

**Vergaberecht im Umbruch:
Konjunkturpaket und Vergaberechtsreform:**

Rechtsanwalt Dr. Volkmar Wagner
CMS Hasche Sigle, Stuttgart

Konjunkturpaket und Vergaberecht

Konjunkturpaket II (I):

- Im Bund umgesetzt durch das Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft vom 27.01.2009, in Kraft seit 27.01.2009; tritt mit Ablauf des 31.12.2010 außer Kraft.
- In Baden-Württemberg umgesetzt durch die Verwaltungsvorschrift der Ministerien zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 17.02.2009, in Kraft seit 01.03.2009; tritt mit Ablauf des 31.12.2010 außer Kraft.

Konjunkturpaket II (II):

- ! Anhebung der Wertgrenzen, bis zu denen Aufträge ohne Begründung im Wege der beschränkten Ausschreibung bzw. der freihändigen Vergabe ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb vergeben werden können.
- ! Wertgrenzen für Bauleistungen (netto):
 - Beschränkte Ausschreibung: € 1 Mio.
 - Freihändige Vergabe: € 100.000,00.
- ! Wertgrenzen für Liefer- und Dienstleistungen (netto):
 - Freihändige Vergabe und beschränkte Ausschreibung: € 100.000,00.

Konjunkturpaket II (III):

- ! Pflicht zur Veröffentlichung des Auftragnehmers im Internet unverzüglich nach erteiltem Auftrag bei Überschreitung folgender Auftragswerte.

- ! Bauleistungen (netto):
 - Beschränkte Ausschreibung: € 150.000,00.
 - Freihändige Vergabe: € 50.000,00.

- ! Liefer- und Dienstleistungen (netto):
 - Freihändige Vergabe und beschränkte Ausschreibung: € 25.000,00.

Konjunkturpaket II (IV):

- ! Zum Nachweis der Eignung sind im Regelfall Eigenerklärungen der Unternehmen ausreichend.
- ! Die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit bleiben unberührt, d.h. eine Direktvergabe ohne Wettbewerb scheidet i.d.R. aus.
- ! Nochmal: Die einschlägigen Erlasse treten am 31.12.2010 außer Kraft (es sei denn, sie werden verlängert).

Exkurs: "Zuwendungsvergaberecht":

- ! Ein (nur) durch Zuwendungsbescheid zur Anwendung des Vergaberechts verpflichteter Zuwendungsempfänger wird dadurch nicht zum öffentlichen Auftraggeber.
- ! Die Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts besteht grundsätzlich nur gegenüber dem Zuwendungsgeber.
- ! Die Bieter an den Vergabeverfahren des Zuwendungsempfängers haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Einhaltung des Vergaberechts.
- ! Wichtigste Möglichkeit zur Ahndung von Vergaberechtsverstößen ist grundsätzlich die Rückforderung der Zuwendung durch den Zuwendungsgeber.

Vergaberechtsreform

Derzeitiger Stand der Vergaberechtsreform:

- ! Das ursprüngliche Ziel einer großen Vergaberechtsreform (Abschaffung der Verdingungsordnungen, alle Regelungen in GWB und Vergabeverordnung) ist gescheitert.
- ! Ziel nunmehr: Novellierung im Rahmen des bestehenden Systems, Vereinfachung und Modernisierung.
- ! Die Reform des GWB und der VgV ist am 24.04.2009 in Kraft getreten, die reformierten Verdingungsordnungen werden voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 in Kraft treten.

Für Architekten besonders wichtige Änderungen im GWB

§ 97 Abs. 3 GWB – Mittelstandsklausel:

Neuer Wortlaut:

"(3) 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. Wird ein Unternehmen, das nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut, verpflichtet der Auftraggeber das Unternehmen, sofern es Unteraufträge an Dritte vergibt, nach Satz 1 bis 3 zu verfahren."

§ 97 Abs. 3 GWB – Mittelstandsklausel (II):

! Folgen für die Praxis:

- Inhaltlich ändert sich gegenüber der bisherigen Rechtslage gemäß Gesetzeswortlaut plus Rechtsprechung nicht viel:

Die Rechtsprechung hat auch aus dem bisherigen Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB eine Verpflichtung zur losweisen Vergabe abgeleitet. Diese Verpflichtung wurde jetzt im Gesetzestext festgeschrieben.

