

C Vergaberecht

Vertrauensschutz und Verkehrssitte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Dr. Ralf Rittwage*

	Seite
1. Einleitung	302
2. Rückblick auf die bisherige Rechtsprechung zum Vertrauensschutz	303
(a) OLG Dresden.....	304
(b) OLG Düsseldorf.....	304
(c) Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht	305
3. Einbeziehung der Verkehrssitte.....	305
4. Bewertung und Abgrenzung.....	306
(a) Relevanz des Bindungswillens	307
(b) Subjekt des Bindungswillens.....	307
(c) Zeitliche Betrachtung	308
(d) Räumlicher Wirkungskreis.....	308
(e) Zwischenergebnis.....	310
5. Verhältnis von Egalität und Legalität im Vergaberecht.....	311
(a) Legitimer Zweck.....	313
(b) Geeignetheit.....	313
(c) Erforderlichkeit.....	314
(d) Angemessenheit	314
6. Ergebnis	316

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei *Pietschmann Rechtsanwälte* in Berlin.

1. Einleitung

In Vergabeverfahren kommt es regelmäßig vor, dass die Vergabestelle entgegen ihrer langjährigen rechtswidrigen Vergabepaxis plötzlich im Einzelfall abweichend und rechtmäßig entscheidet – eine Problemstellung, die in der bisherigen Rechtsprechung über den Vertrauensschutz der Bieter gemäß § 242 BGB gelöst wurde. Dabei haben die Nachprüfungsinstanzen konträre Ansichten vertreten, so dass ein genereller Lösungsansatz nicht herausgebildet werden kann und eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen wurde. Ein schutzwürdiges Vertrauen der Bieter wurde vom *OLG Düsseldorf* grundsätzlich anerkannt und nach der Gegenmeinung des *OLG Dresden*² sowie des *Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts*³ generell abgelehnt.

Der Verfasser vertritt hingegen die Ansicht, dass für die rechtliche Einordnung der Problemstellung die Rechtsfigur des Vertrauensschutzes nicht gebraucht wird, wenn eine einschlägige Verkehrssitte bzw. eine vergaberechtliche Übung festgestellt werden kann. Dann kommt es darauf an, ob der Auftraggeber eine Abweichung von dem Üblichen hinreichend klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht hat; vgl. § 7 VOB/A, § 8 EG VOL/A, § 6 VOF. Diese Ansicht hat auch das *OLG Düsseldorf* im Beschluss vom 20.10.2008 vertreten und deshalb von einer Divergenzvorlage an den BGH gemäß § 124 Abs. 2 GWB abgesehen.⁴

In diesem Aufsatz wird die bisherige Rechtsprechung dargestellt und kritisch bewertet. Zugleich wird eine Antwort auf die in der vorgenannten Entscheidung des *OLG Düsseldorf*⁵ offen gebliebenen Rechtsfrage, ob und unter welchen Voraussetzungen im Vergaberecht ausnahmsweise ein Anspruch auf »Gleichheit im Unrecht« besteht, gegeben.

1 Vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschlüsse vom 20.03.2003 und 28.05.2003 – Verg 8/03, *VergabeR* 2003, 461.

2 Vgl. *OLG Dresden*, Beschluss vom 08.11.2002 – *WVerg* 18/02, abrufbar unter www.ibronline.de.

3 Vgl. *Schleswig-Holsteinisches OLG*, Beschl. v. 14.12.2004 – 6 *Verg.* 4/04, *BeckRS* 2005. 00351.

4 *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 20.10.2008 – *Verg* 41/08, S. 18, *VergabeR* 2009, 228.

5 Vgl. Fn. 4.

2. Rückblick auf die bisherige Rechtsprechung zum Vertrauensschutz

Grundlage eines Vertrauensschutzes der Bieter ist eine Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers. In Vergabeverfahren entsteht schon mit der Veröffentlichung der Bekanntmachung eine Selbstbindung des Auftraggebers, die nicht ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden kann. Denn die Aufhebung der Ausschreibung ist nur zulässig in den engen Ausnahmefällen der §§ 26, 26a VOB/A, § 17 VOL/A, § 20 EG VOL/A deren Vorliegen von den Bietern gerichtlich überprüft werden kann⁶. Die aufgrund der Bekanntmachung entstandene Selbstverpflichtung konkretisiert sich durch die Aufforderung zur Angebotsabgabe in Verbindung mit der Überlassung der Vergabeunterlagen: Der Auftraggeber gibt den interessierten Unternehmen zu verstehen, dass er ihre Angebote auf der Grundlage dieser Unterlagen werten wird (Selbstbindung), und die Bieter verlassen sich auf diese Zusage des Auftraggebers sowie auf die Beständigkeit der Verdingungsunterlagen für die anstehende Vergabe⁷. Diese Konkretisierung der Selbstbindung des Auftraggebers hat zur Folge, dass Änderungen der Verdingungsunterlagen während des laufenden Verfahrens nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind⁸.

