

Kommentar zum GWB-Vergaberecht

herausgegeben von

Dr. Hendrik Röwekamp

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht in Düsseldorf

Dr. Alexander Kus

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Mönchengladbach

Norbert Portz

Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes in Bonn

Dr. Hans-Joachim Prieß

LL.M., Rechtsanwalt in Berlin

5. Auflage 2020

Leseprobe

Werner Verlag 2020

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Im Einzelnen haben bearbeitet	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	1
Teil 4 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen	1
Kapitel 1 Vergabeverfahren	14
Abschnitt 1 Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich.	14
§ 97 Grundsätze der Vergabe	14
§ 98 Auftraggeber	99
§ 99 Öffentliche Auftraggeber	124
§ 100 Sektorauftraggeber	203
§ 101 Konzessionsgeber	222
§ 102 Sektorentätigkeiten.	224
§ 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe.	245
§ 104 Verteidigungs- oder sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge	373
§ 105 Konzessionen	392
§ 106 Schwellenwerte	401
§ 107 Allgemeine Ausnahmen.	413
§ 108 Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit	434
§ 109 Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln.	514
§ 110 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben.	516
§ 111 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, deren Teile unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen.	517
§ 112 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Tätigkeiten umfassen	522
§ 113 Verordnungsermächtigung.	525
§ 114 Monitoring und Vergabestatistik	529
Abschnitt 2 Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber	533
Unterabschnitt 1 Anwendungsbereich	533
§ 115 Anwendungsbereich	533
§ 116 Besondere Ausnahmen	534
§ 117 Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen	543
§ 118 Bestimmten Auftragnehmern vorbehaltene öffentliche Aufträge	561
Unterabschnitt 2 Vergabeverfahren und Auftragsausführung	562
§ 119 Verfahrensarten	562
§ 120 Besondere Methoden und Instrumente in Vergabeverfahren	577
§ 121 Leistungsbeschreibung	593
§ 122 Eignung	618
§ 123 Zwingende Ausschlussgründe.	631
§ 124 Fakultative Ausschlussgründe.	657

Inhaltsverzeichnis

§ 125	Selbstreinigung	684
§ 126	Zulässiger Zeitraum für Ausschlüsse	703
§ 127	Zuschlag	710
§ 128	Auftragsausführung	738
§ 129	Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen	751
§ 130	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	753
§ 131	Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr	766
§ 132	Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit	785
§ 133	Kündigung von öffentlichen Aufträgen in besonderen Fällen	823
§ 134	Informations- und Wartepflicht	829
§ 135	Unwirksamkeit	845
 Abschnitt 3 Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen		 862
Unterabschnitt 1 Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber		862
§ 136	Anwendungsbereich	862
§ 137	Besondere Ausnahmen	863
§ 138	Besondere Ausnahme für die Vergabe an verbundene Unternehmen	867
§ 139	Besondere Ausnahme für die Vergabe durch oder an ein Gemeinschaftsunternehmen	871
§ 140	Besondere Ausnahme für unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzte Tätigkeiten	872
§ 141	Verfahrensarten	874
§ 142	Sonstige anwendbare Vorschriften	879
§ 143	Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz	884
 Unterabschnitt 2 Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen		 890
§ 144	Anwendungsbereich	890
§ 145	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen	892
§ 146	Verfahrensarten	907
§ 147	Sonstige anwendbare Vorschriften	908
 Unterabschnitt 3 Vergabe von Konzessionen		 911
§ 148	Anwendungsbereich	911
§ 149	Besondere Ausnahmen	911
§ 150	Besondere Ausnahmen für die Vergabe von Konzessionen in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit	917
§ 151	Verfahren	922
§ 152	Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren	928
§ 153	Vergabe von Konzessionen über soziale und andere besondere Dienstleistungen	934
§ 154	Sonstige anwendbare Vorschriften	935
 Kapitel 2 Nachprüfungsverfahren		 936
Abschnitt 1 Nachprüfungsbehörden		936
§ 155	Grundsatz	936
§ 156	Vergabekammern	953
§ 157	Besetzung, Unabhängigkeit	965
§ 158	Einrichtung, Organisation	983
§ 159	Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern	997

Abschnitt 2 Verfahren vor der Vergabekammer	1009
§ 160 Einleitung, Antrag	1009
§ 161 Form, Inhalt	1050
§ 162 Verfahrensbeteiligte, Beiladung	1056
§ 163 Untersuchungsgrundsatz	1062
§ 164 Aufbewahrung vertraulicher Unterlagen	1081
§ 165 Akteneinsicht	1083
§ 166 Mündliche Verhandlung	1108
§ 167 Beschleunigung	1115
§ 168 Entscheidung der Vergabekammer	1128
§ 169 Aussetzung des Vergabeverfahrens	1155
§ 170 Ausschluss von abweichendem Landesrecht	1197
Abschnitt 3 Sofortige Beschwerde	1198
§ 171 Zulässigkeit, Zuständigkeit	1198
§ 172 Frist, Form, Inhalt	1225
§ 173 Wirkung	1240
§ 174 Beteiligte am Beschwerdeverfahren	1266
§ 175 Verfahrensvorschriften	1269
§ 176 Vorabentscheidung über den Zuschlag	1281
§ 177 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts	1297
§ 178 Beschwerdeentscheidung	1302
§ 179 Bindungswirkung und Vorlagepflicht	1312
§ 180 Schadensersatz bei Rechtsmissbrauch	1324
§ 181 Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens	1338
§ 182 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer	1367
§ 183 Korrekturmechanismus der Kommission	1396
§ 184 Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen	1400
Teil 5 Anwendungsbereich der Teile 1 bis 3	1403
§ 185 Unternehmen der öffentlichen Hand, Geltungsbereich	1403
Teil 6 Übergangs- und Schlussbestimmungen	1404
§ 186 Übergangsbestimmungen	1404
Stichwortverzeichnis	1411

Rechtsprechung bisher davon aus, dass diese **nur eingeschränkt überprüfbar** ist. Diese Rechtsprechungspraxis wurde auch nach der Vergaberechtsmodernisierung 2016 beibehalten. Wie bisher ist die Nachprüfung auf die Kontrolle von Ermessensfehlern, wie z.B. die Zugrundelegung eines unzutreffenden Sachverhaltes, sachfremden Erwägungen oder Willkür, beschränkt.⁵⁰ Entscheidend ist, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich der verlangten Angaben und Eignungsnachweise besteht, so dass diese **sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken**.⁵¹ Zur Sicherung einer effektiven Überprüfbarkeit der korrekten Inanspruchnahme des Ermessensspielraums durch die Nachprüfungsinstanzen ist der Auftraggeber gehalten, seine bei der Aufstellung der Eignungskriterien angestellten Erwägungen **offen zu legen** und die Entscheidung, weshalb eine konkrete Eignungsanforderung Sachbezug zum Gegenstand des Auftrags hat und als angemessen anzusehen ist, in der Vergabeakte **konkret zu begründen**.⁵²

Von dem Ermessensspielraum bei der Auswahl der Eignungskriterien ist der dem Auftraggeber 46 zustehende Beurteilungsspielraum, der dem Auftraggeber bei der Prüfung der Eignungsnachweise zusteht, abzugrenzen.⁵³ Der Auftraggeber nimmt mit der Eignungsprüfung auf der Grundlage der ihm zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Informationen eine in die Zukunft auf die mögliche Auftragsausführung gerichtete Prognose vor.⁵⁴ Diese **Eignungsprognose** ist im Nachprüfungsverfahren nur dahingehend überprüfbar, ob die Entscheidungsfindung im Hinblick auf die Prognose fehlerfrei erfolgt ist.⁵⁵ Der Beurteilungsspielraum ist insbesondere darauf überprüfbar, ob von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist und allgemeine Wertungsgrundsätze beachtet worden sowie keine sachwidrigen Erwägungen in die Wertung eingeflossen sind.⁵⁶

II. Bekanntmachung der Eignungskriterien

Dem **Transparenzgebot** ist auch die abschließende Forderung des § 122 Abs. 4 GWB geschuldet, 47 dass die vom Auftraggeber gewählten **Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen** sind. Mit dieser Regelung geht einher, dass die Eignungskriterien in der Bekanntmachung eindeutig und abschließend beschrieben sein müssen. Diese Ansicht wurde in unterschiedlicher Ausprägung durch verschiedene Vergabekammern und Oberlandesgerichte bestätigt.

