

6. Energiewirtschaftsforum

Vergaberecht 2008: Novelle des Vergaberechts mit Besonderheiten im Sektorenbereich

Rechtsanwalt Toralf Baumann
Berlin, 18. Juni 2008

Gliederung

1. Hintergrund und Stand der Vergaberechtsreform
2. Überblick über die wesentlichen Neuregelungen im GWB
3. Regelungen für Sektorenauftraggeber
4. Geplante Änderungen in der VOB/A und VOL/A

Hintergrund der Vergaberechtsreform

Neue EG-Vergaberichtlinien

- > EG-Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG v. 31.3.2004
- > EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG v. 31.3.2004
- > EG-Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG v. 11.12.2007

Beschlüsse der Bundesregierung

- > v. 12.5.2004: „Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts“
- > v. 28.6.2006: „Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts *im bestehenden System*“

Teilweise Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien

- > Bereits durch Änderungen in der Vergabeverordnung, Vergabe- und Vertragsordnung VOB/A und den Verdingungsordnungen VOL/A und VOF in 2006

Stand der Vergaberechtsreform

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

- > am 21.5.2008 von der Bundesregierung beschlossen
- > betrifft Änderungen des GWB und der VgV
- > Erste Lesung im Bundestag vor der Sommerpause

Neue VOB/A und VOL/A liegen noch nicht vor

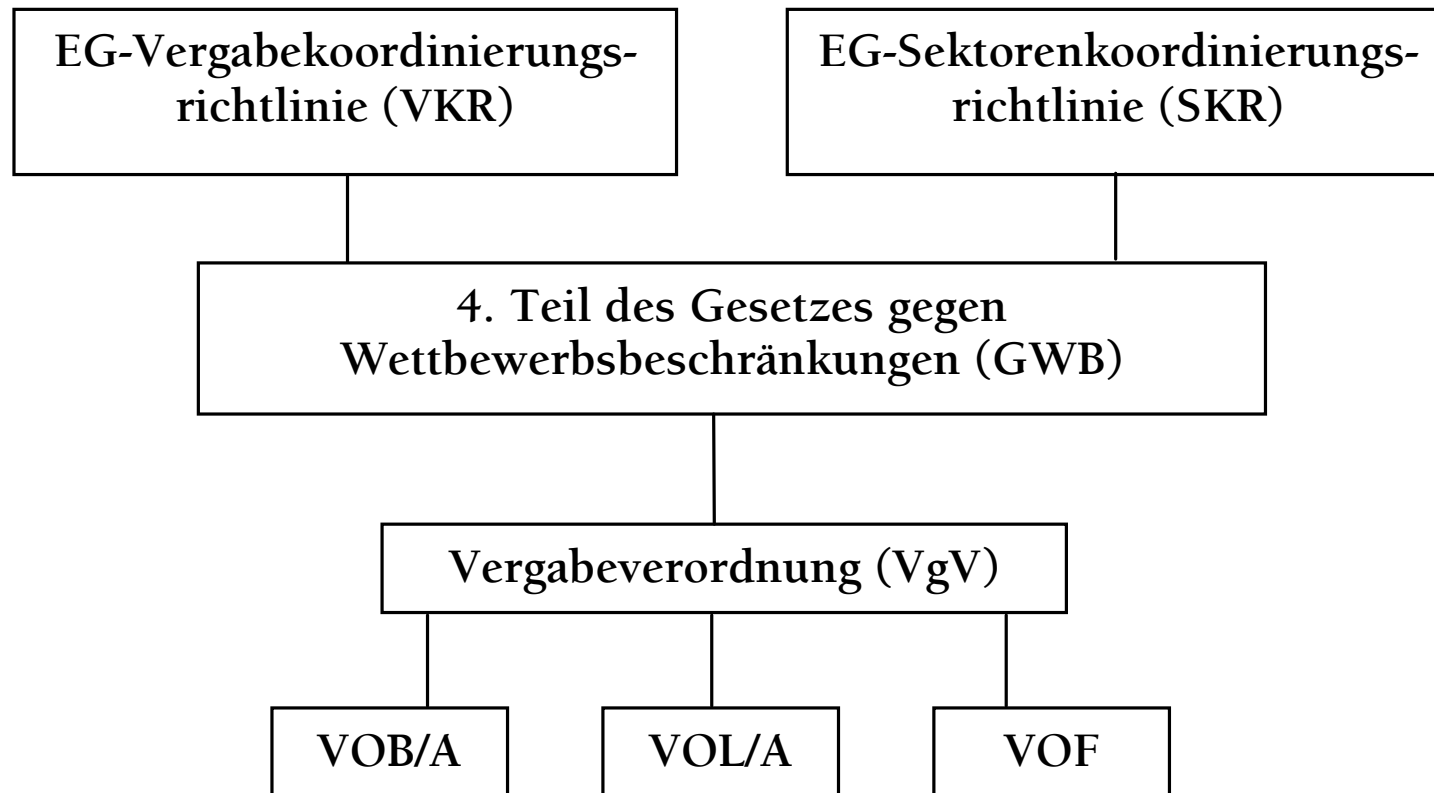
- > Erarbeitung der neuen VOB/A im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA)
- > Erarbeitung der neuen VOL/A im Deutschen Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL)
- > Ziel: Vereinheitlichung

