

I. Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts

1 Einführung

Aufträge über die Beschaffungen von Feuerwehren und Rettungsdiensten sind, wenn diese in öffentlicher Trägerschaft stehen, nach besonderen Vorschriften zu vergeben. Diese Vorschriften sind erforderlich, weil öffentliche Aufträge einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellen, um eine effiziente und wirtschaftliche Auftragsvergabe sicherzustellen. Die Vorschriften werden unter dem Begriff »Vergaberecht« zusammengefasst.

Als Vergaberecht wird die Gesamtheit der Normen bezeichnet, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat (BVerfG 1 BvR 1160/03). Dabei ist das Vergaberecht in Deutschland nicht einheitlich, sondern in verschiedenen Gesetzen, Vergabeverordnungen und Verfahrensordnungen geregelt. Es wird daher in der Praxis zu Recht als unübersichtlich und komplex bewertet.

1.1 Der Ursprung des Vergaberechts: Das Haushaltsrecht

Ursprünglich war das Vergaberecht ausschließlich im Haushaltsrecht beheimatet; die Vergabevorschriften waren Verwaltungsvorschriften, die sich an die Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber wandten, um die sparsame und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel zu sichern. Das Vergaberecht diente damit allein dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern.

Unter dem Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts musste dieser haushaltsrechtliche Ansatz des Vergaberechts teilweise aufgegeben werden: Die europäischen Vergaberichtlinien verfolgten das Ziel, das öffentliche Auftragswesen für einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu öffnen. Die Interessen der Bieter sollten durch eine schnelle und wirksame Nachprüfung vor Verletzungen der Vergabevorschriften geschützt werden (Bundestag Drucksache 13/9340). Zur Umsetzung dieser europäischen Vergaberichtlinien hatte der deutsche Gesetzgeber in den Jahren 1993 und 1994 zunächst eine »haushaltsrechtliche Lösung« gewählt und für Vergabeverfahren, deren Beschaffungsgegenstände einen bestimmten Auftragswert überschritten, im Haushaltsrecht (§ § 57 b und 57 c HGrG in der damaligen Fassung für die

Jahre 1993 und 1994) ein zweistufiges Nachprüfungsverfahren vorgesehen, das aber keine einklagbaren subjektiven Rechte potentieller Auftragnehmer vorsah.

1.2 Die Zweiteilung des Vergaberechts

Die haushaltsrechtliche Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien wurde von der damaligen EG-Kommission beanstandet und führte schließlich im Jahr 1999 dazu, dass der Bundesgesetzgeber die haushaltsrechtliche Lösung aufgab und das Vergaberecht für Verfahren, deren Beschaffungsgegenstände einen bestimmten Auftragswert erreichten oder überschritten, im sogenannten Kartellvergaberecht umsetzte. Diese »kartellrechtliche Lösung«, die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umgesetzt wurde, führte zu einer Zweiteilung des Vergaberechts in Deutschland: Das Haushaltsvergaberecht (Unterschwellenrecht) und das Kartell- oder GWB-Vergaberecht (Oberschwellenrecht) (zu den Begrifflichkeiten vgl. Burgi, 2016).



Merke:

Das Vergaberecht in Deutschland ist zweigeteilt.

Eine letzte große Änderung des Vergaberechts fand 2016 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz statt. Begründet war die Änderung durch neue EU-Vergaberichtlinien:

- Richtlinie für die klassische Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU)
- Richtlinie für die Auftragsvergabe in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU)
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU)
- Richtlinie zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Richtlinie 2009/81/EG)

Im Zuge der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien wurde die Struktur des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen überarbeitet und eine grundlegend geänderte Vergabeverordnung erlassen. Die Änderungen betrafen damit nur den Oberschwellenbereich.

Einen unmittelbaren Einfluss auf die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich hatte die Vergabemodernisierung nicht. Sie wurde aber zum Anlass genommen, auch

die Vergabe öffentlicher Aufträge auf nationaler Ebene unterhalb der EU-Schwellenwerte zu reformieren. Dies erfolgte durch die neue Unterschwellenvergabeordnung, die im Februar 2017 im Bundesanzeiger bekannt gemacht wurde. Das neue Regelwerk ersetzt die bisher geltende Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1).¹

1.3 Trennlinie zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenrecht: Der EU-Schwellenwert

Die Trennlinie zwischen dem Haushaltsvergaberecht und dem GWB-Vergaberecht ist der EU-Schwellenwert. Wird er unterschritten, ist das Haushaltsvergaberecht anwendbar, wird er erreicht oder überschritten, gilt das GWB-Vergaberecht.



