



19.01.2024

**Kartellrecht
WS 2023/24
Universität Konstanz
Mo 17.00 - 18.30 h, C 336
Jochen Glöckner**

Arbeitspapier 11

§ 11 Kartellvergaberecht

Rechtsprechung:

EuGH v. 28.10.1999, C-81/98 – *Alcatel Austria*, Slg. 1999, I-7693; EuGH v. 17.9.2002, C-513/99 – *Concordia ./. HKL*, Slg. 2002, I-7213; BVerfG v. 13.6.2006, 1 BvR 1160/03 – *Vergaberecht*, BVerfGE 116, 135; EuGH v. 18.10.2012, C-218/11 – *Édukövízig und Hochtief Solutions AG ./. Közbeszerzések Tanácsa*; EuGH v. 29.11.2012, verb. Rs. C-182, 183/11 – *Econord SpA u. a.*, ECLI:EU:C:2012:758 = EuZW 2013, 110.

Literatur:

Bungenberg/Arndt, Schwerpunkte der Vergaberechtspraxis, WuW 2013, 251; *Burgi*, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, 737; *Byok/Graef/Faasch*, Neugründung kommunaler Stadtwerke-Gesellschaften im Lichte des Kartellvergaberechts, NZBau 2012, 556; *Gabriel/Voll*, Das Ende der Inländerdiskriminierung im Vergabe(primär)recht, NZBau 2014, 155; *Gaus*, Ökologische Kriterien in der Vergabeentscheidung – Eine Hilfe zur vergaberechtskonformen nachhaltigen Beschaffung, NZBau 2013, 401; *Glöckner*, Effektive und effiziente Sanktionen im Vergaberecht, in: *Recht und Gerechtigkeit am Bau*, Festschrift für Gerd Motzke, 2006, S. 113 ff; *Jansen*, Wettbewerbsbeschränkende Abreden im Vergabeverfahren, WuW 2005, 502; *Krist*, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2011, 163; *Pietzcker*, Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, NJW 2005, 2881; *Popescu*, Vergaberechtliche Schadensersatzhaftung für defizitäre Aufhebungen öffentlicher Ausschreibungen, ZfBR 2013, 648; *Roebeling*, Das Vergaberecht im Wandel – eine Einführung, Jura 2000, 453; *Wagner/Quirin*, Die neue Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe: Anwendungsbereich, Ausnahmenvorschriften und materielle Regelungen, ZfBR 2014, 745; *Weiß*, Stand und Perspektiven des Rechts der Strom- und Gaskonzessi-

onsvergabe, NVwZ 2014, 1415; v. *Wietersheim*, Aufbau und Struktur des neuen Vergaberechts, VergabeR 2016, 261; *Csaki*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2021, NJW 2022, 1502; *Csaki*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2022, NJW 2023, 1478.

I. Vergabe öffentlicher Aufträge im WTO-Regime

II. Öffentliches Beschaffungswesen in der EU

1. Regelungsregime im Überblick

- a) Sekundärrecht
- b) Transparenzfördernde Maßnahmen
- c) Grundfreiheiten

2. Vergaberichtlinie

Zu Rn. 1008:

Seit dem 01. Januar 2024 liegt der sog. „Schwellenwert“ für öffentliche Bauaufträge bei 5,538 Mio. €, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bei 221.000 €.

Zu Fn. 23:

Die letzte Aktualisierung der Schwellenwerte erfolgte durch die Delegierte Verordnung (EU) 2023/2496 der Kommission vom 15. November 2023 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. L, 2023/2496, 16.11.2023.

3. Sektorenrichtlinie

4. Konzessionsrichtlinie

Zu Rn. 1014:

Seit dem 01. Januar 2024 liegt der in Art. 8 Abs. 1 KonzessionsRL benannte Vertragswert bei mindestens 5.382.000 € (vgl. Delegierte Verordnung (EU) 2023/2497 der Kommission vom 15. November 2023 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Konzessionen, ABl. L, 2023/2497, 16.11.2023).

5. Rechtsmittelrichtlinie

6. Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie

7. EU-Vergaberecht und Kriterien jenseits des „niedrigsten Preises“

Fall: Der Stadtrat von Helsinki beschloss, den gesamten innerstädtischen Busverkehr schrittweise öffentlich auszuschreiben. Das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki forderte zur Abgabe von Angeboten für den Betrieb des innerstädtischen Busverkehrs der Stadt Helsinki nach Gruppen und Fahrplänen auf, die in einem sieben Lose umfassenden Dokument näher angegeben waren. Dazu gehört der Auftrag für die Linie 62 betreffende Los 6 dieser Ausschreibung. Es sollte das Unternehmen den Zuschlag erhalten, das das für die Stadt gesamtwirtschaftlich günstigste Angebot machen würde. Bei dieser Beurteilung sollten drei Gruppen von Kriterien berücksichtigt werden, nämlich der für

