

Uwe Tutschapsky

Vergaberechtsforum 2008 in Kloster Eberbach

Porta patet, cor magis – die Tür steht offen, mehr noch das Herz! Dieser überlieferte Wahlspruch der Zisterziensermönche bringt treffend zum Ausdruck, was die Teilnehmer des Vergabeforums 2008 des vhw Südwest im Kloster Eberbach erwartete: Eine altehrwürdige Abtei eingerahmt von Wald und Reben, abseits von Verkehrslärm und Hektik und dennoch im Großraum des Rhein-Main-Gebietes in der Nähe der Landeshauptstädte Wiesbaden und Mainz bequem zu erreichen, eine durch Geist, Geschichte, Kunst und Schönheit geformte Atmosphäre, die allen Besuchern fürwahr das Herz zu öffnen vermag.

Noch heute, über Jahrhunderte hinweg, seit seiner Gründung durch den Heiligen Bernhard, den berühmten Abt des Reformklosters Clairvaux in Burgund ist dieser Geist in Eberbach, der einzigen vollständig in allen wesentlichen Baukörpern erhaltenen mittelalterlichen Abteianlage in Deutschland, zu spüren. Markantes letztes mittelalterliches Gebäude aus dem Ende des 15. Jahrhunderts ist die Klosterbibliothek. Bereits der Zugang durch den in den Kreuzgarten vorspringenden spätgotischen Treppenturm ließ die Erwartungen an die Tagung ansteigen, die dann in der gediegenen Arbeitsatmosphäre des ehemaligen Bibliothekssaales des Klosters am 19. und 20. August 2008 voll erfüllt wurden.

Von der deutschen Verdingungsordnung zur europäischen Dimension

Der altertümliche Begriff der Verdingungsordnung – wir erinnern uns, dass die VOB erstmalig 1926 erarbeitet wurde – lässt seine heutige Bedeutung für den Laien kaum erkennen. Unter „Vergaberecht“ ist die Gesamtheit der Regeln zu verstehen, die dem Staat, seinen Behörden und Institutionen eine bestimmte Vorgehensweise beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorschreiben. Dazu existieren aktuell drei Verdingungsordnungen – Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF). Sie enthalten die Vorschriften, die der Auftraggeber bei der Anbahnung und dem Abschluss eines Vertrags zu beachten hat. Hinzu kommen die gravierenden Auswirkungen des europäischen Rechtes, die Richtlinien der EG-Ebene, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) und die

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in Luxemburg.

Das Auftragsvolumen ist gewaltig. EU-weit werden in allen 27 Mitgliedsstaaten 1,45 Bil. Euro vergeben. In Deutschland selbst sind es national ca. 300 Mrd. Euro, wobei die Kommunen 2/3 aller öffentlichen Aufträge vergeben. 95% der Kommunalaufträge liegen unterhalb, allenfalls 5% oberhalb der Schwelle nach Anzahl der Aufträge bzw. etwa 80 zu 20% beim Wertvergleich. Die seit 1.1.2008 geltenden Schwellenwerte sind bei der VOB 5,15 Mio. Euro, bei der VOL/VOF 206.000 Euro und für Sektorauftraggeber 412.000 Euro.

Umweltschutz durch Vergaberecht?

Das Einstiegsthema katapultierte sofort in die Neuzeit und befasste sich mit umweltfreundlichen Vergaben. Sind sie vergabefremder Aspekt oder sachgerechtes Kriterium? Der Bedeutungszuwachs umweltfreundlicher Vergaben ist immens und umfasst ein breites Spektrum, etwa

- im Lieferbereich (VOL): IT, Bürogeräte wie PC, Drucker etc., Papier, Möbel, Reinigungsmittel, Fahrzeuge, Lebensmittel, Ökostrom,
- im Baubereich (VOB): Bauprodukte wie Holz aus nachhaltiger Forstwirtschaft, Gebäude mit Passivhausstandard,
- im Dienstleistungsbereich (VOL und VOF): umweltgerechte Entsorgung, umweltgerechte Vergabe von Planungsleistungen.

