



Sachstand

Einzelfragen zum Vergaberecht

Einzelfragen zum Vergaberecht

Aktenzeichen: WD 7 - 3000 - 008/22
Abschluss der Arbeit: 4. Februar 2022
Fachbereich: WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Bau und Stadtentwicklung

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Vorbemerkungen	4
2.	Auftragsausführung durch Dritte	6
2.1.	Rechtliche Grundlagen	6
2.2.	Statistische Erfassung und exemplarische Praxisprobleme	10
3.	Verhandlungsverfahren und Direktaufträge	11
3.1.	Rechtliche Grundlagen	11
3.2.	Statistische Erfassung und Praxisprobleme	12

1. Vorbemerkungen

Das deutsche Vergaberecht¹ ist kein einheitliches Rechtssystem, sondern weist eine **Zweiteilung** auf: Auf Basis von Vorgaben des Rechts der Europäischen Union (EU) – insbesondere der EU-Richtlinie über allgemeine öffentliche Auftragsvergaben, RL 2014/24/EU² – richten sich Verfahren mit höheren Nettoauftragsvolumina nach dem vierten Teil (§§ 97 bis 184) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)³, dem „**Kartellvergaberecht**“. Ansonsten gilt das weniger strenge Haushaltsrecht des Bundes und der Bundesländer („**Haushaltsvergaberecht**“).⁴ Die Abgrenzung nach Nettoauftragsvolumen ergibt sich unmittelbar aus den europarechtlich determinierten „**Schwellenwerten**“. Diese werden alle zwei Jahre durch die EU-Kommission überprüft und ggf. neu festgesetzt.⁵ Soweit das geschätzte Volumen der jeweiligen Auftragsart den betreffenden Schwellenwert erreicht oder überschreitet, wird auch vom sogenannten „**Oberschwellenbereich**“ gesprochen, bei dessen Unterschreiten vom „**Unterschwellenbereich**“.⁶

Für das Kartell- und das Haushaltsvergaberecht gelten jeweils unterschiedliche Normgefüge. Das **Kartellvergaberecht** regeln neben den §§ 97 ff. GWB im Detail zahlreiche untergesetzliche Rechtsverordnungen: Grundsätzlich, insbesondere für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge gilt die **Vergabeverordnung (VgV)**⁷. Für die Vergabe von allgemeinen Bauaufträgen durch

-
- 1 Zu den Grundlagen des deutschen Vergaberechts ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Grundzüge des Vergaberechts, Infobrief vom 6. Dezember 2021, WD 7 - 3000 - 107/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/870486/297a8185a47e1f1b909834015e45baf8/Grundzuege-des-Vergaberechts-data.pdf>. (letzter Abruf dieser und aller weiterer Internetquellen: 4. Februar 2022).
 - 2 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. 2014 L 94 S. 65), aktuelle Fassung in englischer Sprache abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0024-20220101>.
 - 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), Gesetzesstand von Juli 2021 abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html.
 - 4 Dietlein/Fandrey, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht – Vergaberechtliche Vorschriften des GWB, 4. Auflage 2018, Einleitung Randnummern 24 ff.
 - 5 Vollständige Zusammenstellung der aktuellen Schwellenwerte mit Nachweisen zu den jeweiligen Rechtsgrundlagen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Internetauftritt, Artikel: „Öffentliche Aufträge – Übersicht und Rechtsgrundlagen auf Bundesebene“, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/vergabe-uebersicht-und-rechtsgrundlagen.html>.
 - 6 Eichler, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Oktober 2021), § 106 GWB Randnummer 5.
 - 7 Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), in diesem Stand in englischer Sprache abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Downloads/vergabeverordnung-ordinance-award-of-public-contracts.pdf?_blob=publicationFile&v=2.

