

Grundsätze des Vergaberechts

von Hans-Peter Haffner, Hockenheim
aus GM Dossier von RA Wolfgang E. Trautner

Die Vorschriften der §§ 97, 98 GWB enthalten so etwas wie die Grundverfassung des Vergaberechts. Im Einzelnen wurden Grundsätze festgeschrieben, die nicht in jedem Fall wirklich neu waren, sich aber bisher „verstreut“ in verschiedenen Einzelvorschriften der Verdingungsordnungen VOL/A und VOB/A fanden. Auch wenn sie auf den ersten Blick nur auf Aufträge im Geltungsbereich des GWB, d.h. für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte anzuwenden sind, haben sie jedoch eine solche Allgemeingültigkeit, dass sie auch als Auslegungshilfe bei rechtlichen Fragen für die Aufträge im Unterschwellenbereich herangezogen werden können.

1. Wer muss welches Vergaberecht beachten?

Durch die Zweiteilung des deutschen Vergaberechts für Aufträge oberhalb und unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte entsteht ein differenziertes Bild, welcher Auftraggeber welchen Teil des Vergaberechts anzuwenden hat. Dabei ist zu beachten, dass der in § 98 GWB aufgeführte Kreis öffentlicher Auftraggeber sehr weit gefasst ist. Dies war unter anderem von der Intention auf EG- bzw. EU-Ebene bestimmt, öffentliche Aufträge auch dann dem Regime des zwingenden Vergaberechts zu unterwerfen, wenn sich die öffentlichen Auftraggeber privatrechtlicher Organisationsformen bedienen (Stichwort: „Flucht ins Privatrecht“) oder sie privatrechtliche Organisationen in bestimmten Sektoren von öffentlichem Interesse wie die Versorgung mit Trinkwasser, Elektrizität, Gas und Wärme oder im öffentlichen Verkehrsbereich tätig sind. Auftraggeber, die beispielsweise bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte nicht vom Geltungsbereich der §§ 97 ff GWB erfasst werden, sind nur dann zur Anwendung der Abschnitte 1 von VOL/A und VOB/A verpflichtet, wenn dies im Landes- oder Bundes(haushalts)recht ausdrücklich festgelegt ist. Für Auftraggeber, die nicht zu den klassischen öffentlichen Auftraggebern nach § 98 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB (Gebietskörperschaften) gehören, fehlt es meist an einer solchen gesetzlichen Verpflichtung, vor allem dann, wenn sie nicht üblicherweise der staatlichen Kontrolle unterliegen. Das kann zu dem, auf den ersten Blick paradox anmutenden, Ergebnis führen, dass solche Auftraggeber bei einem Auftrag oberhalb des Schwellenwerts sich an das strenge Vergaberecht halten müssen und bei einem nur geringfügig kleineren, aber unter dem maßgeblichen Schwellenwert liegenden Auftrag, frei von den Verpflichtungen des Vergaberechts, d.h. von VOB/A oder VOL/A, handeln können.

2. Wettbewerbsgedanke, Informationspflichten

Nach § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der GWB-Vorschriften (§§ 97ff GWB) im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.

Der in Abs. 1 enthaltene Wettbewerbsgrundsatz ist ein grundlegendes Prinzip des Vergaberechts und leitet sich aus den Marktfreiheiten des freien Warenverkehrs (Art 28ff EGV), der Niederlassungsfreiheit (Art 43ff EGV) und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art 49ff EGV) ab. Der Wettbewerbsgrundsatz sollte in allen Phasen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden.

In § 101 Abs. 5 GWB findet dies mit dem Vorrang des offenen Verfahrens ebenso seinen Niederschlag wie in den entsprechenden Verdingungsordnungen. Dem Wettbewerbsgrundsatz dienen auch das Prinzip der eindeutigen erschöpfenden Leistungsbeschreibung, die Verpflichtung zur Einhaltung angemessener Angebots- und Ausführungsfristen, der Ausschluss von Angeboten aufgrund von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen und das Nachverhandlungsverbot (§24 Nr. 3 VOB/A).

Wenn sich der öffentliche Auftraggeber bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens zwischen zwei Alternativen zu entscheiden hat, geht er immer dann den richtigen Weg, wenn er sich für die Lösung entscheidet, die mehr und nicht weniger Wettbewerb schafft.

3. Transparent Vergabeverfahren

Ebenfalls zu den elementaren Grundsätzen des europäischen Vergaberechts gehört das ebenfalls in § 97 Absatz 1 GWB enthaltene Transparenzgebot, das mit dem Wettbewerbsgebot in enger Wechselbeziehung steht; denn ohne Informationen über die Angebote ist ein grenzüberschreitender Wettbewerb um öffentliche Aufträge nicht denkbar. Die Regeln zur Bekanntmachung der Auftragserteilung, schaffen ebenso Transparenz wie die Verpflichtung des Auftraggebers, über das Vergabeverfahren einen so genannten Vergabevermerk anzufertigen. Auch die Informationsverpflichtungen des Auftraggebers nach § 27 VOL/A (VOB/A und nach § 13 VgV schaffen ein Mehr an Transparenz. Die Praxis der Vergabeverfahren zeigt jedoch, dass am häufigsten gegen diese Vorschriften im Zusammenhang mit der Transparenz verstoßen wird. Wegen ihrer erheblichen Bedeutung sind sie als Bieter schützend im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB anzusehen.

Jedoch hat die Transparenz im Vergabeverfahren ihre Grenzen. Denn die marktöffnenden Richtlinien sehen unter bestimmten Voraussetzungen einen Geheimwettbewerb vor. Zwar wird bei der Vergabe von Bauaufträgen ein Eröffnungstermin (§ 22 VOB/A) durchgeführt, an dem Anbieter teilnehmen dürfen und bei dem auch Angaben über die Identität des Bieters gemacht werden. Über Nebenangebote erfährt der Mitbieter beispielsweise nur die Tatsache, wer und wie viele Angebote abgegeben wurden. Im VOL - Ausschreibungsverfahren darf der Bieter überhaupt nicht am Submissionstermin teilnehmen. Und schon gar nicht geht die Transparenz im Vergabeverfahren so weit, dass den Bietern ein allgemeines Akteneinsichtsrecht zustünde. Das Recht, in die Vergabeunterlagen Einsicht zu nehmen, haben nur die Beteiligten eines konkreten Nachprüfungsverfahrens (§ 111 GWB).

4. Vergabe an geeignete Bieter

Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Hintergrund der Verpflichtung zur Festlegung von maßgeblichen Eignungskriterien ist, dass dadurch Rechts- und Planungssicherheit für potenzielle Auftragnehmer entsteht. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Nicht das billigste sondern das wirtschaftlichste Angebot erhält den Zuschlag.