Beigeordneter Norbert Portz, Leiter des Vergabedezernates und des Bonner Büros des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, machte deutlich, dass die tatsächlichen Umsetzungsschritte Chefsache sind und man zunächst bei Beschaffungen mit hohen Umweltauswirkungen (Fuhrpark, Bürogeräte etc.) beginnen sollte. Dies muss allerdings Eingang in die Vergabeunterlagen finden und nicht zuletzt auch bei der Ausführung kontrolliert werden. Gerade die Praktiker unter den Teilnehmern machten durch Einzelbeispiele deutlich, dass Bieter u. U. Zusicherungen machen, diese dann jedoch nicht eingehalten würden, was nur sehr schwer feststellbar wäre. Beigeordneter Portz zeigte den EU-Rechtsrahmen für umweltfreundliche Vergaben auf und arbeitete gestützt durch einschlägige Gerichtsentscheidungen ab, wie die Umsetzung über Leistungsbeschreibung mit technischen Spezifikationen, Eignungsprüfung und Wertung zum Zuschlag führen kann. Dabei sind nur auftragsbezogene Zuschlagskriteri-

en bei der Wertung zulässig, z. B. Lieferung von Öko-Strom mit prozentualer Gewichtung etwa zwischen Erneuerbarer Energie und Preis. Auch ist es möglich, die Gewichtung von Erneuerbarer Energie wie beispielsweise Wind-, Solarenergie, Biomasse vorzugeben. Zulässig ist es, etwa die Transportentfernung zur Abfallanlage zur Vermeidung von Schadstoffen einfließen zu lassen. Unzulässig dagegen wären Kriterien, bei denen kein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, z. B. die Verhinderung von Emissionen auf der Anfahrtstrecke oder die Forderung zur Bereitstellung einer über die vom Auftraggeber bestellte Liefermenge hinausgehenden Kapazität der Bieter für Öko-Strom. Sein Fazit zur umweltfreundlichen Vergabe: Umweltfreundliche Vergaben sind nicht vergabefremd, sondern vergaberechtskonform. Sie können sich lohnen, da sie Umwelt und Gesundheit schützen (CO₂- Reduzierung etc.), Kosten sparen (Energieeffizienz etc.) und innovativ sind (Beeinflussung von Herstellern, verstärkte Nutzung erneuerbarer Energie etc.).

Das Vergaberecht hat in den letzten Jahren ständigen Wandel erfahren, auch aktuell stehen Novellierungen bevor. Wegen des Gewichts der kommunalen Beschaffungen sind die kommunalen Forderungen an die Novellierungen bedeutsam. Beigeordneter Portz informierte über die Kernforderungen des DStGB und zeigte hierzu zunächst die Unterschiede zwischen EU- und nationaler Vergabe auf.

Eindrucksvoll ist die Zahl von über 5.000 Nachprüfungen vor Vergabekammern, Oberlandesgerichten und Bundesgerichtshof beim Primärrechtsanspruch der Bieter auf ordnungsgemäße Vergaben. Aktuelle Entwicklungen, etwa dass örtliche Tariftreueklauseln nach EU-Recht unzulässig sind (EuGH C-346/06, 03.04.2008), wurden genannt.



Abb. 1: Konzentrierte Aufmerksamkeit und Sorge um manche Entwicklung im Vergaberecht

Bundesgerichtshof setzt Pflöcke

Schon im ersten Vortrag wurde deutlich, dass die Rechtsprechung erhebliche Bedeutung hat, insbesondere die des obersten deutschen Zivilgerichtes, dem Bundesgerichtshof, hinsichtlich der normativen Anforderungen. Richter am BGH



Abb. 2: BGH-Richter Uwe Scharen in engagierter Diskussion mit OLG-Richter Summa und Rechtsanwalt Dr. Kulartz

und Mitglied des Vergabesenates Uwe Scharen bereitete dies sachlich für Nichtjuristen nachvollziehbar anhand neuer und neuester Entscheidungen auf. Dabei zeigte er auch auf, wo den Oberlandesgerichten als der Vorinstanz ggf. nicht gefolgt werden konnte, was schon entschieden oder was auch noch nicht entschieden ist. Die Fälle betrafen die Mindestbedingungen bei Nebenangeboten („Dachabdichtungsarbeiten“ an einem mit Flachdach versehenen Gebäude), den Nachunternehmer-einsatz, die Eignungsprüfung und das annehmbarste Angebot. Interessant waren auch seine Ausführungen zu Skonti im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes. Zu den wirtschaftlichen Umständen des Angebotes, die in die Wertung mit einzubeziehen sind, können jedenfalls dann, wenn die Bieter in der Ausschreibung aufgefordert worden sind, solche anzubieten, auch Skontoabzüge gehören. Zur Wahrung der Transparenz und zur Vermeidung von Manipulationen müssen die Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Skontos klar und eindeutig umschrieben und bekannt gegeben werden. Dabei muss der Ausschreibende die Prüfung, ob das Angebot eines Skontoabzuges so beschaffen ist, dass er realistischerweise die angebotenen Bedingungen erfüllen kann und damit das Angebot dasjenige mit dem günstigsten Preis ist, vornehmen. Es empfiehlt sich, in den Ausschreibungsbedingungen festzulegen, ob Skonti erwünscht sind und gewertet werden oder ob sie keine Berücksichtigung finden.

