



Modernisierung des Vergaberechts seit 2009 - Überblick über ausgewählte Neuerungen -

1. Konjunkturpaket II der Bundesregierung
2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts
3. Ausgewählte (geplante) Änderungen in der neuen VOL 2009/10



1. Das Konjunkturpaket II der Bundesregierung ¹⁾ - Jan. 2009

Vergaberechtliche Regelungen → befristet bis 31.12. 2010

- **Wertgrenzen**
Eine Vergabestelle kann unterhalb 100.000 EURO (Auftragswert) ohne Nachweis eines Ausnahmetatbestandes eine Beschränkte Ausschreibung oder Freihändige Vergabe durchführen.
→ Vorgaben zur Berechnung des vorauss. Auftragswertes bleiben bestehen
→ es gilt auch hier das Umgehungsverbot
- **Eigenerklärungen**
Zum Nachweis der Eignung (Fachk., Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) sind im Regelfall Eigenerklärungen der Unternehmen ausreichend
- **Verfahrensbeschleunigung oberhalb der Schwellenwerte**
das grundsätzliche Vorliegen von Dringlichkeit wird angenommen
(→ Nichtoffenes Verfahren mit verkürzten Fristen gerechtfertigt)

1) Pakt für Beschäftigung und Stabilität in Deutschland zur Sicherung der Arbeitsplätze, Stärkung der Wachstumskräfte und Modernisierung des Landes v. 27.01.2009



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009 ¹⁾

Ist am 24. April 2009 in Kraft getreten und gilt für alle Vergabeverfahren, die ab diesem Tag eingeleitet werden.

Zielsetzung (Wille des Gesetzgebers):

- Vereinfachung des Vergaberechts
- transparentere Gestaltung
- Einklang mit dem europäischen Recht
- Stärkung des Mittelstandes
- Beitrag zum Abbau von Investitionshemmnissen

¹⁾ Änderungen 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
neue Regelungsorte für einzelne Vorschriften



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

Die wichtigsten Änderungen auf einen Blick

- Stärkung der Verpflichtung zur Berücksichtigung mittelständiger Interessen → Pflicht zur Losvergabe (§ 97 Abs. 3 GWB)
- zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer (§ 97 Abs. 4 GWB)
- Änderung Informations- / Wartpflicht - / Stillhaltefrist und Bieterinformation (§ 101 a Abs. 1 GWB, vorher § 13 VgV)
- Unwirksamkeit sog. de-facto-Vergaben (§ 101 b Abs. 1 und 2 GWB)
- Verschärfung der Rügepflicht der Bieter (§ 107 Abs. 3 GWB)
 - a) wenn AG einer Rüge nicht abhelfen will
 - b) Rügepflicht erkennbarer Vergaberechtsverstößen



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

1) Pflicht zur Losvergabe

- § 97 Nr. 3 GWB -

– Bisher –

- mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillöse zu berücksichtigen

– NEU –

- Aufteilung in Fach- oder Teillöse wird grundsätzlich vorgeschrieben, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe nicht eine gemeinsame Vergabe **erfordern** ¹⁾
- Losvergabe ist einklagbare Pflicht geworden

Achtung:

- 1) „...dies erfordern...“ → nicht „...dies rechtfertigen...“ → Begründung notwendig
- eine Gesamtvergabe ist nicht mehr ohne Weiteres möglich !!!
(effektive Möglichkeit für erfolgreiche Rügen und Nachprüfungsverfahren)



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

2. Zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer - § 97 Nr. 4 Satz 2 GWB

– Bisher –

- Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben
- Andere oder weiterführende (nicht auftragsbezogene) Anforderungen nur, wenn durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen

– NEU –

- Für Auftragsausführung ^{*} können auch zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt werden
- z.B. soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte
- Bedingung:
sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und müssen sich aus Leistungsbeschreibung ergeben

- * z.B. – Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bei konkretem Auftrag
- angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal
 - Sicherstellung Entgeltgleichheit von Frauen / Männern bei Auftragsausführung



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

3) Informations- und Wartepflicht / Bieterinformation - § 101a GWB

- Bisher -

(§ 13 Vergabeverordnung)

