

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M., und
Dr. Jürgen Kühling, LL. M.

Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens – Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen*

Trotz des Vorrangs des Offenen Verfahrens im deutschen Vergaberecht ist in der Vergabepraxis der öffentlichen Auftraggeber nach wie vor die Neigung zu beobachten, ohne nähere Rechtsprüfung auf das Nichtoffene und insbesondere auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen. So verständlich das Ansinnen der Auftraggeber ist, ein Höchstmaß an Flexibilität durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens zu sichern, birgt der eilfertige Rückgriff auf diese weniger formalisierte Verfahrensart erhebliche rechtliche Risiken in sich. Fehler bei der Wahl des Vergabeverfahrens können im Rahmen des primären Rechtsschutzes zur Verzögerung der Auftragsvergabe und im sekundären Rechtsschutz zu empfindlichen Schadensersatzverpflichtungen des Auftraggebers führen. Ausgehend von einer Analyse der Vielfalt und Hierarchie der Vergabeverfahren erörtert der Beitrag, in welchen Fällen von der Durchführung eines Offenen Verfahrens abgesehen werden kann und berücksichtigt hierbei sowohl die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben als auch die nationale Praxis der Nachprüfungsbehörden und -gerichte. Dabei befasst sich die Untersuchung mit den besonderen Problemen, die bei der Vergabe von Infrastrukturaufträgen anzutreffen sind.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, der Zweitautor ist dort wissenschaftlicher Referent. Die Autoren danken *Kristin Lorenz*, wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZEI, für kritische Anregungen.

I. Typologie und Hierarchie der Vergabeverfahren

1. Die Trias aus Offenem, Nichtoffenem und Verhandlungsverfahren einschließlich der Unterarten

Das deutsche wie das EG-Vergaberecht sehen übereinstimmend drei unterschiedliche (Haupt-)Arten der Vergabe öffentlicher Aufträge vor: das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren und das Verhandlungsverfahren. Auch die Definitionen der Vergabearten stimmen weitgehend überein. So definiert etwa Art. 1 lit. e der Baukoordinierungsrichtlinie (BKR)¹ Offene Verfahren als „diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen alle interessierten Unternehmer ein Angebot abgeben können“. Unterhalb der Schwellenwerte sprechen die Vergabeverordnungen – bei vergleichbaren Definitionen – insoweit allerdings von der „Öffentlichen Ausschreibung“. Die Nichtoffenen Verfahren werden in Art. 1 lit. f BKR verstanden als „diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Unternehmen ein Angebot abgeben können“.

Erst ein Blick auf die weiteren gemeinschaftsrechtlichen Vergabennormen macht deutlich, dass das Nichtoffene Verfahren anders als das Offene Verfahren von einer Zweiphasigkeit ausgeht: Nach einer Bekanntmachung der Ausschreibung können sich sämtliche Unternehmen darum bewerben, an dem anschließenden Bieterwettbewerb teilzunehmen. Dieser ersten Phase des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs schließt sich dann die zweite Phase des nichtöffentlichen Wettbewerbs der zur Angebotsabgabe zugelassenen Bieter um den Auftrag an². Das GWB ist mit § 101 III diesbezüglich bereits in der Definition des Nichtoffenen Vergabeverfahrens klarer, wenn es davon spricht, dass „öffentlich zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert“ wird³. Unterhalb der Schwellenwerte wird diese Verfahrensart als „Beschränkte Ausschreibung“ bezeichnet. Hier ist insoweit eine Abweichung vom Gemeinschaftsrecht festzustellen, als die Durchführung der ersten, explizit als öffentlicher Teilnahmewettbewerb⁴ bezeichneten Phase nicht zwingend vorgesehen ist, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auf sie verzichtet werden kann⁵. Damit bestehen jedenfalls hinsichtlich der Wettbewerbsoffenheit der Ausschreibung im Bereich der Basisparagrafen zwei erheblich voneinander divergierende „Unterarten“ der Beschränkten Ausschreibung.

Als dritte „Hauptvergabeart“ definiert Art. 1 lit. g BKR schließlich die Verhandlungsverfahren als „diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen die öffentlichen Auftraggeber ausgewählte Unternehmen ansprechen und mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Auftragsbedingungen verhandeln“. Hier geht auch das Gemeinschaftsrecht von zwei zentralen Unterarten aus, je nachdem, ob ein Teilnahmewettbewerb auf Grund einer Vergabebekanntmachung der Verhandlungsphase vorgeschaltet wird oder nicht (vgl. etwa Art. 7 II, III BKR). Diese Alternative sieht auch § 101 IV GWB vor. Während das Gemeinschaftsrecht und diesem folgend das deutsche Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte die Zweiphasigkeit gleichrangig neben die Einphasigkeit stellt und an jeweils unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen knüpft, geht das unterhalb der Schwellenwerte als „Freihändige Vergabe“ bezeichnete Verfahren von der Einphasigkeit als Regelfall aus⁶. Die Möglichkeit, einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb durchzuführen, wird gar nicht erst gesondert normiert (vgl. etwa § 3 Nr. 4 VOB/A). Unterhalb der Schwellenwerte steht die Durch-

führung des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs damit im Ermessen des Auftraggebers.

Synoptisch stellt sich die Verteilung der unterschiedlichen Verfahrensarten wie folgt dar:

	Offenes Verfahren (I)	Nichtoffenes Verfahren (II)		Verhandlungsverfahren (III)	
	Offenes Verfahren (I)	Mit Teilnahmewettbewerb (II a)	Ohne Teilnahmewettbewerb (II b)	Mit Teilnahmewettbewerb (III a)	Ohne Teilnahmewettbewerb (III b)
EG-Vergaberecht	+	+	-	+*	+*
Dt. Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte	+	+*	- ^x	+*	+*
Dt. Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte	+	+*	+*	(+)* (Freihändige)	+*(Regelfall) Vergabe)

* = Rechtfertigungs- und Begründungsbedürfnis, vgl. dazu so gleich II; -^x = fraglich, s. dazu II 1

Die nur vordergründig einfache Trias der Vergabearten stellt sich demnach etwas komplexer dar als oftmals aufgezeigt: Auf der Gemeinschaftsebene gibt es das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb und das Verhandlungsverfahren mit und ohne vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Mit Blick auf die Wettbewerbsoffenheit bestehen damit letztlich vier divergierende Vergabearten. Denn der qualitative Unterschied zwischen einem Verhandlungsverfahren ohne und einem solchen mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ist mindestens so groß wie der zwischen einem Nichtoffenen und einem Verhandlungsverfahren mit jeweils vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Auf nationaler Ebene können in Deutschland sogar fünf divergierende Vergabeverfahren unterschieden werden: Einerseits das Offene Verfahren (Öffentliche Ausschreibung)

1) Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG 1993 Nr. L 199, 54, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABIEG 1997 Nr. L 328, 1.

2) Vgl. etwa Art. 13 I 1 BKR, der bei der Fristenregelung von einer solchen Zweiphasigkeit ausgeht; s. auch Art. 1 lit. h BKR, der begrifflich differenziert und die Unternehmen in der ersten Phase als Bewerber bezeichnet, während die Unternehmen in der zweiten Phase bzw. im einphasigen Offenen Verfahren als Bieter bezeichnet werden; aus der Literatur *Prieß*, Hdb. des europäischen VergabeR, 2. Aufl. (2001), S. 115.

3) S. deutlicher auch die Definition im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, KOM (2000) 275 endg., in der vom Rat auf seiner Tagung v. 21. 5. 2002 angenommenen Fassung. Dort werden in Art. 1 VIII Unterabs. II Nichtoffene Verfahren als solche definiert, „bei denen alle Wirtschaftsteilnehmer sich um Teilnahme bewerben können und bei denen nur die vom Auftraggeber aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben können“.

