

7. Düsseldorfer Vergaberechtstag

Von Rechtsanwalt Dr. *Caspar David Hermanns*, Osnabrück und
Dipl.-Jur. *Benjamin Klein*, Berlin*

Beeinflusst durch die aktuelle nationale und europäische Rechtsprechung sowie anhaltende Reformvorhaben auf nationaler und europäischer Ebene, befindet sich das Vergaberecht weiterhin in einer rasanten Entwicklungsphase. Wie auch schon in den vergangenen sechs Jahren lud das Land Nordrhein-Westfalen, nun wieder durch das Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie, zum nunmehr siebten Düsseldorfer Vergaberechtstag¹ ein. Und ebenso wie in den vergangenen Jahren standen die Beratungen auch am 08.06.2006 unter der wissenschaftlichen Leitung von Professor Dr. *Martin Burgi* (Forschungsstelle für Verwaltungsmodernisierung und Vergaberecht an der Ruhr-Universität Bochum), so dass fachkundig gemeinsam mit insgesamt rund 150 Vertretern aus Wissenschaft und Praxis über die aktuellen Entwicklungen und Probleme diskutiert werden konnte.

Nach der Begrüßung durch *Burgi* begann das Programm mit einem Bericht von *Matthias Petschke* von der Generaldirektion Binnenmarkt der Europäischen Kommission in Brüssel, der die Teilnehmer über aktuelle Fragen und Zukunftsperspektiven des EU- Vergaberechts aus Sicht der EU-Kommission informierte. In Bezug auf das Grünbuch der Kommission über ÖPP's und Konzessionen aus dem Jahr 2004 und die nachfolgenden öffentlichen Konsultationen, die bereits auf dem letzten Vergaberechtstag thematisiert worden waren², berichtete *Petschke*, dass man nun, nach Auswertung der Informationen, zu dem Ergebnis gekommen sei, dass in Bezug auf Konzessionen eine Gesetzesinitiative erforderlich wäre. Allerdings stünden noch weitere Untersuchungen sowie eine umfangreiche Folgenabschätzung aus, so dass mit einem Richtlinienvorschlag erst 2007 zu rechnen sei. Für den Bereich der institutionalisierten ÖPP's sehe man momentan keinen Gesetzgebungsbedarf – einstweilen halte man hier eine interpretierende Mitteilung der Kommission für ausreichend, mit der noch im Laufe des Jahres 2006 zu rechnen sei. Auch für das Vergabewesen im Verteidigungssektor kündigte *Petschke* – ebenfalls noch für das Jahr 2006 – eine Mitteilung der Kommission an, die eine restriktive Auslegung des Art. 296 EGV vornehmen werde. Darüber hinaus sei in diesem Bereich eine Richtlinie geplant, auch hier müsse aber zunächst noch eine umfangreiche Folgen-

* Der Verf. *Hermanns* ist Rechtsanwalt der Sozietät Dr. Hermanns & Partner, Rechtsanwälte, in Osnabrück und Lehrbeauftragter an der Universität Osnabrück, der Verf. *Klein* ist Doktorand an der Universität Osnabrück.

¹ Hierzu im Internet: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/burgi/vergaberechtstag/frmset.html>; zu den vergangenen Vergaberechtstagen: *Köster/Hermanns*, DVBl. 2005, 1303; *Hermanns/Müller*, DVBl. 2004, 1463; *Hermanns*, DVBl. 2003, 1505; *Stüer/Hermanns*, DVBl. 2002, 1462; *dies.*, DVBl. 2001, 1333.

² Hierzu *Köster/Hermanns*, DVBl. 2005, 1303.

abschätzung durchgeführt werden. Ferner will die Kommission laut *Petschke* auch im Bereich von Vergaben, die nicht unter den Regelungsbereich der Richtlinien fallen, tätig werden und die Anwendung der durch den *EuGH* erhobenen primärrechtlichen Anforderungen in einer interpretierenden Mitteilung zusammenfassen und konkretisieren.

Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit der Kommission im Bereich des Vergaberechts liegt laut *Petschke* momentan in der Stärkung des Primärrechtsschutzes durch die geplante Reform der Rechtsmittelrichtlinien. Dem Richtlinienvorschlag³ der Kommission zufolge würden die Vergabestellen verpflichtet, nach der Bekanntgabe der Absicht des Abschlusses eines öffentlichen Auftrags eine „Stillhaltefrist“ von zehn Tagen einzuhalten, um den unterlegenen Bietern die Möglichkeit einzuräumen, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Diese Stillhalteverpflichtung würde sich nicht nur auf Aufträge beziehen, die im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens vergeben wurden, sondern auch auf direkte Vergaben. Die Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens würde durch die Unwirksamkeit des Vertrages sanktioniert. Aus deutscher Sicht sei dabei von Vorteil, dass sich der Richtlinienvorschlag im Groben an der bereits bestehenden Vorschrift des § 13 VgV orientiere. Die Herausforderungen bei der Umsetzung würden sich in Deutschland demnach in Grenzen halten.

