



Die Vergabe von Konzessionen (§ § 148 ff. GWB)

Dresden, 15. September 2016



Gliederung

- I. Konzessionsbegriff
 - 1. Konzessionsgeber
 - 2. Konzessionsbegriff

- II. Vergabeverfahren nach dem GWB
 - 1. Grundlagen
 - 2. Anwendungsbereich
 - 3. Aufbau der KonzVgV
 - 4. Konzessionsbekanntmachung
 - 5. Anforderungen an das Verfahren
 - 6. Konzessionsgegenstand
 - 7. Leistungsbeschreibung
 - 8. Eignungskriterien
 - 9. Zuschlagskriterien
 - 10. Zuschlag
 - 11. Auftragsdurchführung

- III. Rechtsschutz

I. Konzessionsbegriff

1. Konzessionsgeber

1. Konzessionsgeber

§ 101 GWB bestimmt, wer Konzessionsgeber ist (vgl. Art. 6, 7 KVR):

1. **Öffentliche Auftraggeber** gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, die eine Konzession vergeben:

- **Gebietskörperschaften** sowie deren Sondervermögen (Nr. 1) (z.B. Kommunen, Länder, Bund);
- **andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen** (Nr. 2) (z.B. Universitäten) – funktionelles Verständnis des Auftraggeberbegriffs
Problem: Abgrenzung zu § 100 I Nr. 2 und Nr. 3 GWB, wenn Tätigkeit im Sektorenbereich zugleich eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllt (Daseinsvorsorge): für sämtliche Konzessionsgeber gelten nach dem GWB dieselben Regelungen (ansonsten EuGH 10.4.2008, EuZW 2008, 34 – Fernwärme Wien GmbH: grds. Vorrang Sektorenrichtlinie vor allgemeiner Vergaberichtlinie);
- **Verbände**, deren Mitglieder Gebietskörperschaften oder andere juristische Personen i.S.v. § 99 Nr. 1 und Nr. 2 GWB sind (Nr. 3) (z.B. kommunale Zweckverbände von Gemeinden wie Abwasser-, Abfall-, Wasserversorgungs- und Planungsverbände).

1. Konzessionsgeber

2. **Sektorenauftraggeber** gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Tätigkeit vergeben:

- Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind **öffentliche Auftraggeber** gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB, die eine Sektorentätigkeit nach § 102 GWB ausüben (z.B. Kommunen, die selbständig Strom- o. Gasnetz betreiben);
- Sektorentätigkeiten gemäß § 102 GWB sind Tätigkeiten in den Bereichen Wasser (Abs. 1; beachte Bereichsausnahme), **Elektrizität** (Abs. 2), **Gas** und **Wärme** (Abs. 3), Verkehrsleistungen (Abs. 4), Häfen und Flughäfen (Abs. 5) und fossile Brennstoffe (Abs. 6).
- Die Tätigkeiten umfassen das Bereitstellen oder das Betreiben fester **Netze** zur Versorgung der Allgemeinheit sowie die Einspeisung der Güter (Trinkwasser, Elektrizität, Wärme und Gas) in diese Netze. In den Bereichen Häfen und Flughäfen sowie fossiler Brennstoffe sind Sektorentätigkeiten diejenigen zur Nutzung eines geografisch abgegrenzten Gebiets für bestimmte Zwecke.
- Ausdrücklich ausgenommen als Konzessionsgeber sind Sektorenauftraggeber, die eine Tätigkeit im Bereich Wasser ausüben.
- Auftrag muss **sektorspezifischen Zusammenhang** haben: Problem gemischter Aufträge (Abgrenzung durch Gesamtschau; MüKo/Gabriel Anl. § 98 Nr. 4 GWB Rn. 3).

1. Konzessionsgeber

3. **Sektorenauftraggeber** gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB, die eine Sektorentätigkeit ausüben und eine Konzession zum Zweck der Ausübung dieser Tätigkeit vergeben (vgl. Art. 4 SRL):

- Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB sind **natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts**, die Sektorentätigkeit ausüben, wenn (alternativ):
 - a) die Tätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt wird, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden (Art. 106 Abs. 1 AEUV; **staatsferne Sektorenauftraggeber**); Grund: auch ohne Staatsnähe besondere, der öffentlichen Hand zuzurechnende Wettbewerbsposition iS. einer marktbeherrschenden Stellung, zB. durch Anschluss- und Benutzungszwang (**§ 100 Abs. 2 GWB**);
 - b) öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 bis 3 GWB auf die natürliche oder juristische Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können (**staatsnahe Sektorenauftraggeber**).
- Ausdrücklich ausgenommen sind natürliche oder juristische Personen, die eine Sektorentätigkeit im Bereich **Wasser** ausüben (§ 101 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GWB verweisen nicht auf § 102 Abs. 1 GWB).

2. Konzessionsbegriff gem. § 105 GWB

Baukonzession

§ 105 GWB Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen

*1. mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen (**Baukonzessionen**); dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung;*

[...]

*(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn*

*1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder **die Kosten für den Betrieb des Bauwerks** oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und*

*2. der Konzessionsnehmer den **Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt** ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.*

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

Baukonzession

Aus § 105 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB ergeben sich die folgenden Voraussetzungen für das Vorliegen einer Baukonzession (vgl. Art 5 Nr. 1 KVR):

1. Vertrag

- Konzessionsvergabe durch privaten oder auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag
- keine hoheitliche Tätigkeit
- Schriftformerfordernis für Vertrag (nicht § 126 BGB sondern Art. 5 Nr. 6 KVR)

2. Einräumung eines Nutzungsrechts als Entgelt

- als Gegenleistung für die Erbringung keine Zahlung eines Entgelts durch den Konzessionsgeber, sondern Nutzungsrecht
- Konzessionsnehmer erhält als Gegenleistung auch das Recht, für die Benutzung des Bauwerks ein Nutzungsentgelt von Dritten zu verlangen
- Insb. bei öffentlichen Bauaufträgen zahlt der Konzessionsgeber dem Konzessionsnehmer zuweilen zusätzlich eine vertraglich festgelegte Vergütung

3. Erbringung von Bauleistungen durch den Konzessionsnehmer

- Gegenstand ist die Erbringung von Bauleistungen iSv. Art. 5 Nr. 1 lit. a, Nr. 7 KVR iVm. Anhang 1 KVR

4. Übertragung des Betriebsrisikos durch den Konzessionsgeber auf den Konzessionsnehmer

Dienstleistungskonzession

§ 105 GWB

Konzessionen

(1) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber

....

