

Neues zum Vergaberecht: Reformchaos und kein Ende

Nikolaus Seiner

Das europäische und das deutsche Vergaberecht kommen seit den 90er Jahren nicht mehr zur Ruhe. Eine Reformwelle jagt die andere. Nach den deutschen Vergaberechtsreformen 1998/1999 und 2000/2001 [1] ist das letzte rot-grüne Reformvorhaben aus dem Jahre 2005 von der neuen Bundesregierung nach dem Regierungswechsel abrupt gestoppt worden. Die Folge ist, dass die spätestens bis zum 31. 01. 2006 erforderliche Anpassung des deutschen Vergaberechts an die neuen EU-Vergaberichtlinien nicht rechtzeitig erfolgt ist und voraussichtlich in diesem Jahr auch nicht mehr erfolgen wird. Die eigenen Reformvorstellungen der neuen Bundesregierung sind nur in Ansätzen und nur sehr verschwommen am Horizont sichtbar. Seit dem 01. 02. 2006 müssen teilweise die Regeln der EU-Vergaberichtlinien parallel neben den deutschen Regelungen unmittelbar angewendet werden. Selbst für erfahrene und versierte Vergaberechtspraktiker ist das deutsche Vergaberecht nicht mehr überschaubar. [2] Eine rechtssichere Durchführung von Vergabeverfahren ist ohne juristische Begleitung ist kaum noch möglich. Bereits im Jahre 2004 erklärte das Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) Folgendes:

„Es ist unbestritten, dass mittlerweile nur noch Experten mit den in fast 80 Jahren gewachsenen Vergabevorschriften umgehen können. ... Ein undurchschaubares Regelungsdrickicht fördert die Korruptionsanfälligkeit. Außerdem ist sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber als auch bei der Wirtschaft ein hoher Aufwand zur Verfahrensabwicklung erforderlich. Dies wird insbesondere von den mittelständischen Unternehmen beklagt und bewirkt auf Seiten der Verwaltung einen zunehmenden Drang, sich dem Vergaberecht zu entziehen.“

1. Vergaberechtsreformen in den 90er Jahren und Anfang des 20igsten Jahrhunderts

Zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien, die Anfang der 90er Jahre vervollständigt wurden, und um weitere Vertragsverletzungsverfahren

vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) mit drastischen Strafen zu vermeiden, sah sich der deutsche Gesetzgeber gezwungen, das traditionell haushaltsrechtlich geprägte deutsche Vergaberecht an die europäischen Regeln anzupassen. Dies erfolgte zunächst durch die Verabschiedung des Vergaberechtsänderungsgesetzes (VgRÄG) im Jahre 1998, wodurch bestimmte Regelungen des Haushaltsgrundsatzgesetzes (HGRG) und die Nachprüfungsverordnung (NpV) aufgehoben und ein neuer 4. Teil in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aufgenommen wurde. Diese Gesetzesänderungen führten zu der bis heute geltenden Zweiteilung des deutschen Vergaberechts, je nachdem, ob die EU-Schwellenwerte unter- oder überschritten werden. Bei einem Unterschreiten gilt das traditionelle deutsche Vergaberecht mit den Regelungen der Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder (BHO, LHO) sowie mit den Abschnitten 1 der Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A. Öffentliche Aufträge sind deutschlandweit im Rahmen einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung oder freihändig zu vergeben. Einen gesetzlich geregelten Primärrechtsschutz für unterlegene Bieter und Bewerber gibt es nicht. Diese haben bislang nur die Möglichkeit, nachträglich Schadensersatz einzuklagen. Wenn die EU-Schwellenwerte überschritten sind, gilt europäisches Vergaberecht mit der Notwendigkeit, öffentliche Aufträge europaweit auszuschreiben. Es gelten der 4. Teil des GWB, die Vergabeverordnung (VgV), die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A und der VOL/A sowie die VOF. Die Vergabe erfolgt im Rahmen des offenen oder nichtoffenen Verfahrens oder des Verhandlungsverfahrens. Unterlegene Bieter und Bewerber haben die Möglichkeit, Primärrechtsschutz zu begehren und durch Anrufung der zuständigen Vergabekammer und des Vergabesenates den Zuschlag an einen Konkurrenten zu verhindern. [3]