4) § 3 Nr. 1 II VOB/A.

5) Vgl. etwa § 3 Nr. 1 II, Nr. 3 I VOB/A; irreführend *Bechthold*, GWB, 3. Aufl. (2002), § 101 GWB Rdnr. 5, der in Bezug auf das Nichtoffene Verfahren des GWB davon spricht, dass ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb fakultativ vorgeschaltet werden könne; zutreffend dagegen *Boesen*, Das neue Vergaberecht, 1999, S. 30.

6) S. den Hinweis von *Boesen* (o. Fußn. 5), S. 30.

sowie andererseits das Nichtoffene Verfahren (Beschränkte Ausschreibung) und das Verhandlungsverfahren (Freihändige Vergabe), die jeweils sowohl mit als auch ohne vorangehenden Teilnahmewettbewerb erfolgen können. Damit bestehen drei Hauptarten von Vergabeverfahren, die auf Gemeinschaftsebene in Bezug auf das Verhandlungsverfahren und auf nationaler Ebene auch mit Blick auf das Nichtoffene Verfahren in entsprechende Unterarten aufgespalten sind.

Diese Ausdifferenzierung lässt auch die jeweiligen Unterschiede zwischen den verschiedenen Vergabeverfahren deutlich werden. Insoweit ist sorgfältig auf den Vergleichspunkt zu achten. So ist die anfängliche Teilnehmerzahl bei allen drei (Haupt-)Vergabearten dann identisch, wenn beim Nichtoffenen und beim Verhandlungsverfahren jeweils ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet ist. Der Unterschied zwischen dem Offenen Verfahren und den beiden anderen Verfahrenstypen besteht dann darin, das bei letzteren in einer ersten Stufe eine Vorauswahl zwischen den potenziellen Auftragnehmern anhand allgemeiner Einigungskriterien⁷ vorgenommen wird und nur die auf der ersten Stufe erfolgreichen Bewerber als Bieter bzw. Verhandlungspartner angenommen werden. Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich von den beiden anderen (Haupt-)Verfahrensarten dagegen dadurch, dass ersteres keinen Bietprozess verlangt, sondern unmittelbar mit einem oder mehreren Bewerbern aus dem Teilnahmewettbewerb verhandelt werden kann. Wird hingegen beim Verhandlungsverfahren und beim Nichtoffenen Verfahren bzw. bei der Freihändigen Vergabe und der Beschränkten Ausschreibung kein Teilnahmewettbewerb durchgeführt und erfolgte ein solcher auch nicht im Rahmen eines vorangegangenen, erfolglosen Offenen und Nichtoffenen Verfahrens, ist der Teilnehmerkreis von vornherein beschränkt. Zusätzliche Wettbewerbsverzerrungsgefahren der Nichtoffenen und der Verhandlungsverfahren gegenüber einem Offenen Verfahren bestehen damit in unterschiedlicher Hinsicht:

- Erstens durch die von vornherein erfolgende Beschränkung des Teilnehmerkreises beim unmittelbaren Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren oder ein Nichtoffenes Verfahren bzw. eine Freihändige Vergabe oder eine Beschränkte Ausschreibung ohne vorangehenden Teilnahmewettbewerb;
- zweitens im Rahmen der Entscheidung über die Auswahl der Bieter bzw. Verhandlungspartner, sofern dem Nichtoffenen oder dem Verhandlungsverfahren ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet ist; und schließlich
- drittens speziell mit Blick auf das Verhandlungsverfahren angesichts des Umstands, dass Transparenzverluste eintreten, da die Zuschlagserteilung nicht auf der Grundlage verschiedener in einem transparenten Verfahren bewerteter Angebote erfolgt, sondern im Wege weniger nachprüfbarer bzw. transparenter Verhandlungen.

Während der Numerus Clausus der Verfahrensarten⁸ einschließlich der Unterarten und den weiteren „Spezialverfahren“⁹ den Vergabestellen an sich wenig Schwierigkeiten bereitet, da die unterschiedlichen Verfahrenstypen eine angemessene Anpassung an die jeweilige Vergabesituation grundsätzlich erlauben, sind die Unsicherheiten darüber, in welchen Vergabesituationen welche Vergabeart auszuwählen ist, oftmals groß. Da die Art und Weise, in der ein Wettbewerb eröffnet wird, bei den einzelnen Verfahren erheblich voneinander abweicht, ist die Rechtmäßigkeit der Verfahrenswahl von großer Bedeutung. Dabei betreffen die Schwierigkeiten der Auswahl allerdings die Sektorenauftraggeber nur beschränkt, da diese in ihrer Verfahrenswahl weitgehend frei sind. Auch sie können jedoch auf einen öffentlichen Teilnahmewettbewerb nur

verzichten¹⁰, wenn bestimmte Ausnahmegründe vorliegen¹¹. Schließlich werden freiberufliche Leistungen nicht erfasst, da hier nach § 5 VOF nur das Verhandlungsverfahren Anwendung findet. Allerdings müssen auch hier eng definierte Voraussetzungen vorliegen, soll ausnahmsweise auf einen Teilnahmewettbewerb verzichtet werden, und also das Verfahren III b statt III a im Sinne der Synopse zur Anwendung gelangen.

2. Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens im Gemeinschaftsrecht

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sehen im Übrigen in Art. 7 BKR, Art. 6 Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR)¹² und Art. 11 Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie (DKR)¹³ eine Nachrangigkeit des Verhandlungsverfahrens vor. Diese wird so konstruiert, dass der Auftraggeber gemäß dem jeweiligen Abs. II der zitierten Normen unter bestimmten Voraussetzungen nach Durchführung einer Vergabebekanntmachung (also Verfahren III a) und nach Abs. III in enger definierten Fällen ohne derartige Bekanntmachung (d. h. ohne Teilnahmewettbewerb, also Verfahren III b) auf das Verhandlungsverfahren zurückgreifen kann. Im Übrigen kann der Auftraggeber gemäß dem jeweiligen Abs. IV frei zwischen dem Offenen und Nichtoffenen Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen.

Dem Gemeinschaftsrecht lässt sich auch keine Begründungspflicht entnehmen, wenn der Auftraggeber auf das Nichtoffene anstatt auf das Offene Verfahren zurückgreift¹⁴. Eine solche ist in den Vergaberichtlinien nicht normiert und lässt sich angesichts der Gleichbehandlung beider Verfahrenstypen auch nicht teleologisch begründen. In systematischer Hinsicht spricht gegen ein derartiges Begründungsgebot auch der Gegensatz aus der explizit normierten Pflicht, einen entsprechenden begründenden Vermerk anzufertigen, sofern das Verhandlungsverfahren gewählt wird (s. etwa Art. 8 III 1 Spiegelstr. 5 BKR). Damit besteht kein Stufenverhältnis zwischen den drei Vergabearten, sondern lediglich eine Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens¹⁵.

3. Der Vorrang des Offenen Verfahrens im deutschen Vergaberecht

Was die Auswahl zwischen den verschiedenen Verfahrensarten anbelangt, ist im deutschen Vergaberecht dagegen ein Vorrang des Offenen Verfahrens vorgesehen. So verpflichtet § 101 V 1 GWB öffentliche Auftraggeber auf das Offene Verfahren, sofern nicht auf Grund des GWB

7) Dazu Kularztz, in: Niebuhr/Kularztz/Kus/Portz, Komm. z. VergabeR, 2000, § 101 GWB Rdnrn. 12 ff.

8) So die Bezeichnung mit Blick auf das Gemeinschaftsrecht bei Prieß (o. Fußn. 2), S. 113.

