

erfolgten Abschluss eines Vertrags beruht, sondern gerade das **zum Vertragsschluss führende Verfahren**, die Entscheidung des Auftraggebers, wem ein Auftrag erteilt werden soll, erfasst.<sup>9</sup> Da bereits zum Beginn dieses Vergabeverfahrens die von § 103 Abs. 1 GWB geforderte Entscheidung zu treffen ist, ob der sachliche Anwendungsbereich des (Kartell-)Vergaberechts eröffnet ist, bezieht sich die Prüfung des § 103 Abs. 1 GWB darauf, ob das Verhalten des Auftraggebers darauf gerichtet ist, mit Hilfe einer vertraglichen Bindung eine Beschaffung durchzuführen.<sup>10</sup>

**aa) Beiderseits verbindliches Rechtsgeschäft.** Ein Vertrag wird nach allg. 13 Grundsätzen durch die **durch übereinstimmende Willenserklärungen herbeigeführte Willenseinigung** zweier Rechtssubjekte geschlossen. Hieran fehlt es, wenn das Rechtsverhältnis einseitig-hoheitlich bestimmt ist, selbst wenn der andere Teil mit dieser einseitigen Festsetzung einverstanden ist (zB beim sog. konsentierten Verwaltungsakt).<sup>11</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Situation, dass der Auftragnehmer ein Angebot abgegeben hat und der Akt der Beauftragung durch Verwaltungsakt erfolgt.<sup>12</sup> Denn in diesem Fall liegen beidseitige Erklärungen von Auftraggeber und Auftragnehmer vor (→ § 103 Rn. 20). Gleiches gilt, wenn die Leistungsgewährung nicht auf der Grundlage eines freiwilligen Vertragsschlusses beruht, sondern durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben ist.

Die **Willenserklärung des öffentlichen Auftraggebers** wird durch den 14 Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.<sup>13</sup> Ob hierdurch der Vertrag mit dem Bieter geschlossen wird, hängt von der jew. Konstellation ab:

- Ein **Zuschlag**, der **vor Ablauf der Zuschlagsfrist** erfolgt und das vom Bieter 15 abgegebene Angebot nicht abändert, enthält die **Annahme des Angebots des Bieters**, welches dessen Willenserklärung darstellt, und bringt den Vertrag zustande. Mit der Erteilung des Zuschlags ist das Vergabeverfahren beendet.
- Anders verhält es sich, wenn der **Zuschlag nach Ablauf der Zuschlagsfrist** 16 oder unter Änderung des Angebots des Bieters erteilt wird. In diesem Fall nimmt der Auftraggeber nicht das Angebot des Bieters an, sondern unterbreitet diesem selbst ein **neues Angebot**, über dessen Annahme (oder Nichtannahme) sich der Bieter unverzüglich erklären muss (§ 18 EU Abs. 2 VOB/A; dazu ausf. → VOB/A § 18 EU Rn. 16 ff.).

An einem auf den **Abschluss eines verbindlichen Rechtsgeschäfts** gerichteten 17 Willen des Auftraggebers fehlt es insbes., wenn der Auftraggeber noch nicht sicher ist, ob er überhaupt einen Beschaffungsvorgang einleiten will, sondern zunächst einmal im Wege der **Markterkundung** eruiert, ob der Markt eine Lösung für das sich ihm stellende Problem bereithält. So fällt das Interessenbekundungsverfahren nach § 7 Abs. 2 S. 3 BHO ebenso wenig unter § 103 Abs. 1 GWB wie bloße Vorstudien, die sich im Rahmen rein interner Überlegungen des Auftraggebers halten.<sup>14</sup> Für Markterkundungen regelt § 28 VgV ausdr., dass sie sich in der Phase vor Einleitung eines Vergabeverfahrens bewegen. Dies ändert allerdings nichts daran, dass auch die Phase der Markterkundung Vorwirkungen auf das Vergabeverfahren mit Blick auf die Bindung des öffentlichen Auftraggebers an die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz erzeugen kann (→ VgV § 28 Rn. 2 ff.).<sup>15</sup>

<sup>9</sup> EuGH 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 Rn. 52 – Stadt Halle.

<sup>10</sup> RKPP/Röwekamp GWB § 103 Rn. 15.

<sup>11</sup> EuGH 18.12.2007 – C-220/06, NVwZ 2008, 177 Rn. 54 – AP.

<sup>12</sup> VK Sachsen 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604 (607).

<sup>13</sup> Vgl. OLG Schleswig 9.12.2021 – 54 Verg 8/21, NZBau 2022, 427 Rn. 81.