Die nächste Reformwelle erfolgte dann in den Jahren 2000 und 2001 durch eine umfangreiche Überarbei-

tung aller drei Teile der VOB (Teile A, B und C), der VOL/A und der VOF. Anlass hierfür waren unter anderem zwei EU-Richtlinien zur Anpassung der Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierrichtlinie sowie der Sektorenrichtlinie an das sog. WTO-Beschaffungsabkommen. Außerdem wurde die Vergabeverordnung (VgV) vom 09. 01. 2001 verabschiedet, die die Vergabeverordnung vom 22. 02. 1994 ablöste. Eine Neuerung war z.B. die Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, digitale Angebote zu lassen. Außerdem sind Auftraggeber seitdem bei europaweiten Vergabeverfahren dazu verpflichtet, alle nicht berücksichtigten Bieter spätestens 14 Tage vor dem beabsichtigten Zuschlag über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über die Gründe der Nichtberücksichtigung schriftlich zu informieren. Bei Nichtbeachtung dieser Verpflichtung ist der abgeschlossene Vertrag nichtig.

2. Rot-grünes Reformvorhaben 2005

Hintergrund für eine neue Reformwelle im vergangenen Jahr war Folgendes: Am 30. 04. 2004 sind zwei neue Vergaberichtlinien der EU in Kraft getreten, und zwar die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG und die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG [4]. Die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG fasst die bisherigen drei EU-Richtlinien zur Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen, Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen in einer neuen Richtlinie, der sog. klassischen Richtlinie zusammen. Die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG regelt die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Bereich der Postdienste. Die beiden neuen EU-Vergaberichtlinien enthalten zahlreiche neue Regelungen und mussten von den Mitgliedsstaaten spätestens bis zum 31. 01. 2006 in nationales Recht umgesetzt werden. Diese Verpflichtung hatte die alte Bundesregierung zum Anlass genommen, die Umsetzung

Neues zum Vergaberecht: Reformchaos und kein Ende

der EU-Richtlinien mit einer Vereinfachung und Verschlinkung des gesamten deutschen Vergaberechts zu verbinden. Dem Reformvorhaben lag auch die Erkenntnis zugrunde, dass das deutsche Vergaberecht in den vergangenen Jahren immer komplizierter geworden war, so dass an eine Vereinfachung gedacht war.

Daraufhin beschloss die alte Bundesregierung im März 2005 eine umfassende Novellierung und legte den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Vergaberechts sowie den Entwurf einer neuen Vergabeverordnung vor. Wesentliche Inhalte waren u. a. folgende Regelungen:

- Umsetzung der beiden EU-Vergaberichtlinien bis Ende Januar 2006
- zahlreiche Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und des Haushaltsgrundsatzgesetzes (HGrG)
- vollständige Neufassung der Vergabeverordnung und Vereinfachung der Vergaberegeln für alle Vergabeverfahren
- Abschaffung der VOL/A und der VOF sowie grundlegende Überarbeitung der VOB/A
- Anhebung der Schwellenwerte auf 5,9 Mio. € für Bauaufträge und auf 230.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge
- Abschaffung der Vorrangregelung zugunsten der öffentlichen Ausschreibung und Einführung einer Ermessensregelung
- Einführung eines neuen Vergabeverfahrens in Form des sog. wettbewerblichen Dialogs
- erweiterte Möglichkeiten zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen
- erweiterte Möglichkeiten zur Durchführung von elektronischen Auktionen
- Einrichtung eines zentralen Korruptionsregisters mit einer obligatorischen Anfrage bei Vergaben mit Auftragswerten ab 5.000 €

3. Reformvorhaben der neuen Bundesregierung

Aufgrund der politischen Veränderungen nach den Bundestagswahlen im September 2005 und wohl auch wegen zahlreicher Kritikpunkte aus der Praxis an den Gesetzesentwürfen hat die neue Bundesregierung und der neue Bundeswirtschaftsminister die Gesetzesvorhaben in der bisherigen Form fallen gelassen. Hierdurch konnte die Frist zur Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien bis Ende Januar 2006 nicht eingehalten werden. Ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission vor dem



Europäischen Gerichtshof dürfte die Folge sein.

Die schwarz-rote Bundesregierung beabsichtigt, in diesem Jahr ein komplett neues Reformpaket zu schnüren. Wie aus dem Bundeswirtschaftsministerium zu erfahren ist, stehen die Einzelheiten des Reformvorhabens noch nicht fest. Klar scheint lediglich zu sein, dass es keine grundlegende Vergaberechtsreform mit einer Verschlinkung und Vereinfachung der Vergaberegeln geben soll, sondern dass eine Novellierung „im bestehenden System“ beabsichtigt ist, wie dies in der Koalitionsvereinbarung vom 11. 11. 2005 vorgesehen ist.

