



Uwe Tutschapsky

# Vergaberechtsforum 2009 im Hambacher Schloss



Das Vergaberecht hat wie kaum ein zweites Rechtsgebiet in den vergangenen Jahren durch Novellierungen und Ausweitung seines Anwendungsbereiches (Beispiel: Erfassung von kommunalen Immobiliengeschäften), insbesondere aber auch durch die Vielzahl von Entscheidungen der Vergabekammern, Vergabesenate, des Bundesgerichtshofs und auch der Zivilgerichte eine Dynamik erhalten, die Auftraggeber und Unternehmen gleichermaßen fordert. Damit die Praktiker sich auf dem aktuellen Sach- und Rechtsstand halten und rechtssicher ausschreiben können, hat sich der vhw zum Ziel gesetzt, mit seinem Vergabeforum die wesentlichen Entwicklungen und den Verfahrensablauf aufzuzeigen.

Das als „Wiege der Demokratie in Deutschland“ geltende Hambacher Schloss in Neustadt an der Weinstraße wurde 2008 nach einjähriger Renovierungszeit wieder eröffnet. Beim berühmten Hambacher Fest von 1832 hatten dort zehntausende Menschen für Freiheit und Bürgerrechte demonstriert.<sup>1</sup> Am 22. und 23. September 2009 fand an diesem historischen Ort das Vergabeforum des vhw Südwest statt. Damit steht das Forum 2009 in der Tradition der vergangenen Foren wie auch dem Vergaberechtsforum 2008 in Kloster Eberbach.<sup>2</sup>

## Lockerungen bei Vergabe praxisbedeutsam

Nach der Eröffnung durch den vhw begrüßte der Präsident der Struktur- und Genehmigungsdirektion (SGD) Süd des Landes Rheinland-Pfalz **Prof. Dr. Hans-Jürgen Seimetz** die Teilnehmer und wies dabei auf die große Bedeutung des Vergaberechtes für viele Wirtschaftsbranchen und Verwaltungsbereiche hin. Er gab als Leiter einer rheinland-pfälzischen Mittelbehörde mit rund 600 Mitarbeitern ein Beispiel für anspruchsvolle Vergabeverfahren aus deren Verwaltungspraxis: Das Vergabevolumen des Landes Rheinland-Pfalz allein für Hochwasserschutzmaßnahmen (Ausbau und Unterhaltung von Deichen, Hochwasserschutzmauern an Rhein und Nahe sowie Hochwasserrückhaltungen, sogenannte Polder) beträgt derzeit pro Jahr ca. 30 Mio. Euro, was bestätigt, dass das Vergaberecht für die SGD Süd von herausragender Bedeutung ist. Auch die Umsetzung des Konjunkturpaketes II hat aus Lan-

dessicht für einen kräftigen Investitionsschub im öffentlichen Tief- und Hochbau gesorgt. In Rheinland-Pfalz stehen insgesamt 625 Mio. Euro aus diesem Paket in den Jahren 2009 bis 2011 zur Verfügung, womit eine Zunahme der öffentlichen Vergabeverfahren einherging. Dementsprechend hat der Landesgesetzgeber seine Möglichkeiten zur rechtlichen Vereinfachung genutzt. Die drei wesentlichen Eckpunkte sind:

- die Einführungen rechtlicher Schwellenwerte für Beschränkte Ausschreibungen und Freihändige Vergaben,
- die Klarstellung, dass bei öffentlichen Auftragsvergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte von einer Dringlichkeit auszugehen ist und daher ein beschleunigtes Verfahren (mit verkürzten Fristen) gewählt werden kann, sowie
- die Anhebung der Kostengrenzen bei Zuwendungsmaßnahmen.

Die Lockerung des Vergaberechtes ist damit ein wichtiger Hebel für eine rasche Umsetzung des Konjunkturpaketes II.

