

Änderung des Vergaberechts

– Folgen für Mittelstand und öffentliche Auftraggeber –

S:R Der Bundesgesetzgeber plant für den Herbst/Winter 2008 Änderungen des Vergaberechts. Herr Dr. Jasper, was sind die Hauptgründe für die Gesetzesänderungen?

Jasper Seit dem 01.01.1999 gilt das deutsche Vergaberecht. Der Gesetzgeber musste das europäische Vergaberecht umsetzen und sich damit von den rein haushaltsrechtlichen Grundlagen für die Vergabe verabschieden. Damit wurden Regelungen geschaffen, die den Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, subjektive Rechte gewähren. Im Anschluss an einen Erfahrungsbericht legte die Bundesregierung im Juni 2006 sog. Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts vor. Daraus ist dieser Gesetzentwurf entstanden.

Der Erfahrungsbericht bemängelt die gegenwärtigen Vergaberegulungen als unübersichtlich, insbesondere für den Mittelstand, wodurch schnell Verfahrensfehler auftreten können. Auch ist der Aufwand zur Beteiligung am Vergabeverfahren relativ hoch. Selbst die öffentlichen Auftraggeber haben ihre Probleme mit der gegenwärtigen Rechtslage: Sie beklagen die kostspielige Einbindung von Vergaberechtsexperten in die Vergabefälle, um Risiken in Rechtsschutzverfahren zu vermeiden. So könne man Vergabeverfahren nicht zügig und effektiv durchführen. Zudem haben öffentliche Auftraggeber mittlerweile Schwierigkeiten, eine ausreichende Zahl von Angeboten für ihre Ausschreibungen zu erhalten, weil insbesondere mittelständische Unternehmer den Aufwand solcher Angebote scheuen.

S:R Sie sprachen den Mittelstand an. Welche Kritik des Mittelstands hat den Bundesgesetzgeber zum Handeln veranlasst?

Jasper Mittelständische Unternehmer haben sich in der Vergangenheit über hohe Kostenbelastungen durch das Vergaberecht und unzureichenden Rechtsschutz beklagt: Die in Ausschreibungsverfahren verlangten Standards waren oft nur mit großem finanziellen und zeitlichen Aufwand zu erfüllen. Zum Teil wurden in kleineren Verfahren so detaillierte Ausarbeitungen gefordert, dass man den Eindruck hatte, hier wird mit Kanonen auf Spatzen geschossen.

Weiter wurde bemängelt, dass die Vergaben unter den Schwellenwerten (jeweils für EU-weite Vergaben: VOB-Vergaben 5,15 Mio. €,



RA Dr. Dieter Jasper

(Jasper Rechtsanwälte)

bei VOL- und VOF-Vergaben 206.000 € und bei Sektorenauftraggebern, wie im Trinkwasser-, Energieversorgungs- oder Verkehrsbereich 412.000 €) nicht im Rahmen des im GWB geregelten Verfahrens überprüft werden könnten. Darauf hat der Gesetzgeber nur teilweise reagiert: Vergabeverfahren sollen sich in Zukunft nicht auf Bereiche unterhalb der Schwellenwerte beziehen, damit keine zusätzliche Bürokratie geschaffen wird und öffentliche Investitionen nicht verzögert werden. Hierzu hatte bereits das Bundesverfassungsgericht im Sommer 2006 entschieden, dass ein verfassungsmäßiger Rechtsschutz im Bereich der unterschweligen Vergaben – wie von manchen gefordert – nicht erforderlich ist. Für diese Aufträge bleibt es bei den Vergaberegeln des Haushaltsrechts. Danach ist der Staat als Auftraggeber verpflichtet, mit Haushaltsmitteln wirtschaftlich und sparsam umzugehen. Der Wettbewerb ist Mittel, aber nicht Zweck der Norm. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die unterschiedliche Behandlung von unter- und überschwelligen Aufträgen hinreichend sachlich durch das Ziel der Gewährleistung eines wirtschaftlichen Einkaufs gerechtfertigt ist.

Darüber hinaus soll der Mittelstand dadurch unterstützt werden, dass nach wie vor Aufträge durch Trennung in Teil- und Fachlose (sog.

Mittelstandsklausel) auch an Mittelständler gehen können, allerdings nun eine Losvergabe grundsätzlich zwingend sein soll. Davon soll nur in Ausnahmefällen abgewichen werden, nämlich dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Bei Teillosen sind die Leistungen in der Menge aufgeteilt, bei Fachlosen sind sie getrennt nach Art oder Fachgebiet.

