

Florian Heinze

Die elektronische Vergabe
öffentlicher Aufträge



PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften

INHALT

Abkürzungsverzeichnis	15
KAPITEL I EINFÜHRUNG IN DAS THEMA	
1. Einleitung	19
2. Der Gang der Darstellung	19
KAPITEL II GRUNDLAGEN UND RECHTSRAHMEN DES VERGABERECHTS	
1. Die Bedeutung des Vergaberechts	22
1.1 Der Begriff des öffentlichen Auftrags	22
1.2 Die wirtschaftliche Bedeutung öffentlicher Auftragsvergabe	23
1.3 Die Bedeutung und die zukünftigen Möglichkeiten elektronischer Vergabe	25
2. Die historische Entwicklung des Vergaberechts in Deutschland	26
2.1 Ausgangsüberlegungen	26
2.2 Die Entwicklung des Vergabewesens in Deutschland bis 1910	27
2.3 Die Bestrebungen zur Schaffung reichseinheitlicher Verdingungsordnungen im Reichsverdingungsausschuss	29
2.4 Die Weiterentwicklung der Verdingungsordnungen nach dem zweiten Weltkrieg durch den DVA und den DVAL	30
2.5 Die Umgestaltung des nationalen Vergaberechts durch das Vergaberechtsänderungsgesetz	31
3. Die rechtssystematische Einordnung des Vergaberechts in Deutschland sowie in ausgewählten Mitgliedsstaaten der EU	33
3.1 Die systematische Zweiteilung in Deutschland	33
3.2 Die zivilrechtliche Qualifikation des Vertrages zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber in Deutschland	33
3.3 Die rechtssystematische Einordnung des Vergaberechts in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union	35
3.3.1 Mitgliedstaaten mit zivilrechtlicher Zuordnung	35
3.3.2 Mitgliedstaaten mit öffentlich-rechtlicher Zuordnung	36

4.	Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen des Vergaberichts	37
4.1	Einleitung	37
4.2	Der Einfluss des primären Gemeinschaftsrechts auf das Vergabeverfahren	37
4.2.1	Freier Warenverkehr, Art. 28 EG	38
4.2.2	Arbeitnehmerfreizügigkeit, Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, Art. 39, 43, 49 EG	39
4.2.3	Allgemeines Diskriminierungsverbot, Art. 12 EG	39
4.2.4	Das Verbot der Gewährung unerlaubter Beihilfen, Art. 87 EG	40
4.3	Der Einfluss des sekundären Europarechts auf das Vergabeverfahren	41
4.3.1	Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)	41
4.3.2	Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR)	42
4.3.3	Sektorenrichtlinie (SKR)	42
4.3.4	Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie (DLR)	42
4.3.5	Rechtsmittelrichtlinie (RML)	43
4.3.6	Rechtsmittelrichtlinie betreffend die Sektoren (RMLS)	43
4.3.7	Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie betreffend die Sektoren	44
5.	Die Umsetzungspraxis der Mitgliedsstaaten der EU anhand ausgewählter Beispiele im Vergleich zu Deutschland	45
5.1	Einleitung	45
5.2	Das deutsche Modell der Richtlinienumsetzung	45
5.2.1	Die Umsetzung der materiellen Vergaberichtlinien	45
5.2.2	Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	46
5.3	Das dänische Modell der Richtlinienumsetzung	47
5.3.1	Die Umsetzung der materiellen Vergaberichtlinien	47
5.3.2	Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	47
5.3.3	Das dänische und deutsche Rechtsschutzsystem im Vergleich	48
5.4	Das österreichische Modell der Richtlinienumsetzung	49
5.4.1	Die Umsetzung der materiellen Vergaberichtlinien	49
5.4.2	Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	49
5.4.3	Das österreichische und deutsche Rechtsschutzsystem im Vergleich	50
5.5	Das italienische Modell der Richtlinienumsetzung	50

5.5.1	Die Umsetzung der materiellen Vergaberichtlinien	50
5.5.2	Die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinien	51
5.5.3	Das italienische und deutsche Rechtsschutzsystem im Vergleich	51
5.6	Zusammenfassung und Bewertung	52
6.	Die nationalen Vorschriften über die Abgabe elektronischer Angebote im Überblick	53
6.1	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	54
6.2	Vergabeverordnung	55
6.3	Verdingungsordnungen	55
6.3.1	VOB/A	55
6.3.2	VOL/A	55
6.3.3	VOF	55