Das OLG München betonte mit Beschluss vom 21.04.2017 bereits, dass hinsichtlich der Eignungs- 48 kriterien bereits aus der Bekanntmachung **alle Angaben ersichtlich sein müssen**, die für die Bieter

50 OLG Düsseldorf Beschl. v. 28.03.2018 – VII-Verg 52/17, NZBau 2018, 563; OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.12.2011 – VII-Verg 74/11, NZBau 2012, 321; OLG München Beschl. v. 31.08.2010 – Verg 12/10; OLG Düsseldorf Beschl. v. 09.06.2010 – Verg 14/10; VK Baden-Württemberg Beschl. v. 26.06.2012 – 1 VK 16/12.

51 OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.12.2011 – VII-Verg 74/11, NZBau 2012, 321; OLG Koblenz Beschl. v. 13.06.2012 – 1 Verg 2/12, VergabeR 2012, 897; Thüringer OLG Beschl. v. 18.05.2009 – 9 Verg 4/09.

52 OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.12.2011 – VII-Verg 74/11, NZBau 2012, 321; VK Lüneburg Beschl. v. 02.08.2018 – VgK – 29/2018.

53 Opitz in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 122 GWB Rn. 19. Teilweise wird verfehlt von Ermessensspielraum gesprochen, vgl. bspw. OLG München Beschl. v. 21.05.2010 – Verg 02/10, VergabeR 2010, 992. Zu diesem – missverständlichen – Sprachgebrauch Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rn. 178.

54 BGH Beschl. v. 07.01.2014 – X ZB 15/13, VergabeR 2014, 149; OLG Düsseldorf 17.12.2012 – VII-Verg 47/12, ZfBR 2013, 727; VK Bund Beschl. v. 27.08.2018, VK 2–74/18, VK Bund Beschl. v. 03.08.2018 – VK 2–64/18; 3. VK Bund Beschl. v. 03.06.2018 – VK 2–44/18.

55 VK Bund Beschl. v. 27.08.2018, VK 2–74/18, VK Bund Beschl. v. 03.08.2018 – VK 2–64/18; 3. VK Bund Beschl. v. 03.06.2018 – VK2–44/18.

56 OLG Düsseldorf Beschl. v. 27.06.2018 – VII-Verg 4/18, NZBau 2018, 707; OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.12.2011 – VII-Verg 74/11, m.w.N., NZBau 2012, 321.

für eine Entscheidung an der Teilnahme am Vergabeverfahren oder zur Angebotsabgabe von Bedeutung sind.⁵⁷

- 49 In dieser Eindeutigkeit entschieden auch das OLG Naumburg, das OLG Frankfurt und die VK Bund.⁵⁸ Während das OLG Naumburg nicht näher ausführt, warum die Eignungskriterien bereits in der Auftragsbekanntmachung auszuführen sind, stellen das OLG Frankfurt und die VK Bund zur Begründung auf den Sinn und Zweck der Regelung ab. Der Bieter dürfe bei der Erstellung des Angebots darauf vertrauen, dass seine Eignung ausschließlich an den dort festgelegten Kriterien gemessen wird, damit der Bieter **bereits vorab beurteilen kann, ob er überhaupt ein Angebot abgeben soll oder nicht**.
- 50 Einen Schritt weiter ging das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 11.07.2018.⁵⁹ Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob es genügt, dass bei einer europaweiten Auftragsbekanntmachung die Vergabestelle die Unterlagen elektronisch über einen »Link« **in Abschnitt I.3) des Bekanntmachungformulars** zum Download bereithält. Unter den Abschnitten III.1.2) und III.1.3) des Bekanntmachungformulars führte der Auftraggeber nicht einzeln auf, welche auftragsspezifischen Eignungsanforderungen (Umsatz, Referenzen) für den Auftrag notwendig waren. Stattdessen klickte der Auftraggeber die im Standardformular vorgesehene Check-Box »**Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen**« an. Das OLG Düsseldorf stellte in der Entscheidung auf den Wortlaut des Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU, des § 122 Abs. 4 S. 2 GWB, des § 48 Abs. 1 VgV und des § 12 EU Abs. 3 Nr. 2 S. 1 VOB/A i.V.m. Anhang V Teil C der Richtlinie 2014/24/EU ab. Es verweist darauf, dass danach jeweils eindeutig sei, dass die geforderten Eignungskriterien und/oder Nachweise bereits in der Auftragsbekanntmachung anzugeben sind. Auch der Sinn und Zweck stütze diese Ansicht, denn potenzielle Bewerber/Bieter sollen bereits aus der Auftragsbekanntmachung die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen einsehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Nur wenn die vorgenannten Angaben frei zugänglich und transparent wären, können sie diesem Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden. Die bloße Verweisung in der Auftragsbekanntmachung auf die Vergabeunterlagen oder auf »**Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen**« **erfülle diesen Zweck nicht** und sei unzulässig. Das OLG Düsseldorf erteilt damit der Praxis – dem einfachen Klicken der Check-Box – eine klare Absage. Es bleibt abzuwarten, ob die EU-Kommission diese Rechtsprechung bei der geplanten Überarbeitung der Standardformulare berücksichtigt. Der Entwurf einer neuen Durchführungsverordnung der Europäischen Kommission zur Aktualisierung der Standardformulare für die Vergabe öffentlicher Aufträge legt dies jedenfalls nahe.⁶⁰
- 51 Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11.07.2018 klärt auch die in der Literatur umstrittene und in der Rechtsprechung bisher offengelassene Frage, inwieweit eine **Verlinkung in der Bekanntmachung auf die Auftragsunterlagen und die Eignungskriterien** zulässig ist.⁶¹ Das OLG Düsseldorf hat klargestellt, dass ein in der Auftragsbekanntmachung enthaltener Link, mit dem auf die Auftragsunterlagen insgesamt verwiesen wird, die Mitteilung der Eignungskriterien und der

57 OLG München Beschl. v. 21.04.2017 – Verg 2/17, VergabR 2017, 525.

58 OLG Frankfurt Beschl. v. 18.07.2017 – 11 Verg 7/17; OLG Naumburg Beschl. v. 14.07.2017 – 7 Verg 1/17; VK Bund Beschl. v. 18.09.2017 – VK 2–96/17. Später auch noch mit ähnlicher Begründung VK Bund Beschl. v. 27.08.2018 – VK 2–74/18.

59 OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.07.2018 – Verg 24/18.

60 Vgl. Annex to the Commission Implementing Regulation (EU), S. 15 f.; abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2019-797630_en (zuletzt abgerufen am 02.07.2019).

