



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

### Neues aus der Praxis

Die Vergaberechtsreform kommt. Der Bundesrat hat am 13.02.2009 dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zugestimmt. Dieses soll voraussichtlich im Mai 2009 in Kraft treten. Mit den Novellierungen des GWB und grundlegenden Änderungen der VOB/A 2009 sowie bevorstehenden Änderungen der VOL/A 2009 ist das Vergaberecht damit umfassend überarbeitet worden. Die Novellierungen des GWB betreffen dabei sowohl erhebliche Neuerungen und Erleichterungen des Vergabeverfahrens als auch Veränderungen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes. Betroffen sind öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Wert ab 206.000,00 € und Bauaufträge ab 5,15 Mio. €. Die wichtigsten Änderungen des GWB-Vergaberechts nachfolgend im Überblick:

avocado rechtsanwälte  
spichernstraße 75-77  
50672 köln

t +49 [0]221 390710  
f +49 [0]221 39071-29  
koeln@avocado-law.com

[www.avocado-law.com](http://www.avocado-law.com)



- Die Rechtsprechung zur Ausschreibungspflicht von Immobiliengeschäften der öffentlichen Hand hat in den vergangenen Jahren für Furore gesorgt. Von besonderer Bedeutung ist daher die Neufassung des § 99 Abs. 3 GWB. Sie stellt klar, dass Grundstücksverkäufe in Verbindung mit städtebaulichen Entwicklungsverträgen (ohne dass die Bauwerke in das Eigentum der Vergabestelle übergehen bzw. von dieser genutzt werden oder ihr ein sonstiger wirtschaftlicher Vorteil zugute kommt) nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegen. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Vorlagebeschluss vom 02.10.2008 (VII-Verg 25/08) verschiedene Fragen zur Ausschreibungspflicht von Immobiliengeschäften dem Europäischen Gerichtshof zur vorgelegt hat. Dies betrifft insbesondere die konkrete Gestaltung des jetzigen § 99 Abs. 3 GWB-Novelle. Da der Wortlaut des § 99 Abs. 3 GWB-Novelle nun enger gefasst ist als die entsprechende Definition eines öffentlichen Bauauftrags auf europäischer Ebene, kommt es für die Zukunft entscheidend auf die Hinweise des Europäischen Gerichtshofes in der Sache an. Sollte der EuGH dem europäischen Vergaberecht einen weiteren Begriff des öffentlichen Bauauftrags im Vergleich zu § 99 Abs. 3 GWB-Novelle zugrunde legen, würde die Neufassung des § 99 Abs. 3 GWB-Novelle gegen die europäischen Vergaberichtlinien verstoßen. Die Entscheidung des EuGH wird für Mitte 2009 erwartet. Erst dann herrscht Rechtssicherheit im Umgang mit Immobiliengeschäften der öffentlichen Hand.
- Die GWB-Novelle führt als neue Beschaffungsformen die elektronische Auktion und das dynamische elektronische Beschaffungsverfahren ein – sie sind optional in den europäischen Vergaberichtlinien vorgesehen. Elektronische Auktionen können als nachrangige Verfahren im Rahmen eines offenen/nichtoffenen Verfahrens bzw. eines Verhandlungsverfahrens mit Vergabebekanntmachung zum Zuge kommen. Bei ihnen soll nach dem Prinzip der Abwärtsversteigerung/inversen Auktion der günstigste Bieter den Zuschlag erhalten. Dagegen stellt das dynamische elektronische Beschaffungssystem ein vollelektronisches, mehrstufiges Verfahren (ähnlich einer Rahmenvereinbarung) für die Vergabe von Standardleistungen dar. Hierdurch



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

erhofft man sich Kosteneinsparungen in Höhe von 5 % bis 15 %. Allerdings ist die Implementierung der geforderten Technik voraussichtlich mit erheblichen Kosten verbunden. Außerdem sind die neuen Beschaffungsformen durchaus komplex, im einzelnen Verfahrensablauf indes nicht geregelt. Daher sollten öffentliche Auftraggeber im Einzelnen immer gut die Vor- und Nachteile dieser neuen Verfahren gegeneinander abwägen, bevor sie die neuen Beschaffungsformen anwenden.

- Bedeutsam sind auch die Regelungen zu sogenannten De-facto-Vergaben, d. h. zu Direktvergaben ohne vorangehende Ausschreibung trotz bestehender Ausschreibungspflicht. Bislang waren solche Direktvergaben nur dann angreifbar, wenn ein Bieter vor Vertragsschluss sein Interesse an den Leistungen gegenüber der Vergabestelle bekundet hatte. Nunmehr knüpft die GWB-Novelle an den objektiven Verstoß gegen das Vergaberecht an und stellt klar, dass ein direkt vergebener Vertrag schwebend unwirksam ist. Sofern die Unwirksamkeit der Direktvergabe in einem Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Bieters von dem Vergaberechtsverstoß, spätestens jedoch 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht wird, ist der Vertrag endgültig unwirksam. Etwas anderes gilt dann, sofern die Vergabestelle die Direktvergabe im EU-Amtsblatt bekannt macht. In diesem Fall kann die Nichtigkeit nur innerhalb von 30 Kalendertagen ab Veröffentlichung der Bekanntmachung geltend gemacht werden.
- Mit der GWB-Novelle soll der Mittelstandsschutz gestärkt werden. Für kleine und mittlere Unternehmen soll es zukünftig leichter sein, sich an größeren öffentlichen Aufträgen erfolgreich zu beteiligen. Die bisherige Vorgabe, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch Fach- und Teillose zu berücksichtigen sind, wird gestärkt. Abweichungen hiervon aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen bedürfen der Einzelbegründung.