<sup>14</sup> Vgl. für Vorstudien EuGH 11.1.2005 – C-26/03, NZBau 2005, 111 Rn. 35 – Stadt Halle; OLG München 7.6.2005 – Verg 4/05, BeckRS 2005, 18761 = VergabeR 2005, 620 (622).

<sup>15</sup> Willenbruch VergabeR 2018, 103 (105).

- 18 Wie die Beispiele der Markterkundung und des Interessenbekundungsverfahrens zeigen, wird der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts noch nicht dadurch eröffnet, dass der Auftraggeber Kontakt zu Marktteilnehmern aufnimmt. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass der Auftraggeber ein förmliches Vergabeverfahren einleitet. Nach den Grundsätzen des **materiellen Beschaffungsbegriffs** (dazu auch → § 155 Rn. 28) ist die Grenze zu einem auf die Durchführung einer Beschaffung und damit auf den Abschluss eines verbindlichen Rechtsgeschäfts gerichteten Verhalten des Auftraggebers vielmehr dann überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber
- sich entschlossen hat, Waren, Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen,
  - diesbzgl. organisatorische und/oder planerische Schritte ergreift,
  - um die Art und Weise der Beschaffung,
  - deren gegenständliche Leistungsanforderungen und
  - den Weg der Ermittlung und Auswahl des Erbringers der Leistung zu regeln.<sup>16</sup>
- 19 **bb) Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsformen.** In der Vergangenheit wurde teilw. die Ansicht vertreten, dass **öffentlich-rechtliche Verträge** von vornherein nicht dem Vergaberecht unterlägen.<sup>17</sup> Diese Ansicht konnte sich insbes. auf die amtl. Begr. der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes stützen.<sup>18</sup> Vor dem Hintergrund der Rspr. des EuGH<sup>19</sup> hat sich jedoch zunehmend die Erkenntnis durchgesetzt, dass die **Zuordnung der Handlungsform insoweit unbeachtlich** ist, vielmehr auch öffentlich-rechtliche Verträge als Aufträge iSd Vergaberechts einzustufen sind, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 103 GWB erfüllt sind.<sup>20</sup> Denn zum einen kann die Abgrenzung zwischen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen im Einzelfall sehr komplex sein; zum anderen sind nationale Zuordnungen bei ansonsten unveränderten Rahmenbedingungen für den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien nicht maßgebend.
- 20 Hingegen liegt **kein Vertrag** iSv § 103 Abs. 1 GWB vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber **einseitig einen Privaten zur Aufgabenerfüllung heranzieht**,<sup>21</sup> selbst wenn dieser dafür eine Entschädigung erhalten sollte. Denn in diesem Fall

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 696 (698 ff.); 22.5.2002 – Verg 6/02, NZBau 2002, 583 (584); OLG Jena 22.11.2000 – 6 Verg 8/00, BeckRS 2000, 167148 = VergabeR 2001, 52 (54).

<sup>17</sup> So etwa OLG Celle 24.11.1999 – 13 Verg 7/99, NZBau 2000, 299 (300); Dreher DB 1998, 2579 (2587).

<sup>18</sup> BT-Drs. 13/9340, 15.

<sup>19</sup> EuGH 12.7.2001 – C-399/98, Slg. 2001, I-5409 Rn. 73 = NZBau 2001, 512 – Teatro alla Bicocca; 20.10.2005 – C-264/03, ZfBR 2006, 69 Rn. 36; 18.1.2007 – C-220/05, NZBau 2007, 185 Rn. 40 – Stadt Roanne; 29.4.2010 – C-160/08, NZBau 2010, 450 Rn. 90; 14.7.2022 – C-436/20, NZBau 2023, 47 Rn. 55 – ASADE.

<sup>20</sup> S. nur BGH 1.12.2008 – X ZB 31/08, NZBau 2009, 201 (203); BayObLG 28.5.2003 – Verg 7/03, BeckRS 2003, 7750 = VergabeR 2003, 563 (565); OLG Brandenburg 17.2.2005 – Verg W 11/04, BeckRS 2011, 16822 = VergabeR 2005, 99 (102); OLG Dresden 4.7.2008 – W Verg 3/08, NZBau 2008, 594 (595); OLG Düsseldorf 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, 55 (58); 5.5.2004 – VII-Verg 78–03, NZBau 2004, 398 (399); 22.9.2004 – VII Verg 44/04, NZBau 2005, 652; 5.4.2006 – VII-Verg 7/06, NZBau 2006, 595 (596); 13.6.2007 – VII-Verg 2/07, BeckRS 2007, 9926 = VergabeR 2007, 634 (637); 6.11.2013 – VII-Verg 39/11, BeckRS 2014, 4701 = VergabeR 2014, 169; OLG Frankfurt a. M. 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, BeckRS 2004, 9213 = VergabeR 2005, 80 (86); OLG Koblenz 14.5.2019 – Verg 1/19, NZBau 2019, 534 Rn. 24; OLG Naumburg 3.11.2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, 58 (60); 22.12.2011 – 2 Verg 10/11, NZBau 2012, 258 (260).

