

Luther News, 24. Februar 2009

Vergaberecht

Vergaberechtsreform 2009 und Konjunkturpaket II

Das Vergaberecht ist derzeit mächtig in Bewegung: Nach der Vergaberechtsreform, die am 13. Februar 2009 durch den Bundesrat verabschiedet wurde, ist nunmehr auch das „Konjunkturpaket II“ beschlossen.

Zum einen hat somit der Bundesrat dem im Dezember vom Bundestag verabschiedeten Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zugestimmt. Damit kann die Reform des GWB-Vergaberechts nach einem langwierigen Gesetzgebungsprozess zeitnah nach Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten. Zum anderen ermöglichen die Beschlüsse zum Konjunkturpaket II eine vereinfachte Durchführung von Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte.

GWB-Novelle

Die mit der Vergaberechtsreform 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.

Die wesentlichen Eckpunkte der Vergaberechtsreform sind:

- Die Sanktionierung rechtswidriger „de-facto-Vergaben“ wurde präzisiert. 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 jedoch – aus Gründen der Rechtssicherheit – innerhalb be-

stimmter Fristen in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden (§ 101 b GWB), ansonsten ist der Vertrag rechtswirksam geschlossen. Eine gleichsam automatische Nichtigkeitsfolge der Vergabe besteht nicht (mehr).

- Zur Verstärkung des „Mittelstandsschutzes“ soll nach § 97 Abs. 3 GWB künftig die Aufteilung der zu vergebenden Leistung in Teil- und Fachlose die Regel sein. Dies gilt grundsätzlich auch für Vergaben im Rahmen von ÖPP-Projekten – nicht nur im Verhältnis zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner, sondern auch zwischen diesem und seinen Nachunternehmern. 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 es unter bestimmten Voraussetzungen, bei der Auftragsvergabe 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.
- Die bislang schon bestehende Möglichkeit einer Präqualifikation über zentrale Präqualifizierungssysteme (z.B. Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.) ist nunmehr in § 97 Abs. 4a GWB aufgenommen worden. Bieter haben jedoch weiterhin die Möglichkeit, ihre 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 einen etwaigen Verstoß gegen die Informationspflicht fristgemäß im Nachprüfungsverfahren geltend, so ist der Vertrag von Anfang an unwirksam.
- Die für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags zu erfüllende Rügeobliegenheit des Bieters (§ 107 Abs. 3 GWB) wird weiter verschärft. Diese erstreckt sich nunmehr 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 nach bisherigem Gesetzeswortlaut die *Bekanntmachung* auf erkennbare Vergaberechtsverstöße zu überprüfen, sondern auch die gesamten Vergabeunterlagen.
- Teilt der Auftraggeber mit, einer Biiterrüge 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 ausdrückliche Regelung zur Kostentragung im Falle der Antragsrücknahme durch einen Bieter vorgesehen (§ 128 Abs. 4 S. 3 GWB). 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.

Konjunkturpaket II

Ebenfalls am 13. Februar 2009 hat der Bundestag das Konjunkturpaket II verabschiedet. Der Bundesrat hat am 20. Februar 2009 zugestimmt. Eines der Kernstücke des Konjunkturpaketes II ist die Beschleunigung von Investitionen durch die Ermöglichung erleichterter Vergaben. Befristet auf zwei Jahre werden aus diesem Grund die Schwellenwerte für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben (jeweils ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb) wie folgt angepasst:

- Für Bauleistungen sind beschränkte Ausschreibungen bis zu einem Auftragswert von 1 Mio. € zulässig.
- Freihändige Vergaben von Bauleistungen können bis 100.000 € Auftragswert vorgenommen werden.
- Für Dienst- und Lieferleistungen beträgt der neue Schwellenwert einheitlich 100.000 € für freihändige Vergaben und beschränkte Ausschreibungen.

Unterhalb dieser Schwellenwerte können die Vergabestellen ohne Nachweis eines Ausnahmestandes die benannten Verfahrensarten wählen.

Diese Neuregelungen gelten – da das Konjunkturpaket II keine Änderungen der vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen (GWB, VgV) enthält – nur für Vorhaben des Bundes und nur unterhalb der allgemeingültigen Schwellenwerte nach § 3 VgV. Auf Landesebene sind entsprechende Umsetzungsakte erforderlich.

Erste Bundesländer sind der Aufforderung der Bundesregierung bereits gefolgt und haben die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen, um die Beschlüsse des Konjunkturprogramms II auf Länderebene durchzusetzen. So hat Nordrhein-Westfalen bereits Anfang Februar einen gemeinsamen *Runderlass* mehrerer Ministerien zur Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachungen im Vergaberecht herausgegeben.