Erlass einer neuen Verordnung für Sektorenauftraggeber

Inkrafttreten der neuen Regelungen

- > Ziel: zum 1.1.2009

Europäisches und deutsches Vergaberecht im Überblick



Verstärkung der Mittelstandsklausel

Regelfall der Losteilung, § 97 Abs. 3 GWB-E

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich [durch die Teilung in Fach- und Teillose angemessen] 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.“

Zulässigkeit „vergabefremder“ Aspekte

Zulässige Anforderungen an Auftragnehmer, § 97 Abs. 4 GWB-E

„Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

Regelung der In-house-Vergabe und staatlicher Kooperationen

Ergänzung in einem neuen § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB

„Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“

Betonung des Beschaffungszwecks (1)

Ergänzung des Auftragsbegriffs in § 99 Abs. 1 Satz 1 GWB-E

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge [zwischen] von öffentlichen Auftraggebern [und] mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.“

Betonung des Beschaffungszwecks (2)

Ergänzung des Bauauftragsbegriffs in § 99 Abs. 3 GWB-E

„Baufträge sind Verträge [entweder] über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist 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.“

Betonung des Beschaffungszwecks (3)

Ergänzung des Begriffs der Baukonzession in § 99 Abs. 6 GWB-E

„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, gegebenenfalls zuzüglich eines Preises besteht.“

Informations- und Wartepflicht

Die Informations- und Wartepflicht des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung ist derzeit in § 13 VgV geregelt, soll aber zukünftig in den 4. Teil des GWB übernommen werden (§ 101a GWB-E).

Zur Umsetzung der Vorgaben der EG-Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG beabsichtigt die Bundesregierung, die Wartefrist des Auftraggebers vor Zuschlagserteilung auf 15 (statt bisher 14) Tage nach Absendung der Information der nicht berücksichtigten Bieter zu verlängern (§ 101a Abs. 1 GWB-E).

In besonders dringlichen Fällen, in denen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist, entfällt die Informationspflicht (§ 101a Abs. 2 GWB-E).

Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht

Nach geltender Rechtslage gemäß § 13 Satz 6 VgV sind Verträge, die unter Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geschlossen wurden, von Anfang nichtig.

Zukünftig soll der Vertrag schwebend unwirksam sein (§ 101b Abs. 1 GWB-E).

Die Unwirksamkeit kann gemäß § 101b Abs. 2 GWB-E nur festgestellt werden, wenn sie innerhalb bestimmter Fristen im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht worden ist:

- > innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, nicht jedoch später als sechs Monate nach Vertragsschluss;
- > im Fall der Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag im Amtsblatt der EU endet die Frist 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung.

Rechtsfolgen der sog. De-facto-Vergabe

Die gleichen Rechtsfolgen wie für einen Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht sollen zukünftig auch für sog. De-facto-Vergaben gelten.

