

Behörden Spiegel: Herr Schellenberg, was war ihr längstes Nachprüfungsverfahren?

Schellenberg: Mein längstes Nachprüfungsverfahren dauerte zwei Jahre. Die Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist immer wieder verlängert und ich habe monatlich bei dem Vorsitzenden angerufen, um zu fragen, wann er endlich die mündliche Verhandlung ansetzt. Regelmäßig erhielt ich die Nachricht, man sei überlastet, wegen Krankheit nicht vollständig besetzt etc. Bei meinem letzten Anruf, circa sechs Monate nach Antragseingang, erfuhr ich bei der Geschäftsstelle, dass der Vorsitzende jetzt in Pension gegangen sei und eine Nachfolge noch nicht bestimmt. Danach hat es erneut sechs Monate gedauert, bis die Sache mündlich verhandelt wurde. Bis zur Entscheidung in erster und zweiter Instanz verging dann nochmals ein ganzes Jahr.

Das ist allerdings ein Ausnahmefall. Die meisten Verfahren werden innerhalb von acht bis zehn Wochen abgeschlossen. Die Kammer muss ja laut Gesetz nach fünf Wochen entscheiden, kann jedoch im Zwei-Wochen-Rhythmus die Entscheidungsfrist verlängern. Die meisten Kammern machen von diesem Verlängerungsrecht ein bis zwei Mal Gebrauch.

Behörden Spiegel: Wie kommt es überhaupt zu Nachprüfungsverfahren bei öffentlichen Aufträgen?

Schellenberg: Auslöser ist ein Bieter, der sich diskriminiert fühlt. Er rügt Zuschlagskriterien oder das Wertungssystem und behauptet, dass die Vergabestelle dieses System nur deshalb so gewählt oder die Wertung nur deshalb so vorgenommen habe, um einen Wettbewerber bevorzugen zu können.

Behörden Spiegel: Gibt es in dieser Situation noch die Möglichkeit, die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zu vermeiden?

Schellenberg: Hat sich ein Bieter zum Rechtsstreit entschlossen, so ist es in der Regel schwer, ihn davon abzubringen. Die Vergabestelle kann ihn anhören und versuchen, seine Bedenken zu zerstreuen. Eine solche Anhörung kann heute leicht in Form einer Videokonferenz durchgeführt werden und lohnt jedenfalls den Versuch einer einvernehmlichen Beilegung des Konfliktes.

Überschätzte Bedeutung?

Zur Reform des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens

(BS) Viel Aufsehen hat in der Fachwelt der jüngst geäußerte Vorschlag von Prof. Dr. Martin Burgi zur Reform des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens verursacht: Die vergaberechtliche Nachprüfung soll demnach auf eine Instanz reduziert und bei den Oberlandesgerichten (OLG) angesiedelt werden. Dr. Martin Schellenberg, Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, nimmt dazu Stellung. Im Gespräch mit dem Behörden Spiegel erläutert er, wie ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren abläuft und was von den Reformvorschlägen zu halten ist. Die Fragen stellte Benjamin Bauer.



Wie viele vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen soll es in Zukunft geben?

Foto: BS/MQ-Illustrations, stock.adobe.com

Die Vergabestelle kann mit einer Anhörung natürlich auch Zeit gewinnen, in der Hoffnung, dass der Bieter gegen Ende der Zuschlagsfrist nicht mehr in der Lage ist, rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag zustellen zu lassen. Ist der Bieter, wie regelmäßig der Fall, anwaltlich vertreten, so wird er sehr genau über die Fristenlage im Bilde sein und seinen Nachprüfungsantrag bereits fertig in der Schublade haben, bevor er sich auf eine Anhörung einlässt.

Behörden Spiegel: Was passiert, wenn der Nachprüfungsantrag eingereicht ist?

Schellenberg: Die Vergabekammer prüft zunächst, ob der Antrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn der Bieter Zuschlagskriterien rügt, obwohl sie bereits seit Wochen veröffentlicht sind. Oder er behauptet ins Blaue, kein Wettbewerber könne günstiger als er anbieten. In diesem Fall stellt die Kammer den Antrag gar nicht erst zu. Das kommt erfahrungsgemäß aber sehr selten vor. In der Regel erhält die Kammer den Antrag kurz vor dem beabsichtigten Zuschlag, z. B. am Freitagvormittag, wenn am Montag die Zuschlagsfrist abläuft. In einer solchen Situation



“Es macht keinen Sinn, sich ‘Trümpfe’ für die mündliche Verhandlung aufzuheben.”

Dr. Martin Schellenberg, Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek

Foto: BS/Heuking

stellen die Kammern regelmäßig direkt zu und begründen dies damit, dass der Rechtsschutz nicht leerlaufen darf.

Behörden Spiegel: Kann der Auftraggeber in dieser Situation reagieren?

