

Inhaltsübersicht

Kapitel 1 – Einführung	23
A. Juristische Erschließung des Phänomens Beschaffungsdienstleister	23
B. Hintergründe	29
I. Einordnung in die Privatisierungsdiskussion	29
II. Ursachen und Gründe aus dem Realbereich im Einzelnen	31
III. Erwartungen der öffentlichen Auftraggeber	35
C. Eckpunkte der Untersuchung	39
I. Forschungsfrage und Gang der Untersuchung	39
II. Rechtliche Problemkreise	40
III. Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstandes	42
IV. Methodischer Ansatz: „Aufgeklärte Rechtsdogmatik“ mit rechtspolitischer Perspektive	49
Kapitel 2 – Systematische Entfaltung und Begriffsbestimmungen	52
A. Inhalt der Beschaffungsdienstleistung	53
I. Infrastrukturleistungen (Kategorie 1)	55
II. Beratungsleistungen (Kategorie 2)	57
III. Projektmanagementleistungen (Kategorie 3)	62
IV. Mischformen	65
V. Simultane und stufenweise Einbeziehung	67
B. Person des Beschaffungsdienstleisters	69
I. Öffentliche Beschaffungsdienstleister	70
II. Private Beschaffungsdienstleister	77
C. Beschaffung der Beschaffungsdienstleistung	86
I. Kooperationsformen	86
II. Zusätzliche Vergaberechtpflicht	91
III. Zwischenergebnis zur Beschaffung von Beschaffungsdienstleistungen	116
D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu Inhalt, Person und Beschaffung	116

Kapitel 3 – Rechtliche Vorgaben für die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	118
A. Vorgaben des höherrangigen Rechts	119
I. Primäres Unionsrecht	119
II. Verfassungsrecht	122
B. Vergaberechtliche Vorgaben	136
I. Zwecke und Grundsätze des Vergabeverfahrens	137
II. Vorgaben für die Aufgabenübertragung an Beschaffungsdienstleister	157
III. Vergaberechtliche Bewältigung von Interessenkonflikten und Projektantenstellungen bei Beschaffungsdienstleistern	203
C. Vorgaben aus anderen Rechtsmaterien	228
I. Rechtsdienstleistungsgesetz	229
II. Anwaltliches Berufsrecht	236
III. Besondere Vorgaben für Architekten- und Ingenieurleistungen	237
IV. Datenschutzrecht	239
D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu den rechtlichen Vorgaben für die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	242
Kapitel 4 – Verfahrens- und haftungsrechtliche Folgeüberlegungen aus Auftraggeberperspektive	245
A. Musterprofil eines Beschaffungsdienstleisters	245
B. Gestaltung der Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	248
I. Wahl der Verfahrensart	249
II. Losaufteilung	253
III. Vergabeunterlagen	254
IV. Lückenlose Dokumentation	269
V. Rechtslage bei fehlender Vergabereichtspflicht	271
C. Verantwortung und Haftung des öffentlichen Auftraggebers für Handlungen eines Beschaffungsdienstleisters	272
I. Außenverhältnis	272
II. Innenverhältnis	279
III. Auswirkungen auf den vergaberechtlichen Rechtsschutz	283
IV. Auswirkungen auf sonstige Kontrollinstrumente	292

D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu den verfahrens- und haftungsrechtlichen Folgeüberlegungen aus Auftraggeberperspektive	295
Kapitel 5 – Handlungsanstöße und Bausteine zur weiteren Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung	297
A. Ausgangspunkt: Vergaberechtliche Strukturschaffungspflicht	298
B. Professionalisierung der Beschaffung von Beschaffungsdienstleistungen	300
I. Legislativebene	300
II. Exekutivebene	315
C. Interne Professionalisierung	317
I. Wissenserweiterung durch Personalpolitik und Ebenen übergreifenden Austausch	319
II. Kooperative Beschaffung als professionalisierte Beschaffungsstrategie	326
III. Governance: Kontroll- und Überwachungsmechanismen	332
D. Vergabeprofessionalisierungsgesetz(e)	340
Kapitel 6 – Gesamtergebnis der Untersuchung	342
A. Fazit	342
B. Untersuchungsergebnisse in 30 Thesen	344
Literaturverzeichnis	349
Register	369

