

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

Arbeitskreisleiter

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

Prof. Dr. Ralf Leinemann ist Seniorpartner der auf Vergabe- und Baurecht spezialisierten Sozietät LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE mit Standorten in Berlin, Hamburg, Düsseldorf, Frankfurt und Köln. Prof. Dr. Leinemann berät bei zahlreichen Bauprojekten vor allem im Infrastrukturbereich, wo er oft schon als anwaltlicher Berater zu Beginn eines Vergabeverfahrens tätig wird. Er hat viele Vergabenachprüfungsverfahren in ganz Deutschland geführt und dabei bekannte Leitentscheidungen erstritten, so etwa Teltowkanal Berlin, JadeWeserPort Wilhelmshaven, Flughafen Berlin-Brandenburg, Schiffshebewerk Niederfinow, A-Modell A 8 Augsburg-Ulm. Er ist Honorarprofessor für Bau- und Vergaberecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin und (Mit-)Herausgeber u. a. der Zeitschriften VergabeNews und NZBau. Seine bereits in mehreren Auflagen erschienenen Werke „Die Vergabe öffentlicher Aufträge“, „Die Bezahlung der Bauleistung“ und der von ihm herausgegebene VOB/B-Kommentar zählen zu den meistverbreiteten Werken im Vergabe- und Baurecht. Prof. Dr. Leinemann ist auch als Schiedsrichter in deutschen und internationalen Schiedsgerichtsverfahren tätig.

Stellvertretende Arbeitskreisleiterin

Justiziarin Silvia Koenigsmann-Hölken, Gelsenkirchen

Silvia Koenigsmann-Hölken ist als Justiziarin für den Landesbetrieb Straßenbau NRW tätig. Sie berät diesen in vergaberechtlichen Fragen und übernimmt die Vertretung in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und dem Vergabesenat beim OLG Düsseldorf. Sie hält regelmäßig Vorträge zu vergaberechtlichen Fragestellungen und arbeitet derzeit an einer Kommentierung zum Vergaberecht mit.

Referenten

Richterin am Oberlandesgericht Anne-Christin Frister, Düsseldorf

Anne-Christin Frister ist seit 2006 Mitglied des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Infolge der ausschließlichen Zuständigkeit des Senats für Beschwerden gegen die in Nachprüfungsverfahren ergangenen Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen ist sie ständig mit einer Vielzahl vergaberechtlicher Fragestellungen befasst. Frau Frister ist Mitautorin der Werke „Kapellmann/Messerschmidt, Kommentar zur VOB A und B“ sowie „Ziekow/Völlink, Kommentar zum Vergaberecht“.

Rechtsanwalt Dr. Matthias Krist, Koblenz

Dr. Matthias Krist absolvierte zunächst einen Diplomstudiengang an der FH des Bundes für öffentliche Verwaltung und studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Köln und Mainz. Er hat sich an der Universität zu Köln (Lehrstuhl Prof. Dr. Jürgen F. Baur) zu einem vergaberechtlichen Thema promoviert. Seit 1995 ist er als Rechtsanwalt zugelassen, seit 1998 Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Mit dem nationalen und europäischen Vergaberecht befasst er sich seit 16 Jahren. Herr Dr. Krist berät bundesweit und im angrenzenden EU-Ausland. Er leitet das vergaberechtliche Team seiner Kanzlei, ist Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der FH Koblenz und Mitglied des Fachbeirats der Zeitschrift "Vergaberecht".

Thema des Arbeitskreises

Effizienz und Rechtssicherheit bei Vergaben – Brauchen wir veränderte Regeln?

Einführung in das Thema

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann

Vergaberecht ist Beschaffungsrecht. Hier werden Richtlinien aufgestellt, an die sich die öffentliche Hand halten muss, wenn sie ihr Steuergeld in den Wirtschaftskreislauf zurückführt. Diese Regeln dienen zugleich der anbietenden Wirtschaft als Orientierung über das Verfahren, mittels dessen der Staat zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots und damit seiner Vertragspartner gelangt. Dies ist Ausdruck des oft betonten Grundsatzes der Transparenz eines Vergabeverfahrens, dessen korrekte Regelbeachtung ebenso die Gleichbehandlung der partizipierenden Bieter gewährleistet.

Im Spannungsfeld von knappen Haushaltskassen und Erfahrungspräferenzen einerseits und von Transparenz und Gleichbehandlung andererseits kennt man je nach Interessenlage mehr oder weniger schwungvoll vorgetragene Argumente für Änderungswünsche am Vergaberecht. Unter dem Oberbegriff der Vereinfachung der komplizierten Rechtsmaterie unterbreitete Reformvorschläge sind oft recht gut danach zu sortieren, ob sie aus der Perspektive der Beschaffer oder der Bieter unterbreitet werden. Heißt Vereinfachung im Sinne des Beschaffers meist freie Verfahrenswahl, freie Ausschreibungsgestaltung, freie Kriterienwahl und beliebiges Nachfordern fehlender Angebots Elemente

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

bei maximalem Ermessensspielraum, so wünscht im Gegensatz dazu die Bieterseite kalkulierbare Risiken, die weitgehende Eliminierung von Dialogverfahren, die transparente Strukturierung von Verhandlungsverfahren, die Einhaltung gesetzter Verfahrensfristen und eine klare Sanktionierung ihrer Überschreitung und im Sinne einer Nichtdiskriminierung möglichst klare Grenzen für nachträgliche Heilungsmöglichkeiten defizitärer Angebote sowie einfach strukturierte, klare Wertungsmaßstäbe mit möglichst geringen Ermessensspielräumen.

