



Newsletter

Vergaberecht I (07/2007)

Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

- Seite 1 **Vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen**
Vorsicht bei vergaberechtswidrigen Verträgen
- Seite 2 **Rechtsschutz bei Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB**
- Seite 4 **Verhandlungsverfahren als flexibles Instrument zur Wahrung vergaberechtlicher Pflichten**

Vergaberechtliche Relevanz von Grundstückskaufverträgen

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 13.06.2007 Durchführungsverträge nach § 12 BauGB zwischen einer Gemeinde und einem Investor sowie Grundstückskaufverträge, die damit in engem zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhang stehen, als vergaberechtlich relevant qualifiziert. In dem entschiedenen Fall suchten die Bundesrepublik Deutschland und eine Gemeinde einen Investor für die Umnutzung eines ehemalig militärisch genutzten Flughafengeländes. Sie entschieden sich gemeinsam für einen bestimmten privaten Investor, dessen Konzept sie aus städtebaulichen Gründen am meisten überzeugte. Konkret sollte die Bundesrepublik Deutschland mit dem Investor den Grundstückskaufvertrag abschließen und die Gemeinde verlangte den Abschluss eines Durchführungsvertrages nach § 12 BauGB. Das OLG hat die Bundesrepublik Deutschland dazu verurteilt, den Zuschlag über den Verkauf des Grundstücks nicht ohne EU-weite Ausschreibung zu erteilen.

Aus der Entscheidung folgt, dass grundsätzlich sämtliche Verträge, in denen ein Investor gegenüber einer Gemeinde eine vertragliche Pflicht zur Planung bzw. Durchführung einer Baumaßnahme übernimmt, vergaberechtlich relevant sein können. Dabei ist es unerheblich, ob die Gemeinde an den Investor für die Baumaßnahme unmittelbar ein Entgelt bezahlt oder sich der Investor durch Verkauf bzw. Vermietung an Dritte refinanziert. Bei dieser Argumentation dürfte es nicht entscheidend sein, welche Rechtsnatur der Vertrag hat. Vergaberechtlich relevant sind daher fortan nicht nur Durchführungsverträge nach § 12 BauGB, sondern auch Erschließungsverträge, sonstige städtebauliche Verträge und selbstverständlich auch zivilrechtliche Verträge. Auch bloße Grundstücksveräußerungen einer Gemein-

de oder sonstiger öffentlicher Auftraggeber können unter bestimmten Voraussetzungen vergaberechtlich „infiziert“ werden, wenn die Verpflichtung des Investors zur Durchführung der Baumaßnahme in einem anderen Vertrag besteht. In den beschriebenen Konstellationen ist aus vergaberechtlicher Sicht somit für Investoren und Gemeinden äußerste Vorsicht geboten. Konkurrenten, die bei der Grundstücksentwicklung übergangen worden sind, können vergaberechtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen und sich dabei auf das OLG Düsseldorf berufen.

Dr. Oliver Freitag

Vorsicht bei vergaberechts- widrigen Verträgen

Nach bisherigem Verständnis von einem zivilrechtlichen Vertragsschluss war es immer allgemeine Rechtsauffassung, dass die Wirksamkeit eines zivilrechtlichen Vertrages nicht durch das Vergaberecht bzw. nicht durch etwaige Vergaberechtsverstöße beeinflusst wird. War erst einmal zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer ein Vertrag abgeschlossen, konnte der Bestand dieses Vertrages nicht mit Hinweisen auf tatsächliche oder vermeintliche Vergaberechtsfehler in Frage gestellt werden. Hier galt der Grundsatz „pacta sunt servanda“.

Mit Einführung der Vergabeverordnung im Jahre 2001 hat dieser Grundsatz dann für Vergabeverfahren oberhalb der so genannten Schwellenwerte eine erste Durchbrechung erfahren. Gemäß § 13 dieser Verordnung ist der Auftraggeber verpflichtet, Bieter deren Angebote er nicht berücksichtigen will, über den Inhalt seiner Entscheidung schriftlich zu informieren. Erst nach



einer 14-tägigen Wartefrist darf dann dem ausgewählten Bieter der Zuschlag erteilt werden. Wird dieses Verfahren nach § 13 der Vergabeverordnung nicht eingehalten, ist ein gleichwohl abgeschlossener Vertrag nichtig. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ wird also hier ein erstes Mal durch das Vergaberecht durchbrochen.