Bericht aus Düsseldorf

Die Ausschreibungspflicht bei Grundstücksveräußerungen hat seit dem aufsehenerregenden Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 zu einem rechtlichen Paradigmenwechsel bei kommunalen Immobiliengeschäften geführt. Rechtsanwalt Dr. Hans-Peter Kulartz, Partner bei Kapellmann und Partner Rechtsanwälte Düsseldorf und in mehreren einschlägigen Verfahren bevollmächtigt, widmete sich der Frage „Investorenauswahl, Städtebauliche- und Erschließungsverträge versus Vergaberecht“. Er zeigte anhand der Ursprungsentscheidung folgenden Entscheidungen dieses und anderer Gerichte und Vergabekam-

mern den derzeitigen Rechts- und Meinungsstand auf, grenzte den Abwendungsbereich des Vergaberechts ab und gab Tipps für die rechtssichere Vergabe von Investorenverträgen, wobei er als Anwalt von Kommunen bei der Verwirklichung von „Leuchtturm-Projekten“ bei herausgehobenen städtebaulichen Vorhaben notwendigerweise zur Risikominimierung riet. Seine Bemerkung „Jetzt kommt zusammen, was nicht füreinander bestimmt war“ verknüpfte er zugleich mit der Hoffnung auf Änderungen durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung.



Abb. 3: Nachfragen für Professor Schmidt-Eichstaedt schon am Rednerpult

Kollision mit kooperativem Städtebau

Prof. Dr. Gerd Schmidt-Eichstaedt referierte zur „Ausschreibungspflicht bei städtebaulichen Verträgen aus bauplanungsrechtlicher Sicht“. Der ehemalige Geschäftsführende Direktor des Instituts für Stadt- und Regionalplanung und Lehrstuhlinhaber für Bau- und Planungsrecht an der Technischen Universität Berlin skizzierte und sezierte die aus Sicht des Städtebaurechtes wichtigsten Vertragstypen, nämlich den Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB, den sog. Folgekostenvertrag nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB, den Vertrag über die Übernahme städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf dessen eigene Kosten nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, den Durchführungsvertrag zum Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB und Verträge zu Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen. Nach seinem Zwischenergebnis, dass der klassische Erschließungsvertrag nach § 124 BauGB mit dem Eigentümer des gesamten Erschließungsgebiets unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ausschreibungspflichtig ist, analysierte er die Vertragstypen weiter. Von seiner These aus, dass es für die Einordnung einer Baulandentwicklung als Dienstleistung keinen Unterschied machen könne, ob zuerst die Entwicklung in Auftrag gegeben wird und dann das Grundstück unter Verrechnung von Entwicklungskosten und Kaufpreis veräußert wird oder sofort veräußert wird mit der gesicherten Abrede, dass die Entwicklung nachfolgt, weil nämlich der ökonomische Effekt derselbe sei, kann zwar ein ausschreibungspflichtiger Dienstvertrag vorliegen, aber grundsätzlich kein Bauauftrag. Auch für den Folgekostenvertrag gab er Entwarnung. Eine rege

Diskussion, nicht nur unter den Teilnehmern, sondern auch der Referenten folgte, wobei der vorgegebene Zeitplan von allen diszipliniert eingehalten wurde und darüber hinausgehende vertiefende Fragen für die Abschlussdiskussion am Ende des ersten Tagungstages vorbehalten wurden.

Zuvor gab Markus Schwarz, juristischer hauptamtlicher Beisitzer der 2. Vergabekammer Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt, – die Kammer, die auch die vom OLG Düsseldorf abweichende Entscheidung getroffen hat – einen Abriss über das Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer und nannte aktuelle häufige und praktische Probleme. Die Nachfragen der Teilnehmer zeigten sehr deutlich das überaus große Interesse an diesen Praxisausführungen; auch die anwesenden Vergaberichter und Rechtsanwälte teilten dieses Interesse.

