

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

A. Problem und Ziel

Das deutsche Vergaberecht soll mittelstandsgerecht modernisiert werden. Das Gesetz dient zudem der Umsetzung weiterer Regelungen der EG-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG.

B. Lösung

Der vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird in Umsetzung der EG-Richtlinien ergänzt und geändert. Zugleich werden Anpassungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommen. Die Änderungen des GWB sind in erster Linie Klarstellungen zum Anwendungsbereich sowie die Einführung einer Sanktionierung der bislang folgenlosen rechtswidrigen sog. De-facto-Vergaben. An der Grundstruktur des Nachprüfungsverfahrens wird festgehalten: Die vorgeschlagenen Straffungen im Rechtsschutz sollen zu noch mehr Effizienz und Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens führen. Einige Vorschriften, die sich bislang in der Vergabeverordnung befanden (z. B. Zuständigkeit der Vergabekammern, Statistikpflichten), werden in das GWB aufgenommen. Dadurch wird erreicht, dass sich die Vergabeverordnung auf die Verweisung auf die Verdingungsordnungen konzentriert.

C. Alternativen

Alternativen zur o. a. Lösung bestehen nicht.

D. Finanzielle Auswirkungen

Dem Bund entsteht kein finanzieller Aufwand. Die Länder und Gemeinden werden nicht mit zusätzlichen Kosten belastet.

E. Sonstige Kosten

Kosten für die Wirtschaft, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen, entstehen nicht. Auswirkungen auf Einzelpreise und das allgemeine Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten.

F. Bürokratiekosten

In dem vorliegenden Gesetzentwurf werden keine Informationspflichten eingeführt, modifiziert oder abgeschafft. Es werden lediglich Regelungen der Vergabeverordnung (VgV) inhaltsgleich in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen übernommen.

BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND
DIE BUNDESKANZLERIN

Berlin, 13. August 2008

An den
Präsidenten des
Deutschen Bundestages
Herrn Dr. Norbert Lammert
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß § 6 Abs. 1 NKRG ist als Anlage 2 beigefügt.

Der Bundesrat hat in seiner 846. Sitzung am 4. Juli 2008 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 4 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen



Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Vom ...

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

Artikel 1

Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

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

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:
 - a) Nach der Angabe zu § 101 werden folgende Angaben eingefügt:

„§ 101a Informations- und Wartepflichten der Auftraggeber

§ 101b Unwirksamkeit“.
 - b) Die Angabe zu § 103 wird wie folgt gefasst:

„§ 103 (weggefallen)“.
 - c) Nach der Angabe zu § 106 wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 106a Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern“.
 - d) Die Angabe zu § 129 wird wie folgt gefasst:

„§ 129 Korrekturmechanismus der Kommission“.
 - e) Nach der Angabe zu § 129 werden folgende Angaben eingefügt:

„§ 129a Unterrichtspflichten der Nachprüfungsinstanzen

§ 129b Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz“.
 - f) Folgende Angabe wird angefügt:

„Anlage“.
2. § 97 wird wie folgt geändert:
 - a) Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.“
 - b) Abs. 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforder-

rungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

3. § 98 wird wie folgt geändert:
 - a) Nummer 4 wird wie folgt geändert:
 - aa) Die Wörter „oder der Telekommunikation“ werden gestrichen.
 - bb) Nach dem Wort „können“ wird das Komma durch ein Semikolon ersetzt und es werden folgende Halbsätze angefügt:

„besondere oder ausschließliche Rechte sind Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung dieser Tätigkeiten einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs sind solche, die in der Anlage aufgeführt sind,“.
 - b) In Nummer 5 werden nach dem Wort „Rechts“ die Wörter „sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen,“ eingefügt.
 - c) Nummer 6 wird wie folgt gefasst:

„natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter die Nummern 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über eine Baukonzession abgeschlossen haben, hinsichtlich der Aufträge an Dritte.“
4. § 99 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig sind.“

- b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:
- „(3) Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“
- c) Absatz 4 erhält folgende Fassung:
- „(4) Als Dienstleistungsaufträge gelten die Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter Absatz 2 oder 3 fallen.“
- d) Nach Absatz 5 wird folgender Absatz 6 eingefügt:
- „(6) Eine Baukonzession ist ein Vertrag über die Durchführung eines Bauauftrags, bei dem die Gegenleistung für die Bauarbeiten statt in einem Entgelt in dem befristeten Recht auf Nutzung der baulichen Anlage, gegebenenfalls zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“
- e) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7.
- f) Nach Absatz 7 wird folgender Absatz 8 angefügt:
- „(8) Für einen Auftrag zur Durchführung mehrerer Tätigkeiten gelten die Bestimmungen für die Tätigkeit, die den Hauptgegenstand darstellt. Ist für einen Auftrag zur Durchführung von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung, des Verkehrs oder des Bereichs der Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz und von Tätigkeiten von Auftraggebern nach § 98 Nr. 1 bis 3 nicht feststellbar, welche Tätigkeit den Hauptgegenstand darstellt, ist der Auftrag nach den Bestimmungen zu vergeben, die für Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 gelten. Betrifft eine der Tätigkeiten, deren Durchführung der Auftrag bezweckt, sowohl eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung, des Verkehrs oder des Bereichs der Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz als auch eine Tätigkeit, die nicht in die Bereiche von Auftraggebern nach § 98 Nr. 1 bis 3 fällt, und ist nicht feststellbar, welche Tätigkeit den Hauptgegenstand darstellt, so ist der Auftrag nach denjenigen Bestimmungen zu vergeben, die für Auftraggeber mit einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs oder des Bundesberggesetzes gelten.“
5. § 100 Abs. 2 wird wie folgt geändert:
- a) Buchstabe d wird wie folgt gefasst:
- „d)
- aa) die in Übereinstimmung mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften in der Bundesrepublik Deutschland für geheim erklärt werden,
- bb) deren Ausführung nach diesen Vorschriften besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert,
- cc) bei denen es ein Einsatz der Streitkräfte oder die Umsetzung von Maßnahmen der Terrorismusbekämpfung oder wesentliche Sicherheitsinteressen bei der Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen gebieten oder
- dd) bei denen der Schutz sonstiger wesentlicher Interessen der Sicherheit des Staates es gebietet;“
- b) Buchstabe f wird wie folgt gefasst:
- „f) die bei Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasserversorgung die Beschaffung von Wasser oder bei Tätigkeiten auf dem Gebiet der Energieversorgung die Beschaffung von Energie oder von Brennstoffen zur Energieerzeugung zum Gegenstand haben;“
- c) Buchstabe i wird wie folgt gefasst:
- „i) von Auftraggebern nach § 98 Nr. 4, soweit sie anderen Zwecken dienen als der Sektorentätigkeit“.
- d) Buchstabe j wird wie folgt gefasst:
- „j) die den Kauf, die Entwicklung, die Produktion oder Koproduktion von Programmen zum Gegenstand haben und die zur Ausstrahlung durch Rundfunk- oder Fernsehanstalten bestimmt sind, sowie über die Ausstrahlung von Sendungen“.
- e) Buchstabe k wird wie folgt gefasst:
- „k) die hauptsächlich den Zweck haben, dem Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Telekommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.“
- f) In Buchstabe m werden nach dem Wort „Finanzinstrumenten“ die Wörter „, insbesondere Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der Auftraggeber dienen,“ eingefügt.
- g) In Buchstabe n wird der Punkt am Ende durch ein Komma ersetzt und werden folgende Buchstaben angefügt:
- „o) von
- aa) Auftraggebern, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, an ein mit diesem Auftraggeber verbundenes Unternehmen oder
- bb) einem gemeinsamen Unternehmen, das mehrere Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, ausschließlich zur Durchführung dieser Tätigkeiten gebildet haben, an ein Unternehmen, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist, sofern mindestens 80 Prozent des von diesem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erzielten durchschnittlichen Umsatzes im entsprechenden Liefer- oder Bau- oder Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Lieferungen oder Leistungen für den mit ihm verbundenen Auftraggeber stammen; dies gilt auch, sofern das Unternehmen noch keine

drei Jahre besteht, wenn zu erwarten ist, dass in den ersten drei Jahren seines Bestehens wahrscheinlich mindestens 80 Prozent erreicht werden; werden die gleichen oder gleichartigen Lieferungen oder Bau- oder Dienstleistungen von mehr als einem mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen erbracht, so wird die Prozentzahl unter Berücksichtigung des Gesamtumsatzes errechnet, den diese verbundenen Unternehmen mit der Erbringung der Lieferung oder Leistung erzielen; § 36 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend;

- p) die
- aa) ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, ausschließlich zur Durchführung von diesen Tätigkeiten gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber, oder
 - bb) ein Auftraggeber, der auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig ist, an ein gemeinsames Unternehmen im Sinne des Doppelbuchstaben aa, an dem er beteiligt ist, vergibt, sofern das gemeinsame Unternehmen errichtet wurde, um die betreffende Tätigkeit während eines Zeitraumes von mindestens drei Jahren durchzuführen, und in dem Gründungsakt festgelegt wird, dass die dieses Unternehmen bildenden Auftraggeber dem Unternehmen zumindest während des gleichen Zeitraumes angehören werden;
 - q) die zur Durchführung von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs außerhalb des Gebietes der Europäischen Union vergeben werden, wenn sie nicht mit der tatsächlichen Nutzung eines Netzes oder einer Anlage innerhalb dieses Gebietes verbunden sind;
 - r) zum Zwecke der Weiterveräußerung oder Weitervermietung von Auftraggebern, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, 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;
 - s) von Auftraggebern, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, soweit sie Baukonzessionen zum Zwecke der Durchführung dieser Tätigkeiten zum Gegenstand haben;
 - t) die der Ausübung einer Tätigkeit auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs dienen, soweit die Europäische

Kommission nach Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste festgestellt hat, dass diese Tätigkeit in Deutschland auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist und dies durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden ist.“

6. § 101 wird wie folgt geändert:

- a) Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.
- b) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4 und wie folgt geändert:

In Satz 1 werden die Wörter „staatliche Auftraggeber“ ersetzt durch die Wörter „Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3, soweit sie nicht auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, und § 98 Nr. 5“.

- c) Nach dem neuen Absatz 5 wird folgender Absatz 6 eingefügt:

„(6) Eine elektronische Auktion dient der elektronischen Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots. Ein dynamisches elektronisches Verfahren ist ein zeitlich befristetes ausschließlich elektronisches offenes Vergabeverfahren zur Beschaffung marktüblicher Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Spezifikationen den Anforderungen des Auftraggebers genügen.“

- d) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7; sein Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Auftraggebern stehen, soweit sie auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung.“

7. Nach § 101 werden folgende §§ 101a und 101b eingefügt:

„§ 101a
Informations- und Wartepflicht

(1) Der Auftraggeber hat die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.

(2) Die Informationspflicht entfällt in Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist.

§ 101b Unwirksamkeit

(1) Ein Vertrag ist von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber

1. gegen § 101a verstoßen hat oder
2. einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies auf Grund Gesetzes gestattet ist,

und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren nach Absatz 2 festgestellt worden ist.

(2) Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.“

8. In § 102 werden die Wörter „und Vergabeprüfstellen“ gestrichen.
9. § 103 wird aufgehoben.
10. § 104 wird wie folgt geändert:
 - a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Rechte aus § 97 Abs. 7 sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, können nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden.“
 - b) Nach Absatz 2 wird folgender Absatz angefügt:

„(3) Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen insbesondere gegen die §§ 19 und 20 bleiben unberührt.“
11. § 106 Abs. 2 Satz 2 wird aufgehoben.
12. Nach § 106 wird folgender § 106a eingefügt:

„§ 106a

Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern

(1) Die Vergabekammer des Bundes ist zuständig für die Nachprüfung der Vergabeverfahren

1. des Bundes;
2. von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 2, sofern der Bund die Beteiligung überwiegend verwaltet oder die sonstige Finanzierung überwiegend gewährt hat oder über die Leitung überwiegend die Aufsicht ausübt oder die Mitglieder des zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organs

überwiegend bestimmt hat, es sei denn, die an dem Auftraggeber Beteiligten haben sich auf die Zuständigkeit einer anderen Vergabekammer geeinigt;

3. von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 4, sofern der Bund auf sie einen beherrschenden Einfluss ausübt; ein beherrschender Einfluss liegt vor, wenn der Bund 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;
 4. von Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 5, sofern der Bund die Mittel überwiegend bewilligt hat;
 5. von Auftraggebern nach § 98 Nr. 6, sofern die unter § 98 Nr. 1 bis 3 fallende Stelle dem Bund zuzuordnen ist;
 6. die im Rahmen der Organleihe für den Bund durchgeführt werden.
- (2) Wird das Vergabeverfahren von einem Land im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bund durchgeführt, ist die Vergabekammer dieses Landes zuständig. Ist in entsprechender Anwendung des Absatzes 1 Nr. 2 bis 6 ein Auftraggeber einem Land zuzuordnen, ist die Vergabekammer des jeweiligen Landes zuständig.
- (3) In allen anderen Fällen wird die Zuständigkeit der Vergabekammern nach dem Sitz des Auftraggebers bestimmt.“
13. § 107 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Der Antrag ist unzulässig, soweit

1. der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat;
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die auf Grund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden;
3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht unverzüglich nach Erhalt, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden;
4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

Satz 1 gilt nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages nach § 101b Abs. 1 Nr. 2. § 101a Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt.“

14. § 110 wird wie folgt gefasst:

„(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle ist die Vergabekammer nicht ver-

pflichtet. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird.

(2) Die Vergabekammer prüft den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist. Dabei berücksichtigt die Vergabekammer auch einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers. Sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, übermittelt die Vergabekammer dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren (Vergabeakten). Der Auftraggeber hat die Vergabeakten der Kammer sofort zur Verfügung zu stellen. Die §§ 57 bis 59 Abs. 1 bis 5 sowie § 61 gelten entsprechend.“

15. In § 113 Abs. 1 wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:

„Dieser Zeitraum soll nicht länger als zwei Wochen dauern.“

16. § 114 wird wie folgt geändert:

1. Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„(2) Ein wirksam erteilter Zuschlag kann nicht aufgehoben werden.“

2. Absatz 3 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Die §§ 61 und 86a Satz 2 gelten entsprechend.“

17. § 115 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Nach Eingang der Kopie eines Antrags auf Nachprüfung durch die Vergabekammer beim Auftraggeber darf dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 den Zuschlag nicht erteilen.“

- b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll,“ eingefügt.

- bb) Nach Satz 1 werden folgende Sätze eingefügt:

„Die Vergabekammer berücksichtigt bei ihrer Entscheidung auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten. Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Falle Gegenstand der Abwägung sein.“

- cc) Im neuen Satz 6 wird die Angabe „des Satzes 1“ durch die Angabe „der Sätze 1 bis 4“ ersetzt.

- dd) Im neuen Satz 7 wird nach der Angabe „§ 121 Abs. 2 Satz 1 und 2“ die Angabe „und Absatz 3“ eingefügt.

- c) Dem Absatz 3 werden folgende Sätze angefügt:

„Die Vergabekammer kann die von ihr getroffenen weiteren vorläufigen Maßnahmen nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder durchsetzen; die Maßnahmen sind sofort vollziehbar. § 86a Satz 2 gilt entsprechend.“

- d) Folgender Absatz 4 wird angefügt:

„(4) Macht der Auftraggeber das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 100 Abs. 2 Buchstabe d geltend, entfällt das Verbot des Zuschlages nach Absatz 1 zwei Kalendertage nach Zustellung eines entsprechenden Schriftsatzes an den Antragsteller; die Zustellung ist durch die Vergabekammer unverzüglich nach Eingang des Schriftsatzes vorzunehmen. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlages wiederherstellen. § 121 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 sowie Abs. 3 und 4 findet entsprechende Anwendung.“

18. § 118 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 2 werden die Wörter „zwei Wochen“ durch die Wörter „eine Woche“ ersetzt.

- b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Das Gericht lehnt den Antrag nach Absatz 1 Satz 3 ab, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Es berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist.“

19. In § 120 Abs. 2 wird die Angabe „§§ 111“ durch die Angabe „§§ 78, 111“ ersetzt.

20. § 121 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Auf Antrag des Auftraggebers oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll, kann das Gericht den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Das Gericht berücksichtigt bei seiner Entscheidung auch die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist.“

21. In § 124 Abs. 2 wird nach Satz 2 folgender Satz eingefügt:

„Der Bundesgerichtshof kann sich auf die Entscheidung der Divergenzfrage beschränken und dem Beschwerdegericht die Entscheidung in der Hauptsache übertragen, wenn dies nach dem Sach- und Streitstand des Beschwerdeverfahrens angezeigt scheint.“

22. § 127 wird wie folgt geändert:

- a) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„zur Umsetzung der vergaberechtlichen Schwellenwerte der Richtlinien der Europäischen Union in ihrer jeweils geltenden Fassung.“

- b) Nummer 2 wird wie folgt gefasst:

„2. über das bei der Vergabe durch Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, einzuhaltende Verfahren, über die Auswahl und die Prüfung der Unternehmen und der Angebote, über den Abschluss des Vertrags und sonstige Regelungen des Vergabeverfahrens;“.

- c) Die Nummern 3 bis 5 werden aufgehoben.

- d) In Nummer 7 werden die Wörter „den Korrekturmechanismus gemäß Kapitel 3 und“ gestrichen.

- e) In Nummer 8 werden nach dem Wort „Auftraggebern“ das Komma und die Wörter „den Vergabekammern und den Beschwerdegerichten“ gestrichen sowie der Punkt am Ende durch ein Semikolon ersetzt.

- f) Folgende Nummer 9 wird angefügt:

„9. über die Voraussetzungen, nach denen Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder der Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, sowie Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz von der Verpflichtung zur Anwendung dieses Teils befreit werden können, sowie über das dabei anzuwendende Verfahren einschließlich der erforderlichen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes.“

23. § 128 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„Die Gebühr beträgt mindestens 5 000 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 50 000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100 000 Euro erhöht werden.“

- b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

- aa) Nach Satz 2 wird folgender Satz eingefügt:

„Kosten, die durch Verschulden eines Beteiligten entstanden sind, können diesem auferlegt werden.“

- bb) Im neuen Satz 4 wird das Wort „ist“ durch die Wörter „hat der Antragsteller“ ersetzt.

- c) Absatz 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Soweit ein Beteiligter im Vergabeverfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antraggegners zu tragen. Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterliegenden Partei auferlegt. Nimmt der Antragsteller seinen Antrag zurück, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu erstatten. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend. Ein gesondertes Kostenfestsetzungsverfahren findet nicht statt.“

24. § 129 wird wie folgt gefasst:

„§ 129

Korrekturmechanismus der Kommission

(1) Erhält die Bundesregierung im Laufe eines Vergabeverfahrens vor Abschluss des Vertrages eine Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, dass diese der Auffassung ist, es liege ein schwerer Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich der öffentlichen Aufträge vor, der zu beseitigen sei, teilt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie dies dem Auftraggeber mit.