Mit der VOB –Ausgabe 2009 schuf man bereits gewisse Lockerungen, indem etwa die Möglichkeit zur Nachforderung von Unterlagen oder zur Ergänzung eines einzelnen Einheitspreises nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 c) und § 16 Abs. 3 VOB/A eingeführt wurde. Zur Diskussion stehen nicht erst seit Vorlage des Grünbuchs der EU-Kommission¹ Vorschläge, die weitere Flexibilisierungen ermöglichen sollen. Allerdings werden durch die Erweiterung von Korrektur- und Ergänzungsmöglichkeiten von Angeboten die offenen und nichtoffenen Verfahren immer stärker an das Verhandlungsverfahren angenähert. Wer immer wieder und immer mehr Unterlagen zu einem bereits abgegebenen Angebot nachreichen lässt, führt letztlich ein Verhandlungsverfahren oder schafft damit letztlich de facto eine freie Verfahrenswahl. Es wird zu erörtern sein, ob die jetzige Fassung von § 16 Abs. 1 und 3 VOB/A nicht vielleicht schon die Grenze darstellt, an die in einem offenen und nichtoffenen Verfahren maximal gegangen werden kann, bevor das Stadium eines Verhandlungsverfahrens erreicht ist.

Der diesjährige Arbeitskreis II des Deutschen Baugerichtstages stellt die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs in den Vordergrund. Ist diese Wirtschaftlichkeit aber gerade durch das Vergaberecht oder seine künftige Modifizierung zu verbessern oder kann nicht der Auftraggeber durch geschickt gewählte Wertungskriterien und Ausschreibungsgestaltung viel eher die Betonung auf Wirtschaftlichkeit legen? Oft wird das Vergaberecht als kompliziert und bürokratisch kritisiert und deshalb als Hemmschuh für eine wirtschaftliche Beschaffung bezeichnet. Noch immer werden Anwälte nach der Möglichkeit von Umgehungsstrukturen gefragt, ganz zu schweigen von bereits bekanntgewordenen Entscheidungen zu rechtswidrigen Vergaben ohne vorherige Ausschreibung, die immer wieder ruckbar werden. Es wird zu erörtern sein, ob Problemlösungen durch weitere Reformen des Vergaberechts oder nicht eher durch sachgerechtere Anwendung bestehender Vorschriften und den bewussteren Umgang damit gefunden werden können, um so das Problem mangelnder Wirtschaftlichkeit in manchem Beschaffungsvorgang zu lösen.

Nicht zuletzt der Umgang mit Nebenangeboten und die hierzu vielfältig und teilweise auch widersprüchlich ergangene Rechtsprechung illustriert dieses Spannungsfeld auf anschauliche Weise. Dass Gerichte ihre Meinung ändern und verschiedene Gerichte zu gleichen Rechtsfragen unterschiedliche Ergebnisse finden, kennen wir als ebenso ärgerlichen wie unvermeidlichen Begleitumstand, seit es Gerichte gibt. Es mag sein, dass sich dieses Symptom im Vergaberecht in den letzten Jahren in unerfreulicher Weise verstärkt gezeigt hat. Daran ist freilich nicht allein das Vergaberecht schuld, sondern vielleicht auch ein politischer Trend auf der Richterbank, der weg von dem hergebrachten Grundsatz des „*judicial self-restraint*“ führt. Auch dies ist eine Facette der Rechtssicherheit bei Vergabeverfahren, die diskussionswürdig erscheint. Manche Entscheidung der jüngeren Vergangenheit ist erkennbar von dem Willen beseelt, einem Beschaffungsvorgang eine destruktive Wendung zu ersparen, auch um den Preis rechtsdogmatisch inkonsistenter Ergebnisse.

Bei allem Lamento über die sich verkomplizierende oder vertiefende Rechtsprechung wird die vergaberechtliche Praxis sich aber auch an die eigene Nase fassen müssen. Wenn in einigen Gerichtsbezirken bei einem Wertungsgewicht von 100 % für den Preis Nebenangebote nicht gewertet werden können², so kann sich das Thema schon einfach dadurch erledigen, dass 5 % der Gewichtung auf ein anderes Wertungskriterium entfallen und „nur“ 95 % auf den Preis. Auch wenn nicht alle von der vergaberechtlichen Rechtsprechung aufgeworfenen oder geschaffenen Probleme so leicht lösbar sind wie dieses, so ist doch manchmal festzustellen, dass schon eine gute Idee ausreichen kann, um

¹ Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens - Wege zu einem effizienteren europäischen Markt für öffentliche Aufträge KOM (2011) 15 vom 27.01.2011

² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2010, Verg 10/10; vgl. Kues/Kirch, NZBau 2011, 335.

ein Problem elegant und rechtskonform zu umschiffen. Viele Vergabestellen und insbesondere ihre vorgesetzten Ministerien müssen sich fragen, ob sie nicht, anstatt nach festgefahrenen Formblättern und Handbüchern zu verfahren, individueller und sachbezogener beschaffen sollten. Dazu gehört natürlich und vor allem eine gute Definition oder mindestens Kenntnis dessen, was beschafft werden soll und welchem Zweck es dient. Ausfluss dieser Vorgabe an den Auftraggeber ist § 7 VOB/A.

Die (Mit-)Verfolgung politischer Ziele bleibt ein Trend im Vergaberecht, der unter dem Aspekt der „vergabefremden Kriterien“ oder neudeutsch als „strategische Beschaffung“ erörtert wird. So sollen etwa die Regeln zur Teil- und Fachlosvergabe nach § 97 Abs. 3 GWB den Mittelstand schützen und fördern. Sie sind ein schon traditioneller politischer Aspekt im Vergaberecht, der nicht vordringlich der wirtschaftlichen Beschaffung, sondern eher strukturpolitischen und wettbewerbspolitischen Aspekten dient. Weitere politische Aspekte sind aktuell über die jüngsten vergaberechtlichen Neuregelungen im August 2011 aus Anlass der Umsetzung der Energieeffizienzrichtlinie³ in das Vergaberecht aufgenommen worden.⁴ Im Bauwesen finden sich keine aktuellen Entscheidungen, bei denen Gesamtvergaben selbst völlig unterschiedlicher Leistungsbilder von den Gerichten als Verstoß gegen § 97 Abs. 3 GWB untersagt wurden. Selbst fernliegende Losverbindungen, wie etwa der Bau von Lärmschutzwänden als Mischlos gemeinsam mit Asphaltarbeiten, wurden von den Vergabesenaten wiederholt gebilligt.⁵ Der gerade vom Gesetzgeber verstärkte Grundsatz des § 97 Abs. 3 GWB ist damit faktisch nahezu bedeutungslos geworden. Vor diesem Hintergrund muss die Frage diskutiert werden, ob Regeln, die sich – gleich aus welchem Grund – als nicht durchsetzbar erweisen, nicht entweder gleich wegfallen oder so klar vorgegeben werden müssen, dass ihre Einhaltung unausweichlich ist. Lippenbekenntnisse braucht auch das Vergaberecht nicht.⁶