## Die Reformen des Jahres 2009

Den Einstieg in die schwierige Materie übernahm **Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg** in seiner Eigenschaft als Leiter der Unterabteilung Bauwesen, Bauwirtschaft im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung mit seinem Referat über die „Schwerpunkte der Vergaberechtsreform 2009“.

Das Vergaberecht ist aktuell umfassend novelliert worden. Dies betrifft insbesondere die vom Bundesgesetzgeber verabschiedete Modernisierung des GWB-Vergaberechtes und die vom Vorstand des deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses beschlossene Novellierung der VOB/A. Die Novellierung

<sup>1</sup> In die historischen Zusammenhänge um das Hambacher Freiheitsfest führte die Broschüre Hambach 1832, Deutsches Freiheitsfest und Verbote des Europäischen Völkerfrühlings der Landeszentrale für Politische Bildung Rheinland-Pfalz, Mainz und der Stiftung Hambacher Schloss aus dem Jahr 2007, dem 175. Jahrestag des Hambacher Festes und dem 60. Jahrestag der Gründung des Landes Rheinland-Pfalz, ein.

<sup>2</sup> Siehe hierzu den Bericht in vhw-Forum Wohneigentum 5/2008, S. 275 ff.



der VOL/A steht kurz vor dem Abschluss, während die Arbeiten zur Novellierung der VOF noch laufen. Dadurch sind neue Rahmenbedingungen für das öffentliche Bauen geschaffen worden.

Die Novellierung des GWB und damit die Vergaberechtsmodernisierung ist als langer Weg zum Ziel nunmehr erfolgreich. Dies zeigt sich in der Neustruktur des Deutschen Vergaberechtes, der Änderung der Mittelstandsklausel und Berücksichtigung „vergabefremder“ Aspekte (§ 97 Abs. 3 und 4 GWB), weiter bei Inhouse-Vergaben und interkommunalen Kooperationen (bei denen die Rechtsprechung der OLGs uneinheitlich ist), den Grundstücksverkäufen mit städtebaulichen Elementen (in Reaktion auf die vom OLG Düsseldorf ausgehende Rechtsprechung, die zu erheblichen Unsicherheiten führte)<sup>3</sup> und bei der Regelung zur Informations- und Wartepflicht sowie der Modifikation der Vorschriften zum Nachprüfungsverfahren.

Dr. Kratzenberg stellte die beabsichtigten neuen Rahmenbedingungen für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge durch die VOB 2009 vor, die sich in folgenden Stichworten zusammenfassen lassen:

- Neue Struktur und Vereinfachung der VOB/A
- Bundeseinheitliche Wertgrenzen für Freihändige Vergaben und Beschränkte Ausschreibungen/befristete Regelungen im Konjunkturprogramm II
- Erweiterung der Transparenzvorschriften/sonstige Änderungen
- Vorschläge für den Umgang mit Eignungsnachweisen
- Präqualifikation/PQ-Verein
- Vorschläge für das Nachfordern von Nachweisen und Preisangaben

Die Anwendung der VOB 2009 hängt vom Inkrafttreten der Vergabeverordnung ab, die den statischen Verweis auf die im Bundesanzeiger bekannt gemachten Oberschwellenregelungen der Vergabeordnungen (VOB/A 2. Abschnitt, VOL/A 2. Abschnitt, VOF) enthält. Er gab den Ausblick, dass dies voraussichtlich Ende des Jahres 2009 erfolgen werde. Zeitgleich werde die VOB durch Erlasse des Bundes und der Länder jeweils in ihrem haushaltsrechtlichen Bereich auch für die Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte eingeführt.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Vorherige Praxis war, dass ohne Beschaffungsbezug kein vergaberelevanter Bauauftrag im Sinne des § 99 GWB vorlag, mithin keine Verpflichtung der Kommune zu EU-weitem Vergabeverfahren, was durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, 1. Entscheidung vom 13.06.2007 – Verg 2/07-Fliegerhorst Ahlhorn – und dann weitere diese Entscheidung bestätigende Entscheidungen überholt, zumindest fraglich wurde; nach Aussetzung eines Verfahrens durch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2008 – Verg 25/08 – Wittekind-Kaserne – und Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung wird durch den EuGH inzident auch über die Europarechtskonformität der Neufassung des § 99 Abs. 3 GWB entschieden werden.