61 OLG München Beschluss vom 27.07.2018 – Verg 02/18, NZBau 2019, 138. Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit der gängigen Vergabepaxis noch für zulässig erachtet (VK Südbayern Beschl. v. 05.03.2018 – Z 3–3194–1–51–10/17). Ebenso zurückhaltend wie das OLG München auch: VK Berlin Beschl. v. 20.06.2018 – VK – B 2–10/18.

geforderten Nachweise in der Auftragsbekanntmachung nicht ersetzen kann.⁶² Weiterhin sei auch ein Link unzureichend, der zwar zu den aufgestellten Eignungsanforderungen und Nachweisen führt, sich jedoch an einer Stelle der Auftragsbekanntmachung befindet, an der er von den interessierten Unternehmen **übersehen werden kann**. Im Anschluss an das OLG Düsseldorf hat auch das OLG München entschieden, dass ein Link in der Bekanntmachung, der nur auf eine **Plattform der Vergabestelle** mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, unzureichend ist.⁶³

Zulässig ist laut OLG Düsseldorf eine direkte Verlinkung aus der Vergabebekanntmachung auf die Eignungsanforderungen, wenn die Verlinkung an der richtigen Stelle der Vergabebekanntmachung erfolgt und auf ein Dokument verlinkt wird, mit dem am Auftrag interessierte Unternehmen **durch bloßes Anklicken zu einem Formblatt gelangen, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben**.⁶⁴ Welche Stelle dies sein soll, lässt das OLG Düsseldorf jedoch offen. Einzig korrekt erscheint ein Link in dem Abschnitt III.1.1) bis III.1.3) des Standardformulars. Laut OLG Dresden ist dabei nicht entscheidend, ob der Zugang **einen Klick oder deren mehrere** erfordert, auch die **notwendige Anmeldung eines interessierten Unternehmens auf einer Internetplattform** stellt kein vergabe-rechtlich relevantes Hindernis dar.⁶⁵

Für das OLG Düsseldorf ist die fehlerhafte Bekanntmachung der Eignungsanforderungen durch Verlinkung auf die Vergabeunterlagen insgesamt ein **schwerwiegender und offenkundiger Verstoß**, der ein Aufgreifen von Amts wegen im Nachprüfungsverfahren rechtfertigt.⁶⁶

Vor dem Hintergrund der im Detail vielstimmigen Rechtsprechung zu den konkreten zulässigen Möglichkeiten der Bekanntmachung von Eignungskriterien ist öffentlichen Auftraggebern zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten zu empfehlen, **sämtliche Eignungsanforderungen und -nachweise vollständig in den Abschnitten III.1.1) bis III.1.3) der Vergabebekanntmachung aufzuführen**.

§ 123 Zwingende Ausschlussgründe

(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme aus, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten rechtskräftig festgesetzt worden ist wegen einer Straftat nach:

1. § 129 des Strafgesetzbuchs (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuchs (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b des Strafgesetzbuchs (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),
2. § 89c des Strafgesetzbuchs (Terrorismusfinanzierung) oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 des Strafgesetzbuchs zu begehen,

62 OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.07.2018 – Verg 24/18. Zu alten Rechtslage vgl.: OLG Frankfurt Beschl. v. 16.02.2015 – 11 Verg 11/14, NZBau 2015, 319.

63 OLG München Beschl. v. 25.02.2019 – Verg 11/18, NZBau 2019, 471.

64 OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.07.2018 – Verg 24/18; ähnlich auch: VK Nordbayern Beschl. v. 15.02.2018 – RMF-SG 21–3194–3–1; die VK Nordbayern lässt es genügen, wenn sich in einem online zugänglichen Bekanntmachungstext ein Link befindet, über den man ohne Weiteres das Formblatt mit den geforderten Eignungskriterien und Nachweisen öffnen und ausdrucken kann. Dieser Rechtsprechung schließt sich die VK Südbayern an: VK Südbayern Beschl. v. 04.07.2017 – Z 3–3 3194–1–04/18; VK Südbayern Beschl. v. 20.04.2018, Z 3–3–3194–1–59–12/17 (anders noch: VK Südbayern Beschl. v. 16.10.2017, Z 3–3–3194–1–30–06/17). Mit Verweis auf das OLG Düsseldorf dann auch: VK Sachsen Beschl. v. 30.10.2018 – 1/SVK/021–18 und OLG Dresden Beschl. v. 15.02.2019 – Verg 5/18.

65 OLG Dresden Beschl. v. 15.02.2019 – Verg 5/18.

66 OLG Düsseldorf Beschl. v. 11.07.2018 – Verg 24/18.

- 16 Die **Richtlinie 2009/81/EG (VSRL)** enthält noch keine entsprechende Vorgabe, was die Unionsrechtskonformität des § 128 aus den vorgenannten Gründen nicht in Frage stellt.

2. Sicherstellung der Einhaltung allgemeingültiger Rechtsvorschriften durch die Unternehmen

- 17 Die Sicherstellung der Einhaltung aller allgemeingültigen Rechtsvorschriften, welche die Tätigkeit der Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags betreffen, insbesondere derjenigen in den Bereichen des Steuer- und Abgabenrechts, des Rechts der Sozialversicherung, des Arbeitsschutzrechts, des Mindestlohngesetzes bzw. der Mindestlöhne i.S. des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes bzw. des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes¹⁸, erfolgt **vornehmlich** dadurch, dass in den entsprechenden Rechtsvorschriften selbst bereits **spezielle Sanktionsmechanismen**, wie etwa Straf- und Bußgeldvorschriften, die **Einrichtung spezieller Kontrollbehörden** oder besondere Ausschlussgründe für künftige Vergabeverfahren, vorgesehen sind.
- 18 Der konkrete öffentliche Auftraggeber ist hierdurch nicht gehindert, sich zusätzlich zu diesen hoheitlichen Maßnahmen im Rahmen der Vertragsabwicklung auch selbst um die Einhaltung der vorgenannten Vorschriften zu bemühen und damit den Rechtsanwendungsdruck auf diejenigen Unternehmen, die ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag haben, zu verstärken. Hierzu kann er die Einhaltung konkret benannter, allgemeingültiger Anforderungen **zugleich als vertragliche Haupt- oder Nebenpflichten** vorsehen¹⁹ und für deren Verletzung auch vertragliche Sanktionen (z.B. Vertragsstrafe, außerordentliches Kündigungsrecht) festlegen.²⁰ Die Verankerung von allgemeingültigen Bedingungen für die Ausführung der Leistungen des Auftrags im konkreten Vertrag schafft für den öffentlichen Auftraggeber zudem die Möglichkeit, bei Nichteinhaltung dieser Vertragsbestimmungen den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer unter den Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB in künftigen Vergabeverfahren auszuschließen.²¹
- 19 Die Einordnung von Verpflichtungserklärungen der Bewerber oder Bieter zur Einhaltung allgemeingültiger Vorschriften als Eignungsnachweise²² ist nach der Neuregelung der Eignungsprüfung, insbesondere der Beschränkung der Abforderung von Eignungsunterlagen, einerseits für die Prüfung der obligatorischen und fakultativen Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 und andererseits auf den abschließend formulierten Katalog der Unterlagen für die Prüfung der Eignungsmerkmale nach § 122, rechtlich nicht mehr zulässig.
- 20 Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung²³ stellen die spezifisch vergaberechtlichen Mindestarbeitsbedingungen, insbesondere vergabespezifische Mindestlöhne, keine allgemeingültigen Ausführungsbedingungen i.S.v. Abs. 1 dar. Sie sind gerade nicht allgemeingültig und gelten unmittelbar für alle Auftragnehmer von öffentlichen Aufträgen, sondern sie stellen vom jeweiligen Gesetzgeber dem Auftraggeber gegenüber nach § 129 GWB zwingend vorgegebene besondere Ausführungsbedingungen dar, welche erst kraft ihrer Einbeziehung in den ausgeschriebenen Vertrag Gültigkeit erlangen.

18 Vgl. Übersicht als Arbeitshilfe unter www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/pr-mindestloehne-aentg-uebersicht.pdf?_blob=publicationFile.

