

## Zweiter Düsseldorfer Vergaberechtstag

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard *Stüer*, Münster/Osnabrück und Rechtsreferendar Caspar David *Hermanns*, Berlin

Seitdem die europarechtlichen Vorgaben für das Rechts der Vergabe öffentlicher Aufträge weitgehend in den §§ 97 GWB zum Jahresbeginn 1999 umgesetzt worden sind, hat sich das Vergaberecht mehr und mehr zu einem eigenständigen Rechtsgebiet an der Schnittstelle zwischen Zivilrecht und Öffentlichem Recht entwickelt<sup>1</sup>. Und wie jedes ordentliche Rechtsgebiet wird auch das Vergaberecht von einem durchaus regen Tagungswesen begleitet. Allerdings waren die bisherigen, oftmals rein kommerziellen Tagungen wohl infolge der Neuheit der Materie primär an der praktischen Anleitung der im Vergabewesen Tätigen ausgerichtet. Nachdem im vergangenen Jahr der 1. Düsseldorfer Vergaberechtstag sich erfolgreich sowohl den praktischen Problemen als auch der wissenschaftlichen Fortentwicklung gewidmet hatte, konnten die Veranstalter, das Wirtschaftsministerium Nordrhein-Westfalen und der Bochumer Ordinarius für Öffentliches Recht Prof. Dr. Martin *Burgi*, unter dessen wissenschaftlicher Leitung die Beratungen standen, am 28.6.2001 mehr als 130 Tagungsgäste aus Justiz, Wirtschaft, Verwaltung und Wissenschaft der ganzen Bundesrepublik im Düsseldorfer Wirtschaftsministerium begrüßen.

### *Gesetzliche Grundlagen*

Die wesentlichen Grundlagen des öffentlichen Vergaberechts sind bereits in § 97 GWB enthalten. Öffentliche Auftraggeber beschaffen danach Waren, Bau- und Dienstleistungen im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet. Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. § 97 Abs. 6 GWB enthält die Ermächtigung für eine Rechtsverordnung über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren, insbesondere über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluss des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabeverfahrens. Die Unternehmen haben nach § 97 Abs. 7 GWB Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

### *Vergabeverordnung*

Auf dieser Ermächtigungsgrundlage ist zum 1.2.2001 die neue Vergabeverordnung (VgV) in Kraft getreten.<sup>2</sup> Die Verordnung setzt zwei weitere EG-Vergaberichtlinien in deutsches Recht um. Sie trifft nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Durchführung von Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge, deren geschätzte Auftragswerte die in § 2 VgV geregelten Beträge ohne Umsatzsteuer erreichen oder übersteigen (Schwellenwerte). Danach sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, ihre Aufträge oberhalb bestimmter Werte nach den Regelungen der Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL), für Bauleistungen (VOB) und für freiberufliche Leistungen (VOF) zu vergeben. Der Schwellenwert beträgt etwa für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im

---

<sup>1</sup> Hierzu *Thieme/Correll*, DVBl. 1999, 884.

<sup>2</sup> BGBl. I 2001, S.110

Verkehrsbereich 400.000 Euro, für Bauaufträge 5 Millionen Euro, für Lose solcher Bauaufträge 1 Million Euro oder bei Losen unterhalb von 1 Million Euro deren addierter Wert ab 20 vom Hundert des Gesamtwertes aller Lose.

Wichtige Neuerungen sind die Möglichkeit der elektronischen Angebotsabgabe (§ 15 VgV), die Informationspflicht über die beabsichtigte Auftragserteilung (§ 13 VgV) und der Ausschluss voreingemommener Personen (§ 16 VgV). Die VgV trägt auch der Liberalisierung in den Bereichen Telekommunikation und Energieversorgung sowie der jüngsten Rechtsprechung des EuGH und deutscher Gerichte Rechnung.

Nach der Einführung in die Tagung durch MinDirig. Dieter *Krell*, Düsseldorf, und *Burgi* stellte Rechtsanwältin Dr. Ute *Jasper*, Düsseldorf, neue Vergabeverordnung vor. Dabei konzentrierte sie sich auf die Vorschriften der VgV, die in der Vergabepaxis besondere Bedeutung haben. § 3 VgV macht für die Schätzung der Auftragswerte strikte Vorgaben: Bei der Schätzung des Auftragswertes ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen. Der Wert eines beabsichtigten Auftrages darf nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen. Da eine Umgehungsabsicht nach § 3 Abs. 2 VgV durch eine mutwillige Aufteilung des Auftrags in kleinere Teilaufträge zumeist kaum nachzuweisen sein wird, sprach sich Frau *Jasper* für hohe Anforderungen an die Dokumentation der Schätzung und der Auftragsaufteilung aus. „Dies macht die jeweilige Vorgehensweise nachvollziehbar und stärkt damit die Position des Auftraggebers im möglichen Vergaberechtsstreit“, machte Frau *Jasper* deutlich. Allerdings mochte sie auf spätere Nachfrage nicht in einer fehlenden Dokumentation bereits die Vermutung für ein missbräuchliches Verhalten des Auftraggebers sehen.

