



... prüfen ... beraten ... optimieren
Rechnungshof Rheinland-Pfalz



Prüfung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen

Volker Hartloff

Prüfung der Vergabe von öffentlichen Aufträgen¹⁾

- Volker Hartloff -

1. Ausgangssituation

Obwohl es in Deutschland schon seit der Weimarer Republik Regelwerke für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen gab (Verdingungsordnung für Bauleistungen 1921/Verdingungsordnung für Leistungen 1936), die den jeweiligen Bedürfnissen der Beschaffung und den Anforderungen der Wirtschaft immer wieder angepasst wurden, bestanden und bestehen bei den Behörden und Unternehmern gegen ihre Anwendung erhebliche Vorbehalte. Von öffentlichen Auftraggebern ist immer wieder zu hören, dass Lieferungen und Leistungen günstiger "auf dem freien Markt", d.h. durch freie Verhandlung, zu erlangen seien als bei Beachtung der als schwerfällig und hinderlich empfundenen Vergaberegeln. Zudem beklagt man den mit der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung verbundenen Verlust der Möglichkeit, "Strukturpolitik" zu betreiben, indem ortsansässige Unternehmer zur Förderung der lokalen Wirtschaft und des lokalen Arbeitsmarkts bevorzugt beauftragt werden.

Insbesondere das zweite Argument findet Zustimmung bei regionalen Interessenvertretern und mittelständischen Unternehmern. Sie fordern nicht selten die Festlegung von möglichst hohen Schwellenwerten. Unterhalb dieser Werte sollen freihändige Vergaben von Lieferungen und Leistungen möglich sein. Dabei wird oft als freihändige Vergabe eine Vergabe ganz ohne Preisfragen bei potentiellen Anbietern verstanden.

Dass sich demgegenüber die Ziele des Vergaberechts, durch Nutzung des Wettbewerbs und größere Chancengleichheit für Bewerber ein höheres Maß an Wirtschaftlichkeit zu erreichen, nur schwer durchsetzen, lässt sich nicht allein mit Kirchturmsmentalität regionaler Entscheidungsträger und der teilweise sehr komplexen Struktur des Regelwerks des Vergaberechts erklären. Ursächlich ist meines Erachtens die Stellung dieses Regelwerks im deutschen Recht vor

¹⁾ Dieser Beitrag wurde ursprünglich als Vortrag anlässlich des IV. EURORAI-Kongresses in Graz im Jahr 2001 gehalten.

Volker Hartloff ist Präsident des Rechnungshofs Rheinland-Pfalz.

seiner Überlagerung durch das Vergaberecht der Europäischen Gemeinschaft und der damit verbundenen neuen Ausrichtung.

2. Vergaberecht vor Erlass der EG-Richtlinien

Nach herkömmlichem Verständnis war es Ziel des Vergaberechts, wirtschaftliche Leistungen durch Nutzung des Wettbewerbs zu erlangen. Seine Rechtsgrundlage fand es deshalb im Haushaltsrecht (§ 46 Reichshaushaltsordnung; § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz; §§ 55 Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnung). Es richtete sich als administratives Binnenrecht an die Verwaltung.

Folge dieser Zuordnung war eine Eigenentwicklung, abgekoppelt von der Entwicklung des allgemeinen Verwaltungsrechts mit dem Ergebnis, dass es keinen Rechtsschutz für von der Vergabeentscheidung nachteilig betroffene Dritte, insbesondere für übergangene Bewerber, gab. Da das deutsche Verwaltungsrecht keine dem französischen *service public* vergleichbare Rechtsinstitution kennt, die es erlaubt hätte, öffentlich-rechtliche Aspekte der Vergabeentscheidung zu berücksichtigen, wurden die Verträge zur Beschaffung von Lieferungen und Leistungen ausschließlich dem Privatrecht zugeordnet. Das hatte zur Folge, dass nur solche Regelungen rechtlich überprüft werden konnten, die Gegenstand der einzelvertraglichen, zivilrechtlichen Vereinbarung geworden waren und die in aller Regel die rechtliche und technische Abwicklung der Vertragsverhältnisse betroffen haben, nicht aber die Umstände, die zu deren Zustandekommen geführt haben. Übergangene Konkurrenten konnten allenfalls nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen zum Verschulden bei Vertragsabschluss (*culpa in contrahendo*) Schadensersatz erlangen.