In der nachfolgenden Diskussion wurden die vorgestellten Vorhaben der Kommission äußerst kritisch bewertet. Insbesondere gegen die geplante interpretierende Mitteilung der Kommission für Vergaben außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinien wurde eingewandt, dass derartigen Mitteilungen mittlerweile fast eine faktische Rechtssatzqualität zukomme und die Mitteilungen von der Kommission bedauernder Weise scheinbar zunehmend genutzt würden, um außerhalb ihrer Kompetenz und ohne Beachtung des regulären Gesetzgebungsverfahrens „unbürokratisch“ regelnd tätig zu werden.

Anknüpfend an die Diskussion kritisierte auch Staatssekretär Dr. *Jens Baganz* (Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes NRW, Düsseldorf) in seinem nachgeholten Begrüßungsstatement die „allgemeine Tendenz zur Bürokratisierung und Überregulierung“ und stellte heraus, dass auch im Vergaberecht weiterhin Freiräume gebraucht würden. In diesem Zusammenhang teilte er mit, dass mit einer Aufhebung des Tariftreuegesetzes in NRW noch in diesem Jahr zu rechnen sei. Ferner habe man in NRW zur Entbürokratisierung

³ Informationen sowie den Richtlinienvorschlag der Kommission im Internet hierzu: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_de.htm

die Möglichkeit einer freihändigen Vergabe ohne gesonderte Begründung unterhalb bestimmter Schwellenwerte eingeführt⁴.

Im Anschluss daran widmete sich *Martin Burgi* dem Thema „Mittelstandsfreundliche Vergabe: Möglichkeiten und Grenzen“. In Anspielung auf die seinerzeit kurz bevorstehende Fußball-Weltmeisterschaft in Deutschland begann *Burgi* seine Ausführungen mit einer Warnung an die Teilnehmer: Ganz im Gegensatz zu den „luftig-leichten Franz Beckenbauer-Themen“ erfordere das Thema seines Vortrages Kampfgeist und Ausdauer und stelle somit eher ein „Berti Vogts-Thema“ dar. Die Ausdauer könne sich jedoch als lohnend erweisen, denn nicht zuletzt in Anbetracht der momentanen wirtschaftlichen Situation in Deutschland sei die Mittelstandsförderung eminent wichtig. Dies würden auch aktuelle statistische Erhebungen über die Unternehmenslandschaft in Deutschland belegen – statt des Slogans „Du bist Deutschland“ könne man auch treffend „Wir sind Mittelstand“ formulieren. Die Tatsache allerdings, dass über die Mittelstandsförderung scheinbar einmütiger Konsens bestehe, sei allerdings verdächtig, führte der Bochumer Hochschullehrer weiter aus. Dies deute nämlich eher darauf hin, dass der Streit über die Details noch nicht begonnen habe. Denn neben den positiven Folgen von mittelstandsfreundlicher Politik drohen auch Probleme, die es zu verhindern gelte. Bei der rechtlichen Einordnung sei es wichtig, zwischen mittelstandsgerechten und mittelstandsbevorzugenden Instrumenten zu unterscheiden. Erstere würden den Mittelstand auf „gleiche Augenhöhe“ mit größeren Unternehmen bringen und die Chancengleichheit fördern. Mittelstandsbevorzugende Instrumente dagegen würden eine Ergebnisgleichheit bewirken, die insbesondere die inakzeptable Gefahr einer „verkappten Regionalförderung“ und somit ein Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten nach sich zögen.

Die mittelstandsgerechte Vergabe sei in der Regelung des § 97 Abs. 3 GWB verankert und hat laut *Burgi* im Gegensatz zu häufig geäußerten gegenteiligen Ansichten nichts mit den sogenannten vergaberechtsfremden Zwecken zu tun, sondern würde gerade eine Effektuierung der Zwecke des Vergaberechts bewirken. Aus diesem Grund sei für den Bereich der mittelstandsgerechten Vergabe auch der Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB nicht einschlägig. Als wichtiges Instrument einer mittelstandsgerechten Vergabe, hob *Burgi* den Verzicht auf eine zentrale Beschaffung hervor. Zwar sei eine dezentrale Beschaffung nicht gesetzlich vorgeschrieben, allerdings müssten die Anforderungen an die Begründung eines Unternehmens, mit denen es den Verzicht auf eine Teilung des Auftrags in Lose im Sinne des §