öffentliche Auftraggeber geht der **Abschnitt 2 der VOB/A (VOB/A-EU)**⁸ teilweise vor. Zudem existieren im Kartellvergaberecht hier nicht näher behandelte Sonderregeln für bestimmte Konstellationen, etwa für die Vergabe von Konzessionen oder im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich. Im **Haushaltsvergaberecht** gilt für Vergaben des Bundes die **Bundeshaushaltsordnung (BHO)**⁹. Bei der Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge regeln Näheres die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**¹⁰ und bei der Vergabe von Bauleistungen der **Abschnitt 1 der VOB/A (VOB/A-BHO)**¹¹. Beide Regelwerke orientieren sich inhaltlich und strukturell an den Bestimmungen des Kartellvergaberichts.¹²

Die diesem Sachstand unter anderem zugrundeliegende Frage, inwiefern die Auskehrung staatlicher Geldleistungen auf nicht- oder teilstaatliche Rechtsträger ausgelagert werden kann, ist keine des Vergaberichts. Sie betrifft die vielmehr verfassungsrechtlich geprägte Problematik der **Privatisierung staatlicher Aufgaben**.¹³ Die europäischen Vergaberichtlinien enthalten keine unmittelbaren Privatisierungsgebote oder -verbote.¹⁴ Das Vergaberecht kommt lediglich unter Umständen als **Durchführungsmethode einer vorangegangenen Privatisierungsentscheidung** in Betracht.¹⁵ Bei der Auszahlung staatlicher Leistungen an Private zur Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie („Überbrückungshilfen“) bestimmte der Bund beispielsweise jedoch

-
- 8 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 2 – Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A-EU), Ausgabe 2019, 31. Januar 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm.
 - 9 Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist, abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/bho/>.
 - 10 Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Ausgabe 2017, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.
 - 11 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen – Abschnitt 1 – Basisparagrafen (VOB/A-BHO), Ausgabe 2019, BAnz AT 19. Februar 2019 B2, abrufbar unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_31012019_BWI781063060120180001604634.htm.
 - 12 BMWi, UVgO, Bekanntmachung, BAnz AT 7. Februar 2017 B1, S. 1, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.html>.
 - 13 Hierzu ausführlich Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 1 VwVfG Randnummern 121 ff.
 - 14 Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 103 GWB Randnummer 68.
 - 15 Ebenda und näher dort in den sich anschließenden Randnummern.

den staatlichen Vollzug durch die Bundesländer auf Basis von Verwaltungsvereinbarungen und Vollzugshinweisen.¹⁶

2. Auftragsausführung durch Dritte

2.1. Rechtliche Grundlagen¹⁷

Das im Oberschwellenbereich durch EU-Recht determinierte Vergaberecht verlangt grundsätzlich nicht, dass der auf Grundlage eines Vergabeverfahrens beauftragte Auftragnehmer den Auftrag auch selbst ausführen muss (**kein Selbstausführungsgebot**).¹⁸ Denn die hierdurch **erhöhte Einbindung kleinerer und mittlerer Unternehmen** zu öffentlichen Aufträgen dient auch einem der Hauptziele des EU-Vergaberechts, der **Stärkung des Wettbewerbs**.¹⁹ Entsprechend geht auch das Kartellvergaberecht von der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Dritten durch den Auftragnehmer aus, stellt je nach Konstellation jedoch verschiedene Regeln auf.

Schon vor der Auftragsausführung, bei der Eignungsprüfung im Vergabeverfahren, können interessierte Bieter sich der Kapazitäten Dritter im Wege der „**Eignungsleihe**“ bedienen. Auf europarechtlicher Ebene gibt dies für den Oberschwellenbereich bereits Art. 63 RL 2014/24/EU vor.²⁰ In nationaler Umsetzung regelt etwa § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV bei der Vergabe von überschweligen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen:

„Ein Bewerber oder Bieter kann für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt.“²¹

16 Vgl. zum Mechanismus der Überbrückungshilfen bereits ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Auswirkung katastrophengebeter Betriebseinstellungen auf Corona-Überbrückungshilfen, Ausarbeitung vom 27. Juli 2021, WD 5 - 3000 - 060/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/856130/44b767ec66d38c848cd08de569eb383b/WD-5-060-21-pdf-data.pdf>.

17 Ausführlich hierzu bereits Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Beauftragung von Subunternehmen – vergaberechtlicher Rahmen, Ausarbeitung vom 10. Dezember 2018, WD 7 - 3000 - 242/18, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/592124/463d42f62c0843f9f5f8f1f35462f756/WD-7-242-18-pdf-data.pdf>.

18 Ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), zuletzt Urteil vom 26. September 2019 – C-63/18 –, Randnummern 26 ff. (zitiert nach juris).