Versuche, dieses System zu durchbrechen und die für die Gewährung von Subventionen oder den Zugang zu öffentlichen Ämtern von der Verwaltungsgerichtsbarkeit entwickelten dogmatischen Ansätze in das Vergaberecht zu übertragen, blieben erfolglos, obwohl der deutsche Verwaltungsrechtsschutz sehr weitgehend durch die Grundrechte der Verfassungen des Bundes und der Länder, insbesondere den Gleichheitssatz, geprägt ist und die Interessenlage für die von den jeweiligen Entscheidungen nachteilig Betroffenen in hohem Grade vergleichbar war.

Vor diesem Hintergrund haben die im Vergabeverfahren benachteiligten Unternehmen allerdings auch nur selten versucht, Vergabeentscheidungen rechtlich

in Frage zu stellen, und eher auf eine Berücksichtigung bei einer nachfolgenden Ausschreibung gesetzt.

3. Traditionelle Finanzkontrolle von Vergabeverfahren

Diese rechtliche Ausgangslage hatte auch Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Finanzkontrolle durch die Rechnungshöfe. Im Rahmen ihrer Prüfung der Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit des Verwaltungshandelns haben diese zwar auch geprüft, ob die Verwaltung das Vergaberecht beachtet hat, d.h. ob überhaupt ausgeschrieben wurde, ob die Ausschreibungs- und Vergabeverfahren ordnungsgemäß waren und ob bei der Wertung der Angebote der wirtschaftlichste Bieter ausgewählt worden ist. Prüfungen wurden allerdings in aller Regel nicht gezielt auf Vergabefehler ausgerichtet. Feststellungen wurden vor allem im Zusammenhang mit einer komplexeren Untersuchung, wie etwa der Prüfung des Beschaffungswesens einer Behörde oder der Prüfung der Abwicklung eines größeren Bauvorhabens, getroffen. Beanstandungen hatten nur eine begrenzte Wirkung, denn sie hatten keinen Einfluss auf die bereits abgeschlossenen und abgewickelten Verträge und dienten häufig nur als Appell zu künftigem ordnungsgemäßigem Verhalten.

Nur in Ausnahmefällen, in denen Feststellungen zur Verletzung des Vergaberechts zugleich Hinweise auf strafrechtlich relevantes Verhalten ergaben, war dies Anlass, die Verwaltung zu weiteren Ermittlungen und, soweit erforderlich, zur Einschaltung der Staatsanwaltschaft aufzufordern. In besonders gravierenden Fällen wurde die Staatsanwaltschaft auch unmittelbar von den Rechnungshöfen informiert. Insbesondere der Hessische Rechnungshof sah unter der Leitung von Prof. Müller in der Verknüpfung von Vergabeproofungen und Informationen der Staatsanwaltschaft ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Korruption.

4. Sanktionen im Zuwendungsrecht

Von größerer Bedeutung waren und sind auch gegenwärtig noch Prüfungen, die die ordnungsgemäße Verwendung von im öffentlichen Interesse gegebenen Zuwendungen aus Mitteln des Bundes oder des Landes oder von Mitteln europäischer Herkunft zu Vorhaben von Gemeinden und privaten Trägern betreffen. Die Empfänger dieser Mittel sind nämlich zur Beachtung des Haushaltsrechts

und damit im Rahmen der Verpflichtung zu Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet. Bei Verletzung dieser Pflicht bestand und besteht die Möglichkeit, die Zuwendung zurückzufordern oder sie zu kürzen. Dabei reichen grundsätzlich schwere Verstöße gegen das Vergaberecht aus. Der Nachweis eines wirtschaftlichen Nachteils ist nicht erforderlich.

