

Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts – Drucksache 16/10117 – am Montag, dem 13. Oktober 2008, vor dem Ausschuss für Wirtschaft und Technik des Deutschen Bundestages

Einleitung

Aus Sicht der DEGES ist insbesondere die Dauer von Vergabenachprüfungsverfahren und die sich daran anknüpfende verspätete Vergabe mit all ihren Konsequenzen ein Hauptproblempunkt der aktuellen Vergabepaxis. Insgesamt wurden im Jahr 2007 neun Nachprüfungsverfahren gegen Vergaben der DEGES eingeleitet, wobei sich die zeitliche Verzögerung der Zuschlagserteilungen hierdurch auf durchschnittlich ca. 17 Wochen belief. In einem Fall betrug die Verzögerung 48 Wochen.

Insbesondere für die wirtschaftlich bedeutsame Frage eines eventuellen Mehrvergütungsanspruches – und dessen Höhe – im Falle einer verspäteten Vergabe fehlt es an einer gesetzlichen Regelung. Diese könnte aus unserer Sicht wegen des Sachzusammenhangs im Vergaberecht erfolgen (obwohl im Grunde vertragsrechtlicher Natur). Es ist im Vergabeverfahren - mangels entsprechender gesetzlicher Befugnis – derzeit eben nicht möglich, die durch verspätete Vergabe zu erwartenden Preisänderungen verlässlich aufzuklären. Nach Vertragsschluss besteht zudem nur äußerst eingeschränkt die Möglichkeit, im Rahmen der dann geführten Preisermittlungen objektiv angemessene und nicht vom Bieter gezielt kalkulatorisch in der Angebotsphase angelegte Preissteigerungen zu vereinbaren.

In einem Verfahren belaufen sich die wegen der Verzögerung (von 15 Monaten) angemeldeten Mehrkosten derzeit auf einen zweistelligen Millionenbetrag bei einem Auftragsvolumen von knapp 32 Mio. EUR netto.

Eines der grundsätzlichen Risiken bei der Dauer von Nachprüfungsverfahren ist zudem, dass Bieter Nachprüfungsverfahren mit dem Ziel einleiten können, nicht mehr an die Urkalkulation gebunden zu sein (Ablauf der Bindefrist der Nachunternehmer und Lieferanten). Die lange Dauer von Nachprüfungsverfahren kann bei Ausschreibungen und der Bemessung der Zuschlags- und Bindefrist nicht berücksichtigt werden.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht zu diesem Problemkomplex keine Regelungen vor. Er bleibt gänzlich unbehandelt.

Die Problematik erfordert jedoch Regelungen auch für das Vergabeverfahren, um der Gefahr einer möglicherweise unwirtschaftlichen Vergabe begegnen zu können.

Als Gedankenanstoß sei hier nur genannt, in § 24 VOB/A (Aufklärung) diesbezügliche Aufklärungs- und in Ergänzung des § 24 Nr. 3 – begrenzte – Nachverhandlungsbefugnisse des Auftraggebers ausdrücklich zu statuieren.

Stellungnahme zum Gesetzentwurf

Zu den für DEGES relevanten **Änderungen** des GWB nehmen wir im wie folgt Stellung:

§ 97 Abs. 3 GWB

Künftig sollen mehrere Teil- oder Fachlose nur dann zusammen vergeben werden dürfen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Nach der beabsichtigten Gesetzesänderung bedarf es einer gesonderten Begründung bei gemeinsamer Vergabe von Teil- und Fachlosen.

Die in § 97 Abs. 3 GWB geplante Gesetzesänderung ist nicht zwingend erforderlich, da dies bei GU-Vergaben ohnehin bereits von der Rechtsprechung gefordert wird.

Durch die Aufnahme dieser Vorgaben besteht damit die Gefahr einer restriktiveren Handhabung des Regel- Ausnahmeverhältnisses durch die Rechtsprechung. Der bestehende Beurteilungsspielraum der Vergabestellen wird weiter eingeschränkt.

Dies ist insbesondere problematisch, wenn es um die Bildung wirtschaftlich optimierter Realisierungseinheiten geht.

§ 97 Abs. 4 GWB

Hiernach ist auch die Möglichkeit vorgesehen, soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte als Zuschlagskriterien aufzunehmen.

Dies erscheint aus DEGES-Sicht nicht sinnvoll. Die Verfolgung von allgemeinen gesellschaftspolitischen Zielen sollte über die einschlägigen Fachgesetze erfolgen. Der Weg über das Vergaberecht kann im Einzelfall die originären Ziele des Vergaberechts gefährden.

