

Von Bleistiftkäufen und Gebäudesanierungen – Eine Einführung in das Vergaberecht

Von Stud. iur. **David Schütte**, Münster*

I. Einleitung

Zur Erfüllung seiner Aufgaben tritt der moderne Staat regelmäßig als Nachfrager am Markt auf. Diese nachfragende Tätigkeit erschöpft sich nicht im sprichwörtlichen Bleistiftkauf der Verwaltung: Die Verwaltung beschafft jede denkbare Art von Gütern wie Fahrzeuge, Waffen, Computer, Software oder Lebensmittel für den Eigenbedarf. Außerdem fragt sie Dienstleistungen nach, z.B. im Straßen- und Gebäudebau oder der Abfall- und Abwasserbeseitigung. Staatliche Beschaffungstätigkeit ist also „so vielschichtig wie die Wirtschaft selbst.“¹ Rechtliche Vorgaben für diese Beschaffungstätigkeit trifft das Vergaberecht.² Es kanalisiert damit die staatliche Auftragsvergabe und verpflichtet insbesondere zur Durchführung von Vergabeverfahren. Diese steuern die Auswahl des Anbieters der nachgefragten Leistung und verteilen so die begrenzte staatliche Nachfrage.³

Gesamtwirtschaftlich ist diese Nachfrage äußerst wichtig. Zwar „existiert [bislang] keine belastbare Statistik zum öffentlichen Auftragswesen in Deutschland.“⁴ Jüngere Schätzungen beziffern das jährliche Nachfragevolumen der deutschen öffentlichen Hand aber auf 280 oder gar 461 Mrd. EUR.⁵ Allein in Nordrhein-Westfalen wurden 2017 Bauauf-

träge im Umfang von rund 1,9 Mrd. EUR vergeben.⁶ Angesichts dieser wirtschaftlichen Relevanz⁷ ist das Vergaberecht ein sehr praxisrelevantes Gebiet des Besonderen Verwaltungsrechts. Die nachfragende Beschaffungstätigkeit bildet einen wichtigen Ausschnitt des Verwaltungshandelns.

Dennoch gehört das Vergaberecht üblicherweise nicht zum Curriculum des deutschen Jura-Studiums. Dieser Beitrag möchte daher einen ersten Einstieg in das Rechtsgebiet ermöglichen und beleuchten, welche Handlungscharakteristika die nachfragende Verwaltungstätigkeit rechtlich zulässigerweise prägen. Dazu entfaltet der Beitrag zunächst die wesentlichen Rechtsquellen und Regelungsstrukturen des Vergaberechts (II.). Einzugehen ist vor allem auf die europäisch bedingte Zweiteilung des deutschen Vergaberechts in den Ober- und Unterschwellenbereich. Der folgende Abschnitt (III.) stellt den Ablauf eines Vergabeverfahrens am Beispiel des offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich dar. Als Referenzpunkt wird anschließend (IV.) die Beschaffungstätigkeit unterhalb der Schwellenwerte betrachtet, die sich zunehmend dem Oberschwellenbereich annähert. Ein Fazit (V.) charakterisiert die nachfragende Verwaltungstätigkeit abschließend.

II. Die Rechtsquellen des Vergaberechts: ein Mehrebenen-system

Die nachfragende Verwaltung ist mit normativen Anforderungen aus verschiedenen europäischen und nationalen Rechts-ebenen konfrontiert.⁸ Überblicksartig kann folgendes „Mehrebenen-system“⁹ skizziert werden:

1. Europäisches Primär- und Sekundärrecht

Aus dem europäischen Primärrecht entfaltet vor allem der AEUV Relevanz: Einerseits wirkt er kompetenzbegründend für die vergaberechtlichen Sekundärrechtsakte.¹⁰ Andererseits leitet der EuGH aus seinen Grundfreiheiten zwingende Grundsätze für das Vergabeverfahren ab, namentlich Nicht-diskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz und das Er-

* Der *Autor* ist Student an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und studentischer Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht, Abt. IV (Prof. Dr. Petra Pohlmann).

¹ *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004, S. 59; in diese Richtung statt vieler auch *Marx*, in: Brinker u.a., Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, 2006, S. 305 (306).

² Zum Beschaffungszweck als Grenze des Vergaberechts *Burgi*, NVwZ 2008, 929 (931 f.); *Dörr*, in: *Burgi/Dreher*, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Einl., Rn. 2–4; *Ziekow*, in: *Prieß* u.a., Festschrift für Friedrich Marx, 2013, S. 885 (894 f.).

³ Klassifizierung des Vergabeverfahrens als Verteilungsverfahren daher bei *Malaviya*, Verteilungsentscheidung und Verteilungsverfahren, 2009, S. 127; *Röhl*, in: Hoffmann-Riem u.a., Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 30 Rn. 13; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, 2010, S. 197; *Vofskuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 277 (293, 295 ff.).

⁴ So die Begründung zum Regierungsentwurf des VergR-ModG, BT-Drs. 18/6281, S. 56.

⁵ Monitoring-Bericht der Bundesregierung zur Anwendung des Vergaberechts 2017, April 2017, S. 9 (280 Mrd. EUR); Kommission, Public Procurement Indicators 2015, DG Grow G4 – Innovative and e-Procurement, Dezember 2016, S. 8 (461,7 Mrd. EUR in 2015); weitere statistische Angaben bei *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: Vergaberecht (GWB/Teil 2), 5. Aufl. 2014, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 91–101.

⁶ BMWi, Jährliche statistische Gesamtaufstellung nach § 8 Abs. 1 VergStatVO, 2017, S. 6. Die genannte Zahl erfasst nur Aufträge oberhalb von 5.225 Mio. EUR.

⁷ Diese bejahen beispielsweise auch *Diederichsen/Renner*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 4; *Dietlein/Fandrey*, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, Einl. Rn. 2; *Naumann*, Vergaberecht, 2019, S. 1; *Pache*, DV-Bl. 2001, 1781 (1782).

⁸ Die völkerrechtliche Ebene, primär bestehend aus dem Agreement on Government Procurement (GPA), findet im Folgenden keine Berücksichtigung.

⁹ Begriff auch bei *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 67.

¹⁰ Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL) verweist beispielsweise auf Art. 53 Abs. 1 und Art. 62, 114 AEUV.

fordernis einer Rechtsschutzmöglichkeit.¹¹ Wegen der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts und seines Anwendungsvorrangs¹², ist die deutsche Verwaltung an diese Grundsätze bei Vergaben mit „grenzüberschreitender Wirkung“¹³ gebunden. Die Grundsätze gelten insbesondere auch für Vergaben, die nicht in den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Sekundärakte fallen.¹⁴ Sind diese anwendbar, gehen sie den Grundfreiheiten als *leges speciales* vor.¹⁵ Das Sekundärrecht muss aber den inhaltlichen Anforderungen des höherrangigen AEUV entsprechen, der überdies zur unionsrechtskonformen Auslegung der Sekundärakte heranzuziehen ist.¹⁶

Das Vergabesekundärrecht besteht vor allem aus mehreren Richtlinien: Hervorzuheben ist die Vergaberichtlinie 2014/24/EU (VRL). Sie regelt als Hauptwerk die Vergabe „klassischer“ öffentlicher Aufträge, die ihrem Volumen nach bestimmte Schwellenwerte überschreiten, Art. 4 VRL. Beispielsweise unterfallen Bauaufträge ab einem Wert von knapp 5,2 Mio. EUR der Richtlinie, Art. 4 lit. a VRL. Aufgrund rechtzeitiger nationaler Umsetzung entfaltet die VRL keine unmittelbare Wirkung. Sie ist aber für die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts bedeutsam.¹⁷

¹¹ EuGH, Urt. v. 7.12.2000 – C-324/98 = Slg. 2000, I-10745, Rn. 62 (Telaustria); EuGH, Urt. v. 21.7.2005 – C-231/03 = Slg. 2005, I-7287, Rn. 16–18 (Coname); EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03 = Slg. 2007, I-9777, Rn. 26, 30 (Kommission ./ Irland); EuGH, Urt. v. 23.12.2009 – C-376/08 = Slg. 2009, I-12169, Rn. 22 ff., 31 ff. (Serrantoni); EuGH, Urt. v. 13.4.2010 – C-91/08 = Slg. 2010, I-2815, Rn. 36 (Wall); EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 16 (Enterprise Focused Solutions); *Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 25, § 7 Rn. 12; *Siegel*, EWS 2008, 66 (69 ff.); *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 185 m.w.N. in Rn. 186 ff.

¹² Zu diesen anerkannten Rechtsinstituten statt vieler *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 17 Rn. 121–127.