*2. mit der **Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen nach Nummer 1 bestehen (Dienstleistungskonzessionen)**; dabei besteht die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung.*

*(2) In Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge geht bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession das **Betriebsrisiko** für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über. Dies ist der Fall, wenn*

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und

2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Das Betriebsrisiko kann ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein.

Dienstleistungskonzession

Voraussetzungen gem. § 105 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB:

1. Vertrag

- Konzessionsvergabe durch privaten oder auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag
- keine hoheitliche Tätigkeit
- Schriftformerfordernis für Vertrag (nicht § 126 BGB sondern Art. 5 Nr. 6 KVR)

2. Einräumung eines Nutzungsrechtes als Entgelt

- keine Zahlung eines Entgelts durch den Konzessionsgeber
- Dienstleistungserbringer erhält als Gegenleistung das Recht, für die Erbringung der Dienstleistung ein Nutzungsentgelt von Dritten zu verlangen

3. Dienstleistungserbringung und -verwaltung durch Konzessionsnehmer

- Gegenstand ist Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen iSv. Art. 5 Nr. 1 lit. b KVR

4. Übertragung des Betriebsrisikos durch den Konzessionsgeber auf den Konzessionsnehmer

Übertragung des Betriebsrisikos als Schlüsselmerkmal

- Zentraler Unterschied zwischen öffentlichem Auftrag und Konzession: **Übertragung des Betriebsrisikos** vom Konzessionsgeber auf Konzessionsnehmer (Erw. 18 KVR).
- Beim öffentlichen Auftrag trägt der Konzessionsgeber das vollständige wirtschaftliche Risiko. Bei Konzession trägt der Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistung. Dies gilt auch dann, wenn das Risiko von vornherein (vertraglich) beschränkt wird (Erw. 19 KVR).

Gem. **§ 105 Abs. 2 GWB** (Art. 5 Abs. 1 KVR) gilt das Betriebsrisiko als vom Konzessionsnehmer übernommen, wenn:

1. unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können, und
2. der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind.

Übertragung des Betriebsrisikos als Schlüsselmerkmal

- Das **Betriebsrisiko** kann Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein (Erw. 20 KVR):
 - **Nachfragerisiko** ist das Risiko der tatsächlichen Nachfrage nach den Bau- oder Dienstleistungen.
 - **Angebotsrisiko** ist das mit der Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen verbundene Risiko, insb. das Risiko, dass die bereitgestellten Dienstleistungen nicht der Nachfrage entsprechen.
- Es reicht aus, wenn ein **eingeschränktes Betriebsrisiko** übertragen wird (zB EuGH, NZBau 2011, 239 Rettungsdienst Stadler). Zweistufige Prüfung:
 1. Ermittlung des abstrakten Betriebsrisikos, das öffentlicher Auftraggeber bei einer Eigenwahrnehmung tragen müsste;
 2. Feststellung, ob und in welchem Umfang dieses Betriebsrisiko auf Dienstleistungserbringer übertragen worden ist.
- Problem: **Absatz- und Verlustrisiko**; Unternehmerrisiko kann durch Regulierung stark eingeschränkt sein: Behörde, die eine Konzession vergibt, muss aber nicht für schärferen Wettbewerb und höheres wirtschaftliches Risiko sorgen, als sie in dem betreffenden Sektor aufgrund der für ihn geltenden Regelungen existieren (EuGH, EuZW 2009, 810, 813 f. - WAZV Gotha; Säcker/Mohr ZWeR 2012, 417, 427). Schon aufgrund der Unwägbarkeiten der Energiewende haben Netzbetreiber künftig keine „Gewinngarantie“ (Michaels/Kohler, ZNER 2012, 9, 31).

Abgrenzung Dienstleistungs- zur Baukonzession

- Bau- und Dienstleistungskonzessionen unterscheiden sich lediglich durch die vom Konzessionsnehmer zu erbringenden Leistungen.
- Für die Abgrenzung gilt gem. **§ 110 ff. GWB** die sog. **Schwerpunkttheorie**: Hiernach sind **gemischte Verträge** einheitlich nach den Regeln zu behandeln, die für ihren wesentlichen Inhalt prägend sind (EuGH 21.2.2008, NVwZ 2008, 397 Rn. 45 ff. – Kommission/Italien: Hauptgegenstand des Vertrages, der nicht allein nach dem Wert der jeweils erbrachten Einzelleistungen bestimmt wird).
- Entscheidend ist somit – bei einer am objektivierten Maßstab auszurichtenden wertenden Betrachtung nach dem Willen der Vertragsbeteiligten – der **rechtliche und wirtschaftliche Schwerpunkt des Vertrages** (OLG Düsseldorf 12.3.2003 - Verg 49/02).

EnWG-Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Es ist umstritten, ob **energierechtliche Wegenutzungsverträge** von § 105 GWB erfasst werden (zur alten Rechtslage MüKo/Gabriel § Anl. § 98 Nr. 4 GWB Rn. 43). In diesem Fall käme das GWB jedenfalls **subsidiär** zum EnWG zur Anwendung. Nach aA. sind beide Regelwerke **idealkonkurrierend** anzuwenden.

Für eine Anwendung des GWB spricht:

- Energierechtliche Wegenutzungsverträge erfüllen alle Voraussetzungen der Legaldefinition des § 105 GWB.
- **Gemeinden befriedigen mit Vergabe von Konzessionen als Nachfrager ihren Bedarf nach sicherem und preisgünstigem Netzbetrieb im Gemeindegebiet** (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 45 – Stromnetz Berkenthin).
- **Richtlinienkonforme Auslegung:**
 - In der KVR sind ausdrücklich Ausnahmen enthalten, eine solche fehlt für energierechtliche Wegenutzungsverträge;
 - Ziel des Unionsprimärvergaberechts und des EnWG, Lieferungen und Leistungen im liberalisierten Energiesektor ohne Diskriminierung im Wettbewerb zu vergeben (zum GWB siehe BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 55 f. – Stromnetz Berkenthin; Säcker/Mohr, ZWeR 2012, 417 ff.)

EnWG-Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Der EuGH hat energierechtliche Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert (vgl. für den Betrieb eines Methangasnetzes EuGH 21.7.2005, EuZW 2005, 529 – Coname).