Einzelne Länder haben hierzu in Richtlinien Tatbestände, an die Sanktionen anknüpfen, definiert und die förderrechtlichen Konsequenzen festgelegt (vgl. Richtlinie des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.12.1997 zur Rückforderung von Zuwendungen bei Nichtbeachtung der Verdingungsordnung für Bauleistungen und der Verdingungsordnung für Leistungen und Richtlinie des Ministeriums der Finanzen und des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau des Landes Rheinland-Pfalz vom 16.06.2003 über Förderrechtliche Maßnahmen bei Verstößen gegen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)). In der Praxis ist allerdings festzustellen, dass von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, bei gravierenden Verstößen gegen das Vergaberecht Fördermittel unabhängig davon, ob sie einen wirtschaftlichen Schaden bewirkt haben, zu kürzen, nur zurückhaltend, eher ausnahmsweise Gebrauch gemacht wird.

Durch die Vergaberichtlinien der EG und ihre Umsetzung in nationales Recht wurden die Rahmenbedingungen grundlegend geändert, weil die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien das Vergaberecht in den Dienst der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten gestellt haben und das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zentrale Bedeutung erlangt hat. Zielsetzung des deutschen Vergaberechts ist - soweit dies neu geregelt wurde - nun nicht mehr ausschließlich die Pflege der haushälterischen Tugenden der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Umgang mit öffentlichen Mitteln. Neu ist die Bindung öffentlicher Vergabemacht im Sinne eines freien Wettbewerbs der Anbieter in allen Mitgliedsländern der Europäischen Union.

Folgen sind

- eine Wandlung des Vergaberechts kraft Gemeinschaftsrecht vom administrativen Binnen- zum verbindlichen Außenrecht,
- die Begründung subjektiver Rechte für Teilnehmer am Wettbewerb und

- eine Ausweitung der Zahl der zur Beachtung des Vergaberechts verpflichteten Rechtsträger.

Allerdings wurden die europäischen Vergaberichtlinien nur zögerlich in nationales Recht umgesetzt. Zugleich bestand und besteht noch immer die Tendenz, die hergebrachten Verfahrensweisen soweit wie möglich zu erhalten. Deshalb verblieb es zunächst bei dem haushaltsrechtlichen Ansatz, der nur ergänzt wurde. Eine zaghafte Öffnung erfolgte durch die Einrichtung verwaltungsinterner Vergabeüberwachungsausschüsse, die von dem Europäischen Gerichtshof zwar als vorlageberechtigte Gerichte gemäß Art. 177 EGV anerkannt wurden, letztlich aber nicht den Anforderungen an eine wirksame, unabhängige Rechtsprechung entsprachen.

Die grundlegende Änderung hat erst eine zum 1.1.1999 in Kraft getretene gesetzliche Neuregelung gebracht. Für alle Vergaben oberhalb der Schwellenwerte der EG-Richtlinien erfolgte eine Abkehr von dem haushaltsrechtlichen Ansatz zum Wettbewerbsrecht (§§ 97-127 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung - jetzt in der Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, BGBl. I S. 1414). Damit hat der deutsche Gesetzgeber die europarechtlich vorgegebene wettbewerbsorientierte Außenwirkung des Vergaberechts anerkannt. Als Außenrecht, das nicht nur die Verwaltung verpflichtet, gewährt es erstmals den Teilnehmern am Wettbewerb subjektives Recht und eröffnet damit auf den Grundlagen des Artikels 19 Abs. 4 GG Zugang zu den Gerichten.

Nach der neuen Regelung können nach vorheriger Befassung unabhängiger, allerdings der Verwaltung zuzuordnender Vergabekammern nunmehr besondere Senate der Oberlandesgerichte, also Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit, angerufen werden. Sowohl die Vergabekammern wie die Gerichte können ein Vergabeverfahren anhalten, solange der Auftrag noch nicht erteilt ist, und auf seine ordnungsgemäße Abwicklung hinwirken. Werden Verträge nach Anhängigkeit eines Überprüfungsverfahrens gleichwohl geschlossen, sind sie kraft Gesetzes nichtig. (Eine Folge der Entscheidung Alcan/Rep. Österreich des EuGH).