Jedoch sind grundlegende Verfahrensentscheidungen in ihren Wirkungen nicht immer auf ein einzelnes Beschaffungsvorhaben beschränkt, sondern Ausdruck einer generellen Vergabepaxis des öffentlichen Auftraggebers. Aus der Retrospektive kann der in vorangegangenen Verfahren geäußerte Wille des Auftraggebers rechtliche Unabhängigkeit vom Einflussbereich der damaligen Leistungsbeschreibung und somit bleibende Gültigkeit für nachfolgende Ausschreibungen erlangen. Dieses Phänomen wurde in der vergaberechtlichen Entscheidungspraxis bisher kontrovers behandelt, wie der folgende Rückblick verdeutlicht.

6 Vgl. BGH, Beschluss vom 18.2.2003 – Az.: X ZB 43/02, VergabeR 2003, 313.

7 Vgl. Bundeskartellamt, Beschluss vom 27. März 2007 – VK 2-18/07, dort Seite 12 ff., abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de.

8 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2008 – Az.: VII – Verg 15/08, abrufbar unter: www.ibr-online.de; BKartA, 2. VK Bund, Beschluss vom 21.09.2009 – Az.: VK 2 – 126/09, S. 37 ff., abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de.

(a) OLG Dresden

Bereits im Jahre 2002 entschied das *OLG Dresden*, dass die Antragstellerin, welche durch eine abweichende Ausfüllung des Angebotsschreibens (EVM (B) Ang) unzulässigerweise die Verdingungsunterlagen geändert habe, sich nicht darauf berufen könne, ihr Angebotsverhalten entspreche einem im Verhältnis zur Antragsgegnerin ständig praktizierten und von dieser stets akzeptierten Verfahren⁹. Es sei mit den Gleichbehandlungs- und Transparenzgeboten des § 97 GWB unvereinbar, den individuellen Kenntnisstand des einzelnen Bieters über eine rechtswidrige Verwaltungspraxis der Vergabestelle zu berücksichtigen¹⁰.

(b) OLG Düsseldorf

Nur wenige Monate später lag dem *OLG Düsseldorf* der Nachprüfungsantrag eines Bieters vor, der seinem Angebot das – entgegen der Forderung in der Ausschreibung nicht ausgefüllte – Nachunternehmerformblatt mit dem Stempelaufdruck »wird nachgereicht« beigefügt hatte¹¹. Diese Vorgehensweise hatte die Vergabestelle in vorangegangenen Ausschreibungen seit mehreren Jahren nicht beanstandet und auch in diesem Verfahren zunächst die Antragstellerin aufgefordert, das Formblatt nachzureichen. Im Anschluss daran war jedoch ein Erlass des Landesministeriums ergangen, demzufolge Angebote wegen fehlender Erklärung über Nachunternehmerleistungen auszuschließen seien. Dem kam die Vergabestelle entgegen ihrer bisherigen Praxis nach und schloss das Angebot aus. Das *OLG Düsseldorf* sah den Ausschluss analog § 242 BGB als vergaberechtswidrig an und verlangte im Falle der Änderung einer über Jahre andauernden Vergabepaxis »eine entsprechende (rechtzeitige) Vorankündigung«¹² gegenüber dem Bieterkreis.

9 Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 08.11.2002 – WVerG 18/02, abrufbar unter www.ibr-online.de.

10 Vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 08.11.2002 – WVerG 18/02, abrufbar unter www.ibr-online.de.

11 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 20.3.2003 und 28.5.2003 – Verg 8/03, VergabeR 2003, 461.