Praxis, Theorie und Rechtsprechung sorgen für Diskussion

Die Referenten dieses Tages, bis jetzt einzeln und nacheinander gefordert, mussten sich nunmehr am Podium gesammelt den Fragen, Nachfragen, Anmerkungen und Wünschen nach Ergänzung oder Detaillierung, auch konkreter Beispiele stellen. Rechtsanwalt Dr. Lutz Horn, Partner der GOERG Partnerschaft von Rechtsanwälten in Frankfurt am Main, ebenso wie die Referenten ein erfahrener und namhafter Vergaberechtlter, hatte schon bei den Vorträgen und auch jetzt die Moderation übernommen und gliederte die Diskussion nach der Thematik der Vorträge. Die Teilnehmer nutzten die Möglichkeit, sämtliche Referenten des Tages gemeinsam auch zu deren Sichtweise zu von einem anderen Referenten behandelten Thema zu erfahren, intensiv. Sämtliche Nachfragen zeugten von hohem Sachverstand und machten deutlich, dass gerade die praktische Erfahrung vor Ort, z. B. in den Kommunen als Auftraggeber nicht zu unterschätzen ist. Insoweit zeigten sich gerade auch die Referenten sehr interessiert an den praktischen Auswirkungen ihrer aus ihrem jeweiligen Fachgebiet heraus formulierten Sichtweisen. Dr. Horn führte souverän durch die Diskussion und erkannte dabei, dass manches momentan in Fachzeitschriften und unter Experten noch immer hochkochende Thema (z. B. OLG-Düsseldorf Rechtsprechung) zwar Hochreck für die Referenten sein kann, die Teilnehmer aber die tägliche oder häufigere Praxisrelevanz in anderen Bereichen sehen, und berücksichtigte dies. Dass er hiermit richtig lag, war auch daran zu erkennen, dass sämtliche Teilnehmer bis zum Ende der Abschlussdiskussion interessiert und rege teilnahmen.

„Die Tagung hat in einem sehr gelungenen Rahmen stattgefunden; anders kann man das Vergaberecht gar nicht ertragen“ (Teilnehmerstatement)

Die Zukunft des Vergaberechtes

Nach einer Nacht im Gästehaus mit „zisterziensischer Einfachheit“, aber dennoch mit allen zeitgemäßen Standards, stilvoll und

ortsangepasst, schärfte Ministerialrat Dr. Rüdiger Kratzenberg, Referatsleiter im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Vorsitzender des Hauptausschusses „Allgemeines“ des Deutschen Vergabenausschusses (DVA), Berlin, mit seinem „Ausblick auf das neue Vergaberecht 2008/2009“ den Blick auf das nächste Jahr. Die 2. Stufe der Vergaberechtsreform mit Änderung des GWB, der Stand der Arbeiten an der VOB/A 2008, die Neuregelungen des Vergabehandbuchs (VHB), die Präqualifikation von Bauunternehmen, der Stand des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) waren seine Themen. GWB-Entwurf der Bundesregierung vom 21.05.2008, Änderungswünsche des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung, Einzelregelungen, Aussichten, Haltung der Bundesregierung zu aktuellen Fragen, all dies wurde angesprochen, nachgefragt und beantwortet. Dass sich dabei teilweise unterschiedliche Ansichten der Teilnehmer und der Referenten offenbaren, lässt sich auch auf die unterschiedlichen Blickrichtungen zurückführen. In nur 90 Minuten machte Dr. Kratzenberg komprimiert unter Berücksichtigung der Vorinformationen des Vortrages deutlich, was ab 1.1.2009 an Neuerungen zu erwarten ist.

Rechtsprechung, PPP, Binnenmarkt

Anschließend kam wieder die Gegenwart zu Wort: „Wichtige neue Rechtsprechung der Instanzgerichte“ wurde dezidiert und plakativ von Rechtsanwalt Dr. Kai-Uwe Schneevogel, assoziierter Partner von GOERG Partnerschaft Rechtsanwälte vorgetragen, exakt abgegrenzt zum Vortrag von BGH-Richter Uwe Scharen.

„Kommunale PPP richtig anpacken“ war die Thematik eines Kurzvortrages von Ass. jur. Christian Schreider der PER-Entwicklungsgesellschaft des Landes Rheinland-Pfalz, der sich diese Aufgabe mit Rechtsanwalt und Fachanwalt Matthias Berger aus Düsseldorf teilte.

