

Luther News, Februar 2009

Vergaberecht

Ulf-Dieter Pape und Dr. Henning Holz, LL.M.

Vergaberechtsreform 2009

Die Vergaberechtsreform ist beschlossen! Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 13. Februar 2009 dem im Dezember vom Bundestag verabschiedeten Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zugestimmt. Damit kann die Vergaberechtsreform nach einem langwierigen Gesetzgebungsprozess zeitnah nach Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten. Die damit verbundenen – teils erheblichen – Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) sollen zu einer deutlichen Vereinfachung des Vergaberechts oberhalb der EU-Schwellenwerte führen. Gleichzeitig werden aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung, die zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts geführt haben, korrigiert.

Im Folgenden sollen die wesentlichen Eckpunkte der Vergaberechtsreform dargestellt werden:

- Hervorzuheben ist die Einführung einer Sanktionierung rechtswidriger „de-facto-Vergaben“. Künftig ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung unmittelbar an ein Unternehmen vergibt, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Der Verstoß gegen die Ausschreibungspflicht muss – aus Gründen der Rechtssicherheit – innerhalb bestimmter Fristen in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden (§ 101 b GWB).
- Zur Verstärkung des „Mittelstandsschutzes“ soll nach § 97 Abs. 3 GWB künftig die marktübliche Aufteilung der zu vergebenen Leistung in Teil- und Fachlose die Regel sein. Dies gilt grundsätzlich auch für Unterauftragsvergaben im Rahmen von ÖPP-Projekten durch die Projektgesellschaft. Beabsichtigt der Auftraggeber eine gemeinsame Vergabe mehrerer Teil- oder Fachlose, muss er hierfür besondere wirtschaftliche oder technische Gründe anführen.
- Die Aufnahme einer Regelung in § 97 Abs. 4 GWB ermöglicht, bei der Auftragsvergabe unter bestimmten Voraussetzungen auch vergabefremde Kriterien (insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte) zu berücksichtigen. Diese zusätzlichen Anforderungen an den Auftragnehmer müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. In der Gesetzesbegründung wird beispielhaft die Begrenzung des Schadstoffausstoßes bei zu beschaffenden Fahrzeugen als zulässiger Umweltaspekt angeführt.
- Um den Unternehmen den Nachweis der Eignung zu erleichtern, können Auftraggeber Präqualifizierungssysteme einrichten oder zulassen (§ 97 Abs. 4a GWB). Den Bietern ist jedoch weiterhin die Möglichkeit einzuräumen, die Eignung durch Einzelnachweise zu belegen.



- Bei der Definition des Begriffs des öffentlichen Auftrags (§ 99 Abs. 1 GWB) und insbesondere der des öffentlichen Bauauftrags (§ 99 Abs. 3 GWB) wird die Erfüllung des eigenen Beschaffungsbedarfs des Auftraggebers als Voraussetzung stärker betont. Der Gesetzgeber greift damit – einem besonderen Anliegen der Kommunen entsprechend – korrigierend in die insbesondere vom OLG Düsseldorf vertretene „Ahlhorn“-Rechtsprechung zur Vergabepflichtigkeit von Grundstücksveräußerungen ein. Allein die Verwirklichung einer vom Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung soll noch keinen Beschaffungsbedarf des Auftraggebers begründen.
- Durch die Ergänzung des Ausnahmetatbestands des § 100 Abs. 2 lit. f GWB wird klargestellt, dass die Aufnahme von Kapital und Krediten durch öffentliche Auftraggeber keine öffentlichen Aufträge sind.
- Mit § 101 Abs. 6 GWB werden als neue Verfahrensarten die „elektronische Auktion“ sowie das „dynamische elektronische Verfahren“ in das nationale Recht integriert.
- Gesetzesrang erhält die – aktuell in § 13 VgV normierte – Pflicht des Auftraggebers, unterlegene Bieter (und nunmehr auch im Rahmen eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs nicht berücksichtigte Bewerber) darüber zu informieren, dass und aus welchen Gründen ihr Angebot keine Berücksichtigung finden soll (§ 101a GWB). Der Vertrag darf erst geschlossen werden, wenn der Auftraggeber diese Informationspflicht erfüllt hat und eine Frist von 15 bzw. bei Versendung per Fax oder auf elektronischem Wege von 10 Kalendertagen verstrichen ist. Dies dürfte in der Praxis zu einer Verkürzung der „Stillhaltefrist“ von derzeit 14 auf künftig 10 Kalendertage führen. Macht der Bieter den Verstoß gegen die Informationspflicht fristgemäß im Nachprüfungsverfahren geltend, so ist der Vertrag von Anfang an unwirksam.