19 So auch Erwägungsgrund 37 VRL; vgl. KG Urt. v. 28.06.2018 – 2 U 13/14 (Kart) »Schienenkartell«: Die allgemeine Geschäftsbedingung, dass bei einer Absprache aus Anlass der Vergabe eines öffentlichen Auftrags, welche eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, pauschalierter Schadensersatz in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme zu zahlen ist, ist wirksam.

20 Vgl. EuGH Urt. v. 19.12.2018 – C-375/17 »Stanley International Betting Ltd. u.a./Ministero dell'Economia e delle Finanze u.a.«, NVwZ-RR 2019, 221, zu einem besonderen vertraglichen Widerrufsrecht bei hinreichenden Verdachtsmomenten für ein illegales und heimliches Glücksspiel.

21 Vgl. OLG Frankfurt Beschl. v. 03.05.2018 – 11 Verg 5/18 im Hinblick auf den vertragswidrigen Einsatz von Nachauftragnehmern.

22 So z.B. für die Einhaltung von Pausenzeiten gem. ArbZG OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.04.2014 – VII-Verg 33/13.

23 Vgl. Pfohl in: Müller-Wrede, § 128 Rn. 17; Dorschfeldt/Mutschler-Siebert in: jurisPK, § 128 Rn. 8.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme von Vertragsbedingungen, die auf die Einhaltung allgemeingültiger Ausführungsbedingungen gerichtet sind, nur dann sinnvoll erscheint, wenn der öffentliche Auftraggeber tatsächlich über die personellen und sachlichen Ressourcen sowie die notwendige Sachkunde und rechtlich über die erforderliche Befugnisse verfügt, um während der Auftragsausführung auch effektive Kontrollen durchzuführen und Sanktionen zu verhängen. Hierzu ist es notwendig, sich über den Prüfungsumfang vorab im Klaren zu sein, weil sich z.B. die Forderung nach der Einhaltung des allgemeinen Mindestlohns nicht darauf beschränkt, den Stundenverrechnungssatz zu überprüfen.²⁴ Dies wird im Regelfall erfordern, im Vertrag auch Kontrollrechte, z.B. zur Gewährung des Zugangs zu den Betriebsstätten oder zur Einsicht in die Buchführung, bzw. eine Kontrolle durch einen Dritten vorzusehen. Hieraus ergeben sich z.T. weitere Problemfelder, so die Vereinbarkeit solcher Regelungen mit datenschutzrechtlichen Bestimmungen zugunsten der einzelnen Arbeitnehmer²⁵ oder die Wirksamkeit von kumulativ vorgesehenen Vertragsstrafen für die Verletzung von Hauptleistungspflichten einerseits und Ausführungsbedingungen andererseits.

Ein öffentlicher Auftraggeber ist auch unter Berücksichtigung dieser Vorschrift nach wie vor nicht verpflichtet, die Angebote einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen, etwa dahin, ob die Preise unter Einhaltung des Tarifvertrages kalkuliert worden sind.²⁶ Er ist dazu aber berechtigt, wie sich aus § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV ausdrücklich ergibt.²⁷

Die Bundesländer haben in ihren Vergabe- und Tarifreugesetzen unterschiedliche weiter gehende Regelungen geschaffen, wonach öffentliche Auftraggeber mit unterschiedlichen Verbindlichkeitsgraden – teilweise verpflichtend, teilweise als Soll-Vorschrift und teilweise nur empfehlend – zur Abforderung von Eigenerklärungen über die Einhaltung allgemeingültiger Rechtsvorschriften angehalten werden. Im Vergabeverfahren beschränkt sich die tatsächlich mögliche Kontrolle darauf, die Vollständigkeit des Angebots, insbesondere auch im Hinblick auf geforderte Eigenerklärungen, und die formale Übereinstimmung des Angebots mit den zwingenden inhaltlichen Vorgaben zu prüfen.

III. Besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags (§ 128 Abs. 2)

1. Europarechtskonformität

Die Vorschrift stellt eine Umsetzung von Art. 70 VRL, Art. 87 SRL und Art. 20 VSRL dar; in der Richtlinie 2014/23/EU ist eine gleichartige Vorschrift nicht enthalten.

2. Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers

a) **Begriff:** Als **besondere Bedingungen** für die Ausführung des Auftrags sind Ausführungsbedingungen anzusehen, die nicht durch allgemeingültige Rechtsvorschriften vorgegeben sind, sondern vom Auftraggeber zusätzlich festgelegt werden. Sie betreffen nicht den wertschöpfenden Teil der Leistungsverpflichtungen des künftigen Auftragnehmers, sondern sind Eingriffe in die grundsätzliche Freiheit des Unternehmens bei der Gestaltung der Art und Weise der Leistungsausführung. In rechtlicher Hinsicht sind sie besondere Vertragsbedingungen.

b) Nach § 128 Abs. 2 S. 1 haben die öffentlichen Auftraggeber **ein weites Auswahlermessen**, besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags zu bestimmen oder auch nicht zu bestimmen. Die in § 128 Abs. 2 S. 3 aufgeführten Belange weisen ein breites Spektrum auf und sind, wie

24 Vgl. EuGH Urt. v. 12.02.2015 – C-396/13 »Sähköalojen ammittilto ry./ Elektrobudowa Spółka Akcyjna (ESA)«.

25 Vgl. KG Beschl. v. 03.04.2003 – 2 U 19/02 Kart.

26 Vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 05.05.2008 – VII-Verg 5/08 »Wachdienste«; VK Münster Beschl. v. 14.02.2019 – VK 1–44/18.

27 Vgl. VK Nordbayern Beschl. v. 07.09.2017 – 21.VK-3194–02-04.

sich aus dem Wort »insbesondere« ergibt, nur beispielhaft, nicht etwa in einer abschließenden Liste, aufgeführt.²⁸ So kommen vor allem in Betracht:

- Wirtschaftliche bzw. wirtschaftspolitische Belange, wie die Beschaffung der für die Auftragsausführung verwendeten Produkte im Wege des Fairen Handels²⁹ oder die Umsetzung handelsbezogener Nachhaltigkeits sicherungskonzepte³⁰,
- Innovationsbezogene Aspekte, wie parallele Ausbildung und Qualifizierung des eingesetzten Personals, die Förderung von Forschung und Entwicklung im Hinblick auf die angebotenen Leistungen oder die Anpassung von Herstellungsmethoden und –verfahren sowie der Arbeitsorganisation an die Integration älterer Arbeitnehmer,
- Umweltbezogene Aspekte, wie die Realisierung eines umweltverträglichen Lieferkonzepts (Zusammenfassung von Lieferungen, geringe Lieferhäufigkeit, Ausweichen auf verkehrsarme Lieferzeiten, Maßnahmen zur Reduzierung von Schadstoffausstößen), die Wiederverwendbarkeit oder Recycelbarkeit von Verpackungen und Geräten nach Ablauf der Nutzungsdauer, die Umsetzung eines abfallvermeidenden Arbeitskonzepts,
- Belange des Arbeitnehmerschutzes, wie die Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischer Mindestlohn, zur Anwendung eines repräsentativen Tarifvertrags oder zur Einhaltung besonderer Arbeitsschutzvorkehrungen bzw. besonderer Pausenregelungen³¹,
- Soziale Belange, wie die Gleichstellung von Mann und Frau am Arbeitsplatz³², die Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Familienleben³³ oder soziale Integration von benachteiligten Personen³⁴,
- Beschäftigungspolitische Belange, wie die Durchführung von Aus- und Weiterbildungen für Jugendliche, Unausgebildete bzw. Arbeitslose oder die Einstellung von benachteiligten Personen (z.B. Langzeitarbeitslose³⁵, Frauen, Alleinerziehende),
- Belange des Schutzes der Vertraulichkeit von Informationen³⁶, wie die Abgabe von Verpflichtungserklärungen zur Datensicherheit³⁷ oder die Forderung der Einrichtung und Unterhaltung eines lokalen Reputationsdienstes³⁸,
- Belange der Gefahrenabwehr, wie die Verpflichtung zur Nichtanwendung der »Technologie von L. Ron Hubbard« (sog. »Scientology-Schutzklausel«)³⁹ oder zur Abwehr der Infiltration der organisierten Kriminalität im Bereich der öffentlichen Aufträge⁴⁰.