KAPITEL III DAS ELEKTRONISCHE VERWALTUNGSVERFAHREN ALS WEITERER ANWENDUNGSBEREICH ELEKTRONISCHEN VERWALTUNGSHANDELNS

1.	Einleitung	57
2.	Die medienbruchfreie Durchführung elektronischer Verwaltungsverfahren	59
2.1	Die Einführung von § 3a VwVfG als zentrale Formvorschrift des Verwaltungsverfahrensrechts	59
2.2	Der weitere Anpassungsbedarf des VwVfG	61
3.	Moderne Dienstleistungen als wirtschaftliches Betätigungsfeld für Kommunen	62
4.	Zusammenfassende Bewertung und Ausblick	64

KAPITEL IV DIE EUROPARECHTSKONFORMITÄT DER DEUTSCHEN REGELUNGEN ÜBER DIE ELEKTRONISCHE ANGEBOTSSABGABE

1.	Problemlage	67
2.	Das Konkurrenzverhältnis innerhalb des Sekundärrechts	70
2.1	Ausgangsüberlegungen	70
2.2	Die Rangordnung innerhalb des Gemeinschaftsrechts	71

2.2.1	Lösung der Vorrangfrage über den Vorrang einzelner Rechtssetzungsorgane	73
2.2.2	Stellungnahme und Übertragung auf das Verhältnis der Richtlinien zueinander	73
2.2.3	Lösung der Vorrangfrage mittels des „lex posterior“-Grundsatzes	74
2.2.4	Stellungnahme und Übertragung auf das Verhältnis der Richtlinien zueinander	75
2.2.5	Lösung der Vorrangfrage mittels des „lex specialis“-Grundsatzes	77
2.2.6	Stellungnahme und Übertragung auf das Verhältnis der Richtlinien zueinander	77
2.2.6.1	Partielle Deckungsgleichheit der Richtlinien	78
2.2.6.2	Eingeengter Anwendungsbereich der spezielleren Norm aufgrund zusätzlicher Tatbestandselemente	79
4.	Zusammenfassung der Ergebnisse	84
KAPITEL V	ERMESSENSFEHLER BEI DER ENTSCHEIDUNG ÜBER DIE ZULASSUNG ELEKTRONISCHER ANGEBOTE	
1.	Problemlage	85
2.	Die Rechtsnatur der Entscheidung über die Zulassung digitaler Angebote gem. § 15 VgV bzw. gem. § 21 VOB/A	86
2.1	Qualifikation als Verwaltungsakt	86
2.1.1	Verwaltungsakte im Zusammenhang mit dem Abschluss zivilrechtlicher Verträge	86
2.1.2	Handeln einer Behörde	88
2.1.3	Hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	88
2.2	Qualifikation als verwaltungsprivatrechtliches Handeln oder als Handeln im Rahmen fiskalischen Tätigwerdens	90
3.	Die Anwendbarkeit der Ermessensvorschriften des VwVfG außerhalb des Verwaltungsverfahrens	93
4.	Inhalt und Ausprägungen der Ermessensfehlerlehre	96

5.	Ermessensfehler bei der Entscheidung über die Zulassung digitaler Angebote am Beispiel ausgewählter Situationen	98
5.1	Ermessensausfall / Ermessensnichtgebrauch	98
5.2	Ermessensreduktion auf Null	99
6.	Zusammenfassung der Ergebnisse	102

**KAPITEL VI DIE AUSSCHLIEBLICHE AKZEPTANZ
ELEKTRONISCHER ANGEBOTE**

1.	Problemlage	103
2.	Die Rechtslage nach der VOB/A	104
3.	Die Rechtslage nach der VOL/A i.V.m. § 15 VgV	107
4.	Die Rechtslage nach der VOF i.V.m. § 15 VgV	110
5.	Zusammenfassung der Ergebnisse	110

**KAPITEL VII RECHTSFOLGEN FEHLERHAFTER ODER
FEHLENDER DIGITALER SIGNATUREN**

1.	Problemlage	111
2.	Systematik des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte nach § 2 VgV	112
3.	Die „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ i.S.v. § 97 Abs. 7 GWB	115
3.1	Einleitung	115
3.2	Erfassung jeglicher Vorschrift durch § 97 Abs. 7 GWB	116
3.3	Erfassung nur „hinreichend konkreter und bestimmter“ Vorschriften durch § 97 Abs. 7 GWB	118
3.4	Erfassung nur solcher Vorschriften, die der Umsetzung europäischer Richtlinien dienen	119
3.5	Erfassung nur „bieterschützender“ Vorschriften durch § 97 Abs. 7 GWB	120
3.6	Stellungnahme	121