Die Anwendung derartiger „weicher“ Auswahlkriterien erscheint aus unserer Sicht besonders problematisch, da sie nur mit hohem technischem und juristischem Aufwand ausreichend objektivierbar sind und deshalb das Rügepotential bei deren Verwendung naturgemäß erheblich höher ist (vgl. die Entwicklung der Rechtsprechung zu den von der Vergabestelle im Vorfeld zu entwickelnden und bekannt zu gebenden Unterkriterien).

§ 99 Abs. 1 Satz 2

Die Aufnahme der Legaldefinition der „Inhouse-Vergabe“ ist allein schon aus Gründen der Rechtssicherheit begrüßenswert.

§ 101 Abs. 6 GWB

In den Katalog des § 101 wird nunmehr auch die elektronische Auktion mit aufgenommen. Aus Sicht der DEGES besteht hierfür kein Bedarf. Die derzeit bestehenden Vergabeverfahren sind ausreichend, um Bau-, Dienst- und Lieferleistungen am Markt wirtschaftlich zu beschaffen.

§ 101 a Abs. 1 GWB

Nach der geplanten Änderung darf ein Vertrag erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach Satz 1 und 2 geschlossen werden. Diese Umsetzung der EU-Rechtsmittelrichtlinie ist zu begrüßen. Allerdings hätte dann auch die in der Richtlinie

enthaltene Alternative mit ins Gesetz aufgenommen werden sollen. Danach kann die 15-Tagesfrist auf 10 Tage verkürzt werden, wenn die Mitteilung an die betroffenen Bieter vorab per Fax erfolgt.

§ 101 b GWB

Hiernach soll die Unwirksamkeit einer De-facto-Vergabe bis zu 6 Monate nach vergaberechtswidriger Beauftragung vor den Nachprüfungsinstanzen überprüfbar sein. Zu begrüßen ist die grundsätzliche Regelung der De-facto-Vergabe und deren Anfechtbarkeit ausschließlich vor den Nachprüfungsinstanzen im GWB. Hierdurch wird ein höheres Maß an Rechtssicherheit erreicht.

Die 6-Monatsfrist ist allerdings deutlich zu lang. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte die Frist deutlich verkürzt werden und zwar aus folgenden Gründen:

- Auftraggeber und Auftragnehmer müssen zur Begrenzung des Schadenspotentials kurzfristig wissen, ob der beabsichtigte Vertrag Bestand hat oder kostenträchtig rück abzuwickeln ist.
- Dem Primärrechtsschutz ist durch Einführung des § 101 b GWB bereits ausreichend Genüge getan.
- Primärrechtsschutz über einen Zeitraum von bis zu 6 Monaten wäre länger als die regelmäßige Dauer eines Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer.
- Der interessierte Bieterkreis braucht keine derartig lange Frist, da Beauftragungen im EU-Bereich auf dem Markt sehr kurzfristig wahrgenommen werden.

§ 106 Abs. 2 Satz 2 GWB

Es ist beabsichtigt, § 106 Abs. 2 Satz 2 GWB, der die Besetzung der Vergabekammer regelt, zu streichen. Insoweit sollte allerdings, wie in § 105 Abs. 2 Satz 3 GWB geregelt, gesichert sein, dass zumindest der Vorsitzende oder aber der hauptamtliche Beisitzer die Befähigung zum Richteramt haben, um die notwendige Qualität von Vergabekammerentscheidungen zu gewährleisten. Dies auch im Interesse eines

schnelleren Abschlusses des Vergabenachprüfungsverfahrens. Denn wenn Entscheidungen der Vergabekammern von hoher Qualität sind, verringert sich die Tendenz von Bietern und Auftraggebern, notwendige sofortige Beschwerde zum OLG einzureichen.

§ 107 Abs. 3 GWB

Die Neuregelungen in Ziff. 3 und Ziff. 4 sind ausdrücklich zu begrüßen. Insbesondere ist positiv, dass nunmehr die Rechtsprechung zur Rüge von Vergaberechtsverstößen in den Vergabeunterlagen vom Gesetzgeber übernommen wird. Hierdurch wird verdeutlicht, dass auch die Vergabeunterlagen unverzüglich zu überprüfen sind und insbesondere Vergaberechtsverstöße unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist, gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden müssen.

Auch die beabsichtigte Frist in § 107 Abs. 3 Ziff. 4 ist zu begrüßen, da hierdurch hinreichende Rechtssicherheit erreicht wird, wenngleich auch hierdurch im Einzelfall die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei abweisendem Rügebescheid durch den Auftraggeber provoziert werden mag.

