

10. Düsseldorfer Vergaberechtstag 2009

Von Rechtsanwalt Dr. *Caspar David Hermanns*, und *Benjamin Klein* *

Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten des ersten Vergaberechtsänderungsgesetzes¹ am 1. Januar 1999 und der Geburtsstunde des sogenannten Kartellvergaberechts hat die Materie für Wissenschaft und Praxis kein Stück ihrer Anziehungskraft verloren. So verwundert es nicht, dass der Düsseldorfer Vergaberechtstag², der seit dem Jahr 1999 jährlich vom Wirtschaftsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen unter wissenschaftlicher Leitung von Professor Dr. *Martin Burgi* (Forschungsstelle für Verwaltungsmodernisierung und Vergaberecht an der Ruhr-Universität Bochum) veranstaltet wird, sich auch im zehnten Jahr ungebrochen großer Beliebtheit erfreut. Gut 200 Teilnehmer kamen am 5. Juni 2009 wieder einmal in Düsseldorf zusammen, um sich über vergaberechtliche Themen auszutauschen. Insgesamt, so stellte *Burgi* bei seiner Begrüßung zu Recht nicht ohne Stolz fest, hätten sich in den letzten zehn Jahren ungefähr 1.400 Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis auf dem Düsseldorfer Vergaberechtstag sowohl mit brandaktuellen als auch mit grundsätzlicheren Problemen des Vergaberechts auseinandergesetzt und dabei im gemeinsamen Diskurs eine wissenschaftliche aber praxisgerechte Durchdringung des noch jungen Rechtsgebietes angestrebt.

Über kein Thema ist in der „Vergaberechtswelt“ in den letzten Jahren so ununterbrochen diskutiert worden wie über Möglichkeiten zur Entbürokratisierung und Vereinfachung der Regelungen. Einen entscheidenden Anstoß zur Lösung des Problems könnte jüngst ausgerechnet die aktuelle Finanzmarktkrise und die zu ihrer Bewältigung verabschiedeten Konjunkturpakete gegeben haben. So erklärte Staatssekretär Dr. *Jens Baganz* (Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen) in seinem Eröffnungsstatement, die Regelungen des nordrhein-westfälischen Investitionsbeschleunigungserlasses vom 3. Februar 2009, die auf Anregung der Bundesregierung flankierend zum sogenannten Konjunkturpaket II erlassen worden sind und die es den Vergabestellen befristet bis zum 31. Dezember 2010 ermöglichen, unterhalb der Schwellenwerte unter vereinfachten Voraussetzungen freihändig zu vergeben, könnten eine Basis für Überlegungen auch zu unbefristeten Vereinfachungen des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte darstellen.

Nach dem Eröffnungsstatement von *Baganz* begrüßte *Burgi* die Teilnehmer und widmete sich im ersten Referat dem Thema „Die Zukunft des Vergaberechts“. Anders als das Thema nahelegen könnte, wollte *Burgi* aber weniger Wünsche formulieren, sondern – ähnlich einem „Insektenforscher“ – Entwicklungen aufspüren und wertfrei darstellen. Dabei machte er unter anderem eine Verschiebung innerhalb der Zwecktrias des Vergaberechts (Haushalt, Verwaltungsaufgabe(n), Wettbewerb) aus. Habe die Einführung des Kartellvergaberechts zunächst dazu geführt, dass das Vergaberecht zur Förderung des Wettbewerbs instrumentalisiert worden sei, so schein sich in Europa momentan die Erkenntnis durchzusetzen, dass die Förderung des Wettbewerbs im Vergaberecht keineswegs Selbstzweck sei, sondern der Beschaffung diene. Aus diesem Grund wachse nun der Stellenwert der jeweiligen Verwaltungsaufgabe (wofür beschafft wird) wieder. Der Ruf nach Verfahrenseffizienz erstarke und Überlegung

* Der Verf. *Hermanns* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Verwaltungsrecht, und Partner der Sozietät Dr. Hermanns & Partner Rechtsanwälte; der Verf. *Klein* ist RRef. am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg und Doktorand an der Universität Osnabrück.

¹ Gesetz vom 26.08.1998, BGBl. I S. 2512.

