

Arbeitskreisleiter:

Rechtsanwalt Georg von Bronk

Georg von Bronk ist Rechtsanwalt und seit 2004 Leiter der Zentralabteilung Recht der HOCHTIEF AG. 1991 begann Herr von Bronk seine berufliche Laufbahn als Syndikus in der HOCHTIEF-Rechtsabteilung mit Schwerpunkten im Bau-, Immobilien- und Architektenrecht mit Büros in Frankfurt und Essen und betreute während dieser Zeit Großprojekte wie das Commerzbank Hochhaus, den Main Tower Frankfurt oder das Sony Center in Berlin in juristischer Hinsicht. Herr von Bronk blickt auf eine umfangreiche Vortragstätigkeit insbesondere zu alternativen Vertragsmodellen zurück. Bis heute begleitet und entwickelt er intensiv das HOCHTIEF-Vertragsmodells „PreFair“. Zwischen 1999 und 2001 war er Leiter der Abteilung „Strategische Projekte“ mit dem Fokus auf der Evaluierung neuer Produkt-/Marktsegmente sowie M&A-Transaktionen. Danach war Herr von Bronk zwei Jahre Leiter der Zentralabteilung Unternehmensentwicklung (Abteilungen: Strategische Projekte, Forschung und Entwicklung, IT).

Stellvertretender Arbeitskreisleiter:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Wirner

Dr. Helmut Wirner Rechtsanwalt; Studium Universität Passau; Erste Juristische Staatsprüfung Passau 1997, Zweite Juristische Staatsprüfung München 1999; Promotion 2003 zu dem Thema "Kommunale Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber im Sinne der EG-Vergaberichtlinien"; Wissenschaftlicher Mitarbeiter Universität Passau 1997-2001; Associate insbesondere für Öffentliches Vergaberecht ARCON Rechtsanwälte Schmidt-Sibeth Heisse Weisskopf Kursawe (2001-2004); seit 2004 Legal Counsel/Leitung Dezernat Öffentliches Vergaberecht HOCHTIEF Aktiengesellschaft; seit 2002 Mitglied Public Procurement Research Group Universität Nottingham mit Forschungsprojekt zu Nachprüfungsmechanismen im Öffentlichen Vergaberecht; zahlreiche Veröffentlichungen und Vortragsveranstaltungen zum Bereich des Öffentlichen Vergaberechts.

Referenten:

Prof. Dr. Martin Burgi, Ruhr-Universität Bochum

Professor Dr. Martin Burgi, geb. 1964 in Ulm. Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz, Rechtsassessor 1989 vor dem Landesjustizprüfungsamt Baden-Württemberg; 1993 Promotion; 1998 Habilitation mit einer Arbeit zum Thema „Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe. Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht“ in Konstanz. 1999 Ernennung zum Universitätsprofessor (C 4) an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum. Seit 2000 Wissenschaftlicher Leiter des Düsseldorfer Vergaberechttages. Seit dem 01.01.2004 Leiter der Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht an der Ruhr-Universität Bochum. Seit September 2007 Research Fellow an der George Washington University Law School, Washington D.C. (Government Procurement Law Program). Seit 2008 gewähltes Mitglied des Fachkollegiums "Rechtswissenschaft der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Seit 2008 Dekan der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

Prof. Dr. Michael Holoubek, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.Prof. Dr. Michael Holoubek, Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien; Vizerektor für Infrastruktur und Personal dieser Universität. Langjähriger Vorsitzender der Bundes-Vergabekontrollkommission; zahlreiche Veröffentlichungen zum innerstaatlichen und europäischen Vergaberecht.

RA Dr. Hans-Joachim Prieß

Hans-Joachim Prieß ist Partner der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und führt die Gruppe „Vergaberecht“ der Sozietät. Er berät und vertritt europaweit Auftraggeber und Bieter und ist auch mit der Beratung von Regierungen bei Gesetzgebungsverfahren im Bereich des Vergaberechts befasst. Hans-Joachim Prieß hat eine Vielzahl vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren und EuGH-Verfahren geführt. Er hält regelmäßig Vorträge zu vergaberechtlichen Fragestellungen und ist u.a. Autor zahlreicher Fachpublikationen.

Thema des Arbeitskreises:

Sind die materiellen Vergaberichtlinien und die Rechtsmittelrichtlinie in Deutschland richtig umgesetzt worden?

- Fristverkürzung bei „De facto Vergaben“ auch ohne Veröffentlichung der Gründe?
- Ende der Hierarchie zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren?
- Vergaberechtliche Grenzen bei Dienstleistungskonzessionen ?

Einführung in das Thema:

Umsetzung materieller Vergaberichtlinien sowie der neuen Rechtsmittelrichtlinie in deutsches nationales Recht

Die Umsetzungsfrist für die beiden materiellen Vergaberichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG ist abgelaufen, die Umsetzungsfrist für die neue Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG wird Ende 2009 auslaufen. Zeit für eine Bestandsaufnahme: Sind die Umsetzungen in deutsches Recht gelungen, sind die Chancen genutzt worden und entsprechen die Regelungen den Anforderungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts?