Der Bundesrechnungshof hatte bei einer Untersuchung der Wirtschaftlichkeit von Baumaßnahmen festgestellt, dass die Teil- und Fachlosvergabe die Wirtschaftlichkeit beim öffentlichen Einkauf von Bauprojekten fördert.

S:R Welche Reaktionen hat der Gesetzentwurf bisher ausgelöst?

Jasper Die Diskussion konzentriert sich zurzeit auf zwei Bereiche, nämlich auf die Mittelstandsklausel sowie auf die Befreiung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Vergaberecht.

Die Mittelstandsklausel wird bspw. vom Zentralverband des Deutschen Baugewerbes ausdrücklich begrüßt. Der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats hat allerdings vorgeschlagen, aus dem Regelfall der Aufteilung in Teil- und Fachlose eher den Ausnahmefall zu machen. Darin sieht man eine Ausgrenzung des Mittelstands – statt dessen Förderung.

Die Entsorgungswirtschaft beschwert sich über die Pläne zur Behandlung der interkommunalen Zusammenarbeit. Dabei geht es um die Streichung der Ausschreibungspflicht der öffentlichen Hand, wenn ein Auftrag einem Unternehmen anderer Kommunen erteilt wird. Dies verkenne nicht nur den Wettbewerbsgedanken, sondern benachteilige die Privatwirtschaft, zumal sich so die festgestellte Tendenz der Rekommunalisierung weiter verstärke. Dem allerdings widerspricht der Deutsche Städte- und Gemeindebund, der diese Regelung ausdrücklich begrüßt und sie sogar auf diejenigen Fallkonstellationen ausdehnen möchte, in denen es um die Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeiten interkommunaler Zusammenarbeit auf der Grundlage von Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit geht.

Begrüßt werden allgemein die Reaktionen auf die bisherige Rechtsprechung. So soll im

Anschluss an die Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Ahlhorn, Wuppertal, Oer-Erkenschwick) der Bauauftragsbegriff klargestellt werden: Die Bauleistung muss dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen. Allein die Tatsache, dass ein Investor Flächen innerhalb einer Kommune städtebaulich entwickelt, gilt nicht als einzukaufende Leistung und unterfällt damit nicht dem Vergaberecht. So muss also der Bau eines technischen Rathauses ausgeschrieben werden; die von einem Investor im Rahmen einer Grundstücksnutzung durchgeführte Erschließungsmaßnahme unterfällt aber nicht dem Vergaberecht, und zwar selbst dann nicht, wenn diese Erschließungsanlagen (Straßen, Plätze etc.) anschließend zurück in das Eigentum der Gemeinde übertragen werden.

Ebenso soll eine Unsicherheit beseitigt werden, die bei Städten und Gemeinden im Zusammenhang mit Baukonzessionen für Verwirrung gesorgt hat. So war unklar, ob nach der Auslegung des OLG Düsseldorf auch die Veräußerung unter den Begriff der Baukonzession fällt. Das hat der Gesetzgeber nun verneint: Bei der Baukonzession wird vom Konzessionsgeber dem Konzessionsnehmer ein Nutzungsrecht für einen bestimmten Zeitraum übertragen. Die Veräußerung gehört nicht dazu. Somit ist bspw. der Verkauf städtischen Grundbesitzes an einen Investor zum Zwecke der Bebauung (Wohnungen, Bürohäuser etc.) nicht ausschreibungspflichtig.

S:R Wie schätzen Sie die Auswirkungen der geplanten Änderungen für den Mittelstand und die öffentlichen Auftraggeber ein?

Jasper Aus der bisherigen Praxis bin ich nicht unbedingt davon überzeugt, dass diese Modernisierung des Vergaberechts die kleinen und mittleren Unternehmen ermutigt, sich verstärkt (wieder) an Vergaben zu beteiligen und gegebenenfalls Nachprüfungen zu wagen. Zu schmerzhaft sind die Erfahrungen mit hohen Kosten bei Ausschreibungen und zum Teil überraschenden Ergebnissen in den Nachprüfungsverfahren.

Dass das Vergaberecht an dieser Stelle nicht funktioniert, merken die öffentlichen Auftraggeber nun selbst. Denn leider hat sich herauskristallisiert, dass immer dieselben Unternehmen an (großen) Ausschreibungen teilnehmen. In manchen Bereichen haben sich kleinere und mittlere Unternehmen fast vollständig zurückgezogen. Glaubt man den Aussagen des Gesetzgebers und der Politiker, ist das nicht gewollt. Schaut man sich aber die Realität an, kann man an der Umsetzung dieser Idee Zweifel haben.