Von § 13 Vergabeverordnung werden allerdings nur Vergabevorgänge erfasst, die oberhalb der Schwellenwerte liegen und in denen überhaupt ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wird. Fallgestaltungen, bei denen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens Verträge geschlossen werden, unterfallen dieser Vorschrift nach bisher herrschender Ansicht nicht. Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift, die in diesen Fällen die Nichtigkeit der Verträge anordnet, ist die deutsche Rechtsanwendung bisher davon ausgegangen, dass vergaberechtswidrige Verträge Bestand haben, wenn sie jedenfalls keinen Verstoß gegen § 13 Vergabeverordnung beinhalten.

Diese Situation wird von der EU-Kommission anders beurteilt. Die EU-Kommission hat deshalb wegen zwei von ihr konkret beanstandeter Vorgänge Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben. Die Klage zielt darauf ab, klarzustellen, dass die Bundesrepublik gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 228 Abs. 1 EG-Vertrag verstößt, indem sie die vorbeschriebene Rechtspraxis nicht ändert bzw. unterbindet. Die entsprechenden Schlussanträge der Generalanwältin beim EuGH wurden am 28.03.2007 gestellt. Eine Entscheidung ist noch nicht bekannt. Die zentrale Frage bei der vorliegenden Auseinandersetzung ist allerdings in der Tat, ob zivilrechtliche Verträge, die das Vergaberecht verlet-

zen, unter dem Gesichtspunkt „pacta sunt servanda“ Bestandsschutz genießen. Die Generalanwältin beim EuGH hat diese Frage verneint und steht auf dem Standpunkt, die Bundesrepublik Deutschland könne sich nicht darauf berufen, dass nach ihrer Rechtsordnung das öffentliche Auftragswesen - anders als in anderen Mitgliedsstaaten - zivilrechtliche Grundzüge aufweist. Die Vergaberichtlinien seien - entgegen der Betrachtung der Bundesrepublik - nicht nur formelle Regelungen, die die Vertragsanbahnung betreffen, sondern die Richtlinien wirken nach Auffassung der Generalanwältin über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinaus. Wenn die Vergaberichtlinien nicht leer laufen sollen, sei es erforderlich, dass ein Vergabeverstoß sich auch unmittelbar auf die Wirksamkeit des in diesem Zusammenhang geschlossenen Vertrages auswirkt. Die Generalanwältin führt weiter aus, dass eine Sanktionierung entsprechender Verträge auch unter dem Gesichtspunkt der Abschreckung geboten sei.

Folgt der EuGH den Anträgen und der Auffassung der Generalanwältin, wird insbesondere bei langfristigen Verträgen noch größerer Wert auf ein vergaberechtlich korrektes und sicheres Verfahren zu legen sein, wenn man nicht das ernsthafte Risiko der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages eingehen will. Allein die Möglichkeit, dass sich vergaberechtswidrige Verträge künftig als zivilrechtlich unwirksam herausstellen könnten, gibt schon jetzt Anlass zu großer Vorsicht, zumindest immer dann, wenn es um Vertragsabschlüsse geht, die weit in die Zukunft wirken.

Thomas Elsner
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Rechtsschutz bei Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem viel beachteten Beschluss vom 13.06.2006 Gelegenheit, zum Thema „Vergaberechtlicher Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte des Kartellvergaberechts“ Stellung zu nehmen. Im deutschen Vergaberecht hängen Art und Umfang des Rechtsschutzes von Bieter, die sich in einem Vergabeverfahren benachteiligt glauben,

bekanntlich davon ab, ob der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB eröffnet ist oder nicht. Während im Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ein sehr ausdifferenziertes und auch effektives Rechtsschutzsystem besteht, sind die Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb dieses Rechtsregimes noch weitgehend unbekannt und zugegebener Maßen auch noch weniger effektiv. Eine gewisse Tradition hat in diesem Zusammenhang allerdings der sog. Sekundärrechtsschutz, bei dem es um die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Vergaberechtsverstößen geht.

Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichtes verletzt es den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht, dass der deutsche Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte des Kartellvergaberechts anders gestaltet hat, als bei Vergabeentscheidungen, die Aufträge betreffen, welche die Schwellenwerte übersteigen. Die in der Rechtsordnung derzeit vorhandenen Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte sollen den Anforderungen des Justizgewährungsanspruches des Art. 20 Abs. 3 GG genügen. Wie diese vorhandenen Möglichkeiten der Rechtsordnung im Einzelnen ausgestaltet sind bzw. von den Gerichten verfassungskonform ausgestaltet werden müssten, beantwortet das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht. Immerhin bestätigt das höchste deutsche Gericht, dass der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG staatliche Stellen bei der Vergabe von Aufträgen bindet, bei denen die Schwellenwerte gem. § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit der Vergabeverordnung des Bundes nicht erreicht werden, und benachteiligte Bieter insoweit Rechtsschutz erlangen können.

Die Schwellenwerte sind mit der Änderung der Vergabeverordnung, die seit dem 01.11.2006 in Kraft getreten ist, geringfügig modifiziert. Für Dienstleistungsaufträge gilt nunmehr allgemein ein Schwellenwert von 211.000,- € (ehemals 200.000,- €) und für Bauaufträge sieht die Vergabeverordnung nunmehr einen Schwellenwert von 5.278.000,- € (ehemals 5.000.000,- €) vor. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB kann aber auch aus anderen Gründen nicht eröffnet sein. In Betracht kommt insoweit insbesondere das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes des § 100 Abs. 2 GWB (praktisch bedeutsam sind insoweit insbesondere Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse über Grundstücke bzw. vorhandene Gebäude oder anderen unbeweglichen Vermögen (§ 100 Abs. 2 lit. h) GWB) und

Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (§ 100 Abs. 2 lit. n) GWB)). Auch Beleihungsverträge, mit denen hoheitliche Befugnisse auf einen Privaten übertragen werden sollen, werden gemeinhin als nicht kartellvergaberechtlich determiniert angesehen. Darüber hinaus gilt dies auch noch für Aufträge, die so genannte Dienstleistungskonzessionen zum Gegenstand haben, da nach den Vorgaben der Europäischen Vergaberichtlinien Dienstleistungskonzessionen nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fallen. Auf sämtliche dieser Ausnahmefälle dürfte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ebenfalls übertragbar sein. Dies bedeutet, dass in sämtlichen Vergabeverfahren außerhalb des Anwendungsbereichs der § 97 ff. GWB die Bindungen des Art. 3 Abs. 1 GG bestehen und von benachteiligten Bietern notfalls eingeklagt werden können.



Nach einer zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Mai 2007 ist auch die heftig umstrittene Frage des zulässigen Rechtsweges zugunsten der ordentlichen Gerichtsbarkeit entschieden. Jedenfalls Vergaberechtsstreitigkeiten, die nur deshalb nicht den §§ 97 ff. GWB unterliegen, weil die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht werden, müssen danach zukünftig vor den Zivilgerichten ausgetragen werden. Allerdings bestehen nach wie vor ganz erheblich Rechtsunsicherheiten bezüglich der Vorgaben, die Art. 3 Abs. 1 GG - und parallel dazu auch die europäischen Grundfreiheiten - denn nun im Konkreten aufstellt. Gemeinden und anderen staatlichen Vergabestellen kann aus diesem Grund derzeit nur geraten werden, sich auch außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 97 ff. GWB möglichst vergaberechtstreu zu verhalten, also insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten und dies auch ausreichend in Vergabevermerken zu dokumen-



tieren. Unterlegene Bieter, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts eine Rechtsverletzung befürchten, müssen heute auf die Möglichkeit der insoweit bestehenden allgemeinen Rechtsschutzmaßnahmen hingewiesen werden.

