

## **Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2018 –**

### **Laudatio**



**Prof. Dr. Martin Trybus**

Universität Birmingham

### **Christian Hillen:**

#### **„Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“**

Der Hauptzweck der öffentlichen Beschaffung ist letztendlich, die öffentliche Hand mit den Waren und Dienstleistungen (einschließlich von Bauleistungen) zu versorgen, welche sie nicht selbst herstellen oder leisten kann oder will. Wettbewerb, Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, Umweltschutz, KMUs, Mindestlohn, Tariftreue und selbst Wirtschaftlichkeit kommen erst danach.

Die "Wirtschaftlichkeit" der öffentlichen Beschaffung, ist aber *der* Aspekt, welcher diesem Hauptzweck am engsten verbunden ist. Die ebenfalls dem Hauptzweck der öffentlichen Beschaffung verbundenen Aspekte wie Wettbewerb, Diskriminierungsverbot, und Gleichbehandlung dienen – neben anderen Zielen – der Wirtschaftlichkeit. Der Aspekt der Transparenz ist eigentlich nur ein Vehikel, das die anderen Ziele transportieren soll. Dabei ist die Wirtschaftlichkeit nicht zuletzt deshalb mit dem Hauptzweck so eng verbunden, weil die öffentliche Hand trotz begrenzter Mittel viel erreichen (also kaufen, bereitstellen, bauen, leisten) will und diese Ambitionen durch „value for money“ maximiert werden können. Dies gilt umso mehr, wenn die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung mit anderen Kriterien, nennen wir sie nun „nachhaltige Beschaffung“ oder „vergabefremde Aspekte“ koexistieren oder gar konkurrieren muss. Auch stehen nicht alle Verwaltungen wirtschaftlich so gut da wie der Bund, sind stark verschuldet und müssen nicht nur beschaffen, sondern auch sparen.

Im deutschen Vergaberecht ist die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung nach der jüngsten Vergaberechtsreform sogar ein allgemeiner Vergabegrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB), tritt aber auch an anderen Stellen des Vergaberechtes als Maßstab auf. Ist die Wirtschaftlichkeit aber den Vergabestellen der öffentlichen Hand als Maßstab der Beschaffung vorgegeben, stellt sich die Frage ihrer gerichtlichen Kontrolle, genauer gesagt der Kontrolldichte der Wirtschaftlichkeit im Rahmen vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren. Es ist genau dieses wichtige Thema der Justiziabilität von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht (so auch der ursprüngliche Titel der Dissertation) dem sich der diesjährige Preisträger des International Procurement Award Christian Hillen in seiner Dissertation, mit der er 2017 an der Universität Osnabrück zum Dr. iur. promoviert wurde, angenommen hat.

Die Arbeit hat eine klare Struktur von vier Teilen. Im ersten Teil wird der Begriff der Wirtschaftlichkeit in der Ökonomie untersucht. Dieser wird als optimales Kosten-Nutzen-Verhältnis dargelegt, wobei zwischen einzel- und gesamtwirtschaftlicher Betrachtung unterschieden wird und verschiedene Bewertungsverfahren aus der wirtschaftswissenschaftlichen Dogmatik kritisch gewürdigt werden. Diese Analyse gibt der Arbeit ihre notwendigerweise interdisziplinäre Grundlage, bevor dann in den übrigen drei Teilen mit einer rechtswissenschaftlichen Analyse, nämlich der Wirtschaftlichkeit im Recht fortgefahren wird.

Im zweiten Teil zeigt die Arbeit, wie sich der ökonomische Wirtschaftlichkeitsbegriff in juristischen Zusammenhängen im Allgemeinen und in dem des Vergaberechts im Besonderen niederschlägt. Dabei wird Wirtschaftlichkeit nachvollziehbar zuerst als Vergabegrundsatz, dann als Grund für den Verfahrensausschluss, sodann als Faktor bei der Wahl der Vergabeverfahrensart und schließlich als wesentlicher Zuschlagsmaßstab analysiert.

Im dritten Teil werden die wesentlichen Vorgaben für die gerichtliche Kontrolle der Wirtschaftlichkeit untersucht. Diese ergeben sich weniger aus dem EU-Recht als aus dem deutschen Verfassungsrecht. In dieser besonders starken Analyse nehmen insbesondere Beurteilungsspielräume einen breiten Raum ein.