<sup>21</sup> EuGH 18.12.2007 – C-220/06, BeckRS 2007, 71075 = VergabeR 2008, 196 (202); 14.7.2022 – C-436/20, NZBau 2023, 47 Rn. 57 – ASADE.

wird weder seitens des Auftraggebers noch seitens des Unternehmens eine auf einen Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung abgegeben. Anderes wird aber zu gelten haben, wenn die hoheitliche Heranziehung des Privaten für den Auftraggeber einen Beschaffungsvorgang darstellt. In diesem Fall würde es eine Umgehung des spezifischen Pflichtenregimes des Vergaberechts bedeuten, würde der Vorgang nicht als öffentlicher Auftrag nach § 103 Abs. 1 GWB bewertet.<sup>22</sup>

Kein öffentlicher Auftrag ist anzunehmen, wenn ein Auftraggeber einem Privaten im Wege der **Beleihung** die Befugnis zu hoheitlichem Handeln überträgt.<sup>23</sup> Auch insoweit ist aber zu beachten, dass die Beleihung **häufig nur instrumentellen Charakter** hat, also als Mittel eingesetzt wird, das zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe benötigt wird.<sup>24</sup> Handelt es sich bei der Aufgabenerfüllung durch den Beliehenen für den öffentlichen Auftraggeber um einen Beschaffungsvorgang, so wird dieser nicht durch die Kombination mit einer Beleihung der Anwendung des Vergaberechts entzogen.

Ebenfalls kein Vertrag iSd Begriffs des öffentlichen Auftrags liegt bei der **Gewährung einer haushaltsrechtlichen Zuwendung** vor. Die Legaldefinition des § 23 BHO versteht unter Zuwendungen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke. Ausweislich der Nr. 2 zu § 23 VV-BHO werden Zuwendungen in zwei verschiedenen Arten, nämlich der Projektförderung und der institutionellen Förderung, gewährt. Vorliegend geht es vor allem um den Typus der Projektförderung, dh die Gewährung von Zuwendungen zur Deckung von Ausgaben des Zuwendungsempfängers für einzelne abgegrenzte Vorhaben (Nr. 2.1 zu § 23 VV-BHO). Nach in der zuwendungsrechtlichen Lit. ganz hM erfolgt die Abgrenzung zwischen einer haushaltsrechtlichen Zuwendung einerseits und einem vergaberechtlichen Auftrag andererseits anhand des Nichtvorliegens einerseits bzw. Vorliegens andererseits eines Austauschverhältnisses, dh das Bestehen einer Gegenleistungspflicht desjenigen, der die Leistung der öffentlichen Hand erhält.<sup>25</sup> Als weitere Abgrenzungskriterien werden genannt die Verfolgung wirtschafts- oder gesellschaftspolitischer Interessen<sup>26</sup> sowie die Förderung der Erfüllung fremder Aufgaben durch den Bund mit der Gewährung von Zuwendungen.<sup>27</sup> Diese Abgrenzungskriterien sind zwar im Ansatz zutreffend, bedürfen allerdings für die praktische Handhabarmachung der Präzisierung.

Nach der weiterhin maßgeblichen Rspr. des EuGH muss die **Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung „einklagbar“** sein.<sup>28</sup> An einer solchen Einklagbarkeit einer primären Leistungsverpflichtung fehlt es bei der Überantwortung von Mitteln als Zuwendung zur Bewirtschaftung durch den Zuwendungsempfänger in aller Regel.<sup>29</sup> Es besteht keine selbständig durchsetzbare Verpflichtung ggü. dem

<sup>22</sup> RKPP/Röwekamp GWB § 103 Rn. 104; iErg auch VK Sachsen 8.4.2011 – 1/SVK/002-11, ZfBR 2011, 604 (607).

<sup>23</sup> BGH 12.6.2001 – X ZB 10/01, BeckRS 2001, 6168 = DÖV 2001, 1006.

