

Newsletter Vergaberecht



Inhalt

I. Die wesentlichen Neuregelungen im Vergabeverfahren.....	2
II. Die wesentlichen Neuregelungen im Vergabenachprüfungsverfahren.....	5
III. Ausblick.....	7

Einleitung

Nach jahrelangen Verhandlungen und einem anspruchsvollen parlamentarischen Beratungsverfahren hat der Deutsche Bundestag am 17.12.2008 den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts gebilligt. Der Bundesrat hat dem Gesetz in seiner Sitzung vom 13.02.2009 zugestimmt. Das GWB 2009 wird nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten in den kommenden Wochen in Kraft treten.

Mit der Vergaberechtsreform soll das deutsche Vergabewesen umfassend modernisiert werden und eine transparentere und mittelstandsfreundlichere Gestalt erhalten. Insbesondere durch eine einfachere und anwenderfreundlichere Ausformung des Vergabeverfahrens verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, bestehende Investitionshemmnisse abzubauen. Änderungen im Rechtsschutz sollen zu noch mehr Effizienz und einer Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens führen.

Das Gesetz dient zugleich der Umsetzung mehrerer Vorschriften der EG-Vergaberichtlinien 2004/17/EG (Sektorenkoordinierungsrichtlinie - SKR), 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR) und der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG.

Mit Inkrafttreten des neuen Rechts müssen sich öffentliche Auftraggeber und die Bieter mit zahlreichen Neuerungen im Vergabe- und Vergabenachprüfungsverfahren beschäftigen. Die wichtigsten Änderungen haben wir in diesem Newsletter zusammengestellt.



I. Die wesentlichen Neuregelungen im Vergabeverfahren

1. Mittelstandsförderung

Schon nach der alten Rechtslage sind die Belange kleiner und mittelständischer Unternehmen durch eine Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen gewesen. Nach Auffassung der Bundesregierung sind die Vergabestellen diesem Programmsatz in der Vergangenheit nur unzureichend nachgekommen. Die Praxis der Leistungsbeschaffung ist nach ihren Beobachtungen durch eine nur wenig mittelstandsgerechte Ausgestaltung der Auftragsvergaben, die Tendenz zur Bündelung von Nachfragemacht und eine Zusammenfassung teilbarer Leistungen gekennzeichnet gewesen. Angesichts der besonderen volkswirtschaftlichen Bedeutung der überwiegend mittelständisch strukturierten deutschen Volkswirtschaft soll deren Teilhabe am öffentlichen Vergabewesen kurzfristig nachhaltig gestärkt werden. Zu diesem Zweck statuiert § 97 III GWB die **grundsätzliche Verpflichtung** öffentlicher Auftraggeber zur **Vergabe** von Leistungen in **Fach- und Teillosen**.

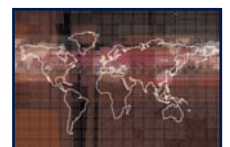
Eine Zusammenfassung mehrerer Teil- oder Fachlose darf nur noch in Ausnahmefällen erfolgen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine solche Vorgehensweise verlangen. Um mittelstandsfreundliche Auftragsvergaben auch im Bereich **Öffentlich-Privater-Partnerschaften (ÖPP)** sicherzustellen, müssen die öffentlichen Partner bereits in den Vergabeunterlagen das spätere Verfahren der Unterauftragsvergabe durch den erfolgreichen Bieter zwingend festlegen.

Die restriktive Neuformulierung des § 97 III GWB dürfte zur Folge haben, dass eine Zusammenlegung von Losen nur noch in seltenen Fällen erfolgen wird. Durch das grundsätzliche Gebot zur Losvergabe wird der **bürokratische Koordinierungsaufwand** der öffentlichen Auftraggeber aller Voraussicht nach aufgrund der zunehmenden Zahl an Angeboten nachhaltig erhöht. Soweit die Vergabestellen ausnahmsweise aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen dennoch von einer Teil- oder Fachlosvergabe absehen möchten, muss die notwendige **Dokumentation** in den **Vergabeakten** überaus **sorgfältig** erfolgen. Ein Begründungsmangel kann von den Vergabenachprüfungsinstanzen beanstandet werden und ferner zum Gegenstand eines Schadensersatzprozesses gemacht werden.