Im vierten Teil werden dann die vorher herausgearbeiteten Konzepte der Wirtschaftlichkeit als Beurteilungsmaßstab im Vergaberecht und die Grenzen gerichtlicher Kontrolle zusammengeführt. Hierbei ist die Analyse der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung besonders differenziert dargestellt.

Christian Hillen hat in seiner Dissertation „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ – auf der Grundlage einer ökonomischen Analyse – die verwaltungsrechtliche Lehre von den Beurteilungsspielräumen in das Vergaberecht übertragen. Dies stellt einen wichtigen Beitrag zum Verständnis des wichtigen Aspektes

der Wirtschaftlichkeit im Besonderen und des Vergaberechts im Allgemeinen dar. Der diesjährige Preisträger reiht sich damit nahtlos in die Liste der bisherigen Preisträger des International Procurement Awards ein, ein Umstand der auch den Doktorvater, Professor Dr. Oliver Dörr, der hier nicht unerwähnt bleiben soll, zufrieden stimmen sollte. Abschließend sei noch den heute anwesenden Zuhörern und späteren Lesern dieser Laudatio „Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht“ von Dr. Christian Hillen zur Lektüre empfohlen.





## **Verleihung des International Public Procurement Award – IPA 2018 –**

### **Darstellung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit durch den Preisträger**



**Dr. Christian Hillen**

Universität Osnabrück

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

es gibt wohl kaum eine größere Ehre für einen Autor, als eine Auszeichnung für sein Werk zu erhalten. Ich freue mich daher außerordentlich, heute hier stehen und zu Ihnen sprechen zu dürfen. Dass gerade meine Arbeit mit dem diesjährigen International Public Procurement Award ausgezeichnet wird, empfinde ich als ganz besondere Anerkennung.

Ich möchte mich zunächst recht herzlich bei meinem Vorredner, Herrn Prof. Trybus, für seine einführenden Worte und die lobende Vorstellung meiner Arbeit bedanken. Ein herzlicher Dank gilt ebenfalls der gesamten Jury, welche die eingegangenen Beiträge gesichtet und meine Arbeit für auszeichnungswürdig erachtet hat sowie dem forum vergabe e. V. für die Stiftung des Preises und die Einladung zu dieser Veranstaltung. Schließlich möchte ich an dieser Stelle ebenfalls die Gelegenheit nutzen, um meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dörr, einen ganz besonderen Dank für die hervorragende Betreuung während der Promotionszeit auszusprechen. Ohne sein offenes Ohr und die fortwährende Bereitschaft zum Diskurs hätte die Arbeit in dieser Form nicht gelingen können.

Es ist mir nun eine besondere Ehre, Ihnen, meine sehr geehrten Damen und Herren, die wesentlichen Ergebnisse meiner Überlegungen zur gerichtlichen Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht vorzustellen. Ich werde mich dabei bemühen, den

vorgegebenen Zeitrahmen von 10 Minuten nicht zu überschreiten. Um dieses Ziel zu erreichen, möchte ich die folgenden Darstellungen auf zwei in meinen Augen wesentliche Gesichtspunkte der Arbeit konzentrieren. Hierbei handelt es sich zum einen um die Frage, welche Funktionen der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht überhaupt zugeschrieben werden können. Zum anderen möchte ich auf die sich hieran anschließende Frage eingehen, inwieweit die Beurteilung von Wirtschaftlichkeit in ihren verschiedenen Funktionen einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Zunächst stellt sich mithin die grundlegende Frage, in welchen Zusammenhängen dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht überhaupt eine Bedeutung zukommt. In meiner Arbeit habe ich insgesamt vier verschiedene vergaberechtliche Funktionen der Wirtschaftlichkeit identifizieren können. Bei diesen vier Funktionen handelt es sich um die Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung, als allgemeiner Vergabegrundsatz sowie um die Wirtschaftlichkeit als Ausschluss- und Aufhebungsgrund.

