

Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber

Bearbeitet von
Dr. Robin Ricken

1. Auflage 2014. Buch. 361 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8487 1162 8
Gewicht: 545 g

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Robin Ricken

Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume
öffentlicher Auftraggeber



Nomos

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 41

Robin Ricken

Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht

Zur Dogmatik der Entscheidungsspielräume
öffentlicher Auftraggeber



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2013

ISBN 978-3-8487-1162-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-5313-8 (ePDF)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
1. Teil Die Verwaltung zwischen Entscheidungsfreiheit und Gesetzesbindung	25
A. Einleitung	25
B. Verwaltungs- und Vergaberecht zwischen Freiheit und Bindung	28
I. Verwaltung zwischen Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung	28
II. Öffentliche Auftragsvergabe zwischen Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung	32
1. Die Entwicklung der öffentlichen Auftragsvergabe	32
2. Das Regelungssystem der §§ 97 ff. GWB	34
3. Gestaltungsfreiheit und Gesetzesbindung öffentlicher Auftraggeber	38
a) Gestaltungsbedürftige und ergebnisoffene Entscheidungen	38
b) Zu beachtende Bindungen und Einschränkungen	40
III. Ausgangslage und Ziele der Darstellung	42
C. Regelungstypen und Entscheidungsspielräume im Verwaltungsrecht	45
I. Die systematische Einteilung der verwaltungsrechtlichen Entscheidungsspielräume	46
1. Die verschiedenen Arten von Rechtsnormen	46
a) Regeln	46
aa) Tatbestand	47
bb) Rechtsfolge	48
b) Prinzipien	48
aa) Planungsziele	49
bb) Planungsermessen	49
cc) Sonderfall: Regulierungsermessen	50
c) Zwischenfazit	51
d) Regelungstypus der vergaberechtlichen Rechtssätze	51
2. Die Strukturierung der Entscheidungsspielräume bei konditionalen Rechtssätzen	54

Inhaltsverzeichnis

a)	Die Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen	54
b)	Kritik an der Trennung von Beurteilungsspielraum und Ermessen	56
c)	Verschänkungen	57
d)	Stellungnahme	58
II.	Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum	62
1.	Der unbestimmte Rechtsbegriff	63
2.	Das Bestehen eines Beurteilungsspielraums	64
a)	Normierung von Beurteilungsspielräumen	65
b)	Bemühungen um die Schaffung einer verwaltungsprozessualen Vorschrift	66
c)	Lösungsansätze der Rechtswissenschaft	67
d)	Lösungsansätze der Rechtsprechung	73
aa)	Prüfungsentscheidungen und prüfungsähnliche Entscheidungen	74
bb)	Beamtenrechtliche Entscheidungen	76
cc)	Entscheidungen weisungsfreier Gremien und Ausschüsse	77
dd)	Prognoseentscheidungen	77
ee)	Entscheidungen verwaltungspolitischer Art	78
3.	Gegenstand des Beurteilungsspielraums und verbleibende Kontrollbefugnisse der Gerichte	79
4.	Zusammenfassung	80
III.	Das verwaltungsrechtliche Ermessen	81
1.	Begriff und Grundlagen	81
a)	Materielles Ermessen	82
b)	Verfahrensermessen	85
2.	Die Verfassungsmäßigkeit von Ermächtigungen zur Ermessensausübung	86
3.	Die Einräumung von Ermessen	89
4.	Grenzen des Ermessens und gerichtliche Kontrollbefugnisse	92
5.	Die Ermessensfehlerlehre	94
a)	Die einzelnen Ermessensfehler	95
aa)	Ermessensnichtgebrauch	95
bb)	Ermessensfehlgebrauch	96
cc)	Ermessensüberschreitung	96
b)	Ermessensfehler und Fehlerfolgen beim Verfahrensermessen	97
6.	Zusammenfassung	98