Gegen eine Anwendung spricht:

- Erw. 16 der RL 2014/23/EU. Hiernach sollen nicht als Konzessionen gelten:
***Wegenutzungsverträge** über den Betrieb fester Leitungen oder Netze, über die eine **Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht** werden soll, sofern derartige Vereinbarungen **weder eine Lieferverpflichtung auferlegen**, noch den **Erwerb von Dienstleistungen** durch den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber für sich selbst oder für Endnutzer vorsehen.*

Aber: Wortlaut des Erw. 16 KVR passt wegen Unbundling nicht auf energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge (im Konzessionsvertrag kann keine Lieferverpflichtung von Energie vereinbart werden; siehe zum Parallelproblem bei § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV der BGH 7.10.2014, NZBau 2015, 115 Rn. 36 – Stromnetz Olching). Der Konzessionsgeber **erwirbt jedenfalls eine Dienstleistung**, da er mit der Konzessionsvergabe seinen **eigenen Bedarf** nach einem sicheren und preisgünstigen Netzbetrieb im Gemeindegebiet befriedigt (BGH 17.12.2013, NZBau 2014, 514 Rn. 45 – Stromnetz Berkenthin).

EnWG-Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

- Die **Begründung zum GWB** zu § 105 I GWB schließt energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge gleichwohl aus dem Anwendungsbereich des § 105 GWB aus und bezieht sich dabei auf den Erw. 16 KVR.
- **Aber:** Nach Erw. 10 KVR unterliegen energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge grds dem Anwendungsbereich der Richtlinie. Auch im Richtlinienwortlaut findet sich keine entsprechende Ausnahme.

Erw. 10 RL 2014/23/EU

*Es sollten auch bestimmte Koordinierungsbestimmungen für die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Bereich der **Energie-** und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste eingeführt werden, da nationale Behörden das Verhalten von Unternehmen in diesen Branchen beeinflussen können und die betreffenden Märkte dadurch abgeschottet sind, dass die Mitgliedstaaten besondere oder ausschließliche Rechte für die Netzeinspeisung und die **Bereitstellung beziehungsweise den Betrieb der Netze zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen** gewähren.*

EnWG-Wegenutzungsverträge als Dienstleistungskonzessionen?

Ergebnis:

- Es ist weder nach der KVR noch nach dem GWB eindeutig, ob energierechtliche Wegenutzungsverträge von § 105 GWB erfasst werden. Zweck des Erw. 16 KVR ist schon wegen Erw. 10 KVR unklar (aA. Danner/Theobald/Topp, Fernwärmerecht, Rn. 67 ff.: Verbände und einige Mitgliedstaaten – also nicht alle! – wollten sicherstellen, dass Wegenutzungsverträge nicht unter die Richtlinie fallen, obwohl diese vom EuGH als Dienstleistungskonzessionen anerkannt sind).
- Das **Fehlen einer expliziten Ausnahme** im Richtlinien text (anders als bei Wasser, dazu sogleich) lässt darauf schließen, dass sich die Mitgliedstaaten hinsichtlich energierechtlicher Wegenutzungsverträge gerade nicht einig waren.
- Folglich gelten die Regelungen des GWB grds. auch für Dienstleistungskonzessionen.
- **Folgeprobleme:** Zulässige Inhouse-Vergaben gem. Art. 17 KVR, Rechtsschutz (*Mohr RdE 2016, 269*).

II. Das Vergabeverfahren

Grundlagen

- Die **§ § 148 ff. GWB** regeln die Grundsätze des Verfahrens zur Vergabe von Konzessionen bei Erreichen des **Schwellenwerts** gem. § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB iVm. Art. 8 KVR (Vertragswert ab 18.04.2016 mind. 5.225.000€).
- **Nach dem Normwortlaut besteht ein weiter Gestaltungsspielraum** bei der Festlegung und Durchführung des Vergabeverfahrens. **Gründe:** Übertragung der wirtschaftlichen Risiken auf den Konzessionsnehmer, rechtliche Komplexität; vgl. Erw. 68 KVR.
- Gestaltungsspielraum gilt nur, soweit ein „**echter Wettbewerb**“ besteht (Art. 38 Abs. 1 S. 2 KVR) und die **allgemeinen Vergabegrundsätze** der Gleichheit, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit beachtet werden (§ 97 Abs. 1 GWB, Art. 3 Abs. 1 1 KVR).
- Im GWB findet sich der Grundsatz der freien Verfahrensgestaltung in § 151 S. 3, der Wettbewerbsgrundsatz steht hervorgehoben in § 97 Abs. 1 GWB.
- Aus § 151 S. 3 GWB wird abgeleitet, dass Konzessionsgeber nicht an die **Verfahrensarten des § 119 GWB** gebunden seien (offenes, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft). Was sonst?

Grundlagen

- Zulässig sind grds. sowohl **einstufige und zweistufige Verfahren** (Teilnahme und gleichzeitige Abgabe von Angeboten oder Einreichung von Teilnahmeanträgen mit anschließender Angebotsphase). Mindestfrist ab Übermittlung der Konzessionsbekanntmachung 30 Tage (§ 27 Abs. 3 KonzVgV, Art. 39 Abs. 3 KVR). Ausnahmen und Verkürzungen in § 27 Abs. 4 KonzVgV und Art. 39 Abs. 4 und Abs. 5 KVR.
- Aus **kompetitiven Gesichtspunkten** regelmäßig **offene Ausschreibung** (Art. 38 I 2 KVR). Auch **Reduktion der Zahl der Bewerber/Angebote** ist nur insoweit zulässig, als dadurch ein echter Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird (§ 13 Abs. 4 KonzVgV; Art. 37 Abs. 3 KVR).
- **Verhandlungen** mit Bietern und Bewerbern sind gem. § 12 Abs. 2 KonzVgV sowie Art. 37 VI KVR grds. zulässig, aber nicht über den Konzessionsgegenstand, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen. Auch Verhandlungen über Teilnahmebedingungen gem. Art. 38 KVR sind unter teleologischen Gesichtspunkten unzulässig (ebenso *Schröder*, NZBau 2015, 351, 352).
- Mit freier Verfahrensorganisation korrespondiert Pflicht des Konzessionsgebers, die Verfahrensorganisation nebst unverbindlichem Schlusstermin sowie alle Änderungen **mitzuteilen** (§ 13 Abs. 3 KonzVgV, Art. 37 IV KVR). Zudem verbindliche **Dokumentation** aller Verfahrensphasen (§ 6 KonzVgV).