19 EuGH (Randnummer 18), Randnummer 27.

20 Vgl. zur Umsetzung der europäischen Vorgaben bei der Eignungsleihe, Friton, in: Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 122 GWB Randnummer 48.

21 § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV.

Entsprechend den EU-Vorgaben existiert mit § 6d VOB-A/EU auch für überschwellige Bauaufträge eine vergleichbare Regelung. Darüber hinaus eröffnet § 34 UVgO eine solche Möglichkeit für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Haushaltsvergaberecht.

Im Oberschwellenbereich können öffentliche Auftraggeber allerdings vorschreiben, dass „**bestimmte kritische Aufgaben**“ direkt vom Bieter erbracht werden müssen, etwa kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag.²² Im Übrigen kann der öffentliche Auftraggeber in Bezug auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verlangen, dass Auftragnehmer und Eignungsleihender **gesamtschuldnerisch** haften.²³ Die gesamtschuldnerische Haftung bedeutet im deutschen Recht allgemein, dass ein Gläubiger die ihm zustehende Leistung von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern kann.²⁴

Die Eignungsleihe kann, muss allerdings grundsätzlich nicht bedeuten, dass die „Eignungsleihenden“ auch später Teile des Auftrags selbst als Subunternehmer ausführen oder überhaupt tätig werden.²⁵ Die Subunternehmerschaft kennzeichnet sich im vergaberechtlichen Kontext dadurch, dass der Subunternehmer im Anschluss an die vergaberechtliche Beauftragung des Hauptauftragnehmers entsprechende eigenständige Leistungen nur an diesen auf privatrechtlicher Grundlage erbringt.²⁶ Das Vergaberecht bezeichnet Subunternehmer überwiegend als „**Unterauftragnehmer**“.²⁷ Unterauftragnehmer sind im vergaberechtlichen Kontext abermals von **Dritunternehmern/Zulieferern** zu unterscheiden, die nicht im Pflichtenkreis des Hauptauftragneh-

22 Vgl. § 47 Abs. 5 VgV und § 6d Abs. 4 VOB/A-EU.

23 § 47 Abs. 3 VgV; § 6d Abs. 2 VOB/A-EU und § 34 Abs. 3 UVgO. Vgl. auch Goldbrunner, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 47 VgV Randnummer 5.

24 § 421 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Gesetzesstand von Oktober 2013 abrufbar in englischer Sprache unter: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html.

25 Mager, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 47 VgV Randnummer 31. Eine Ausnahme gilt für die „Leihe“ der beruflichen Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweise. Die Nachweisenden müssen die für diese nachgewiesenen Kapazitäten notwendigen Leistungen tatsächlich erbringen (§ 47 Abs. 1 Satz 3 VgV; § 6d Abs. 1 Satz 3 VOB/A-EU; § 34 Abs. 1 Satz 3 UVgO).

26 Burgi, Vergaberecht – Systematische Erläuterung für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage 2021, § 9 Randnummer 8.

27 So etwa in § 36 VgV oder § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A-EU. Das Bauvergaberecht verwendet zuweilen auch den Begriff „Nachunternehmen“ (z. B. in § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A-BHO).

mers unmittelbar an der Auftragserfüllung mitwirken, weil sie lediglich untergeordnete, allgemeine Hilfsfunktionen wahrnehmen.²⁸ Ein Beispiel ist etwa der bloße Verkauf oder die Vermietung von Gerätschaften an den Hauptauftragnehmer.²⁹ Solche Zuliefertätigkeiten können allerdings wiederum Grundlage für eine Eignungsleihe sein.³⁰ Trotz der juristischen Trennung zwischen Eignungsleihe und Unterauftragnehmerschaft fallen in der Praxis beide Rechtsinstitute regelmäßig zusammen.³¹

Das Vergaberecht reguliert den Einsatz von Zulieferern nicht weiter. Im Gegensatz hierzu sieht bereits Art. 71 RL 2014/24/EU eine Regelung zu Unteraufträgen vor. Das deutsche Vergaberecht setzt die europarechtliche Vorgabe in § 36 VgV und in verschiedenen Vorschriften der VOB/A-EU um.³² Im Unterschwellenbereich gilt zudem parallel § 26 UVgO.³³

