

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

Vergaberechtsreform 2009

Änderungen in GWB und VOB/A

Dr. Christian Scherer-Leydecker · Dr. Stefan el-Barudi

Grundstruktur und Fahrplan der Reform

Grundstruktur

- ▮ Beibehaltung des Kaskadenprinzips bei immerhin deutlicher Verschlankung der VgV und der Verdingungsordnungen.
- ▮ Einzelne, z.T. auch wesentliche Änderungen, insbesondere im Bereich des GWB in Bezug auf Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und Rechtsschutz.
- ▮ Geplante Neueinführung einer Sektorenverordnung (SektVO) für den Sektorenbereich anstelle von 3. und 4. Abschnitt VOB/A und VOL/A.

Fahrplan

- ! Neufassungen von GWB und VgV sind am 24.04.2009 in Kraft getreten.
- ! Vor Inkrafttreten begonnene Vergabeverfahren (einschließlich Nachprüfung!) und bereits anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach altem Recht zu Ende geführt (§ 131 Abs. 8 GWB).
- ! Mit sukzessiver Verabschiedung wird der Verdingungsordnungen und SektVO wird derzeit im Laufe des Sommers 2009 gerechnet.

Änderungen im GWB

§ 97 Abs. 3 GWB – Mittelstandsklausel

! Ausdrückliche Pflicht zur losweisen Vergabe, aber weiterhin Ausnahme aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen.

➔ Schreibt bisherige Vorgaben der Rechtsprechung fest.

! Bei Betrauung eines Unternehmens mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe: Auftraggeber muss Unternehmen zur Anwendung der Mittelstandsklausel verpflichten. Aber Effektivität fraglich:

- "Betrachtung mit öffentlicher Aufgabe" unklar
- widerspricht Risikostruktur bei PPP-Projekten
- bei Nachunternehmern wohl häufig Ausnahme begründbar

§ 97 Abs. 4 GWB – Eignung

! Ausdrückliche Aufnahme der Gesetzestreue als Eignungsmerkmal



Auch bisher schon über Zuverlässigkeit relevant

! Ausdrücklich zusätzliche Anforderungen mit Leistungsbezug möglich, insbes. bzgl. sozialer, umweltbezogener oder innovativer Aspekte.



- soziale und Umweltaspekte auch bisher bereits durch Rechtsprechung anerkannt
- neu aber weitgehend unklar: "innovative Aspekte"
- fraglich, ob eignungs- oder leistungsbezogen

§ 97 Abs. 4a GWB – Präqualifikation

- ! Möglichkeit der Einrichtung oder Zulassung von Präqualifikationssystemen zur Erleichterung der Vergabepaxis auch jenseits des Sektoren- und Baubereichs.
- ! Aber: traditionelle Eignungsprüfung anders als im Baubereich weiterhin möglich.
- ! Forderung zusätzlicher Eignungsnachweise auch bei vorhandener Präqualifikation ohnehin zulässig.

§ 99 Abs. 1 GWB – Öffentliche Aufträge ("Anti-Ahnhorn-Klauseln")

! Öffentliche Aufträge sind Verträge "... über die Beschaffung von Leistungen..."

➔ Klarstellung Beschaffungsbezug

! Bauauftrag: Bau für Auftraggeber oder Bauleistung wirtschaftlich unmittelbar zugunsten des Auftraggebers

➔ Rein städtebauliches Interesse des AG reicht nicht aus

! Baukonzession: "befristetes" Nutzungsrecht erforderlich

➔ Eigentum als Grundlage des "Nutzungsrechts" entfällt

Aber: alles europarechtlich problematisch, letztlich EuGH gefragt!

§ 99 Abs. 1 Satz 2 GWB Reg.-E. – entfallene Freistellung der interkommunalen Auftragsvergabe

- † Ursprünglich in Regierungsentwurf vorgesehene Freistellung der Beauftragung staatlicher Einrichtungen (insbes. interkommunale Auftragsvergabe) wegen europarechtlicher und bieterseitiger Bedenken gestrichen.
- † Stattdessen europapolitische Freistellungsinitiative beabsichtigt.
- † Konsequenz: Je nach Gestaltung des Einzelfalls besteht weiterhin Ausschreibungspflicht.

§ 100 Abs. GWB – Ausnahmen vom Anwendungsbereich

- ! Präzisierung betr. geheimhaltungsbedürftigen und sicherheitsrelevanten Bereich.
- ! Präzisierung betr. Sektorauftraggeber: nicht öfftl. beherrschte Sektorauftraggeber außerhalb Sektorentätigkeit freigestellt.
- ! Präzisierung betr. Rundfunkanstalten: nur Beschaffungen von Programmen freigestellt.
- ! Präzisierung betr. Telekommunikationsleistungen.
- ! Präzisierung betr. Kapitalmarktgeschäfte: insbesondere Geld- oder Kapitalbeschaffung der Auftraggeber freigestellt
- ! Übernahme der Vorschriften über Bereichsausnahmen für Sektorauftraggeber von VgV ins GWB.