Anwendungsbereich

Systematik:

- Der **Begriff „Konzession“** ist in § 105 legal definiert, präzisiert durch die Erw. 11-16 KVR. Hiernach Definition bestimmt sich, welche Verträge die Voraussetzung einer Bau- oder Dienstleistungskonzession erfüllen und somit in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen.
- Demgegenüber enthalten die §§ 149 f. GWB **besondere Ausnahmetatbestände** für bestimmte Arten von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, für die die Vorschriften des Konzessionsvergaberechts nicht gelten sollen. Die §§ 149 f. GWB schließen somit Verträge aus dem Vergabeverfahren aus, obwohl diese ggf. alle Voraussetzungen einer Konzession erfüllen.
- Der Katalog in den §§ 149 f. GWB ist **abschließend**.

Anwendungsbereich

Ausnahmen gem. § 149 GWB und § 150 GWB

- Nr. 1: Konzessionen zu **Rechtsdienstleistungen** iSd. § 116 Abs. 1 Nr. 1 GWB (zB. Rechtsberatung eines Mandanten durch einen Rechtsanwalt);
- Nr. 2: Konzessionen zu **Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen** iSd. § 116 Abs. 1 Nr. 2 GWB (zB. Forschung und Entwicklung für Sicherheits- und Verteidigungsgüter);
- Nr. 3: Konzessionen zu **audiovisuellen Mediendiensten** oder **Hörfunkmediendiensten** iSd. § 116 Abs. 1 Nr. 3 GWB (zB. Konzessionen betreffend Sendezeit o. Bereitstellung von Sendungen);
- Nr. 4: Konzessionen zu **finanziellen Dienstleistungen** iSd. § 116 Abs. 1 Nr. 4 GWB (zB. Geschäfte, die der Geld- o. Kapitalbeschaffung des Konzessionsgebers dienen);
- Nr. 5: Konzessionen zu **Krediten und Darlehen** (§ 116 Abs. 1 Nr. 5 GWB);

Anwendungsbereich

Ausnahmen gem. § 149 GWB und § 150 GWB

- Nr. 6: Dienstleistungskonzessionen, die an einen **öffentlichen Konzessionsgeber** iSd. § 101 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden. Grund: Konzessionsgeber steht dann nicht im Wettbewerb;
- Nr. 7: Erstreckt Ausnahme des Nr. 6 auf Dienstleistungskonzessionen, die an ein **Unternehmen aufgrund eines ausschließlichen Rechts in den Sektoren gem. § 102 Abs. 2 bis Abs. 4 GWB** vergeben werden (zB. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse; wirtschaftliche Aktivitäten zur Sicherung von Infrastruktur und Daseinsvorsorge). **Nicht: energiewirtschaftliche Wegenutzungsverträge;**
- Nr. 8 (iVm Art. 11 KVR): Konzessionen, die dazu dienen, dem Konzessionsgeber die Bereitstellung oder den Betrieb **öffentlicher Kommunikationsnetze** oder die Bereitstellung eines oder mehrerer **elektronischer Kommunikationsdienste** für die Öffentlichkeit zu ermöglichen (z.B. öffentliche Kommunikationsnetze iSd. § 3 Nr. 16a, 27 TKG o. die Bereitstellung eines o. mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste iSd. des § 3 Nr. 17a, 24 TKG);
- Nr. 9: Konzessionen im Bereich **Wasser**;

Anwendungsbereich

Ausnahmen gem. § 149 GWB und § 150 GWB

- Nr. 10: Dienstleistungskonzessionen zu **Lotteriedienstleistungen**;
- Nr. 11: Konzessionen, die Konzessionsgeber iSd. § 101 Abs.1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB zur Durchführung ihrer Tätigkeiten in einem nicht der Europäischen Union angehörenden Staat in einer Weise vergeben, die nicht mit der physischen Nutzung eines Netzes oder geografischen Gebiets in der Union verbunden ist;
- Nr. 12: Konzessionen, die im Bereich der **Luftverkehrsdienste** auf der Grundlage der Erteilung einer Betriebsgenehmigung vergeben werden, oder von Konzessionen, die die **Beförderung von Personen im Sinne des § 1 des PBefG** betreffen (zB. Dienstleistungskonzessionen über die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, U-Bahnen, Oberleitungsbussen und mit Kraftfahrzeugen).
Beachte: Die § § 148 ff. GWB sind anzuwenden auf Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsleistungen im **Eisenbahnverkehr** (Problem: Verhältnis zum AEG).
- § 150 GWB: Besondere Ausnahmen für Konzessionen in den Bereichen **Verteidigung und Sicherheit**.

Aufbau der KonzVgV

Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation

Unterabschnitt 1: Allgemeine Bestimmungen (§ § 1 – 6 KonzVgV)

Unterabschnitt 2: Kommunikation (§ § 7 – 11 KonzVgV)

Vergabeverfahren

Unterabschnitt 1: Allgemeine Verfahrensvorschriften (§ § 12 – 14 KonzVgV)

Unterabschnitt 2: Vorbereitung des Vergabeverfahrens (§ § 16 – 18 KonzVgV)

Unterabschnitt 3: Bekanntmachung (§ § 19 – 23 KonzVgV)

Unterabschnitt 4: Auswahlverfahren und Zuschlag (§ § 24 – 32 KonzVgV)

Ausführung der Konzession

Vergabe von Unteraufträgen (§ 33 KonzVgV)

Übergangs- und Schlussbestimmungen (§ § 34 – 36 KonzVgV)

Aufbau der KonzVgV

Allgemeine Bestimmungen und Kommunikation

Unterabschnitt 1: Allgemeine Bestimmungen (§ § 1 – 6 KonzVgV) ≠ nicht in GWB

Unterabschnitt 2: Kommunikation (§ § 7 – 11 KonzVgV) ≠ nicht in GWB

Vergabeverfahren

Unterabschnitt 1: Allgemeine Verfahrensvorschriften (§ § 12 – 14 KonzVgV)

= siehe auch § 151 S. 3 GWB

Unterabschnitt 2: Vorbereitung des Vergabeverfahrens (§ § 15 – 18 KonzVgV)

= siehe auch § 152 Abs. 1 GWB

Unterabschnitt 3: Bekanntmachung (§ § 19 – 23 KonzVgV)

= siehe auch § 151 S. 1 u. S. 2 GWB

Unterabschnitt 4: Auswahlverfahren und Zuschlag (§ § 24 – 32 KonzVgV)

= siehe auch § 152 Abs. 2, Abs. 3 GWB

U.a. nicht in der KonzVgV: Definition (§ 105 GWB), Rechtsschutz (§ 155 GWB) und weitere Bestimmungen zur Auftragsdurchführung (§ 154 iVm. § 132 GWB).

