

C/M/S/ Hasche Sigle

Rechtsanwälte Steuerberater

**16. Sitzung des AK Infrastruktur im BPPP
am 30. April 2008 in Frankfurt am Main**

Dr. Jakob Steiff, LL.M.

CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater

A. Grundstruktur der Reform

- ! "Reform im System" (gemäß Koalitionsvertrag der Großen Koalition)
- ! Versuch einer geschlossenen Regelung in einem Vergabegesetzbuch aufgrund politischer Auseinandersetzungen gescheitert
- ! D. h. 3-gliedrige Struktur GWB – VgV – VOB/A / VOL/A wird beibehalten
- ! Einzelne Neuregelungen im GWB
- ! Straffung und Vereinheitlichung der Verdingungsordnungen

B. Zeitplan für die Reform

- ✔ Seit 03.03.08 liegt Reformentwurf der BMWi vor.
- ✔ April 08 Anhörungsrunde (Länder, Verbände)
- ✔ 30.04.08 Kabinettsbeschluss Bundesregierung
- ✔ 30.06.08 Beschluss Bundesrat zur Entwurfsfassung
- ✔ Oktober 08 Beratung und Beschluss Bundestag
- ✔ 28.11.08 Zustimmung Bundesrat zur Endfassung
- ✔ 01.01.09 Inkrafttreten

C. Wesentliche Änderungen mit PPP-/Großprojekte-Bezug

I. § 97 Abs. 3 GWB (Mittelstandsförderung)

1. Wortlaut der Neufassung:

"Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern."

2. Bewertung

- Aufteilung in Lose ist praktisch zwingend vorgegeben.
- Regelungen werden PPP-Projekten kaum gerecht, da diese naturgemäß integrative Vergabe voraussetzen.
- "Rettung": Satz 2 der Vorschrift: Ausnahmebestimmung – ggf. nutzbar für PPP-Projekte

II. § 99 Abs. 3 GWB (Neufassung Def. Bauantrag – "Anti-Ahlhorn-Klausel Nr. 1")

1. Wortlaut:

"Baufaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen" (Hervorhebung der Änderungen d.d. Verf.)."

2. Bewertung

- ! Vorschrift "reagiert" ersichtlich auf "Ahlhorn"-
Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vom 23.06.07
- ! Damit soll "öffentlicher Auftrag" auf Eigenbeschaffung
beschränkt bleiben
- ! Sehr fraglich, ob europarechtskonform, da Richtlinien
und EuGH ("Roanne") Eigengeschaffung nicht
notwendig voraussetzen

III. § 99 Abs. 6 GWB n. F. (Def. Baukonzession – "Anti-Ahlhorn-Klausel Nr. 2")

2. Wortlaut

"Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrages, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht."

2. Bewertung

- ▶ Regelung sieht vor, dass Baukonzession nur noch bei Befristung des Verwertungsrechts vorliegt
- ▶ Sehr fraglich, ob europarechtskonform. Denn die Definition der Baukonzession in der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht Befristung nicht vor.
- ▶ Vorschrift ggf. europarechtswidrig und dadurch unwirksam

IV. Hinweis auf weitere wichtige Neuregelungen

- ▶ § 97 Abs. 4 GWB – Einführung "vergabefremder Aspekte", wie z. B. soziale und umweltbezogene Aspekte
 - europarechtlich in Ordnung

- ▶ § 99 Abs. 1 GWB – Eingrenzung "In-House-Vergaben"
 - dient insbesondere der Freistellung interkommunaler Kooperationen vom Vergaberecht und damit europarechtlich kritisch (EuGH "Kommission ./.. Spanien")

- ▶ § 100 Abs. 2 GWB - Präzisierungen des Ausnahmetatbestandes zum Anwendungsbereich des Vergaberechts

- ▶ 101 GWB – Vorrang des offenen Verfahrens
 - dieser wird beibehalten, obwohl europarechtlich nicht zwingend
 - Voraussetzungen für Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog unverändert und damit für PPP's weiterhin zugänglich

- ▶ § 101 a und 101 b GWB – Informations- und Wartepflicht sowie Unwirksamkeit
 - Übernahme der Regelung des § 13 VgV ins GWB
 - Bei "De facto-Vergabe" (vollständiger Verzicht auf gebotenes Vergabeverfahren) tritt für 6 Monate schwebende Unwirksamkeit (Angreifbarkeit) ein; danach wird der Vertrag wirksam

- ▶ § 107 Abs. 3 GWB – Verschärfung Rügepflicht
 - Wenn mehr als 14 Tage verstrichen sind, nachdem Auftraggeber mitgeteilt hat, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, wird Nachprüfungsantrag zur VK unzulässig.

Kontakt:

Dr. Jakob Steiff, LL.M.

CMS Hasche Sigle

Barckhausstraße 12-16, 60325 Frankfurt am Main

Tel.: 069 – 71 701 – 222

Fax: 069 – 71 701 40-517

Jakob.Steiff@cms-hs.com