

## Merkblatt

# Vergaberecht – Ausschreibung öffentlicher Aufträge

Das Vergaberecht ist ein öffentliches Vertragsanbahnungsrecht und enthält Regelungen über das Zustandekommen von Verträgen, mit denen die öffentliche Hand Güter und Leistungen beschafft. Die öffentliche Hand muss bestimmte Kriterien und Verfahren bei der Wahl des Vertragspartners einhalten. Ziel ist eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Haushaltsmitteln und damit ein möglichst kostengünstiger Einkauf.

Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ist das Vergaberecht zweigeteilt. Neben den Regelungen in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), welches die einschlägigen EU-Vergaberichtlinien umgesetzt hat, regeln auch die Haushaltsordnungen der jeweiligen Bundesländer die Vergabe öffentlicher Aufträge (bspw. § 55 LHO NRW). Welche Regelungen im Einzelfall anzuwenden sind, ist von dem Auftragsvolumen abhängig. Erreicht das Auftragsvolumen ohne Umsatzsteuer die so genannten EU-Schwellenwerte, gelten die in dem GWB umgesetzten europäischen Wettbewerbsregeln. Bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte findet das Haushaltsrecht des jeweiligen Bundeslandes Anwendung. Seit dem 01. Januar 2022 betragen die Schwellenwerte für die europaweite Ausschreibung

Seit dem 1. Januar 2024 betragen die Schwellenwerte für die europaweite Ausschreibung

- Liefer- und Dienstleistungen für oberste und obere Bundesbehörden 143.000 EUR
- Liefer- und Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber 221.000 EUR
- Liefer- und Dienstleistungen im Bereich Verteidigung und Sicherheit 443.000 EUR
- Liefer- und Dienstleistungen für Sektorenauftraggeber 443.000 EUR
- Soziale und andere besondere Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber 750.000 EUR
- Soziale und andere besondere Dienstleistungen für Sektorenauftraggeber 1.000.000 EUR
- Bauaufträge 5.538.000 EUR
- Konzessionen 5.538.000 EUR

## I. Europäisches Wettbewerbsrecht - GWB

Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte müssen im Wege der öffentlichen Ausschreibung, bei der bestimmte formale Anforderungen und Fristen gelten, europaweit ausgeschrieben werden. Leitende Prinzipien sollen dabei nach § 97 Abs. 1 GWB Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit sein. Es gilt grundsätzlich ein striktes Gleichbehandlungsgebot für alle am Vergabeverfahren Interessierten. Alle Bewerber sollen einen gleichberechtigten Zugang zu den Beschaffungsmärkten aller Mitgliedstaaten haben. Neben den Aspekten Qualität und Innovation, sowie sozialen und umweltbezogenen Aspekten (§ 97 Abs. 3 GWB), sind auch mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß § 97 Abs. 4 GWB vornehmlich zu berücksichtigen. Ein Auftrag berücksichtigt dann mittelständische Interessen, wenn er so zugeschnitten ist, dass die Auftragsvergabe auch an mittelgroße Unternehmen und nicht nur Großunternehmen möglich ist. Dies wird dadurch gewährleistet, dass Aufträge der Menge nach in mehrere Teilleistungen (Teil lose) aufgeteilt und getrennt nach Art- und Fachgebiet (Fach lose) vergeben werden. Die bietenden Unternehmen müssen fachkundig und leistungsfähig sein (§ 122 GWB). Weitere Anforderungen die das Gesetz an die Auftragsausführung stellt, sind in § 128 GWB geregelt. Die Unternehmen haben alle geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten und arbeitsschutzrechtliche Regelungen zu wahren. Zu letzterem gehören insbesondere die Beachtung des Arbeitsschutzgesetzes, der ILO-Kernarbeitsnormen und die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts. Weitere Auftragsbedingungen, wie Frauenförderung etc. können von öffentlichen Auftraggebern gestellt werden, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und bereits in der Leistungsbeschreibung verlangt wurden (§§ 128 Abs. 2, 127 GWB). Darüberhinausgehende Anforderungen können nur in den durch Gesetz vorgeschriebenen Fällen vorausgesetzt werden. Den Zuschlag erhält, wer das wirtschaftlichste Angebot abgibt, § 127 Abs. 1 GWB.