Konzessionsbekanntmachung

§ 151 GWB Verfahren

Konzessionsgeber geben die Absicht bekannt, eine Konzession zu vergeben. Auf die Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht darf nur verzichtet werden, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes zulässig ist. Im Übrigen dürfen Konzessionsgeber das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen vorbehaltlich der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnung zu den Einzelheiten des Vergabeverfahrens frei ausgestalten.

- § 151 GWB regelt sowohl die **Konzessionsbekanntmachung** (Veröffentlichung der Konzessionsvergabeabsicht; dazu im Folgenden) als auch den **Grundsatz der freien Verfahrensorganisation** (dazu schon zuvor).
- Die §§ 151 f. GWB werden konkretisiert durch die auf der Grundlage der §§ 113, 114 Abs. 2 S. 4 GWB erlassenen KonzVgV.
- Regelungen zur Konzessionsbekanntmachung finden sich in den §§ 19 ff. KonzVgV.

Konzessionsbekanntmachung

- **Konzessionsbekanntmachung** leitet Konzessionsvergabeverfahren förmlich ein (vgl. EuGH 13.10.2005, EuZW 2005, 727 Rn. 49 ff. – Parking Brixen). Sie ist ebenso wie die **Zuschlagsbekanntmachung** gem. Art. 32 KVR im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen (§ 23 Abs. 1 KonzVgV; Art. 33 Abs. 2 KVR).
- Zum **Mindestinhalt** siehe § 19 Abs. 2 KonzVgV sowie Anhang 5 KVR (Art. 31 Abs. 2 KVR): Konzessionsbeschreibung und Teilnahmebedingungen („Eignungskriterien“), Aufforderung zur Angebotsabgabe oder – wenn nicht in anderen Konzessionsunterlagen enthalten – die Zuschlagskriterien sowie die vorgeschriebenen Mindestkriterien.
- **Inhaltliche Änderungen** der Konzessionsbekanntmachung sind allen Wirtschaftsteilnehmern zur Kenntnis zu geben (§ 13 Abs. 3 KonzVgV; Art. 37 Abs. 4 KVR).

Anforderungen an das Verfahren

§ 152 GWB

Anforderungen an das Verfahren

- (1) Zur **Leistungsbeschreibung** ist § 121 Absatz 1 und 3 entsprechend anzuwenden.
- (2) Konzessionen werden an **geeignete Unternehmen** im Sinne des § 122 vergeben.
- (3) Der **Zuschlag** wird auf der Grundlage objektiver Kriterien erteilt, die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, so dass ein **wirtschaftlicher Gesamtvorteil** für den Konzessionsgeber ermittelt werden kann. Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen. Sie können **qualitative, umweltbezogene** oder **soziale Belange** umfassen. Die Zuschlagskriterien müssen mit einer Beschreibung einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.
- (4) Die Vorschriften zur **Auftragsausführung** nach § 128 und zu den zwingend zu berücksichtigenden **Ausführungsbedingungen** nach § 129 sind entsprechend anzuwenden.

Anforderungen an das Verfahren

Dreistufige Angebotswertung:

- **Zwingende** und **fakultative Ausschlussgründe**.
- Würdigung der Teilnahmebedingungen (**Eignungskriterien**).
- Auswahl des wirtschaftlich vorteilhaftesten Konzessionsangebots anhand der zuvor bekanntgegebenen Kriterien (**Zuschlagskriterien**).

Regelungen im GWB und KonzVgV:

- **Ausschlussgründe** (§ 154 Nr. 2 GWB iVm §§ 123 bis 126 GWB sowie § 26 KonzVgV) und **Recht zur Kündigung in besonderen Fällen** (§ 154 Nr. 4 GWB iVm. § 133 GWB).
- **Eignungskriterien** (§ 152 Abs. 2 GWB iVm § 122 GWB, § 25 KonzVgV).
- **Ermittlung des Zuschlags** (§ 152 Abs. 3 GWB sowie § 31 KonzVgV) iVm **Vorabinformations- und Wartefrist** (§ 154 Nr. 4 GWB iVm. §§ 134 f. GWB, § 27 Abs. 3, 4 KonzVgV).
- **Auftragsdurchführung** (§ 152 Abs. 4 GWB iVm. §§ 128 f. GWB, 33 KonzVgV).

Konzessionsgegenstand

- Freiheit zur inhaltlichen Determination des **Konzessionsgegenstandes (Vertragsinhaltsfreiheit)**. Demgegenüber ist die Freiheit zur freien **Wahl des Vertragspartners** eingeschränkt (vgl. § 152 Abs. 3 GWB: Zuschlagsprüfung).
- Gleichwohl rechtliche **Grenzen für die Bestimmung** des Konzessionsgegenstand. (effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten; Schaffung Mindestmaß an Rechtssicherheit; Öffnung Beschaffungswesen der öffentliche Hand).
- Vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers grds. bereits dann eingehalten, wenn:
 - die Bestimmung des Auftragsgegenstands **sachlich gerechtfertigt** ist;
 - dafür nachvollziehbare **objektive und auftragsbezogene Gründe** angegeben worden sind und
 - und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Leistungsbeschreibung

- Regelungen zur Leistungsbeschreibung in § 152 Abs. 1 GWB iVm. § 121 GWB sowie § 15 KonzVgV.
- Leistungsbeschreibung legt Merkmale des Konzessionsgegenstands durch **technische und funktionelle Anforderungen** fest (vgl. § 15 Abs. 1 S. 1 KonzVgV).
- Eindeutige und für alle Unternehmen verständliche Beschreibung des Konzessionsgegenstands (§ 121 Abs. 1 1 GWB). Leistungsbeschreibung legt damit sowohl den **sachlichen Gehalt der Angebote** als auch den **Inhalt des abzuschließenden Vertrags** fest. Sie gibt die **Entscheidungsmaßstäbe für die Wertung der Angebote** vor, an die sich der öffentliche Auftraggeber selbst bindet (RegE, S. 123).