² Im Internet: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/burgi/vergaberechtstag/frmset.html>; zu den vergangenen Vergaberechtstagen siehe *Hermanns/Klein*, DVBl. 2008, 1235; *dies.*, DVBl. 2007, 1549; *dies.*, DVBl. 2006, 1227; *Köster/Hermanns*, DVBl. 2005, 1303; *Hermanns/Müller*, DVBl. 2004, 1463; *Hermanns*, DVBl. 2003, 1505; *Stüer/Hermanns*, DVBl. 2002, 1462; *dies.*, DVBl. 2001, 1333.

Rechtsanwalt Dr. Caspar David Hermanns, Osnabrück
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht – Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte
Rechtsreferendar Benjamin Klein, Hamburg/Berlin

zu Kosten und Nutzen der Regelungen rückten in den Vordergrund. Die Folge sei ein „new economic approach“; es gehe nicht mehr um „the best value for the competition“, sondern – ähnlich dem Ansatz in den USA – um „the best value for the nation“. Dies stelle zwar keinen grundlegenden Kurswechsel dar, aber der „Schub des Wettbewerbs“ im Vergaberecht verlöre so etwas an Kraft, prophezeite *Burgi*. Ganz im Sinne eines „new economic approach“ regte *Burgi* abschließend an, zur Schaffung von mehr Verfahrenseffizienz – ähnlich der Entwicklung im Planungsrecht – auch im Vergaberecht über Heilungs- und Unbeachtlichkeitsvorschriften von bestimmten Verfahrensverstößen nachzudenken sowie die Möglichkeiten zu Nachverhandlungen zu erweitern.

Nach der lebhaften Diskussion schloss sich das Referat von Regierungsdirektor *Andreas Machwirth* (Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen) zum Thema „Vergaberecht im Energiesektor: Normative Struktur und Auftraggebereigenschaft“ an. Zunächst stellte *Machwirth* die vergaberechtlichen Neuerungen im novellierten GWB in Bezug auf den Energiesektor dar. Der Auftraggeberbegriff sei nach wie vor in § 98 Nr. 4 GWB geregelt. Neu sei aber, dass die bisherigen Regelungen der §§ 8, 9 VgV nun in einer Anlage zum GWB enthalten seien. Allgemein seien die bisherigen Regelungen der VgV zum Energiesektor in das novellierte GWB übernommen worden. Ergänzend zu den Regelungen im GWB sei im Energiesektor nun nicht mehr die VgV maßgeblich, sondern zukünftig die Sektorenverordnung (SektVO)³, die zur abschließenden Umsetzung der Mindestanforderungen der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG auf der Grundlage von § 127 Nr. 2 GWB geschaffen werde. Die neue SektVO gelte für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge, nicht aber für Konzessionen. Im Hinblick auf das Dauerbrennerthema „Abschaffung der Kaskade“ habe die normative Struktur der zukünftigen SektVO in Verbindung mit dem GWB nach Einschätzung von *Machwirth* durchaus Vorbildcharakter. Denn die dreistufige Kaskade bestehend aus GWB, VgV und Verdingungsordnungen sei durch die Einführung der SektVO im Energiesektor zu Recht „passé“. In der anschließenden Diskussion wurde vor allem die von *Machwirth* geforderte Abschaffung der Kaskade auch außerhalb des Sektorenbereichs unter verschiedensten Blickwinkeln ausgiebig diskutiert. Ob, wann und wie dies tatsächlich geschehen wird, scheint noch in den Sternen zu stehen; die Frage nach Sinn und Unsinn der Kaskade wird die Vergaberechtswelt wohl noch einige Zeit beschäftigen.

Im folgenden Referat widmete sich Rechtsanwalt Dr. *Carsten Jennert*, LL.M. (Köln/München) dem Thema „Innerstaatliche und interkommunale Kooperation (ohne Private) im Spiegel des Vergaberechts“. Er beleuchte dabei die hoch umstrittene Frage, ob oder wann eine Ausschreibungspflicht besteht, wenn staatliche Akteure ihre Aufgaben durch andere staatliche Akteure ohne die Beteiligung Privater erledigen lassen⁴. Hinter der Problematik stehe laut *Jennert* letztlich die ordnungspolitische Frage, wo der Staat ende und die Wirtschaft beginne. *Jennert* vertrat die Ansicht, dass die interkommunale Zusammenarbeit solange und soweit nicht dem Vergaberecht unterliege, wie die „beauftragende(n)“ Kommune(n) nach den Umständen des Einzelfalles die „Marktausrichtung“ der „beauftragten“ Stelle kontrollieren kann und sich deren Tätigkeit im Wesentlichen auf die Erfüllung ihrer im Allgemeininteresse

³ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung. Der Entwurf mit Stand vom 6. April 2009 findet sich im Internet unter: http://www.dstgbvis.de/home/aktuelles_news/aktuell/aktuelles_zur_novelle_des_vergaberechts/sectoreno_entw_06_04.pdf.