§ 36 VgV lautet:

„(1) ¹Der öffentliche Auftraggeber kann Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auffordern, **bei Angebotsabgabe** die Teile des Auftrags, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen, sowie, falls zumutbar, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu **benennen**. ²Vor Zuschlagserteilung kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, die Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen. ³Wenn ein Bewerber oder Bieter die Vergabe eines Teils des Auftrags an einen Dritten im Wege der Unterauftragsvergabe beabsichtigt und sich zugleich im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit [...] auf die **Kapazitäten dieses Dritten beruft, ist auch § 47 [Eignungsleihe] anzuwenden**.

(2) Die Haftung des Hauptauftragnehmers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber bleibt von Absatz 1 unberührt.

(3) ¹Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, schreibt der öffentliche Auftraggeber in den Vertragsbedingungen vor, dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitteilt und dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist. ²Der öffentliche Auftraggeber

28 Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 18 Randnummern 17 ff.

29 Ebenda.

30 Mager, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 47 VgV Randnummer 31 unter Bezugnahme auf Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 30. Juni 2010 – VII-Verg 13/10 –, zitiert nach juris.

31 Gabriel, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 18 Randnummer 15.

32 Püstow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 36 VgV Randnummer 1; Liebschwager, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 36 VgV Randnummer 5.

33 Püstow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 36 VgV Randnummer 1.

kann die Mitteilungspflichten nach Satz 1 auch als Vertragsbedingungen bei der Vergabe anderer Dienstleistungsaufträge oder bei der Vergabe von Lieferaufträgen vorsehen. ³Des Weiteren können die Mitteilungspflichten auch auf Lieferanten, die an Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, sowie auf weitere Stufen in der Kette der Unterauftragnehmer ausgeweitet werden.

(4) Für Unterauftragnehmer aller Stufen gilt § 128 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB].³⁴

(5) ¹Der **öffentliche Auftraggeber überprüft vor der Erteilung des Zuschlags, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen.** ²Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. ³Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. ⁴Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen.³⁵

Nicht zuletzt die Mitteilungs- und Benennungspflichten in den zitierten Absätzen 1 und 3 verdeutlichen das Ziel der Vorschrift, **Transparenz** über die tatsächlich einen Auftrag ausführenden Personen zu schaffen.³⁶ Im nicht durch die EU-Vergaberichtlinien berührten Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber zudem vorschreiben, dass alle oder bestimmte Aufgaben bei der Leistungserbringung unmittelbar vom Auftragnehmer selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.³⁷ Im Oberschwellenbereich können öffentliche Auftraggeber ein solches **Selbstaussführungsgebot** – wie gesehen – nur sehr eingeschränkt bei „bestimmten kritischen Aufgaben“ im Rahmen der Eignungsleihe verlangen.³⁸

Für das Rechtsverhältnis zwischen Unterauftraggeber und Unterauftragnehmer gilt im Ausgangspunkt lediglich das allgemeine Privatrecht.³⁹ Insbesondere müssen Unterauftraggeber im Kartellvergaberecht Aufträge **nicht** nach dessen Regeln „vergeben“, soweit sie nicht selbst zur Gruppe

34 § 128 Abs. 1 GWB lautet auszugsweise: „Unternehmen haben bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag [...] für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.“ [Auslassungen diesseits].

35 § 36 VgV [Hervorhebungen, Auslassungen und Hinzufügungen diesseits].

36 Vgl. auch Püstow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 36 VgV Randnummer 1.

37 § 26 Abs. 6 UVgO.

