

(BS/Martin Schellenberg\*) Die Vergaberechtsreform 2009 ist verabschiedet. Dies ist zum einen erfreulich und zum anderen enttäuschend: Erfreulich ist es, weil angesichts der Querelen im Vorfeld nicht mehr viele Beobachter damit gerechnet haben, dass die Verantwortlichen im Bundesministerium für Wirtschaft (BMWi) die erforderliche Durchsetzungskraft aufbringen würden. Noch im vergangenen Dezember schien es nicht unwahrscheinlich, dass die GWB-Reform in den parteipolitischen Querelen des Bundestagswahlkampfes 2009 untergehen würde. Wann sich das neue Parlament dann wieder mit der Sache befasst hätte, wäre in den Sternen gestanden.

Das Verfahren hielt zahlreiche Überraschungen bereit: Erst in den letzten Stunden vor der abschließenden Beschlussfassung im Bundesrat im Februar wurde beispielsweise klar, dass das Gesetz keine Freistellung von innerstaatlichen Beauftragungen (In-house-Geschäften) enthalten würde. Das war ein harter Schlag insbesondere für die Datenzentralen. Abfallkooperationen und andere interkommunale Einrichtungen, die darauf hofften, ihre Leistungen auch solchen Kommunen anbieten zu können, die keine Gesellschafterstellung besitzen.

### Baukonzession eingeschränkt

Durchgehalten hat dagegen die "Ahlhorn-Klausel". Sie betrifft eine Einschränkung der Definition der Baukonzession (§ 99 Abs. 3 GWB). Das Ministerium hielt sie für nötig, da das OLG Düsseldorf seit 2007 auch Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand unter bestimmten Voraussetzungen für ausschreibungspflichtig erklärt hatte. Dies hatte in der Folge bei Wirtschaftsansiedlungen und anderen Investorenprojekten für erhebliche Unsicherheit im Markt gesorgt.

Zeitweise konnte man den Eindruck gewinnen, dass hier eine persönliche Fehde zwischen dem BMWi und dem Kartellsenat am OLG Düsseldorf ausgetragen wird. Aus zahlreichen Diskussionsveranstaltungen war bekannt, dass die Auslegung des OLG Düsseldorf im BMWi für zu ausufernd gehalten wird. Das Vergaberecht sei das Recht des "Staats-einkaufs" und kein allgemeines Antidiskriminierungsrecht für jede Art staatlichen Handelns. Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand unterlägen deshalb nicht dem Vergaberecht.

Mit der neuen Regelung in § 99 Abs. 3 GWB hat das BMWi diese Sichtweise nun im Gesetz verankert.

### Kürzere Frist bei de facto Vergaben

Doch das OLG Düsseldorf schlägt mit eigenen Waffen zurück: Noch 2008 legte die Kammer einen entsprechenden Sachverhalt dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) zur Entscheidung vor. Nun ist der EuGH am Zug.

Aufgrund seiner bisherigen Entscheidungspraxis spricht einiges dafür, dass er in Richtung OLG Düsseldorf entscheidet. Dann stünde wohl eine erneute Gesetzesänderung an. Doch bis es soweit ist, wird wohl noch einige Zeit vergehen. Der EuGH braucht durchschnittlich zwei bis drei Jahre, bis er entscheidet. Das wäre dann gegebenenfalls Anlass für eine allfällige Vergaberechtsreform 2012.

Es gibt jedoch auch eine Neuerung in der GWB Reform, die im Markt allgemein begrüßt wird: Die Unwirksamkeit von vergaberechtswidrig vergebenen Verträgen ("de facto Vergaben") kann künftig nur noch innerhalb von sechs Monaten geltend gemacht werden. Wird die Vergabe im EU-Amtsblatt veröffentlicht oder weiß der Antragsteller von der Vergabe, so verkürzt sich die Frist sogar auf 30 Tage. Fälle, bei denen Verträge nach Jahren noch rückabgewickelt werden müssen, weil die Leistungen eigentlich ausschreibungspflichtig

waren, soll es künftig demnach nicht mehr geben.

Erhebliche Auswirkungen in der Praxis wird auch die neu eingeführte "Nachprüfungspräklusion" haben. Darunter ist Folgendes zu verstehen: Bisher musste ein Fehler im Vergabeverfahren zwar unverzüglich gerügt werden. Mit der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens konnte sich der Bieter jedoch Zeit lassen, bis klar war, ob er den Zuschlag erhalten würde. Die Reform schiebt nun diesen "Vorratsrügen" einen Riegel vor. Künftig muss ein Bieter das Nachprüfungsverfahren innerhalb von 15 Tagen nach Zurückweisung der Rüge durch die Vergabestelle einleiten.

