

Inhaltsübersicht

| | |
|------------------|---|
| Einführung | 1 |
|------------------|---|

Allgemeiner Teil Die Gleichheitsrechte im Vergaberecht

| | |
|---|-----------|
| <i>Erstes Kapitel: Art. 2 VKR und die Grundfreiheiten</i> | <i>13</i> |
|---|-----------|

| | |
|----------------------------|----|
| § 1. Art. 2 VKR..... | 13 |
| § 2. Grundfreiheiten | 16 |

| | |
|---|-----------|
| <i>Zweites Kapitel: Der allgemeine primärrechtliche Gleichheitssatz</i> | <i>18</i> |
|---|-----------|

| | |
|--|----|
| § 1. Allgemeiner Gleichheitssatz und Vergaberecht | 18 |
| § 2. Tatbestand: Wesentliche Gleichheit bzw. wesentliche Ungleichheit .. | 22 |
| § 3. Reaktion auf eine Ungleichbehandlung: Rechtfertigung | 37 |

| | |
|--|-----------|
| <i>Drittes Kapitel: Reichweite der Gleichheitssätze im Vergaberecht.....</i> | <i>57</i> |
|--|-----------|

| | |
|--|----|
| § 1. Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Vergaberecht | 57 |
| § 2. Binnenmarktbezug als Voraussetzung jeglichen Gleichheitsrechts | 74 |

| | |
|---|-----------|
| <i>Viertes Kapitel: Einheitliche Struktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht und ihr Verhältnis untereinander</i> | <i>87</i> |
|---|-----------|

| | |
|--|-----|
| § 1. Tatbestand und Rechtsfolge..... | 87 |
| § 2. Konkurrenzen der Gleichheitssätze im Vergaberecht | 101 |

| | |
|---|------------|
| <i>Fünftes Kapitel: Der Gemeinsame Markt als vergaberechtliches tertium comparationis</i> | <i>108</i> |
|---|------------|

| | |
|---|-----|
| § 1. Wertungsvorgaben aus dem Ziel des Gemeinsamen Marktes..... | 109 |
| § 2. Konkretisierung eines Gerechtigkeitsmaßstabs..... | 131 |
| § 3. Zusammenfassung des Allgemeinen Teils: Prüfungsstruktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht..... | 135 |

Besonderer Teil

Die einzelnen Stationen des staatlichen Einkaufs

| | |
|--|------------|
| <i>Sechstes Kapitel: Festlegung des Bedarfsgegenstandes</i> | 141 |
| § 1. Beschaffungsautonomie | 141 |
| § 2. Beschaffungsautonomie und Gleichheitssätze | 145 |
| <i>Siebttes Kapitel: Gleichbehandlung und Ausschreibung.....</i> | 157 |
| § 1. Allgemeines | 158 |
| § 2. Wesentliche Gleichheit der Unternehmen bei einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit | 161 |
| § 3. Rechtfertigung einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungs- möglichkeit trotz wesentlicher Gleichheit | 181 |
| <i>Achtes Kapitel: Chancengleichheit</i> | 198 |
| § 1. Allgemeines | 198 |
| § 2. Einzelne Beeinträchtigungen der Chancengleichheit | 200 |
| <i>Neuntes Kapitel: Materielle Gleichbehandlung im Vergabeverfahren</i> | 226 |
| § 1. Allgemeines | 226 |
| § 2. Politisch motivierte Vergabe | 231 |
| § 3. Übliche Auftragsvergabe | 286 |
| § 4. Sonderproblem: Typisierungen..... | 294 |
| § 5. Sonderproblem: Teilnehmerwettbewerb und beschränkte Ausschreibung..... | 304 |
| <i>Zehntes Kapitel: Transparenz</i> | 312 |
| § 1. Allgemeines | 312 |
| § 2. Transparenz als Publizitätsgebot und als Gebot der Nachprüfbarkeit..... | 315 |
| Kurze Zusammenfassung, Schlussbemerkungen und Ausblick | 341 |
| Literaturverzeichnis..... | 345 |
| Sachverzeichnis | 359 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------------|-------|
| Vorwort | VII |
| Inhaltsübersicht | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXIII |

| | |
|--|----|
| Einführung | 1 |
| I. Problemaufriss | 1 |
| 1. Prinzipien und Regeln | 1 |
| 2. Gleichbehandlung als umfassendes Prinzip der Auftragsvergabe | 2 |
| a. Vom Diskriminierungsverbot zur materiellen Rechts- gleichheit | 2 |
| b. Das Gebot der Transparenz | 3 |
| c. Vom sekundärrechtlichen zum primärrechtlichen Vergabeverfahren | 4 |
| 3. Schwierigkeiten dieser Entwicklung | 5 |
| II. Ziel der Untersuchung: Dogmatik der gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien | 7 |
| III. Gegenstand und Gang der Untersuchung | 9 |
| 1. Gegenstand der Untersuchung | 9 |
| 2. Gang der Untersuchung | 10 |

Allgemeiner Teil

Die Gleichheitsrechte im Vergaberecht

| | |
|---|----|
| <i>Erstes Kapitel: Art. 2 VKR und die Grundfreiheiten</i> | 13 |
| § 1. Art. 2 VKR | 13 |
| I. Genese | 13 |
| II. Anwendungsbereich | 14 |
| III. Pflicht zur Ungleichbehandlung? | 14 |
| IV. Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot | 15 |
| § 2. Grundfreiheiten | 16 |

| | |
|---|-----------|
| I. Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte | 16 |
| II. Grundfreiheiten und Vergaberecht | 17 |
| III. Pflicht zur Ungleichbehandlung | 17 |
| <i>Zweites Kapitel: Der allgemeine primärrechtliche Gleichheitssatz</i> | <i>18</i> |
| § 1. Allgemeiner Gleichheitssatz und Vergaberecht | 18 |
| I. Aussagekraft und Herleitung | 18 |
| II. Anwendung im Vergaberecht | 20 |
| § 2. Tatbestand: Wesentliche Gleichheit bzw. wesentliche Ungleichheit | 22 |
| I. Rein deskriptive Bildung von Vergleichsgruppen | 22 |
| II. Normative Bestimmung der Gleichheit | 24 |
| 1. Dogmatische Bedenken gegen einen deskriptiven Ansatz | 24 |
| 2. Theoretische Bedenken gegen einen deskriptiven Ansatz | 26 |
| 3. Rechtsprechung des EuGH | 28 |
| a. Wertung durch den EuGH auf Tatbestandsebene | 28 |
| b. Objektives Kriterium als Anknüpfungspunkt | 31 |
| c. Zwischenergebnis | 33 |
| 4. Schlussfolgerungen für den normativen Maßstab | 33 |
| a. Gerechtigkeit und Gleichheit | 33 |
| b. Spielraum bei der Feststellung – Willkür | 35 |
| c. Die Besonderheit im Gemeinschaftsrecht | 35 |
| d. Zwischenergebnis | 36 |
| § 3. Reaktion auf eine Ungleichbehandlung: Rechtfertigung | 37 |
| I. Ausgangslage | 37 |
| 1. Möglichkeit einer Rechtfertigung trotz normativer Gleichheit der Sachverhalte? | 37 |
| 2. Der Konflikt in der Rechtfertigung | 38 |
| 3. Präzisierung des Konflikts | 39 |
| 4. Zusammenfassung und weiteres Arbeitsprogramm | 41 |
| II. Prinzip der Verhältnismäßigkeit | 42 |
| 1. Dogmatische Begründung für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips | 42 |
| 2. Rechtsprechung des EuGH | 46 |
| III. Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 47 |
| 1. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Reaktion auf eine relevante Ungleichbehandlung | 47 |
| a. Die vorgeschlagene Konzeption | 47 |
| b. Die Rechtsprechung des EuGH | 49 |
| c. Zwischenergebnis | 52 |
| 2. Abweichende Konzeptionen der Verhältnismäßigkeitsprüfung | 52 |
| a. Ungleichbehandlung und Maß der Ungleichheit? | 52 |

