



## **Beratung im Vergaberecht**

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.  
am 29.05.2018 in Berlin**

**In Kooperation mit der Arbeitsgemeinschaft Vergaberecht  
im Deutschen Anwaltsverein**

### **Thesen**

**erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.**

#### **1. Beschaffung von Rechtsanwaltsleistungen für Vergabeverfahren**

Thorsten Gärtner, Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr, Koblenz

- Externe Rechtsanwälte werden insbesondere beauftragt, um entweder besonders komplexe Projekte zu begleiten oder Arbeitsspitzen aufzufangen.
- In der Regel wird vermutet, dass intern ausreichend kompetente Kräfte vorhanden und verfügbar sind.
- Für die Wahrnehmung von Prozessvertretungen werden aufgrund der bestehenden Bereichsausnahme regelmäßig keine wettbewerblichen Verfahren durchgeführt.
- Für die Vertretung außerhalb von Gerichtsverfahren gelten die Vorschriften über soziale und andere besondere Dienstleistungen. In der Praxis wird überwiegend ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt.
- Die Beratungsleistungen werden jedenfalls in gerechtfertigten Ausnahmefällen im Paket mit anderen Leistungen wie WP- oder Planungsleistungen vergeben. Es ist dann jeweils zu ermitteln, was der Hauptgegenstand des Vertrages ist.
- Vorteil dieser Art der Vergabe ist der enge sachlicher Zusammenhang der Leistungserbringung und die eindeutige Zuweisung von Gewährleistungsfragen.
- Die Auswahl erfolgt in der Regel im Rahmen eines Qualitätswettbewerbes. Alleinstellungsmerkmale einer Kanzlei sind selten vorhanden.
- Die Wertung erfolgt nach der UfAB 2018, im Regelfall nach der erweiterten Richtwertmethode.

- Berücksichtigt werden dabei Bieter innerhalb eines bestimmten Schwankungsbereiches der Eignung, die letztendliche Auswahl erfolgt dann allein aufgrund des angebotenen Preises.
- Bei der Auswahl nach Qualifikation ist darauf zu beachten, dass tatsächlich eine Bearbeitung durch die benannten qualifizierten Mitarbeiter erfolgt. Dies ist vertraglich festzulegen.
- Sind zahlreiche Rechtsbereiche betroffen, sind insoweit Kompetenzen nachzuweisen.
- Bei der Vergleichbarkeit von geforderten Referenzen wird in der Regel auf die technische Komplexität abgestellt, nicht unbedingt auf die Größe des Projektes.
- Bieter tun gut daran, ihre Referenzen gegenüber dem Auftraggeber ausführlich und deutlich zu beschreiben.
- Bieter sollten außerdem bei Benennung von Referenz-Auftraggebern deren Zustimmung eingeholt haben.

## **2. Beratung von Vergabeverfahren und Rückversetzung**

Rechtsanwalt Matthias Goede, Rembert Rechtsanwälte, München

- Ausdrücklich sieht das Vergaberecht nur Zuschlag und Aufhebung als Möglichkeiten der Verfahrensbeendigung vor.
- Bereits aus § 160 Abs. 3 GWB ergibt sich aber implizit die Möglichkeit einer auch Fehlerkorrektur.
- Eine Rückversetzung ist etwa bei der Änderung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur erneuten Bekanntmachung zu veranlassen.
- Es ist jeweils zu prüfen, ob eine Fristverlängerung zugunsten der Unternehmen erfolgen muss.
- Eine Rückversetzung ist auch nach Abgabe der Bewerbungen und Angebote möglich. Problematisch ist, ob auch insoweit der eng auszulegende und abschließende Katalog der Aufhebungsgründe eine Voraussetzung für die Rückversetzung bildet.
- Auch Fehler in der Leistungsbeschreibung ermöglichen eine Rückversetzung im Vergabeverfahren. Erfolgt dies aber aus Gründen, die kein Aufhebungsgrund sind, besteht zumindest theoretisch ein Schadensersatzrisiko des Auftraggebers.

- Die Rückversetzung ist insoweit als milderer Mittel sinnvoll und anerkannt. Nachteil einer Aufhebung mit einem neuen Vergabeverfahrens ist hingegen oft, dass der Beschaffungsbedarf insoweit nicht gedeckt wird und weitere Nachprüfungsverfahren drohen.
- Eine Rückversetzung setzt voraus, dass sie tatsächlich auch eine Fehlerkorrektur ermöglicht. Der Verstoß darf nicht so schwerwiegend sein, dass der Auftraggeber eigentlich aufheben müsste. Sie darf nicht auf eine versteckte Aufhebung hinaus laufen.
- Eine Rückversetzung muss außerdem gerechtfertigt sein, es darf keine Umgehung der Aufhebungstatbestände vorliegen.
- Grenzen der Rückversetzung sind nach dem Maßstab des § 132 GWB anzunehmen, wenn es zu einer wesentlichen Änderung des Beschaffungsgegenstandes kommen würde.