Anders als ursprünglich vorgesehen enthält das Gesetz keine Ausnahmeregelungen zur sog. Inhouse-Vergabe sowie zur interkommunalen Zusammenarbeit. Der Gesetzgeber hat somit dem – berechtigten – Einwand Rechnung getragen, dass die ursprünglich geplante Neuregelung nicht mit der zum Inhouse-Geschäft ergangenen EuGH-Rechtsprechung vereinbar sei. Die Zulässigkeit von Inhouse-Geschäften und kommunalen Kooperationen ist also weiterhin nach Maßgabe der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen.

Wesentliche Änderungen betreffen auch den Bieterrechtsschutz im Rahmen von Nachprüfungsverfahren:

- Die für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags zu erfüllende Rügeobliegenheit des Bieters (§ 107 Abs. 3 GWB) wird weiter verschärft. Nunmehr erstreckt sich die Rügeobliegenheit auch auf solche Vergabeverstöße, die „in den Vergabeunterlagen erkennbar sind“. Der Bieter muss diese spätestens bis zum Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist rügen. Der Bieter ist also zur Vermeidung der Präklusionswirkung gehalten, nicht nur wie bisher die Bekanntmachung auf erkennbare Vergaberechtsverstöße zu überprüfen, sondern auch die gesamten Vergabeunterlagen.
- Teilt der Auftraggeber mit, einer Bieter rüge nicht abhelfen zu wollen, so muss der Bieter innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Mitteilung Nachprüfungsantrag erheben. Andernfalls ist der Antrag unzulässig. Mit dieser Ausschlussfrist für den Nachprüfungsantrag wird ein „Sammeln von Rügen“ bis zur Vergabeentscheidung verhindert.
- Schließlich ist für das Nachprüfungsverfahren auch eine Neuregelung zur Kostentragung im Falle der Antragsrücknahme durch einen Bieter vorgesehen. Der Bieter hat in diesem Fall nunmehr auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle sowie von beigeladenen Unternehmen zu erstatten.

Mit der Novellierung des GWB und der VgV gehen zudem grundlegende Überarbeitungen der Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF einher. Die Neuregelungen werden nicht für bereits laufende Vergabeverfahren gelten.

Fazit

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts führt zu erheblichen Änderungen des materiellen Vergaberechts und des Rechtsschutzsystems oberhalb der EU-Schwellenwerte. Während auf der einen Seite erstmals eine Sanktionierung von rechtswidrigen de-facto-Vergaben vorgesehen ist, um Vergaben „im stillen Kämmerlein“ zu verhindern, wird auf der anderen Seite der Bieterschutz durch eine Verschärfung der Rügeobliegenheit und die zusätzliche Einführung von Ausschlussfristen eingeschränkt. Es bleibt abzuwarten, ob sich damit tatsächlich das Auftraggeberinteresse an frühzeitiger Rechtssicherheit verwirklichen lässt. Möglicherweise erweisen sich die Neuregelungen auch als „Eigentor“, weil sich somit die Bieter frühzeitig und unabhängig von einer konkreten Chance der Auftragserteilung zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gezwungen sehen könnten.

Für weitere Informationen zu Auswirkungen der Vergaberechtsreform sowie für alle weiteren Fragen zum Vergaberecht stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Kontakte

Hannover



Ulf-Dieter Pape
Rechtsanwalt
Dipl. Verwaltungswirt
Partner

ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com
+49 (511) 5458 17627

Hannover



Dr. Henning Holz, LL.M.
Rechtsanwalt
Senior Associate

henning.holz@luther-lawfirm.com
+49 (511) 5458 15021

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Vergaberecht steht Ihnen Herr Ulf-Dieter Pape, Telefon +49 (511) 5458 17627, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com, zur Verfügung.

Copyright

Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln,
Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com
V.i.S.d.P.: Ulf-Dieter Pape, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Sophienstraße 5, 30159 Hannover,
Telefon +49 (511) 5458 17627, Telefax +49 (511) 5458 110, ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