2. Vergabefremde Kriterien

Der deutsche Gesetzgeber hat von der ihm durch die Vergaberichtlinien (Art. 38 SKR, 26 VKR) eingeräumten Befugnis freiwillig Gebrauch gemacht und § 97 IV GWB um die Möglichkeit zur Einbindung vergabefremder Anforderungen in das Vergabeverfahren erweitert. Bei den zusätzlichen Kriterien handelt es sich insbesondere um **soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte**. Sie müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in der Leistungsbeschreibung dargelegt werden.

Die Öffnung des Vergaberechts für vergabefremde Zwecke im vorbeschriebenen Sinne ist in weiten Kreisen der Wirtschaft aufgrund der erheblichen Bürokratielasten für die Bieter, der Neigung zur Intransparenz und einer besonderen Missbrauchsanfälligkeit bislang auf deutliche Ablehnung gestoßen.



3. Präqualifikationssysteme

Öffentliche Auftraggeber müssen dafür Sorge tragen, dass Aufträge nur an fachkundige, zuverlässige und leistungsfähige Bieter vergeben werden. Die Prüfung der relevanten Unterlagen bindet bei den Unternehmen und der öffentlichen Hand erhebliche Ressourcen. Die Einrichtung oder Zulassung von **Präqualifikationssystemen** durch öffentliche Auftraggeber in § 97 IVa GWB soll Bauunternehmern, Lieferanten und Dienstleistungserbringern die Führung von Eignungsnachweisen im Einzelfall erleichtern. Die Präqualifikation erfolgt für die Unternehmen allerdings auf freiwilliger Basis. Bewerber/Bieter, die das Verfahren der Präqualifikation nicht durchlaufen möchten, können ihre Eignung auch weiterhin durch die in den Verdingungsunterlagen abgeforderten Nachweise darlegen.

4. Interkommunale Zusammenarbeit

Der Gesetzentwurf sah ursprünglich eine rechtliche Klarstellung zu interkommunalen Vergaben in der Weise vor, dass derartige Kooperationsformen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind. Auf die entsprechende Privilegierung hat der Gesetzgeber nun aber doch verzichtet. Es **bleibt** damit bei der **alten Rechtslage**, die für einzelne Fallgestaltungen der interkommunalen Zusammenarbeit eine **Ausschreibungspflicht** der öffentlichen Hand annimmt.

5. Auftragsvergabe im Sektorenbereich

Auftraggeber in den Sektorenbereichen haben nunmehr in allen Fällen gemäß § 101 VII GWB das Recht **der freien Wahl des Vergabeverfahrens**. Für die Sektorenbereiche macht es keinen Unterschied mehr, ob die Leistungsbeschaffung durch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB oder solche nach § 98 Nr. 4 GWB erfolgt.

Der Anwendungsbereich des § 98 Nr. 4 GWB unterliegt einem systemimmanenten Wandel. Durch die Abschaffung einer in der Vergangenheit bestehenden rechtlichen Privilegierung zur Ausübung einer Sektorentätigkeit wird der Geltungsbereich der Vorschrift zukünftig ausgeschlossen. Etwas anderes gilt nur für öffentliche Unternehmen im Sektorenbereich. Hier muss hinzukommen, dass sich ein Wettbewerb in Folge der Aufhebung eingestellt hat.

§ 98 Nr. 4 GWB regelt nur noch die Auftraggebereigenschaft von öffentlich beherrschten bzw. rein privaten Sektorenternehmen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung. Wegen der laut Mitteilung der Europäischen Kommission vom 03.06.1999 (ABl. EG Nr. C 156/03) mittlerweile erreichten **Liberalisierung im Telekommunikationsbereich** erwähnt § 98 Nr. 4 GWB diesen Sektor nicht mehr. **Postdienste** sind nach Aufhebung des Briefmonopols der Deutschen Bundespost zum Ausgang des Jahres 2007 nicht als Sektorentätigkeit zu benennen gewesen.



6. Vergabe von Bauaufträgen

Die Definition des öffentlichen Auftrags in § 99 I S. 1 GWB wird um **Baukonzessionen** ergänzt. Damit wird zugleich klar, dass **Dienstleistungskonzessionen** auch weiterhin nicht vom vierten Teil des GWB erfasst werden.

