

Laura Kristin Wittschurky

Das Verhältnis von Eignungs- und  
Zuschlagkriterien im europäischen, deutschen  
und US-amerikanischen Vergaberecht



**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 60**

Laura Kristin Wittschurky

Das Verhältnis von Eignungs- und  
Zuschlagkriterien im europäischen, deutschen  
und US-amerikanischen Vergaberecht



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: München, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8502-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3296-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im November 2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen worden. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis zur Einreichung im Mai 2021 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Burgi – nicht nur für die hervorragende Betreuung bei der Erstellung dieser Arbeit und die Aufnahme in die gemeinsam mit Herrn Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa), herausgegebene Schriftenreihe, sondern auch für die Zeit, die ich als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl verbracht habe und die ich für immer in schöner Erinnerung behalten werde. Hierzu maßgeblich beigetragen haben die großartigen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Politik und Öffentliches Recht, vor allem Benedikt, Florian, Roman und Veronika, nicht zuletzt aber auch Frau Prof. Dr. Birgit Schmidt am Busch, LL.M. (Iowa), der ich außerdem für die äußerst rasche Erstellung des Zweitgutachtens danke.

Auch sonst habe ich von vielen Seiten Unterstützung erfahren, die erheblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat: Von meinen Freundinnen und Freunden, allen voran meiner besten Freundin Tine, die mit großer Sorgfalt Korrektur gelesen und darüber hinaus – noch viel wichtiger – immer an mich geglaubt hat. Und von meinen Kolleginnen und Kollegen bei der Staatsanwaltschaft München I, besonders Johanna und Christine, auf die ich mich in der finalen Phase jederzeit verlassen konnte. Euch allen bin ich von Herzen dankbar.

Der allergrößte Dank gebührt meiner Familie, deren ausnahms- und bedingungslosen Rückhalts ich mir von Beginn an in allen Lebensbereichen sicher sein durfte. Robert danke ich besonders für das unermüdliche Korrekturlesen, jede Menge Motivation und Verständnis. Meiner Oma Inge und meinem Opa Paul, der meine Promotion leider nicht mehr miterleben konnte, bin ich zutiefst dankbar dafür, dass sie meine Ausbildung stets gefördert sowie mit viel Interesse und Stolz begleitet haben. Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern Gerlinde und Thomas. Ich könnte mir keine besseren Eltern wünschen. Danke für alles.

*München, im Dezember 2021*

*Laura Kristin Wittschurky*





## Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Problemstellung	19
B. Ziele und Gang der Untersuchung	31
Erster Teil: Grundlagen	33
Kapitel Eins: Eignungs- und Zuschlagskriterien	33
A. Europäisches und deutsches Vergaberecht	35
I. Überblick	35
1. Rechtsgrundlagen	35
2. Eignungs- und Zuschlagskriterien	49
3. Abgrenzung zu Begriffen ähnlichen Inhalts	57
a) Ausführungsbedingungen	57
b) Anforderungen in der Leistungsbeschreibung	60
c) Kriterien der strategischen Beschaffung	62
d) Reduktionskriterien	63
e) Kriterien zur Auswahl von Angeboten bei Zuschlagslimitierung	67
II. Eignungskriterien	68
1. Ausschlussgründe	68
a) Kataloge der Ausschlussgründe	68
aa) Historische Entwicklung	68
bb) Aktuelle Rechtslage	75
(1) Ausschlussgründe bei allgemeinen Vergaben und bei Konzessionsvergaben	75
(2) Ausschlussgründe bei Sektorenvergaben	81
(3) Ausschlussgründe bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaben	82
(4) Ausschlussgründe bei Unterschwellenvergaben	85
b) Ausschlussgründe als negative Eignungskriterien	86
c) Abschließende Regelung der Ausschlussgründe?	89
d) Höchstzulässiger Ausschlusszeitraum und Selbstreinigung	92

