

Der Senator für Wirtschaft und Häfen, Postfach 101529, 28015 Bremen

Lt. Verteiler

Auskunft erteilt
Janine Lamot

Zimmer 508

T: +49(0)421 361 10137

F: +49(0)421 496 10137

E-Mail:
janine.lamot@wuh.bremen.de

Datum und Zeichen
Ihres Schreibens

Mein Zeichen
(bitte bei Antwort angeben)
043

Bremen, 2.6.2009

Rundschreiben Nr. 01/2009

Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts

Das "Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts", mit dem das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie die Vergabeverordnung (VgV) des Bundes geändert worden sind, wurde am 23.04.2009 im Bundesgesetzblatt I 2009, S. 790 ff. veröffentlicht und trat am 24.04.2009 in Kraft.

Hinweis: zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes bereits begonnene Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren sind nach den hierfür bisher geltenden Vorschriften zu beenden.

Die maßgeblichen Änderungen für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts sind nachfolgend dargestellt:


A) Inhaltlich:

1) § 97 Absatz 3 GWB:

Die Mittelstandsklausel, die die losweise Vergabe von Leistungen vorsieht, wurde strikter gefasst. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann nunmehr aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen von einer Teilung in Lose abgewichen werden. Die Abweichung von der losweisen Vergabe ist in der Vergabeakte zu dokumentieren. Diese Vorgabe gilt auch für private Unternehmen, die selbst nicht öffentliche Auftraggeber sind, aber von solchen mit der Durchführung öffentlicher Aufgaben betraut sind – also beispielsweise auch im Rahmen von öffentlich-privaten Partnerschaften.

 Eingang
Martinistraße 28
28195 Bremen

Dienstgebäude
Zweite
Schlachtpforte 3
28195 Bremen

 Bus Linie 25
Martinistraße

Bankverbindungen
Bremer Landesbank (BLZ 290 500 00) Kto. 1070115000
Bundesbank (BLZ 290 000 00) Kto. 29001565
Sparkasse Bremen (BLZ 290 501 01) Kto. 1090653

2) § 97 Absatz 4 GWB:

Neben den auch bisher geltenden Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit wurde nunmehr das Eignungskriterium der Gesetzestreue, welches inhaltlich vom Auftraggeber sowieso bereits zu beachten war, auch ausdrücklich im Gesetzestext festgelegt.

Weiterhin können für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an die Auftragnehmer gestellt werden, hierbei insbesondere Aspekte sozialer, umweltbezogener oder innovativer Art, wenn diese Anforderung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Hierzu können beispielsweise Aspekte wie z.B. Förderung der Berufsausbildung, Chancengleichheit von Männern und Frauen, besondere Energieeffizienz, Verwendung von Recyclingprodukten oder der niedrige Schadstoffgehalt von Produkten gehören.

3) § 97 Absatz 4a GWB:

Mit dieser Regelung wird erstmalig festgelegt, dass Auftraggeber sog. Präqualifikationssysteme einrichten können, mit denen die Auftragnehmer ihre Eignung nachweisen können. Die Auftragnehmer erhalten hierbei ein Testat für einen begrenzten Zeitraum und ersparen sich so die Vorlage von Einzelnachweisen für jeden einzelnen Auftrag.

Hinweis: für Bremen wurde mit Erlass des Senators für Wirtschaft und Häfen vom 24.03.2009 die Präqualifizierung im Baubereich bei Beschränkten Ausschreibungen oder Freihändigen Vergaben sowohl für Vergabe oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte vorgesehen.

4) § 98 GWB:

Hinsichtlich der Definition der öffentlichen Auftraggeber wird mit der Nr. 4 nunmehr entsprechend der zu Grunde liegenden EU-Richtlinie noch einmal dargestellt, was ausschließliche oder besondere Rechte sein können, die den sog. Sektorauftraggebern verliehen werden können. Im Hinblick auf die Zuwendungsempfänger in der Nr. 5 ist nunmehr neu geregelt, dass auch juristische Personen des öffentlichen Rechts bei entsprechender Förderung für die dort aufgezählten Vorhaben als öffentliche Auftraggeber gelten. Die Definition des Baukonzessionärs in der Nr. 6 ist in Verbindung mit der Neuregelung in § 99 Absatz 6 GWB zu sehen. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