¹³ Zu dieser Anwendungsvoraussetzung EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03 = Slg. 2007, I-9777, Rn. 32 ff. (Kommission ./ Irland); *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 173 f.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 16 (Enterprise Focused Solutions); *Bungenberg* (Fn. 9), S. 122; *Dörr* (Fn. 2), Einl. Rn. 170; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 48, 50; siehe auch Kommissionsmitteilung (2006/C 179/02), ABl. 2006, C 179, S. 2–7 (insb. S. 3, unter Ziff. 1.2.); auf die beschränkte Bedeutung der Mitteilung weist aber *Siegel*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, 5. Teil, Rn. 12 hin.

¹⁵ Die Sekundärrechtsakte müssen dazu eine abschließende Regelung treffen; *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 7 Rn. 8; *Karpenstein*, Praxis des EU-Rechts, 2. Aufl. 2013, Rn. 159; *Diehr*, VergabeR 2009, 719 (721 f.).

¹⁶ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, ECLI:EU:C:2015:760, Rn. 67 f. (Regio Post); *Siegel*, EWS 2008, 66 (67); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 205.

¹⁷ So z.B. EuGH, Urt. v. 24.9.1998 – C-76/97 = Slg. 1998, I-5357, Rn. 25 (Tögel); EuGH, Urt. v. 24.9.1998 – C-111/97

2. Deutsches Vergaberecht

Zusätzlich zu diesen europarechtlichen Regelungen muss die nachfragende Verwaltung normative Vorgaben aus verschiedenen nationalen Rechtsebenen beachten.

a) Vorgaben der Grundrechte

Bei der Auftragsvergabe schließt die Verwaltung privatrechtliche Verträge, z.B. Kaufverträge über neue Dienstfahrzeuge. Trotz dieses Handelns in Privatrechtsform ist die Verwaltung an die Grundrechte gebunden.¹⁸ Insbesondere die umfassend formulierte Grundrechtsbindung in Art. 1 Abs. 3 GG legt diesen Schluss nahe. „[I]m Kern“¹⁹ kommt damit Art. 3 Abs. 1 GG zur Geltung, der materiell eine sachliche Vergabeentscheidung (Willkürverbot) und prozedural im Grundsatz eine öffentliche Bekanntmachung des geplanten Auftrags fordert.²⁰ In der Auftragsvergabe liegt regelmäßig kein Eingriff in die Berufsfreiheit der unterlegenen Bieter, da Art. 12 Abs. 1 GG zwar eine Teilnahme am Wettbewerb, jedoch keinen Anspruch des einzelnen Bieters auf Zuschlagserteilung zusichert.²¹

Vermeehrt nimmt die Verwaltung „bei Gelegenheit der Beschaffung“²² Aufgaben wie den Umweltschutz oder die Mittelstandsförderung wahr (z.B. indem sie die Einhaltung von Umweltschutzstandards als Bedingung für die Auftragsausführung vorgibt). Solche Aufgaben kann man als Sekundäraufgaben bezeichnen, da sie nicht unmittelbar in Zusammenhang mit dem eigentlichen Zweck der Auftragsvergabe stehen (z.B. Beschaffung neuer Dienstwagen). Wenn die Verwaltung ihre Beschaffungstätigkeit für solche Sekundäraufgaben instrumentalisiert, kann hierin ein Grundrechtseingriff liegen: Koppelt die Verwaltung die Auftragsvergabe

= Slg. 1998, I-5411, Rn. 18 (EvoBus); *Bungenberg* (Fn. 9), S. 119 ff. m.w.N.; *Dobmann*, Das neue Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 26.

¹⁸ Die Grundrechtsbindung für Art. 12 Abs. 1 GG ausdrücklich offenlassend, aber für Art. 3 Abs. 1 GG bejahend BVerfGE 116, 135 (151, 153 f.); nun allg. für die Grundrechtsbindung staatl. Handelns in Privatrechtsform BVerfG (K) NJW 2016, 3153 (3154 f., Rn. 29 ff.); so auch die h.M. in der Lit., statt aller *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 151 m.w.N.

¹⁹ BVerwGE 129, 9 (16).

²⁰ Zum Willkürverbot BVerfGE 116, 135 (153); zu materiellen und prozeduralen Vorgaben *Pünder*, VerwArch 95 (2004), 38 (42 ff., 49 ff.); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 203 f.; die grds. Vorgabe der öffentl. Bekanntmachung bejahen auch *Bungenberg* (Fn. 9), S. 222; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), 456 (479); *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 321 f., a.A. *Pietzcker*, Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 41.

²¹ BVerfGE, 116, 135 (151 ff.); *Bultmann* (Fn. 1), S. 229, 232; *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 176; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, 2014, S. 307; *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 GG Rn. 70.

²² Wendung u.a. bei *Burgi* (Fn. 11), § 6 Rn. 12.

beispielsweise an die Verpflichtung zur Zahlung bestimmter Tariflöhne bei der Auftragsausführung, setzt sie einen monetären Anreiz, um die Bieter zur Zahlung dieser Löhne zu bewegen. In der Kopplung der Auftragsvergabe an die Tariflohnzahlung liegt daher ein (gerechtfertigter) Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit der Bieter.²³ Abstrakt formuliert: Je stärker die Verwaltung versucht, das Bieterverhalten durch monetäre Anreize zu beeinflussen, desto eher erschwert sie den Bietern ein grundrechtlich geschütztes Verhalten in wesentlichem Maße, sodass ein Eingriff nach modernem Verständnis zu bejahren ist.²⁴

Wegen der umfassenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens (dazu sogleich) und den strengen Anforderungen aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten ist die praktische Relevanz der Grundrechte im Bereich der Auftragsvergabe allerdings beschränkt.²⁵

b) Vorgaben der einfach- und untergesetzlichen Ebene: Zweiteilung des Vergaberechts

Auf einfachgesetzlicher Ebene ist das Vergaberecht in Deutschland traditionell eine Materie des Haushaltsrechts.²⁶ Durch die Europäisierung des Vergaberechts sah sich der deutsche Gesetzgeber 1999 allerdings gezwungen, mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz²⁷ das Vergaberecht außerrechtlich im GWB zu regeln. Damit ergab sich die bis heute fortgeltende Zweiteilung des deutschen Vergaberechts: Überschreitet ein Auftrag in seinem Wert die in Art. 4 VRL festgelegten Schwellenwerte, gelten gemäß § 106 GWB die §§ 97 ff. GWB. Auf die Einhaltung dieser Regelungen haben die Bewerber im Vergabeverfahren ein subjektives Recht, § 97 Abs. 6 GWB. Falls ein öffentlicher Auftrag die Schwellenwerte unterschreitet, unterliegt er nach wie vor dem Haushaltsrecht, konkret den Umsetzungen von § 30 HGrG im Haushaltsrecht des Bundes (§ 55 BHO) und der Länder (z.B. § 55 LHO NRW).²⁸ Auf die Einhaltung dieser rein innen-

rechtlichen Regelungen haben die Bewerber im Vergabeverfahren jedoch kein subjektives Recht.²⁹

Sowohl ober- als auch unterhalb der Schwellenwerte sind überdies untergesetzliche Normen zu beachten. Für den Oberschwellenbereich ergibt sich das Bild einer dreistufigen Regelungskaskade: Zusätzlich zur ersten Stufe des GWB gelten auf zweiter Stufe verschiedene auf § 113 GWB gestützte Verordnungen, insbesondere die Vergabeverordnung (VgV), die gemeinsam mit dem GWB die zentralen Regeln zum Vergabeverfahren enthält. Auf dritter Stufe sind qua Verweis Bestimmungen aus sog. Vergabe- und Vertragsordnungen anwendbar, die gemeinsam von Staat und Privaten erarbeitet werden. Dies betrifft seit der Novelle 2016 vor allem den Baubereich (Verweis auf die VOB/A-EU³⁰ in § 2 VgV).

Im Unterschwellenbereich verweisen die haushaltsrechtlichen Normen auf Verwaltungsvorschriften.³¹ Diese erklären ihrerseits Bestimmungen aus der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (allerdings andere als im Oberschwellenbereich³²) und die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)³³ für anwendbar. In diesen Regelwerken finden sich die wesentlichen Vorschriften zum Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.

Als letzte Regelungsebene sei noch auf die Landesvergabegesetze verwiesen (z.B. das Tarifreue- und Vergabegesetz [TVgG] NRW). Diese binden die Landes- und Kommunalverwaltung, gelten ober- und unterhalb der Schwellenwerte und widmen sich inhaltlich vor allem der Verfolgung von Sekundärzwecken.³⁴

III. Das offene Verfahren als Beispiel für den Ablauf eines Vergabeverfahrens im Oberschwellenbereich

Um sich der nachfragenden Verwaltungstätigkeit nach diesem Rechtsquellenüberblick nun weiter zu nähern, skizziert der folgende Abschnitt den Ablauf eines Vergabeverfahrens. Diese Darstellung erfolgt am Beispiel des offenen Verfahrens. Oberhalb der Schwellenwerte stehen der Verwaltung – das GWB spricht allgemeiner vom öffentlichen Auftraggeber (§ 99 GWB) – fünf Verfahrensarten zur Verfügung, §§ 119 GWB, 14–19 VgV.³⁵ Diese Verfahrensarten differieren in ihrem Aufbau und ihren Anforderungen. Sie bringen die gegenläufigen Anforderungen von Transparenz, Wettbewerb

²³ BVerfGE 116, 202 (221 ff.); siehe dazu auch unter III. 1. c).