Bild 1: *Zweiteilung des Vergaberechts*

Der Ursprung des EU-Schwellenwertes liegt in einer internationalen Vereinbarung, dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (»Government Procurement Agreement«, kurz GPA). Ziel des GPA ist es, einen multilateralen Rahmen

¹ Nicht in allen Bundesländern wird die UVgO angewendet; in einigen Ländern erfolgen Vergaben noch nach der VOL/A.

ausgewogener Rechte und Pflichten in Bezug auf öffentliche Aufträge zu schaffen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten. Das GPA findet Anwendung auf Aufträge oberhalb bestimmter Schwellenwerte, die im GPA festgelegt sind (EU Richtlinie 2014/24/EU, Erwägungsgrund 18). Entsprechend gilt auch das GWB-Vergaberecht erst, wenn der geschätzte Auftragswert der zu beschaffenden Lieferung oder Leistung den aus dem GPA resultierenden und in Euro umgerechneten EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt.

1.4 Unterschiede zwischen dem Haushaltsvergaberecht und dem GWB-Vergaberecht

Aus der Zweiteilung des Vergaberechts ergeben sich einige Unterschiede zwischen dem Haushaltsrecht als Unterschwellenvergabe- und dem GWB-Vergaberecht als Oberschwellenvergaberecht. Der bedeutendste Unterschied liegt in den Rechtsschutzmöglichkeiten der an Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen:

Das GWB-Vergaberecht ist als Eintrag im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Wettbewerbsrecht. Aus dem Schutz des Wettbewerbs folgt ein Rechtsschutz der auf dem Wettbewerbsmarkt tätigen Unternehmen:

»Unternehmen haben Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden.«, § 97 Abs. 4 GWB.

Werden vergaberechtliche Vorschriften verletzt, haben die beteiligten Unternehmen einen umfassenden Primärrechtsschutz, der in den §§ 155 ff. GWB geregelt ist. Nachprüfende Instanz sind die Vergabekammern und als Zweitinstanz die Oberlandesgerichte.

Im Gegensatz dazu bietet das Unterschwellenvergaberecht, das im Haushaltsrecht beheimatet ist, nur eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Unternehmen haben lediglich die Möglichkeit, Zivilgerichte anzurufen, um im Eilverfahren Zuschlagserteilungen zu verhindern oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

1.5 Das EU-Primärrecht

Auch das EU-Primärrecht, das keine spezifischen vergaberechtlichen Vorschriften enthält, hat Einfluss auf das Vergaberecht. Das Primärrecht ist das ranghöchste Recht der Europäischen Union (EU). Es stammt im Wesentlichen aus den Gründungsver-

trägen, insbesondere dem Vertrag von Rom und dem Vertrag über die Europäische Union. Aus dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), vor allem aus seinen Artikeln 49 und 56 folgen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Vergaben oberhalb des EU-Schwellenwertes, sondern auch für Vergaben, deren Auftragswerte die EU-Schwellenwerte nicht erreichen, sofern an diesen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. Ein grenzüberschreitendes Interesse kann angesichts eines gewissen Volumens des Auftrags in Verbindung mit dessen technischen Merkmalen oder dem Leistungsort vorliegen. Es kann auch das Interesse von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Wirtschaftsteilnehmern an der Teilnahme am Verfahren zur Vergabe dieses Auftrags berücksichtigt werden, sofern sich erweist, dass dieses Interesse real und nicht fiktiv ist (EuGH C-278/14).



