

Uwe Tutschapsky

Vergaberechtsforum 2010 in Limburg an der Lahn



Auch das diesjährige Vergaberechtsforum des vhw Südwest war eine insgesamt sehr gut gelungene und informative Veranstaltung für die Teilnehmer, die von der Möglichkeit der Diskussion untereinander und mit den Referenten regen Gebrauch machten. Es fand in Limburg an der Lahn statt, das im Jahr 910 erstmals urkundlich erwähnt wurde, so dass die Stadt im Jahr 2010 ihr 1100-jähriges Jubiläum feiert. Da andererseits im Jahr 2010 letztendlich die neuen Vergabevorschriften in vollem Umfang in Kraft getreten sind, wurde gleichzeitig der Bogen gespannt zwischen der Gegenwart mit den aktuellen Vorschriften des gerade für die öffentlichen Auftraggeber bedeutsamen neuen Vergaberechts.

Von den Referenten gab es zu den einzelnen Aspekten der gerade abgeschlossenen Vergaberechtsreform interessante Vorträge, die nachfolgend zusammengefasst sind.

Vergaberecht 2010 – die Chancen der neuen Regelungen nutzen!

Mit den im Juni 2010 in Kraft getretenen Vorschriften der VOB, VOL und VOF werden den Beteiligten sowohl auf Seiten der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer eine Reihe von Erleichterungen zur Verfügung gestellt. Jetzt gilt es, hiervon auch in der Praxis Gebrauch zu machen, damit die Tauglichkeit



Abb. 1: Limburg an der Lahn mit Dom (Foto: www.limburg.de)

der neuen Vorschriften getestet werden kann. Hervorzuheben sind beispielsweise die Möglichkeiten, durch Abgabe einer Eigenenerklärung den Prozess der Eignungsprüfung in der frühen Phase des Vergabeverfahrens für den Bieter einfacher zu gestalten. Ohne Vorbild sind die neuen Vorschriften zur Nach-

reichung von Nachweisen und einer unterbliebenen Preisangabe, die die Gefahr eines Ausschlusses deutlich mindern werden. Wer als Bieter nicht nur die Gefahr eines Ausschlusses aus formellen Gründen vermeiden, sondern zugleich sein Unternehmen als besonders qualifiziert hervorheben möchte, dem sei nachdrücklich die Eintragung in die Liste des Präqualifizierungsvereins PQ-VOB angeraten.

Insgesamt sollte für das Vergaberecht eine Phase der Konsolidierung und der Praxiserfahrung ohne ständige Diskussionen über das deutsche Vergaberecht anbrechen. Änderungen sollten sich auf wenige in der Koalitionsvereinbarung genannte Themen beschränken. Alle Änderungsvorschläge sollten sich einer strengen Notwendigkeitsprüfung stellen. Dabei sollte im Sinne der Funktionsfähigkeit des Vergaberechts die Einführung eines Primärrechtsschutzes auch unterhalb der EU-Schwellenwerte abgelehnt werden.

Reform-Atempause im Vergaberecht unbedingt notwendig!

Das Vergaberecht hat seit Beginn 2009 eine schwindelerregende Novellierungsabfolge erlebt. Stichworte sind insoweit:

- Einführung der erleichterten Vergabe auf der Grundlage des Konjunkturpakets II mit erhöhten Wertgrenzen für Beschränkte und Freihändige Vergaben zu Beginn des Jahres 2009,
- Inkraftsetzung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (GWB) im April 2009,
- Neue Sektorenverordnung (SektV) und Wegfall der Abschnitte drei und vier der VOB/A und VOL/A im September 2009,
- Inkraftsetzung der neuen Vergabeverordnung (VgV) am 10. Juni 2010,

- Geltung der novellierten Vergabeordnungen (VOB/A, VOL/A und VOF) seit dem 11. Juni 2010
- sowie vielfältige Ländererlasse und Sonderregelungen zur Einführung bzw. Modifizierung des neuen Vergaberechts (Tariftreuegesetze etc.).