Das Vergaberecht kennt verschiedene Vergabeverfahren. Das Grundmodell stellt das offene Verfahren dar. In dem offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich durch eine Vergabebekanntmachung zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Daneben existiert das nicht offene Verfahren, bei welchem der Bieterkreis durch einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb beschränkt wird, das Verhandlungsverfahren, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft. Das offene und nicht offene Verfahren stehen gleichrangig nebeneinander; die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, wenn dies durch das GWB gestattet ist (§ 119 Abs. 2 GWB).

Die Grundlagen des Vergaberechts sind in den §§ 97 ff. GWB geregelt. Weitere Konkretisierungen und Einzelheiten enthalten die

- Vergabeverordnung (VgV) zum Ablauf des Vergabeverfahrens (bei der Vergabe von Bauleistungen ist weiterhin die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) anzuwenden),
- die Sektorenverordnung (SektVO) für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung durch Sektorauftraggeber,
- die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) für die Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich sowie

- die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) zur Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen.

Oberhalb der Schwellenwerte sind diese Verfahrensvorschriften uneingeschränkt anzuwenden. Zudem ist das Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG NRW) zu beachten.

## II. Landesrechtliche Regelungen

Bei Auftragsvolumen unterhalb der Schwellenwerte findet das Haushaltsrecht des jeweiligen Bundeslandes Anwendung. Grundlage in NRW sind die Regelungen der Landeshaushaltsordnung bzw. die Gemeindehaushaltsverordnung, die durch so genannte Runderlasse der Landesregierung konkretisiert werden. So wurde mit Änderung des Runderlasses „Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung NRW (VV zur LHO)“ ab dem 9. Juni 2018 die Unterschwellenverordnung (UVgO) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen für anwendbar erklärt. Die UVgO ersetzt die bisher geltende VOL/A. Für die Vergabe von Bauleistungen gilt die VOB/A in der Fassung 2019.

Im Bereich der Liefer- und Dienstleistungsaufträge stehen der öffentlichen Hand gemäß § 8 ff. UVgO folgende Verfahren zur Verfügung:

### 1. Öffentliche Ausschreibung

Bei der öffentlichen Ausschreibung gem. § 9 UVgO muss der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordern. Es sollen möglichst viele Angebote abgegeben werden, sodass im uneingeschränkten Wettbewerb das wirtschaftlichste Angebot ermittelt wird. Das Verfahren der öffentlichen Ausschreibung stellt das Regelverfahren dar.

### 2. Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb

Bei einer beschränkten Ausschreibung gem. § 10 UVgO fordert der öffentliche Auftraggeber nur eine begrenzte Anzahl von Unternehmen direkt auf, ein Angebot abzugeben. Die Eignung der Bieter wird bereits in einem vorgezogenen Teilnahmewettbewerb geprüft. Dieses Verfahren steht voraussetzungslos neben der öffentlichen Ausschreibung zur Verfügung.

### 3. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb

Im Rahmen der beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 11 UVgO findet keine öffentliche Ausschreibung statt. Vielmehr fordert der Auftraggeber ohne vorherige Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs mindestens drei geeignete Unternehmer zur Abgabe eines Angebots auf. Dieses Verfahren kann nur dann vom Auftraggeber gewählt werden, wenn es nach § 8 Abs. 3 UVgO gestattet ist.

### 4. Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb

Die Verhandlungsvergabe gem. § 12 UVgO löst die bisherige „Freihändige Vergabe“ ab und stellt ein förmliches kooperatives Vergabeverfahren dar. In diesem Verfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmer, um mit diesen über die Angebote zu verhandeln. Die Anwendungsvoraussetzungen für dieses Verfahren sind in § 8 Abs. 4 UVgO geregelt.

Im Bereich der Bauleistungen stehen gemäß § 3 VOB/A drei Vergabeverfahren zur Verfügung. Neben der öffentlichen und beschränkten Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb (siehe vorige Erläuterungen), kann auch eine Freihändige Vergabe erfolgen. Bei diesem Verfahren beteiligt der öffentliche Auftraggeber nur eine begrenzte Bieterzahl und ihm steht eine größere Formfreiheit zur Verfügung. Die Zulässigkeit der Verfahren richtet sich nach § 3a VOB/A.