²⁴ In diese Richtung BVerfGE 116, 202 (222 f.); eingehend *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 40 Rn. 79–81, die alle Anreize, auch solche im Vergaberecht (Rn. 17), als Eingriffe qualifiziert.

²⁵ So für den Oberschwellenbereich *Bultmann* (Fn. 1), S. 194; ähnlich *Huber*, JZ 2000, 877 (878, Fn. 17); für Ober- und Unterschwellenbereich *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 10 f.; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 156.

²⁶ Vertiefend zur Geschichte des Vergaberechts ab dem 16. Jhd. *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Aufträge, 2004, S. 39 ff., 335 ff.; *Wallerath*, DV 20 (1987), 137 (143 ff.); *Wessendorf*, Der Öffentliche Auftraggeber im Vergaberecht, 2018, S. 49 ff.

²⁷ BGBl. I 1998, S. 2512 ff.

²⁸ Ob dies auch gilt, wenn ein Ausnahmetatbestand wie § 107 GWB das GWB für unanwendbar erklärt, ist umstritten, siehe statt vieler *Siegel* (Fn. 14), S. Teil, Rn. 36–37.

²⁹ BVerwGE 129, 9 (17 f. Rn. 11 f.); VGH Bad.-Württ. DÖV 1999, 79; *Dreher* (Fn. 5), Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 175.

³⁰ Teil A, Abschnitt 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EU).

³¹ Beispielsweise verweist § 55 BHO in seinem Abs. 2 („einheitliche Richtlinien“) auf die VV-BHO; vertiefend zu dieser Verweisungstechnik *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 207.

³² Konkret: Teil A, Abschnitt 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A), siehe VV-BHO zu § 55 BHO, Ziff. 2.

³³ Verweis auf die UVgO z.B. in VV-BHO zu § 55 BHO, Ziff. 2.

³⁴ *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 31; *Dobmann* (Fn. 17), Rn. 23.

³⁵ Die Normen der VOB/A-EU gleichen oft der VgV und bleiben im Folgenden unberücksichtigt.

und Gleichbehandlung einerseits (§ 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB) und Verfahrensschnelligkeit und -effizienz andererseits auf unterschiedliche Weise zum Ausgleich.³⁶ Insgesamt weisen die Verfahrensarten einen beträchtlichen Grad an Formalisierung sowie umfangreiche Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten auf. Das größte Maß an Flexibilität bietet das nur ausnahmsweise zulässige Verhandlungsverfahren (§ 119 Abs. 5 GWB). Es lässt ausweislich seines Namens Verhandlungen mit den Bietern zu und kann unter sehr strengen Voraussetzungen³⁷ sogar ohne Auftragsbekanntmachung erfolgen. Im Gegensatz dazu verwirklicht das formstrenge offene Verfahren die Zielsetzungen von Transparenz und Wettbewerb am weitgehendsten,³⁸ da es Verhandlungen oder eine Einschränkung des Bieterkreises nicht zulässt, § 15 Abs. 1, Abs. 5 VgV. Es eignet sich für die folgende Darstellung, da es im Oberschwellenbereich die praktisch am häufigsten gewählte Verfahrensart ist.³⁹

Das offene Verfahren gliedert sich in vier Phasen, namentlich die Konzept- (1.), Ausschreibungs- (2.), Bewerbungs- (3.), und Entscheidungsfindungsphase (4.), die mit der Vergabeentscheidung (5.) schließt.⁴⁰

1. Konzeptphase als Grundstein für das weitere Vergabeverfahren

In der Konzeptphase bestimmt der Auftraggeber den Auftragsgegenstand (a) und legt die Auswahlkriterien (b) sowie die Ausführungsbedingungen (c) fest. Aus Gründen von Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb (§ 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB) ist das so entstehende Vergabekonzept im weiteren Verfahren verbindlich.⁴¹ Es bildet damit den Grundstein für das Vergabeverfahren.⁴²

a) Bestimmung des nachgefragten Gutes mittels Leistungsbeschreibung

Am Beginn des Vergabeverfahrens beschreibt der Auftraggeber den Gegenstand des Auftrags möglichst eindeutig und erschöpfend, § 121 Abs. 1 S. 1 GWB. Diese Leistungs-

beschreibung bildet die Grundlage für die Angebote der Bieter. Sie bewegt sich im Spannungsfeld zwischen Diskriminierungsfreiheit (§ 97 Abs. 2 GWB) und Beschaffungsautonomie des Auftraggebers: Zum einen darf die Verwaltung ihre Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf bestimmte Produkte verengen, § 31 Abs. 6 VgV. Dieser Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung vermeidet die Diskriminierung äquivalenter Produkte. Zum anderen kommt der Verwaltung eine gewisse Autonomie hinsichtlich der Bestimmung des Auftragsgegenstandes zu. Bei Vorliegen sachlicher Gründe ist damit ausnahmsweise keine produktneutrale Ausschreibung nötig.⁴³ So ist die Nachfrage von Steinway-Flügeln für eine Konzerthalle beispielsweise zulässig, weil die meisten Pianisten nur auf diesen Flügeln spielen.⁴⁴ § 31 Abs. 3 VgV erlaubt bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Einbeziehung von innovationsfördernden, sozialen und umweltbezogenen Aspekten in die Leistungsbeschreibung. Sie ist damit die erste Verfahrensstufe, auf der sich die Verwaltung der Wahrnehmung von Sekundäraufgaben widmen kann.⁴⁵

b) Festlegung der Auswahlkriterien

In der Konzeptphase sind auch die Eignungs- und Zuschlagskriterien festzulegen. Die Eignungskriterien (näher sogleich aa) beziehen sich auf die Person des Bieters. Mit ihrer Hilfe soll in der späteren Eignungsprüfung festgestellt werden, ob ein Bieter „nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage“⁴⁶ wäre. Bieter, die diese Eignung nicht besitzen, kommen für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht. Die eigentliche Zuschlagsentscheidung orientiert sich dann an den Zuschlagskriterien (näher sogleich bb). Diese schaffen eine Grundlage, um die Angebote der Bieter zu bewerten und zu vergleichen, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. Sowohl Zuschlags- als auch Eignungskriterien strukturieren und begrenzen die spätere Eignungs- und Angebotsprüfung. Dort dürfen nämlich nur zuvor festgelegte Kriterien berücksichtigt werden.⁴⁷

aa) Die Eignungskriterien als Vorprogrammierung der Eignungsprüfung

Die Festlegung der Eignungskriterien ist in § 122 GWB, §§ 44–46 VgV geregelt. Sie müssen eine Verbindung zur

³⁶ Wollenschläger (Fn. 3), S. 208; Werner, in: Byok/Jaeger (Fn. 7), § 119 GWB Rn. 11.

³⁷ § 14 Abs. 3 Nr. 5 a.E., Abs. 4 VgV; Erw. 50 VRL fordert „sehr außergewöhnliche Umstände“.

³⁸ OLG Düsseldorf VergabeR 2005, 252 (253); Fett, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 119 GWB Rn. 21; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Handkommentar Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 119 GWB Rn. 26.

³⁹ Burgi (Fn. 11), § 13 Rn. 21; § 101 Abs. 7 S. 1 GWB a.F. statuierte noch den grundsätzlichen Vorrang des offenen Verfahrens.

⁴⁰ Aufteilung in diese Phasen auch bei Wollenschläger (Fn. 3), S. 208.

⁴¹ Wollenschläger (Fn. 3), S. 218; allg. so auch Röhl (Fn. 3), § 30 Rn. 18.

⁴² Begründung zum Regierungsentwurf des VergRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 111 spricht vom „zentrale[n] Element der Planung und Durchführung eines jeden Vergabeverfahrens“.

⁴³ OLG Düsseldorf VergabeR 2013, 744 (747); NZBau 2017, 623 (625 f. Rn. 37 ff.); OLG Karlsruhe NZBau 2014, 378 (380 f.); Burgi (Fn. 11), § 12 Rn. 4 ff., 15 f.; Rechten/Portner, NZBau 2014, 276 (277 f.).

⁴⁴ So OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.9.2016 – 15 Verg 7/16, Rn. 28 ff. (juris).

⁴⁵ Burgi (Fn. 11), § 12 Rn. 25.

⁴⁶ BGH NZBau 2008, 505 (506, Rn. 12).