In diesem Kontext sollen drei Fragestellungen näher untersucht werden:

Wirksamkeit und Angreifbarkeit von „De facto Vergaben“: Die neue Rechtsmittelrichtlinie lockert die bislang geltenden, zwingenden Unwirksamkeitsfolgen bei „De facto Vergaben“ unter bestimmten Voraussetzungen. Nach Art. 2d Abs. 4 i.V.m. Art. 2f Abs. 1 a) der neuen Richtlinie müssen Auftragsvergaben ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung dann nicht für unwirksam erklärt werden, wenn

- nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers eine solche Direktvergabe rechtmäßig ist,
- der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe veröffentlicht hat, einschließlich der Gründe für die Entscheidung zu einer Direktvergabe,
- seit dieser Veröffentlichung 30 Kalendertage verstrichen sind.

Unterbleibt eine entsprechende Veröffentlichung kann die Unwirksamkeit (nur) innerhalb von sechs Monaten ab Auftragsvergabe geltend gemacht werden (Art. 2f Abs. 1 b) der neuen Rechtsmittelrichtlinie, § 101b Abs. 2 S. 1, S. 2 GWB).

Der Wortlaut der deutschen nationalen Umsetzungsnorm (§ 101b Abs. 2 S. 2 GWB n.F.) fordert nicht, dass die Frist für den Angriff gegen die Direktvergaben nur dann auf 30 Kalendertage verkürzt wird, wenn die Bekanntmachung zwingend auch die Gründe enthält, warum der Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung vergibt. Das GWB differenziert für die Länge der Frist, innerhalb der ein Nachprüfungsantrag eingereicht werden kann, nur im Hinblick auf die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht oder ob er dies unterlassen hat. Verstößt daher die vom deutschen Gesetzgeber formulierte Fristverkürzung, die für den betroffenen Auftraggeber häufig essentiell ist, gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht? Gerade im Hinblick auf die rigide Rechtsprechung des EuGH würde eine unvollständige Veröffentlichung voraussichtlich dann eben gerade nicht zu der gewünschten Fristverkürzung führen. Der Bieter hätte entgegen der eigentlichen Zielrichtung der Rechtsmittelrichtlinie stattdessen weiterhin eine sechsmonatige Frist für Angriffe gegen die Vergabe.

Referent: RA Dr. Hans-Joachim Prieß

Vergabeverfahrensarten: Auch nach Umsetzung der materiellen Vergaberichtlinien besteht im deutschen Vergaberecht die Hierarchie zwischen dem Offenen und dem Nichtoffenen Vergabeverfahren fort. Das Offene Vergabeverfahren ist grundsätzlich vorrangig auszuwählen (Regel-/Ausnahmeprinzip § 101 III GWB). Das ist auch nachvollziehbar. Anerkanntermaßen stellt das Offene Vergabeverfahren nämlich in größtmöglichem Umfang echten Wettbewerb sicher, während das Nichtoffene Verfahren naturgemäß „wettbewerbsärmer“ ist. Gemeinschaftsrechtlich war aber die Aufhebung der Hierarchie zwischen Offenem und Nichtoffenem Vergabeverfahren (Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG) intendiert. Verstößt damit die deutsche Rechtslage gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, etwa weil durch den weiterhin gültigen Vorrang des Offenen Vergabeverfahrens den öffentlichen Auftragge-

bern ein gemeinschaftsrechtlich zugebilligter Entscheidungsspielraum genommen wird, der bei Gleichrangigkeit zwischen Offenem und Nichtoffenem Verfahren bestehen würde?

Referent: Prof. Dr. Holoubek, Wirtschaftsuniversität Wien

Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Dienstleistungskonzessionen fallen nach übereinstimmender Auffassung nicht direkt in den Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien. Der EuGH verlangt aber, dass auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ein Mindestmaß an Wettbewerb und Transparenz gewährleistet sein muss. Im Rahmen der Umsetzung der beiden Vergaberichtlinien hat der deutsche Gesetzgeber die Frage, wie Dienstleistungskonzessionen zu vergeben sind, nicht angesprochen. Damit stellt sich die Frage, in welcher Weise den grundlegenden Prinzipien z. B. von Transparenz, Diskriminierungsverbot oder Gleichbehandlung im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen sachgerecht entsprochen werden soll.

Man könnte insoweit die These vertreten, dass der deutsche Gesetzgeber durch sein Schweigen die materiellen Vergaberichtlinien „überschießend“ (d.h. über deren Anwendungsbereich hinaus) dahingehend umsetzen wollte, dass Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich relevant sind. Eine solche These könnte damit begründet werden, dass der Gesetzgeber Konzessionen über Dienstleistungen von den Bestimmungen des nationalen Vergaberechts eben nicht ausdrücklich ausgenommen hat. Die bisherige Literatur und Rechtsprechung (Urteile „Teleaustria“, „Buchhändlervereinigung/Saur Verlag“ und „Parking Brixen“) dürfte hingegen so zu interpretieren sein, dass Dienstleistungskonzessionen vollständig vergaberechtsfrei sind. Verlässt sich ein Auftraggeber aber auf diese Rechtsauffassung und kann dann schließlich mit seiner Rechtsauffassung nicht durchdringen, muss er mit einem Angriff wegen Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages (§ 101b Abs. 1 GWB) rechnen. Hier bedarf es zwingend einer Klarstellung des deutschen Rechts:

- Fallen Dienstleistungskonzessionen in den Anwendungsbereich des dt. GWB, obwohl die materiellen Vergaberichtlinien dies nicht verlangen?
- Welche Anforderungen sind bei der Übertragung von Dienstleistungskonzessionen zu beachten, die im nationalen Recht geregelt werden sollten?

Referent: Professor Dr. Martin Burgi, Ruhr-Universität Bochum