9) Vgl. insbesondere das Präqualifikationsverfahren, das bei Sektorenauftraggebern als generalisierendes Verfahren an die Stelle des öffentlichen Teilnahmewettbewerbs treten kann, s. Art. 30 I, II der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABIEG 1993 Nr. L 199, 84, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/4/EG, ABIEG 1998, Nr. L 101, 1 (im Folgenden: SKR) und bspw. § 5 VOB/A-SKR; dazu auch Jestaedt, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, 1999 Nr. 4.2.4; s. ferner die Möglichkeit nach Art. 13 DKR und Art. 23 SKR, Wettbewerbe in Verfahren durchzuführen, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen; dazu Prieß (o. Fußn. 2), S. 117.

10) Also bei den Verfahren II b oder III b nach der Synopse.

11) S. Art. 20 II SKR und die Umsetzung in § 3 Nr. 3 VOB/A-SKR.

12) Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABIEG 1993 Nr. L 199, 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABIEG 1997 Nr. L 328, 1.

13) Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABIEG 1992 Nr. L 209, 1, zuletzt geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABIEG 1997 Nr. L 328, 1.

14) A. A. Prieß (o. Fußn. 2), S. 114 mit Hinweis auf *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement, 1996, S. 193.

15) S. i. Erg. auch *Ax/Schneider/Nette*, Hdb. VergabeR, 2002, S. 144.

etwas anderes gestattet ist. Die Umsetzung dieses Vorrangs erfolgt im Rahmen des Kaskadenprinzips¹⁶ durch die auf der Grundlage von §§ 97 VI und 127 GWB ergangene Vergabeverordnung, die ihrerseits auf die Verdingungsordnungen verweist. Unpräzise ist in diesem Zusammenhang die weit verbreitete Darstellung, das Vorrangprinzip des GWB werde in den Verdingungsordnungen zu einem Stufenverhältnis ausgebaut. Das Offene Verfahren (Öffentliche Ausschreibung) habe also Vorrang vor dem Nichtoffenen Verfahren (Beschränkte Ausschreibung), und dieses wiederum vor dem Verhandlungsverfahren (Freihändige Vergabe)¹⁷. Die Verdingungsordnungen normieren aber lediglich ein Rechtfertigungsbedürfnis, wenn vom vorrangigen Offenen Verfahren abgewichen werden soll, wobei die Rechtfertigungsgründe für das Nichtoffene und das Verhandlungsverfahren divergieren (vgl. etwa § 3 a VOB/A und § 3 a VOL/A). Mit anderen Worten gehen die Verdingungsordnungen – wie § 101 V 1 GWB auch – von einer Subsidiarität sowohl des Verhandlungsverfahrens als auch des Nichtoffenen Verfahrens aus, ohne diese noch untereinander abzustufen.

Unabhängig davon, ob man nur von einem Vorrang des Offenen Verfahrens oder einem Stufenverhältnis ausgeht, weicht das deutsche Vergaberecht jedenfalls vom Gemeinschaftsrecht ab. Darauf hatte auch der Bundesrat im Gesetzgebungsprozess zur GWB-Novelle hingewiesen, der dafür plädierte, lediglich die Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens vorzusehen, im Übrigen aber der Vergabestelle die Wahl zwischen dem Offenen und Nichtoffenen Verfahren zu überlassen¹⁸. Die Bundesregierung lehnte dies allerdings mit Hinweis auf die deutsche Vergaberechtstradition ab¹⁹. Damit engt das deutsche Vergaberecht den Spielraum der Vergabestellen zusätzlich ein.

Dies scheint zunächst angesichts der klar abweichenden Konzeption des EG-Vergaberechts, die eine Gleichwertigkeit von Offenem und Nichtoffenem Verfahren vorsieht, problematisch. Es stellt sich die Frage, ob die Auferlegung der Verfahrensvorgaben nur eine Mindestharmonisierung anstrebt, und es den Mitgliedstaaten unbenommen bleibt, weitere Verfahrensanforderungen vorzusehen, die den Spielraum bei der Wahl der Verfahren zusätzlich einschränken. Angesichts des dritten Erwägungsgrunds der BKR, bei der Koordinierung der einzelstaatlichen Vergabeverfahren „die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Verfahren und Verwaltungspraktiken so weit wie möglich zu berücksichtigen“²⁰, wäre die Subsidiarität auch des Nichtoffenen Verfahrens allerdings nur dann problematisch, wenn die Beibehaltung dieser Vergaberechtspraktiken die Umsetzungsziele gefährden würde²¹. Da die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung der Vergabearten darauf abzielt, bei angemessener Berücksichtigung der Bedürfnisse der Vergabestelle ein Maximum an Wettbewerbselementen in die Ausschreibungsprozesse zu implementieren, ist eine Zielgefährdung aber nicht ersichtlich. Ein Gemeinschaftsrechtsverstoß kann daher in der strengeren deutschen Subsidiarität auch des Nichtoffenen Verfahrens nicht gesehen werden. Die rechtspolitische Beurteilung de lege ferenda bleibt davon unberührt²².

II. Zentrale Rechtfertigungsgründe für das Abweichen vom Offenen Verfahren bei der Vergabe von Infrastrukturprojekten

Angesichts des in Deutschland geltenden Vorrangs des Offenen Verfahrens sind die Rechtfertigungsgründe, die ein Abweichen von diesem Verfahren zulassen, von großer praktischer Relevanz. Dabei weisen das deutsche und das EG-Vergaberecht eine Vielzahl von Ausnahmegründen auf, die oberhalb der Schwellenwerte als abschließend aufgezählte Gründe aufzufassen sind²³. Die Ausnahmegründe sollen vorliegend mit Blick auf ihre Relevanz bei

Infrastrukturprojekten untersucht werden. Denn gerade bei Infrastrukturaufträgen ist in jüngerer Zeit eine große Unsicherheit bei der Wahl der zutreffenden Vergabeart zu beobachten. Angesichts der regelmäßig großen Investitionsvolumina sind diese Projekte aber gegenüber Planungsunsicherheiten besonders sensibel.

Dabei wird der Infrastrukturbegriff hier weit verstanden²⁴. Infrastruktureinrichtungen sind durch eine Gewährleistungsfunktion gekennzeichnet: Sie sichern in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen für die soziale Entwicklung und die Entfaltung wirtschaftlicher Aktivitäten²⁵. In der Regel sind sie auf eine gleichmäßige und häufig auch flächendeckende Versorgung mit Leistungen von allgemeinem Interesse zu angemessenen Bedingungen angelegt²⁶. Im Einzelnen können zu den Infrastruktureinrichtungen neben der Energie- und Wasserversorgung der Nahverkehr, die Abfallentsorgung sowie weitere öffentliche Einrichtungen wie Sportstätten, Mehrzweckhallen, Krankenhäuser, Altenheime und Kindergärten gezählt werden.

Angesichts der großen Flexibilität des Verhandlungsverfahrens sind insbesondere diejenigen Gründe von Interesse, die einen Rückgriff auf jenes Verfahren eröffnen. Sie stehen daher im Vordergrund der folgenden Analyse (1). In Bezug auf Konstellationen, die nach deutschem Recht den Rückgriff auf das Nichtoffene Verfahren rechtfertigen, kann es für Infrastrukturaufträge bei knappen, ergänzenden Hinweisen bleiben (2).

1. Gründe für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens

Ausgangspunkt jeglicher Abweichung vom Offenen Verfahren ist nach den Bestimmungen der Verdingungsordnungen (vgl. § 3 a Nr. 2 i. V. mit § 3 Nr. 2 VOB/A),

16) Dazu Pietzcker, NZBau 2000, 64 (64 f.).

17) Allg. Ansicht, s. etwa Bechtold (o. Fußn. 5), § 101 GWB Rdnr. 12; Boesen (o. Fußn. 5), S. 30 f.

18) BR-Dr 646/97, 9.

