

Dritter Düsseldorfer Vergaberechtstag

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

Es wäre sicherlich noch zu früh, von einer Tradition zu sprechen, aber eine gewisse Normalität war doch zu verspüren, als sich über den Dächern der Landeshauptstadt am 27.06.2002 im überfüllten Tagungssaal des 16. Stocks des Düsseldorfers Wirtschaftsministerium nunmehr¹ über 150 am Vergaberecht Interessierte aus Anwaltschaft, Justiz, Wirtschaft und Wissenschaft trafen. Diese beachtliche Resonanz freute natürlich vor allem das wiederum den organisatorischen Rahmen bietende und durch MinDirig. *Krell*, Düsseldorf, vertretene nordrhein-westfälische Wirtschaftsministerium, sowie den Ordinarius an der Ruhr-Universität Bochum Professor Dr. Martin *Burgi*, der wie in der Vergangenheit die wissenschaftliche Federführung innehatte, als Veranstalter.

Doch während im letzten Jahr die zum 01.01.2001 in Kraft getretene Vergabeverordnung im Mittelpunkt stand, waren es diesmal grundlegende und solange es nicht zu neuerlichen Bemühungen des Gesetzgebers kommt, zunächst einmal zeitlose Themen, die den Kern der Beratungen bildeten. Den Anfang machte Rechtsanwalt Dr. Norbert *Kämper*, Düsseldorf, der auf die „Möglichkeiten und Grenzen von Auftraggebergemeinschaften“ einging. Von Auftraggebergemeinschaften spricht man dann, wenn öffentliche Auftraggeber ihre Nachfrage nach Waren oder Dienstleistungen bündeln. Mögliche Vorteile von solchen Einkaufskooperationen seien durch größere Stückzahlen der zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen erreichbare günstigere Einkaufskonditionen sowie die rationellere Ausnutzung von Verwaltungskapazitäten und Fachkompetenzen durch Konzentration des Vergabemanagements. Wenn sich die originären öffentlichen Auftraggeber allerdings solcher neuartiger Methoden der Beschaffung bedienen wollten, müssten sie dabei dennoch, so *Kämper*, unbedingt den Strukturen des sie konstituierenden Organisations- und des Haushaltsrechts beachten. Andererseits sei es eine Ausprägung der verfassungsrechtlich garantierten Organisationshoheit kommunaler Gebietskörperschaften, den Grad ihrer Kooperation bei Beachtung der kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben selbst zu bestimmen. Dementsprechend könnten Kommunen auch für einzelne Aufgaben im Rahmen der landesrechtlichen Vorgaben zur kommunalen Gemeinschaftsarbeit für einzelne Aufgaben gemeinschaftliche Handlungsinstrumente mit anderen Gemeinden schaffen.

Explizite Beschränkungen würde diese Freiheit zur Kooperation durch das im GWB geregelte Vergaberecht nicht erfahren. Das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsprinzip des Vergaberechts als Grundgedanke des „Kartellvergaberechts“ gelte nämlich nur für die Bieterseite, führte *Kämper* weiter aus. Zu beachten seien allerdings das in § 97 Abs. 3 GWB festgeschriebene Gebot zur Mittelstandsförderung mittels Auftragsteilung in Fach- und Teillose, das als größte von der Auftragsbündelung zu nehmende Hürde zu sehen sei, sowie das ebenfalls in § 97 Abs. 1 GWB zu verortende Transparenzgebot, das eine Offenlegung der Nachfragebündelung erfordere, so dass den Bietern deutlich werde, wer in welchem Umfang Gebote wertet und über den Zuschlag entscheidet.