War der Vertrag allerdings bereits vor Einleitung des Überprüfungsverfahrens geschlossen worden, so konnten von Fehlern im Vergabeverfahren nachteilig betroffene Dritte früher nur Schadensersatzansprüche geltend machen. Nach

der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften sind auch faktische Vergaben nunmehr als ungültig zu werten.

Schließlich haben das europäische Vergaberecht und in der Folge die nationale Regelung für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte den Kreis der zur Anwendung dieses Rechtes verpflichteten Adressaten erheblich ausgeweitet, da sich das europäische Recht in Anlehnung an den Begriff des *service public* im französischen Recht vorrangig daran orientiert, ob die Vergabe der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, und nicht wie das frühere deutsche Recht an der formalen Verpflichtung zur Beachtung des Haushaltsrechts und damit an der formalen Zuordnung des Vergabeträgers anknüpft. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für öffentlich-rechtliche Rechtsträger, sondern auch für Unternehmen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben bedienen.

Da der deutsche Gesetzgeber sich nicht insgesamt von der herkömmlichen Zuordnung des Vergaberechts zum Haushaltsrecht trennen wollte und er die Trennung nur dort vorgenommen hat, wo dies aufgrund der europäischen Vorgaben unvermeidbar war, ist es für alle Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte bei dem haushaltsrechtlichen Ansatz geblieben. Demnach findet das auch dort zu beachtende Vergaberecht weiter seine Grundlage in der allgemeinen Verpflichtung der Verwaltung zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Ob im Vergabeverfahren benachteiligte Konkurrenten nunmehr in diesem Bereich keinen effektiven Rechtsschutz erlangen können, ist fraglich.

Die Aufteilung - orientiert an den Schwellenwerten - ist unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Da sich der Auftragswert oftmals nicht exakt im Voraus abschätzen lässt, kann die Wertgrenze unterlaufen und damit eine gerichtliche Überprüfung verhindert werden. Meines Erachtens wird das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG umso schneller zu einer Gleichstellung im Rechtsschutz führen, je effektiver die Gerichte sich mit Vergabefehlern befassen und daraus Konsequenzen für die Ordnung des Wettbewerbs ziehen. Es kann nur die Frage sein, mit welcher Geschwindigkeit sich das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluss des europäischen Rechts weiter entwickeln wird.

Einen ersten Ansatz hierzu bietet eine neuere Entwicklung in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte. So haben das OVG Koblenz (Beschluss vom 25. Mai 2005 - 7 B 10356/05) und das OVG Münster (Beschluss vom 20. September 2005 - 15 E 1188/05) einen früher verworfenen Ansatz wieder aufgenommen und die Vergabeentscheidung als Verwaltungsakt qualifiziert,

gegen den Drittbetroffene Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Anspruch nehmen können. Ob sich diese in der Fachliteratur umstrittene Rechtsauffassung durchsetzen wird, oder ob, wie wiederholt gefordert, letztlich der Gesetzgeber eine eigenständige Regelung schaffen wird, ist noch offen.

5. Aufgabe der Rechnungshöfe

Die Zweispurigkeit des Vergaberechts und die Vielzahl der zu beachtenden Vorschriften führen bei den Anwendern zu erheblichen Verunsicherungen. Vor diesem Hintergrund sind besondere Anstrengungen, insbesondere auch der Rechnungshofs, erforderlich, um dem Vergaberecht die notwendige Beachtung zu verschaffen.