Niedersachsen setzt das Konjunkturprogramm durch Verabschiedung eines niedersächsischen *Zukunftsinvestitionsgesetzes* vom 20.2.2009 im Rahmen eines Nachtragshaushaltes um und erlässt spezifische Förderrichtlinien. Weitere Bundesländer werden demnächst folgen. Schleswig-Holstein plant für Anfang März, konjunkturelle Maßnahmen mittels einer *Rahmenrichtlinie* auf Basis bestehender Förderverfahren zu ergreifen.

Flankierend zum Konjunkturpaket II, das nur für den Bereich nationaler Vergaben gilt, lässt die EU-Kommission nach einer Mitteilung vom 19. Dezember 2008 eine erhebliche Verfahrensverkürzung von EU-weiten Vergaben (d.h. oberhalb der Schwellenwerte) zu. Die Kommission erkennt dabei ebenfalls die „Dringlichkeit“ der Durchführung öffentlicher Investitionen aufgrund der aktuellen Wirtschaftslage als grundsätzliche Rechtfertigung für „beschleunigte (Vergabe-)Verfahren“ an.

Solche Verfahren erlauben eine *Verkürzung der Frist für Teilnahmeanträge* von 37 auf zehn Tage (bei elektronischer Übermittlung der Vergabebekanntmachung, andernfalls 15 Tage). Weiterhin kann die *Angebotsfrist* von 40 auf zehn Tage herabgesetzt werden. Geht man sodann von einer *Wartefrist* von zehn Tagen vor Zuschlagserteilung aus (siehe § 101 a GWB – Übermittlung der Vorinformation per E-Mail oder Fax), kann somit die Verfahrensdauer theoretisch auf 30 Tage – statt 87 Tage – verkürzt werden. Gleichwohl sollte auch hierbei mit Augenmaß verfahren werden, um dennoch qualitativ hochwertige Angebote erzielen zu können.

Des Weiteren wurde der haushaltsrechtliche Schwellenwert für sog. „kleine Baumaßnahmen“ (u. a. § 54 BHO) von 1 Mio. € auf 5 Mio. € erhöht. Dies hat zur Folge, dass Maßnahmen bis zu diesem Wert bereits begonnen werden können, ohne dass bereits ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen müssen.

Ausblick Novellierung VOB/A 2009

Mit der Novellierung des GWB und der VgV gehen zudem grundlegende Überarbeitungen der Verdingungsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF einher. Für den Bereich der Bauleistungen hat der deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) bereits am 25. November 2008 eine Vorabfassung für die neue VOB/A 2009 herausgegeben. Derzeit wird davon ausgegangen, dass die Bekanntmachung im Juni 2009 erfolgen wird. Die vorgeschlagenen Änderungen werden hinsichtlich der Auswirkungen derzeit noch vielfach diskutiert. Maßgebliche Änderungen zur bisherigen Fassung ergeben sich in der Systematik und dem Aufbau der Neufassung, aber auch in inhaltlicher Hinsicht. Angestrebt ist u.a. eine Reduzierung der Formalisierung des Vergaberechts, bspw. dadurch, dass Angebote, bei denen ein einzelner und unwesentlicher Positionspreis fehlt entgegen der herrschenden Rechtsprechung nicht zwingend ausgeschlossen werden müssen. Zudem sollen zukünftig vom Bieter nicht rechtzeitig beigebrachte Erklärungen oder Nachweise innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachgereicht werden können. Über die Änderungen im Einzelnen und ihre Auswirkungen werden wir Sie in einem gesonderten Newsletter informieren.

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.

Auch die Beschlüsse zum Konjunkturpaket II können Chance und Risiko zugleich sein. Einerseits wird die Flexibilität der Verfahrensgestaltung und die Möglichkeit rascher Investitionen erhöht, andererseits steigt das Risiko von übereilten Verfahren und mangelnder Wirtschaftlichkeit der Beschaffung. Gewarnt wird vor der Gefahr eines „Strohfeuers“ und vor einer mangelnden Nachhaltigkeit bei Investitionsmaßnahmen. In jedem Fall muss auch bei beschleunigten Verfahren auf einen rechtssicheren und wirtschaftlich tragfähigen Beschaffungsprozess geachtet werden.

Für weitere Informationen zu Auswirkungen der Vergaberechtsreform sowie für alle weiteren Fragen zum Vergaberecht steht Ihnen das Vergaberechtsteam von Luther jederzeit gerne zur Verfügung.

Regionale Kontakte

Düsseldorf

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com

Martin Steuber, LL.M.
martin.steuber@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 0

Essen

Achim Meier
achim.meier@luther-lawfirm.com

Henner Puppel
henner.puppel@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (201) 9220 0

Hamburg

Dr. Bernhardine Kleinhenz
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (40) 18067 0

Hannover

Ulf-Dieter Pape
ulf-dieter.pape@luther-lawfirm.com

Dr. Henning Holz, LL.M.
henning.holz@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (511) 5458 0

Leipzig

Dr. Thomas Gohrke
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com

Karsten Köhler
karsten.koehler@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (341) 5299 0

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