In diesem Spannungsfeld bewegt sich auch die Diskussion über einen gesetzlichen Mindestlohn. Eine solche Regelung würde in vergaberechtlicher Hinsicht einen klar definierten, sozialen Mindeststandard für die Vergütung der Arbeitskräfte der anbietenden Wirtschaft setzen, was gerade in tariflich wenig durchdrungenen Branchen wie Call-Center, Postdienstleistungen, Personenbeförderung, Kurierdienste usw. konkrete Auswirkungen, hätte, weil dort bisweilen prekäre Beschäftigungsverhältnisse festzustellen sind. Viele Niedriglohnbranchen kennen - anders als das Bauhauptgewerbe - kein Entsendegesetz, so dass eine Tariftreueerklärung mangels verbindlicher Tarifsetzung nicht gefordert werden kann.⁷ Wer hier soziale Mindeststandards schaffen will, wird durchaus einer gesetzlichen Regelung zuneigen, weil weder das Vergaberecht, noch die Nachprüfungsinstanzen hier ohne solche Grundlagen ordnungspolitisch wirken können.

Schließlich befasst sich die Vergaberechtspraxis auch mit dem Umstand, dass die Zahl der Nachprüfungsverfahren - jedenfalls nach der amtlichen Statistik⁸ - spürbar zurück geht. Hinzu kommt die statistische Feststellung, dass mittlerweile - im Jahr 2010 - nur noch 13,7 % der Nachprüfungsanträge mit Erfolg abgeschlossen wurden. Dieser Umstand wird begleitet durch den Effekt, dass unter der Vorreiterrolle der Vergabekammern des Bundes die Gebühren für die Tätigkeit der Vergabekammern sich seit Einführung des Vergabenachprüfungsverfahrens um ein Mehrfaches erhöht haben. Auch die letzte Anhebung des Gebührenrahmens durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz nutzte die VK Bund dazu, um aus dem erhöhten Gebührenrahmen die maximal mögliche Gebührenerhöhung zu generieren. Richtig teuer wird es für den erstinstanzlich unterlegenen Antragsteller vor den Vergabe-

³ Richtlinie 2006/32/EG vom 05.04.2006, 6, ABI L 114 vom 27.04.2006, Seite 64.

⁴ 4. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 16.08.2011, BGBl I, Seite 1724.

⁵ etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009, VII Verg 27/09; OLG Celle, Beschl. v. 26.04. 2010, 13 Verg 4/10 für die Verbindung von Rechtsberatung, Finanzberatung und technischer Beratung in einem Los.

⁶ Pointiert Summa, Editorial zu NZBau Heft 11/2011, S. V.

⁷ EuGH, Urt. v. 03.04.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert); dazu Kirch/Leinemann, VergabeR 2009, 414ff.

⁸ zuletzt für das Jahr 2010 zusammengestellt durch das BMWI, abgedruckt z.B. in VergabeNews 2011, Seite 61.

Arbeitskreis II – Vergaberecht

Einführung

senaten, wo allein der einstweilige Beschluss nach § 118 GWB 3,0 Gerichtsgebühren zusätzlich (!) auslöst. Der Staat hingegen trägt aufgrund seiner Gebührenbefreiung kein Kostenrisiko für Kammer- und Gerichtsgebühren, die einen großen Teil des Gesamtkostenrisikos ausmachen. Die Effizienz vergaberechtlichen Rechtsschutzes kann auch durch prohibitive Verfahrenskosten konterkariert werden.

Als misslich zu beklagen ist auch die fehlende Kompetenz der Vergabekammern für einen Kostenfestsetzungsbeschluss. Der Obssiegende – also nach der Statistik der Auftraggeber und der Beigeladene – müssen ihre Kostenerstattungsansprüche im Streitfall vor dem Zivilgericht durchsetzen. Das sollte zur Entlastung der Gerichte und im Sinne einer zügigen sachnahen Entscheidung mit der nächsten GWB-Novelle wieder geändert werden.

Diese weite Spanne an Themen - und noch Einiges darüber hinaus - wird von den beiden Referenten des Arbeitskreises II mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen abgedeckt und soll den Rahmen für eine hoffentlich intensive Diskussion und anschließende Beschlussfassung geben. Die praktische Handhabung des Vergaberechts und seine Weiterentwicklung im Sinne sowohl der Wirtschaftlichkeit des Einsatzes öffentlicher Gelder wie auch der Transparenz und Fairness bei deren Verteilung auf dem Markt werden im Vordergrund der Diskussion im Arbeitskreis stehen.

Thesen

A. *Thesen von Richterin am Oberlandesgericht Anne-Christin Frister*

These 1

Im Vergaberecht darf das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Beschaffungsvorgangs nicht zugunsten einer rein wettbewerblich orientierten Sichtweise außer Betracht bleiben. Um dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs angemessen Geltung zu verschaffen bietet sich eine Korrektur einzelner Regelungsbereiche der VOB/A durchaus an; in erster Linie ist der vergaberechtliche Zweck einer haushalts- und aufgabengerechten Beschaffung aber bei der Rechtsanwendung und hier insbesondere bei der inhaltlichen Ausfüllung von Beurteilungsspielräumen öffentlicher Auftraggeber relevant.

