

Sechster Düsseldorfer Vergaberechtstag

Von Städtischem Rechtsrat Dr. Bernd Köster, Münster/Warendorf,
und Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück

Zum nunmehr sechsten Mal¹ veranstaltete das Ministerium für Verkehr, Energie und Landesplanung des Landes Nordrhein-Westfalen unter wissenschaftlicher Leitung von Professor Dr. Martin Burgi (Forschungsstelle für Verwaltungsmodernisierung und Vergaberecht der Ruhr-Universität Bochum) am 23. Juni 2005 den Düsseldorfer Vergaberechtstag.

Die Stimmung des Umbruchs war an diesem Tage in Düsseldorf besonders spürbar und spiegelte sich auch in den Ausführungen der Referenten und Diskussionen der Teilnehmer wider. Als geradezu „hellsehend“ konnte die Ltd. MRⁱⁿ Dr. Beate Wieland (Ministerium für Verkehr, Energie und Landesplanung des Landes Nordrhein-Westfalen) daher in ihrem Eröffnungsstatement bereits die Entscheidung des Veranstalters preisen, sich in der Themenstellung nicht auf die Novellierung des nationalen Vergaberechts zu beschränken. Die bereits weit gediehenen Reformbemühungen dürften dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer fallen, so dass eine zeitnahe gesetzgeberische Umsetzung des neuen EU-Rechts nicht zu erwarten sei.

Nach einer kurzen Begrüßung des Forums, dessen Teilnehmerverzeichnis sich auch dieses Jahr wieder wie ein who-is-who des (deutschen) Vergaberechts las, eröffnete Burgi die Veranstaltung mit seinem Referat zur „Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bei Infrastrukturaufgaben: Verfahren und Vergabekriterien“. Dabei stellte Burgi eingangs die erhebliche und weiter wachsende Bedeutung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vor dem Hintergrund eines generellen Strukturwandels öffentlicher Verwaltung dar. Zunehmende Aufgabenverlagerung von der öffentlichen Verwaltung in den Privatsektor schaffe einen neuen Markt, der der Auswahl des Konzessionärs durch die Verwaltung eminent wichtige Bedeutung zukommen lasse. Die praktischen Anwendungsfelder beispielsweise der Hausmüllentsorgung, Trinkwasserversorgung, des ÖPNV und der Parkraumbewirtschaftung – nicht nur in Brixen – lassen die wirtschaftliche Bedeutung der Auswahlentscheidung erahnen. Umso mehr müsse es beunruhigen, dass die rechtliche Regulierung einen deutlichen Entwicklungsrückstand aufweise und sich auch in Art. 1 Abs. 4 der Basisrichtlinie² nicht mehr als eine Definition des Begriffs der Dienstleistungskonzession finde. Insbesondere für das Herzstück des Verfahrens, die Auswahlphase, fehle es an ausdrücklich normierten „Spielregeln“. Die EU habe sich einer Regulierung bislang enthalten, das nationale Recht sei mangels Entgeltlichkeit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession ebenfalls nicht einschlägig.

Dass man sich dennoch nicht im rechtsfreien Raum bewege, zeige die Rechtsprechung des *EuGH* in der Rechtssache *Teleaustria*,³ der erste Verfahrensregeln und materielle Erfordernisse für die Auswahlentscheidung zu entnehmen seien. Weitere Präzisierungen wollte Burgi nicht nur dem europäischen Primärrecht, sondern auch dem Grundgesetz und dem Fachrecht⁴ entnehmen. Auch die jüngere Rechtsprechung des *BVerfG* zur Verteilungsgerechtigkeit im weiteren Sinne – etwa zur Vorauswahl von Insolvenzverwalterkandidaten⁵ – weise Parallelen auf, die nutzbar gemacht werden könnten. Die erforderliche grundrechtssichernde Verteilung eines begrenzten Auftragskontingents sei durch eine Konkretisierung dieser Rahmenordnung sicherzustellen, für die es grundsätzlich drei Möglichkeiten gebe. Zunächst biete sich die

¹ Zu den vergangenen Vergaberechtstagen *Hermanns/Müller*, DVBl. 2004, 1463; *Hermanns*, DVBl. 2003, 1505; *Stüer/Hermanns*, DVBl. 2002, 1462; *dies.* DVBl. 2001, 1333.

² Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Abl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114 ff. Die Richtlinie ist bis zum 31.1.2006 in nationales Recht umzusetzen.

³ *EuGH*, Urt. v. 07.12.2000 – C-324/98 – NZBau 2001, 148.

⁴ Etwa den §§ 16 Abs. 2 KrW-/AbfG, 63 Abs. 4 Satz 5 SächsWasserG.

⁵ Vgl. etwa *BVerfG*, Beschl. v. 03.08.2004 – 1BvR 135/00, 1 BvR 086/01 – NJW 2004, 2725.

„Kopie“ der Regelungen der VOB/A bzw. VOL/A an. *Burgi* spricht sich jedoch gegen eine solche Vorgehensweise aus, da der Rechtsprechung des EuGH eine klare Absage an eine detaillierte „Durchregulierung“ zu entnehmen sei und diese sich ohne gesetzliche Grundlage auch als verfassungswidriger Eingriff in die kommunale Organisationshoheit erweise. „Beruf unserer Zeit“ sei es daher vielmehr, Minimalstandards – ein „Vergaberecht light“ – zu entwickeln. Diese materiellen Regelungen seien dem Regime des Öffentlichen Rechts zuzuordnen, da dem Privatrecht nur wenig für die vorvertragliche Auswahlphase zu entnehmen sei. Ganz in diesem Sinne liege die jüngste Rechtsprechung des *OVG Rh.-Pf.*,⁶ im Zuge derer die betagte Zwei-Stufen-Theorie eine ungeahnte Renaissance erlebe.

Die zwingende Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung sah *Burgi* zwar nicht, jedoch erfordere die Absicht eines Hinausgehens über die herrschenden Minimalanforderungen aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes eine solche. Ein solches Vorgehen weise auch den Vorteil auf, dass Rechtssicherheit geschaffen würde und dem Gebiet mit dem größten Potential für Public-Private-Partnership (PPP) angemessene Entwicklungsmöglichkeiten gegeben würden. Zu den geltenden Minimalstandards im Hinblick auf das Verfahren zählt *Burgi* insbesondere Transparenz durch Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe, Offenlegung der Vergabekriterien, Gleichbehandlung der Bieter, Begründung von Ablehnungsbescheiden und Rechtsschutzmöglichkeiten für die Überprüfung der Auswahlentscheidung. Zu den materiellen Kriterien gehöre vor allem die beim Übergang von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung wesentliche Gewährleistung einer rechtsstaatlichen und erfolgreichen Aufgabenerledigung. Bei der Frage, ob die Wirtschaftlichkeit zum Vergabekriterium erhoben werden solle, sei danach zu differenzieren, ob der Endabnehmer Ausweichmöglichkeiten habe oder an einen Monopolanbieter gebunden sei. *Burgi* erachtete insofern eine Verpflichtung des Bieters auf die allgemeinen „Grundsätze des öffentlichen Finanzgebarens“ als ausreichend, so dass die Wirtschaftlichkeit jedenfalls nicht zwingend zum Vergabekriterium erhoben werden müsse.