Abb. 2: Dr. Rüdiger Kratzenberg, Ministerialdirigent, Leiter der Unterabteilung Bauwesen und Bauwirtschaft im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Berlin Bonn (Foto: Thomas Schmidt, Ingelheim)

Dieser Novellierungsmarathon beeinträchtigt die Transparenz und die Akzeptanz des Vergaberechts. Hinzu kommt, dass das Ziel einer Vereinheitlichung für die VOB/A, die VOL/A und die VOF durch die Novelle nicht erreicht wurde. Das Gebot der Stunde für die Kommunen lautet jetzt: „Lasst uns in Ruhe arbeiten und die Neuregelungen auf ihre Praxistauglichkeit untersuchen.“ Eine von der Bundesregierung geplante erneute Novellierung des Vergaberechts mit der Vorlage eines Gesetzesentwurfs bis zum 31. Dezember 2010 ist daher abzulehnen.

Die Ablehnung bezieht sich insbesondere auf die von der Koalition geplante Einführung eines „wirksamen Rechtsschutzes bei Unterschwellenvergaben“. Ein derartig erweiterter (Primär-)Rechtsschutz würde die Unterschiede zwischen EU-Vergaberecht (Wettbewerbsregulierung, individueller Primär-

rechtsschutz) und dem nationalen Vergaberecht (Haushaltsrecht und Verwaltungsorganisation) einebnen. Zudem muss die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Haushaltsrecht der Länder und der Kommunen bezweifelt werden. Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2006 den geteilten Rechtsschutz in Deutschland als mit dem Grundgesetz vereinbar anerkannt hat, sollte dies auch die Bundesregierung akzeptieren und keine neue Bürokratie aufbauen. Eine verwaltungsinterne Überprüfung bei Unterschwellenvergaben muss genügen.

Die Anfang des Jahres 2009 eingeführte Option für Kommunen, auf der Grundlage des Konjunkturpakets II in erweiterter Form Beschränkte und Freihändige Vergaben durchzuführen, sollte nach den Erfahrungen der Praxis auch über das Jahr 2010 hinaus bestehen bleiben. Diese Option stärkt kommunale Gestaltungsspielräume bei gleichzeitiger Beachtung des Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsprinzips.

Aktuelle Rechtsprechung des BGH

Ausschreibungsbedingungen sind so auszulegen, dass sie einen Sinn ergeben. Verbleiben insoweit Zweifel, gilt als gewollt, was vergaberechtsgemäß ist. Im Falle der Zulassung von Nebenangeboten darf ein Fehlen von Mindestanforderungen erst nach einer solchen Auslegung angenommen werden. Jedenfalls wenn die angebotene Variation nur eine einzelne Leistungsposition betrifft, reicht aus, dass die Ausschreibung insoweit nur eine einzige Bedingung enthält.

Dem Auftraggeber steht ein vom Vergaberecht gedecktes Recht zur Aufhebung des eingeleiteten Vergabeverfahrens nur bei Vorliegen eines besonders schwer wiegenden Grundes zu. Ein solcher ist regelmäßig nicht gegeben, wenn ein vergaberechtswidriges Verhalten die Aufhebung notwendig macht,



Abb. 3: Vergaberechtsforum 2010

das allein im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt. Eine Aufhebung ist dann nur um den Preis möglich, sich demjenigen Bieter gegenüber schadensersatzpflichtig zu machen, der den Auftrag in dem aufgehobenen Verfahren hätte erhalten müssen.

Trotz Überschreitung der vorgesehenen Zuschlagsfrist führt ein Zuschlag regelmäßig zu einem Vertrag mit den in der Ausschreibung benannten Leistungsbedingungen. Dies gilt auch dann, wenn in der Ausschreibung für den Auftragnehmer vorgesehene Fristen/Termine wegen der Verspätung nicht mehr eingehalten werden können. Nur in letzterem Fall muss eine einvernehmliche oder gerichtliche Anpassung der Fristen/Termine des Auftragnehmers und – bei Preisänderungen am Markt – dessen Vergütung erfolgen. Die Preisanpassung kann der Auftraggeber nur vermeiden, wenn sein Zuschlagsschreiben eindeutig ergibt, dass der Vertrag nur zu bestimmten veränderten zeitlichen Bedingungen geschlossen werden soll. Ein Vertrag mit diesen veränderten Bedingungen kommt dann jedoch nur zustande, wenn der Bieter dem zustimmt.