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 18.10.2001 – C-19/00 = Slg. 2001, I-7725, Rn. 43 (SIAC Construction); EuGH, Urt. v. 24.11.2005 – C-331/04 = Slg. 2005, I-10109, Rn. 26 f. (ATI EAC u.a.); EuGH, Urt. v. 24.1.2008 – C-532/06 = Slg. 2008, I-251, Rn. 38 (Lianakis u.a.); BGH NJW 2000, 137 (139); NZBau 2004, 517 (518); Wollenschläger (Fn. 3), S. 218.

nachgefragten Leistung aufweisen und haben in einem angemessenen Verhältnis zu ihr zu stehen, § 122 Abs. 4 S. 1 GWB. Außerdem dürfen sie nach § 122 Abs. 2 S. 2 GWB ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis des Bieters zur Berufsausübung sowie seine Leistungsfähigkeit in wirtschaftlicher, finanzieller, technischer und beruflicher Hinsicht betreffen. Innerhalb dieser Grenzen liegt die Festlegung der Eignungskriterien im Ermessen der Verwaltung.⁴⁸ Dies ergibt eine am Wortlaut orientierte Auslegung von § 122 Abs. 2 S. 2 („dürfen“) und Art. 58 Abs. 1 VRL („können“). Die genannten materiellen Anforderungen an die Kriterienaufstellung, besonders das angemessene Verhältnis nach § 122 Abs. 4 S. 1 GWB, können als Grenzen des Ermessens gerichtlich nachgeprüft werden.⁴⁹

Ein Beispiel für ein zulässiges Eignungskriterium ist die Durchführung von Umweltmanagementmaßnahmen während der Auftragsausführung, § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV. Damit kann die Verwaltung auch die Festlegung der Eignungskriterien zur Wahrnehmung der Aufgabe des Umweltschutzes (Sekundäraufgabe) nutzen.

bb) Die Zuschlagskriterien als Vorprogrammierung der Angebotswertung

Die Zuschlagskriterien können finanzielle, qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte betreffen, § 127 Abs. 1 S. 4 GWB. Auch durch ihre Aufstellung kann die Verwaltung also Sekundäraufgaben wahrnehmen. Ausweislich der Gesetzesbegründung kommt der Verwaltung bei der Festlegung der Zuschlagskriterien „ein weiter Ermessensspielraum zu.“⁵⁰

⁴⁸ OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 14414, Rn. 12; OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 210467, unter II. 2. a); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 38), § 122 GWB Rn. 10; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 228 (231); *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 122 GWB Rn. 25; so wohl auch *Csaki*, in: *Byok/Jaeger* (Fn. 7), § 122 GWB Rn. 35–37, ohne Trennung von Ermessen und Beurteilungsspielraum.

⁴⁹ Vollständige gerichtliche Kontrolle bejahen wegen dieser (engen) Grenzen OLG Düsseldorf VergabeR 2015, 71 (72); *Burgi*, VergabeR 2007, 457 (465 f.); *ders.* (Fn. 11), § 18 Rn. 8; *Ricken* (Fn. 21), S. 308; beschränkte gerichtliche Kontrolle (freilich unter Berücksichtigung der Ermessensgrenzen) bejahen demgegenüber OLG Düsseldorf BeckRS 2005, 14414, Rn. 12; *Csaki* (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 35–37; *Otting*, VergabeR 2016, 316 (317); *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 228 (231); *Ziekow* (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 21.

⁵⁰ Begründung zum Regierungsentwurf des VergRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 112; ebenso OLG Düsseldorf VergabeR 2009, 619 (622); OLG Düsseldorf ZfBR 2017, 718 (719 Rn. 15); *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Handkommentar Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 97 GWB Rn. 184, 191 f.; *Gielen*, VergabeR 2017, 510; *Hölzl*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 127 GWB Rn. 52; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2016, 332 (334); ähnlich, aber ohne klare Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326; *Renner*, in: Pünder/Schellenberg (Fn. 38),

Dieses Auswahlermessen eröffnet der Wortlaut von § 127 Abs. 1 S. 4 GWB („können“) und Art. 67 Abs. 2 S. 2 VRL („kann“). Das Ermessen ist letztlich eine Folge der Beschaffungsautonomie der Verwaltung:⁵¹ Sie kann entscheiden, was sie nachfragt⁵² und damit korrespondierend auch festlegen, worauf es ihr bei der Zuschlagserteilung ankommt.⁵³ Begrenzt wird das Ermessen durch die materiellen Anforderungen, die § 127 Abs. 3, Abs. 4 GWB für die Kriterienaufstellung statuiert. Als Grenze des Ermessens ist damit insbesondere gerichtlich überprüfbar, ob die Zuschlagskriterien in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, funktionierenden Wettbewerb gewährleisten, Willkürentscheidungen ausschließen und transparent formuliert sind.⁵⁴

Bestimmt der Auftraggeber mehrere Zuschlagskriterien, sind diese im Verhältnis zueinander zu gewichten, § 127 Abs. 5 GWB. Da für die Gewichtung der Zuschlagskriterien normative Anforderungen im Stile von § 127 Abs. 3, Abs. 4 GWB fehlen, ist das Ermessen der Verwaltung hier weiter und die gerichtliche Überprüfbarkeit enger.⁵⁵ Nach einer in der Rechtsprechung verbreiteten Formel ist der Auftraggeber bei der Gewichtung frei, soweit sie „eine Gesamtwürdigung der Kriterien ermöglicht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dien[t].“⁵⁶ Dem Preis muss daher eine hinreichende Mindestgewichtung zukommen, die je nach Einzelfall variieren kann.⁵⁷

§ 127 GWB Rn. 19; *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 211; von einem Beurteilungsspielraum sprechen *Opitz*, in: *Burgi/Dreher* (Fn. 2), § 127 GWB Rn. 31; *Herrmann*, VergabeR 2015, 296 (303).

⁵¹ Ähnlich *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326.

⁵² Siehe statt vieler die bildliche Wendung bei OLG Koblenz NZBau 2002, 699 (703 unter Ziff. 4).

⁵³ OLG Düsseldorf VergabeR 2017, 505 (506); OLG München VergabeR 2008, 574 (578).

⁵⁴ Dies betont auch *Burgi* (Fn. 11), § 18 Rn. 15; *ders.*, VergabeR 2007, 457 (473 f.); *Ricken* (Fn. 21), S. 313 geht von einer vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit aus.

⁵⁵ Ein Ermessen bei der Gewichtung bejahen OLG München VergabeR 2008, 574 (578); VergabeR 2009, 675 (678); *Fehling* (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 191, 193; *Hölzl* (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 52; ähnlich, aber ohne klare Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen *Csaki* (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 23, 48 („Gestaltungsspielraum“); *Dreher* (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 326 („Bewertungsfreiheit“); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 214 („Gestaltungsspielraum“); ohne dass sich daraus ein praktischer Unterschied ergäbe, sprechen von einem Beurteilungsspielraum BayObLG, Beschl. v. 10.9.2001 – Verg 14/ 01, Rn. 19 (juris); *Herrmann*, VergabeR 2015, 296 (303); *Opitz* (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 31; *Ricken* (Fn. 21), S. 315.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 4.12.2003 – C-448/01 = Slg. 2003, I-14527, Rn. 39 (Wienstrom); *Steinberg*, NVwZ 2006, 1349 (1353) m.w.N.; *Ricken* (Fn. 21), S. 313; *Burgi*, VergabeR 2007, 457 (474).

⁵⁷ OLG Düsseldorf BeckRS 2012, 15472, unter II. 2. a); OLG Düsseldorf NZBau 2014, 121 (123 f.); *Csaki* (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 49; *Kulartz/Scholz*, VergabeR 2014, 109 (111).

c) Festlegung von Ausführungsbedingungen als wichtiges Instrument zur Wahrnehmung von Sekundäraufgaben

In der Konzeptphase hat der Auftraggeber außerdem etwaige Ausführungsbedingungen festzulegen. Ausführungsbedingungen sind Verpflichtungen, die der Auftragnehmer bei der Auftragsausführung einzuhalten hat, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB. Sie können gem. § 128 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange betreffen. Der Auftraggeber kann damit beispielsweise vorschreiben, dass zur Herstellung der nachgefragten Waren keine giftigen Chemikalien verwendet werden dürfen, Erw. 97 VRL. Ausführungsbedingungen sind folglich ein wichtiges Instrument zur Wahrnehmung von Sekundäraufgaben.⁵⁸ Durch Vertragsstrafen und Sonderkündigungsrechte ist die Nichterfüllung der Bedingungen zu sanktionieren.⁵⁹ Ihre Festlegung liegt im Ermessen des Auftraggebers (siehe § 128 Abs. 2 S. 1 GWB), es sei denn, ihn trifft eine landesrechtliche Verpflichtung, § 129 GWB z.B. i.V.m. § 2 Abs. 1–4 TVgG NRW.