Die De-facto-Vergabe ist in § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB-E als Auftragserteilung definiert, bei der

„ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist.“

Für die Geltendmachung einer De-facto-Vergabe gelten die gleichen Fristen wie für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen die Informations- und Wartepflicht.

Erweiterung der Rügepflichten

Unverändert ist ein Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer unzulässig, wenn der bereits im Vergabeverfahren erkannte Vergaberechtsverstoß nicht unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber gerügt wurde.

Zukünftig sollen zudem Nachprüfungsanträge unzulässig sein, mit denen Vergaberechtsverstöße geltend gemacht werden, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind und nicht bis zum Ende der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden (§ 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E).

Neue Frist zur Einlegung eines Nachprüfungsantrages

Bislang konnten sich Bieter trotz einer frühen Rüge eines Vergaberechtsverstoßes ihre Entscheidung über einen eventuellen Nachprüfungsantrag bis zur Information über den Ausgang des Vergabeverfahrens vorbehalten.

Zukünftig sollen Nachprüfungsanträge unzulässig sein, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB-E).

Kosten des Nachprüfungsverfahrens

Die Mindestgebühr für ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer soll von derzeit 2.500 Euro auf 5.000 Euro erhöht werden (§ 128 Abs. 2 GWB-E).

Bei Rücknahme des Nachprüfungsantrages soll der Antragsteller dem Auftraggeber künftig auch „*die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen*“ erstatten.

Übernahme der Regelungen für Sektorenauftraggeber ins GWB

Die Definition der Tätigkeiten und Ausnahmen im Sektorenbereich die bislang in der VgV geregelt sind, sollen künftig ins GWB übernommen werden.

Der Sektor Telekommunikation wird ausgenommen und unterliegt künftig keinerlei Vergabevorschriften mehr.

Die einzelnen Sektorentätigkeiten sind in einer Anlage festgelegt:

- > Trinkwasserversorgung
- > Elektrizitäts- und Gasversorgung
- > Wärmeversorgung
- > Verkehr.

Eine Abgrenzung der anzuwendenden Vergabevorschriften auf Aufträge, die der Durchführung mehrerer Tätigkeit dienen, soll in § 99 Abs. 8 GWB-E erfolgen.

Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte privater Sektorenauftraggeber

Wie bislang werden private Sektorenauftraggeber als natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts definiert, die u.a. ihre Sektorentätigkeit auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden (§ 98 Nr. 4 GWB-E).

Diese Rechte sollen in Übereinstimmung mit der EG-Sektorenkoordinierungsrichtlinie definiert werden als solche,

„... die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten [Sektorentätigkeit] einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird.“ (§ 98 Nr. 4 GWB-E)

Regelung der Auftragsvergabe von Sektorenauftraggebern in gesonderter Verordnung

§ 127 Nr. 2 GWB-E sieht eine Verordnungsermächtigung zur
Regelung der Auftragsvergabe von Sektorenauftraggebern vor.

Die entsprechende Verordnung wird derzeit erarbeitet. Sie soll
die Abschnitte 3 und 4 der VOB/A und VOL/A ersetzen.

Änderung der VOB/A und VOL/A

Derzeit wird die Änderung der VOB/A im DVA verhandelt. Nach Abschluss dieser Verhandlungen soll die VOL/A mit dem Ziel der Vereinheitlichung von VOB/A und VOL/A geändert werden.

Eine abschließende Einigung über die einzelnen Änderungen ist derzeit noch nicht erreicht.

Diskutiert wird u. a. die Möglichkeit für die Bieter, zunächst Einzelnachweise ihrer Eignung durch Eigenerklärungen zu erbringen und fehlende Erklärungen nachreichen zu dürfen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte
Partnerschaft von Rechtsanwälten

**Rechtsanwalt
Toralf Baumann**

**Meinekestraße 4
D - 10719 Berlin**

**Tel: +(49) 30 / 50 96 95 - 0
Fax: +(49) 30 / 50 96 95 - 77**

**E-Mail: baumann@kermelscholtka.com
Internet: www.kermelscholtka.com**