27 c) **Formen der Festlegung:** Soweit der öffentliche Auftraggeber die Abgabe von Eigenerklärungen über den Status quo oder von Verpflichtungserklärungen für die Art und Weise der

28 Vgl. BR-Drs. 367/15, S. 135.

29 Vgl. EuGH Urt. v. 10.05.2012 – C-368/10 »KOM./I. Kgr. Niederlande (Provinz Nord-Holland)«.

30 Vgl. Mitteilung der Kommission v. 05.05.2009, KOM(2009)215 endgültig, Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung: Die Rolle des Fairen Handels und handelsbezogener nichtstaatlicher Nachhaltigkeits sicherungskonzepte; Siegel VergabeR 2013, 370.

31 Vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 30.04.2014 – VII-Verg 33/13.

32 Vgl. Erwägungsgrund 98 Abs. 2 VRL, Leinemann/Dose VergabeNews 1/2012, 2.

33 Vgl. Erwägungsgrund 98 Abs. 2 VRL.

34 Vgl. Erwägungsgrund 99 Abs. 1 VRL.

35 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.1988 – C-31/87 »Gebroeder Beentjes./I. Kgr. Niederlande«; Urt. v. 26.09.2000 – C-225/98 »KOM./I. Frankreich (Nord-Pas-de-Calais)«.

36 Vgl. Art. 21 Abs. 2 VRL, Art. 39 Abs. 2 SRL, Art. 28 Abs. 2 KVR.

37 Vgl. Erlass des BMI v. 30.04.2014: Verwendung einer Eigenerklärung und einer Vertragsklausel in Vergabeverfahren im Hinblick auf Risiken durch nicht offengelegte Informationsabflüsse an ausländische Sicherheitsbehörden (sog. »No Spy«-Erlass) sowie Handreichung zum Erlass v. 19.08.2014, abrufbar unter www.bmi.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/2014/08/no-spy-erlass.html; dazu: Reichling/Scheumann GewArch 2019, 58; vgl. auch Byok BB 2017, 451 zur Informationssicherheit von kritischen Infrastrukturen als technische Spezifikation einer Anlage für den Eigenbetrieb durch den öffentlichen Auftraggeber oder als Ausführungsbedingung bei Einsatz einer Anlage im Fremdbetrieb.

38 Vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 21.10.2015 – VII-Verg 28/14 »Rahmenvereinbarung Virenschutz«.

39 Vgl. Roth/Erben NZBau 2013, 409.

40 Vgl. EuGH Urt. v. 22.10.2015 – C-425/14 »Impresa Edilux Srl u.a./I. Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana ...« – Eingehen v. Verpflichtungen und Abgabe v. Erklärungen nach einem sog. Legalitätsprotokoll.

Auftragsausführung verlangt, schafft er damit zwingende formelle Vorgaben, die im Fall der (endgültigen) Nichterfüllung zum Ausschluss des Teilnahmeantrags bzw. des Angebots führen. Dass die Vollständigkeit des Angebots auch hinsichtlich dieser geforderten Erklärungen vom Auftraggeber im Vergabeverfahren zu prüfen ist und – bei endgültig unvollständigen Angeboten – z.B. nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV zum Ausschluss führt, kann nicht zweifelhaft sein.

Hinsichtlich der inhaltlichen Festlegung besonderer Ausführungsbedingungen als Vertragsbedingungen ist der öffentliche Auftraggeber nicht darauf beschränkt, diese Bedingungen **zwingend** vorzugeben. Eine zwingende Vorgabe sollte nur erfolgen, wenn für den öffentlichen Auftraggeber eine Auftragsausführung ohne Einhaltung der von ihm ausgewählten besonderen Ausführungsbedingungen nicht in Betracht kommt. 28

Der öffentliche Auftraggeber ist auch frei darin, die besonderen Ausführungsbedingungen **fakultativ** vorzugeben und Anreize für deren Einhaltung (ja/nein) bzw. abgestuft in Abhängigkeit vom Zielerreichungsgrad zu setzen, z.B. durch Mali und Boni in der Vergütungsabrechnung. 29

d) **Vor- und Nachteile:** Der Auftraggeber kann durch die Aufnahme solcher besonderen Ausführungsbedingungen seine Marktmacht als potenter Nachfrager nutzen, um in der Marktwirtschaft mehr Nachhaltigkeit, höhere soziale Standards u.s.w. zu etablieren und damit der Vorbild- und Vorreiterfunktion der öffentlichen Hand gerecht zu werden oder Marktdefiziten bzw. gar einem Marktversagen zu begegnen. Dem stehen regelmäßig höhere Kosten der Beschaffung entgegen, deren auf die Verfolgung anderer Politikziele entfallende Kostenanteile nicht eindeutig identifizier- und abgrenzbar sind und die entgegen den haushaltsrechtlichen Grundsätzen sowohl der Kameralistik als auch der Doppik nicht den »verursachenden« Bereichen zugeordnet werden können. Die Aufnahme besonderer Ausführungsbedingungen erhöht den Arbeitsaufwand des Auftraggebers im Vergabeverfahren und in der Vertragsabwicklung sowie den Aufwand des interessierten Unternehmens bei der Bewerbung bzw. Angebotserstellung, was im Einzelfall auch von einer Abstandnahme von einer Teilnahme führen kann. Gegebenenfalls sollten in die Ermessensausübung deswegen auch solche Aspekte einfließen, wie die aktuelle Auftragslage der Unternehmen im angesprochenen Marktsegment und sonstige wettbewerbliche Rahmenbedingungen. Bei der Ermessensentscheidung ist auch zu berücksichtigen, dass die Aufnahme von besonderen Ausführungsbedingungen die Streitträchtigkeit der Vergabeentscheidung und der Vertragsabwicklung zu erhöhen vermag, was u.U. zu höheren Prozessrisiken und damit verbundenen zeitlichen oder finanziellen Risiken führen kann. Letztlich ist vom öffentlichen Auftraggeber eine Abwägung zwischen den für und gegen die Festlegung spezifischer besonderer Ausführungsbedingungen sprechenden Gesichtspunkten jeweils im Einzelfall vorzunehmen. 30

3. Grenzen des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers

a) Auftragsbezogenheit

In § 128 Abs. 2 S. 1 wird im 2. Halbsatz die allgemeine Anforderung aufgestellt, dass besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags **mit dem Auftragsgegenstand »in Verbindung stehen«** müssen (sog. Auftragsbezogenheit). Ebenso, wie der Normtext auf die entsprechende Formulierung in § 127 Abs. 3 verweist, kann hier zunächst auf die dortige Kommentierung Bezug genommen werden, insbesondere zur Auslegung des Begriffs »in Verbindung stehen«. Der vorliegenden Regelung ist eindeutig zu entnehmen, dass im Rahmen des § 128 derselbe Maßstab gelten soll. 31

aa) In der Vergangenheit stellte die von der Rechtsprechung geforderte unmittelbare Auftragsbezogenheit die wichtigste rechtliche Grenze für die Verfolgung nicht einzelwirtschaftlicher Zwecke dar.⁴¹ Der Begriff der Auftragsbezogenheit hat aber durch die Rechtsetzung eine deutliche Aufweichung erfahren, so dass die bisher einschlägige Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf die neue Rechtslage übertragbar ist. 32