Schellenberg: Er kann mit einer ‘Schutzschrift’ versuchen, die Kammer vom Gegenteil zu überzeugen. Vor dem Hintergrund des hohen Aufwandes, den ein Nachprüfungsverfahren verursacht, ist dies jedenfalls einen Versuch wert, denn wenn die Zustellung verhindert wird, kann der Zuschlag erteilt werden und der vergaberechtliche Rechtsschutz ist erloschen. Die Parteien können dann nur noch über Schadensersatz streiten.

Behörden Spiegel: Welche Bedeutung hat die mündliche Verhandlung im Nachprüfungsverfahren?

Schellenberg: Die Vergabekammer bildet sich in aller Regel schon vor der mündlichen Verhandlung eine Meinung. Dies bedeutet, dass die Parteien vor der internen Meinungsbildung alle ihre Argumente in Schriftsatzform eingebracht haben müssen. Es macht keinen Sinn, sich ‘Trümpfe’ für die mündliche Verhandlung aufzuheben. Die meisten Vergabekammern und alle OLGs äußern in der Verhandlung ihre Rechtsauffassung. Den Parteien wird Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen. Dies führt jedoch nur sehr selten zu einer Mei-

nungsänderung aufseiten der Kammer. Einige wenige Kammern verzichten auf die Äußerung der Rechtsmeinung und lassen die Parteien mit ihren Argumenten gegeneinander antreten. Auch hier ist jedoch erfahrungsgemäß davon auszugehen, dass die Entscheidung vor der Verhandlung bereits feststeht.

Behörden Spiegel: Wie wichtig ist die Vergabeakte im Nachprüfungsverfahren?

Schellenberg: Die Bedeutung der Dokumentation des Vergabeverfahrens ist im Nachprüfungsverfahren nach wie vor sehr hoch. Zwar hat der Bundesgerichtshof vor einigen Jahren entschieden, dass Dokumentation kein Selbstzweck ist und sogar noch im Nachprüfungsverfahren eine Nachdokumentation erfolgen kann. In der Praxis tendieren die Vergabekammern aber erfahrungsgemäß nach wie vor dazu, das Verfahren kritisch zu sehen, wenn es Dokumentationsmängel aufweist. Öffentliche Auftraggeber sind also gut beraten, wenn sie die sensiblen Entscheidungen

im Verfahren wie z. B. für eine produktspezifische Ausschreibung sehr sorgsam begründen. Es empfiehlt sich auch nicht, diese Begründung noch kurz vor dem Nachprüfungsverfahren erst zu erstellen. Das Gesetz sieht vor, dass die Vergabeakte sofort nach Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Vergabekammer zu übersenden ist. Die Gerichte sehen hierfür eine Frist von 24 Stunden vor. Viele Nachprüfungskammern verdoppeln diesen Zeitraum jedoch, um nicht zu viel Stress aufseiten der Vergabestelle zu erzeugen.

Einmal habe ich es in einem Stadtstaat erlebt, dass der Vergabekammervorsitzende bei der Vergabestelle klingelte, sagte, er sei gerade zufällig in der Mittagspause vorbeigekommen und könne bei dieser Gelegenheit ja gleich die Vergabeakte mitnehmen. Im hinteren Raum war man allerdings gerade damit beschäftigt, eben diese Akte ‘auf Vordermann’ zu bringen. Man kann sich leicht ausmalen, welche Hektik dann entstanden ist.

Behörden Spiegel: Wäre es sinnvoll, die vergaberechtliche Nachprüfung auf eine Instanz zu beschränken und bei den Oberlandesgerichten anzusiedeln?

Schellenberg: Ich meine nicht. Prof. Burgi überschätzt die Bedeutung vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren in der Praxis. Weniger als ein Prozent aller EU-Vergaben werden durch Nachprüfungsverfahren angegriffen. Eine wesentliche Beschleunigung ist hier nicht zu erreichen. Beide Instanzen haben ihre Berechtigung.

Die Vergabekammern können stärker in den Sachverhalt einsteigen und sind aufgrund der Verwaltungsnähe in der Lage, den Entscheidungsprozess der Vergabestelle zu überprüfen. Die Oberlandesrichter sehen den Fall dagegen durch die stärker zivilrechtliche und vertragliche Brille. Beides hat seine Berechtigung. Die Abschaffung einer zweiten Instanz wäre

auch ein Verlust an Rechtsschutz. Sinnvoller wäre es, die Vergabekammern personell so auszustatten, dass sie ihrer Aufgabe schneller nachkommen können. Gut wäre auch eine einheitliche Ausbildung für Vergabekammermitglieder. Abschaffen würde ich die Kammern nicht.

“Eine wesentliche Beschleunigung ist hier nicht zu erreichen.”

14 Jahre später

Bericht zur ersten Vergabestatistik von Bund, Ländern und Kommunen

(BS)/Jörn Fieseler) Lange hat es gedauert. Über eine Dekade wurde davon ausgegangen, dass jährlich rund 2,4 Millionen Vergabeverfahren in Deutschland stattfinden und rund 300 Milliarden Euro von mehr als 30.000 Vergabestellen ausgegeben werden. Jetzt liegt der erste Halbjahresbericht der Vergabestatistik vor. Und er enthält einige Überraschungen.

