Hinsicht**

Die Prüfung der Preise und der technischen Vorgaben umfasst lediglich die rechnerische Kontrolle der Angaben der Bieter bzw. die Kontrolle der für die Einhaltung der technischen Vorgaben eingereichten technischen Unterlagen, was vor allem bei funktionalen Leistungsbeschreibungen von Bedeutung ist.

Im Rahmen der technischen Prüfung müssen alle von den Bietern eingereichten technischen Unterlagen darauf geprüft werden, ob sie den technischen Anforderungen der Vergabeunterlagen und den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen.

### **Wertung der Angebote**

Die Wertung der Angebote, die allerdings häufig durch externe Berater unterstützt wird, erfolgt in zwei Schritten: Zunächst muss die Angemessenheit der Preise geprüft werden (§ 16d Abs. 1 EU VOB/A). Daran schließt sich die eigentliche Wertung an, und zwar anhand der Zuschlagskriterien.[24]

### **Angemessenheit des Preises (1. Wertungsschritt)**

Auf ein Angebot mit einem unangemessen hohen oder niedrigen (Gesamt-)Preis darf der Zuschlag nicht erteilt werden.[25] Während der Ausschluss eines unangemessen hohen Angebots unproblematisch ist und in der Regel auch kein Nachprüfungsverfahren nach sich ziehen wird, ist dies bei unangemessen günstigen Angeboten anders. Erscheint dem Auftraggeber ein Angebot unangemessen niedrig (Abstand von mind. 10 % zum nächsten Bieter), muss er die Hintergründe dieses auffälligen Missverhältnisses aufklären und das Ergebnis dieser Aufklärung dokumentieren.[26]

Die Prüfung erfolgt in folgenden drei Schritten:

Zunächst ist das auffällige **Missverhältnis** zwischen Preis und Leistung **festzustellen**, wobei es in

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 13

diesem Zusammenhang maßgeblich auf die Angebotsendsumme ankommt. Allerdings kann auch eine Differenz bei wichtigen Positionen ein auffälliges Missverhältnis begründen.

In einem zweiten Schritt fordert der Auftraggeber den Bieter (möglichst mit Fristsetzung) zur **schriftlichen Erläuterung** seiner Preise auf.

Schließlich muss der Auftraggeber die Erklärung des Bieters sowie die Angemessenheit des Angebots – unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bieters – abschließend **prüfen**.

In diesem letzten Schritt muss der Auftraggeber die vom Bieter angegebenen Gründe für den günstigen Preis bewerten. Denkbar ist beispielsweise, dass der Bieter über günstigere Bezugsquellen oder Produktionsvorrichtungen verfügt als andere Bieter. Ist dieser Grund nachvollziehbar dargelegt, kann damit die Vermutung der Unangemessenheit bzw. der Unauskömmlichkeit der Preise widerlegt werden.

Kann der Bieter also einen Grund glaubhaft machen, mit der die – letztlich mit der Unauskömmlichkeit der Preise verbundene – Vermutung, er werde in so wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und könne den Auftrag deshalb nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführen, widerlegen, wäre ein Ausschluss dieses Bieters nicht zulässig.

### **Wirtschaftlichkeitsprüfung (2. Wertungsschritt)**

Im Zentrum der Wertung steht jedoch die Prüfung der Wirtschaftlichkeit.[27] Als **Leitlinie** gilt hier:

Das wirtschaftlichste Angebot ist das mit dem **besten Preis-Leistungsverhältnis**, bei dem – neben dem Preis und den Kosten – auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte zu berücksichtigen sein können.

Die Wirtschaftlichkeitsprüfung darf allerdings nur anhand der **Kriterien** erfolgen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen angegeben worden sind. Der öffentliche Auftraggeber darf hier also weder ein Kriterium weggelassen noch darf er ein zusätzliches Kriterium berücksichtigen.