(2) Der Auftraggeber ist verpflichtet, innerhalb von 14 Kalendertagen nach Eingang dieser Mitteilung dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie eine umfassende Darstellung des Sachverhaltes zu geben und darzulegen, ob der behauptete Verstoß beseitigt wurde, oder zu begründen, warum er nicht beseitigt wurde, ob das Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist oder aus sonstigen Gründen ausgesetzt wurde.

(3) Ist das Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens oder wurde es ausgesetzt, so ist der Auftraggeber verpflichtet, das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie unverzüglich über den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens zu informieren.“

25. Nach § 129 werden folgende Vorschriften eingefügt:

„§ 129a

Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen

Die Vergabekammern und die Oberlandesgerichte unterrichten das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie bis zum 31. Januar eines jeden Jahres über die Anzahl der Nachprüfungsverfahren des Vorjahres und deren Ergebnisse.

§ 129b

Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz

(1) Auftraggeber, die nach dem Bundesberggesetz berechtigt sind, Erdöl, Gas, Kohle oder andere Festbrennstoffe aufzusuchen oder zu gewinnen, müssen bei der Vergabe von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträgen oberhalb der in Artikel 16 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. EU Nr. L 134 S. 1), die durch Verordnung (EG) Nr. 1874/2004 der Kommission vom 28. Oktober 2004 (ABl. EU Nr. L 362 S. 17) geändert worden ist, festgelegten Schwellenwerte zur Durchführung der Suche oder Gewinnung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe beachten. Insbesondere müssen sie Unternehmen, die ein Interesse an einem solchen Auftrag haben können, ausreichend informieren und bei der Auftragsvergabe objektive Kriterien zugrunde legen. Dies gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, deren Gegenstand die Beschaffung von Energie oder Brennstoffen zur Energieerzeugung ist.

(2) Die Auftraggeber nach Absatz 1 erteilen der Europäischen Kommission über das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie Auskunft über die Vergabe der unter diese Vorschrift fallenden Aufträge nach Maßgabe der Entscheidung 93/327/EWG der Kommission vom 13. Mai 1993 zur Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die öffentlichen Auftraggeber, die geographisch abgegrenzte Gebiete zum Zwecke der Suche oder Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderen Festbrennstoffen nutzen, der Kommission Auskunft über die von ihnen vergebenen Aufträge zu erteilen haben (ABl. EG Nr. L 129 S. 25). Sie können über das Verfahren gemäß der Rechtsverordnung nach § 127 Nr. 9 unter den dort geregelten Voraussetzungen eine Befreiung von der Pflicht zur Anwendung dieser Bestimmung erreichen.“

26. Dem § 131 wird folgender Absatz angefügt:

„(8) Vergabeverfahren, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren, sowie am ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] anhängige Nachprüfungsverfahren sind nach den hierfür bisher geltenden Vorschriften zu beenden.“

27. Nach § 131 wird folgender § 132 eingefügt:

„§ 132

Ausschluss von abweichendem Landesrecht

Abweichungen von den in den §§ 107 bis 115 enthaltenen Vorschriften des Verfahrens durch Landesrecht sind ausgeschlossen.“

28. Folgende Anlage wird angefügt:

„Anlage zu § 98 Nr. 4

Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs sind:

1. Trinkwasserversorgung:

das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, dem Transport oder der Verteilung von Trinkwasser sowie die Versorgung dieser Netze mit Trinkwasser; dies gilt auch, wenn diese Tätigkeit

mit der Ableitung und Klärung von Abwässern oder mit Wasserbauvorhaben sowie Vorhaben auf dem Gebiet der Bewässerung und der Entwässerung im Zusammenhang steht, sofern die zur Trinkwasserversorgung bestimmte Wassermenge mehr als 20 Prozent der mit dem Vorhaben oder den Bewässerungs- oder Entwässerungsanlagen zur Verfügung gestellten Gesamtwassermenge ausmacht; bei Auftraggebern nach § 98 Nr. 4 ist es keine Tätigkeit der Trinkwasserversorgung, sofern die Gewinnung von Trinkwasser für die Ausübung einer anderen Tätigkeit als der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs erforderlich ist, die Lieferung an das öffentliche Netz nur vom Eigenverbrauch des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4 abhängt und unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres nicht mehr als 30 Prozent der gesamten Trinkwassergewinnung des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4 ausmacht;

2. Elektrizitäts- und Gasversorgung:

das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit 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. 4 des Energiewirtschaftsgesetzes; die Tätigkeit von Auftraggebern nach § 98 Nr. 4 gilt nicht als eine Tätigkeit der Elektrizitäts- und Gasversorgung, sofern die Erzeugung von Strom oder Gas für die Ausübung einer anderen Tätigkeit als der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs erforderlich ist, die Lieferung von Strom oder Gas an das öffentliche Netz nur vom Eigenverbrauch abhängt, bei der Lieferung von Gas auch nur darauf abzielt, diese Erzeugung wirtschaftlich zu nutzen, wenn unter Zugrundelegung des Mittels der letzten drei Jahre einschließlich des laufenden Jahres bei der Lieferung von Strom nicht mehr als 30 Prozent der gesamten Energieerzeugung des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4 ausmacht, bei der Lieferung von Gas nicht mehr als 20 Prozent des Umsatzes des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4;

3. Wärmeversorgung:

das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, dem Transport oder der Verteilung von Wärme sowie die Versorgung dieser Netze mit Wärme; die Tätigkeit gilt nicht als eine Tätigkeit der Wärmeversorgung, sofern die Erzeugung von Wärme durch Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 sich zwangsläufig aus der Ausübung einer anderen Tätigkeit als auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs 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 Prozent des Umsatzes des Auftraggebers nach § 98 Nr. 4 ausmacht;

4. Verkehr:

- a) die Bereitstellung und der Betrieb von Flughäfen zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr durch Flughafenunternehmen, die insbesondere eine Genehmigung nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 der Luftverkehrs-Zulassungsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. März 1999 (BGBl. I S. 610) erhalten haben oder einer solchen bedürfen;
- b) die Bereitstellung und der Betrieb von Häfen oder anderen Verkehrsanlagen zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im See- oder Binnenschiffsverkehr;
- c) das Erbringen von Verkehrsleistungen, die Bereitstellung oder das Betreiben von Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Allgemeinheit im Eisenbahn-, Straßenbahn- oder sonstigen Schienenverkehr, mit Seilbahnen sowie mit automatischen Systemen, im öffentlichen Personenverkehr im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes auch mit Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen.“

Artikel 2**Änderung der Vergabeverordnung**

§ 6 Abs. 1 Satz 2, die §§ 8 bis 11, 13, 18, 19, 20, 21 und 22 der Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), die zuletzt durch die Artikel 1 und 2 der Verordnung vom 23. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2334) geändert worden ist, werden aufgehoben.

Artikel 3**Bekanntmachungserlaubnis**

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie kann den Wortlaut des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-

schränkungen und den Wortlaut der Vergabeverordnung in der vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an jeweils geltenden Fassung im Bundesgesetzblatt bekannt machen.

Artikel 4**Änderung des BSI-Errichtungsgesetzes**

Das BSI-Errichtungsgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2834), zuletzt geändert durch Artikel 25 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407), wird wie folgt geändert:

1. In § 3 Abs. 1 wird nach Nummer 7 folgende Nummer 8 angefügt:

„8. Entwicklung von sicherheitstechnischen Anforderungen an die einzusetzende Informationstechnik des Bundes und an die Eignung von Auftragnehmern im Bereich von Informationstechnik mit besonderem Schutzbedarf.“

2. § 7 wird wie folgt gefasst:

„§ 7

Bereitstellung technischer Richtlinien

Das Bundesamt stellt zur Erfüllung seiner Aufgaben nach § 3 Nr. 8 technische Richtlinien bereit, die von den Stellen des Bundes als Rahmen für die Entwicklung sachgerechter Anforderungen an Auftragnehmer (Eignung) und IT-Produkte (Spezifikation) für die Durchführung von Vergabeverfahren berücksichtigt werden. Die Vorschriften des Vergaberechts und des Geheimschutzes bleiben unberührt.“

Artikel 5**Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am ... in Kraft.

Begründung

A. Allgemeines

1. Vorgeschichte

Die Regelungen des Vergaberechts waren mit Wirkung zum 1. Januar 1999 grundlegend neu gestaltet worden. Die Umsetzung des europäischen Vergaberechts erforderte die Abkehr von den rein haushaltsrechtlichen Grundlagen hin zu Regelungen, die den Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, subjektive Rechte gewähren. Auf der Grundlage von Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1, 11 und 16 des Grundgesetzes (GG) wurden daher mit dem Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG vom 26. August 1998, BGBl. I S. 2512) im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EG-Schwellenwerte Definitionen sowie materielle Grundsätze des Vergabeverfahrens aufgenommen und ein zweiinstanzlicher Rechtsschutz über Vergabekammer und Oberlandesgericht eingeführt. Außerdem wurde die Bundesregierung ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates eine Rechtsverordnung für die Regelung der Detailvorschriften zu erlassen.

Bei der Verabschiedung des VgRÄG bat der Gesetzgeber die Bundesregierung, über die Auswirkungen des Gesetzes zu berichten.

Um diesem Wunsch nach Evaluierung des Vergaberechts zu entsprechen, führte das zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit Anfang 2002 eine Fragebogenaktion durch, um die Erfahrungen der Praxis zu ermitteln. Die Auswertung der 1 261 beantworteten Fragebögen erfolgte in einem Gutachten des beauftragten Rechtsanwaltsbüros. Das Gutachten analysierte zugleich die Rechtsprechung.

Auf der Grundlage dieses Gutachtens und ihrer Erfahrungen legte die Bundesregierung zur Unterrichtung des Gesetzgebers im Herbst 2003 einen Bericht über die Erfahrungen mit dem VgRÄG vor (Bundestagsdrucksache 15/2034).

2. Notwendigkeit zur Korrektur des Vergaberechts

Die Bundesregierung stellte in ihrem Bericht von 2003 zusammenfassend fest, dass sich die Abkehr von der haushaltsrechtlichen Lösung und die Änderungen des VgRÄG bewährt hätten. Die Ziele seien überwiegend erreicht, der neu eingeführte Rechtsschutz habe sich grundsätzlich bewährt. Der Bericht stellte außerdem fest, dass insbesondere Kritik an der Unübersichtlichkeit und Komplexität der materiellen Vergabevorschriften bestehe. Diese Kritik wurde insbesondere vom Mittelstand vorgetragen: Die Unübersichtlichkeit der Vergaberegeln führe zunehmend zu Verfahrensfehlern und erhöhe den Aufwand, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen. Aber auch die öffentlichen Auftraggeber bedürfen zunehmend des Rates ausgewiesener Vergaberechtsexperten, um das Risiko von Rechtsschutzverfahren zu verringern.

Die Bundesregierung beschloss daher im Frühjahr 2003, im Rahmen der Initiative Bürokratieabbau das Vergaberecht umfassend zu überprüfen und zu vereinfachen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit legte auf dieser Basis

einen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Vergaberechts vor, der 2005 der Diskontinuität verfiel.

Die neue Bundesregierung beschloss entsprechend der Vereinbarung im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD eine Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts im bestehenden Rechtssystem. In ihrem Beschluss vom 28. Juni 2006 legte sie mit den „Schwerpunkten zur Vereinfachung des Vergaberechts“ die Leitlinien für das künftige Vergaberecht fest¹. Der vorliegende Gesetzentwurf dient der Umsetzung dieser Leitlinien. Die Vereinfachung der Verfahrensvorschriften erfolgt anschließend in den sog. Verdingungsordnungen (für Leistungen – VOL – und für freiberufliche Leistungen – VOF) bzw. der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB. Die Bundesregierung erwartet von den Ausschüssen, die diese Regelungen erarbeiten, dass das dort bestehende Vereinfachungspotential umfassend genutzt wird. Zur Unterstützung erfolgt durch einen externen Gutachter die Messung der gesamten Prozesskosten der Vergabeverfahren.

Der Gesetzentwurf dient zugleich der Umsetzung weiterer Bestimmungen der 2004 verabschiedeten EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG², in deutsches Recht. Die zwingend umzusetzenden Vorschriften dieser EG-Richtlinien wurden bereits durch Änderung der Vergabeverordnung (VgV) und der Verdingungsordnungen VOL Teil A und VOF bzw. der Vergabe- und Vertragsordnung VOB Teil A integriert. Diese Regeln sind bereits am 1. November 2006 in Kraft getreten.

3. Zielsetzung

Das Gesetz dient zum einen der Modernisierung des Vergaberechts und zum anderen der Umsetzung weiterer Regelungen der EG-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG. Das deutsche Vergaberecht soll modernisiert werden und eine transparentere und mittelstandsfreundlichere Ausgestaltung erhalten. Auf überflüssige Vorschriften soll verzichtet und es sollen Verfahrenserleichterungen vorgenommen werden. An der grundsätzlichen Einordnung des Vergaberechts in das Wettbewerbs- und Haushaltsrecht soll festgehalten werden. Der Rechtsschutz soll in der bewährten Form fortbestehen und nicht auf Aufträge unterhalb der EG-Auftragswerte ausgedehnt werden. Investitionshemmnisse sollen abgebaut werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Verfahren einfacher und anwenderfreundlicher und nicht komplizierter und bürokratischer werden.

4. Lösung

Das GWB wird zur Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien ergänzt und geändert. Zugleich werden auch zur Umsetzung der EG-Rechtsmittelrichtlinie Anpassungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommen. Das Gesetz ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar. Die Vergabeverordnung

¹ www.bmwi.de.

² ABl. EU Nr. L 134 S. 1 f.

verpflichtet bereits die öffentlichen Auftraggeber, bei der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der EG-Auftragswerte die VOL, VOB und VOF anzuwenden. Für die Auftragsvergabe in den Sektorenbereichen soll eine neue Verordnung, die der Richtlinie 2004/17/EG entspricht, geschaffen werden. Außerhalb des Anwendungsbereiches des GWB bleibt es bei haushaltsrechtlichen Regeln. Im Bereich der Lieferungen und Dienstleistungen nimmt das Haushaltsrecht Bezug auf die VOL Teil A, im Bereich der Bauleistungen auf die VOB Teil A. Die Vereinfachung dieser Regelungen erfolgt in den sog. Verbindungsausschüssen bzw. dem Vergabe- und Vertragsausschuss, die diese Regelungen unter Beteiligung der Vertreter der öffentlichen Auftraggeber und der Wirtschaft erarbeiten.

Die Änderungen des GWB sind in erster Linie Klarstellungen zum Anwendungsbereich sowie die Einführung einer Sanktionierung der bislang folgenlosen rechtswidrigen sog. De-facto-Vergaben. Auch an der Grundstruktur der Nachprüfungsverfahren wird festgehalten: Zuständig bleiben Vergabekammern und Oberlandesgerichte. Die vorgeschlagenen Änderungen im Rechtsschutz sollen zu noch mehr Effizienz und Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens führen. Einige Vorschriften, die sich bislang in der Vergabeverordnung befanden (z. B. Zuständigkeit der Vergabekammern, Statistikpflichten), werden in das GWB aufgenommen. Dadurch wird erreicht, dass sich die Vergabeverordnung auf die Verweisung auf die Verdingungsordnungen konzentriert.

5. Alternativen

Als Alternative käme ein eigenständiges Vergabegesetz oder eine Vereinheitlichung in einer Verordnung in Betracht. Das würde jedoch eine weitergehendere Umstrukturierung bedeuten. Mit der Fortsetzung der Verankerung im bestehenden System von GWB, Vergabeverordnung und den Verdingungsordnungen sollen die wettbewerbliche Bedeutung der Regeln gestärkt und auch dem Wunsch der Praxis, weitgehend an Bewährtem festzuhalten, Rechnung getragen werden.

In Betracht käme auch eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf alle Aufträge. Dies würde jedoch zusätzliche Bürokratie schaffen und öffentliche Investitionen verzögern. Im Hinblick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 (BVerfG, 1 BvR 1160/03) über einen verfassungsgemäßen Rechtsschutz im Bereich der unterschwelligen Aufträge wird eine Regelung des Rechtsschutzes in diesem Bereich nicht für erforderlich gehalten.

Im Ergebnis bestehen keine Alternativen zur oben angegebenen Lösung.

6. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des GWB beruht auf Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), Artikel 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung), Artikel 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Gerichtliches Verfahren). Eine bundesgesetzliche Regelung ist auch im Sinne des Artikels 72 Abs. 2 GG sowohl auf das Gesamtvorhaben als auch auf die wichtigsten Einzelregelungen zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich. Die Änderungen sind weitgehend durch europäisches Recht vorgegeben. Eine zusätzliche Ge-

setzesvielfalt auf Länderebene in diesem Bereich würde in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen, was weder im Interesse des Bundes noch der Länder hingenommen werden kann und eine unzumutbare Behinderung für den länderübergreifenden Rechtsverkehr darstelle. Ausnahmen für einzelne Sachgebiete sind nicht möglich. Auch soweit der vierte Teil des GWB von den Ländern als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, ist eine einheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens der Vergabekammern aus Gründen der Wettbewerbsgleichheit unerlässlich.

7. Primärrechtsschutz für Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte

Es wird an der Entscheidung festgehalten, für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EG-Schwellenwerte keinen spezifischen Primärrechtsschutz zur Verfügung zu stellen.

Oberhalb der EG-Schwellenwerte räumt § 97 Abs. 7 GWB den Unternehmen einen Anspruch darauf ein, „dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält“. Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte bestehen keine dem Recht aus § 97 Abs. 7 GWB entsprechenden Ansprüche. Die Vergaberegeln bleiben in diesem Bereich im Haushaltsrecht verankert, das den Staat als Auftraggeber verpflichtet, mit Haushaltsmitteln wirtschaftlich und sparsam umzugehen. Wettbewerb ist dabei Mittel, aber nicht Zweck der Normen. Unternehmen haben in diesem Zusammenhang lediglich einen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Artikel 3 Abs. 1 GG wie bei jedem anderen Handeln des Staates auch. Gegenüber einer Verletzung des Artikels 3 Abs. 1 GG wird effektiver Rechtsschutz nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 ausreichend durch die allgemeinen Regeln des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts gewährleistet. Die unterschiedliche Behandlung von unter- und überschwelligen Aufträgen ist hinreichend sachlich gerechtfertigt durch das Ziel der Gewährleistung eines wirtschaftlichen Einkaufs.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 macht auch klar, dass jedenfalls der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht eröffnet ist, da der Schutzbereich des Artikels 19 Abs. 4 GG nicht berührt ist. Vergabeentscheidungen erfolgen nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt, sondern als Nachfrage am Markt mit dem Ziel der Deckung des Bedarfs an Waren und Leistungen. Rechtsschutz wird daher vom Grundgesetz nur im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruches zur Durchsetzung von Ansprüchen aus Artikel 3 Abs. 1 GG garantiert. Das gilt nach Ansicht der Bundesregierung auch für die Auftragsvergaben, die oberhalb der Schwellenwerte aus anderen Gründen, wie z. B. der wesentlichen Sicherheitsinteressen, vom speziellen Primärrechtsschutz des GWB ausgenommen sind (§ 100 Abs. 2).

