

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Vergaberecht I Einführung, Schwellenwerte, erfasste Aufträge, erfasste Auftraggeber

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Einführung

Gegenstand

- Beschaffung von Waren-, Bau- und Dienstleistungen und Vergabe von Konzessionen (Nutzungsrecht an Gemeingut) durch staatliche / staatlich beeinflusste Auftraggeber
- **Etwa 20 Prozent des BIP in DE und Europa**

Vergabe- recht

Ziele

- Fairer Wettbewerb
- Korruptionsprävention
- Schonung der öffentlichen Haushalte

Regelung

- Früher: Haushaltsrecht
- Heute: Stark von EU beeinflusst
→ Wettbewerbsrecht

Vergaberecht – Einführung

Geschichte des Vergaberechts und politische Brisanz

Geschichte

- Absteigerungen: Zuschlag erhält, wer geringstes Entgelt fordert
- **Problem:** Oft zu günstige Angebote
- Daher: Erlass, wonach unrealistisch niedrige Angebote ausgeschlossen wurden
- 1921: Nach 1. Weltkrieg wird Verdingungsausschuss mit Vertretern aus Politik, Industrie, Gewerkschaften und Handwerk beauftragt „Verdingungsordnungen für Bauleistungen und Dienstleistungen zu schaffen“

Heute

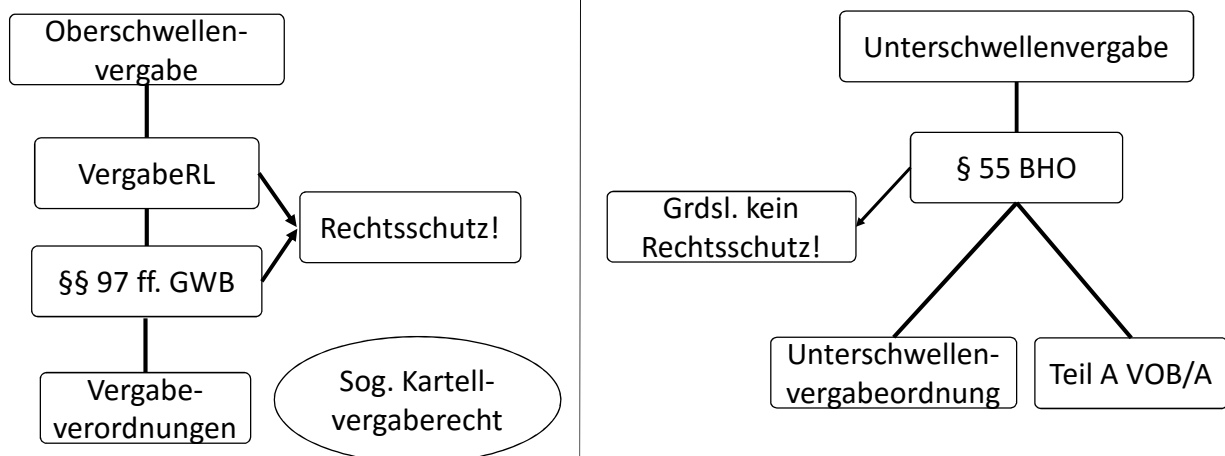
- Vergaberecht kann regionalpolitisch und wirtschaftspolitisch steuernd eingesetzt werden
- Bis heute gibt es Verdingungsausschuss, obwohl ein einheitliches Vergabegesetz regelungstechnisch besser wäre
- Problem zu günstiger Angebote besteht bis heute

