

Effektiver Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte



Bernd Schmitz, Privates Baurecht, baubegleitende Rechtsberatung, Bankrecht, geboren 1965 in Kerpen/Rheinland, Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Köln, Rechtsanwalt in Karlsruhe seit 1996, ab dem 01.01.2007 Gründungsmitglied der Kanzlei am Standort Mannheim. Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltsverein.

Gut zweitausend Milliarden Euro oder 17% des europäischen Brutto sozialproduktes werden zurzeit jährlich von öffentlichen Auftraggebern vergeben. Diese Mittel müssen möglichst effektiv mit geringen Verfahrenskosten und einem möglichst wirtschaftlichen Ergebnis verwendet werden. Zurzeit wird sehr kontrovers diskutiert, ob auch bei Unterschwellenvergaben ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist. Die europäische Kommission hat insoweit eine umfassende Konsultation zur Modernisierung des Vergaberechts eröffnet. Dies kann als ein erster wichtiger Schritt für die Entwicklung eines völlig neuen Vergaberechts verstanden werden. Im Folgenden stellt Bernd Schmitz von der Kanzlei Caemmerer Lenz dar, ob nach dem derzeit geltenden Recht auch unterhalb der Schwellenwerte ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden kann.

Grundsätzlich besteht bekanntermaßen im Vergaberecht eine Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes zwischen Vergaben oberhalb der Schwellenwerte und unterhalb dieser. Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gelten die Vorschriften des GWB, der VgV, der VOB/A und VOL/A, hier jeweils die Vorschriften des zweiten Abschnittes.

Im Gegensatz dazu gelten für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nur das Haushaltsrecht, die VOB/A und die VOL/A (jeweils die Vorschriften des ersten Absatzes). Die Schwellenwerte sind in §2 VgV (n.F.) geregelt. Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert 4.845.000,00 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsaufträge 193.000,00 Euro und für Sektorenauftraggeber 387.000,00 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungen). Die öffentlichen Auftraggeber in Deutschland vergeben jährlich Aufträge über mehrere Hundert Milliarden Euro. Laut Statistik liegen 90% der vergebenen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte.

Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte besteht bereits ein effektiver Primärrechtsschutz (Verhinderung der Vergabe) über Vergabekammern und Vergabesenate. Dort besteht die Möglichkeit, die vorgesehene rechtswidrige Vergabe zu verhindern. Dieser Rechtsweg ist je-

doch bei Unterschwellenwertvergaben nicht eröffnet: Unterhalb der Schwellenwerte besteht nur die Möglichkeit eine Vergabe zu verhindern über die ordentlichen Gerichte im Wege einer einstweiligen Verfügung. Hier liegen derzeit einige aktuelle Entscheidungen vor, wonach diese Möglichkeit jedenfalls eröffnet werden muss. So hat beispielsweise das Oberlandesgericht Düsseldorf im Beschluss vom 13.01.2010 entschieden, dass eine Ausschreibung ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet, mit der Verpflichtung sich an die VOB/A bzw. VOL zu halten. Hieraus wird ein Anspruch auf Unterlassung des Regelverstößes hergeleitet. Auch das Landgericht Oldenburg hat mit Urteil vom 06.05.2010 anschließend an die vorzitierte Entscheidung vom Oberlandesgericht Düsseldorf ausgeurteilt, dass auch bei Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ein quasi rechtsfreier Raum sich nicht rechtfertigen lässt. Der Bieter muss die Möglichkeit haben auch im Wege des Primärrechtsschutzes etwaige Verletzungen seiner Rechte zu überprüfen.

Auch wenn die Eröffnung dieses Rechtsweges grundsätzlich wohl kaum angegriffen werden kann, ist ein effektiver Primärrechtsschutz

unterhalb der Schwellenwerte nach wie vor nur sehr schwer durchzusetzen. Der Bieter ist im Rahmen des



Vergabeverfahren vor der Zuschlagserteilung darauf angewiesen, verwertbare Informationen über den zu erwartenden Zuschlag zu erhalten. Dabei ist er dann auf Mithilfe und Unterstützung von Mitarbeitern in der Vergabestelle grundsätzlich angewiesen. Hierbei ist jedoch nunmehr zumindest geregelt, dass nach §2 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A das Transparenzgebot auch für Unterschwellenwertvergaben gilt. Sicherlich ist ein effektiver Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte absolut wünschenswert. Die Argumentation insbesondere öffentlicher Auftraggeber, dass dies zu einer massiven Verzögerung der Verfahren führen könne, verfährt meines Erachtens nicht. Jeder Auftraggeber, der öffentlich ausschreibt hat die Regularien der VOB/A zu erfüllen. Auch muss dem Bieter die Gelegenheit gegeben werden, bei einer beabsichtigten falschen Vergabe dies effektiv zu verhindern. Die bis dato dem Grundsatz nach geltende Regelung, dass nur ein Sekundär-

rechtsschutz als Schadenersatz möglich ist, kann nicht zufrieden stellen. Insoweit wird auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.06.2006 keinen Bestand haben. Das Bundesverfassungsgericht hatte eine Beschwerde zurück gewiesen, aber dabei den Satz geprägt, dass es für den Primärrechtsschutz des Bieters in rein nationalen Vergabeverfahren bei den Rechtsschutzmöglichkeiten des „bestehenden Systems“ verbleibe. Es führte weiter aus, dass besondere Vorkehrungen für die Durchsetzung von Primärrechtsschutz in den nationalen Vergabeverfahren nicht zu schaffen ist. Infolgedessen gab es Entscheidungen, die grundsätzlich hieraus ableiteten, dass ein Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte überhaupt nicht gegeben ist. Zwischenzeitlich dürfte jedoch geklärt sein, dass dieses Urteil des Bundesverfassungsgerichtes so nicht zu verstehen ist. Insbesondere aufgrund des Umstandes, dass das Bundesverfassungsgericht selbst eben-

falls entschieden hat, dass in nationalen Vergabeverfahren sich Bieter auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch nach Artikel 20 Abs. 3 Grundgesetz berufen können. Wichtig ist der dann folgende Ausspruch, dass der Bieter im Unterschwellenbereich jedenfalls vor willkürlichen Entscheidungen des Staates zu schützen

Der Bieter ist im Unterschwellenbereich jedenfalls vor willkürlichen Entscheidungen des Staates zu schützen.

ist. Durchzusetzen ist ein effektiver Rechtsschutz von materiellen Ansprüchen, gerade nicht durch Schadenersatzklagen, sondern durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach §§935 ff. ZPO. Teilweise wird noch vertreten, dass ein Primärrechtsschutz nur in den Fällen erlangt werden kann, in denen die Zuschlagserteilung willkürlich sei und dadurch den Bieter in seinem Grundrecht aus Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz verletze. Jedoch ist dieses Willkürverbot nicht haltbar. Primärrechtsschutz muss auch bei einfachen Verstößen gegen das Vergaberecht gegeben sein. Dafür sprechen mehrere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs die im Zusammenhang mit der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte ergangen sind. Danach hat der öffentliche Auftraggeber stets zur Gewährleistung der Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Gebot der Diskriminierung und auf das Transparenzgebot strikt zu achten. Dies wiederum ist jedoch nur dann möglich, wenn auch ein Primärrechtsschutz zur Verfügung steht.

Fazit

Auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist ein gerichtlicher effektiver Primärrechtsschutz zu gewähren. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ist die Möglichkeit eröffnet, eine einstweilige Verfügung nach §§935 ff. ZPO zu beantragen.

Bernd Schmitz / Kanzlei Caemmerer Lenz, Mannheim

© Marco Richter, www.shutterstock.com