*Inhaltsverzeichnis*

2. Eignungskriterien im engeren Sinne	97
a) Aufzählung der Eignungskriterien im engeren Sinne	97
aa) Historische Entwicklung	97
bb) Aktuelle Rechtslage	114
(1) Eignungsanforderungen bei allgemeinen Vergaben und bei Konzessionsvergaben	114
(a) Befähigung zur Berufsausübung, wirtschaftliche und finanzielle, technische und berufliche Leistungsfähigkeit	115
(b) Verbindung mit und angemessenes Verhältnis zu dem Auftrags-/ Konzessionsgegenstand	123
(c) Eignungsnachweise	126
(2) Eignungsanforderungen bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaben	131
(3) Eignungsanforderungen bei Sektorenvergaben	132
(4) Eignungsanforderungen bei Unterschwellenvergaben	134
b) Abschließende Regelung der Eignungskriterien im engeren Sinne?	136
3. Merkmale von Eignungskriterien	139
a) Unternehmensbezug	139
b) Das „Ob“ der Leistung betreffend	143
c) Keine graduelle oder relative Wertung	145
III. Zuschlagskriterien	149
1. Zuschlagskriterien	149
a) Historische Entwicklung	149
b) Aktuelle Rechtslage	166
aa) Zuschlagskriterien bei allgemeinen Vergaben und bei Sektorenvergaben	166
(1) Preis/Kosten als alleiniges Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots	171
(2) Bestes Preis-Leistungs-Verhältnis als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots	179
(a) Auftragsgegenstandsbezug der Unterkriterien	183

(b) Überprüfbarkeit der Unterkriterien, keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit	189
(c) Nicht zwingend wirtschaftlicher Art	190
(d) Mögliche Unterkriterien	191
(aa) Erste Unterkriteriengruppe	193
(bb) Zweite Unterkriteriengruppe	195
(cc) Dritte Unterkriteriengruppe	205
bb) Zuschlagskriterien bei Konzessionsvergaben	206
cc) Zuschlagskriterien bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaben	210
dd) Zuschlagskriterien bei Unterschwellenvergaben	214
2. Abschließende Regelung der Zuschlagskriterien?	215
3. Festlegung starrer Mindestanforderungen?	216
4. Merkmale von Zuschlagskriterien	219
a) Angebotsbezug	219
b) Leistungsbezug	220
c) Graduelle und relative Wertung	221
B. US-amerikanisches Vergaberecht	223
I. Überblick	223
1. Rechtsgrundlagen	223
2. Eignungs- und Zuschlagskriterien	227
3. Abgrenzung zu Begriffen ähnlichen Inhalts	230
a) Übereinstimmung mit den Anforderungen der Ausschreibung (Responsiveness)	230
b) Produkt- und lieferbezogene Anforderungen (Qualification Requirements)	233
c) Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (Specifications)	233
d) Kriterien der strategischen Beschaffung (Public Policy Criteria)	234
II. Eignungskriterien (Contractor Qualifications)	236
1. Ausschlussgründe (Exclusion)	236
a) Debarment und Suspension als dem konkreten Vergabeverfahren vorgelagerte Ausschlüsse	236
b) Kataloge der Ausschlussgründe	240
c) Ausschlussgründe als negative Eignungskriterien	242
d) Selbstreinigung	243
e) Abgrenzung zur Disqualification	244

*Inhaltsverzeichnis*

2. Eignung im engeren Sinne (Responsibility)	245
a) Das Erfordernis der Responsibility	245
b) General Standards und Special Standards	246
c) Eignungsnachweise	249
d) Certificate of Competency	251
3. Merkmale von Eignungskriterien	252
a) Unternehmensbezug	253
b) Das „Ob“ der Leistung betreffend	254
c) Keine graduelle oder relative Wertung	255
III. Zuschlagskriterien (Evaluation Factors)	256
1. Evaluation Factors in den Sealed Bidding-Verfahren	257
2. Evaluation Factors im Competitive Negotiation-Verfahren	259
a) Evaluation Factors im Tradeoff Process	260
aa) Quantitative und qualitative Evaluation Factors	261
bb) Keine Beteiligung der Small Business Administration bei der Verwendung von Responsibility-Type Evaluation Factors	265
b) Evaluation Factors im Lowest Price Technically Acceptable Source Selection Process	267
aa) Quantitative und qualitative Evaluation Factors	268
bb) Beteiligung der Small Business Administration bei der Verwendung von Responsibility-Type Evaluation Factors	269
c) Kombination des Tradeoff Process und des Lowest Price Technically Acceptable Source Selection Process	270
3. Sonderregelungen für Architect-Engineer Contracts	271
4. Merkmale von Zuschlagskriterien	272
C. Zusammenfassende und vergleichende Betrachtung	273
Kapitel Zwei: Eignungsprüfung und Zuschlagswertung	280
A. Europäisches und deutsches Vergaberecht	283
I. Überblick	283
1. Aufbau der Vergabeverfahren	283
a) Einstufige Vergabeverfahren	286
b) Zweistufige Vergabeverfahren	287
2. Eignungsprüfung und Zuschlagswertung	290