Leistungsbeschreibung

- Veröffentlichung der für potenzielle Bieter relevanten Informationen in der **Konzessionsbekanntmachung** (bei Verfahren oberhalb des Schwellenwerts europaweite Ausschreibung, vgl. § 106 Abs. 1 GWB, Art. 8 KVR).
- Leistungsbeschreibung legt **Risikoverteilung** zwischen Konzessionsgeber und Konzessionsnehmer fest: zentrales Merkmal des Konzessionsbegriff ist nach § 105 Abs. 2 GWB die Übertragung des Betriebsrisikos vom Konzessionsgeber auf den Konzessionsnehmer.
- Nach Art. 37 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a KVR können Konzessionsgeber den Bietern **Mindestanforderungen** vorgeben. Diese umfassen nach Art. 37 Abs. 1 Uabs. 2 KVR die Bedingungen und Merkmale, die jedes Angebot erfüllen/aufweisen sollte.
- Die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung werden durch **§ 15 KonzVgV** näher konkretisiert. Der Wortlaut des § 15 KonzVgV orientiert sich wiederum an **§ § 31, 32 VgV**. Nach § 15 Abs. 1 KonzVgV werden in der Leistungsbeschreibung die für die vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen geforderten Merkmale durch technische und funktionelle Anforderungen festgelegt.

Leistungsbeschreibung

Strategische und innovative Beschaffung in der Leistungsbeschreibung:

- Die §§ 152 Abs. 1, 121 Abs. 1, 3 GWB enthalten keine Aussagen über die Zulässigkeit einer Berücksichtigung **strategischer Elemente** in der Leistungsbeschreibung. Beachte aber § 97 Abs. 3 GWB.
- Nach § 15 Abs. 2 S. 1 KonzVgV können die Merkmale **Aspekte der Qualität** und **Innovation sowie soziale** und **umweltbezogene Aspekte** betreffen.

Qualität:

- § 15 Abs. 2 S. 1 KonzVgV ermöglicht bei der Festlegung der für die vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen geforderten Merkmale im Wege technischer oder funktioneller Anforderungen die Berücksichtigung von Aspekten der Qualität.
- Nach allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen betrifft die Qualität nicht-preisliche Elemente der Leistung, die für die Vergabeentscheidung des Konzessionsgebers gleichwohl bedeutsam sind.

Leistungsbeschreibung

Strategische und innovative Beschaffung:

Innovationen:

- Der Begriff der innovativen Aspekte wird in **Art. 5 Nr. 13 KVR** für alle Stadien des Vergabeverfahrens legal definiert als:

Die Einführung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich — aber nicht beschränkt auf — Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, einer neuen Vermarktungsmethode oder eines neuen Organisationsverfahrens in Bezug auf Geschäftspraktiken, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen, ua. mit dem Zweck, zur Meisterung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 zu unterstützen.

- In der **Strategie 2020** stellen Konzessionsverträge gem. Erw. 3 S. 2 KVR wichtige Instrumente für den langfristigen strukturellen Ausbau von Infrastruktur und Dienstleistungen von strategischer Bedeutung dar, tragen zur Entwicklung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bei, ermöglichen es, vom Fachwissen im privaten Sektor zu profitieren (sog. Public Private Partnerships), und tragen – dies ist vorliegend bedeutsam – zu mehr Effizienz und zu Innovationen bei.

Leistungsbeschreibung

Strategische und innovative Beschaffung:

Soziale Aspekte:

- Nach § 15 Abs. 2 S. 1 KonzVgV können die für die vertragsgegenständlichen Bau- oder Dienstleistungen geforderten Merkmale auch **soziale Aspekte** betreffen.
- Was soziale Gesichtspunkte sind, wird weder im GWB, in der KonzVgV, noch in der KVR legal definiert. Der Begriff ist weit gefasst und kann in verschiedensten Bereichen praktisch werden.
- **Beispiele:** Berücksichtigung bestimmter Benachteiligungen; positive Förderungsmaßnahmen für bestimmte Personengruppen wie Frauenquoten; Zahlung eines bestimmten Mindest- oder Tariflohns an die für die Auftrags Erfüllung eingesetzten Beschäftigten; Einhaltung der Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation; Lieferung von Produkten, die bestimmten sozialen Standards etwa an einen fairen Handel genügen.
- Die sozialen Aspekte müssen nach § 15 Abs. 2 S. 2 KonzVgV **mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung stehen und zu dessen Wert und den Beschaffungszielen verhältnismäßig sein.**

Leistungsbeschreibung

Strategische und innovative Beschaffung:

Umweltbezogene Aspekte:

- Nach § 15 Abs. 2 S. 1 KonzVgV können die für die vertragsgegenständliche Bau- oder Dienstleistung geforderten Merkmale schließlich umweltbezogene Aspekte enthalten.
- Begriff wird in den Richtlinien und im GWB **nicht legal definiert**.
- Im Ausgangspunkt verfolgt der Gesetzgeber im Rahmen der ökologischen Beschaffung das Ziel, mit Hilfe von „nachhaltigen“ und „umweltbezogenen“ Kriterien die **Umweltbelastungen zu minimieren**.
- Grundsätzlich können sich umweltbezogene Kriterien auf das **Produkt**, seine **Herstellung** sowie **Entsorgung** beziehen (Lebenszyklus).
- Dies stimmt überein mit **Art. 38 Abs. 1 Uabs. 2 KVR**, wonach die in technischen und funktionellen Anforderungen festgelegten Merkmale zB. Qualitätsstufen sowie Umwelt- und Klimaleistungsstufen umfassen können, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und in einem angemessenen Verhältnis zu dessen Wert und Zielen stehen.