Weiterhin umstritten ist, ob die Veräußerung öffentlicher Grundstücke dem Vergaberecht zu unterstellen ist. Dies hat die Rechtsprechung aufbauend auf der vielbeachteten „**Ahlhorn**“-**Entscheidung** des OLG Düsseldorf vom 13.06.2007 (Az.: VII-Verg 2/07) mittlerweile in zahlreichen Nachprüfungsverfahren bejaht. Im Kern handelt es sich um Fälle, in denen die Grundstücksveräußerung an eine den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechende Durchführung von Baumaßnahmen durch den privaten Erwerber gekoppelt ist. Die neue Entscheidungspraxis der Oberlandesgerichte wird von der Bundesregierung ausdrücklich abgelehnt. Dementsprechend hat sie in **§ 99 III GWB** durch eine **Klarstellung des Bauauftragsbegriffs** deutlich gemacht, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar zugute kommen muss. Eine dauerhafte Hilfe bei der endgültigen Klärung der bislang offenen Rechtsfragen sollte man sich von den Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers nicht erhoffen. Statt dessen bleibt mit Spannung abzuwarten, wie der EuGH auf das Ersuchen des OLG Düsseldorf vom 02.10.2008 (Az.: VII-Verg 25/08) reagieren wird, in dem der Vergabesenat dem Gerichtshof mehrere Fragen zu den Ausschreibungspflichten bei kommunalen Grundstücksgeschäften zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

7. Neuartige elektronische Vergabeverfahren

In § 101 VI GWB werden die elektronische Auktion und das dynamische elektronische Verfahren als neue Beschaffungsmechanismen eingeführt. Eine elektronische Auktion dient der elektronischen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes. Bei dem dynamischen elektronischen Verfahren handelt es sich um ein zeitlich befristetes ausschließlich elektronisches offenes Vergabeverfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen.

8. Vorabinformationspflichten

§ 101a I GWB übernimmt in weiten Teilen die Vorabinformationspflichten des § 13 S. 1 - 5 VgV. Auch zukünftig muss die Vergabestelle die für den Vertragsschluss nicht vorgesehenen Auftragsinteressenten über ihre Nichtberücksichtigung unterrichten, wobei die Stillhaltefrist für die Zuschlagserteilung von 14 auf 15 Kalendertage ausgedehnt worden ist. Von der Verpflichtung zur Vorabinformation ist der öffentliche Auftraggeber bei besonders dringlichen Vergaben befreit, die ein Verhandlungsverfahren unter Verzicht auf eine öffentliche Bekanntmachung erlauben.



II. Die wesentlichen Neuregelungen im Vergabenachprüfungsverfahren

1. De-facto-Vergaben

Das neue Recht führt zu deutlichen Änderungen im Hinblick auf die Wirksamkeit sog. De-facto-Vergaben. Ohne eine förmliche Ausschreibung in vergaberechtswidriger Weise zustande gekommene Verträge sind nach dem neu geschaffenen § 101b GWB zunächst **schwebend unwirksam** und nicht mehr von Anfang an nichtig. Um Rechtssicherheit für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber zu schaffen, tritt die Unwirksamkeitsfolge allerdings nur ein, wenn ein **Nachprüfungsverfahren** innerhalb von **30 Kalendertagen** ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als **sechs Monate nach Vertragsschluss** eingeleitet worden ist. Hat der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung.

2. Verschärfung der Rügepflicht

In § 107 III GWB wird der Antragsteller verpflichtet, nunmehr auch Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum **Ablauf** der in der Bekanntmachung benannten **Frist zur Angebotsabgabe** oder zur Bewerbung gegenüber der Vergabestelle zu rügen. Als wesentlich schwerwiegendere Verschärfung sieht § 107 III GWB jedoch auch vor, dass das rügende Unternehmen innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang einer die Rüge zurückweisenden Mitteilung des Auftraggebers einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer einzureichen hat. Verzichtet es auf den entsprechenden Rechtsbehelf innerhalb der Ausschlussfrist von 15 Kalendertagen, kann die Rüge in einem späteren Nachprüfungsverfahren nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden.

Für die rügenden Unternehmen hat die in § 107 III GWB ausgesprochene **Präklusion** zur Konsequenz, dass sie schon in einem frühen Stadium des Vergabeverfahrens eine Entscheidung über die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz vor der Vergabekammer treffen müssen. Ihre Chancen auf Erhalt des Zuschlags können sie zu diesem Zeitpunkt kaum verlässlich abschätzen. Ob diese Regelung dem ausdrücklichen Wunsch des Gesetzgebers nach Eindämmung der Prozessflut im Vergaberecht dienen wird, darf bezweifelt werden. Es ist vielmehr zu vermuten, dass der in § 107 III GWB aufgebaute Zeitdruck die Unternehmen aus Angst um den Verlust zuvor geltend gemachter Rügen nicht selten zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verleiten wird.

