Bundesrat Drucksache **646/97**

05.09.97

Wi - FJ - Fz - In - R - U - Wo

Gesetzentwurf
der Bundesregierung

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

A. Zielsetzung

Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. EG Nr. L 297 S. 1), der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften betreffend die Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. EG Nr. L 76 S. 14), der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsrichtlinie (ABl. EG Nr. L 209 S. 1), der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. EG Nr. L 199 S. 1), der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. EG Nr. L 199 S. 54) und der Richtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommikationssektor (ABl. EG Nr. L 199 S. 84) unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes hinsichtlich des Rechtsschutzes bei öffentlichen Aufträgen.

Fristablauf: 17.10.97

...

Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 1320, 53003 Bonn
Telefon: 0228/3820640, Telefax: 0228/3820644
ISSN 0720-2946

B. Lösung

Für die Umsetzung der marktöffnenden und der Überwachungsrichtlinien des EG-Rechts wurde ein Konzept im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gewählt. Diese Lösung sieht neben allgemeinen Grundsätzen und Definitionen der öffentlichen Auftragsvergabe die Nachprüfung des Vergabeverfahrens öffentlicher Auftraggeber in erster Instanz durch verwaltungsinterne Vergabekammern des Bundes und der Länder und in zweiter Instanz durch Oberlandesgerichte vor. Bieter erhalten erstmals ein subjektives Recht auf Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe.

C. Alternativen

Als Alternativlösung wäre ein eigenständiges Vergabegesetz in Betracht gekommen, welches die Nachprüfung der Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber den Landgerichten als erste Instanz und dem Oberlandesgericht als zweite Instanz zugewiesen hätte.
Der Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde der Vorzug gegeben, da von ihr eine schnellere und effektivere gerichtliche Überprüfung erwartet wird. Sie wird den Besonderheiten der öffentlichen Auftragsvergabe besser gerecht.

D. Kosten

Durch die Ausführung dieses Gesetzes entstehen den öffentlichen Haushalten Mehrkosten durch erhöhten Personalbedarf bei den Vergabekammern als erste Instanz und für die Einrichtung von Vergabesenaten bei den Oberlandesgerichten. Organisatorisch kann auf die bestehenden Vergabeüberwachungsausschüsse des Bundes beim Bundeskartellamt und der Länder zurückgegriffen werden.
Das Gesetz hat keine preislichen Auswirkungen, weil keine Kosten für die Wirtschaft und damit keine Belastung für die Verbraucher entstehen.

Bundesrat Drucksache **646/97**

05.09.97

WI - FJ - Fz - In - R - U - Wo

Gesetzentwurf
der Bundesregierung

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

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
031 (424) - 611 09 - Ve 32/97

Bonn, den 5. September 1997

An den
Präsidenten des Bundesrates

Hiermit übersende ich gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes den von der Bundesregierung beschlossenen

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

mit Begründung und Vorblatt.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft.

J. Ü. Kohl

Fristablauf: 17.10.97

Drucksache 646/97

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

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S.235), zuletzt geändert durch....., wird wie folgt geändert:

1. Der Sechste Teil wird wie folgt gefaßt:

„Sechster Teil. Vergabe öffentlicher Aufträge

Erster Abschnitt. Vergabeverfahren

§ 106 Allgemeine Grundsätze

(1) Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.

(2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.

(3) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundesgesetz vorgesehen ist.

(4) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(5) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe einzuhaltende Verfahren zu treffen, insbesondere über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluß des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabeverfahrens.

(6) Die Unternehmen haben Anspruch darauf, daß der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

§ 107 Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Teils sind:

1. Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen,

2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Das gleiche gilt dann, wenn die Stelle, die einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat, unter Satz 1 fällt,

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen,

4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, wenn diese Tätigkeiten auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden, oder wenn Auftraggeber, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluß ausüben können,

5. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als fünfzig vom Hundert finanziert werden,

6. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen abgeschlossen haben, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht, hinsichtlich der Aufträge an Dritte (Baukonzession).

§ 108 Öffentliche Aufträge

(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.

(2) Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Miete oder Pacht mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.

(3) Bauaufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

(4) Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen und keine Auslobungsverfahren sind.

(5) Auslobungsverfahren im Sinne dieses Teils sind nur solche Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber auf Grund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan verhelfen sollen.

§ 109 Anwendungsbereich

(1) Dieser Teil gilt nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 136 festgelegt sind (Schwellenwerte).

(2) Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsverträge und für Aufträge,

a) die auf Grund eines internationalen Abkommens im Zusammenhang mit der Stationierung von Truppen vergeben werden und für die besondere Verfahrensregeln gelten;

b) die auf Grund eines internationalen Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem oder mehreren Staaten, die nicht Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind, für ein von den Unterzeichnerstaaten gemeinsam zu verwirklichendes und zu tragendes Projekt, für das andere Verfahrensregeln gelten, vergeben werden;

c) die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation vergeben werden;

d) die in Übereinstimmung mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften in der Bundesrepublik Deutschland für geheim erklärt werden oder deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert oder wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit des Staates es gebietet;

e) die dem Anwendungsbereich des Artikels 223 Abs. 1 Buchstabe b des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unterliegen;

f) die von Auftraggebern, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, nach Maßgabe näherer Bestimmung durch Rechtsverordnung nach § 136 auf dem Gebiet vergeben werden, auf dem sie selbst tätig sind;

g) die an eine Person vergeben werden, die ihrerseits Auftraggeber nach § 107 Nr. 1, 2 oder 3 ist und ein auf Gesetz oder Verordnung beruhendes ausschließliches Recht zur Erbringung der Leistung hat;

h) über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung;

i) über Dienstleistungen von verbundenen Unternehmen, die durch Rechtsverordnung nach § 136 näher bestimmt werden, für Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind;

j) über die Ausstrahlung von Sendungen;

k) über Fernsprechdienstleistungen, Telexdienst, den beweglichen Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation;*

l) über Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen;

m) über finanzielle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Ausgabe, Verkauf, Ankauf oder Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten sowie Dienstleistungen der Zentralbanken;

n) über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, es sei denn, ihre Ergebnisse werden ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und die Dienstleistung wird vollständig durch den Auftraggeber vergütet.

§ 110 Arten der Vergabe

(1) Die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen erfolgt im Wege von offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren.

(2) Offene Verfahren sind Verfahren, in denen eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird.

(3) Bei nicht offenen Verfahren wird öffentlich zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert.

(4) Verhandlungsverfahren sind Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

(5) Öffentliche Auftraggeber haben das offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet. Auftraggebern, die nur unter § 107 Nr. 4 fallen, stehen die drei Verfahren nach ihrer freien Wahl zur Verfügung.

§ 111 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts

Ist der Auftraggeber mit einem Antrag nach § 131 vor dem Beschwerdegericht unterlegen, gilt das Vergabeverfahren nach Ablauf von zehn Tagen nach Zustellung der Entscheidung als beendet, wenn der Auftraggeber nicht die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ergreift, die sich aus der Entscheidung ergeben; das Vergabeverfahren darf nicht fortgeführt werden.

Zweiter Abschnitt: Nachprüfungsverfahren

I. Nachprüfungsbehörden

§ 112 Grundsatz

Unbeschadet der Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden und Vergabeprüfstellen unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammern.

§ 113 Vergabeprüfstellen

(1) Der Bund und die Länder können Vergabeprüfstellen einrichten, denen die Überprüfung der Einhaltung der von Auftraggebern im Sinne des § 107 Nr. 1 bis 3 anzuwendenden Vergabebestimmungen obliegt. Sie können bei den Fach- und Rechtsaufsichtsbehörden angesiedelt werden.

(2) Die Vergabeprüfstelle prüft auf Antrag oder von Amts wegen die Einhaltung der von den Auftraggebern im Sinne des § 107 Nr. 1 bis 3 anzuwendenden Vergabevorschriften. Sie kann die das Vergabeverfahren durchführende Stelle verpflichten, rechtswidrige Maßnahmen aufzuheben und rechtmäßige Maßnahmen zu treffen, diese Stellen und Unternehmen bei der Anwendung der Vergabevorschriften beraten und streitschlichtend tätig werden.

(3) Gegen eine Entscheidung der Vergabeprüfstelle kann zur Wahrung von Rechten aus § 106 Abs. 6 nur die Vergabekammer angerufen werden.

§ 114 Vergabekammern

(1) Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge nehmen die Vergabekammern des Bundes für die dem Bund zuzurechnenden Aufträge, die Vergabekammern der Länder für die diesen zuzurechnenden Aufträge wahr.

(2) Rechte aus § 106 Abs. 6 können außer vor den Vergabeprüfstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen und die Befugnisse der Kartellbehörden bleiben unberührt.

(3) Ist wegen Verletzung einer Vergabevorschrift von einem öffentlichen Auftraggeber Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger Entschädigung nur in Geld verlangen.

§ 115 Besetzung; Unabhängigkeit

(1) Die Vergabekammern üben ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus.

(2) Die Vergabekammern entscheiden in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, von denen einer ein ehrenamtlicher Beisitzer ist. Der Vorsitzende und der hauptamtliche Beisitzer müssen Beamte auf Lebenszeit mit der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst oder vergleichbar fachkundige Angestellte sein. Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer müssen die Befähigung zum Richteramt haben; in der Regel soll dies der Vorsitzende sein. Die Beisitzer sollen über gründliche Kenntnisse des Vergabewesens verfügen.

(3) Die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von 5 Jahren bestellt. Sie entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen.

§ 116 Einrichtung; Organisation

(1) Der Bund richtet die erforderliche Anzahl von Vergabekammern beim Bundeskartellamt ein. Einrichtung und Besetzung der Vergabekammern sowie die Geschäftsverteilung bestimmt der Präsident des Bundeskartellamtes. Ehrenamtliche Beisitzer und deren Stellvertreter ernennt er auf Vorschlag der Spitzenorganisationen der öffentlich-rechtlichen Kammern. Der Präsident des Bundeskartellamtes erläßt nach Genehmigung durch das Bundesministerium für Wirtschaft eine Geschäftsordnung und veröffentlicht diese im Bundesanzeiger.

(2) Die Einrichtung und Organisation der Vergabekammern der Länder bestimmen die nach Landesrecht zuständigen Stellen, mangels einer solchen Bestimmung die Landesregierung, die die Ermächtigung weiter übertragen kann. Die Länder können gemeinsame Vergabekammern einrichten.

II. Verfahren vor der Vergabekammer

§ 117 Einleitung; Antrag

(1) Die Vergabekammer leitet ein Nachprüfungsverfahren nur auf Antrag ein.

(2) Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 106 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.

(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.

§ 118 Form

(1) Der Antrag ist schriftlich bei der Vergabekammer einzureichen und unverzüglich zu begründen. Er soll ein bestimmtes Begehren enthalten. Ein Antragsteller ohne Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, Sitz oder Geschäftsleitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat einen Empfangsbevollmächtigten im Geltungsbereich dieses Gesetzes zu benennen.

(2) Die Begründung muß die Bezeichnung des Antragsgegners, eine Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung mit Sachverhaltsdarstellung und die Bezeichnung der verfügbaren Beweismittel enthalten sowie darlegen, daß die Rüge gegenüber dem Auftraggeber erfolgt ist; sie soll, soweit bekannt, die sonstigen Beteiligten benennen.

§ 119 Verfahrensbeteiligte; Beiladung

Verfahrensbeteiligte sind der Antragsteller, der Auftraggeber und die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen von der Vergabekammer beigeladen worden sind. Die Entscheidung über die Beiladung ist unanfechtbar.

§ 120 Untersuchungsgrundsatz

(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen.

(2) Die Vergabekammer stellt den Antrag nach Eingang dem Auftraggeber zu und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Sofern eine Vergabeprüfstelle eingerichtet ist, übermittelt die Vergabekammer der Vergabeprüfstelle eine Kopie des Antrags. Der Auftraggeber stellt die Vergabeakten der Kammer sofort zur Verfügung. § 46 Abs. 1 bis 5 und 9 und §§ 54, 55 gelten entsprechend.

§ 121 Akteneinsicht

(1) Die Beteiligten können die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen.

(2) Die Vergabekammer hat die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist.

(3) Jeder Beteiligte hat mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die in Absatz 2 genannten Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies nicht, kann die Vergabekammer von seiner Zustimmung auf Einsicht ausgehen.

(4) Die Versagung der Akteneinsicht kann nur im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwerde in der Hauptsache angegriffen werden.

§ 122 Mündliche Verhandlung

(1) Die Vergabekammer entscheidet auf Grund einer mündlichen Verhandlung, die sich auf einen Termin beschränken soll. Alle Beteiligten haben Gelegenheit zur Stellungnah

nahme. Mit Zustimmung der Beteiligten oder bei Unzulässigkeit oder bei offensichtlicher Unbegründetheit des Antrags kann nach Lage der Akten entschieden werden.

(2) Sind die Beteiligten in dem Verhandlungstermin nicht erschienen oder gehörig vertreten, kann in der Sache verhandelt und entschieden werden.

§ 123 Beschleunigung

(1) Die Vergabekammer trifft und begründet ihre Entscheidung schriftlich innerhalb einer Frist von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende im Ausnahmefall die Frist durch Mitteilung an die Beteiligten um den erforderlichen Zeitraum verlängern. Er begründet diese Verfügung schriftlich.

(2) Die Beteiligten haben an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, wie es einem auf Förderung und raschen Abschluß des Verfahrens bedachten Vorgehen entspricht. Den Beteiligten können Fristen gesetzt werden, nach deren Ablauf weiterer Vortrag unbeachtet bleiben kann.

§ 124 Entscheidung der Vergabekammer

(1) Die Vergabekammer entscheidet, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Sie ist an die Anträge nicht gebunden und wirkt auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin.

(2) Ein bereits erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden. Hat sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt, stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. § 123 Abs. 1 gilt in diesem Fall nicht.

(3) Die Entscheidung der Vergabekammer ergeht durch Verwaltungsakt. Die Vollstreckung richtet sich, auch gegen einen Hoheitsträger, nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder. § 57 gilt entsprechend.

§ 125 Aussetzung des Vergabeverfahrens

(1) Nach Zustellung eines Antrags auf Nachprüfung an den Auftraggeber darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 127 Abs. 1 den Zuschlag nicht erteilen.

(2) Auf Antrag des Auftraggebers kann die Vergabekammer den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Die Entscheidung kann selbständig mit der sofortigen Beschwerde nach § 126 angefochten werden. § 57 gilt entsprechend.

(3) Sind Rechte des Antragstellers aus § 106 Abs. 6 im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Kammer auf besonderen Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen. Sie legt dabei den Beurteilungsmaßstab des Absatz 2 Satz 1 zugrunde. Diese Entscheidung ist nicht selbständig anfechtbar.

III. Sofortige Beschwerde

§ 126 Zulässigkeit; Zuständigkeit

(1) Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu.

(2) Die sofortige Beschwerde ist auch zulässig, wenn die Vergabekammer über einen Antrag auf Nachprüfung nicht innerhalb der Frist des § 123 Abs. 1 entschieden hat; in diesem Fall gilt der Antrag als abgelehnt.

(3) Über die sofortige Beschwerde entscheidet ausschließlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht. Bei den Oberlandesgerichten wird ein Vergabesenat gebildet. § 93 gilt entsprechend.

§ 127 Frist; Form

(1) Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung, im Falle des § 126 Abs. 2 mit dem Ablauf der Frist beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

(2) Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muß enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

(3) Die Beschwerdeschrift muß durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

(4) Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

§ 128 Wirkung

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Bis zu der Entscheidung über einen Antrag nach § 131 oder, sofern ein solcher nicht gestellt wird, bis zu der Entscheidung über die sofortige Beschwerde darf der Auftraggeber den Zuschlag nicht erteilen.

§ 129 Beteiligte am Beschwerdeverfahren

An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht beteiligt sind die an dem Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten.

§ 130 Verfahrensvorschriften

(1) Vor dem Beschwerdegericht müssen sich die Beteiligten durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

(2) Die §§ 68, 69, 70 Abs. 1 und 6, §§ 71, 72, 121 und 123 Abs. 2 Satz 1 finden entsprechende Anwendung.

§ 131 Vorabentscheidung über den Zuschlag

(1) Auf Antrag des Auftraggebers kann das Gericht unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten. Das Gericht kann den Zuschlag auch gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

(2) Der Antrag ist schriftlich zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen. Bis zur Entscheidung über den Antrag ist das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt.

(3) Die Entscheidung ist unverzüglich innerhalb von fünf Wochen nach Eingang des Antrags zu treffen und zu begründen; bei besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten kann der Vorsitzende im Ausnahmefall die Frist durch begründete Mitteilung an die Beteiligten um den erforderlichen Zeitraum verlängern. Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen. Ihre Begründung erläutert Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens. § 130 findet Anwendung.

(4) Gegen eine Entscheidung nach dieser Vorschrift ist ein Rechtsmittel nicht zulässig.

§ 132 Beschwerdeentscheidung

Hält das Gericht die Beschwerde für begründet, so hebt es die Entscheidung der Vergabekammer auf. In diesem Fall entscheidet das Gericht in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichtes über die Sache erneut zu entscheiden. Auf Antrag stellt es fest, ob das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist. § 124 Abs. 2 gilt entsprechend.

§ 133 Bindungswirkung und Vorlagepflicht

(1) Wird wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften Schadensersatz begehrt und hat ein Verfahren vor der Vergabekammer stattgefunden, ist das ordentliche Gericht an die bestandskräftige Entscheidung der Vergabekammer und die Entscheidung des Oberlandesgerichts über die Beschwerde gebunden.

(2) Will ein Oberlandesgericht von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen, so legt es die Sache dem Bundes-gerichtshof vor.

Der Bundesgerichtshof entscheidet anstelle des Oberlandesgerichts. Die Vorlagepflicht gilt nicht im Verfahren nach § 131.

Dritter Abschnitt: Sonstige Regelungen

§ 134 Schadensersatz bei Rechtsmißbrauch

(1) Erweist sich der Antrag nach § 117 oder die sofortige Beschwerde nach § 126 als von Anfang an ungerechtfertigt, ist der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Mißbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts entstanden ist.

(2) Ein Mißbrauch ist es insbesondere,

1. die Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich oder grob fahrlässig vorgetragene falsche Angaben zu erwirken;
2. die Überprüfung mit dem Ziel zu beantragen, das Vergabeverfahren zu behindern oder Konkurrenten zu schädigen;
3. einen Antrag in der Absicht zu stellen, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen.

(3) Erweisen sich die von der Vergabekammer auf besonderen Antrag nach § 125 Abs. 3 getroffenen vorläufigen Maßnahmen als von Anfang an ungerechtfertigt, hat der Antragsteller dem Auftraggeber den aus der Vollziehung der angeordneten Maßnahme entstandenen Schaden zu ersetzen.

§ 135 Nachweis bei Schadensersatzverlangen

Wird Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangt, so braucht das Schadensersatz fordernde Unternehmen lediglich nachzuweisen, daß eine seinen Schutz bezweckende Vergabevorschrift verletzt worden ist und daß es ohne diesen Rechtsverstoß bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen wäre.

§ 136 Ermächtigungen

Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen erlassen

1. zur Umsetzung der Schwellenwerte der Richtlinien der EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in das deutsche Recht;

2. zur näheren Bestimmung der Tätigkeiten auf dem Gebiete der Trinkwasser- und der Energieversorgung, des Verkehrs und der Telekommunikation, soweit dies zur Erfüllung von Verpflichtungen aus Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften erforderlich ist;

3. zur näheren Bestimmung der verbundenen Unternehmen, auf deren Dienstleistungen gegenüber Auftraggebern, die auf dem Gebiete der Trinkwasser- oder der Energieversorgung, des Verkehrs oder der Telekommunikation tätig sind, nach den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften dieser Teil nicht anzuwenden ist;

4. zur näheren Bestimmung der Aufträge von Unternehmen der Trinkwasser- oder der Energieversorgung, des Verkehrs oder der Telekommunikation, auf die nach den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften dieser Teil nicht anzuwenden ist;

5. über die genaue Abgrenzung der Zuständigkeiten der Vergabekammern von Bund und Ländern sowie der Vergabekammern der Länder voneinander;

6. über ein Verfahren, nach dem öffentliche Auftraggeber durch unabhängige Prüfer eine Bescheinigung erhalten können, daß ihr Vergabeverhalten mit den Regeln dieses Gesetzes und den auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften übereinstimmt;

7. über den Korrekturmechanismus gemäß Kapitel 3 und ein freiwilliges Streitschlichtungsverfahren der Europäischen Kommission gemäß Kapitel 4 der Richtlinie 2/13/ EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Februar 1992 (ABl. EG Nr. L 76 S. 14);

8. über die Informationen, die von den Auftraggebern, den Vergabekammern und den Beschwerdegerichten dem Bundesministerium für Wirtschaft zu übermitteln sind, um Verpflichtungen aus Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften zu erfüllen.

§ 137 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer

(1) Für Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung.

(2) Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt mindestens 5 000 Deutsche Mark; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50 000 Deutsche Mark nicht überschreiten, kann aber im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 100 000 Deutsche Mark erhöht werden.

(3) Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die Kosten zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner. Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, ist die Hälfte der Gebühr zu entrichten. Aus Gründen der Billigkeit kann von der Erhebung von Gebühren ganz oder teilweise abgesehen werden.

(4) Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabeprüfstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

§ 138 Kosten der Vergabeprüfstelle

Für Amtshandlungen der Vergabeprüfstellen des Bundes, die über die im § 113 Abs. 2

Satz 1 genannte Prüftätigkeit und die damit verbundenen Maßnahmen der Vergabeprüfstellen hinausgehen, werden Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. § 137 gilt entsprechend. Die Gebühr beträgt 20 vom Hundert der Mindestgebühr nach § 137 Abs. 2; ist der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung im Einzelfall außergewöhnlich hoch, kann die Gebühr bis zur Höhe der vollen Mindestgebühr angehoben werden.

2. Der bisherige Sechste Teil wird Siebenter Teil, die §§ 106 und 107 werden §§ 139 und 140.

Artikel 2

Änderung kostenrechtlicher Vorschriften

(1) Das Gerichtskostengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3047), zuletzt geändert durch .... wird wie folgt geändert:

1. In § 1 Abs. 1 Buchstabe a werden die Worte „und dem Strafvollzugsgesetz" durch die Worte „ , dem Strafvollzugsgesetz und dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" ersetzt.

2. In der Überschrift des zweiten Abschnitts werden nach der Angabe „Familiensachen (§ 1 Abs. 2)" ein Komma und die Worte „Beschwerdeverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" eingefügt.

3. Nach § 12 wird folgender 12a eingefügt:

„§ 12a

Wertberechnung im Beschwerdeverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

(1) Im Verfahren über Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörde und über Rechtsbeschwerden (§§ 62 und 73 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) bestimmt sich der Wert nach § 3 der Zivilprozeßordnung. Im Verfahren über Beschwerden eines Beigeladenen (§ 51 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) ist der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Beigeladenen für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen, jedoch nicht über 500.000 Deutsche Mark.

(2) Im Verfahren über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer (§ 126 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) einschließlich des Verfahrens über den Antrag nach § 131 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beträgt der Streitwert fünf vom Hundert der Auftragssumme."

4. Das Kostenverzeichnis (Anlage 1 zum Gerichtskostengesetz) wird wie folgt geändert:

   a) Die Überschrift der Gliederung des Teils 1 und die Überschrift des Teils 1 werden jeweils wie folgt gefaßt:

„Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, Familiensachen (§ 1 Abs. 2) und Beschwerdeverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor den ordentlichen Gerichten außer Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung".

b) In der Überschrift des Abschnitts II.2 des Teils 1 werden ein Komma und die Angabe „§§ 62 und 126 GWB" angefügt.

c) Nach Nummer 1221 wird folgende Nummer 1222 eingefügt:

Nr.	Gebührentatbestand	Gebührenbetrag oder Satz der Gebühr nach § 11 Abs. 2 GKG
„1222	Entscheidung über einen Antrag nach § 131 GWB	3,0".

d) In der Vorbemerkung zu den Nummern 1224 und 1225 werden der Doppelpunkt durch ein Semikolon ersetzt und die Worte „Beschluß, der die Instanz abschließt, in den Verfahren über Beschwerden nach § 126 GWB, wenn die Gebühr 1222 entstanden ist:" angefügt.

e) Im Gebührentatbestand der Nr. 1224 werden ein Semikolon und das Wort „Beschluß" angefügt.

f) der zweite Halbsatz der Vorbemerkung zu den Nummern 1226 und 1227 wird wie folgt gefaßt:

„Beschluß, der die Instanz abschließt, in den in § 1 Abs. 2 Satz 2 GKG genannten Familiensachen und in den Verfahren über Beschwerden nach den §§ 62 und 126 GWB".

g) In der Überschrift des Abschnitts II.3 des Teil 1 werden ein Komma und die Worte „Rechtsbeschwerden nach § 73 GWB" angefügt.

h) Die Vorbemerkung zu den Nummern 1236 und 1237 wird wie folgt gefaßt:

„Urteil, das die Instanz abschließt; Beschluß im Verfahren über Rechtsbeschwerden nach § 73 GWB, der Instanz abschließt:".

i) Im Gebührentatbestand der Nummer 1236 werden ein Semikolon und das Wort „Beschluß" angefügt.