| | |
|---|----|
| b. Doppelte Prüfung der Rechtfertigung? | 54 |
| IV. Zusammenfassend: Das Prüfungsschema für den allgemeinen Gleichheitssatz | 55 |
| <i>Drittes Kapitel: Reichweite der Gleichheitssätze im Vergaberecht</i> | 57 |
| § 1. Geltung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Vergaberecht | 57 |
| I. Bei Anwendung von Richtlinienrecht | 58 |
| II. Außerhalb des Richtlinienrechts | 59 |
| 1. Ausgangspunkt: Die Urteile <i>Parking Brixen</i> und <i>ANAV</i> | 59 |
| 2. Dogmatische Begründung | 61 |
| a. Bindung bei der Einschränkung von Grundfreiheiten | 61 |
| b. Andere Möglichkeiten zur Begründung einer Anwendung der Gemeinschaftsgrundrechte | 63 |
| aa. Bindung wegen Entscheidungsbefugnis des EuGH? | 64 |
| bb. Grundrechtsschutz als Teil der Grundfreiheiten | 65 |
| (1) Ansatzpunkt der Überlegung | 65 |
| (2) Nähere Konturierung des Gedankengangs | 68 |
| (3) Unterschied zur Grundrechtsberücksichtigung auf Ebene der Schranken-Schranken | 69 |
| (4) Vorzüge dieses Ansatzes | 71 |
| (5) <i>Civis europaeus sum?</i> | 72 |
| 3. Ergebnis | 73 |
| § 2. Binnenmarktbezug als Voraussetzung jeglichen Gleichheitsrechts | 74 |
| I. Dienstleistungskonzession | 75 |
| II. Unterschwellenvergabe und II-B Dienstleistungen | 76 |
| 1. Typisierungswirkung des Sekundärrechts? | 76 |
| 2. Binnenmarktbezug als Frage des Einzelfalls | 78 |
| III. Binnenmarktbezug und Empirie | 82 |
| IV. Sonderproblem: Inländerdiskriminierung | 84 |
| V. Ergebnis | 85 |
| <i>Viertes Kapitel: Einheitliche Struktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht und ihr Verhältnis untereinander</i> | 87 |
| § 1. Tatbestand und Rechtsfolge | 87 |
| I. Wesentliche Gleichheit als Tatbestand der Gleichheitssätze | 87 |
| 1. Vergleichsmaßstab bei den Grundfreiheiten | 89 |
| 2. Vergleichsmaßstab beim allgemeinen Gleichheitssatz | 92 |
| 3. Vergleichsmaßstab bei Art. 2 VKR | 94 |
| 4. Ergebnis: Ziel des Gemeinsamen Marktes als einheitlicher Vergleichsmaßstab | 95 |
| II. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Rechtsfolge | 96 |