Vergaberecht ist geprägt durch unterschiedliche Zielsetzungen: als Haushalts- und Beschaffungsrecht dient es den Belangen des Haushalts und der Beschaffung von Sachmitteln zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben; zugleich soll es den Wettbewerb im institutionellen Sinne fördern sowie durch die Gewährung subjektiver Bieterrechte Chancengerechtigkeit und damit einen fairen Wettbewerb zwischen den Bietern gewährleisten.

Die dem Vergaberecht damit zukommenden unterschiedlichen Funktionen eröffnen ein sehr spezifisches Spannungsfeld. Zu den Aufgaben eines modernen Vergaberechts gehört die Lösung der sich aus diesen unterschiedlichen Zielsetzungen zwangsläufig ergebenden Konflikte. Diesem Anspruch wird die Novellierung des Vergaberechts, mit der der Versuch unternommen wurde, durch eine Modernisierung, Straffung und Neugestaltung zahlreicher Vorschriften des GWB sowie der Vergabeordnungen eine Entformalisierung und Flexibilisierung zu erreichen, noch nicht vollständig gerecht.

Der Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist aber vor allem bei der Rechtsanwendung relevant: Dem Auftraggeber stehen bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens Beurteilungsspielräume zu. Für die Fragestellung, wie diese vergaberechtskonform auszufüllen sind, ist auch der Zweck einer haushalts- und aufgabengerechten Beschaffung maßgeblich. Eine Fokussierung auf die Perspektive und Interessen des Bieters und damit ein rein am Wettbewerbsgebot orientierter Maßstab verkompliziert, verteuert und verlängert Vergabeverfahren und steht somit dem Gebot, effizient und wirtschaftlich zu beschaffen, entgegen. Die Notwendigkeit, die an das Verhalten der Auftraggeber anzulegenden Überprüfungsmaßstäbe auch an den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Effizienz zu orientieren, ergibt sich bereits aus der vergaberechtlichen Zwecktrias. Einer expliziten Anordnung in den Vergabeordnungen, bei der Rechtsanwendung sämtliche Vergabezwecke in den Blick zu nehmen, bedarf es insoweit nicht.

These 2

Es bedarf einer Neuregelung zur Zulassung von Nebenangeboten, um Wirtschaftlichkeit und Innovation besser zu fördern.

Ein wichtiges Instrument zur Förderung der Wirtschaftlichkeit und Effizienz des Beschaffungsvorgangs stellt die – erleichterte – Zulassung von Nebenangeboten dar. In der vergaberechtlichen Theorie ermöglicht die Zulassung von Nebenangeboten den Bietern, eigene Erfahrungen und Ideen in den Wettbewerb einzubringen, was zu technischen Innovationen, erheblichen Einsparungen und Rationalisierungseffekten führen kann und damit dem Zweck einer möglichst wirtschaftlichen, effizienten Beschaffung dient. In der vergaberechtlichen Praxis scheitert die vergaberechtskonforme Zulassung von Nebenangeboten aber häufig an den mit dem Einsatz dieses Mittels verbundenen erheblichen rechtlichen Unsicherheiten.

Diese beruhen für den Bereich der VOB/A nicht zuletzt darauf, dass die klaren Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG (VKR) nicht umgesetzt worden sind. Entgegen dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. e) VOB/A sind Nebenangebote nach Art. 24 Abs. 2 VKR (in der Terminologie der Richtlinie: Varianten) nur zugelassen, wenn der Auftraggeber dies in der Bekanntmachung angegeben hat. Ohne die Zulassung in der Bekanntmachung sind Nebenangebote unzulässig und dürfen nicht gewertet werden. Die Umsetzung der europäischen Vorgaben würde für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen.

Art. 24 Abs. 1 VKR ermöglicht die Zulassung von Nebenangeboten zudem nur, wenn der Auftrag nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden soll. Die ausdrückliche Differenzierung zwischen den Zuschlagskriterien des wirtschaftlich günstigsten Angebots und des niedrigsten Preises in Art 53 Abs. 1 VKR spricht für die Annahme, dass die Richtlinie eine Zulassung von Nebenangeboten nur bei Aufträgen ermöglicht, bei denen der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Maßgabe verschiedener mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien erteilt werden soll. Auch insoweit ist eine Umsetzung der europäischen Vorgaben in der VOB/A bislang nicht erfolgt und wäre im Rahmen einer umfassenden Neugestaltung der Regelungen zu Nebenangeboten zur Beseitigung der derzeit herrschenden Rechtsunsicherheit veranlasst⁹.

Dagegen empfiehlt es sich nicht, angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Mindestanforderungen eine weitere Konkretisierung und Präzisierung der Vorschrift des § 16 a Abs. 3 VOB/A vorzunehmen. Eine abstrakte Regelung, welchen Voraussetzungen die vom Auftraggeber zu stellenden Anforderungen genügen müssen, stößt infolge der im Einzelfall von komplexen technischen Gegebenheiten abhängigen Entscheidung des Auftraggebers zur Gestaltung der Mindestanforderungen auf Grenzen.

These 3

Die Regelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A zur Nachforderung von Erklärungen/Nachweisen bedarf der weiteren Präzisierung.