(2) In § 65a der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 368-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird nach Satz 1 folgender Satz eingefügt:
„Wird ein Antrag nach § 131 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gestellt, erhöht sich die Prozeßgebühr um die Hälfte".

(3) § 78 des Gesetztes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235), das zuletzt durch .... geändert worden ist, wird aufgehoben.

Artikel 3

Übergangs- und Schlußbestimmungen

1. Die §§ 57 a bis c des Haushaltsgrundsätzegesetzes und die Nachprüfungsverordnung (NpV) vom 22. Februar 1994 (BGBl. Teil I, S. 324) werden aufgehoben.

2. Bis zum 31. Dezember 1997 anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach bis dahin geltendem Recht beendet. Ist der Zuschlag nicht erteilt, haben die Beteiligten die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen nach der Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses das Oberlandesgericht anzurufen. Nach altem Recht vorbehaltene Kosten und Gebühren für Verfahren vor den Vergabeüberwachungsausschüssen werden nicht mehr erhoben.

3. Bis zur Einrichtung und Besetzung der Vergabekammern, längstens jedoch bis zum 30. Juni 1998 agieren die Vergabeüberwachungsausschüsse als Vergabekammern.

4. Das Dritte Buch des Sozialgesetzbuches (BGBl. Teil I S. 594) wird wie folgt geändert:
   a) Der bisherige Wortlaut des § 262 wird dessen Absatz. 1.
   b) Es wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Ist bei der Durchführung einer Maßnahme die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein Wirtschaftsunternehmen vorgesehen, kann die Zuweisung geförderter Arbeitnehmer nichtdiskriminierend für alle Bewerber als vertragliche Nebenbedingung aufgenommen werden."

Artikel 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1.Januar 1998 in Kraft.

Begründung

A. Ausgangslage

1. Bestehende gesetzliche Regelung

Die deutschen Vergabevorschriften waren traditionell nur Verwaltungsvorschriften, die sich - dem Haushaltsrecht zugeordnet - mit dem alleinigen Zweck an die Vergabestellen wandten, die korrekte und wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Gelder zu sichern. Bewerber und Bieter sollten daraus für sich keine Rechte herleiten. Ein gerichtlicher Rechtsschutz war grundsätzlich nicht möglich.

Zur Verwirklichung des Binnenmarktes verfolgen die EG-Vergaberichtlinien das Ziel, das öffentliche Auftragswesen für den gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu öffnen. Die Interessen der Bieter sollen durch wirksame und rasche Nachprüfung bei Verletzung der Vergaberegeln geschützt werden.

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) vom 26.11.1993 (BGBl. I S. 1928) und zwei darauf basierende Rechtsverordnungen, Vergabeverordnung (VgV) und Nachprüfungsverordnung (NpV) haben im Bereich des öffentlichen Auftragswesens die

- sog. marktöffnenden Richtlinien der EG (Bau-, Liefer- und Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie für alle öffentlichen Auftraggeber, für öffentliche und private Auftraggeber in den Sektoren Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation) und

- zwei Nachprüfungsrichtlinien (Nachprüfungsrichtlinie für die Nachprüfung der Auftragsvergaben der öffentlichen Auftraggeber und Sektoren-Nachprüfungsrichtlinie für die Nachprüfung von Auftragsvergaben öffentlicher und privater Auftraggeber in den o. g. Sektoren)

in das deutsche Recht umgesetzt. Die Umsetzung durch diese „haushaltsrechtliche Lösung" führte ein einheitliches Nachprüfungsregime für alle öffentlichen Auftraggeber und für alle Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte ein.

Die haushaltsrechtliche Lösung hatte ausdrücklich zum Ziel, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen". An den gewachsenen Vergaberegeln sollte insoweit nichts geändert werden (Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 12/4636 S. 12).

Die §§ 57 b und 57 c HGrG bilden in Verbindung mit der Nachprüfungsverordnung die Rechtsgrundlage für zwei Nachprüfungsinstanzen, die - ab Erreichen der EG-Auftragsschwellen - eine formalisierte Überprüfung der Vergabeverfahren erlauben: Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse.

Beide Instanzen sind nicht Gerichte, sondern trotz Unabhängigkeit des Vergabeüberwachungsausschusses Teil der Exekutive. Ihre Kompetenzen sind begrenzt. In ein laufendes Vergabeverfahren kann nur die Vergabeprüfstelle eingreifen, nicht jedoch der Vergabeüberwachungsausschuß.

2. Notwendigkeit zur Korrektur des Vergaberechts

Die haushaltsrechtliche Umsetzung der Richtlinien der EG wird von der EG-Kommission seit langem beanstandet. Sie kritisiert vor allem, daß den Interessenten und Bietern keine Rechte auf Einhaltung der materiellen Vorschriften zugestanden und auch kein gerichtlicher Rechtsschutz eingeräumt wird. Auch der Europäische Gerichtshof hat in einem Urteil vom 11. August 1995 gegen die Bundesrepublik Deutschland zum Ausdruck gebracht, daß die Richtlinien Bewerbern und Bietern Rechtspositionen einräumen, die sich bei korrekter Umsetzung in deutsches Recht als Ansprüche darstellen würden. Die EG-Kommission hat daraufhin mehrere Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland eingeleitet.

Darüber hinaus hat die Praxis der haushaltsrechtlichen Lösung gerade im Verhältnis zu ausländischen Bewerbern deutliche Schwächen erkennbar werden lassen. Transparenz und Effektivität des Rechtsschutzes bedürfen der Verbesserung.

3. Zielsetzung

Das Gesetz dient der vollständigen Umsetzung der EG-Richtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Im Einklang mit dem europäischen Recht sollen die Bieter einen Anspruch darauf haben, daß die ihren Schutz bezweckenden Vergabevorschriften von den Vergabestellen eingehalten werden. Dies zieht im Hinblick auf Artikel 19 Abs. 4 des Grundgesetzes notwendigerweise einen gerichtlichen Rechtsschutz nach sich.

Mit speziell auf die Erfordernisse der Auftragsvergabe Rücksicht nehmenden Verfahrensregeln für die Nachprüfung sollen langwierige Rechtsstreitigkeiten ausgeschlossen werden. Der Rechtsschutz soll so ausgestaltet werden, daß weder Investitionshindernisse entstehen noch die Mittelstandsfreundlichkeit des deutschen Vergaberechts in Frage gestellt wird.

4. Lösung

Für die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien wurde eine Konzeption im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gewählt, um dem gewandelten Verständnis der Vergaberegeln (vgl. Nummer 2) zu entsprechen und die wettbewerbliche Bedeutung des heutigen Vergaberechts zu betonen. Eine Rechtsverordnung („Vergabeverordnung") verweist auf die Verdingungsordnungen. Die darin enthaltenen mittelstandsfreundlichen Regelungen werden unverändert beibehalten. Der Vorentwurf einer Vergabeverordnung ist zur Information beigefügt.

Die Nachprüfung der Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber erfolgt in erster Instanz durch verwaltungsinterne Vergabekammern. Sie knüpfen organisatorisch weitgehend an die jetzigen Vergabeüberwachungsausschüsse an. Gegen die Entscheidung der Kammer kann ein Rechtsmittel zum Oberlandesgericht (sofortige Beschwerde) eingelegt werden. Das entspricht dem im Kartellrecht eingeführten Rechtsweg und macht es unter dem Blickwinkel der Beschleunigung möglich, nur eine gerichtliche Instanz mit dem Rechtsstreit zu befassen. Beide Instanzen entscheiden innerhalb bestimmter zeitlicher Vorgaben (jeweils maximal 5 Wochen). Wegen der zu erwartenden hohen Qualität der Entscheidungen der Vergabekammern und wegen des Kostenrisikos wird es in der Regel nicht zur Anrufung des Oberlandesgerichts kommen. Diese Erwartung stützt sich auch auf die Erfahrungen beim dänischen Modell, dem die deutsche Regelung nachgebildet ist.

Mit der gesetzlichen Regelung wird zugleich das Wettbewerbsprinzip gestärkt; das führt zu wirtschaftlichem Einkauf und zu noch sparsamerer Verwendung öffentlicher Mittel. Transparenz und Rechtssicherheit, auch für Bieter und Bewerber aus dem EG-Ausland, gewährleisten effektiven Rechtsschutz.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Nr. 1, 11 und 16 und aus Artikel 109 Abs. 3 des Grundgesetzes.

5. Alternativen

Die Beibehaltung oder Fortentwicklung der Regelungen im Haushaltsgrundsätzegesetz kommt wegen der Unvereinbarkeit eines solchen Ansatzes mit dem EG-Recht nicht in Betracht.

Als Alternative wäre ein eigenständiges Vergabe-Gesetz denkbar. Die wettbewerbliche Bedeutung der Regeln wäre dadurch jedoch weniger stark ausgeprägt. Auch in diesem Fall müßte der dreistufige Aufbau (Gesetz, Rechtsverordnung, Verdingungsordnungen) beibehalten werden. Die Übersichtlichkeit des Vergaberechts insgesamt wäre nicht höher.

Außer der besonderen Rücksichtnahme auf die wettbewerbspolitische Relevanz des öffentlichen Auftragswesens spricht für das GWB als Standort, daß der Rechtsschutz ähnlich ausgestaltet ist wie der Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Kartellbehörden und daß auf erprobte Begriffe und Verfahrensregelungen des Kartellrechts unmittelbar Bezug genommen werden kann.

6. Recht der Europäischen Union

Der vorgelegte Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar. Die EG-Kommission hat nach Kenntnisnahme die laufenden Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ausgesetzt.

7. Finanzielle Auswirkungen

Mit diesem Gesetz ist höherer Vollzugsaufwand verbunden: Steigendes Arbeitsaufkommen bei den Vergabekammern wird sich voraussichtlich in erhöhtem Personalbedarf niederschlagen. Nur so werden wahrscheinlich die kurzen Bearbeitungsfristen eingehalten werden können. Eine Quantifizierung des erhöhten Personalbedarfs ist allerdings zur Zeit nicht möglich.

Die Vergabekammer des Bundes wird zunächst mit dem Personal besetzt, das im Vergabeüberwachungsausschuß tätig war. Die weitere Personalausstattung richtet sich nach dem sich abzeichnenden Bedarf und dem Grad der Inanspruchnahme der Kammer. Die erforderliche Stellenausstattung wird Gegenstand der künftigen Haushaltsberatungen über den Einzelplan 09 sein.

Eventuelle Mehrkosten für die fakultativ einzurichtenden Vergabeprüfstellen, denen keine entsprechenden Gebühreneinnahmen gegenüberstehen werden im Bundesbereich in den jeweiligen Einzelplänen aufgefangen; zusätzliche Stellen können nicht bewilligt werden.

Die dänische Regelung zur Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien, die zu einem Teil Modell für das vorliegende Konzept stand, führte bisher nicht zu einer häufigen Anrufung des Gerichts. Auch in Deutschland dürfte sich die Anrufung der Oberlandesgerichte, insbesondere im Hinblick auf das hohe Kostenrisiko und das Risiko von Schadensersatzansprüchen, in Grenzen halten, wenn die Vergabekammern - wie bisher die Vergabeüberwachungsausschüsse - durch die Qualität ihrer Entscheidungen zu überzeugen vermögen. Unabhängig von der Neuregelung wächst generell die Tendenz, Vergabeverfahren auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen; auch unter Weitergeltung der „haushaltsrechtlichen Lösung" wäre ein erhöhter Personalbedarf nicht zu vermeiden.

Der Aufwand für die Nachprüfung wird von den am Verfahren Beteiligten getragen; es werden die vollen kostendeckenden Gebühren erhoben. Kosten für das Verfahren vor der Vergabeprüfstelle werden insoweit erhoben als es über den Rahmen der Tätigkeit der Fach- und Rechtsaufsicht hinausgeht. Das Gesetz sorgt für konsequentere Einhaltung stark wettbewerbsorientierter Vergabe-regeln; der damit verbundene Ausschluß vergabefremder Gesichtspunkte bei der Auftragsvergabe sorgt tendenziell für preiswertere Beschaffungen. Kosten für die Wirtschaft und Belastungen der Verbraucher entstehen nicht.

B. Begründung im Einzelnen

Zu Artikel 1 Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Erster Abschnitt: Vergabeverfahren

Zu § 106 Allgemeine Grundsätze

Zu Absatz 1

Die Bundesregierung mißt einem transparenten, diskriminierungsfreien Vergabeverfahren eine hohe Bedeutung zu. Sie geht davon aus, daß die Beachtung wettbewerblicher Prinzipien im Vergaberecht sowohl für Auftraggeber als auch Auftragnehmer vorteilhaft ist und Vergaben deshalb grundsätzlich im Wettbewerb zu erfolgen haben.

Die Organisation größtmöglichen Wettbewerbs gewährleistet breite Beteiligung der Wirtschaft an der Versorgung der öffentlichen Institutionen und Unternehmen. Eine Vielzahl von Angeboten führt zur Zuschlagserteilung an Unternehmen, die jeweils Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit unter Beweis zu stellen haben.

Zu Absatz 2

Die Gleichbehandlung gehört zu den elementaren Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und unseres nationalen Verfassungsrechts. Spezielle Ausformung ist das Verbot einer Diskriminierung nach Herkunft oder Staatsangehörigkeit. Im nationalen deutschen Vergaberecht ist ihm Rechnung getragen: Nach deutschem Vergaberecht müssen Angebote ausländischer Unternehmen ebenso behandelt werden wie Angebote deutscher Unternehmen. Eine Diskriminierung insbesondere auch aufgrund des Sitzes eines Unternehmens ist nach den Verdingungsordnungen (VOL/A, VOB/A, VOF/A) ausgeschlossen.

Unter bestimmten Voraussetzungen gebietet jedoch das EG-Vergaberecht eine Einschränkung dieses Grundsatzes (vgl. Artikel 36 der sog. Sektorenrichtlinie). Die Bundesrepublik hat auch diese Vorgabe des europäischen Rechts in ihrer nationalen Gesetzgebung zu beachten.

Zu Absatz 3

Die Festlegung der maßgeblichen Eignungskriterien bedeutet Rechts- und Planungssicherheit für potentielle Auftragnehmer. Müßten sich die Unternehmen auf regional unterschiedliche und aus verschiedenen politischen Vorstellungen fließende, raschem Wandel unterworfene Anforderungen an das Unternehmensprofil jeweils neu einstellen, führte dies zur Zersplitterung der Märkte und einer Verteuerung des Einkaufs. Um dies zu vermeiden, müssen öffentliche Aufträge anhand leistungsbezogener Kriterien vergeben werden.

Absatz 3, 2. Halbsatz der Vorschrift, stellt jedoch klar, daß weitergehende Kriterien, die in anderen Bundesgesetzen aufgeführt sind, nach Maßgabe der jeweiligen Regeln dieser Gesetze bei der Vergabe berücksichtigt werden.

Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Zuverlässigkeit sind Kriterien, deren Inhalt allerdings nicht von vornherein und für alle Aufträge feststeht. Für den Auftraggeber besteht hier im Einzelfall ein Bewertungsspielraum. Dies kann auch beispielsweise dazu führen, daß Auftraggeber, je nach Auftragsgegenstand, den Einsatz nicht versicherungspflichtiger Beschäftigter durch die Auftragnehmer ausschließen können.

Zu Absatz 4

Nach den EG-Vergaberichtlinien ist das für die Auftragsvergabe maßgebende Kriterium entweder ausschließlich der niedrigste Preis oder das wirtschaftlich günstigste Angebot unter Beachtung mehrerer von Auftrag zu Auftrag unterschiedlicher Kriterien wie etwa: Lieferfrist, Ausführungsdauer, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität, Ästhetik und Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Kundendienst und technische Hilfe, Verpflichtungen hinsichtlich der Ersatzteile, Versorgungssicherheit und Preis (Artikel 34 Abs. 1 Sektorenrichtlinie 93/38/EWG vom 14.Juni 1993 ; Artikel 36 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG vom 18.Juni 1992; Artikel 26 Abs. 1 Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG vom 14.Juni 1993; Artikel 30 Abs. 1 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG vom 14.Juni 1993).

In Deutschland ist das Zuschlagskriterium traditionell die Wirtschaftlichkeit. Das bedeutet, daß der Zuschlag unter den zur Wertung zuzulassenden mehreren Angeboten auf das Angebot zu erteilen ist, das unter Berücksichtigung aller im konkreten Fall wesentlichen und zuvor angegebenen Aspekte das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bietet. Dies wird hier gesetzlich festgeschrieben.

Zu Absatz 5

Die vorgesehene Ermächtigungsgrundlage für die Bundesregierung entspricht inhaltlich der derzeit in § 57a Abs. 1 und 2 HGrG enthaltenen Ermächtigung. Sie soll Grundlage für eine Rechtsverordnung sein, die auf die beizubehaltenden Verdingungsordnungen VOL, VOB und VOF verweist und deren Regelungen für die öffentlichen Auftraggeber verbindlich macht.

Zu Absatz 6

Mit der grundsätzlichen Anerkennung von subjektiven Rechten für Teilnehmer an einem Vergabeverfahren wird der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zum Vergaberecht Rechnung getragen (vgl. Urteil des EuGH gegen Deutschland vom 11.8.1995 in der Rechtssache C-433/93 Slg. 1995, 1 - 2303 ff). Der Rechtsschutz kann jedoch nur soweit gehen, soweit eine bestimmte vergaberechtliche Vorschrift gerade auch den Schutz des potentiellen Auftragnehmers bezweckt. Auf die Einhaltung von Vorschriften, die anderen Zwecken dienen, z.B. von reinen Ordnungsvorschriften, kann sich der Auftragnehmer nicht berufen.

Der Bundesrat hat im Zusammenhang mit der Beratung über die Erste Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung am 25. April 1997 die Bundesregierung gebeten zu prüfen, ob der gerichtliche Rechtsschutz ausschließlich auf EG-rechtliche Vorgaben begrenzt werden kann.
Das Bundesministerium für Wirtschaft hat hierzu ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Danach bestehen gegen eine Beschränkung auf EG-rechtliche Vorgaben zwar keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Jedoch ergäben sich bei einer solchen Zerlegung erhebliche praktische Probleme, die einen schnellen Rechtsschutz bei Vergabeverfahren nicht mehr erwarten ließen. (Zusammenfassung des Rechtsgutachtens mit Ausführungen auch zum erheblichen legislatorischen Aufwand, den eine Aufteilung bedeuten würde, ist als Anlage beigefügt.) Die Bundesregierung kommt nach gründlicher Prüfung des Vorschlags zu demselben Ergebnis. Eine Begrenzung des Rechtsschutzes auf Vorgaben des europäischen Rechts ist deswegen nicht ratsam.

Zu § 107 Auftraggeber

Die Vorschrift enthält in sechs Kategorien die Umschreibung der von den EG-Vergaberichtlinien erfaßten Auftraggeber, die bisher in § 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 8 HGrG aufgeführt sind. Der Text entspricht im wesentlichen dem Text des § 57a Abs. 1 HGrG. Änderungen sind nur vorgenommen worden, um eine formale textliche Vereinfachung zu erreichen, in materieller Hinsicht wird der Kreis der Auftraggeber nicht verändert.

Angesichts der Liberalisierung und Privatisierung von bisher primär öffentlich geprägten Wirtschaftsbereichen ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob ein Auftraggeber privaten Rechts zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Dabei kommt es darauf an, welche Aufgabenverteilung zwischen dem Staat und dem Unternehmen das Gesetz, insbesondere das Gesetz, auf dem Privatisierung und Neueordnung beruhen, vornimmt, welche Aufgaben dem Unternehmen nach dem jeweiligen Rechtsakt, auf dem die Privatisierung beruht, zukommen und wie der Unternehmensgegenstand und ein etwaiger Unternehmenszweck festgelegt sind.

Zum Kreis der betroffenen Auftraggeber wird im übrigen verwiesen auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Haushaltsgrundsätzegesetzes sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung (Bundestagsdrucksache 12/4636).

Zu § 108 öffentliche Aufträge

Die Legaldefinition der öffentlichen Aufträge beruht auf der Definition der EG-Richtlinien. Danach sind öffentliche Aufträge privatrechtliche Verträge über die Erbringung einer Leistung gegen Entgelt. Andere Grundlagen für die Erbringung einer Leistung, wie z.B. Zuständigkeitszuweisungen an Behörden oder innerhalb von Behörden oder an Durchführungsorganisationen per Gesetz, Gründungsstatut oder öffentlich-rechtlichem Vertrag fallen grundsätzlich nicht hierunter. Auslobungsverfahren und Wettbewerbe (insbesondere auf den Gebieten der Raumplanung, Stadtplanung, der Architektur und des Bauwesens sowie der Datenverarbeitung), die erst zu einem Auftrag führen sollen, werden von der Definition erfaßt und sind öffentliche Aufträge. Die Definition der öffentlichen Lieferaufträge entspricht Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (LKR), die der Bauaufträge Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie

93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren öffentlicher Bauaufträge (BKR).

Aufträge, die weder Bau- noch Lieferaufträge sind, gelten grundsätzlich als öffentliche Dienstleistungsaufträge (vgl. Artikel 1 Buchstabe a der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge - DLR). Die Definition des Auslobungsverfahrens entspricht den „Wettbewerben" des Artikel 1 Buchstabe g der DLR.

Zu § 109 Anwendungsbereich

Die Vergaberegeln gelten nur für Vergaben oberhalb der in den EG-Richtlinien festgesetzten Auftragswerte (Schwellenwerte).

Auch unterhalb der Schwellen haben alle Auftraggeber die Vorschriften des sonstigen EU-Rechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, zu beachten. Für juristische Personen des öffentlichen Rechts besteht unabhängig von dem Schwellenwert nach nationalem Recht generell die Verpflichtung zur Beachtung haushaltsrechtlicher Grundsätze, der Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 6 Abs. 1 HGrG) sowie des Vorranges der öffentlichen Ausschreibung (vgl. § 30 HGrG). Das auf dem EG-Richtlinienrecht beruhende Rechtsschutzverfahren kann dagegen schon wegen der Vielzahl der Fälle nicht auf die Aufträge unterhalb der Schwellen ausgedehnt werden.

In Absatz 2 sind alle Aufträge beschrieben, die nach den Richtlinien nicht von Vergabevorschriften erfaßt sind. Der Katalog ist abschließend.

Zu § 110 Verfahrensarten

Zu den Absätzen 1 bis 4

Hier werden abschließend die Vergabeverfahrensarten, die die Auftraggeber bei der Beschaffung zu verwenden haben, festgelegt. Sie sind auf der Basis der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (vgl. Artikel 1 Buchstabe e bis g BKR, Artikel 1 Buchstabe d bis f LKR, Artikel 1 Buchstabe d bis f DLR, Artikel 1 Ziff. 5 Buchstabe a bis c SKR) definiert.

Zu Absatz 5

Das geltende deutsche Vergaberecht enthält für alle Auftraggeber gemäß § 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 HGrG den Vorrang der öffentlichen Ausschreibung. Dadurch wird größtmögliche Transparenz des Beschaffungsmarktes erreicht; außerdem entspricht das offene Verfahren am besten dem Gebot der Wirtschaftlichkeit.

Die Bindung gilt nicht für solche Sektorenauftraggeber, die privatrechtlich organisiert und nicht Auftraggeber nach § 57a Abs. 1 Nr. 2 oder 3 HGrG bzw. § 107 Nr. 2 oder 3 sind. Diesen Auftraggebern steht die Wahl des Vergabeverfahrens frei (vgl. Artikel 20 Abs. 1 SKR). Damit wird insbesondere der Tatsache Rechnung getragen, daß diese Auftraggeber als Unternehmen agieren und deshalb bei Beschaffungen flexibler reagieren müssen als klassische staatliche Institutionen, auch wenn sie nicht unter vollem Wettbewerbsdruck stehen. Die Freiheit bezieht sich allerdings nur auf die Auswahl der ansonsten in den Verdingungsordnungen mehr oder minder streng geregelten Vergabearten.

Zu § 111 Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung des Beschwerdegerichts

Die Vorschrift dient dazu, rasch Klarheit für das laufende Vergabeverfahren zu schaffen, wenn dem Auftraggeber vom Oberlandesgericht in der Vorabentscheidung gemäß § 131 die Fortführung des Vergabeverfahrens verwehrt worden ist.

In den meisten Fällen hat die Vergabekammer dann bereits in erster Instanz im Hauptverfahren entschieden, daß der Auftraggeber gegen Vorschriften verstoßen und damit Rechte eines Unternehmens verletzt hat. Danach hat dann auch noch das Oberlandesgericht als zweite Instanz in einem Eilverfahren zwar - aber doch nach sorgfältiger Prüfung - die Rechtsauffassung der Vergabekammer bestätigt und dem Auftraggeber ebenfalls die Fortsetzung des Vergabeverfahrens verwehrt. Damit steht nach einer Prüfung durch zwei Instanzen fest, daß der Auftraggeber einen Fehler gemacht hat, den das Gericht in seiner Entscheidung erläutern muß.

Dennoch könnte in einem solchen Fall der Auftraggeber theoretisch noch das Verfahren über die sofortige Beschwerde in der Hoffnung fortsetzen, das Gericht werde nach weiterer Prüfung nach einigen Monaten seine Auffassung ändern und der Rechtsauffassung des Auftraggebers folgen. In der gesamten Zeit müßte das Vergabeverfahren weiter ruhen.

Ein solches Verhalten des Auftraggebers wäre in aller Regel nicht sinnvoll. Es ist nach Prüfung durch die Kammer und nach einer obergerichtlichen Entscheidung zu Ungunsten des Auftraggebers äußerst unwahrscheinlich, daß die zweite Entscheidung des Gerichtes anders ausfallen würde als die erste, zumal dasselbe Oberlandesgericht über die sofortige Beschwerde entscheiden würde, das dem Auftraggeber bereits in seiner Vorabentscheidung nach § 131 einen Fehler vorgehalten hat.

§ 111 nimmt dem Auftraggeber die Möglichkeit des Zuwartens auf die weitere Entscheidung und versperrt ihm einen Weg, den er ohnehin sinnvollerweise nicht gehen sollte. Die Vorschrift dient also der Beschleunigung und der Klarheit für das laufende Vergabeverfahren. Die Fortsetzung eines Gerichtsverfahrens ohne realistische Erfolgsaussicht soll zumindest bei weiterbestehendem Schwebezustand des Vergabeverfahrens vermieden werden.

In diesen voraussichtlich seltenen Fälle ist es gerechtfertigt, den Auftraggeber auf die Fortsetzungsfeststellung nach § 132 Satz 3 zu verweisen. Deshalb wird, wenn der Auftraggeber in einer angemessenen Frist von zehn Tagen nicht reagiert, das Vergabeverfahren per gesetzlicher Anordnung beendet. Wenn der Auftraggeber an der Beschaffung festhalten will, ist er gezwungen, entweder der Auffassung des Gerichts zu folgen oder das Vergabeverfahren neu zu beginnen.

Auch wenn er die Hinweise des Gerichts beachtet und das Vergabeverfahren korrigiert oder gar beendet und neu beginnt, ist der Auftraggeber nicht gehindert, das Hauptsacheverfahren vor dem OLG weiterzubetreiben. Er muß lediglich nach § 132 Satz 2 i.V.m. § 124 Abs. 2 einen Feststellungsantrag stellen.

Zweiter Abschnitt: Nachprüfungsverfahren

I. Nachprüfungsbehörden

Zu § 112 Grundsatz

Die Vergabekammern sind künftig die primären Kontrollinstanzen für Vergabeverfahren. Unternehmen, die sich in ihren Rechten nach § 106 Abs. 6 verletzt fühlen, können sich zur Nachprüfung an die Kammer wenden. Sie kann angerufen werden, ohne daß zuvor eine Vergabeprüfstelle befaßt werden müßte. Eine Pflicht, vor der Anrufung der Vergabekammern die Vergabeprüfstellen zu befassen, würde zu einem langwierigen dreistufigen Kontrollverfahren (Vergabeprüfstelle - Vergabekammer - OLG) führen. Das öffentliche Auftragswesen würde dadurch allzu stark belastet.

Ist dagegen eine Vergabeprüfstelle eingerichtet, steht es jedem Unternehmen frei, diese anzurufen, wenn es zunächst eine formlose und in der Regel kostenlose Nachprüfung durch eine vorgesetzte Stelle anstrebt, ohne gleich formalen Rechtsschutz zu begehren. Die Vergabeprüfstelle kann auch parallel zu einem Antrag gemäß § 117 befaßt werden.

Der Lauf der in § 123 Abs. 1 genannten Frist beginnt in jedem Fall erst mit der Anrufung der Vergabekammer.

Zu § 113 Vergabeprüfstellen

Die Vorschrift stellt es Bund und Ländern frei, die Vergabeprüfstellen beizubehalten oder sie abzuschaffen. Werden sie eingerichtet, kann bei ihnen für einen größeren Geschäftsbereich die Fach- und Rechtsaufsicht über die Auftragsvergabe konzentriert werden.

Um ihren Sachverstand umfassend zu nutzen, können sie um Rat gefragt und als Schlichter angerufen werden. Sie übernehmen damit eine Befriedungsfunktion, die dazu beitragen kann, Streit ohne formalisiertes Verfahren und ohne nennenswerte Kostenbelastung beizulegen. Sie tragen so zur Entlastung der formellen Nachprüfungsinstanzen bei.

Rechtsschutz für Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften soll soweit wie möglich auf das Verfahren vor der Vergabekammer und dem Beschwerdegericht konzentriert werden. Der Verwaltungsrechtsweg kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber mit eigener Rechtspersönlichkeit gegen die Aufsichtsverfügung einer anderen juristischen Person wehren will. Dies gilt insbesondere im Verhältnis zwichen Kommunen und Aufsichtsbehörden der Länder.

Zu § 114 Vergabekammern

Die Vorschrift grenzt den sachlichen Zuständigkeitsbereich der Bundes- und Landesvergabekammern gegeneinander ab; dabei wird an die Regelung des § 57c HGrG angeknüpft, die heute die Zuständigkeit der Vergabeüberwachungsausschüsse von Bund und Ländern festlegt.

Absatz 2 Satz 1 stellt klar, daß das Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften nur hier und in diesem Verfahren geltend gemacht werden kann. Für den Primärrechtsschutz in Vergabesachen wird hiermit ein eigenständiger ausschließlicher Rechtsweg begründet. Das Recht auf Einhaltung der Vergaberegeln kann nur bis zum Abschluß des Vergabeverfahrens geltend gemacht werden, weil nach erteiltem Zuschlag und Abschluß eines Vertrages kein Raum mehr für Rechte auf Einhaltung von Verfahrensregeln ist; nach deutschem Recht kommt durch den Zuschlag der Vertrag zustande, der grundsätzlich nicht mehr aufhebbar ist (§ 124 Abs. 2).

Die Klarstellung des Absatzes 2 Satz 1 findet ihre - negative - Entsprechung in der Bestimmung des Absatzes 2 Satz 2. Die Kompetenz der Landgerichte zur Entscheidung über Schadensersatzansprüche und die Kompetenzen der Kartellbehörden bleiben uneingeschränkt bestehen.

Bei Absatz 3 handelt es sich um eine Schadensersatzvorschrift, die hier primär dem Zweck dient, einen mit dem Anspruch aus § 106 Abs. 6 inhaltsgleichen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gegenüber einer drohenden Schädigung durch Verstoß gegen Vergabevorschriften und damit einen Antrag auf einstweilige Verfügung vor einem ordentlichen Gericht auszuschließen.

Zu § 115 Besetzung, Unabhängigkeit

Den Vergabekammern sichert das Gesetz Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit zu. Die Besetzung der Kammern erfolgt wie die Besetzung der Vergabeüberwachungsauschüsse.

Wie bisher wird auch künftig ein Dreierkollegium über die gestellten Anträge entscheiden. Der juristische Sachverstand des Spruchkörpers wird dadurch sichergestellt, daß 2 Mitglieder die Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst besitzen müssen und der Vorsitzende in der Regel Volljurist sein soll. Nur in besonderen Fällen kann von diesem Grundsatz abgewichen werden. Dann muß allerdings der hauptamtliche Beisitzer die Befähigung zum Richteramt haben. Durch die Aufnahme eines ehrenamtlichen Beisitzers ist die Einbeziehung des Sachverstandes aus Wirtschaft und Vergabepraxis gewährleistet. Mit der in Absatz 2 Satz 4 getroffenen Regelung soll darüber hinaus sichergestellt werden, daß die Beisitzer über die erforderliche Sachkenntnis in der jeweils betroffenen Materie verfügen. So soll beispielsweise bei einem Vergabeverfahren in Bausachen zumindest einer der Beisitzer bautechnischen Sachverstand besitzen. Um eine kurzfristige Abberufung einzelner Mitglieder des Spruchkörpers zu verhindern, und so die Unabhängigkeit des Gremiums zu stärken, wurde sowohl für ehrenamtliche als auch hauptamtliche Mitglieder der Kammer die Amtszeit einheitlich festgelegt. Die 5jährige Amtszeit gewährleistet auch Kontinuität in der Spruchpraxis und trägt damit zu Rechtssicherheit im Vergabewesen bei.

Zu § 116 Einrichtung, Organisation

Die Regelung entspricht weitgehend § 57c Abs. 9 HGrG. Den Ländern wird wie bisher die Möglichkeit eröffnet, aus Kosten- oder Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gemeinsame Vergabekammern einzurichten. Es bleibt auch die im Bund und in einer Reihe von Bundesländern geübte Praxis weiterhin möglich, spezielle Kammern zur Nachprüfung von Liefer- und Dienstleistungen einerseits sowie Bauleistungen andererseits einzurichten. Mit dieser Spezialisierung kann in der Kammer sofort abrufbarer Sachverstand entwickelt werden.

Mit der organisatorischen Ansiedlung der Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt wird an den dort verankerten Vergabeüberwachungsausschuß angeknüpft, der bisher in § 57c Abs. 7 HGrG geregelt ist. Das Vorschlagsrecht der Spitzenorganisationen der öffentlich-rechtlichen Kammern für die ehrenamtlichen Beisitzer wird beibehalten. Die Vorschrift über die Geschäftsordnung ist an § 48 Abs. 2 angelehnt.

II. Verfahren vor der Vergabekammer

Zu § 117 Einleitung; Antrag

Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft müssen gewährleisten, daß das Prüfungsverfahren jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem öffentlichen Auftrag hat und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht (Artikel 1 Abs. 1 Satz 1 Nachprüfungsrichtlinie 89/665/EWG, Artikel 1 Abs. 3 Satz 1 Sektorenüberwachungsrichtlinie 92/13/EWG). Dem wird durch die Nachprüfung Rechnung getragen, die auf Antrag in Gang gesetzt wird.

Die Antragsberechtigung ergibt sich aus dem objektiven Kriterium, daß der Antragsteller ein Interesse an dem Auftrag hat und daraus, daß er geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein, die durch § 106 Abs. 6 eingeräumt werden. Die Verletzung kann auch darin bestehen, daß die Ausschreibung einer Vergabe rechtswidrig unterblieb. Gegenstand der Nachprüfung ist das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren.

Absatz 3 enthält eine Präklusionsregel unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zur Vermeidung unnötiger Verfahren. Erkennt der Unternehmer Fehler im Vergabeverfahren, muß er dem Auftraggeber Gelegenheit geben, diese Fehler zu korrigieren. Der Unternehmer, der auf einen erkannten Fehler spekuliert, weil er sich möglicherweise zu seinen Gunsten auswirken könnte, soll insoweit nicht Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einfordern dürfen, wenn seine Spekulation nicht aufgeht.

Zu § 118 Form

Neben der Schriftform wird der Mindestinhalt des Antrags geregelt. Die Vorschrift orientiert sich an den entsprechenden Regelungen für den Inhalt von Klageschriften (vgl. § 253 Abs. 2 ZPO, § 82 VwGO). Die Festlegung des Mindestinhalts der Begründung der Antragsschrift dient der Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens. Die Verletzung macht den Antrag unzulässig, soweit es nicht nur um Soll-Bestimmungen geht. Die Benennung der sonstigen Beteiligten soll er-

folgen, um (i. V. m. § 119) möglicherweise gegenläufige Interessen anderer Beteiligter so früh wie möglich berücksichtigen und die Beiladung veranlassen zu können. Verzögerungen des Vergabeverfahrens durch ein mögliches weiteres Nachprüfungsverfahren werden damit vermieden. Satz 3 enthält abweichend von § 5 VwVfG für den ausländischen Antragsteller die gesetzliche Verpflichtung, einen inländischen Empfangsbevollmächtigten zu bestellen. Dies dient der Beschleunigung des Verfahrens.

Zu § 119 Verfahrensbeteiligte; Beiladung

Auch die Festlegung des Kreises der Verfahrensbeteiligten muß mit dem Ziel der Beschleunigung des Vergabeverfahrens erfolgen. Durch Beiladung, die sowohl auf Antrag als auch von Amts wegen erfolgen kann, soll die Beteiligung all derer sichergestellt werden, die durch eine für sie nachteilige Entscheidung der Vergabekammer eine Verletzung ihrer eigenen Rechte erfahren und - bei Nichtbeteiligung - ein weiteres Überprüfungsverfahren beantragen könnten. Die Abgrenzung des Beteiligtenkreises durch das Merkmal „schwerwiegend berührt" erfolgte, da die im GWB z. B. in § 66 Abs. 1 Nr. 3 übliche Bezeichnung „erheblich betroffen" bereits durch die Rechtsprechung in einem bestimmten Sinne geprägt ist. Das Tatbestandsmerkmal wurde gewählt, um der künftigen Rechtsprechung den für den Einzelfall erforderlichen Spielraum zu geben. In der Praxis werden z.B. die Unternehmen beizuladen sein, deren Angebote in die engere Wahl kommen, insbesondere dann, wenn ihre Angebote nach einer bereits vorliegenden Wertung des Auftraggebers dem Angebot des Antragstellers vorgehen. Als Verfahrensbeteiligte verfügen die Beigeladenen auch grundsätzlich über alle Angriffs- und Verteidigungsrechte wie der Antragsteller.

Die Anfechtung der Beiladungsentscheidung ist im Interesse eines raschen Verfahrensabschlusses in der Hauptsache ausgeschlossen.

Zu § 120 Untersuchungsgrundsatz

Das öffentliche Interesse an der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens und die knappe Frist, innerhalb der die Überprüfung durch die Kammer zu erfolgen hat, erfordert die Klärung des Sachverhalts von Amts wegen. Das entspricht dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG und des § 54 für die allgemeinen Kartellsachen. In der Praxis wird sich die Kammer aber im Interesse eines zügigen Verfahrens und der Effizienz ihrer Arbeit in aller Regel auf die Prüfung der vorliegenden Anträge und der vorgetragenen Beanstandungen beschränken.

Der Auftraggeber hat nach Aufforderung durch die Vergabekammer sämtliche bei ihm vorhandenen Unterlagen schnellstmöglich zur Verfügung zu stellen. Auch auf entschuldbare Verzögerungen bei der Vorlage der Akten soll sich der Auftraggeber nicht berufen können. Ansonsten könnte die Fünf-Wochen-Frist in vielen Fällen nicht eingehalten werden. Mit der Übermittlung einer Kopie des Antrags an die Vergabeprüfstelle soll eine parallele Prüfung zur Beschleunigung des Verfahrens ermöglicht werden. Gelangt die Vergabeprüfstelle zum Ergebnis, daß das Vergabeverfahren mangelbehaftet und der Bewerber in seinen Rechten verletzt ist, so wird sich durch Tätigwerden der Vergabeprüfstelle das Verfahren vor der Vergabekammer erledigen.

Die Verweise auf die §§ 46, 54 und 55 GWB geben der Kammer u. a. Durchsuchungs- und Beschlagnahmebefugnisse gegenüber öffentlichen und privaten Auftraggebern. Die Einräumung dieser Rechte korrespondiert mit der Verantwortung der Kammer zur Ermittlung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen. Wie bei jeder staatlichen Maßnahme ist auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Praxis der Kartellbehörden zeigt, daß sie von den ihnen eingeräumten Befugnissen verantwortlich Gebrauch machen.

Im übrigen gilt, soweit nicht Spezialregelungen getroffen sind oder auf andere Verfahrensvorschriften des GWB verwiesen ist, das Verwaltungsverfahrensgesetz subsidiär.

Zu § 121 Akteneinsicht

Zu Absatz 1

Das Akteneinsichtsrecht ist für einen effektiven Rechtsschutz im öffentlichen Auftragswesen von zentraler Bedeutung. Es ist eine entscheidende Voraussetzung für die Verbesserung der Transparenz des Vergabeverfahrens. Gegenwärtig sind die das Vergabeverfahren betreffenden Unterlagen des Auftraggebers den Beteiligten an einem Vergabeverfahren grundsätzlich nicht bekannt. Die Vergabeakten sind ihnen nicht oder allenfalls eingeschränkt zugänglich.

Zu Absatz 2

Um berechtigte Interessen des Auftraggebers oder eines am Vergabeverfahren Beteiligten zu schützen und um Rechtsmißbrauch zu verhindern, kann das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt werden. Auf der Seite des Auftraggebers kann bei bestimmten Vergaben ein besonderes Interesse an der Geheimhaltung bestehen. Darunter fallen auch Erfordernisse des Geheimschutzes. Ebenso besteht auf Bieterseite das berechtigte Interesse auf Schutz seiner Geschäftsgeheimnisse. Die Vergabekammer muß Sensibilität und Schutzbedürftigkeit des vorgelegten Materials zweifelsfrei erkennen können. Ob wichtige Gründe vorliegen, die einer Einsichtnahme entgegenstehen, hat sie zu entscheiden.

Zu Absatz 3 und 4

Da die Verfahrensbeteiligten bei den von ihnen eingereichten Unterlagen selbst am besten und schnellsten in der Lage sind, schutzbedürftiges Material zu kennzeichnen, trifft sie die Obliegenheit, die entsprechenden Aktenteile zu benennen und kenntlich zu machen. Weder die teilweise noch die vollständige Versagung des Akteneinsichtsrechts ist isoliert anfechtbar. Damit sollen eine Zersplitterung der Verfahren und Verfahrensverzögerungen vermieden werden.

Zu § 122 Mündliche Verhandlung

Die Entscheidungen der Vergabekammer ergehen grundsätzlich nach einer mündlichen Verhandlung. Diese kann mehrere Termine umfassen, soll sich jedoch im Regelfall auf nur einen gut vorbereiteten Termin beschränken, um die Entscheidung innerhalb der Frist des § 123 treffen zu können. In den Fällen, in denen nach der freien Überzeugung der Kammer aufgrund der Aktenlage eindeutig die Zurückweisung des Antrags erfolgen muß und sich durch eine mündliche Verhandlung keine andere Bewertung ergeben könnte, ist die Anberaumung eines Termins überflüssig. Das gleiche gilt in Anlehnung an § 128 Abs. 2 ZPO auch dann, wenn die Beteiligten zustimmen.

Zu § 123 Beschleunigungsgrundsatz

Zu Absatz 1

Die Vorschrift enthält die zentrale Regelung für die zügige Durchführung des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer. Innerhalb von maximal fünf Wochen muß grundsätzlich jeder Vergaberechtsstreit durch die Kammer entschieden sein. Investitionsblockaden können so nicht entstehen. Die Präklusions- und Beschleunigungsvorschriften bilden die Grundlage dafür, daß die Fünf-Wochen-Frist in aller Regel eingehalten werden kann.

Nicht auszuschließen ist, daß in besonders gelagerten Einzelfällen eine Entscheidung nicht innerhalb dieses Zeitraums ergehen kann. In diesen voraussichtlich seltenen Fällen kann der Vorsitzende die Frist um einen genau zu bestimmenden Zeitraum verlängern. Die besonderen Gründe, die eine Fristüberschreitung rechtfertigen, sind dann durch den Vorsitzenden der Vergabekammer schriftlich niederzulegen. Dieses Erfordernis läßt erwarten, daß die Zahl der Fristüberschreitungen auf ein Minimum beschränkt bleibt.

Zu Absatz 2

Alle Verfahrensbeteiligten trifft eine Verfahrensförderungspflicht. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nicht innerhalb einer durch die Kammer gesetzten Frist vorgebracht werden, können nach freier Überzeugung der Kammer zurückgewiesen werden. Nichtberücksichtigung des verspäteten Vorbringens ist nicht gesondert angreifbar, so daß keine Verzögerung durch Einlegung eines gesonderten Rechtsbehelfs eintreten kann.

Zu § 124 Entscheidung der Vergabekammer

Zu Absatz 1

Ob ein festgestellter Mangel eines Vergabeverfahrens die Verletzung eines subjektiven Rechtes des Bewerbers beinhaltet oder nur einen Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift darstellt, kann nur durch die Kammer oder das Gericht im Einzelfall entschieden werden. Kammer und Gericht sind bei der Prüfung dieser Frage nicht an die vom Antragsteller geltend gemachten Verstöße gebunden. Der Entscheidung können auch andere, nicht gerügte Verstöße zugrunde gelegt werden, durch welche Schutzgesetze verletzt worden sind..

Der Kammer wird eine weitgehende Entscheidungskompetenz eingeräumt, um eine flexible Reaktion zu ermöglichen, die einerseits in einer effektiven Weise die Belange des Bieters schützt, andererseits auch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst zügigen Auftragsvergabe gerecht wird.

Zu Absatz 2

Satz 1 schreibt ein Prinzip des deutschen Vergaberechts fest. Mit dem Zuschlag wird das Vergabeverfahren beendet und zugleich der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossen. Eine Aufhebung dieses Vertrages ist nicht möglich, so daß mit dem Zuschlag ein

Streit um Rechte nach § 106 Abs. 6 vor der Vergabekammer erledigt ist. Im Hinblick auf die Bindungswirkung der Kammerentscheidung für eventuelle Schadensersatzprozesse besteht jedoch in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers an der Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens fort. Dabei ist die Vergabekammer nicht an die Fristen des § 123 Abs. 1 gebunden. Nach Zuschlagserteilung ist die Gefahr einer Investitionsblockade nicht mehr gegeben.

Zu Absatz 3

Die Vergabekammer ist kein Gericht. Ihre Entscheidung kann deshalb nicht durch Urteil ergehen. Um dennoch die EG-rechtlich (Artikel 2 Abs. 1 Nachprüfungsrichtlinie) geforderte Durchsetzbarkeit der Entscheidung sicherzustellen, ergeht sie als vollstreckbarer Verwaltungsakt. Die Vollstreckungsmöglichkeit ist damit sichergestellt. Eine Klage gegen diese Entscheidungen vor den Verwaltungsgerichten ist ausgeschlossen. Als Rechtsmittel steht gemäß § 114 Abs. 2 nur die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht zur Verfügung (§ 126).

Mit dem Verweis auf § 57 wird die Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung und die Zustellung der Entscheidung geregelt.

Zu § 125 Aussetzung des Vergabeverfahrens

Zu Absatz 1:

Mit Einleitung des Nachprüfungungsverfahrens durch den Antragsteller wird das Vergabeverfahren zunächst insoweit angehalten, als der Auftraggeber den Zuschlag nicht erteilen darf. Nachdem ihm der Antrag des Rechtsschutzsuchenden zugestellt wurde, darf er bis zur Entscheidung der Vergabekammer und danach bis zum Ablauf der Beschwerdefrist den Auftrag nicht vergeben. Abweichend von der jetzigen Rechtslage ist es dann dem Auftraggeber nicht mehr

möglich, nach Einleitung der Nachprüfung durch schnelle Erteilung des Zuschlages vollendete Tatsachen zu schaffen. Der Abschluß des Vergabeverfahrens wird unterbrochen bis die behauptete Rechtsverletzung des Bieters geklärt ist. Insoweit wird dem geltend gemachten des Bieters Vorrang eingeräumt. Ein dennoch erteilter Zuschlag ist als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig.