Die Bedingungen müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen nicht die allgemeine Unternehmenspolitik betreffen, § 128 Abs. 1 S. 2 GWB, Erw. 97 VRL. Grenzen findet die Festlegung von Ausführungsbedingungen außerdem im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, einfachgesetzlich normiert in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB. Die Grundfreiheiten des AEUV und die Grundrechte des Grundgesetzes wirken begrenzend. Dies lässt sich beispielhaft an sog. Tariftreuerregelungen verdeutlichen.⁶⁰ Tariftreuerregelungen sind gesetzliche Vorschriften, die die Einhaltung von Tariflöhnen zwingend als Ausführungsbedingung festschreiben. In ihnen liegt einerseits ein gerechtfertigter Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Vertragsfreiheit der Auftragnehmer hinsichtlich der Arbeitsverträge mit ihren Arbeitnehmern.⁶¹ Andererseits beschränken Tariftreuerregelungen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV. Laut EuGH scheidet eine kohärente Rechtfertigung hier an der beschränkten Geltung der Tariftreuerregelungen nur für öffentliche und nicht private Auftragsvergaben.⁶²

2. Ausschreibungsphase: Öffentliche Auftragsbekanntmachung

Das in der ersten Phase entstandene Vergabekonzept ist in der Ausschreibungsphase öffentlich bekanntzumachen, § 119

Abs. 3 GWB, § 15 Abs. 1 S. 1 VgV. Die Bekanntmachungspflicht konkretisiert das Transparenzgebot, das § 97 Abs. 1 S. 1 GWB einfachgesetzlich normiert, aber auch aus den Grundfreiheiten und Art. 3 Abs. 1 GG folgt.⁶³ Die Auftragsbekanntmachung erfolgt europaweit durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, § 40 VgV. Sie enthält nach § 41 Abs. 1 VgV in der Regel einen elektronischen Link zu den Unterlagen, die für eine Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlich sind (Vergabeunterlagen, § 29 VgV). Dies sind insbesondere die Leistungsbeschreibung, die Auswahlkriterien (samt Gewichtung) und die Ausführungsbedingungen.

3. Bewerbungsphase: Abgabe der Angebote durch die Bieter

Auf die Ausschreibungsphase folgt die Bewerbungsphase, in der die Bieter ihre Angebote abgeben können. Die Frist für den Eingang der Angebote beträgt mindestens 35 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung, § 15 Abs. 2 VgV. Fristverkürzungen, beispielsweise wegen Dringlichkeit oder elektronischer Kommunikation, sind nach Maßgabe von § 15 Abs. 3, Abs. 4 VgV und § 38 Abs. 3 VgV zu beurteilen. Prägend ist, dass der Auftraggeber nicht in Verhandlungen mit den Bietern treten darf, § 15 Abs. 5 S. 2 VgV.

4. Entscheidungsfindungsphase als Kern des Vergabeverfahrens

Unverzüglich nach Ablauf der Angebotsfrist öffnen mindestens zwei Vertreter des öffentlichen Auftraggebers die bis dahin verschlossenen Angebote, § 55 Abs. 2 VgV. Mit diesem Eröffnungstermin beginnt die Entscheidungsfindungsphase: Der Auftraggeber wertet die Angebote. Abschließend erteilt er dem wirtschaftlichsten Angebot den Zuschlag. Im Einzelnen gliedert sich die Phase der Entscheidungsfindung in folgende Schritte: formale Angebotsprüfung (a), Eignungs- und Ausschlussprüfung (b), (c), Richtigkeitsprüfung (d), und schließlich Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (e).

a) Ausschluss formal fehlerhafter Angebote

In einem ersten Schritt findet eine formale Prüfung der Angebote statt. Der Auftraggeber prüft insbesondere, ob die Angebote vollständig (§ 56 Abs. 1 VgV) und fristgerecht eingegangen sind. Angebote, die diese Grundvoraussetzungen nicht erfüllen, sind nach § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen.

b) Prüfung der Bieterreignung anhand der Eignungskriterien

Als zweiter Schritt folgt die Prüfung der Eignung der Bieter. Diese Eignungsprüfung filtert diejenigen Bieter vom weiteren Verfahren aus, die grundlegende Anforderungen für eine erfolgreiche Auftragsausführung nicht erfüllen. § 122 Abs. 1 GWB stellt fest, dass die Eignung eines Bieters von seiner Fachkunde und Leistungsfähigkeit abhängt. Anhand dieser unbestimmten Rechtsbegriffe hat die Verwaltung die Prognose-

⁵⁸ *Burgi* (Fn. 11), § 19 Rn. 11 spricht vom „wichtigste[n] Instrument“.

⁵⁹ So z.B. § 2 Abs. 6 Nr. 3 TVgG NRW.

⁶⁰ Siehe schon oben unter II. 2. a).

⁶¹ BVerfGE 116, 202 (221 ff., zur Rechtfertigung mit dem Ziel, Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und der Förderung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung auf S. 223 ff., 226 f.); einordnend *Pietzcker*, ZfBR 2007, 131 (136 f.); *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (469 ff.); kritisch *Tietje*, NZBau 2007, 23 (26).

⁶² EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06 = Slg. 2008, I-01989, Rn. 17 ff., 36 f., 38 ff. (Rüffert), der das Nds. Landesvergabegesetz an Richtlinie 96/71/EG misst, die im Lichte von Art. 49 EGV (heute: Art. 56 AEUV) auszulegen ist; zum Ganzen *Opitz* (Fn. 50), § 129 GWB Rn. 19 m.w.N.

⁶³ *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 13; zu Art. 3 GG und den Grundfreiheiten oben unter II. 1. und II. 2. a).

entscheidung zu treffen⁶⁴, ob ein konkreter Bieter die erforderliche Eignung besitzt. Hierbei eröffnet ihr § 122 Abs. 1 GWB einen Beurteilungsspielraum mit nur beschränkter gerichtlicher Nachprüfbarkeit.⁶⁵ Zwar gibt es im Wirtschaftsverwaltungsrecht auch prognostische Zuverlässigkeitsprüfungen, die trotz Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe vollständig gerichtlich überprüfbar sind; so z.B. die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO.⁶⁶ Anders als bei einer Gewerbeuntersagung handelt die beschaffende Verwaltung aber nicht im Modus der Eingriffsverwaltung.⁶⁷ Während die Gewerbeuntersagung einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet⁶⁸, beeinträchtigt die Zuschlagserteilung im Vergaberecht die Berufsfreiheit der unterlegenen Bieter regelmäßig nicht.⁶⁹ Außerdem basiert § 122 GWB auf sekundärem Unionsrecht (Art. 58 VRL), dessen unbestimmte Rechtsbegriffe großzügigere Beurteilungsspielräume einräumen als sonst im deutschen Recht üblich.⁷⁰ Der damit anzuerkennende Beurteilungsspielraum wird allerdings dadurch verengt, dass sich die Verwaltung an den zuvor aufgestellten Eignungskriterien (und entsprechenden Nachweisen) zu orientieren hat, § 122 Abs. 2 S. 1 GWB.⁷¹ Verfehlt wäre es, von einem Ermessen der Verwaltung zu sprechen: Aufträge dürfen nämlich nicht an ungeeignete Unternehmen vergeben werden, § 122 Abs. 1 GWB. Ein „Spielraum auf Rechtsfolgenseite“⁷² besteht damit nicht.

⁶⁴ Bultmann (Fn. 1), S. 82; Ricken (Fn. 21), S. 306; Wirner, ZfBR 2003, 545 (546); Wollenschläger (Fn. 3), S. 221; Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 17 m.w.N.

⁶⁵ BGH NZBau 2014, 185 (189, Rn. 40); Burgi (Fn. 11), § 18 Rn. 9; Dreher (Fn. 5), § 97 GWB Rn. 176–178; Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10; Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 19; Ricken (Fn. 21), S. 308; Ziekow (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 9; ebenso, aber ohne Trennung von Ermessen und Beurteilungsspielraum: Bultmann (Fn. 1), S. 82; Hölzl (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 23 f.; Wagner, in: Heuvels/Höb/Kuß/Wagner, Vergaberecht. Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2013, § 97 GWB Rn. 77 ff.; Wirner, ZfBR 2003, 545 (546 f.); zur beschränkten gerichtlichen Prüfung OLG Düsseldorf NZBau 2005, 597 (599).

⁶⁶ BVerwGE 121, 257 (261 f.) auch zu § 29d LuftVG; OVG Lüneburg BeckRS 2000, 21664 unter B. 1.; Marcks, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften. Kommentar, Bd. 1, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 GewO Rn. 29b; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 10 Rn. 45.

⁶⁷ Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10.

⁶⁸ Statt vieler Wieland (Fn. 21), Art. 12 GG Rn. 67.

⁶⁹ Siehe oben unter II. 2. a).

⁷⁰ Fehling (Fn. 48), § 122 GWB Rn. 10; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 107 AEUV Rn. 49.

⁷¹ So auch Wollenschläger (Fn. 3), S. 221 f., Opitz (Fn. 50), § 122 GWB Rn. 19.