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 – Einführung	23
A. Juristische Erschließung des Phänomens Beschaffungsdienstleister	23
B. Hintergründe	29
I. Einordnung in die Privatisierungsdiskussion	29
II. Ursachen und Gründe aus dem Realbereich im Einzelnen	31
1. Strukturelles Defizit	31
2. Quantitatives Defizit	32
3. Qualitatives Defizit	33
4. Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung	34
III. Erwartungen der öffentlichen Auftraggeber	35
1. Kosteneinsparung	35
2. Effizienz und Beschleunigung	36
3. Rechtssicherheit	38
C. Eckpunkte der Untersuchung	39
I. Forschungsfrage und Gang der Untersuchung	39
II. Rechtliche Problemkreise	40
1. Einflussverlust	41
2. Interessenkonflikte	41
III. Eingrenzungen des Untersuchungsgegenstandes	42
1. Eingrenzungen in personeller Hinsicht	42
2. Eingrenzungen in sachlich-rechtlicher Hinsicht	44
3. Eingrenzungen in zeitlicher Hinsicht	46
IV. Methodischer Ansatz: „Aufgeklärte Rechtsdogmatik“ mit rechtspolitischer Perspektive	49
Kapitel 2 – Systematische Entfaltung und Begriffsbestimmungen	52
A. Inhalt der Beschaffungsdienstleistung	53
I. Infrastrukturleistungen (Kategorie 1)	55
II. Beratungsleistungen (Kategorie 2)	57
1. Sachbezogene Beratung	58
2. Vergabebezogene Beratung	60
3. Umfang der Beratungsleistungen	61

III. Projektmanagementleistungen (Kategorie 3)	62
IV. Mischformen	65
V. Simultane und stufenweise Einbeziehung	67
B. Person des Beschaffungsdienstleisters	69
I. Öffentliche Beschaffungsdienstleister	70
1. Abgrenzung zur zentralen Beschaffungsstelle gem. § 120 Abs. 4 GWB und zur gelegentlich gemeinsamen Auftragsvergabe gem. § 4 VgV	71
2. Beispiele für öffentliche Beschaffungsdienstleister	76
3. Statthaftigkeit der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit	77
II. Private Beschaffungsdienstleister	77
1. Beispiele für private Beschaffungsdienstleister	78
2. Einordnung in die Privatisierungsdogmatik	80
a) Aufgabenprivatisierung	81
b) Organisationsprivatisierung, insbesondere Beleihung	82
c) Funktionale Privatisierung	84
C. Beschaffung der Beschaffungsdienstleistung	86
I. Kooperationsformen	86
1. Kooperationen öffentlich-rechtlicher Natur	86
2. Privatrechtliche Vertragsbeziehungen	89
II. Zusätzliche Vergaberechtspflicht	91
1. Persönlicher Anwendungsbereich: Vertragsparteien	91
2. Sachlicher Anwendungsbereich: Vertragszweck, -natur und -gegenstand	92
a) Lieferauftrag bei Infrastrukturleistungen	93
b) Dienstleistungsauftrag bei Beratungs- oder Projektmanagementleistungen	94
c) Rahmenvereinbarungen gem. § 103 Abs. 5 GWB	96
3. Entgeltlichkeit	97
4. Ausnahmen von der Vergaberechtspflicht	98
a) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit, § 108 GWB	98
aa) Maßnahme der internen Organisation	99
bb) Vertikale Zusammenarbeit: Inhouse-Vergabe	101
cc) Horizontale Zusammenarbeit: Interkommunale Zusammenarbeit	103
b) Rechtsdienstleistungen, § 116 GWB	106
c) Zentrale Beschaffungstätigkeit, § 120 Abs. 4 GWB	110