8. Gender-Mainstreaming

Die gleichstellungspolitischen Auswirkungen wurden gemäß § 2 des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleGG) und § 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) anhand der Arbeitshilfe „Gender Mainstreaming bei der Vorbereitung von Rechtsvorschriften“ der Interministeriellen Arbeitsgruppe Gender Mainstreaming geprüft. Die

Relevanzprüfung fällt hinsichtlich der unterschiedlichen Vertretung von Frauen und Männern in Führungspositionen bei den Auftraggebern und den Unternehmen positiv aus. Die im Gesetz enthaltenen Regelungen betreffen das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, die Gewährleistung der Gleichbehandlung von Unternehmen, den Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften und Nachprüfungsverfahren. Sie führen im Ergebnis zu keinen unterschiedlichen Auswirkungen bei Frauen und Männern und damit nicht zu auch nur mittelbaren Beeinträchtigungen. Die branchenübergreifend weitgehend gleichen Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und die Auftraggeber werden Frauen und Männer gleichermaßen gerecht. Aufgrund der Förderung der Chancengleichheit im Erwerbsleben als sozialer Aspekt im Rahmen der Auftragsausführung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB sind vielmehr positive gleichstellungspolitische Auswirkungen, insbesondere für die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen, zu erwarten.

Die Regelungen sind entsprechend § 1 Abs. 2 Satz 1 BGlG geschlechtergerecht formuliert.

9. Kosten

Das Gesetz hilft Bürokratie abzubauen und Verfahrensabläufe zu vereinfachen; Verwaltungskosten werden daher gesenkt. Das Gesetz zielt auf eine Erhöhung der Transparenz für eine konsequentere Einhaltung der Vergaberegeln. Öffentliche Investitionen werden effizienter.

Der Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung war beteiligt.

Kosten für die Wirtschaft und die Verbraucher entstehen nicht. Es ist davon auszugehen, dass sich durch die Erhöhung der Rechtsklarheit der Regelungen der Aufwand bei den Unternehmen sowohl bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge als auch bei der rechtlichen Bewertung der einzelnen Vergabeverfahren verringern wird. Dies führt zu einer günstigeren Kostenstruktur bei den Angeboten und erhöht die Effektivität öffentlicher Investitionen.

Auswirkungen auf die Einzelpreise sowie das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten. Die Maßnahme entfaltet be- und entlastende Wirkungen auf die öffentlichen Haushalte, die aber per Saldo zu gering ausfallen, um mittelbare Preiswirkungen zu indizieren.

Es werden keine Informationspflichten für Unternehmen sowie Bürgerinnen und Bürger eingeführt. Es werden auch keine neuen Informationspflichten für die Verwaltung eingeführt. Die Regelung der Informationspflicht für öffentliche Auftraggeber über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung in § 101a des Entwurfs zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entspricht dem bisherigen § 13 der Vergabeverordnung. Die Regelung ist notwendig, um einen effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht zu gewährleisten. Da im deutschen Vergaberecht die Zuschlagsentscheidung mit dem Vertragsschluss zusammenfällt und damit eine rechtswidrige Vergabeentscheidung nicht mehr korrigierbar ist, muss eine vorherige Informationspflicht mit einer Stillhalteverpflichtung bestehen, die es den Bietern ermöglicht, ggf. gegen diese Entscheidung gerichtlich vorzugehen. Die Informationspflicht betrifft jeden öffentlichen Auftrag, der die EG-Schwellenwerte erreicht oder übersteigt.

10. Befristung, Evaluierung

Die Zielsetzung der Umsetzung des EG-Vergaberechts in deutsches Recht schließt eine Befristung des Gesetzes aus. Auch in den übrigen Bereichen erfüllt das Gesetz eine Daueraufgabe, die Sicherstellung eines wettbewerblichen und transparenten Vergabeverfahrens, die zeitlich nicht begrenzt werden kann. Das legitime Bedürfnis der Wirtschaft nach Rechtssicherheit erfordert ebenfalls eine unbefristete gesetzliche Regelung.

Die Bundesregierung wird die Auswirkungen der Gesetzesänderung sorgfältig beobachten und erforderlichenfalls Änderungen vorschlagen.

B. Begründung im Einzelnen

Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

Artikel 1 ändert den vierten Teil des GWB, der grundlegende Bestimmungen über das Vergabeverfahren und die Regelungen über das Nachprüfungsverfahren enthält.

Zu Nummer 1 (Änderung der Inhaltsübersicht)

Mit der 7. GWB-Novelle wurde ein Inhaltsverzeichnis in das GWB aufgenommen. Die Änderungen dienen der Anpassung an die Änderungen der Nummern 6, 7, 10, 22 und 23.

Zu Nummer 2 (§ 97)

Zu Buchstabe a

Der bisherige § 97 Abs. 3 verpflichtet jeden Auftraggeber bei der Vergabe eines Auftrages oberhalb der EG-Schwellenwerte mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen. Dies soll bislang vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose geschehen. Trotz dieser Regelung beklagen mittelständische Unternehmen die vielfach wenig mittelstandsgerechte Ausgestaltung der Auftragsvergaben. Bündelung von Nachfragemacht und Zusammenfassung teilbarer Leistungen seien zunehmende Praxis. Auch scheint die Zunahme elektronischer Beschaffungsformen diese Tendenz zu befördern. Gerade bei der öffentlichen Auftragsvergabe, die vielfach mit einer marktstarken Stellung eines Auftraggebers einhergeht, ist es im Interesse der vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft geboten, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten, um so die Nachteile der mittelständischen Wirtschaft gerade bei der Vergabe großer Aufträge mit einem Volumen, das die Kapazitäten mittelständischer Unternehmen überfordern könnte, auszugleichen. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 wird daher in ihrer Wirkung verstärkt. Dies soll dadurch verwirklicht werden, dass eine Losvergabe stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Verfahren öffentliche Auftraggeber nach dieser Vorschrift, so haben sie aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Für die Vergaben der Aufträge unterhalb der EG-Schwellenwerte erwartet die Bundesregierung mit der Verstärkung des § 97 Abs. 3 eine Vorbildwirkung für die Erarbeitung der Regelungen in den Vergingungsausschüssen bzw. des Vergabe- und Vertragsausschusses.

Zu Buchstabe b

Das Vergaberecht dient dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern. Im Rahmen ihrer Finanzverantwortung entscheiden öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei darüber, welche Leistungen sie einkaufen, um ihren Bedarf wirtschaftlich zu decken. Beispielsweise kann ein kommunaler Auftraggeber beim Bau eines Kraftwerks die Technologie ebenso frei bestimmen wie das Verfahren der Abfallbeseitigung bei der kommunalen Entsorgung.

Bereits nach der seit 1998 geltenden Rechtslage konnten öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes im engeren Sinne, sondern auch im weiteren Sinne soziale, umweltbezogene, innovative oder sonstige politische Aspekte berücksichtigen.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sind zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge alle Unternehmen zugelassen, welche das nötige Fachwissen sowie die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mitbringen, um den vorgesehenen Auftrag zu erfüllen, und insofern „geeignet“ sind. Hierzu zählt insbesondere die Zuverlässigkeit, die davon ausgeht, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge wie auch die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit, sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit können weitere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte bei der Vergabe Berücksichtigung finden. Dazu gehört insbesondere der Klimaschutz – zum Beispiel durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz.

Über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und generelle Zuverlässigkeit inhaltlich hinausgehende Anforderungen können nach geltendem § 97 Abs. 4 GWB an Unternehmen nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich so geregelt ist. Der Bund hat in § 141 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IX) die Möglichkeit vorgesehen, Werkstätten behinderter Menschen und Blindenwerkstätten bei der Auftragsvergabe besonders zu berücksichtigen. Ob Tarifbindung kraft Gesetzes im Bereich des öffentlichen Auftragswesens mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hat der Europäische Gerichtshof für den Bereich der Bauwirtschaft in einer Entscheidung vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06, Dirk Ruffert/Land Niedersachsen) davon abhängig gemacht, dass die Voraussetzungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG) erfüllt sind.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB wird an dieser Rechtslage festgehalten, aber zusätzlich eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen. Damit wird an die Formulierung des Artikels 26 der Richtlinie 2004/18/EG und des

Artikels 38 der Richtlinie 2004/17/EG angeknüpft und klargestellt, dass die öffentlichen Auftraggeber vom Unternehmen ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können, auch wenn das Unternehmen sich ansonsten am Markt anders verhält.

Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden.

In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recyclingpapier“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden. Bei der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen kann die Berücksichtigung innovativer Verfahren oder Produkte im Stadium der Bedarfsanalyse nicht nur bessere Lösungen bringen, sondern auch ein Signal für die Innovationsbereitschaft öffentlicher Auftraggeber sein. In vielen Fällen kann es aber auch schon darauf ankommen, durch eine funktionale Leistungsbeschreibung oder die ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten Angebote über innovative Lösungen zu erhalten.

Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können zum Beispiel die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen, bezogen auf den konkreten Auftrag betreffen. Sie können eine angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal fordern. Ebenso steht es einem öffentlichen Auftraggeber frei, die Pflasterung öffentlicher Plätze aus Steinen zu verlangen, die im Ausland unter Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation hergestellt wurden. Damit kann der öffentliche Auftraggeber die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken.

Zu den Anforderungen, die insbesondere soziale Aspekte betreffen können, sind auch Maßnahmen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben zu rechnen. Das betrifft insbesondere die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages. Entsprechende Anforderungen können in der Leistungsbeschreibung und bei der Auftragsvergabe gestellt werden. Im Übrigen gehört die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört.

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 GWB setzt wie die Regelungen der betreffenden EG-Richtlinien voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach

wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.

Zu Nummer 3

Zu § 98

§ 98 definiert die öffentlichen Auftraggeber. Die Änderungen sind Anpassungen an das EG-Vergaberecht.

Zu Buchstabe a (Nummer 4)

§ 98 Nr. 4 erfasst die Auftraggeber, die in den Sektorenbereichen auf der Grundlage von besonderen und ausschließlichen Rechten tätig sind und die öffentliche Unternehmen in diesen Bereichen sind.

Zu Doppelbuchstabe aa

Diese Änderung vollzieht die Herausnahme des Telekommunikationssektors aus den Sektorentätigkeiten. Wegen der erreichten Liberalisierung im Telekommunikationsbereich konnte dieser Sektor aus der EG-Sektorenrichtlinie 2004/17/EG gänzlich herausgenommen werden.

Aufgrund des Artikels 8 der Richtlinie 93/38/EG waren bereits durch Entscheidung der Kommission vom 3. Juni 1999 Telekommunikationsdienstleistungen freigestellt (ABl. EG Nr. C vom 3. Juni 1999 S. 3). Dies war im deutschen Recht in der Vergabeverordnung entsprechend umgesetzt. Die Sektorenauftraggeber im Telekommunikationsbereich waren daher zwar nicht zur Anwendung der detaillierten Vergabeverfahrensregelungen der Verdingungsordnungen verpflichtet, mussten aber die Grundsätze des vierten Teils des GWB einhalten. Die Änderung nimmt nun auch im GWB den liberalisierten Telekommunikationssektor aus. Damit unterliegen die im Bereich Telekommunikation tätigen Unternehmen künftig keinerlei Vergabevorschriften mehr.

Kein Gebrauch gemacht wird von der Möglichkeit der Richtlinie 2004/17/EG, die Postdienste als Sektorentätigkeit aufzunehmen. Unter Berücksichtigung des jeweiligen Liberalisierungsstandes im Postbereich können die Mitgliedstaaten bis Ende 2008 davon absehen. In Deutschland wurde das Briefmonopol bereits Ende 2007 aufgehoben.

Zu Doppelbuchstabe bb

§ 98 Nr. 4 erfasst in Satz 1 die Auftraggeber, die privatrechtlich organisiert sind und aufgrund von besonderen und ausschließlichen Rechten in den Sektorenbereichen tätig sind. Die bisherige Definition der besonderen und ausschließlichen Rechte wurde mit der neuen Sektorenrichtlinie geändert. Diese neue Definition wird zur Klarstellung in § 98 Nr. 4 angefügt.

Folge der Änderung der Definition ist, dass, wenn in einem Mitgliedstaat keine rechtlichen Privilegierungen zur Ausübung einer Sektorentätigkeit mehr bestehen, privatrechtlich organisierte und von Privatpersonen beherrschte Unternehmen in den Sektorenbereichen nicht mehr als öffentliche Auftraggeber erfasst werden. Öffentliche Unternehmen in den Sektorenbereichen bleiben solange unabhängig davon erfasst, bis in diesen Bereichen Wettbewerb herrscht. Dann kann auch für sie eine Befreiung von der Anwendungsverpflichtung erfolgen.

Zur Präzisierung der Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs werden in einer Anlage künftig die einzelnen Tätigkeiten aufgeführt. Bislang erfolgte dies in der Vergabeverordnung. Das bedeutet nicht, dass die Sektorentätigkeiten allein auf § 98 Nr. 4 beschränkt sind, auch die Nummern 1 bis 3 können Sektorentätigkeiten umfassen. Die Nummer 4 erwähnt lediglich erstmals ausdrücklich die Sektorentätigkeiten.

Zu Buchstabe b (Nummer 5)

Artikel 8 der Richtlinie 2004/18/EG verlangt die Anwendung der Vergaberegeln auf bestimmte, zu mehr als 50 Prozent mit öffentlichen Mitteln geförderte Bauvorhaben. Öffentliche Mittel können nicht nur natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts erhalten, sondern auch juristische Personen des öffentlichen Rechts. Fallen diese juristischen Personen des öffentlichen Rechts unter § 98 Nr. 2, müssen sie bereits deshalb die Vergaberegeln anwenden. Sind sie aber nicht zugleich Auftraggeber nach Nummer 2, müssen sie für den Fall der zu mehr als 50 Prozent mit öffentlichen Mitteln geförderten Bauvorhaben von Nummer 5 erfasst werden.

Zu Buchstabe c (Nummer 6)

Die Änderung ist in Verbindung mit Nummer 4 Buchstabe d (§ 99 Abs. 6) zu sehen: Zur Klarstellung soll die Definition der Baukonzession in § 98 Nr. 6 gestrichen und als regelgerechte Definition – und nicht in der indirekten Formulierung wie bisher – in § 99 Abs. 6 aufgenommen werden.

Zu Nummer 4 (§ 99)

§ 99 definiert die öffentlichen Aufträge. Die Änderungen in Absatz 1 dienen der Klarstellung und im neuen Absatz 8 der Abgrenzung.

Zu Buchstabe a (Absatz 1)

Die Definition des öffentlichen Auftrages in Satz 1 wird um die Baukonzessionen ergänzt, denn auch Baukonzessionen sind öffentliche Aufträge. Damit wird zugleich klar, dass Dienstleistungskonzessionen – wie auch in den EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG nicht vom Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB erfasst sind. Für die Abgrenzung von Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen kann Absatz 6 Satz 2 herangezogen werden. Jedenfalls legen dies der Wortlaut von Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/17/EG und von Artikel 1 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/18/EG nahe.

§ 99 Abs. 1 grenzt die Fälle aus, in denen nicht von einem öffentlichen Auftrag auszugehen ist. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat erstmals in der Rechtssache Teckal* anerkannt, dass nicht jeder Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dritten zugleich ein öffentlicher Auftrag ist. Er hat dies vor allem in den Rechtssachen C-26/03, C-84/03, C-458/03, C-410/04 und C-340/04 bestätigt und präzisiert. Die EG-Vergaberichtlinien enthalten dazu keine ausdrückliche Regelung; vielmehr wird dies aus der Definition des öffentlichen Auftrages abgeleitet.

Öffentliche Aufträge liegen dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Dritten mit einer Lieferung oder Leis-

* EuGH Rs C-107/98.

tung gegen Entgelt beauftragt. Entscheidet der öffentliche Auftraggeber jedoch, diese Leistung selbst zu erbringen, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Da der öffentliche Auftraggeber in seiner Entscheidung frei ist, wie er die Erledigung seiner Aufgaben organisiert, gilt dies unter bestimmten Voraussetzungen auch, wenn er die Aufgabe einem anderen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 überträgt oder sich z. B. in privater Rechtsform organisiert.

Die in der Rechtssache Teckal entwickelten Grenzen stellen dabei allein auf Fälle einer vertikalen Kooperation öffentlicher Stellen ab und passen nicht für Fälle einer horizontalen Kooperation. Denn in solchen Fällen ist grundsätzlich nicht denkbar, dass z. B. eine Kommune eine andere „wie eine eigene Dienststelle“ kontrolliert. Eine formale Anwendung dieser für Fälle vertikaler Kooperationen entwickelten Teckal-Kriterien würde damit die horizontale Kooperation staatlicher Stellen faktisch ausschließen und dem Vergaberecht eine Regelungswirkung beimessen, für die es nicht geschaffen wurde. Das Vergaberecht hat eine Marktöffnungs-, aber keine Liberalisierungsfunktion¹. Es sollen gegeneinander geschlossene Märkte geöffnet werden, aber nicht Märkte geschaffen werden. Hoheitliche Staatsorganisation ist keine Tätigkeit am Markt.

Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass Verträge mit Beschaffungscharakter auch zwischen verschiedenen öffentlichen Auftraggebern geschlossen werden. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine Leistung am Markt beschaffen will, ist es grundsätzlich zulässig, dass sich auch andere öffentliche Stellen um diesen Auftrag bewerben. Daher wäre ein pauschaler Ausschluss einer derartigen Beauftragung nicht zulässig (siehe Rechtssache C-84/03, Kommission gegen Spanien).

Mit der Änderung in § 99 Abs. 1 soll klargestellt werden, was jedenfalls keine „öffentlichen Aufträge“ sind.

Die Ermittlung, was eine wesentliche Tätigkeit für Auftraggeber ist, muss im Einzelfall erfolgen. In der Rechtssache Carbotermo (C-340/04) hat der EuGH entschieden, dass dies nicht anhand der Ausnahme für die verbundenen Unternehmen aus der sog. Sektorenrichtlinie beurteilt werden könne, sondern dass alle – quantitativen und qualitativen – Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Jede andere Tätigkeit, die nicht für den oder die Kontrolle ausübenden Auftraggeber, sondern auf dem Markt erbracht wird, muss jedenfalls „rein nebensächlich“² sein. Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob der oder die Auftraggeber oder die Nutzer die entsprechende Leistung vergüten und in welchem Gebiet die Leistungen erbracht werden.³

Eine Zahlung von privaten Geldern ist keine Beteiligung von Kapital durch Private.