Streitig ist, ob und inwieweit der Auftraggeber im Rahmen dieser zweiten Wertungsstufe einen **Ermessens-** oder **Beurteilungsspielraum** hat[28] Die herrschende Auffassung bejaht dies und verlangt nicht, dass der Auftraggeber eine objektiv richtige Entscheidung trifft, sondern lediglich eine nachvollziehbare Entscheidung, welches Angebot ihm – im Rahmen des ihm auf Grundlage der vorgesehenen Zuschlagskriterien zustehenden Beurteilungsspielraums – als das annehmbarste erscheint.

Der Beurteilungsspielraum wird danach lediglich überschritten,

wenn das vorgeschriebene **Verfahren** nicht eingehalten wird,

wenn der Auftraggeber von einem unzutreffenden und/oder unvollständigen **Sachverhalt** ausgeht,

wenn **sachwidrige Erwägungen** in die Wertung einbezogen werden oder

wenn der – sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltende – **Beurteilungsmaßstab falsch**

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 14

**angewandt** wird.

Nach welchem System er die Angebote wertet, nach einer prozentualen Gewichtung oder einer sog. scoring-Tabelle, kann der Auftraggeber im Rahmen seines Ermessens über die Kriterienauswahl und -gewichtung selbst festlegen. Maßgeblich ist dabei, dass der Auftraggeber **objektive Maßstäbe** ansetzt, die *sein* Verständnis vom wirtschaftlichsten Angebot nachvollziehbar – und damit letztlich auch (in Grenzen) gerichtlich überprüfbar – macht.

Zu den großen Problemen im Rahmen dieser zweiten Wertungsstufe gehört die Behandlung von **Nebenangeboten**. Dabei muss man unterscheiden zwischen der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Nebenangebote überhaupt gewertet werden dürfen, und der Frage, wie sie ggf. zu werten sind. Sofern sie nach der Bekanntmachung zugelassen sind, dürfen Nebenangebote auch gewertet werden, § 127 Abs. 4 S. 2 GWB.[29] Voraussetzung ist jedoch, dass die Mindestanforderungen eines Nebenangebots erfüllt sind.[30]

Hat der Auftraggeber also Nebenangebote zugelassen und entsprechende Mindestanforderungen aufgestellt, stellt sich die weitaus schwierigere Frage, wie diese zu bewerten sind.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg hat in diesem Zusammenhang einen Prüfungskanon entwickelt, der von der Rechtsprechung weitestgehend übernommen worden ist. Danach erfolgt die Prüfung der Wertbarkeit eines Nebenangebotes (NA) in fünf Schritten[31]:

Sind NA überhaupt **zugelassen**?

Erfüllt das NA die **Mindestanforderungen**?

Enthält das NA den **Nachweis** der **Gleichwertigkeit** der angebotenen Leistung zu den Vorgaben der Ausschreibung?

Ist die behauptete **Gleichwertigkeit** auch **objektiv** gegeben?

Ist das – danach zu wertende – Nebenangebot gegenüber dem wirtschaftlichsten Hauptangebot der anderen Bieter oder anderen wertbaren NA **wirtschaftlicher**?

Der Auftraggeber ist allerdings nicht verpflichtet, die Gleichwertigkeit eines Nebenangebotes erschöpfend zu prüfen. Es ist vielmehr Sache des Bieters, die Gleichwertigkeit der von ihm selbst vorgeschlagenen Alternative nachzuweisen. Der Auftraggeber ist lediglich gehalten, ein ordnungsgemäß eingereichtes Nebenangebot unter Ausnutzung der *ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen* auf deren Gleichwertigkeit hin zu prüfen und bei etwaigen Unklarheiten beim Bieter nachzufragen.

## Vergabevorschlag und Vorabinformation

Nach der Wertung muss der Auftraggeber entscheiden, auf welches Angebot er den Zuschlag erteilen will oder – wenn er dies nicht will oder (nicht mehr) kann – ob er das Vergabeverfahren aufhebt (s.u.).[32] Soweit erforderlich, muss dazu auch die Zustimmung anderer Gremien (z.B. Rat der Stadt) eingeholt werden, da sich nämlich nach positiver Vergabeentscheidung nur noch der Zuschlag

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 15

anschließt, wodurch der zivilrechtliche Vertrag wirksam geschlossen wäre.