⁴ Hierzu aus der Rspr.: *EuGH*, Ur. v. 13.01.2005 – C-84/03 – DVBl. 2005, 259 (Königreich Spanien); *EuGH*, Ur. v. 13.11.2008 – C-324/07 – NZBau 2009, 54 (Coditel Brabant); *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 05.05.2004 – VII Verg 78/03 – NZBau 2004, 398; *OLG Frankfurt/M.*, Beschl. v. 07.09.2004 – 11 Verg 11 und 12/04 – NZBau 2004, 692; *OLG Naumburg*, Beschl. v. 03.11.2005 – Az. 1 Verg 9/05 – NZBau 2006, 58, 61; *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 21.6.2006 – Az. VII Verg 17/06 – NZBau 2006, 662, 664.

liegenden Aufgaben beschränkt. Erwartungsgemäß wurden die Thesen des Referenten in der sich anschließenden Diskussion kontrovers diskutiert.

Nur vier Tage nach der Veranstaltung entschied die Große Kammer des *EuGH* in der Rechtsache C-480/06 (Rotenburg/Wümme)⁵ in Bezug auf die Ausschreibungspflicht von interkommunalen Kooperationen überraschenderweise, dass die Zusammenarbeit öffentlicher Stellen zumindest solange ausschreibungsfrei zulässig sei, wie die Umsetzung der Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt werde, die mit der gemeinsamen Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhänge, und gewährleistet sei, dass dabei keine privaten Interessenten besser gestellt werden als ihre Wettbewerber, mit anderen Worten, solange kein privates Unternehmen beteiligt sei. Der *EuGH* löste sich damit erstmals von dem aus der In-House-Rechtsprechung stammenden Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“, denn derartige Kontrollmöglichkeiten waren bei der Kooperation, die der Entscheidung zugrunde lag, unstreitig nicht gegeben. Insbesondere im Hinblick auf die anderslautenden Schlussanträge des Generalanwalts *Mazák* vom 19.02.2009 in dieser Sache stellt die Entscheidung der Großen Kammer eine wohl unerwartete funktionale Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar, durch die der *EuGH* den Kommunen nun durchaus vergaberechtsfreie Spielräume bei der interkommunalen Kooperation zugestanden hat. Nicht zuletzt angesichts der Besonderheiten des entschiedenen Sachverhalts darf das Urteil des *EuGH* aber keinesfalls als umfassender vergaberechtlicher Freibrief für alle interkommunalen Kooperationen angesehen werden. Die Frage, wie weit die Spielräume tatsächlich reichen sowie die dogmatische Einordnung und Auseinandersetzung mit der Entscheidung wird die Vergaberechtswelt noch intensiv beschäftigen.

Nach der Mittagspause setzte sich Prof. Dr. *Bernhard W. Wegener* (Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Friedrich-Alexander-Universität Nürnberg-Erlangen) mit dem Thema „Auswirkungen des Umwelt- und Klimaschutzrechts auf die öffentliche Auftragsvergabe“ auseinander. Umwelt- und Klimaschutzbelange hätten in den vergangenen Jahren im Vergaberecht Karriere gemacht und seien zu Recht aus der „Schmuddelecke“ der „vergabefremden Zwecke“ heraus in das „Rampenlicht“ des „green procurement“ getreten. Zwar sei der stringenter Weg zur Lösung ökologischer Probleme eigentlich die sogenannte Internalisierung externer Effekte. Dadurch würden die durch ökologische Probleme verursachten Nebenkosten in der jeweiligen Transaktion auftreten, die letztlich der Verursacher des ökologischen Problems ist. Dies würde den „wahren“ Preis der Güter oder Leistungen offenbaren und dadurch den Kaufanreiz oftmals senken. So würde beispielsweise der Anreiz zum Kauf von illegal geschlagenen Tropenhölzern deutlich sinken, wenn die Kosten für die Schäden, die durch die nicht nachhaltige Abholzung entstehen, in dem Kaufpreis für das Tropenholz enthalten wären.