Kommen wir nun zu einer enttäuschenden Seite der Vergaberechtsreform: Über das Ziel hinaus schießt die neu gefasste Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 3 GWB: Künftig ist vorgeschrieben, dass Aufträge grundsätzlich in Lose zu unterteilen sind und nur in Ausnahmefällen wieder zusammengefasst vergeben werden können.

### Generalunternehmer nicht ausgeschlossen

Nach allgemeiner Auffassung soll die novellierte Fassung eine Generalunternehmervergabe jedoch nicht ausschließen. Wenn dies der Fall ist, muss die gewählte Formulierung jedoch als misslungen gelten. Es macht keinen Sinn, einen Auftrag erst in Lose zu unterteilen und ihn dann wieder zusammenzufassen und an einen Generalunternehmer vergeben. Da in der Privatwirtschaft mittlerweile mehr als die Hälfte aller Immobilienprojekte an Generalunternehmer vergeben werden, macht es auch wenig Sinn, wenn allein die öffentliche Hand am Grundsatz der Einzelgewerkvergabe festhält.

Dies gilt um so mehr, als sich die Bundesregierung bekanntlich darauf verpflichtet hat, Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) zu fördern. Mit der ÖPP Deutschland AG hat sie zu diesem Zweck gerade eine Gesellschaft gegründet (der Behörden Spiegel hat kontinuierlich darüber berichtet). Eine ÖPP im Wege der Einzelgewerkvergabe ist allerdings denknotwendig ausgeschlossen. Sinn und Zweck von ÖPP ist gerade, dass die Verantwortung für Errichtung und Betrieb beispielsweise eines

Schulgebäudes in einer Hand bleibt. Das setzt das Generalunternehmermodell voraus.

### Nüchtern statt revolutionär

Dies hat im letzten Moment auch noch der Gesetzgeber gesehen. Er hat daher an die Mittelstandsklausel im GWB noch einen Passus angefügt, wonach ÖPP-Unternehmen ihrerseits die Losvergabe beachten müssen, wenn sie Unteraufträge vergeben. Damit hat er klargestellt, dass ÖPP nicht am Mittelstandsgebot scheitern darf. Die Analyse laufender Projekte zeigt ohnehin, dass sie in der Regel in mittelstandsfreundlicher Form umgesetzt werden.

Das Vergaberecht besteht in Deutschland bekanntlich nur zum Teil aus gesetzlichen Regelungen. Wesentliche Verfahrensvorschriften finden sich in den Verdingungsordnungen. Dafür sind jedoch die Verdingungsausschüsse zuständig.

Doch hier sind die Arbeitsgeschwindigkeiten unterschiedlich: Der für die VOB/A zuständige Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat seinen Text bereits im Dezember 2008 verabschiedet. Er besitzt formal eine neue Struktur, orientiert sich inhaltlich jedoch stark an der Vorgängerversion.

Das Verfahren zur Novellierung der VOL/A zieht sich dagegen hin. Zuständig ist der Deutsche Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL). Diesem Gremium lag zunächst ein Entwurf des BMWi vor, den Bewunderer als revolutionär und nüchterne Beobachter als unrealistisch bezeichneten. Beispielsweise waren dort Regelungen für die Leistungsbeschreibung nicht mehr vorgesehen. Dies, so die Begründung aus dem Ministerium sei ein "Zopf aus dem 19. Jahrhundert".

Mittlerweile ist auch im DVAL Realismus eingekehrt. Der voraussichtlich im April verabschiedete Text orientiert sich in weiten Teilen an der neuen VOB/A. Eine inhaltliche Rezension der Texte sowie der zwei neuen Vergabeverordnungen erfolgt in der nächsten Ausgabe.

\*Dr. Martin Schellenberg, Rechtsanwalt und Partner Heuking Kühn Lüer Wojtek, Hamburg, Vorstandsmitglied Bundesverband PPP und Lehrbeauftragter der Universität Hamburg

Haben Sie sich bereits Gedanken über das neue Vergaberecht gemacht?

- Wir schon!



### AI MANAGERSERIE

- Integriertes neues Vergaberecht
- Rechtskonforme Umsetzung
- Erfahrungen aus zahlreichen Kundenprojekten
- Senkung der Probe- und Beschaffungskosten

Administration Intelligence AG

Steinbachtal 2b · D-97082 Würzburg  
www.ai-ag.de · info@ai-ag.de · Tel. 0931-8806170