II. Verortung der Eignungsprüfung und der Zuschlagswertung im Vergabeverfahren	293
1. Historische Entwicklung	293
2. Aktuelle Rechtslage	304
a) Eignungsprüfung und Zuschlagswertung bei allgemeinen Vergaben, Sektorenvergaben und Konzessionsvergaben	304
aa) Einstufige Vergabeverfahren	307
(1) Grundsatz der vorgezogenen Eignungsprüfung	307
(2) Möglichkeit der Umkehr der Verfahrensstufen im offenen Verfahren	307
(3) Flexible Gestaltung im Übrigen?	313
bb) Zweistufige Vergabeverfahren	314
b) Eignungsprüfung und Zuschlagswertung bei verteidigungs- und sicherheitsspezifischen Vergaben	315
c) Eignungsprüfung und Zuschlagswertung bei Unterschwellenvergaben	316
3. Wiederaufgreifen der Eignungsprüfung	317
a) Jederzeitige Beachtlichkeit der Ausschlussgründe	317
b) Wiedereintritt in die Eignungsprüfung im engeren Sinne bei Änderung der Tatsachengrundlage	319
c) Bindung an Wertungsentscheidungen?	321
4. Vorverlagerung der Eignungsprüfung durch Präqualifikation und Vergabesperre	322
a) Präqualifikation	322
b) Vergaberegister und Vergabesperre	327
B. US-amerikanisches Vergaberecht	330
I. Überblick	330
1. Aufbau der Vergabeverfahren	330
a) Wettbewerbliche Vergabeverfahrensarten	331
aa) Das Sealed Bidding-Verfahren	332
(1) Das reguläre Sealed Bidding-Verfahren	332
(2) Das Two-Step Sealed Bidding-Verfahren	334
bb) Das Competitive Negotiation-Verfahren	337
cc) Andere wettbewerbliche Vergabeverfahrensarten	339
b) Nichtwettbewerbliche Vergabeverfahrensarten	339
2. Prüfung der Exclusion und der Responsibility sowie Wertung anhand der Evaluation Factors	340

*Inhaltsverzeichnis*

II. Verortung der Prüfung der Exclusion und der Responsibility sowie der Wertung anhand der Evaluation	
Factors im Vergabeverfahren	341
1. Sealed Bidding-Verfahren	341
a) Reguläres Sealed Bidding-Verfahren	341
b) Two-Step Sealed Bidding-Verfahren	343
2. Competitive Negotiation-Verfahren	344
3. Wiederaufgreifen der Eignungsprüfung	345
a) Jederzeitige Beachtlichkeit der Exclusion	345
b) Wiedereintritt in die Prüfung der Responsibility	345
4. Vorverlagerung der Eignungsprüfung durch Datenbanken mit eignungsrelevanten Informationen und Exclusion	346
a) Datenbanken mit eignungsrelevanten Informationen	346
b) Exclusion als Vergabesperre	347
C. Zusammenfassende und vergleichende Betrachtung	348
Zweiter Teil: Analyse	353
Kapitel Eins: Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien	353
A. Europäisches und deutsches Vergaberecht	358
I. Positionen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Lehre (Entwicklung und Diskussionsstand)	361
1. Die „Beentjes“-Entscheidung als Ausgangspunkt der Diskussion	361
a) Die frühe Rechtsprechung des EuGH und ihre Rezeption in der Lehre	361
aa) Die Beentjes-Entscheidung des EuGH	361
bb) Die Evans Medical und Macfarlan Smith-Entscheidung des EuGH	366
cc) Die Nord-Pas-de-Calais-Entscheidung des EuGH	369
dd) Die GAT-Entscheidung des EuGH	372
b) Die frühe deutsche Rechtsprechung und ihre Rezeption in der Lehre	376
aa) Die Klärwerkerweiterung-Entscheidung und die Sozialer Wohnungsbau-Entscheidung des BGH	377
bb) Grundsatz und weitreichende Ausnahmen in den Entscheidungen der Vergabekammern und Vergabesenate	380