⁴¹ Vgl. Erwägungsgrund 97 Abs. 1 VRL = Erwägungsgrund 102 Abs. 1 SRL.

aa) Allgemein

- 16 Diese Regelung verschafft den Unternehmen die Möglichkeit, effektiven Rechtsschutz zu erlangen, wenn der öffentliche Auftraggeber vergaberechtswidrig von einer europaweiten Ausschreibung abgesehen hat. Ist ein auf diese Weise geschlossener Vertrag von Anfang an unwirksam, können sich die Unternehmen, denen zuvor rechtswidrig Wettbewerbsmöglichkeiten vorenthalten worden sind, um den Erhalt des Auftrags bewerben. Der vom öffentlichen Auftraggeber rechtswidrig ausgeschlossene oder eingeschränkte Wettbewerb wird wieder hergestellt. Wird der zu vergebende Auftrag weder europaweit noch national bekannt gemacht¹³, erfahren nur die Unternehmen von der Auftragsvergabe, die von dem öffentlichen Auftraggeber angesprochen werden. Alle übrigen Unternehmen werden außen vor gehalten und daran gehindert, ein Angebot abzugeben. Auch bei einer nationalen anstelle einer europaweiten Bekanntmachung wird der Kreis der möglichen Bieter vergaberechtswidrig eingeschränkt. Die im europäischen Ausland ansässigen Unternehmen werden daran gehindert, sich um den Auftrag zu bewerben.

bb) Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung

- 17 Unterfällt der zu vergebende Auftrag gemäß § 106 Abs. 1 GWB dem Vergaberechtsregime des 4. Teil des GWB, weil insbesondere die einschlägigen Schwellenwerte für den zu vergebenden Auftrag erreicht oder überschritten sind, ist der Auftrag in einem förmlichen Vergabeverfahren zu vergeben. Hierzu gehört, dass der öffentliche Auftraggeber die beabsichtigte Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu geben hat (§ 113 GWB i.V.m. §§ 37–41 VgV, § 12 VOB/A EU). Ausnahmen von dieser Verpflichtung sieht das Gesetz nur unter engen Voraussetzungen vor. Nach § 119 Abs. 2 Satz 2 GWB steht dem öffentlichen Auftraggeber das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (§ 119 Abs. 5 GWB) nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund des GWB gestattet ist. Entsprechende Regelungen finden sich in §§ 130 Abs. 1 Satz 2, 131 Abs. 1 Satz 2 GWB für Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen und über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr, in § 141 Abs. 2 für Sektorauftraggeber sowie in § 146 Satz 2 für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen und in § 151 Satz 2 für die Vergabe von Konzessionen. Gesetzliche Ausnahmen von der Pflicht finden sich in § 113 GWB i.V.m. § 14 Abs. 4 VgV und § 3a Abs. 3 VOB/A EU.¹⁴

2. Feststellung des Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren

- 18 Die Unwirksamkeit des unter Verstoß gegen § 134 GWB oder gegen die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung geschlossenen Vertrags tritt nicht automatisch ein. Weitere Voraussetzung ist, dass der Verstoß in einem Nachprüfverfahren (rechtskräftig) festgestellt wird. Es müssen daher die allgemeinen und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrags nach § 160 GWB erfüllt sein.

a) Statthaftigkeit

- 19 Der auf Feststellung gerichtete Nachprüfungsantrag ist statthaft, wenn ein Vergabeverfahren stattgefunden und der öffentliche Auftraggeber den Auftrag erteilt hat, dessen Unwirksamkeit festgestellt werden soll. Eine Nachprüfung ist daher nicht statthaft, wenn der öffentliche Auftraggeber noch gar kein materielles Vergabeverfahren in Gang gesetzt hat. Hierfür bedarf es einer Abgrenzung zwischen der Einleitung eines materiellen Vergabeverfahrens und einer bloßen Markterkundung. Entscheidend hierfür ist, ob und inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Beschaffungsvorgang bereits organisatorisch und planerisch eingeleitet und mit potentiellen Anbietern Kontakt mit dem Ziel aufgenommen hat, das Beschaffungsvorhaben mit einer verbindlichen rechtsgeschäftlichen Einigung abzuschließen.¹⁵

13 OLG Dresden, Beschl. v. 12.10.2010, W Verg 9/10; OLG München, Beschl. v. 21.02.2013, Verg 31/12, VergabeR 2013, 296 – Betonstopfsäulen.

14 Zu § 3a Abs. 3 VOB/AEU: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.02.2019, 15 Verg 9/18.

15 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.07.2006, Verg 26/06; OLG München, Beschl. v. 19.07.2012, Verg 8/12, NZBau 2012, 658 m.w.Nachw. – Endoskopische Geräte; BGH, Beschl. v. 01.02.2005, X ZB 27/04; EuGH, Urt. v. 01.11.2005, C-26/03.

An der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags fehlt es auch dann, wenn zwischen den Verfahrens- 20
beteiligten im Streit steht, ob es sich bei dem vergebenen Auftrag überhaupt um einen öffentlichen
Auftrag i.S.v. § 103 GWB handelt.¹⁶ Liegt kein öffentlicher Auftrag vor, ist der Rechtsweg zu den
Nachprüfungsinstanzen nicht eröffnet.

Fraglich ist, ob ein Nachprüfungsantrag bereits dann statthaft ist, wenn das unter Verstoß gegen 21
§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB eingeleitete Vergabeverfahren noch nicht durch Zuschlag beendet worden
ist, es mithin an einem öffentlichen Auftrag fehlt, dessen Unwirksamkeit festgestellt werden kann.
Dieselbe Frage stellt sich, wenn der öffentliche Auftraggeber eine fehlerhafte Information nach
§ 134 GWB erteilt, aber bisher den Auftrag noch nicht an den ausgewählten Bieter vergeben hat. Es
wird die Ansicht vertreten, der Antragsteller brauche mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens
nicht abzuwarten bis der Vertrag geschlossen wird.¹⁷ Der effektive Rechtsschutz fordere vielmehr,
dass bereits bei einem vermuteten Vertragsschluss Nachprüfung beantragt werden könne. Nach
anderer Ansicht wird für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags gefordert, dass der Auftrag
bereits erteilt ist.¹⁸ Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Verfolgt der Antragsteller mit der Nachprü-
fung das Ziel, die Unwirksamkeit des unter Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GWB erteilten
Auftrags festzustellen, kann dieses Begehren nur dann Erfolg haben, wenn es tatsächlich zu einer
Beauftragung gekommen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Schluss der mündlichen Verhandlung
vor der Vergabekammer. Dies schließt es aber nicht aus, dass der Antragsteller schon vor Erteilung
des Zuschlags Nachprüfung beantragt, weil er nicht ordnungsgemäß informiert worden ist oder der
Auftraggeber den Auftrag nicht europaweit ausgeschrieben hat. Auf diese Weise kann er erreichen,
dass es gar nicht erst zur Erteilung des Auftrags kommt und dem Auftraggeber die Erteilung des
Zuschlags untersagt wird. Erteilt der Auftraggeber noch während des laufenden Nachprüfungs-
verfahrens den Zuschlag, weil kein Zuschlagsverbot (mehr) besteht, kann der Antragsteller sein
Begehren umstellen und die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags beantragen.

b) Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB)

Weitere Voraussetzung für einen zulässigen Nachprüfungsantrag ist die Antragsbefugnis. Antrags- 22
befugigt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auf-
trag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch
Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (Satz 1). Dabei ist darzulegen, dass dem
Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist
oder zu entstehen droht (Satz 2).

aa) Interesse am Auftrag

Interesse am Auftrag haben in jedem Fall die Unternehmen, die durch Abgabe eines Angebots oder 23
einer Bewerbung ihr Interesse an dem Auftrag bekundet haben.¹⁹ Dies ist regelmäßig dann der Fall,
wenn die bei der Zuschlagsentscheidung nicht berücksichtigten Bieter oder Bewerber einen Verstoß
gegen die Informations- und Wartepflicht (§ 134 GWB) geltend machen.²⁰ Anders ist die Situa-
tion, wenn geltend gemacht wird, der öffentliche Auftraggeber habe vergaberechtswidrig davon
abgesehen, die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt zu machen. In die-
sem Fall ist der Antragsteller in der Regel daran gehindert worden, sich an dem Vergabeverfahren

16 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.03.2019, VII-Verg 65/18.