„Infrastrukturförderung (nur) nach Ausschreibungsverfahren?“ lautete das Thema, dem sich Professor Dr. *Oliver Dörr* (Universität Osnabrück) widmete. Unter Erläuterung der Altmark-Trans-Entscheidung des EuGH⁷ beleuchtete *Dörr* die vier Kriterien, bei deren kumulativem Vorliegen die Förderung kommunaler Infrastrukturen bereits tatbestandlich nicht dem EU-Beihilferegime unterliege. Die öffentlichen Pflichten seien klar zu definieren, die Parameter der finanziellen Kompensation vorher objektiv und transparent festzulegen und in der Höhe auf die Nettomehrkosten zu beschränken. Schließlich müsse der Umfang des staatlichen Kostenausgleichs nach wettbewerblichen Grundsätzen ermittelt werden, wozu es entweder einer öffentlichen Ausschreibung oder einer qualifizierten Kostenanalyse bedürfe. Praktische Probleme bereite insbesondere dieses vierte Kriterium: wolle man den Weg zwischen Vergaberechtsregime und Beihilferegime – illustriert durch das viel bemühte Bild von Scylla und Charybdis – einschlagen, so komme man um eine „qualifizierte Kostenanalyse“ nicht umhin. Was sich dahinter verbirgt, bleibt und blieb jedoch weitgehend im Dunkel. Sofern die Alternative der Ausschreibung gewählt werde, handele es sich jedoch um ein beihilfespezifisches Vergabeverfahren außerhalb des sekundären EU-Rechts. Eine Präzisierung der Anforderungen biete der Schlussantrag der Generalanwältin in der Rechtssache *Co.Na.Me.*⁸ Angesichts der aus der Unbestimmtheit der Altmark-Trans-Kriterien resultierenden aufgezeigten Unsicherheiten und dem erheblichen Restrisiko einer Rückabwicklung für den Fall der Einstufung einer Leistung als Beihilfe riet *Dörr* in Anknüpfung an die eingangs aufgeworfene Fragestellung „Besser wäre es!“.

⁶ *OVG Rh.-Pf.*, Beschl. v. 25.05.2005 – 7 B 10356/05.OVG – .

⁷ *EuGH*, Urt. v. 24.07.2003 – Rs. C-280/00 – DVBl. 2003, 1206.

⁸ Schlussantrag der Generalanwältin Stix-Hackel in der Rechtssache C-231/03 („Co.Na.Me.“) vom 12.04.2005.

MinRat Dr. *Rüdiger Kratzenberg* (Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Berlin) widmete sich in seinem Vortrag der „Präqualifikation für Bauunternehmen – jetzt auch in Deutschland“. Als Alternative zur bislang herrschenden nachgelagerten Qualifikationsprüfung solle künftig mit § 8 VOB/A 2006 die freiwillige Möglichkeit einer dem Vergabeverfahren vorgelagerten Prüfung eröffnet werden. Diese Art Gütesiegel könne freilich eine Prüfung auftragsbezogener Eignungskriterien im Einzelfall nicht ersetzen. Dennoch biete sie eine Reihe von Vorteilen, von denen *Kratzenberg* die Kostenersparnis für Unternehmen, die Beschleunigung des Vergabeverfahrens, die bessere Überprüfbarkeit, die bessere Bekämpfung illegaler Praktiken und generell die Erhöhung der Marktchancen für Unternehmen der deutschen Bauwirtschaft hervorhob. Eine Arbeitsgruppe aus Vertretern des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, der kommunalen Spitzenverbände, des Zentralverbands des Deutschen Baugewerbes, des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie, der IG Bau, des Zentralverbands des Deutschen Handwerks sowie der Verbände des Ausbaugewerbes hat bereits eine Leitlinie⁹ erarbeitet, nach der Bauunternehmen auf ihre rechtliche Zuverlässigkeit, ihre Fachkunde und ihre Leistungsfähigkeit hin überprüft werden können. Auf die Ergebnisse der Präqualifikation sollen öffentliche Auftraggeber im Internet künftig kostenlos zugreifen dürfen. Die Leitlinie regelt ferner die Antragstellung, die Gewährleistung von Vertraulichkeit, Datenschutz und Rechtsschutz gegen Einstufungen, Sperrungen und Streichungen von der Liste. Organisatorisch ist ein soeben konstituierter „Verein für die Präqualifizierung von Bauunternehmen“ vorgesehen, der voraussichtlich ab Herbst 2005 ausgewählte private Unternehmen mit der Feststellung der Qualifizierung beauftragen und deren Tätigkeit überwachen werde.