Bei allen durch das Recht verpflichteten Trägern öffentlicher Aufgaben muss das Bewusstsein für die Auswirkungen von Vergabebefehlen gestärkt werden. Die Prüfungserfahrung hat gezeigt, dass Hinweise in Verwaltungsvorschriften nicht ausreichen, um ein entsprechendes Bewusstsein zu bilden. Deshalb kann eine Prüfungstätigkeit der Rechnungshöfe hier einiges bewirken, bei der als Ergebnisse von Einzelprüfungen Fehler im Vergabeverfahren, ihre Ursachen und ihre Auswirkungen offen gelegt werden. Mag die betroffene Verwaltung im Einzelfall nicht überzeugt werden können, dass sie rechtsfehlerhaft und in aller Regel auch unwirtschaftlich gehandelt hat, so muss ihr jedoch zumindest deutlich werden, dass ihr im sich verschärfenden Wettbewerb, an dem sich nicht nur die ihr vertrauten Bieter aus der Region beteiligen, Verzögerungen bei der Verwirklichung ihrer Vorhaben infolge von Rechtsstreitigkeiten und evtl. erhebliche Schadensersatzforderungen von zu Unrecht übergangenen Teilnehmern am Wettbewerb drohen können.

Zu intensivieren ist deshalb die klassische Prüfungstätigkeit, im Rahmen derer untersucht wird, ob die geprüften Einrichtungen bei der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen rechtmäßig gehandelt haben, d.h. auch, ob sie das Vergaberecht überhaupt, und wenn ja, fehlerfrei angewandt haben.

Dies setzt mit Rücksicht auf das sehr differenzierte und zudem - wie dargestellt - zweispurige Rechtssystem, bei dem Vorschriften aus zahlreichen unterschiedlichen Regelwerken zu beachten sind, ein besonderes Maß an Qualifikation der Prüfer voraus. Sie müssen nicht nur über rechtliche Grundkenntnisse verfügen, um erkennen zu können, ob bestimmte Vergabeformen geboten

waren und welche Kriterien in einem Verfahren und bei der Wertung der Angebote nicht beachtet wurden.

Um diese Fragen zutreffend beantworten zu können, müssen sie auch über Fachkenntnisse im Bereich des Gegenstandes des Vergabeverfahrens verfügen, soll die Prüfung nicht rein formularer Natur sein.

Da der Wert der zu vergebenden Leistungen weitgehend die Art des Vergabeverfahrens mitbestimmt, ist der Inhalt des Leistungsverzeichnisses von besonderer Bedeutung. Sind die ihm zugrunde liegenden Massen nicht richtig ermittelt, ist die geforderte Qualität nicht richtig beschrieben oder ist der Umfang der geforderten Leistungen nicht hinreichend deutlich festgelegt, so sind Fehler bei der Wahl des Verfahrens wie bei der Wertung der Angebote die Folge. Unzulässige Nachverhandlungen und unwirtschaftliche Nachtragsvereinbarungen stellen in derartigen Fällen die Ernsthaftigkeit des Wettbewerbs überhaupt in Frage und eröffnen Möglichkeiten zu Manipulationen.

Auch soweit nicht der Preiswettbewerb, sondern der Leistungswettbewerb Gegenstand der Prüfung ist, sind nicht nur Verletzungen des europäischen Vergaberechts, sondern auch Fragen der Wirtschaftlichkeit von Bedeutung. Betroffen sind Bereiche, in denen Honorarordnungen das Entgelt bestimmen. Für die Wirtschaftlichkeit der Vergabe von Beratungsleistungen ist eine genaue Beschreibung auch nötig, um Überschneidungen mit Aufgaben, die der Auftraggeber selbst erfüllen kann oder die verschiedenen Auftragnehmern wie Architekten, beratenden Ingenieuren etc. übertragen werden sollen, zu vermeiden. Solche Überschneidungen sind immer unwirtschaftlich, denn sie lösen nicht nur eine doppelte Verpflichtung zur Zahlung der Vergütung aus. Nach meinen Erfahrungen verlässt sich häufig ein Leistungspflichtiger auf den anderen, so dass letztlich die Aufgabe insgesamt von keinem der Pflichtigen im notwendigen Maße erfüllt wird.