3

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Einführung

Zweiteilung des Vergaberechts in Unter- und Oberschwellenvergabe



4

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Einführung

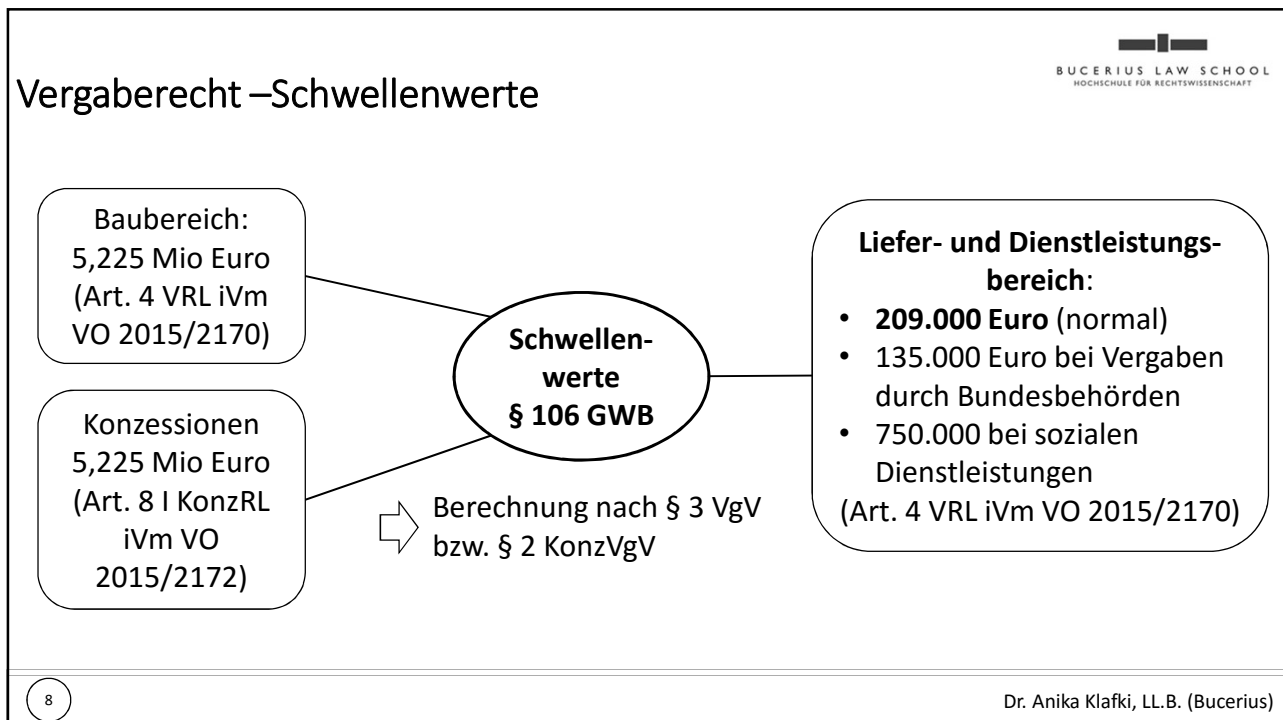
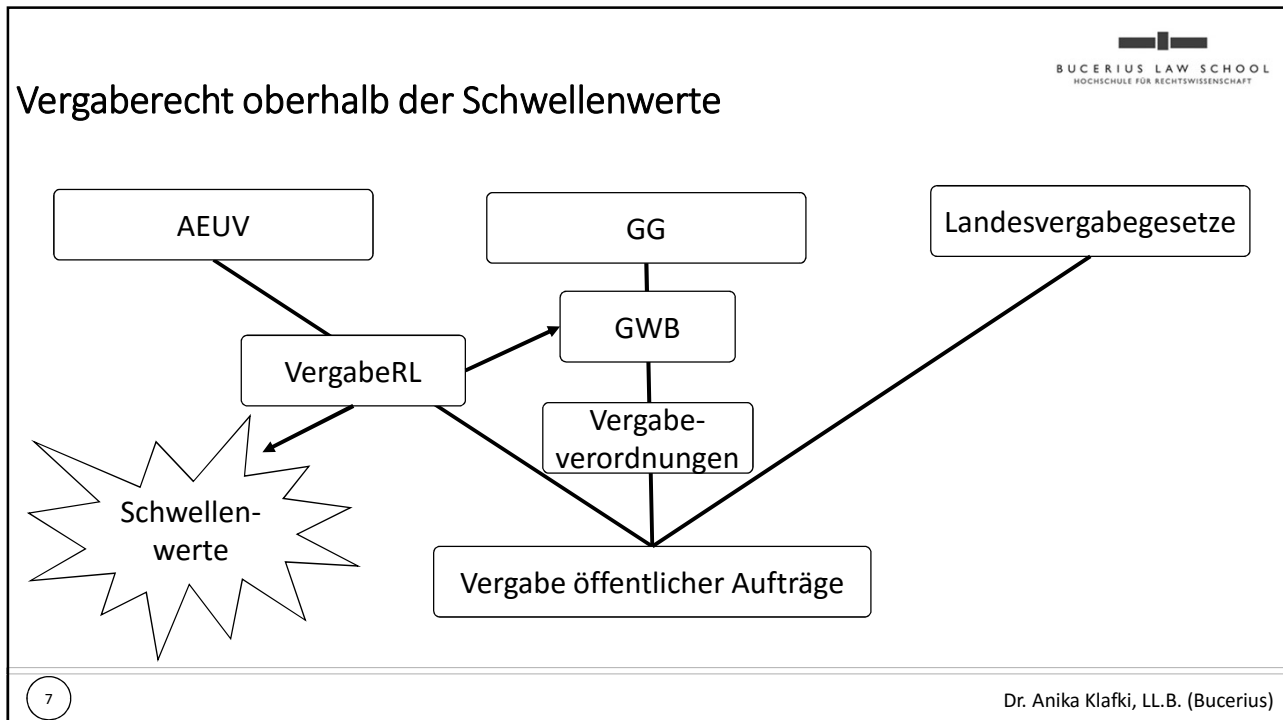
Für alle staatlichen Beschaffungsvorgänge geltendes Recht