### 3. Verbotene Rechtsberatung

Rechtsanwältin Loni Goldbrunner, Kraus, Sienz & Partner, München

- Bereits seit 2008 führen die erweiterten Beratungsmöglichkeiten von Nichtanwälten zu einem verschärften Wettbewerb.
- Das RDG ist ein Verbotsgesetz mit Erlaubnisvorbehalt. Sein Schutzzweck ist nicht, Anwälte vor Konkurrenz zu schützen.
- Ob eine erlaubte Rechtsberatung vorliegt, ist in zwei Stufen zu prüfen. Zuerst muss eine erlaubnispflichtiger Tatbestand vorliegen. Weiter muss ein Erlaubnistatbestand im Rechtsberatungsnetz oder aus anderen Gesetzen gegeben sein.
- Ob eine Rechtsdienstleistung vorliegt, ist auch bei umfangreichen Aufträgen bei jeder einzelnen Tätigkeit separat zu prüfen.
- Entscheidend ist, ob eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls mit einer Subsumtion erforderlich ist. Dies ist unabhängig von der dabei anzuwendenden Prüfungstiefe.
- Es ist also zu trennen zwischen der einfachen Rechtsanwendung und der echten Rechtsprüfung.
- Die rechtliche Betreuung von Standardvergaben stellt überwiegend keine Rechtsdienstleistung im Sinne des RDG dar. Einzelne Leistungen, insbesondere Angebotswertung und -prüfung sind jedoch i.d.R. als Rechtsdienstleistung anzusehen.
- Im Ergebnis erlaubt das RDG bei Vergabeverfahren jedenfalls keine ausschließliche rechtliche Unterstützung des Auftraggebers durch Nicht-Anwälte.

- Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das RDG ist die Nichtigkeit des Auftrages, wobei regelmäßig Gesamtnichtigkeit anzunehmen ist.
- Die Haftung des Beauftragten ist im Ergebnis jedenfalls vergleichbar mit der vertraglichen Haftung eines Rechtsanwalts, auch bei Nichtigkeit.
- Bei einer unerlaubten Rechtsberatung handelt es sich um eine unerlaubte geschäftliche Handlung im Sinne des OWiG und gibt anderen Rechtsanwälten einen Unterlassungsanspruch.
- Öffentlich-rechtliche Folgen können bei beharrlichen Verstößen bis hin zur Gewerbeuntersagung führen.

#### **4. Vergleich von Nachprüfungsverfahren**

Heinz-Peter Dicks, Vorsitzender Richter a.D., Oberlandesgericht Düsseldorf

- Der Prozessvergleich hat eine Doppelnatur als materiell-rechtliches Geschäft und als Verfahrenshandlung.
- Als verfahrensrechtliche Erklärung führt der Vergleich unmittelbar zur Verfahrensbeendigung.
- Bei außergerichtlichen Vergleichen muss eine Verfahrenshandlung hinzu kommen, um das Verfahren zu beenden.
- Ein Vergleich ist nur soweit zulässig, wie die Dispositionsbefugnis der handelnden geht.
- Die Vertragsschließenden sind an das Vergaberecht gebunden. Sie dürfen keine Chancen Dritter beeinträchtigen.
- Unzulässig ist insbesondere ein Vergleich, bei dem Vorschriften des Vergaberechts missachtet werden.
- Problematisch sind Vergleiche, bei denen es letztlich zu einem „Abkauf“ von Wettbewerb kommt. In solchen Fällen droht Nichtigkeit nach § 1 GWB und § 134 BGB.
- Vergleiche zu rechtlichen Fragen sind insgesamt eher als problematisch anzusehen. Weil es in der Regel nur wenige tatsächliche Gesichtspunkte gibt, über die ein Vergleich geschlossen werden könnte, ist insgesamt der Anwendungsbereich rechtlich zulässiger Vergleiche schwer zu bestimmen.

## 5. Rückforderung von Fördermitteln

Rechtsanwalt Michael Pilarski, Investitions- und Förderbank Niedersachsen, Nienburg

- Die Bindung an das Vergaberecht ergibt sich bei Fördermaßnahmen nur aus den Nebenbestimmungen, entweder im Verwaltungsakt über die Fördermittelgewährung oder aus dem Fördervertrag.
- Jedenfalls von Seiten der EU-Prüfbehörden wird auch die Beachtung der für binnenmarktrelevante Verträge entwickelten Grundsätze erwartet. Dies ist jedoch eigentlich als nicht fördermittelrelevant anzusehen.
- Schwere Vergabeverstöße sind vor allem unzulässige de facto-Vergaben, die falsche Anwendung von Ausnahmetatbeständen, unzulässige Nachträge, nicht produktneutrale Ausschreibungen, unterlassene Losbildungen, fehlerhafte Kriterien, Verstöße gegen das Verhandlungsverbot und insbesondere mangelhafte Dokumentationen.
- Die Dokumentation muss zumindest Ansätze für die jeweils betroffenen Erwägungen und die maßgeblichen Begründungen enthalten.
- Bei einem vergaberechtlichen Fehler handelt es sich um einen Auflagenverstoß. Nach einer Anhörung ist über den Widerruf der Förderung zu entscheiden. Hierbei steht der rückfordernden Behörde ein Ermessen zu.
- Nach der Ermessensleitlinie für nationale Vergaben werden in der Regel maximal 25 % der Förderung zurückgefordert. Bei der COLOF-Leitlinie hingegen gibt es keine vergleichbare Härtefallregelung.
- Im Rechtsschutzverfahren ist der Widerspruch eine kostengünstige Möglichkeit, sich gegen eine Rückforderung zu wehren. Eine Begründung ist nicht notwendig, aber unbedingt empfehlenswert.
- Die Klage gegen eine Rückforderung ist richtigerweise eine Verpflichtungsklage, um eine Verbescheidung über die Mittelverwendung zu erreichen. Eine reine Anfechtungsklage ist soweit nicht ausreichend.
- Das nationale Recht und das EU-Recht überlagern sich teilweise. Dies hat etwa zur Folge, dass Vertrauenstatbestände des deutschen Rechtes bei der Rückforderung von EU-Mitteln nicht anwendbar sind. Auch würde einer Rückforderung nicht die Rechtskraft eines nationalen Urteiles entgegenstehen. Es wird vom EuGH vertreten, es würde sich bei einer unerlaubten Beihilfe eine direkte Verpflichtung zur Rückzahlung aus der Verordnung (EU) 1303/2013 ergeben.