Eine vollständige Internalisierung externer Effekte sei aber laut *Wegener* in der Praxis aus verschiedensten Gründen tatsächlich kaum zu leisten, insofern stelle die grüne Beschaffung eine begrüßenswerte und gangbare Alternative dar. Dennoch stelle sich oberhalb der Schwellenwerte die Frage der Zulässigkeit der Berücksichtigung ökologischer Belange insbesondere im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot. Zulässig sei die Berücksichtigung ökologischer Belange selbstverständlich auf der ersten Stufe einer Vergabeentscheidung, nämlich der Frage, ob überhaupt beschafft werde. Bei der Auswahl und Beschreibung des Auftragsgegenstandes könnten ökologische Belange im Rahmen der Vorgaben des Art. 23 der Vergabekoordinierungsrichtlinie berücksichtigt werden. Auf der Ebene der Leistungserbringung hielt *Wegener* unter anderem die Stellung ökologischer Anforderungen an den Produktionsprozess für zulässig, solange die Anforderungen tatsächlich direkt und

⁵ In diesem Heft.

nicht nur mittelbar den Produktionsprozess betreffen würden. Abschließend prophezeite *Wegener*, dass mittelfristig besonders auf europäischer Ebene Maßnahmen getroffen werden würden, die nicht nur die Berücksichtigung ökologischer Belange erlauben, sondern sogar eine weitgehende Verpflichtung zur Berücksichtigung ökologischer Belange bei der Beschaffung mit sich bringen würden.

Im letzten Referat des Tages beleuchtete der Vorsitzende Richter am Bundesgerichtshof *Uwe Scharen* (Karlsruhe) das Thema „Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als vergaberechtliche Herausforderung“. Schließt ein öffentlicher Auftraggeber einen Vertrag mit besonders langer Laufzeit, so wird der Wettbewerb für diese Zeit gewissermaßen „blockiert“. In diesem Zusammenhang ging *Scharen* der Frage nach, ob der Abschluss von Verträgen mit ungewöhnlich langen Laufzeiten möglicherweise vergaberechtlich unzulässig ist und ob öffentliche Auftraggeber an gewisse maximal zulässige Vertragslaufzeiten gebunden sind. Im Geflecht der vergaberechtlichen Einzelbestimmungen machte *Scharen* diesbezüglich keine allgemeine Regelung aus. Die punktuellen Regelungen in § 3 Abs. 3 VgV sowie § 3a Nr. 2 e) a.E. VOL/A seien laut *Scharen* wegen der Regelungsdichte im Vergaberecht nicht verallgemeinerungs- bzw. analogiefähig. Auch dem Wettbewerbsgrundsatz, der das Vergaberecht als allgemeiner Leitgedanke prägt, vermochte *Scharen* entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur keine Laufzeitbeschränkung für Verträge zu entnehmen. Auch aus dem Richtlinienrecht oder dem EG-Vertrag seien keine Laufzeitbeschränkungen zu entnehmen, so dass *Scharen* zu dem Ergebnis kam, dass es keine vergaberechtliche Beschränkung für die Laufzeit von Verträgen gebe.

Anschließend widmete sich der Karlsruher Senatsvorsitzende der Frage, ob die Verlängerung von Verträgen ohne Ausschreibung möglich ist. Hier sei zu differenzieren: So sei laut *Scharen* ein neuer Bedarf ausschreibungspflichtig bei der nachträglichen vertraglichen Verlängerung eines befristeten Vertrages und bei einem befristeten Vertrag mit Verlängerungsoption. Nicht ausschreibungspflichtig sei ein späterer Bedarf allerdings bei einem befristeten Vertrag mit kündigungsabhängiger Verlängerungsklausel sowie bei einem unbefristeten Vertrag mit Kündigungsmöglichkeit.

Wie in den vergangenen Jahren stellte der Düsseldorfer Vergaberechtstag – der von Anfang an zu den Konstanten im sonst so bewegten Vergaberecht gehörte – auch im Jubiläumsjahr wieder einmal ein erfolgreiches und fruchtbringendes Forum für alle Beteiligten dar. Ein nicht zu unterschätzender Grund für den Erfolg der Veranstaltung ist auch die – wie immer – hervorragende Organisation. Hierfür gebührt insbesondere der OAR´in Adelheid *Quadt* und der Regierungsangestellten Lorena *Trinberg* (Wirtschaftsministerium, Düsseldorf) Dank, die seit zehn Jahren der organisatorische Kopf des Düsseldorfer Vergaberechtstages sind.