Starke Zweifel hegte *Kämper* an der vielfach unterstellten Markt- und Einkaufsmacht der Auftraggeber. Auftraggebergemeinschaften würden keineswegs regelmäßig zu Monopolen führen, sondern oftmals erst wieder die Kräfteverhältnisse der Marktteilnehmer wieder

¹ Zum Zweiten Düsseldorfer Vergaberechtstag *Stüer/Hermanns*, DVBl. 2001, 1333.

ausgleichen, ständen die Auftraggeber doch vielfach lediglich zwei Anbietern gegenüber, die in ihrer Preisgestaltung dementsprechend frei seien. Deshalb seien auch keine gegen § 1 GWB verstoßende Einschränkungen des Wettbewerbs zu befürchten, solange es nicht zu auf dem jeweiligen Markt spürbaren Beeinträchtigungen des Wettbewerbs komme.

„Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte“ waren Gegenstand der Ausführungen von Professor Dr. Jost *Pietzcker*, Bonn, den *Burgi* unter Hinweis auf dessen Habilitationsschrift aus dem Jahre 1977² wohl nicht zu Unrecht „den Nestor“ des Vergaberechts nannte. Der Bonner Hochschullehrer ging dabei der Frage nach, inwieweit unzuverlässige Unternehmen von der weiteren Auftragsvergabe ausgeschlossen werden könnten. Von einer Grundrechtsbindung des staatlichen Auftraggebers beim Abschluss privatrechtlicher Verträge ausgehend nannte *Pietzcker* Art. 3 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt der Untersuchung. Doch auch wenn eine auftragsvergebende staatliche Stelle alle Bieter und Interessenten gleich behandeln müsse sei es nicht eine zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung führende sachunangemessene Differenzierung, wenn ein unzuverlässiges Unternehmen bei der Auftragsvergabe nicht berücksichtigt werde. Problematisch sei hingegen die Ausgestaltung eines solchen Ausschlusses, weshalb aus rechtsstaatlichen Gründen eine Formalisierung des einer Auftragsperre vorausgehenden Verfahrens. Allerdings sei Art. 12 Abs. 1 GG bei der Nichtberücksichtigung eines Bieters aufgrund seiner Unzuverlässigkeit nicht berührt, weshalb dieses Instrument auch keiner gesetzlichen Grundlage bedürfe. Auch eine koordinierte Auftragsperre, also eine solche, die durch mehrere Stellen der öffentlichen Hand vollzogen werde und es zwischen diesen zu einem Austausch von Daten komme, sei allenfalls ein Problem der informationellen Selbstbestimmung des Bieters. Zu beachten sei schließlich auch, dass andere Bieter oder Interessenten einen Anspruch auf Ausschluss eines zuverlässigen Unternehmers oder auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung hierüber hätten, wenn der die Unzuverlässigkeit begründende Umstand unmittelbar einen Anspruch im Vergabeverfahren verschafft.

Nach dem instruktiven und viel diskutierten Rechtsprechungsbericht des Richters am *KG* Jochem *Gröning*, Berlin, zu den „Spielräumen bei der Bewertung von Angeboten“, in dem dieser unter dem Gesichtspunkt des Ausschlusses von Angeboten wegen Verstoßes gegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOB/A auf Aspekte der unvollständigen Angaben zum Nachunternehmereinsatz und Änderungen an den Verdingungsunterlagen einging, behandelte *Burgi* den Themenkreis „Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?“ und ging der Frage nach, ob es auch Rechtsschutzmöglichkeiten gebe, wenn die verfahrensrechtlichen Anforderungen des § 97 GWB sowie der VgV und der Verdingungsordnungen nicht eingehalten worden sind. Dabei legte er seinen Ausführungen die These zu Grunde, dass die Kombination von wettbewerblicher Orientierung, anspruchsvoller Verfahrensgestaltung, Versubjektivierung öffentlicher Zielsetzungen sowie schließlich die Einführung eines eigenständigen Rechtsschutzsystems die Quintessenz des Kartellvergaberechts bildeten und demgemäß grundsätzlich ein lückenloses System des Vergaberechtsschutzes erfordere. Wenn es aber an einem Vergabeverfahren fehle, könne dem Wortlaut nach auch § 13 VgV nicht ohne weiteres zur Anwendung kommen, da dieser ein Vergabeverfahren voraussetze. Daher stelle sich die im Ergebnis zu bejahende Frage, ob § 97 Abs. 7 GWB den Unternehmern ein Anspruch auf Durchführung eines Vergabeverfahrens zukomme. Denn die im gesamten europäischen Recht auszumachende Prozeduralisierung des Verwaltungsrechts sowie der auf Art. 19 Abs. 4 GG zurückgehende Grundsatz des Rechtsschutzes durch Verfahren würde eine Erstreckung des Vergaberechtsschutzes