12 OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 20.3.2003 und 28.5.2003- Verg 8/03, VergabeR 2003, 461.

(c) Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Im Dezember 2004 beurteilte das *Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht* das Vorbringen der Antragsteller, bei der Vergabestelle sei die Mitteilung von Nachunternehmererklärungen erst nach Angebotsabgabe »ständige Praxis« gewesen, als unbeachtlich, da ein Anspruch auf Fortsetzung einer rechtswidrigen Vergabepaxis nicht in Betracht kommen könne¹³. Wenn die Vergabestelle bezüglich des Nachunternehmereinsatzes keine Angaben fordern will, stehe ihr eine entsprechende Gestaltung der Verdingungsunterlagen frei. Wenn jedoch nach den Bewerbungsbedingungen eindeutig eine Nachunternehmererklärung vor Angebotsabgabe gefordert wird, müsse sich die Vergabestelle hieran festhalten lassen. Eine abweichende Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Nicht sachgerecht sei die Forderung, die Vergabestelle, die bisher die Nachreichung von Nachunternehmerangaben zugelassen hat, müsse mittels einer »rechtzeitigen Vorankündigung« gegenüber dem Bieterkreis klarstellen, dass dies künftig nicht mehr geschehen werde. Denn eine (europaweite) Ausschreibung müsse von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden werden können. Ein entsprechender Hinweis auf eine Änderung der bisherigen Vergabepaxis sei nach Ansicht des *Schleswig-Holsteinischen OLG* nur für »ortsnahe« Bieter plausibel, welche die bisherige faktische Vergabepaxis kennen, nicht aber für »ortsferne« Bieter, die auf die Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen vertrauten¹⁴.

3. Einbeziehung der Verkehrssitte

Einen anderen Lösungsansatz wählte das *OLG Düsseldorf* in der bereits in der Einführung angesprochenen Entscheidung¹⁵: Die Antragstellerin sollte wegen fehlender Angaben und Nachweise zur Prüfstelle für die Überwachung des Einbaus von Beton gem. DIN 1045-3 von der weiteren

13 Vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 14.12.2004 – 6 Verg. 4/04, BeckRS 2005. 00351.

14 Vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 14. 12.2004 – 6 Verg. 4/04, BeckRS 2005. 00351.

15 Vgl. Fn. 4.

Wertung ausgeschlossen werden. Jedoch fand sich in der Leistungsbeschreibung kein Hinweis darauf, dass diese Prüfstelle als Nachunternehmer anzusehen sei. Auch die Vergabeakten schwiegen zu diesem Thema. Dies sprach dafür, dass die Vergabestelle selbst bei der Ausschreibung davon ausgegangen war, dass die Prüfstelle nicht im Formblatt U anzugeben ist, und erst aufgrund der abweichenden Eintragungen von zwei Bietern ihre Meinung geändert hat. Darüber hinaus hatten insgesamt acht von zehn Bietern die Prüfstelle gem. DIN 1045-3 nicht als Nachunternehmer im Formblatt U eingetragen¹⁶. Dennoch wollte die Vergabestelle diese acht Angebote ausschließen, auch das des preisgünstigsten Bieters. Dieser machte im Nachprüfungsverfahren geltend, dass die Eintragung der Prüfstelle in das Formblatt U völlig unüblich sei und deshalb nach der bisherigen Verkehrssitte ohne einen ausdrücklichen Hinweis in der Leistungsbeschreibung nicht gefordert könne. Dieser Auffassung stimmten die Vergabekammer des Bundes und auch das OLG Düsseldorf zu.

4. Bewertung und Abgrenzung

Eine Selbstbindung der Verwaltung entsteht durch die in vergleichbaren Fällen eingehaltene und auch weiterhin beabsichtigte Entscheidungspraxis¹⁷. Somit setzt die Selbstbindung voraus, dass der Auftraggeber einen vorhandenen »Möglichkeitsraum freiwillig beschränkt«¹⁸.

Anders als die Selbstbindung ist die Verkehrssitte nicht Ausprägung der Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers, sondern Folge seines tatsächlichen Handelns. Denn die Verkehrssitte wird üblicherweise definiert als die tatsächliche Übung in den beteiligten Kreisen¹⁹. Nicht nur im § 157 BGB, sondern auch im § 242 BGB wirkt die Verkehrssitte. Nach der Konzeption des § 242 BGB sollte die Verkehrssitte Maßstab dafür sein, wie nach Treu und Glauben zu erfüllen war, also gewissermaßen einen

16 Vgl. BKartA, Beschluss v. 26.5.2008 – VK 2 49/08, S. 20, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de.

17 Vgl. Kopp/Ramsauer, § 40 VwVfG, 10. Auflage 2008, Rn. 25.

18 So im Zusammenhang mit der Selbstbindung Gottes: Hamm, *Promissio, pactum, ordinatio*, 1. Auflage 1977, S. 2.

19 Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 70. Auflage 2011, § 242, Rn. 4.

