

Rechtsanwälte Kuchenreuter & Stangl

Rundschreiben / Ausgabe 01/2001

Thema: Die neue Vergabeverordnung (VgV)

Die VgV trat zum 01.02.2001 mit zeitlicher Verzögerung in Kraft und stellt das Bindeglied zwischen den gesetzlichen Regelungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) und den ebenfalls überarbeiteten Verdingungsordnungen VOB dar.

Zweck der Neuregelung:

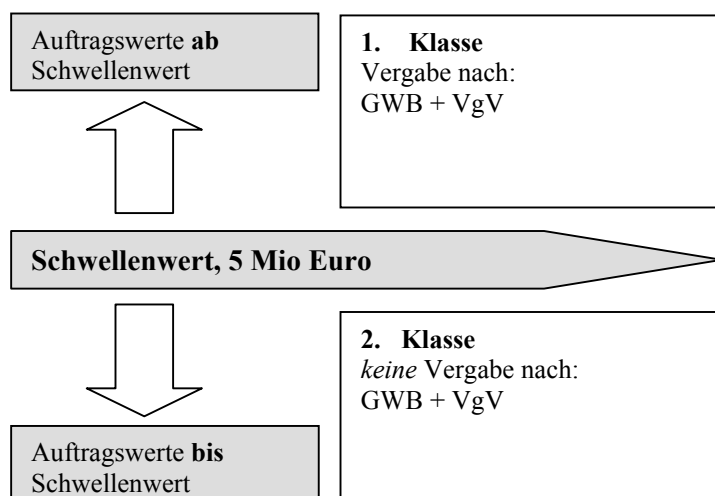
Besonders interessant ist hierbei die Informationspflicht des Auftraggebers und die Regelung über die ausgeschlossenen Personen im Rahmen der Vergabe. Diese einzigen Probleme werden unter 3. näher behandelt.

1. Geltungsbereich der VgV

Die augenblicklich in Deutschland getroffene Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge ist durch ein Zweiklassensystem der Vergabe gekennzeichnet.

Oberhalb der Schwellenwerte hat die Vergabe die GWB und VgV zu beachten (vergleiche § 100 Abs. 1 GWB und § 1 VgV). In diesem Vergaberecht „1. Klasse“ steht dem Bieter ein allgemeines Rechtsschutzsystem zur Verfügung, um primären Rechtsschutz zu erreichen, d.h. die Vergabe zu verhindern. Daneben besteht auch sekundärer Rechtsschutz, d.h. Schadensersatzansprüche im Falle der unberechtigten Nichtberücksichtigung.

Unterhalb der Schwellenwerte im Vergaberecht „2. Klasse“ existiert ein derartiges Rechtsschutzsystem zugunsten des Bieters nicht. GWB und VgV finden keine Anwendung. Hier gilt nach wie vor, daß es sich bei der Verdingungsordnung um interne Verwaltungsvorschriften handelt, die im Interesse des Staates an sparsamer Haushaltsführung erlassen wurde und keinen primären Rechtsschutz gewährt. Der Bieter ist in der Regel auf den sekundären Rechtsschutz verwiesen.



2. Inhalt der VgV

Inhaltlich wird im folgenden lediglich eine Kurzinformation erteilt, wobei nur die Vergabe von Bauleistungen behandelt wird.

Die VgV gliedert sich in 3 Abschnitte, wobei Abschnitt 1 die Vergabebestimmungen (§§ 1 bis 16), Abschnitt 2 die Nachprüfungsbestimmungen (§§ 17 bis 2) und Abschnitt 3 die Übergangs- und Schlußbestimmungen (§§ 23 bis 24) enthält.

2.1. Abschnitt 1

In § 2 VgV werden die Schwellenwerte erstmals direkt per Verordnung festgelegt, in § 3 VgV deren Berechnung.

Bauleistungen sind EG-weit auszuschreiben, wenn der EG-Schwellenwert von 5 Mio. Euro erreicht oder überschritten ist. Maßgeblich ist allein der geschätzte Gesamtauftragswert, also nicht die tatsächliche spätere Gesamtauftrags- oder Abrechnungssumme. Es kommt nicht auf den geschätzten Auftragswert des auszuschreibenden Einzelauftrags an, sondern auf die geschätzte Summe aller für die Baumaßnahme erforderlichen Bauverträge. Die Baunebenkosten, also vor allem Planungskosten, werden nicht hinzugerechnet. Für die Schwellenwertberechnung bleibt die Umsatzsteuer unberücksichtigt. Stichtag zur Schwellenwertberechnung ist die Einleitung des ersten Vergabeverfahrens für die Baumaßnahme. Ist der Schwellenwert von 5 Mio. Euro erreicht oder überschritten, müssen aber für die Baumaßnahme mehrere Bauaufträge vergeben werden, muß jeder einzelne Bauauftrag EG-weit ausgeschrieben werden, wenn sein geschätzter Auftragswert 1 Mio. Euro erreicht oder überschreitet.