Die automatische Aussetzung des Zuschlags hat – gegenüber einer Aussetzung nur auf Antrag und durch besondere, notgedrungen vorläufige Entscheidung – den weiteren Vorteil, daß das Verfahren insgesamt vor der Kammer ablaufen kann, ohne durch ein Zwischenverfahren über die Aussetzung zersplittert zu werden und in einem frühen Stadium, noch relativ unaufgeklärt vor das Beschwerdegericht zu gelangen.

Zu Absatz 2

Auf Antrag des Auftraggebers kann die Vergabekammer den Zuschlag gestatten, wenn das Interesse am Abschluß des Vertrages so stark ist, daß nicht bis zur Entscheidung (in spätestens 5 Wochen) gewartet werden kann. Gegen diese Entscheidung muß die Anrufung des Gerichts möglich sein, weil dem Antragsteller der Rechtsverlust droht, wenn die Kammer zugunsten des Zuschlags entscheidet. Entscheidet die Vergabekammer gegen den vorzeitigen Zuschlag, kann dann auch dem Auftraggeber der Zugang zu Gericht nicht verwehrt werden.

Zu Absatz 3

Hält der Antragsteller zur Sicherung seiner Rechte einen tieferen Eingriff in den Ablauf des Vergabeverfahrens für notwendig, kann er weitere sichernde Maßnahmen bis hin zu der Festlegung beantragen, der Auftraggeber müsse das Verfahren vollkommen ruhen lassen.

III. Sofortige Beschwerde

Die Entscheidung für das GWB als Standort der Neuregelung führt folgerichtig zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes als gerichtliche Nachprüfungsinstanz. Dieser besondere Rechtsweg hat sich im Kartellrecht bewährt.

Die gerichtliche Nachprüfung im Vergabeverfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuweisen, hat auch materielle Gründe : Bei der Vergabe von Aufträgen betätigen sich die Auftraggeber zivilrechtlich. Es geht also um die Kontrolle der Einhaltung von Pflichten eines potentiellen Vertragspartners vor Vertragsschluß. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung dieser Pflichten fällt bereits jetzt in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Ein großer Teil der Verfahren wird sich nur zwischen potentiellen Auftragnehmern und privatrechtlich organisierten Auftraggebern abspielen. Für diesen Bereich würde die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ganz und gar nicht passen. Neben dem Vergaberecht wird § 26 GWB auf bestimmte Fallgruppen anwendbar bleiben; hier ist die ordentliche Gerichtsbarkeit bereits zuständig.

Die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts als erste gerichtliche Instanz ist deshalb gerechtfertigt, weil mit der Vergabekammer bereits eine erste gerichtsähnliche Instanz vorgeschaltet ist. Die Einführung eines gerichtlichen Rechtsschutzes in Vergabesachen darf nicht zu unerträglichen Verzögerungen des Vergabeverfahrens führen. Deshalb muß sich dieser Rechtsschutz auf eine einzige Gerichtsinstanz beschränken. Das läßt sich aber nur erreichen, wenn der gerichtliche Rechtsschutz beim Oberlandesgericht beginnt und endet. Eine Zuständigkeit der Landgerichte kommt schon deshalb nicht in Frage, weil dann schon zur Wahrung der Rechtseinheit ein Rechtsmittel vorgesehen werden müßte.

Zu § 126 Zulässigkeit; Zuständigkeit

Zu Absatz 1

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer, die trotz ihrer Unabhängigkeit der Verwaltung zuzurechnen ist, wird als gerichtlicher Rechtsschutz die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht zugelassen. Das entspricht der Eigenart des Rechtswegs im Kartellrecht (§ 62 GWB), der zwar die Anfechtung eines Verwaltungsaktes zum Gegenstand hat, wegen des vorgelagerten formalisierten Verwaltungsverfahrens aber an einen durchlaufenden Instanzenzug denken läßt. Die besondere Eilbedürftigkeit der Vergabesachen erfordert - anders als in den übrigen Kartellsachen - die kurzen Fristen der sofortigen Beschwerde. Berechtigt zur Einlegung sind alle Verfahrensbeteiligten, die § 119 definiert.

Zu Absatz 2

Damit der gerichtliche Rechtsschutz nicht durch Untätigkeit oder Langsamkeit der Vergabekammer verzögert werden kann, muß die sofortige Beschwerde auch dann gewährt werden, wenn die Vergabekammer nicht oder nicht fristgerecht entscheidet. Dieser Fall der sofortigen Beschwerde ist angelehnt an die Verpflichtungsklage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und die Verpflichtungsbeschwerde nach § 62 Abs. 3 GWB.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift regelt die örtliche Zuständigkeit. Sie entspricht der für die übrigen Kartellsachen getroffenen Regelung des § 62 Abs. 4 Satz 1 GWB. Auch innerhalb des jeweils zuständigen Oberlandesgerichts sollen die Vergabesachen wie die Kartellsachen nach § 92 GWB auf einen Senat konzentriert werden. Das fördert die Spezialisierung und diese wiederum die Zügigkeit der Entscheidungen. Die Geschäftsverteilung kann und wird nicht selten dazu führen, daß bei dem

Oberlandesgericht ein und derselbe Senat Kartellsenat und Vergabesenat ist. Das soll aber gesetzlich nicht vorgeschrieben werden, weil es sich aus der Natur der Vergabesachen und der dort überwiegend zu treffenden Eilentscheidungen empfehlen kann, die Vergabesachen einem anderen Senat zuzuweisen als dem Kartellsenat. Die Konzentrationsmöglichkeiten des § 93 GWB sind zweckmäßigerweise auch für Vergabesachen vorzusehen.

Zu § 127 Frist, Form

Zu Absatz 1

Nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer hat der Beteiligte zwei Wochen Zeit, eine sofortige Beschwerde einzulegen. Diese Frist ist als Notfrist (§ 223 ZPO) unabänderlich. Erfolgt keine Entscheidung der Vergabekammer und macht der Antragsteller von seinem Recht nach § 126 Abs. 2 Gebrauch, direkt das Beschwerdegericht anzurufen, so ist er ebenfalls an die Zwei-Wochen-Frist gebunden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, zu dem die Entscheidung - ggf. nach Verlängerung durch den Vorsitzenden - spätestens hätte ergehen müssen. Die Frist dient dazu, das Verfahren nicht in die Länge zu ziehen, erscheint aber auch ausreichend.

Zu Absatz 2

Um nach Einlegung der Beschwerde möglichst zügig entscheiden zu können, muß die Beschwerdeschrift bereits die Begründung enthalten und einen bestimmten Mindestinhalt aufweisen. Der Streitstoff soll soweit wie möglich und in einer Weise aufbereitet sein, die eine rasche Entscheidung ermöglicht.

Zu Absatz 3

Die Vorschrift statuiert den bei Oberlandesgerichten üblichen Anwaltszwang, der in den eilbedürftigen Vergabesachen der rechtlichen Aufbereitung des Prozeßstoffes dient.

Zu Absatz 4

Die Vorschrift dient der Beschleunigung und der Konzentration des Streitstoffes auf ein Verfahren. Damit soll gleich zu Beginn des Verfahrens darauf hingewirkt werden, daß alle Verfahrensbeteiligte frühzeitig ihre Interessen vertreten und sich zur Sach- und Rechtslage äußern.

Zu § 128 Wirkung auf das Vergabeverfahren

Die Vorschrift gibt der sofortigen Beschwerde einen adäquaten Suspensiveffekt. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß vor einer Entscheidung des Oberlandesgerichts keine Entscheidung der Vergabestelle getroffen werden kann, die vollendete Tatsachen schüfe und den gerichtlichen Rechtsschutz zu spät kommen ließe.

Zu § 129 Beteiligte am Beschwerdeverfahren

Den Kreis der Beteiligten am Verfahren vor der Vergabekammer bestimmt § 119. Diese Beteiligten behalten ihre prozessuale Stellung wie im Beschwerdeverfahren nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 auch in diesem Beschwerdeverfahren. Einer Wiederholung der Beiladung bedarf es nicht. Die Gründe für die Beteiligung sind im Beschwerdeverfahren die gleichen wie im Verfahren vor der Vergabekammer.

Zu § 130 Verfahrensvorschriften

Zu Absatz 1

Die Vorschrift enthält den auch in anderen Kartellsachen (§ 67) vor dem Oberlandesgericht geltenden Anwaltszwang. Eine Beschränkung auf die Anwälte mit Zulassung bei dem Oberlandesgericht wäre auch hier nicht sinnvoll. Wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren (§ 67 Abs. 1 Satz 3 VwGO) besteht für öffentliche Auftraggeber kein Zwang, einen Anwalt zu beauftragen. Die insoweit geforderte Befähigung zum Richteramt erfüllt denselben Zweck wie der Anwaltszwang.

Zu Absatz 2

Durch die Verweisung werden die Verfahrensgrundsätze des Kartellbeschwerdeverfahrens anwendbar.

Zu § 131 Vorabentscheidung über den Zuschlag

Die Gewährung eines gerichtlichen Rechtsschutzes darf auf keinen Fall zu einer unerträglichen Verzögerung der Vergabeverfahren führen. Da aber die vergleichbaren regulären Verfahren vor dem Oberlandesgericht im Durchschnitt bis zu neun Monaten dauern können, ist es unerläßlich, ein besonderes gerichtliches Eilverfahren vorzusehen, in welchem innerhalb kurzer Frist entschieden werden kann, ob der Zuschlag erteilt werden darf oder nicht.

Dieses Zwischenverfahren, in welchem die Vergabestelle die Gestattung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens und des Zuschlags beantragen kann, ist dem Verfahren über eine einstweilige Verfügung (§ 940 ZPO) und über eine einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO) und dem Verfahren über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 5 VwGO) vergleichbar. Auch das Umwandlungsgesetz enthält in § 16 Abs. 3 ein ähnliches Eilverfahren zur Klärung der Frage, ob trotz Erhebung einer Klage eine Verschmelzung bereits in das Register eingetragen werden darf.

Wie bei den erwähnten vergleichbaren Verfahren hat das Gericht zunächst die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu prüfen und sich hierzu eine Meinung zu bilden. Bereits in diesem Eilverfahren hat das Gericht nach der Rechtsprechung zu vergleichbaren Fällen vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO eine möglichst umfassende Klärung der Sach- und Rechtslage mit dem Ziel einer verläßlichen Prognose der Aussichten des Rechtsstreits in der Hauptsache vorzunehmen. Denn nach der Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags ist später praktisch nichts mehr rückgängig zu machen (vgl. OVG Lüneburg NJW 1980, S. 253; BVerfGE 69, 315, 363, 364). Bei dieser Prüfung wird das Gericht auf den tatsächlichen Festestellungen und der Bewertung der Vergabekammer aufbauen können. Alsdann sind im Rahmen dieser Eilentscheidung alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Anders als im Verfahren über eine einstweilige Verfügung sind also in diesem Verfahren auch öffentliche Interessen in die Waagschale zu werfen. Überwiegen bei dieser umfassenden Abwägung die Gründe für einen raschen Abschluß des Vergabeverfahrens, so kann das Gericht den Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten. Dies wird in der Regel angenommen werden müssen, wenn das Gericht keine Anhaltspunkte für rechtswidriges Verhalten des Auftraggebers erkennt oder ausgeschlossen erscheint, daß trotz eines Vergabefehlers der Antragsteller in die engere Wahl kommt. In außergewöhnlichen Fällen wird es selbst dann gelten, wenn die Vergabestelle nach der Einschätzung des Gerichts Rechte des Beschwerdeführers verletzt hat, die Gründe für eine schnelle Vergabe aber besonders schwer wiegen.

Wie für die Entscheidung der Vergabekammer wird auch für die Eilentscheidung des Gerichts eine Frist von fünf Wochen vorgegeben. Innerhalb dieser Frist ist die Entscheidung auch zu begründen, damit die Erwägungen des Gerichts vom Auftraggeber auch nachvollzogen werden können und dieser unverzüglich reagieren kann. In außergewöhnlichen Fällen kann die Frist durch den Vorsitzenden durch eine begründete Entscheidung um den erforderlichen Zeitraum verlängert werden.

Durch die Freistellung einer mündlichen Verhandlung kann das Gericht flexibel vorgehen. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung wird sich immer dann anbieten, wenn die Beschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und eine mündliche Verhandlung keine weitere Aufklärung oder Förderung des Verfahrens erwarten läßt.

In den meisten Fällen wird sich nach einer Entscheidung über den Antrag gemäß § 131 der Streit teilweise erledigen. Obsiegt als Antragstellerin die Vergabestelle, so wird der Zuschlag erteilt. Der Beschwerdeführer kann das Beschwerdeverfahren dann noch zur Klärung von Vorfragen eines Schadensersatzprozesses weiterbetreiben. Unterliegt dagegen die antragstellende Vergabestelle, wird sie sinnvollerweise die gerichtliche Feststellung eines unkorrekten Verhaltens gegen sich gelten lassen und nicht darauf vertrauen, daß dasselbe Gericht nach weiterer Prüfung auch in der Hauptsache zu einem anderen Ergebnis kommt. Die in dem Eilverfahren unterlegene Vergabestelle wird den ihr vom Oberlandesgericht vorgehaltenen Fehler unverzüglich korrigieren und das Vergabeverfahren auf dieser neuen Grundlage fortsetzen oder gar beenden. § 111 hält die Vergabestelle zu einem solchen Verhalten an.

Zu § 132 Beschwerdeentscheidung

Die Vorschrift strukturiert die Beschwerdeentscheidung. Falsche Entscheidungen der Vergabekammer werden aufgehoben. Ist ein Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, in seinen Rechten verletzt worden, so stellt das Gericht auf Antrag auch dies fest. Diese Feststellung ist für ein anschließendes Schadensersatzverfahren von Bedeutung.

Zu § 133 Bindungswirkung; Vorlagepflicht

Die in dieser Vorschrift angeordnete Bindungswirkung der Entscheidungen von Vergabekammer und OLG ist erforderlich, damit eine nochmalige gerichtliche Prüfung derselben Sach- und Rechtsfragen vermieden wird. Die Vorlagepflicht gewährleistet eine bundeseinheitliche Rechtsprechung in Vergabesachen. Eine Verzögerung der Vergabeverfahren ist damit nicht verbunden, weil diese Vorlagen nur in sehr seltenen Fällen stattfinden werden und für die Eilverfahren nach § 131 ausdrücklich ausgeschlossen sind. In diesen Eilverfahren werden im Interesse der Beschleunigung Divergenzen hingenommen; sie werden die Ausnahme bleiben und sich durch gerichtliche Entscheidungen nach § 132 oder in Schadensersatzprozessen auflösen.

Dritter Abschnitt: Sonstige Regelungen

Zu § 134 Schadensersatz bei Rechtsmißbrauch

Zu Absätzen 1 und 2

Das vielfach hohe wirtschaftliche Interesse der konkurrierenden Bieter an dem Auftrag birgt die Gefahr des Mißbrauchs der neuen Rechtsschutzmöglichkeiten in sich. Dem soll durch eine besondere Schadensersatzpflicht entgegengewirkt werden. Unternehmen, welche die neuen Rechtsschutzmöglichkeiten mißbräuchlich einsetzen, müssen danach mit hohen Schadensersatzforderungen rechnen. Auch das wird - neben dem allgemeinen Kostenrisiko - willkürlichen Beschwerden und Anträgen entgegenwirken. Die neue Schadensersatzregelung ist eine spezielle Ausprägung der sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB und des Prozeßbetrugs nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB.

In Absatz 2 sind die typischen Mißbrauchstatbestände bezeichnet.

Zu Absatz 3

In dieser Vorschrift ist ein dem § 945 ZPO nachgebildeter Schadenersatzanspruch für den Fall statuiert, daß der Antragsteller mit besonderem Antrag nach § 125 Abs. 3 über das automatische Zuschlagsverbot hinaus vorläufig in das Vergabeverfahren bremsend eingreift und sich im Hauptverfahren über den Nachprüfungsantrag herausstellt, daß der zusätzliche Stopp einzelner Maßnahmen nicht gerechtfertigt war. Die strenge Haftung erscheint in diesem Fall angemessen.

Zu § 135 Nachweis bei Schadensersatzverlangen

Diese Vorschrift setzt eine Vorgabe der Sektorenüberwachungsrichtlinie der EG in das deutsche Schadensersatzrecht um. Aus Artikel 2 Abs. 7 der Richtlinie ergibt sich, daß die Anforderungen an den Kausalitätsnachweis bei Schadensersatzverlangen für die Kosten eines vergeblich abgegebenen Angebots verringert werden mussen, der Klager soll danach in solchen Verfahren lediglich nachzuweisen haben, daß gegen eine seinen Schutz bezweckende Vergabevorschrift verstoßen

worden ist und daß er ohne diesen Verstoß eine „echte Chance" gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Statt des in der Richtlinie verwendeten Begriffs der „echten Chance" wird in der deutschen Vorschrift der Begriff des in die ‚engere Wahl Kommens' verwendet, welcher im § 25 Nr. 3 Abs. 3 der VOB Teil A bereits eingeführt ist und dem Begriff der echten Chance inhaltlich entspricht.

Zu § 136 Ermächtigungen

Die Vorschrift enthält die Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß der Rechtsverordnung über die Detailregelungen, die nicht ins Gesetz selbst aufgenommen wurden, weil sie es überfrachten würden. Die Vergabeverodnung wird sich auf diese Ermächtigung stützen; ein Vorentwurf ist zur Information beigefügt.

Zu § 137 Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer

Der unterlegene Beteiligte hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zu tragen. Die Regelung über Gebührentatbestand und -höhe ist § 80 Abs. 3 nachgebildet.

Die Kostenregelung orientiert sich am verwaltungsrechtlichen Kostendeckungsprinzip und zwingt jeden potentiellen Antragsteller zur Kalkulation des Risikos der Inanspruchnahme der Nachprüfung, ohne abschreckende Wirkung zu entfalten.

Zu § 138 Kosten der Vergabeprüfstelle

Kosten werden von Vergabeprüfstellen nur erhoben, soweit sie Tätigkeiten im Sinne des § 113 Abs. 2 wahrnehmen, die über die Tätigkeit einer Fach- und Rechtsaufsicht führenden Stelle hinausgehen.

Zu Artikel 2 Änderung kostenrechtlicher Vorschriften

Für das mit diesem Entwurf einzuführende Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht müssen eigene Kostenvorschriften geschaffen werden. Nach den vorgeschlagenen Vorschriften sollen in dem Beschwerdeverfahren sowohl für das Gericht als auch für den Rechtsanwalt die gleichen Gebühren anfallen wie in einem Berufungsverfahren in Zivilsachen. Die Vorschriften sollen in das Gerichtskostengesetz und in die Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte eingestellt werden.

Es ist beabsichtigt, mit dem nächsten Kostenrechtsänderungsgesetz im Gerichtskostengesetz die Einführung der bisher nur für den ersten Rechtszug geltenden pauschalen Verfahrensgebühr auch für die Rechtsmittelinstanzen vorzuschlagen. Da in diesem Fall die Entscheidungsgebühren wegfallen, müßten die Regelungen im GWB ebenfalls geändert werden. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und um künftige Folgeänderungen zu vermeiden, sollen die Kostenregelungen für alle im GWB geregelten gerichtlichen Verfahren in das Gerichtskostengesetz eingestellt werden. § 78 GWB kann deshalb aufgehoben werden.

Wegen der Regelung im GKG bedarf es auch keiner besonderen Vorschrift über die Zuständigkeit für den Kostenansatz für den Fall, daß ein Oberlandesgericht das Verfahren zur Entscheidung dem Bundesgerichtshof nach § 133 Abs. 2 vorlegt. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GKG ist in diesem Fall der Bundesgerichtshof zuständig.

Zu Absatz 1 (Änderung des Gerichtskostengesetzes)

Zu Nummer 1

Da die Verfahren im GWB abschließend geregelt sind, bzw. abschließend geregelt weren sollen, soll das GWB in die Beschreibung des Geltungsbereichs des GKG aufgenommen werden.

Zu Nummer 2

Die Verfahren nach dem GWB fallen nicht unter den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Sie sollen deshalb in der Überschrift ausdrücklich erwähnt werden.

Zu Nummer 3

In dem neu einzufügenden § 12a sollen die Streitwerte abschließend geregelt werden.

Absatz 1 soll den Streitwert in Kartellsachen regeln. Grundsätzlich richtet sich in diesen Verfahren die Streitwertbestimmung nach § 3 ZPO (Oestreich/Winter/Hellstab, GKG, Streitwertanhang S. 131 Nr. 8). Dies soll nunmehr in Satz 1 ausdrücklich so bestimmt werden. Satz 2 entspricht dem geltenden § 78 Abs. 2 GWB.

Absatz 2 enthält die Streitwertregelung für die Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidungen der Vergabekammern. Nach der vorgeschlagenen Regelung soll der Streitwert immer 5 % der Auftragssumme betragen. Diese pauschalierende Regelung wird aus Gründen der Vereinfachung vorgeschlagen, weil die Höhe der Gewinnerwartung nur schwer zu ermitteln und das Gericht auf die Angaben der Beteiligten angewiesen wäre. Der so bestimmte Wert soll auch für das Verfahren über den Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag maßgebend sein, weil in diesem Verfahren die Hauptsacheentscheidung häufig vorweggenommen werden wird.

Zu Nummer 4

Zu Buchstaben a und b

Die Überschriften sollen an den erweiterten Geltungsbereich der Vorschriften angepaßt werden.

Zu Buchstaben c bis e

Nach der neuen Nummer 1222 (Buchstabe c) soll für die Vorabentscheidung über den Zuschlag eine Gebühr mit einem Gebührensatz von 3,0 anfallen. Der Gebührensatz entspricht demjenigen für die Hauptsacheentscheidung. Die Höhe der Gebühr ist gewählt worden, weil insbesondere die Prüfung der Erfolgsaussicht vom Gericht nahezu die Vorwegnahme der gesamten Sachprüfung erfordert. Kommt es anschließend noch zur Hauptsacheentscheidung, soll die hierfür zu er-

hebende Gebühr allerdings nur noch halb so hoch sein wie in sonstigen Fällen (siehe die vorgeschlagenen Änderungen in Buchstaben d und e).

Zu Buchstabe f

Die die Instanz beendenden Beschlüsse in den Verfahren nach dem GWB sollen dem Endurteil gleichgestellt werden. In Verfahren über Beschwerden nach § 62 GWB entspricht dies dem geltenden Recht.

Zu Buchstaben g und h

Die Gebührenregelungen für das Rechtsbeschwerdeverfahren sollen in das GKG übernommen werden (siehe Begründung zu I. und II.). Änderungen des geltenden Rechts sind damit nicht verbunden.

Zu Absatz 2 (Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte)

Der geltende § 65a führt in Beschwerdeverfahren in Vergabesachen zu angemessenen Gebühren für den Rechtsanwalt. Danach erhält er die gleichen Gebühren wie im Berufungs- und Revisionsverfahren eines Zivilprozesses. Eine besondere Regelung ist jedoch für die Mehrarbeit erforderlich, die durch einen Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag anfällt. Mit der vorgeschlagenen Formulierung soll erreicht werden, daß das Hauptsacheverfahren und das Verfahren über einen Antrag auf Vorabentscheidung über den Zuschlag eine Angelegenheit bilden, sich die anfallende Prozeßgebühr aber um die Hälfte erhöht, wenn ein solcher Antrag gestellt wird. Statt 13/10 soll die Prozeßgebühr demnach 19,5/10 betragen.

Zu Absatz 3 (Aufhebung des § 78 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Auf die einleitende Begründung zu Artikel 2 wird Bezug genommen.