Die zweifelsohne prominenteste Funktion kommt der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung zu. Das Vergabeverfahren findet demnach gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB regelmäßig dadurch seinen Abschluss, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Als inhaltsoffenes Modalprinzip gibt der Maßstab der Wirtschaftlichkeit dabei ausschließlich vor, dass die Zuschlagsentscheidung auf Grundlage einer Abwägung von Kosten und Nutzen der eingereichten Angebote vorzunehmen ist. Inhaltlich aufgeladen wird diese Abwägung erst durch die Formulierung verbindlicher Zuschlagskriterien, auf deren Grundlage die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung überhaupt erst erfolgen kann.

Ausdrückliche Erwähnung findet die Wirtschaftlichkeit jedoch nicht nur als Maßstab der Zuschlagsentscheidung. Im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 wurde der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB nunmehr auch zum allgemeinen Vergabegrundsatz erhoben. Sein genauer Gewährleistungsinhalt erschließt sich nicht auf Anhieb. Es handelt sich jedoch keinesfalls um die schlichte Wiederholung der bereits erwähnten Funktion der Wirtschaftlichkeit als Maßstab der Zuschlagsentscheidung. Die Formulierung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB ist stattdessen weitaus umfassender angelegt. Durch ihn soll der öffentliche Auftraggeber dazu angehalten werden, bei sämtlichen Entscheidungen innerhalb des Vergabeverfahrens deren ökonomischen Auswirkungen zu berücksichtigen. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass nicht nur der Zuschlag am Ende des Vergabeverfahrens auf das Beste, d. h. das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, sondern dass auch durch die übrige Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ein möglichst optimaler Einsatz von öffentlichen Mitteln erreicht wird. Der allgemeine Vergabegrundsatz der Wirtschaftlichkeit hat seine Wurzeln somit letztlich im nationalen Haushaltsrecht. Für diese Auslegung spricht dabei nicht nur die Tatsache, dass es an einer entsprechenden unionsrechtlichen

Überformung vollständig fehlt und ein allgemeiner Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in den Vergaberichtlinien keine Erwähnung findet; auch der Gesetzgeber selbst spricht in seiner Gesetzesbegründung davon, dass die Regelung des § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB lediglich „zum Zwecke der Klarstellung“ um den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ergänzt worden sei; auch diese Betonung des deklaratorischen Charakters lässt auf einen haushaltsrechtlichen Ursprung der Wirtschaftlichkeit als allgemeinen Vergabegrundsatz schließen.

Drittens kann der Wirtschaftlichkeit die vergaberechtliche Funktion eines Ausschlussgrundes zugeschrieben werden. In der vergaberechtlichen Ausschlussregelung des § 60 VgV findet der Begriff der Wirtschaftlichkeit zwar mit keinem Wort Erwähnung; die wesentlichen Elemente des Wirtschaftlichkeitsgedankens, nämlich die vergleichende Gegenüberstellung von Kosten und Nutzen, sind jedoch auch hier von entscheidungsleitender Bedeutung. Der öffentliche Auftraggeber kann ein Angebot demnach gemäß § 60 Abs. 3 VgV vom weiteren Verfahren ausschließen, wenn der darin aufgerufene Preis im Verhältnis zu der im Gegenzug zu erbringenden Leistung unangemessen niedrig ist. Konkret geht es mithin um den Ausschluss solcher Angebote, deren Preis für die zu erbringende Leistung schlichtweg „zu gut“ ist. Durch die Ausschlussregelung soll verhindert werden, dass solche Anbieter den Zuschlag erhalten, die nicht kostendeckend kalkuliert haben und an deren wirtschaftlicher Überlebensfähigkeit nicht zuletzt aus diesem Grunde zu zweifeln ist. Gerät ein Bieter nämlich in finanzielle Nöte, ist es sehr unwahrscheinlich, dass die geschuldete Leistung von ihm in ordnungsgemäßer Weise erbracht werden wird. Ohne dass die Wirtschaftlichkeit in der Ausschlussregelung des § 60 VgV somit ausdrücklich zum normativen Maßstab erhoben wird, kann ihr aufgrund eines identischen Entscheidungsprogramms eine entsprechende vergaberechtliche Funktion zugesprochen werden. Als vergaberechtlicher Ausschlussgrund soll die Wirtschaftlichkeit dem Umstand vorbeugen, dass sich aus der fehlenden Kostendeckung eines Angebotspreises das Risiko einer lediglich unzureichenden Leistungserbringung ableitet.