5) § 99 GWB:

Die Definition des öffentlichen Auftrags in Absatz 1 und in Absatz 3 wurde jeweils um das Merkmal der Beschaffung einer Leistung für den Auftraggeber ergänzt. Hinsichtlich der Bauaufträge wurde im Hinblick auf die vom OLG Düsseldorf angestoßene und derzeit recht divergierende nationale Rechtsprechung eingefügt, dass ein Bauauftrag vorliegt, wenn die Leistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt und durch den Unternehmer gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird. Dies soll den Beschaffungscharakter verdeutlichen und insoweit Rechtssicherheit schaffen, so weit ein Auftraggeber einem Investor ein Grundstück zu dessen eigenständiger Nutzung/Bebauung überlässt. Sofern dieses Beschaffungsmerkmal in diesen Fällen nicht ge-

geben ist, soll es sich dem entsprechend auch nicht um einen Bauauftrag, der dem Vergaberecht unterliegt, handeln. Im Zusammenhang mit dieser Regelung ist auch die neue Regelung in Absatz 6 zu den Baukonzessionen zu sehen. Hier ist jetzt ausdrücklich geregelt, dass der geldwerte Vorteil für den Bauunternehmer in der befristeten Nutzung der baulichen Anlage besteht. Bei der dauerhaften Überlassung zur Nutzung an einen Investor kann somit das Vorliegen einer Baukonzession abgelehnt werden.

Hinweis: dem Gesetzgeber war bei der Schaffung dieser Regelungen bewusst, dass sich hinter einer entsprechenden gesetzlichen Regelung möglicherweise das Risiko der EU-Rechtswidrigkeit dieser Vorschrift verbirgt. Aus dem insoweit maßgebenden Urteil des EuGH in Sachen "Roanne" könnte herausgelesen werden, dass der Beschaffungscharakter, wie ihn das GWB jetzt vorsieht, für die Annahme eines Bauauftrages/einer Baukonzession nicht erforderlich ist. Derzeit ist vor dem EuGH ein Vorlageverfahren des OLG Düsseldorf zu einer Grundstücksübertragung anhängig, von dem erwartet wird, dass der EuGH hierzu grundlegende Aufklärung zu den Voraussetzungen von Grundstücksübertragungen der öffentlichen Hand zur Bebauung durch Investoren enthalten wird. Für den Zeitraum bis zum Ergehen dieser Entscheidung kann aus Gründen der Rechtssicherheit nur geraten werden, die Kriterien des § 99 Absatz 3 und 6 im Zweifelsfall eher zurückhaltend anzuwenden und gegebenenfalls ein Vergabeverfahren durchzuführen.

6) § 100 Absatz 2 GWB:

In den Ausnahmekatalog des § 100 Absatz 2 GWB sind für die nicht dem Vergaberecht unterliegenden Verfahren nunmehr die Regelungen zu den Sektoraufträgen aufgenommen worden, die sich bisher in der VgV fanden, sowie aufgrund der erfolgten Liberalisierung im Telekommunikationsbereich insoweit eine weitgehende Freistellung von der Anwendung des Vergaberechts festgelegt worden. Zudem ist die Vergaberechtsfreiheit des Verteidigungs-/Sicherheitsbereiches noch dezidiert gefasst und teilweise ausgeweitet worden.

7) § 101 GWB:

In Absatz 4 wird zu den Arten der Vergabeverfahren nunmehr klargestellt, dass das Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs nur durch die Auftraggeber in nach § 98 Nr. 1 bis 3 (originär staatliche Auftraggeber) sowie die Zuwendungsempfänger im Sinne des § 98 Nr. 5 angewendet werden darf. Die Besonderheit hierbei ist, dass auch die originär staatlichen Auftraggeber dieses Verfahren nur dann anwenden dürfen, wenn sie nicht im Sektorenbereich tätig sind.

In Absatz 6 werden in Anlehnung an die zugrunde liegende EU-Richtlinie nunmehr die ebenfalls möglichen Verfahren der elektronischen Auktion, bzw. des dynamischen elektronischen Verfahrens eingeführt.

Eine bedeutsame Neuregelung ist die des Absatzes 7, nachdem nunmehr auch den originär staatlichen Auftraggebern, so weit sie im Sektorenbereich tätig sind, die freie Wahl zwischen der Durchführung des Offenen Verfahrens, des Nicht Offenen Verfahrens und des Verhandlungsverfahrens offen steht.