§ 97 Abs. 3 GWB – Mittelstandsklausel (III):

- Der Verzicht auf eine losweise Vergabe ist nach wie vor zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Insoweit ist die Kreativität des Auftraggebers gefordert.
- Neu ist der letzte Satz, der eine Weiterleitung der Verpflichtung zur Ausschreibung auf Privatunternehmen enthält, sofern diese mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden.

§ 97 Abs. 4 GWB (I) – Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit:

Neuer Wortlaut:

"(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue 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."

§ 97 Abs. 4 GWB (II) – Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit:

▮ Folgen für die Praxis:

- Neben Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit tritt die Gesetzestreue als weiteres Eignungskriterium.
- Das ist nichts grundlegend Neues, da ein nicht gesetzestreues Unternehmen auch bislang schon als nicht zuverlässig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden konnte.

§ 97 Abs. 4 GWB (III) – Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit:

- Die Zulässigkeit sozialer und umweltbezogener Aspekte war ebenfalls schon von der Rechtsprechung anerkannt, solange diese auftragsbezogen waren.
- Neu ist der Aspekt "innovativ", der wegen seiner Unbestimmtheit zu Auseinandersetzungen führen dürfte.

§ 107 Abs. 3 GWB – Rügepflicht (I):

! Neuer Wortlaut:

"(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit

...

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

§ 107 Abs. 3 GWB – Rügepflicht (II):

4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Satz 1 gilt nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2. § 101 a Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt."

§ 107 Abs. 3 GWB – Rügepflicht (III):

! Folgen für die Praxis:

- Die Bieter sind zukünftig zur sorgfältigen Prüfung der Vergabeunterlagen verpflichtet; darin enthaltene Vergaberechtsverstöße müssen unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebots- bzw. Bewerbungsfrist gerügt werden.
- Mit Sicherheit wird zukünftig sehr intensiv darüber gestritten werden, welche Vergaberechtsverstöße erkennbar waren und welche nicht.

§ 107 Abs. 3 GWB – Rügepflicht (IV):

- Das "Sammeln von Rügen" ist damit nicht mehr zulässig. Ob dies tatsächlich zu einem Anstieg der Nachprüfungsverfahren führen wird, bleibt abzuwarten.
- Bei De-facto-Vergaben bleibt es dabei, dass keine Rügepflicht besteht.

Geplante Änderungen in den Verdingungsordnungen

Reform der Verdingungsordnungen (I):

- ! Die Verdingungsordnungen sollen vereinheitlicht und vereinfacht werden.
- ! Die Neufassung der VOB wurde am 25.11.2008 veröffentlicht, ist aber noch nicht in Kraft getreten; weitere Änderungen vor Inkrafttreten sind wahrscheinlich.
- ! Der Entwurf der neuen Sektorenverordnung wurde am 07.04.2009 veröffentlicht.

Reform der Verdingungsordnungen (II):

- ! Der Entwurf der Neufassung der VOL wurde am 09.04.2009 veröffentlicht.
- ! Der Entwurf der Neufassung der VOF wurde am 04.05.2009 veröffentlicht.
- ! Die neuen Verdingungsordnungen werden sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 in Kraft treten.

Für Architekten besonders wichtige geplante Änderungen in der VOB/A

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (I):

Struktur:

- Grundstruktur wird beibehalten (1. Abschnitt für Unterschwellenvergaben und 2. Abschnitt mit zusätzlichen a-Paragraphen für EU-weite Vergaben).
- Verdichtung der Vorschriftenfolge – Konsequenz: Nur noch 23 Basisparagraphen.
- 3. und 4. Abschnitt sind im Entwurf noch enthalten, sollen jedoch später zugunsten der neuen Sektorenverordnung entfallen.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (II):