<sup>4</sup> Dies ist 2009 nicht mehr geschehen und daher für 2010 zu erwarten.

*„Die Veranstaltung war für mich sowohl inhaltlich als auch von der Gesamtatmosphäre her sehr beeindruckend.“*

Beigeordneter Norbert Portz,  
Deutscher Städte- und Gemeindebund

## Ziel erreicht?

Zur Demokratie gehört Gewaltenteilung: Nachdem Ministerialdirigent Dr. Kratzenberg die Absichten des Gesetz- und Ordnungsgebers und die positiven Auswirkungen für die Praxis zitiert hatte, setzte der Richter am Oberlandesgericht Koblenz und Berichterstatter im Vergabesenat – und damit gleichsam Vertreter der unabhängigen Judikative – **Hermann Summa** sich damit auseinander, ob der Anspruch aus Sicht der Judikative mit der Wirklichkeit korrespondiert. Er gab seiner Untersuchung den Titel „Vergaberechtsreform 2009 – ein Etikettenschwindel?“

Der Anspruch der Koalitionsvereinbarung von Union und SPD aus dem Herbst 2005 lautete: „Wir werden das komplexe und unübersichtliche Deutsche Vergaberecht vereinfachen und modernisieren.“ Nach ROLG Summa sieht die Wirklichkeit anders aus. Bei realistischer Betrachtung bleibe nur die Feststellung, dass dieser Anspruch auf der Strecke geblieben sei, denn es gäbe nach wie vor kein übersichtliches Vergaberecht (Stichwort: Vergabegesetz), das Kaskadenprinzip wurde überwiegend beibehalten, im Sektorenbereich aber aufgegeben. Tatsächlich habe die angestrebte „Modernisierung“ in erster Linie zu in einer für einen Rechtsstaat bedenklichen Einschränkung des Bieterschutzes geführt („Rechtsschutzverhinderungsgesetz“), wobei er anschließend diese These im Einzelnen durch Beispiele nachzuweisen suchte.

Im Verfahrensrecht habe das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz trotz der Entschärfung des Regierungsentwurfs im Gesetzgebungsverfahren als Positiva die Erweiterung der Rügepräklusion (§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB) und die Regelung über die Unwirksamkeit von Verträgen (§§ 101a, 101b GWB), jedoch hätten andere neue Regelungen die Zielsetzung nicht erreicht. Im Materiellen Vergaberecht würde durch die sogenannte Ahlhornklausel des § 99 Abs. 3, 6 GWB (Kommunale Grundstücksgeschäfte) die angestrebte Rechtssicherheit für Kommunen und Investoren infolge des Vorlagebeschlusses des OLG Düsseldorf an den EuGH so schnell nicht eintreten. Der Referent arbeitete die Problematik heraus, die eintritt, wenn man sozialpolitische Ziele – wie die Bekämpfung von „Hungerlöhnen“ im Inland oder Kinderarbeit in Afrika oder Asien – auf dem Umweg über das Vergaberecht realisieren will, wenn dies anders nicht umgesetzt werden kann. Er sieht die Gefahr, dass Stadt- und Gemeinderäte sozialpolitische Forderungen aufstellen und damit die Fehleranfälligkeit von Ausschreibungen gefördert wird, ohne dem gesellschaftspolitischen Ziel auch nur einen Schritt näher zu kommen. Denn auch für gesellschaftspolitisch motivierte Forderungen gilt, dass der öffentliche Auftraggeber keine Forderungen stellen



darf, deren Einhaltung durch den Mieter er entweder nicht nachprüfen will oder nicht nachprüfen kann.