»Platzhalter für den gewöhnlichen Parteiwillen«²⁰ darstellen. Übertragen in den Kontext des Vergaberechts bedeutet dies die Berücksichtigung der *Üblichkeit* von Ausschreibungsbedingungen.

Die vergaberechtliche *Üblichkeit* wirkt als Verkehrssitte im Rahmen der normativen Auslegung *per se*, als unabhängig davon, ob der Erklärende oder der Erklärungsempfänger die Verkehrssitte kennen oder kennen müssen.²¹ Aus der vorstehenden grundsätzlichen Definition von Selbstbindung/ Vertrauensschutz einerseits und Verkehrssitte andererseits ergeben sich die folgenden Anwendungsvoraussetzungen.

(a) Relevanz des Bindungswillens

Die Freiwilligkeit der Selbstbindung in Bezug auf künftige Vergabeverfahren wird in der Praxis nicht immer einfach nachzuweisen sein. Wenn in einem konkreten Verfahren eine Entscheidung ansteht, wird der Auftraggeber sich in aller Regel gar keine Gedanken darüber machen, ob er sich selbst bindet, diese Entscheidung auch in künftigen Ausschreibungen genauso zu treffen. Einfacher ist der Nachweis der Verkehrssitte. Er kann beispielsweise durch Vorlage älterer vergleichbarer Vergabeunterlagen oder durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen gelingen. Dabei wird der Auftraggeber durch die Auslegung anhand der Verkehrssitte nicht in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt, da er von der Verkehrssitte abweichen darf, wenn er dies im Einzelfall konkret in der Leistungsbeschreibung eindeutig und nachvollziehbar erklärt.

(b) Subjekt des Bindungswillens

Wenn das Vertrauen der Bieter auf eine Selbstbindung des Auftraggebers argumentativ herangezogen wird, um die Fortgeltung einer Vergaberechtspraxis durchzusetzen, ist dies aus einem weiteren Grund problematisch: Denn diese Argumentation setzt voraus, dass der Auftraggeber seine Verfahrensentscheidungen stets einheitlich und gleichmäßig trifft. In der Praxis

20 Al-Shamari, Die Verkehrssitte im § 242 BGB, 1. Auflage 2006, S. 74.

21 Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992, S. 313 m.w.N.

bestehen die Vergabestellen jedoch regelmäßig aus verschiedenen Personen bzw. Abteilungen, die zudem noch unterschiedliche externe Berater mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung und der Angebotswertung beauftragen. Es stellt sich also die Frage nach dem Subjekt, welches sich freiwillig selbst bindet. Demgegenüber ist der persönliche Anwendungsbereich der Verkehrsritte durch die »beteiligten Kreise« objektiv zu bestimmen, ohne dass es auf den Bindungswillen eines bestimmten Rechtssubjektes ankommt.

(c) Zeitliche Betrachtung

Betrachtet man den zeitlichen Ablauf des Verfahrens so zeigt sich, dass es sich bei der Selbstbindung um einen neuen rechtsgeschäftlichen Vorgang handelt, der mit der freien Entscheidung des Auftraggebers erst beginnt. In Abgrenzung hierzu ist der Auftraggeber an die Verkehrsritte schon von vornherein *de facto* gebunden, ohne dass es einer entsprechenden Willensäußerung bedarf. Im Gegenteil hat der Auftraggeber die Möglichkeit, diese faktische Bindung mit einer in den Verdingungsunterlagen niedergelegten eindeutigen und nachvollziehbaren Willensäußerung auszuschließen. Auch diese zeitliche Betrachtungsweise zeigt, dass die Heranziehung der Verkehrsritte mehr Rechtssicherheit bietet als der Vertrauensschutz, weil nicht über die Ingangsetzung eines neuen Rechtsaktes gestritten werden muss, sondern lediglich die bestehende tatsächliche Übung.