Hierzu sollen in einem ersten Schritt zunächst die Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF novelliert und an das EU-Recht angepasst werden. Damit hat das BMWi die ursprüngliche Idee aufgegeben, die Regelungen dadurch zu straffen, dass die VOL/A und die VOF aufgehoben und die VOB/A entschlackt wird.

Zuständig für die Novellierung der drei Verdingungsordnungen ist jedoch nicht der Gesetzgeber oder das BMWi, sondern die Vergabeausschüsse, die sich aus Vertretern der öffentlichen Auftraggeber, der Architekten- und Ingenieurkammern sowie anderer gesellschaftlicher Gruppen zusammensetzen. Bis zu welchem Zeitpunkt die Vergabeausschüsse die drei Verdingungsordnungen novelliert haben werden, ist nicht absehbar. Wie aus dem Bundeswirtschaftsministerium zu erfahren ist, hofft man dort, dass dies noch im Jahre 2006 erfolgt. Angesichts des zu erwartenden Umfangs der notwendigen Anpassungen der drei Verdingungsordnungen an das EU-Recht und wegen der unterschiedlichen Vorstellungen der verschiedenen Gruppen in den Vergabeausschüssen sind berechtigte Zweifel angebracht, dass die Verdingungsordnungen noch in diesem Jahr novelliert werden.

In einem zweiten Schritt beabsichtigt die Bundesregierung dann, die Vergabeverordnung (VgV) und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) an das EU-Recht anzupassen und zu novellieren. Da die

Vergabeverordnung statisch auf die drei Verdingungsordnungen verweist, kann eine Novellierung der Vergabeverordnung und des GWB erst dann vorgenommen werden, wenn die drei Verdingungsordnungen ihrerseits an das EU-Recht angepasst worden sind.

In die novellierte Vergabeverordnung sollen u. a. die neuen Schwellenwerte aufgenommen werden. Auch ist an einen Rechtsschutz bei sog. de-facto-Vergaben gedacht. Unklar ist, ob die öffentliche Ausschreibung wie bisher Vorrang vor der beschränkten Ausschreibung haben soll oder ob es einen gleichen Rang oder sogar ein freies Ermessen der Vergabestelle bei der Auswahl des Vergabeverfahrens geben soll. Letzteres war im Entwurf der Vergabeverordnung vom 18. 03. 2005 vorgesehen.

4. Die neuen EU-Vergaberichtlinien von 2004 und die Umsetzung in Deutschland

Die beiden neuen EU-Vergaberichtlinien enthalten zahlreiche neue Regelungen, die unter dem Motto „Modernisierung, Flexibilisierung und Vereinfachung“ stehen. Die wesentlichen Änderungen sind zusammengefasst folgende:

- Neben den drei klassischen Vergabeverfahren, nämlich dem offenen, nichtoffenen und Verhandlungsverfahren gibt es nun eine vierte Verfahrensart, die als wettbewerblicher Dialog bezeichnet wird. Dieses Verfahren ist für besonders komplexe Vorhaben vorgesehen, bei denen es für den Auftraggeber objektiv unmöglich ist, die Mittel zu bestimmen, die seinen Bedürfnissen gerecht werden können. Eine solche Situation soll z. B. bei der Durchführung bedeutender integrierter Projekte und bei Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung gegeben sein. In Art. 1 Abs. 11 c der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG wird der wettbewerbliche Dialog als Verfahren definiert, bei dem sich alle Teilnehmer bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den

zugelassenen Bewerbern führt, um Lösungen herauszuarbeiten, die seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechen. Auf der Grundlage der ausgewählten Lösung können die Bewerber dann zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Noch bevor die neuen EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht umgesetzt wurden, hat der alte Bundestag als eine seiner letzten Amtshandlungen am 01. 09. 2005 das sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz (Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften) verabschiedet, mit dem unter anderem durch Einfügung eines neuen Absatzes 5 in § 101 GWB und durch Einfügung eines neuen § 6 a in die VgV der wettbewerbliche Dialog in das deutsche Recht eingeführt wird. Die Vergabepraxis befürchtet, dass das neue Verfahren von Auftraggebern missbraucht werden kann, um Planungskosten einzusparen. Darüber hinaus sind die Kriterien unklar, nach denen der Auftraggeber die Bewerber auswählt, mit denen er in den Dialog eintritt. Außerdem ist die Frage ungeklärt, wie die Teilnehmer davor geschützt werden können, dass ihre Ideen und Lösungsansätze unbezogen den Konkurrenten bekannt gegeben werden. Rechtsstreitigkeiten dürften vorprogrammiert sein.