den Betrieb geforderte Gesamtpreis, die Qualität des Fuhrparks (Busse) und das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmers. Das Beschaffungsamt der Stadt Helsinki erhielt acht Angebote für das Los 6, darunter die Angebote der HKL und der Swebus. Die HKL war eine Abteilung der städtischen Verkehrsbetriebe. Der Wirtschaftsausschuss beschloss, die HKL als Betreiber der Linie, die das Los 6 bildete, auszuwählen, da deren Angebot als wirtschaftlich insgesamt am günstigsten angesehen wurde. Die Swebus hatte zwar das vom Preis her günstigste Angebot gemacht. Die HKL erhielt jedoch die Höchstzuschläge wegen Stickoxidemissionen unter 2 g/kWh sowie für einen Lärmpegel unter 77 dB, da ihr Angebot den Einsatz von erdgasbetriebenen Bussen vorsah. Die Swebus erhielt keine zusätzlichen Punkte im Rahmen der die Stickoxidemissionen und den Lärmpegel der Busse betreffenden Kriterien. Somit erhielt die HKL insgesamt die höchste Punktzahl und den Zuschlag. Die Swebus macht geltend, dass die Vergabe von Zusatzpunkten für Fahrzeuge, die gewisse Stickoxidemissionen und gewisse Lärmpegel unterschritten, unangemessen und diskriminierend sei. Es seien Zusatzpunkte für den Einsatz einer Art von Autobussen gewährt worden, die tatsächlich nur ein Bieter, nämlich die HKL, anbieten können. (EuGH v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 – *Concordia* ./ HKL, Slg. 2002, I-7213)

Rn. 1018 (nach „... zulässig.“)

Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ ist nicht immer das niedrigste Angebot. Auf der einen Seite kann ein sehr niedriges Angebot auf Fehler oder sonstige Umstände zurückzuführen sein, die möglicherweise selbst Rechtsverstöße darstellen. Vor diesem Hintergrund nimmt der EuGH sogar eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten an (EuGH v. 15.09.2022, C-669/20 – *Veriodos GmbH/Ministar na vatreshnite raboti na Republika Bulgaria, Mühlbauer ID Services GmbH – S&T*, ECLI:EU:C:2022:684, NZBau 2023, 124).

Zu Rn. 1020: Auf der Grundlage von Art. 4 UAbs. 3 lit. h des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG soll die Europäische Union künftig sogar Anforderungen für öffentliche Aufträge, einschließlich der damit verbundenen Umsetzung, Überwachung und Berichterstattung durch die Mitgliedstaaten, in Form verbindlicher technischer Spezifikationen, Auswahlkriterien, Zuschlagskriterien, Auftragsausführungsklauseln oder Zielen festlegen können.

8. Rechtsschutz

III. Öffentliche Vergabe im deutschen Recht

1. Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen/Teil A (VOB/A)
2. Andere Vergabeordnungen
3. Auswirkungen der europarechtlichen Vorgaben im deutschen Vergaberecht
 - a) Ende der haushaltsrechtlichen Lösung
 - b) Stattdessen: Kartellrechtliche Lösung
4. Überblick über die geltenden Regelungen
 - a) Oberhalb der Schwellenwerte
 - (1) Materielle Vorgaben an die Vergabeentscheidung

- (a) Grundsätze
- (b) Berücksichtigung des Mittelstandes, § 97 Abs. 4 GWB
- (c) „Vergabefremde“ Kriterien, § 97 Abs. 3 GWB

Zu Rn. 1032:

So sieht auch das BMWK den öffentlichen Einkauf als Impulsgeber für die Transformation zur sozial-ökologischen Nachfragemacht. Die aktuelle Regierung ist bestrebt, Rahmenbedingungen zu schaffen, die dazu beitragen, die öffentliche Beschaffung an den Nachhaltigkeitszielen auszurichten. Dabei soll die öffentliche Hand als Vorbild voranschreiten und „grüne Leitmärkte“ schaffen, die den Unternehmen als Anreiz dienen, „*green premiums*“ zu entwickeln und auf den Markt zu bringen.

- (2) Grundprinzipien des Vergabeverfahrens
 - (a) Formale Gleichbehandlung
 - (b) Eignung und Präqualifikationssysteme, § 122 GWB

Zu Rn. 1034:

Um die Feststellung, ob ein Unternehmen einen der Ausschlussgründe aus §§ 123, 124 GWB erfüllt, zu erleichtern und sicherzustellen, dass Unternehmen, die Wirtschaftsdelikte begangen haben, nicht von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen profitieren, wurde jüngst auf der Grundlage des Wettbewerbsregistergesetzes (WRegG) das sog. „Wettbewerbsregister“ beim Bundeskartellamt eingerichtet. Eintragungspflichtig sind sowohl rechtskräftige Verurteilungen, Strafbefehle und bestandskräftige Bußgeldentscheidungen wegen der in § 123 Abs. 1, Abs. 4 GWB genannten Delikte sowie fakultative Ausschlussgründe nach § 124 GWB. Seit Dezember 2021 sind Strafverfolgungs- und Bußgeldbehörden gem. § 4 Abs. 1 WRegG verpflichtet, registrierrelevante Entscheidungen an das Bundeskartellamt zu melden. Seit dem 01. Juli 2022 sind Auftraggeber ab einem Auftragswert von 30.000 € verpflichtet, eine Abfrage des potenziellen Auftragnehmers beim Wettbewerbsregister vorzunehmen. Eine Löschung der Registereinträge erfolgt entweder nach Ablauf bestimmter Fristen oder auf Antrag des Unternehmens, wenn dieses zuvor eine Selbstreinigung entsprechend der Anforderungen aus § 125 GWB durchgeführt hat.

- (c) Standardverfahren, § 119 Abs. 2 GWB
- (3) Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren
 - b) Unterhalb der Schwellenwerte
 - (1) Europarechtliche Vorgaben
 - (2) Verfassungsrechtliche Vorgaben
 - (3) Unterschwellenvergabeordnung
 - (4) „Nachprüfung light“
 - (5) Sekundäre Rechtsbehelfe
- 5. Öffentliche Aufträge und Strafrecht

IV. Vergaberecht in der Wirtschaftskrise