⁷² Wollenschläger (Fn. 3), S. 564.

c) Prüfung, ob die Bieter Ausschlussgründe verwirklichen

Ein weiterer Schritt ist die Prüfung, ob Bieter wegen Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB vom weiteren Verfahren auszuschließen sind. Die Prüfung der Ausschlussgründe kann zu jedem Zeitpunkt im Vergabeverfahren stattfinden, §§ 123 Abs. 1, Abs. 4, 124 Abs. 1 GWB. Das GWB differenziert zwischen zwingenden (§ 123 GWB) und fakultativen Ausschlussgründen (§ 124 GWB). Bei Letzteren liegt der Ausschluss im Ermessen der Verwaltung. Da der Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen einen fakultativen Ausschlussgrund darstellt (§ 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB), kann die Verwaltung auch bei der Ausschlussprüfung Sekundäraufgaben wie den Umweltschutz wahrnehmen.

Ergreift ein auszuschließender Bieter ausreichende sog. Selbstreinigungmaßnahmen, um erneutes Fehlverhalten in Zukunft zu verhindern, darf er nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden, § 125 GWB. Die Verwaltung hat einen Spielraum bei der prognostischen Beurteilung, ob ergriffene Selbstreinigungmaßnahmen ausreichend sind.⁷³ Ihr kommt aber kein Ausschlussermessen zu.⁷⁴

d) Prüfung der Angebote auf rechnerische, technische und wirtschaftliche Richtigkeit

Im nächsten Schritt sind die Angebote auf rechnerische, technische und wirtschaftliche Richtigkeit zu prüfen, § 56 Abs. 1 VgV. Angebote, die fachlich bzw. technisch nicht zur Leistungsbeschreibung passen, sind als Änderung der Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen.⁷⁵ Dasselbe gilt für rechnerisch inkorrekte Angebote. Die wirtschaftliche Prüfung bezieht sich auf Angebote mit ungewöhnlich niedrigen Preisen oder Kosten. § 60 Abs. 1, Abs. 2 VgV verpflichtet die Verwaltung bei solchen Angeboten nachzuforschen, weshalb Preis bzw. Kosten so gering sind. Ist eine Aufklärung nicht möglich, liegt die Ablehnung des Angebots im Ermessen der Verwaltung, § 60 Abs. 3 S. 1 VgV. Ergibt die Nachforschung einen Verstoß des Bieters gegen rechtliche Verpflichtungen, beispielsweise aus dem Umwelt- oder Sozialrecht, ist die Verwaltung zur Angebotsablehnung verpflichtet, § 60 Abs. 3 S. 2 VgV.

e) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots anhand der Zuschlagskriterien

Auf letzter Stufe folgt nun das Herzstück des Vergabeverfahrens:⁷⁶ Die Verwaltung bewertet die verbliebenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. So

⁷³ Statt aller Begründung zum Regierungsentwurf des VergabeRModG, BT-Drs. 18/6281, S. 107, 110.

⁷⁴ Begründung, ebda., S. 107; Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 2018, § 125 GWB Rn. 10, 14.

⁷⁵ Beispielsfall bei OLG Brandenburg NZBau 2014, 525 (526).

⁷⁶ Ähnlich Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 15; Otting, VergabeR 2016, 316. Die hier dargestellte Prüfungsfolge ist nicht zwingend: Im offenen Verfahren kann die Angebotswertung auch vor der Eignungsprüfung erfolgen, § 42 Abs. 3 VgV.

ermittelt sie das wirtschaftlichste Angebot, dem der Zuschlag zu erteilen ist, § 127 Abs. 1 S. 1 GWB. Regelmäßig ist die Angebotswertung ein sehr komplexer Prüfungsschritt, der den Vergleich und die Gesamtschau vieler einzelner Angebotsmerkmale erfordert.⁷⁷ Die unbestimmten Rechtsbegriffe in § 127 Abs. 1 S. 1, S. 3 GWB („wirtschaftlichstes Angebot“, „bestes Preis-Leistungsverhältnis“) eröffnen der Verwaltung daher einen Beurteilungsspielraum bei der Bewertung der einzelnen Angebote auf Basis der Zuschlagkriterien.⁷⁸ Dieser Beurteilungsspielraum ist nur beschränkt gerichtlich überprüfbar.⁷⁹ Wie bei der Eignungsprüfung muss sich die Verwaltung allerdings zwingend an den zuvor festgelegten Kriterien orientieren, § 127 Abs. 1 S. 2 GWB. Diese Zuschlagskriterien strukturieren und begrenzen damit die Ausübung des Beurteilungsspielraumes.⁸⁰ Ist beispielsweise der Preis das einzige Zuschlagskriterium, so reduziert sich der Beurteilungsspielraum auf null: Die Angebotswertung besteht dann in einem einfachen, vollständig nachprüfaren Preisvergleich.⁸¹ § 127 Abs. 1 S. 1 GWB schreibt zwingend vor, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Wie bei der Angebotsprüfung kommt der Verwaltung daher auch hier auf Rechtsfolgenseite kein Ermessen zu.⁸²

5. Vergabeentscheidung: Erteilung des Zuschlags

Die Phase der Angebotswertung mündet in die zivilrechtliche Annahme des wirtschaftlichsten Angebots durch den Zuschlag (§§ 145 ff. BGB). Der damit geschlossene Vertrag ist zivilrechtlicher Natur.⁸³ Der erteilte Zuschlag ist grundsätzlich irreversibel (§ 168 Abs. 2 S. 1 GWB), denn *pacta sunt servanda*. Um dennoch effektiven Primärrechtsschutz für unterlegene Bieter zu gewährleisten,⁸⁴ sind sie mindestens 15 Tage vor Vertragsschluss umfassend über die geplante Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren, § 134 Abs. 1, Abs. 2 GWB. § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB sanktioniert den Verstoß gegen diese Mitteilungspflicht mit der *ex tunc*-Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages.

Überwiegend anerkannt ist inzwischen, dass der Abschluss des Vergabeverfahrens in seinem Aufbau nicht der Zwei-

Stufen-Lehre folgt.⁸⁵ Nähme man dies an, wäre dem Vertragsschluss (zweite Stufe) ein Verwaltungsakt über die Auswahl des Vertragspartners (erste Stufe) vorgelagert. Zwar gibt es bereits vor dem Vertragsschluss eine Entscheidung über die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots.⁸⁶ Dies zeigt § 134 GWB, der die Mitteilung dieser Auswahlentscheidung fordert. Die Auswahlentscheidung müsste aber auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet sein, um als Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) einen tauglichen Anknüpfungspunkt für die erste Stufe der Zwei-Stufen-Lehre zu bilden. Da die Entscheidung nach § 134 GWB aber nur den unterlegenen Bietern mitgeteilt wird, ist keine Regelungsabsicht gegenüber dem erfolgreichen Bieter erkennbar.⁸⁷ Gegen den Regelungscharakter spricht außerdem die Betitelung der Mitteilungspflicht als bloße Informations- und Wartepflicht (§ 134 GWB).⁸⁸ Die vorab bekanntzumachende Auswahlentscheidung ist damit mangels Regelungscharakters kein Verwaltungsakt, sondern ein bloßes Verwaltungsinternum.⁸⁹ Folglich scheidet sie als Anknüpfungspunkt für die erste Stufe der Zwei-Stufen-Lehre aus. Diese ist damit im Vergaberecht abzulehnen.

Die dem Zuschlag folgende Vertragsausführung unterliegt vor allem dem Zivilrecht.⁹⁰ Das Vergaberecht trifft hier nur vereinzelt Regelungen, beispielsweise in § 133 GWB zur Kündigung. Im Baubereich verpflichtet § 8a Abs. 1 VOB/A-EU zur Anwendung der allgemeinen Vertragsbedingungen aus Teil B der VOB. Für die Vertragsabwicklung sind außerdem die oben angesprochenen Ausführungsbedingungen relevant.

Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren theoretisch auch ohne Zuschlag beenden, indem er es aufhebt. Ist eine solche Aufhebung nicht nach § 63 Abs. 1 VgV gerechtfertigt, können den Auftraggeber Schadensersatzansprüche der Bieter nach § 280 Abs. 1 i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 1

⁷⁷ Dreher (Fn. 5), § 97 Rn. 327; Fehling (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 194; Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88.

⁷⁸ Ganz h.M., siehe zum Beispiel BGH NZBau 2002, 107; NZBau 2002, 344 (345); Braun/Kappenmann, NZBau 2006, 544 (547); Burgi, NZBau 2007, 457 (474); Fehling (Fn. 50), § 97 GWB Rn. 191, 194; Herrmann, VergabeR 2015, 296 (303); Hölzl (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 52; Ricken (Fn. 21), S. 315; Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88; Ziekow (Fn. 48), § 127 GWB Rn. 48.

⁷⁹ Dazu statt vieler Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 88 m.w.N.

⁸⁰ So auch Opitz (Fn. 50), § 127 GWB Rn. 89; Wollenschläger (Fn. 3), S. 226 f., 570.

⁸¹ Opitz, ebda.; Wollenschläger (Fn. 3), S. 570.

⁸² Wollenschläger (Fn. 3), S. 564.