Bei den neuen Vergabeordnungen führte er als negativ einige Einzelregelungen auf, die zahlreiche Fragen aufwerfen und von den Vergabestellen und Gerichten gelöst werden müssten, etwa die Nachforderung von Nachweisen und die Fristenregelung. Positiv sei dagegen die Betonung des Transparenzprinzips und die Eindämmung des Nachweisunwesens.

### **Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009 trifft zum Vergaberecht folgende Aussagen:**

*„Die deutsche Wirtschaft braucht ein leistungsfähiges, transparentes, mittelstandgerechtes und unbürokratisches Vergaberecht. Zur Erleichterung des Zugangs zu den Beschaffungsmärkten und zur Stärkung eines offenen und fairen Wettbewerbs um öffentliche Aufträge soll das bestehende Vergaberecht reformiert und weiter gestrafft werden. Ziel ist es, das Verfahren und die Festlegung der Vergaberegeln insgesamt zu vereinfachen und transparenter zu gestalten. Wir stärken die Transparenz im Unterschwellenbereich. Die Erfahrungen aus der Anhebung der Schwellenwerte in der VOB und VOL werden evaluiert und die Ergebnisse bei der Reform des Vergaberechts berücksichtigt. Zur Reform des Vergaberechts wird ein wirksamer Rechtsschutz bei Unterschwellen-Aufträgen gehören. Ein Gesetzentwurf für das reformierte Vergaberecht wird bis Ende 2010 vorgelegt.“*

### **Sicht der betroffenen Kommunen**

Doch wie wirkt sich dies alles auf die Kommunen aus, die von den klassischen Auftraggebern Bund, Ländern und Gemeinden mit ca. 60% aller Aufträge der mit Abstand größte öffentliche Auftraggeber sind, bei einem Marktvolumen aller öffentlichen Aufträge in Deutschland von geschätzt rund 300 Mrd. Euro jährlich? Beigeordneter **Norbert Portz**, Leiter des Vergabedezernats des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, erläuterte in seinem Vortrag „Das neue Vergaberecht und die Kommunen“ zunächst, dass in das neue Vergaberecht viele der zehn Kernforderungen des DStGB übernommen wurden<sup>5</sup>. Dies betrifft eine stärkere Investitionsfreundlichkeit durch eine Beschränkung des Rechtsschutzes für Unternehmen. Auch die Stärkung des Mittelstandsschutzes ist zu begrüßen. Die nicht erfolgte Ausdehnung des EU-Primärrechtsschutzes für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte entspricht ebenfalls einer Kernforderung des DStGB. Zu diesen Forderungen gehöre auch die erfolgte Neuregelung über die Kostentragung für Antragsteller bei einer Rücknahme ihres Nachprüfungsantrags. Ganz aktuell ging er auf das für Kommunen unerwartet positive EuGH-Urteil zu interkommunalen Kooperationen (v.

10.06.2009 – C 480/06) ein und untersuchte, ob tatsächlich hierdurch Klarheit eingetreten sei.

Im verhandelten Fall hatte die Stadtreinigung Hamburg mit vier umliegenden Landkreisen einen Abfallentsorgungsvertrag direkt und ohne europaweite Ausschreibung geschlossen. Die Stadtreinigung verpflichtete sich darin gegenüber den Landkreisen, diesen gegen ein Jahresentgelt für die Müllverbrennung in einer bestimmten Anlage eine Kapazität von 120.000 Tonnen/Jahr zur Verfügung zu stellen. Die EuGH-Richter argumentierten, die Müllentsorgung sei eine öffentliche Aufgabe, die eine öffentliche Stelle mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen könne, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden (Az. C-480/06). Das Gemeinschaftsrecht schreibe den öffentlichen Stellen keine spezielle Rechtsform für ihre Zusammenarbeit vor. Diese könne einen freien Dienstleistungsverkehr und einen unverfälschten Wettbewerb nicht in Frage stellen, solange sich die Kommunen von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen leiten ließen.