Ausführlich stellte die Düsseldorfer Rechtsanwältin auch § 10 VgV vor, der verbundene Unternehmen in bestimmten Fällen freistellt, und sprach sich für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf jegliche In-House-Geschäfte aus. Für eine Beschränkung der Regelung auf Sektoren-Auftraggeber gebe es keinen Grund. Es sei nicht einzusehen, warum etwa eine Stadtwerke GmbH in den Bereichen Verkehr und Energie In-House-Geschäfte nach anderen Grundsätzen abschließen soll als im Bereich Abwasser oder EDV. Daher genüge ein beherrschender Einfluss und das Überschreiten der 80%-Umsatzgrenze für ein vom Vergaberecht befreites In-House-Geschäft. Allerdings war gerade diese Umsatzgrenze in der nachfolgenden Diskussion Anlass zu heftiger Kritik. Denn ein solcher Auftragnehmer könne dann mit 20 % seines Umsatzes am Marktgeschehen teilnehmen. Im Übrigen sei die Grenze willkürlich gewählt. Dem hielten Vertreter der Kommunen entgegen, dass die Abgrenzung durchaus sachgerecht sei, verlangen Gesetz- und Verordnungsgeber sonst doch nur einen überwiegenden Umsatz, der auch schon bei einer Umsatzgrenze von 51 % gegeben sein könne.

Einschränkungen für beratende Anwälte können sich auch aus § 16 VgV ergeben. Danach dürfen „voreingemommene“ Personen bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken, wenn sie Bieter oder Bewerber beraten haben. Um hier Interessenkollisionen in der Beratungspraxis zu vermeiden und dem § 16 VgV gerecht zu werden, sprach sich Frau *Jasper* insbesondere in größeren Anwaltskanzleien für die Errichtung von ihr so bezeichneter „Chinese Walls“ aus. So weit in einer Anwaltskanzlei sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer betreut werden, müsse durch dokumentierte organisatorische Einrichtungen der „böse Schein“ von Doppelmandaten vermieden werden. Solche Vorkehrungen könnten etwa durch die absolute Trennung der Aktenführung und das Verbot der Akteneinsicht durch Anwaltskollegen getroffen werden. Diese Fragen spielen auch bei einem Sozietätswechsel in großen Anwaltskanzleien zunehmend eine Rolle und beschäftigen inzwischen auch das BVerfG. Denn die Vertretung

unterschiedlicher Interessen ist kein Kavaliersdelikt, sondern hat als Parteiverrat auch durchaus handfeste strafrechtliche Konsequenzen. Ob sich allerdings der Ausschluss von Akteneinsichtsrechten mit den gesellschaftsrechtlichen Kernrechten der Mitgesellschafter einer Kanzlei vereinbaren lässt, blieb offen. Schon im Hinblick auf die gemeinschaftliche Haftung könne das Recht der Akteneinsicht kaum ausgeschlossen werden, weshalb auch das Modell der „Chinese Walls“ nicht wirklich überzeugend sei, wurde von Kritikern eingewandt.

#### *Vergaberechtsschutz*

Für einen verstärkten „Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“ warb Prof. Dr. Meinrad *Dreher*, Mainz. Denn in der Masse der Vergabefälle werden die Schwellenwerte nicht erreicht, was nicht dazu führen darf, dass in derartigen Verfahren der Rechtsschutz ausfällt. „Die allein aus europarechtlicher Sicht bestimmten Schwellenwerte sind mittelstandsfeindlich und führen nicht zu vertretende Ungleichheiten herbei“, meinte der Mainzer Hochschullehrer, wenn dies auch verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden könne. Allerdings sah *Dreher* hier einen auffälligen Gegensatz zu der Betonung der Mittelstandsbelange durch den Gesetzgeber oberhalb der Schwellenwerte. Im Übrigen sei die Zuordnung einzelner Vergabefälle zu den Bereichen oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte eher zufällig und mit großen Unsicherheiten behaftet. Gegen rechtswidrige Benachteiligungen bei Vergaben könne auch unterhalb der Schwellenwerte vorgegangen werden. So bestehe beispielsweise die Möglichkeit, nach §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB analog i.V. mit der Verletzung von Gemeinschaftsrecht auf Unterlassung oder Beseitigung zu klagen. Auch könne gem. § 1 UWG auf Unterlassung mit der Begründung geklagt werden, der öffentliche Auftraggeber fördere durch Bruch von Gemeinschaftsrecht fremden Wettbewerb. Infolge der unmittelbaren Geltung der Grundrechte bei der Auftragsvergabe sei gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet, wobei hieraus ein allgemeiner, effektiver Primärrechtsschutz noch nicht abgeleitet werden könne. Insofern müssten die materiell-rechtlichen Bindungen der §§ 97 ff. GWB auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ausgedehnt werden. Hier bestehe noch ein Regelungsauftrag für den Gesetzgeber.