Man erinnere sich: 2008 erschien im Auftrag des damaligen Bundeswirtschaftsministeriums die ‘Kostenmessung der Prozesse öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge aus Sicht der Wirtschaft und öffentlichen Auftraggeber’. Darin gab es zum ersten Mal Angaben über die Prozesskosten von Vergabeverfahren und deren Anzahl. Anhand dieser Studie ist man von 2,4 Millionen Vergaben ausgegangen. Darüber hinaus wurde in der Vergangenheit angenommen, dass zwischen 16 und 19 Prozent des Bruttoinlandsproduktes (BIP) auf öffentliche Aufträge zurückzuführen sind. Je nach Höhe des BIP waren das zwischen 250 und 300 Milliarden Euro. Diese Rechnung basierte auf einer Studie der Europäischen Kommission für ganz Europa, deren Ergebnisse auf Deutschland heruntergerechnet wurden.

Eine erste Konkretisierung sollte Anfang der 2010er-Jahre erfolgen. Im Rahmen des Konjunkturpakets II sollte eine Statistik der darüber vergebenen Aufträge in einer Studie ebenfalls im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums erstellt werden. Doch auf die Veröffentlichung dieser Studie wartet die Fachwelt noch heute. Nun der erste Bericht. ‘Es war ein wichtiges Anliegen der Vergaberechtsmodernisierung 2016, eine grundlegende Statistik über die Beschaffungstätigkeit in Deutschland aufzubauen’, erinnert Sven Giegold, Staatssekretär im Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK). Damit leiste die Statistik einen wertvollen Beitrag zu evidenzbasierter Wirtschaftspolitik für das strategisch und gesamtwirtschaftlich so wichtige Feld der öffentlichen Beschaffung. 8.924 Berichtsstellen sind in der

Vergabestatistik registriert, rund die Hälfte (54,5 Prozent) haben an die Statistik Daten gemeldet und 8.413 Auftraggeber angegeben. Diese haben rund 87.000 Vergabeverfahren gemeldet, mit einem Volumen von 53 Milliarden Euro. Damit wurde eine Annahme aus früheren Zeiten bestätigt. Rund die Hälfte aller Vergaben wurden auf kommunaler Ebene durchgeführt (rund 52 Prozent). 27 Prozent entfallen auf die Länderebene – auch diese Zahl wurde in der Vergangenheit angenommen – und über elf Prozent auf den Bund. Die übrigen knapp zehn Prozent entfallen auf sonstige Auftraggeber. Etwas anders sieht die Verteilung beim Beschaffungsvolumen aus. Von den insgesamt 53 Mrd. Euro entfallen rund 19 Prozent auf den Bund, weitere 38 Prozent auf die Länder und knapp 30 Prozent auf die Kommunen. Die übrigen 13

Prozent sind von sonstigen Auftraggebern verausgabt worden. Die Statistik hat jedoch eine Schwachstelle: Meldepflichtig sind alle öffentlichen Aufträge von öffentlichen Auftraggebern ab einem Wert von 25.000 Euro ohne Umsatzsteuer sowie Konzessionen von Konzessions- und Sektorenauftraggebern oberhalb der gültigen EU-Schwellenwerte. Aufträge zwischen 1.001 und 25.000 Euro können freiwillig angegeben werden. Außerdem sind in der Anfangsphase noch Fehler bei den grundlegenden Angaben gemacht worden. Damit sind die früheren Werte nun endlich konkretisiert. Wie sehr sie diese jedoch widerlegen, wird sich erst mit den nächsten Berichten zeigen. Denn erst dann werden sich die Zahlen verdichten und ein tatsächliches Bild zur Auftragsvergabe in Deutschland geben.

WEGWEISER Vergabe

Beratung für Bewerber und Bieter

Ausschreibungen · Submissionen

NEU Die wie-für-mich-gemacht Ausschreibung

Früher. Passender. Einfacher.
So geht Ausschreibung heute.
www.a24salescloud.de

[a24salescloud.de](http://www.a24salescloud.de) Jetzt Ihre Vorteile entdecken

3 auf einen Klick
DIE ANGEBOTE DER www.Staatsanzeiger-eServices.de

eVergabe
mit Ihren Daten

eFormulare
AUF IHRE ANFRAGEN, FÜR IHRE ANGEBER

Kommunaldruck
DEIN DRUCKER, DEINE ANGEBER

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH
Amulstraße 122, 80638 München
Tel: (+49) 89/290142-30
E-Mail: service@staatsanzeiger-services.de
Web: www.staatsanzeiger-services.de

Staatsanzeiger
eServices
DIE VERBUNDENE DER VERGABESTELLUNGEN