19) BT-Dr 13/9340, 49; vgl. dazu auch Ax/Schneider/Nette (o. Fußn. 15), S. 120.

20) S. den gleich lautenden Erwägungsgrund 6 der LKR. In der SKR und DKR fehlt dagegen ein derartiger Erwägungsgrund.

21) Vgl. zur diesbezüglichen Diskussion der Sperrwirkung des lediglich teilharmonisierten Vergaberechts *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 161 und 198, auch unter umfassender Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung.

22) Kritisch etwa Ax/Schneider/Nette (o. Fußn. 15), S. 144, die eine Anpassung des deutschen Vorrangprinzips an die bloße Subsidiarität des gemeinschaftsrechtlichen Ansatzes zumindest für die „sekundären“ Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB befürworten.

23) So für das Gemeinschaftsrecht *EuGH*, Slg. 1993, S. I-5923 Rdnr. 36 – „Kommission/Spanien“; s. auch *Prieß* (o. Fußn. 2), S. 118; die Basisparagrafen der Verdingungsordnungen definieren die Ausnahmestände dagegen teilweise nicht abschließend, vgl. § 3 Nr. 4 VOB/A.

24) Auch das *BVerfG* nimmt an Stelle einer Definition des Infrastrukturbegriffs eine weite und nicht abschließende Aufzählung von Einrichtungen vor, vgl. *BVerfGE* 38, 258 (270 f.) – „Gemeindeordnung Schleswig Holstein“; s. zu der Entwicklung des Infrastrukturrechts, wenn auch unter Zugrundelegung eines engeren Infrastrukturbegriffs den Überblicksaufsatz von *Theobald*, NJW 2003, S. 324 (324 ff.).

25) *Hünnekens*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1994, S. 13, 15.

26) *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung: rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 166. Ähnlich definiert das Europäische Parlament den Begriff der Infrastruktur, vgl. Europäisches Parlament, Entschließung v. 17. 3. 1989, ABIEG 1989 Nr. C 96, 243 (244): „(D)ie Ausstattung mit materiellen Gütern (...), die nicht unmittelbar im Produktionsprozess verwendet werden, wobei diese Ausstattung einer Vielzahl von Benutzern zur Verfügung steht und normalerweise vom Staat selbst oder eigens dafür vorgesehenen halbstaatlichen Stellen oder auch privaten Körperschaften hergerichtet und finanziert wird“. S. auch *Hünnekens* (o. Fußn. 25), S. 16, der Infrastruktur definiert als „entwicklungsoffener Inbegriff all jener Einrichtungen und Maßnahmen, die als materielles und institutionelles Fundament für den Bereich der ökonomischen Entfaltung des Einzelnen und der Allgemeinheit geeignet und notwendig sind und im öffentlichen Interesse dem Gemeinwesen zur Verfügung gestellt werden“.

dass entweder die Eigenart der Leistung (dazu a und b) oder besondere Umstände dies rechtfertigen (dazu c und d).

a) *Eigenart der Leistung I: keine vorherige globale Preisgestaltung möglich.* Einen wichtigen Grund dafür, auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen, stellt bei Infrastrukturprojekten die *Eigenart der Leistung* dar. Eine derartige leistungsartspezifische Besonderheit ist insbesondere dann gegeben, wenn die zu erbringenden Leistungen „ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen“²⁷. Das Vorliegen dieser Voraussetzung eröffnet nach den Bestimmungen der BKR, der DKR sowie der VOB/A und VOL/A (sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte) den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren. Dabei ist zu betonen, dass diese Voraussetzungen jedenfalls oberhalb der Schwellenwerte nur den Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb eröffnet²⁸. Da die Durchführung des Verhandlungsverfahrens eine Ausnahme darstellt, wird diese Abweichungsmöglichkeit von den Überwachungsbehörden eng ausgelegt. Zudem ist derjenige, der sich auf sie beruft, darlegungs- und beweislasterpflichtig²⁹.

Angesichts der gebotenen strengen Anwendung der Ausnahmebestimmung hat der *Vergabeüberwachungsausschuss (VÜA) des Landes Baden-Württemberg* in einer Entscheidung hervorgehoben, dass die bloße Praktikabilität des Verfahrens mit Blick auf die konkrete Leistung nicht dessen Anwendung rechtfertigt³⁰. In der Sache ging es um die Ausschreibung der Behandlung und Entsorgung von Restabfällen. Auch der weitere von der Vergabestelle angeführte Gesichtspunkt, dass die Vergabe technikoffen ausgestaltet werden soll, wurde vom *VÜA Baden-Württemberg* als Rechtfertigungsgrund zurückgewiesen.

aa) *Komplexität des Ausschreibungsgegenstands.* Dennoch hielt der *VÜA Baden-Württemberg* die Wahl des Verhandlungsverfahrens deshalb für zulässig, weil die Ausschreibung der betroffenen Entsorgungsleistungen so komplex sei, dass nicht zwingend ein Offenes Verfahren mit funktionaler Leistungsbeschreibung nach §§ 3 a Nr. 1 I, 8 Nr. 2 I VOL/A erforderlich wäre³¹. Denn die Komplexität bedinge nach Ansicht des *VÜA Baden-Württemberg*, dass zum Zeitpunkt des Verfahrensbeginns zwangsläufig Punkte noch offen bleiben müssten, die erst in den Vergabeverhandlungen geklärt werden könnten. Allerdings wird weder aus dem Sachverhalt noch aus der Argumentation des *VÜA Baden-Württemberg* deutlich, aus welchen Gründen die Konkretisierung der Leistung und eine Komplexitätsreduktion im Vorfeld der Ausschreibung nicht möglich war³². Dabei ist zu beachten, dass es dem Auftraggeber obliegt, alles ihm Mögliche zu tun, um eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu bewerkstelligen³³.

Der Ansatz des *VÜA Baden-Württemberg* bleibt dennoch zutreffend. Gerade bei aufwendigen Infrastrukturprojekten wird häufig vom Investor erwartet, dass dieser eigene Ideen zur Konzeption der geplanten Infrastrukturen entwickelt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Planung, der Bau und gegebenenfalls auch noch der Betrieb eines Infrastrukturprojekts gemeinsam ausgeschrieben werden. Hier verlangt die Vergabestelle oftmals, dass die Bewerber bzw. Bieter eigene Nutzungskonzepte erarbeiten. Das Vergabeverfahren zielt sogar darauf ab, externes Know-How zu aktivieren. Dies gilt teilweise auch für die zahlreichen Sportinfrastrukturprojekte, die gegenwärtig in Deutschland nicht zuletzt angesichts der

bevorstehenden Fußball-WM 2006 geplant bzw. durchgeführt werden. Soll etwa die architektonische Lösung für ein Stadion mit der anschließenden baulichen Realisierung und einem umfassenden Nutzungskonzept aus einer Hand verwirklicht werden, wird eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, die eine einwandfreie Preismitteilung ermöglicht, von vornherein ausscheiden³⁴.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die zunehmende Erfahrung mit der Ausschreibung auch anspruchsvoller und insbesondere komplex gebündelter Leistungen den Handlungsspielraum wiederum einengt. Angesichts des Ausnahmecharakters des Verhandlungsverfahrens ist jedenfalls von der Vergabestelle zu verlangen, sämtliche Möglichkeiten auszuschöpfen, um eine Ausschreibungsfähigkeit des Leistungsgegenstands im Offenen Verfahren zu gewährleisten. Dies kann auch den Rückgriff auf externe Hilfe erfordern³⁵.