<sup>24</sup> Zur Vergaberechtsneutralität der Beleihung Spilok, Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Beleihungskonstellationen, 2012, S. 179.

<sup>25</sup> Endell/Frömgén, Förderhandbuch Nordrhein-Westfalen, 2009, Kap. I A, S. 3; Heuer/Engels/Eibelshäuser/Hugo/Sandfort, Kommentar zum Haushaltsrecht, 2006, BHO § 23 Rn. 12; Piduch/Nebel, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. 2007, BHO § 23 Rn. 4; Gröpl/Rossi, BHO/LHO, 2. Aufl. 2019, BHO § 23 Rn. 18.

<sup>26</sup> Piduch/Nebel, Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. 2007, BHO § 23 Rn. 4.

<sup>27</sup> Heuer/Engels/Eibelshäuser/Hugo/Sandfort, Kommentar zum Haushaltsrecht, 2006, BHO § 23 Rn. 12.

<sup>28</sup> EuGH 25.3.2010 – C-451/08, NVwZ 2010, 565 Rn. 62 – Müller; 28.5.2020 – C-796/18, EuZW 2020, 820 Rn. 49; 10.9.2020 – C-367/19, NZBau 2020, 730 Rn. 26 – Tax-Fin-Lex; krit. Fandrey NZBau 2019, 362 (363); Kühling NVwZ 2010, 1257 (1259 f.).

<sup>29</sup> Zutreffend OLG Düsseldorf 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 (629 f.).

Zuwendungsgeber, einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Vielmehr besteht eine Sicherung des mit der Mittelüberantwortung verbundenen Zwecks lediglich in der Möglichkeit zur Rückforderung der Zuwendung nach Aufhebung des Zuwendungsbescheids mit Verzinsungspflicht des Zuwendungsempfängers (vgl. Nr. 8 der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen für Projektförderung – ANBest-P), was zur Begründung einer durchsetzbaren Gegenleistungspflicht nicht ausreicht.<sup>30</sup> Erwrgr. 4 zur VRL stellt ausdr. klar, dass „Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen“, keine öffentlichen Aufträge darstellen. Darüber hinaus fehlt es dem Zuwendungsgeber an dem für das Vorliegen eines ausschreibungspflichtigen Auftrags erforderlichen unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen Interesse hinsichtl. der Zurverfügungstellung der Mittel sowie der Zweckverfolgung. Dass der Zuwendungsempfänger Leistungen erbringt, die der Verwirklichung öffentlicher Interessen dienen, genügt insoweit nicht.<sup>31</sup>

**23a** Aus dem Vergaberecht – auch nicht aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz<sup>32</sup> – ergibt sich grds. auch **keine Pflicht, statt einer Zuwendung nach Haushaltsrecht die Form eines öffentlichen Auftrags** nach Vergaberecht zu wählen, sofern dies im Einzelfall möglich ist. Die Entscheidung einer öffentlichen Stelle darüber, ob sie sich die Mittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben aus eigenen Kapazitäten, durch Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen, durch Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder auf andere Weise verschafft, wird durch das Vergaberecht nicht reguliert, sondern liegt der Anwendbarkeit des Vergaberechts voraus. Nur dann, wenn die öffentliche Stelle als Auftraggeber iSv § 98 GWB sich die Mittel durch Vergabe eines öffentlichen Auftrags iSv § 103 GWB (oder einer Konzession) verschaffen will, ist das vergaberechtliche Regime einschlägig.<sup>33</sup> Anderes kann allenfalls für äußerste Ausnahmefälle eines offensichtlichen Formenmissbrauchs gelten.

**24 cc) Inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Auftraggebers.** Seine sog. **Beschaffungsfreiheit** gesteht dem Auftraggeber ein Ermessen hinsichtl. der Auswahl zu, welche Art von Leistung mit welchen Merkmalen er nachfragen will. Sofern die Auswahl nach sachbezogenen Kriterien erfolgt, kann ihm die Nachprüfungsinstanz keine andere Leistung aufzwingen (iE → § 127 Rn. 6 ff., → VgV § 14 Rn. 54 ff.).

**25** Allerdings ist diese Beschaffungsfreiheit nicht unbegrenzt. Erforderlich ist vielmehr ein **Bezug** der vom Auftraggeber verlangten Leistungsmerkmale **zum Auftragsgegenstand** (→ § 127 Rn. 15 ff.). Dass dem Auftraggeber auch iÜ keine Privatautonomie zukommt, sondern er durch die vergaberechtlichen Regelungen in zahlreichen Richtungen beschränkt wird – von der Auswahl des Partners (→ § 127 Rn. 45 ff.) bis hin zur inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrags zB hinsichtl. der Frage der Vertragslaufzeit (→ Rn. 26 ff.) –, ergibt sich aus der Überlagerung zivilrechtlicher Grundsätze durch das Vergaberecht (→ Einl. Rn. 35).