### III. Tariftreue und Vergabegesetz

Seit dem 30. März 2018 gilt das neue Tariftreue- und Vergabegesetz NRW (TVgG). Das neue TVgG NRW wurde stark verschlankt, entbürokratisiert und auf die notwendigen und wesentlichen Vorschriften beschränkt. Zweck des Gesetzes ist es, einen fairen Wettbewerb, um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sicherzustellen, bei gleichzeitiger Sicherung von Tariftreue und Einhaltung des Mindestlohns. Da viele gesellschaftspolitische Vorgaben, bspw. zum Umweltschutz, bereits im Bundesrecht (GWB) enthalten sind, finden sich im TVgG nur noch Regelungen zu den Bereichen Tariftreuepflicht und Mindestlohn.

Das TVgG ist ab einem geschätzten Auftragswert von 25.000 € ohne Umsatzsteuer (netto) bei der Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, anzuwenden. Fällt die Erbringung der Leistung in den Geltungsbereich eines Tarifvertrags, so muss das beauftragte Unternehmen die in dem Tarifvertrag vorgesehenen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts gewähren. Bei allen anderen öffentlichen Aufträgen muss das beauftragte Unternehmen wenigstens ein Entgelt zahlen, das dem geltenden Mindestlohn entspricht. Der Bieter hat dafür zu sorgen, dass seine Nachunternehmer die Pflichten ebenfalls einhalten. Die öffentlichen Auftraggeber sind berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der o.g. Pflichten zu überprüfen. Wird eine Pflicht verletzt, so stehen den Auftraggebern entsprechend der geltenden Vertragsbedingungen ein außerordentliches Kündigungsrecht sowie eine Vertragsstrafe zu.

Sämtliche frühere Verpflichtungserklärungen sind gegenstandslos geworden.

### IV. Präqualifikation

Bei der Vergabe öffentlichen Aufträgen haben die Unternehmen ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123, 124 GWB gemäß § 122 Abs. 3 GWB nachzuweisen. Dieser Nachweis kann durch die Teilnahme an einem Präqualifizierungsverfahren erbracht werden. Welche einzelnen Eignungsnachweise jeweils vorzulegen sind, ist in den entsprechenden Verordnungen geregelt (§§ 42 ff. VgV, § 6a f. VOB/A, §§ 25. ff. VSVgV, § 47 ff. SektVO). Die Präqualifikation ermöglicht es, im Rahmen einer vorgelagerten und auftragsunabhängigen Prüfung eine Zertifizierung zu erwerben, die den Bieter grundsätzlich davon entbindet, für jedes Gebot die erforderlichen Nachweise einzeln zu erbringen. Vielmehr genügt es, den Zertifizierungscode anzugeben bzw. eine Kopie des Zertifikats einzureichen.

§ 50 VgV sieht erstmals eine Einheitliche Europäische Eignungserklärung vor. Dabei handelt es sich

um eine Standardformular, welches einen vorläufigen Nachweis hinsichtlich der o.g. Kriterien enthält. Diese Eignungserklärung soll Unternehmen davon befreien, bereits bei Abgabe eines Angebots sämtliche einschlägigen Unterlagen einreichen zu müssen. Erst vor der Zuschlagsverteilung muss der öffentliche Auftraggeber eine endgültige Eignungsprüfung mit den einschlägigen Unterlagen durchführen.

Ist das Unternehmen/der Bewerber in einem amtlichen Verzeichnis eingetragen, so wird seine Eignung gemäß § 48 Abs. 3 VgV vermutet. Ein entsprechendes amtliches Verzeichnis kann durch die IHK eingerichtet werden. In NRW führt die IHK Mittlerer Niederrhein dieses Verzeichnis zentral für alle Unternehmen mit Sitz in NRW. Entsprechende Informationen dazu finden Sie unter <https://mittlerer-niederrhein.ihk.de>, das Verzeichnis selbst unter [www.amtliches-verzeichnis.ihk.de](http://www.amtliches-verzeichnis.ihk.de). Für Zertifizierungen im Rahmen der VOB/A ist der Verein zur Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. zuständig (s. dazu [www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)).