Weitere Themen des Beigeordneten Portz waren die erleichterte Vergabe durch das Konjunkturpaket II sowie die sachgerechte Eignungsprüfung und Wertung der Angebote, was bei den anwesenden Praktikern auf großes Interesse stieß.

### **Kostentragung bei Verzögerungen**

Das neue BGH-Urteil über „Verzögerte Vergabe bei öffentlichen Aufträgen“<sup>6</sup> war Anlass für diesen Vortrag von Rechtsanwalt **Gerald Webeler**, zugleich Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, aus der Kanzlei Kunz Rechtsanwälte Koblenz/Bonn/Mainz, sich der Frage zu stellen, ob sich Mehrvergütungsansprüche des Auftraggebers noch vermeiden lassen, indem er hierzu vergaberechtliche und bauvertragliche Ansätze zum Umgang mit dem Urteil untersuchte. Ausgangsfall der Entscheidung war, dass wegen eines Nachprüfungsverfahrens, das bis vor das OLG geführt wurde, sich die Beauftragung, die eigentlich innerhalb der vorgesehenen Zuschlags- und Bindefrist bis zu einem bestimmten Datum erklärt sein sollte, verzögerte und der Bieter erst drei Monate später den Zuschlag erhielt, nachdem er zuvor vorbehaltlos die Bindefrist verlängerte. Ergebnis des BHG war gewesen, dass das zeitliche und finanzielle Risiko der verzögerten Vergabe ausschließlich der Auftraggeber trägt. Dieses Thema wurde am folgenden Tage nochmals von BHG-Richter **Uwe Scharen** aufgenommen.

Für diesen ersten Tag hatten gegensätzliche Betrachtungsweisen mit hohem Informationsinhalt, wie sich anschließend in der Diskussion zeigte, erhebliche Wogen aufgeworfen, die souverän durch den Moderator Rechtsanwalt **Dr. Lutz Horn**, Partner von Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten in Frankfurt am Main, durchsteuert wurden.

<sup>5</sup> Zum Vortrag von Beigeordneten Portz siehe auch DStGB – Dokumentation Nr. 90: Vergaberecht 2009 – Novellierung, aktuelle Entwicklungen und Verfahrensablauf.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 11. Mai 2009 – VII ZR 11/08.



Szenenwechsel: Nach diesen fachspezifischen Erkenntnissen hatten die Teilnehmer die Möglichkeit, die historischen Zusammenhänge um das Hambacher Freiheitsfest bei einem geführten Rundgang durch das Schloss und bei interessanten Erläuterungen sowie einer Ausstellung über seine Geschichte näher kennenzulernen. Anschließend konnten sie bei einem Abendessen im Schloss selbst in regen Gesprächen ihre Erfahrungen zum Vergaberecht austauschen.

## Rechtsprechung

Der nächste Tag begann mit dem Vortrag über „Wichtige neue Rechtsprechung der Instanzgerichte“ von Rechtsanwalt **Dr. Kai Uwe Schneevogl**, Partner bei Görg Partnerschaft von Rechtsanwälten in Frankfurt am Main, ein Vortrag, der gerade bei den Praktikern auf sehr großes Interesse stieß, da sie durch Dr. Schneevogl kompakt und präzise über den neuesten aktuellen Rechtsprechungsstand informiert wurden.

Ebenfalls erheblichen Praxisbezug hatte der Vortrag von **Dr. Martin F. Peter**, Vorsitzender der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz über „Das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer“, in dem er Probleme der Praxis und Lösungsmöglichkeiten ansprach. Diese betrafen insbesondere die Antragsbefugnis, die Rügeobliegenheit, die Akteneinsicht und die Schwellenwertberechnung.