Eignungskriterien

- Regelung zu Eignungskriterien in § 152 Abs. 2 iVm § 122 GWB; § 25 KonzVgV sowie Erw. 63 iVm. Art. 38 Abs. 1 S. 1 KVR.
- § 152 Abs. 2 GWB regelt die materiellen („positiven“) Anforderungen an die **persönliche Eignung der Unternehmen**, da diese eine zentrale Voraussetzung für die ordnungsgemäße Auftragsdurchführung darstellt.
- Ermittlung derjenigen Bieter, die zur Erbringung der konkret nachgefragten in der Lage sind (Erlaubnis zur Berufsausübung, wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit; technische und berufliche Leistungsfähigkeit).
- Eignungskriterien sind ebenso wie Ausführungsbedingungen **keiner Abwägung** zugänglich, dh. sie liegen vor oder nicht.
- § 152 Abs. 2 GWB verweist hinsichtlich der Eignung auf die Regeln für öffentliche Auftraggeber in § **122 GWB**.
-
- Nach § 122 GWB erfolgt die Vergabe nur an **fachkundige** und **leistungsfähige** (geeignete) Unternehmen (§ 122 Abs. 1 GWB). Unternehmen ist geeignet, wenn es die zur ordnungsgemäßen Ausführung der Konzession festgelegten Kriterien erfüllt.

Eignungskriterien

- **Zulässige Kategorien der Eignungskriterien sind abschließend:**
 - Befähigung und Erlaubnis der Berufsausübung (§ 122 Abs. 2 Nr. 1 GWB);
 - Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 2 GWB);
 - Technische und berufliche Leistungsfähigkeit (§ 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB);
 - § § 123, 124, 128 Abs. 1 GWB (im Ergebnis Zuverlässigkeit und Gesetzestreue).
- Der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens eines Ausschlussgrundes kann durch die Teilnahme an einem **Präqualifikationssystem** erbracht werden (§ 122 Abs. 3 GWB).
- Zudem Möglichkeit der **Eignungsleihe**.

Eignungskriterien

- Gem. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB iVm. Art. 38 Abs. 1 S. 1 KVR müssen die Eignungskriterien in der **Konzessionsbekanntmachung** gem. § 151 Abs. 1 GWB aufgeführt werden (vgl. Art. 38 Abs. 1 S. 1 KVR).
- Eignungskriterien müssen **nichtdiskriminierend** sein und sicherstellen, dass der Konzessionsnehmer zur Durchführung der Konzession in Anbetracht des Konzessionsgegenstands fähig ist, sowie den Wettbewerb gewährleisten.
- Eignungskriterien müssen zudem **mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und verhältnismäßig sein** (§ 122 Abs. 4 S. 1 GWB).

Zuschlagskriterien

- Regelung in § 152 Abs. 3 GWB; § 31 KonzVgV. § 152 Abs. 3 GWB behandelt die Anforderungen an die **Zuschlagsentscheidung**.
- Nach § 152 Abs. 3 S. 1 GWB gilt als Bewertungsmaßstab ein **wirtschaftlicher Gesamtvorteil** für den Konzessionsgeber.
- Prüfung anhand objektiver Zuschlagskriterien, die sicherstellen, dass die Angebote **unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen** bewertet werden, mit dem **Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen** und dem Konzessionsgeber **keine uneingeschränkte Wahlfreiheit** einräumen.
- Anders als in § 127 GWB iVm. §§ 58 f. VgV (Art. 67 VRL) normiert der Gesetzgeber **keinen Katalog zulässiger Zuschlagskriterien**. Es können vielmehr ein oder mehrere Zuschlagskriterien ausgewählt werden.
- Zuschlagskriterien können – müssen aber nicht – **qualitative, umweltbezogene und soziale Belange** umfassen.

Zuschlagskriterien

- Gestattet sind gem. § 152 Abs. 3 S. 3 GWB:
 - a) **qualitative Zuschlagskriterien** (z.B. Qualität, Bezahlbarkeit, Zuverlässigkeit);
 - b) **umweltbezogene Zuschlagskriterien** (z.B. Umweltverträglichkeit; vgl. EuGH 17.9.2002, EuZW 2002, 628 Rn. 64 – Concordia Bus Finland); Vorgabe in jeder Phase des Lebenszyklus der Bau- oder Dienstleistung (Erbringung Dienstleistung mit energieeffizienten Maschinen; vgl. Erw. 64 KVR);
 - c) **soziale Zuschlagskriterien** (z.B. Verbraucherfreundlichkeit, Kundendienst; Schranken folgen aus den Grundfreiheiten (EuGH 3. 4. 2008, EuZW 2008, 306 – Ruffert)).

Angebotswertung beim Zuschlag

Wirtschaftlicher Gesamtvorteil:

- Zuschlag wird nach § 152 Abs. 3 S. 1 GWB demjenigen Angebot erteilt, das nach Bewertung aller Zuschlagskriterien für den Konzessionsgeber **einen wirtschaftlichen Gesamtvorteil bringt**. Wirtschaftlicher Gesamtvorteil ist als Bewertungsmaßstab von den Zuschlagskriterien zu unterscheiden, wobei er selbst kein Zuschlagskriterium sein kann.
- Im Ausgangspunkt Ausrichtung an **ökonomischen Erwägungen**. Das Merkmal des „Gesamtvorteils“ kann jedoch als eine Öffnung hin zu den durch § 152 Abs. 3 S. 3 GWB iVm. § 15 Abs. 2 S. 1 KonzVgV zugelassenen strategischen und innovativen Kriterien gesehen werden.

Angebotswertung beim Zuschlag

Verbindung zum Konzessionsgegenstand:

- Nach § 152 Abs. 3 S. 2 GWB müssen die Kriterien mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen.
- EuGH hat dieses Kriterium konkretisiert:
 - „materieller Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterien und Auftragsgegenstand“ (EuGH Urt. v. 17.9.2002 – C-513/99, EuZW 2002, 628 – Concordia Bus Finland mit Anm. Steinberg);
 - „hinreichender Zusammenhang jedenfalls dann zu bejahen, wenn das Zuschlagskriterium einen unmittelbaren Bezug zum Auftrag“ steht (EuGH Urt. v. 4.12.2003 – C-448/01, Slg. 2009, I-14527 Rn. 32 = EuZW 2004, 81–Wienstrom);
 - Zuschlagskriterien müssen sich ausschließlich auf den konzessionierten Gegenstand beziehen, weshalb allgemeine Vorgaben an die Geschäftspolitik, etwa an die Einkaufspolitik des Unternehmens nicht zulässig sind (EuGH Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 89 ff. – Kommission/Königreich der Niederlande).