5. Schwellenwert	110
a) Infrastrukturleistungen	111
b) Beratungsleistungen	111
c) Projektmanagementleistungen	113
d) Synthese und Bezugnahme auf Mischformen	114
e) Unterschwellenbereich	115
III. Zwischenergebnis zur Beschaffung von Beschaffungsdienstleistungen	116
D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu Inhalt, Person und Beschaffung	116
 Kapitel 3 – Rechtliche Vorgaben für die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	 118
A. Vorgaben des höherrangigen Rechts	119
I. Primäres Unionsrecht	119
II. Verfassungsrecht	122
1. Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1 und 2 GG	122
2. Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG	125
3. Wirtschaftlichkeitsmaßstab, Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG	130
4. Organisatorischer Funktionsvorbehalt, Art. 33 Abs. 4 GG	132
5. Grundrechte der Bieter	133
6. Grundrechte der Beschaffungsdienstleister	135
7. Verfassungsrechtliches Resümee	136
B. Vergaberechtliche Vorgaben	136
I. Zwecke und Grundsätze des Vergabeverfahrens	137
1. Ausfluss des Aufgabenerfüllungszwecks und der Verfahrensherrschaft: Die Letztentscheidungspflicht des öffentlichen Auftraggebers	138
a) Basiszweck, vergaberechtliches Trennungsprinzip und Beschaffung als Staatsaufgabe	138
b) Verfahrensherrschaft	143
c) Letztentscheidungspflicht	147
2. Schutz des unverfälschten Wettbewerbs	150
a) Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB	151
b) Transparenzgrundsatz, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB	152
c) Gleichbehandlungsgrundsatz, § 97 Abs. 2 GWB	154
3. Wirtschaftlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, § 97 Abs. 1 S. 2 GWB	154

II. Vorgaben für die Aufgabenübertragung an	
Beschaffungsdienstleister	157
1. Maßstabsbildung	158
2. Einordnung der einzelnen Elemente des	
Vergabeverfahrens: Materielle Entscheidung vs. reine	
Verfahrenshandlung	159
a) Vorüberlegungen: Qualifikationsparameter zur	
Abgrenzung	159
aa) Beurteilungs- oder Ermessensspielraum	160
bb) Bieterschutz	161
cc) Stellenwert der Verfahrensstufe	
(Auffangtatbestand)	162
b) Vorbereitung des Vergabeverfahrens	162
aa) Markterkundung, § 28 VgV	163
bb) Losaufteilung, § 97 Abs. 4 GWB	164
cc) Schätzung des Auftragswertes, § 3 VgV	166
dd) Wahl der Verfahrensart, § 119 GWB	167
ee) Erstellung der Vergabeunterlagen, § 29 VgV	168
(1) Anschreiben	169
(2) Bewerbungsbedingungen einschließlich	
Eignungs- und Zuschlagskriterien	170
(3) Vertragsunterlagen	172
ff) Bereitstellung und Versand der	
Vergabeunterlagen	173
gg) Zwischenergebnis zur Vorbereitung des	
Vergabeverfahrens	174
c) Durchführung des Vergabeverfahrens	174
aa) Auftragsbekanntmachung, § 37 Abs. 1 bis 3 VgV	175
bb) Angebotsprüfung (Eignungskriterien)	175
(1) Angebotsöffnung, § 55 VgV	176
(2) Sachliche Prüfung und Nachforderung von	
Unterlagen, § 56 VgV	177
(3) Preisprüfung	179
(4) Eignungskriterien, § 122 GWB und	
§ 46 Abs. 2 VgV	179
cc) Angebotswertung (Zuschlagskriterien) und	
Zuschlagsentscheidung	181
dd) Sonstige Verfahrenshandlungen und -pflichten	185
(1) Dokumentation und Vergabevermerk,	
§ 8 VgV	185