Viertens und letztens kommt der Wirtschaftlichkeit die vergaberechtliche Funktion eines Aufhebungsgrundes zu. Ein öffentlicher Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren demnach gemäß § 63 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VgV insbesondere dann ganz oder teilweise aufheben, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde. Auch in diesem Fall erfolgt dabei – ganz ähnlich wie bei der Ausschlussentscheidung – ein Vergleich von Preis und Leistung eines Angebots. Anders als beim Angebotsausschluss liegt das Augenmerk im Rahmen der Aufhebungsentscheidung allerdings nicht auf besonders niedrigen, sondern auf besonders hohen Angebotspreisen. Die Wirtschaftlichkeit ist in ihrer Funktion als Aufhebungsgrund dadurch primär dann von Bedeutung, wenn nur solche Angebote im Vergabeverfahren verblieben sind, deren Kosten sich im Vergleich zum bereitgestellten Nutzen als unangemessen hoch erweisen. In diesen Fällen soll die Vergabestelle

nicht gezwungen sein, den Zuschlag auf ein deutlich überteuertes Angebot zu erteilen. Stattdessen kann sie sich durch die Wirtschaftlichkeit in ihrer Funktion als Aufhebungsgrund aus einer solchen für sie nachteiligen Ausschreibung zurückziehen, ohne sich den Bietern gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen.

Die vier dargestellten Funktionen lassen erkennen, dass der Wirtschaftlichkeit innerhalb des vergaberechtlichen Vergabeverfahrens eine zentrale Rolle zukommt. Diese besondere Bedeutung hat zwangsläufig zur Folge, dass Erwägungen zur Wirtschaftlichkeit über Erfolg und Misserfolg einzelner Bieter entscheiden können. Die hiervon betroffenen Bieter sind den Entscheidungen der Vergabestelle jedoch nicht schutzlos ausgeliefert. Der ihnen im Bereich der Oberschwellenvergabe durch § 97 Abs. 6 GWB vermittelte Rechtsanspruch auf Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften erstreckt sich auch und gerade auf jene Vorschriften, in denen die Wirtschaftlichkeit zum zentralen Entscheidungsmaßstab erhoben wird.

Der tatsächliche Wert des durch § 97 Abs. 6 GWB vermittelten Rechtsschutzes hängt jedoch nicht nur vom Zugang zu gerichtlicher Kontrolle ab. Nicht weniger bedeutsam ist ebenfalls die konkrete Ausgestaltung dieser gerichtlichen Kontrolle, d. h. die spezifische Rechtsschutzintensität. Letztere wird maßgeblich durch die jeweils zu gewährleistende Kontrolldichte geprägt. Ein wesentlicher Schwerpunkt meiner Arbeit lag deshalb in der Beantwortung der Frage, welche Kontrolldichte die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen mit Blick auf die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsmaßstabs in dessen verschiedenen vergaberechtlichen Funktionen anzulegen haben.

Von Seiten des Unionsrechts werden in diesem Zusammenhang keine allzu strengen Anforderungen an die Kontrolldichte gestellt. Insbesondere mit der Garantie wirksamen Rechtsschutzes gemäß Art. 47 Abs. 1 GRCh sind vergleichsweise weitreichende Letztentscheidungsbefugnisse der Vergabestellen vereinbar, die ihre Grenze nach der Rechtsprechung des EuGH erst dort erreichen, wo ein Gericht sich auf eine reine Willkürkontrolle zurückzieht.

Während diese unionsrechtlichen Vorgaben als rechtsschutzspezifischer Mindeststandard einzustufen sind, stellt das nationale Recht ungleich strengere Anforderungen an die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte. Dreh- und Angelpunkt der nationalen Kontrolldichtedogmatik bildet dabei die in Art. 19 Abs. 4 GG niedergelegte Garantie effektiven Rechtsschutzes. Durch sie sind auch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen im Grundsatz verpflichtet, die Entscheidungen der Vergabestellen sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht vollumfänglich zu überprüfen. Einschränkungen dieses umfassenden Kontrollauftrags können sich allerdings aus Beurteilungsspielräumen der Vergabestelle ergeben. Als Ausnahme vom Verfahrensgrundrecht umfassender Kontrolle gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ist hierfür jedoch erforderlich, dass sich eine entsprechende Letztentscheidungsbefugnis der Vergabestelle auf eine gesetzliche



Grundlage zurückführen lässt. Es bedarf somit einer normativen Ermächtigung der Vergabestelle zu letztverbindlicher Entscheidung. Diese muss nicht zwingend ausdrücklich festgelegt, sondern kann ebenfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln sein.