Zu Buchstabe b (Absatz 3)

Die aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf – vgl. Beschluss vom 13. Juni 2007, VII-Verg 2/07 (Ahlhorn); vom 12. Dezember 2007, VII-Verg 30/07 (Wuppertal); vom 6. Februar 2008, VII-Verg 37/07 (Oer-Erken-

schwick) – resultierenden rechtlichen Unklarheiten sollen durch eine Klarstellung des Bauauftragsbegriffs beseitigt werden. Hierfür soll der einem Bauauftrag immanente Beschaffungscharakter durch eine Textergänzung deutlicher hervorgehoben werden. Die Ergänzung sagt, dass die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss. Denn ein Bauauftrag setzt einen eigenen Beschaffungsbedarf des Auftraggebers voraus, wobei allein die Verwirklichung einer von dem Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung nicht als einzukaufende Leistung ausreicht.

Vergaberecht betrifft prinzipiell – außer im Falle einer besonderen Beschaffungsbehörde – nicht die Aufgabenebene einer staatlichen Institution, sondern lediglich die Ebene der Ressourcenbeschaffung zur Bewältigung der Aufgaben der Institution. Beide Ebenen dürfen nicht miteinander verwechselt oder verquickt werden.

Zu Buchstabe c (Absatz 4)

Klarstellung im Vergleich zu § 99 Abs. 1 GWB.

Zu Buchstabe d (Absatz 6)

Die Änderung ist in Verbindung mit Nr. 3 Buchstabe c (§ 98 Nr. 6) zu sehen: Zur Klarstellung soll die Definition der Baukonzession in § 98 Nr. 6 gestrichen und als regelgerechte Definition – und nicht in der indirekten Formulierung wie bisher – in § 99 Abs. 6 aufgenommen werden. Die Formulierung bleibt damit im Wesentlichen unverändert, so wie sie auch Artikel 1 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG entspricht.

Klarstellend soll bestimmt werden, dass bei einer Baukonzession das Nutzungsrecht befristet ist. Hierdurch soll verdeutlicht werden, dass das Konzessionsverhältnis ein Rechtsverhältnis darstellt, das auf eine gewisse Zeitdauer ausgelegt ist. Grund für diese Klarstellung ist ebenfalls die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge (siehe Begründung zu Nummer 3 Buchstabe b).

Neben dem Bauauftragsbegriff stellt auch der „weite Baukonzessionsbegriff“ eine wichtige Grundlage der Entscheidungen des OLG Düsseldorf dar. Nach dessen Auslegung soll auch die Veräußerung vom Baukonzessionsbegriff mit umfasst sein. Wesenstypisch für das Institut der Baukonzession ist aber die Übertragung eines Rechts, das dem Konzessionsgeber zusteht, für einen bestimmten Zeitraum. Es handelt sich um ein Vertragsverhältnis, in dessen Verlauf der Konzessionsnehmer von seinem Nutzungsrecht Gebrauch macht. Die Veräußerung gehört damit nicht zur Rechtsfigur der Konzession.

Zu Buchstabe e (Absatz 7)

Folgeänderung aus Buchstabe d.

Zu Buchstabe f (Absatz 8)

Der neue Absatz 8 setzt den Artikel 9 der Richtlinie 2004/17/EG um, damit bei Aufträgen, die der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dienen, eine Abgrenzung hinsichtlich der anzuwendenden Vergabebestimmungen erfolgen kann.

In Satz 1 wird der Grundsatz festgelegt, dass bei einem Auftrag, der der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dient (z. B.

¹ Vergleiche auch Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen).

² C-340/04 Rn. 63.

³ C-340/04 Rn. 67 und 72.

Bau eines Gebäudes für die Stadtverwaltung, in dem auch einige Räume für die Verwaltung des kommunalen Stadtwerkes vorgesehen sind), die Regelungen anzuwenden sind, die für die Tätigkeiten gelten, auf deren Durchführung der Auftrag in erster Linie abzielt (Hauptgegenstand). Im o. g. Beispiel wäre dies die Gewährleistung der Stadtverwaltung und damit wären die Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen durch die Stadt (Auftraggeber nach § 98 Nr. 1) anzuwenden.

Die Sätze 2 und 3 regeln verschiedene Konstellationen für den Fall, dass ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann. Kann ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden und sind Tätigkeiten von Auftraggebern nach § 98 Nr. 1 bis 3 und von Sektorenauftraggebern betroffen (wenn z. B. das zu bauende Verwaltungsgebäude von der Stadt und dem kommunalen Stadtwerk in gleichem Umfang genutzt werden soll), sind laut Satz 2 die Regelungen anzuwenden, die für die Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 gelten.

Satz 3 regelt den Fall, dass der Auftrag der Erfüllung von Sektorentätigkeiten und von Tätigkeiten dient, für die keinerlei Vergaberegeln gelten (z. B. Bau eines Gebäudes für Verwaltung des kommunalen Stadtwerkes und als Sitz eines privaten Unternehmens) und ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann.

Sofern ein Auftrag anstatt der Durchführung einer Sektorentätigkeit der Durchführung einer Tätigkeit im Bereich des Bundesberggesetzes dient, gelten die Regelungen dieser Auftraggeber (§ 129b).

Zu Nummer 5 (§ 100 Abs. 2)

Die Änderungen des § 100 Abs. 2 betreffen neben den Anpassungen an die Liberalisierung im Telekommunikationsbereich und Klarstellungen auch die Übernahme der Ausnahmenvorschriften für die Bereiche der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs, die bislang in der Vergabeverordnung geregelt waren.

Zu Buchstabe a

§ 100 Abs. 2 enthält eine abschließende Aufzählung der aus dem Anwendungsbereich ausgenommenen Aufträge. Hier sind – anders als z. B. bei den Eigenleistungen – grundsätzlich die Kriterien einer Beschaffung am Markt erfüllt. Lediglich besondere Umstände rechtfertigen die Nichtanwendung der marktöffnenden Vergabevorschriften. Als solche besonderen Umstände hat der Gesetzgeber z. B. die wesentlichen staatlichen Sicherheitsinteressen angesehen. § 100 Abs. 2 Buchstabe d GWB setzt Artikel 14 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 21 der Richtlinie 2004/17/EG in deutsches Recht um. (Diese Regelung entsprach auch den bislang geltenden EG-Vergaberichtlinien: Richtlinien des Rates 92/50/EWG vom 18. Juni 1992, 93/36/EG vom 14. Juni 1993, 93/37/EG vom 14. Juni 1993 und 93/38/EG vom 14. Juni 1993.) Die Neufassung des Buchstaben d gibt den Ausnahmetatbestand zur besseren Übersichtlichkeit in gegliederter Form wieder und ergänzt ihn im Interesse der leichteren Anwendbarkeit.

Die jetzt vier Varianten erfassen eine große Bandbreite der Bereiche, in denen wegen innen- und außenpolitischer Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen von hinreichendem Gewicht Ausnahmen gegeben sein können.

Nach Doppelbuchstabe aa ist eine Nichtanwendung gerechtfertigt, wenn Aufträge nach den nationalen Vorschriften für geheim erklärt werden. Dieser Ausnahmetatbestand umschreibt die Möglichkeit, Aufträge zum Schutz betroffener Sicherheitsbelange verschlossen zu halten. Er umfasst alle Aufträge, die nach den deutschen Geheimschutzvorschriften (z. B. Verschlusssachenanweisung – VSA) VS-Vertraulich oder höher eingestuft sind. Dies korrespondiert damit, dass VS-Vertraulich und höher eingestufte Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden können, die sich in der Geheimhaltungsbetreuung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie befinden.

Doppelbuchstabe bb nimmt solche Aufträge aus, die besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordern. Dies betrifft beispielsweise Schutzvorkehrungen, die beim Transport von sensiblem Material notwendig sind.

Unter Doppelbuchstabe cc – neu – werden besondere Beispielfälle genannt, um deren hohe Sicherheitsrelevanz zu unterstreichen. Als Hilfestellung bei der Prüfung, ob im Hinblick auf IT-Produkte oder -Dienstleistungen ein Ausnahmetatbestand im Sinne des § 100 Abs. 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe cc gegeben ist, dienen der „BSI-Leitfaden für die Beschaffung von IT-Sicherheitsprodukten“. In den Fällen des Doppelbuchstaben cc dürfte es regelmäßig auf Grund ihrer Art und ihres Gewichtes für die Sicherheit des Staates geboten sein, dass die vergaberechtlichen Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen. In diesen Ausnahmefällen sind die staatlichen Sicherheitsinteressen vorrangig gegenüber den einzelnen Unternehmensinteressen.

Gemäß Doppelbuchstabe dd rechtfertigt – wie schon nach der bisherigen Gesetzesfassung – auch der Schutz sonstiger wesentlicher Sicherheitsinteressen des Staates eine Ausnahme. Hierzu gehören etwa Aufträge, bei deren Vergabe und Durchführung die Unternehmen Einblick in die Organisation oder Arbeitsweise von Sicherheitsbehörden erlangen, sowie Beschaffungen, die im Zusammenhang mit Einsätzen der Bundespolizei stehen, oder die Beschaffung sensibler Materialien oder Anlagen, wenn der Schutz wesentlicher Interessen der Sicherheit des Staates es gebietet. Die vorstehenden Beispiele sind jedoch ebenso wie die besonderen Beispielfälle gemäß Doppelbuchstabe cc keine abschließende Aufzählung, wenn es um den Maßstab für die Bewertung geht, ob sonstige wesentliche Sicherheitsinteressen vorliegen.

Für die Vergabe der nach § 100 Abs. 2 ausgenommenen Aufträge gelten dann lediglich die Haushaltsvorschriften (§ 30 des Haushaltsgrundsatzgesetzes – HGrG –, § 55 der Bundeshaushaltsordnung – BHO –, § 55 der Landeshaushaltsordnung – LHO), sofern die öffentlichen Auftraggeber dem Haushaltsrecht unterworfen sind.

Zu Buchstabe b

Diese Änderung dient der Aufnahme einer bestimmten Ausnahme für die Sektorenbereiche (bislang § 7 Abs. 5 VgV).

Zu Buchstabe c

Die bislang in § 7 Abs. 2 VgV enthaltene Ausnahme für Sektorenauftraggeber wird übernommen (Artikel 20 der Richtlinie 2004/17/EG). Um zu verhindern, dass diese Ausnahme bei einer „Mischung“ mit anderen im Allgemeininteresse liegenden Tätigkeiten zur Nichtanwendung der Vergaberegeln

insgesamt missbraucht wird, ist klarzustellen, dass die Ausnahme nicht gilt, wenn die andere Tätigkeit eines Sektorauftraggebers dazu führt, dass hierfür die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 vorliegen und deshalb die Vergaberegeln anzuwenden sind.

Zu Buchstabe d

Diese Änderung dient der Anpassung an die Formulierung des Artikels 16 Buchstabe b der Richtlinie 2004/18/EG.

Zu Buchstabe e

Solange im Telekommunikationsbereich eine Monopolstruktur herrschte, machte eine europaweite Ausschreibung von Telekommunikationsleistungen keinen Sinn. Diese Leistungen waren daher vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Durch die Liberalisierung des Telekommunikationssektors gibt es jedoch mittlerweile mehrere Anbieter. Die Ausnahme für die Telekommunikationsleistungen ist daher aufzuheben. Wenn Auftraggeber künftig Telekommunikationsleistungen oberhalb der EG-Schwellenwerte vergeben wollen, müssen sie die Vergaberegeln des GWB beachten.

Ersetzt wird diese Ausnahme durch eine Vorschrift, die für die in § 98 verbleibenden öffentlichen Auftraggeber klarstellt, dass Aufträge mit dem Zweck, das Anbieten von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, nicht erfasst werden.

Zu Buchstabe f

In der Ausnahmeregelung für die finanziellen Dienstleistungen wird wie in den EG-Vergaberichtlinien nunmehr klargestellt, dass die Aufnahme von Kapital und Krediten durch die öffentlichen Auftraggeber keine öffentlichen Aufträge sind.

Zu Buchstabe g

Zu den Buchstaben o bis s

Mit der Neuregelung der Buchstaben o bis s, der Neuregelung des § 98 Nr. 4, des § 100 Abs. 2 und des § 127 wird erreicht, dass die Definition der Tätigkeiten und Ausnahmen auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs künftig allein im GWB geregelt sind. Dies verbessert die Systematik des Vergaberechts und entlastet die Vergabeverordnung, die diese Regelungen bislang enthielt.

Die Ausnahmen der Buchstaben o und p sind zugleich an die Änderungen der Richtlinie 2004/17/EG angepasst.

Zu Buchstabe t

Nach Artikel 30 der Richtlinie 2004/17/EG kann eine Befreiung von der Pflicht zur Anwendung der Vergaberegeln erfolgen, wenn die Aufträge Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs unmittelbarem Wettbewerb ausgesetzt sind. Die Feststellung, ob eine Tätigkeit in einem Mitgliedstaat unmittelbarem Wettbewerb unterliegt, wird von der Kommission getroffen und richtet sich nach den Maßstäben des Artikels 30 der Richtlinie 2004/17/EG. Daher ist es erforderlich, den Ausnahmekatalog des § 100 Abs. 2 um den Fall zu ergänzen, dass die Kommission eine derartige Feststellung für eine Tätigkeit auf Märkten in Deutschland getroffen hat. Die näheren Bestimmungen über die Bekanntmachung durch das Bundes-

ministerium für Wirtschaft und Technologie sowie das Verfahren zur Antragstellung bei der Kommission werden in der Verordnung geregelt.

Zu Nummer 6 (§ 101)

Es bleibt beim Vorrang des offenen Verfahrens für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte. Das EG-Recht würde eine freie Wahl des offenen oder nicht offenen Verfahrens für die sog. klassischen öffentlichen Auftraggeber und damit den Wegfall der Regelung von besonderen Voraussetzungen zur Wahl des nicht offenen Verfahrens ermöglichen (Artikel 28 Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG). Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung kann für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte besser erreicht werden, wenn das offene Verfahren weiterhin als Regelverfahren vorgegeben wird; zusätzliche Bürokratie für die gerechtfertigten Fälle des Abweichens von diesem Grundsatz ist unter diesem Gesichtspunkt hinzunehmen.

Zu Buchstabe a

Mit der Änderung der Reihenfolge der Absätze 4 und 5 soll klargemacht werden, dass zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren keine Hierarchie besteht. Der wettbewerbliche Dialog ist ebenso wie das Verhandlungsverfahren an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft.

Zu Buchstabe b

Mit der Änderung wird eine Klarstellung erreicht, was „staatliche Auftraggeber“ sind. Allen Auftraggebern, die vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG erfasst werden, steht der wettbewerbliche Dialog zur Verfügung. Die Richtlinie 2004/17/EG, die für Auftraggeber gilt, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, kennt dieses Verfahren nicht. Für diese Auftraggeber ist ein derartiges Verfahren auch nicht erforderlich, da sie die Freiheit haben, das Verhandlungsverfahren wie einen wettbewerblichen Dialog auszugestalten.

Zu Buchstabe c

Der neue Absatz 6 definiert die „neuen Verfahren“ der EG-Vergaberichtlinien – elektronische Auktion und dynamische elektronische Verfahren. Der bisherige Absatz 6 regelt die Hierarchie der Vergabeverfahren. Dies erfolgt künftig in Absatz 7.

Zu Buchstabe d (Absatz 7)

Die Auftraggeber in den Sektorenbereichen haben (gemäß Artikel 40 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG) die freie Wahl des Vergabeverfahrens.

Die Vergabeverfahren sind auch transparent, da ihnen in jedem Fall eine europaweite Bekanntmachung vorausgehen muss. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne eine vorherige europaweite Bekanntmachung ist nur beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig.

Die Streichung des Bezuges auf § 98 Nr. 4 bedeutet, dass es für die Sektorenbereiche keine Unterscheidung mehr zwischen öffentlichen Einrichtungen (§ 98 Nr. 2), öffentlichen Unternehmen und privaten Unternehmen (§ 98 Nr. 4) in

diesen Bereichen geben soll. Auch dies entspricht einer Eins-zu-Eins-Umsetzung von EG-Recht und erleichtert die Abwicklung der Vergabeverfahren. Soweit es im Einzelfall für erforderlich gehalten wird, können Empfänger öffentlicher Mittel darüber hinaus auch mit der Finanzierung zur Anwendung strengerer Vorgaben verpflichtet werden (z. B. Deutsche Bahn AG – DB AG bei Infrastrukturprojekten, die vom Bund finanziert werden). Derartige Einzelfälle rechtfertigen jedoch nicht eine strengere gesetzliche Vorgabe für Sektorenbereiche in Gänze.

Zu Nummer 7 (§§ 101a und 101b)

Zu § 101a (Informations- und Wartepflicht)

Zu Absatz 1

Bislang regelte der § 13 der Vergabeverordnung die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über diese Absicht zu informieren und den Vertrag erst zu schließen, wenn die Information erteilt wurde und eine Frist von 14 Tagen vergangen ist. Tat der Auftraggeber dies nicht, war der Vertrag nichtig. Die Regelung des § 13 VgV wird mit etwas abweichendem Wortlaut in den Absatz 1 übernommen. Dabei wird der Wortlaut der Vorschrift auf die „betroffenen Bieter und Bewerber“ i. S. d. Artikels 2a Abs. 2 Unterabsatz 2 und 3 der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (Rechtsmittel-Richtlinie) ausgerichtet.

Bieter gelten dann als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden.

Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder vor der Vergabekammer als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

Bewerber gelten dann als betroffen, wenn der öffentliche Auftraggeber ihnen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt hat, bevor die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.

Die Vorschrift setzt auch Artikel 2a Abs. 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 2007/66/EG um. Die Wartefrist wird nunmehr gesetzlich geregelt und hinsichtlich der Dauer an die Vorgaben der Rechtsmittel-Richtlinie angepasst. Dabei wird die einheitliche Frist von 15 Kalendertagen für sämtliche Kommunikationsmittel festgelegt.