⁴ Runderlass des Innenministeriums NRW v. 22.03.2006 – 34-48.07.01/01-2178/05 – im Internet unter: http://www.vergabe.nrw.de/vorschriften/Vergabegrunds__tze_f_r_Gemeinden__GV_/Vergabegrunds__tze_f_r_Gemeinden__GV_.pdf

97 Abs. 3 GWB rechtfertigt, umso höher sein, je zentraler die Beschaffung organisiert ist. Es gelte der Grundsatz: „Wer zentrale Beschaffung sät, wird Losvergabe ernten“. Als Beispiel für mittelstandsbevorzugende Maßnahmen nannte *Burgi* die so genannte Loslimitierung. Eine solche sei nur rechtmäßig, wenn sie durch eine gesetzliche Grundlage im Sinn des § 97 Abs. 4 S. 2 legitimiert sei. In der nachfolgenden lebhaften Diskussion, die zeigte, dass die Zuhörer nicht aufgegeben hatten sondern den interessanten Ausführungen ausdauernd in bester „Berti Vogts-Manier“ gefolgt waren, stellte *Burgi* zum Thema Eignungskriterien fest, dass ein übertriebener „Referenzfetischismus“ seitens der Auftraggeber eine angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen verhindern würde und unter Umständen als Verstoß gegen § 97 Abs. 3 GWB seiner Ansicht nach auch justiziabel wäre.

Rechtsanwalt Dr. *Alexander Kus* (Düsseldorf) referierte zum Thema „Die richtige Verfahrensart bei PPP-Modellen (insbesondere Verhandlungsverfahren und Wettbewerblicher Dialog)“ und brach dabei eine Lanze für das durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz⁵ in § 101 Abs. 5 GWB, § 6a VgV neu eingeführte und teilweise äußerst skeptisch beurteilte Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs. Laut *Kus* bietet das neue Verfahren – sofern sein Anwendungsbereich gemäß § 6a VgV eröffnet ist – trotz seiner „Kinderkrankheiten“ bessere Möglichkeiten für „treffsichere“ Ergebnisse bei komplexen PPP-Projekten als das Verhandlungsverfahren, weil es nicht in der „Zwangsjacke“ eines bereits vorab durch die Leistungsbeschreibung relativ eng bestimmten Rahmens stecke, sondern mehr Freiraum für eine kooperative Lösungsentwicklung biete. Ganz im Zeichen der seinerzeit verbreitete Vorfreude auf die bevorstehende Fußballweltmeisterschaft in Deutschland, der sich die Referenten der Veranstaltung nicht entziehen konnten, konstatierte *Kus* abschließend: „Mit dem Verhandlungsverfahren erreicht man das Endspiel, mit dem Wettbewerblichen Dialog wird man auch Weltmeister“. Wie die Mannschaftsaufstellung vor einem Weltmeisterschaftsfinale wurde nicht nur diese These in der anschließenden Diskussion äußerst leidenschaftlich diskutiert und kritisch hinterfragt.

„Beihilfeempfänger als Bieter im Vergabeverfahren“ war Gegenstand der Ausführungen von Professor Dr. *Christian Koenig*, LL.M. (Bonn)⁶. Wie die bisherige Entscheidungspraxis des *EuGH*⁷ und neuerdings auch die Vorgaben des Art. 55 Abs. 1 der Vergabekoordinierungs-

⁵ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 56 v. 07. September 2005, S. 2676 ff.

⁶ Hierzu bereits *Koenig/Hentschel*, NZBau 2006, 289.

⁷ *EuGH*, Urt. v. 07.12.2000 – Rs. C-94/99 – *EuZW* 2001, 94 – „ARGE Gewässerschutz“.

richtlinie⁸, aber auch eine Gesamtschau der vergaberechtlichen Bestimmungen zeigten, müssten Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von staatlichen Beihilfen auch im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Dabei sei zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beihilfen zu unterscheiden. Rechtmäßige Beihilfen seien im Vergabeverfahren nicht zu berücksichtigen, weil die Vor- und Nachteile der Wettbewerbsverzerrung bereits umfassend im ausdifferenzierten System des Beihilfenrechts (Art. 87 EG) abgewogen würden. Anders stelle sich dies jedoch im Hinblick auf rechtswidrig gewährte Beihilfen dar. Diese müssten im Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Entgegen der zunächst nahe liegenden Annahme, dass sich dies lediglich auf materiell rechtswidrige Beihilfen beziehe, spreche jedoch vieles dafür, dass auch „nur“ formell rechtswidrige Beihilfen, deren wettbewerbswidrige Wirkung noch nicht feststehe, im Vergabeverfahren bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters berücksichtigt werden müssten. Grund hierfür sei vor allem die „Terrorrechtsprechung“ des BGH⁹, nach der schon formell rechtswidrig gewährte Beihilfen, in mittlerweile ständiger Rechtsprechung, als nichtig angesehen würden, so dass die gewährten Beihilfen von den Unternehmen zurückgefordert werden könnten, was die finanzielle Leistungsfähigkeit des betroffenen Bieters erheblich beeinträchtigen könne.

