

Zwei Novellen auf einmal

GWB-Vergaberechtsreform und Konjunkturpaket II

(BS/Dr. Daniela Hattenbauer/Kirstin Klein) Die Beschaffungsstellen in Bund, Ländern und Kommunen sehen sich derzeit nicht nur mit der Herausforderung konfrontiert, die seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts am 24.04.2009 geltenden neuen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu berücksichtigen. Auch das Konjunkturpaket II trifft mit dem "Beschluss zur Vereinfachung des Vergaberechts" vom 27.01.2009 vergaberechtsrelevante Maßnahmen, die nach nunmehr erfolgter Umsetzung in Bund, Ländern und vielen Kommunen bereits Geltung beanspruchen. Für eine sichere Handhabung der neuen Vorschriften ergibt sich die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Neuerungen aus GWB-Novelle und Konjunkturpaket II abzugrenzen sowie mögliche Überschneidungen auszuloten.

Zeitlich gelten die Vereinfachungen des Vergaberechts aus dem Konjunkturpaket II seit Ende Januar 2009 (27.01. für Bauleistungen, 29.01. für Liefer-, Dienst- und freiberufliche Leistungen) und sind – in Parallele zum Förderungszeitraum des kommunalen Investitionsprogramms – begrenzt bis zum 31.12.2010. Vergabeverfahren, die vor Ende Januar begonnen wurden, werden grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Vereinfachungsmöglichkeiten beendet, da eine nachträgliche Anwendung der Maßnahmen in aller Regel nicht in Betracht kommt.

Geltungszeitraum und Vereinfachungen

Für die Frage, ob neue Vergabeverfahren in den Geltungszeitraum fallen, kann sinnvollerweise nur auf den Start des Verfahrens durch Bekanntmachung bzw. Aufforderung der Unternehmen zur Angebotsabgabe oder zur Aufnahme von Verhandlungen und nicht auf die Beendigung des Verfahrens durch Zuschlagserteilung abgestellt werden. Denn würden die Erleichterungen aus dem Beschluss zur Vereinfachung des Vergaberechts nur für Vergaben gelten, die vor dem 31.12.2010 abgeschlossen werden, so könnte die unzumutbare Situation entstehen, dass in einem Vergabeverfahren, welches im Geltungszeitraum der Vereinfachungen des Vergaberechts begonnen wurde, aber aufgrund von Umständen außerhalb des Einflussbereiches des Auftraggebers unvorhergesehen erst nach dem 31.12.2010 beendet wird, die gewählte Verfahrensart nachträglich unzulässig wird.

Die Neuregelungen im GWB gelten für alle Vergabeverfahren, die am oder nach dem 24.04.2009 gestartet werden, wobei es auch hier auf die Bekanntmachung bzw. auf die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Aufnahme von Verhandlungen ankommt. Früher begonnene Vergabeverfahren werden nach altem Recht beendet.

Beschleunigung oberhalb der Schwellen

Zum Aspekt der Verfahrensbeschleunigung oberhalb der europarechtlichen Schwellenwerte nehmen die Ministerialerlasse der Bundesministerien Bezug auf die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19.12.2008. In dieser hatte die Europäische Kommission für alle größeren Projekte der öffentlichen Hand in den Jahren 2009 und 2010 aufgrund der aktuellen Wirtschaftslage das grundsätzliche Vorliegen von Dringlichkeit angenommen und so im Nichtoffenen Verfahren den Rückgriff auf das beschleunigte Verfahren mit verkürzten Fristen gerechtfertigt. Möglich wird dadurch gemäß § 18 a Nr. 2 Abs. 4 VOB/A, § 18 a Nr. 2 VOL/A eine maximale Verkürzung der Bewerbungs- und der Angebotsfrist auf jeweils zehn Tage bei elektronischer Bekanntmachung.