<sup>30</sup> Müller/Richter/Ziekow E Rn. 56. AM Fandrey NZBau 2019, 362 (363).

<sup>31</sup> IE Ziekow FS Marx, 2013, 885.

<sup>32</sup> AM Lipinsky/Plauth VergabeR 2019, 1 (6); Ohrtmann VergabeR 2019, 261 (264 f.). Entgegen einer in Deutschland verbreiteten Auffassung hat sich der EuGH erfreulicherweise in vielen Entscheidungen einer Auflösung der Grenzen des Vergaberechts durch Berufung auf den Effektivitätsgrundsatz widersetzt.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, 628 (630). Vgl. auch EuGH 11.1.2005 – C-26/03, NVwZ 2005, 187 Rn. 48 – Stadt Halle; 13.10.2005 – C-458/03, NVwZ 2005, 1407 Rn. 61 – Parking Brixen; 13.11.2008 – C-324/07, NZBau 2009, 54 Rn. 48 – Coditel Brabant; 9.6.2009 – C-480/06, NZBau 2009, 527 Rn. 45 – Stadtreinigung Hamburg; 22.12.2010 – C-215/09, EuZW 2011, 257 Rn. 31 – Oulun kaupunki; 8.12.2016 – C-553/15, NZBau 2017, 109 Rn. 30 – Undis Servizi; 25.10.2018 – C-260/17, NZBau 2019, 189 Rn. 36 – Anodiki. Abl. Grams VergabeR 2019, 473 (477): Vorrang des Vergaberechts.

**dd) Vertragsdauer.** Ausdrückliche Bestimmungen, die allg. die Laufzeit von öffentlichen Aufträgen betreffen, finden sich nicht. Das Unionsrecht verbietet nicht den Abschluss von **öffentlichen Aufträgen auf unbestimmte Dauer**.<sup>34</sup> Sofern die Ausschreibung dies berücksichtigt, ist es dem Auftraggeber nicht verwehrt, auch unbefristete Verträge zu schließen.<sup>35</sup> Die Regelungen zur Berechnung des geschätzten Wertes von öffentlichen Aufträgen bestätigen dies: Art. 5 Abs. 12 VRL unterscheidet für bestimmte öffentliche Lieferaufträge zwischen Aufträgen mit höchstens zwölf Monaten und solchen mit einer unbestimmten Laufzeit. Eine entspr. Regelung für Dienstleistungsaufträge enthält Art. 5 Abs. 14 VRL. Auf nationaler Ebene unterscheidet § 3 Abs. 11 VgV für die Schätzung der Auftragswerte zwischen zeitlich begrenzten und unbefristeten Verträgen.

**Laufzeitregelungen** sind vielmehr **nur für bestimmte Verfahren** vorgesehen: So darf eine Rahmenvereinbarung – von Sonderfällen abgesehen – die Laufzeit von vier Jahren nicht überschreiten (Art. 33 Abs. 1 UAbs. 3 VRL; § 21 Abs. 6 VgV, → VgV § 21 Rn. 25). Die Laufzeitregelung soll sicherstellen, dass das geschlossene System der Rahmenvereinbarung die Auftragsvergabe nur für einen begrenzten Zeitraum dem allg. Wettbewerb entzieht. Die Laufzeitbegrenzung ist daher unauflösbar mit der spezifischen Systematik der Rahmenvereinbarungen verknüpft, welche einerseits Effizienzgewinne ermöglicht, andererseits aber wettbewerbsbeschränkend wirkt (→ VgV § 21 Rn. 25). Öffentliche Aufträge, die nicht der Struktur von Rahmenvereinbarungen entsprechen, können deshalb nicht Art. 33 Abs. 1 UAbs. 3 VRL bzw. § 21 Abs. 6 VgV unterstellt werden – auch nicht in entspr. Anwendung.