17 OLG München, Beschl. v. 19.07.2012, Verg 8/12, NZBau 2012, 658 – Endoskopische Geräte;
OLG München, Beschl. v. 22.06.2011, Verg 6/11, NZBau 2011, 701 – Stadtbusverkehr Lindau; Wagner
in: Langen/Bunte, § 135 Rn. 12.

18 OLG Schleswig, Beschl. v. 15.03.2013, 1 Verg 4/12, NZBau 2013, 577 – Parkpalette;
KG Beschl. v. 13.09.2012, Verg 4/12, ZfBR 2013, 104 (LS); Braun in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht,
3. Aufl., § 135 Rn. 16.

19 BVerfG NZBau 2004, 564; BGHZ 169, 131, 135; BGHZ 183, 95; siehe die Kommentierung zu § 160
Rdn. 43 ff.

20 BGH, Urt. v. 10.11.2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124.

durch Abgabe eines Angebots oder einer Bewerbung zu beteiligen. Um sein Interesse am Auftrag zu belegen, reicht in der Regel die pauschale Behauptung des Antragstellers aus, er hätte sich bei einer europaweiten Ausschreibung durch Abgabe eines Angebots an dem Vergabeverfahren beteiligt.²¹ Etwas anderes gilt, wenn nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, dass der zu vergebende Auftrag zu seinem unternehmerischen Tätigkeitsfeld gehört.²² In diesem Fall hat der Antragsteller Ausführungen zu seiner Leistungsfähigkeit zu machen.

- 24 Das Interesse am Auftrag kann aber auch auf andere Weise zum Ausdruck gebracht werden. Ausreichend ist ein formloses Bewerbungsschreiben ebenso wie die telefonische Interessenbekundung und Nachfrage bei der Vergabestelle, wann mit der Ausschreibung des Auftrags zu rechnen sei.

bb) Verletzung in seinen Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB

- 25 Da bei einem auf § 135 GWB gestützten Nachprüfungsverfahren entweder eine Verletzung der Informationspflicht oder geltend gemacht wird, der öffentliche Auftraggeber habe gegen seine Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung verstoßen, ist die für die Antragsbefugnis erforderliche Verletzung in eigenen Rechten unproblematisch. Ausreichend hierfür ist, dass eine Verletzung eigener Rechte des Antragstellers nach seiner Darstellung möglich erscheint. Hiervon ist regelmäßig auszugehen, wenn der Antragsteller sich auf die Verletzung von subjektiven Rechten mit der Behauptung beruft, dass der öffentliche Auftraggeber Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat oder einhält.²³

cc) Schadenseintritt

- 26 Der Antragsteller hat darzulegen, dass ihm durch den behaupteten Verstoß gegen § 134 GWB oder gegen die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung des Auftrags ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Schaden besteht in der möglichen Verschlechterung seiner Zuschlagsaussichten.²⁴ Insoweit genügt die Darlegung, der Antragsteller hätte bei einem ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahren bessere Chancen als im beanstandeten Verfahren, oder der Vortrag, seine Aussichten auf eine Erteilung des Auftrags hätten sich im beanstandeten Vergabeverfahren zumindest verschlechtert.²⁵
- 27 Behauptet der Antragsteller einen Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB, werden hierdurch seine Chancen auf den Zuschlag nicht in jedem Fall vereitelt. Ist das Vergabeverfahren im Übrigen fehlerfrei durchgeführt worden, droht dem nicht berücksichtigten Bieter oder Bewerber durch eine fehlerhafte Information oder einen Zuschlag vor Ablauf der Wartefrist kein Schaden. Selbst bei Beachtung der Informations- und Wartepflicht hätten sich seine Chancen auf den Zuschlag nicht verbessert. Vielmehr wäre auch in diesem Fall der für den Zuschlag vorgesehene Bieter erfolgreich gewesen. Bei einer solchen Situation kann die Antragsbefugnis deshalb nur bejaht werden, wenn zusätzlich ein weiterer Verstoß gegen das Vergaberecht geltend gemacht wird, der die Chancen auf die Zuschlagserteilung verschlechtert haben könnte.²⁶ Genügt das Vorbringen insoweit den Anforderungen des § 160 GWB, ist es sodann eine Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrags, ob der Verstoß gegen § 134 GWB kausal zu einem Schaden durch

21 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.04.2010, VII-Verg 55/09, NZBau 2010, 390 – Schiffshebewerk Niederfinow; OLG Naumburg, Beschl. v. 04.11.2010, 1 Verg 10/10.

22 OLG Jena, Beschl. v. 19.10.2010, 9 Verg 5/10, NZBau 2010, 256 (LS); OLG Brandenburg, Beschl. v. 27.11.2008; Verg W 15/08, NZBau 2009, 337, 339.

23 BVerfG NZBau 2004, 566; BGHZ 169, 136, 135; BGHZ 183, 95; siehe die Kommentierung zu § 160 Rdn. 60 ff.

24 BGH, Urt. v. 10.11.2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124; siehe die Kommentierung zu § 160, Rdn. 69 ff.

25 BGH, Urt. v. 10.11.2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 160 Rn. 23.

26 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.09.2017, VII-Verg 9/17 m.w.N. – Triotropiumbromid; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.10.2012, 15 Verg 12/11, ZfBR 2013, 285 – Linienbündel Lampertheim; OLG München, Beschl. v. 12.05.2011, Verg 26/10, VergabeR 2011, 762.

Beeinträchtigung der Zuschlagschancen geführt hat.²⁷ Sind die Zuschlagschancen nicht feststellbar geschmälert worden, weil das Vergabeverfahren im Übrigen vergaberechtsfehlerfrei verlaufen ist, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen.²⁸