Zur Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes muss der Auftraggeber bzw. die Vergabestelle vor Zuschlagserteilung diejenigen Bieter, die den Auftrag nicht erhalten werden, über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informieren, § 134 GWB.

Nach **134 Abs. 1 GWB** informiert der Auftraggeber die Bieter,

*„... deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.“*

Der Auftraggeber muss diese Information schriftlich spätestens 15 Kalendertage vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung erteilen. Die Frist verkürzt sich auf 10 Kalendertage, wenn die Information per Fax oder auf elektronischem Weg übermittelt wird. Die Frist berechnet sich vom Tag nach der Absendung der Vorabinformation, ohne dass es auf den Zugang bei den Bietern ankommt.

---

### Beachte

Wird ein Auftrag vor Ablauf dieser Frist erteilt, so ist der Vertrag unwirksam (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB).

---

Nach Ablauf von 15 bzw. 10 Kalendertagen (s.o.) kann also der Zuschlag erteilt werden, wobei es keine Erweiterungen, Beschränkungen oder Änderungen des Angebots gegeben haben darf.[33] Dies gilt nicht nur aus vergaberechtlichen Gründen, sondern auch in zivilrechtlicher Hinsicht. Denn jede Erweiterung, Beschränkung oder Änderung stellt ein neues Angebot dar, das dann wiederum vom Bieter angenommen werden müsste (§ 150 Abs. 1 BGB). Zwar enthält § 18 Abs. 2 EU VOB/A für einen solchen Fall den Hinweis, dass eine Erklärung des Bieters zu den neuen Bedingungen gefordert werden soll. Dies dürfte jedoch mit den europarechtlichen Leitlinien, insbesondere auch dem Nachverhandlungsverbot (§ 15 EG Abs. 3 VOB/A) nicht vereinbar sein.[34]

Die Auftragsvergabe ist dann auch bekannt zu machen.[35] Dies dient statistischen Zwecken und soll interessierten Unternehmen die Möglichkeit geben, sich über den Ausgang des Verfahrens zu

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 16

informieren.

### **Alternative: Aufhebung der Ausschreibung?**

Im Verlauf des Vergabeverfahrens können sich Gesichtspunkte herausstellen, die einen Zuschlag als „natürliche“ Folge eines Vergabeverfahrens bzw. Beschaffungsvorgangs aus Sicht des Auftraggebers nicht sinnvoll oder unattraktiv erscheinen lassen. Ein Grund könnte beispielsweise sein, dass die vorhandenen finanziellen Mittel anderweitig besser eingesetzt werden können.

Zwar normiert das Vergaberecht keine Pflicht des Auftraggebers, am Ende eines einmal eingeleiteten Verfahrens mit dem Zuschlag einen (zivilrechtlich wirksamen) Vertrag zu schließen. Dessen ungeachtet genießen Bieter Vertrauensschutz darauf, dass der Auftraggeber ohne jeden Grund ein formell eingeleitetes Vergabeverfahren aufhebt. Vor diesem Hintergrund ist es durchaus verständlich, dass auch die Aufhebung eines Vergabeverfahrens mit Hilfe eines Nachprüfungsverfahrens einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden kann, vor allem dann, wenn der Auftraggeber durchaus auch weiterhin die Absicht hat, den Auftrag zu erteilen.

Die Gründe für eine Aufhebung der Ausschreibung sind in § 17 EU VOB/A enumerativ aufgeführt, d.h. *abschließend* geregelt. Danach kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn ...

- a) *kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht,*
- b) *die Vergabeunterlagen grundlegend geändert werden müssen,*
- c) *andere schwerwiegende Gründe bestehen.*

Die Entscheidung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens steht allerdings im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers. Insofern kann das Ermessen – wie in anderen Fällen auch – durchaus eingeschränkt sein. Insofern kann sich allerdings auch eine „Ermessensreduzierung auf Null“ ergeben und der Auftraggeber verpflichtet sein, das Vergabeverfahren aufzuheben (z.B. wenn das Vergabeverfahren nicht mehr rechtmäßig zu Ende geführt werden kann).