4.	Beabsichtigte Zuschlagserteilung auf ein nicht formwirksam abgegebenes digitales Angebot als Verletzung bieterschützender Vorschriften i.S.v. § 97 Abs. 7 GWB	126
4.1	Problemlage	126
4.2	Schutznormtheorie	126
4.3	Kriterien des EuGH	127
4.4	Qualifikation von § 21 VOB/A	128
5.	Der Anspruchsinhalt	132
5.1	Leistungs- und Unterlassungsansprüche	132
5.2	Anspruch auf Zuschlagserteilung	132
6.	Wirksamkeit des Vertrages bei Zuschlagserteilung auf ein Angebot, das den Voraussetzungen von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A nicht entspricht	135
6.1	Problemlage	135
6.2	Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB	136
6.2.1	Gesetzesqualität von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A	136
6.2.2	Anordnung der Nichtigkeit	137
6.3	Nichtigkeit des Vertrages gem. § 125 BGB	139
6.3.1	Gesetzesqualität von § 21 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A	140
6.3.2	Anordnung der Nichtigkeit	140
7.	Zusammenfassung der Ergebnisse	143

KAPITEL VIII DIE BEVORZUGUNG ELEKTRONISCHER ANGEBOTE IM VERGABEVERFAHREN DURCH ANERKENNUNG ALS „VERGABEFREMDES KRITERIUM“ UND IHRE ZULÄSSIGKEIT AUS GEMEINSCHAFTS-RECHTLICHER SICHT

1.	Problemlage	146
2.	Begriffsbestimmung	149
3.	Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung vergabefremder Kriterien	150
3.1	Einleitung	150
3.2	Vertragsgestaltung	150
3.3	Präferenzregelungen	150

4.	Die Zulässigkeit vergabefremder Kriterien aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht	152
4.1	Die Beentjes“-Entscheidung des EuGH	153
4.2	Die Kritik an der „Beentjes“-Entscheidung	156
4.3	Stellungnahme	156
5.	Formelle Anforderungen	158
6.	Materielle Anforderungen	159
6.1	Primärrecht als Maßstab	159
6.2	Das Recht auf freie Niederlassung, Art. 43 EG	160
6.3	Das Recht auf freie Dienstleistung, Art. 49 EG	163
6.4	Das allgemeine Diskriminierungsverbot, Art. 12 EG	164
6.5	Das Verbot staatlicher Beihilfen, Art. 87 EG	165
7.	Zusammenfassung der Ergebnisse	166

KAPITEL IX DIE ELEKTRONISCHE AUFTRAGSVERGABE ALS STANDARD ZUKÜNFTIGER VERGABEVERFAHREN

1.	Gesetzgeberische Ziele	168
2.	Exemplarische Darstellung der wichtigsten Verfahrensschritte einer elektronischen Ausschreibung im Offenen Verfahren nach VOB/A	169
2.1	Die elektronische Bekanntmachung der Vorinformation	169
2.2	Die elektronische Bekanntmachung der Ausschreibung	170
2.3	Die elektronische Anforderung und der elektronische Versand der Vergabeunterlagen	171
2.4	Die elektronische Angebotsabgabe durch den Bieter	172
2.5	Das Übermittlungsrisiko elektronischer Angebote	173
2.6	Besonderheiten im Eröffnungstermin	174
2.7	Die elektronische Erteilung der Vorabinformation	174
2.8	Die elektronische Erteilung des Zuschlags	175
3.	Zusammenfassung der Ergebnisse	177

KAPITEL X DIE ZULÄSSIGKEIT INVERSER AUKTIONEN ALS MITTEL DER BESCHAFFUNG

1.	Problemlage	179
----	-------------	-----

2.	Begriff und Verfahren inverser Auktionen	180
3.	Vorteile und Risiken inverser Auktionen	181
4.	Einsatzmöglichkeiten inverser Auktionen	183
5.	Rechtsfragen inverser Auktionen	183
5.1	Erlaubnispflicht gem. § 34b GewO	183
5.2	Zulässigkeit der nachträglichen Preisreduktion nach Abgabe eines Angebots	186
5.3	Zulässigkeit des Auseinanderfallens von Erklärungselementen	188
5.4	Inverse Auktionen als wettbewerbsverzerrende Verhaltensweise des öffentlichen Auftraggebers	190
5.5	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit	194
5.6	Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Vertraulichkeit	196
6.	Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	198
KAPITEL XI	THESENARTIGE ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE UND AUSBLICK	
1.	Thesenartige Zusammenfassung der Ergebnisse	200
2.	Ausblick	204
Literaturverzeichnis		207