Abb. 4: Norbert Portz, Beigeordneter, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Leiter des Vergabedezernates und des Bonner Büros des DStGB, Bonn (Foto: Thomas Schmidt, Ingelheim)

Es stellt regelmäßig keinen Rechtsmissbrauch dar, sich an einem Vergabeverfahren mit einem Angebot zu beteiligen, obwohl man das Verfahren zuvor als vergaberechtswidrig gerügt hatte. Der drohende Schaden, der für die Befugnis, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, Voraussetzung ist, ist bereits zu bejahen, wenn vergaberechtswidrig das Verhandlungsverfahren gewählt wurde, deshalb in diesem Verfahren kein Zuschlag erfolgen darf, bei Fortbestand des Beschaffungsbedarfs der Zuschlag vielmehr in einem offenen Verfahren erreicht werden muss. Denn strukturell bedingt kann dieses Vergabeverfahren für jeden Bieter gegenüber dem Verhandlungsverfahren Vorteile bieten. Das Verhandlungsverfahren darf nur ganz ausnahmsweise gewählt werden.

Die Zukunft der Präklusion

Bei der neuen Präklusionsvorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 4 GWB besteht eine systematische Unterscheidung dahingehend, dass die Fristen der Nr. 1 bis Nr. 3 sich auf die Rechtzeitigkeit der Rüge beziehen, dagegen die Frist der



Abb. 5: Uwe Scharen, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Vorsitzender des Vergabesenats i.R. sowie Vorstandsmitglied des „forum vergabe e.V.“ (Foto: privat)

Nr. 4 die Rechtzeitigkeit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens betrifft. Der EuGH präzisiert in seinen beiden Urteilen vom 28.01.2010 („Uniplex“ und „Kommission/Irland“) die Anforderung des Gemeinschaftsrechts an mitgliedstaatliche Präklusionsvorschriften, wobei er dem Prinzip einer möglichst raschen Nachprüfung erstmals den Grundsatz der Rechtssicherheit im Nachprüfungsverfahren gegenüberstellt. Präklusionsvorschriften, die in Bezug auf die Länge der Ausschlussfrist und die Art von Entscheidungen der Vergabestelle, für die die Ausschlussregelung gilt, zu unbestimmt sind, stehen mit dem Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang.

Zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist derzeit die nationale vergaberechtliche Rechtsprechung und Literatur zum Erfordernis der „unverzöglichen Rügeobliegenheit“ uneinheitlich, wobei es für beide Ansichten gute Argumente gibt, so dass gegenwärtig Rechtsunsicherheit besteht. Deshalb muss der Gesetzgeber handeln.



Abb. 6: Dr. Kai-Uwe Schneevogl, Rechtsanwalt und Partner, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt am Main (Foto: privat)

Aufklärung und Wertung von zugelassenen Nebenangeboten nach der VOB/A 2009

Nach der mit der VOB/A Novellierung 2009 eingeführten Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 1 VOB/A ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, fehlende Erklärungen oder Nachweise, die er von Bietern mit der Angebotsabgabe gefordert hat, nachzufordern. Angebote sind erst dann auszuschließen,

wenn die nachgeforderten Erklärungen nicht innerhalb einer Frist von 6 Tagen vom Bieter vorgelegt werden.

Die üblichen Bewerbungsbedingungen – z.B. die der Bundesbauverwaltung (VHB) – geben dem Bieter auf, die als Nebenangebot angebotenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Bei wörtlicher Auslegung des § 16 Abs. 3 Satz 1 VOB/A handelt es sich insoweit bei der Leistungsbeschreibung des Nebenangebots um eine Bietererklärung, die der Auftraggeber als fehlende Erklärung nachzufordern hat. Dies führt zum einen dazu, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, jedwede Nebenangebote über unzureichende Leistungsbeschreibungen aufzuklären. Dies führt ferner dazu, dass es ein Bieter in der Hand hat, nach Aufforderung durch den Auftraggeber seine Nebenangebote zu vervollständigen. Über die in sein Belieben gestellte Vervollständigung mehrerer Nebenangebote kann der Bieter das Wettbewerbsergebnis steuern.