- Neu ist das sog. dynamische Beschaffungswesen, das als vollelektronisches Verfahren beschrieben werden kann. Hierbei werden von den Vergabestellen IT-gestützte Zirkel für Bieter von bestimmten Waren oder Warengruppen eingerichtet, in deren Rahmen anschließend Aufträge vergeben werden. Ist ein Teilnehmer zum System einmal zugelassen worden, so können Aufträge ohne erneute Eignungsprüfung der Bieter und innerhalb verkürzter Fristen vergeben werden.
- Neu ist auch die elektronische Auktion, die auch als inverse Auktion bezeichnet wird. Hierbei können in einem iterativen Verfahren Angebote abgegeben werden, die mittels einer elektronischen Vorrichtung im Rahmen eines vorgesehenen Zeitfensters oder einer zuvor bestimmten Anzahl von Auktionsphasen nachgebessert werden. Die inverse Auktion mit der Möglichkeit einer „kontrollierten Absteigerung“ soll Vergaben von Standardprodukten vorbehalten sein, bei denen insbesondere der Preis ausschlaggebend ist. Es besteht zu befürchten, dass die elektronische Auktion zu einer weiteren Runde des Preisdumpings führt.

- Die EU-Vergaberichtlinien lassen erstmals die Möglichkeit des Abschlusses von Rahmenvereinbarungen zu. Die Rahmenvereinbarung muss zunächst im Wege des offenen, des nichtoffenen, des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs vergeben werden. Der eigentliche Auftrag wird dann entweder nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb oder – sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind – nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb vergeben.
- Erheblich angehoben wurden die EU-Schwellenwerte. Inzwischen hat die EU-Kommission durch die Verordnung Nr. 2083/2005 vom 19. 12. 2005 die Schwellenwerte bereits wieder abgeändert. Der Schwellenwert für Bauaufträge beträgt nun 5,278 Mio. € und der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 211.000 €. Die neuen Schwellenwerte gelten allerdings noch nicht in Deutschland, da sie bislang nicht in deutsches Recht umgesetzt worden sind. Es gelten nach wie vor die Schwellenwerte des § 2 VgV (Baufträge: 5 Mio. €; Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 200.000 €).
- Neu ist unter anderem auch die Verpflichtung der Auftraggeber, die Gewichtung der Zuschlagskriterien oder gegebenenfalls die absteigende Reihenfolge der Bedeutung dieser Kriterien bereits in der Vergabebekanntmachung zu veröffentlichen.
- Erhöhte Anforderungen gelten auch für die Unterrichtung der Bewerber und Bieter, bei der Dokumentation des Vergabeverfahrens, bei der Anfertigung der Vergabevermerke, bei der Entscheidung des Auftraggebers über einen Ausschluss von Bewerbern und Bieter wegen Unzuverlässigkeit und für den Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten.
- Neu sind schließlich die Standardformulare, die für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Amtsblatt der EU gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der EU-Kommission vom 07. 09. 2005 nunmehr zu verwenden sind.

Da das EU-Vergaberecht in Deutschland bis auf die Regelungen zum wettbewerblichen Dialog nicht rechtzeitig bis Ende Januar 2006 in nationales Recht umgesetzt worden sind, stellt sich die Frage, ob und welche Konsequenzen dies für die Vergabepraxis hat. Grundsätzlich gelten EU-Richtlinien nicht unmittelbar in den Mit-

gliedsstaaten, sondern müssen in nationales Rechts transformiert werden. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sind jedoch bei einer nicht rechtzeitigen oder nicht ordnungsgemäßen Umsetzung die innerstaatlichen Behörden der EU-Mitgliedsländer dazu verpflichtet, die Bestimmungen der Richtlinien anzuwenden und das nationale Recht richtlinienkonform auszulegen. [5] Darüber hinaus können sich Bürger oder Unternehmen ausnahmsweise direkt auf die Regelungen einer EU-Richtlinie berufen, wenn die betreffenden Normen hinreichend bestimmt und unbedingte sind. [6]