(d) Räumlicher Wirkungskreis

Die Relevanz der räumlichen Einordnung eines verfahrenübergreifenden Vertrauensschutzes verdeutlicht die bereits unter 2.(c) angeführte Entscheidung des *Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht*, in der zwischen dem Vertrauen »ortsferner« und »ortsnaher« Bieter differenziert wurde.²² Diese vom *Schleswig-Holsteinischen OLG* vorgenommene Differenzierung zwischen »ortsnahen« Bietern, welche die bisherige faktische Vergabepaxis kennen, und »ortsfernen« Bietern, die auf die Einhaltung der Ausschrei-

²² Vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 14. 12.2004 – 6 Verg. 4/04, BeckRS 2005, 00351.

bungsbedingungen vertrauen, ist jedoch nicht sachgerecht. Denn gerade in europaweiten Vergabeverfahren kann nicht angenommen werden, dass Bieter aus bestimmten »ortsnahen« Regionen sich in der Vergangenheit häufiger an den Ausschreibungen beteiligt haben. Zudem kann es für die Auslegung der Ausschreibung maßgeblich nur auf den Adressatenkreis der Ausschreibung ankommen und nicht auf den tatsächlichen Bieterkreis. Unter diesem Blickwinkel haben alle Adressaten europaweit die gleiche Möglichkeit, sich über die Jahre mit der Entscheidungspraxis der Vergabestelle vertraut zu machen.

Richtig ist allerdings, dass im Verwaltungsrecht grundsätzlich das Prinzip der eigenverantwortlichen Ermessenseinräumung zugunsten örtlicher Verwaltungsbehörden gilt, demzufolge eine Selbstbindung nicht über »den örtlichen Bereich der betreffenden Behörde hinausreicht«²³. Dieses Prinzip soll aber dann durchbrochen werden, wenn »es sich der Sache nach um nicht örtlich gebundene und auch nicht in den Selbstverwaltungsbereich fallende Angelegenheiten handelt und eine andersartige Verwaltungspraxis von fast ausnahmslos allen Behörden mit offensichtlicher Billigung der gemeinsamen Aufsichtsbehörden und der letztverantwortlichen Regierungsstellen geübt wird.«²⁴ Somit kann das Eingreifen einer Selbstbindung von dem regionalen bzw. überregionalen Bezug des Einzelfalles abhängig sein, der nicht immer eindeutig festgestellt werden kann.

Zwar kann auch die Verkehrssitte sich regional unterscheiden, jedoch existiert hier eine eindeutige Abgrenzungsregel: Kommen unterschiedliche regionale Verkehrssitten in Betracht, so geht die am Ort der Erklärungsabgabe geltende vor²⁵. Somit wird die örtliche Abgrenzung der am Sitz der Vergabestelle tatsächlich bestehenden Übung leichter fallen als die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Vergabeverfahren lediglich den regionalen Selbstverwaltungsbereich betrifft oder auch für Bieter aus anderen Regionen interessant ist.

23 OVG Münster NJW 1979, 508.

24 OVG Münster NJW 1979, 508.

25 Mayer-Maly/Busche, in: Münchener Kommentar, 4. Auflage 2001, § 157 BGB, Rn. 23.

(e) Zwischenergebnis

Die Anwendung der Verkehrssitte bietet mehr Rechtssicherheit als die schwer fassbaren Rechtsfiguren der Selbstbindung sowie des Vertrauensschutzes. Systematisch erscheint eine Heranziehung des Vertrauensschutzes sogar unzulässig, wenn schon die Auslegung – gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Verkehrssitte – zu einer Bindung des Auftraggebers an das vergaberechtlich Übliche führt.

Allerdings kann die Verkehrssitte nicht rechtswidrig sein kann. Sie muss sich »organisch« in die Rechtsordnung einfügen²⁶, weil »Unsitten« nicht vom Recht gestattet werden.²⁷ Somit besteht bei der Anwendung der Verkehrssitte die klare Grenze der Rechtswidrigkeit.

Jedoch ist in diesem Zusammenhang die speziell vergaberechtliche Wertung zu beachten, die den §§ 9 VOB/A, 7 VOL/A, 8 EG VOL/A, 8 VOF zugrunde liegt: Der Auftraggeber muss in den Verdingungsunterlagen hinreichend deutlich machen, welche Angaben und Nachweise er von den Bietern erwartet. Will er dabei von dem vergaberechtlich Üblichen abweichen, muss er dies im Einzelfall konkret in der Leistungsbeschreibung eindeutig und nachvollziehbar erklären. Tut er dies nicht, kann sein in vorangegangenen Verfahren geäußerter Wille rechtliche Unabhängigkeit vom Einflussbereich der damaligen Leistungsbeschreibung und somit bleibende Gültigkeit für nachfolgende Ausschreibungen erlangen, ohne dass es auf die Frage der Rechtmäßigkeit vorangegangener Vergabeentscheidungen ankommt. Denn dann bildet die Auslegungsbedürftigkeit der aktuellen Ausschreibung den alleinigen rechtlichen Prüfungsmaßstab und die bisherige Verkehrssitte wird lediglich im Rahmen des Auslegung herangezogen.