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

- Bis heute ist der Umgang mit vergabefremden Kriterien höchst umstritten. Insbesondere die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur Tariftreueerklärung im Rahmen von Ausschreibungen sorgte für Aufregung. Die GWB-Novelle sieht nun vor, dass für die Ausführung eines konkreten Auftrags neben Eignungskriterien zusätzlich soziale, umweltbezogene oder innovative Mindestanforderungen an den Auftragnehmer gestellt werden dürfen. Diese Anforderungen müssen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Hierbei dürfte es sich nicht um Eignungskriterien handeln. Faktisch muss aber auch hier jeder Bieter die Mindestanforderungen einhalten, will er einen Ausschluss seines Angebotes vermeiden. Außerdem können in den Verdingungsunterlagen rechtsgestaltende Erklärungen (z. B. Kündigung) für den Fall der Nichteinhaltung der Vorgaben während der Vertragsdurchführung vorgesehen werden. Das praktische Handling wird abzuwarten sein: Während Umweltmindestanforderungen für Leistungen im Bereich des Umweltschutzes sehr leicht begründbar sein werden, wird die vergaberechtliche Spruchpraxis noch zeigen müssen, wo die Grenze für den Auftragsbezug sozialer Kriterien liegen wird.
- In § 101 a GWB wird zukünftig die (bislang in § 13 der Vergabeverordnung) geregelte Informations- und Wartepflicht geregelt. Danach muss ein Auftraggeber die bei der Vergabe nichtberücksichtigten Bieter über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebotes und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform informieren. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information abgeschlossen werden, es sei denn, die Information wird an die Bieter per Fax oder auf elektronischem Wege übermittelt. In diesem Fall gilt eine verkürzte Stillhaltefrist von 10 Kalendertagen. Ein öffentlicher Auftraggeber hat es damit selbst in der Hand, wie schnell die gewünschte Zuschlagserteilung realisiert werden kann.



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

- Die Rügepflichten der Bieter aus § 107 Abs. 3 GWB, die sich um öffentliche Aufträge bemühen, werden durch die GWB-Novelle verschärft. Zukünftig müssen auch Verstöße gegen das Vergaberecht, die aus der Leistungsbeschreibung erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist gegenüber der Vergabestelle beanstandet werden. Diese Regelung galt bislang nur für Verstöße, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind. Weist der Auftraggeber die Rüge eines Bieters zurück, legt die GWB-Novelle nun eine „Reaktionspflicht“ der Bieter fest: Nachprüfungsanträge müssen demnach innerhalb von 14 Kalendertagen nach der Mitteilung des Auftraggebers über die Nichtabhilfe der Rüge erhoben werden, andernfalls kann sich ein Bieter später nicht mehr auf den abgelehnten Verstoß berufen. Es bleibt abzuwarten, ob durch diese Neuregelung tatsächlich ein Rückgang an Nachprüfungsverfahren eintreten wird. Zumindest birgt die Bestimmung die Gefahr der Verzögerung von Ausschreibungen durch mehrfache Nachprüfungsverfahren denselben Auftragsgegenstand betreffend.
- Auch der vergaberechtliche Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren ist überarbeitet worden und sieht unter anderem eine mögliche Beschränkung des Untersuchungsgrundsatzes der Vergabekammern (§ 110 GWB-Novelle), die Möglichkeit für Vergabestellen, eine Schutzschrift bei der Vergabekammer einzureichen sowie die Pflicht des Antragstellers, bei Rücknahme seines Nachprüfungsantrages die notwendigen Aufwendungen des Auftraggebers und des Beigeladenen zu erstatten (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB-Novelle), vor.

Insgesamt kommen erhebliche Neuerungen und damit große Herausforderungen gleichermaßen auf öffentliche Auftraggeber wie auf Bieter zu. Alle Vergabepraktiker sind daher gut beraten, sich eingehend mit den Neuregelungen auseinanderzusetzen.



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

### Veranstaltungen

#### “Fördermittel und Vergaberecht”

Referenten: Dr. Bettina Ruhland und Dr. Tim Langmaack, LL.M.  
veranstaltet durch Nohr-Con am 22.04.2009 in Berlin

#### “Das neue Vergaberecht von A bis Z”

Referenten: Markus Figgen und Dr. Bettina Ruhland  
veranstaltet durch bvse - Bundesverband Sekundärrohstoffe und Entsorgung e.V.  
am 28.04.2009 in Bonn

#### “Das neue Vergaberecht 2009 und das Konjunkturpaket”

Referenten: Markus Figgen und Dr. Bettina Ruhland  
veranstaltet durch Nohr-Con am 07.05.2009 in Hamburg, am 26.05.2009 in Leipzig und  
am 04.06.2009 in Frankfurt

#### “Vergabe von Postdienstleistungen”

Referenten: Dr. Bettina Ruhland  
veranstaltet durch die Brandenburgische Kommunalakademie am 15.09.2009 in Potsdam



## Entwicklungen und Tendenzen im Vergaberecht

April 2009

### Impressum

avocado rechtsanwälte  
spichernstraße 75-77  
50672 köln  
t +49 [0]221 390710  
f +49 [0]221 39071-29  
koeln@avocado-law.com  
[www.avocado-law.com](http://www.avocado-law.com)

[www.brak.de](http://www.brak.de)

ust-id-nr. de 814 17 29 76  
steuer nr. 13/225/62722  
fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, bock, bornemann, brüninghaus, busch, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte partnerschaft.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt dieses Newsletters sind:

Markus Figgen

Dr. Bettina Ruhland