Zudem trifft den Auftraggeber die Pflicht, die Leistungen soweit wie möglich zu entbündeln. Dieses Gebot der wirtschaftlich sinnvollen Entbündelung findet erst dort seine Grenze, wo die Vorteile der Bündelung die Nachteile der durch sie bedingten Öffnung der weniger wettbewerbsoffenen Verfahren überwiegen³⁶. Nur wenn die erfolglose Ausschöpfung der Konkretisierungs- und Entbündelungsmöglichkeiten nachvollziehbar dargelegt werden kann, ist ein Abweichen vom Offenen Verfahren zulässig. Gerade in diesen Fällen ist eine sorgfältige Prüfung einschließlich einer hinreichenden Dokumentation der Erwägungen im Vergabevermerk erforderlich³⁷. Der Vermerk muss insbesondere erkennen lassen, dass die Vergabestelle den relativen Tatbestand der mangelnden Konkretisierungsfähigkeit des Auftragsgegenstands bzw. umgekehrt die Komplexität der Leistung vor dem Hinter-

27) So Art. 7 II lit. c BKR; ebenso Art. 11 II lit. b DKR; dies umsetzend § 3 a Nr. 4 lit. c VOB/A, sowie § 3 a Nr. 1 IV lit. b VOL/A. Ähnlich stellt unterhalb der Schwellenwerte § 3 Nr. 4 lit. b VOB/A darauf ab, dass die „Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann“; vergleichbar der Wortlaut in § 3 Nr. 4 lit. h VOL/A.

28) Vgl. aber auch § 3 Nr. 3 II lit. a VOB/A, der auch unterhalb der Schwellenwerte in der vorliegenden Konstellation nur eine Beschränkte Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb zulässt.

29) So für das Gemeinschaftsrecht *EuGH*, Slg. 1994, S. I-1569 Rdnr. 16 – „Kommission/Spanien“; Slg. 1996, S. I-1949 Rdnr. 13 – „Kommission/Deutschland“; s. auch *Prieß* (o. Fußn. 2), S. 118; zum deutschen Vergaberecht *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 10. 2000, NZBau 2001, 155 (158); die branchenübergreifende Bedeutung dieser zu Versicherungsaufträgen ergangenen Entscheidung betont *Jaeger*, NZBau 2001, 427 (433).

30) *VÜA Baden-Württemberg*, Beschl. v. 28. 5. 1999 – 1 VÜ 7/99 – (nicht veröffentlicht), S. 9 des Umdrucks.

31) *VÜA Baden-Württemberg*, Beschl. v. 28. 5. 1999 – 1 VÜ 7/99, S. 10 des Umdrucks.

32) Kritisch daher zu Recht *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 20.

33) Dies betont auch *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 26.

34) S. insoweit auch *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 10. 4. 2001, ZVGR 2001, 22. Dort verweist das Gericht in Bezug auf die Planung und den Bau eines neuen Stadions allerdings auf § 3 a Nr. 4 lit. b VOB/A (Forschungsausnahme), was nur ein Druckfehler sein kann. Gemeint ist die Ausnahmebestimmung des § 3 a Nr. 4 lit. c VOB/A (mangelnde vorherige Leistungsbeschreibung); vgl. auch *OLG Schleswig*, Urte. v. 6. 7. 1999 – 6 U Kart 22/99, NZBau 2000, 100 (103) – „Travelquerung Lübeck“.

35) Vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 10. 2000 – Verg 3/00, NZBau 2001, 155 (158).

36) Insoweit besteht eine Parallele zu der Auslegung der Vorgabe des § 97 III GWB, Aufträge in Fach- und Teillose aufzuteilen, die genauso wenig eine unwirtschaftliche Zersplitterung verlangt, vgl. dazu *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 143.

37) Vgl. *VÜA Bund*, Beschl. v. 1. 10. 1998 – 1 VÜ 12/98, abgedr. in: *Boesen*, Vergaberechtliche Entscheidungssammlung, bun 60, S. 9 (allerdings mit Bezug auf den Ausnahmegrund der besonderen Dringlichkeit).

grund der Bedeutung der Erfordernisse eines wettbewerbsoffenen Verfahrens kritisch geprüft hat³⁸.

bb) *Der Sonderfall der Public Private Partnerships.* Eine vorherige Preisermittlung kann im Übrigen auch in Konstellationen ausscheiden, in denen Kooperationsmodelle mit der privaten Wirtschaft angestrebt werden. Solche Public Private Partnerships³⁹ zwischen der öffentlichen Hand und privaten Investoren sind im Bereich der Errichtung und des Betriebs von Infrastrukturen immer häufiger anzutreffen. Sie reichen von der öffentlichen Finanzierung und Überwachung einer privaten Infrastrukturerstellung über den umgekehrten Fall der privaten (Vor-)Finanzierung öffentlicher Einrichtungen im Wege von Leasing- und Konzessionsmodellen bis hin zur Gründung von gemischten Gesellschaften zur Realisierung lokaler Großprojekte⁴⁰. Derartige Modelle eröffnen zudem zusätzliche Spielräume bei der Wahl des Vergabeverfahrens.

So hat beispielsweise die *Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg* die Übernahme der Betriebsführung der Abwasserentsorgung und der Wasserversorgung einer niedersächsischen Gemeinde im Rahmen eines Kooperationsmodells (als Gesellschafter) als so umfangreich und langfristig eingeschätzt, dass keine hinreichende Klarheit über Art und Umfang der Leistungen zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bestünde⁴¹. Daher ist nach Auffassung der *Vergabekammer* der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren nicht zu beanstanden. Auch die Vorgehensweise der Vergabestelle, das Kooperationsmodell gebündelt mit einem durchaus spezifizierbaren Dienstleistungsauftrag („Betriebsführung“) auszuschreiben, hielt die *Vergabekammer* für zulässig. Folglich überlässt es die *Vergabekammer* der Vergabestelle, die Ausgestaltung des konkreten Kooperationsmodells mit der Erfüllung zentraler Aufgaben nach eigenem Ermessen zu verknüpfen⁴². Damit verfügen die Vergabestellen bei komplexen Infrastrukturaufträgen über einen hinreichenden Spielraum, den berechtigten Verhandlungserfordernissen im Rahmen der begründeten Wahl des Verfahrensverfahrens nachzukommen. Allerdings ist auch insoweit das Gebot der wirtschaftlich sinnvollen Entbündelung zu beachten.

b) *Eigenart der Leistung II: nur ein bestimmtes Unternehmen leistungsfähig.* Ähnlich wie die Eigenart der Leistung eine vorherige globale Preisgestaltung unmöglich machen kann, sind in der Vergabepaxis Konstellationen anzutreffen, in denen nur ein bestimmtes Unternehmen die Leistung zu erbringen vermag. Dies ist nach den Koordinierungsrichtlinien und den Verdingungsordnungen bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte insbesondere dann anzunehmen, wenn besondere technische oder künstlerische Anforderungen vorliegen oder schützenswerte Ausschließlichkeitsrechte bestehen⁴³. Da diese Ausnahme definitionsgemäß voraussetzt, dass nur ein Unternehmen als Leistungserbringer in Betracht kommt, ist auch die Durchführung eines öffentlichen Teilnahmewettbewerbs sinnlos. Auf ihn kann folgerichtig verzichtet werden. In einer ganzen Reihe von Infrastrukturprojekten spielt diese Ausnahmebestimmung eine gewichtige Rolle. Ein Fall besonderer Rechte ist etwa gegeben, wenn der Bau und Betrieb einer Infrastruktur nur auf einem bestimmten Grundstück erfolgen kann, das sich in privater Hand befindet, und daher nur der Grundstückseigentümer als Vertragspartner in Betracht kommt. Allerdings sind insoweit stets Alternativen wie der Ankauf des Grundstücks oder die Auswahl eines anderen Grundstücks umfassend zu prüfen⁴⁴.

