



Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts

(BGBl. I vom 23.04.2009, S. 790 ff.)
in Kraft seit dem 24.04.2009

**Die wichtigsten Änderungen zur Beachtung
für öffentliche Auftraggeber und Bieter**

1. Neufassungen der VergabeVO und Verdingungsordnungen VOB, VOL und VOF noch nicht verabschiedet

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts beinhaltet die Neuregelungen der §§ 97 ff. GWB. Zu dem System des deutschen Öffentlichen Vergaberechts gehören auch die VergabeVO und die Verdingungsordnungen der VOB, VOL und VOF. Auch diese müssen an die Neufassung der §§ 97 ff. GWB angepasst werden.

Die Neufassungen 2009 der 2. Abschnitte der VOB/A, VOL/A und die neue VOF erhalten ihren Anwendungsbefehl durch die VergabeVO 2009. Diese Regelungen stehen noch aus, so dass die bisherigen Verdingungsordnungen vorerst weiterhin gelten.

2. Verschärfte Rügefristen für Bieter und Bewerber

Durch § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB wird die Rügepflicht der Bieter im Rahmen einer neuen Ausschlussfrist erweitert: Behauptete Vergabeverstöße, die in den Vergabeunterlagen (insbesondere der Leistungsbeschreibung) erkennbar sind, müssen spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung (beim Teilnahmewettbewerb) gerügt werden. Neu ist ferner, dass auf die Erkennbarkeit des Vergabeverstößes für den Bieter oder Bewerber abgestellt wird, nicht auf die tatsächliche Kenntnis des Bieters. Die Konsequenz hieraus ist, dass Bieter und Bewerber die Vergabeunterlagen sofort nach Erhalt auf etwaige Vergabefehler hin überprüfen und spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen.

Selbstverständlich bleibt es darüber hinaus bei der schon bisher bestehenden Pflicht zur „unverzöglichen“ Rüge (in der Regel 3 – 5 Tage) eines behaupteten Vergabeverstößes als Zulässigkeitsvoraussetzung für den Nachprüfungsantrag, § 107 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 GWB.

3. Neue Ausschlussfrist für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens

Bisher konnten Bieter mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach ihren Rügen warten, bis klar war, ob sie den Zuschlag bekommen würden. Es konnten also auf diese Weise „Vorratsrügen“ gesammelt werden. Damit ist es jetzt vorbei. Bieter müssen jetzt spätestens 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer stellen. Diese Neuregelung dürfte insbesondere bei Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerben zu häufigeren Nachprüfungsverfahren schon im Vorfeld der Vergabeentscheidung führen.

4. Informations- und Wartepflicht vor Zuschlag geändert

Die Pflicht zur Bieterinformation nach § 13 VergabeVO findet sich jetzt in geänderter Form in § 101a GWB.

Die Informationspflicht gegenüber erfolglosen Bietern wird erweitert auf Bewerber (bei vorgeschalteten Teilnahmewettbewerben), denen die Ablehnung ihrer Bewerbung bisher nicht förmlich mitgeteilt werden musste.

Die bisherige Wartefrist für die Zuschlagserteilung ist von 14 auf 15 Kalendertage verlängert worden. Die Wartefrist kann jedoch auf bis zu 10 Kalendertage verkürzt werden, wenn die Information an die Bieter oder Bewerber per Telefax oder auf elektronischem Weg versendet wird. Da letztere Informationsarten sehr häufig sind, verkürzen sich daher für Bieter und Bewerber die Prüfungs- und Bearbeitungsfristen für einen Nachprüfungsantrag um 1/3.

Neu ist ferner, dass eine Informationspflicht entfällt bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit, § 101 a Abs. 2 GWB.

5. Unwirksamkeit von Verträgen aufgrund unterlassener Pflicht zur Ausschreibung (sog. de-facto-Vergaben) und bei Verstößen gegen die Informations- und Wartepflicht

Nach § 101 b Abs. I GWB sind Verträge rückwirkend unwirksam, wenn gegen die Informations- und Wartepflicht nach § 101 a GWB (s. Ziff. 4) verstoßen oder wenn unzulässigerweise ein öffentlicher Auftrag ohne Beachtung der Ausschreibungspflicht erteilt wurde. Auf ein Verschulden oder eine falsche Beurteilung der Rechtslage durch den Auftraggeber kommt es nicht an.