Abb. 7: Gerald Webeler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Kunz Rechtsanwälte, Koblenz/Bonn/Mainz Bonn

Ob eine einschränkende Auslegung des § 16 Abs. 3 Satz 1 VOB/A geboten ist, wird die Rechtsprechung zu klären haben. Der Wortlaut legt dieses nicht nahe. Die Regelung des § 16 Abs. 3 Satz 1 VOB/A führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und Wettbewerbsverzerrungen. Sie erscheint bereits jetzt korrekturbedürftig.

Die Umsetzung der GWB-Vergaberechtsreform in der Praxis – Erste Erfahrungen der Vergabekammer und Rechtsprechung der Oberlandesgerichte

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2009 hat weit reichende Auswirkungen auf Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte und Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern. Doch nicht alle offenen Punkte wurden geklärt. Teilweise hat die Reform auch neue Fragen aufgeworfen. Das betrifft etwa den Umfang der von der Vergabestelle an die Bieter zu versendenden Vorabinformation nach § 101 a GWB und die Frist zur Einreichung eines Nachprüfungsantrags gem. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. Auch

bleibt die Rügeobliegenheit unabhängig von der Diskussion über die Auswirkungen der EuGH-Entscheidungen vom Januar 2010 ein wichtiges Thema. Das gilt nicht zuletzt deshalb, weil die Rügeobliegenheit in Gestalt des neuen § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB durch die Reform erweitert wurde. Einiges ist hier ungeklärt. Wie weit geht etwa die Pflicht, Vergaberechtsverstöße, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, zu rügen?



Abb. 8: Dr. Martin F. Peter, Vorsitzender der 2. Vergabekammer Rheinland-Pfalz beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz, Mainz Bonn (Foto: Thomas Schmidt, Ingelheim)

Weiterhin gibt es unterschiedliche Ansichten, was die Kostentragung in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern angeht. Es liegen bereits erste Entscheidungen von Vergabekammern und Vergabesenaten vor, die eine Hilfestellung zur Auslegung der durch das Reformgesetz geänderten Vorschriften geben können. Die weitere Entwicklung sollte beobachtet werden.



Abb. 9: Pausengespräche

Zahlen, Daten, Fakten – quo vadis eVergabe?

Die eVergabe wird täglich bei Auftraggebern eingesetzt, ein Arbeiten ohne Vergabemanager ist nicht mehr denkbar, da die Masse an Vergaben nicht mehr bewältigt werden könnte. Die aktuellen Angebote ermöglichen es jedem interessierten Auftraggeber, systemunterstützt zu arbeiten und die brachliegenden Einsparungspotenziale zu nutzen. Die Investitionskosten für den Einstieg sind gering.



Abb. 10: Dipl.-Volkswirt Oliver Thomas, Bereichsleiter Geschäftsentwicklung, Administration Intelligence AG, Würzburg (Foto: privat)

Insellösungen führen nicht zum Ziel!

Die eVergabe als „Insellösung“ ist nur als Einstiegslösung akzeptabel. Heute wird die gesamte Einkaufskette betrachtet und die Integration der eVergabe in die bestehenden IT-Landschaften gefordert. Mit der Intensität der Nutzung steigen die Anforderungen an die Funktionalität. Die wesentlichen Entscheidungskriterien sind heute der Funktionsumfang und die Flexibilität des Systems.

Standardisierung von Werkzeugen und Formularen

Ein anderer Trend verfolgt die Standardisierung der eingesetzten Formulare und Werkzeuge. Immer mehr Auftraggeber setzen auf bestehende Standards und überlassen die Pflege den Softwarelieferanten.

Multiplattform-Werkzeuge erhöhen die Akzeptanz der Unternehmen!

Bieterfirmen an dem Prozess der eVergabe zu beteiligen ist die Herausforderung von heute. Mit Multiplattform-Bieterwerkzeugen ist die Teilnahme an Ausschreibungen verschiedener Plattformen möglich. Sind Sie bereit für die eVergabe?

Kommunale Grundstücksgeschäfte: Die Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf – eine Episode?

I. Mit seiner Entscheidung vom 25. März 2010¹ hat der EuGH die völlig aus dem Ruder gelaufene Rechtspre-



Abb. 11: Stadthalle Limburg: Veranstaltungsort des Vergaberechtsforums

chung des OLG Düsseldorf zum Anwendungsbereich des Vergaberechts eingefangen und das Boot wieder in richtlinienkonformes Fahrwasser gesetzt.