Merke:

Aufträge, deren Werte den EU-Schwellenwert nicht erreichen, sind unter Beachtung der EU-primärrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu vergeben, wenn an den Aufträgen ein grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Die Pflicht zur Beachtung der genannten europarechtlichen Grundprinzipien für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte kann sich auch aus den Vergabevorschriften der Länder ergeben. So heißt es in den kommunalen Vergabegrundsätzen des Landes NRW (Ziffer 3.1): »Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte sind die europarechtlichen Grundprinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten. Die Auftragsvergabe muss im Einklang mit den Vorschriften und Grundsätzen des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfolgen.«

1.6 Übersicht über Grundlagen und Aufbau des Vergaberechts

Die nachfolgende Übersicht gibt schemenhaft den Aufbau des Vergaberechts oberhalb und unterhalb des EU-Schwellenwertes wieder:

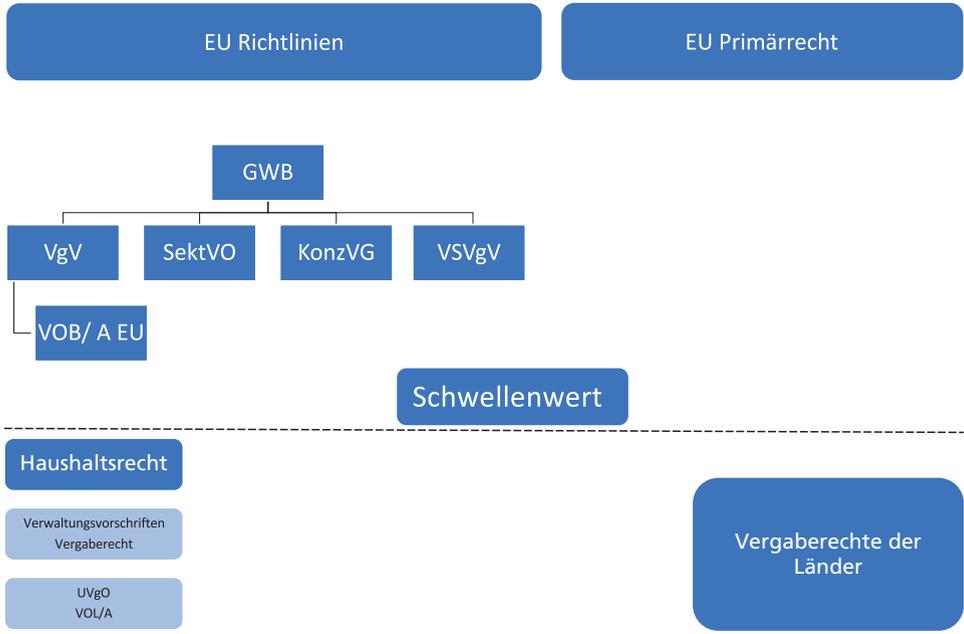


Bild 2: Aufbau des Vergaberechts oberhalb und unterhalb des EU-Schwellenwertes

1.7 Schnellcheck

INFO

Zusammenfassung Grundlagen des Vergaberechts:

- Das Vergaberecht in Deutschland ist zweigeteilt.
- Die Zweiteilung erfolgt durch den EU-Schwellenwert.
- Vergaben über dem EU-Schwellenwert werden nach dem GWB-Vergaberecht durchgeführt.
- Das GWB-Vergaberecht ist Wettbewerbsrecht.
- Vergaben unterhalb des Schwellenwertes werden nach haushaltsrechtlichen Regelungen in Verbindung mit der Unterschwellenvergabeordnung (oder VOL/A) durchgeführt.
- Bei Vergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes sind die europarechtlichen Grundprinzipien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz zu beachten.

2 Vergaberecht oberhalb des EU-Schwellenwertes

Oberhalb der EU-Schwellenwerte gilt das europäische Vergaberecht (Richtlinie 2014/24/EU), das in Deutschland durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Vergabeverordnung umgesetzt wurde.

2.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Vergaberechtliche Regelungen für die Beschaffung von Lieferungen und Leistungen, deren Auftragswerte den EU-Schwellenwert erreichen oder übersteigen, finden sich zunächst im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Aufträge, die in den Anwendungsbereich des GWB fallen, sind europaweit auszuschreiben.

Der 4. Teil des GWB ist in zwei Kapitel aufgeteilt:

- Das 1. Kapitel, das in drei Abschnitte und in weitere Unterabschnitte aufgeteilt ist, befasst sich mit den Vergabeverfahren.
- Im 2. Kapitel finden sich Regelungen zum Nachprüfungsverfahren, einem vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren. Auch dieses Kapitel ist in drei Abschnitte unterteilt.

2.1.1 Anwendungsbereich

Der 4. Teil des GWB gilt gemäß § 106 GWB für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen – bei diesen besteht die Gegenleistung nicht in Geld, sondern in dem Recht zur Verwertung der erbrachten Leistungen – deren geschätzte Auftrags- oder Vertragswerte ohne Umsatzsteuer die jeweils festgelegten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten.