§ 101 GWB – Arten der Vergabe

! Zulassung von elektronischen Auktionen und dynamischen elektronischen Verfahren als neue Verfahrensarten.



- Auftraggeber können damit Beschaffungen in "Ebay-Manier" durchführen.
- derartige Vergabeverfahren vor allem für standardisierte Produkte (z.B. Büromaterial) geeignet.

! Möglichkeit, die Verfahrensart frei zu wählen, wird (neben nicht öffentlich beherrschten) auf alle Sektorenauftraggeber



ausgedehnt

- z.B. kommunale Energieversorger haben nunmehr auch die Möglichkeit, das Verhandlungsverfahren frei zu wählen.

§ 101a GWB – Informations- und Wartepflicht

- ▶ § 101a GWB ersetzt § 13 VgV a.F., neu:
 - Fristen: 15 Tage bei Postweg, 10 Tage bei Fax/E-Mail
 - Mitteilung sämtlicher Ablehnungsgründe
 - Mitteilung frühesten Zuschlagszeitpunkt
 - Mitteilung auch an Bewerber, wenn nicht zuvor erfolgt

- ▶ Rechtsfolge bei Verstoß: § 101b GWB

§ 101b GWB – Unwirksamkeit

- ! Schwebende Unwirksamkeit bei Verstoß gegen § 101a GWB oder De-facto-Vergabe, wenn in Nachprüfungsverfahren festgestellt (keine Nichtigkeit aus § 13 VgV mehr!).
- ! Präklusionsfrist: Feststellung des Verstoßes nur binnen 30 Kalendertagen ab Kenntnis, spätestens 6 Monate nach Vertragsschluss.
- ! Bei Bekanntgabe der Vergabe im EU-Amtsblatt Verkürzung der Präklusion auf 30 Tage nach Veröffentlichung.
- ! Begrenzung entsprechender Umgehungsmöglichkeiten durch Rechtsprechung?

§ 107 Abs. 3 GWB – Rügepflicht

- ! Auch aus Vergabeunterlagen (nicht nur Bekanntmachung) *erkennbare* Vergaberechtsverstöße nun binnen Angebots- bzw. Bewerbungsfrist zu rügen.
 - ! Nachprüfungsantrag jetzt zwingend binnen 15 Tage nach Ablehnung der Rüge durch Auftraggeber zu stellen.
 - ! Aber weiterhin keine Rügepflicht bei De-facto-Vergaben
- ➡ Nachprüfungsantrag kann i.d.R. nicht mehr von Misserfolg im Verfahren abhängig gemacht werden ("kein Rügen sammeln")
- ➡ Sorgfältige Prüfung der Vergabeunterlagen erforderlich (Problem: "Erkennbarkeit")

§ 128 GWB – Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer

- Gebühr der Vergabekammer kann nun auf bis zu 100.000 € festgesetzt werden.
- Durch Verschulden eines Beteiligten entstandene Kosten können diesem auferlegt werden.
- Bei Antragsrücknahme hat Antragsteller Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu erstatten.

Geplante Änderungen in der VOB/A

Wesentliche Änderungen in der VOB/A 2009 (I)

- ▶ Verdichtung der Vorschriftenfolge: nur noch 23 Basis-§§
- ▶ 1. und 2. Abschnitt bleiben (anders VOL/A), 3. und 4. Abschnitt sollen später zugunsten der neuen SektVO entfallen.
- ▶ Zusätzliche Wertgrenzen für beschränkte Ausschreibung:
 - Ausbaugewerke, Landschaftsbau, Straßenausstattung: bis 50.000 €
 - Tief-, Verkehrswege-, Ingenieurbau: bis 150.000 €
 - übrige Gewerke: bis 100.000 €
- ▶ Zusätzliche Wertgrenze freihändige Vergabe: bis 10.000 €

Wesentliche Änderungen in der VOB/A 2009 (II)

- Ausschluss "gemeinnütziger Unternehmen und Einrichtungen" vom Wettbewerb.
- Zulassung von Eigenerklärungen zum Eignungsnachweis
- Möglichkeit der Nachreichung geforderter Erklärungen oder Nachweise
- Ausnahmsweise Wertung *eines* fehlenden Einheitspreises, wenn unwesentlich und Wertungsreihenfolge unberührt
- Grundsätzlicher Ausschluss von Bedarfspositionen