Folglich stellt sich nur in den Fällen, in denen Auftraggeber seine Pflicht zur eindeutigen und vollständigen Ausschreibung in dem vorstehenden Sinne erfüllt hat, die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise ein Anspruch auf »Gleichheit im Unrecht« besteht. Erforderlich ist in diesem Kontext die richtige Bestimmung der Begriffe »Recht« und »Unrecht«. Diese Bestimmung erfolgt sogleich unter 5.

26 Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992, S. 314.

27 Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992, S. 314.

5. Verhältnis von Egalität und Legalität im Vergaberecht

In Art. 20 Abs. 3 GG stehen Gesetz und Recht gleichberechtigt nebeneinander.²⁸ Einerseits dürfen Verwaltung und Gerichte nicht aus Gründen der Gleichbehandlung uneingeschränkt an einer rechtswidrigen Praxis festhalten; andererseits darf man auch dem von der bisherigen Praxis Begünstigten nicht generell die Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz versagen.²⁹

Im Kontext des Vergaberechts bricht hier der Konflikt zwischen dem Interesse der Bieter an Egalität³⁰ sowie dem Interesse der Öffentlichkeit an der Legalität³¹ hervor. Hier könnte ein Normwiderspruch zwischen den »Ausschlussnormen«³² und den »Gleichheitsnormen«³³ bestehen. Ein Normwiderspruch setzt jedoch voraus, dass sich die Rechtsfolgen verschiedener unmittelbar anwendbarer Regeln inhaltlich widersprechen.³⁴ Der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB ist aber keine nach Tatbestand und Rechtsfolge konkret ausgestaltete und somit subsumtionsfähige Regel, sondern ein Grundsatz im Sinne eines Optimierungsgebots.³⁵ Optimierungsgebote gebieten, »dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert wird«.³⁶ Folglich kann kein Normwiderspruch bestehen.

In Betracht kommt aber ein Wertungswiderspruch aufgrund der Rechtsanwendung im Einzelfall. Wertungswidersprüche können zwischen einzelnen Sachverhalten auftreten und berühren die unterschiedlichsten Gesichtspunkte, wie zum Beispiel Gleichbehandlung, innerer Zusammenhang,

28 Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, 61. Auflage 2011, Art. 20 Abs. 3, Rn. 53.

29 Vgl. Pauly, JZ 1997, 647.

30 Gemeint sind die vergaberechtlichen Gleichheits- bzw. Gleichbehandlungsgrundsätze der § 97 Abs. 2 GWB, § 2 VOL/A, § 2 EG VOL/A, § 8 Nr. 1 VOB/A sowie das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

31 Gesetzesbindung der Vergabestellen sowie der Nachprüfungsinstanzen gemäß § 105 Abs. 1 GWB, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 97 Abs. 1 GG.

32 Vgl. § 25 VOB/A, § 16 VOL/A etc.

33 Vgl. Art. 3 Abs. 1 GG, § 97 Abs. 2 GWB, § 2 VOL/A, § 2 EG VOL/A, § 8 Nr. 1 VOB/A etc.

34 Vgl. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 1. Auflage 2004, S. 39 f.

35 Vgl. Burgi, NZBau 2008, 29 (31).

36 Alexy, Theorie der Grundrechte 1. Auflage 1985, S. 75.

Folgerichtigkeit.³⁷ Sie können vermieden werden, wenn für die Entscheidung im Einzelfall eine stillschweigende Kollisionsregel besteht, die im Wege der Abwägung³⁸ zwischen *Egalität* und *Legalität* einem dieser Grundsätze den Vorrang einräumt. Eine solche Kollisionsregel könnte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beinhalten, denn dieser Grundsatz hat eine besondere Bedeutung *einerseits* in der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Vertrauensschutz am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG und *andererseits* bei der Anwendung der speziellen Gleichbehandlungsgrundsätze im Vergaberecht. Deshalb soll die Eignung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als mögliche Kollisionsnorm im Folgenden untersucht werden.