(2) Ausschlussgründe, insbesondere Interessenkonflikte	188
(a) Zwingende Ausschlussgründe, § 123 GWB	188
(b) Fakultative Ausschlussgründe, § 124 GWB	190
(3) Verhandlungen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens und des wettbewerblichen Dialoges	192
d) Beendigung des Vergabeverfahrens	193
aa) Zuschlag	194
bb) Aufhebung des Vergabeverfahrens	194
e) Zwischenergebnis	195
3. Anforderungen an eine eigenverantwortliche Entscheidung	196
a) Klare Trennlinie zwischen Eigenverantwortlichkeit und Mitentscheidung	197
b) Vorgaben aus der Rechtsprechung	199
c) Beschaffungsdienstleister als Werkzeug des öffentlichen Auftraggebers	200
d) Differenzierung zwischen sach- und vergabebezogenen Beschaffungsdienstleistungen	201
e) Unterschiede bei der Person des öffentlichen Auftraggebers	202
III. Vergaberechtliche Bewältigung von Interessenkonflikten und Projektantenstellungen bei Beschaffungsdienstleistern	203
1. Interessenkonflikt nach § 6 VgV	207
a) Tatbestandsvoraussetzungen	207
b) Konsequenzen	211
aa) Mitwirkungsverbot als Minus zum Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB	211
bb) Nichtbeachtung von § 6 VgV als rügefähiger Vergaberechtsverstoß	212
cc) Präventiv verfahrenstechnische und organisatorische Maßnahmen	215
2. Projektantenstellung nach § 7 VgV	218
a) Tatbestandsvoraussetzungen	219
b) Konsequenzen	221
aa) Ausgleichsmaßnahmen	221
bb) Ausschluss gem. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB als ultima ratio	222
cc) Bieterschützender Charakter von § 7 VgV	223

dd) Präventiv verfahrenstechnische und organisatorische Maßnahmen	224
3. Besonderheit bei öffentlichen Beschaffungsdienstleistern	225
4. Vergabesperre wegen eines Interessenkonflikts	225
5. Ergebnis	227
C. Vorgaben aus anderen Rechtsmaterien	228
I. Rechtsdienstleistungsgesetz	229
1. Beratungsleistung vs. Rechtsdienstleistung	230
2. Losaufteilung nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB	234
II. Anwaltliches Berufsrecht	236
III. Besondere Vorgaben für Architekten- und Ingenieurleistungen	237
IV. Datenschutzrecht	239
1. Datenschutzrechtlicher Anwendungsbereich	239
2. Die Rolle des Beschaffungsdienstleisters	240
3. Datenschutzrechtliche Vorgaben	241
D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu den rechtlichen Vorgaben für die Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	242
Kapitel 4 – Verfahrens- und haftungsrechtliche Folgeüberlegungen aus Auftraggeberperspektive	245
A. Musterprofil eines Beschaffungsdienstleisters	245
B. Gestaltung der Einbeziehung von Beschaffungsdienstleistern in das Vergabeverfahren	248
I. Wahl der Verfahrensart	249
1. Sondervergaberegime für Architekten- und Ingenieurleistungen	249
2. Vorteil des nicht offenen Verfahrens	250
3. Verfahren mit Verhandlungselement	251
4. Simplizität als oberste Priorität	252
II. Losaufteilung	253
III. Vergabeunterlagen	254
1. Eignungs- und Zuschlagskriterien	255
a) Eignungskriterien	255
b) Zuschlagskriterien	257
2. Vertragsunterlagen und -gestaltung	258
a) Interessenkonfliktsprävention	259
b) Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben	260

