

**Prof. Dr. Michael Holoubek, Wien**

Univ.Prof. Dr. Michael Holoubek, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; Vizerektor für Infrastruktur und Personal dieser Universität. Langjähriger Vorsitzender der Bundes-Vergabekontrollkommission; zahlreiche Veröffentlichungen zum innerstaatlichen und europäischen Vergaberecht.

**Hierarchie zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren?  
Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen und innerstaatliche Umsetzungsspielräume**

1. Die Funktion des Vergabeverfahrens besteht, der Grundstruktur des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe folgend, im Kern darin, einen Parallelwettbewerb der Bieter zu organisieren. Dieser soll dafür Gewähr leisten, dass letztlich das für den beschaffenden Staat „beste“ Angebot ermittelt wird. Die Ausgestaltung der einzelnen Verfahren der Auftragsvergabe ist im Lichte dieser Anforderung, die Auswahl eines Unternehmens aufgrund eines nach objektiven, sachlichen und fairen Gesichtspunkten geführten Bieterwettbewerbs zu ermöglichen, zu sehen.
2. Innerhalb des Kanons der – auf europäischer wie auch innerstaatlicher Ebene – gesetzlich geregelten Vergabeverfahrensarten finden sich verschiedene Verfahrensarten, die sich in ihren Strukturen sowie insbesondere im Grad ihrer Formalisierung unterscheiden. Nach Maßgabe der Wahlmöglichkeiten für die einzelnen Verfahrensarten kann zwischen Regel- und Ausnahmeverfahren unterschieden werden, wobei tendenziell den weniger formalisierten und publizitätsärmeren Verfahren ein Ausnahmecharakter zukommt. Im Spektrum der Vergabeverfahrensarten nehmen das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren als „prototypische Vergabeverfahren“ eine wesentliche Rolle ein, weil die ihnen jeweils zugrunde liegende Strukturen als Grundmuster auch für spezifischere und komplexere Verfahrensarten gelten können.
3. Beim offenen Verfahren handelt es sich um ein stark formalisiertes Vergabeverfahren mit einstufigem Ablauf: Eine grundsätzlich unbeschränkte Anzahl von Unternehmen wird vom Auftraggeber öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert; Eignungsprüfung der Unternehmer und Prüfung und Bewertung der Angebote finden zwar als gesonderte Prüfungsschritte nacheinander geschaltet, aber jeweils erst nach Angebotsabgabe statt. Ein dem Angebotswettbewerb vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb der Bieter ist nicht vorgesehen.
4. Das nicht offene Verfahren ist demgegenüber im Regelfall von einem zweistufigen Ablauf geprägt: Nach öffentlicher Einladung zur Teilnahme am Bewerberwettbewerb ergeht vom Auftraggeber die Aufforderung zur Angebotslegung nur an diejenigen Unternehmer, die im Teilnahmewettbewerb anhand objektiver Kriterien dafür ausgewählt wurden. Der dem eigentlichen – auf den Gegenstand der Vergabe bezogenen – Vergabewettbewerb vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb ermöglicht damit eine unternehmensbezogene Auswahl der Bewerber. Erst in der zweiten Verfahrensstufe kommt es bei regelmäßig verkleinertem Teilnehmerkreis zur Prüfung der von den aufgeführten Unternehmen vorgelegten Angebote.
5. Die EG-Vergaberichtlinien kennen sowohl das offene wie auch das nicht offene Vergabeverfahren. Art 28 Abs 2 der allgemeinen Vergaberichtlinie ermöglicht grundsätzlich die freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren. Art 40 Abs 2 der Sektorenrichtlinie stellt dem Auftraggeber das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und das Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zur freien Wahl.
6. Nach deutscher Rechtslage haben Auftraggeber grundsätzlich das offene Vergabeverfahren anzuwenden, sofern ihnen nicht die Anwendung des nicht offenen Verfahrens ausnahmsweise gestattet ist. Neben dem nicht offenen Verfahren kommt auch dem Verhandlungsverfahren Ausnahmecharakter zu. In den Sektoren besteht für private Auftraggeber die freie Wahlmöglichkeit zwischen allen drei Verfahrensarten.

7. Nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz kann im Oberschwellenbereich frei zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt werden. Nur im Unterschwellenbereich kann – unter zusätzlich erschwerten Voraussetzungen – auch das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gewählt werden; hier wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern vom Auftraggeber direkt zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Im Sektorenbereich besteht oberhalb der Schwellenwerte Wahlfreiheit des Auftraggebers zwischen dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb und dem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb.

8. Im deutschen Vergaberecht hat das offene Vergabeverfahren – abweichend von den EG-Richtlinien und anders als beispielsweise in Österreich – für öffentliche Auftraggeber Priorität. Diese Hierarchisierung wird häufig damit gerechtfertigt, dass im offenen Verfahren Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung am besten verwirklicht würden. Es sei aufgrund seines unbeschränkten Zugangskonzepts am ehesten geeignet, Preisabsprachen zwischen den Bietern zu unterbinden und könne durch eine starke Formalisierung einen transparenten, gleichen und fairen Vergabewettbewerb am besten gewährleisten.

9. Das nicht offene Vergabeverfahren ermöglicht es dem Auftraggeber aufgrund seiner zweistufigen und im Vergleich zum offenen Verfahren punktuell flexibleren Struktur, komplexen Beschaffungsvorhaben adäquat zu begegnen. Der Teilnahmewettbewerb lässt eine Auswahl der Bewerber – schon im Hinblick auf die Anforderungen des Auftragsgegenstands – nach qualitätsbezogenen Kriterien zu und beschränkt die Unternehmerbewertung insofern nicht nur auf absolut wirkende Eignungs- (im Sinne von Ausschluss-) -kriterien. Unter diesem Gesichtspunkt setzt das vorgeschaltete Auswahlverfahren freilich eine vertiefte Kenntnis der Marktstrukturen beim Auftraggeber voraus, womit insgesamt der zeit- und kostenmäßige Aufwand für Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens steigt. Gegenüber dem offenen Verfahren kann das nicht offene Verfahren vor allem dann als vorzugswürdig angesehen werden, wenn die Durchführung eines offenen Verfahrens im Hinblick auf die Eigenart oder den Wert der Leistung wirtschaftlich nicht vertretbar erscheint („Flaschenhalsfunktion“). Entsprechende Untergrenzen für die Anzahl der zum „Angebotswettbewerb“ einzuladenden Unternehmer können die Durchführung eines wirksamen Wettbewerbs auch auf dieser zweiten Stufe sichern. Die Publizität des Aufrufs zum Teilnahmewettbewerb und gesetzliche Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung der Bekanntmachungsunterlagen im Hinblick auf den zur Vergabe gelangenden Gegenstand können für eine hinreichende Transparenz des Verfahrens sorgen. Die Trennung von Eignungs- und Auswahlkriterien und deren transparente Festlegung im Vorhinein vermögen Gleichheit und Fairness des Auswahlverfahrens zur zweiten Stufe zu sichern.

10. Insgesamt können entsprechende „Begleitregelungen“ nach Maßgabe der Grundsätze und Zielsetzungen des Vergabeverfahrens funktionale Äquivalenz von offenem und nicht offenem Verfahren herstellen; gleichzeitig erhöht die Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht offenem Vergabeverfahren die Gegenstandsadäquanz der Beschaffungsvorgänge. Dies spricht dafür, die Notwendigkeit einer Rangordnung zwischen den beiden Vergabeverfahrensarten zu überdenken.