§ 110 Abs. 1 GWB

Die Neuregelungen in § 110 GWB gehen in die richtige Richtung. Denn sie ermöglichen den Vergabekammern, ihre Prüftätigkeit auf das zu beschränken, was von den Parteien vorgetragen wird. Dies wird in der Rechtsprechung auch bereits heute praktiziert.

Aus unserer Sicht wäre es aber vorzugswürdig gewesen, die Möglichkeit einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle weiter einzuschränken oder ganz auszuschließen. Denn das Vergabenachprüfungsverfahren hat nicht die Funktion, Vergabeverfahren umfassend auf seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Hier ist der innere Zusammenhang mit § 107 Abs. 2 und Abs. 3 GWB zu beachten. Hiernach kann nur der Antragsteller, der eine Verletzung seiner Rechte gem. § 97 Abs. 7 GWB geltend macht, das Vergabenachprüfungsverfahren betreiben.

Dass das Vergabenachprüfungsverfahren der Verfolgung subjektiver Rechte dient und keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle beabsichtigt, ergibt sich auch aus den jetzt zudem noch verschärften subjektiven Ausschlussgründen von § 107 Abs. 3 GWB.

§ 110 Abs. 2 GWB

Es ist zu begrüßen, dass nunmehr auch die Schutzschrift im Vergaberecht gesetzlich geregelt ist; allerdings wäre dies nicht notwendig gewesen, da es schon heute gängige, von den Kammern akzeptierte Praxis ist, Schutzschriften einzureichen, um die Zustimmung von Nachprüfungsanträgen abzuwehren.

§ 113 Abs. 1 Satz 3 GWB

Die neue Regelung ist zu begrüßen. Allerdings wäre es wünschenswert, eine Beschleunigung auch für das sofortige Beschwerdeverfahren in das Gesetz aufzunehmen. In einem Vergabenachprüfungsverfahren der DEGES hat die zeitliche Verzögerung allein durch die Beschwerdeinstanz 32 Wochen betragen.

§ 115 Abs. 2 Satz 3 GWB

Diese Neuregelung geht aus Sicht der DEGES in die richtige Richtung. Positiv ist insbesondere, dass die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers bei der Entscheidung über die Gestattung der Zuschlagsentscheidung durch die Vergabekammer gewürdigt werden soll und künftig als überwiegendes Interesse gewertet werden kann. Die Neuregelung sollte die Vergabekammern auch ermuntern, künftig häufiger als bisher von dieser Möglichkeit zu Gunsten von Auftraggebern Gebrauch zu machen.

Soweit durch die Gestattung der Zuschlagsentscheidung dem Antragsteller ein Schaden entsteht, kann dieser bereits nach jetziger Rechtslage (§§113, 114 und 124 GWB) geltend gemacht werden. Die Beweislast für die Höhe des entstandenen Schadens liegt dann (richtiger Weise) bei diesem Antragsteller.

§ 118 Abs. 2 Satz 3 GWB

Auch für die Entscheidung über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist es begrüßenswert, die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers als Entscheidungsgrund mit aufzuführen. Es gilt das zu § 115 Abs. 2 Satz 3 Gesagte.

§ 128 GWB

Es ist begrüßenswert, die Gebühren der Vergabekammer stärker an dem Auftragswert und auch an der Bedeutung des Auftrages auszurichten und eine Erhöhung der Gebühr vorzusehen.

Dies sollte für Bieter Anlass sein, noch sorgfältiger mit der Überlegung zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens umzugehen.

§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB

Die neuen Regelungen zur Kostentragungspflicht des Antragstellers auch bei Rücknahme des Nachprüfungsantrages sind zu begrüßen. Auch dies wird dazu beitragen, dass Antragsteller Nachprüfungsanträge nicht leichtfertig einreichen.

Ergänzend sollte aber auch in gleicher Weise die Kostentragung zu Gunsten der Beigeladenen geregelt werden.

Bei den Regelungen über die Kostenentscheidung sollte aber auch die mittlerweile vorhandene juristische Expertise der Auftragnehmer berücksichtigt werden. Vergabestellen mit juristischer Abteilung werden nach der Rechtsprechung diese Kosten oft nicht erstattet, Antragstellenden Unternehmen mit juristischer Abteilung aber sehr wohl. Auch hier sollte „Waffengleichheit“ hergestellt werden.