Weitere Voraussetzung für die Unwirksamkeit dieser Verträge ist die Feststellung des Verstoßes in einem Vergabenaachprüfungsverfahren.

Dieses Verfahren müssen interessierte Unternehmen innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch innerhalb einer Ausschlussfrist von 6 Monaten nach Vertragsschluss rechtshängig gemacht haben. Mit einer merkwürdigen weiteren Regelung kann diese 6-monatige Ausschlussfrist auf 30 Kalendertage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber im EU-Amtsblatt die Tatsache der Auftragsvergabe ohne Durchführung einer Vergabebekanntmachung veröffentlichen lässt. Es liegt auf der Hand, dass dies Nachprüfungsverfahren geradezu provoziert.

Allgemein wird diese Neuregelung der Unwirksamkeit von vergaberechtswidrigen Verträgen begrüßt, insbesondere aber auch die klare Ausschlussfrist für die Möglichkeit zur Feststellung der Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben.

6. Fortbestehende Unsicherheit der Freistellung von kommunalen Grundstücksverkäufen mit Bauverpflichtungen von der Pflicht zur Ausschreibung

Die in Ziff. 5. vorgestellte Neuregelung auf Feststellung der Unwirksamkeit von de-facto-Verträgen könnte Bedeutung erlangen im Rahmen der von der Bundesregierung gegen die sog. „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf durchgesetzte Neuregelung für Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand mit bestimmten Bauverpflichtungen.

Obwohl die vom OLG Düsseldorf in diesen Fällen angenommene Ausschreibungspflicht zur Zeit dem EuGH zur Entscheidung vorliegt, die voraussichtlich bis Ende 2009 erwartet wird, wurde in § 99 Abs. 3 GWB gesetzlich verankert, dass in diesen Fällen ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag nur vorliegt, wenn die Ausführung des Bauvorhabens auf dem veräußerten Grundstück dem öffentlichen Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zu Gute kommt“.

Angesichts der vom EuGH vertretenen funktionalen Betrachtungsweise des Begriffes der öffentlichen Beschaffung wird es als nicht unwahrscheinlich angesehen, dass der EuGH diese Neuregelung verwirft und die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bestätigt. Öffentliche Auftraggeber sind daher gut beraten wegen der Gefahr der Beurteilung als unzulässige de-facto-Vergabe, das Risiko einer Vergabe ohne Ausschreibung zu meiden.

7. Zulässigkeit von sozialen, umweltbezogenen oder innovativen Auftragskriterien in Ausschreibungen

Nach langem politischen Streit wurde die Berücksichtigung derartiger „Aspekte“ in Leistungsbeschreibungen von Ausschreibungen durch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB anerkannt.

Das dürfte nicht für die Abforderung von Tariftreue-Erklärungen gelten, die nach der Rechtsprechung des EuGH trotz entgegenstehender deutscher Ländergesetze als europarechtswidrig unzulässig ist.

- **Keine Freistellung interkommunaler Kooperationen von der Ausschreibungspflicht**

Zusammenschlüsse von öffentlichen Auftraggebern in Zweckverbänden o. ä. und die unmittelbare Erteilung von Beschaffungsaufträgen an einzelne oder mehrere dieser Zweckverbandsmitglieder sind bekanntlich zulässig. Darin wird ein Fall der ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe gesehen.

Die kommunale Wirtschaft und ihre Verbände haben sich darüber hinaus intensiv bemüht, auch die Ausschreibungsfreiheit der Vergaben innerhalb der sog. interkommunalen Kooperationen durchsetzen können. Danach sollte z. B. ein kommunales Unternehmen Leistungen für andere Kommunen oder deren Eigengesellschaften ohne öffentliche Ausschreibung erbringen können.

Der Gesetzgeber hat diese Forderungen auf so weitgehende Befreiungen von der Vergabepflicht bei derartigen interkommunalen Kooperationen nicht akzeptiert. Öffentliche Auftraggeber, z. B. Kommunen, können daher andere Kommunen weiterhin nicht direkt beauftragen. Kooperationen zur Beschaffung von z. B. Entsorgungs- oder Verkehrsleistungen sind daher ausschreibungsfrei nicht möglich, europarechtlich wohl auch nicht zulässig. Ob diese Regelung durch den Vorstoß einer beabsichtigten Grundgesetzänderung in Artikel 91 c GG ermöglicht werden kann, ist offen.

