

03.11.97

**Antrag
des Landes Hessen**

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für
die Vergabe öffentlicher Aufträge
(Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG)**

Punkt 12 der 718. Sitzung des Bundesrates am 7. November 1997

Der Bundesrat möge beschließen:

Der Bundesrat lehnt den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG) ab.

Die Bundesregierung wird gebeten, Ergänzungen der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge - soweit nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, nach anderem, zwischenstaatlichem Recht oder dem Verfassungsrecht notwendig - in dem bestehenden Haushaltsrecht der §§ 57a - 57c des Haushaltsgrundsätzgesetzes oder aber in einem eigenständigen Vergabeverfahrensgesetz zu regeln. Der Bundesrat erinnert dabei an seine Entschließung zur weiteren Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und allgemeinen Ausgestaltung des Vergaberechts in seinem Beschluß vom 25. April 1997 (BR-Drs. 82/97)

Begründung:

Vorgreifliches EG-Recht, zwischenstaatliches Recht oder deutsches Verfassungsrecht erfordern keine Neuordnung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Das hier maßgebliche Recht ist prinzipiell ausreichend in den §§ 57a bis 57c des Haushaltsgrundsätzgesetzes und den hierzu bestehenden Verordnungen geregelt.

Die Begründung der Bundesregierung, die gegebene haushaltsrechtliche Lösung gewähre keine ausreichenden Ansprüche auf Einhaltung der nach

**Ausgegeben am
05. NOV. 1997**

dem sekundären EG-Vergabe-recht gestellten Vergabevorschriften sowie keinen rechtmäßig umgesetzten gerichtlichen Rechtsschutz der Bewerber und Bieter, ist nicht zutreffend. Das bestehende Recht gewährt einen ausreichenden Anspruch auf Nachprüfung des im Haushaltsrecht umgesetzten EG-Vergaberechts. Weder die einzelnen Vergabekoordinierungsrichtlinien noch die Nachprüfungsrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG sprechen Bewerbern und Bietern ausdrücklich Ansprüche auf Einhaltung der Vergabebestimmungen zu. Lediglich über das Nachprüfungsverfahren erfolgt die Wahrung der wohlverstandenen Interessen von Bewerbern und Bietern. Auch erfüllen die Vergabeüberwachungsausschüsse die nach dem EG-Recht gestellten Anforderungen an eine unabhängige Nachprüfungsinstanz im Sinne des Artikels 177 des EG-Vertrages (vgl. Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 17.09.1997 - Rechtssache

C-54/96 - Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH ./.
Bundesbaugesellschaft Berlin mbH).

Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist keine Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Artikels 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes. Sie ist ein im Verhältnis zu allen Bewerbern und Bietern im Gleichordnungsverhältnis stehender Vorgang, der die Aufforderung zur Abgabe eines bindenden annehmbaren Angebots beinhaltet. Daran ändern auch keine öffentlich- oder EG-rechtlichen Bestimmungen etwas, die sich insoweit ausschließlich an die Auftraggeber richten. Selbst eine Durchsetzung subjektiver Rechte von Bewerbern und Bietern bei den Vergabeverfahren im Wege der Nachprüfung der Beschaffungsverfahren erfordert keinen gerichtlichen Rechtsschutz im Sinne des Artikels 19 Absatz 4 Satz 1 des Grundgesetzes.

Die im Gesetzentwurf vorgegebenen vorgerichtlichen und gerichtlichen Nachprüfungsverfahren und die besonderen Schadensersatzansprüche führen zu Kosten, die im wesentlichen die Länder belasten. Die entsprechenden Aufwendungen gehen über diejenigen hinaus, die sich aus dem geltenden Nachprüfungsrecht ergeben; diese Tatsache läßt der Gesetzentwurf denn auch völlig unerwähnt. Die in den Verfahren zu erhebenden Gebühren und Auslagen dürften im übrigen die entstehenden Aufwendungen nicht ausgleichen.

Grundsätzlich wird der Standort des Gesetzes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für nicht sinnvoll gehalten. Für eine Einordnung des öffentlichen Vergaberechts wie auch eine Neubestimmung der Ansprüche auf Einhaltung materiellen EG-Vergaberechts und dessen Nachprüfung in besonderen Nachprüfungs- und Gerichtsverfahren nach dem Wettbewerbsrecht besteht keine ausreichende Grundlage nach dem Grundgesetz; eine Umsetzung des EG-Vergaberechts und von Grundzügen zum öffentlichen Auftragswesen im Wettbewerbsrecht durchbricht dessen Rahmen. Hierfür besteht keine sachliche Notwendigkeit.

Soweit der Bund das hier maßgebliche Haushaltsrecht als besonders zu regelndes Wettbewerbsrecht begreift, besteht im Rahmen der hier maßgeblichen konkurrierenden Gesetzgebung für das Recht der Wirtschaft (Artikel 74 Nummer 11 Grundgesetz) und zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung (Artikel 74 Nummer 16 Grundgesetz) weder eine ausreichende verfassungsrechtliche Befugnis noch eine tatsächliche Notwendigkeit, denn nicht jeder Beschaffungsvorgang eines öffentlichen oder eines nach EG-Vergaberecht wie ein öffentlicher Auftraggeber zu behandelnden privaten (Sektoren-) Auftraggebers ist prinzipiell wettbewerbsrechtlich anders zu behandeln als der eines rein privaten Auftraggebers.

Soweit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wettbewerbsrechtliche Fragen eine Rolle spielen, reicht das geltende Kartellrecht aus, um auch insoweit die wohlverstandenen Rechte Dritter zu schützen.

Der Gesetzentwurf enthält außerdem nur unzureichende Regelungen zu den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind. Der Bundesrat verweist insoweit auf seinen Beschluß vom 25.04.1997 zur Vergabeverordnung (BR-Drs. 82/97 - Beschluß).

Der Bundesrat bedauert, daß die Nachbesserung der bestehenden haushaltsrechtlichen Lösung oder die Schaffung eines eigenständigen und fachbezogenen Vergabegesetzes seitens der Bundesregierung nicht konsequent untersucht wurde (vgl. auch Beschluß der ARGEBAU - Ministerkonferenz vom 19./20.06.1997). Der Gesetzentwurf erfüllt nicht die allgemeinen verfassungsrechtlichen und dem Grundsatz der Deregulierung, Subsidiarität und Einfachheit der Vergabeverfahren entsprechenden Anforderungen, wie sie der Bundesrat in seiner Entschließung vom 25. April 1997 zur Ersten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung - BR-Drs. 82/97 (Beschluß) - aufgestellt hat. Der Bundesrat war damals davon ausgegangen, daß die bestehende Einrichtung der Vergabeüberwachungsausschüsse nicht den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an eine gerichtsähnliche Nachprüfungsinstanz entsprechen würde. Aufgrund des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft vom 17. September 1997 - Rs C - 54/96 ist diese Auffassung - die auch die Bundesregierung bisher vertrat - nicht mehr in dem o. g. Umfang haltbar.

Schließlich fehlt im Gesetzentwurf jeglicher Ansatzpunkt zur Einbeziehung des Ausbildungskriteriums und zur Vermeidung von Lohndumping bei der Auswahl derjenigen Unternehmen, die den Zuschlag bei einem öffentlichen Auftrag erhalten sollen. Er enthält außerdem keinerlei Regelung zu einer mittelstandsfreundlichen Ausschreibung und zur Zulassung von KMU-Bietergemeinschaften.