## V. Rechtsschutz für Unternehmen

### 1. Oberhalb der EU-Schwellenwerte

Ein unmittelbarer Rechtsschutz für Unternehmen besteht nur, wenn es sich um Ausschreibungen oberhalb der EU-Schwellenwerte handelt. In diesen Fällen begründet § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch der Unternehmen darauf, dass die Bestimmungen des Vergaberechts eingehalten werden. Da ein einmal erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann, muss der Auftraggeber die unterlegenen Bieter über die Gründe der geplanten Nichtberücksichtigung informieren. Der unterlegene Bieter kann sodann einen Antrag auf Nachprüfung des Verfahrens bei den so genannten Vergabekammern stellen (s. §§ 160 ff. GWB). In NRW sind die Vergabekammern bei den Bezirksregierungen angesiedelt, daneben existiert auch eine Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt. Welche Stelle für das Nachprüfungsverfahren zuständig ist, muss in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht werden. Die Vergabekammer entscheidet darüber, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist. Zugleich ordnet sie geeignete Maßnahmen an, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Die Vergabekammer stellt dem öffentlichen Auftraggeber den Antrag des Unternehmens zu. Die Zustellung bewirkt, dass der Auftraggeber den Zuschlag nicht erteilen darf, bis die Vergabekammer über den Antrag entschieden hat und die anschließende Beschwerdefrist von zwei Wochen abgelaufen ist. Einen bereits erteilten Zuschlag kann die Vergabekammer grundsätzlich nicht aufheben. Der Auftrag ist dann rechtsverbindlich vergeben. Dem unterlegenen Bieter bleibt dann lediglich, auf Ersatz des ihm durch die Verletzung von Vergabevorschriften entstandenen Schaden zu klagen. Die Gebühr für das Verfahren bei der Vergabekammer beträgt mindestens 2.500 Euro, je nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Angelegenheit und dem damit verbundenen Aufwand.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung der Entscheidung sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht erhoben werden. Der Vergabesenat beim Oberlandesgericht ist die einzige gerichtliche Instanz, die über Ansprüche nach § 97 Abs. 6 GWB entscheidet. Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer, sodass der öffentliche Auftraggeber weiterhin an der Erteilung des Zuschlags gehindert ist.

## 2. Unterhalb der EU-Schwellenwerte

Unterhalb der EU-Schwellenwerte gibt es kein speziell geregeltes Nachprüfungsverfahren. Der Rechtsschutz richtet sich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Zuständig ist in aller Regel das Landgericht. Vor Zuschlagserteilung kann dort versucht werden, dem Auftraggeber im Wege einer einstweiligen Verfügung zu verbieten, den Zuschlag zu erteilen. Ein Anspruch darauf kann sich aus einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben. Ist der Zuschlag schon erteilt, so bleibt dem übergangenen Bieter nur die Klage auf Ersatz seines Schadens. Der Schadensersatz umfasst den Aufwand, der ihm durch die vergebliche Bemühung um den Auftrag entstanden ist. Der Schadensersatz kann auch den entgangenen Gewinn umfassen, wenn der Bieter nachweist, dass ihm bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.

## VI. Sonstige Regelungen

Um zu verhindern, dass Unternehmen die Möglichkeit des Nachprüfungsverfahrens missbräuchlich in Anspruch nehmen, verpflichtet § 180 GWB die Unternehmen zum Ersatz desjenigen Schadens, der dem Auftraggeber oder einem anderen Beteiligten durch einen Missbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts entstanden ist (sog. Missbrauchsklausel). Hat der Auftraggeber gegen Vorschriften zum Schutz des Unternehmens verstoßen und hätte das Unternehmen anderenfalls bei der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt, den Zuschlag zu erhalten, kann das betroffene Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme am Vergabeverfahren verlangen. Bei entsprechenden Voraussetzungen kann auch der entgangene Gewinn als Schadensersatz geltend gemacht werden.

## VII. Veröffentlichung von Ausschreibungen

Ein vollständiges Verzeichnis über öffentliche Aufträge gibt es nicht. Die Ausschreibungen werden in speziellen Publikationen und auf Internetplattformen bekannt gegeben. Hinweise auf Ausschreibungen finden sich daher regelmäßig auf der europäischen Plattform TED, den Amtsblättern der Gemeinden und bspw. auf den Internetseiten, „Beschaffungsmarkt des Bundes“, „Amt für amtliche Veröffentlichungen der EU“, „Vergabemarktplatz NRW“. Hier findet man auch die maßgeblichen Vergabe- und Preisvorschriften sowie Informationen zu den Vergabekammern und weiterführende Links.

### *Hinweis:*

*Diese Veröffentlichung enthält keine abschließende Darstellung, sondern dient Ihrer Information. Die hierin enthaltenen Angaben sind mit der größtmöglichen Sorgfalt erstellt worden. Dennoch kann für Vollständigkeit und Richtigkeit keine Gewähr übernommen werden*