20 % des geschätzten Gesamtauftragswertes brauchen nicht EG-weit ausgeschrieben werden. Jedoch darf kein einzelner Auftragswert 1 Mio. Euro überschreiten.

Die neue eingeführte Informationspflicht in § 13 VgV ist die wichtigste Neuregelung der VgV. Die Informationspflicht gilt gegenüber allen erfolglosen Bietern, die spätestens 14 Kalendertage vor Vertragsabschluß erfüllt werden muß (vergleiche dazu auch 3.1.).

§ 14 VgV regelt, daß das gemeinsame Vokabular für das öffentliche Auftragswesen - CPV angewandt werden soll.

§15 VgV regelt die elektronische Angebotsabgabe. Es handelt sich hierbei um eine Ergänzung zu dem bereits in der Neufassung 2000 der VOB/A enthaltenen Regelungen. Mit dem neuen § 15 VgV wird erstmals die rechtliche Grundlage für die Abgabe elektronischer Angebote geschaffen. Während die Verbreitung von Bekanntmachungen auf elektronischen Wege schon in erheblichem Umfang vorgenommen wird, konnten Angebote bislang nur schriftlich abgegeben werden. Augenblicklich gibt § 15 VgV lediglich einen zukünftigen Rahmen ab.

Eine weitere wichtige Regelung enthält § 16 VgV, der bestimmt, welche Personen beim Vergabeverfahren ausgeschlossen sind (vergleiche dazu näher 3.2).

2.2. Abschnitt 2

§ 17 VgV dient der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes und verlangt die Angabe der zuständigen Vergabekammer.

§ 18 VgV stellt lediglich eine Zuständigkeitsregelung dar, die vorwiegend mit der Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes befaßt ist.

2.3. Abschnitt 3

§ 23 VgV enthält eine für die Vergabepaxis sehr wichtige Bestimmung während der Überleitungsphase von alter zur neuen VgV. Danach werden bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens galt, beendet. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anwendung der neuen VgV ist damit grundsätzlich die Bekanntmachung im Amtsblatt.

§ 24 VgV regelt das Inkrafttreten der Vergabeverordnung (VgV) zum 01.02.2001.

3. Einzelprobleme „Informationspflicht“ und „ausgeschlossene Personen“

Die wichtigsten und gleichzeitig problematischsten Neuerungen befinden sich in § 13 VgV und § 16 VgV.

3.1. Informationspflicht nach § 13 VgV

Nach § 13 Satz 1 VgV informiert der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots. Die Neuregelung ist Konsequenz des sogenannten Alcatel-Urteils des EuGH vom 28.10.1999. In diesem Urteil wurden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes den Bietern die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens zu eröffnen.

Deshalb sieht § 13 Satz 1 VgV die Vorabinformationspflicht vor und läßt einen Verstoß nach § 13 Satz 4 zur *Nichtigkeit des Bauvertrages* führen.

Die Neuregelung ist aber unklar und bedarf einer ergänzenden Auslegung. Hier wird zukünftig die Entwicklung der Rechtsprechung zu beobachten sein.

Die Information hat sich vom Adressatenkreis her an die Bieter zu errichten, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen. Strittig ist bereits, ob dies auch Bieter betrifft, die in einem mehrstufigen Vergabeverfahren bereits in einer frühen Wertungsphase wegen formeller Gründen (z.B. unvollständiges Angebot) ausgeschieden sind.

Strittig ist auch, welche inhaltlichen Anforderungen an die Information zu stellen sind, da hierüber § 13 VgV keine Auskunft gibt. Gerade bei Bauleistungen steckt hier eine nicht unerhebliche Gefahr bei der Angabe des Grundes der Nichtberücksichtigung. Dort, wo nicht der niedrigste Preis den Ausschlag

gibt, sondern Gestaltungsfragen, Vergleichbarkeit von Nebenangeboten etc. maßgebend sind, ist fraglich, wie umfangreich die Information sein muß. Die amtliche Begründung gibt aber an, daß die Information auch durch einen Standardtext erfolgen kann, der die jeweilige für den Einzelfall tragende Begründung enthalten muß. Es dürfen daher keine überspannten Anforderungen an die Informationspflicht gestellt werden. Streitigkeiten sind aber vorprogrammiert, wenn nicht der Preis das maßgebliche Kriterium ist. Es ist daher zukünftig damit zu rechnen, daß noch mehr als bisher auf den Preis seitens der Auftraggeber abgestellt wird.

Nach § 13 Satz 2 und 3 VgV hat der Auftraggeber die Information schriftlich spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluß abzusenden.

Wie in der amtlichen Begründung ausgeführt, kommt es für den Beginn der Frist nicht auf den Zugang der Information beim Bieter, sondern auf den Tag der Absendung der Information durch den öffentlichen Auftraggeber an. Strittig ist, ob die Information erst mit Zugang zum Bieter als wirksam zu erachten ist, d.h. die Information muß nicht nur rechtzeitig abgesandt sondern auch zugegangen sein. Der Wortlaut des § 13 Satz 2 VgV stellt aber nicht auf den Zugang ab, sondern lediglich auf die Absendung. Hier ist die Rechtsprechung im Hinblick darauf zu verfolgen, ob nicht im Hinblick auf den beabsichtigten effektiven Rechtsschutz zu fordern ist, daß die Information auch zugeht, da ansonsten die Information wertlos ist.

Bei Verstößen gegen § 13 sieht § 13 Satz 4 VgV vor, daß der dennoch geschlossene Vertrag nichtig ist. Demnach tritt die Nichtigkeitsfolge ein, wenn der Vertrag ohne erteilte Information oder nach erteilter Information, aber vor Ablauf der Frist von 14 Kalendertagen abgeschlossen wird. Hier kann es zu schwierigen Rückabwicklungsfragen kommen.

Tipp:

Als Auftraggeber oder dessen Vertreter sollte der Kreis der zu informierenden Bieter nicht zu eng gezogen werden. Besser einen zu viel als einen zu wenig informiert, da die Nichtigkeit des Bauvertrages eine schwerwiegende Konsequenz ist.

Es sollte zur Rechtssicherheit für alle Beteiligten am Verfahren auf Vordrucke zurückgegriffen werden. Ein Vordruck findet sich im „Informations- und Absageschreiben“ (EFB[B]Info/Abs EG) im Vergabehandbuch des Bundes (VHB).

Der Auftraggeber sollte unbedingt den Tag der Absendung sorgfältig dokumentieren und die Information an die verschiedenen Bieter auch stets am selben Tag absenden. Empfehlenswert ist die Versendung per Einschreiben und Rückschein, um ggf. auch den Zugang nachweisen zu können.

3.2. Ausgeschlossene Personen § 16 VgV

In § 16 VgV wird festgelegt, daß bestimmte Personen nicht an der Entscheidung im Vergabeverfahren mitwirken dürfen. Der Verordnungsgeber sah hier eine Notwendigkeit, nach dem die Rechtsprechung der Vergabesenate hierzu keine einheitliche Linie aufzeigte. Durch eine Vermutungsregelung gelten folgende Gruppe von Personen als voreingenommen und dürfen an der *Entscheidung* in einem Vergabeverfahren *nicht mitwirken*:

- Personen, die auch Bieter oder Bewerber sind;
- Personen, die einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten.

Bei einer weiteren Gruppe kann die aufgestellte Vermutungsregel *im Einzelfall widerlegt werden*, wenn für die Person konkret kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Tätigkeit nicht auf die Entscheidung in dem konkreten Vergabeverfahren auswirkt; dies sind Personen, die

- bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstandes, Aufsichtsrates oder gleichartigen Organs tätig sind, oder
- für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat.

Die Neuregelung dehnt im § 16 Abs. 2 VgV die Vermutungsregelung für die Voreingenommenheit auch auf die dort genannten *Angehörigen* aus, die die Voraussetzung der Vorschrift erfüllen.

Tipp:

Als Auftraggeber sollten derartige Interessenskonflikte möglichst vermieden werden. Betreffende Personen sollten keinesfalls an Entscheidungen mitwirken, gleich welcher Art.

Umgekehrt sollten Bieter darauf achten, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt wird und kritisch prüfen, ob nicht Interessenskonflikte bestehen, weil Personen hier auf beiden Seiten tätig sind.

Bei Vergabeverstöß muß *unverzüglich* gem. § 107 GWB gerügt werden, da ansonsten ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer unzulässig ist.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Neuregelungen praktikabel sind oder nicht. Der Bieterschutz wird wohl mit Verzögerungen bei der Vergabe teuer erkauft werden.