Deshalb müssen die Rechnungshöfe zunächst für die Qualifizierung ihrer Prüfer nicht nur im Bereich des Vergaberechts, sondern auch auf fachlich-technischem Gebiet sorgen. Dies geschieht durch die Organisation von eigenen und die Teilnahme an externen Fortbildungsmaßnahmen. Darüber hinaus hat zum Beispiel der Rechnungshof Rheinland-Pfalz einen Fachingenieur angestellt, der die Planung und Vergabe von haustechnischen Gewerken beurteilen kann.

Die Ergebnisse der Einzelprüfungen werden aber kaum ausreichen, um auf die allgemeine Meinungsbildung einwirken zu können. Denn die festgestellten Mängel werden immer als Fehler dem Einzelfall zugerechnet werden. Deshalb ist, auch wenn mit Rücksicht auf die vorhandenen Prüfungskapazitäten und die weiteren von den Rechnungshöfen zu erfüllenden Aufgaben immer nur stichprobenweise geprüft werden kann, meines Erachtens eine Intensivierung der Zahl der Prüfungen von Vergabeverfahren geboten. Typische Fehler können Regierung und Parlament dann in einem Sonderbericht dargestellt werden, der die Grundlage für eine umfassende öffentliche Diskussion und für Abhilfemaßnahmen bieten kann.

Der Rechnungshof Rheinland-Pfalz stellt regelmäßig in seinem Jahresbericht schwerwiegende Mängel in Vergabeverfahren und bei den unterschiedlichsten Trägern öffentlicher Verwaltung dar. Darüber hinaus hat er in einem Kommunalbericht, der vorrangig der Beratung der Gemeinden und Gemeindeverbände aus der bei mehreren Prüfungen gewonnenen Erfahrung des Rechnungshofs dient, auf die Probleme bei der Wahrnehmung von Bauherrenaufgaben, insbesondere durch kleinere Verwaltungseinheiten, hingewiesen. Auch dort wurde auf Probleme bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eingegangen.

Unabhängig von der Diskussion um die einzelnen Vergabefälle haben die zuständigen Landesbehörden Konsequenzen grundsätzlicher Art aus den Feststellungen des Rechnungshofs gezogen und Anstrengungen eingeleitet, um die Ausbildungsdefizite der Verwaltung im Bereich des Vergabewesens auszugleichen.

Darüber hinaus müssen die Rechnungshöfe auch darauf hinwirken, dass die für die Rechtsaufsicht, insbesondere die Kommunalaufsicht, zuständigen Behörden verstärkt für die Beachtung des Vergaberechts sorgen. Dabei könnte im Bereich der Zuwendungen die bereits beschriebene Möglichkeit der Rückforderung oder der Kürzung der bewilligten Zuwendungen bei schwerwiegenden Rechtsverletzungen ein effektives Mittel sein. Ob dies nicht sogar dort zwingend geboten sein wird, wo Wettbewerbsverstöße zu einer Verletzung der europäischen Grundfreiheiten oder des europäischen Förderrechts führen, bedarf der weiteren Diskussion.

Eine weitergehende Anregung, die Rechnungshöfe wegen ihrer besonderen Fachkunde zu verpflichten, Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte schon auf Antrag der Verfahrensbeteiligten einer Kontrolle zu unterziehen,

zeugt zwar von großem Respekt vor deren Kompetenz; ihr muss aber meines Erachtens eine Absage erteilt werden. Bei Umsetzung dieses Vorschlags würden die Rechnungshöfe einen Teil ihrer durch Verfassung garantierten Unabhängigkeit verlieren. Wesentliches Element der Unabhängigkeit ist die Befugnis, Art und Umfang der Durchführung der Finanzkontrolle selbst zu bestimmen. Schon wegen der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Ressourcen ist eine flächendeckende Vergabekontrolle nicht möglich. Vorzuziehen ist deshalb eine Ausdehnung des Rechtsschutzes. Anzumerken bleibt, dass die Bestrebung, den Rechnungshöfen zusätzliche Aufgaben neben denen der Finanzkontrolle zu übertragen, in zahlreichen weiteren Bereichen besteht. Würde dem jeweils entsprochen, so träte der Verfassungsauftrag in den Hintergrund und die Rechnungshöfe erhielten eine völlig neue Funktion.