Anders als nach dem bisherigen Recht führt die Unvollständigkeit eines Angebots nicht mehr zwingend zum Ausschluss. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A verpflichtet vielmehr den Auftraggeber, fehlende Nachweise und Erklärungen nachzufordern. Durch diese Änderung wurde ersichtlich das Ziel verfolgt, eine „Reparaturmöglichkeit“ zu schaffen, um wirtschaftlich attraktive Angebote nicht wegen eines - häufig dem Zeitdruck oder praktischen Schwierigkeiten bei der Angebotserstellung geschuldeten - Versehens des Bieters ausschließen zu müssen. Angesichts des Normzwecks ist ein umfassendes und weites Verständnis des Begriffs der „geforderten Erklärungen und Nachweise“ angebracht. Darunter fallen auch Eignungsnachweise sowie Nachweise, deren Vorlage nicht der Auftraggeber sondern bereits die VOB/A selbst fordert – z.B. Gleichwertigkeitsnachweise, die gemäß §§ 7 Abs. 6 S. 2, 13 Abs. 2 S. 3 VOB/A mit dem Angebot vorzulegen sind. Dagegen erstreckt sich die Nachforderungspflicht nicht auf Nachweise/Erklärungen, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat.

Die Vorschrift wirft aber weitere Fragen auf, die mit dem Hinweis auf den Normzweck nicht zweifelsfrei zu beantworten sind und hinsichtlich derer eine Klarstellung wünschenswert ist. So ist zweifelhaft, ob die Nachforderungspflicht auch im Teilnahme-wettbewerb gilt. Unklar ist ferner, ob für die Fristberechnung die Vorschriften der §§ 188, 193 BGB, die sich auf nach **Tagen** bemessene Fristen beziehen, Anwendung finden oder ob durch den in der VOB/A verwandten Begriff der **Kalendertage**

⁹ Vgl. zu dieser Problematik: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.03.2010, VII-Verg 61/09; v. 18.10.2010, VII-Verg 39/10 ; v. 09.03.2011, VII-Verg 52/10 (Zulassung von Nebenangeboten *nur* beim Zuschlagskriterium des wirtschaftlichsten Angebots); so auch Egger, Europäisches Vergaberecht, Rdn. 1258; Stolz, VergabeR 2008, 322, 334 f.; Kues/Kirch, NZBau 2011, 335, 338 f.; dagegen OLG Schleswig, Beschl. v. 15.04.2011, 1 Verg 10/10 (Zulassung von Nebenangeboten auch beim ausschließlichen Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises); offengelassen von OLG Brandenburg, Beschl. v. 07.12.2010, Verg W 16/10; Beschl. v. 17.05.2011, Verg W 16/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 16.07.2010, 1 Verg 6/10; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 27.04.2011, 1 Verg 5/10.

die Regelungen des BGB nicht gelten sollen. Dieses Verständnis hätte zur Folge, dass die Nachforderungsfrist auf einem Samstag, Sonntag oder Feiertag enden kann, was in der Praxis eine weitere Verkürzung der ohnehin kurzen Frist bedeutet.

These 4

Mit der Regelung des § 97 Abs. 3 GWB hat der Gesetzgeber einen praxisgerechten Ausgleich zwischen den Interessen vornehmlich kleinerer und mittelständischer Bieterunternehmen an einer Teil- und Fachlosvergabe und dem Interesse des Auftraggebers, durch eine Gesamtvergabe einen möglichst reibungs- und komplikationslosen Bauablauf zu erzielen, geschaffen.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB ist das Angemessenheitskriterium durch das strengere Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit ersetzt worden. Während es für § 97 Abs. 3 GWB a.F. für ausreichend erachtet wurde, dass bei einer Abwägung zwischen den für und gegen eine Losvergabe streitenden Aspekten vertretbare wirtschaftliche oder technische Gründe für eine Gesamtvergabe sprachen, ist die Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe nur dann gegeben, wenn diese Gründe überwiegen.

Indem § 97 Abs. 3 S. 2 GWB das bieterschützende und justiziable vergaberechtliche Gebot an den öffentlichen Auftraggeber richtet, im Regelfall eine Losvergabe durchzuführen, werden die Belange und Interessen insbesondere kleinerer und mittelständischer Bieter¹⁰ geschützt. Da eine Gesamtvergabe nur im Ausnahmefall stattfinden darf, muss sich der öffentliche Auftraggeber, der eine Ausnahme aus wirtschaftlichen oder Gründen für möglich hält, in besonderer Weise mit dem Gebot der Losvergabe und den dagegen sprechenden Gründen auseinandersetzen. Die diesbezüglichen Anforderungen an den Auftraggeber sind hoch: Im Rahmen der ihm obliegenden Entscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der konkreten widerstreitenden Belange. Die typischen Folgen einer Losaufteilung, wie der erhöhte Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand, die Erhöhung der Transaktionskosten sowie die erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen bei einer Gesamtvergabe vermögen das Absehen von einer Losvergabe nicht zu rechtfertigen, weil es sich dabei um einen der Losvergabe immanenten, typischen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes hinzunehmen ist.

Allerdings trägt die Regelung auch den Interessen der öffentliche Auftraggeber und dem Gebot der effizienten und wirtschaftlichen Gestaltung des Beschaffungsvorgangs in angemessener Weise Rechnung. Der öffentliche Auftraggeber wird durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB nämlich nicht gehalten, seinen Beschaffungsbedarf an den Interessen und Belangen bestimmter Märkte und Marktteilnehmer zu orientieren. Er bestimmt im Rahmen der ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf und ist nicht verpflichtet, Ausschreibungen so zuzuschneiden, dass der Bedarf durch mittelständische Unternehmen gedeckt werden kann¹¹.

¹⁰ Es ist umstritten, ob sich auch Großunternehmen auf eine Verletzung der Pflicht zur Losaufteilung berufen können.

Bejahend: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2007, VII-Verg 10/07 mit der Begründung, dass durch die Losaufteilung der Kreis der in Betracht kommenden Bieter vergrößert und für den Wettbewerb geöffnet werde, so dass § 97 Abs. 3 S. 2 GWB auch nicht mittelständische Bieter schütze; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rdn. 74; verneinend: Diehr in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB Rdn. 61; Kus in Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97 GWB Rdn. 97; Bungenberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, § 97 GWB, Rdn. 39; Müller-Wrede, NZBau 2004, 643, 647. In der Baupraxis profitieren aber insbesondere kleinere und mittlere, auf ein Gewerk spezialisierte Unternehmen von einer Teil- und Fachlosvergabe.