38 Vgl. auch Püstow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 26 UVgO Randnummern 3 f.

39 Burgi (Fußnote 26), Randnummer 8. Siehe aber auch etwa § 36 Abs. 4 VgV.

der öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts zählen.⁴⁰ In Ausnahme hiervon hat allerdings der Hauptauftraggeber den Hauptauftragnehmer zu verpflichten, dass letzterer bei der Unterbeauftragung die allgemein für (öffentliche) Auftraggeber geltende **Pflicht der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen** beachtet.⁴¹ Diese Berücksichtigungspflicht manifestiert sich beispielsweise in der grundsätzlich in der Menge aufgeteilten und getrennt nach Art oder Fachgebiet zu erfolgenden Leistungsvergabe (Teil- und Fachlose).⁴² Ausweislich der Gesetzesmaterialien zielt die Regelung insbesondere auf den Mittelstandsschutz bei der öffentlich-privaten Zusammenarbeit bzw. **öffentlich-privaten Partnerschaft (ÖPP)** ab.⁴³ Die ÖPP dient im Kontext des deutschen Rechts als rechtlich unverbindlicher Oberbegriff für informelle, austauschvertragliche oder institutionalisierte Modelle der Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Akteuren.⁴⁴ Je nach Einzelfall unterliegen solche Kollaborationen verschiedenen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Regeln.⁴⁵

2.2. Statistische Erfassung und exemplarische Praxisprobleme

Soweit ersichtlich, wird die Anzahl von Eignungsleihen oder Unterbeauftragungen in Deutschland nicht zentral statistisch erfasst.

In Deutschland werden auf Bundesebene verschiedene Problematiken der praktischen Handhabung der Unterbeauftragung diskutiert. So beschäftigte sich der Verteidigungsausschuss des Deutschen Bundestages als 1. Untersuchungsausschuss der 19. Wahlperiode mit der sogenannten **„Berateraffäre“ im Bundesministerium der Verteidigung (BMVg)**.⁴⁶ Konkret befasste sich der Untersuchungsausschuss mit möglichen vergaberechtswidrigen Beauftragungen externer Berater im

40 Vgl. zur öffentlichen Hand als Bieterin im Kartellvergabeverfahren, Braun, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 15 Randnummern 14 ff. Der Begriff „Öffentliche Auftraggeber“ ist in § 99 GWB legaldefiniert.

41 § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB.

42 § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB.

43 Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 16/10117 – u. a., 17. Dezember 2008, Bundestagsdrucksache (BT-Drs.) 16/11428, S. 33, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/16/114/1611428.pdf>. Vgl. auch Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 97 GWB Randnummer 101.

44 Ausführlich Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 54 VwVfg Randnummern 75 ff.

45 Ebenda.

46 Deutscher Bundestag, Verteidigungsausschusses als 1. Untersuchungsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht, 16. September 2020, BT-Drs. 19/22400, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/224/1922400.pdf>

BMVg.⁴⁷ In diesem Zusammenhang thematisierte er beispielsweise auch Intransparenzen bei Unterbeauftragungen von Beratungsfirmungen durch Hauptauftragnehmer, die mit dem BMVg Rahmenverträge geschlossen hatten.⁴⁸

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) berichtete im Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021 für seinen Geschäftsbereich über Rechtsanwendungsprobleme bei Bietern, die ihrerseits öffentliche Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts sind.⁴⁹ Dadurch, dass diese selbst den Einsatz von Unterauftragnehmern nach vergaberrechtlichen Regeln ausschreiben müssten, wüssten sie erst nach Durchführung dieses Vergabeverfahrens, welche Unterauftragnehmer zum Einsatz kämen.⁵⁰ Dies behindere sie als Unterauftraggeber in der Erfüllung ihrer Transparenz- und eventuellen Austauschpflichten von Unterauftragnehmern.⁵¹

3. Verhandlungsverfahren und Direktaufträge

3.1. Rechtliche Grundlagen⁵²

Sofern der Anwendungsbereich des Kartell- oder Haushaltsvergaberechts eröffnet ist, hat dies in nahezu allen Fällen die Notwendigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Folge. Dabei gibt es nicht „das“ Vergabeverfahren. Das Vergaberecht kennt stattdessen eine Vielzahl verschiedener Vergabeverfahren mit jeweils unterschiedlichen Abläufen und Anforderungen, die nicht frei miteinander kombinierbar sind („Typenzwang“).⁵³ Die Spannbreite reicht von aufwendigen mehrstufigen Verfahren bis hin zu direkten Vertragsverhandlungen.⁵⁴

In der Regel ist im Sinne des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes die Absicht der Auftragsvergabe einem **unbeschränkten Bieter- bzw. Bewerberkreis bekanntzumachen** – im Ober-

47 Vgl. näher Deutsche Welle (Internetauftritt), „German opposition to probe defense minister over spending scandal“, Artikel vom 12. Dezember 2018, abrufbar in englischer Sprache unter: <https://www.dw.com/en/german-opposition-to-probe-defense-minister-over-spending-scandal/a-46704514>; Financial Times (Internetauftritt), „Ursula von der Leyen tries to contain fallout over consultants“, Artikel vom 13. Februar 2020, abrufbar in englischer Sprache unter: <https://www.ft.com/content/4634a3ea-4e71-11ea-95a0-43d18ec715f5>.