| | |
|---|-----|
| 1. Verhältnismäßigkeitsprüfung als Reaktion auf relevante Gleich- oder Ungleichbehandlung | 96 |
| 2. Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung | 96 |
| 3. Vergaberechtliche Anwendung durch den EuGH | 98 |
| a. Andeutungen im Urteil Hospital Ingenieure | 98 |
| b. Deutliche Signale in den Urteilen Wienstrom und Fabricom | 99 |
| c. Ergebnis | 100 |
| § 2. Konkurrenzen der Gleichheitssätze im Vergaberecht | 101 |
| I. Anwendungsbereich des Sekundärrechts | 101 |
| 1. Schnittmenge | 101 |
| 2. Spezialität | 102 |
| II. Außerhalb des Anwendungsbereichs des VKR | 103 |
| 1. Schnittmenge | 103 |
| 2. Spezialität | 103 |
| III. Sonderproblem: Primärrecht und Sekundärrecht | 105 |
| IV. Sonderproblem: Beihilferecht und Gleichheitssätze | 105 |
| V. Ergebnis | 107 |
| <i>Fünftes Kapitel: Der Gemeinsame Markt als vergaberechtliches tertium comparationis</i> | 108 |
| § 1. Wertungsvorgaben aus dem Ziel des Gemeinsamen Marktes | 109 |
| I. Integratives Element | 109 |
| II. Markt als Gebot unverzerrten Wettbewerbs | 110 |
| 1. Zusammenspiel: Markt und Integration | 111 |
| 2. Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den staatlichen Auftraggeber | 114 |
| a. Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit | 115 |
| b. Wettbewerbsverzerrung mangels fairen Wettbewerbs um den Auftrag | 117 |
| c. Bevorzugung von Bietern | 117 |
| III. Konsequenzen für den Vergleichsmaßstab | 118 |
| 1. Wesentliche Gleichheit vor Durchführung eines Vergabeverfahrens | 119 |
| 2. Wesentliche Gleichheit als Chancengleichheit | 119 |
| 3. Wettbewerbswidrige Bevorzugung | 120 |
| a. Der <i>market-economy-investor</i> -Test | 122 |
| b. Parallelität der Problemlage im Vergaberecht | 123 |
| c. Unterschiede zwischen vergaberechtlicher und beihilferechtlicher Problematik | 124 |
| aa. Fokus auf monetärer Begünstigung | 125 |
| bb. <i>Market-economy-investor</i> -Test und Wettbewerbsverfälschung | 125 |

| | |
|---|-----|
| d. Der market-economy-purchaser-Test..... | 127 |
| 4. Spürbarkeitserfordernis? | 128 |
| IV. Zusammenfassung: Ziel des Gemeinsamen Marktes als Wertungsmaßstab | 130 |
| § 2. Konkretisierung eines Gerechtigkeitsmaßstabs..... | 131 |
| I. Notwendigkeit..... | 131 |
| II. Gemeinsamer Markt als Gerechtigkeitsmaßstab | 131 |
| III. Gemeinsamer Markt als externes Ziel?..... | 134 |
| § 3. Zusammenfassung des Allgemeinen Teils: Prüfungsstruktur der Gleichheitssätze im Vergaberecht..... | 135 |
| I. Anwendbarkeit | 135 |
| II. Tatbestand..... | 136 |
| III. Rechtsfolge | 136 |

Besonderer Teil

Die einzelnen Stationen des staatlichen Einkaufs

| | |
|--|------------|
| <i>Sechstes Kapitel: Festlegung des Bedarfsgegenstandes</i> | <i>141</i> |
| § 1. Beschaffungsautonomie | 141 |
| I. Literatur und Kommission..... | 141 |
| II. Rechtsprechung des EuGH..... | 143 |
| § 2. Beschaffungsautonomie und Gleichheitssätze | 145 |
| I. Praktikabilität einer gleichheitsrechtlichen Bindung auf Ebene der Bedarfsdefinition | 145 |
| II. Die Beschaffungsautonomie in der Dogmatik der Gleichheitssätze | 147 |
| 1. Wettbewerb und Nachfrage im System des EG Vertrags | 148 |
| a. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung..... | 149 |
| b. Beihilferecht..... | 150 |
| c. Ergebnis | 152 |
| 2. Beschaffungsautonomie und Verteilungsgerechtigkeit..... | 152 |
| III. Ergebnis | 155 |
| <i>Siebttes Kapitel: Gleichbehandlung und Ausschreibung.....</i> | <i>157</i> |
| § 1. Allgemeines | 158 |
| I. Inhalt eines Anspruchs auf Teilhabe..... | 158 |
| II. Grundlage und Voraussetzungen dieses Anspruchs..... | 159 |
| III. Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs auf Ausschreibung..... | 161 |
| § 2. Wesentliche Gleichheit der Unternehmen bei einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit | 161 |