Provokativ, jedenfalls vom Titel her, ging es weiter: „EU-Recht gilt nicht bei Unterschwellenwertvergaben! – eine zutreffende Rechtsauffassung oder ein weitverbreiteter Irrtum?“ Richter am Oberlandesgericht Koblenz Hermann Summa, tätig im dortigen Vergabesenat, prognostizierte zunächst, dass die immer noch ansteigende Zahl von auf das Vergaberecht spezialisierten Rechtsanwälten zu einer Zunahme von Schadensersatzklagen führen wird. Die Zivilgerichte werden bei Unterschwellenwertvergaben zunehmend Verstöße gegen Grundsätze des Europarechts als anspruchsbegründend ansehen, und zwar sowohl in Schadensersatzprozessen (Sekundärrechtsschutz) als auch in Verfahren nach §§ 935 f. ZPO (Primärrechtsschutz). Die Zahl der Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wird steigen. Zwar gelten die Vergaberichtlinien nur für Schwellenwertvergaben, sie sind aber in weiten Teilen nichts anderes als eine Ausprägung und Konkretisierung der Grundfreiheiten, die sich unmittelbar aus dem EG-Recht ergeben, wie der freie Warenverkehr und die Dienstleistungsfreiheit, einschließlich der davon abgeleiteten Grundsätze wie insbesondere Gleichbehandlungsgebot, Diskriminierungsverbot und Transparenzgebot. Diese Binnenmarktregeln besagen, dass bei jeder Auftragsverga-

be für alle am Auftrag interessierten Wirtschaftsteilnehmer faire Wettbewerbsbedingungen herrschen müssen, wobei schon der EuGH immer wieder darauf hingewiesen hat, dass diese Regeln auch unterhalb der Schwellenwerte gelten und damit von jedem öffentlichen Auftraggeber unabhängig vom Auftragswert zu beachten sind. Gerade in Grenzregionen wie dem Land Rheinland-Pfalz, bei dem durch die Teilregionen Lothringen, Luxemburg, Saarland, Trier und Westpfalz ein Binnenmarkt im Kleinen vorhanden ist, sollten dies die Auftraggeber beachten und vorsorglich europarechtskonform ausschreiben. In einem anderen Mitgliedsstaat niedergelassene Unternehmen müssen nämlich vor der Vergabe Zugang zu Informationen über den jeweiligen Auftrag haben, so dass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt dieses Auftrags bekunden können. Der Auftraggeber muss daher u.a. auf eine ordnungsgemäße Bekanntmachung, konkret eine grenzüberschreitende Veröffentlichung achten. Bei Nichtgrenzregionen, wie etwa Hessen, besteht diese Gefahr weniger. Auch dieser zweite Tagungstag wurde durch Dr. Lutz Horn als Moderator zusammengefasst.

Fazit

Kloster Eberbach ist anziehend. Prominentestes Beispiel hierfür war in den achtziger Jahren das internationale Filmteam um den Hauptdarsteller Sean Connery, der hier „im Namen der Rose“ auf den Spuren der Mönche wandelte und dabei so manchem kriminalistischen Geheimnis auf die Spur kam. Manchem vergaberechtlichem Geheimnis kamen Teilnehmer und auch Referenten während des Vergaberechtsforums 2008 des vhw Südwest jetzt auf die Spur, wobei mancher der Teilnehmer – und nicht allein Dichter und Künstler – ins Schwärmen geriet, die hier in altherwürdigen Klostermauern eine stil- und qualitätsvolle vhw-Veranstaltung erleben konnten. Übereinstimmender Eindruck war, dass die Tagung inhaltlich, aber insbesondere atmosphärisch in den herrlichen Räumen des Kloster Eberbach sehr gelungen war. So überrascht es nicht, dass sich mancher schon erwartungsvoll zum beabsichtigten nächstjährigen Vergaberechtsforum im September 2009 äußerte.

RA Uwe Tutschapsky

Geschäftsführer vhw Südwest, Mainz

Für das Jahr 2009 sind fünf Vergabeforen in Planung:

Forum Potsdam: 23./24. April 2009

Forum Nord in Hamburg: 22./23. Juni 2009

Forum Bodensee: 2./3. Juli 2009

Forum Südwest im Rhein-Main-Gebiet:
22./23. September 2009

Forum West in Bonn: 10./11. Dezember 2009