¹¹ Vgl. dazu und zum Folgenden: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2011, VII-Verg 48/11; Beschl. v. 23.03.2011, VII-Verg 63/10; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB, Rdn. 68.

Bei der Frage, ob von einer Gesamtvergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen abgesehen werden darf, bedarf das Tatbestandsmerkmal der Erforderlichkeit einer wertenden Ausfüllung¹², die Raum lässt für auftraggeber- und auftragsbezogene Umstände, insbesondere für die Berücksichtigung unverhältnismäßiger Kostennachteile¹³ oder maßgeblicher Verzögerungen des Gesamtvorhabens.

B. *Thesen von Rechtsanwalt Dr. Matthias Krist*

I. Vorbemerkung zum Generalthema – Schutz vor Bieterrechten statt Bieterrechtsschutz?

Der „Arbeitskreis II – Vergaberecht“ des diesjährigen Deutschen Baugerichtstages fragt nach (mehr) Effizienz und Rechtssicherheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch veränderte Regeln. Dem nähern sich die folgenden Thesen mit einer zentralen Vorbemerkung. Mehr Effizienz und gerade auch mehr Rechtssicherheit im öffentlichen Auftragswesen geht nicht - gleichsam naturgegeben - einher mit der Beschränkung des Bieterrechtsschutzes. Gefordert ist ein effektiver Bieterrechtsschutz, nicht ein effektiver Schutz vor Bieterrechten.¹⁴ Das ist ein Irrweg, vermutlich ein verfassungswidriger dazu.¹⁵ Ähnlich, wie das System eines fortentwickelten Verwaltungsrechtsschutzes nach der VwGO nicht zu einer Lähmung etwa der öffentlichen Infrastrukturplanung geführt, sondern durch Erkenntnisgewinnung zu deren Weiterentwicklung beigetragen hat, fördert ein moderner Vergaberechtsschutz die Effektivierung des öffentlichen Auftragswesens.

II. Unterthemen

1. Sollte die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsvorgangs stärker betont werden? Wenn ja, auf welche Weise?

Darauf gerichtete Initiativen sind überflüssig. Das geltende Vergaberecht stellt den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vielfach in den Mittelpunkt der Beschaffungen. Damit verbunden sind ebenso zahlreiche Entscheidungsfreiräume der öffentlichen Auftraggeber im Verfahren, so dass weitere gesetzliche oder untergesetzliche Ausformungen des ohnehin zentralen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes letztlich zu mehr Intransparenz und zu deutlichen Einbußen im Bieterrechtsschutz führen würden.

Was zunächst die Wirtschaftlichkeit des Beschaffungsergebnisses anbetrifft, heben sowohl das Richtlinienrecht (Art. 53 Abs. 1 VKR) als auch das nationale Umsetzungsrecht (§ 97 Abs. 5 GWB) das Wirtschaftlichkeitsprinzip als (mögliches) zentrales Zuschlags- und Vergabekriterium prominent hervor. Das untergesetzliche Regelwerk gibt den Auftraggebern eine Fülle von Kriterien an die Hand, mit deren Hilfe die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes konkret bemessen werden kann (§ 16 Abs. 6 Nr. 1-3 VOB/A, § 16 Abs. 8 VOL/A, § 19 Abs. 9 EG VOL/A, § 29 Abs. 2 SektVO). Eine von internen Organisations- und Vergabestrukturen unabhängige, gewissermaßen externe Steuerung der Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsvorgängen durch eine Verflachung der rechtlichen Verfahrensanforderungen oder deren Überprüfbarkeit ist nur auf dem Rücken und damit auf Kosten der Wirtschaftsteilnehmer (Bieter) möglich, etwa durch eine gezielte Überbetonung des auftraggeberseitigen Leistungsbestimmungsrechts¹⁶ oder einer faktischen Beschränkung der Überprüfung der in § 97 GWB

¹² So auch Kus, NZBau 2009, 21, 22.

¹³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.09.2011, VII-Verg 48/11; Beschl. v. 23.03.2011, VII-Verg 63/10.

¹⁴ So aber Frister, VergabeR 2011, 295

¹⁵ vgl. dazu Antweiler, VergabeR 2011, 306, 317 ff.

¹⁶ OLG Düsseldorf, B. v. 17.2.2010 – Verg. 42/09 (Sickerwassermessstellen) und B. v. 3.3.2010 – Verg. 46/09 (Lysimeter), alle ibr-online; vgl. auch OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718 für den Fall der „Überprüfung“ des Gebotes der Fachlosvergabe

bzw. in § 2 VOB/A niedergelegten vergaberechtlichen Grundsätze.¹⁷ Damit einher geht der Appell an die Nachprüfungsinstanzen, sich den ihnen zugewiesenen Aufgaben nicht dadurch zu entziehen, dass sie neben der bereits für die Bestimmung und Wertung ausgeschriebener Leistungen bestehenden Regelungsdichte neue Begrifflichkeiten schaffen, die es den Auftraggebern ermöglichen sollen, weitgehend nachprüfungsfrei vergeben zu können.¹⁸

2. Sollten unterhalb der Schwellenwerte vereinfachte Regeln für die Bauvergabe gelten?

Zur Vereinfachung der Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte ist die Schaffung eines gewerkunabhängigen Auftragsschwellenwertes (Vorschlag: EUR 150.000), bis zu dessen Erreichen die Auftraggeber in der Verfahrensart frei sind, zu empfehlen.