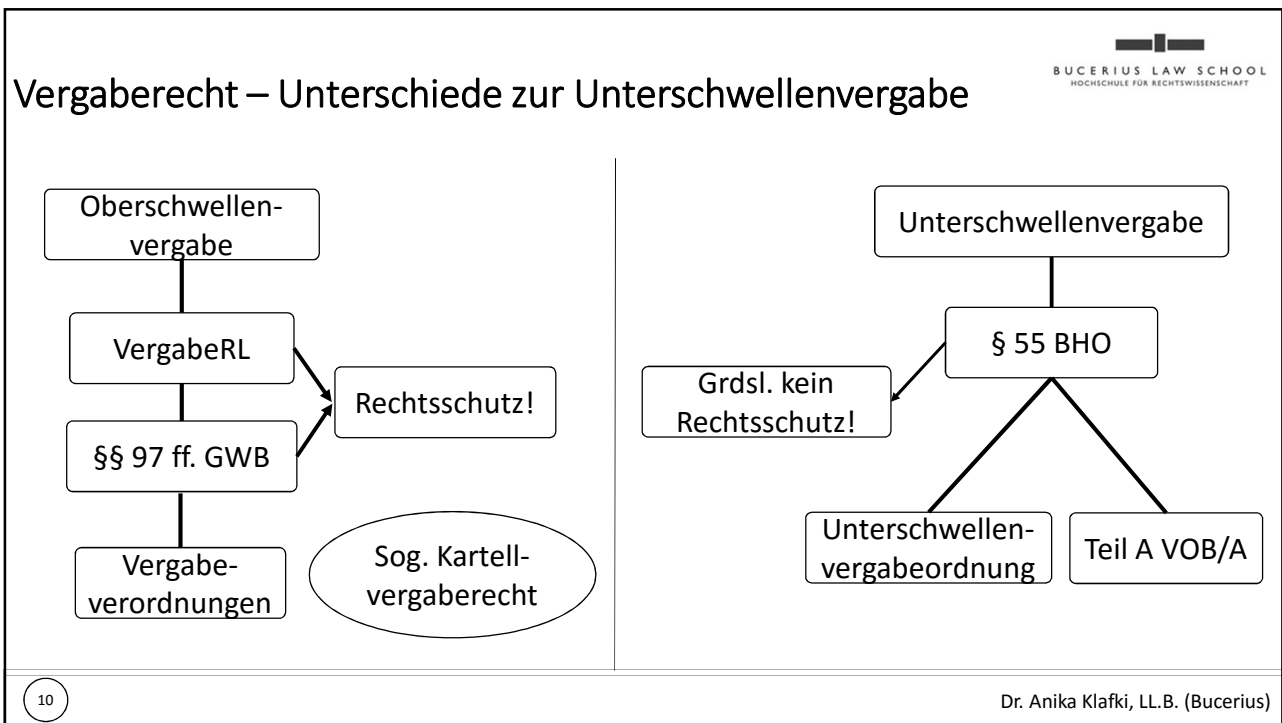
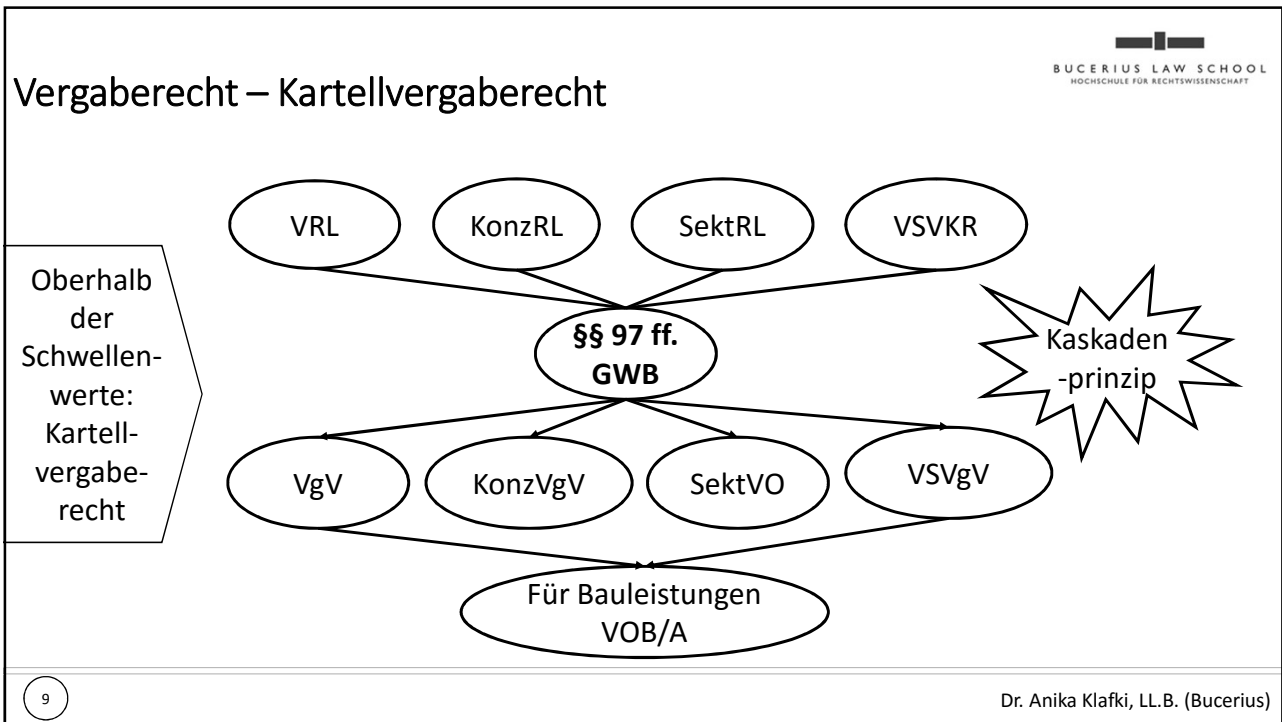
- Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten
 - Voraussetzung: Grenzüberschreitender Bezug (kann auch im Unterschwellenbereich gegeben sein)
 - Gleichbehandlungsgebot
 - Transparenzgebot
- Grundrechte
 - Art. 3 I GG
 - Art 12 I GG – Vertragsfreiheit
- Landesgesetze (zB Sächsisches VergabeG)