Angebotsbewertung beim Zuschlag

Erfüllbarkeit und Kontrollierbarkeit:

- Gem. § 152 Abs. 3 S. 4 GWB müssen die Zuschlagskriterien mit einer **Beschreibung** einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen ermöglicht.
- Nur so Bewertung möglich, ob die Angebote der Bewerber die festgelegten Kriterien erfüllen.
- Erfordernis geht zurück auf den Transparenzgrundsatz gem. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach
„alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig [...] formuliert werden“ müssen.
- Zudem müssen alle Bieter gebührend informiert werden und die Konzessionsgeber müssen überprüfen können, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.
- Die Zuschlagskriterien müssen mit anderen Worten **erfüllbar** und **kontrollierbar** sein.

Angebotsbewertung beim Zuschlag

Bekanntmachung:

- Die Zuschlagskriterien sind nach §§ 13 Abs. 2 Nr. 2, 19 Abs. 2 KonzVgV grundsätzlich in der Konzessionsbekanntmachung gem. § 19 KonzVgV iVm. Art. 4 und Anhang XXI der Kommissions-Durchführungs-VO (EU) 2015/1986 zu **veröffentlichen**.

Konkretisierung durch KonzVgV:

- Zur Konkretisierung der Zuschlagsprüfung enthält § 31 KonzVgV weitere Angaben, insbes. zur Rangfolge der jeweiligen Kriterien.
- Nach § 31 Abs. 1 KonzVgV sind die Zuschlagskriterien zumindest in **absteigender Reihenfolge** ihrer Bedeutung anzugeben.
- Nach Erw. 73 S. 7 KVR dient dieses Erfordernis der Sicherstellung von Gleichbehandlung und Transparenz.

Auftragsdurchführung

- Der § 152 Abs. 4 GWB erklärt die §§ 128 Abs. 1, Abs. 2 sowie § 129 GWB entsprechend anwendbar für Konzessionen.
- Keine sachlichen Gründe für eine Differenzierung zwischen öffentlichen Aufträgen und Konzessionsverträgen: §§ 128, 129 gelten somit **ohne inhaltliche Modifikationen**.

§ 128 Auftragsausführung

(1) Unternehmen haben **bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten**, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des AEntG für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des AEntG oder einer nach § 3a des AÜG erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

(2) Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus **besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen**, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

Auftragsdurchführung

§ 129 Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden.

III. Rechtsschutz

Rechtsschutz

§ 155 GWB

*Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden unterliegen die Vergabe öffentlicher Aufträge und von **Konzessionen** der Nachprüfung durch die Vergabekammern*

- Die §§ 155 ff. GWB enthalten ein beschleunigtes Verfahren, das sowohl den Interessen des Rechtsschutz suchenden Bieters/Bewerbers als auch dem Interesse der Vergabestelle an schneller und endgültiger Entscheidung über Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung Rechnung trägt (zu den §§ 102 ff. GWB siehe BGH 15.7.2008, NZBau 2008, 662 – AOK Baden-Württemberg; Säcker/Mohr, ZWeR 2012, 417, 428).

Rechtsschutz

- Verstöße gegen drittschützende Verfahrensvorschriften führen grds. **nicht** zur Nichtigkeit des Vertrags mit bezuschlagtem Bieter, sofern Vertrag wirksam durch Zuschlagserteilung geschlossen worden ist (**Grundsatz der Unaufhebbarkeit**, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB). Vergaberechtsverstöße müssen deshalb von Bietern/Bewerbern rechtzeitig vor Zuschlagserteilung durch Einleitung des **Nachprüfungsverfahrens** geltend gemacht werden (§ 169 GWB).
- Vergabevorschriften sind **drittschützende Verbotsgesetze iSd. § 134 BGB** (aA. OLG Celle 25.8.2005, ZfBR 2005, 719), aus Gesetz ergibt sich jedoch „ein anderes“.
- Ausnahmsweise **Gesamtnichtigkeit** gem. § 135 GWB: Verstoß gegen **Vorabinformations- und Wartepflicht** gem. § 134 GWB und **De-facto-Vergabe** ohne Veröffentlichung im EU-Amtsblatt, sofern Verstoß im Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde.
- Bei § 135 GWB muss Nachprüfungsantrag grds. **30-Tages-Ausschlussfrist** wahren (§ 135 Abs. 2 GWB). Kenntnis des Antragstellers vom vergaberechtswidrigen Vertrag muss auf einer Information des Auftraggebers beruhen. Kenntniserlangung auf Grund eigener Recherchen oder von dritter Seite bei irgendeiner Gelegenheit zugetragener Informationen genügt nicht (OLG Düsseldorf 1.8.2012, NZBau 2012, 791).

Rechtsschutz

- Vergaberechtsverstöße müssen von Betroffenen durch Einleitung Nachprüfungsverfahren **vor Zuschlagserteilung** geltend gemacht werden:
 - a) Antrag** (§ 160 Abs. 1 GWB)
 - b) Antragsbefugnis** (§ 160 Abs. 2 GWB)
 - Unternehmen, das ein Interesse an der Konzession hat;
 - Verletzung der Rechte gem. § 97 Abs. 4 GWB durch Nichtbeachtung Vergabevorschriften (grds. alle Vergabevorschriften, vgl. Immenga/Mestmäcker/Dreher, § 97 GWB Rn. 405; aA. Priß/Stein, VergabeR 2014, 499, 511, unter Verweis auf Art. 37 KVR);
 - durch behauptete Verletzung entstand oder entsteht Schaden (Ausschluss nicht erfolgsversprechender Angebote/Bewerbungen).
 - c) Rechtzeitige Rüge** (§ 160 Abs. 3 GWB)
 - Rechtsfolge einer nicht rechtzeitigen Rüge ist grds. Einwendungsausschluss, sofern Verstoß nicht erst im Nachprüfungsverfahren erkannt wird (OLG Düsseldorf 5.7.2000, NZBau 2011, 106, 111);
 - Rügefrist: grds. 10 Kalendertage.
 - d) Untersuchungsgrundsatz** gem. § 163 GWB, Recht der Beteiligten auf **Akteneinsicht** gem. § 165 GWB.



»Wissen schafft Brücken.«

Prof. Dr. Jochen Mohr
Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Kartell-, Energie- und Telekommunikationsrecht
Richter am OLG Düsseldorf (3. Kartellsenat)

sekretariat-mohr@mailbox.tu-dresden.de