

Prof. Dr. Harald Bartl zu Wohnungswirtschaft und Vergaberecht: Für die Praxis dürften sich erhebliche Probleme ergeben

Wie wirkt sich die Neuordnung des Vergaberechts auf die Wohnungswirtschaft aus? Wohnungswirtschaft heute fragte den Experten für Vergaberecht in Deutschland: Rechtsanwalt Prof. Dr. Harald Bartl. Er ist wissenschaftlicher Berater der CitoExpert GmbH, einer in Dietzenbach bei Frankfurt ansässigen Informations- und Beratungsgesellschaft, die sich auf das Vergaberecht spezialisiert hat.



Wohnungswirtschaft heute: Wie schätzen Sie das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009 ein?

Prof. Dr. Harald Bartl: Es ist zunächst erstaunlich, dass man es noch in der letzten Legislaturperiode noch schaffte, dass das Reformgesetz im April 2009 in Kraft treten konnte. Die Reform der Paragraphen 97 ff. GWB enthält einige grundsätzliche Neuerungen, aber auch neue Streitpunkte. So sind in den Paragraphen 101a und 101 b GWB 2009 die Informations- und Wartepflicht vor dem Zuschlag und die Folgen unterlassener Information sowie z. B. die Vergabe eines Auftrags ohne Vergabeverfahren geregelt – allerdings mit einer erheblichen Verschärfung der Rügepflichten für die Bewerber und Bieter. Erheblicher Streitpunkt in der

Zukunft ist in der Zulassung vergabefremder Aspekte zu sehen. Hier geht es um soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte, die in der Leistungsbeschreibung enthalten sein sollen und im Zusammenhang mit dem Auftraggegenstand stehen müssen. Schon jetzt liegen mehrere Beiträge zu diesem Punkt in Fachzeitschriften vor, in denen die Regelung kritisch betrachtet wird. Für die Praxis dürften sich erhebliche Probleme ergeben. Die Frage der Grundstücksgeschäfte ist nach wie vor ungeklärt. Insofern ist die Grundratsentscheidung des EuGH (Vorlage des OLG Düsseldorf) abzuwarten.

Foto bpr

Wohnungswirtschaft heute: War das alles? Sind nicht weitere Reformen außerhalb des GWB 2009 erfolgt?

Prof. Dr. Harald Bartl: Es liegt zwar die Vergabeverordnung 2009 (VgV) bereits vor. Sie wird freilich erst in der nächsten Legislaturperiode in Kraft treten.

Wohnungswirtschaft heute: Was ist mit der Reform der VOL/A, VOB/A und VOF?

Prof. Dr. Harald Bartl: Hier liegen Entwürfe vor, die allerdings vor allem bei VOL/A und VOB/A keinen Fortschritt bringen. Insofern ist die Reform der VgV und der genannten Verdingungsordnungen stecken geblieben – man kann sagen: Gott sei Dank! So hat die Praxis wenigstens noch ein halbes Jahr Zeit und kann mit den bisherigen Vorschriften arbeiten. Es wäre zu wünschen, dass VOL/A und VOB/A nicht neu gefasst, sondern lediglich gekürzt und an einigen fehlerhaften Stellen richtig gestellt würden. Schließlich ist nicht einzusehen, warum die Praktiker, die durch mehrere Reformen der letzten Jahre schon belastet sind, gewissermaßen immer von neuem anfangen müssen. Das kostet Schulung, Zeit und Geld.

Das kostet Schulung, Zeit und Geld.

Wohnungswirtschaft heute: Gibt es auch Positives zu vermelden?

Prof. Dr. Harald Bartl: Immerhin hat man die kurzfristig in Kraft tretende Sektorenverordnung 2009 (Trinkwasser, Energie, Verkehr) geschaffen, die die so genannten bb-Paragrafen bzw. SKR-Vorschriften ablöst. Damit wird auch erstmalig von dem so genannten Kaskadenprinzip (EG-Richtlinien, GG, Haushaltsbestimmungen, GWB, VgV, aufgespaltene Verdingungsordnungen für EU- und nationale Verfahren) teilweise abgegangen. Auch die VOL/A, VOB/A und VOF sollten als Verordnungen gestaltet werden. Das ist aber mehr als fraglich. Auf dem Ordnungswege kann alles schneller gehen, ohne dass auf den Sachverstand der Verbände etc. verzichtet wird.

Wohnungswirtschaft heute: Sind die Wohnungsbaugesellschaften von der Reform betroffen?

Prof. Dr. Harald Bartl: Das ist nicht generell zu beantworten, da nicht alle Wohnungsbaugesellschaften öffentliche Auftraggeber sind. Ist das nicht der Fall, ist das Vergaberecht nicht anzuwenden. Das ist eine Frage des Einzelfalls. Zwar hat der EuGH in einer Entscheidung vom 01. Februar 2001 – C-237/99 – in einem Sachverhalt aus Frankreich festgestellt, dass soziale Wohnungsbaugesellschaften öffentliche Auftraggeber sein können. Diese Entscheidung lässt sich aber nicht ohne weiteres auf alle deutschen Wohnungsbaugesellschaften übertragen.

Wohnungswirtschaft heute: Sind die Wohnungsbaugesellschaften anders zu beurteilen?

Prof. Dr. Harald Bartl: Hier kommt es auf die Ausgestaltung im Einzelfall an. Es liegen Entscheidungen vor, wonach bei entsprechender Satzung (Förderung des sozialen Wohnungsbaus in der Satzung, nichtgewerbliche Tätigkeit im Allgemeininteresse, staatlicher Einfluss, keine ausschließlich wirtschaftlichen Erwägungen etc.) eine öffentliche Auftraggeberschaft nach § 98 Nr. 2 GWB angenommen wird. Dann sind diese Gesellschaften vergaberechtpflichtig (Kammergericht Berlin, Vergabekammern). In einem Zivilrechtsstreit verklagte ein Versicherungsmakler ein kommunales Wohnungsbauunternehmen auf Schadensersatz wegen unterbliebener Ausschreibung von Versicherungsleistungen. Das OLG Karlsruhe wies die Klage in dem Urteil vom 17. April 2008 – Aktenzeichen 8 U 228/06 – in einem Fall u. a. deshalb ab, weil es die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB „nicht mit einer sicheren richterlichen Überzeugung festzustellen“ vermochte. Damit ist keine kommunale Gesellschaft, die in diesem Zusammenhang tätig wird, per se öffentlicher Auftraggeber und damit vergaberechtpflichtig. Es kommt u. a. auf die Tätigkeit, die Satzung der GmbH (Zweck, Gegenstand etc.), Anteile und Einfluss der Kommune bei der Besetzung der Geschäftsführung sowie etwa die Finanzierung an.

Es kommt auf die Ausgestaltung im Einzelfall an

Wohnungswirtschaft heute: Was raten Sie den Wohnungsbaugesellschaften?

Prof. Dr. Harald Bartl: Ich würde diese Frage der öffentlichen Auftraggeberschaft hieb- und stichfest klären lassen. Ist die GmbH öffentlicher Auftraggeber, so müssen die Mitarbeiter professionelle Einkäufer sein, die das Vergaberecht beherrschen. Auch auf diese GmbH ist der Blick der Öffentlichkeit gerichtet. Eine Umgehung des Vergaberechts ist mehr als riskant, zumal dann, wenn es um EU-Verfahren geht.

red.