3. Nachunternehmer und Bietergemeinschaft	261
a) Selbstausführungsgebot nach § 47 Abs. 5 VgV	262
b) Ressourcenbündelung der Beschaffungsdienstleister	263
4. Besondere Vertragsart der Rahmenvereinbarung	264
a) Wiederkehrende Beschaffungsdienstleistungen	265
b) Maximallaufzeit	266
c) Bedarfsermittlung	267
d) Verbot der missbräuchlichen Anwendung	268
IV. Lückenlose Dokumentation	269
V. Rechtslage bei fehlender Vergaberechtspflicht	271
C. Verantwortung und Haftung des öffentlichen Auftraggebers für Handlungen eines Beschaffungsdienstleiters	272
I. Außenverhältnis	272
1. Haftungssubjekt	273
a) Beschaffungsdienstleister als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB	273
b) Übertragung auf einzelne Beschaffungsdienstleistungen	274
c) Zwischenergebnis	275
2. Haftungsarten	276
a) Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz	276
b) Sekundärrechtsschutz	277
c) Zwischenergebnis	279
II. Innenverhältnis	279
III. Auswirkungen auf den vergaberechtlichen Rechtsschutz	283
1. Antrags- bzw. Anspruchsgegner	284
2. Beiladung des Beschaffungsdienstleiters	285
3. Antragsbefugnis	287
4. Rügeobliegenheit und Frist	290
5. Rechtsfolge	291
IV. Auswirkungen auf sonstige Kontrollinstrumente	292
1. Rechts- und Fachaufsicht	292
2. Rechnungsprüfung	294
D. Zusammenfassung der Erkenntnisse zu den verfahrens- und haftungsrechtlichen Folgeüberlegungen aus Auftraggeberperspektive	295

Kapitel 5 – Handlungsanstöße und Bausteine zur weiteren Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung	297
A. Ausgangspunkt: Vergaberechtliche Strukturschaffungspflicht	298
B. Professionalisierung der Beschaffung von Beschaffungsdienstleistungen	300
I. Legislativeebene	300
1. Bausteine einer gesetzlichen Regelung in Umsetzung der Strukturschaffungspflicht	301
a) Legaldefinition	303
b) Delegationsbefugnis und Letztentscheidungsverantwortung	303
c) Interessenkonflikte und Wettbewerbsverzerrungen	305
d) Verbot der Doppelstellung	306
e) Ausführungsbedingungen	308
f) Regelungen in anderen Rechtsgebieten als Orientierung	309
aa) Vorschlags- bzw. Zustimmungsvorbehalt	310
bb) Kostentragung	310
cc) Entscheidungsherrschaft des öffentlichen Auftraggebers	312
g) Legislative Einschätzungsprärogative	312
2. Schaffung eines besonderen Vergaberegimes	313
II. Exekutiveebene	315
1. Universale Leitfäden und einheitliche Vertragsmuster	315
2. Kooperative Vertragsmodelle	316
3. Spezialisierung zentraler Beschaffungsstellen	317
C. Interne Professionalisierung	317
I. Wissenserweiterung durch Personalpolitik und Ebenen übergreifenden Austausch	319
1. Sensibilisierung für die Staatsaufgabe Beschaffung	320
2. Schaffung eigener Vergabestellen	321
3. Wissensgenerierung durch horizontalen und vertikalen Austausch sowie institutionalisierter Wissensbündelung	322
II. Kooperative Beschaffung als professionalisierte Beschaffungsstrategie	326
1. Zentrale Beschaffungsstelle, § 120 Abs. 4 GWB	327
2. Gelegentlich gemeinsame Auftragsvergabe, § 4 VgV	331
3. Öffentliche Beschaffungsdienstleister	331

III. Governance: Kontroll- und Überwachungsmechanismen	332
1. Interner Vergabeverfahrensmanager	333
2. Übergeordnete Vergabemonitoringstelle	335
3. Erhöhte Transparenz	339
D. Vergabeprofessionalisierungsgesetz(e)	340
Kapitel 6 – Gesamtergebnis der Untersuchung	342
A. Fazit	342
B. Untersuchungsergebnisse in 30 Thesen	344
Literaturverzeichnis	349
Register	369