- ▮ Einführung von Wertgrenzen für die beschränkte Ausschreibung und die freihändige Vergabe (§ 3 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 2 VOB/A-E):
 - Beschränkte Ausschreibung: 50.000 Euro für Ausbaugewerke, Landschaftsbau und Straßenausstattung, € 150.000,00 für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau und € 100.000,00 für alle übrigen Gewerke.
 - Freihändige Vergabe: € 10.000,00.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (III):

- ▮ Erweiterung der Möglichkeiten des Bieters zum Eignungsnachweis um die Eigenerklärung (§ 6 Abs. 3 Nr. 2 VOB/A-E):
 - Verweis auf Präqualifikation statt Einzelnachweisen.
 - Vorlage von Eigenerklärungen, welche erst später im Verfahren durch entsprechende Bescheinigungen zu verifizieren sind.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (IV):

- ▮ Vollständiger oder teilweiser Verzicht auf Sicherheitsleistungen, wenn Mängel der Leistung voraussichtlich nicht eintreten (§ 9 Abs. 7 VOB/A-E):
 - Unterhalb einer Nettoauftragssumme in Höhe von € 250.000,00.
 - Verzicht "in der Regel" bei beschränkter Ausschreibung und freihändiger Vergabe.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (V):

- ▮ Möglichkeit der Nachreichung geforderter Erklärungen oder Nachweise (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-E):
 - Fehlen in einem Angebot geforderte Erklärungen oder Nachweise, müssen diese gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-E vom Auftraggeber zukünftig nachgefordert werden. Nachgeforderte Erklärungen bzw. Nachweise sind sodann binnen einer Frist von sechs Kalendertagen vorzulegen.
 - Reaktion auf strenge Rechtsprechung des BGH, die zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (VI):

- ▮ Ausnahmsweise Wertung fehlender Einheitspreise (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. c VOB/A-E):
 - Voraussetzung ist, dass (nur) ein Einheitspreis vergessen wurde, eine nur unwesentliche Position betroffen ist und die Wertungsreihenfolge hiervon unberührt bleibt.
 - Zwingender Ausschluss jedoch, wenn in zwei oder mehr Positionen Einheitspreise nicht ausgewiesen werden.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (VII):

Grundsätzlicher Ausschluss von Bedarfspositionen (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A-E):

- Bedarfspositionen sollen grundsätzlich nicht mehr zulässig sein.
- Nur noch ausnahmsweise sind angehängte Stundenlohnarbeiten zulässig.
- Kritik: Dies vermeidet Manipulationsmöglichkeiten (Spekulationspreise), ist aber realitätsfern.

Geplante Änderungen in der VOB/A 2009 (VIII):

- Ex-Post-Transparenz (§ 20 Abs. 3 VOB/A-E):
 - Bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb ab einem Nettoauftragswert von € 25.000,00 und bei freihändigen Vergaben ab einem Nettoauftragswert von € 15.000,00 hat der Auftraggeber nach Zuschlagserteilung hierüber zu informieren.
 - Veröffentlichung über Internetportale oder Beschafferprofile sowie Vorhaltepflcht von 6 Monaten.

Für Architekten besonders wichtige geplante Änderungen in der VOF

Geplante Änderungen in der VOF 2009 (I):

- ! VOF soll beibehalten werden.
- ! Verschlankung von 26 auf 20 Paragraphen.
- ! Diskussion um die Aufnahme von Unterschwellen-
grundsätzen für freiberufliche Leistungen in die VOF
wurde negativ entschieden; Geltung der VOF weiterhin
nur oberhalb der Schwellenwerte.

Geplante Änderungen in der VOF 2009 (II):

- Möglichkeit der Nachreichung fehlender Erklärungen und Nachweis:
 - Erklärungen und Nachweise sollen nachgereicht werden können, vgl. § 5 Abs. 3 VOF-E.
 - Wie bei VOB/A und VOL/A (2009) Verfahrenserleichterungen zur Vermeidung von Angebotsausschlüssen aufgrund von formalen Fehlern.

Dr. Volkmar Wagner
CMS Hasche Sigle
Schöttlestraße 8, 70597 Stuttgart
Tel.: 0711/9764-164
Fax: 0711/9764-914
volkmar.wagner@cms-hs.com