Verkürzung der "Stillhaltefrist"

Die von der Europäischen Kommission außerdem angesprochene Verkürzung der "Stillhaltefrist" – nach deutschem Recht: "(Vorab)Informations- und Wartepflicht" – konnte nach altem Recht nicht umgesetzt werden, da § 13 VgV a. F. keine Möglichkeit der Verkürzung der 14-tägigen Vorabinformationsfrist vorsah. Die neue Regelung des § 101 a GWB n. F., die § 13 VgV a. F. ersetzt, erlaubt eine Reduzierung der – jetzt 15 (!) Kalendertage betragenden – Informations- und Wartepflicht auf zehn Kalendertage, wenn die Vorabinformation an die unterlegenen Bieter per Fax oder auf elektronischem Weg – also per E-Mail –

KoPa II Konjunkturpaket II im Behörden Spiegel

versendet wird.

Die Bundesministerialerlasse gehen insoweit über die Pressemitteilung der Europäischen Kommission hinaus, als zum einen für den VOB/A-Bereich empfohlen wird,



Dr. Daniela Hattenbauer, Kirstin Klein, Rechtsanwältinnen, Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf: "Vergaberechtsreform und Konjunkturpaket II haben unterschiedliche Ziele."



Foto: BS/Arhiv

von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist im Offenen Verfahren durch Vorinformation gemäß §§ 18 a Nr. 1 Abs. 2, 17 a Nr. 1 VOB/A Gebrauch zu machen. Zum anderen bezieht sich der Erlass des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie pauschal auf die Anwendung der beschleunigten Verfahren nach dem 2. Abschnitt der VOL/A und der VOF, wodurch auch die Möglichkeiten der Verkürzung von Fristen in Verhandlungsverfahren erfasst werden.

Verkürzung der Fristen?

Die Umsetzung der Vorgaben zu den Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung in den Ländern orientiert sich im Wesentlichen an der Bundesregelung. Auf kommunaler Ebene wird auch hierzu z. T. angekündigt, von einer weitreichenden Verkürzung der Fristen Abstand nehmen zu wollen.

Überschneidungen zwischen den Neuregelungen im GWB und den

Erleichterungen des Vergaberechts aufgrund des Konjunkturpaketes II sind aufgrund des weitestgehend unterschiedlichen Anwendungsbereiches von vornherein nur im Bereich oberhalb der europarechtlichen Schwellenwerte denkbar. Dort gelten sowohl die Vorschriften des GWB als auch vorstehend skizzierte Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung aufgrund unwiderleglich vermuteter Dringlichkeit.

Vermutung der Dringlichkeit?

Abgrenzungsfragen ergeben sich vor allem dort, wo andere Ausnahmetatbestände ebenfalls an den Begriff der Dringlichkeit anknüpfen. Beispielsweise sei hierzu der neue § 101 a Abs. 2 GWB n. F. genannt, der zur bereits erwähnten, jetzt grundsätzlich 15-tägigen Informationspflicht bestimmt:

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

Hierzu wird teilweise die Frage formuliert, ob die von der Europäischen Kommission und der Bundesregierung angenommene unwiderlegliche Vermutung der Dringlichkeit über die verkürzten Fristen hinaus auch zur Inanspruchnahme weiterer Ausnahmetatbestände – wie § 101 a Abs. 2 GWB n. F. – berechtigt.

Das ist jedoch nicht der Fall, da die "konjunkturbedingte" Dringlichkeit nur zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung pauschal vermutet wird, um einen entsprechenden Nachweis in jedem Einzelfall entbehren zu können. Für alle anderen Ausnahmetatbestände im GWB und in den Verdingungsordnungen gilt weiterhin, dass das Vorliegen ihrer Voraussetzungen jeweils konkret begründet werden muss. Das bedeutet für § 101 a GWB n. F. – angesichts der bisherigen Auslegung zu § 3 a Nr. 6 d) VOB/A, § 3 a Nr. 2 d) VOL/A, die ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung erlauben und der Gesetzesbegründung zu § 101 a GWB n. F., die eine Flutkatastrophe als Beispiel nennt –, dass für die besondere Dringlichkeit hier ein nochmals gesteigerter Grad der Eiligkeit gefordert ist.