⁸³ Statt vieler BVerwGE 129, 9 (13); BGH, Urt. v. 8.4.1965 – III ZR 230/63, unter II. 2. (juris); Wollenschläger (Fn. 3), S. 228 f. m.w.N.

⁸⁴ Wollenschläger (Fn. 3), S. 227 f.; Ziekow (Fn. 48), § 134 GWB Rn. 4; allg. Röhl (Fn. 3), § 30 Rn. 20.

⁸⁵ BVerwGE 129, 9 (18 f., Rn. 15) für den Unterschwellenbereich; Burgi (Fn. 11), § 19 Rn. 1; Detterbeck, in: Gornig u.a., Festschrift für Werner Frottscher zum 70. Geburtstag, 2007, S. 399 (406, 409); Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (439, 441 f.); Kaelble, Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, 2008, S. 211.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 28.10.1999 – C-81/91 = Slg. 1999, I-7671, Rn. 43 (Alcatel Austria); EuGH, Urt. v. 11.1.2005 – C-26/03 = Slg. 2005, I-1, Rn. 31 (Stadt Halle); Schliesky, in: Kluth u.a., Festschrift für Rolf Stober, 2008, S. 523 (528); Wollenschläger (Fn. 3), S. 233.

⁸⁷ Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (442); Kaelble, ZfBR 2003, 657 (658); Wollenschläger (Fn. 3), S. 237.

⁸⁸ Wollenschläger (Fn. 3), S. 236; ähnl. Englisch, VerwArch 98 (2007), 410 (441 f.).

⁸⁹ Ebenso Detterbeck (Fn. 85), S. 399 (409); Kaelble, ZfBR 2003, 357 (658); Kaelble (Fn. 85), S. 211; allg. Röhl, VerwArch 86 (1995), 531 (561); Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Aufl. 2018, § 35 VwVfG Rn. 161a, 163; Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 980.

⁹⁰ Anders beispielsweise in den USA, dort gibt es ein spezielles „Government Contracts Law“, Burgi (Fn. 11), § 2 Rn. 15.

BGB treffen (z.B. Ersatz der Kosten, die die Erstellung des Angebots verursacht hat).⁹¹ Fehlt jeglicher sachlicher Grund für die Aufhebung, ist sie unwirksam und das Vergabeverfahren ist fortzuführen.⁹²

IV. Als Referenzpunkt: Die Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich

Dem dargestellten Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich wird nachfolgend ein Überblick zur Vergabe im Unterschwellenbereich⁹³ gegenübergestellt. Dieser Bereich ist von hoher praktischer Relevanz: Nach Schätzungen unterschreiten rund 90 % der Vergabeverfahren die Schwellenwerte.⁹⁴

Traditionell ist das Recht im Unterschwellenbereich auf den Haushalts- und nicht den Wettbewerbsschutz oder die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben ausgerichtet. Die gesetzliche Regelungsdichte ist geringer und die Vergabeverfahren sind weniger stark formalisiert. Die Unterschiede zwischen Ober- und Unterschwellenbereich haben sich jedoch verkleinert: Der Unterschwellenbereich nähert sich dem Recht oberhalb der Schwellenwerte an.⁹⁵

Motor dieser Annäherung sind erstens die aus den europäischen Grundfreiheiten folgenden Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung.⁹⁶ In Konkretisierung dieser Grundsätze hat der EuGH beispielsweise festgestellt, dass auch im Unterschwellenbereich die nachträgliche Änderung von Zuschlagskriterien ausgeschlossen ist.⁹⁷ Ihre harmonisierende Wirkung entfalten die Grundfreiheiten freilich nur, wenn sie wegen eines grenzüberschreitenden Interesses der fraglichen Vergabe anwendbar sind.⁹⁸

⁹¹ *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 9 f.; *Dieck-Bogatzke*, *VergabeR* 2008, 392 (395); *Jürschik*, *VergabeR* 2013, 663 (664), je m.w.N.

⁹² *Burgi* (Fn. 11), § 13 Rn. 11; *Dieck-Bogatzke*, *VergabeR* 2008, 392 (395 ff.); *Jürschik*, *VergabeR* 2013, 663 (664 ff.); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 240, je m.w.N.

⁹³ Zu den im Unterschwellenbereich relevanten Rechtsquellen siehe oben II. 2. b).

⁹⁴ BMWi, Diskussionspapier Rechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte, 15.6.2010, S. 2; so statt vieler auch *Ruthig*, *NZBau* 2005, 497 (498).

⁹⁵ *Ortner*, *VergabeR* 2017, 560 (561); ähnlich, aber zurückhaltender *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 1 (30).

⁹⁶ Siehe zu diesen Grundsätzen oben II. 1.

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 27 ff. (*Enterprise Focused Solutions*).

⁹⁸ So im Unterschwellenbereich zum Beispiel bei der Beschaffung eines IT-Systems von einer international bekannten Marke, EuGH, Urt. v. 16.4.2015 – C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228, Rn. 22 (*Enterprise Focused Solutions*); siehe auch die oben in Fn. 13, 14 Genannten; *Siegel*, *VerwArch* 107 (2016), 1 (6), meint einschränkend, ein grenzüberschreitendes Interesse sei im Unterschwellenbereich wegen des oft geringen Auftragsvolumens selten; vertiefend *Siegel*, *EWS* 2008, 66 (68 f.).

Zweitens bewirkt die UVgO eine Angleichung des Unter- an den Oberschwellenbereich.⁹⁹ Denn ausweislich ihrer amtlichen Bekanntmachung ähnelt sie dem GWB und der VgV an vielen Stellen.¹⁰⁰ Dies zeigt schon § 2 UVgO: Wie § 97 GWB betont er Wettbewerb, Transparenz und die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben wie dem Umweltschutz als Grundsätze der Vergabe. Auch die Verfahrensarten im Unterschwellenbereich (§§ 8 ff. UVgO) gleichen im Grundsatz denen im Oberschwellenbereich.¹⁰¹ Die öffentliche Ausschreibung nach § 9 UVgO erinnert beispielsweise an das offene Verfahren nach § 119 Abs. 3 GWB. Die im Oberschwellenbereich nicht verfügbare Auftragsvergabe ohne Verfahren (freihändige Vergabe)¹⁰² ist außerdem auch unterhalb der Schwellenwerte nur in engen Grenzen möglich, §§ 14 UVgO, 3a Abs. 4 VOB/A.

Ein dritter Faktor für die Annäherung von Ober- und Unterschwellenbereich sind die Landesvergabeetze, die für beide Bereiche gelten. Sie betreffen primär die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben. § 2 TVgG NRW schreibt für ihm unterfallende Aufträge zum Beispiel die Zahlung bestimmter Mindestentgelte vor.

Nach alledem kann auch das Beschaffungswesen unterhalb der Schwellenwerte nicht mehr als „Domäne der Exekutive“¹⁰³ gelten. Das Verwaltungshandeln ober- und unterhalb der Schwellenwerte unterscheidet sich nicht mehr grundlegend. Unterschiedlich bleiben vor allem die Rechtsschutzregime.¹⁰⁴

V. Fazit: Handlungscharakteristika der nachfragenden Verwaltungstätigkeit

Vor dem Hintergrund der obigen Darstellungen zur Auftragsvergabe im Ober- und Unterschwellenbereich soll nun abschließend beantwortet werden, durch welche Handlungscharakteristika sich die nachfragende Verwaltungstätigkeit auszeichnet. Folgende Charakteristika lassen sich formulieren:

1. Im Handlungsmodus der nachfragenden Verwaltungstätigkeit greift die Verwaltung nicht, wie im Modus der Hoheitsverwaltung, auf ihre übergeordnete Rechtsmacht zu-

⁹⁹ *Lausen*, *NZBau* 2017, 3 (8); *Probst/Winters*, *VergabeR* 2017, 311 (322).

¹⁰⁰ Amtl. Bekanntm. d. UVgO v. 2.2.2017, BAnz AT, 7.2.2017 B1, S. 1, nur auf VgV verweisend.

¹⁰¹ *Siegel* (Fn. 14), 5. Teil, Rn. 53; *Ziekow* (Fn. 66), § 9 Rn. 71.

¹⁰² Den weitgehendsten Verzicht auf ein förmliches Vergabeverfahren erlaubt im Oberschwellenbereich das nur ganz selten zulässige Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (siehe dazu oben unter III.), dem im Unterschwellenbereich die weniger streng reglementierte Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb (§ 8 Abs. 4 UVgO) entspricht.

¹⁰³ So *Pietzcker*, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, 1978, S. 237 über das deutsche (nicht zweiseitige) Vergaberecht in 1978.