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Auftragserteilung an ein In-House-Unternehmen | 161 |
| 1. | Grundsätzliche Problematik | 161 |
| 2. | Erklärung über die Unanwendbarkeit der primärrechtlichen Gleichheitssätze? | 163 |
| 3. | Wesentliche Ungleichheit von In-House-Unternehmen und sonstigen Unternehmen | 165 |
| a. | Keine wesentliche Unterschiedlichkeit wegen Art. 86 Abs. 1 EG? | 165 |
| b. | Wesentliche Unterschiedlichkeit vor dem Hintergrund des Vergleichsmaßstabs | 166 |
| aa. | Erstes <i>Teckal</i> -Kriterium: Kontrolle | 166 |
| bb. | Zweites <i>Teckal</i> -Kriterium: Tätigkeit im wesentlichen für den Auftraggeber | 170 |
| cc. | Einwände gegen diese Position | 172 |
| (1) | Rechtsprechung des EuGH | 172 |
| (2) | Schärfere Anforderungen im Primär- als im Sekundärrecht? | 173 |
| (3) | Zwischenergebnis | 173 |
| dd. | Sonderproblem: Gegenwärtige und zukünftige Öffnung für privates Kapital | 174 |
| (1) | Die Position des Gerichtshofs | 174 |
| (2) | Wesentliche Gleichheit bei privater Beteiligung | 175 |
| (3) | Indirekte Bestätigung für eine strikte Auslegung des zweiten <i>Teckal</i> -Kriteriums | 176 |
| ee. | Zusammenfassung | 177 |
| II. | Dienstleistungskonzession, Unterschwellenvergabe und II-B Dienstleistungen | 177 |
| III. | Verfahrensarten ohne vorherige Bekanntmachung | 178 |
| 1. | Abstellen auf Besonderheiten des Unternehmens | 178 |
| 2. | Abstellen auf die besonderen Umstände der Beschaffung | 180 |
| IV. | Zusammenfassung | 180 |
| § 3. | Rechtfertigung einer Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit trotz wesentlicher Gleichheit | 181 |
| I. | Probleme einer Rechtfertigung: Die Möglichkeit einer Effizienzeinrede | 181 |
| 1. | Allgemeine Rechtsprechung und Literatur | 183 |
| 2. | Übertragung auf das Vergaberecht | 184 |
| a. | Bisherige Stellungnahmen | 184 |
| b. | Marktgemäße Selbststeuerung statt allgemeiner Wirtschaftslenkung | 185 |
| c. | Ein „more economic approach“ für die Grundfreiheiten? | 185 |
| d. | Einschränkungen | 189 |
| e. | Ergebnis | 191 |
| II. | Einzelfälle | 191 |