Kleinere und mittlere Unternehmen könnte man verstärkt wieder in Vergabeverfahren einbinden, wenn der damit verbundene Aufwand durch die Vergabestellen klar definiert und verlässlich festgesetzt wird sowie Kosten für Vergabeverfahren gesenkt und nach oben gedeckelt werden.

Zu begrüßen sind viele Klarstellungen in dem Gesetzentwurf. Damit wird meines Erachtens eine erfreuliche Tendenz sichtbar: Nicht alles und jedes muss dem Vergaberecht unterworfen werden. Zurückgedrängt wird die Idee, dass die Bereiche, die eben nicht vom Ver-

gaberecht abgedeckt sind, in einem Strudel von Undurchsichtigkeiten oder gar Korruption versinken. Diese These ist nicht nur praxisfremd, sondern unterstellt weiten Teilen des Mittelstands und der öffentlichen Auftraggeber ein Handeln, das jeder tatsächlichen und rechtlichen Grundlage entbehrt.

Zusammenfassend ist die Modernisierung des Vergaberechts ein Schritt in die richtige Richtung. Die Verfahren werden beschleunigt; Unklarheiten werden beseitigt.

S:R Wann wird das neue Vergaberecht nach Ihrer Einschätzung in Kraft treten?

Jasper Die Diskussion über diesen Gesetzentwurf ist in vollem Gange und wurde nur durch die Sommerpause unterbrochen. Man ist sich darüber einig, dass man den Entwurf so schnell wie möglich als Gesetz verabschieden möchte, um noch vor dem Anfang 2009 beginnenden Bundestagswahlkampf den vom Vergaberecht Betroffenen ein besseres Instrumentarium an die Hand zu geben.

Der Zeitplan sieht vor, den Gesetzentwurf mit den Stellungnahmen von Bundesrat und Bundesregierung pünktlich zum Herbstbeginn dem Bundestag vorzulegen, damit die Reform am 28.11.2008 mit der Zustimmung des Bundesrats vom Bundestag beschlossen werden kann. Gegenwärtig scheint der Zeitplan eingehalten zu werden. Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts könnte dann schon Ende 2008/Anfang 2009 in Kraft treten. ■

In Kürze: Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz

Die Bundesregierung will das Vergaberecht modernisieren und dabei transparenter und mittelstandfreundlicher gestalten. Dies betont sie in ihrem aktuell in den Bundestag eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts.

Hierzu wird der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geändert und ergänzt. Die sog. Mittelstandsklausel des GWB, die eine Vergabe nach Losen vorsieht, soll dadurch verstärkt werden, dass nur in Ausnahmefällen von einer Vergabe nach Losen abgewichen werden kann. Vorgesehen sind ferner Klarstellungen zum Anwendungsbereich. Die Grundstruktur des Nachprüfungsverfahrens bleibt wie sie ist, allerdings werden einige Regelungen aus Beschleunigungsgründen angepasst: Die Vergabekammern müssen nun schneller entscheiden (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB).

Schon bisher können öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur die Wirtschaftlichkeit eines Angebots, sondern darüber hinaus auch soziale, umweltbezogene, innovative und sonstige politische Aspekte berücksichtigen. Seit der EuGH-Entscheidung in der Rs. „Rüffert“ von April diesen Jahres ist nun klar, dass zumindest die Vorgabe „sozialer Aspekte“ in Form von Tariftreueklauseln bei Vergabe öffentlicher Aufträge gegen EG-Recht verstößt (vgl. *Huke*, S:R 2008 S. 168). Um Vorgaben solcher Art bei öffentlicher Auftragsvergabe vor dem EuGH dennoch „wetterfest“ machen zu können, sieht die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts nun auch vor, dass an den konkreten Auftrag bestimmte Vorgaben gekoppelt werden können: Nicht generell, aber doch während der Ausführung des jeweiligen Auftrags kann künftig ein

bestimmtes Verhalten vom Unternehmen gefordert werden, das sozialen, umweltfreundlichen und sonst. Aspekten genügt. So könnte künftig vielleicht verlangt werden, dass der Auftragnehmer für den konkreten Auftrag Auszubildende oder Langzeitarbeitslose beschäftigt – und auch „angemessen“ bezahlt, dass er nur Strom aus erneuerbaren Energiequellen nutzt und schließlich die Rechnung auf Recyclingpapier druckt. Genügt die Bundesregierung mit dem rechtlichen Kniff, soziale und sonstige Aspekte zum optionalen Gegenstand der Leistungsbeschreibung zu machen, den EG-rechtlichen Vorgaben, und was sind die Folgen für die Praxis? Status:Recht berichtet hierzu in der nächsten Ausgabe (ET 07.11.2008).

🔗 www.status-recht.de/links: „Vergaberechtsmodernisierungsgesetz“