2. Teil Die Behandlung von Entscheidungsspielräumen in der Rechtsprechung zum GWB-Vergaberecht und zu anderen Verteilungsentscheidungen	101
D. Die vergaberechtliche Rechtsprechung zu Entscheidungsspielräumen – eine analytische Darstellung	101
I. Problemaufriss	101
II. Rechtsprechungsanalyse	103
1. Die Schätzung des Auftragswertes	104
a) Fehlende oder fehlerhafte Schätzung des Auftragswertes	106
b) Missbräuchliche Schätzung des Auftragswertes oder Aufteilung des Auftrags	108
2. Die Aufteilung der Aufträge in Lose	109
a) Das Gebot der Losaufteilung und seine Durchbrechung (»Ob«)	111
b) Die Aufteilung in Lose (»Wie«)	113
3. Die Wahl der Verfahrensart	116
4. Die Leistungsbeschreibung	118
5. Der Ausschluss von Angeboten	124
a) Zwingende Ausschlussgründe	124
b) Fakultative Ausschlussgründe	126
aa) Ausschluss wegen fehlender Erklärungen und Nachweise	126
bb) Andere Ausschlussgründe	130
6. Die Eignungsprüfung	130
a) Die Begriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit	132
b) Eignungsnachweise	134
c) Feststellung der Bieter eignung	136
d) Öffentlicher Teilnahmewettbewerb	139
7. Die Wertung der Angebote	141
a) Die Preisprüfung	141
b) Die Angebotswertung	143
aa) Die Auswahl der Zuschlagskriterien	145
bb) Die Gewichtung der gewählten Zuschlagskriterien	146
cc) Die Wertungsentscheidung im Einzelfall	146
8. Die Aufhebung der Ausschreibung	150
9. Weitere Verfahrensschritte mit möglichen Entscheidungsspielräumen	152

Inhaltsverzeichnis

a)	Die Einschaltung von Sachverständigen	152
b)	Fristen	154
c)	Angebotsaufklärung und Nachverhandlungen	155
d)	Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten	157
10.	Zusammenfassung	160
E.	Die Rechtsprechung zu Entscheidungsspielräumen außerhalb des GWB-Vergaberechts – eine vergleichende Darstellung	162
I.	Personalauswahlentscheidungen	163
1.	Beamtenrecht	163
2.	Personalauswahl außerhalb des Beamtenrechts	168
a)	Bestellung von Notaren	169
b)	Insolvenzverwalterauswahl	170
c)	Überblick über weitere Personalauswahlentscheidungen außerhalb des Beamtenrechts	174
aa)	Bestellung von Sachverständigen nach der GewO	174
bb)	Bestellung von Sachverständigen nach der RöV	176
cc)	Bestellung von Bezirksschornsteinfegern	177
3.	Fazit zu Personalauswahlentscheidungen	177
II.	Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und Konzessionen außerhalb des Vergaberechts	177
1.	Vergabe von Dienstleistungskonzessionen	178
a)	Rechtliche Vorgaben	178
b)	Entscheidungsspielräume	180
2.	Vergabe von Bodenabfertigungsdiensten	182
a)	Rechtliche Vorgaben	182
b)	Entscheidungsspielräume	184
3.	Weitere Vergaben von Dienstleistungsaufträgen und Konzessionen außerhalb des Vergaberechts	186
III.	Fazit	187
3. Teil	Entscheidungsspielräume im GWB-Vergaberecht	189
F.	Rechtsrahmen der vergaberechtlichen Entscheidungsspielräume	189
I.	Europäisches Vergaberecht	189
1.	Unionsrechtlicher Normenbestand	189
2.	Europäisches Sekundärrecht	191
a)	Verhältnis zur mitgliedstaatlichen Rechtsordnung	191
b)	Die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)	193

c)	Die Rechtsmittelrichtlinie (RMRL)	195
d)	Zwischenergebnis	196
3.	Europäisches Primärrecht	197
a)	Primärrechtliche Ausgangslage und Verhältnis zum Sekundärrecht	197
b)	Grundfreiheiten	198
aa)	Bedeutung und Schutzgehalt der Grundfreiheiten	198
bb)	Vorgaben aus den Grundfreiheiten	200
c)	Grundrechte auf europäischer Ebene	202
aa)	Grundrechtssystem der Europäischen Union	202
bb)	Vorgaben aus der EU-Grundrechte-Charta	204
cc)	Vorgaben aus der Europäischen Menschenrechtskonvention	207
d)	Zwischenergebnis	209
4.	Ergebnis der Untersuchung unionsrechtlicher Vorgaben	209
II.	Nationaler Rechtsrahmen	210
1.	Verfassungsrecht	210
a)	Die Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	210
b)	Grundrechtsbindungen öffentlicher Auftraggeber	214
c)	Die bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden Grundrechte	217
aa)	Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG	218
bb)	Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG	226
cc)	Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG	227
dd)	Die Garantie des Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt aus Art. 19 Abs. 4 GG	231
ee)	Fazit	238
d)	Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben	239
2.	Allgemeines Verwaltungsrecht	240
a)	Der Anwendungsbereich des VwVfG	240
b)	Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren im formellen Sinne	242
c)	Standort der Auftragsvergabe im Koordinatensystem des Verwaltungshandelns	244
d)	Einfluss des VwVfG auf das Vergaberecht	246
aa)	Unmittelbare Anwendung des VwVfG im Vergaberecht	246

