

### **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.

## **Pro und Contra der Wirksamkeit von de-facto-Vergaben**

### **1. Ist § 101b Abs. 2 S. 2 GWB gemeinschaftsrechtswidrig?**

#### These

§ 101b Abs. 2 S. 2 GWB n.F. verkürzt die Frist, innerhalb der die Unwirksamkeit eines unter Verstoß gegen das Vergaberecht geschlossenen Vertrages geltend gemacht werden kann, auf 30 Kalendertage. Es ist nicht Voraussetzung für die Fristverkürzung, dass der öffentliche Auftraggeber die Gründe für die Vergabe ohne Bekanntgabe bekannt gemacht hat. Im Gegensatz zu § 101b Abs. 2 GWB sind nach Art. 2d Abs. 4 i. V. m. Art. 2 f Abs. 1 a) der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG, die die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG ändert, die Gründe für die Vergabe ohne Bekanntmachung anzugeben. § 101b Abs. 2 S. 2 GWB weicht insofern von den strengeren Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie ab.

#### Gegenthese

Nach dem Formular „Freiwillige Ex-Ante Transparenzbekanntmachung“ (insbesondere Abschnitt IV Nr. 1.1) in Verbindung mit Anhang D) des Anhangs XIV der VO 1564/2005 geändert durch VO 1140/2009, die am 01.12.2009 in Kraft tritt, sind die Gründe anzugeben. Da § 101b Abs. 2 S. 2 GWB n.F. indirekt auf dieses Formular verweist („Hat der Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, ..“), sind auch nach seiner Maßgabe die Gründe anzugeben.

### **2. Schwebende Unwirksamkeit vs. schwebende Wirksamkeit**

Eine de-facto-Vergabe gehört zu den schwerwiegendsten Verstößen gegen das GWB-Vergaberecht und muss entsprechend streng sanktioniert werden. Das ist ausweislich der Regierungsbegründung auch der Wille des GWB-Gesetzgebers.

#### These

Aus dem Wortlaut des § 101b Abs. 1 GWB ergibt sich nicht, ob de-facto-Vergaben schwebend unwirksam oder schwebend wirksam sind. De-facto-Vergaben waren angesichts der Schwere ihres Rechtsverstößes gemäß § 13 VgV bislang nichtig, das heißt, rechtlich unwirksam. Vor diesem Hintergrund lässt sich nach Sinn und Zweck der Vorschrift gut argumentieren, dass Verträge auf der Grundlage des neuen § 101b Abs. 1 GWB bis zum Zeitpunkt der Unanfechtbarkeit zumindest schwebend unwirksam sind.

#### Gegenthese

Gegen eine schwebende Unwirksamkeit spricht, dass Voraussetzung für eine Unwirksamkeit die explizite Feststellung ist, dass es sich um Rechtsverstöße handelt. Das bedeutet: Solange der Verstoß nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht worden und festgestellt ist, ist der de-facto-geschlossene Vertrag wirksam. Hätte der Gesetzgeber tatsächlich die weitergehende Sanktion der schwebenden Unwirksamkeit gewollt, so wäre die Vorschrift des § 101b GWB anders zu formulieren gewesen.

### **3. Kann sich ein Bieter auf § 321 BGB (direkt oder analog) berufen, wenn er den Verstoß erkennt?**

These

Eine Berufung auf § 321 BGB ist möglich, denn der Bieter muss während des rechtlichen Schwebezustands des Vertrags geschützt werden. Eine lediglich bereicherungsrechtliche Rückabwicklung benachteiligt ihn möglicherweise unbillig.

Gegenthese

Eine direkte Anwendung der Vorschrift scheidet aus, da der Wortlaut nicht erfüllt ist. Für eine Analogie mangelt es an der Regelungslücke. Außerdem ist der Bieter nicht schutzwürdig.

**4. Ist § 138 Abs. 1 BGB auf de-facto-Vergaben auch auf der Grundlage des GWB n.F. anwendbar?**

These

§ 101b GWB n.F. soll die Rechtsfolgen einer de-facto-Vergabe abschließend regeln (lex specialis). Die Nichtigkeitssanktion sollte als nicht interessengerecht abgeschafft werden.

Gegenthese

§ 138 BGB regelt einen Sonderfall und setzt gegenüber § 101b GWB weitere Tatbestandsmerkmale voraus. Der Gesetzgeber wollte das kollusive Zusammenwirken von Auftraggeber und Bieter der Nichtigkeitssanktion entziehen.

**5. Führt die unzulässige de-facto-Änderung eines nach Vergaberecht ausgeschriebenen Vertrages zur Unwirksamkeit des ganzen Vertrages?**

These

Ja, weil es sich bei der de-facto-Änderung um einen Unterfall der de-facto-Vergabe handelt.

Gegenthese

Nein, nur die Änderung ist nichtig. Das im Zivilrecht anerkannte Institut der sogenannten geltungserhaltenden Reduktion findet hier sinngemäß Anwendung.