II. Die wichtigsten Aussagen des EuGH lauten:

1. Ein öffentlicher Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinie (VKR) liegt nur vor, wenn das Ergebnis der Leistung dem öffentlichen Auftraggeber
 - durch Eigentumserwerb,
 - durch Erlangung eines Nutzungsrechts
 - oder auf andere Weise unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt.



Abb. 12: Hermann Summa, Richter am Oberlandesgericht, Vergabesenat, Koblenz Bonn (Foto: Thomas Schmidt, Ingelheim)

Dies gilt für alle Arten von Leistungen, also nicht nur für den Baubereich.²

2. Die Verfolgung städtebaulicher Interessen ist nicht auf die Befriedigung des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers gerichtet und deshalb vergaberechtlich irrelevant.
3. Der Grundstückserwerber, der von seinem originären Nutzungsrecht als Eigentümer Gebrauch macht, ist hinsicht-

¹ Urteil v. 25.03.2010 – C-451/08 – juris – Vergaber 2010, 441

² EuGH, Urteil v. 15.07.2010 – C-271/08



Abb. 13: Nach dem Vergaberechtsforum ist vor dem Vergaberechtsforum!

lich dieser Nutzung nie Konzessionär des Veräußerers. Die „Düsseldorfer Baukonzession“ gibt es nicht.

- III. Der EuGH hat seine Auffassung vom Wesen eines öffentlichen Auftrags an dem Tatbestandsmerkmal „entgeltlich“ festgemacht. Ausschreibungspflichtig ist ein Auftrag nur, wenn der Staat als Wirtschaftsteilnehmer auftritt und sich die Sache etwas kosten lässt. Er gilt wieder, was „vor Ahlhorn“ galt: Vergaberecht ist anwendbar, wenn der Staat auf den Markt geht, um sich zur Deckung seines Bedarfs Waren oder geldwerte Leistungen aller Art (Wirtschaftsgüter) gegen Entgelt zu beschaffen.



Abb. 14: Dr. Lutz Horn, Rechtsanwalt und Partner, GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten, Frankfurt am Main Bonn (Foto: Thomas Schmidt, Ingelheim)

- IV. Entgeltlichkeit liegt vor, wenn der Staat dem Vertragspartner irgendeinen Vermögenswert zukommen lässt. Der Verkauf eines Grundstücks unter Marktwert kann eine Gegenleistung für eine Bauleistung sein, die der Grundstückserwerber für den Staat erbringt (Stichwort: Erschließungsvertrag). Wenn eine Kommune sich von vornherein auf Verhandlungen mit nur einem potenziellen Investor beschränkt, geht sie das Risiko ein, dass später behauptet wird, dem Käufer seien seine Leistungen für die Gemein-

de indirekt vergütet worden. Diesem Vorwurf kann man durch einen – weitgehend formfreien – Bieterwettbewerb entgehen.

- V. Es könnte sich als Fehler erweisen, dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 99 GWB – Stichwort Ahlhornklausel – nur den für Bauaufträge geltenden Abs. 3, und dort auch nur die dritte Alternative, dahingehend ergänzt, dass die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss.

Der findige Jurist könnte nämlich argumentieren: Wenn der Gesetzgeber entgegen einem Vorschlag des Bundesrates und dem Rat der Fachwelt ein zusätzliches Merkmal nur für eine Variante eines öffentlichen Auftrags festschreibt, dann gilt es für alle anderen Varianten nicht. Dass der EuGH anderer Auffassung ist, spielt keine Rolle, denn der nationale Gesetzgeber kann auch Verträge dem Vergaberecht unterstellen, die nicht unter die Vergaberichtlinie fallen.

„Vergaberecht ist und bleibt spannend“

Es ist festzuhalten, dass das Vergabeforum Südwest 2010 in würdiger Tradition der Tagung des Jahres 2009 auf dem Hambacher Schloss³ und der des Jahres 2008 im Kloster Eberbach stand.

RA Uwe Tutschapsky

Geschäftsführer vhw Südwest, Mainz

³ Kurzbezeichnung für Bund, Länder und Kommunen sowie alle Ableger, die Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB sind