Inhaltsverzeichnis

bb) Vergaberecht als gemeinsames Recht	248
cc) Privatrechtliche Zuordnung des GWB-Vergaberechts	248
e) Die analoge Anwendung der verwaltungsrechtlichen Ermessenslehre im GWB-Vergaberecht	251
aa) Die Voraussetzungen der Gesetzesanalogie	251
bb) Vergleichbare Interessenlage	253
cc) Fazit	260
f) Die analoge Anwendung des § 114 VwGO im Vergaberecht	261
g) Regelungsvorschlag für das Vergaberecht	263
III. Ergebnis	265
G. Entscheidungsspielräume öffentlicher Auftraggeber	267
I. Vergaberechtliche Beurteilungsspielräume	267
1. Die Schätzung des Auftragswerts	268
a) Fehlende oder fehlerhafte Schätzung des Auftragswerts	269
aa) Prognosebegriff	270
bb) Prognosebasis	270
cc) Prognosemethode	271
dd) Auswirkungen für die vergaberechtliche Nachprüfung	273
b) Missbräuchliche Schätzung des Auftragswerts oder Aufteilung des Auftrags	274
2. Das Vorliegen wirtschaftlicher oder technischer Gründe i.S.d. § 97 Abs. 3 S. 3 GWB	274
3. Tatbestandsvoraussetzungen für die verschiedenen Verfahrensarten	277
4. Die Leistungsbeschreibung	285
5. Der Ausschluss von Angeboten	292
a) Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich zwingend auszuschließender Bewerber oder Bieter	292
b) Der Ausschluss aufgrund einer schweren Verfehlung	296
aa) Der konkrete Ausschluss	298
bb) Der generelle Ausschluss, sog. Auftragssperre	298
6. Die Eignungsprüfung	299
a) Die Bestimmung der Eignungsanforderungen	299
b) Der Umfang der geforderten Eignungsnachweise	301
c) Die Feststellung der Bieter eignung	305

d)	Auswirkungen für die vergaberechtliche Nachprüfung	308
7.	Die Wertung der Angebote	308
a)	Die Unangemessenheit des Preises	308
b)	Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	310
aa)	Die Auswahl der Zuschlagskriterien	310
bb)	Die Gewichtung der ausgewählten Zuschlagskriterien	312
cc)	Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots	313
c)	Auswirkungen für die vergaberechtliche Nachprüfung	315
8.	Ausführungsbedingungen	315
9.	Die Aufhebung der Ausschreibung aus anderen schwerwiegenden Gründen	318
10.	Die Gleichwertigkeit von Nebenangeboten	319
II.	Vergaberechtliches Ermessen	321
1.	Verfahrensermessen	322
a)	Vergaberechtliches Verfahrensermessen	322
b)	Folgen einer fehlerhaften Ausübung des vergaberechtlichen Verfahrensermessens	325
c)	Einzelbetrachtungen	327
aa)	Die Verfahrenswahl	327
bb)	Die Bestimmung der vorzulegenden Eignungsnachweise	329
2.	Materielles Ermessen	331
a)	Vergaberechtliches Ermessen bei materiellen Entscheidungen	331
b)	Folgen einer fehlerhaften Ausübung des materiellen Ermessens	333
c)	Einzelbetrachtungen	334
aa)	Die Auswahl geeigneter Bewerber im Teilnahmewettbewerb	334
bb)	Das Absehen von zwingenden Ausschlussgründen gem. § 6 Abs. 4 Nr. 3 VOB/A-EG (2012)	335
4. Teil	Fazit	337
	Literaturverzeichnis	343