Der öffentliche Auftraggeber kann über die in § 101a vorgegebenen Angaben hinaus auch weitere nützliche Informationen an die Unternehmen geben. In der Praxis hat sich z. B. gezeigt, dass die Angabe auch der Platzierung der jeweiligen Angebote der Unternehmen hilfreich sein kann. Aus der Angabe der Platzierung kann das Unternehmen Rückschlüsse für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrages ziehen. Nachprüfungsanträge, die wegen schlechter Platzierung keine Chance auf einen Zuschlag haben, sind in der Regel wegen fehlender Antragsbefugnis unzulässig. Eine Angabe der Platzierung schützt daher die Unternehmen vor Verfahrenskosten in Nachprüfungsverfahren, die sie in Kenntnis ihrer Platzie-

rung nicht anstrengen würden. Von einer Verpflichtung zur Angabe der Platzierung wurde wegen der dann damit verknüpften Rechtsfolge der Unwirksamkeit bei einem Fehlen der Angabe jedoch abgesehen.

Die Information über den Grund der Nichtberücksichtigung eines Angebotes muss dem Unternehmen, das ein erfolgloses Angebot vorgelegt hat, hinreichend deutlich machen, aus welchem Grund sein Angebot nicht zu berücksichtigen war und welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll. Die Begründung hat auch die Komplexität des Auftrages und den daraus resultierenden Aufwand für die Angebotserstellung zu berücksichtigen. Ein bloßer Hinweis darauf, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei, genügt der Informationspflicht nicht.

Zu Absatz 2

Die Regelung des Absatzes 2 soll Flexibilität für besonders dringliche Vergabeverfahren schaffen.

Für die Vergabeverfahren, bei denen besonders dringliche Gründe außerhalb der Einflussosphäre des öffentlichen Auftraggebers wie z. B. Flutkatastrophen ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen, wird klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber dann nicht zu einer vorherigen Information verpflichtet ist. Der Auftraggeber muss in diesen Fällen in der Lage sein, die erforderlichen Aufträge sofort zu vergeben, ohne eine Wartefrist einhalten zu müssen.

Zu § 101b (Unwirksamkeit)

§ 101b regelt in Absatz 1, dass die Verletzung der Informationspflicht gemäß § 101a und der Fall, bei dem der öffentliche Auftraggeber unter Verletzung der Vergaberegeln den Auftrag direkt an ein Unternehmen vergibt, zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führen. Die bisherige Rechtsfolge der Nichtigkeit in § 13 der Vergabeverordnung wird nicht übernommen. Es erscheint sachgerechter, den Vertrag unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung zu stellen.

Ein Vertrag ist von Anfang an wirksam, wenn die Frist nach Absatz 2 abgelaufen und die Unwirksamkeit nicht in einem Nachprüfungsverfahren geltend gemacht wurde.

Absatz 2 führt eine Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit ein. Nach Ablauf der Frist besteht Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag. Die Geltendmachung kann nur durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch einen Antragsbefugten vor der Vergabekammer erfolgen. Ein Vertragspartner, der sich möglicherweise im Nachhinein aus anderen Gründen von der vertraglichen Verpflichtung lösen möchte, kann sich dagegen nicht auf § 101b stützen. Für den Fall, dass die europäische Rechtsentwicklung dazu veranlasst, in bestehende Vertragsverhältnisse einzugreifen, besteht in Deutschland die Möglichkeit, § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) auf den geschlossenen Vertrag anzuwenden.

Hat der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, verkürzt sich die Frist zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages auf 30 Tage nach Veröffentlichung dieser Bekanntmachung über die Auftragsvergabe.

Zu Nummer 8 (§ 102)

Es wird die ausdrückliche Erwähnung der Prüfmöglichkeit durch die Vergabeprüfstellen gestrichen. Dies ist eine Folgeänderung zu Nummer 9.

Zu Nummer 9 (§ 103)

§ 102 weist darauf hin, dass die Nachprüfung, ob die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten wurden (§ 97 Abs. 6), nur den Vergabekammern obliegt. § 103 regelte bislang die Einrichtung und Einschaltung der Vergabeprüfstellen. Da die Nachprüfung durch Vergabeprüfstellen jedoch kaum eine Rolle spielt, kann auf die Regelungen in § 103 Abs. 1 und 2 verzichtet werden. Gleichwohl bleibt die grundsätzliche Prüfungsmöglichkeit durch Vergabeprüfstellen bestehen, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im GWB.

Zu Nummer 10 (§ 104)

§ 104 wird klarer gefasst.

Zu Buchstabe a

Die Streichung der Vergabeprüfstellen in § 104 Abs. 2 („außer vor den Vergabeprüfstellen“) ist eine Folgeänderung aus der Aufhebung des § 103 GWB.

Zu Buchstabe b

Der bisherige § 104 Abs. 2 Satz 2 wird Absatz 3. Durch diese neue Struktur wird die Regelung klarer. Der neue Verweis in Absatz 3 Satz 2 auf die §§ 19 und 20 stellt klar, dass sich trotz der Regelungen der 7. GWB-Novelle an den Befugnissen der Kartellbehörden im Falle eines unzulässigen Verhaltens eines marktstarken öffentlichen Auftraggebers nichts ändert.

Zu Nummer 11 (§ 106 Abs. 2)

Die Umfrage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit hinsichtlich der Auswirkungen des VgRÄG hatten ergeben, dass Unternehmen häufig mit der Qualität der Entscheidungen der Vergabekammern unzufrieden waren (siehe Gutachten). Durch die Aufhebung des § 106 Abs. 2 Satz 2 werden daher künftig auch für die Vergabekammern der Länder die Anforderungen des § 105 Abs. 2 Satz 2 bis 4 an die Besetzung der Vergabekammern einheitlich vorgegeben.

Zu Nummer 12 (§ 106a – Abgrenzung der Zuständigkeit der Vergabekammern)

§ 106a regelt die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 18 VgV. Um die künftige Vergabeverordnung nicht mit Regelungen zu den Nachprüfungsverfahren zu überfrachten, wird die Zuständigkeitsregelung für Bund und Länder in das GWB übernommen und gleichzeitig klarer strukturiert.

Zu Nummer 13 (§ 107 Abs. 3)

§ 107 Abs. 3 verpflichtet derzeit die Unternehmen, erkannte Verstöße unverzüglich zu rügen. Dies gilt auch für aufgrund der Vergabebekanntmachung erkennbare Verstöße. Diese Rügeobliegenheit hat zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten geführt. Die Änderung erweitert die Vorschrift. Auch erkennbare Verstöße in der Leistungsbeschreibung sollen un-

verzüglich, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden. Damit bekommt der öffentliche Auftraggeber auch in diesen Fällen eher die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Außerdem wird eine generelle Frist zur Geltendmachung einer Rüge in den Fällen eingeführt, in denen der Auftraggeber dem Unternehmen mitteilt, dass der Rüge des Unternehmens nicht abgeholfen wird. So kann frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geschaffen werden.

Bei den sog. De-facto-Vergaben des § 101b Abs. 1 Nr. 2 ist es nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen. In diesen Fällen kann sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden.

Zu Nummer 14 (§ 110)

Die Pflicht zur Erforschung des Sachverhaltes von Amts wegen bedeutet, dass die Kammer alle Tatsachen aufzuklären hat, die für ihre Entscheidung objektiv erforderlich sind. Die Vergabekammer bestimmt dabei nach pflichtgemäßem Ermessen die Art und den Umfang der Ermittlungen und hat alle in der von § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB vorgegebenen Frist zur Verfügung stehenden, rechtlich zulässigen Möglichkeiten einer Aufklärung des relevanten Sachverhaltes auszuschöpfen. Absatz 1 Satz 2 konkretisiert, inwieweit die Vergabekammer dabei über das Vorbringen der Beteiligten hinaus verpflichtet ist, Nachforschungen anzustellen. Die Vergabekammer darf sich auf die Vergabeakten oder sonstige Umstände beschränken, die dem sorgfältig ermittelnden Beamten zur Kenntnis gelangt wären. Zu solchen sonstigen Umständen zählen beispielsweise Indizien wie Pressemeldungen darüber, dass der öffentliche Auftraggeber mit dem obsiegenden Bieter Nachverhandlungen geführt hat, ohne dass diese zum Bestandteil der Vergabeakte wurden. Der Gesetzgeber stellt nunmehr weiterhin klar, dass die Vergabekammer nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet ist. Auch im Nachprüfungsverfahren ist nicht allen denkbaren Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhaltes von Amts wegen nachzugehen, siehe BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, m. w. N.

In Absatz 2 Satz 2 zeigt der Gesetzgeber die Möglichkeit des Antragsgegners auf, die Vergabekammer vorsorglich vor Anhängigkeit des Verfahrens über die tatsächlichen und rechtlichen Aspekte für eine Widerlegung des Antrags in Kenntnis zu setzen. Diesen Schriftsatz berücksichtigt die Vergabekammer bei der Entscheidung über die Zustellung des Antrags. Das Instrument der Schutzschrift wurde von der Praxis entwickelt und hat sich im Bereich des allgemeinen Wirtschaftsrechts bewährt. Dort hat derjenige, der wegen des Vorwurfs eines Wettbewerbsverstößes den Erlass einer einstweiligen Verfügung erwartet, die Möglichkeit, bei Gericht mittels Schutzschrift zu beantragen, dem Antrag nicht zu entsprechen oder nicht ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Auch in der Praxis des Vergaberechts kommt es bereits in Einzelfällen zur Hinterlegung von Schutzschriften durch den öffentlichen Auftraggeber. Mit der vorsorglichen Hinterlegung einer Schutzschrift zielt der öffentliche Auftraggeber darauf, die Zustellung des Nachprüfungsantrags und damit den Eintritt des automatischen Suspensiveffektes gemäß § 115 Abs. 1 GWB zu verhindern. So kann der öffentliche Auftraggeber seine Argumente für die offensichtliche Unzu-

lässigkeit oder Unbegründetheit des Antrags vorsorglich bei der Vergabekammer hinterlegen. Im Übrigen wurde der Verweis in der bisherigen Fassung des § 110 Abs. 2 Satz 2 GWB auf die verfahrensmäßige Einbeziehung der Vergabepflichten wegen der Aufhebung des § 103 GWB gestrichen.

Zu Nummer 15 (§ 113)

Die neu eingeführte Zweiwochenfrist dient der Beschleunigung.

Zu Nummer 16 (§ 114)

Zu Buchstabe a

Durch die Einfügung wird die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 101b auf den Zuschlag erstreckt.

Zu Buchstabe b

Die Praxis der Vergabekammern hat gezeigt, dass vereinzelt öffentliche Auftraggeber die Anordnungen der Vergabekammern schlicht ignorieren (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 17. November 2004, Az.: VK1-83/02). Eine effektive Durchsetzung von Anordnungen der Vergabekammern setzt voraus, dass geeignete Zwangsmittel zur Verfügung stehen. Nach derzeitiger Gesetzeslage sind mangels spezialgesetzlicher Regelung für die Durchsetzung von Entscheidungen der Vergabekammern die allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder maßgeblich. Gemäß § 11 Abs. 3 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes Bund (VwVG Bund) können Zwangsgelder lediglich in einer Spanne von 1,50 Euro bis höchstens 1 000 Euro verhängt werden*. Ein solcher Zwangsgeldrahmen ist angesichts der Auftragsvolumina, die den Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens bilden können, als effektives Zwangsinstrumentarium wirkungslos. Außerdem bedeutet eine solche Rechtslage eine Benachteiligung gegenüber solchen Bietern, die erst in einem Verfahren vor den Oberlandesgerichten erfolgreich waren. Denn Beschlüsse der Oberlandesgerichte können über die Instrumentarien der Zivilprozessordnung (ZPO) vollstreckt werden (§§ 704 ff., 888 ZPO), indem zur Vollstreckung unvertretbarer Handlungen – mehrfach – Zwangshaft und Zwangsgelder bis 25 000 Euro angeordnet werden können.

In gleicher Weise wurde auch im Rahmen der 7. GWB-Novelle anerkannt, dass ein Verwaltungszwang entsprechend den allgemeinen Vorschriften zur Verwaltungsvollstreckung nicht ausreichend ist. Denn auch in Bezug auf kartellbehördliche Verfügungen, die ebenso wie das öffentliche Auftragswesen Sachverhalte von erheblicher Bedeutung betreffen, waren die niedrigen Zwangsgelder des allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsrechts nicht ausreichend. So entschied der Gesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle, Zwangsgelder in einer Spanne von 1 000 bis 10 Mio. Euro zuzulassen. Deswegen ist es sachgerecht, diese Regelung auch für

* Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder sind teilweise etwas besser ausgestattet. So ermöglicht § 60 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes NRW die Festsetzung eines Zwangsgeldes bis zu 100 000 Euro, das Bayerische Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz ein Zwangsgeld bis 50 000 Euro; während das Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz Rheinland-Pfalz Zwangsgelder nur bis 5 000 Euro zulässt.

den vierten Teil des GWB zu übernehmen, indem dort auf den § 86a verwiesen wird.

Zu Nummer 17 (§ 115)

Zu Buchstabe a

Die Änderung ermöglicht eine Vereinfachung des Nachprüfungsverfahrens.

Zu Buchstabe b

Der neu gefasste Absatz 2 ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber zur Beschleunigung des Verfahrens bei der Vergabekammer einen Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags zu stellen. Die Praxis der Vergabekammern des Bundes und der Länder zeigt, dass Anträge auf Vorabgestattung des Zuschlags kaum gestellt werden. Statistisch beläuft sich die Zahl der Anträge auf 1 bis 4 Prozent der Nachprüfungsverfahren seit dem Jahre 2002. Der Anteil der stattgegebenen Anträge beträgt im Jahre 2006 rund 0,3 Prozent (2005 rund 2 Prozent; 2004 rund 0,5 Prozent). Als Gründe dafür werden insbesondere eine verspätete Vorlage der Akten durch den öffentlichen Auftraggeber und die umfangreiche Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens im Rahmen der Interessenabwägung angeführt. Die vorgeschlagene Änderung soll diese Situation zugunsten der im öffentlichen Interesse liegenden Auftragsvergabe verbessern.

Zu Doppelbuchstabe aa

Es kann hilfreich sein, auch dem Unternehmen, das nach der gemäß § 101a bekannt gemachten Absicht des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten sollen, ein entsprechendes Antragsrecht einzuräumen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Die im neuen Satz 2 des § 115 Abs. 2 (neu) in Bezug genommenen Erfolgsaussichten im Vergabeverfahren sind ein wichtiges Indiz für die Entscheidungsfindung nach Satz 1. Dabei geht es zum Beispiel um die Platzierung und die Chance des unterlegenen Bieters, den Zuschlag zu erhalten.

Im neuen Satz 3 konkretisiert der Gesetzgeber das überwiegende Interesse der Allgemeinheit durch die Benennung eines weiteren Beispiels. In Übereinstimmung mit den Wertungen des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE vom 13. Juni 2006) soll hier auf Gesetzebene das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe in wirtschaftlicher und verzögerungsfreier Weise gestärkt werden. Gerade bei großen Bauvorhaben können Nachprüfungsverfahren zu Zeitverlusten führen, die das Vorhaben erheblich verteuern. Dann kann die Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse des Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung gegenüber dem öffentlichen Interesse des Auftraggebers an der zügigen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens zurückstehen muss.

Es sind Konstellationen denkbar, in denen die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Vorabzuschlags ungebührlich verzögern würde und damit dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen würde. § 115 Abs. 2 Satz 4 (neu) stellt deshalb klar, dass die Vergabekammer die

Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen kann, dazu allerdings nicht verpflichtet ist und deshalb auf der Grundlage der Abwägung der beteiligten Interessen die Voraberteilung des Zuschlags erteilen darf. Dabei ist die prozessuale Durchsetzung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einhaltung der Vergabevorschriften durch die Möglichkeit der Beschwerde zum Oberlandesgericht sichergestellt.

Zu Doppelbuchstabe cc

Dies ist eine Folgeänderung zu Doppelbuchstabe bb.

Zu Doppelbuchstabe dd

Mit der Ergänzung der Verweisung auch auf den § 121 Abs. 3 wird eine Entscheidung des Beschwerdegerichts innerhalb von fünf Wochen ebenso wie im Verfahren über die Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 121 erreicht.

Zu Buchstabe c

Mit der Ergänzung in § 115 Abs. 3 wird klargestellt, dass weitere vorläufige Maßnahmen nach § 115 Abs. 3 mit den Mitteln der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können. Ebenso wie in Bezug auf § 114 Abs. 3 GWB ist es auch hier sachgerecht, den Zwangsgeldrahmen des § 86a zu übernehmen (siehe Begründung zu Nummer 14).

Zu Buchstabe d

Da der automatische Suspensiveffekt nach Absatz 1 für Sachverhalte, in denen streitig ist, ob eine Ausnahme nach § 100 Abs. 2 Buchstabe d vorliegt, zu unangemessenen Zeitverzögerungen zu Lasten der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Staates führen kann, wird eine Regelung aufgenommen, nach der die Automatik des Suspensiveffekts nach Absatz 1 entfällt zugunsten eines sofortigen Antragsrechts auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes vor dem Beschwerdegericht.

Zu Nummer 18 (§ 118)

Zu Buchstabe a

Die Änderung dient der Verfahrensbeschleunigung.

Zu Buchstabe b

Mit dieser Änderung werden die Kriterien für eine Entscheidung des Beschwerdegerichts über die Fortsetzung der aufschiebenden Wirkung der Entscheidung der Vergabekammer an die Kriterien für die Entscheidung über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Abs. 2 angepasst.

Zu Nummer 19 (§ 120 Abs. 2)

Mit der Verweisung auf den § 78 wird ermöglicht, auch die notwendigen Kosten einem Beteiligten nach Billigkeit aufzuerlegen.

Zu Nummer 20 (§ 121 Abs. 1)

Das Antragsrecht, das nach Nummer 17 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa für das Verfahren vor der Vergabekammer eingeräumt wird, soll auch in dem Beschwerdeverfahren der Verfahrensbeschleunigung dienen. Außerdem gibt es – wie

beim § 118 Abs. 2 – keinen sachlichen Grund, die Kriterien für die Vorabentscheidung über den Zuschlag im Verfahren vor dem Beschwerdegericht abweichend von den Kriterien für Entscheidung der Vergabekammer über die Gestattung der Zuschlagserteilung nach § 115 Abs. 2 zu regeln. Die Änderung passt daher den Wortlaut des § 121 Abs. 1 an den Wortlaut des § 115 Abs. 2 an.

Zu Nummer 21 (§ 124 Abs. 2)

Diese Änderung ermöglicht es dem Bundesgerichtshof (BGH), sich auf die Entscheidung über die vorgelegte Divergenzfrage zu beschränken. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn nach Auffassung des BGH der vorgelegte Fall der weiteren Sachverhaltsaufklärung bedarf. Dann kann er die Divergenzfrage entscheiden und die Entscheidung über die Hauptsache an das vorliegende Oberlandesgericht übertragen.

Zu Nummer 22 (§ 127)

Die Änderungen sind Folge der Übernahme der Regelungen über die Nachprüfungsverfahren und über die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs aus der Vergabeverordnung.