durch ein Nachprüfungsverfahren auch auf die Fälle des unterlassenen Vergabeverfahrens unabdingbar machen.

Abgerundet wurde die Veranstaltung durch einen Ausblick von Rechtsanwalt Timm R. Meyer, Berlin, der in seinem Beitrag „EU-Legislativpaket – Beschlüsse von Rat und Parlament“ auf die kommenden europarechtlichen Veränderungen im Vergaberecht einging. Seit der Vorlage des Grünbuchs der Kommission zum öffentlichen Auftragswesen im Jahre 1996 habe es auf allen europäischen Ebenen vielfältige Bestrebungen gegeben, das Ziel der Binnenmarktvollendung insbesondere durch „Simplifikation und Modernisation“ des Vergaberechts zu fördern. Insbesondere sollen dabei die Baukoordinations- und die Dienstleistungsrichtlinie modernisiert werden. Ein Baustein der angestrebten Vereinfachungen soll eine Anhebung der Schwellenwerte um 23 bis 50 % sein. Ferner sollen als neue Instrumente der Beschaffung neben der elektronischen Vergaben via Internet auch inverse Auktionen eingeführt werden. Skeptisch sah Meyer allerdings die von der Kommission verfolgte Idee des „wettbewerblichen Dialogs“, der bei technisch anspruchsvollen Projekten eine Projektoptimierung nach sich ziehen soll. Es sei nämlich sehr zweifelhaft, ob bei einem wettbewerblichen Dialog noch die ursprüngliche Zielstellung des Vergabeverfahrens erreicht werden könne oder ob es sich dann nicht doch mehr um ein Aushandeln des Zuschlags handle. Insgesamt sah Meyer, der auch Leiter des Bereichs „Auftragwesen“ im BDI ist, das Konzept der Kommission, das erst im Jahre 2005 wirksam werden soll, sehr skeptisch, weshalb er auf eine entsprechende Nacharbeit des Ministerrates hoffte.

Der Rechtsschutz im Vergaberecht wird eines der Themen sein, dass in den nächsten Jahren noch an Bedeutung zunehmen wird. Die Diskussionsfreudigkeit der Teilnehmer bei den jeweiligen Referaten legte hiervon sprichwörtlich beredetes Zeugnis ab. Es bleibt daher wohl auch fraglich, ob eine Anhebung der Schwellenwerte ab denen Vergaberechtsschutz gesucht werden kann, ein Schritt in die richtige Richtung ist. Zweifel hieran sind nicht nur im Hinblick auf ein nicht vor noch nicht so langer Zeit ergangenes Urteil des *LG Heilbronn*, das einen Unterlassungsanspruch des übergangenen günstigeren Bieters gegenüber dem Mitbewerber, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hatte, anerkannte³, angebracht.

Hält der Zustrom an Interessenten an, den der Düsseldorfer Vergaberechtstag in den vergangenen Jahren erfahren hat, werden sich die Verantwortlichen über einen anderen Tagungsort Gedanken machen müssen. Mehr haben die Veranstalter derzeit für die Zukunft kaum umzustellen – in dem doch an Veranstaltungen nicht armen Tagungsgeschäft eine durchaus beachtliche Leistung.

³ *LG Heilbronn*, Urt. v. 19.11.2001 – 22 O 294/01 –.