Auch die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit in ihren erwähnten Funktionen muss sich an diesen Vorgaben messen lassen. Möchte man der Vergabestelle in den funktionspezifischen Zusammenhängen einen Beurteilungsspielraum zugestehen, so bedarf es auch hier jeweils des Nachweises einer normativen Ermächtigung zu eigenverantwortlicher und weitgehend kontrollfester Entscheidung.

In meinen Untersuchungen habe ich die vier vergaberechtlichen Funktionen der Wirtschaftlichkeit auf dieser Grundlage näher betrachtet. Eine tiefergehende Darstellung zu der Frage, in welchen Zusammenhängen dabei eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung festzustellen ist und in welchen Zusammenhängen nicht, würde an dieser Stelle zu weit gehen. Ich möchte stattdessen zwei für mich wesentliche Aspekte herausgreifen, die funktionsübergreifend festzustellen waren und meine Ausführungen als ebenso grundlegende wie elementare Erkenntnis abschließen sollen.



Zum einen ist die Notwendigkeit zur Vornahme einer differenzierten Betrachtung zu betonen. Die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit stellt sich in keiner ihrer vier vergaberechtlichen Funktionen als einaktiger, monolithischer Vorgang dar; jeder dieser vier Fälle zeichnet sich stattdessen durch vielschichtige Entscheidungsstrukturen aus, die auch bei der Ermittlung möglicher Beurteilungsspielräume berücksichtigt werden müssen. Eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung kann sich dadurch keinesfalls auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit „als Ganzes“ erstrecken. Stattdessen muss bei jeder Wirtschaftlichkeitsfunktion zwischen verschiedenen Entscheidungsstufen sowie diesen wiederum unterfallenden Entscheidungselementen unterschieden werden. Nur hinsichtlich dieser einzelnen Fragmente einer Wirtschaftlichkeitsbeurteilung kommt eine Einräumung von Beurteilungsspielräumen überhaupt in Betracht.

Dies führt mich nun unmittelbar zu meinem zweiten Punkt. Dieser besteht in der Erkenntnis, dass sich für einzelne der soeben erwähnten Entscheidungsfragmente eine normative Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung zwar durchaus herleiten lässt; für die weitaus größere Zahl von Teilentscheidungen innerhalb der vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsbeurteilung gilt dies jedoch gerade nicht, weshalb es für sie beim Grundsatz vollumfänglicher Kontrolle bleiben muss.

Die extensiv betriebene Einräumung von Beurteilungsspielräumen, wie sie von Seiten der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums betrieben wird, lässt sich demgegenüber mit dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbaren. Es offenbaren sich stattdessen unverkennbare Gegensätze hinsichtlich des Umgangs mit Beurteilungsspielräumen im Verwaltungs- und Verfassungsrecht einerseits und im Vergaberecht andererseits. Der grundsätzlich geforderte Nachweis einer normativen Ermächtigung zu letztverbindlicher Entscheidung scheint auf der Ebene des Vergaberechts jedenfalls nicht in gleicher Weise zu gelten. Stattdessen werden Beurteilungsspielräume im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsbeurteilungen oftmals mit ebenso beiläufigen wie floskelhaften Erklärungen begründet, wonach etwa ein Beurteilungsspielraum der „Natur der Sache“ geschuldet sei und alles andere „nicht richtig sein“ könne. Eine Einschränkung des Grundsatzes gerichtlicher Kontrolle lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres auf Praktikabilitätserwägungen stützen, sondern verlangt auch im Vergaberecht in jedem Einzelfall nach dem Nachweis einer entsprechenden normativen Ermächtigung durch den Gesetzgeber. Für die Beurteilung von Wirtschaftlichkeit kann ein solcher Nachweis lediglich für einzelne Teilentscheidungen erbracht werden.

Mit diesem Gedanken möchte ich meine Ausführungen abschließen. Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche Ihnen und uns einen schönen Abend.