

Vergaberecht

Immer wieder liest man in vergaberechtlichen Gerichtsentscheidungen, dass es sich bei dem Vergaberecht um eine „von Haus aus unübersichtliche und schwierige Rechtsmaterie“ handelt, die auch aufgrund der dynamischen Entwicklung „überdurchschnittliche Schwierigkeiten bei der anwaltlichen Tätigkeit“ mit sich bringt. Allein diese Aussagen müssten schon Anlass genug sein, sich mit dem vergleichsweise jungen Rechtsgebiet näher auseinander zu setzen, bieten sich doch gerade in komplexen Themenfeldern ideale Möglichkeiten zur Spezialisierung und Verschaffung nachhaltiger Marktvorteile. Hat man einmal die tragenden Grundsätze der Transparenz, des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung verinnerlicht, lassen sich auch komplexe Fragestellungen lösen.

Und davon gibt es viele: denn es geht im Vergaberecht regelmäßig nicht um den häufig zitierten „Bleistiftkauf“: Allein in Deutschland werden jährlich ca. 160.000 öffentliche Aufträge mit einem Gesamtvolumen von über 400 Mrd. Euro vergeben. Dies belegt eindrucksvoll die wirtschaftliche Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens und damit auch den Bedarf an anwaltlicher Rechtsberatung.

I. Was ist Vergaberecht?

Das Vergaberecht hat sich zu einem eigenständigen Rechtsgebiet zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht entwickelt, das maßgeblich vom Europarecht durch die sog. Vergaberichtlinien geprägt worden ist. Kurz ausgedrückt versteht man unter dem Vergaberecht die Gesamtheit der Normen, die der öffentlichen Hand eine bestimmte Vorgehensweise bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen vorschreibt, die sie benötigt, um ihre Aufgaben erfüllen zu können (BVerfG, 13.6.2006 – 1 BVR 1160/03). Dabei ist die anwaltliche Beratung in vergaberechtlichen Mandanten in den seltensten Fällen allein auf das Vergaberecht beschränkt.

II. Die Entwicklung des Vergaberechts

Das geregelte Ausschreibungswesen hat in Deutschland eine lange Tradition. Die sog. Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) stammt z.B. aus dem Jahr 1926. Gleichwohl führte das Vergaberecht in der anwaltlichen Beratungspraxis bis vor rund 20 Jahren ein Schattendasein, weil die staatliche Beschaffung traditionell vom verwaltungsinternen Haushaltsrecht bestimmt worden ist. Effektive Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verstöße gegen die Vergabevorschriften bestanden praktisch nicht. Dies war unter anderem der EU-Kommission ein Dorn im Auge, die im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens auf die Umsetzung der EU-Richtlinien zum Vergaberecht pochte, um die Beschaffungsmärkte in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten für den grenzüberschreitenden Verkehr vollständig zu öffnen

und Umgehungen durch den Aufbau privatrechtlich organisierter „staatlicher“ Konzerne vorzubeugen.

Im Jahr 1999 hat sich die Rechtslage durch das Vergaberechtsänderungsgesetz (BGBl I S. 2512) schlagartig geändert. Mit der Einfügung der Vergaberegeln in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde den an einem öffentlichen Auftrag interessierten Unternehmen ein einklagbares Recht auf die Einhaltung der Vergabevorschriften bei öffentlichen Aufträgen ab bestimmten Auftragswerten (sog. Schwellenwerte) eingeräumt. Während es für die „kleineren“ Aufträge unterhalb dieser Schwellen bei der früheren, haushaltsrechtlich geprägten Rechtslage geblieben ist, können die Unternehmen bei größeren Aufträgen nunmehr effektiven Rechtsschutz im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach den §§ 160ff. GWB in Anspruch nehmen. Welch hoher Beliebtheit sich dieses neue Rechtsschutzinstrument seither in Deutschland erfreut, kann regelmäßig der Tagesspresse entnommen werden, die darüber berichtet, dass ein großer Vergabeprozess wie z.B. beim Bau des Berliner Stadtschlusses durch einen Wettbewerber überprüft und der Zuschlag derweil gestoppt wird.

In der Zwischenzeit wurde das Vergaberecht mehrfach aufgrund neuer EU-Richtlinien geändert: Im April 2016 erfolgten grundlegende Veränderungen, mit denen u.a. die vollständige elektronische Abwicklung von Vergaben erreicht werden soll. 2017 wurde die sog. Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Kraft gesetzt, welche die VOL/A und die VOF für Vergabestellen des Bundes ersetzt. Es besteht die Hoffnung, dass die meisten Bundesländer die UVgO in ihr Landesrecht übernehmen, um eine einheitliche länderübergreifende Rechtsgrundlage auch für Unterschwellenvergaben zu schaffen, die zahlenmäßig die große Mehrzahl der Vergaben ausmachen.