Völkerrechtliche Ebene:
Agreement on Government
Procurement
(plurilaterales Abkommen)

Vergaberecht – Vergaberichtlinien

- **Vergaberichtlinie 2014/24/EU**: Allgemeines europäisches Vergaberecht (**VRL**)
- **Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU**: Beschaffungen, die im Wege von Konzessionen erfolgen (**KonzRL**)
- **Sektorenrichtlinie 2014/25/EU**: Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Postdienste (**SektRL**)
- **Verteidigungsvergabekoordinierungsrichtlinie 2009/81/EG**: Betrifft Beschaffungen von militärischem Bedarf und für Sicherheitszwecke (**VSVKR**)





Vergaberecht – Grundsätze

§ 97 Grundsätze der Vergabe

(1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden **im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren** vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

(2) Die **Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln**, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

[...]

(6) **Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.**

Bestimmte Anforderungen an
Vergabeverfahren

Bestimmte Anforderungen an
Auswahlkriterien

Kartellvergaberecht führt zu Einschränkungen der Freiheit für Auftraggeber!

11

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Erfasste Aufträge

Vom Vergaberecht erfasste Aufträge

Öffentliche Aufträge

(§ 103 I-IV GWB)

= Verträge zw. Auftraggeber iSd § 98
GWB und Wirtschaftsteilnehmern

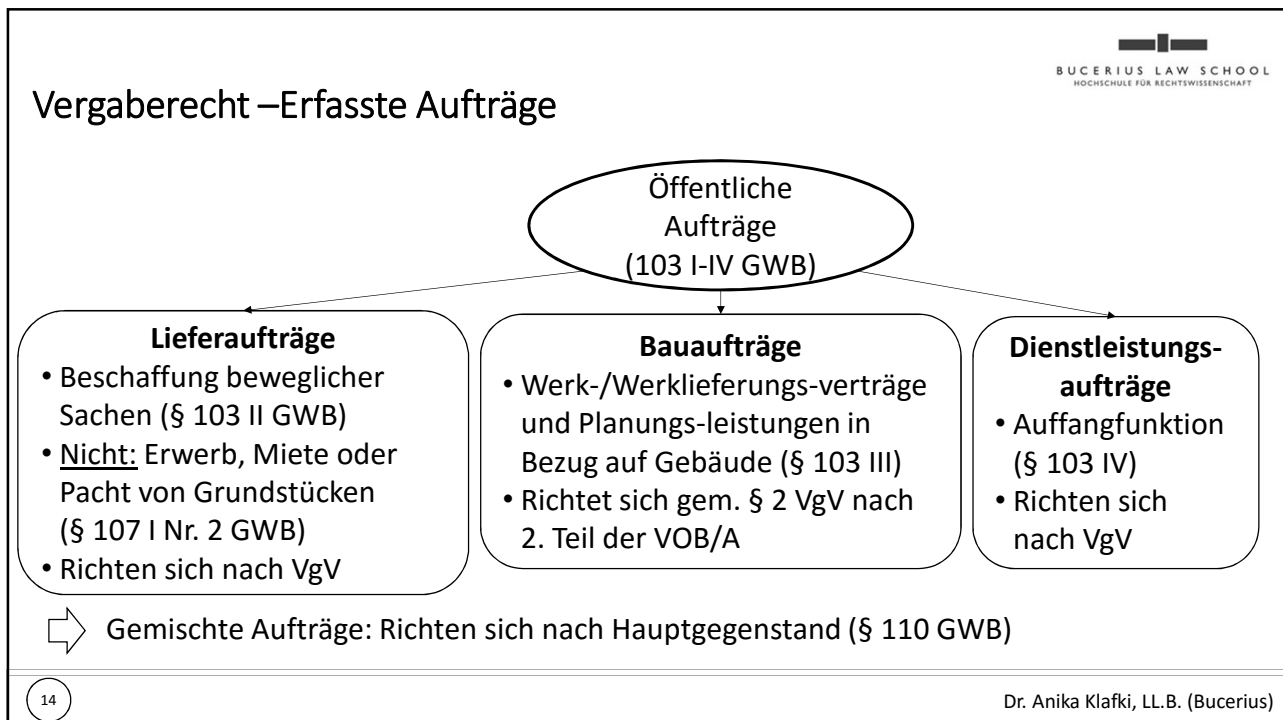
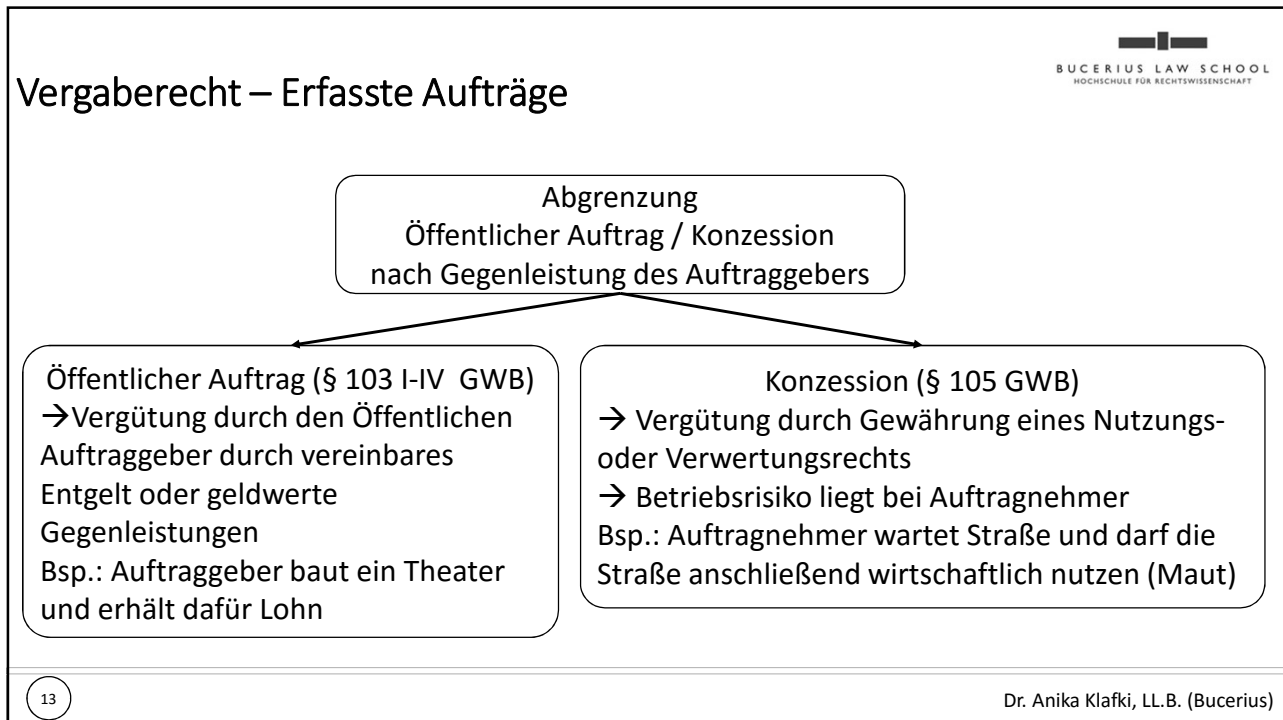
Konzessionen
(§§ 148 ff GWB)