Dr. Oliver Freitag

Das Verhandlungsverfahren als flexibles Instrument zur Wahrung vergaberechtlicher Pflichten

Gemeinden und andere staatliche Vergabestellen sind bei der Anwendung des Vergaberechts häufig versucht, durch die Wahl des Vergabeverfahrens diejenige Flexibilität zurück zu gewinnen, welche durch die allgemeine Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts anscheinend verloren zu gehen droht. Eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung - die im Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB einem sog. Offenen oder Nichtoffenen Verfahren entspricht - soll häufig vermieden werden. Ein freihändiges Vergabeverfahren bzw. ein Verhandlungsverfahren erscheinen meist flexibler, weniger kostspielig und vor allem zeitlich vorteilhaft.

Das Verhandlungsverfahren besteht grundsätzlich aus zwei Stufen: In der ersten Stufe werden die Bieter zu Angebotsabgabe aufgefordert, wobei die Angebote freilich noch nicht abschließend und letztverbindlich sein können. In der zweiten Stufe wird über die abgegebenen Angebote verhandelt. In diesem Zusammenhang hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Beschluss vom 05.07.2006 ausgeführt, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Offenes Vergabeverfahren aufgehoben hat, weil nur Angebote eingegangen waren, die der Ausschreibung nicht entsprachen, die bereits eingereichten Angebote im nachfolgenden Verhandlungsverfahren weiter bewerten darf. Eine dahingehende Absicht müsse aber vor Eintritt in die Verhandlungsphase bekannt gegeben werden. Dem Erfordernis der Transparenz sei in diesem Fall jedenfalls genügt. Das Verhandlungsverfahren kenne nicht die Formstrenge eines offenen Verfahrens. Die Verfahrensgestaltung unterliege zwar keinen besonderen formalen Anforderungen, sondern sei im Wesentlichen nur den materiellen Prinzipien des Vergaberechts unterwor-

fen. An diesen Grenzen könne der öffentliche Auftraggeber, der nach Aufhebung des vorangegangenen Vergabeverfahrens den unverändert fortbestehenden Leistungsbedarf in einem Verhandlungsverfahren decken will, frei entscheiden, ob er sich in diesem Verfahren die vervollständigten preislich aber unveränderten Angebote formal nochmals unterbreiten lässt und erst in einem weiteren Verfahrensschritt über eventuelle Preisnachlässe verhandelt oder ob er auf diesen ersten Schritt im Interesse der Effizienz und Beschleunigung des Verfahrens verzichtet. Das Vergaberecht errichte - wenn nur die Gebote des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz beachtet werden - vor solcher Art rascher und effizienter Auftragsvergabe keine verfahrensmäßigen Hürden.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf wahrt erfreulicher Weise die Flexibilität des Verhandlungsverfahrens und ist insbesondere aus Sicht der Gemeinden zu begrüßen. Auch im Zusammenhang mit Verhandlungsverfahren und freihändigen Vergaben kann jedoch nur dazu geraten werden, die Wahrung der vergaberechtlichen Vorgaben bzw. Prinzipien genauestens zu beachten und - dies wird häufig versäumt - sämtliche wesentliche Schritte auch aktenmäßig in Vergabeunterlagen festzuhalten. Wenn diese Anforderungen erfüllt werden, kann auch ein Verhandlungsverfahren bzw. eine freihändige Vergabe rechtsicher durchgeführt und zum Abschluss gebracht werden. Daran dürfte vor allem im Hinblick auf etwaige Rechtsschutzmaßnahmen (angeblich) benachteiligter Bieter ein großes Interesse bestehen. Dies gilt umso mehr, als benachteiligten Bietern auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts mittlerweile Rechtsschutz garantiert ist. Selbst wenn kein Rechtsschutz unterlegener Bieter drohen sollte, kann die Wahrung der vergaberechtlichen Vorgaben im Einzelfall möglicherweise auch aus dem Zuwendungsrecht begründet sein. In Fördermittelbewilligungsbescheiden gelten regelmäßig formularmäßigen sog. allgemeinen Nebenbestimmungen, welche die Zuwendungsempfänger zur Anwendung der VOB/A oder VOL/A verpflichten. Bei vergaberechtswidriger Verfahrensgestaltung kann somit auch die spätere Rückforderung von Zuwendungen drohen.

Dr. Oliver Freitag