Einschlägig sind bei Infrastrukturprojekten auch die so genannten „Altsassen-Fälle“. Existiert beispielsweise ein etablierter Infrastrukturanbieter, der die Infrastruktur nicht im Anschluss an eine Ausschreibung aufgebaut hat⁴⁵, und geht es nun um einen Ausbau oder eine Optimierung der Infrastruktur, machen die bestehenden Eigentumsrechte eine Vergabe dieser Arbeiten im Offenen Verfahren regelmäßig unmöglich. Dies ist etwa der Fall, wenn im Rahmen der Tourismusförderung eine in privater Hand befindliche Thermalanlage behindertengerecht umgebaut oder im Hinblick auf ein bestimmtes Tourismuskonzept attraktiver gemacht werden soll (bspw. durch den Anbau eines „Wellness-Bereichs“).

Schließlich kann auch der exklusive Zugriff auf eine bestimmte Technik die Verwendung des Verhandlungsverfahrens rechtfertigen. So könnte derzeit etwa nur ein bestimmtes Konsortium die Transrapid-Technik anbieten⁴⁶. Gerade wenn nur ein Unternehmen über eine bestimmte Technik verfügt, ist allerdings eine kontinuierliche Beobachtung der Angebotsseite durch die Vergabestelle erforderlich, um festzustellen, ob sich das Angebot nicht erweitert hat und ein Offenes Verfahren ermöglicht⁴⁷. Zudem ist stets zu prüfen, ob nicht eine technikkoffene Ausschreibung angezeigt ist. Damit ist eine Prüfung der Substituierbarkeit der angebotenen Leistung zu verlangen (Substituierbarkeitsprüfgebot).

c) *Besonderer Umstand I: Dringlichkeit.* Zu den *besonderen Umständen*, die ein Abweichen vom Offenen Verfahren ermöglichen, gehört vor allem die außerordentliche Dringlichkeit⁴⁸. Im Fall der außerordentlichen Dringlichkeit kann angesichts der Eilbedürftigkeit auch auf die Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs verzichtet werden. Insoweit handelt es sich zwar nicht um eine Ausnahmebestimmung, die spezifische Besonderheiten bei Infrastrukturprojekten aufweist. Allerdings zeigt die Entscheidungspraxis der vergaberechtlichen Überwachungsinstanzen, dass diesbezüglich erhebliche Unsicherheiten bei den Auftraggebern bestehen, die auch bei Infrastrukturaufträgen zu gravierenden Verfahrensfehlern führen. Wichtig ist insbesondere eine strenge Prüfung derjenigen Umstände, die zu der Dringlichkeit der Situation geführt haben. Sind diese von der Vergabestelle vorhersehbar ge-

38) S. o. Fußn. 37 zitierten Beschluss des VUA Bund, der insoweit verlangt, dass eine Abwägung erfolgt und dokumentiert wird.

39) Skeptisch gegenüber der juristischen Verwendbarkeit dieses aus der Verwaltungswissenschaft stammenden Begriffs *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe: Staatsaufgabendynamik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, 1999, S. 98 f.

40) *Gerstlberger*, „Public Private Partnerships“, in: *Killian/Kneissler* (Hrsg.), *Demokratische und partizipative Verwaltung*, 1999, S. 333 (333); *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (764 ff.), mit Hinweisen zu verschiedenen Ausgestaltungsmustern; zur Phänomenologie auch *Burgi* (o. Fußn. 39), S. 100 ff.; vgl. ferner den informativen Tagungsband von *Budäus/Eichhorn* (Hrsg.), *Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, 1997; vgl. auch die weiterführenden Hinweise unter Berücksichtigung der EG-beihilfenrechtlichen Aspekte bei *Koenig/Kühling*, DÖV 2001, 881 (885 f.).

41) S. VK *Lüneburg*, Beschl. v. 10. 8. 1999, NZBau 2001, 51 (53) = ZVgR 1999, 282 (286).

42) Diesen Ausnahmegrund erkennen auch *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 29, und *Prieß* (o. Fußn. 2), S. 119, an.

43) Art. 7 III lit. b BKR; Art. 6 III lit. c LKR; Art. 11 III lit. b DKR; § 3 a Nr. 5 lit. c VOB/A und § 3 a Nr. 2 lit. c VOL/A.

44) So auch *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 32.

45) Sonst können gegebenenfalls die Sonderausnahmen der Erbringung zusätzlicher, unvorhergesehener Leistungen greifen, s. etwa § 3 a Nr. 5 lit. e VOB/A und § 3 a Nr. 2 lit. e VOL/A.

46) Die Magnetschwebebahn Transrapid stellt weltweit das einzige spurengeführte Verkehrssystem dieser Art dar, das nach jetzigem technischen Entwicklungsstand für den Einsatz als öffentliches Transportmittel geeignet ist. Weitere Informationen sind abrufbar im www unter der URL www.mvp.de.

47) Ebenso *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 11.

48) Art. 7 III lit. c BKR; Art. 6 III lit. d LKR; Art. 11 III lit. d DKR; § 3 a Nr. 5 lit. d VOB/A und § 3 a Nr. 2 lit. d VOL/A.

wesen oder sogar von ihr verursacht worden, scheidet eine Berufung auf die besondere Dringlichkeit aus. Demnach muss eine objektive, unvorhersehbare Dringlichkeit vorliegen⁴⁹.

Im Übrigen ist auch hier eine besondere Begründung und Darlegung erforderlich⁵⁰, wobei die Darlegung des Ausnahmegrunds selbst genügt⁵¹. Auch der *EuGH* prüft die Voraussetzungen des unvorhersehbaren Ereignisses, die zwingende Dringlichkeit und den Kausalzusammenhang zwischen diesen Anforderungen streng, da die Missbrauchspotenziale insoweit besonders groß sind⁵². Ferner legt der *Gerichtshof* strenge Maßstäbe an die Begründungsqualität an⁵³.

d) *Besonderer Umstand II: Offenes oder Nichtoffenes Verfahren hat keine ordnungsgemäßen oder annehmbaren Angebote erbracht.* Schwierigkeiten bereitet den Vergabestellen schließlich die ordnungsgemäße Anwendung der Ersatzverfahrensausnahmen. So kann auch dann auf das Verhandlungsverfahren zurückgegriffen werden, wenn das Offene oder Nichtoffene Verfahren fruchtlos gewesen ist. Je nachdem, ob das vorangegangene Verfahren keine bzw. keine geeigneten oder bloß keine ordnungsgemäßen bzw. annehmbaren Angebote erzielt hat, ist nach dem Gemeinschaftsrecht noch ein Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Dabei kann in den Fällen fehlender ordnungsgemäßer bzw. annehmbarer Angebote auf den Teilnahmewettbewerb nur verzichtet werden, wenn alle Bieter in das Verhandlungsverfahren überführt werden⁵⁴. Die Bestimmungen in den Verdingungsordnungen setzen diesen gemeinschaftsrechtlichen Ansatz dem Grunde nach um⁵⁵.

In der Vergabepaxis sind allerdings verschiedene Fehler beim Wechsel vom fruchtlosen Offenen bzw. Nichtoffenen Verfahren zum Verhandlungsverfahren zu beobachten. So ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass eine ordnungsgemäße Aufhebung des vorangegangenen Verfahrens erfolgen muss, bevor zum Verhandlungsverfahren übergegangen werden kann. Der stillschweigende Übergang zum Verhandlungsverfahren ist damit rechtswidrig⁵⁶. Dies gilt selbst dann, wenn das konkrete Vorgehen eine effiziente und kostenmindernde Verfahrensweise darstellt, da jedenfalls ein Verstoß gegen das Transparenzprinzip vorliegt⁵⁷. Für die Aufhebung des vorangegangenen Verfahrens muss zudem ein gewichtiger Grund bestehen und dargelegt werden⁵⁸. Fehlende finanzielle Mittel seitens der Vergabestelle stellen dabei keinen solchen Aufhebungsgrund dar⁵⁹. Dagegen liegt sehr wohl ein Aufhebungsgrund vor, wenn umgekehrt das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt wurde, mitteilt, dass es auf Grund von Liquiditätsgrenzen den Auftrag nicht erfüllen kann⁶⁰.