9. Förderung des Mittelstandes durch Losvergaben

In § 97 Abs. 3 GWB ist nunmehr eine Pflicht zur losweisen Vergabe von öffentlichen Aufträgen eingeführt worden, deren Nichteinhaltung als Vergabeverstoß angegriffen werden kann.

Dadurch sind öffentliche Auftragsvergaben an Generalunternehmer erschwert, die gerade in der Privatwirtschaft sehr häufig vorkommen und auch öffentlichen Auftraggebern als Vorbild vorgehalten werden. PPP-Projektgesellschaften müssen sich verpflichten, die Mittelstandsklausel für ihre Unterauftragnehmer zu beachten, vgl. § 97 Abs. 3 S. 4 GWB.

10. Änderung der Verfahrenskostenregelung

Bei sehr hohen Auftragsvergaben können die Gebühren der Vergabekammern und höheren Instanzen von bisher höchstens 50.000,00 € auf bis zu 100.000,00 € steigen, § 128 Abs. 2 GWB.

Wichtiger ist für die Masse der Nachprüfungsverfahren die Neuregelung in § 128 Abs. 4 GWB. Danach ist die bisherige Regelung entfallen, wonach Antragsteller keine Kosten des Verfahrens der beteiligten Parteien zu übernehmen hatten, wenn sie den Nachprüfungsantrag vor einer Entscheidung der Vergabekammer zurücknahmen. Auf diese günstige Regelung entfielen im Jahre 2008 immerhin 38 % der Nachprüfungsanträge. Nunmehr müssen Antragsteller bei Antragsrücknahme auch die notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners, der Beigeladenen und ihrer Bevollmächtigten erstatten. Das bedeutet eine ganz erhebliche Verteuerung des Vergaberechtsschutzes und damit einhergehend sicherlich auch eine Verminderung der Zahl der Nachprüfungsanträge.

Die Antragsteller konnten bisher ohne besonderes Kostenrisiko die Gegenseite zu umfassendem schriftsätzlichen Vortrag treiben, danach die eigenen Erfolgsaussichten neu beurteilen und bei negativer Einschätzung das Rechtsmittel kostenschonend zurücknehmen.

11. Kein effektiver Vergaberechtsschutz für sog. Unterschwellen-Vergaben

Die dargestellte „Modernisierung“ des Vergaberechts betrifft nur die sog. Oberschwellen-Vergaben (VOB-Bauvergaben ab 5.150.000,00 €, Liefer- und Dienstleistungen nach VOL und VOF ab 206.000,00 € Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich ab 412.000,00 €), für die EU-weite Ausschreibungen erforderlich sind.

Für die Vergaben unter diesen Auftragswerten sind nationale Ausschreibungen durchzuführen. Bei Verstößen gegen diese nationalen Ausschreibungen und Vergaben gibt es weiterhin keinen vergleichbaren effektiven Vergaberechtsschutz. Bestrebungen um ähnliche gesetzliche Regelungen sind bisher erfolglos geblieben und nicht absehbar.

Unsere Vergaberechtliche Beratung

Wir beraten Sie als Bewerber und Bieter in allen Fragen Ihrer Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen

- Prüfung der Unterlagen,
- Angebotserstellung,
- Rügen,
- Vertragsgestaltung,
- Nachprüfungsverfahren.

Wir beraten ebenfalls öffentliche Auftraggeber in allen Fragen des Vergaberechts bei der

- Erstellung der Vergabekonzeptionen,
- Vertragsgestaltung,
- Formulierung der Ausschreibungsunterlagen,
- Begleitung bei der Durchführung der Vergabeverfahren,
- Vertretung in Nachprüfungsverfahren

Unser Vergaberechtsteam



Markus Sträter
Rechtsanwalt | Notar
Fon +49 231 9 58 58-71
markus.straeter@
spieker-jaeger.de



Dr. Erhard Schrammeyer
Rechtsanwalt
Fon +49 231 9 58 58-74
erhard.schrammeyer@
spieker-jaeger.de



Rainer Beckschewe
Rechtsanwalt
Fon +49 231 9 58 58-78
rainer.beckschewe@
spieker-jaeger.de



Guido Schwartz
Rechtsanwalt
Fon +49 231 9 58 58-26
guido.schwartz@
spieker-jaeger.de