Wettbewerbe
(§ 103 VI GWB)

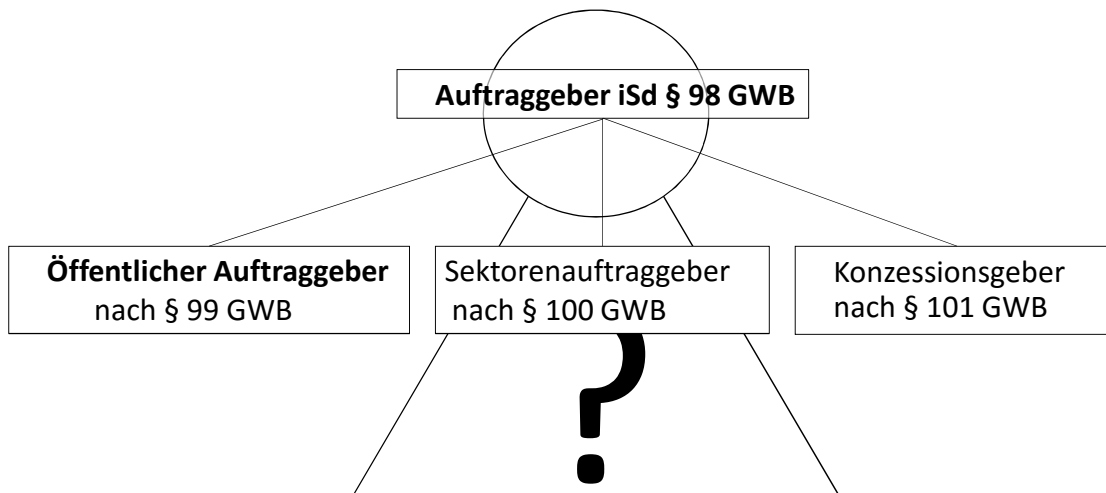
Rahmenvereinbarungen
(§ 103 V GWB)

12

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)



Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber



15

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB

- Gebietskörperschaften: Bund, Land, Kommunen (§ 99 Nr. 1 GWB)
- Funktioneller Auftraggeberbegriff (§ 99 Nr. 2 GWB) → Keine Flucht aus dem Vergaberecht!
 - Tätigkeit im Allgemeininteresse
 - Nichtgewerbliches Handeln (auch nur geringer „nicht-gewerblicher“ Teil der Aufgabenwahrnehmung infiziert die Einrichtung)
 - (+), wenn Aufgabe ohne Wettbewerbsbedingungen ausgeübt wird bzw. sich die jur. Person in ihren Entscheidungen nicht von wettbewerblichen Erwägungen leiten lässt.
 - Besondere Staatsgebundenheit (§ 99 Nr. 2 lit. a-c GWB)
 - Überwiegende Finanzierung (P.: Finanzierung durch Zwangsbeiträge der Bürger)
 - Aufsicht über Leitung (Kann öffentliche Hand eigene unternehmerische Entscheidungen durchsetzen?)
 - Mehrheitliche Organbesetzung (IdR (+) bei 100 prozentiger Eigen-GmbH.)

16

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB

- Verbände (§ 99 Nr. 3 GWB)
 ZB kommunale Spitzenverbände, Abwasserverbände, Wasserversorgungsverbände, Abfallverbände
- Staatl. subventionierte Auftraggeber bei best. Baumaßnahmen (§ 99 Nr. 4 GWB)



?

17

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB

→ Sondervergaberecht (§§ 136 ff. GWB und SektVO)
 für bestimmte Wirtschaftsbereiche („Sektoren“), in
 denen der Wettbewerb eingeschränkt ist

Öffentliche Auftraggeber iSd § 99
 GWB, die eine Sektorentätigkeit
 nach § 102 GWB ausüben (§ 100 Nr.
 1 GWB)

Private, die eine Sonderstellung im
 Wettbewerb inne haben und eine
 Sektorentätigkeit gem. § 102 GWB
 ausüben (§ 100 Nr. 2 GWB)
 Bsp.: Deutsche Bahn AG

18

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Sektorenauftraggeber nach § 100 GWB

- Sektorentätigkeit (§ 102 GWB)
 - Trinkwasser, Elektrizität, Gas und Fernwärme, fossile Brennstoffe, Verkehr
 - Mögliche Freistellung durch KOM (Art. 34 SektRL)
In Deutschland: Post, da hinreichend liberalisiert
- Besondere Anforderung an private Sektorenauftraggeber: Sonderstellung im Wettbewerb
 - § 100 I Nr. 2 a, II GWB: Besondere ausschließliche Rechte, die einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten werden
 - § 100 I Nr. 2 b, III GWB: Öffentliche(r) Auftraggeber übt beherrschenden Einfluss auf Privaten aus

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Konzessionsgeber nach § 101 GWB

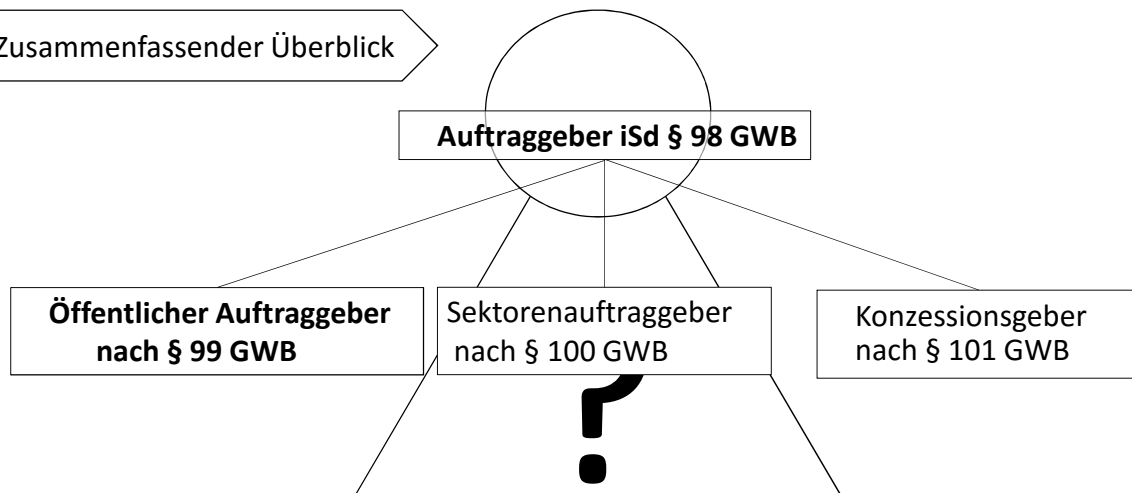
→ Sondervergaberecht (§§ 148 ff. GWB und KonzVgV) für Aufträge, deren Gegenleistung zumindest auch im Recht zur Nutzung des Bauwerks oder zur Verwertung der Dienstleistung besteht

Öffentliche Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, die eine Konzession vergeben (§ 101 Nr. 1, 2 GWB)

Private, die eine Sonderstellung im Wettbewerb inne haben, eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession vergeben (§ 101 Nr. 3 GWB)

Vergaberecht – Erfasste Auftraggeber

Zusammenfassender Überblick



21

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Fall – Auftraggeberbegriff OLG Brandenburg, 6.12.2016, 6 Verg 4/16