## Bundesgerichtshof setzt Pflöcke

Während der erste Tag im Wesentlichen den Reformen gewidmet war, stand der zweite Tag im Lichte der Rechtsprechung. Besonders erwartet wurde dabei der Vortrag von Vorsitzendem Richter am Bundesgerichtshof (Vergabesenat) **Uwe Scharen** über „Neuere vergaberechtliche Erkenntnisse des Bundesgerichtshofes“. Zunächst griff der Referent nochmals die schon am Vortag erörterte BGH-Entscheidung vom 11.05.2009 über Mehrvergütung bei verzögerter Auftragsvergabe auf. Ein Zuschlag in einem durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht eingehalten werden können. Der so zustande gekommene Bauvertrag ist ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen sind.

Weitere Entscheidungen wurden vom Vorsitzenden BGH-Richter Scharen angesprochen und erläutert. Große Bedeutung hat auch der BHG-Beschluss über Rettungsdienstleistungen (X ZB 31/09 vom 01.12.2008), dessen Leitsatz lautet: „Das zur Übertragung der Durchführung der Notfallrettung und des Krankentransports ... vorgesehene Auswahlverfahren ist als Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB durchzuführen, wenn der Wert des abzuschließenden Betrags den

Schwellenwert erreicht“ über diesen Einzelfall hinaus. Denn: Die Reichweite des durch den Ersten Abschnitt des Vierten Teils des GWB eröffneten Vergaberegimes bestimmt sich nach deutschem Recht. Nur wenn oder soweit das deutsche Gesetz einen bestimmten Dienstleistungsverkehr hiervon ausnimmt, könnten der EG-Vertrag oder auf seiner Grundlage erlassene europäische Rechtsakte noch Bedeutung erlangen, nämlich dann, wenn das Gemeinschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland Derartiges untersagte. Dies heißt also, dass die Frage, ob von einer Eins-zu-eins-Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts auszugehen ist, so dass immer der Regelungsgehalt der einschlägigen Vergaberichtlinien maßgeblich ist, zu verneinen ist.

Eine interessante Podiumsdiskussion mit den Referenten und die Zusammenfassung der Ergebnisse der Tagung durch den Moderator Dr. Lutz Horn rundeten den zweiten Tagungstag ab.

## Fazit

Schon Präsident Prof. Seimetz hatte bei der Eröffnung einen Bogen von der Thematik dieser vhw-Veranstaltung zum Hambacher Schloss gespannt: Auf dem Hambacher Fest wurde nicht nur der Grundstein für die deutsche Demokratiebewegung gelegt, sondern die Veranstaltung war auch tief geprägt von der Solidarität mit den europäischen Nachbarvölkern. Eine solche Solidarität müsse auch jeden Vergaberechtl. ergreifen, wenn er sich vergegenwärtigt, dass das Vergaberecht sehr stark vom Europarecht geprägt ist und daher alle EU-Mitgliedsstaaten das gleiche Los gezogen haben – sie seien, ironisch angemerkt, alle Teil dieser vergaberechtlichen Schicksalsgemeinschaft. Diese haben sie aber gemeistert. Denn als Fazit auch des Vergabeforums 2009 ist festzuhalten, dass das Ziel, den vergaberechtlichen Dschungel zu lichten und die wesentlichen Entwicklungen und den Verfahrensablauf aufzuzeigen, durch die namhaften Referenten und die engagierten Teilnehmer des Forums voll erreicht wurde.

RA Uwe Tutschapsky

Geschäftsführer vhw Südwest, Mainz

## Für das Jahr 2010 sind fünf Vergabeforen in Planung:

Forum Potsdam: 23./24. April 2010

Forum Nord in Hamburg: 31. Mai/1. Juni 2010

Forum Süd: 24./25. Juni 2010

Forum Südwest in Limburg/Lahn: 8./9. September 2010

Forum West in Bonn: 9./10. Dezember 2010