Die generelle Vereinfachung der Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte ließe außer Betracht, dass davon nicht nur Bagatellvergaben, sondern vielfach auch Maßnahmen betroffen wären, die wertmäßig nahe bei dem EU-Auftragsschwellenwert liegen und deshalb insbesondere für die mittelständischen Anbieter von erheblicher Bedeutung sind. Außerdem ist für Unternehmen, die nicht ständig mit öffentlichen Vergabeverfahren umgehen, die Dauerhaftigkeit und Verlässlichkeit eines fest gefügten Korsetts an Verfahrensvorschriften von eminent praktischer Wichtigkeit. Aus Sicht der Auftraggeber lässt sich zu diesem Aspekt immerhin anmerken, dass es gerade Verfahrensvereinfachungen bei wertmäßig niedrigen Ausschreibungen sein können, die wegen ihrer hohen Zahl zu einem spürbaren Effektivitätsgewinn führen können. § 3 Abs. 3 VOB/A ist insoweit ein erster Schritt in die richtige Richtung. Deutlicher dürfte die administrative Entlastung namentlich kleinerer öffentlicher Auftraggeber jedoch dann ausfallen, wenn anstelle des § 3 Abs. 3 VOB/A (c. p.) generell in einem letzten Absatz des § 3 VOB/A geregelt wäre, dass die öffentlichen Auftraggeber bis zu einem geschätzten Auftragswert von TEUR 150 gewerkunabhängig die Verfahrensart frei zu wählen berechtigt sind.

3. Bedarf es einer Neuregelung zur Unterbreitung und Wertung von Nebenangeboten, um Wirtschaftlichkeit und Innovation besser zu fördern?

Es ist zu empfehlen, für die Wertung von Nebenangeboten insbesondere im Auftragsbereich unterhalb der Schwellenwerte klare und berechenbare Kriterien zu schaffen und / oder der (teil-)funktionalen Ausschreibung mehr Raum zu geben.

Die deutsche Vergabepaxis und nicht minder Teile der Rechtsprechung hadern teilweise noch immer mit den Folgen der *Traunfellner*-Entscheidung des EuGH¹⁹. In der seither verstrichenen Zeit entwickelten sich diese nicht zur befürchteten Innovationsbremse. Vielmehr war damit ein Gewinn an Transparenz und Berechenbarkeit der Angebotswertung verbunden, dies jedenfalls für den Bereich der europaweiten Vergabeverfahren.²⁰ Wenn Auftraggeber aus dem Umstand, zur Berücksichtigungsfähigkeit von Varianten darauf gerichtete Mindestanforderungen aufstellen zu müssen, die Konsequenz ziehen, Nebenangebote nicht zuzulassen, so liegt darin die eigentliche Innovationsbremse begründet. Im Auftragsbereich unterhalb der Schwellenwerte hat der BGH die Chance vertan, für

¹⁷ dafür plädiert Frister, aaO., 302

¹⁸ vgl. z. B. OLG Düsseldorf, B. v. 17.2.2010 und vom 3.3.2010, aaO.; weitere Nachweise bei Antweiler, aaO., 317

¹⁹ EuGH, NZBau 2004, 279; vgl. zum Überblick Dicks, Die mangelhafte, insbesondere unvollständige Leistungsbeschreibung und die Rechtsfolgen im Vergaberecht, Langaufsatz ibr-online, Rn. 78 ff.; Kues/Kirch, NZBau 2011, 335

²⁰ so auch Dicks, aaO., Rn. 8; Frister, aaO., 303 ff.

eine Weiterentwicklung des Rechts zu sorgen.²¹ Demnach besteht weder für binnenmarktrelevante Vergaben noch für solche unterhalb der Schwelle einer Binnenmarktrelevanz die Verpflichtung, aus Gründen der Transparenz oder der Bietergleichbehandlung inhaltlich-materielle Mindestanforderungen an die Wertbarkeit von Nebenangeboten zu stellen. Ganz offensichtlich geht der BGH aber davon aus, dass es jedenfalls in diesem Auftragsbereich auf eine Gleichwertigkeit der Nebenangebote ankommt, die im Rahmen der Wertung zu prüfen und positiv festzustellen ist.²² Wie diese Prüfung vergaberechtskonform erfolgen soll²³, lässt der BGH unentschieden. Ohne eine klare Regelung gehört somit die Gleichwertigkeitsprüfung von Nebenangeboten auch künftig zu den Mysterien des nationalen Vergaberechts. Effektiv wäre eine Lösung dahingehend, dass der (teil-)funktionalen Ausschreibung nach § 7 Abs. 13 – 15 VOB/A mehr Raum verschafft wird, die Vergabestellen mehr als bisher dazu ermutigt und im Anwendungsbereich der zahlreichen Verwaltungsvorschriften und/oder der Landesvergabegesetze dazu angehalten werden, weitaus mehr als bisher von diesem Instrumentarium Gebrauch zu machen. Soweit erforderlich, wäre der Wortlaut des § 7 Abs. 13 VOB/A entsprechend anzupassen, um der Vorschrift den ihr bisweilen anhaftenden Ausnahmecharakter zu nehmen.²⁴

4. Müssen Möglichkeiten, Rechte und Pflichten zur Nachforderung von Unterlagen neu, anders oder präziser definiert werden?

Die neu geschaffene Regelung über die Nachforderung von Unterlagen nach der VOB/A sollte an die wesentlich flexiblere Fassung der VOL/A angepasst werden.

Dem ist im jedenfalls im Kern zu widersprechen. Der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A gingen die Diskussionen, die jetzt, nach nur kurzer Anwendungszeit, geführt werden, bereits voraus. Es fehlt an hinreichend belastbaren Erfahrungen, um die Neuregelung konsistent ändern zu können. Dass mit der Nachforderungspflicht ein erheblicher Mehraufwand für die Vergabestellen verbunden sein würde, war ebenfalls sicher; die damit verbundenen Effizienzverluste wurden bewusst in Kauf genommen. Schon versuchen Teile der Auftraggeberseite, die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A durch gegenläufige Verwaltungsvorschriften ohne Rechtsgrundlagen und unter Verstoß gegen höherrangiges Recht wieder abzuschaffen.²⁵ Die Parallelvorschrift in § 16 Abs. 2 S. 1 VOL/A erweist sich als wesentlich flexibler. Aus deren praktischer Anwendung werden auch bei weitem nicht die Vollzugsprobleme berichtet, welche § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A (vorhersehbar) mit sich bringt. Es ist zu empfehlen, die Nachforderungsregelung der VOB/A an diejenige der VOL/A anzupassen.