Außerhalb des Vergaberechts hat das *BVerfG* bei der Prüfung des schutzwürdigen Vertrauens in die Fortführung einer rechtswidrigen Praxis am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen. Dabei hat es allerdings unterschieden zwischen Ungleichbehandlungen geringer Intensität und größerer Intensität; nur bei letzteren sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip in die Gleichheitsprüfung einzubeziehen.³⁹

Hingegen sprechen nach der im Vergaberecht gebotenen materiell-funktionalen Betrachtungsweise gute Gründe dafür, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Anwendung der vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze stets zu beachten ist. Denn dies ist erforderlich, um »per-se-Verbote« und die damit verbundenen starren Rechtsfolgen zu vermeiden.⁴⁰ Wenn die im Vergaberecht vorhandenen Regeln von den Vergabestellen nicht gleichmäßig angewendet werden, greift der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB ein, damit ein »*verhältnismäßiger Ausgleich*«⁴¹ der von den beteiligten Interessengruppen verfolgten Ziele sichergestellt ist.

37 Vgl. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 1. Auflage 2004, S. 51.

38 Zum Verhältnis von Abwägung und Auslegung vgl. Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 1. Auflage 2004, S. 50. Bumke sieht die Optimierungsgebote selbst als Kollisionsregeln zur Auflösung von Normwidersprüchen an, behandelt diese allerdings nicht im Zusammenhang mit Wertungswidersprüchen.

39 Vgl. BVerfG 91, 389 (401); Pauly, JZ 1997, 647; Pieroth/Schlink, Die Grundrechte, 25. Auflage 2009, S. 119.

40 Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Auflage 2008, § 97 Rn. 60.

41 Burgi, NZBau 2008, 29 (34).

Im Ergebnis kann es dahinstehen, ob die vom *BVerfG* vorgenommene Differenzierung auch im Anwendungsbereich der speziellen vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsätze berechtigt ist, weil in europaweiten Vergabeverfahren die plötzliche ungleichmäßige Anwendung einer »Angebotsausschlussnorm« regelmäßig eine erhebliche Belastung für den betroffenen Bieter beinhaltet. Es dürfte also regelmäßig eine Ungleichbehandlung größerer Intensität vorliegen und somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich sein. Aus vergaberechtlicher Sicht könnte mithin der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als stillschweigende Kollisionsregel angesehen werden.

(a) Legitimer Zweck

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss mit der plötzlichen Änderung einer jahrelangen Vergabepaxis zunächst ein legitimer Zweck verfolgt werden. Die »Angebotsausschlussnormen«, insbesondere § 25 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A, sind zwingend zu beachten, und zwar aus Gründen der Gleichbehandlung.⁴² Hierin liegt grundsätzlich ein legitimer Zweck.

Jedoch ist die Korrektur einer rechtswidrigen Verwaltungspraxis nur dann als legitimer Zweck anzusehen, wenn die neue Praxis einheitlich und gleichmäßig angewendet wird.⁴³ Dies kann in der Praxis der Auftragsvergabe problematisch sein, weil die Vergabestellen regelmäßig verschiedene externe Berater mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung und der Angebotswertung beauftragen. Es besteht also die Gefahr, dass die Rückkehr zur rechtmäßigen Vergabe uneinheitlich erfolgt und deshalb schon der legitime Zweck für die plötzliche Ungleichbehandlung der Bieter fehlt.

(b) Geeignetheit

Die Verwaltung ist »*rein faktisch ständig zum Missbrauch in der Lage, und andererseits kann sie rechtlich jederzeit zur Legalität zurückkehren*«. ⁴⁴ Der Hinweis auf das Legalitätsprinzip zur Rechtfertigung einer Ungleichbe-

42 Vgl. BGH NZBau 2003, 293 (295).

43 Vgl. Pauly, JZ1997, 647 (651).

44 Pauly, JZ1997, 647 (652).

handlung ist somit ungeeignet, wenn die Vergabestelle die Rechtswidrigkeit ihrer bisherigen Praxis schon aufgrund vorangegangener Ausschreibungen bzw. Nachprüfungsverfahren erkannt, aber nicht sogleich umgesetzt hatte. Selbstverständlich kann die Vergabestelle mit der Umstellung ihrer Praxis nicht so lange warten, bis ein ihr bekannter »unliebsamer« Bieter nach dem Submissionsergebnis das günstigste Angebot abgegeben hat. Aber auch abgesehen von diesem Extremfall ist die möglicherweise unterschiedliche bzw. zeitlich versetzte Handhabung durch die verschiedenen Abteilungen bzw. externen Berater in Erwägung zu ziehen. Das Legalitätsprinzip kann es nicht rechtfertigen, dass die Verwaltung »eine als rechtswidrig erkannte Praxis fortsetzt und nur im Einzelfall abweichend und rechtmäßig, insofern aus Sicht des betroffenen Bürgers willkürlich«⁴⁵ entscheidet.