2. Spezifische Gründe für die Durchführung eines Nichtoffenen Verfahrens nach deutschem Vergaberecht

Das deutsche Vergaberecht weist eine Reihe von Gründen auf, deren Vorliegen den Rückgriff auf das Nichtoffene Verfahren rechtfertigen. Im Gemeinschaftsrecht bedarf es angesichts der Gleichrangigkeit des Offenen und Nichtoffenen Verfahrens derartiger Rechtfertigungsgründe nicht. Die im deutschen Vergaberecht mit Blick auf Infrastrukturprojekte relevanten Konstellationen betreffen im Wesentlichen solche Gründe, die auch das Verhandlungsverfahren eröffnen. Dies gilt etwa für die besondere Dringlichkeit. Allerdings eröffnet diese Ausnahme nach der Konzeption der Verdingungsordnungen (etwa nach § 3 Nr. 3 I lit. c VOB/A) eine Beschränkte Ausschreibung ohne Öffentlichen Teilnahmewettbewerb. Diese Verfahrensart ist in den gemeinschaftsrechtlichen

Vorgaben jedoch nicht vorgesehen. Insoweit kommt in Bezug auf den Verweis in § 3 a Nr. 3 VOB/A für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dahingehend in Betracht, dass ein Nichtoffenes Verfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb eröffnet ist.

Dies dürfte in Fällen der Dringlichkeit jedoch nur von beschränktem Interesse sein. Allerdings könnte auch in einem Erst-Recht-Schluss angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb beim Vorliegen einer besonderen Dringlichkeit auf die Zulässigkeit des Nichtoffenen Verfahrens ohne Teilnahmewettbewerb geschlossen werden. Auch insoweit zeigen sich die Schwierigkeiten des deutschen Umsetzungsansatzes der Vergaberichtlinien, der die Struktur der Verdingungsordnungen weitestgehend zu wahren sucht.

Einen eigenen Abweichungsgrund stellt die etwa nach § 3 Nr. 3 I lit. a VOB/A relevante Konstellation dar, dass durch die öffentliche Ausschreibung ein unverhältnismäßiger Aufwand entstünde. Da auch dieser Grund eine Beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb erlaubt, kann er nur unterhalb der Schwellenwerte eine Rolle spielen⁶¹. Ohnehin treten regelmäßig nur bei geringvolumigen Investitionen Konstellationen auf, in denen die Kosten der Ausschreibung ihren Nutzen überwiegen. Unterhalb der Schwellenwerte sehen die Basisparagrafen der Verdingungsordnungen ferner einen Übergang von der öffentlichen zur beschränkten Ausschreibung vor, wenn Erstere scheitert⁶². Insoweit gilt hinsicht-

49) So auch *Kulartz* (o. Fußn. 7), § 101 GWB Rdnr. 10.

50) S. *VfA Bund*, Beschl. v. 1. 10. 1998 – 1 VfU 12/98, abgedr. in: *Boesen*, Vergaberechtliche Entscheidungssammlung, bun 60, S. 10; *Ax/Schneider/Nette* (o. Fußn. 15), S. 140.

51) Dass sowohl negativ dargelegt werden müsste, warum von dem vorrangigen Verfahren abgewichen wurde, als auch positiv zu begründen sei, warum auf das nachrangige Verfahren zurückgegriffen werden durfte, ist nicht ersichtlich; so aber *Ax/Schneider/Nette* (o. Fußn. 15), S. 140. Denn der Grund für das Abweichen vom vorrangigen Verfahren ist identisch mit der Erwägung, die das Heranziehen des nachrangigen Verfahrens rechtfertigt.

52) *EuGH*, Rs. C-107/92, Slg. 1993, S. I-4655 Rdnr. 12 – „Kommission/Italien“; Rs. C-318/94, Slg. 1996, S. I-1949 Rdnr. 14 – „Kommission/Deutschland“; s. auch *Prieß* (o. Fußn. 2), S. 121.

53) S. dazu *Prieß* (o. Fußn. 2), S. 121 m. w. Nachw.

54) Vgl. Art. 7 II lit. a, III lit. a BKR; Art. 6 II, III lit. a LKR; Art. 11 II lit. a, III lit. a DKR.

55) S. §§ 3 Nr. 4 lit. e und 3 a Nr. 4 lit. a, Nr. 5 lit. a, Nr. 5 lit. b VOB/A sowie §§ 3 Nr. 4 lit. n und 3 a Nr. 1 IV lit. a, Nr. 2 lit. a VOL/A. Wenn § 3 a Nr. 2 lit. a VOL/A allerdings ein Verhandlungsverfahren ohne vorangegangenen Teilnahmewettbewerb bereits eröffnet, wenn kein wirtschaftliches Angebot eingegangen ist, so dürfte dies in gemeinschaftsrechtswidriger Weise über die engere Gemeinschaftsrechtvorgabe des nicht geeigneten Angebots hinausgehen. Dies zeigt exemplarisch die verschiedenen Ungereimtheiten der Umsetzung der Vergaberechtskoordinierungsrichtlinien in den Verdingungsordnungen auch im Bereich der Verfahrensauswahl auf.

56) S. *VfA Saarland*, Beschl. v. 2. 7. 1997 – VfA – 1/97, S. 10 f. des Umdrucks; nicht veröffentlicht, aber Leitsätze abgedr. in: *Boesen* (o. Fußn. 50), sar 3.

57) So *VfA Saarland*, Beschl. v. 2. 7. 1997 – VfA – 1/97, S. 11 des Umdrucks, allerdings unter Hinweis darauf, dass im anschließenden Verhandlungsverfahren auch nicht sämtliche Bieter des vorangegangenen Nichtoffenen Verfahrens herangezogen worden sind.

58) *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18. 2. 1999, ZVgR 1998, 199 (201); die Bedeutung der Aufhebungsgründe und ihrer Kontrollierbarkeit hat auch der *EuGH* jüngst betont, Urt. v. 18. 6. 2002, NZBau 2002, 458 Rdnrn. 41 ff. – „Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik“.

59) *VK Halle*, Beschl. v. 13. 3. 2000, ZVgR 2000, 129 (130).

60) Vgl. zu diesem Fall *VK Hessen*, Beschl. v. 28. 6. 2001, ZVgR 2001, 34.

61) Allerdings kommt auch insoweit eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dahingehend in Betracht, dass oberhalb der Schwellenwerte ein Nichtoffenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zulässig ist. Ein argumentum a maiore ad minus greift dagegen nicht, da es keine vergleichbare gemeinschaftsrechtliche Ausnahmenvorschrift zur Begründung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gibt.

62) S. § 3 Nr. 3 I lit. b VOB/A und § 3 Nr. 3 lit. c VOL/A.

lich der Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung das bereits Gesagte. Schließlich besteht auch noch die gegenüber der Begründung eines Verhandlungsverfahrens leicht abgewandelte Konstellation, dass zwar nicht lediglich ein Unternehmen, aber jedenfalls nur ein beschränkter Unternehmenskreis im Stande ist, die Leistung zu erbringen (s. etwa § 3 Nr. 3 II lit. a VOB/A). Aber auch an eine derartige Begründung stellen die Vergabeüberwachungsinstanzen strenge Anforderungen⁶³.