8) § 101a GWB:

In dieser Regelung findet sich die bisher in § 13 der VgV geregelte Vorabinformationspflicht der nicht berücksichtigten Bieter über ihre Ablehnung. An Stelle der bisher geltenden 14-Tages-Frist von der Versendung dieser Information bis zur Zuschlagserteilung wird nun in

Umsetzung der zugrunde liegenden EU-Richtlinie die Zeit von 15 Tagen festgelegt. Im Falle der Information per Fax oder auf elektronischem Wege kann diese Frist auf 10 Tage verkürzt werden. Es sind die jeweils betroffenen Bieter zu informieren. Als betroffen gelten sie, wenn sie noch nicht endgültig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden. Der Ausschluss ist dann endgültig, wenn er den Bietern mitgeteilt wurde und entweder von der Vergabekammer als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

Es ist jeweils über den Namen des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, die Gründe für die vorgesehenen Nichtberücksichtigung des eigenen Angebotes und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschluss zu informieren.

Die Informationspflicht entfällt in den Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

9) § 101b GWB:

Entgegen der bisher geltenden Nichtigkeit eines Vertrages bei Verstoß gegen die Informationspflicht wird nunmehr die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages geregelt. Gleiches gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Vergabe rechtswidrig als sog. "de-facto-Vergabe" vornimmt, also gar kein wettbewerbliches Verfahren durchführt, obwohl dies geboten wäre. Die Unwirksamkeit des Vertrages kann nur festgestellt werden, wenn sie im Wege eines Nachprüfungsverfahrens innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Zuschlagserteilung geltend gemacht worden ist. Im Falle einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach der dortigen Veröffentlichung.

B) Nachprüfverfahren:

10) § 102 und § 103 GWB:

Die bisherige Möglichkeit zur Einrichtung von Vergabeprüfstellen ist entfallen. Insoweit können die bisherigen bremischen Vergabeprüfstellen beim Senator für Umwelt, Bau, Verkehr und Europa, beim Senator für Wirtschaft und Häfen und bei der Senatorin für Finanzen, entfallen.

Gelöscht: sowie

Gelöscht:

Gelöscht: (gibt es nur diese beiden? Ich dachte SFF hätte auch eine gehabt? Wenn nicht zu klären, dann lieber den Zusatz streichen) nicht mehr

Hinweis: Aus diesem Grund ist darauf zu achten, dass bei Verwendung der Vergabe-Formulare die Möglichkeit zur Eintragung einer Überprüfung durch eine benannte Vergabeprüfstelle nicht mehr ausgefüllt wird.

11) § 104 bis § 106 a GWB:

Die ausschließliche Zuständigkeit des Rechtsweges zu den Vergabekammern bzw. den Oberlandesgerichten als Beschwerdeinstanz im Anwendungsbereich des 4. Teils des GWB wird deutlicher gefasst. Es werden nunmehr einheitlich für Bund und Länder Anforderungen an die Besetzung der Vergabekammern vorgegeben und die Zuständigkeiten der Vergabekammer des Bundes einerseits und der Vergabekammern der Länder andererseits sowie im Falle länderübergreifender Prüfverfahren vorgegeben.

12) § 107 GWB:

Die hier geregelte Rügepflicht ist deutlicher gefasst und ausgeweitet worden. Neben der bereits bisher bestehenden Regelung, dass auf Grund der Vergabebekanntmachung erkennbare Verstöße bis zum Ablauf der Angebotsfrist/Bewerbungsfrist zu rügen sind, wird nun auch ausdrücklich geregelt, dass dies entsprechend auch für erkennbare Verstöße in den Vergabeunterlagen gilt. Sofern der Auftraggeber einer Rüge des Bieters/Bewerbers nicht abhilft, können derart monierte Verstöße nur innerhalb von 15 Tagen nach Eingang dieser Nichtabhilfe-Mitteilung des Auftraggebers geltend gemacht werden.