3. Verfahren vor der Vergabekammer

Mit § 110 I GWB hat der Gesetzgeber eine **Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes** verabschiedet. Nach dieser Vorschrift kann sich die Vergabekammer bei der Erforschung des Sachverhaltes auf die Informationen beschränken, die von den Beteiligten vorgebracht werden oder die ihr anderweitig bekannt sein müssen.



Überdies ist die Vergabekammer auch nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet. Die bereits in der Praxis des Vergaberechts vereinzelt durch öffentliche Auftraggeber genutzte Möglichkeit, vor Einreichung eines Nachprüfungsantrages eine **Schutzschrift** bei der zuständigen Vergabekammer zu hinterlegen, wurde nunmehr in § 110 II GWB gesetzlich geregelt. In einer Schutzschrift kann der öffentliche Auftraggeber seine Argumente für eine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit eines Nachprüfungsantrages vorsorglich bei der Vergabekammer erläutern.

Eine Schutzschrift ist nicht selten ein adäquates Mittel der öffentlichen Auftraggeber, die Zustellung des Nachprüfungsantrages und damit den Eintritt des automatischen Suspensiveffektes gem. § 115 I GWB (Zuschlagsverbot) zu verhindern. Damit die Anordnungen der Vergabekammern in Zukunft effektiver durchgesetzt werden können, verweist § 114 III GWB auf die kartellrechtlichen Sanktionsnormen der §§ 61 und 86a S. 2 GWB. Dort beträgt die Höhe des **Zwangsgeldes** mindestens 1.000 Euro und höchstens 10 Millionen Euro. Bisher konnten die Vergabekammern lediglich Zwangsgelder zwischen 1.50 Euro und 1.000 Euro verhängen. In Anbetracht der Auftragsvolumina, die den Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens bilden können, war dies ein stumpfes Schwert zur Durchsetzung der Anordnungen der Vergabekammern.

4. Verfahrenskosten vor der Vergabekammer

Die **Gebührenhöchstsätze** wurden in § 128 II GWB erhöht. Die Gebühr der Vergabekammer soll bei einer unveränderten Mindestgebühr von 2.500 Euro den Betrag von 50.000 Euro (vorher 25.000 Euro) nicht überschreiten und kann im Einzelfall bis zu 100.000 Euro (vorher 50.000 Euro) betragen.

Gemäß § 128 III S. 3 GWB können nunmehr **Kosten**, die durch das **Verschulden eines Beteiligten** entstanden sind, diesem auferlegt werden. In § 128 III S. 4 GWB wird der Handlungsspielraum der Vergabekammer über die Kostentragungspflicht dahingehend erweitert, dass die Entscheidung nach billigem Ermessen erfolgen soll. Durch die neu eingefügten Regelungen kann die Vergabekammer von dem Grundsatz der vollständigen Kostentragung durch die unterlegene Partei abweichen. Im Rahmen einer weitaus flexibleren Kostenentscheidung kann sie die Kosten gegebenenfalls unter den Beteiligten aufteilen. Die **Aufwendungen der Beigeladenen** sind gem. § 128 IV GWB nur dann erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt. Durch diese Änderung wird es den Vergabekammern ermöglicht, die Art und Weise der Beteiligung eines Beigeladenen am Verfahren in ihre Überlegungen einzubeziehen und bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigen.

Für den häufigen Fall, in dem es zu einer **Rücknahme des Nachprüfungsantrages** durch den Antragsteller vor einer Entscheidung der Vergabekammer kommt, sah das Gesetz bisher keine Erstattung der Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen vor. Diese unbillige Rechtslage hat der Gesetzgeber nun in § 128 IV GWB dahingehend gelöst, dass bei einer Rücknahme des Antrags durch den Antragsteller dieser die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen stets erstatten muss.



5. Gestattung der Zuschlagserteilung

Die Vergabekammer konnte bislang auf Antrag des öffentlichen Auftraggebers in Einzelfällen das strenge Zuschlagsverbot des § 115 I GWB durchbrechen und die Erteilung des Zuschlags nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der vorzeitigen Gestattung vorsehen. In der Neufassung des § 115 II GWB wird das Antragsrecht zugleich auf den Bieter übergeleitet, der nach dem Willen der Vergabestelle den Zuschlag erhalten soll.