Zu Artikel 3 Übergangs- und Schlußbestimmungen

Die §§ 57 a bis 57 c des Haushaltsgrundsätzegesetzes und die Nachprüfungsverordnung NpV sind aufzuheben. Bis zum Inkrafttreten einer neuen, die Vergabeverordnung ersetzenden Rechtsverordnung müssen übergangsweise die Regeln aufrecht erhalten werden, die den Auftraggebern die Beachtung der Vergabeverfahrensregeln auferlegen. Die Vergabeverordnung kann daher erst mit einer neuen Vergabeverordnung aufgehoben werden.

Zur Absicherung der nach dem SGB III geförderten Beschäftigungsmaßnahmen im Rahmen öffentlicher Aufträge, z.B. bei der Braunkohlesanierung in den neuen Bundesländern, ist das SGB III an das Vergaberecht anzupassen.

 Drucksache 646/97

Anlage zur Begründung

MÖGLICHKEITEN EINER BEGRENZUNG GERICHTLICHEN RECHTSSCHUTZES AUF DIE BEACHTUNG BZW. EINHALTUNG EG-RECHTLICHER VERGABEREGELN ZUM SCHUTZ VON UNTERNEHMEN IM RECHT DER VERGABE ÖFFENTLICHER AUFTRÄGE

Gutachten
im Auftrag
des Bundeministeriums für Wirtschaft

Zusammenfassung

1.

Beschränkungen des gerichtlichen Rechtsschutzes auf die Einhaltung bzw. Beachtung EG-rechtlicher Vorgaben sind in zweifacher Hinsicht möglich. Einmal kann - wie im Entwurf vorgesehen - gerichtliche Kontrolle auf solche Auftragsvergaben beschränkt werden, die die Schwellenwerte der EG-Vergaberichtlinien erreichen. Zum anderen ist eine inhaltliche Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes in der Weise möglich, daß der Rechtsweg nur in Bezug auf EG-rechtliche Vorgaben eröffnet wird und das im Beschwerdeverfahren zuständige Oberlandesgericht nur über die Einhaltung bzw. Beachtung EG-rechtlicher Vorgaben zu entscheiden hätte.

2.

Nach geltendem Recht können unabhängig von dem besonderen Nachprüfungsverfahren nach § 57 b HGrG Vergabeentscheidungen Gegenstand zivilgerichtlicher oder verwaltungsgerichtlicher Verfahren werden Im allgemeinen sind zwar unterlegene Bieter auf

Schadensersatzansprüche beschränkt. Ausnahmsweise werden aber auch vorbeugende Unterlassungsansprüche für möglich gehalten. Insgesamt bietet die Rechtsprechung und Literatur zur Frage der gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Vergabeentscheidungen ein unübersichtliches Bild. Ob und in welcher Weise ein Zugang zu den Gerichten eröffnet ist, kann insbesondere als Folge der EG-rechtlichen Überlagerung der Bestimmungen der Verdingungsordnungen durch EG-Vergaberichtlinien und die Marktfreiheiten des EG-Vertrags nicht immer mit hinreichender Sicherheit vorausgesagt werden.

3.

Eine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren, die die Schwellenwerte der EG-Vergaberichtlinien erreichen, begegnet keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen oder EG-rechtlichen Bedenken. Allerdings ist zu beachten, daß auch bei Vergabeverfahren unterhalb der EG-Schwellenwerte EG-rechtliche Vorgaben aus den Marktfreiheiten und vergaberechtlich relevanten völkerrechtlichen Vereinbarungen der EG mit Drittstaaten resultieren, deren effektive innerstaatliche Geltung und gerichtliche Durchsetzbarkeit ermöglicht werden muß. Im Regelfall wird den EG-rechtlichen Anforderungen jedoch dadurch genügt, daß ein unterlegener Bieter die Möglichkeit hat, Schadensersatzansprüche vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Verfassungsrechtlich bestehen im Hinblick auf Überlegungen der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit keine wesentlichen Bedenken gegen eine Begrenzung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren, die in den Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien fallen. Die Abgrenzung nach Schwellenwerten ermöglicht im Regelfall eine klare Abgrenzung. Probleme könnten sich allenfalls im Hinblick auf die Garantie des gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) daraus ergeben, daß mit einer gesetzlichen Anerkennung von individuellen Ansprüchen auf Einhaltung der Vergabebestimmungen, die zum Schutz der Unternehmen bestimmt sind, auch eine verfassungsrechtliche "Überschlagswirkung" im Sinne einer individualrechtlichen Aufwertung nicht EG-rechtlich vorgegebener Vergabebestimmungen stattfindet. Eine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren, die in den

Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien fallen, läßt sich aber sachlich im Hinblick auf den Zweck des Vergaberechtsänderungsgesetzes, EG-Recht umzusetzen, rechtfertigen. Auch Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie sprechen für eine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Vergabeverfahren, die die EG-Schwellenwerte erreichen.

4.

Eine inhaltliche Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes ist ferner in der Weise denkbar, daß in einem gerichtlichen Beschwerdeverfahren nur EG-rechtliche Vergaberegeln gerügt und von den Gerichten überprüft werden dürfen. Eine hinreichend präzise inhaltliche Umschreibung der in einem Vergabeverfahren zu beachtenden EG-rechtlichen Vorgaben stößt allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten. EC-rechtliche Vorgaben in einem Vergabeverfahren ergeben sich nicht nur aus den Vergaberichtlinien, sondern auch aus den Marktfreiheiten des EG-Vertrages und vergaberechtlich relevanten Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge der EG mit Drittstaaten. Eine Bezugnahme auf die Vergabeverordnung scheidet aus, da mit der Vergabeverordnung die relevanten EG-Normen nicht hinreichend genau umschrieben werden. Eine direkte Bezugnahme auf die EG-Vergabrichtlinien und anderweitiges Gemeinschaftsrecht verbietet sich wegen der nur mittelbaren Geltung des EG-Richtlinienrechts im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten. Darüber hinaus ergeben sich prinzipielle Bedenken gegen eine Beschränkung gerichtlicher Kontrolle auf EG-rechtliche Vergabebestimmungen daraus, daß das EG-Vergaberecht seiner Funktion als "Koordinierungsnorm" entledigt und abgeschnitten vom innerstaatlichen Vergaberecht als isolierter Maßstab für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Vergabeentscheidungen angewendet würde. Eine Unterscheidung zwischen EG-rechtlichen Vergabebestimmungen und solchen des innerstaatlichen Rechts ist aber nicht allein schon wegen des sachlichen Zusammenhangs der Regelwerke und wegen ihrer Aufeinanderbezogenheit kaum möglich.

Aus alledem folgt, daß die Abgrenzung zwischen EG-rechtlichen Vergabebestimmungen und anderweitigen Vergaberegeln mit erheblichen

Unsicherheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten behaftet ist. Eine ausreichende Rechtssicherheit im Hinblick auf den Zugang zu den Gerichten und den hierbei anzuwendenden Prüfungsmaßstab könnte nur um den Preis einer aufwendigen Prüfung der EG-rechtlichen Grundlage der im Einzelfall gerügten Vergabenorm erreicht werden. Ob sich die Schwierigkeiten einer Abgrenzung der im Einzelfall relevanten EG-rechtlichen Vorgaben zu verfassungsrechtlichen Bedenken verdichten, könnte nur bei Kenntnis der vorgesehenen Detailregelungen entschieden werden.

Unabhängig davon läßt sich aber feststellen, daß sich die rechtspolitischen Ziele einer einfachen, praktikablen und beschleunigten gerichtlichen Klärung der Rechtswidrigkeit von Vergabeentscheidungen mit einer inhaltlichen Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf EG-rechtliche Vergabenormen nicht erreichen lassen. Künftig müßte nämlich in jedem Einzelfall in einem zeitaufwendigen Verfahren geprüft werden, ob es sich um eine EG-rechtliche Vorgabe handelt oder um eine solche des innerstaatlichen Rechts. Hinzu kommt, daß bei einer Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf EG-rechtliche Vorgaben die Gefahr einer Duplizierung gerichtlicher Rechtsschutzverfahren und widersprüchlicher gerichtlicher Entscheidungen nicht vermieden werden kann. Schließlich besteht das Risiko, daß bei einer inhaltlichen Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf EG-rechtliche Vorgaben in zahlreichen Fällen der EuGH eingeschaltet werden müßte, um im Wege der Vorabentscheidung eine verbindliche Klärung darüber herbeizuführen, ob im konkreten Fall die Verletzung einer EG-rechtlichen Vergabebestimmung zur Diskussion steht. Gründe der Verfahrensökonomie sprechen daher entscheidend gegen eine inhaltliche Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf EG-rechtliche Vorgaben.

Universität Konstanz
Juristische Fakultät
Prof. Dr. Kay Hailbronner

NACHTRAG ZUM GUTACHTEN VOM 23. JUNI 1997

Im Gutachten wird durchgehend argumentiert, eine Unterscheidung zwischen EG-rechtlichen Vorgaben und lediglich kraft innerstaatlichen Rechts verbindlichem Vergaberecht stoße auf erhebliche rechtliche und praktische Schwierigkeiten. Nur mit einem erheblichen legislativen Aufwand werde der gerichtliche Prüfungsmaßstab mit der gebotenen Klarheit und Bestimmbarkeit festgelegt werden können (S. 49).

Zur Verdeutlichung dieser Ausführungen kann exemplarisch auf die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A)[1] hingewiesen werden. Die VOB/A enthält im Abschnitt 1 - Basisparagraphen - Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen unterhalb des Schwellenwertes der EG-Baukoordinierungsrichtlinie (§ 1a) und der EG-Sektorenrichtlinie (§ 1b) durch Auftraggeber, die nach innerstaatlichem Recht zur Anwendung der VOB/A verpflichtet sind. Der Abschnitt 2 enthält Basisparagraphen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Baukoordinierungsrichtlinie. Diese Regelungen gelten für die Vergabe von Bauaufträgen, die den Schwellenwert der EG-Baukoordinierungsrichtlinie erreichen oder übersteigen. Die "a-Paragraphen" enthalten aber unstrittig nicht ausschließlich EG-rechtliche Vorgaben. Mit den "a-Paragraphen" wurden lediglich insoweit zusätzliche Regelungen in die VOB aufgenommen, als dies wegen der EG-Vorschriften, insbesondere im Hinblick auf die Bekanntmachungs- und Berichtspflichten notwendig erschien. Die für EG-Vergaben geltenden Bestimmungen finden sich also sowohl in den

---

[1] Vgl. hierzu *Ingenstau/Korbion*, VOB Teile A und B, Kommentar, 13. Aufl. 1996, S. 118 ff.

Basisparagraphen als auch in den "a-Paragraphen"[2]. In einem dritten Abschnitt der VOB/A finden sich schließlich Basisparagraphen mit zusätzlichen Bestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie. Diese Regelungen gelten für die Vergabe von Bauaufträgen durch Auftraggeber, die zur Anwendung der Vergabebestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie verpflichtet sind und daneben die Basisparagraphen anwenden. Im Abschnitt 4 sind schließlich Vergabebestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie enthalten, die für die Vergabe von Bauaufträgen gelten, die den Schwellenwert der EG-Sektorenrichtlinie erreichen oder übersteigen (§ 1 SKR) durch Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung sowie des Verkehrs- oder Fernmeldewesens tätig sind.

Aus diesem Aufbau folgt, daß nur im Einzelfall durch einen unmittelbaren Vergleich der Vorschrift der Verdingungsordnung mit der einschlägigen EG-Vergaberichtlinie, allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts und vergaberechtlich relevanten Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge der Gemeinschaft mit Drittstaaten ermittelt werden kann, ob es sich um "EG-rechtliche Vorgaben" zum Schutz eines Bieters handelt. Ein grober Vergleich der Bestimmungen der VOB/A mit der RL 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 (Baukoordinierungsrichtlinie) zeigt danach folgendes Bild:

Die in § 2 VOB/A niedergelegten Vergabegrundsätze finden nur teilweise eine Entsprechung im EG-Vergaberecht. Der *Diskriminierungsgrundsatz* (§ 2 Nr. 2) gilt im Gemeinschaftsrecht unmittelbar kraft Art. 59 EGV im Falle von grenzüberschreitenden Dienstleistungen. Ob er bei einer rein innerstaatlichen Diskriminierung EG-rechtlich verpflichtend wäre, ist zweifelhaft, da die Marktfreiheiten im Grundsatz nur bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Anknüpfungspunktes zur Anwendung kommen. Die Vergaberichtlinien entfalten zwar Geltung ohne Rücksicht auf die Beteiligung eines ausländischen Bieters. Da die BKR aber insoweit keinen §

---

[2] *Lampe-Helbig/Wormann*, Handbuch der Bauvergabe, 2. Aufl. 1995, S. 26.

2 Nr. 2 VOB entsprechenden Grundsatz enthält, wäre eine gerichtliche Überprüfung im Falle einer Beschränkung auf EG-rechtliche Vorgaben bei einer rein innerstaatlichen Diskriminierung möglicherweise, sofern man nicht den in § 2 VOB/A niedergelegten Grundsatz als ungeschriebenen Grundsatz des EG-Vergaberechts ansieht, ausgeschlossen.

Die in § 3 VOB vorgesehen *Regeln über Vergabearten* entsprechen demgegenüber weitgehend den in Art. 1 BKR aufgeführten Verfahrensarten. Allerdings müßte auch hier, wie bei den nachfolgenden Regeln über Vorinformation, Bekanntmachung, Auffordern zur Angebotsabgabe, Angebotsfrist, Bewerbungsfrist (§§ 17 - 18a VOB/A) jeweils im Einzelfall ermittelt werden, ob eine als verletzt gerügte Vorschrift nicht über EG-rechtliche Vorgaben zum Schutz der Bieter hinausgehende Anforderungen enthält. Durch die Vergaberichtlinien wird nicht ausgeschlossen. daß der innerstaatliche Gesetzgeber weiterreichende Regeln zum Schutz der am Vergabeverfahren Beteiligten vorschreibt.

Keine unmittelbare Entsprechung in den Vergaberichtlinien finden die Vorschriften der §§ 5 - 7 über *Leistungsvertrag, Stundenlohnvertrag, Selbstkostenerstattungsvertrag, Angebotsverfahren und Mitwirkung von Sachverständigen*. Die Verletzung dieser Vorschriften wäre daher im Grundsatz der gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich. Eine mittelbar EG-rechtliche Qualität könnten diese Vorschriften jedoch über den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Wettbewerbsfreiheit gewinnen, sofern ausländische Bieter am Vergabeverfahren beteiligt sind. Diese könnten sich in jedem Fall darauf berufen, nicht schlechter behandelt zu werden als inländische Verfahrensbeteiligte.

Im wesentlichen EG-rechtlich fundiert sind die Regeln über *Teilnehmer am Wettbewerb, Beschreibung der Leistung und Vergabeunterlagen* (§§ 8 - 10 VOB/A). Allerdings wird auch hier zu beachten sein, daß jeweils im Einzelfall geprüft werden muß. ob eine konkrete Verhaltenspflicht des öffentlichen Auftraggebers tatsächlich eine Entsprechung in der BKR findet.

Die Regeln der VOB/A über *Ausführungsfristen, Vertragsstrafen, Gewährleistung, Sicherheitsleistung, Änderung der Vergütung, Grundsätze*

der Ausschreibung (§§ 10 - 16) sind in der BKR ebensowenig niedergelegt, wie die Vorschriften der VOB über Zuschlags- und Bindefristen (§ 19), Kosten (§ 20), Inhalt der Angebote (§ 21), den Eröffnungstermin (§ 22), die Prüfung der Angebote (§ 23) und die Aufklärung des Angebotsinhalts (§ 24). Demnach könnte z.B. die grundsätzliche Vorschrift des Verdingungsrechts, wonach bei Ausschreibungen für die Eröffnung und Verlesung ein Eröffnungstermin abzuhalten ist, in dem nur die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugegen sein dürfen, einschließlich der detaillierten Rechte der Bieter im Eröffnungverfahren (z.B. Einsicht in die Niederschrift und ihre Nachträge) usw. bei einer Beschränkung auf EG-rechtliche Vorgaben nicht gerichtlich überprüft werden. Zu beachten ist allerdings auch hier, daß möglicherweise der Textvergleich zwischen den Vorschriften der VOB/A und der BKR zur Ermittlung EG-rechtlicher Vorgaben zu kurz greift. Zu berücksichtigen sind nämlich nicht nur die unmittelbar geltenden Marktfreiheiten, aus denen sich unter Umständen grundlegende verfahrensrechtliche Verpflichtungen zum Schutz der beteiligten Bieter ableiten lassen, sondern auch ungeschriebene Verfahrensgrundsätze des europäischen Vergaberechts, die ggf. ohne grenzüberschreitende Anknüpfung zur Ergänzung der geschriebenen Regeln des EG-Vergaberechts herangezogen werden könnten. Die Ergänzung der Bestimmungen der EG-Vergaberichtlinien durch allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts erscheint insbesondere dann nicht ausgeschlossen, wenn das EG-Vergaberecht vom nationalen Recht abgespalten und auf einen in den Richtlinien ausdrücklich festgelegten Regelbestand reduziert würde. So erscheint z.B. nicht ausgeschlossen, daß der EuGH bestimmte Grundsätze über die Frist zur Erteilung des Zuschlags (§ 19 Nr. 2 VOB/A) oder über die Möglichkeit von Bietern, in Niederschriften anläßlich eines Eröffnungsverfahrens Einblick zu nehmen (vgl. § 22 Nr. 7 VOB/A), ungeachtet dessen, daß die BKR entsprechende Regeln ausdrücklich nicht enthält, als ungeschriebene Grundsätze des EG-Vergaberechts zur Ergänzung der Richtlinienbestimmungen heranzieht.

Im Ergebnis wird sich daher selbst bei denjenigen Vergaberegeln, die keine ausdrückliche Entsprechung in den EG-Vergaberichtlinien aufweisen, nur anhand einer Einzelfallanalyse feststellen lassen, inwieweit sie "EG-

rechtlich" fundiert sind. Bereits der Überblick über den Regelungsgehalt der VOB/A zeigt daher, daß eine strikte Unterscheidung zwischen EG-rechtlichen Vorgaben und innerstaatlich geltenden Vergaberegeln mit großen Schwierigkeiten und Unsicherheiten behaftet ist. Diese Unsicherheiten ließen sich dadurch reduzieren, daß in einem Gesetz zur Umsetzung des EG-Vergaberechts sämtliche EG-rechtlichen Vergabevorschriften auf der Grundlage einer umfassenden Analyse des geltenden EG-Vergaberechts niedergelegt würden, wobei auch bei dieser Lösung nicht ausgeschlossen werden könnte, daß der EuGH anläßlich eines Vorabentscheidungsverfahrens den Kreis "EG-rechtlicher Vorgaben" anders zieht als die gesetzliche Regelung. Das Unternehmen, EG-rechtliche Vorgaben in einer gesetzlichen Regelung festzulegen, würde darüber hinaus nur eine Änderung der Konzeption des geltenden Vergaberechts bedeuten, sondern zugleich den sachlichen Zusammenhang zwischen innerstaatlichen Vergabevorschriften und koordinierenden EG-Regeln zerstören. Die voraussichtliche Folge wäre mehr Rechtsunsicherheit, geringere Praktikabilität und ein höherer administrativer Aufwand.

Drucksache 646/97

BMWi

Anlage 2 zur Begründung

V o r e n t w u r f

zur Information

Vergabeverordnung (VgV)

Auf Grund der § 106 Abs. 5 und § 136 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGB. I S. 235), das durch Gesetz vom ... (BGBl. I S ...) geändert worden ist, verordnet die Bundesregierung:

Erster Abschnitt: Vergabebestimmungen

§ 1 Zweck der Verordnung

Die Verordnung trifft nähere Regelungen über das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Durchführung von Nachprüfungsverfahren.

§ 2 Anwendungsbereich

Die nachstehenden Regelungen gelten für die Vergabe und Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Auftragswert die in § 3 geregelten Beträge ohne Umsatzsteuer erreicht oder übersteigt (Schwellenwerte).

§ 3 Schwellenwerte

Die Schwellenwerte betragen:

a) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich: 400.000 ECU,

b) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Telekommunikation: 600.000 ECU,

c) für alle Liefer- und Dienstleistungsaufträge der Bundesministerien einschließlich ihrer Geschäftsbereiche 130.000 Sonderziehungsrechte,

d) für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge 200.000 ECU,

e) für Bauaufträge 5 Millionen ECU,

f) für Auslobungsverfahren, die zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, dessen geschätzter Wert ohne Umsatzsteuer den für Dienstleistungsaufträge geltenden Wert erreicht oder übersteigt und

g) für Auslobungsverfahren, deren Summe der Preisgelder und Zahlungen an Teilnehmer einen für Dienstleistungsaufträge geltenden Wert erreicht oder übersteigt.

(2) Der geltende Gegenwert eines ECU und eines Sonderziehungsrechtes in Deutsche Mark wird von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften jeweils für zwei Jahre festgelegt. Das Bundesministerium für Wirtschaft gibt die daraus zu errechnenden Gegenwerte in Deutsche Mark im Bundesanzeiger bekannt.

(3) Die Auftragswertes werden nach den Maßgaben der §§ 4 bis 7 geschätzt.

(4) Der Wert eines beabsichtigten Auftrages darf nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, ihn der Anwendung dieser Bestimmungen zu entziehen.

§ 4 Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen

(1) Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (nachfolgend des Gesetzes) haben bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie bei der Durchführung von Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungen führen sollen, die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Mai 1997 (BAnz. Nr. 163 a vom 02. September 1997) anzuwenden, wenn in den §§ 5 und 6 nichts anderes bestimmt ist. Satz 1 findet auf Aufträge im Sektorenbereich keine Anwendung.

(2) Für Auftraggeber nach § 107 Nr. 5 des Gesetzes gilt Absatz 1 hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen und für Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungen führen sollen.

§ 5 Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen

Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes haben bei der Vergabe von Dienstleistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflichen Tätigkeiten angeboten werden, sowie bei Auslobungsverfahren, die zu solchen Dienstleistungen führen sollen, die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Mai 1997 (BAnz. Nr. 164 a vom 03. September 1997) anzuwenden. Dies gilt nicht für Dienstleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann. Satz 1 findet auf Aufträge im Sektorenbereich keine Anwendung.

§ 6 Vergabe von Bauleistungen

(1) Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 und 5 des Gesetzes haben bei der Vergabe von Bauaufträgen die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 1992 (BAnz. Nr. 223 a vom 27. November 1992) anzuwenden.

(2) Für die in § 107 Nr. 6 des Gesetzes genannten Auftraggeber gilt Absatz 1 hinsichtlich der Bestimmungen, die auf diese Auftraggeber Bezug nehmen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden auf Aufträge zur Durchführung von Tätigkeiten im Sektorenbereich keine Anwendung.

§ 7 Aufträge im Sektorenbereich

(1) Die in § 107 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes genannten Auftraggeber, die eine Tätigkeit im Sektorenbereich (§ 9) ausüben, haben bei der Vergabe von Aufträgen die folgenden Bestimmungen anzuwenden:

1. im Fall von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungen führen sollen, die Bestimmungen des 3. Abschnittes des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen - (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Mai 1997 (BAnz. Nr. 163 a vom 02. September 1997).

2. im Fall von Bauaufträgen die Bestimmungen des Abschnittes 3 des Teiles A der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 1992 (BAnz. Nr. 223 a vom 27. November 1992).

(2) Die in § 107 Nr. 4 des Gesetzes genannten Auftraggeber, die eine Tätigkeit im Sektorenbereich ausüben, haben bei der Vergabe von Aufträgen die folgenden Bestimmungen anzuwenden:

1. im Fall von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Bestimmungen des Abschnitts 4 des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Mai 1997 (BAnz. Nr. 163 a vom 02. September 1997).

2. im Fall von Bauaufträgen die Bestimmungen des Abschnitts 4 des Teiles A der Verdingungsordnung für Bauleistungen der (VOB/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 1992 (BAnz. Nr. 223 a vom 27. November 1992).

§ 8 Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

(1) Die in § 107 Nr. 1 bis 4 des Gesetzes genannten Auftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz eine Berechtigung zur Aufsuchung oder Gewinnung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen erhalten haben, haben bei der Vergabe von Aufträgen zum Zwecke der Durchführung der zuvor bezeichneten Tätigkeiten den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe zu beachten. Insbesondere haben sie Unternehmen, die ein Interesse an einem solchen Auftrag haben können, ausreichende Informationen zur Verfügung zu stellen und bei der Auftragsvergabe objektive Kriterien zu Grunde legen. Auf Aufträge, die die Beschaffung von Energie oder Brennstoffen zur Energieerzeugung zum Gegenstand haben, sind die Sätze 1 und 2 nicht anzuwenden.