13) § 110 GWB:

Der bisher geltende Amtsermittlungsgrundsatz bei Verfahren vor der Vergabekammer wird insoweit eingeschränkt, dass die Vergabekammer sich auf das beschränken kann, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Weiterhin gibt es nunmehr die ausdrückliche Festschreibung der Möglichkeit, gegen einen erwarteten Nachprüfungsantrag eine Schutzschrift bei der Vergabekammer einzureichen.

14) § 115 GWB:

Gemäß Absatz 1 ist jetzt eine Information der Vergabekammer an den öffentlichen Auftraggeber über einen eingegangenen Nachprüfungsantrag in Textform möglich. Bisher musste der Nachprüfungsantrag dem Auftraggeber zugestellt werden. Mit dieser Information der Vergabekammer wird bereits in das Zuschlagsverbot für den Auftraggeber ausgelöst.

Ebenfalls der Verfahrensbeschleunigung soll die Möglichkeit dienen, dass, anders als bisher nicht nur dem Auftraggeber, sondern auch dem Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, auf Antrag die Vorab-Gestattung des Zuschlags zugestanden werden kann. Gleiches gilt insoweit im Rahmen des § 121 GWB im Hinblick auf die sofortige Beschwerde vor dem Oberlandesgericht.

Die Vergabekammer hat bei dieser Entscheidung im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers mit zu berücksichtigen und insoweit das Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu bewerten. Diese Interessenabwägung gilt auch im Rahmen des § 118 Absatz 2 GWB im Hinblick auf die sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht.

15) § 120 und 128 GWB:

Hinsichtlich der Kostentragungs-Regelungen wurde nun die Möglichkeit eingeführt, die notwendigen Kosten des Verfahrens einem Beteiligten nach Billigkeit aufzuerlegen. Für den Fall der Rücknahme eines Nachprüfungsantrags hat der Antragsteller nunmehr auch die zweckentsprechenden Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Gleiches gilt auch für die Kosten des Beigeladenen.

Der Gebührenrahmen für das Verfahren vor der Vergabekammer wurde auf den Bereich von 2.500 € bis 50.000 €, im Einzelfall sogar bis 100.000 €, ausgeweitet. Hiermit soll Anträgen vor der Vergabekammer "ins Blaue hinein" vorgebeugt werden.

16) § 127 GWB:

Neben der bisher auf dieser Grundlage erlassenen VgV wird nunmehr gemäß der Nr. 2 des § 127 eine eigene Rechtsverordnung für die Vergabe im Sektorenbereich entstehen. Der Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums hierzu befindet sich in der Abstimmung.

VgV:

Mit der Novellierung des GWB wird in die VgV auf eine "Scharnierfunktion" zwischen dem GWB und den inhaltlichen Regelwerken der VOB/A, VOL/A und VOF beschränkt. Die Regelungen der VgV über Baukonzessionen (§ 6), die Sektorenauftraggeber (§§ 8 bis 11), die Vorab-Informationspflicht (§ 13) sowie die Schlichtungs- und Korrekturmechanismus-Regelungen zwischen EU und Mitgliedstaaten (§§ 18 des 22) sind entfallen.

AEntG/SchwarzArbG:

Vergaberechtlich relevante Änderungen ergeben sich auch aus den jüngsten Änderungen der beiden vorgenannten Gesetze. Hier wurde festgelegt, dass der öffentliche Auftraggeber vor Erteilung des Zuschlages bei Aufträgen ab einem Wert von € 30.000,- verpflichtet ist, einen Gewerbezentralregisterauszug für den in Frage kommenden Bieter/Bewerber einzuholen, um festzustellen, ob sich dieser in den letzten zwei Jahren nicht auf Grund einer der in § 21 Absatz 1 SchwarzArbG genannten Vorschriften oder der Vorschrift des § 23 des AEntG eines Verstoßes schuldig gemacht hat, der mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten oder einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer Geldbuße von mehr als 2.500 € belegt worden ist und dass er auch keinen Anlass zu einer zukünftigen entsprechenden Sanktion gegeben hat. Sollte ein Verstoß vorliegen, wäre der Bieter/Bewerber in aller Regel vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Hinweis: bei Verwendung der bremischen Vergabe-Formulare ist eine dem entsprechende Erklärung zu fordern; wohingegen die bisher hier verortete Tariftreueerklärung aufgrund der Entscheidung des EuGH in Sachen "Rüffert" derzeit nicht mehr verpflichtend eingefordert werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Janine Lamot