48 BT-Drs. 19/22400 (Fußnote 46), S. 132 ff.

49 BMWi, Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2021, 13. Oktober 2021, S. 59, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Europa/monitoring-bericht-der-bundesregierung-zur-anwendung-des-vergaberechts-20211.html>.

50 Ebenda.

51 Ebenda.

52 Hierzu ausführlich Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 1), S. 23 ff.

53 Mutschler-Siebert/Baumann, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 30. April 2021), § 119 GWB Randnummern 1 ff.

54 Vgl. zu den Voraussetzungen der verschiedenen Vergabeverfahren näher Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 1), S. 23 ff.

wie im Unterschwellenbereich.⁵⁵ Die Auftragsbekanntmachungen werden **veröffentlicht**, im Kartellvergaberecht auf der Online-Plattform Tenders Electronic Daily (TED), einem Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.⁵⁶

Das Kartellvergaberecht kennt unter anderem das **Verhandlungsverfahren (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)**.⁵⁷ Das Verhandlungsverfahren **ohne** Teilnahmewettbewerb ist das **einzige** Verfahren, bei dem eine **Auftragsbekanntmachung** und somit eine TED-Veröffentlichung **unterbleiben** kann.⁵⁸ Statt einer öffentlichen Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen (wie beim Teilnahmewettbewerb) erfolgt stattdessen eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Unternehmen.⁵⁹ Dabei besteht allerdings weitgehend Einigkeit, dass auch hier grundsätzlich **mindestens drei Bewerber** zur Angebotsabgabe aufzufordern sind, um dem weiter geltenden Wettbewerbsgrundsatz Rechnung zu tragen.⁶⁰

Insofern kann auch dieses vergleichsweise flexible Vergabeverfahren nicht mit einer **gänzlich formlosen Direktbeauftragung** gleichgesetzt werden. Eine solche Möglichkeit eröffnet nur das Haushaltsvergaberecht. Dort ist eine Direktbeauftragung je nach Konstellation an verschiedene **Wertgrenzen** gekoppelt.⁶¹ Die Bundesregierung erhöhte diese im Verlauf der COVID-19-Pandemie zeitweise.⁶² Im Übrigen kennt auch das Haushaltsvergaberecht vergleichbare Verfahrensarten zum Verhandlungsverfahren im Kartellvergaberecht.⁶³

3.2. Statistische Erfassung und Praxisprobleme

Soweit ersichtlich, existieren bislang keine öffentlich zugänglichen bundesbehördlichen Statistiken zur Anzahl verschiedener Vergabeverfahrensarten oder von Direktaufträgen. Die neueste öffentliche Statistik des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) [inzwischen: Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz] für die ersten drei Quartale 2020 differenziert

-
- 55 Vgl. §§ 37 f. VgV/§ 12 Abs. 3 VOB/A-EU für den Oberschwellenbereich und § 27 UVgO/§ 12 VOB/A-BHO für den Unterschwellenbereich.
- 56 TED-Startseite abrufbar in englischer Sprache unter: <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>. Vgl. näher zur Veröffentlichung der Bekanntmachungen im allgemeinen Kartellvergaberecht, § 40 VgV/§ 12 Abs. 3 VOB/A-EU und Schneevogl, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Vergaberecht, 22. Edition (Stand: 31. Januar 2021), § 40 VgV Randnummern 8 ff.
- 57 Vgl. zum Ablauf näher § 16 VgV/§ 3b Abs. 2 VOB/A-EU.
- 58 § 37 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 17 Abs. 5 VgV/§ 12 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/A-EU. Vgl. auch Völlink, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 37 VgV Randnummern 3 f.
- 59 § 17 Abs. 5 in Verbindung mit § 17 Abs. 1 Satz 1 VgV/§ 3b Abs. 3 Nr. 4 VOB/A-EU.
- 60 Vgl. etwa Butler, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 10 Randnummer 80; Pünder/Klafki, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 17 VgV Randnummer 19.
- 61 Wissenschaftliche Dienste (Fußnote 1), S. 31.
- 62 Ebenda, S. 31 f.
- 63 Ebenda, S. 27 ff.