- Eine Informationspflicht bestand bisher nur gegenüber Bietern im Vergabeverfahren
- eine Information der Bewerber, über die Ablehnung ihrer Bewerbung, war vor Mitteilung über Zuschlagserteilung an die betroffenen Bieter nicht nötig

- NEU -

- Informationspflicht nun auch gegenüber Bewerbern (→ Teilnahmewettbewerb)
- Wartefrist von 14 auf 15 Tage ¹⁾ verlängert (bei Postversand)
- Verkürzung auf 10 Tage bei Versand per Fax oder elektronischen Wege
- Keine Informationspflicht bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit
- „Gründe“ der Nichtberücksichtigung (bisher „Grund“)
- „Frühester Zeitpunkt des Vertragsschlusses“



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

4) Unwirksamkeit sog. De-facto-Vergaben - § 101b Abs.1 Nr. 2 GWB

- Bisher -

- Begriff steht für Konstellationen, in denen Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung und förmliches Vergabeverfahren vergibt, obwohl er hierzu gesetzlich verpflichtet wäre (→ vergaberechtswidrige Verträge)
 - Dieses Vorgehen = schwersten Verstoß gegen das Vergaberecht, bislang ohne ernsthafte Konsequenzen (maximal Schadensersatzansprüche)
- Warum ? War der Vertrag wirksam geschlossen, existierte kein vergaberechtlicher Rechtsschutz mehr (Grundsatz: pacta sunt servanda)
- Ein Nachprüfungsrecht gab es nur für Wettbewerber, die ihr Interesse am Auftrag, vor Vertragsabschluss dem Auftraggeber angezeigt hatten !



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

4) Unwirksamkeit sog. De-facto-Vergaben - § 101b Abs.1 Nr. 2 GWB 2/2

– NEU –

- Ein **Vertrag**, ist von Anfang an (rückwirkend) **unwirksam**, und kann angefochten werden), **wenn** der Auftraggeber
 - gegen die Informations- / Wartepflicht verstoßen hat (→ § 101a GWB)
 - einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und
 - Unwirksamkeit muss im Nachprüfungsverfahren (-NP-) festgestellt werden
 - a) innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes
 - b) jedoch nicht später als 6 Monate nach Vertragsschluss
 - c) bei Bekanntmachung der Auftragserteilung im EU-Amtsblatt binnen 30 Tagen nach Veröffentlichung der Bekanntmachung
- **Auftraggeber ist spätestens nach 6 Monaten vor einem NP sicher**



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

5) Verschärfung der Rügeobliegenheit - § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB 1/3 a) wenn der Auftraggeber einer Rüge nicht abhelfen will

– Bisher –

- Bisher konnten die Bieter nach Einreichung einer Rüge in aller Ruhe den Ausgang des Vergabeverfahrens abwarten ...

– NEU –

- Teilt der Auftraggeber in einem laufenden Vergabeverfahren auf eine Rüge des Bieters mit, dass er dieser nicht abhelfen will, muss der Bieter innerhalb von 14 Tagen einen Nachprüfungsantrag stellen
- Nach Ablauf der Frist ist ein Antrag (zu diesem Fehler) unzulässig

Fazit für den Bieter:

- „Rügen auf Vorrat“ oder „Sammeln von Rügen“ wird für Bieter zwecklos
- bei negativer Antwort auf Rügeschreiben → Gefahr eines Nachprüfungsantrages



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

5) Verschärfung der Rügeobliegenheit - § 107 Abs. 3 Nr. 1-3 GWB 2/3 b) Rüge von „in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstößen“

– Bisher –

NP-Antrag war unzulässig, wenn:

- der Antragsteller den gerügten Verstoß (gegen Vergabevorschriften) im Verfahren **erkannt** und nicht unverzüglich gerügt hat;
- Verstöße die aus der Bekanntmachung erkennbar waren, nicht spätestens bis Angebots- oder Bewerbungsfrist gerügt wurden