Beanstandet der Antragsteller, dass die Auftragsvergabe vergaberechtswidrig nicht europaweit bekannt gemacht worden ist, bedeutet auch dieser Verstoß nicht automatisch, dass sich hierdurch seine Chancen auf den Zuschlag verschlechtern haben. Allerdings sind die Voraussetzungen ohne Weiteres zu bejahen, wenn der Antragsteller durch die vollständig unterbliebene oder nur national erfolgte Ausschreibung gehindert war, sich überhaupt mit einem Angebot oder einer Bewerbung um den Auftrag zu bemühen. Anders ist es jedoch, wenn er sich trotz fehlerhafter Bekanntmachung erfolglos um den Auftrag beworben hat. Ein solcher Sachverhalt ist denkbar, wenn das Vergabeverfahren nur national ausgeschrieben worden ist oder der Auftraggeber ohne Ausschreibung mit dem Antragsteller und weiteren Unternehmen verhandelt hat. Allerdings muss die Wahl der falschen Veröffentlichungsform seiner Art nach geeignet sein, die Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag zu verschlechtern oder seine Angebotsmöglichkeiten einzuschränken oder sonst nachteilig zu beeinflussen. Dies ist schwer vorstellbar, wenn der Auftraggeber ansonsten die Vorschriften über das Vergabeverfahren eingehalten hat. 28

c) Keine Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 GWB

Der Antragsteller, der die Unwirksamkeit eines öffentlichen Auftrags gemäß § 135 Abs. 1 GWB in einem Nachprüfungsverfahren feststellen lassen möchte, hat die Präklusionsvorschriften des § 160 Abs. 3 GWB zu beachten. Nach dieser Vorschrift ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn der Antragsteller gegen seine Rügeobliegenheit verstoßen hat. Allerdings ist der Antragsteller nicht in jedem Fall zur Rüge des behaupteten Vergabefehlers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verpflichtet. Es ist zu unterscheiden, ob dem Auftraggeber ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB) oder die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB) vorgeworfen wird. 29

aa) Rügeobliegenheit bei einem Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB

§ 160 Abs. 3 Satz 1 GWB sieht vier verschiedene, zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags führende Konstellationen vor, wenn der Antragsteller den Vergabeverstoß nicht innerhalb der vorgesehenen Fristen gerügt hat. Die Frist hängt davon ab, ob der Antragsteller den geltend gemachten Vergabeverstoß erkannt hat (Nr. 1) oder ob der Verstoß aufgrund der Bekanntmachung (Nr. 2) oder der Vergabeunterlagen (Nr. 3) erkennbar war. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB sieht die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags für den Fall vor, dass mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers vergangen sind, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen. Ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht (§ 134 GWB) wird in der Regel nicht aus der Vergabebe- kanntmachung oder den Vergabeunterlagen zu erkennen sein, so dass vor allem die Präklusionsregel des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB in Betracht kommt. 30

(1) § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB

Nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB entfällt das Nachprüfungsrecht, wenn der Antragsteller den Verstoß gegen § 134 GWB im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von 10 Kalendertagen²⁹ gerügt hat. Voraussetzung ist die positive Kenntnis des Antragstellers von allen tatsächlichen Umständen, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, und die zumindest laienhafte vernünftige rechtliche Wertung, dass sich 31

27 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.06.2019, VII-Verg 8/19 und Beschl. v. 15.06.2010, VII Verg 10/10.

28 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2010, VII Verg 10/10.

29 Die bisherige Regelung, die eine unverzügliche Rüge vorsah, ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 28.01.2010, Rs. C-406/08, Rn. 75), die insoweit von einer Unvereinbarkeit mit Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG ausging, geändert worden; vgl. Begründung zu § 160 VergModG.

aus ihnen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt. Eine Ausnahme bilden nur die Fälle, in denen der Antragsteller sich der vorausgesetzten und ihm möglichen Kenntnis bewusst verschließt. Um die Notwendigkeit einer Rüge und derer Rechtzeitigkeit beurteilen zu können, bedarf es daher regelmäßig der Feststellung, dass und ab wann der Antragsteller alle Umstände gekannt hat, die er zur Rechtfertigung seiner mit dem Nachprüfungsbegehren erhobenen Beanstandungen vorbringt.³⁰ Die Kenntnis und den Zeitpunkt der Kenntniserlangung hat der Antragsgegner nachzuweisen.³¹

- 32 Die Frist von zehn Kalendertagen beginnt gemäß § 187 Abs. 1 BGB einen Tag nach dem Tag, an dem der Antragsteller positive Kenntnis davon erlangt hat, dass auf eine Information nach § 134 GWB verzichtet worden ist, die Information inhaltlich nicht den Anforderungen genügt oder der Auftraggeber die in § 134 Abs. 2 GWB vorgesehene Wartefrist nicht eingehalten hat. Das Fristende tritt gemäß § 188 Abs. 1 BGB mit Ablauf des 10. Tages nach Kenntniserlangung ein. § 193 BGB ist nicht anwendbar.
- 33 Die Rügefrist von zehn Kalendertagen und die in § 135 Abs. 2 GWB vorgesehenen Fristen zur Feststellung der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 GWB schließen sich nicht gegenseitig aus. Sie stehen nebeneinander und sind parallel anzuwenden.³²

(2) Entbehrlichkeit der Rüge

- 34 Der Antragsteller ist ausnahmsweise von seiner Rügeobliegenheit befreit, wenn der mit der Rügeobliegenheit verfolgte Zweck unter keinen Umständen mehr erreicht werden kann und das Festhalten an der Rügeobliegenheit als bloße Förmerei anzusehen ist.³³ Sinn und Zweck der in § 160 Abs. 3 GWB normierten Rügeobliegenheit ist es, der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, den Vergaberechtsfehler im frühestmöglichen Stadium korrigieren und damit unnötige Nachprüfungsverfahren vermeiden zu können.³⁴ Dieses Ziel wird nicht mehr erreicht, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen Verstoß gegen § 134 GWB nicht mehr korrigieren kann oder erklärtermaßen nicht korrigieren möchte. Eine Rüge ist sinnlos und damit entbehrlich, wenn der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag bereits erteilt hat.³⁵

(3) Erneute Rüge

- 35 Kommt der nach § 134 GWB zu informierende Bieter oder Bewerber seiner Rügeobliegenheit nach und beanstandet gegenüber der Vergabestelle, dass die Information inhaltlich nicht den Anforderungen genügt, stellt sich die Frage, wie er zu reagieren hat, wenn die Vergabestelle seiner Rüge abhilft und eine nachvollziehbare Begründung ihrer Zuschlagsentscheidung nachschiebt. Genügt die Information nun den Anforderungen, besteht zu einer erneuten Rüge kein Anlass. Ergeben sich aus den mitgeteilten Gründen indes Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen andere Vergabevorschriften, müssen diese vor oder zugleich mit dem Nachprüfungsantrag gerügt werden.³⁶

30 BGH, Urt. v. 26.09.2006, XZB 14/06, VergabeR 2007, 59 – Polizeianzüge; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.08.2011, VII Verg 33/11, IBR 2010, 717 (LS u. Kurzwiedergabe); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.10.2009, VII Verg 31/09; OLG München, Beschl. v. 21.02.2013, Verg 21/12; OLG München, Beschl. v. 10.03.2011; Verg 1/11; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.07.2010, 15 Verg 6/10, VergabeR 2011, 87, 89; OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.12.2009, 11 Verg 6/09.

31 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.02.2014, VII Verg 32/13, Vergaberecht 2014, 557 – Augen Chirurgie.

32 OLG Rostock, Beschl. v. 22.10.2010, 17 Verg 5/10, VergabeR 2011, 485, 491; OLG Naumburg, Beschl. v. 29.10.2009, 1 Verg 5/09 zu § 13 Abs. 6 VgV a.F.; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 101b Rn. 45; Wagner in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 135 Rn. 16; offengelassen von OLG München, Beschl. v. 13.08.2010, Verg 10/10, NZBau 2011, 59.

33 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.01.2012, VII Verg 67/11.

34 OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.03.2010, Verg W 6/10, IBR 2010, 420 (LS u. Kurzwiedergabe); OLG Rostock, Beschl. v. 20.10.2010, 17 Verg 5/10, VergabeR 2011, 485.

35 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.04.2017, VII-Verg 38/16; Dreher in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 101b Rn. 46.

36 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 05.12.2006, Verg 56/06 NZBau 2007, 668; OLG München, Beschl. v. 07.08.2007 – Verg 8/07; OLG Frankfurt, Beschl. v. 08.12.2009, Verg 6/09, IBR 2010, 297 (LS u. Kurzwiedergabe).