Kritiker wandten in der Diskussion ein, der von *Dreher* gewünschte Rechtsschutz sei bei der derzeitigen Haushaltslage nicht zu finanzieren. Es müsse bereits als Erfolg verbucht werden, wenn in Nordrhein-Westfalen die fünf Vergaberechtskammern bestehen blieben. So weit eine konkrete Rechtswegzuweisung fehle, sei nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

#### *Öffentlich-rechtlicher Vertrag*

In seinem Vortrag „Öffentlich-rechtliche Verträge und Vergaberecht“ befasste sich *Burgi* mit der traditionellen Auffassung, wonach das Vergaberechtsregime auf öffentlich-rechtliche Verträge nicht angewendet werden kann. Hier setzte sich *Burgi* für eine Erweiterung des Vergaberechts auch auf öffentlich-rechtliche Verträge ein. „Ausschlaggebend ist nicht die gewählte Vertragsform, sondern der Vertragsinhalt“, meinte der Bochumer Hochschullehrer und sprach sich dafür aus, bereits die Auswahl der Beliehenen den Bindungen des Vergaberechts zu unterwerfen, was ihm in der Diskussion besondere Aufmerksamkeit sicherte. Für eine Umgehung des Kartellvergaberechts durch eine „Flucht ins öffentliche Recht“ sah *Burgi* keinen Raum. Selbst wenn die zu erbringende Leistung durch einen vertragsähnlichen Verwaltungsakt abgerufen werde, müsse zunächst eine Rechtsgrundlage für einen solchen Verwaltungsakt gegeben sein. An dieser werde es häufig fehlen. Zudem sei ein derartiger Verwaltungsakt regelmäßig ermessensfehlerhaft und damit anfechtbar.

### *Funktionale Auftraggeber*

In seinen Ausführungen „Zum Begriff des funktionalen Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB“ verdeutlichte Prof. Dr. Johannes *Dietlein*, Düsseldorf, die vielfältigen Möglichkeiten der Verflechtung zwischen an sich öffentlichen Auftraggebern und an sich privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaften, die zu einer Anwendung des Vergaberechts führen können. Denn das Vergaberecht gilt nicht nur für Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, sondern auch für andere Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die von Gebietskörperschaften beherrscht werden. MinDirig. Dr. Friedhelm *Marxen*, Berlin, stellte das Problemfeld „Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht“ dar. Eine Verlängerung bestehender Verträge werde dann zum Rechtsproblem, wenn eine vertragliche Verpflichtung neu begründet werde. Dies hänge maßgeblich davon ab, inwieweit der bestehende Vertrag die Verlängerung vorzeichne. So würden Optionsrechte beispielsweise vielfach nicht isoliert vereinbart werden, sondern als Ergänzungen der Basisvereinbarung, sei es als zeitliche Verlängerung eines Vertrages oder als mengenmäßige Erweiterung des Vertragsvolumens. Eine den Kautelen des Vergaberechts unterfallende Vertragsverlängerung liege nur dann vor, wenn der Auftraggeber eine neuerliche Willenserklärung abgeben, in der Diktion des Vergaberechts also den Zuschlag erteilen müsse. Bei einer einseitig durch den Auftragnehmer begründbaren Vertragspflicht sei diese bereits im bestehenden Vertrag angelegt und in einer solchen Konstellation das Vergaberecht eben nicht anwendbar. Auch nach Auffassung der Bundesregierung, unterstrich *Marxen* seine Position, bestünden keinerlei gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen, laufende Verträge zu kündigen. Dies gelte selbst dann, wenn Verträge langfristig, über Jahre oder gar Jahrzehnte, abgeschlossen worden seien. Komme es aber zu marktrelevanten Vertragsmodifikationen, könne dies schneller als erwartet eine Ausschreibungspflicht begründen. Diese Aspekte prägten dann auch die nachfolgende Diskussion, wobei die Interessengegensätze wiederum offenbar wurden. Während es regelmäßig im Interesse der Auftraggeber liegt, möglichst spät eine Vertragsänderung anzunehmen, liegt es im Interesse potenzieller Auftragnehmer, unter erleichterten Voraussetzungen eine Ausschreibungspflicht in Anspruch nehmen zu können.

### *Vergaberecht etabliert sich*

Bei einem so vielschichtigen und von den unterschiedlichsten Interessen und zugleich wissenschaftlichen Ansätzen geprägten Tagungsverlauf kann kaum ein einheitliches Resümee gezogen werden. Einigkeit herrschte aber doch darüber, dass nun eine Phase der Konsolidierung des Rechtsrahmens geboten sei und der Gesetz- und Verordnungsgeber von weiteren Novellierungen absehen solle.

Der Düsseldorfer Vergaberechtstag scheint sich nach Teilnehmerfeld und Beratungsinhalt als eine der wichtigen Tagungen zum Vergaberecht zu etablieren. Die Verantwortlichen im Wirtschaftsministerium Nordrhein-Westfalen und *Burgi* haben daher zum richtigen Zeitpunkt das richtige Tagungskonzept entwickelt. Wer sich hiervon persönlich überzeugen will, dem sei im kommenden Jahr eine Reise zum 3. Düsseldorfer Vergaberechtstag empfohlen.