| | |
|--|-----|
| 1. Vergabe ohne allgemeine Beteiligungsmöglichkeit aufgrund besonderer Umstände..... | 191 |
| a. Die in Art. 31 VKR vorgesehenen Rechtfertigungs- möglichkeiten..... | 191 |
| b. Die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe nach der VOL/A | 192 |
| c. Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nach VOB/A und VOL/A | 194 |
| 2. Ungleichbehandlung bei II-B Dienstleistungen, Dienst- leistungskonzessionen, In-House-Vergabe..... | 195 |
| a. Keine sekundärrechtlichen Ausschreibungspflichten..... | 195 |
| b. Rechtslage in Deutschland..... | 196 |
| III. Ergebnis..... | 196 |
| <i>Achtes Kapitel: Chancengleichheit</i> | 198 |
| § 1. Allgemeines | 198 |
| I. Herleitung einer Ungleichbehandlungspflicht | 199 |
| II. Umsetzung einer Ungleichbehandlungspflicht | 199 |
| § 2. Einzelne Beeinträchtigungen der Chancengleichheit | 200 |
| I. Projektanten | 200 |
| 1. Wesentlicher Unterschied zu anderen Bietern..... | 200 |
| a. Unterschiede zu anderen Bietern | 200 |
| b. Die Rechtsprechung des EuGH | 202 |
| 2. Rechtfertigung einer Gleichbehandlung | 203 |
| 3. Umsetzung einer Pflicht zur Ungleichbehandlung | 203 |
| a. Möglichkeit einer Ungleichbehandlung..... | 203 |
| b. Zeitpunkt einer Ungleichbehandlung | 204 |
| c. Rechtslage außerhalb des Kartellvergaberechts | 205 |
| d. Ergebnis | 205 |
| II. Beihilfeempfänger..... | 206 |
| 1. Wesentliche Unterschiede und Rechtfertigungsmöglichkeit.. | 207 |
| a. Empfänger materiell rechtswidriger Beihilfe | 209 |
| b. Empfänger formell rechtswidriger Beihilfe | 209 |
| c. Rechtfertigung einer Gleichbehandlung..... | 210 |
| 2. Ausschluss besonders niedriger Angebote nach Art. 55 | |
| Abs. 3 VKR | 211 |
| a. Keine rechtmäßige Gewährung der Beihilfe | 211 |
| aa. Wortlaut der Vorschrift..... | 211 |
| bb. Genese der Vorschrift..... | 212 |
| cc. Einräumung einer angemessenen Frist..... | 212 |
| dd. Sinn und Zweck des Art. 55 Abs. 3 VKR | 213 |
| (1) Schutz vor möglichen Rückzahlungsverpflichtungen? | 213 |
| (2) Chancengleichheit als Zweck | 215 |

| | |
|---|-----|
| ee. Problem: Prüfungsmonopol der Kommission? | 216 |
| ff. Risiko einer Fehlentscheidung | 217 |
| gg. Überforderung der Vergabestelle | 217 |
| hh. Zwischenergebnis | 218 |
| b. Befugnis oder Pflicht zum Ausschluss? | 219 |
| 3. Rechtslage außerhalb der VKR | 220 |
| III. Chancenasymmetrien ohne staatliches Zutun | 221 |
| 1. Generell: Kein relevanter Chancenvorsprung bei unternehmerisch erarbeiteten Vorteilen | 221 |
| 2. Ausnahme: Wettbewerbswidriges Verhalten | 223 |
| IV. Zusammenfassung | 224 |
| <i>Neuntes Kapitel: Materielle Gleichbehandlung im Vergabeverfahren</i> | 226 |
| § 1. Allgemeines | 226 |
| I. Problemaufriss und Erkenntnisinteresse | 226 |
| II. Vorgehen | 228 |
| III. Begriffe | 228 |
| 1. Instrumente zur Differenzierung | 228 |
| 2. Beurteilte Eigenschaften der Bieter | 229 |
| § 2. Politisch motivierte Vergabe | 231 |
| I. Allgemeine Problematik | 231 |
| 1. Begriff der politisch motivierten Auftragsvergabe | 231 |
| 2. Die Perspektive der gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssätze: Der <i>market-economy-purchaser</i> | 231 |
| a. Betriebswirtschaftlicher Rentabilitätsbegriff | 232 |
| b. Präferenzneutralität des <i>market-economy-purchaser</i> ? | 234 |
| c. Zwischenergebnis und Klarstellung | 235 |
| 3. Anknüpfen an unterschiedliche Eigenschaften der Bieter | 236 |
| a. Gleichheitsrechtliche Restriktionen der Auftraggeber innerhalb der VKR | 237 |
| b. Gleichheitsrechtliche Restriktionen der Auftraggeber außerhalb der VKR | 238 |
| II. Produktbezogene Eigenschaften der Bieter als Anknüpfungspunkt | 239 |
| 1. Produktbezogene Eigenschaften als wesentlicher Unterschied | 239 |
| a. Erst-Recht-Schluss | 240 |
| b. Wesentlicher Unterschied zwischen den Bietern | 240 |
| c. Produktbezogene Entscheidungskriterien bei Dienstleistungen | 241 |
| d. Rechtsprechung des EuGH | 242 |
| 2. Rechtfertigungszwang | 244 |