6. Neuere Entwicklungen des Vergaberechts

Da das Vergaberecht als zu schwerfällig und kompliziert empfunden wird, hat die EU Teile davon neu geregelt (Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vom 31. März 2004). Bundesrechtliche Initiativen haben bisher noch nicht zu den angestrebten weitgehenden Änderungen geführt. Deshalb gelten die EU-Richtlinien seit dem 1. Februar 2006 unmittelbar.

Die Rechnungshöfe verschließen sich nicht den Bestrebungen zur Vereinfachung des sehr komplexen Vergaberechts. Sie warnen jedoch davor, dass Transparenz und Vorteile des Wettbewerbs verloren gehen können.

Deshalb hat die Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder im Mai 2005 beschlossen:

1. Die Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder stellt fest, dass die geplante Änderung des Vergaberechts vorsieht, den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung vor den anderen Vergabearten, insbesondere der freihändigen Vergabe, aufzugeben. § 30 des Haushaltsgrundsätzegesetzes soll nach dem Entwurf künftig lauten:

"Der Abschluss von Verträgen zur Beschaffung von Waren, Bau- und Dienstleistungen muss so wettbewerblich und transparent erfolgen, wie es die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände ermöglichen".

2. Die Rechnungshöfe haben aufgrund von Prüfungserfahrungen wiederholt festgestellt, dass eine öffentliche Ausschreibung dem wirtschaftlichen Einsatz von Haushaltsmitteln am ehesten Rechnung trägt.

Die Konferenz ist besorgt, dass mit der Änderung des Vergaberechts gegen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sowie insbesondere gegen die Transparenz der Vergabe und die mit dem geltenden Vergaberecht bezweckte Korruptionsprävention verstoßen wird.

3. Die Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder hält es für notwendig, den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung aufrecht zu erhalten.

Auch vor diesem Hintergrund werden Prüfungen im Bereich des Vergaberechts weiterhin von besonderer Bedeutung bleiben.

7. Zusammenfassung

Vergaberecht galt in Deutschland als administratives Binnenrecht mit dem Ziel, beim Umgang mit öffentlichen Mitteln die haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit durchzusetzen.

Unter dem Einfluss der EU-Vergaberichtlinien wurde das Recht für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte der Richtlinien dem Wettbewerbsrecht zugeordnet. Es hat sich insofern vom Binnenrecht zum Außenrecht gewandelt. Unterhalb der Schwellenwerte ist es bei der Zuordnung zum Haushaltsrecht geblieben.

Folgen der Rechtsänderung im EU-relevanten Bereich sind

- die Begründung subjektiver Rechte für Teilnehmer am Wettbewerb und
- eine Ausweitung der Zahl der zur Beachtung des Vergaberechts verpflichteten Rechtsträger.

Prüfungen der Rechnungshöfe haben gezeigt, dass die zur Beachtung des Vergaberechts Verpflichteten die Rechtsmaterie eher als Hindernis bei der Verfolgung wirtschaftlicher Ziele verstanden haben. Diese Vorbehalte sowie die Komplexität des Rechts haben häufig zu seiner Missachtung und zu erheblichen Fehlern geführt.

Vor dem Hintergrund der geänderten Rechtslage muss bei den Anwendern das Verständnis für die Bedeutung des Vergaberechts gestärkt und auf die Folgen von Fehlern bei der Verwirklichung von Vorhaben, insbesondere Verzögerungen und Schadensersatz, hingewiesen werden. Dies kann durch eine Intensivierung der Prüfungstätigkeit der Rechnungshöfe im Vergabebereich, Hinweise auf wiederkehrende typische Fehler in beratenden Gutachten und die Forderung nach Streichung oder Kürzung von Zuwendungen bei schwerwiegenden Rechtsfehlern - auch wenn diese keinen nachweisbaren wirtschaftlichen Nachteil zur Folge haben - gefördert werden.