Entspr. den in → § 97 Rn. 2 ff. dargestellten Grundsätzen lassen sich dem **Wettbewerbsgrundsatz keine Beschränkungen der zulässigen Laufzeit** öffentlicher Aufträge entnehmen. Der EuGH hat zwar darauf hingewiesen, „dass die Praxis der Vergabe eines unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrags ... auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen“ kann.<sup>36</sup> Da jedoch der Wettbewerbsgrundsatz sich in den Regelungen des Vergaberechts konkretisiert (→ § 97 Rn. 5) und das unionsrechtliche Vergaberecht den Abschluss unbefristeter Verträge nicht verbietet,<sup>37</sup> kann der Wettbewerbsgrundsatz keinen eigenständigen limitierenden Gehalt entfalten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine diskriminierungsfrei bemessene und den Anforderungen des Transparenzgrundsatzes genügende Laufzeitfestlegung mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht konfliktiert. Die **Elemente der Laufzeitberechnung müssen also angegeben** werden, damit sich alle Bieter in gleicher Weise darauf einstellen können.

Eine unionsrechtliche Begrenzung der zulässigen Laufzeit von Beschaffungsverträgen kann sich allerdings aus dem **unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot** (→ § 97 Rn. 56 ff.) ergeben.<sup>38</sup> So hat der EuGH eine über 20 Jahre laufende Konzession als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs eingestuft, die nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgeht.<sup>39</sup> Die Kommission hat aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Notwendigkeit abgeleitet, Wettbewerb und finanzielle Ausgewogenheit in

<sup>34</sup> EuGH 19.6.2008 – C-454/06, NVwZ 2008, 865 Rn. 74 – presstext; OLG Düsseldorf 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, 321; vorbehaltlich eng begrenzter Ausnahmen aM VK Bund 9.4.2015 – VK 2–19/15, ZfBR 2015, 600 (603).

<sup>35</sup> VK Arnsberg 18.7.2000 – VK 2–07/2000, VPRRS 2013, 0985, „langjährige Dienstleistungsverträge in Form von Dauerschuldverhältnissen ... lässt das Vergaberecht grundsätzlich zu“; Prieb EurVergabeR-HdB S. 110; Ziekow VergabeR 2004, 430 (432).

<sup>36</sup> EuGH 19.6.2008 – C-454/06, NVwZ 2008, 865 Rn. 73 – presstext.

<sup>37</sup> EuGH 19.6.2008 – C-454/06, NVwZ 2008, 865 Rn. 74 – presstext.

<sup>38</sup> Dies übersieht Scharen NZBau 2009, 679 (682 ff.).

<sup>39</sup> EuGH 9.3.2006 – C-323/03, NZBau 2006, 386 Rn. 44 f.

Einklang zu bringen.<sup>40</sup> Dies hat Auswirkungen auf die zulässige Laufzeit von Aufträgen: Für die Laufzeit von Konzessionen fordert die Kommission eine Festlegung der Laufzeit in der Weise, „dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen“.<sup>41</sup> In Anbetracht dessen, dass die Kommission diese Bestimmung der Laufzeit aus im Primärrecht verankerten Grundsätzen abgeleitet hat, wird man folgern müssen, dass der Ansatz auch für vergleichbare Modelle herangezogen werden kann. Insoweit ist zu beachten, dass die Kommission für das Vorliegen einer Konzession die Frage der Risikoverteilung für zentral hält: Danach „liegt eine Konzession dann vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über die Benutzer – insbes. durch die Erhebung von Gebühren – erhält. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt ... wer das Nutzungsrisiko trägt.“<sup>42</sup> Dementsprechend darf die Festlegung der Laufzeit im Ausgleich zwischen Wettbewerb und finanzieller Ausgewogenheit nicht dazu führen, dass die Risikoverteilung als solche geändert wird, ist doch „das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär beizubehalten“.<sup>43</sup> Die Struktur der ausgeschriebenen Leistung darf mithin durch die Laufzeitbestimmung nicht verändert werden. Die **Laufzeit ist dem ausgeschriebenen Gegenstand akzessorisch**, nicht umgekehrt.

- 30 Die für Konzessionen entwickelten Grundsätze hat die Kommission auch auf Public Private Partnerships übertragen. Im **ÖPP-Grünbuch** heißt es unter ausdr. Bezugnahme auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen:

*„Im Übrigen muss sich der Zeitraum, in dem der private Partner eine Infrastruktur oder eine Dienstleistung betreibt bzw. bereitstellt, nach dem Erfordernis richten, das wirtschaftliche und finanzielle Gleichgewicht des Projekts zu gewährleisten. Insbes. ist die Dauer der partnerschaftlichen Beziehungen so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Eine übermäßig lange Laufzeit dürfte sich aufgrund der für den Binnenmarkt geltenden Grundsätze oder der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags verbieten. Der Grundsatz der Transparenz verlangt ebenfalls, dass die Elemente, auf die sich die Festlegung der Laufzeit stützt, in den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, damit die Bieter sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots berücksichtigen können.“<sup>44</sup>*