War die Aufhebung der Ausschreibung allerdings unberechtigt, kann der öffentliche Auftraggeber im Wege des Primärrechtsschutzes zur Aufhebung der Aufhebung und Fortführung des Vergabeverfahrens gezwungen werden, allerdings nur dann, wenn die Vergabeabsicht unverändert fortbesteht und kein objektiv nachvollziehbarer Grund für die Aufhebung vorlag.

Unabhängig davon können Bieter im Wege des Sekundärrechtsschutzes die ihnen entstandenen Aufwendungen als Schadensersatz ersetzt verlangen, wenn sie mit ihrem Angebot zu berücksichtigen gewesen wären. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang nicht endgültig aufgibt, sondern die Beschaffung anderweitig vornehmen lässt.[36]

Lag hingegen ein Aufhebungsgrund (bei Bauleistungen i.S. von § 17 EU VOB/A) vor, haben Bieter keinen



## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 17

Anspruch auf Schadensersatz oder Erstattung der Kosten. In diesem Fall kann der Auftraggeber den Auftrag allerdings keineswegs freihändig bzw. im Verhandlungsverfahren vergeben. Er muss vielmehr die richtige Vergabeverfahrensart wählen<sup>[37]</sup> und das entsprechende Vergabeverfahren neu einleiten und durchführen.<sup>[38]</sup>

### **Beschränkung des Bieterkreises: Nichtoffenes Verfahren (beschränkte Ausschreibung)**

Im nichtoffenen Verfahren erfolgt die Eignungsprüfung im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb, d.h. vor Angebotsabgabe. Demgegenüber erfolgt sie beim offenen Verfahren erst im Rahmen der Angebotswertung, es sei denn, der Auftraggeber macht von der Möglichkeit Gebrauch, wonach Angebote auch zuerst geprüft werden können, wenn sichergestellt ist, dass die anschließende Prüfung des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen und der Einhaltung der Eignungsanforderungen unparteiisch und transparent erfolgt, § 16b Abs. 2 VOB/A.

### **Verhandlungsverfahren (freihändige Vergabe)**

Bei der Freihändigen Vergabe (national) fordert der öffentliche Auftraggeber ausgewählte Unternehmen zur Abgabe eines Angebots auf. Das gilt auch für das Verhandlungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte. Die aufgeforderten Unternehmen bieten dann eine der Ausschreibung entsprechende Leistung an, sind dem öffentlichen Auftraggeber bereits im Vorfeld bekannt und stehen mit diesem regelmäßig in Verbindung.

Bei einem derartigen Verfahren ist der Wettbewerb stark eingeschränkt, und die sonst üblichen Formvorschriften müssen hier nicht beachtet werden. Um den Bewerberkreis zu erkunden, kann der Auftraggeber im Vorfeld einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchführen. Beim Verhandlungsverfahren (Oberschwellenbereich) ist die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs vorgeschrieben. Hierdurch wird die geplante Auftragsvergabe öffentlich bekannt gegeben. Alle interessierten Unternehmen können dann Anträge auf Teilnahme stellen. Der Auftraggeber wählt dann die Bewerbungen aus und fordert gezielt zur Abgabe eines Gebots auf. Die allgemeinen Vergabegrundsätze sind dabei zu beachten.

### **Wettbewerblicher Dialog**

Der Wettbewerbliche Dialog ist in § 18 VgV geregelt. In einem solchen Fall würde der öffentliche Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen seine Bedürfnisse und Anforderungen an die zu beschaffende Leistung beschreiben und die hierbei zugrunde gelegten Zuschlagskriterien nennen und erläutern und einen vorläufigen Zeitrahmen für den Dialog festlegen.

### **Innovationspartnerschaft**

Die Innovationspartnerschaft wurde mit der Vergaberechtsreform 2016 eingeführt. Es ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer noch nicht am Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen.<sup>[39]</sup>

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 18

Bei der Auswahl der Bieter (Teilnahmewettbewerb) sind zunächst die **Fähigkeiten** zu Forschung und Entwicklung und Umsetzung innovativer Lösungen als Eignungskriterien zu prüfen, es folgt die Verhandlung über den Angebotsinhalt – mit Ausnahme der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien und des endgültigen Angebotes –, auf das der Zuschlag auf eines oder mehrere Angebote folgt.