(2) Die in Absatz 1 genannten Auftraggeber erteilen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften unter den von dieser festgelegten Bedingungen Auskunft über die Vergabe der unter diese Vorschrift fallenden Aufträge.

§ 9 Tätigkeit im Sektorenbereich

Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrs- oder Telekommunikationsbereich (Sektorenbereich) sind die in den folgenden Nummern genannten Tätigkeiten:

1. in der Trinkwasserversorgung:
   die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser sowie die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser;

2. in der Elektrizitäts- und Gasversorgung:
   die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Strom oder der Gewinnung von Gas sowie die Versorgung dieser Netze mit Strom oder Gas durch Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes;

3. in der Wärmeversorgung:
   die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Wärme sowie die Versorgung dieser Netze mit Wärme;

4. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr mit Flughäfen durch Flughafenunternehmer, die eine Genehmigung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 der Luftverkehrszulassungsordnung erhalten haben oder einer solchen bedürfen;

5. die Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im See- oder Binnenschiffsverkehr mit Häfen oder anderen Verkehrseinrichtungen;

6. im Verkehrsbereich:
   das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Eisenbahn-, Straßenbahn- und sonstigen Schienenverkehr, im öffentlichen Personenverkehr auch mit Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen, mit Seilbahnen sowie mit automatischen Systemen. Im Verkehrsbereich ist ein Netz auch vorhanden, wenn die Verkehrsleistungen auf Grund einer behördlichen Auflage erbracht werden; dazu gehören die Festlegung der Strecken, Transportkapazitäten oder Fahrpläne;

7. im Telekommunikationsbereich:
   die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit gemäß § 3 Nr. 19 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120), durch Unternehmen, denen vor dem Ablauf des 31. Juli 1996 eine Verleihung nach § 2 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 1989 (BGBl. I S. 1455), zuletzt geändert durch § 99 des Telekommunikationsgesetzes zur Errichtung und Betreibung öffentlicher Telekommunikationsnetze sowie zum Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten oder danach eine Lizenz nach

den §§ 6 und 8 des Telekommunikationsgesetzes erteilt oder ein ausschließliches Recht nach diesem Gesetz eingeräumt worden ist.

§ 10 Ausnahmen im Sektorenbereich

(1) Die Tätigkeit eines Auftraggebers nach § 107 Nr. 4 und 5 des Gesetzes gilt nicht als eine Tätigkeit

- im Sinne des § 9 Nr. 1, sofern die Gewinnung von Trinkwasser für die Ausübung einer anderen Tätigkeit als der Trinkwasserversorgung der Öffentlichkeit erforderlich ist, die Lieferung an das öffentliche Netz nur von seinem Eigenverbrauch abhängt und unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 vom Hundert seiner gesamten Trinkwassergewinnung ausmacht.

- im Sinne des § 9 Nr. 2, sofern die Erzeugung von Strom für die Ausübung einer anderen Tätigkeit als der Versorgung der Öffentlichkeit erforderlich ist, die Lieferung von Strom an das öffentliche Netz nur von seinem Eigenverbrauch abhängt und unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 vom Hundert seiner gesamten Energieerzeugung ausmacht.

- im Sinne des § 9 Nr. 2, sofern die Erzeugung von Gas sich zwangsläufig aus der Ausübung einer anderen Tätigkeit ergibt, die Lieferung an das öffentliche Netz nur darauf abzielt, diese Erzeugung wirtschaftlich zu nutzen und unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 20 vom Hundert des Umsatzes des betreffenden Auftraggebers ausgemacht hat.

- im Sinne des § 9 Nr. 3, sofern die Erzeugung von Wärme sich zwangsläufig aus der Ausübung einer anderen Tätigkeit ergibt, die Lieferung an das öffentliche Netz nur darauf abzielt, diese Erzeugung wirtschaftlich zu nutzen und unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 20 vom Hundert des Umsatzes des Auftraggebers ausgemacht hat.

(2) Die Tätigkeit von Auftraggebern nach § 107 Nr. 4 des Gesetzes gilt nur als eine Tätigkeit im Sinne des § 9 Nr. 1 oder Nr. 3, soweit sie auf Grund eines besonderen Vertrages mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder eines von einer solchen erlassenen besonderen Rechtsaktes ausgeübt wird oder den Auftraggebern die Anbringung von Einrichtungen auf, unter oder über dem öffentlichen Wegenetz gestattet ist.

(3) § 7 gilt bei Tätigkeiten im Sinne von § 9 Nr. 7 nicht, soweit andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Dienste in demselben geographischen Gebiet und unter im wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. Die betreffenden Auftraggeber teilen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf deren Anfrage die Dienste mit, die ihres Erachtens unter diese Ausnahme fallen. Eine Kopie des Schreibens an die Kommission senden sie unaufgefordert dem Bundesministerium für Wirtschaft.

(4) § 7 gilt nicht für Aufträge, die anderen Zwecken als der Durchführung der in § 9 genannten Tätigkeiten dienen.

(5) § 7 gilt nicht für Aufträge, die zur Durchführung der in § 9 genannten Tätigkeiten außerhalb des Gebiets, in dem der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gilt, vergeben werden, wenn sie nicht mit der tatsächlichen Nutzung eines Netzes oder einer Anlage innerhalb dieses Gebietes verbunden sind. Die betreffenden Auftraggeber teilen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf deren Anfrage alle Tätigkeiten mit, die nach ihrer Auffassung unter Satz 1 fallen. Eine Kopie des Schreibens an die Kommission übersenden sie unaufgefordert dem Bundesministerium für Wirtschaft.

(6) § 7 gilt nicht für Aufträge, die zum Zwecke der Weiterveräußerung oder Weitervermietung an Dritte vergeben werden, vorausgesetzt, daß der Auftraggeber kein besonderes oder ausschließliches Recht zum Verkauf oder zur Vermietung des Auftragsgegenstandes besitzt und daß andere Unternehmen die Möglichkeit haben, diese Waren unter gleichen Bedingungen wie der betreffende Auftraggeber zu verkaufen oder zu vermieten. Die betreffenden Auftraggeber teilen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf deren Anfrage alle Arten von Erzeugnissen mit, die nach ihrer Auffassung unter Satz 1 fallen. Eine Kopie des Schreibens an die Kommission übersenden sie unaufgefordert dem Bundesministerium für Wirtschaft.

(7) § 7 gilt nicht für Aufträge, die bei Tätigkeiten nach § 9 Nr. 1 die Beschaffung von Wasser oder bei Tätigkeiten nach § 9 Nr. 2 und 3 die Beschaffung von Energie oder von Brennstoffen zum Zwecke der Energie-, Gas- oder Wärmeerzeugung zum Gegenstand haben.

§ 11 Freistellung verbundener Unternehmen

(1) § 7 gilt nicht für Dienstleistungsaufträge,

1. die ein Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt,

2. die ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber zur Durchführung von Tätigkeiten im Sinne des § 9 gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber oder an ein Unternehmen vergibt, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist,

sofern mindestens 80 vom Hundert des von diesem Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Gemeinschaft erzielten durchschnittlichen Umsatzes im Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Dienstleistungen für die mit ihm verbundenen Unternehmen stammen. Werden die gleichen oder gleichartigen Dienstleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen erbracht, ist der Gesamtumsatz in der Europäischen Gemeinschaft zu berücksichtigen, der sich für diese Unternehmen aus der Erbringung von Dienstleistungen ergibt. Die Auftraggeber teilen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf deren Verlangen den Namen der Unternehmen, die Art und den Wert des jeweiligen Dienstleistungsauftrages und alle Angaben mit, welche die Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Prüfung für erforderlich hält.

(2) Ein verbundenes Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist ein Unternehmen, das als Mutter- oder Tochterunternehmen im Sinne des § 290 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs gilt, ohne daß es auf die Rechtsform und den Sitz ankommt; im Fall von Auftraggebern, die nicht die im § 9 bezeichneten Tätigkeiten ausüben, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften. Es wird vermutet, daß ein beherrschender Einfluß ausgeübt wird, wenn der Auftraggeber

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzt oder

- über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder

- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen kann.

Verbundene Unternehmen sind auch diejenigen, die einen beherrschenden Einfluß im Sinne des Satzes 2 auf den Auftraggeber ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber einem beherrschenden Einfluß eines anderen Unternehmens unterliegen.

§ 12 Drittlandsklausel

Auftraggeber, die eine der in § 9 genannten Tätigkeiten ausüben, können bei Lieferaufträgen Angebote zurückweisen, bei denen der Warenanteil zu mehr als 50 vom Hundert des Gesamtwertes aus Ländern stammt, die nicht Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind und mit denen auch keine sonstigen Vereinbarungen über gegenseitigen Marktzugang bestehen. Das Bundesministerium für Wirtschaft gibt im Bundesanzeiger bekannt, mit welchen Ländern und auf welchen Sektoren solche Vereinbarungen bestehen. Sind zwei oder mehrere Warenangebote nach den Zuschlagskriterien des § 25 b Nr. 1 Abs. 1 oder § 11 SKR Nr. 1 Abs. 1 VOL/A gleichwertig, so ist das Angebot zu bevorzugen, das nicht nach Satz 1 zurückgewiesen werden kann. Die Preise sind als gleichwertig anzusehen, wenn sie um nicht mehr als 3 vom Hundert voneinander abweichen. Die Bevorzugung unterbleibt, sofern sie den Auftraggeber zum Erwerb von Ausrüstungen zwingen würde, die andere technische Merkmale als bereits genutzte Ausrüstungen haben und dadurch zu Inkompatibilität oder technischen Schwierigkeiten bei Betrieb und Wartung oder zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde. Software, die in der Ausstattung für Telekommunikationsnetze verwendet wird, gilt als Ware im Sinne dieses Absatzes.

Zweiter Abschnitt: Nachprüfungsbestimmungen

§ 13 Zuständigkeit der Vergabekammern

(1) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig für die Nachprüfung der Vergabeverfahren des Bundes und von Auftraggebern im Sinne des § 107 Nr. 2 des Gesetzes, sofern der Bund die Beteiligung verwaltet oder die sonstige Finanzierung überwiegend gewährt hat oder der Bund über die Leitung überwiegend die Aufsicht ausübt oder die Mitglieder des zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs überwiegend bestimmt hat. Erfolgt die Beteiligung, sonstige Finanzierung oder Aufsicht über die Leitung oder Bestimmung der Mitglieder der Geschäftsführung oder des zur Aufsicht berufenen Organs durch mehrere Stellen und davon überwiegend durch den Bund, so ist die Vergabekammer des Bundes die zuständige Vergabekammer, es sei denn, die Beteiligten haben sich auf die Zuständigkeit einer anderen Vergabekammer geeinigt.

(2) Übt der Bund auf Auftraggeber im Sinne des § 107 Nr. 4 des Gesetzes einzeln einen beherrschenden Einfluß aus, ist die Vergabekammer des Bundes zuständig. Wird der beherrschende Einfluß gemeinsam mit einem anderen Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes ausgeübt, ist die Vergabekammer des Bundes zuständig, sofern der Anteil des Bundes überwiegt.
Ein beherrschender Einfluß wird angenommen, wenn die Stelle unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Auftraggebers besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen des Auftraggebers verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Auftraggebers bestellen kann.

(3) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig für die Nachprüfung der Vergabeverfahren von Auftraggebern im Sinne des § 107 Nr. 4 des Gesetzes, die im Bereich der Telekommunikation tätig sind.

(4) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig für die Nachprüfung von Vergabeverfahren von Auftraggebern im Sinne des § 107 Nr. 5 des Gesetzes, sofern der Bund die Mittel allein oder überwiegend bewilligt hat.

(5) Ist bei Auftraggebern nach § 107 Nr. 6 des Gesetzes die Stelle, die unter § 107 Nr. 1 bis 3 des Gesetzes fällt, nach den Absätzen 1 bis 4 dem Bund zuzuordnen, ist die Vergabekammer des Bundes zuständig.

(6) Werden die Vergabeverfahren im Rahmen einer Organleihe für den Bund durchgeführt, ist die Vergabekammer des Bundes zuständig.

(7) Ist in entsprechender Anwendung der Absätze 1 bis 5 ein Auftraggeber einem Land zuzuordnen, ist die Vergabekammer des jeweiligen Landes zuständig.

(8) In allen anderen Fällen wird die Zuständigkeit der Vergabekammern nach dem Sitz (der Geschäftsführung) des Auftraggebers bestimmt.

§ 14 Bescheinigungsverfahren

(1) Auftraggeber im Sinne von § 107 des Gesetzes, die im Sektorenbereich tätig sind, können ihre Vergabeverfahren und Vergabepraktiken regelmäßig von einem Prüfer untersuchen lassen, um eine Bescheinigung darüber zu erhalten, daß diese Verfahren und Praktiken mit den §§ 106 Abs. 1 bis 3 des Gesetzes und den

nach §§ 7 bis 12 anzuwenden Vergabebestimmungen übereinstimmen.

(2) Für das Bescheinigungsverfahren gilt die Europäische Norm EN 45503[1]. Eine Bescheinigung nach Absatz 1 hat keinerlei Auswirkungen auf die nach dem Gesetz anhängigen Nachprüfungsverfahren.

(3) Akkreditierungsstelle für die Prüfer ist ....

(4) Die Prüfer sind unabhängig und müssen die Voraussetzungen der Europäischen Norm EN 45503 erfüllen.

(5) Die Prüfer berichten den Auftraggebern schriftlich über die Ergebnisse ihrer nach der EN-Norm durchgeführten Prüfung.

(6) Auftraggeber, die eine Bescheinigung erhalten haben, können im Rahmen ihrer zu veröffentlichenden Bekanntmachungen im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften folgende Erklärung abgeben:
„Der Auftraggeber hat gemäß der Richtlinie 92/13/EWG des Rates eine Bescheinigung darüber erhalten, daß seine Vergabeverfahren- und -praktiken am ... mit dem Gemeinschaftsrecht über die Auftragsvergabe und den einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts übereinstimmen."

(7) Auftraggeber können auch das von einem anderen Staat eingerichtete Bescheinigungssystem, das der Europäischen Norm EN 45503 entspricht, nutzen.

§ 15 Schlichtungsverfahren

---

[1] Die Europäische Norm EN 45503 ist veröffentlicht als DIN EN 45503 des DIN Deutsches Institut für Normung e. V., Berlin

(1) Jeder Beteiligte an einem Vergabeverfahren von Auftraggebern im Sinne von § 107 des Gesetzes, die im Sektorenbereich tätig sind, oder jeder, dem im Zusammenhang mit einem solchen Vergabeverfahren durch einen Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, kann ein nach den Absätzen 2 bis 7 geregeltes Schlichtungsverfahren in Anspruch nehmen.

(2) Der Antrag auf ein Schlichtungsverfahren ist an das Bundesministerium für Wirtschaft zu richten, das den Antrag unverzüglich an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften weiterleitet.

(3) Betrifft nach Auffassung der Kommission die Streitigkeit die korrekte Anwendung des Gemeinschaftsrechtes, informiert sie den Auftraggeber und bittet ihn, an dem Schlichtungsverfahren teilzunehmen. Das Schlichtungsverfahren wird nicht durchgeführt, falls der Auftraggeber dem Schlichtungsverfahren nicht beitritt. Der Antragsteller wird darüber informiert.

(4) Tritt der Auftraggeber dem Schlichtungsverfahren bei, schlägt die Kommission einen unabhängigen Schlichter vor. Jede Partei des Schlichtungsverfahrens erklärt, ob sie den Schlichter akzeptiert, und benennt einen weiteren Schlichter. Die Schlichter können bis zu zwei Personen als Sachverständige zu ihrer Beratung hinzuziehen. Die am Schlichtungsverfahren Beteiligten können die vorgesehenen Sachverständigen ablehnen.

(5) Jeder am Schlichtungsverfahren Beteiligte erhält die Möglichkeit, sich mündlich oder schriftlich zu äußern. Die Schlichter bemühen sich, möglichst rasch eine Einigung zwischen den Beteiligten herbeizuführen.

(6) Der Antragsteller und der Auftraggeber können jederzeit das Schlichtungsverfahren beenden. Beide kommen für ihre eigenen Kosten auf; die Kosten des Verfahrens sind hälftig zu tragen.

(7) Wird ein Antrag auf Nachprüfung nach § 115 des Gesetzes gestellt und hat bereits ein Beteiligter am Vergabeverfahren ein Schlichtungsverfahren eingeleitet, so hat der Auftraggeber die am Schlichtungsverfahren beteiligten Schlichter unverzüglich darüber zu informieren. Die Schlichter bieten dem Betroffenen an, dem Schlichtungsverfahren beizutreten. Die Schlichter können, falls sie es für angemessen erachten, entscheiden, das Schlichtungsverfahren zu beenden.

§ 16 Korrekturmechanismus der Kommission

(1) Ist die Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Laufe eines Vergabeverfahrens vor Abschluß des Vertrages der Auffassung, daß ein klarer und eindeutiger Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich der öffentlichen Aufträge vorliegt, teilt sie dies der Bundesregierung und dem Auftraggeber mit und fordert die Beseitigung des Rechtsverstoßes.

(2) Der Auftraggeber ist verpflichtet, innerhalb von 14 Kalendertagen nach Eingang dieser Mitteilung dem Bundesministerium für Wirtschaft zur Weitergabe an die Kommission eine Stellungnahme zu übermitteln, die insbesondere folgende Angaben enthält:

1. Die Bestätigung, daß der Verstoß beseitigt wurde oder

2. eine Begründung, warum der Verstoß nicht beseitigt wurde, gegebenenfalls daß das Vergabeverfahren bereits Gegenstand von Nachprüfungsverfahren nach dem Gesetz ist oder

3. Angabe, daß das Vergabeverfahren ausgesetzt wurde.

(3) Ist das Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Gesetz oder wurde es ausgesetzt, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Bundesministerium für Wirtschaft zur Weiterleitung an die Kommission unverzüglich zu informieren.

§ 17 Statistik

Die Vergabekammern und die Oberlandesgerichte informieren das Bundesministerium für Wirtschaft unaufgefordert bis zum 31. Januar eines jeden Jahres, erstmals bis 31. Januar 1999, über die Anzahl der Nachprüfungsverfahren des Vorjahres und deren Ergebnisse.

Dritter Abschnitt: Übergangs- und Schlußbestimmungen

§ 18 Übergangsbestimmungen

(1) Bereits begonnene Vergabeverfahren werden nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens galt, beendet. Ist der Zuschlag noch nicht erteilt, kann zur Nachprüfung des Verfahrens die Vergabekammer angerufen werden.

(2) Bereits anhängige Nachprüfungsverfahren werden nach dem Recht, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens galt, beendet. Ist der Zuschlag noch nicht erteilt, haben die Beteiligten die Möglichkeit, innerhalb von zwei Wochen nach der Entscheidung des Vergabeüberwachungsausschusses das für den am Sitz des Vergabeüberwachungsausschusses zuständige Oberlandesgericht anzurufen.

§ 19 Inkrafttreten

Diese Verordnung tritt am ersten Tage des auf die Verkündigung folgenden Kalendermonats in Kraft.

Der Bundesrat hat zugestimmt.

Bundesrat Drucksache **646/97** (Beschluß)

07.11.97

Stellungnahme
des Bundesrates

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

Der Bundesrat hat in seiner 718. Sitzung am 7. November 1997 gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Gesetzentwurf allgemein

   Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob angesichts der durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. September 1997 in der Rechtssache C-54/96 Dorsch Consult gegen Bundesbaugesellschaft erfolgten Anerkennung der deutschen Vergabeüberwachungsausschüsse als Gerichte im Sinne des Artikel 177 EGV eine gesetzgeberische Lösung unter Beibehaltung der Vergabeüberwachungsausschüsse als einzige gerichtsadäquate Rechtsschutzinstanz auch nach deutschem Verfassungsrecht möglich ist.

   Im Hinblick auf die vom Europäischen Gerichtshof erfolgte Interpretation der aus den Vergaberichtlinien der EG abzuleitenden Rechte der Bieter dürfte es zwar unerläßlich sein, in Abweichung von der bisherigen "haushaltsrechtlichen Lösung" einen Rechtsanspruch der tatsächlichen und potentiellen Bieter auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Vorschriften des Vergaberechts zu schaffen.

   Es ist jedoch vor einer grundlegenden Änderung des gegenwärtigen Rechtsschutzsystems gründlich zu prüfen, ob die grundgesetzlichen Vorschriften des Artikel 19 Abs. 4 GG (Rechtswegegarantie gegen Akte öffentlicher Gewalt) bzw. des Artikel 20 Abs. 3 GG (allgemeiner Justizgewährungsanspruchs aus Rechtsstaatsprinzip) auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (u.a. die sog. "Solange"-Beschlüsse) in jedem Fall eine Überprüfung der Bieterrechte durch förmliche Gerichte erfordern, oder ob die als Ge-

...

Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 1320, 53003 Bonn
Telefon: 0228/3820840, Telefax: 0228/3820844
ISSN 0720-2946

richte im Sinne des Artikel 177 EGV anerkannten Vergabeüberwachungsausschüsse als verfassungsrechtlich ausreichend angesehen werden können. Im Vergaberecht treten sich die öffentliche Hand und die Unternehmen nicht im Über-/Unterordnungsverhältnis, sondern im Gleichordnungsverhältnis gegenüber. Im Zuge der fortschreitenden europäischen Integration sollten daher in diesem Bereich für den Primärrechtsschutz auch neue Rechtsschutzlösungen im System des Grundgesetzes Anerkennung finden.

Bei Zugrundelegung der vorstehenden Überlegungen würde ferner zu prüfen sein, ob eine entsprechende Nachbesserung oder Änderung der im Haushaltsgrundsätzegesetz bestehenden Regelung für die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes (Vergabeprüfstellen und Vergabeüberwachungsausschüsse oder nur Vergabeüberwachungsausschüsse) ausreichen würde oder ob ein eigenes Vergabegesetz, in das die nachzubessernden Regelungen übernommen werden, geschaffen werden müßte. Die Regelung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wäre ohne eine Anbindung an die im Kartellbereich tätige Gerichtsinstanz nicht erforderlich.

2. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 2 nach dem Wort

"gestattet"

die Wörter

"; dies gilt auch für Arbeitsgemeinschaften und andere gemeinschaftliche Bewerber"

einzufügen.

Begründung:

Diese Änderung entspricht zwar weitgehend der geübten Praxis; die Verpflichtung zur gleichwertigen Behandlung von Bietergemeinschaften und Einzelunternehmen entspricht insbesondere den Interessen der mittelständischen Wirtschaft.

3. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 sind in § 106 Abs. 3 im zweiten Halbsatz vor dem Wort "weitergehende" die Wörter "andere oder" einzufügen.

...

Begründung:

Die vorgesehene Regelung der Regierungsvorlage ist zu eng gefaßt.

Einmal vermag sie nicht die Fälle zu erfassen, in denen im Verhältnis zu allgemeinen Auftragnehmern keine vergleichbaren oder andere Anforderungen zu stellen sind (z.B. nach dem Schwerbehindertengesetz an die Leistungsfähigkeit). Zum anderen sind auch länderspezifische Sonderregelungen denkbar, die nach der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsverteilung durch Landesrecht zu regeln sind.

Insofern dient die Regelung lediglich der Klarstellung des Gewollten.

4. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist in § 106 Abs. 3 im zweiten Halbsatz das Wort "Bundesgesetz" durch die Wörter "Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder" zu ersetzen.

Begründung:

Die Beschränkung auf Bundesgesetze hätte die Unzulässigkeit der von den Ländern teilweise durch Gesetz oder Verordnung, teilweise durch Verwaltungsvorschrift eingeführten Regelungen, insbesondere der Tariftreueerklärung, zur Folge. Es ist daher eine Regelung entsprechend § 2 Nr. 4 VOL/A Ausgabe 1997 vorzuziehen.

5. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 3 nach Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist in § 106 Abs. 3 folgender Satz anzufügen:

"Mittelständische Interessen sind angemessen zu berücksichtigen."