- 31 An anderer Stelle hat die Kommission allerdings deutlich gemacht, dass sie bei **komplexen PPP-Modellen** Laufzeiten von 25 Jahren oder 30 Jahren oder sogar mehr für nicht ungewöhnlich und deshalb auch nicht grds. zu beanstanden hält.<sup>45</sup> Parameter sind insoweit die Amortisierung von Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals.
- 32 **(1) Amortisierung von Investitionen.** Die Frage, wann eine Amortisierung von Investitionen eintritt, fordert vom öffentlichen Auftraggeber eine **komplexe**

<sup>40</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABL 2000 C 121, 2.

<sup>41</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABL 2000 C 121, 2.

<sup>42</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABL 2000 C 121, 2.

<sup>43</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABL 2000 C 121, 2.

<sup>44</sup> Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften (KOM 2004, 327), Nr. 46.

<sup>45</sup> European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003, S. 24.



**Bewertung** unter Einbeziehung verschiedener Gesichtspunkte. Die Amortisierung kann in Abhängigkeit von dem gewählten Finanzierungsmodell, den vom Auftraggeber gewählten Vergabebedingungen und anderen Gesichtspunkten früher oder später als nach den Durchschnittsamortisierungswerten eintreten. Die Möglichkeit, günstige Finanzierungen zu erlangen, führt nicht zwangsläufig dazu, dass die Laufzeit wegen einer schnelleren Amortisierung kürzer festzulegen ist. So können die bei einer längeren Laufzeit höheren Investitions- und damit auch Finanzierungsvolumina dazu führen, dass niedrigere **Zinssätze** als bei einer kürzeren Laufzeit angeboten werden. Darüber hinaus können langfristig festschreibbare günstige Zinssätze die Wahl einer längerfristigen vertraglichen Bindung nahe legen. Denn hierdurch wird es dem Betreiber ermöglicht, für einen langen Zeitraum eine Leistung zu einem günstigen Preis anzubieten. Dieser Vorteil ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber zum einen eine nachhaltige Haushaltswirtschaft, die auch über längere Zeiträume auf eine maßvolle, insbes. nicht steigende Belastung achtet. Ggf. lässt sich ein Haushaltssanierungskonzept nur bei einer Verfolgung langfristig angelegter Perspektiven realisieren. Zum anderen kann dem Nutzer der betriebenen Anlagen eine langfristige **Gebührenstabilität** gewährleistet werden. Diese Gesichtspunkte können vom öffentlichen Auftraggeber zu Kriterien für die Vergabe gemacht werden. Allerdings ist dann darauf zu achten, dass die günstigen Finanzierungsbedingungen nicht zu einer signifikant früheren Amortisierung von Investitionen führen. Mit anderen Worten: Nur bei längeren Laufzeiten erzielbare Finanzierungsvorteile müssen sich im Angebot des Privaten niederschlagen und insoweit an den öffentlichen Auftraggeber „weitergegeben“ werden. Allein die für den Privaten günstigen Finanzierungsbedingungen über einen längeren Zeitraum rechtfertigen keine Einschränkung des Wettbewerbs zu Lasten von Konkurrenten.

Zu einer **Optimierung einzelner Gesichtspunkte**, bspw. der Kürze der Laufzeit zu Lasten der Gebührenstabilität, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet. Entscheidend ist vielmehr, dass der öffentliche Auftraggeber die für ein Abweichen von dem Durchschnittsamortisierungswert nach oben und nach unten sprechenden **Gesichtspunkte zu einem angemessenen Ausgleich** bringt. Dies setzt voraus, dass der Auftraggeber diese Gesichtspunkte erkannt und in ihrer Bedeutung für die Laufzeitbemessung bewertet hat. Allerdings ist der öffentliche Auftraggeber nur dann zu einer Korrektur der zu Grunde gelegten Durchschnittsamortisierungswerte gehalten, wenn eine **signifikante Abweichung prognostisch ermittelt** werden kann. Die Frage der Dauer der Amortisierung von Investitionen ist ein Element zur Ermittlung einer angemessenen Vertragslaufzeit iRd Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setzt jedoch bzgl. der Angemessenheitsprüfung der von dem Auftraggeber zu treffenden Entscheidung weite Grenzen.<sup>46</sup>