Ein Auftrag ist unter Beachtung des GWB und damit europaweit ausschreibungspflichtig, wenn

- der Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber ist (99 GWB),
- der Auftrag ein öffentlicher Auftrag ist (§ 103 GWB),
- der Auftrag entgeltlich ist,
- der Auftragswert den einschlägigen Schwellenwert erreicht oder übersteigt (§ 106 Abs. 1 GWB) und
- kein Ausnahmetatbestand einschlägig ist, der die Nichtanwendung der Vergabevorschriften erlaubt.

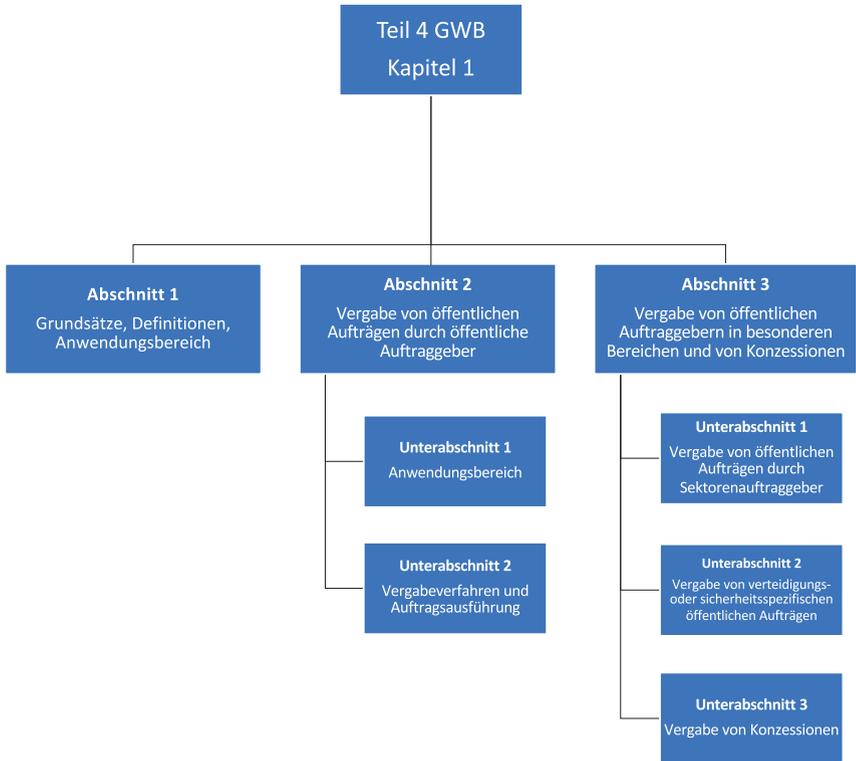


Bild 3: Unterteilung des 4. Teils des GWB, 1. Kapitel

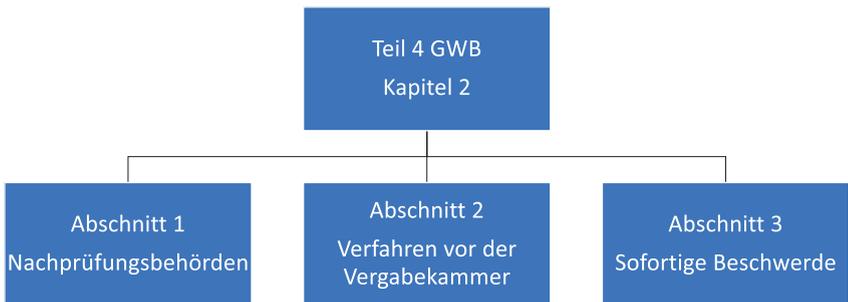


Bild 4: Unterteilung des 4. Teils des GWB, 2. Kapitel

Öffentlicher Auftraggeber

Wann ein Auftraggeber ein öffentlicher Auftraggeber ist, ist in § 99 GWB geregelt. Zu den öffentlichen Auftraggebern gehören auch Sektorenauftraggeber, § 100 GWB und Konzessionsgeber, § 101 GWB.