2. Die „Lianakis“-Doktrin	391
a) Die Rechtsprechung des EuGH und ihre Rezeption in der Lehre	391
aa) Die Lianakis-Entscheidung des EuGH	393
bb) Die Griechische Staatsbahn-Entscheidung des EuGH	397
b) Die deutsche Rechtsprechung und ihre Rezeption in der Lehre	399
aa) Die Sporthallenbau-Entscheidung und die Rettungsdienstleistungen II-Entscheidung des BGH	400
bb) Die anschließende Rechtsprechung der Vergabesenate und Vergabekammern	404
(1) (Auch) unternehmensbezogene Zuschlagskriterien	407
(2) Angebotsbezug von in Konzepten anzuführenden Eignungsaspekten	414
3. Die „Ambisig“-Entscheidung als Anknüpfungspunkt für ein gelockertes Verständnis	425
a) Die Rechtsprechung des EuGH und ihre Rezeption in der Lehre	425
aa) Die Ambisig-Entscheidung des EuGH	425
bb) Die Tirkkonen-Entscheidung des EuGH	430
c) Die Rechtsprechung des EuG	432
d) Die deutsche Rechtsprechung und ihre Rezeption in der Lehre	438
II. Bestimmung des Verhältnisses von Eignungs- und Zuschlagskriterien	443
1. Begriffliche Abgrenzung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien	443
a) Schwerpunktmäßige Abgrenzung	443
b) Derselbe Aspekt als Eignungs- oder Zuschlagskriterium	451
c) Zwischenergebnis	453
2. Vermischung und „echte“ Doppelverwertung	453
a) Grundsätzliches Verbot der Vermischung und Doppelverwertung von Eignungs- und Zuschlagskriterien	453
aa) Systematik und Wortlaut der vergaberechtlichen Vorschriften	453

*Inhaltsverzeichnis*

bb) Mindestanforderungen der Vergabegrundsätze	455
(1) Wettbewerbsgrundsatz	457
(2) Transparenzgebot	463
(3) Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	465
(4) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	469
(5) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	471
(6) Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe	472
(7) Zwischenergebnis	473
b) Ausnahme aufgrund der Regelung zur Berücksichtigung der Qualität des eingesetzten Personals?	473
c) Ausnahme für die Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen?	479
d) Ausnahme für die Vergabe freiberuflicher Leistungen?	482
e) Zwischenergebnis	486
3. Inhaltliche Doppelberücksichtigung	487
a) Mindestanforderungen der Vergabegrundsätze	489
aa) Wettbewerbsgrundsatz	489
bb) Transparenzgebot	490
cc) Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung	494
dd) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz	494
ee) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	495
ff) Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe	495
gg) Zwischenergebnis	496
b) Art. 60 Abs. 4 i.V.m. Anhang XII, Teil II lit. f der Auftragsvergaberichtlinie 2014/24/EU, § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV	496
c) Zwischenergebnis	501
B. US-amerikanisches Vergaberecht	501
I. Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien in den Sealed Bidding-Verfahren	502
1. Reguläres Sealed Bidding-Verfahren	502
2. Two-Step Sealed Bidding-Verfahren	504



II. Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien im Competitive Negotiation-Verfahren	506
1. Begriffliche Abgrenzung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien	507
2. Vermischung und „echte“ Doppelverwertung	511
a) Grundsätzliche formale Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien	511
b) Ausnahme aufgrund der Qualification-Based Selection bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen?	515
3. Inhaltliche Doppelberücksichtigung	517
4. Das Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien im Competitive Negotiation-Verfahren am Beispiel der Past Performance	519
a) Past Performance als Eignungskriterium	519
b) Past Performance als Zuschlagskriterium	520
c) Die Abgrenzung der Past Performance als Eignungskriterium von der Past Performance als Zuschlagskriterium	525
III. Mindestanforderungen der Guiding Principles	528
1. Wettbewerbsgrundsatz	529
2. Transparenzgebot	533
3. Grundsatz der Fairness und Integrität	534
4. Grundsatz der Kundenzufriedenheit	535
5. Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe	536
6. Zwischenergebnis	538
C. Zusammenfassende und vergleichende Betrachtung	538
Kapitel Zwei: Neue Perspektiven für das Verhältnis von Eignungs- und Zuschlagskriterien im europäischen und deutschen Vergaberecht	541
A. Beibehaltung des bisherigen Verständnisses (de lege lata)	541
I. Optimierte Eignungsprüfung	543
II. Erfassung über die Leistungsbeschreibung oder über Ausführungsbedingungen	549
III. Verlagerung in den Teilnahmewettbewerb	551
B. Zulassung weiterer „eignungsnaher“ Zuschlagskriterien (de lege lata)	557
I. Definition des Angebotsbezugs	560

*Inhaltsverzeichnis*

II. Definition des Leistungsbezugs	564
III. Mögliche weitere „eignungsnahe“ Zuschlagskriterien	568
1. Konzepte	568
2. Örtliche Präsenz	570
C. Graduelle und relative Wertung in der Eignungsprüfung (de lege ferenda)	573
D. Orientierung am US-amerikanischen Vergaberecht (de lege ferenda)	578
E. Zusammenfassende Betrachtung	581
Ergebnisse und Ausblick	583
Literaturverzeichnis	591