Begründung:

Der Wegfall des im ursprünglichen Entwurf enthaltenen Satzes 3, wonach mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen sind, entspricht nicht dem in den Verdingungsordnungen verankerten Prinzip der Mittelstandsfreundlichkeit der nationalen Vergaberegeln.

Da künftig vergabefremde Aspekte aus dem Vergabeverfahren verbannt sind, bedarf es zwingend der Klarstellung, daß mittelständische Interessen gerade

...

nicht den vergabefremden Aspekten zuzurechnen sind und ihren bisherigen hohen Stellenwert beibehalten.

6. Zu Artikel 1 (§ 106 Abs. 4 GWB)

In Artikel 1 ist in § 106 der Absatz 4 wie folgt zu fassen:

"(4) Der Zuschlag erfolgt nach den zuvor bekanntgegebenen Kriterien auf das wirtschaftlich günstigste Angebot."

Begründung:

Die Beschränkung auf das „wirtschaftlichste Angebot" ist zu eng und mißverständlich. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit ist zudem haushaltsrechtlicher Natur und nicht gleichbedeutend mit dem der EG-Vergaberichtlinien. Ohne Kenntnis der Regelungen der Richtlinien ist die Fassung der Regierungsvorlage mißverständlich und wird Anlaß vielfältiger Streitigkeiten sein.

Die Regelung ist zudem unvollständig. Zur Wahrung der Transparenz der Vergabeverfahren sind Auftraggeber verpflichtet, alle Wertungskriterien und damit die Zuschlagskriterien vorab und möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

Die EG-Vergaberichtlinien lassen die Wahl zwischen dem Kriterium des niedrigsten Preises und dem des „wirtschaftlich günstigsten Angebotes" (vgl. u.a. Artikel 30 der Dienstleistungskoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG). Bei dem Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots" werden in den EG-Vergaberichtlinien aber im einzelnen beispielhaft aufgezählte Kriterien zugelassen, die in ihrer Wertigkeit wichtiger sind als das Kriterium des „wirtschaftlichsten Angebots". Damit ist zugelassen, daß nicht das rein rechnerisch wirtschaftlichste das annehmbare Angebot ist. Besonders im Bau- und im Dienstleistungsrecht können solche anderen Kriterien im Vordergrund stehen (z.B. Gestaltung und/oder Funktionalität); Auslobungsverfahren, die erst zu einem Dienstleistungsauftrag führen sollen, können sich zudem (zunächst) ausschließlich auf gestalterische oder künstlerische Anforderungen beschränken (z.B. Ideenwettbewerbe).

Die Richtlinien schließen Zielkonflikte ausdrücklich dadurch aus, daß sie auf den Begriff des „wirtschaftlich günstigsten Angebots" zurückgreifen. In der gesetzlichen Umsetzung ist dieser differenzierenden Regelung sprachlich zweifelsfrei nachzufolgen.

7. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 106 Abs. 6 Satz 2 - neu - GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist dem § 106 Abs. 6 folgender Satz anzufügen:

"Ein Unternehmen kann die Verletzung einer Bestimmung über das Vergabeverfahren nach Satz 1 nur geltend machen, wenn

1. ihm aus der Verletzung der Vorschrift ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht oder
2. bei Beachtung der Bestimmung im Vergabeverfahren eine andere Entscheidung zugunsten des Unternehmens hätte ergehen können."

Begründung:

Satz 2 soll mißbräuchliche Nachprüfungsverfahren ausschließen, wenn der Verstoß gegen Bestimmungen im Vergabeverfahren ohne Relevanz für die dem Unternehmen gegenüber zu treffenden Entscheidungen ist. Ein Unternehmen, das auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, soll ein Nachprüfungsverfahren nicht erfolgreich einleiten können. Der in Satz 1 begründete Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der ihren Schutz bezweckenden Bestimmungen im Vergabeverfahren ist kein Selbstzweck, sondern soll deren Rechte sichern.

Die Regelung in Satz 2 ist erforderlich, um

1. das in Satz 1 gewährte subjektiv-öffentliche Recht auf Einhaltung der Grundsätze für die Auftragsvergabe, wie sie in den Absätzen 2 bis 4 und in anderen Bestimmungen über die Auftragsvergabe festgelegt worden sind, auf die Fälle zu begrenzen, wo das Unternehmen durch die Rechtsverletzung betroffen sein könnte und
2. das Nachprüfungsverfahren nach §§ 112 ff. nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle der öffentlichen Auftragsvergabe ausufern zu lassen, selbst wenn die behauptete Verletzung von Bestimmungen über die Auftragsvergabe ohne eine Relevanz für die Entscheidung über den Zuschlag ist.

Der vorgeschlagene Satz 2 beruht auf dem Grundgedanken, daß das Unternehmen, das sich auf eine Rechtsverletzung beruft, in eigenen rechtlich geschützten Interessen verletzt sein muß. Dies wird dahin konkretisiert, daß das sich an der Ausschreibung beteiligende Unternehmen (im folgenden: Bieter) den Anspruch aus Satz 1 nur geltend machen kann, wenn die Verletzung der Vorschrift beim Bieter zu einem Schaden geführt hat oder einen solchen herbeiführen kann (Nummer 1) oder bei richtiger Anwendung der Vorschrift eine dem Bieter günstige Entscheidung hätte ergehen können (Nummer 2).

Eine solche Beschränkung der Rechtsverfolgung stimmt mit den Vorgaben aus den Richtlinien der Organe der EG (Kommission und Rat) und der Rechtsprechung des EuGH überein.

...

Die europarechtlichen Anforderungen für den notwendigen Umfang der Nachprüfung der Entscheidungen im Vergabeverfahren ergeben sich aus Artikel 1 Absatz 3 der insoweit gleichlautenden Richtlinien der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (89/665) und des Rates der Europäischen Gemeinschaften (92/13) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge. Danach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß das Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte, und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Das Nachprüfungsverfahren muß demnach nur dann zur Verfügung gestellt werden, wenn der Bieter durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften einen Nachteil in seinem Vermögen bereits erlitten hat oder zu erleiden droht. Nur insoweit sollen den Unternehmen durch die genannten Richtlinien die Befugnis verliehen werden, Rechte wegen der Verletzung von Vergabevorschriften geltend machen zu können (zur rechtsbegründenden Wirkung von Richtlinien allgemein: EuGH - Urteil vom 8. Oktober 1996 - verb. Rs C-178/94, C-179/94, C-188/94 und C-190/94 - NJW 1996, 3141, 3142). Dieser durch die oben genannten Richtlinien geforderte Rechtsschutz wird durch die vorgeschlagene Nummer 1 sichergestellt.

Wann davon auszugehen ist, daß einem Bieter aus der Verletzung der Vorschrift ein Schaden entstehen kann, läßt sich aus der Regelung des Artikels 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG ableiten. Nach dieser Vorschrift kann Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung eines Angebots oder für die Kosten der Teilnahme an einem Auftragsvergabeverfahren durch das Unternehmen nur geltend gemacht werden, wenn es neben dem Verstoß gegen die Vergabevorschriften nachweist, daß sie eine "echte Chance" gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten. Dem entspricht die Formulierung im ersten Absatz der Präambel der Richtlinie 92/13/EWG, wonach Vorschriften für die Auftragsvergabe gewährleisten sollen, daß potentielle Lieferanten und Unternehmen eine angemessene Chance zur Erlangung von Aufträgen erhalten". Diese gemeinschaftsrechtlichen Regelungen haben im Entwurf ihren Niederschlag in § 135 gefunden.

Die Befugnis eines Unternehmens, die Nachprüfung der Ordnungsgemäßheit der Vergabe verlangen zu können, kann jedoch nicht auf die Fälle beschränkt werden, in denen aufgrund der Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ein Schaden bereits eingetreten ist oder einzutreten droht. Daher soll der Bieter nach der vorgeschlagenen Nummer 2 eine Verletzung von Vergabevorschriften auch dann geltend machen können, wenn bei Beachtung der Bestimmungen eine andere Entscheidung zugunsten des Unternehmens hätte ergehen können.

Der EuGH hat den Zweck der "materiell-rechtlichen" Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität der öffentlichen Auftragsvergabe in der Richtlinie der Kommission zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (88/295) dahin bestimmt, die Bieter vor "der Willkür der öffentlichen Auftraggeber" zu schützen (EuGH - Urteil vom 11. August 1995 - Rs C-433/93 - ZIP 1995, 1895, 1897). Soweit der Bieter hierdurch in seinen Rechten verletzt sei,

müsse er diese vor den nationalen Gerichten geltend machen können (EuGH, a.a.O.).

Eine Befugnis jedes Bieters, jede Verletzung einer auf Richtlinien der EG-Kommission beruhenden Vergabevorschrift geltend machen zu können, läßt sich allerdings auch aus dieser Entscheidung nicht entnehmen. Auch der EuGH verlangt insoweit die Verletzung eines Rechts des Bieters, ohne dieses freilich zu definieren.

Eine Verletzung eigener Rechte des Bieters läßt sich aber nur dann begründen, wenn die Einhaltung der Vergabevorschriften zu einer anderen, für den Bieter günstigen Entscheidung hätte führen können. War der Verstoß gegen eine Bestimmung des Vergaberechts dagegen für die gegenüber dem Bieter im Vergabeverfahren zu treffenden Entscheidungen ohne Bedeutung, ist ein subjektiv-öffentliches Recht des Bieters nicht verletzt worden.

Eine Verletzung von Rechten des Bieters liegt dann vor, wenn infolge der Verletzung der Vergabevorschriften dem Bieter der Zuschlag nicht erteilt worden ist. Der Bieter hat zwar auch nach den o.g. Richtlinien kein subjektiv-öffentliches Recht auf den Zuschlag, wohl aber einen Anspruch darauf, daß über sein Gebot in einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren entschieden wird. Wäre die Erteilung des Zuschlags aber auch im ordentlichen Verfahren aufgrund der Art oder des Inhalts des Gebots dieses Bieters von vornherein ausgeschlossen, so wird der Bieter durch die Verletzung der Verfahrensvorschriften in seinen Rechten nicht berührt. In diesen Fällen wird auch regelmäßig weder ein Schaden entstanden sein noch drohen.

8. Zu Artikel 1 (§ 109 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 109 Abs. 1 nach dem Wort "welche" die Worte "dem Vergabe- und Nachprüfungsrecht nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften unterliegen und" einzufügen.

Begründung:

Die Regelung dient der Klarstellung des Gewollten.

9. Zu Artikel 1 (§ 109 Abs. 2 GWB)

Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob die gesetzlich vorgeschriebene Wahl zum

...

Abschlußprüfer eines Unternehmens vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden kann.

Begründung:

Zahlreiche Unternehmen der öffentlichen Hand haben ihren Jahresabschluß und Lagebericht gemäß §§ 316 ff HGB durch einen Abschlußprüfer prüfen lassen.

Der aus einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht möglicherweise resultierende jährliche Wechsel des Abschlußprüfers kann insbesondere bei größeren Unternehmen die Intensität und Effizienz der Prüfung nachteilig beeinflussen, da das für das jeweilige Unternehmen erforderliche Spezialwissen auf längerer Erfahrung basiert; aus diesem Grund wird auch berufsrechtlich ein routinemäßiger Wechsel des Abschlußprüfers abgelehnt.

Da Abschlußprüfer aus anderen EU-Staaten ohne Eignungsprüfung i.S. der WPO keine Pflichtprüfungen nach deutschem Recht durchführen dürfen, macht eine europaweite Ausschreibung solcher Prüfungsaufträge keinen Sinn. Außerdem wäre auch eine nationale Ausschreibung in den Fällen kaum praktikabel, in denen der Abschlußprüfer vom Gericht zu bestellen ist (§ 318 Abs. 3 und 4 HGB).

10. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist § 110 Abs. 3 wie folgt zu fassen:

"(3) Nicht offene Verfahren sind Verfahren, bei denen nur die vom Auftraggeber ausgewählten Unternehmen ein Angebot abgeben können."

Begründung:

Anpassung des Gesetzestexts an die Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG (Artikel 1e), die Lieferrichtlinie 93/36/EWG (Artikel 1e), die Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG (Artikel 1f) und die Sektorenrichtlinie 93/38/EWG (Artikel 1 Nr. 7b).

...

11. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 5 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 110 Abs. 5 Satz 1 nach dem Wort "offene" die Worte "oder nicht offene" einzufügen.

Begründung:

Die jetzt vorgeschlagene Regelung steht nicht im Einklang mit Artikel 7 Abs. 4 der Richtlinie 93/37/EWG vom 14. Juni 1993 (Baukoordinierungsrichtlinie), wonach öffentliche Auftraggeber ihre Bauaufträge im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben können. Nach dem vorgelegten Gesetzentwurf wird die Möglichkeit, z.B. Funktionalausschreibungen wegen des damit verbundenen Arbeitsaufwandes für die Angebotserstellung nach öffentlichen Teilnehmerwettbewerb mit begrenzter Bieterzahl durchzuführen, in Zukunft praktisch ausgeschlossen, denn das Gesetz schriebe das offene Verfahren grundsätzlich verbindlich vor.

12. Zu Artikel 1 (§ 110 Abs. 5 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 110 Abs. 5 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Auftraggebern, die nur unter § 107 Nr. 4 fallen, stehen diese drei Verfahren mit Ausnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme nach ihrer freien Wahl zur Verfügung."

Begründung:

Die sog. Sektorenrichtlinie des EU läßt in Artikel 20 Abs. 2 Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nur unter definierten Voraussetzungen zu.

13. Zu Artikel 1 (§ 112 GWB)

Die Bundesregierung wird gebeten zu prüfen, ob in den Fällen, in denen die Vergabestellen gegen Rechtsakte der Aufsichtsbehörden den Rechtsweg beschreiten, abweichend vom an sich gegebenen Verwaltungsrechtsweg eine Zuweisung an das für den Primärrechtsschutz im Vergabeverfahren zuständige Gericht, d.h. nach dem vorliegenden Gesetzentwurf das Oberlandesgericht, erfolgen sollte. Auf diese Weise könnte vermieden werden, daß über ein und dasselbe Vergabeverfahren unter Umständen durch Gerichte unterschiedlicher Rechtswege entschieden wird.

...

14. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 1 der Satz 1 wie folgt zu fassen:

"Der Bund und die Länder können Vergabeprüfstellen einrichten."

Begründung:

Der derzeitige Entwurf engt die möglichen Organisationsformen in den Ländern zu sehr ein. Derzeit haben einige Länder sogenannte VOB-Stellen eingerichtet, die unterhalb der Schwellenwerte auch Vergabebeschwerden entgegennehmen, ohne daß ihnen Eingriffsbefugnisse zustehen. Die Zuweisung von Weisungsrechten ist daher nicht unbedingt nötig, zumal die Erfahrungen mit diesen Stellen positiv zu beurteilen sind. Die vorgeschlagene Formulierung eröffnet dagegen alle Möglichkeiten der Organisation der Vergabeprüfstellen. Eine Beschränkung auf Auftraggeber nach § 107 Nr. 1 bis 3 könnte entfallen, wodurch auch bei den übrigen Auftraggebern eine Beratungs- und Schlichtungstätigkeit ermöglicht würde.

15. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 1 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 1 Satz 2 nach dem Wort "können" das Wort "auch" einzufügen.

Begründung:

Die jetzige Formulierung legt die Auslegung nahe, daß die Vergabeprüfstellen ausschließlich bei den Fach- oder Rechtsaufsichtsbehörden angesiedelt werden können. Es muß jedoch den Ländern überlassen bleiben, an welcher Stelle sie die Vergabeprüfstellen ansiedeln.

16. Zu Artikel 1 (§ 113 Abs. 3 nach Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 113 Abs. 3 nach Satz 2 folgender Satz anzufügen:

"Die Prüfung durch die Vergabeprüfstelle ist nicht Voraussetzung für die Anrufung der Vergabekammer."

Begründung:

Es sollte klargestellt werden, daß die Tätigkeiten der Vergabeprüfstellen nicht Bestandteil des förmlichen Nachprüfungsverfahrens sind.

17. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 114 Abs. 2 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 114 wie folgt zu ändern:

a) In Absatz 2 Satz 1 sind nach der Angabe "§ 106 Abs. 6" die Wörter "sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind," einzufügen.

b) Absatz 3 ist zu streichen.

Begründung:

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll mit § 114 Abs. 3 ausgeschlossen werden, daß ein vorbeugender Unterlassungsanspruch in einem anderen Verfahren vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann. Dieses Ziel wird erreicht, wenn in Absatz 2 Satz 1 außer für die Rechte aus § 106 Abs. 6 auch für damit konkurrierende Ansprüche, die auf anderen Normen beruhen, vorgeschrieben wird, daß sie nur in dem Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 112 ff. GWB-E verfolgt werden können. Absatz 3 ist dann entbehrlich.

18. Zu Artikel 1 (§ 115 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 sind in § 115 Abs. 2 die Sätze 2 und 3 wie folgt zu fassen:

"Der Vorsitzende muß Beamter auf Lebenszeit mit der Befähigung zum höheren Verwaltungsdienst oder ein vergleichbar fachkundiger Angestellter sein. Der Vorsitzende oder der hauptamtliche Beisitzer muß die Befähigung zum Richteramt haben."

Begründung:

Die Vergabekammern stellen im Gegensatz zum derzeitigen Vergabeüberwachungsausschuß keine gerichtsäquivalenten letzten Instanzen dar.

Die formalen Qualifikationsanforderungen können daher ohne Reduzierung der Entscheidungsqualität vermindert werden.

...

19. Zu Artikel 1 (§ 115 Abs. 2a - neu - GWB)

In Artikel 1 ist in § 115 nach Absatz 2 folgender Absatz 2a - neu - einzufügen:

"(2a) Die Kammer kann das Verfahren dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer ohne mündliche Verhandlung durch unanfechtbaren Beschluß zur alleinigen Entscheidung übertragen. Diese Übertragung ist nur möglich, sofern die Sache keine wesentlichen Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird."

Begründung:

Die Entscheidung der Vergabekammer ist zur Beschleunigung des Verfahrens innerhalb der in § 123 Abs. 1 Satz 1 genannten Frist zu treffen. Innerhalb dieses Zeitraumes kann die Durchführung von mündlicher Verhandlung, Beratung sowie Beschlußfassung erheblichen organisatorischen Problemen unterliegen. Dies gilt insbesondere, wenn vor der Kammer mehrere Verfahren anhängig sind. Daher sollte entsprechend des Vorbildes der Prozeßordnung eine Verfahrensvereinfachung in unproblematischen Fällen geschaffen werden, um so zu einer Verfahrensbeschleunigung zu gelangen.

20. Zu Artikel 1 (§ 116 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 ist § 116 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Die Einrichtung, Organisation und Besetzung der in diesem Abschnitt genannten Stellen (Nachprüfungsbehörden) der Länder bestimmen die nach Landesrecht zuständigen Stellen, mangels einer solchen Bestimmung die Landesregierung, die die Ermächtigung weiter übertragen kann; sie können hinsichtlich der Organisation und Besetzung auch von diesem Abschnitt abweichende Regelungen treffen. Die Länder können gemeinsame Nachprüfungsbehörden einrichten."

Begründung:

Die Bestimmung der zur Ausführung von Bundesrecht zuständigen Landesstellen sowie deren Organisation ist grundsätzlich Sache der Länder (Artikel 84 Abs. 1 GG). Bundesrecht sollte insoweit "offen" gestaltet werden und es den Ländern überlassen, wie die zuständigen Behörden ausgestaltet werden.

...

Im Hinblick auf die bestehenden haushaltswirtschaftlichen Sparzwänge und die aktuellen Bestrebungen zur Verwaltungsreform muß es den Ländern überlassen bleiben, entsprechend den bei ihnen bestehenden unterschiedlichen Verhältnissen die aus ihrer Sicht zur Vereinfachung des Vollzugs jeweils geeignetsten Lösungen zu treffen. Zu starre Vorgaben, die von einzelnen Ländern personell nicht bewältigt werden können, würden dem Ziel einer zügigen Nachprüfung zuwiderlaufen und könnten zu einer vermehrten Anrufung der Gerichte führen. Im übrigen entspricht der geforderte Gestaltungsspielraum auch den föderalen Grundprinzipien.

21. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 der Absatz 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 106 Abs. 6 dahingehend schlüssig darlegt, daß durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften ihm der Zuschlag nicht erteilt wurde oder möglicherweise nicht erteilt werden wird."

Begründung:

Das Interesse von Unternehmen ist primär darauf gerichtet, den Zuschlag zu erhalten. Der Versuch, weitergehende Ansprüche durchzusetzen, verzögert das Vergabeverfahren unnötig und ist von einer mißbräuchlichen Rechtsanwendung kaum noch in der Praxis zu unterscheiden.

22. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 2 Satz 2 - neu -GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 Abs. 2 nach Satz 1 folgender Satz anzufügen:

"Dabei ist darzulegen, daß dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Begründung:

Der bloße Vortrag eines Bieters, Interesse an einem Auftrag zu haben und in seinen Rechten gem. § 106 Abs. 6 verletzt zu sein, wird für unzureichend gehalten.

...

Es muß seitens des sich an der Ausschreibung beteiliegenden Bieters konkretisiert werden, daß ein behaupteter Rechtsverstoß bei ihm zu einem Schaden geführt hat oder aber führen kann. Es muß verhindert werden, daß ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebots und auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes - Nachprüfungsverfahrten einleiten kann. Auf Artikel 1 Abs. 3 sowie Artikel 2 Abs. 1 c der Rechtsmittelrichtlinie (89/665/EWG) wird ergänzend verwiesen.

23. Zu Artikel 1 (§ 117 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 ist in § 117 Abs. 3 folgender Satz anzufügen:

"Der Antrag ist außerdem unzulässig, wenn Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden."

Begründung:

Aufgrund der wortgleich im Supplement zum EG-Amtsblatt und gegebenenfalls in nationalen Veröffentlichungsorganen veröffentlichten Bekanntmachungen sind für den Bewerber/Bieter eine Reihe von wichtigen Entscheidungen des Auftraggebers, wie z.B. Wahl der Vergabeart, Fristbemessung usw. erkennbar. Es erscheint für den Bewerber/Bieter zumutbar, durch rechtzeitige Rüge zur Vermeidung von Verzögerungen der Vergabeverfahren durch späte Antragstellung auf Nachprüfung beizutragen. Da sich der Bewerber/Bieter auf jeden Fall bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist mit der Bekanntmachung auseinandersetzen mußte, ist eine Präklusion der Rüge mit Ablauf dieser Frist zumutbar.

24. Zu Artikel 1 (§ 120 Abs. 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 sind in § 120 Abs. 1 Satz 1 am Ende folgende Wörter anzufügen:

", soweit dieses zur Prüfung der geltend gemachten Rechtsverletzung erforderlich ist"

Begründung:

Das Verfahren dient zur Durchsetzung von subjektiven Rechten und nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitsprüfung des Vergabeverfahrens. Es ist daher nicht

...

erforderlich, daß die Sachverhaltsermittlung über den Beschwerdegegenstand hinausgeht (s. auch Begründung zu § 120). Die Begrenzung dient der Beschleunigung und damit der Vermeidung von Investitionshemmnissen.

25. Zu Artikel 1 (§ 121 Abs. 3 Satz 3 - neu - GWB)

In Artikel 1 ist in § 121 Abs. 3 nach Satz 2 folgender Satz anzufügen:

"Satz 2 gilt nicht für Angebote und deren Anlagen."

Begründung:

Angebote unterliegen der Geheimhaltung. Da sie im Nachprüfungsverfahren nicht vom Bieter, sondern als Teil der Vergabeakten von der Vergabestelle vorgelegt werden, reicht die Fiktion in Satz 2 nicht aus. Mit der o.g. Formulierung wird klargestellt, daß eine Einsicht in Angebote nur mit Zustimmung der betroffenen Bieter gewährt werden darf.

26. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 122 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 122 Abs. 2 wie folgt zu fassen:

"(2) Auch wenn die Beteiligten in dem Verhandlungstermin nicht erschienen oder nicht ordnungsgemäß vertreten sind, kann in der Sache verhandelt und entschieden werden."

Begründung:

Klarstellung zur Vermeidung von Mißverständnissen.

27. Zu Artikel 1 (§ 124 Abs. 1 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 ist in § 124 Abs. 1 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Sie ist an die Anträge nicht gebunden."

...