Ungeklärt sei im Hinblick auf die vergaberechtliche Berücksichtigung von rechtswidrig gewährten Beihilfen insbesondere die Frage, zu welchem Zeitpunkt und wie dies zu geschehen habe. Bezüglich des Zeitpunktes habe die Vergabestelle grundsätzlich ein eingeschränktes Wahlrecht. Im Hinblick auf den Wettbewerblichen Dialog und das Verhandlungsverfahren sei der Beihilfenempfang jedoch aufgrund des Sinn und Zweck des Art. 55 der Vergabekoordinierungsrichtlinie bereits im Rahmen der Eignungsprüfung zu berücksichtigen, um einen wettbewerbswidrigen „Input“ in die Verhandlungen von vornherein zu verhindern. Bezüglich des „wie“ der Berücksichtigung lässt sich laut *Koenig* jedenfalls feststellen, dass eine Verpflichtung zum Ausschluss des Angebotes von Empfängern rechtswidriger Beihilfen im Vergabeverfahren nicht besteht. Die Vergabestelle habe vielmehr einen gewissen Spielraum, der es unter Umständen auch erlaube, die betroffenen Angebote im Dialog mit dem Bieter kalkulatorisch zu bereinigen. Wie die nachfolgende lebhaftige Diskussion zeigte, ist die Berücksichtigung von Beihilfen im Vergabeverfahren noch mit einer Vielzahl von Problemen behaftet und wird Wissenschaft und Praxis wohl noch einige Zeit beschäftigen.

⁸ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEG 2004 Nr. L 134, 114.

⁹ *BGH*, Urt. v. 04.04.2003 – V ZR 314/02 – EuZW 2003, 444; Urt. v. 20.01.2004 – XI ZR 53/03 – EuZW 2004, 252.

Abschließend referierte Vorsitzender Richter am OLG *Heinz-Peter Dicks* (Düsseldorf) über „Vergabe- und Kartellrechtliche Fragen von Rahmenvereinbarungen“. Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen und die Beschaffung durch zentrale Stellen, die unter anderem in der bereits in anderem Zusammenhang genannten Vergabekoordinierungsrichtlinie (hierzu insbesondere Art. 1 Abs. 5 u. 10; Art. 11 und Art. 32 VKR) sowie der Umsetzungsvorschrift des § 3a VOL/A geregelt sind und die eigentlich einer Flexibilisierung der Beschaffung dienen sollten, erwiesen sich nach Einschätzung des Düsseldorfer Senatspräsidenten in der Anwendung als eher kompliziert und seien nach wie vor mit einigen praktischen Problemen behaftet. Kartellrechtlich könne bezüglich einer zentralen Beschaffung wegen der Bündelung von Nachfragemacht beispielsweise ein möglicher Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB problematisch sein, wobei allerdings in der Regel die Legalausnahme des § 2 GWB greifen würde. Die vergaberechtlich virulente Frage, wann eine gem. § 3a Abs. 3 S. 3 VOL/A verbotene substantielle Änderung der Bedingungen des Rahmenvertrags auszugehen ist, kann laut *Dicks* durch eine entsprechende Anwendung der bisherigen Rechtsprechung zur Ausschreibungspflichtigkeit von Vertragsänderungen gelöst werden. Abschließend lässt sich in Bezug auf die vergabe- und kartellrechtliche Beurteilung von Rahmenvereinbarungen – wie auch in Bezug auf die anderen diskutierten Themen – resümieren, dass auch hier das letzte Wort noch nicht gesprochen scheint und das Thema in Zukunft wohl noch ausreichend Gelegenheit für Auseinandersetzungen in Wissenschaft und Praxis bieten wird.

Alles in allem erwies sich die gelungene und schon längst zur guten Tradition gewordene Veranstaltung einmal mehr als geeignetes Forum für Wissenschaft und Praxis, um aktuelle vergaberechtliche Fragen kontrovers zu diskutieren. Angesichts der eingangs durch *Petschke* angekündigten Vorhaben der Kommission und im Hinblick auf die im Tagungsverlauf offenbar gewordene Fülle von umstrittenen Problemen, steht nicht zu befürchten, dass die rasante Entwicklung des Vergaberechts in naher Zukunft ein Ende finden und man ruhigere Gewässer erreichen wird. So wird es auch für die bereits angekündigte Veranstaltung im nächsten Jahr wieder ausreichend Stoff für interessante Vorträge und einen lebhaften Diskurs geben.