

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Bundesrat stimmt Vergaberechtsreform zu

**Viel hatte man sich vorgenommen. Das deutsche Vergaberecht sollte grundsätzlich reformiert und vereinheitlicht werden. Das anachronistische Kaskaden- und Schubladenprinzip (siehe unten unter Definitionen) sollte aufgegeben werden. Drei Jahre wurde verhandelt. Geändert wurde schließlich wenig. Aber immerhin hat der Bundesrat nun das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts am 13.02.2009 verabschiedet.**

Die Reform betrifft dabei ausschließlich den vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) und die Vergabeverordnung (VgV). Für die Änderung der für die Beschaffung maßgeblichen Verdingungsordnungen (VOL, VOB und VOF) ist der Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) und der Verdingungsausschuss für Liefer- und Dienstleistungen (DVAL) zuständig. Auf die Ergebnisse dieser Ausschüsse wird mit Spannung gewartet.

### Was hat sich nun insbesondere geändert:

- Gemäß § 97 Abs.3 GWB sind mittelständische Interessen vornehmlich angemessen zu berücksichtigen. Es besteht daher die grundsätzliche Pflicht zur Aufteilung großer Aufträge in Lose.
- Gemäß § 97 Abs.4 GWB können zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte betreffen. wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Einer Rechtsgrundlage in einem Landes- oder Bundesgesetztes bedarf es für diese Forderungen daher nicht mehr.

### Keine Änderung der Inhousevergabe

Nicht geändert wurden die Bestimmungen zur sogenannten "inhouse Vergabe" Die Kommunalen Spitzenverbänden hatten eine Änderung der Regelungen zur Inhouse-Vergabe gefordert. Diese Forderung wurde im ursprünglichen Entwurf in § 99 I, S.2 GBW-E aufgenommen. Dies hätte es der öffentlichen Hand ermöglicht, Leistungen "inhouse", d.h. zwischen und durch Einrichtungen der öffentlichen Hand selbst zu erbringen auch über die kommunalen Gebietsgrenzen hinaus.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist die Inhouse-Vergabe möglich, wenn

der Auftraggeber über die beauftragte Einrichtung **eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt** und diese Einrichtung i\* m Wesentlichen für den Auftraggeber, der ihre Anteile innehat\* , tätig ist (EuGH v. 18.11.1999, Rs. C-107/98 (sog. Inhouse-Rechtsprechung). In einem solchen Fall kann man davon ausgehen, dass eine Leistung gerade nicht am Markt eingekauft, sondern im eigenen staatlichen Bereich erbracht wird. Die Rechtsprechung stellt an die Erfüllung dieser Merkmale sehr hohe Anforderungen, so dass diese nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sind.

Das Merkmal "**Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle**" sollte in dem ursprünglichen Entwurf wegfallen. Die Wirtschaft hatte hiergegen mit dem Vorwurf opponiert, hierdurch werde massiv in funktionierende Märkte eingegriffen und ein wirksamer Wettbewerb zu Gunsten der Bürger und Unternehmen ausgehebelt.

Die Vertreter der öffentlichen Hand hatten eingewandt, dass der Staat sich grundsätzlich selbst versorgen dürfe. Die organschaftliche Trennung der einzelnen Behörden in unterschiedliche Auftraggeber gehe auf die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland zurück. Es sei die eigene Entscheidung eines Mitgliedstaats sich föderal oder zentralistisch zu organisieren.

Dem föderalistisch organisierten Mitgliedstaat dürften aufgrund seiner innerstaatlichen Organisationsentscheidung keine Nachteile gegenüber zentralistisch organisierten Mitgliedstaaten entstehen. Bei einem Staat, der eine zentralistische Struktur habe, könne ein vergaberechtpflichtiger Beschaffungsvorgang zwischen staatlichen Behörden schon deswegen nicht vorliegen, weil die unterschiedlichen Behörden keine andere Rechtspersönlichkeit annehmen könnten. Dies benachteilige die Bundesrepublik Deutschland, bei der allein wegen der innerstaatlichen föderalen Organisation kommunale, Landes- oder Bundesbehörden unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten darstellten.

Der Bundesrat sah dieses Dilemma, strich aber dennoch die geplante Inhouse-Regelung mit den Stimmen der großen Koalition und gegen den heftigen Widerstand der kommunalen Spitzenverbände.

Das Ergebnis wurde durch die Annahme eines Antrags aus Baden-Württemberg ermöglicht: Es wurde beantragt, dass die Problematik auf europäischer Ebene gelöst werden solle.

Der Bundesrat bittet daher die Bundesregierung, "bestehende Rechtsunsicherheiten bei der interkommunalen Zusammenarbeit und anderen innerstaatlichen Kooperationen im Hinblick auf das EU-Vergaberecht zu beseitigen und bei der Europäischen Kommission auf eine entsprechende Klarstellung hinzuwirken". Die Entscheidung der Europäischen Kommission soll dann in der nächsten Novellierung des § 99 GWB berücksichtigt werden.

## Definition

- Unter "**Kaskadenprinzip**" wird die Verteilung der Vergaberegeln über drei Normhierarchien verstanden (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen / Vergabeverordnung / drei Verdingungsordnungen, jeweils Teil A).
- Unter "**Schubladenprinzip**" wird die Aufteilung der drei Verdingungsordnungen in jeweils mehrere Abschnitte mit weitgehend identischen Vergabevorschriften bezeichnet. Zusätzlich zu den Basisparagrafen des ersten Abschnitts kommen in den weiteren Abschnitten jeweils mit "a" und "b" benannte Zusatzparagrafen sowie sogenannte "SKR"-Paragrafen zur Anwendung, je nachdem, wie hoch der Auftragswert ist und um welche Kategorie von Auftraggebern.

Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin