

IMMOBILIEN ZEITUNG – AKTUELLE AUSGABE

Immobilien Zeitung vom 26.02.2009

Neuregelung**Vergaberechtsreform: "Nicht der ganz große Wurf"**

Die Vergaberechtsreform ist beschlossene Sache. Nach fünfjährigem Gesetzgebungsverfahren hat der Bundesrat am 13. Februar dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zugestimmt. Nicht der ganz große Wurf, ist der Tenor der Experten. Dennoch ist die Praxis um ein paar Klarheiten reicher.

Die, die bis zuletzt auf ein "Vergabegesetz" gehofft hatten, wurden enttäuscht. Trotz des langen Gesetzgebungsverfahrens bleibt es nun bei dem "verzweigten, schwer durchschaubaren Vorschriftenwerk", wie Rechtsanwältin Ute Jasper die unter anderem im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Vergabeverordnung und in den Verdingungsordnungen verstreuten Paragraphen nennt. "Von Bürokratieabbau kann kaum die Rede sein", ist deshalb ihr Fazit. Dabei sollte doch das Vergaberecht nach der Koalitionsvereinbarung und dem Kabinettsbeschluss vom 28. Juni 2006 "substanziell vereinfacht und modernisiert" werden. Nicht alle Neuregelungen erfüllen aber die Ansprüche, die an sie gestellt wurden.

Zum Beispiel die Verstärkung der Mittelstandsförderung. In der Bauwirtschaft ist künftig die losweise Vergabe Pflicht, die grundsätzlich auch für die Untervergabe an Nachunternehmer gilt. Damit mag es zwar für mittelständische Betriebe leichter sein, an Aufträge heranzukommen. "Es ist jedoch ordnungspolitisch bedenklich, weil man die Privatwirtschaft reguliert", sagt Jasper. "Das hat mit dem eigentlichen Sinn des Vergaberechts, den Staat als übermächtigen Marktteilnehmer zu regulieren, nichts mehr zu tun. Statt liberalisiert wird hier erschwert." Auch der Vergaberechtler Jakob Steiff hat Bedenken: "Die Verpflichtung zur Losaufteilung ist mit der andererseits gewollten Förderung von PPP-Projekten nicht vereinbar."

"Fundamentale Zielkonflikte"

Einen ähnlichen "fundamentalen Zielkonflikt", wie er es nennt, sieht Steiff in der erweiterten Verankerung vergabefremder Kriterien. Dabei können und sollen nun bei der Auftragsvergabe auch Umwelt-, soziale sowie innovative Aspekte berücksichtigt werden, darunter beispielsweise auch die Tariftreue. "An sich ist das nur konsequent, weil schon das europäische Vergaberecht dies so bestimmt. Die Kernidee des Vergaberechts, nämlich die Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe, rückt damit aber in den Hintergrund", benennt Steiff das Problem. "Zudem ist damit ein kaum zu bewältigender Bürokratieaufwand verbunden." Rechtsanwalt Michael Fritzsche sieht es gelassener: "Die Neuregelung klingt gut, wird aber in der Praxis keine große Rolle spielen."

Mehr Klarheit beim Rechtsschutz

Aus seiner Sicht dagegen ganz wichtig: die Frage der Unwirksamkeit rechtswidriger De-facto-Vergaben. In Umsetzung der europäischen Rechtsschutz-Richtlinie ist ein Vertrag künftig von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag ohne Ausschreibung unmittelbar an ein Unternehmen vergibt, ohne dass ein spezielles Gesetz dies erlaubt. Der Verstoß muss aber innerhalb bestimmter Fristen gerügt bzw. in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt werden. "Eine angenehme Klarstellung", lobt Fritzsche die Neuregelung. Er begrüßt auch die neu geschaffene Ausschlussfrist für den Nachprüfungsantrag: Teilt der Auftraggeber mit, einer Bieterrüge nicht abhelfen zu wollen, so muss der Bieter innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Mitteilung Nachprüfungsantrag erheben, andernfalls ist der Antrag unzulässig. "Damit wird ein Sammeln von Rügen bis zur Vergabeentscheidung verhindert, und es wird insgesamt weniger Rügen geben", prophezeit Fritzsche. Dazu trägt sicherlich auch die neue Kostenregelung bei, nach der der Bieter mit den Aufwendungen der Vergabestelle sowie von beigeladenen Unternehmen belastet wird, wenn er seinen Nachprüfungsantrag zurücknimmt.

Zweifel an der "Ahlhorn"-Klausel

Umstritten war und ist die Neuregelung der Grundstücksverkäufe mit Bauverpflichtung, mit der sich der Gesetzgeber gegen die insbesondere vom OLG Düsseldorf vertretene so genannte "Ahlhorn"-Rechtsprechung wendet. Bei der Definition des öffentlichen Bauauftrags in § 99 Abs. 3 GWB wird nun gefordert, dass der Auftraggeber, also die Kommune, einen eigenen Beschaffungsbedarf erfüllt (der nicht näher definiert wird). Allein die Verwirklichung einer vom Planungsträger gewünschten städtebaulichen Entwicklung soll keine Vergabepflicht auslösen, so der Gesetzgeber. Michael Fritzsche hält die Klarstellung für „wichtig, auch wenn sie noch weitergehen kann“. Jasper und Steiff sind dagegen nicht sicher, ob die Regelung "europarechtlich hält". Sie verweisen auf die entsprechende Vorlageentscheidung des OLG Düsseldorf vom 2. Oktober 2008, die in dieser Hinsicht "völlig offen" sei.

"Sollte die Regelung kippen", so Steiff, "werden alle Kommunen und Investoren, die sich auf die vergaberechtliche Freistellung von Grundstücksverkäufen verlassen, ein böses Erwachen erleben, wenn sich die Verträge als nichtig herausstellen."

Streit gab es auch um Ausnahmeregelungen zur so genannten Inhouse-Vergabe, die in letzter Sekunde aus dem Gesetzgebungsprozess genommen wurden, weil sie mit der entsprechenden EuGH-Rechtsprechung nicht im

Einklang standen. Inhouse-Vergaben sind also nach wie vor nach dem – insoweit strengen – EU-Recht zu beurteilen. "Für Kommunen fehlen Handlungsspielräume für Kooperationen ... die kann aber nur die EU-Kommission schaffen", kommentiert Jasper das Ergebnis.

Eine "gute Sache" ist laut Fritzsche auch die Möglichkeit für Auftraggeber, Unternehmen zu präqualifizieren, um ihnen den Nachweis der Eignung zu erleichtern: "Dies könnte vor allem auf Landesebene wichtig werden", vermutet der Anwalt. Generell ist er der Überzeugung, dass sowohl die Bieter als auch die öffentliche Hand "Klarheit und die Vereinfachung beim Verfahren brauchen, damit formale Fehler ausbleiben". Bleibt abzuwarten, ob dies gelingt – oder ob, wie Anwältin Ute Jasper es formuliert, das Vergaberecht ein "Gebiet für Spezialisten" bleibt. (bre)