| | |
|---|-----|
| 3. Folgen innerhalb und außerhalb der VKR | 244 |
| III. Bieterbezogene Eigenschaften als Anknüpfungspunkt | 245 |
| 1. Kein wesentlicher Unterschied | 245 |
| a. <i>Market-economy-purchaser</i> -Test | 245 |
| b. Rechtsprechung des EuGH | 245 |
| 2. Rechtfertigungszwang | 247 |
| a. Keine Rechtfertigung bei Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit | 247 |
| b. Allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung | 248 |
| aa. Legitimes Ziel | 249 |
| bb. Geeignetheit | 249 |
| (1) Modus der Zielverfolgung | 250 |
| (2) Tauglichkeit des Modus | 251 |
| (a) Theoretische Bedenken | 251 |
| (b) Praktische Bedenken | 252 |
| (c) Ergebnis | 254 |
| c. Erforderlichkeit | 254 |
| aa. Erforderlichkeit und andere Steuerungsinstrumente | 255 |
| bb. Absolute Grenzen der Erforderlichkeit | 257 |
| d. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne | 257 |
| aa. Vorgehen des EuGH | 257 |
| bb. Intensität eines Gleichheitseingriffs | 257 |
| cc. Vergaberechtliche Anwendung | 259 |
| (1) Standpunkt der Kommission | 259 |
| (2) Literatur | 260 |
| (3) Stellungnahme | 260 |
| (a) Grad der Geeignetheit | 260 |
| (b) Schwere des Eingriffs | 261 |
| (c) Schlussfolgerung | 263 |
| dd. Rechtsprechung des EuGH | 264 |
| 3. Folgen | 265 |
| a. Im Anwendungsbereich der VKR | 265 |
| b. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VKR | 265 |
| IV. Modaleigenschaften der Bieter als Anknüpfungspunkt | 267 |
| 1. Kein wesentlicher Unterschied | 267 |
| a. <i>Market-economy-purchaser</i> -Test | 267 |
| b. Rechtsprechung des EuGH | 268 |
| c. Abgrenzung gegenüber produktbezogenen Eigenschaften | 269 |
| 2. Rechtfertigungszwang | 272 |
| a. Legitimes Ziel | 272 |
| b. Geeignetheit | 273 |
| c. Erforderlichkeit | 274 |

| | |
|--|-----|
| d. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne..... | 275 |
| 3. Folgen..... | 278 |
| a. Im Anwendungsbereich der VKR..... | 278 |
| aa. Eignungskontrolle..... | 278 |
| (1) Spielraum des Auftraggebers | 278 |
| (2) Zusätzliche Anforderungen aus Art. 2 VKR | 280 |
| bb. Zuschlagskriterien | 280 |
| (1) Was bedeutet Auftragsbezug? | 281 |
| (2) Auftragsbezug hinreichend? | 282 |
| cc. Auftragsbedingungen | 284 |
| b. Außerhalb des Anwendungsbereichs der VKR | 285 |
| V. Ergebnis | 285 |
| § 3. Übliche Auftragsvergabe..... | 286 |
| I. Situation..... | 286 |
| II. Wesentliche Unterschiede | 286 |
| 1. Produktbezogene Eigenschaften und Modaleigenschaften | 286 |
| 2. Bieterbezogene Eigenschaften | 288 |
| 3. Ergebnis..... | 289 |
| III. Rechtfertigung | 290 |
| 1. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote..... | 290 |
| a. Ortspräsenz als Diskriminierung?..... | 290 |
| b. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Insalud | 291 |
| c. Zwischenergebnis..... | 292 |
| 2. Allgemeiner Gleichheitssatz und Art. 2 VKR | 293 |
| IV. Folgen..... | 293 |
| § 4. Sonderproblem: Typisierungen..... | 294 |
| I. Ausgangslage..... | 294 |
| 1. Begriff der Typisierung und Konflikt mit dem Gleichheitsrecht..... | 294 |
| 2. Typisierung und Vergaberecht | 295 |
| 3. Rechtsprechung des EuGH | 296 |
| II. Folgerungen | 298 |
| 1. Projektanten..... | 300 |
| 2. Empfänger formell rechtswidriger Beihilfe..... | 301 |
| 3. Erfahrung..... | 302 |
| III. Ergebnis | 303 |
| § 5. Sonderproblem: Teilnehmerwettbewerb und beschränkte Ausschreibung..... | 304 |
| I. Rechtslage innerhalb der VKR | 304 |
| 1. Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung | 305 |
| 2. Anzulegende Kriterien bei der Beschränkung des Teilnehmerkreises | 308 |