Der Vertrag umfasst demgemäß **zwei Phasen**,

die Forschungs- und Entwicklungsphase und  
die Leistungsphase,

wobei es Zwischenziele gibt, bei denen der Vertrag beendet werden kann.

Die Innovationspartnerschaft unterscheidet sich vom Verhandlungsverfahren und zum wettbewerblichen Dialog vor allem darin, dass es hier möglich ist, **mehrere Angebote** zu beauftragen. Dies ist vor allem in der ersten Phase sinnvoll (Forschung und Entwicklung).

---

[1] Für Bauleistungen: § 3a Abs. 1 EU VOB/A.

[2] Dies galt schon seit der RL 77/62/EWG (keine Hierarchie der Vergabearten). In Art. 11 Abs. 4 der RL 92/50/EWG war nochmals klargestellt worden, dass *entweder* das offene Verfahren *oder* das nicht offene Verfahren angewandt werden kann.

[3] So § 119 Abs. 2 GWB bzw. § 3a Abs. 2 VOB/A (Bauleistungen), eine Umsetzung von Art. 26 Abs. 4 RL 2014/24/EU. Nach Art. 26 Abs. 6 RL 2014/24/EU wurde den Mitgliedstaaten jedoch gestattet, in bestimmten, in Art. 32 der Richtlinie genannten Umständen dem Auftraggeber die Möglichkeit einzuräumen, Verhandlungsverfahren und wettbewerbliche Dialoge ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Von dieser Möglichkeit hat Deutschland mit der Regelung des § 3a Abs. 3 VOB/A Gebrauch gemacht.

[4] Einzusehen und herunterzuladen unter <http://simap.ted.europa.eu>.

[5] Dies bedeutet: Name der Bieter, Angebotssummen, Preisnachlässe und Anzahl der Nebenangebote müssen mitgeteilt werden.

[6] Aus Gründen der Transparenz wie auch für die immer wieder relevante Frage der Verspätung von Angeboten sollte eine Uhrzeit angegeben werden (vgl. § 14 Abs. 1 EU VOB/A). Liegt nämlich ein Angebot nicht rechtzeitig (bei Öffnung des ersten Angebots) vor, ist es auszuschließen. War es allerdings (nachweislich) beim Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist eingegangen und lag es dem Verhandlungsleiter lediglich beim Öffnen des ersten Angebotes aus Gründen, die vom Bieter nicht zu

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 19

vertreten sind, nicht vor, ist es wie ein rechtzeitig eingegangenes Angebot zu behandeln, § 14 EU Abs. 5 VOB/A.

[7] Die Regelung §§ 123, § 124 GWB spiegeln sich in § 6e Abs. 1-5 EU VOB/A wieder.

[8] Vgl. hierzu auch S. 67 ff.

[9] Vgl. VK Sachsen, IBR 2002, 507; OLG Schleswig, IBR 2004, 451; LG Kiel, IBR 2003, 375.

[10] VK Sachsen, IBR 2002, 507.

[11] Dies entspricht § 6e Abs. 6 EU VOB/A.

[12] Diese Regelung ist in § 6f EU VOB/A übernommen worden.

[13] Dem entspricht § 6e Abs. 1-5 bzw. Abs. 6 EU VOB/A.

[14] Vgl. hierzu OLG München Beschl. v. 12.11.2012 – Verg 23/12; OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.04.2014 – 11 Verg 1/14.

[15] Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RL 2014/24/EU.

[16] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 47/10; OLG Naumburg, Beschluss vom 26.01.2005 – 1 Verg 21/04, IBRRS 2005, 0438; OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2006 – 20 U 467/06, IBRRS 2006, 1767; OLG München, Beschluss vom 10.09.2009 – Verg 10/09, IBRRS 2009, 3363.