Die Stadt O ist alleinige Gesellschafterin der Wohnungsbau-GmbH W, deren Zweck es ist, sozialen Wohnungsbau zu betreiben. Es gibt keinen Aufsichtsrat. Die Gesellschaft darf auch sonstige Geschäfte betreiben, soweit sie ihrem Hauptzweck dienlich sind. Sie errichtet nun 5 Wohnhäuser, wobei 30 % der Wohnungen dort mit Gewinn vermietet werden sollen, um einen kleinen Gewinn aus dem Projekt zu realisieren, der wiederum in die Subvention von Sozialmieten in anderen Stadtteilen fließen soll. W vergibt nun einen Auftrag an einen Architekten A, ohne sich an das Vergaberecht gebunden zu fühlen. Dem Architekten B ist das ein Dorn im Auge. Er möchte von Ihnen wissen, ob W Auftraggeber iSd Vergaberecht ist.



22

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Fall – Auftraggeberbegriff OLG Brandenburg, 6.12.2016, 6 Verg 4/16

W-GmbH = Auftraggeber iSd § 98 GWB?

Funktionaler Auftraggeber (§ 99 Nr. 2 GWB)?

1. Juristische Person (+), da GmbH
2. Gründung zu im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben
Hauptzweck der GmbH: Sozialer Wohnungsbau (+)
3. Nichtgewerbliches Handeln
Hier: Gewinnerzielungsabsicht
Aber: Hauptzweck ist sozialer Wohnungsbau. Gewinne fließen Hauptzweck zu.
Zwar herrscht im Wohnungsbaumarkt Wettbewerb, aber sozialer Wohnungsbau ist gerade *nicht* von wettbewerblichem Handeln geprägt. Wohnungen werden bewusst günstig vermietet.
4. Besondere Staatsgebundenheit
Jedenfalls § 99 Nr. 2 lit. c GWB. **§ 46 Nr. 5 GmbHG**: Bestellung der Geschäftsführer durch Gesellschafterversammlung

Ergebnis: W-GmbH ist öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB!

23

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergaben

§ 108 GWB
Ausnahme für Inhouse-Geschäfte



Vertikale Inhouse-Geschäfte im
Konzernverbund
(§ 108 Abs. 1-5)

Horizontale öffentlich-öffentliche
Zusammenarbeit
(108 Abs. 6)



Die Eigenerledigung öffentlicher Aufgaben ist vergaberechtsfrei! Die öffentliche Hand soll nicht gezwungen werden, ihre Aufgaben zu privatisieren!

24

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergaben

Auftragsvergabe an die Tochter (§ 108 I, II 1 GWB)

Öffentlicher
Auftraggeber
(§ 99 Nr. 1-3 GWB)

Juristische
Person
(zB GmbH)

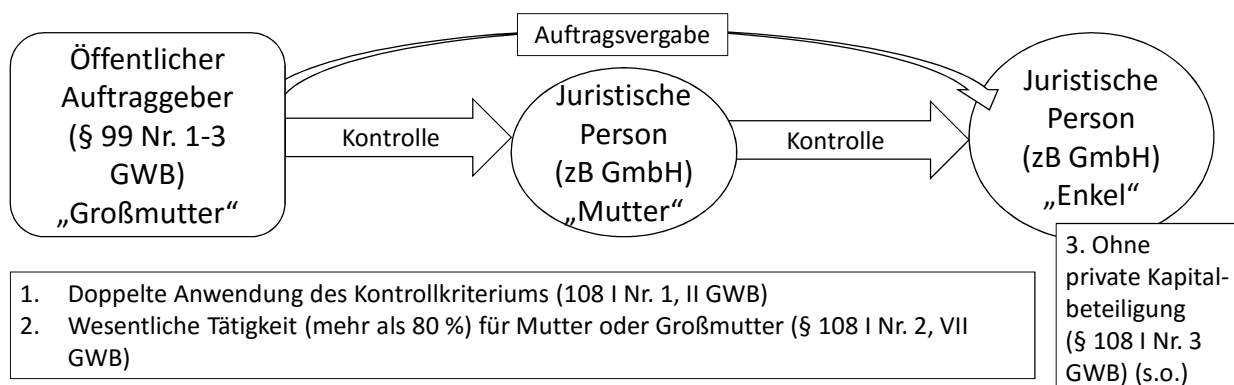
1. **Kontrolle**, wie über eigene Dienststelle (108 I Nr. 1, II GWB): Immer (+) bei Fachaufsicht. Hängt von gesellschaftsrechtl. Ausgestaltung ab. Bei GmbH idR (+). (§§ 37 I, 46 Nr. 5, 6 GmbHG). Bei AG nur bei Beherrschungsvertrag.
2. **Wesentliche Tätigkeit** (mehr als 80 %) für öffentlichen Auftraggeber oder andere von ihm kontrollierte juristische Person (§ 108 I Nr. 2, VII GWB)
3. **Ohne private Kapitalbeteiligung** (§ 108 I Nr. 3 GWB), es sei denn sie ist nicht beherrschend, führt zu keiner Sperrminorität **und** ist gesetzlich vorgeschrieben.