lediglich nach Auftragsart und Erreichen des Schwellenwerts.⁶⁴ Seit dem 1. Oktober 2020 werden gemäß einer abgeänderten Rechtsgrundlage jedoch erweiterte Daten erhoben.⁶⁵ Diese umfassen im Oberschwellenbereich sowie im Unterschwellenbereich (nur bei Nettoauftragswert über 25 000 Euro) auch die gewählte Verfahrensart.⁶⁶ Bislang steht die Veröffentlichung einer Vergabestatistik auf Basis der aktuellen Rechtslage allerdings noch aus.

Soweit die EU-Kommission Statistiken über Vergabeverfahren in den EU-Mitgliedsstaaten aufbereitet, basieren diese auf Veröffentlichungen auf der EU-weiten TED-Plattform.⁶⁷ Gemäß der Ausführungen unter 3.1. erfolgen in Bezug auf die vorliegend behandelten Verfahrensarten solche Veröffentlichungen für Deutschland nur in Verhandlungsverfahren **mit** Teilnahmewettbewerb. Insoweit können die Daten keine Aussagen zu Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb oder Direktaufträgen treffen.⁶⁸ Darüber hinaus bereitet die von der EU geförderte Plattform „Opentender“ Beschaffungsdaten aus 33 Rechtsordnungen, inklusive aller EU-Mitgliedsstaaten, auf.⁶⁹ Dort findet sich für Deutschland auch eine zahlenmäßige Aufschlüsselung von verschiedenen Vergabeverfahrensarten der Jahre 2009 bis 2020.⁷⁰ Dabei gibt die Statistik ihre Datenquelle jedoch nicht unmittelbar an.

Hinsichtlich Beispielen zu Problemen der praktischen Anwendung von Verhandlungsvergaben und Direktaufträgen kam der bereits unter 2.2. erwähnte Verteidigungsausschuss als 1. Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages in der 19. Wahlperiode in seinem Abschlussbericht ebenfalls zum Ergebnis, dass das BMVg im Zuge der „Berateraffäre“ in mehreren Fällen rechtswidrig Verhandlungsvergaben bzw. Direktbeauftragungen veranlasste.⁷¹

64 BMWi, Jährliche statistische Gesamtaufstellung nach § 7 Abs. 1 VergStatVO (Januar bis September 2020), abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eu-vergabestatistik-2020.pdf?blob=publicationFile&v=4>.

65 BMWi, „Startschuss für die bundesweite Vergabestatistik“, Pressemitteilung vom 1. Oktober 2020, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/10/20201001-startschuss-fuer-bundesweite-vergabestatistik.html>.

66 §§ 2 f. in Verbindung mit Anlagen 1 ff. Vergabestatistikverordnung (VergStatVO), abrufbar unter: <https://www.gesetze-im-internet.de/vergstato/>. Vgl. hierzu ausführlich Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Einzelfragen zur Datenerfassung bei der öffentlichen Auftragsvergabe, Sachstand vom 11. Mai 2021, WD 7 - 3000 - 049/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/847726/7931f3dc8fcb3cd256c2624db33aa1ae/WD-7-049-21-pdf-data.pdf>.

67 EU-Kommission (Internetauftritt), Artikel: „Public Procurement“, Abschnitt: „More information on Public Procurement“, abrufbar in englischer Sprache unter: https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/policy_areas/public-procurement_en.

68 Vgl. auch entsprechende Aussagen der EU-Kommission (Fußnote 67), Abschnitt: „Indicator [1]: Single Bidder“.

69 Opentender, Startseite, abrufbar in englischer Sprache unter: <https://opentender.eu/start>.

70 Opentender, Marktüberblick [Deutschland], abrufbar in englischer Sprache unter: <https://opentender.eu/de/dashboards/market-analysis>.

71 Vgl. ausführlich BT-Drs. 19/22400 (Fußnote 46), S. 587 ff.