[17] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 – VII-Verg 47/10; Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Auflage 2013, § 16 VOB/A Rn. 223

[18] VK Sachsen, Beschluss vom 03.04.2002 – 1/SVK/020-02, IBR 2002, 507

[19] BayObLG mit Beschluss vom 28.12.1999, Verg 7/99; OLG Celle mit Beschluss vom 8.11.2001, 13 Verg 12/01; OLG Thüringen mit Beschluss vom 5.12.2001, 6 Verg 4/01.

[20] OLG Naumburg, IBRRS 2005, 0438; vgl. Rusam in: Heiermann/ Riedl/ Rusam, VOB, 10. Aufl. 2003, Einf. zu § 8 VOB/A Rn. 8 und 13. Ohne Einschränkung allerdings VK Sachsen, Beschluss vom 03.04.2002 – 1/SVK/020-02: „Eine Subunternehmerleistung i. S. d. VOB wäre eine ausgekoppelte Bauleistung, die eigentlich der Bieter zu erbringen hat, diese aber an einen Dritten überträgt. Begrifflich nicht erfasst von dieser Definition ist die Zulieferung von Baustoffen, wie es hier der Fall ist.“

[21] LG Kiel, IBR 2003, 375; OLG Schleswig, IBR 2004, 451.

[22] OLG München IBRRS 2009, 3363.

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 20

[23] OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2010 –Verg 47/10.

[24] § 16d Abs. 2 EU VOB/A.

[25] Für Bauleistungen: § 16d Abs. 1 S. 1 EU VOB/A.

[26] § 16d Abs. 1 Nr. 2 EU VOB/A.

[27] § 16d Abs. 2 EU VOB/A.

[28] Gegen einen Ermessens- und Beurteilungsspielraum vor allem einige Stimmen in der Literatur, z.B. Immenga/Mestmäcker-Dreher § 97 GWB Rn. 223 (zur Rechtslage vor 2016); Opitz, BauR 2000, 1564, 1566; Goede, VergabeR 2002, 347, 349. Anderer Ansicht ist z.B. OLG Jena Beschl. v. 22.12.1999 – 6 Verg 3/99, BauR 2000, 396, 402, die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf sowie Ingenstau/Korbion/v. Wietersheim, VOB, Teile A und B, 20. Aufl. 2017, § 16d VOB/A, Rn. 12 ff.

[29] Für Bauleistungen vgl. auch § 8 Abs. 2 Nr. 3 EU VOB/A.

[30] Vgl. § 16 Nr. 5 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 3 b) EU VOB/A. Hintergrund war ein Urteil des EuGH vom 16.10.2003. Danach dürfen Nebenangebote nur gewertet werden, wenn in den Vergabeunterlagen entsprechende Angaben zu den einzuhaltenden Mindestanforderungen gemacht wurden, EuGH Urte. v. 16.10.2003 – C-42/01 („Traunfellner“), VergabeR 2004, 50.

[31] VK Baden-Württemberg Beschl. v. 20.09.2001 – 1 VK 26/01, VergabeR-Report 11/2001; VK Sachsen Beschl. v. 23.05.2003 – 1/SVK/030-03.

[32] Vgl. S. 73.

[33] So für Bauleistungen: § 18 Abs. 2 EU VOB/A.

[34] Dies ist allerdings streitig. In diesem Zusammenhang spielt die Entscheidung des BGH vom 11.05.2009 – VII ZR 11/08, NZBau 2009, 370, 373 eine Rolle, in der das Erfordernis einer Auslegung im *Einklang mit den vergaberechtlichen Vorschriften* betont wird und eine Änderung des Angebotsinhalts mit Blick auf das im offenen und nicht offenen Verfahren bestehenden Nachverhandlungsverbot abgelehnt wird (§ 15 EU Abs. 3 VOB/A).

[35] § 18 Abs. 3, 4 EU VOB/A.

[36] OLG Düsseldorf Urte. v. 08.01.2002 – 21 U 82/01.

[37] Bei Bauleistungen nach den Bestimmungen des § 3 EU VOB/A.

## Verfahrensarten und Vergabearten | S. 21

[38] Vgl. VK Bremen Beschl. v. 13.11.2002 – VK 6/02.

[39] Für Bauleistungen: §§ 3 Nr. 5, 3a Abs. 5, 3b Abs. 5 EU VOB/A.