| | |
|---|-----|
| 3. Zwischenergebnis | 310 |
| II. Teilnahmewettbewerb und beschränkte Ausschreibung außerhalb der VKR | 310 |
| III. Ergebnis | 311 |
| <i>Zehntes Kapitel: Transparenz</i> | 312 |
| § 1. Allgemeines | 312 |
| I. Untersuchungsgegenstand | 312 |
| II. Die Trias der Transparenz in der Rechtsprechung des EuGH | 313 |
| III. Vorgehen | 313 |
| IV. Transparenz im Spannungsfeld von mitgliedstaatlicher Verfahrensautonomie und primärrechtlichen Anforderungen | 314 |
| § 2. Transparenz als Publizitätsgebot und als Gebot der Nachprüfbarkeit | 315 |
| I. Transparenz als Publizität | 315 |
| 1. Rechtsquelle | 315 |
| a. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote als Rechtsquelle | 315 |
| b. Publizitätsgebot aus grundfreiheitlichen Beschränkungs- verboten? | 317 |
| c. Problem der positiven Verpflichtung | 319 |
| d. Zwischenergebnis | 320 |
| e. Konsequenz | 321 |
| 2. Informationsdichte | 322 |
| a. Relational gebundene Publizitätspflichten: Großer Spielraum für die Verwaltung | 322 |
| b. Rechtsprechung des EuGH | 323 |
| c. Gegenposition: Absolutes Informationsniveau | 325 |
| 3. Medium für die Herstellung der Transparenz | 326 |
| a. Initiative des Auftraggebers | 326 |
| b. Arten von Medien | 327 |
| c. Reichweite des Mediums | 328 |
| 4. Weitere Vorgaben für den Ablauf des Verfahrens | 329 |
| 5. Ergebnis | 330 |
| II. Transparenz als Nachprüfbarkeit | 330 |
| 1. Nachprüfbarkeit und Gleichheitsrechte | 330 |
| 2. Notwendiges behördliches Handeln zur Nachprüfung der Unparteilichkeit | 332 |
| a. Begriff der Unparteilichkeit | 332 |
| b. Notwendiges Handeln der Behörde | 334 |
| aa. Einblick in die Entscheidungskriterien und deren Anwendung | 334 |
| bb. Zeitpunkt zur Festlegung der Entscheidungskriterien | 335 |

| | |
|--|-----|
| cc. Präzision der Entscheidungskriterien..... | 337 |
| dd. Medium der Festlegung..... | 338 |
| ee. Sonderproblem: Vorabinformation bei Zuschlag..... | 338 |
| 3. Ergebnis..... | 339 |
| III. Zusammenfassung..... | 339 |
| Kurze Zusammenfassung, Schlussbemerkungen und Ausblick | 341 |
| Literaturverzeichnis..... | 345 |
| Sachverzeichnis..... | 359 |