Um einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zu entgehen bzw. um die nachteiligen Folgen eines solchen Vertragsverletzungsverfahrens abzumildern, hat das Bundeswirtschaftsministerium am 26. 01. 2006 und am 31. 01. 2006 zwei umfangreiche Runderlasse [7] veröffentlicht, durch die die Behörden des Bundes angewiesen werden, ab dem 01. 02. 2006 die von den deutschen Vergaberegulungen abweichenden europäischen Vergabevorschriften unmittelbar anzuwenden. Die Beachtung der Runderlasse hat erhebliche Auswirkungen auf die praktische Durchführung von Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte, da sie u. a. Aussagen zu folgenden vergaberechtsrelevanten Punkten enthalten:

- Maßgeblichkeit der Schwellenwerte des § 2 VgV
- Gleichwertigkeit technischer Spezifikationen
- Zulassung und Berücksichtigung von Nebenangeboten und Änderungsvorschlägen
- Abschluss von Rahmenvereinbarungen
- Bekanntmachungen im Amtsblatt der Europäischen Union
- Schnellstmögliche Unterrichtung der Bewerber und der Bieter
- Vorschriften über Mitteilungen von Auftraggebern
- Inhalte der Vergabevermerke
- Eignung der Bewerber und Bieter
- Nachweis der Erfüllung von Qualitätsnormen und Normen für das Umweltmanagement
- Gewichtung von Zuschlagskriterien und ihre Bekanntmachung
- Ungewöhnlich niedrige Angebote

Für den Rechtsanwender bedeutet die Umsetzung der Runderlasse, dass er nunmehr nicht nur das GWB, die VgV, die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A und der VOL/A und die VOF beachten muss, sondern auch bestimmte, vom deutschen Vergaberecht abweichende Regelungen der EU-Vergaberichtli-

Neues zum Vergaberecht: Reformchaos und kein Ende

nien, auf die in den Runderlassen im einzelnen verwiesen wird. Hierdurch wird das ohnehin schon kaum praktikable deutsche Vergaberecht noch komplizierter und verworrener.

Ob eine solche Vorgehensweise ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof verhindert, ist im übrigen sehr zweifelhaft, da Runderlasse keine adäquaten Rechtsakte zur Umsetzung von EU-Recht in nationales Recht sind und da die Runderlasse ohnehin nur für die Behörden des Bundes gelten. Erst vor wenigen Wochen, nämlich mit Urteil vom 15. 12. 2005, hat der Europäische Gerichtshof einer Vertragsverletzungsklage der EU-Kommission statt gegeben und entschieden, dass Deutschland gegen seine Verpflichtungen aus der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG vom 23. 10. 2000 verstoßen hat, weil es nicht innerhalb der festgesetzten Fristen die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Rechtsvorschriften auf Bundes- bzw. Länderebene bis Ende Dezember 2003 erlassen hat. Den Einwand der Bundesregierung, die interne Rechtsordnung Deutschlands und insbesondere der föderale Aufbau verhindere eine fristgerechte Umsetzung, hat der EuGH schroff zurückgewiesen. Das Urteil wird zur Folge haben, dass Deutschland voraussichtlich zur Zahlung von Strafzahlungen verurteilt wird.

5. Primärer Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte?

Beim Rechtsschutz von unterlegenen Bieterinnen gegen vergaberechtswidrige Entscheidungen von Auftraggebern plant die neue Bundesregierung kein Abweichen von der bisherigen Linie. Das bisher geltende Vergaberecht sieht nur bei Vergaben mit Auftragswerten oberhalb der Schwellenwerte (bisher 5 Mio. € bei Bauaufträgen und 200.000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) einen sog. primären Rechtsschutz, d. h. die Möglichkeit vor, in der ersten Instanz die zuständige Vergabekammer und in der zweiten Instanz den Vergabesenat des zuständigen Oberlandesgerichtes anzurufen. Nur durch die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer konnte bisher eine beabsichtigte Vergabeentscheidung gestoppt werden. Bei Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte bestand eine solche Möglichkeit nicht. Die unterlegenen Bieter mussten etwaige rechtswidrige Entscheidungen der Vergabestellen wohl oder übel hinnehmen und

konnten lediglich den sekundären Rechtsschutz wahrnehmen, d. h. Schadensersatz geltend machen. In der Regel wurde dem unterlegenen Bieter oder Bewerber lediglich Ersatz für unnötige Aufwendungen im Vergabeverfahren gewährt. Klagen auf Ersatz des entgangenen Gewinns wurden von den Gerichten in der Regel zurückgewiesen.