III. Die Tätigkeit von Anwälten im Vergaberecht

Das Vergaberecht bietet ein großes und spannendes Tätigkeitsfeld für die Anwaltschaft. Auf Auftraggeberseite unterstützen Anwälte bei der Konzeptionierung, Strukturierung und Durchführung von Vergabeverfahren. Hierzu gehört nicht nur das vergaberechtliche Verfahrensrecht, sondern auch das materielle Recht: denn im Kern geht es dem öffentlichen Auftraggeber um einen zügigen und möglichst rechtssicheren Vertragsabschluss. D.h., dass neben der vergaberechtlichen Kenntnis immer auch eine materiell-rechtliche Expertise für die einwandfreie Erstellung von Verträgen und für die Berücksichtigung der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen muss. So haben sich z.B. Spezialisierungen für die Vergabe von Leistungen in den Bereichen, Bau, Informationstechnologie und Telekommunikation, Gesundheits- und Sozialwesen, Verteidigung- und Sicherheit, Personenverkehr oder Energiekonzessionen herausgebildet. Hinzu kommen

gesellschafts- und finanzierungsrechtliche, sowie förder- und beihilferechtliche Fragestellungen. Wer Spaß am Blick über den Tellerrand und an interdisziplinärem Arbeiten hat, kommt hier auf seine Kosten.

Dabei ist die Beratung nicht auf rein rechtliche Aspekte beschränkt: Öffentliche Auftraggeber sind gehalten, ihre Vergabeverfahren neutral und transparent zu gestalten. Dazu gehört es, Bewertungskriterien und Methoden zu begutachten, die den zum Teil recht strengen Anforderungen der Rechtsprechung genügen. Hier ist der anwaltliche Berater manches Mal gehalten, über seinen Schatten zu springen und mathematische Formeln dahingehend zu überprüfen, ob diese im Einklang mit den Vorgaben des Vergaberechts stehen.

Auf Bieterseite stellen sich ebenfalls interessante Herausforderungen in der anwaltlichen Beratung. Viele Vergaben sind inhaltlich sehr komplex und in der Regel von hohem Zeitdruck geprägt. Innerhalb kurzer Fristen sind die Vergabeunterlagen zu sichten und auf eventuelle Vergabeverstöße zu prüfen. Ansonsten droht Präklusion im weiteren Verfahrensverlauf. Innerhalb kürzester Zeit müssen strategische Entscheidungen getroffen werden, u.a. ob gegen den Auftraggeber ein Nachprüfungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer eingeleitet werden soll. Außerdem wird die Anwaltschaft häufig damit betraut, die einzureichenden Angebote auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften zu überprüfen. Im Vergaberecht können Angebote schon wegen kleinen Fehlern vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.

Die anwaltliche Begleitung in Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern und den spezialisierten Vergabesenaten an den Oberlandesgerichten ist von Schnelligkeit geprägt. Nach § 167 Abs. 1 GWB hat die Vergabekammer ihre Entscheidung in der Regel innerhalb von 5 Wochen ab Eingang des Nachprüfungsantrages zu fällen. Manches Nachprüfungsverfahren nimmt hierbei die Ausmaße eines verwaltungsrechtlichen Gerichtsverfahrens an. Diese Anforderungen haben dazu geführt, dass viele Kanzleien in vergaberechtlichen Bereichen mit mehreren Beratern ins Rennen gehen. M.a.W.: im Vergaberecht sind Teamplayer gefragt, die sich in kurzer Zeit neue Materien erschließen können und in der Lage sind, unter hohem Zeitdruck komplexe Sachverhalte verständlich zu Papier zu bringen. Nicht zuletzt gehört es auch im Vergaberecht dazu, die Interessen der Mandanten im mündlichen Vortrag vor den Nachprüfungsinstanzen optimal zu verteidigen. Dies spielt gerade im Vergaberecht eine große Rolle, weil nicht viel Zeit für die Erstellung der Schriftsätze besteht und manches Argument erst in der mündlichen Verhandlung in der gebotenen Tiefe dargelegt werden kann.

IV. Warum also Vergaberecht?

Das Vergaberecht zeichnet sich durch die enorme Bandbreite der anzuwendenden Rechtsvorschriften aus. Es handelt sich um ein äußerst spannendes Beratungsfeld, in dem sich täglich Neues entdecken lässt. Von der schlichten Beschaffung von Standardartikeln bis hin zu äußerst komplexen Projekten mit hohen Auftragswerten bieten sich umfangreiche Möglichkeiten zur anspruchsvollen und kreativen Gestaltung durch die Anwältin bzw. den Anwalt. Nicht zuletzt belegt die Einführung des „Fachanwaltes für Vergaberecht“ im Jahr 2015 die erheblich gestiegene Bedeutung dieses Rechtsgebietes.

Die ebenfalls im Jahr 2015 gegründete Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht möchte den vorgenannten Aspekten Rechnung tragen und die Tätigkeit von Anwältinnen und Anwälten in Kanzleien und Unternehmen im Vergaberecht durch eine gerade an den anwaltlichen Interessen ausgerichtete Organisation im DAV fördern. In der kurzen Zeit seit ihrer Gründung konnte die Arbeitsgemeinschaft bereits über 200 Mitglieder gewinnen. Das ist ebenfalls ein Zeichen für die wachsende Bedeutung dieses Rechtsgebietes.