III. Fazit und Ausblick

Das deutsche und das EG-Vergaberecht sehen mit dem Offenen, dem Nichtoffenen und dem Verhandlungsverfahren drei zentrale Verfahrensarten vor. Nach dem Gemeinschaftsrecht ist das Verhandlungsverfahren nur subsidiär anzuwenden, während das deutsche Vergaberecht noch strenger von einem Vorrang des Offenen Verfahrens ausgeht und damit auch das Nichtoffene Verfahren als subsidiär einstuft. Dieser unterschiedliche Ansatz, aber auch der Versuch des deutschen Vergaberechts, die bestehenden Normbestände weitgehend beizubehalten, haben eine ganze Reihe von Unstimmigkeiten zur Folge, die die Verfahrenswahl zusätzlich verkomplizieren. Die Bestimmungen, die ein Abweichen vom Offenen Verfahren bzw. einen Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren erlauben, sind als Ausnahmevorschriften eng auszulegen. Ihr Heranziehen ist in einem Vergabebericht von der Vergabestelle hinreichend zu begründen. Derjenige, der sich auf die Ausnahmebestimmung beruft, ist darlegungs- und beweispflichtig.

Im Hinblick auf Infrastrukturprojekte sind vor allem die Ausnahmen der Eigenart der Leistung, die eine vorherige globale Preisgestaltung unmöglich macht, und die Beschränkung des Anbieterkreises der Leistung auf ein Unternehmen von Bedeutung. Der erstgenannte Ausschreibungsgrund kann insbesondere bei komplexen Infrastrukturprojekten und bei Public Private Partnerships (vor allem im Fall der Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft) vorliegen. Hier eröffnet die gegenwärtige Entscheidungspraxis der vergabeüberwachenden Stellen den Auftraggebern einen hinreichenden verfahrenstechnischen Spielraum. Allerdings greift auch bei komplexen Aufträgen das Gebot der wirtschaftlich sinnvollen Entbündelung. Eine Reduktion des Anbieterkreises auf ein Unternehmen ist im Zusammenhang mit Infrastrukturaufträgen dann gegeben, wenn dieses Unternehmen als einziges eine bestimmte Technik anbietet oder Altsasse einer bestimmten Infrastruktur ist, die auf Wunsch des Auftraggebers optimiert werden soll. Gerade im Fall einer (scheinbar) einzigartigen Technik ist jedoch die Substituierbarkeit durch den Auftraggeber streng zu prüfen.

Was die besonderen Umstände anbelangt, die ein Verhandlungsverfahren erlauben, sind zwar keine Ausnahmebestimmungen mit bestimmten Spezifika bei Infrastrukturprojekten ersichtlich. Die fehlerhafte Vergabepraxis und strenge Kontrolle durch die Überwachungsinstanzen legen jedoch nahe, gerade die besondere Dringlichkeit und die ordnungsgemäße Aufhebung eines erfolglosen Offenen (oder Nichtoffenen) Verfahrens streng zu prüfen. So muss im ersten Fall ein objektives unvorhersehbares Ereignis vorliegen, das eine besondere Dringlichkeit bedingt. Im zweiten Fall muss ein Aufhebungsgrund festgestellt werden und das erfolglose Verfahren förmlich beendet sein, bevor in das anschließende (Verhandlungs-)Verfah-

ren übergegangen wird. Schließlich weisen das deutsche und das EG-Vergaberecht eine Reihe weiterer Ausnahmegründe auf (wie etwa unvorhersehbare und untrennbare zusätzliche Leistungen nach Art. 7 III lit. d BKR), die entweder bei Infrastrukturprojekten von geringerer Bedeutung sind oder in der Vergabepraxis in ihrer Handhabung – soweit ersichtlich – keine Schwierigkeiten bereiten.

Im Übrigen ist die Auswahlentscheidung über die zulässige Verfahrensart sorgfältig zu treffen, da sie eine große Fehleranfälligkeit aufweist. Künftig wird bei Infrastrukturaufträgen die Entscheidung noch komplizierter werden, sobald der deutsche Gesetzgeber den Wettbewerbsdialog einführt, den das gegenwärtig geplante gemeinschaftsrechtliche Reformpaket zum öffentlichen Beschaffungswesen fakultativ vorsieht⁶⁴. Der Wettbewerbsdialog ist gerade auch für Infrastrukturprojekte konzipiert, da diese angesichts der häufig bestehenden Komplexität eine Konkretisierung des Leistungsgegenstands vor Zuschlagerteilung im Dialog mit den Unternehmen erfordern. Ob allerdings der Ansatz des Richtlinienvorschlages für die Unternehmen attraktiv ist, wird mit Recht bezweifelt⁶⁵. Denn der Wettbewerbsdialog soll im Ergebnis die Unternehmen dazu bringen, ihr Know-How in die kreative Leistungskonfiguration einzubringen, ohne dadurch zwangsläufig die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, selbst den Zuschlag zu erlangen.

Sobald der deutsche Gesetzgeber trotz der Bedenken auch den Wettbewerbsdialog in den deutschen Verfahrenskanon aufgenommen haben wird, erweitert sich das Spektrum möglicher Verfahrensarten für den Infrastrukturauftraggeber um eine zusätzliche, dynamische Vorgehensvariante. Damit erhöht sich jedoch zugleich die Qual der Wahl. Angesichts der Konsequenzen einer unzutreffenden Verfahrenswahl, die bei der Durchsetzung des Primärrechtsschutzes⁶⁶ zu erheblichen Verzögerungen der Auftragsvergabe und im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes zu empfindlichen Schadensersatzverpflichtungen des Auftraggebers führen kann⁶⁷, ist den Auftraggebern jedenfalls dringend anzuraten, ihr vergaberechtliches Know-How weiter auszubauen.

63) Vgl. zu den strengen Anforderungen, die hier an die Darlegung der außergewöhnlichen Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit zu stellen sind, *VfA Nordrhein-Westfalen*, Beschl. v. 10. 11. 1998 – 424-84-45-12/98 (nicht veröffentlicht), S. 4 des Umdrucks. Hier hat der *VfA Nordrhein-Westfalen* angesichts der Erfahrungen mit der Ausschreibung des Einsammelns und Transports von Siedlungsabfällen nicht erkennen können, inwiefern die besonderen Anforderungen der Leistung eine Ausschreibung im Offenen Verfahren ausschließen.

64) Vgl. Art. 30 des in Fußn. 3 zitierten Richtlinienvorschlages; s. zu den Einzelnen *Ax/Schneider/Nette* (o. Fußn. 15), S. 141 ff.; *Paetzold, ZVgR* 2000, 191 (191 ff.).

65) Kritisch *Paetzold, ZVgR* 2000, 191 (194); dass dieses Rosinenpicken durch das an den Auftraggeber in Art. 30 III Unterabs. III des Richtlinienvorschlages gerichtete Verbot, Lösungsvorschläge eines Teilnehmers ohne dessen Zustimmung an andere Teilnehmer weiterzuleiten, verhindert werden könnte, darf bezweifelt werden.

66) S. zu einer Aufhebung des Vergabeverfahrens auf Grund eines Verfahrensfehlers exemplarisch die in Fußn. 30 zitierte Entscheidung des *VfA Baden-Württemberg*; s. auch *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 18. 10. 2000, NZBau 2001, 155 (158); zum Problem der Verfristung der Rüge nach § 107 II 2 GWB, wenn der Bewerber ein Angebot im Nichtoffenen Verfahren einreicht, *OLG Saarland*, Beschl. v. 22. 10. 1999, *ZVgR* 2000, 24 (29); allgemein zum primären Rechtsschutz *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 2. Aufl. (2001), Rdnrn. 171 ff., insbesondere Rdnr. 184 und Rdnrn. 207 ff.

67) S. zu derartigen Schadensersatzverpflichtungen auf Grund der unzulässigen Durchführung einer Freihändigen Vergabe *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 18. 2. 1999 – *ZVgR* 1999, 197 (198) mit Anmerkung *Ax*; umfassend *Hertwig* (o. Fußn. 66), Rdnrn. 267 ff.