25

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergabe

Auftragsvergabe an ein „Enkelunternehmen“ (§ 108 II 2 GWB)

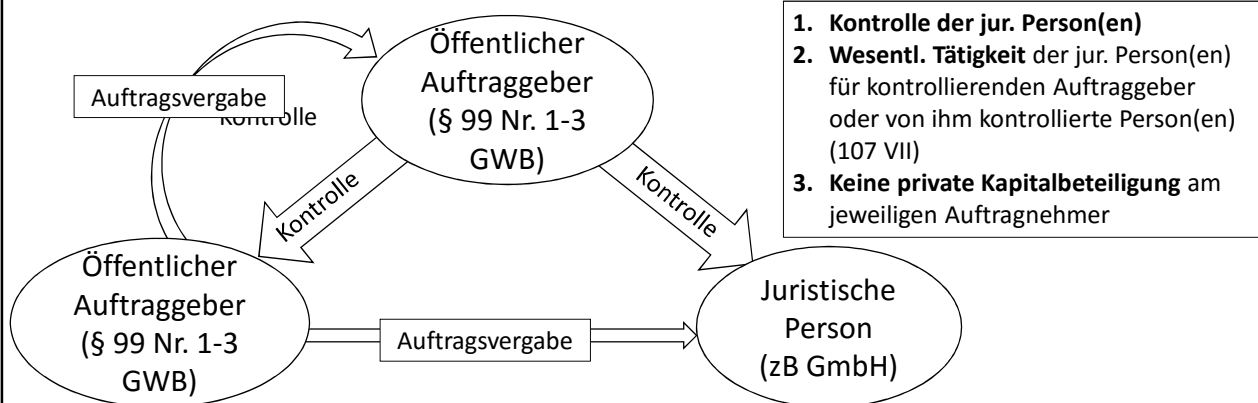


26

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergabe

Auftragsvergabe der Tochter an Mutter oder unter Schwestern (§ 108 III GWB)

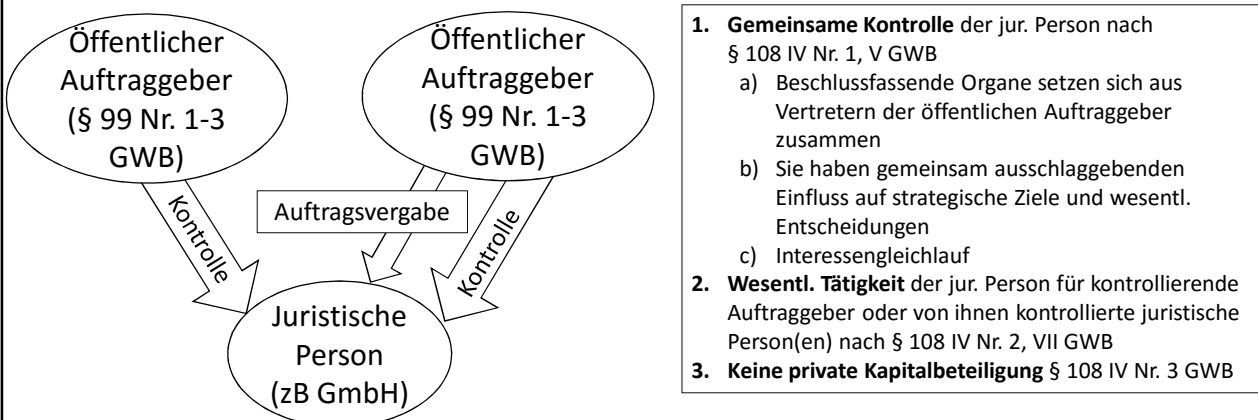


27

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergabe

Gemeinschaftl. Kontrolle über den Auftragnehmer (§ 108 IV, V GWB)

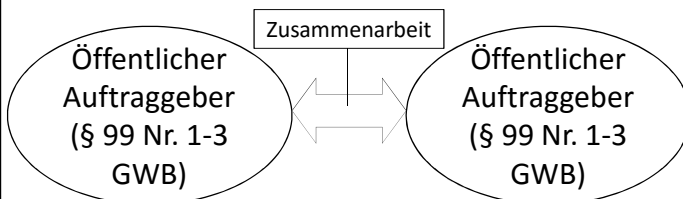


28

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

Vergaberecht – Bereichsausnahme für Inhouse-Vergabe

Interkommunale Zusammenarbeit (§ 108 VI GWB)



1. Zusammenarbeit zur Erreichung gemeinsamer Ziele
2. Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse (nicht kommerzielle Interesse!)
3. Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % ihrer Tätigkeiten

Vergaberecht – Wiederholungsfragen

- Wie unterscheidet sich das Vergaberecht oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte
- Wie hoch sind die Schwellenwerte im Vergaberecht
- Welche Aufträge werden vom Vergaberecht erfasst
- Was sind Konzessionen
- Welche Auftraggeber werden vom Vergaberecht erfasst
- Was ist eine „Inhouse-Vergabe“ und wo ist sie geregelt