Zu Buchstabe a

Die Verordnungsermächtigung zur Umsetzung der durch Richtlinien der Europäischen Union festgelegten Schwellenwerte bezieht sich zukünftig als dynamische Rechtsverweisung auf die jeweils geltende Fassung der Vergaberichtlinien.

Zu Buchstabe b

Die derzeit geltende Nummer 2 enthält eine Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung über die Definition der Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs. Dies wird künftig in § 100 Abs. 2 Buchstabe f und o geregelt. Aufgenommen wird dafür die Ermächtigung zum Erlass einer eigenständigen Verordnung in diesen Bereichen. Ziel ist eine Eins-zu-Eins-Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG.

Zu Buchstabe c

Die derzeit geltenden Nummern 3 und 4 enthalten die Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung über bestimmte Ausnahmen. Diese Ausnahmen sind künftig im § 100 Abs. 2 Buchstabe p bis s geregelt. Die Nummer 5 enthält derzeit eine Verordnungsermächtigung für eine Regelung der Abgrenzung der Zuständigkeiten der Vergabekammern. Auch diese ist nicht mehr erforderlich, da die Regelung künftig im § 106 erfolgt. Die Verordnungsermächtigungen können daher gestrichen werden.

Zu den Buchstaben d und e

Die Regelung über den Korrekturmechanismus der Kommission wird ebenso wie die Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsbehörden (Nummer 22) in das Gesetz aufgenommen; eine Ermächtigungsgrundlage ist daher nicht mehr erforderlich.

Zu Buchstabe f

Neu aufgenommen wird eine Ermächtigung zur Regelung der Voraussetzungen für eine Befreiung von der Anwendungsverpflichtung der Vergaberegeln für die Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs tätig sind. Die Ermächtigung schließt auch die Regelung des Verfahrens ein, mit dem diese Befreiung erreicht werden kann, und die hierfür erforderlichen Ermittlungsbefugnisse des Bundeskartellamtes.

Zu Nummer 23 (§ 128)

§ 128 regelt die Kosten vor der Vergabekammer.

Zu Buchstabe a

Die Erhöhung der Gebühren trägt dem Umstand Rechnung, dass derzeit eine Deckung der Kosten des Nachprüfungsverfahrens durch die für die Amtshandlungen der Vergabekammer erzielten Gebühren und Auslagen gerade in Fällen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung nicht erzielt wird.

Zu Buchstabe b

Die Änderungen dienen der Anpassung an die Rechtsprechung.

Zu Doppelbuchstabe aa

Nach § 128 Abs. 3 hat der unterliegende Beteiligte die Kosten zu tragen. Mit der Änderung wird möglich, auch z. B. das „Verschulden“ einer Antragstellung bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen und die Kosten aufzuteilen.

Zu Doppelbuchstabe bb

Hinsichtlich der Kosten der Beigeladenen hat sich die Rechtsprechung unterschiedlich entwickelt. Mit der Änderung wird den Vergabekammern ermöglicht zu berücksichtigen, wie sich ein Beigeladener am Verfahren beteiligt hat.

Zu Buchstabe c

Bislang sah das Gesetz für den Fall der Rücknahme eine Erstattung von Auslagen, die der öffentliche Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren gehabt hat, nicht vor. Die Zahl der Rücknahmen seitens des Antragstellers betrifft seit dem Jahre 2001 allerdings rund 34 bis 40 Prozent der Nachprüfungsverfahren. Die Einführung der Aufwendungsersatzregelung § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB ist daher geboten. Nunmehr sind Antragsteller bei der Rücknahme ihres Nachprüfungsantrags verpflichtet, die zweckentsprechenden Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Diese Aufwendungsregelung entspricht dem verwaltungsrechtlichen Kostengrundsatz nach § 155 Abs. 2, § 162 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Dabei wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass die Rücknahme des Nachprüfungsantrags regelmäßig nur in den Fällen erfolgt, in denen die Abweisung des Nachprüfungsantrags vermieden werden soll. Die Einführung einer Billigkeitserwägung entsprechend § 269 Abs. 3 ZPO war deshalb nicht geboten. Das Nachprüfungsverfahren ist, trotz seiner gerichtsähnlichen Ausgestaltung, ein Verwaltungsverfahren, so dass auch die verwaltungsrechtlichen Kostengrundsätze entsprechend anzuwenden sind.

Die neue gesetzliche Regelung zur Aufwendungsersatzpflicht benachteiligt den Antragsteller nicht unangemessen. Die von dem Antragsteller zu tragenden Aufwendungen sind durch das Kriterium „zweckentsprechend“ begrenzt. So besteht für den Antragsgegner bei der Klärung von rein auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen oftmals keine Notwendigkeit der anwaltlichen Beratung, so dass etwaige Aufwendungen nicht mehr „zweckentsprechend“ im Sinne dieser Vorschrift wären.

Zu Nummer 24 (§ 129)

Der bisherige § 129 regelt die Kosten vor der Vergabeprüfstelle. Da die Regelungen zu den Vergabeprüfstellen aufgehoben werden, ist auch die Kostenregelung aufzuheben.

Künftig wird an dieser Stelle die Regelung zur Umsetzung des Artikels 3 der Richtlinie 89/665/EWG und des Artikels 8 der Richtlinie 92/13/EWG über den Korrekturmechanismus der Europäischen Kommission übernommen, die sich bislang in § 21 der Vergabeverordnung befand. Damit soll die künftige Vergabeverordnung nicht mehr mit Regelungen über Nachprüfungsmöglichkeiten überfrachtet sein. Sie sind künftig allein im GWB enthalten.

Zu Nummer 25 (§§ 129a und 129b)

Zu § 129a (Unterrichtungspflichten der Nachprüfungsinstanzen)

Der neue § 129a übernimmt die bisherige Regelung zu den Statistikpflichten der Nachprüfungsbehörden und der Oberlandesgerichte aus der Vergabeverordnung (§ 22 VgV).

Zu § 129b (Regelung für Auftraggeber nach dem Bundesberggesetz)

Der Bereich des Aufsuchens und der Förderung von Brennstoffen wird grundsätzlich von der EG-Sektorenrichtlinie 2004/17/EG (Artikel 7 Buchstabe a) erfasst. Unternehmen, die in Deutschland in diesem Bereich tätig sind und die sonstigen Anforderungen an öffentliche Auftraggeber erfüllen (§ 98 Nr. 1 bis 3 oder öffentliches Unternehmen oder Tätigkeit aufgrund besonderer und ausschließlicher Rechte), haben jedoch aufgrund einer (auf Artikel 3 der Richtlinie 93/38/EWG gestützten) Entscheidung der Kommission* eine weitgehende Befreiung von der Anwendungsverpflichtung. Sie sind lediglich gehalten, bei Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und der wettbewerbsorientierten Auftragserteilung einzuhalten. § 129b Abs. 1 verpflichtet zur Einhaltung dieser Grundsätze. Diese Verpflichtung ergibt sich künftig allein aus dem Gesetz; bislang war dies im § 11 VgV geregelt. Gleichzeitig wird diesen Auftraggebern in § 129b Abs. 2 die Möglichkeit eröffnet, sich gänzlich von der Anwendungsverpflichtung dieser Vorschrift zu befreien.

Zu Nummer 26 (§ 131 Abs. 8)

In § 131 wird ein neuer Absatz 8 mit einer Übergangsregelung für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits begonnene Vergabe- oder Nachprüfungsverfahren aufgenommen.

* ABl. EU Nr. L 16 vom 23. Januar 2004 S. 57.

Ein Vergabeverfahren gilt im Sinne dieser Übergangsregelung auch bereits als begonnen, wenn bislang nur eine Aufforderung zur Beteiligung an einem Teilnahmewettbewerb oder eine Aufforderung zu Verhandlungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ergangen ist.

Zu Nummer 27 (§ 132)

Der Bundesgesetzgeber macht von der Möglichkeit des Artikels 84 Abs. 1 Satz 5 GG Gebrauch, eine bundeseinheitliche Regelung des Verwaltungsverfahrens zu treffen, indem Abweichungen von den §§ 107 bis 115 GWB durch Landesrecht ausgeschlossen werden.

Abweichungen der Länder bei den Verfahren zur Nachprüfung der Vergabeverfahren würden für die Rechtsunterworfenen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit bedeuten. Denkbar wären unterschiedliche Ausgestaltungen in 16 Ländern und beim Bund. Ein besonderes Bedürfnis für eine bundeseinheitliche Regelung des Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern der Länder besteht, weil Unternehmen sich länderübergreifend bei öffentlichen Auftraggebern auf Landesebene und kommunaler Ebene bewerben und das Erfordernis, sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen des Nachprüfungsverfahrens einzustellen, eine erhebliche wirtschaftliche Belastung – insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen – darstellen bzw. die Wahrnehmung des Rechtsschutzes faktisch behindern würde.

Dieser Ausschluss löst die Pflicht zur Einholung der Zustimmung des Bundesrates aus.

Zu Nummer 28 (Anlage)

In der Anlage werden die bislang in der Vergabeverordnung (§§ 8, 9 Abs. 1 VgV) aufgeführten Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung und des Verkehrs entsprechend der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste aufgeführt. Aus rechtssystematischen Gründen wird dies mit Ausnahme der Postdienste in das GWB übernommen.

Zu Artikel 2 (Änderung der Vergabeverordnung)

Die Aufhebung der §§ 8 bis 11, 13, 18, 21 und 22 ist eine Folgeänderung zu § 100 Abs. 2 Buchstabe f, i, o bis s, den §§ 106a, 129, 129a und 129b und der Anlage GWB-E.

Zu Artikel 3 (Bekanntmachungserlaubnis)

Aufgrund der zahlreichen Änderungen im vierten Teil des GWB und in der Vergabeverordnung ist es angebracht, das

BMW zu ermächtigen, eine Neubekanntmachung des GWB und der Vergabeverordnung vorzunehmen.

Zu Artikel 4 (Änderung des BSI-Errichtungsgesetzes)

Artikel 4 ermächtigt das BSI, für die Beschaffung von Informationstechnik technische Richtlinien zu verfassen. Diese sind bei der Bedarfsfestlegung durch die beschaffende Behörde bzw. die Bedarfsträger zu berücksichtigen. Dies beinhaltet z. B. Vorschriften zur Risikoanalyse, zur Auswahl und zu den IT-Sicherheitsanforderungen, die z. B. im Rahmen eines Vergabeverfahrens an die Eignung der Anbieter und die ausgeschriebenen Leistungen zu berücksichtigen sind. Ein einmal erworbenes unsicheres Produkt kann auch durch entsprechende Konfiguration in der Regel nicht mehr hinreichend abgesichert werden. Die so geschaffenen Sicherheitslücken können ggf. auch die Informationstechnik anderer vernetzter Behörden gefährden. Die steigende Abhängigkeit der Verwaltung von Informationstechnik einerseits, die zunehmende Komplexität und damit Angreifbarkeit dieser Technik andererseits machen es erforderlich, dass abstrakte Qualitätskriterien bereits für die Auswahl von Informationstechnik durch eine zentrale Stelle wie das BSI festgelegt werden.

Das Erfordernis der Abgabe der Verdingungsunterlagen an einen anhand unzulänglich aufgestellter Eignungskriterien ausgewählten Auftragnehmer, kann bereits wegen der enthaltenen Leistungsanforderungen und sonstigen Informationen ein hohes Sicherheitsrisiko darstellen und die Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland gefährden.

Die vergaberechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Die festzulegenden Anforderungen sollen den beschaffenden Behörden im Vorfeld von Vergabeverfahren Leitlinien an die Hand geben, wie Eignungsanforderungen und Leistungsanforderungen abhängig vom Einsatzzweck der Informationstechnik zu entwickeln und zu formulieren sind, um ein der Risikoeinschätzung entsprechendes Sicherheitsniveau zu erhalten.

Artikel 4 Nr. 1 enthält in Konkretisierung der Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BSIG eine entsprechende Aufgabenzuweisung, derartige Richtlinien zu entwickeln. Artikel 4 Nr. 2 schafft die eigentliche Befugnis, die Richtlinien festzulegen, und verpflichtet die Stellen des Bundes, diese als Rahmen für die Entwicklung sachgerechter Anforderungen an Auftragnehmer und IT-Produkte für die Durchführung von Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

Zu Artikel 5 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.

Anlage 2**Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates**

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Gesetzentwurf auf Bürokratiekosten, die durch Informationspflichten begründet werden, geprüft.

Mit dem Regelungsvorhaben werden keine Informationspflichten eingeführt, geändert oder aufgehoben. Vor diesem Hintergrund hat der Nationale Normenkontrollrat im Rahmen seines gesetzlichen Prüfauftrags keine Bedenken gegen das vorliegende Regelungsvorhaben.

Möglichkeiten zum Bürokratieabbau könnten jedoch Vereinfachungen der Verdingungsordnungen bieten. Der Nationale Normenkontrollrat bittet daher um weitere Beteiligung in dem anstehenden Verfahren.

Anlage 3

Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 846. Sitzung am 4. Juli 2008 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Gesetzentwurf allgemein

- a) Der Bundesrat begrüßt die Zielsetzung des Gesetzes, das Vergaberecht zu modernisieren, zu vereinfachen sowie transparenter und mittelstandsfreundlicher auszugestalten. Hierzu gehört auch, bestehende Rechtsunsicherheiten bei der interkommunalen Zusammenarbeit im Hinblick auf das EU-Vergaberecht zu beseitigen. Die interkommunale Zusammenarbeit gewinnt immer mehr an Bedeutung. Bei ihr entscheiden sich die Kommunen aus vielerlei Gründen, beispielsweise der Daseinsvorsorge, bewusst dafür, Aufgaben nicht zu privatisieren, sondern nach wie vor in rein öffentlicher Verantwortung zu belassen.

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, bei der Europäischen Kommission darauf hinzuwirken, die Vergaberechtsfreiheit der interkommunalen Zusammenarbeit in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, in deren Artikel 10 bzw. Artikel 2 im Rahmen der Regelung der „Grundsätze über die Vergabe von Aufträgen“ im folgenden Sinn zu ergänzen und klarzustellen:

Die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Körperschaften oder kommunalen Einrichtungen zur Wahrnehmung in eigener Zuständigkeit durch den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen oder im Wege der Gründung einer kommunal getragenen Einrichtung in öffentlicher Rechtsform ist kein öffentlicher Auftrag. Gleiches gilt für Vereinbarungen zwischen kommunalen Körperschaften oder kommunalen Einrichtungen über die Erledigung von Aufgaben im Liefer-, Bau- und Dienstleistungsbereich ohne Zuständigkeitsübertragung, wenn sie ausschließlich mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln möglich ist und die Einrichtungen im Wesentlichen für ihre Vereinbarungspartner tätig sind.

- b) Der Bundesrat bittet, das Gesetz im weiteren Gesetzgebungsverfahren in einer geschlechtergerechten Sprache zu verfassen.

Begründung

Zu Buchstabe a

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts bietet die Chance, Rechtsunsicherheiten bei der interkommunalen Zusammenarbeit im Hinblick auf das EU-Vergaberecht zu beseitigen. Bei der interkommunalen Zusammenarbeit handelt es sich um ein Verwaltungsinternum, das wegen der fortbestehenden öffentlichen Aufgabenerfüllung gerade keine externe Beschaffung auf dem Markt von Leistungen durch Dritte darstellt und daher nicht dem

Vergaberecht unterworfen werden kann. Dies bedarf einer grundsätzlichen Klarstellung.

Zu Buchstabe b

Der Gesetzentwurf ist nicht in einer geschlechtergerechten Sprache verfasst.

2. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 97 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Ergänzung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Vergaberechts zu prüfen mit dem Ziel, eine gesetzliche Grundlage für die Einrichtung eines bundesweiten Registers über „schwere Verfehlungen“ von Bietern zu schaffen, auf deren Grundlage insbesondere ein Kriterienkatalog für die Beurteilung einer Verhaltensweise als „schwere Verfehlung“, eine Verfahrensordnung für Eintragung und Löschung von Bietern in das Register nebst Benennung der zuständigen registerführenden Stelle auf Bundesebene, geeignete Mitteilungspflichten der Ermittlungsbehörden gegenüber der registerführenden Stelle und gegenüber der jeweils von der Verfehlung betroffenen Vergabestelle sowie Mitteilungs- oder Auskunftspflichten der registerführenden Stelle gegenüber öffentlichen Auftraggebern bundeseinheitlich geregelt werden können.

Begründung

Sowohl im europäischen Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG als auch in den Bestimmungen des bundes- und des landesrechtlichen Vergaberechts ist vorgesehen, Bieter auf Grund „schwerer Verfehlungen“ vom weiteren Vergabeverfahren ausschließen zu können.

Korruption und andere schwere Verfehlungen beeinträchtigen in vielfältiger Weise den Wettbewerb und wirken sich in der Regel bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sowohl für konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer als auch für den Auftraggeber, der in diesen Fällen an der Nutzung des wirtschaftlichsten Angebots gehindert wird, nachteilig aus.

Zahlreiche Länder haben mit landesrechtlichen Regelungen, insbesondere mit Verwaltungsvorschriften, eine eigene Verwaltungspraxis entwickelt, um Verfehlungen im Rahmen der Eignungsprüfung von Bietern berücksichtigen zu können. Die Erfahrungen damit haben jedoch gezeigt, dass unlautere Geschäftspraktiken dieser Art weder an Stadt- noch an Landesgrenzen haltmachen, da die Wirtschaftstätigkeit vieler Bieter sich zunehmend auf das gesamte Bundesgebiet und darüber hinaus erstreckt. Im Hinblick auf die bundesweiten Betätigungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Möglichkeiten, an unterschiedlichen Orten und in unterschiedlichen Ländern Verhaltensweisen zu zeigen, die eine „schwere Verfehlung“ bedeuten, ist eine bundeseinheitliche Regelung er-

forderlich, um den Ländern über ihre Landesgrenzen hinweg ein gleiches Vorgehen zu ermöglichen.

Geeignetes Mittel zur Umsetzung dieses Bedarfs an einer bundeseinheitlichen Regelung ist die Einrichtung eines Registers auf gesetzlicher Grundlage, die insbesondere

- betroffene Verhaltensweisen benennt und im Sinne eines „Verfehlungskatalogs“ einheitliche Kriterien festlegt,
- das Verfahren für die Erfassung, Bereithaltung und ggf. spätere Löschung von „schweren Verfehlungen“ in einem Register festlegt,
- eine registerführende Stelle auf Bundesebene benennt,
- Mitteilungspflichten der Ermittlungsbehörden gegenüber der registerführenden Stelle und gegenüber der jeweils von der Verfehlung betroffenen Vergabestelle und
- Mitteilungs- oder Auskunftspflichten der registerführenden Stelle gegenüber öffentlichen Auftraggebern regelt.

3. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 99 GWB)

Der Bundesrat bittet, im laufenden Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass eine Regelung zu interkommunalen Kooperationen aufgenommen wird.