Bei der **Interessenabwägung**, ob die Vergabekammer die Zuschlagserteilung gestattet, hat der Gesetzgeber die zu berücksichtigenden Interessen in § 115 II GWB konkretisiert. Nach den dort statuierten Vorgaben ist bei der Abwägung das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang soll die Vergabekammer auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Zuschlags angemessen berücksichtigen. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages müssen allerdings nicht stets Gegenstand der zu treffenden Abwägung sein. Mit den zuvor beschriebenen Neuregelungen soll das besondere Interesse der öffentlichen Auftraggeber an der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben in wirtschaftlicher und verzögerungsfreier Weise gestärkt werden. Insbesondere bei großen Bauaufträgen können Zeitverluste durch Nachprüfungsverfahren die Realisierung eines Vorhabens beträchtlich verteuern. In diesen Fällen kann die durchzuführende Abwägung ergeben, dass das öffentliche Interesse des Auftraggebers an der zeitnahen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens gegenüber den Belangen des einzelnen Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung deutlich überwiegt.

Ähnliche Konkretisierungen der abwägungsrelevanten Interessen finden sich für das Beschwerdeverfahren in § 118 II GWB (Antrag auf aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde) und § 121 I GWB (Antrag auf Gestattung des Zuschlags).

III. Ausblick

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts hat der Gesetzgeber die Reform des Vergaberechts weitgehend abgeschlossen. Den veränderten Regelungsgehalt des GWB 2009 müssen die Verdingungsausschüsse nunmehr in die Regelwerke der VOB/A, der VOL/A und der VOF integrieren. Mit einer Verabschiedung der neuen Verdingungsordnungen ist im Sommer diesen Jahres zu rechnen. Auch hierüber werden wir berichten.

Das GWB 2009 enthält zahlreiche begrüßenswerte Neuregelungen. Besonders hervorzuheben sind an dieser Stelle die größeren Freiheiten staatlicher Sektorenauftraggeber bei der Wahl des einschlägigen Vergabeverfahrens, die Einführung elektronischer Vergaben und die Übernahme der Regelungen zur Informationspflicht und zur Nichtigkeit aus der VgV in das GWB. Insgesamt darf allerdings bezweifelt werden, ob das GWB 2009 dem Ziel einer weiteren Vereinfachung des Vergaberechts gerecht wird. Insbesondere die Präklusionsvorschrift des § 107 III Nr. 4 GWB kann zu unnötigen Verzögerungen des Vergabeverfahrens führen. Auch kann die Verknüpfung öffentlicher Aufträge mit zusätzlichen vergabefremden Aspekten für die öffentlichen Auftraggeber und die Bieter im Einzelfall einen erheblichen zeitlichen und finanziellen Mehraufwand bedeuten.



Ansprechpartner:

Dr. Jan Byok LL.M.
Rechtsanwalt, Partner
Bird & Bird LLP
Carl-Theodor-Straße 6
40213 Düsseldorf
Tel.: +49 (0) 211 2005 6224
jan.byok@twobirds.com

BIRD & BIRD

www.twobirds.com

Bratislava	Brüssel	Budapest	Den Haag	Düsseldorf
Tel: +42 (0)1905 716 711	Tel: +32 (0)2 282 6000	Tel: +36 (0)1464 9569	Tel: +31 (0)70 353 8800	Tel: +49 (0)211 2005 6000
Frankfurt	Helsinki	Hong Kong	London	Lyon
Tel: +49 (0)69 74222 6000	Tel: +358 (0)9 622 6670	Tel: +852 2248 6000	Tel: +44 (0)20 7415 6000	Tel: +33 (0)478 65 6000
Madrid	Mailand	München	Paris	Peking
Tel: +34 91 418 43 51	Tel: +39 02 30 35 6000	Tel: +49 (0)89 3581 6000	Tel: +33 (0)1 42 68 6000	Tel: +86 10 6505 6667
Prag	Rom	Singapur	Stockholm	Warschau
Tel: +42 (0)226 030 500	Tel: +39 06 69 66 7000	Tel: +65 65345266	Tel: +46 (0)8 506 320 00	Tel: +48 (0)609 602566