(2) **Angemessene Verzinsung.** Während die Amortisierung der vom Privaten zu tätigen Investitionen – auch unter Berücksichtigung insbes. der Höhe der Gebühren, die die Nutzer der von dem Privaten betriebenen Einrichtung zu entrichten haben werden, sowie der weiteren Möglichkeiten der Finanzierung<sup>47</sup> – eine festliegende (wenngleich über die Laufzeit verschiedenen, nicht notwendig stabilen Faktoren ausgesetzte) Größe ist, bleibt der Terminus „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ **inhaltlich unbestimmt.**

Für den Versuch, **Kriterien zur Ausfüllung** des Begriffs der „angemessenen Verzinsung“ zu generieren, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesichtspunkt der Angemessenheit den **Rückbezug zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** herstellt. Eine dem Privaten eingeräumte Verzinsung wird sich erst dann als unange-

<sup>46</sup> Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009, § 7 Rn. 110.

<sup>47</sup> European Commission Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003, S. 24.

messen bezeichnen lassen, wenn sie außer Verhältnis zum übertragenen Risiko und zu dem für den Einkauf der Leistung am Markt zu erbringenden Aufwendungen steht. Zur – wenngleich inhaltlich nicht vollständig parallelen – Frage, was unter einer „angemessenen Rendite“ bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen sein soll, schlägt die Kommission folgenden Ermittlungsmodus vor:<sup>48</sup>

*„Zum Zwecke dieser Entscheidung ist unter »angemessener Rendite« ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen. ... In der Regel darf die Rendite die in dem betr. Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder ggf. auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, die insbes. an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und an Produktivitätsgewinne anknüpfen.“*

- 36 In der Sache handelt es sich dabei um die wesentlichen Elemente, die bei einem **Wirtschaftlichkeitsvergleich vor Ausschreibung eines PPP-Modells** durchzuführen sind. Ist ein Wirtschaftlichkeitsvergleich methodisch zureichend durchgeführt worden, so ist davon auszugehen, dass die dort ermittelte Laufzeit den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Verbindung mit dem Wettbewerbsprinzip genügt. Da Maßstab für die Wirtschaftlichkeit der Auflegung eines PPP-Modells das konventionelle Referenzprojekt in Eigenregie des öffentlichen Auftraggebers ist, besteht bereits ein einheitlicher Bezugsrahmen für die Berechnung der Renditeerwartungen. Insoweit ist davon auszugehen, dass der **Rahmen der am Markt erzielten Durchschnittsrendite** eingehalten wird. Hinter der Orientierung an einer Durchschnittsrendite steht der Gedanke, dass der Wettbewerb nur insoweit eingeschränkt werden soll, wie die Einschränkung selbst wiederum den durch den Wettbewerb am Markt entstehenden Gegebenheiten entspricht. Allerdings kann eine Durchschnittsrendite **keine absolute Höchstgrenze** bilden, würde sie doch einen Innovationswettbewerb verhindern und zu einer Zementierung des wettbewerblichen status quo führen. Unternehmen, die aufgrund innovativer technischer oder organisatorischer Modelle bei sonst gleichen Berechnungsparametern (Risikoverteilung, Leistungsqualität etc) höhere Produktivitätsgewinne erwirtschaften, dürfen deshalb nicht schlechter behandelt werden. Denn eine Durchsetzung derartiger innovativer Modelle liegt im langfristigen Interesse der öffentlichen Auftraggeber, führt doch ihre Etablierung dazu, dass die Durchschnittsrenditesätze nach einiger Zeit entspr. anzupassen sind. Dementsprechend sieht auch die Kommission die Einbeziehung von Produktivitätsgewinnen vor. Ist kein die Laufzeitfrage einbeziehender Wirtschaftlichkeitsvergleich durchgeführt worden, so müssen Erforderlichkeit und Angemessenheit der gewählten Laufzeit vom Auftraggeber iE nachgewiesen werden.<sup>49</sup>

- 37 **ee) Kein Schriftformerfordernis.** Anders als die Definition öffentlicher Aufträge in Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VRL enthält § 103 Abs. 1 GWB nicht das Kriterium der Schriftlichkeit des zwischen Auftraggeber und Unternehmen geschlossenen Vertrags. Eine unionskonforme Auslegung des § 103 Abs. 1 GWB ist insofern weder geboten

<sup>48</sup> Entscheidung der Kommission v. 28.11.2005 über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. 2005 L 312, 67, Art. 5 Abs. 4.

<sup>49</sup> EuGH 9.3.2006 – C-323/03, NZBau 2006, 386 Rn. 47 f.