Begründung

Die Kommunen leiden im Hinblick auf die Zulässigkeit interkommunaler Kooperationen unter der unklaren und nicht kodifizierten Rechtslage. Die Innenminister und -senatoren der Länder haben auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass bei der Novellierung des GWB eine Regelung zu treffen ist, die klarstellt, dass die Übertragung von Aufgaben zwischen kommunalen Körperschaften unter das innerstaatliche Organisationsrecht fällt und kein Beschaffungsvorgang ist.

Mit der vorgeschlagenen Regelung ist die Umsetzung dieses Anliegens nicht gelungen. Die geplante Neufassung des § 99 Abs. 1 GWB greift zwar die Rechtsprechung des EuGH zu vergaberechtsfreien „In-House“-Beauftragungen auf und kodifiziert sie in zutreffender Weise im nationalen Recht, definiert aber gerade nicht die Vergaberechtsfreiheit von interkommunalen Kooperationen. Eine explizite Regelung ist erforderlich. Hierbei können eine Orientierung am Wortlaut der Entschließung des Europäischen Parlaments zu öffentlich-privaten Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen (2006/2043(INI)) hilfreich sein. Dies schafft Rechtssicherheit und stellt klar, unter welchen Voraussetzungen interkommunale Kooperationen nicht dem Vergaberecht unterliegen.

Auch die Begründung zum Gesetzesentwurf stellt lediglich auf „In-House“-Beauftragungen ab, nicht aber auf die anders gelagerten Fälle der interkommunalen Kooperationen. Hinsichtlich der Vergaberechtsfreiheit interkommunaler Kooperationen sollte der Text der Gesetzesbegründung daher eindeutiger formuliert werden.

4. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a (§ 99 Abs. 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a ist § 99 Abs. 1 Satz 1 wie folgt zu fassen:

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen für öffentliche Auftraggeber, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen und dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen.“

Als Folge sind

in Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe b § 99 Abs. 3 die Wörter „für den öffentlichen Auftraggeber“ und die Wörter „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“ zu streichen.

Begründung

Die in der Begründung zu § 99 Abs. 3 GWB-E nur für Bauaufträge erfolgte Klarstellung des erforderlichen Beschaffungscharakters gilt in gleicher Weise für alle öffentlichen Aufträge. Die Anforderungen an den öffentlichen Auftragsbegriff sind daher in § 99 Abs. 1 Satz 1 GWB-E festzulegen, der den Begriff des öffentlichen Auftrags definiert.

5. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a (§ 99 Abs. 1 Satz 2, 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a ist § 99 Abs. 1 wie folgt zu ändern:

- a) In Satz 2 sind nach dem Wort „erbringen“ die Wörter „oder erledigen“ einzufügen.
- b) Nach Satz 2 ist folgender Satz anzufügen:
„Die in Satz 2 genannten juristischen Personen können auch in privater Rechtsform organisiert sein.“

Begründung

Die Einfügung in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E soll sicherstellen, dass der öffentliche Auftraggeber in seiner Entscheidung wirklich frei ist, wie er die Erledigung seiner Aufgaben organisiert. Mit dieser Formulierung ist nicht nur eine delegierende Aufgabenübertragung, sondern auch eine mandatierende Aufgabenerledigung eines öffentlichen Auftraggebers auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber möglich. Im Interesse der interkommunalen Zusammenarbeit wird damit zudem klargestellt, dass künftig auch eine mandatierende Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband durch ein Mitglied möglich sein wird.

Die Ergänzung durch § 99 Abs. 1 Satz 3 GWB-E entspricht der Gesetzesbegründung zu § 99 Abs. 1 GWB-E; die in der Begründung enthaltene Formulierung „in privater Rechtsform organisiert“ wird damit zur Klarstellung in den Gesetzestext aufgenommen.

Die Änderungen kommen den Kommunen entgegen, die aus Gründen der Daseinsvorsorge Aufgaben weiterhin in kommunaler öffentlicher Verantwortung wahrnehmen wollen.

6. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe g – neu – (§ 99 Abs. 9 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 4 ist nach Buchstabe f folgender Buchstabe anzufügen:

„g) Nach dem neuen Absatz 8 wird folgender Absatz angefügt:

- „(9) Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn
- es sich um eine Zusammenarbeit zwischen kommunalen Stellen handelt,
 - die Aufgaben, die diesen kommunalen Stellen zur Erfüllung übertragen wurden, entweder als Angelegenheit einer verwaltungstechnischen Umstrukturierung anzusehen sind, oder wenn die Aufsichtsrechte der betreffenden kommunalen Stellen jenen ähnlich sind, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, und
 - die Tätigkeiten im Wesentlichen für die betreffenden kommunalen Stellen erbracht werden.“

Begründung

Die Kommunen leiden im Hinblick auf die Zulässigkeit interkommunaler Kooperationen unter der derzeit unklaren und überwiegend nicht kodifizierten Rechtslage. Bei dem vorgeschlagenen § 99 Abs. 9 GWB-E handelt es sich im Wesentlichen um eine Entschließung des Europäischen Parlaments zu öffentlich-privaten Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen (2006/2043(INI)). Lediglich eine Begrifflichkeit wurde zur Anpassung an die nationalen Erfordernisse geändert.

Hiermit soll zum einen erreicht werden, dass interkommunale Kooperationen rechtssicherer werden, und zum anderen klargestellt werden, dass das Vergaberecht nicht auf bestimmte Konstellationen anwendbar ist. Interkommunale Kooperationen ermöglichen Synergieeffekte. Sie sind deshalb im allgemeinen Interesse einer effizienten Verwendung öffentlicher Mittel. Auch die vor allem mittelständische örtliche Wirtschaft kann mittelbar an dem durch Effizienzsteigerungen ausgelösten kommunalen Abgabensenkungspotenzial partizipieren. Darüber hinaus ist die hier vorgeschlagene Regelung geeignet, Rekommunalisierungen zu vermeiden, die deshalb vorgenommen werden, weil die interkommunale Zusammenarbeit Hindernissen begegnet.

Mit der o. g. Formulierung wird eine klare Abgrenzung zwischen rein administrativen bzw. organisatorischen Maßnahmen, die nicht dem Anwendungsbereich der Vergabekoordinierungs-Richtlinie unterliegen, und eigentlichen Beschaffungen, die dem Vergaberecht unterliegen, erreicht. Durch die Definition ist gleichzeitig gewährleistet, dass das Vergaberecht zur Anwendung kommen muss, wenn öffentliche Stellen wie Private am Markt agieren oder Aufgaben außerhalb der zulässigen interkommunalen Kooperation durch andere öffentliche Stellen oder Private erledigen lassen.

Die o. g. Regelung ist weiter geeignet, alle sachgerechten Formen der interkommunalen Kooperation zu erfassen und damit auch insbesondere die „mandatierende“ Vereinbarung.

Die o. g. Regelung ist auch dringend erforderlich, da § 99 Abs. 1 GWB-E zwar die Rechtsprechung des EuGH zu vergaberechtsfreien „In-House“-Beauftragungen aufgreift und in zutreffender Weise im nationalen Recht kodifiziert, aber gerade nicht die Vergaberechtsfreiheit von interkommunalen Kooperationen definiert. Auch die Begründung zum Gesetzentwurf stellt lediglich auf „In-House“-Beauftragungen ab, nicht aber auf die typischerweise anders gelagerten Fälle der interkommunalen Kooperationen. So geht die Gesetzesbegründung der Bundesregierung zutreffend davon aus, dass die Grundsätze der „Teckal-Entscheidung“ des EuGH nicht auf horizontale Kooperationen zwischen Kommunen passen, da die „Teckal“ und die darauf basierenden Entscheidungen die „In-House“-Beauftragungen betraf.

7. Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 100 Abs. 2 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren

- zu prüfen, ob die umfangreichen Ausnahmen in § 100 Abs. 2 GWB-E, die sich nur mit Aufträgen der Sektorenauftraggeber beschäftigen, in eine speziell für die Sektorenauftraggeber geschaffene Regelung verlagert werden kann, sowie
- klarzustellen, dass die Erstellung der Verfahrensvorschriften für die Sektorenauftraggeber im bestehenden System, also unter Mitwirkung der Wirtschaftsteilnehmer wie in den bestehenden Vergingungsausschüssen und unter Beteiligung aller Länder erfolgen wird.

Begründung

Im Zuge der Verschlinkung der Vergabeverordnung sind zahlreiche Bestimmungen über Tätigkeiten der Sektorenauftraggeber, die nicht unter die Bestimmungen des Vergaberechts fallen sollen, in § 100 Abs. 2 GWB-E übernommen worden. Dies macht den Katalog der Ausnahmen von der Auftragsdefinition im Gesetz sehr lang und schwer lesbar. Gleichzeitig entzieht sich dieser Bereich der Stellungnahme durch formulierte Änderungsvorschläge, da diese eine spezielle Regelung, etwa den Verordnungsentwurf, vorwegnehmen müssten.

Die Vergaberechtsmodernisierung soll im bestehenden System erfolgen. Dazu gehört die Beteiligung aller Marktseiten.

8. Zu Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe c (§ 101 Abs. 6 GWB)

Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe c ist zu streichen.

Begründung

Die Aufnahme einer bloßen Definition in eine die Arten der Vergabe regelnde Vorschrift erscheint schon systematisch nicht gelungen.

Inhaltlich bestehen gegen die Zulassung der in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nur fakultativ eingeführten elektronischen Auktion und dynamischen Beschaffung wegen ihres den Mittelstand beeinträchtigenden Effekts und der Erschwerung einer wirtschaftlichen Vergabe zu Gunsten eines gegebenenfalls ruinösen Preiswettbewerbs nach unten erhebliche Bedenken. Ein solcher Preiswettbewerb geht zulasten der Qualität und längerfristig zulasten der Anbieterstruktur. Die geplante

Regelung widerspricht insbesondere auch der Begründung zu § 97 Abs. 3 GWB-E, in der erwähnt wird, dass mittelständische Interessen auch durch die Zunahme elektronischer Beschaffungssysteme beeinträchtigt werden können. Deshalb sollte es hier beim Prinzip der Beschränkung auf eine 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinien bleiben.

9. Zu Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d (§ 101 Abs. 7 Satz 2 GWB)

Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d ist zu streichen.

Begründung

§ 101 Abs. 6 Satz 2 GWB soll nicht geändert werden. Mit dem geplanten Wegfall der bisherigen Bezugnahme auf § 98 Nr. 4 GWB würde bei denjenigen Sektorenauftraggebern, die der öffentlichen Hand zuzurechnen sind, der Vorrang des offenen Verfahrens wegfallen. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB für die klassischen öffentlichen Auftraggeber am Vorrang des offenen Verfahrens ausdrücklich festgehalten werden soll, weil laut Gesetzesbegründung das Ziel einer wirtschaftlicheren Beschaffung damit besser erreicht werden kann.

Der Vorrang des offenen Verfahrens ist auch bei den Sektorenauftraggebern, die der öffentlichen Hand zuzurechnen sind, gerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, dass beispielsweise ein kommunaler Auftraggeber den Bau einer Abwasserleitung öffentlich ausschreiben muss, den Bau einer Trinkwasserleitung als Auftrag im Sektorenbereich aber künftig nicht mehr. Eine solche Änderung wäre insbesondere kontraproduktiv zu der mit dem Gesetz angestrebten stärkeren Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen.

10. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101a Abs. 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 7 sind in § 101a Abs. 1 Satz 1 nach dem Wort „Angebots“ die Wörter „, die Platzierung ihres Angebots“ einzufügen.

Begründung

Die Regelung der Informations- und Wartepflicht in § 101a Abs. 1 GWB-E ist Ausfluss des vergaberechtlichen Transparenzgebots und Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz.

Dementsprechend wird in der Begründung zu § 101a Abs. 1 GWB-E darauf hingewiesen, dass es im Hinblick auf die Erfahrungen in der Praxis nützlich erscheine, den nicht berücksichtigten Bieter auch die Platzierung ihres Angebots mitzuteilen.

Die Abgabe dieser Information sollte allerdings für die Vergabestellen verpflichtend sein, denn ohne die Kenntnis der Platzierung kann der unterlegene Bieter eine sinnvolle Entscheidung, ob er ein Nachprüfungsverfahren anstrengt, oftmals kaum treffen.

In § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB-E soll die Stellung des Bieters im Vergabeverfahren als Prüfungsvoraussetzung für den Gestattungsantrag eingeführt werden. Wenn dies der Bieter jedoch nicht mit der Vorinformation nach § 101a GWB-E, sondern erstmalig durch die Prüfung der Vergabekammer im Gestattungsverfahren erfährt,

verstößt dies zum einen gegen den Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung, zum anderen treibt es einen Bieter ohne Not ins Nachprüfungsverfahren und verlängert damit das Vergabeverfahren. Für das nicht berücksichtigte unterlegene Unternehmen bedeutet dies zudem unnötige Verfahrenskosten.

11. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101a Abs. 1 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 7 ist § 101a Abs. 1 Satz 3 wie folgt zu fassen:

„Ein Vertrag darf erst zehn Kalendertage nach Absendung der Information nach den Sätzen 1 und 2 geschlossen werden, falls sie per Fax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird, und falls andere Kommunikationsmittel verwendet werden, darf ein Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens 15 Kalendertagen geschlossen werden.“

Begründung

Die Änderung entspricht den Regelungen der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG in Artikel 2a.

Mit der Einführung von § 101a GWB-E wird die bisherige Regelung des § 13 VgV übernommen mit dem Unterschied, dass nun statt wie bisher einer 14-Tagefrist eine 15-Tagefrist vorgegeben wird. Die von der EU-Rechtsmittelrichtlinie bei bestimmten Übertragungswegen eröffnete Möglichkeit für eine auf zehn Tage verkürzte Frist wird damit nicht übernommen.

Die Vergabeverfahren und insbesondere die Vergabeverfahren, die dem EU-Vergaberegime unterfallen, sind formal sehr aufwändig und mit den vorgegebenen Fristen (z. B. für Bekanntmachung und Angebot) sehr langwierig. Auf die von der EU geschaffene Möglichkeit einer gewissen Verkürzung und damit Beschleunigung des Vergabeverfahrens sollte nicht ohne Not verzichtet werden. Diese Verkürzung der Informationsfrist greift ohnehin nur bei der Nutzung der modernen und schnellen Übertragungswege wie Fax und elektronische Nachricht.

Die Aufnahme der Regelung aus der Rechtsmittelrichtlinie hätte als weiteren Vorteil, dass grundsätzlich klar gestellt wird, dass eine Übertragung der Information der Bieter auf elektronischem Weg und als Fax zulässig ist.

12. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101a Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 7 § 101a Abs. 2 ist das Wort „Informationspflicht“ durch das Wort „Wartepflicht“ zu ersetzen.

Begründung

§ 101a Abs. 2 GWB-E beseitigt in den von der Vorschrift erfassten Fällen den Rechtsschutz für die Bieter, welche den Zuschlag nicht erhalten sollen. Sie werden von der geplanten Zuschlagserteilung nicht informiert, so dass ohne ihr Wissen der Zuschlag an einen Konkurrenten erfolgen kann und für sie die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens entfällt. Die vorgesehene Regelung ist mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nur schwer zu vereinbaren. Eine Notwendigkeit für die Regelung in dieser Form besteht nicht. Auch in den seltenen Fällen, in denen die Bestimmung zur Anwendung kommen könnte, kann vom Auftraggeber verlangt wer-

den, die betroffenen Bieter zu informieren. Allerdings sollte der Auftraggeber bei besonderer Dringlichkeit der Vergabe von der Wartepflicht befreit werden. Wenn die Informationspflicht bestehen bleibt, erhält der Bieter immerhin die Chance, im Nachprüfungsverfahren einen Zuschlag zu verhindern.

13. **Zu Artikel 1 Nr. 7** (§ 101b Überschrift, Abs. 1 Satz 1, 2 – neu –, Abs. 3 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 7 ist § 101b wie folgt zu ändern:

- a) Die Überschrift ist wie folgt zu fassen:

„Rechtsfolgen von Verstößen“.

- b) Absatz 1 ist wie folgt zu ändern:

aa) In Satz 1 ist vor dem Wort „unwirksam“ das Wort „schwebend“ einzufügen und die Wörter „und dieser Verstoß“ sind durch die Wörter „bis dieser Verstoß“ zu ersetzen.

- bb) Nach Satz 1 ist folgender Satz anzufügen:

„Die Unwirksamkeit des Vertrags aus anderen Gründen bleibt unberührt.“

- c) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz anzufügen:

„(3) Stellt der Europäische Gerichtshof fest, dass durch eine Auftragsvergabe gegen die Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen wurde, kann der entsprechende Vertrag von der Vergabestelle aus wichtigem Grund gekündigt werden. § 314 Abs. 4 und § 649 Satz 2 BGB gelten entsprechend. Bei einem zeitlich unbefristeten Vertrag beschränkt sich die Ersatzpflicht auf die Zeit bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin. Bei einem zeitlich befristeten Vertrag beschränkt sich die Ersatzpflicht auf fünf Jahre, höchstens jedoch auf die Hälfte der Restlaufzeit des Vertrags.“

Begründung

Zu Buchstabe a

Die Vorschrift enthält verschiedene Regelungen zu Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Vergaberecht. Die Überschrift ist daher weiter zu fassen als im Gesetzentwurf.

Zu Buchstabe b

In § 101b Abs. 1 Satz 1 GWB-E ist das Wort „schwebend“ zu ergänzen. Nach der Intention der Vorschrift kann ein Vertrag unter bestimmten Bedingungen – hier: wenn die Voraussetzungen nach Absatz 2 nicht eintreten – wirksam werden. Bei einem von Anfang an unwirksamen Vertrag ist diese Rechtsfolge nicht möglich.

Durch die Feststellung des Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren nach § 101b Abs. 2 GWB-E wird die schwebende Unwirksamkeit beendet; der Vertrag ist damit unwirksam. Wird ein solches Verfahren nicht durchgeführt, ist der Vertrag spätestens nach sechs Monaten wirksam. Durch den Änderungsvorschlag („bis“ statt „und“) wird deutlich, dass die Feststellung des Verstoßes nicht (nur) kumulativ vorliegen muss, sondern die-

ser Voraussetzung ein zeitliches Element zu Grunde liegt.

Der Ergänzung des § 101b Abs. 1 GWB-E durch einen Satz 2 liegt folgende Überlegung zu Grunde:

Die geplante Neuregelung erfasst nicht nur die Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber versehentlich von einer Ausschreibung absieht, weil er sich beispielsweise nicht als öffentlicher Auftraggeber einstuft. Sie erfasst ihrem Wortlaut nach auch die Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit einem Bieter die Direktvergabe an diesen bewirkt (§ 826 BGB). Ein solcher Vertrag ist nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig. § 101b GWB-E sollte nicht dazu führen, dass solche Verträge als schwebend unwirksam behandelt werden. Ebenso wenig sollte ein auf diese Weise zustande gekommener Vertrag durch Zeitablauf wirksam werden.

