

**09.12.02**

**Empfehlungen  
der Ausschüsse**

Wi - Fz - Wo

zu **Punkt ...** der 784. Sitzung des Bundesrates am 20. Dezember 2002

---

**Zweite Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung**

**A.**

**Der federführende Wirtschaftsausschuss,**

**der Finanzausschuss und**

**der Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung**

empfehlen dem Bundesrat, der Verordnung gemäß Artikel 80 Abs. 2 des Grundgesetzes nach Maßgabe folgender Änderungen zuzustimmen:

**Zu Artikel 1 Nr. 5 - neu - (§ 13 VgV)**

In Artikel 1 ist folgende Nummer 5 anzufügen:

'5. § 13 wird wie folgt geändert:

Wi, Fz,  
Wo

1. a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Er sendet diese Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss an die Bieter ab.“

**Ausgeliefert am**

**10. DEZ. 2002**

...

2. b) Nach Satz 2 werden folgende Sätze eingefügt:

Wi, Fz,  
Wo  
(bei Min-  
derheit  
entfällt  
Ziffer 3)

„Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den [Tag des] Zugang[s] der Information beim Bieter kommt es nicht an.“

[nur Wi] [3.]

Begründung:

Die Änderungen dienen der Klarstellung, dass die Frist des § 13 mit der Absendung der Information durch den Auftraggeber beginnt.

Der Verordnungsgeber hat sich bereits mit dem bisherigen Wortlaut des § 13 dafür entschieden, für den Beginn der Frist des § 13 Satz 2 nicht auf den Zugang der Information beim Bieter, sondern auf den Tag der Absendung durch den öffentlichen Auftraggeber abzustellen. Dieser Wille wurde auch in der amtlichen Begründung bestätigt.

Bei dieser Entscheidung handelt es sich um eine sachgerechte Abwägung zwischen den Bedürfnissen der Praxis und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes. Der Auftraggeber muss den Zeitpunkt der frühesten Zuschlagserteilung schnell und sicher berechnen können. Dies ist nur möglich, wenn statt auf den Zugang der Information auf die Absendung abgestellt wird. Andernfalls würde es zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand und zu einer deutlichen Verlangsamung der Vergabeverfahren und damit von bedeutenden Investitionen kommen.

Im Interesse funktionierender Vergabeverfahren kann das Risiko der Postlaufzeiten ohne unangemessene Beeinträchtigung des Rechtsschutzes den Bietern auferlegt werden, wenn bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge die Information über die beabsichtigte Zuschlagserteilung die nicht berücksichtigten Bieter innerhalb einer angemessenen Frist erreicht und innerhalb dieser Frist das Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden kann. Hinzu kommt, dass die Bieter über den geplanten Zuschlagstermin bereits mit der Bekanntmachung bzw. mit den Verdingungsunterlagen informiert sind und im eigenen Rechtsinteresse bei im Einzelfall ausbleibenden Informationen rechtzeitig vor einem Zuschlag aktiv werden können.

Mit den Entscheidungen des Kammergerichts Berlin vom 4. April 2002 und des Thüringer OLG vom 9. September 2002, die den klaren Wortlaut des § 13 anders auslegen, ist Unsicherheit in der Rechtsanwendung entstanden, die mit der vorliegenden Klarstellung behoben werden soll.

Die Verwendung des Wortes „absenden“, das an die Terminologie des EU-Vergaberechts anknüpft, in Satz 2 macht noch deutlicher, dass die fragliche Information durch den öffentlichen Auftraggeber abgesandt, d. h. auf den Weg gebracht werden muss. Nach dem Wortverständnis kommt es beim Absenden

auf den Zugang der Information beim Bieter nicht an.

Außerdem wird das Wort „schriftlich“ durch „in Textform“ ersetzt, um zusätzliche Wege der schnellen Information (Fax, E-Mail) zu ermöglichen. Nach § 126b BGB bedarf es bei der Verwendung einer Textform weder einer Unterschrift noch einer digitalen Signatur. Bei Fax und E-Mail wird zudem durch das Sendeprotokoll der Zugang der Information dokumentiert. Im Allgemeinen erübrigt sich dadurch das zusätzliche Versenden eines unterschriebenen Schriftstückes oder die Anforderung einer Eingangsbestätigung der Bieter, was aber im Einzelfall sinnvoll sein kann und zulässig ist.

[nur Wi]

Die Einfügung der neuen Sätze 3 und 4 räumt Zweifel aus, dass für die Berechnung der Frist nach Wortlaut und Willen des Verordnungsgebers auf die Absendung der Information abzustellen ist. Der neue Satz 4 sagt daher ausdrücklich, dass es nicht auf den [Tag des] Zugang[s] der Information beim Bieter ankommt.

## B.

Darüber hinaus empfehlen der **federführende Wirtschaftsausschuss**,  
der **Finanzausschuss** und  
der **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung**  
dem Bundesrat, die nachstehende EntschlieÙung zu fassen:

Wi, Fz,  
Wo

4. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, mit den Ländern schnellstmöglich eine rechtsverbindliche Regelung zur Frage der Nachprüfbarkeit der Entscheidung der Vergabestelle über die Aufhebung eines Vergabeverfahrens im Rahmen von Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB herbeizuführen. Dabei ist sicherzustellen, dass die Freiheit des Vertragsabschlusses durch öffentliche Auftraggeber gewahrt bleibt, keine unangemessene Behinderung der Vergabegeschäfte entsteht und es nicht zu Vertragsschlüssen kommt, die nicht gewollt sind und daher die Aufhebung des Vergabeverfahrens begründen.

### Begründung (nur gegenüber Plenum):

Um Vergabeverfahren nicht mehr als rechtlich erforderlich zu behindern oder um nicht weitere Ausweichstrategien hervorzurufen, die hauptsächlich gegen mittelständische Unternehmen wirken, bedarf es einer rechtsverbindlichen Klarstellung, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die Aufhebung eines Vergabeverfahrens rechtsförmlich nachprüfbar ist.

Aus der Rechtsprechung des EuGH zum effektiven Rechtsschutz leiten einige Vergabekammern die Befugnis zur inhaltlichen Überprüfung der Entscheidung über die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ab mit der Folge, dass ein Vergabeverfahren weiterzuführen und gegebenenfalls mit einem Vertrag abzuschließen ist, obwohl die Vergabestelle den dem Vergabeverfahren zugrundeliegenden Vertrag nicht mehr will. Andere Vergabekammern leiten aus der Rechtsprechung des EuGH nach Aufhebung einer Ausschreibung keine Nachprüfungsbefugnisse her.

Das deutsche Recht kennt auch im öffentlichen Auftragswesen grundsätzlich keinen Kontrahierungszwang, also keinen Zwang, eingeleitete Vergabeverfahren mit einem Vertrag abzuschließen. Dabei muss es bleiben. Bei aufgehobenen Vergabeverfahren stellt sich allein die Frage des Schadensersatzes und gegebenenfalls der Rechtmäßigkeit eines eventuellen nachfolgenden Vergabeverfahrens. Eine Entscheidung über Schadensersatzansprüche muss der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten bleiben und kann nicht Aufgabe einer Vergabekammer sein.