Zu den öffentlichen Auftraggebern nach § 99 GWB gehören:

- **Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen**, § 99 Nr. 1 GWB. Zu den Gebietskörperschaften gehören die Bundesrepublik Deutschland, die Bundesländer, Stadtstaaten, die Kreise, Städte und Gemeinden. Zu den Sondervermögen der Gebietskörperschaften gehören zum Beispiel die Vermögensmassen unselbständiger Stiftungen oder der Eigenbetriebe.
- **Juristische Person des öffentlichen und des privaten Rechts**, die gegründet worden sind, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen, und die eine besondere Staatsnähe aufweisen, § 99 Nr. 2 GWB. Für die Staatsnähe bedarf es einer überwiegenden Finanzierung seitens der öffentlichen Hand oder der Leitung oder Aufsicht des Staates bzw. seiner nachgeordneten Stellen (OLG Düsseldorf, VII-Verg 22/05.).
- **Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen**, § 99 Nr. 3 GWB. Zu den Verbänden im Sinne der Vorschrift gehören alle Kooperationen von öffentlichen Auftraggebern mit der gemeinsamen Zwecksetzung der Deckung eines Beschaffungsbedarfs. Hierbei kann es sich auch um privatrechtliche Zusammenschlüsse handeln, etwa in Form von Einkaufskooperationen oder um einen Zusammenschluss mehrerer Gebietskörperschaften im Rahmen einer Beschaffung. Auch ein als Verein eingetragener Bezirksfeuerwehrverband ist öffentlicher Auftraggeber (OLG München, Verg 17/13).
- **Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts**, die von öffentlichen Auftraggebern nach den Nrn. 1-3 bei bestimmten Vorhaben subventioniert werden.

Feuerwehr und Rettungsdienst als öffentliche Auftraggeber

a) *Feuerwehren*

Gesetzliche Regelungen zu Feuerwehren unterliegen der Gesetzgebungskompetenz der einzelnen Bundesländer. Insofern finden sich unterschiedliche Regelungen in den Ländern und Stadtstaaten zu Organisation und Aufbau der Feuerwehren. Allen Regelungen ist aber gemein, dass zwischen Berufs-, Freiwilligen- und Pflichtfeuerwehren als öffentliche Feuerwehren und den Werk- und Betriebsfeuerwehren als betriebliche Feuerwehren unterschieden wird.

Eine Feuerwehr als solche kann nur dann selbst Auftraggeber sein, wenn sie über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Das ist in der Regel nicht der Fall.² Die »Auftraggebereigenschaft« von Feuerwehren richtet sich deshalb nach deren jeweiligem Träger bzw. dem hinter der Feuerwehr stehenden Unternehmen.

aa) *Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren*

Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren als öffentliche Feuerwehren sind nach den jeweiligen Ländergesetzen hauptsächlich gemeindliche Einrichtungen. Träger dieser Feuerwehren sind die jeweiligen Gebietskörperschaften. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber folgt damit aus 99 Abs. 1 GWB.



Merke:

Berufsfeuerwehren, Freiwillige Feuerwehren und Pflichtfeuerwehren sind mit der sie tragenden Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeber.

bb) *Werkfeuerwehren*

Betriebe oder Einrichtungen, bei denen die Gefahr eines Brandes oder einer Explosion besonders groß ist oder bei denen in einem Schadenfall eine große Anzahl von Personen gefährdet wird, müssen eine Werkfeuerwehr aufzustellen und unterhalten; die Werkfeuerwehr wird staatlich angeordnet. Werkfeuerwehren sind auch staatlich anerkannte Feuerwehren, die freiwillig gebildet wurden.

Fällt der Betrieb oder die Einrichtung, die die Feuerwehr aufgestellt hat und unterhält, unter den öffentlichen Auftraggeberbegriff, umfasst dieser ebenfalls die Werkfeuerwehr.

Beispiel Werkfeuerwehren können von öffentlichen Einrichtungen aufgestellt werden:

Die Planck GmbH betreibt ein Forschungszentrum mit Werkfeuerwehr. Einziger Gesellschafter der GmbH ist die Stadt Thalburg an der Ohm. Die GmbH ist nach § 99 Nr. 2 GWB öffentlicher Auftraggeber; Beschaffungen der Werkfeuerwehr sind vergabepflichtig.

² Eine Ausnahme könnte nur eine Privatfeuerwehr bilden, die bspw. in Form einer GmbH gebildet wurde.