5. Ist die Regelung des § 97 Abs. 3 GWB zur Losvergabe praxis- und interessengerecht?

Hinsichtlich der losweisen Vergabe von Aufträgen klaffen Anspruch und Wirklichkeit sehr weit auseinander. Änderungen im bestehenden Regelwerk bedarf es nicht, wohl aber einer (Rück-) Besinnung der Nachprüfungsinstanzen auf den Willen des Gesetzgebers.

²¹ BGH, U. v. 30.8.2011 – X ZR 55/10; z. Z. nur ibr-online

²² aaO., Rz. 17; a. A. wohl OLG Koblenz, B. v. 26.7.2010 – Verg. 6/10 (Straßenlaternen), ibr-online

²³ Dicks spricht aaO., Rn. 86, von einer „verschwommenen Gleichwertigkeitsprüfung“

²⁴ vgl. dazu Kratzenberg in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, 17. A., § 7 Rn. 123

²⁵ vgl. Abschnitt 2.4 (25) des „Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA B-StB)“, herausgegeben durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS)

Obwohl der Gesetzgeber mit der in 2009 in Kraft getretenen Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB das Gebot der losweisen Vergabe bewusst verschärft hat, handelt es sich bei dieser Regelung um „totes Recht“. Zwar kommt der Gesetzgeber der Sache nach nicht umhin, die Zusammenfassung mehrerer Teil- oder Fachlose zu gestatten, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Gelingt es jedoch einem Auftraggeber auch nur im Mindesten, einen derartigen Grund nachvollziehbar darzulegen, trägt die Vergaberechtsprechung jede Gesamtvergabe nahezu uneingeschränkt mit.²⁶ So wurde gar argumentiert, dass § 97 Abs. 3 GWB nicht verletzt sei, wenn „vornherein eine Losaufteilung dort ausscheiden muss, wo sie schlechterdings für das Projekt keinen Sinn mehr macht.“²⁷ Kommt hinzu, dass die Dokumentation der Gründe für eine Gesamtvergabe ebenso nachgeholt werden kann, wie die materielle Begründung für die unterlassene Losaufteilung als solche,²⁸ dann wird offenbar, dass der von einer unterbliebenen Losaufteilung nachteilig betroffene Bieter trotz der klaren Vorgaben in § 97 Abs. 3 und Abs. 7 GWB diesen Punkt noch nicht einmal mit Aussicht auf Erfolg nachprüfen lassen kann. Gefragt ist also keine weitere, mutmaßlich ebenfalls ins Leere gehende Anpassung des § 97 Abs. 3 GWB, sondern gefragt sind ein echter Gesetzesvollzug und eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende gerichtliche Überprüfung dieses Vollzugs.

6. Bedarf es einer kritischen Rezeption der Tätigkeit von Vergabekammern und Vergabesenaten vor dem Hintergrund, dass nur noch 13,7 % der Nachprüfungsanträge Erfolg haben?

Es ist nicht Aufgabe der Nachprüfungsinstanzen, allgemeinpolitischen Forderungen nach mehr Wirtschaftlichkeit in den Beschaffungsprozessen und nach mehr Rechtsschutzbeschränkung durch eine beständige Rückführung der Kontrolldichte zu entsprechen. Vergabenachprüfungsinstanzen haben effektiven Bieterrechtsschutz zu gewähren, nicht aber effektiven Schutz vor Bieterrechten.

Aus Sicht der Bieter wird der Vergaberechtsschutz zunehmend als stumpfes Schwert wahrgenommen, als kostspielige, aber inhaltlich äußerst begrenzte und vor allem als verwaltungsnahe Verfahrensüberprüfung. Statistische Zahlen alleine sind gewiss kein Beleg für einen ineffektiven Vergaberechtsschutz. Nicht nur die Bieterseite, sondern auch die Auftraggeberseite lernt hinzu und ist, weit mehr als noch zu Beginn der Einführung des Vergaberechtsschutzes, dazu in der Lage, rechtssichere Vergabeverfahren durchzuführen. Damit einher geht nahezu zwangsläufig der Rückgang der Erfolgsquote von Bietern in Nachprüfungsverfahren. Ausgesprochen kritisch zu begegnen ist jedoch den teilweise offen proklamierten Bemühungen der dritten Gewalt, sich zunehmend unter durchaus fragwürdigen Effizienz- und Kostengesichtspunkten aus einer effektiven Nachprüfung zurückzuziehen.²⁹ An die klar verfassungswidrige Handhabung der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB sei ebenso erinnert wie daran, dass dies der Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht bedurfte.³⁰ Nicht minder kritische Tendenzen zeichnen sich mit der zunehmenden Begründung übergesetzlicher Antragserfordernisse, wie etwa ungeschriebener Kausalitätserwägungen zwischen Rechtsverstoß und Bieterrechtsverletzung³¹ oder der „mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragsstellers“, ab³². Hier ist keine Gesetzesänderung nötig, sondern eine Rückbesinnung auf die gesetzlichen Vorgaben der Vergabenachprüfung und deren Verankerung im Gefüge der Gewaltenteilung.

²⁶ zur beispielhaften – unveränderten – Rechtsprechung vgl. OLG Brandenburg, VergabeR 2011, 652, 657; OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718, 720; OLG Karlsruhe, VergabeR 2011, 722, 727/728

²⁷ OLG Celle, VergabeR 2010, 661, 664

²⁸ OLG Düsseldorf, VergabeR 2011, 718, 721

²⁹ so Frister, aaO.; kritisch dazu Antweiler, aaO.

³⁰ BVerfG, VergabeR 2004, 597

³¹ OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010, aaO.

³² OLG Düsseldorf, VergabeR 2010, 84