(c) Erforderlichkeit

Die unverzügliche und gleichmäßige Änderung ist das mildeste Mittel für die Rückkehr zu einer rechtmäßigen Vergabepaxis und deshalb erforderlich. Ob Maßnahmen zur Vermeidung von für die Bieter unbilligen Härten zu ergreifen sind, ist eine Frage der Angemessenheit.

(d) Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung kommt es darauf an, wann das Vertrauen der Bieter auf die Fortführung einer rechtswidrigen Vergabepaxis ausnahmsweise schwerer wiegt als das Interesse der Allgemeinheit an der strikten Anwendung formaler Ausschlussgründe. Erst auf dieser letzten Prüfungsstufe wird also der Gedanke des Vertrauensschutzes relevant.

Das Vertrauen der Bieter wiegt im Abwägungsprozess immer schwerer als das Interesse der Allgemeinheit an der strikten Einhaltung von »Angebotsausschlussnormen«, wenn die Vergabestelle eine Angebotsausschlussnorm willkürlich anwendet. Willkür liegt vor, wenn es bei »der Art des Ein-

⁴⁵ Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 1. Auflage 2000, S. 274.

schreitens an jedem System fehlt«.46 Der Willkürverdacht liegt vor, wenn eine Ausschlussnorm in einem Verfahren angewendet und in einem anderen Verfahren gegenüber einem anderen Bieter nicht angewendet wird, wenn dieses andere Verfahren *gleichzeitig* oder *später* stattfindet. Denn in einer solchen Konstellation bestehen Gründe zu der Annahme, dass die Vergabestelle die Beauftragung gerade eines bestimmten Bieters vermeiden will, vielleicht aufgrund negativer Erfahrungen aus vorangegangenen Aufträgen. Es ist zu befürchten, dass es der Vergabestelle also gar nicht um die Erreichung gesetzlicher Zwecke geht, so dass das Legalitätsprinzip nicht betroffen ist. Freilich kann die Vergabestelle diese Befürchtung im Nachprüfungsverfahren entkräften, zum Beispiel anhand einer sorgfältigen Dokumentation der Entscheidungsgründe in transparenten Vergabeakten.

Wenn keine Willkür vorliegt, dürften die weiteren Vergabegrundsätze des § 97 GWB wesentliche Bedeutung für die in der Angemessenheitsprüfung vorzunehmende Abwägung haben. Denn diese beinhalten ebenfalls Optimierungsgebote.⁴⁷ Sie können und sollen folglich Art und Umfang des Interesses der Allgemeinheit an der Gesetzmäßigkeit der Vergabeentscheidung mitbestimmen. Die nach der hier vertretenen Ansicht entscheidende Frage der *vergaberechtlichen Üblichkeit* wird auch durch die Vergaberechtsgrundsätze des § 97 GWB gestützt. Es kann sich nämlich kein wirksamer Wettbewerb entfalten, wenn völlig unübliche Maßstäbe bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden. Es entstünde eine erhebliche Einschränkung des Wettbewerbs, wenn es darauf ankäme, ob einige wenige Bieter bereits in anderen Ausschreibungen Erfahrungen mit einer völlig unüblichen und auch unklar formulierten Angebotsbedingung gemacht haben.⁴⁸ Zudem erfordert auch das Gebot des transparenten Vergabeverfahrens, dass die Bieter auf unübliche Anforderungen ausdrücklich und rechtzeitig hingewiesen werden.

46 BVerwG DVBl. 1973, 639.

47 Vgl. Burgi, NZBau 2008, 29 (31).

48 So zutreffend: BKartA, Beschluss v. 26.5.2008 – VK 2 49/08, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de.

6. Ergebnis

Wenn eine in den Vergabeunterlagen erstmals und in Abweichung zur bisherigen Praxis gestellte Forderung nicht ausreichend klar und eindeutig ist, kommt es nach dem hier vertretenen Lösungsansatz grundsätzlich nicht darauf an, ob der Auftraggeber sich diesbezüglich bewusst und freiwillig binden wollte. Entscheidend ist vielmehr, ob die neue abweichende Vergabepaxis Anforderungen stellt, die nach dem gewöhnlichen Verständnis der am Vergabeverfahren Beteiligten *vergaberechtlich unüblich* sind. Dies ist im Rahmen der Auslegung der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu ermitteln.

Wenn die bisher übliche Vergabepaxis rechtswidrig war, ist der Konflikt zwischen dem Interesse der Bieter an Egalität und dem Interesse der Öffentlichkeit an der Legalität mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aufzulösen.