An dieser Linie hält die Bundesregierung offenbar fest. Dies geht jedenfalls aus einer Stellungnahme der Bundesregierung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht in einer anhängigen Verfassungsbeschwerde hervor. Ob sich auch das Bundesverfassungsgericht dieser Ansicht anschließen wird, ist fraglich. Anlass für ein Umdenken bieten zwei obergerichtliche Entscheidungen aus dem vergangenen Jahr. Mit Beschluss vom 25. 05. 2005 (Az.: 7 B 10356/05.OVG) hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Rheinland-Pfalz entschieden, dass die Verwaltungsgerichte für die Überprüfung von Vergaben unterhalb der Schwellenwerte zuständig sind. Sehr interessant sind in diesem Zusammenhang die Gründe, auf die das OVG Rheinland-Pfalz seine Entscheidung stützt. Es weist ausdrücklich darauf hin, dass es mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere mit Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) nicht vereinbar ist, wenn unterlegenen Bietern ein Primärrechtsschutz verweigert wird und sie auf einen Sekundärrechtsschutz verwiesen werden. Die Auftragsvergabe gliedert sich in eine erste und in eine zweite Stufe. Die erste Stufe der staatlichen Auftragsvergabe, also das eigentliche Vergabeverfahren, unterliege öffentlich-rechtlichen Bindungen und könne daher uneingeschränkt durch die Verwaltungsgerichte überprüft werden.

Zu dem selben Ergebnis kommt das Oberverwaltungsgericht für das Land NRW in seinem Beschluss vom 20. 09. 2005 (Az.: 15 E 1188/05). Auch das OVG NRW erachtet den Verwaltungsrechtsweg für vergaberechtliche Streitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte für einschlägig, da die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Körperschaften des öffentlichen Rechts aufgrund der spezifischen öffentlich-rechtlichen Vorgaben der sog. Zwei-Stufen-Theorie unterliegen und insgesamt als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren sind.

Es bleibt abzuwarten, ob dies Einzelentscheidungen zweier Oberverwaltungsgerichte sind, oder ob sich hier eine neue Rechtsprechungslinie abzeichnet, auf die sich alle unterlegenen Bieter und Bewerber künftig

berufen können, und zwar unabhängig davon, ob der Gesetzgeber einen Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ausdrücklich vorsieht.

Um Missverständnisse zu vermeiden, soll in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Anrufen eines Verwaltungsgerichts oder das Einleiten eines Nachprüfungsverfahrens vor einer Vergabekammer nur dann sinnvoll ist, wenn die Vergabestelle den Zuschlag auf ein Angebot noch nicht erteilt hat. Mit Zuschlagserteilung wird in der Regel auch gleichzeitig der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter geschlossen. Weder durch das Anrufen eines Verwaltungsgerichts noch durch das Einleiten eines Nachprüfungsverfahrens bei einer Vergabekammer kann aber ein einmal geschlossener Vertrag nachträglich aufgehoben werden. Nach Vertragsschluss verbleibt dem unterlegenen Bieter in jedem Fall nur die Möglichkeit, Schadensersatz zu begehren.

Literaturhinweise

- [1] eine ausführlichere Darstellung der Vergaberechtsreformen ab 1998 enthält die ITVA-Arbeitshilfe A 1-1 vom Februar 2001 „Vergabe und Honorierung von Gutachter, Ingenieur- und Planungsleistungen im Altlastenbereich“
- [2] vgl. J. Möller, Vergaberecht 2006, BauRB 12/2005, S. 376 ff.; R. Noch, Das neue Vergaberecht, BauRB 4/2005, S. 121 ff.
- [3] s. Literaturhinweis Nr. 1
- [4] Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 und Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG vom 31.03.2004
- [5] vgl. Frenz, Europäisches Umweltrecht, München 1997, S. 72
- [6] vgl. Kloepfer, Umweltrecht, 2. Aufl., München 1998, S. 549
- [7] Rundschreiben vom 26.01.2006 (Az.: IB/I B 3-26 50 00/20) zur Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG – Vergabekoordinierungsrichtlinie - und Rundschreiben vom 31.01.2006 (Az.: IB/ IB3-26 50 00/20) zur Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG - Sektorenkoordinierungsrichtlinie

Anschrift des Autors:

Rechtsanwalt Nikolaus Steiner,
Fachanwalt für Verwaltungsrecht,
Huysenallee 87, 45128 Essen
E-Mail: steiner@verwaltungsrecht.de
home: www.verwaltungsrecht.de
Der Autor ist Mitglied im Arbeitskreis „Vergabe und Honorierung“ im ITVA-Fachausschuss A 1