Begründung:

Der Sinn des Nachprüfungsverfahrens von den Vergabekammern ist es, Unternehmern ein durchsetzbares subjektives Recht auf Einhaltung der Vergabebestimmungen einzuräumen. Eine umfassende Prüfung des Vergabeverfahrens ist vor diesem Hintergrund nicht erforderlich und auch innerhalb der in § 123 Abs. 1 Satz 1 genannten Frist nicht realisierbar.

28. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 125 Abs. 2 , § 128 Abs. 2 - neu - GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

a) § 125 Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

"(2) Auf Antrag des Auftraggebers kann die Vergabekammer den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluß der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Gegen die Gestattung des Zuschlags kann der Antragsteller beim Beschwerdegericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens nach Absatz 1 beantragen. Gegen die Ablehnung seines Antrags steht dem Auftraggeber die sofortige Beschwerde zu. §§ 127, 57 sind entsprechend anzuwenden."

b) § 128 ist wie folgt zu ändern:

aa) Der bisherige Text wird Absatz 1.

bb) Folgender Absatz 2 ist anzufügen:

"(2) Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde tritt nicht ein, wenn die Vergabekammer dem Auftraggeber nach § 125 Abs. 2 Satz 1 den Zuschlag gestattet hat. Anträgen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens nach § 125 Abs. 2 Satz 2 ist stattzugeben, wenn der Antrag nach § 117 oder die sofortige Beschwerde nach § 126 offensichtlich begründet erscheint und die in § 131 bezeichneten Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung über den Zuschlag nicht vorliegen. Das Beschwerdegericht kann die aufschiebende Wirkung wiederherstellen, wenn unter Abwägung der in § 131 Abs. 1 Satz 2 bezeichneten Interessen die Nachteile für den Antragsteller die Vorteile an der raschen Erteilung des Zuschlags wesentlich überwiegen."

Begründung:

Der Rechtsbehelf gegen eine "Eilentscheidung" der Vergabekammer über die sofortige Gestattung des Zuschlags an den Auftraggeber soll keine aufschiebende Wirkung haben. Nach dem vorliegenden Entwurf bliebe die Entscheidung der Vergabekammer nach § 125 Abs. 2 Satz 1 insoweit praktisch wirkungslos, da jede Beschwerde Suspensiveffekt hat. Dies widerspricht jedoch dem Zweck der Gestattung des Zuschlags vor einem Abschluß des Nachprüfungsverfahrens. Die gesetzliche Aussetzung des Vergabeverfahrens durch einen Antrag auf Nachprüfung gemäß § 125 Abs. 1 wird durchbrochen, wenn die Vergabekammer feststellt, daß die Interessen des Auftraggebers und der Allgemeinheit an einer sofortigen Vergabe die damit verbundenen Nachteile für den Auftraggeber überwiegen. § 125 Abs. 2 Satz 1 soll damit überwiegende Interessen des Auftraggebers und der Allgemeinheit durch Gestattung eines Zuschlags schon vor Abschluß des Nachprüfungsverfahrens Geltung verschaffen. Eine solche einstweilige Regelung kann nur wirksam sein, wenn Rechtsbehelfe hiergegen nicht automatisch Suspensiveffekt haben. In solchen Fällen muß es vielmehr dem Antragsteller obliegen, beim Oberlandesgericht eine von der Gestattung des Zuschlags abweichende Entscheidung zu beantragen und die für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Nachprüfungsverfahrens erforderlichen Tatsachen vorzutragen.

Zu a) - § 125 Abs. 2

Die vorgeschlagene Änderung in Satz 2 sieht deshalb vor, daß in diesen Fällen der vor der Vergabekammer unterlegene Bieter die aufschiebende Wirkung des Antrags auf Nachprüfung beim Beschwerdegericht beantragen muß. Hat die Vergabekammer dagegen den Antrag abgelehnt, so steht dem Auftraggeber nach Satz 3 das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Sowohl für den Antrag des Bieters auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung als auch für die sofortige Beschwerde gelten die Form und die Fristen in § 127, was durch Satz 3 klargestellt wird.

Zu b) - § 128 Abs. 2 - neu -

Durch Satz 1 wird klargestellt, daß bei einem Antrag auf Wiederherstellung die aufschiebende Wirkung nicht schon mit der Einlegung des Rechtsbehelfs, sondern erst mit der Anordnung durch das Beschwerdegericht eintritt.

Die folgenden Sätze 2 und 3 bestimmen, wie das Oberlandesgericht über solche Anträge zu entscheiden hat. Einen Antrag des Bieters auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist entsprechend allgemeinen Grundsätzen stattzugeben, wenn schon bei summarischer Prüfung der Antrag auf Nachprüfung vor der Vergabekammer nach § 117 Abs. 1 oder - wenn die Kammer bereits nach § 124 Abs. 3 Satz 1 entschieden und der Bieter eine Beschwerde eingelegt hat - die Beschwerde nach § 126 offensichtlich begründet erscheint und auch die besonderen Voraussetzungen, die eine Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 131 Abs. 1 rechtfertigen würden, hier nicht vorliegen. In diesem Fall darf kein voraussichtlich rechtswidriger Zuschlag erfolgen, wenn man einen subjektiv-öffentlichen Anspruch jedes Bieters auf eine rechtmäßige Ver-

...

gabeentscheidung anerkennt, worauf der Entwurf beruht. Unter den in Absatz 2 Satz 2 bestimmten Voraussetzungen hat das Oberlandesgericht die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen.

Nach Satz 3 kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung auch dann anordnen, wenn es unter Abweichung der beteiligten Interessen abweichend von der Entscheidung der Vergabekammer zu dem Ergebnis kommt, daß die Nachteile für den Bieter, falls er den Auftrag nicht erhält, wesentlich gravierender wären als das Interesse der Allgemeinheit an einem schnellen Abschluß des Vergabeverfahrens und einer damit verbundenen zügigen Auftragsdurchführung. Satz 3 erlaubt insoweit eine "volle" Nachprüfung der nach § 125 Abs. 2 Satz 1 von der Vergabekammer vorgenommenen Abwägung der gegenseitigen Interessen. Den Interessen des Bieters ist hinreichend genügt, wenn das Oberlandesgericht die Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung des Zuschlags in vollem Umfang nachprüfen und die aufschiebende Wirkung wiederherstellen kann.

29. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 126 Abs. 3 Satz 3, § 126 Abs. 4 - neu - GWB), Artikel 4 (Inkrafttreten)

a) In Artikel 1 Nr. 1 ist § 126 wie folgt zu ändern:

aa) Absatz 3 Satz 3 ist zu streichen.

bb) Folgender Absatz 4 ist anzufügen:

"(4) Rechtssachen nach Absatz 3 können von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung anderen Oberlandesgerichten oder dem Obersten Landesgericht zugewiesen werden. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen."

Begründung:

Den Ländern soll die Möglichkeit eröffnet werden, die Entscheidung über die sofortigen Beschwerden nach § 126 GWB im Wege der Konzentration einem oder einigen der Oberlandesgerichte oder dem Obersten Landesgericht zuzuweisen. Die bloße Verweisung im Regierungsentwurf auf § 93 GWB erscheint nicht umfassend genug: So könnte sich aus gerichtsorganisatorischen Gründen durchaus anbieten, Vergabesachen abweichend vom Sitz der Vergabekammer bei einem an einem anderen Ort befindlichen Oberlandesgericht oder einem Obersten Landesgericht zu konzentrieren. So wird in Bayern etwa diskutiert, die Vergabesachen dem Obersten Landesgericht zu übertragen. Hinge die Konzentration von dem Kriterium der Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung ab, könnte der Erlaß einer entsprechenden Konzentrationsverordnung auf Argumentationsschwierigkeiten stoßen, wenn gleichzeitig nur eine Vergabekammer eingerichtet würde. Dann würde es zur Sicherung der Einheitlichkeit der

...

Rechtsprechung auch genügen, das Oberlandesgericht an dem entsprechenden Ort für zuständig zu erklären.

b) Artikel 4 ist wie folgt zu fassen:

"Artikel 4
Inkrafttreten

Artikel 1 Nr. 1 § 126 Abs. 4 tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft. Im übrigen tritt das Gesetz am 1. Januar 1999 in Kraft."

Begründung:

Die Verordnungsermächtigung sollte sofort in Kraft treten, um den Ländern eine Entscheidung über die Konzentration der Vergabesachen noch vor Inkrafttreten des Gesetzes im übrigen zu ermöglichen.

30. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 131 Abs. 2 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 sind in § 131 Abs. 2 Satz 3 die Wörter "ist das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt" durch die Wörter "kann das Verfahren über die Beschwerde ausgesetzt werden" zu ersetzen.

Begründung:

Durch die vorgesehene Fassung von § 131 Abs. 2 Satz 3 wird dem Gericht zwingend vorgeschrieben, bei Stellung eines Antrags auf Vorabentscheidung nach § 131 Abs. 1 das Beschwerdeverfahren auszusetzen. Dies ist nicht zweckmäßig, da Fälle denkbar sind, in denen das Beschwerdeverfahren u.U. schon bei Stellung eines Antrags auf Vorabentscheidung über den Zuschlag entscheidungsreif ist; bei dieser Konstellation erscheint es nicht sachgerecht, eine gleichzeitige Entscheidung über die sofortige Beschwerde gesetzlich zu verhindern. Zur Vermeidung unnötiger Belastung der gerichtlichen Praxis sowie im Interesse größerer Flexibilität der mit der sofortigen Beschwerde befaßten Spruchkörper sollte die Aussetzung des Beschwerdeverfahrens daher in das Ermessen des Gerichts gestellt werden.

31. Zu Artikel 1 (nach § 131 GWB)

In Artikel 1 ist nach § 131 folgender § 131a einzufügen:

...

"§ 131a
Ende des Vergabeverfahrens nach Entscheidung
des Beschwerdegerichts

Ist der Auftraggeber ..... (weiter wie Reg.vorlage § 111) ... "

Als Folge

ist in Artikel 1 der § 111 zu streichen.

Begründung:

§ 111 regelt ausschließlich die Folgen einer Ablehnung eines Antrags nach § 131. Er gehört daher systematisch nicht in den ersten Abschnitt des Entwurfs.

32. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 133 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 sind in § 133 Abs. 1 nach dem Wort "Oberlandesgerichts" die Wörter "sowie gegebenenfalls des nach Absatz 2 angerufenen Bundesgerichtshofs" einzufügen.

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

Im Schadensersatzprozeß ist auch eine Bindungswirkung des ordentlichen Gerichts an eine Entscheidung des gegebenenfalls nach Maßgabe der Regelung in § 133 Abs. 2 angerufenen Bundesgerichtshofs gewollt; der Wortlaut von § 133 Abs. 1 ist daher entsprechend zu ergänzen.

33. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 134 Abs. 1 wie folgt zu fassen:

"(1) Erweist sich der Antrag nach § 117 oder die sofortige Beschwerde nach § 126 als von Anfang an ungerechtfertigt und liegt ein Mißbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts vor, ist der Antragsteller oder der Beschwerdeführer verpflichtet, dem Gegner und den Beteiligten den Schaden zu ersetzen, der ihnen durch den Mißbrauch entstanden ist."

...

Begründung:

Klarstellung des Gewollten.

34. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 1, 2 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Absätze 1 und 2 des vorgeschlagenen § 134 GWB dahingehend zu verändern sind, daß - wie dies bereits in Absatz 3 vorgesehen ist - Schadensersatz ähnlich wie in § 945 ZPO zu leisten ist, ohne daß ein Mißbrauch des Antrags- oder Beschwerderechts nachzuweisen ist.

Begründung:

Die bisherigen Absätze 1 und 2 des vorgeschlagenen § 134 GWB knüpfen Schadensersatzansprüche lediglich an Mißbrauch des Antrags- und Beschwerderechts. Sie sollen spezielle Ausprägungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB und eines Prozeßbetruges nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB sein.

Als solche bedürften sie allerdings keiner gesonderten Normierung, da die allgemeinen Vorschriften für Schadensersatzansprüche ausreichend sind.

Es sollte geprüft werden, ob eine Schadensersatznorm geschaffen werden sollte, die wie § 945 ZPO allein an die Feststellung anknüpft, daß ein Antrag oder eine sofortige Beschwerde von Anfang an ungerechtfertigt war, ohne daß es der Darlegung und des Beweises eines Mißbrauchs bedarf.

Die in dem Entwurf genannten Mißbrauchsvoraussetzungen sind so sehr an subjektive Merkmale geknüpft, daß ein Nachweis in der Praxis kaum je gelingen würde, außer daß eine vorsätzliche Straftat nachgewiesen wird. Die Vorschrift dürfte daher praktisch kaum Bedeutung erlangen und nicht zu einer Verhinderung von ungerechtfertigten Anträgen und sofortigen Beschwerden beitragen.

Wirksamer dürfte vielmehr eine Vorschrift sein, die wie § 945 ZPO, der sich im großen und ganzen bewährt hat, an klarere Merkmale anknüpft, nämlich an die Feststellung, daß ein Antrag oder eine Beschwerde von Anfang an ungerechtfertigt war. Beschwerdeführer werden bei einem höheren Schadensersatzrisiko sich auf wirklich aussichtsreiche Anträge und Beschwerden beschränken. Dies reduziert die Belastung von Verwaltung und Gerichten auf den Kernbereich der Verfahren.

...

35. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 134 Abs. 3 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in Artikel 1 Nr. 1 in § 134 Abs. 3 die Wörter "auf besonderen Antrag" durch die Wörter "entsprechend einem besonderem Antrag" zu ersetzen sind.

Begründung:

Ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch für die Vollziehung vorläufiger Maßnahmen ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Eilentscheidung der Vergabekammer in vollem Umfang dem Antrag des Antragstellers entspricht. Anders als die Zivilgerichte bei der Anordnung eines Arrestes sind die Vergabekammern nach § 124 Abs. 1 Satz 2 GWB-E nicht an Anträge gebunden und können über gestellte Anträge hinausgehen. Es muß deshalb im Gesetzestext klargestellt werden, daß die Haftung nur eingreift, soweit die Eilmaßnahme dem Antrag des Antragstellers inhaltlich entspricht.

36. Zu Artikel 1 Nr. 1 (§ 135 GWB)*)

In Artikel 1 Nr. 1 ist § 135 wie folgt zu fassen:

"§ 135
Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens

Hat der Auftraggeber gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift verstoßen und wäre das Unternehmen ohne diesen Verstoß bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen, so kann das Unternehmen Schadensersatz für die Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verlangen. Weiterreichende Ansprüche auf Schadensersatz bleiben unberührt."

Begründung:

§ 135 GWB-E ist als Beweislastregelung formuliert, legt aber tatsächlich die Voraussetzungen für einen auf das negative Interesse gerichteten Schadensersatzanspruch fest. Der eigentliche Inhalt der Regelung sollte in der Formulierung hinreichend zum Ausdruck kommen. Die Beweislast braucht nicht gere-

*) Ziffern 36 bis 38 sind im weiteren Verfahren redaktionell zusammenzuführen.

gelt zu werden, weil sie hier dem allgemeinen Grundsatz folgen soll, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht, dessen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat.

Der Vorbehalt in Satz 2 ist notwendig, um das mögliche Mißverständnis auszuschließen, durch § 135 GWB-E sollten Schadensersatzansprüche, die auf das positive Interesse gerichtet sind (vgl. BGH NJW 1993, 520, 521), ausgeschlossen werden.

37. Zu Artikel 1 (§ 135 GWB) *)

In Artikel 1 sind in § 135 die Wörter "bei der Wertung der Angebote in die engere Wahl gekommen wäre" durch die Wörter "nach der Wertung der Angebote eine echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten, die aber durch den Rechtsverstoß beeinträchtigt wurde" zu ersetzen.

Begründung:

Die Gewährung des vereinfachten Schadensersatzanspruches in allen Fällen, in denen das Angebot des Anspruchstellers „bei der Wertung in die engere Wahl kommt", geht über den Rahmen dessen hinaus, was nach Artikel 2 Abs. 7 der Richtlinie 92/13/EWG verlangt wird. Nur wer eine „echte Chance gehabt hätte", nicht jedoch auch wer nur in eine engere Wahl gekommen ist, hat einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch; es liegen insoweit unterschiedliche Grade der Stellung in der Bieterfolge vor. Die Fassung ist jedenfalls mißverständlich und daher dem Wortlaut der Richtlinie anzupassen. Streitigkeiten werden damit auf den unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsbereich beschränkt.

38. Zu Artikel 1 (§ 135) *)

In Artikel 1 sind in § 135 nach den Worten

"an einem Vergabeverfahren"

die Worte

"im Bereich der Trinkwasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor" einzufügen.

...

Begründung:

§ 135 gewährt für Vertrauensschäden einen vereinfachten Nachweis bei allen Auftragsvergaben (Liefer-, Bau-, Dienstleistungs- und Sektorenaufträge); die Schadensersatzleistungen können in der Summe erheblich sein.

Ein vereinfachtes Nachweisverfahren (verringerter Kausalitätsnachweis für einen Schadensersatz für die Kosten eines vergeblich abgegebenen Angebots) verlangt nur Artikel 2 Absatz 7 der Nachprüfungsrichtlinie 92/13/EWG (Sektoren-Auftragsvergaben).

Im Falle von Liefer- Bau- und allgemeinen Dienstleistungsaufträgen gewährt Artikel 2 Abs. 1 Buchst. c) der Nachprüfungsrichtlinie 89/665/EWG keine vergleichbare Vereinfachung. Aus der Begründung der Gesetzesvorlage zu § 135 ergibt sich, daß nur der Sondertatbestand für den Sektorenbereich geregelt werden soll.

Die vorgesehene Gesetzesvorschrift bedarf daher der Klarstellung, wenn nicht sogar der Beschränkung, falls der Gesetzesentwurf hier über den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen und die gegebene Begründung hinaus gehen will.

39. Zu Artikel 1 (§ 137 Abs. 1 und 2a - neu - GWB)

Artikel 1 ist in § 137

a) in Absatz 1 der Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Für die Erhebung von Kosten durch die Vergabekammern des Bundes findet das Verwaltungskostengesetz Anwendung.";

b) nach Absatz 2 folgender Absatz 2a einzufügen:

"(2a) Für die Erhebung von Kosten durch die Vergabekammern der Länder gilt Landesrecht. Die Absätze 3 und 4 bleiben unberührt."

Begründung:

Die vorgesehenen Bestimmungen über die Anwendung des Verwaltungskostengesetzes auch für die Landesbehörden und die Regelung der Gebührenhöhe durch den Bund entsprechen nicht dem Gesetzentwurf des Bundes zur Neuregelung des Verwaltungskostenrechts. Darin ist vorgesehen, die Anwendung des Verwaltungskostengesetzes auf die Bundesbehörden zu beschränken. Außerdem wird seitens der Länder das Ziel verfolgt, die Kostenhöhe landesrechtlich zu regeln. Die Refinanzierung des Verwaltungsaufwands soll durch die Körperschaften bestimmt werden, deren Behörden den Verwaltungsaufwand tragen.

Daher soll die Anwendung des Verwaltungskostengesetzes auf die Vergabekammern des Bundes beschränkt werden.

...

In einem neuen Absatz 2a wird klargestellt, daß die Erhebung von Kosten durch die Vergabekammern der Länder landesrechtlich geregelt wird. Die Anwendung des Verwaltungskostengesetzes des Bundes ist nicht erforderlich, da die Länder eigene Verwaltungskostengesetze haben.

Hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Regelungen und der Billigkeitsmaßnahmen in den bisherigen Absätzen 3 und 4 bestehen keine Bedenken. Es handelt sich in Absatz 3 - im Gegensatz zu den Vorschriften des Verwaltungskostengesetzes des Bundes - um Regelungen, die über die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungskostengesetzes hinausgehen. Sie können daher auch als für die Länder geltend akzeptiert werden. In Absatz 4 finden sich Bestimmungen für den Fall eines erfolgreichen Nachprüfungsverfahrens. Daß in diesen Fällen keine Kosten erhoben werden können, versteht sich von selbst, kann aber ausdrücklich im Gesetz klargestellt werden.

40. Zu Artikel 1 (§ 137 Abs. 4 nach Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist in § 137 Abs. 4 nach Satz 1 folgender Satz einzufügen:

"Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen."

Begründung:

Die bisherige Erfahrung zeigt, daß jedenfalls in Verfahren vor den Vergabeüberwachungsausschüssen auch Vergabestellen regelmäßig anwaltlich vertreten sind. Angesichts der hohen Streitwerte führt dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Kostenbelastung der Vergabestellen, die sich gegen im Ergebnis unbegründete Anträge zur Wehr setzen.

Aus der Begründung zum Gesetzentwurf ist zwar zu entnehmen, daß die unterliegende Partei die notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zu tragen hat. Dieses Ziel findet sich aber im Gesetz nicht wieder, da Absatz 3 nur von Kosten spricht, die in Absatz 1 als Gebühren und Auslagen definiert sind. Auch die folgenden Sätze des Absatzes 3 betreffen nur die bei den Kammern anfallenden Kosten.

41. Zu Artikel 1 (§ 138 GWB)

In Artikel 1 ist in § 138 folgender Absatz 2 anzufügen:

"(2) Für die Erhebung von Kosten durch die Vergabeprüfstellen der Länder gilt Landesrecht."

...

Als Folge

wird der bisherige Wortlaut des § 138 zu einem neuen Absatz 1.

Begründung:

§ 138 enthält bisher nur eine Regelung der Kosten für die Vergabeprüfstellen des Bundes. Daraus kann zwar hinsichtlich der Verwaltungskosten der Vergabeprüfstellen der Länder eine Länderkompetenz abgeleitet werden. Zur Klarstellung soll die Länderkompetenz aber ausdrücklich im Gesetz geregelt werden.

42. Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

In Artikel 4 ist die Zahl

"1998"

durch die Zahl

"1999"

zu ersetzen.

Als Folge sind

in Artikel 3 Nr. 2 Satz 1 die Zahl

"1997"

durch die Zahl

"1998"

zu ersetzen.

Begründung:

Die organisatorische Umsetzung einschließlich des Personaleinsatzes erfordert einen größeren zeitlichen Spielraum.

...

43. Zum Gesetzentwurf allgemein

Der Bundesrat verweist auf seine Entschließung vom 24.04.1997 (BR-Drucksache 82/97). Hinsichtlich der vorgesehenen Novellierung der Verordnungsregelungen erwartet er eine gründliche Überarbeitung des materiellen Vergaberechtes mit dem Ziel der Deregulierung und der Rechtsklarheit sowie der Wahrung seiner Mitwirkungsrechte beim Zustandekommen des normativen Teils der Vergabevorschriften.

Begründung:

Die Verdingungsordnungen sind nach Aufbau und Inhalt unübersichtlich geworden. Sie erfüllen nur eingeschränkt die Anforderungen, die an gesetzliche Normen zu stellen sind.

44. Zum Gesetzentwurf im ganzen

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, beim Erlaß der Rechtsverordnung nach diesem Gesetz sowie in den Verdingungsordnungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabegrundsätze die Teilnahme eines Unternehmens an dem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung nach der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29. Juni 1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (ABl. EG Nr. L 168, S. 1) sowie dem Umweltauditgesetz vom 7. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1591) angemessen zu berücksichtigen.

Außerdem sollen eingeführte Umweltzeichen berücksichtigt werden.

Begründung:

Das von der EU eingeführte Öko-Audit-System führt zu einer Zertifizierung durch Dritte und muß daher auch im öffentlichen Vergabewesen Berücksichtigung finden.

Bundesrat zu Drucksache **646/97**

26.09.97 S. 89

Beschluß
des Bundesrates

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

Der Bundesrat hat in seiner 716. Sitzung am 26. September 1997 beschlossen, zu dem am 5. September 1997 zugeleiteten Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 Satz 3 des Grundgesetzes eine Verlängerung der Frist zur Stellungnahme zu verlangen.

Begründung:

Es handelt sich um eine sehr komplexe Gesetzesmaterie, die einer eingehenden Prüfung und Beratung bedarf. Die erwarteten umfangreichen Beratungen sind innerhalb der üblichen Beratungsfrist des Bundesrates nicht in dem erforderlichen Umfang durchzuführen.

Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 1320, 53003 Bonn
Telefon: 0228/3820840, Telefax: 0228/3820844
ISSN 0720-2946