Über das „PPP-Grünbuch – Stand und Perspektive“ referierte Dr. *Florian Ermacora* (DG Markt, EU-Kommission, Brüssel), der kurzfristig für den verhinderten *Matthias Peschke* (GD Binnenmarkt, Europäische Kommission, Brüssel) eingesprungen war. Quasi aus erster Hand erfuhren die Teilnehmer von den Ergebnissen der Konsultation zum Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-rechtlichen Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen¹⁰. Ziele des Konsultationsprozesses seien die Ermittlung von Unklarheiten des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens, die Analyse, ob der Rechtsrahmen den Anforderungen von Öffentlich-privater-Partnerschaft (ÖPP) gerecht werde, sowie die Einleitung einer öffentlichen Diskussion gewesen. Eine rege Teilnahme habe gezeigt, dass zumindest letzteres erreicht wurde.

Als ein erstes Problemfeld stellte *Ermacora* die Auswahl des privaten Partners dar. Schon die Zuordnung, ob es sich bei der Beauftragung um einen öffentlichen Auftrag oder um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession handele, sei schwierig. Sofern ersteres angenommen werde, sei fraglich, ob die geltenden Verfahrensregeln ausreichende Flexibilität für die oftmals hochkomplexen ÖPP-Projekte böten. Die Konsultation hätten hier eine deutliche Kritik am wettbewerblichen Dialog ergeben, insbesondere werde der Verlust geistigen Eigentums durch dieses Verfahren und die erhebliche Vorausleistung der Bieter ohne gesicherte Aussicht auf Zuschlagserteilung befürchtet. Bei einer Einordnung als Dienstleistungskonzession stelle sich die Frage nach dem Bedürfnis einer Regelung auf EU-Ebene. Die Konsultation habe bedeutende Argumente sowohl für eine Regelung (Rechtssicherheit, Rechtsvereinheitlichung) als auch dagegen (Verlust von Flexibilität, Gefahr der Oligopolisierung) ergeben. Das weitere auf europäischer Ebene unter dem Stichwort institutionalisierte ÖPPs behandelte Problemfeld ist national geläufiger unter dem Begriff des In-House-Geschäfts.¹¹ Hierbei gehe es um die

⁹ Die Inhalte der Leitlinie sind derzeit im Internet unter <http://www.bmvbw.de/Bauwesen/Bauauftragsvergabe-1795/Praequalifizierung.htm> veröffentlicht.

¹⁰ Das Grünbuch ist im Internet derzeit unter http://europa.eu.int/comm/off/green/index_de.htm veröffentlicht.

¹¹ Hierzu der EuGH, Urt. v. 18.11.1999 – Rs. C 107/98 („Teckal“); Urt. v. 11.01.2005 – Rs. C 26/03 („Stadt Halle“) und Urt. v. 13.01.2005 – Rs. C-84/03 („Königreich Spanien“). Die Schlussanträge der Generalanwälte

Gründung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen und die mit der Gründung verbundene Vergabe eines öffentlichen Auftrags bzw. einer Dienstleistungskonzession. Auch hierzu seien eine Vielzahl von Stellungnahmen insbesondere aus Deutschland eingegangen, die sich teils für eine europäische Regelung aussprachen, teils eine solche unter Hinweis darauf, dass ein Vergabevorgang nicht vorliege, ablehnten. Zum weiteren Procedere konnte *Ermacora* mitteilen, dass für den Herbst eine Stellungnahme des Europäischen Parlaments sowie eine Mitteilung der Europäischen Kommission zu erwarten seien und – soweit für erforderlich erachtet – Vorschläge der Kommission für konkrete Maßnahmen im zweiten Halbjahr 2006 folgen würden.

Abschließend widmete sich Beigeordneter Norbert *Portz* (Deutsche Städte- und Gemeindetag, Bonn) dem „Neuen Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte“. Vergaben unterhalb der Schwellenwerte seien in der Praxis mit Abstand am bedeutendsten. Der Entwurf eines neuen Vergaberechts¹² sehe allerdings die Beibehaltung der Zweiteilung des Rechtsschutzes vor, denn zur Vermeidung von Bürokratie, Verzögerung und Kostensteigerung beschränke sich die nationale Gesetzgebung auch weiterhin auf die Umsetzung verbindlicher europäischer Vorgaben. Anders als in Österreich¹³ sei diese Zweiteilung des Rechtsschutzes in Deutschland bislang auch als verfassungsgemäß anerkannt. Den Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte eröffne auch nicht die freiwillige, vom EU-Recht nicht geforderte Durchführung einer Ausschreibung. Kritisch bewertete *Portz* die Detailregelungen des Bundes in dem Entwurf einer neuen Vergabeverordnung unter dem kompetentiellen Aspekt: Art. 109 Abs. 3 GG schaffe eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur für die Grundsätze des Haushaltsrechts, womit sich Detailregelungen nicht vereinbaren ließen. Skeptisch stand der Referent auch den Rechtsschutzmöglichkeiten unterhalb der Schwellenwerte nach der neuen Rechtsstruktur gegenüber – auch die jüngste Entscheidung des OVG Rh.-Pf.¹⁴ sei in ihren Auswirkungen nicht zu überschätzen. Die abschließende Bewertung des neuen Vergaberechts fiel bei dem Bonner Verbandsfunktionär zwiespältig aus. Zu begrüßen sei die Vereinheitlichung für alle Lieferungen und Dienstleistungen, die Beibehaltung des Rechtsschutzes sowie die Einführung neuer Instrumente (wettbewerblicher Dialog, elektronische Auktionen). Hingegen bedeute die geplante Reform auch eine Vermengung von Haushaltsrecht und Wettbewerbsrecht, die nicht nur unter kompetentiellen Aspekten kritisch zu betrachten sei.

„Vor der Hacke ist es duster“ – diese einleitende, aus dem Bergbau entlehene Aussage des Eröffnungsreferenten ließ und lässt sich zwanglos auf zahlreiche im weiteren Tagungsverlauf beleuchtete Problemfelder übertragen. Angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung bereits getätigter und in Zukunft anstehender Vergaben, insbesondere im Bereich der Dienstleistungskonzessionen, scheint dieses Fazit durchaus beunruhigend, wenn man bedenkt, dass Rechtsunsicherheit ein ernstzunehmendes Investitionshemmnis ist. Der Düsseldorfer Vergaberechtstag erweist sich dennoch auch in diesem Jahr als Forum, in dem der konstruktive Dialog zwischen Vertretern aus Wissenschaft und Praxis sowie Gesetzgebung und Gesetzesvollzug zumindest Schlaglichter ins Dunkel wirft. Denjenigen, denen die Teilnahme an der nahezu perfekt organisierten Veranstaltung nicht möglich war, sei der Tagungsband empfohlen, dessen zeitnahe Herausgabe der Veranstalter bereits angekündigt hat.

liegen ferner vor in den Rechtssachen C-458/03 („Parking Brixen“); C-29/03 („Gemeinde Mödling“) und C-231/03 („Co.Na.Me“).

¹² Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit für ein neues Vergaberecht vom 29.03.2005, im Internet unter <http://www.bmwa.bund.de/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/Oeffentliche.Auftraege/vergaberechtsvorschriften>.

¹³ *Österreichischer Verfassungsgerichtshof*, VergabeR 2001, 32.

¹⁴ *OVG Rh.-Pf.*, Beschl. v. 25.05.2005 – 7 B 10356/05.OVG –.