¹⁰⁴ BVerfGE 116, 135 (135 f.) erklärt dies aber für verfassungsmäßig; siehe zum Rechtsschutz im Vergaberecht *Burgi* (Fn. 11), §§ 20–22.

rück¹⁰⁵ und tritt dem Bürger imperativ gegenüber: Sie nimmt als Nachfrager am Marktgeschehen teil und beeinflusst es nicht regulierend von außen.¹⁰⁶ Das zentrale Instrument der Auftragsvergabe ist mit dem privatrechtlichen Vertrag folglich eine konsensuale und keine einseitig-hoheitliche Handlungsform. Dennoch bleibt die nachfragende Verwaltungstätigkeit staatliches Handeln¹⁰⁷ und ist als solches an die Grundrechte gebunden. Der nachfragenden Verwaltung kommt damit keine Privatautonomie zu.¹⁰⁸

2. Die nachfragende Verwaltungstätigkeit zeichnet sich durch starke Verfahrensformalisierung aus.¹⁰⁹ Die Verwaltung hat öffentliche Aufträge im Rahmen eines mehrpoligen Auswahlverfahrens zu vergeben, an der neben ihr der erfolgreiche und die nicht erfolgreichen Bieter beteiligt sind.¹¹⁰ Der Verzicht auf ein solches Vergabeverfahren ist nur in ganz seltenen Ausnahmefällen zulässig.¹¹¹ Die Formalisierung des Verfahrens variiert je nach gewählter Verfahrensart und nimmt (mit Geltung der UVgO) auch im Unterschwellenbereich zu. Typische Instrumente, die die Logik des Marktprinzips ausmachen, stehen der Verwaltung wegen der Verfahrensformalisierung nur beschränkt zur Verfügung: Beispielsweise kann sie nur begrenzt auf die Verhandlung als typisches Instrument zur Preis- und Vertragsoptimierung zurückgreifen. Insgesamt macht die Formalisierung das Verwaltungshandeln also weniger flexibel und effizient¹¹², dient aber Transparenz, Gleichbehandlung, und Wettbewerb.

3. Die nachfragende Verwaltungstätigkeit ist überdies durch zahlreiche Entscheidungsspielräume der Verwaltung

geprägt.¹¹³ Die Wahrnehmung von Sekundäraufgaben steht oft in ihrem Ermessen und bei der Eignungsprüfung wie auch der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots verfügt sie über Beurteilungsspielräume. Das formalisierte Vergabeverfahren kompensiert die mit den Beurteilungsspielräumen einhergehende Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle.¹¹⁴ Das Verfahren hat nicht nur eine „dienende Funktion“, sondern versucht eine gleichheitskonforme und transparente Vergabeentscheidung sicherzustellen.¹¹⁵ Man denke beispielhaft an die Konzeptphase, in der Zuschlags- und Eignungskriterien aufzustellen sind, die den Beurteilungsspielraum der Verwaltung in der Entscheidungsfindungsphase begrenzen.

4. Nach alledem unterscheidet sich die Verwaltung deutlich von privaten Marktteilnehmern.¹¹⁶ Diese sind insbesondere nicht an die Grundrechte gebunden, handeln privatautonom und haben keine aufwendigen Vergabeverfahren durchzuführen. Auch sind sie mit dem Risiko der Insolvenz einem faktischen Zwang zu wirtschaftlichem Handeln ausgesetzt. Der Verwaltung muss dieser Zwang wegen ihrer letztlich unbegrenzten Finanzmittel normativ auferlegt werden (vgl. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, § 6 Abs. 1 HGrG).¹¹⁷ Das Vergabeverfahren soll die Verwaltung zu wirtschaftlicher Beschaffung anhalten.¹¹⁸ Nicht übersehen werden dürfen aber die Transaktionskosten, die es selbst verursacht. Letztlich scheint es treffend, die Verwaltung als „atypischen Marktteilnehmer“¹¹⁹ zu charakterisieren.

Abschließend sei bemerkt, dass das Vergaberecht mit der nachfragenden Verwaltungstätigkeit einen (wirtschaftlich) wichtigen Ausschnitt staatlichen Handelns verrechtlicht hat. Dabei kann das Vergaberecht einerseits als Teil des Privatisierungsfolgenrechts aufgefasst werden.¹²⁰ Fragt der Staat beispielsweise Dienstleistungen im Bereich der Abfallentsorgung oder des Straßenbaus nach, nutzt er Private zur Erfüllung seiner Aufgaben (Verwaltungshilfe oder funktionale

¹⁰⁵ BVerfGE 116, 135 (150).

¹⁰⁶ BVerfGE 116, 135 (152). Dies meint das BVerfG, wenn es in E 116, 135 (150) schreibt, die nachfragende Verwaltung unterscheide „sich nicht grundlegend von anderen Marktteilnehmern.“ Angesichts der materiellen Grundrechtsbindung der privatrechtlich handelnden Verwaltung (Art. 1 Abs. 3 GG) ist es aber entgegen E 116, 135 (150) konsequent, die Auftragsvergabe als Akt öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG einzustufen; so schon BVerfG (K) NZBau 2004, 564 (565); ebenso *Burgi* (Fn. 11), § 4 Rn. 12; *Schoch*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 50 Rn. 10.

¹⁰⁷ *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 (428).

¹⁰⁸ *Bungenberg* (Fn. 9), S. 133; *Marx* (Fn. 1), S. 305 (328); *Voßkuhle* (Fn. 3), S. 277 (295 f.); allg. *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 90.

¹⁰⁹ *Fehling*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 38 Rn. 86, 87: Vergaberecht als „Referenzgebiet für [...] Verfahrensformalisierung“; *Hoffmann-Riem*, ebda., § 33 Rn. 86.

¹¹⁰ *Bultmann* (Fn. 1), S. 60; *Fehling* (Fn. 48), § 97 GWB Rn. 42; *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 247.

¹¹¹ Einen vollständigen Verzicht erlauben nur § 14 UVgO, § 3a Abs. 4 VOB/A im Unterschwellenbereich. Dem kommt das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb im Oberschwellenbereich am nächsten (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 a.E., Abs. 4 VgV), das unterhalb der Schwellenwerte als Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb existiert (§ 8 Abs. 4 UVgO); siehe schon Fn. 102.

¹¹² *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), 427 (432 f.).

¹¹³ So explizit auch *Klingner*, Die Vorabinformationspflicht des öffentlichen Auftraggebers, 2005, S. 52.

¹¹⁴ Allg. so auch *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772 (776 f.).

¹¹⁵ *Burgi*, NZBau 2003, 16 (19); allg. so auch *Schmidt-Preuß*, NVwZ 2005, 489 (490); *Wollenschläger* (Fn. 3), S. 690 f.

¹¹⁶ *Bungenberg* (Fn. 9), S. 133; *Fuchs*, in: Kirchhof/Kortel/Magen, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, § 15 Rn. 13; *Klingner* (Fn. 113), S. 46 ff.; *Scherzberg*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 49 Rn. 116; weitergehend wollen *Fehling* (Fn. 48), § 97 GWB Rn. 36 und *Voßkuhle* (Fn. 3), S. 277 (301) die Verwaltung wegen ihrer Nachfragestärke nicht als (normalen) Marktteilnehmer sehen.

¹¹⁷ So auch *Bungenberg* (Fn. 9), S. 135 f.; in diese Richtung auch *Frister*, VergabeR 2011, 295 (296); *Fuchs* (Fn. 116), § 15 Rn. 15; *Marx* (Fn. 1), S. 305 (317 f.); eingehend *Klingner* (Fn. 113), S. 47.

¹¹⁸ *Klingner* (Fn. 113), S. 50 f.; *Scherzberg* (Fn. 116), § 49 Rn. 123.

¹¹⁹ *Wallerath* (Fn. 20), S. 67, 314; *Walther*, Das öffentliche Auftragswesen, 1979, S. 63.

¹²⁰ *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (604); *ders.* (Fn. 11), § 11 Rn. 25; *Fuchs* (Fn. 116), § 15 Rn. 6.

Privatisierung).¹²¹ Den Staat trifft hier die Verantwortung, die erfolgreiche Erfüllung der privatisierten Aufgabe zu gewährleisten (Gewährleistungsverantwortung¹²², siehe z.B. § 22 KrWG). Da das Vergaberecht der Auswahl eines fähigen Vertragspartners dient, ist es ein Instrument zur Wahrnehmung dieser Verantwortung.¹²³ Andererseits ist das Vergaberecht aber nicht auf diese Perspektive zu verengen. Es sollte als selbstständiges Rechtsgebiet betrachtet werden, da eine Vielzahl von Vergabeverfahren keine Privatisierungsvorgänge betreffen, sondern zur staatlichen Eigenbedarfsdeckung durchgeführt werden.

¹²¹ Zu diesen Begriffen statt vieler *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder (Fn. 108), § 1 Rn. 23.

¹²² Zu diesem Begriff statt vieler *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 3), § 12 Rn. 158 ff.

¹²³ *Burgi*, VergabeR 2007, 457 (459): Vergaberecht als „Instrument staatlicher Gewährleistungsverantwortung“, ebenso *ders.*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Gutachten D, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil D, 2008, S. D 101 f.; ähnlich *Franzius*, Der Staat 45 (2006), 547 (566 ff.).