– NEU –

NP-Antrag ist unzulässig, wenn

- Verstöße (gegen Vergabevorschriften), die erst in den Vergabeunterlagen **erkennbar sind**, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Angebots- oder Bewerbungsfrist gerügt werden

Problem für den Bieter: Wann ist für ihn ein Fehler „erkennbar“ ?
→ nach herrschender Meinung gilt ein „subjektiver Maßstab“;
d.h. es kommt auf die individuellen Möglichkeiten des Bieters an



2. Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

5) Verschärfung der Rügeobliegenheit - § 107 Abs. 3 Nr. 1-3 GWB 3/3 b) Rüge von „in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstößen“

- Gilt nur für Fehler, die sich direkt aus den Vergabeunterlagen ergeben, z.B.
 - Mehrdeutigkeit der Leistungsbeschreibung
 - Verstoß gegen produktneutrale Beschreibung
 - unzulässige Zuschlagskriterien
 - intransparenter Verfahrensablauf etc.
- Betrifft nicht Fehler, die sich erst im Laufe des Verfahrens ergeben (→ z.B. Wertungsfehler)
- **Fazit für den Bieter:**
 - Vergabeunterlagen zukünftig noch akribischer prüfen



3. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

Zeitplan für das Inkraftsetzen der Änderungen der VOL/A 2009

- **Veröffentlichung ist im Herbst 2009 erfolgt**
 - Problem:
die VOL/A kann für Verfahren ab den EU-Schwellenwerten derzeit nicht angewendet werden (→ es fehlt die Änderung der statischen Verweisung in der neuen Vergabeverordnung)
- **Gültigkeit frühestens für März / April 2010 erwartet**
 - dann gültig für alle nationalen und EU-weiten Vergabeverfahren, die nach dem Inkrafttreten im März / April veröffentlicht werden !



3. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

Ausgewählte beabsichtigte Änderungen der VOL/A 2009

- Nur noch „Nationale Beschaffung“ (§§ 1 – 29) → Abschnitt 1 und „EG-Beschaffung“ (§§ 1 EG – 24 EG) → Abschnitt 2
→ damit gibt es keine 4 Abschnitte mehr
- Grundsatz der Losvergabe (§ 2 VOL/A)
Aufteilung d. Menge → Teillose; getrennt nach Art / Fachgebiet → Fachlose
- Wettbewerb – Anzahl von Angeboten (§ 3 VOL/A)
→ bei Beschränkter Ausschr. und Freihändiger Vergabe sollen mehrere (mindestens 3) Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden
- Bagatellgrenze 500,00 EURO (§ 3)
→ Leistungen bis zu einem Auftragswert von 500,00 € können ohne ein Vergabeverfahren beschafft werden („Direktkauf“)



3. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

Ausgewählte beabsichtigte Änderungen der VOL/A 2009

- Rahmenvereinbarungen (§ 4)
→ Definition „Rahmenvereinbarungen“ auch bei nationalen Vergaben
- Eignungsnachweise (§ 6)
→ Eigenerklärungen ausreichend ; Abweichungen müssen begründet werden
- Nachfordern von Nachweise und Erklärungen (§ 16)
→ Fehlende Erklärungen und Nachweise können unter Terminvorgabe nachgefordert werden – gilt auch bei unwesentlichen Einzelpositionen von Preisangaben



3. Änderungen durch Neufassung der VOL/A – VOL/A 2009

Ausgewählte beabsichtigte Änderungen der VOL/A 2009

- Nicht berücksichtigte Angebote, Informationen (§ 19)
→ Bieter erhalten auf Antrag den Namen des erfolgreichen Bieters.
→ Ex-post-Transparenz auch bei Beschränkter A. und Freih. Vergabe
- Nebenangebote (§ 8)
→ Zulassung nur mit Ankündigung in Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen (fehlt eine Angabe → keine Zulassung)
- Zuschlagskriterien (§ 8)
→ Bekanntmachung der Zuschlagskriterien auch bei nationalen Vergaben
- Bekanntmachungen (§ 12)
→ Bekanntmachungen im Internet müssen zentral über die Suchfunktion des Internetportals „www.bund.de“ ermittelt werden können