Dem trägt die hier vorgeschlagene Regelung Rechnung, da die Rechtsfolge der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aus anderen Gründen hiervon unberührt bleibt.

Zu Buchstabe c

Mit dem vorgeschlagenen § 101b Abs. 3 GWB-E soll ein Sonderkündigungsrecht für Verträge eingeführt werden, bei denen der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen Verstoß gegen das EU-Vergaberecht festgestellt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt der dem deutschen Recht innewohnende Grundsatz „pacta sunt servanda“ im europäischen Vergaberecht nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007, Rs. C-503/04). Darüber hinaus hat der EuGH festgestellt, dass das Fehlen einer gesetzlich geregelten Kündigungsmöglichkeit für Verträge, die unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zustande gekommen sind, für den Mitgliedstaat, der sich auf seine interne Rechtsordnung beruft, keinen Grund darstellt, die Nichteinhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen (vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 38 unter Verweis auf weitere EuGH-Entscheidungen).

Bei noch andauernden Vertragsverletzungen muss daher dem öffentlichen Auftraggeber zur Vermeidung weiterer Vertragsverletzungsverfahren ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt werden.

Da das Risiko des vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrags nicht in der Sphäre des Auftragnehmers, sondern in der des öffentlichen Auftraggebers liegt, kann der Auftragnehmer nicht schutzlos gestellt werden. Daher sind hier die für die Vertragsabwicklung (Schadensersatzforderungen) erforderlichen Regelungen zu treffen. Problematisch für die Vergabestellen dürften hier Schadensersatzforderungen aus Verträgen mit mehrjährigen Vertragslaufzeiten, Dauerschuldverhältnissen, Rahmenvereinbarungen oder Bauprojekten mit mehrjähriger Bauzeit sein. Daher sieht der Vorschlag eine zeitlich bestimmte Obergrenze für den Vergütungsanspruch vor. Da bei einem zeitlich befristeten Vertrag eine ordentliche Kündigung nicht möglich ist, wird die Ersatzpflicht auf fünf Jahre begrenzt. Dies beschränkt das Risiko für die Vergabestellen und wird als angemessen für den Auftragnehmer angesehen. Für Verträge mit kürzeren Laufzeiten ist es erforderlich,

eine Einschränkung auf die Hälfte der noch offenen Laufzeit des Vertrags vorzunehmen.

14. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101b Abs. 2 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob die Regelung auch in Fällen angemessen ist, in denen die Kenntnis des nicht berücksichtigten Unternehmens von dem Verstoß vor Ablauf der Frist durch den Auftraggeber verhindert wurde.

Begründung

Mit § 101b Abs. 2 GWB-E wird die Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG in deutsches Recht umgesetzt. Grundsätzlich ist diese Regelung wegen der damit einhergehenden Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag zu begrüßen.

Der europäische wie der deutsche Normengeber haben jedoch den bereits in der Vergabepaxis diskutierten Aspekt der mutwilligen Herbeiführung des für den Auftraggeber vergabe- und schadensersatzrechtlich folgenfreien Fristablaufs nicht geregelt. Ein unter Verletzung der Ausschreibungspflicht und damit unwirksam geschlossener Vertrag kommt regelmäßig ohne Kenntnis der an der Auftragserteilung interessierten Wettbewerber zustande. Solange sich jedenfalls der Auftraggeber bedeckt hält und den Beginn der Leistungserbringung erst nach Ablauf der Sechsmonatsfrist setzt, haben betroffene Mitbewerber in der Regel keine Möglichkeit, von dem vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrag Kenntnis zu erhalten und die Unwirksamkeit des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrags feststellen zu lassen. Dies wiederum führt in der Folge zu einer Beschneidung auch des Sekundärrechtsschutzes.

15. Zu Artikel 1 Nr. 8 und 9 (§§ 102 und 103 GWG)

In Artikel 1 sind die Nummern 8 und 9 zu streichen.

Folgeänderungen

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nummer 1 Buchstabe b ist zu streichen.
- b) In Nummer 10 Buchstabe a sind in § 104 Abs. 2 nach dem Wort „können“ die Wörter „außer vor den Vergabeprüfstellen“ einzufügen.

Begründung

Der Gesetzentwurf sieht die Abschaffung der (fakultativen) Einrichtung von Vergabeprüfstellen in den Ländern vor. Damit wird auch den Ländern, die sich für eine Überprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen entschieden haben, die Möglichkeit genommen, das bisherige unbürokratische, kostengünstige und Streit schlichtende Verfahren beizubehalten. So konnten in den Ländern, in denen Vergabeprüfstellen bestehen, eine Vielzahl von arbeits- und kostenintensiven Nachprüfungsverfahren vermieden werden. Angesichts der Vorgaben zum Bürokratieabbau in den Ländern wird dringend empfohlen, die bisherige Regelung beizubehalten. Eine Streichung des § 103 GWB erscheint auch deshalb überflüssig, weil Länder ohne Vergabeprüfstellen ohnehin nicht betroffen sind, die anderen Länder

von einer bundeseinheitlichen Regelung jedoch profitieren.

16. Zu Artikel 1 Nr. 10 Buchstabe a (§ 104 Abs. 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 10 Buchstabe a sind in § 104 Abs. 2 das Wort „nur“ durch das Wort „ausschließlich“ und die Wörter „dem Beschwerdegericht“ durch die Wörter „den Beschwerdegerichten“ zu ersetzen.

Begründung

Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit ist es geboten, in § 104 Abs. 2 GWB-E das Wort „ausschließlich“ einzufügen.

Das Bundessozialgericht behauptet mit Beschluss vom 22. April 2008 (AZ: B 1 SF 1/08 R), dass die Vorschrift des § 104 Abs. 2 GWB keine Rechtswegzuweisung zu staatlichen Gerichten im Sinne des Prozessrechts sei und nicht zwangsläufig eine ausschließliche Zuständigkeit des OLG als einem Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach sich ziehe. Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte der Vergabekammern seien daher in Angelegenheiten des Sozialrechts von der Sozialgerichtsbarkeit überprüfbar.

Um dieser – aus hiesiger Sicht unzutreffenden – Rechtsauffassung entgegenzuwirken und dem gesetzgeberischen Ziel der Konzentrierung des Rechtswegs deutlich Nachdruck zu verleihen, besteht ein Erfordernis, in § 104 Abs. 2 GWB-E das Wort „ausschließlich“ einzufügen. Damit wird klargestellt, dass allein Vergabekammern und Oberlandesgerichte zuständig für die Geltendmachung von Rechten im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB sind. Im Übrigen wird auf die Begründung zur Änderung des § 116 Abs. 1 GWB verwiesen.

17. Zu Artikel 1 Nr. 11 (§ 106 Abs. 2 Satz 2 GWB)

Artikel 1 Nr. 11 ist zu streichen.

Begründung

§ 106 Abs. 2 Satz 2 GWB muss in der bisherigen Form weiterhin gelten, da dieser den Ländern ermöglicht, über die Qualifikation der Mitglieder ihrer Vergabekammern selbst zu befinden und dabei auch von den Vorgaben in § 105 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GWB abzuweichen, beispielsweise vom Erfordernis, dass Vorsitzende und hauptamtliche Beisitzer Beamte auf Lebenszeit sein müssen.

Eine Streichung der Regelung würde auf strengere Besetzungsvorgaben einseitig zu Lasten der Länder und ihrer Vergabekammern hinauslaufen. Die bei den Ländern im Vergleich mit dem Bund deutlich höhere Personalkostenquote im Haushalt (teilweise über 50 Prozent) führt zu Haushaltsrestriktionen, die auch eine stets ausreichende personelle Besetzung der Vergabekammern erschweren. Diese Personalprobleme würden bei Wegfall der bisherigen Regelung noch schwerer lösbar.

Zudem trägt die Begründung des Gesetzentwurfs insoweit nicht. Sie besagt nicht, dass behauptete Unzufriedenheiten mit der Qualität der Entscheidungen von Vergabekammern ursächlich auf länderspezifische Besetzungsunterschiede zurückzuführen sind.

In Baden-Württemberg, wo auf Grund der fraglichen Regelung z. B. häufig auch Beamte auf Probe in den genannten Funktionen bei der Vergabekammer tätig sind, enden seit Jahren über 80 Prozent der Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer, so dass diese insgesamt eine hohe Akzeptanz genießt.

Im Übrigen können die Länder bei Fehlentwicklungen bei ihren Vergabekammern selbst gegensteuern, ohne dass insoweit aktuell ein Eingreifen des Bundesgesetzgebers angezeigt ist.

Die im Entwurf vorgesehene Einschränkung der Flexibilität der Länder bei der Besetzung ihrer Vergabekammern wird daher strikt abgelehnt.

18. **Zu Artikel 1 Nr. 12** (§ 106a Abs. 3 Satz 2 – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 12 ist in § 106a dem Absatz 3 der folgende Satz anzufügen:

„Bei länderübergreifenden Beschaffungen benennen die Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich nur eine zuständige Vergabekammer.“

Begründung

Während die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Vergabekammern des Bundes von den Zuständigkeiten der Vergabekammern der Länder sehr ausführlich geregelt wird, fehlt nach wie vor eine brauchbare Abgrenzung der Zuständigkeiten der Vergabekammern bei länderübergreifenden Beschaffungen. Hier werden in der Praxis, z. B. im Bereich des Schienenpersonennahverkehrs oder bei Leistungen von mehreren Auftraggebern aus verschiedenen Ländern, in der Bekanntmachung häufig die Vergabekammern aller beteiligten Länder genannt. Mit der Ergänzung des § 106a Abs. 3 GWB-E wird das daraus resultierende Zuständigkeitsproblem gelöst.

19. **Zu Artikel 1 Nr. 13** (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 13 ist § 107 Abs. 3 Satz 1 wie folgt zu ändern:

a) In Nummer 1 ist das Wort „unverzüglich“ durch die Wörter „innerhalb einer Woche“ zu ersetzen.

b) In Nummer 3 sind die Wörter „unverzüglich nach Erhalt,“ sowie das Wort „aber“ zu streichen.

Begründung

Zu Buchstabe a

Der Begriff der Unverzüglichkeit hat durch die Spruchpraxis der Oberlandesgerichte unterschiedliche Auslegungen erfahren. Das OLG Koblenz geht im Regelfall von einer kurzen Frist von ein bis drei Tagen aus. Andere Spruchkörper sehen auch eine Regelfrist von einer Woche als ausreichend an. Die Obergrenze liegt bei zwei Wochen. Um unterschiedliche Einzelfallinterpretationen zu vermeiden, ist eine eindeutige Vorgabe sinnvoll.

Zu Buchstabe b

Die Verpflichtung, alle in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstöße unverzüglich nach Erhalt der Unterlagen zu rügen, zwingt die Bieter zu präventiven

Rügen, um ihre Rechtsposition zu wahren. Betroffen wären hiervon insbesondere mittelständische Unternehmen. Mehr Rechtssicherheit für die Auftraggeber wird durch diese Regelung nicht erreicht. Eine Rügepflicht innerhalb der Angebotsfrist ist ausreichend.

Die Vorschrift führt bei Verstößen, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, zu einer Obliegenheit des Bieters zur Durchsicht der Unterlagen sofort nach Erhalt. Dies widerspricht der bisherigen Rechtsprechung, welche vom Bieter die sofortige Durchsicht der Unterlagen auf Fehler nicht verlangt. Eine solche Obliegenheit würde gerade den Mittelstand benachteiligen, der über keine spezialisierten Abteilungen für Auftragsvergaben verfügt. Es ist daher sinnvoller, ebenso wie bei § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB-E auf den Ablauf der Angebotsfrist abzustellen, zumal der Zeitpunkt kaum überprüft werden kann, zu welchem der Bieter den Mangel erkannt haben will.

20. **Zu Artikel 1 Nr. 14** (§ 110 Abs. 2 Satz 2 GWB)

In Artikel 1 Nr. 14 ist § 110 Abs. 2 Satz 2 zu streichen.

Begründung

§ 110 Abs. 2 Satz 2 GWB-E verpflichtet die Vergabekammer, bei ihrer Entscheidung, ob der Antrag gestellt werden soll und damit das Verfahren ausgesetzt wird (§ 115 Abs. 1 GWB-E), einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers zu berücksichtigen. Für die zwingende Berücksichtigung von Schutzschriften besteht kein sachliches Bedürfnis. Die Vergabekammer steht bei Eingang eines Nachprüfungsantrags unter Zeitdruck, da die Anträge meist erst unmittelbar vor dem Ende der Vorabinformationsfrist eingehen und am selben Tag bearbeitet und zugestellt werden müssen. Es ist praktisch kaum möglich, kurzfristig einen Beschluss über die offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit innerhalb der Vergabekammer abzustimmen. In der Praxis würde die Regelung die Auftraggeber ermutigen, vorsorglich von dieser ohnehin bereits bestehenden Möglichkeit Gebrauch zu machen. Dies erhöht unnötig den Verwaltungsaufwand und verhindert nicht den Eintritt des Suspensiveffekts gemäß § 115 Abs. 1 GWB-E. Denn im Zweifel wird die Vergabekammer zur Sicherstellung des Rechtsschutzes den Antrag dem Auftraggeber zustellen und damit das Vergabeverfahren aussetzen.

21. **Zu Artikel 1 Nr. 15** (§ 113 Abs. 1 Satz 3 GWB)

Artikel 1 Nr. 15 ist zu streichen.

Begründung

Die Vergabekammer kann grundsätzlich die Fünfwochen-Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 GWB bei „besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten“ um den „erforderlichen Zeitraum“ verlängern.

Diese Regelung dient bereits der Beschleunigung des Verfahrens. Besondere Schwierigkeiten im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB, die eine Verlängerung der Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB erforderlich machen, liegen oft in der Person der Verfah-

rensbeteiligten begründet, da diese regelmäßig Anträge zur Verlängerung von Fristen zur Abgabe einer Stellungnahme oder Anträge auf Verschiebung des Termins zur mündlichen Verhandlung stellen. Es handelt sich demnach um Ursachen, auf welche die Vergabekammer keinen Einfluss hat.

Bei rechtlich und tatsächlich komplexen Nachprüfungsverfahren sind eine solide Rechtsprüfung und Bearbeitung in Einzelfällen innerhalb einer Frist von dann nur sieben Wochen nicht möglich. Daher sollte es bei der alten Regelung bleiben.

22. Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa
(§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB),
Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nummer 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa ist zu streichen.
- b) In Nummer 20 sind in § 121 Abs. 1 Satz 1 die Wörter „oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll,“ zu streichen.

Begründung

Die in § 115 Abs. 2 Satz 1 und § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB-E vorgesehene Möglichkeit eines Eilantrags durch den Beigeladenen (also durch den Bieter, der den Zuschlag nach derzeitigem Stand des Vergabeverfahrens nach Auffassung des Auftraggebers erhalten soll) wird abgelehnt. Ein Antrag auf vorzeitige Zuschlagserteilung nach § 115 Abs. 2 und § 121 Abs. 1 GWB muss wie bisher ausdrücklich durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Dieses öffentliche Interesse umfasst nicht das wirtschaftliche Interesse der oder des Beigeladenen, den Zuschlag möglichst schnell und vor rechtskräftigem Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu erhalten. Verzichtet daher der Auftraggeber auf Stellung eines Antrags nach § 115 Abs. 2 GWB-E, darf der Zuschlag erst nach rechtskräftigem Abschluss des erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens bzw. des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens erteilt werden. Andernfalls würde der durch § 115 Abs. 1 GWB-E gewährte vergaberechtliche Primärrechtsschutz in unzulässiger und unnötiger Weise ausgehöhlt werden.

Hinzu kommt, dass die öffentlichen Auftraggeber schon nach bisheriger Rechtslage nur sehr selten Gebrauch von der Möglichkeit machen, Anträge auf Gestattung des sofortigen Zuschlags zu stellen. Dies ist auch nachvollziehbar, weil ein vermeintlicher Zeitgewinn sich durch Anträge an das Beschwerdegericht zur Abwehr solcher Eilanträge (vgl. § 115 Abs. 2 Satz 2 und § 121 Abs. 2 Satz 3 GWB-E) letztlich in einen Zeitverlust verwandeln könnte. Es besteht kein wie auch immer geartetes Rechtsschutzinteresse des beigeladenen Bieters an einer Einräumung des Rechts auf Erteilung des vorzeitigen Zuschlags. Ein derartiges Antragsrecht muss auch künftig allein den öffentlichen Auftraggebern vorbehalten bleiben.

23. Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb
(§ 115 Abs. 2 Satz 3 und 4 GWB)

Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb ist wie folgt zu fassen:

„bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Die Vergabekammer berücksichtigt bei ihrer Entscheidung auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten.““

Begründung

Die Änderung bezweckt die Streichung der Sätze 3 und 4 in § 115 Abs. 2 GWB-E.

Mit der erstmaligen überwiegenden Berücksichtigung rein wirtschaftlicher Interessen des Auftraggebers in § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E wird das bisherige Regel-Ausnahme-Prinzip für eine Zuschlagsgestattung umgekehrt.

Gerade unter Berücksichtigung der Neuregelungen der neuen bis zum Dezember 2009 in nationales Recht umzusetzenden Rechtsmittelrichtlinie erscheint diese Regelung europarechtswidrig.

So bestimmt Artikel 2d Abs. 3 Satz 3 und 4 der Richtlinie 2007/66/EG, dass wirtschaftliche Gründe für die Wirksamkeit eines Vertrags nur dann als zwingende Gründe gelten dürfen, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Zudem dürfen wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag nicht als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses gelten. Dazu gehören u. a. auch die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrags verursachten Kosten, Artikel 2d Abs. 3 Satz 5 der Richtlinie 2007/66/EG. Gerade die Kosten einer Verschiebung der Ausführungszeit – etwa auf der Grundlage des § 2 Nr. 5 VOB/B oder der §§ 313, 314 BGB –, könnte ein Auftraggeber aber nach dem geplanten § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E nahezu immer für eine Zuschlagsgestattung heranziehen, da dadurch eine wirtschaftliche, weil zeitnahe und niedrig kalkulierte, Leistungserbringung ansonsten nicht mehr gewährleistet sein könnte.

Zwar beziehen sich die vorbenannten Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie auf alternative Sanktionsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten und andere zwingende Gründe, sind aber wegen Artikel 1 Abs. 1 Satz 3 und Artikel 2 Abs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie auch auf die Zuschlagsgestattung des GWB entsprechend anzuwenden.

Oberster Abwägungsgrund im Rahmen der nur ausnahmsweise denkbaren Zuschlagsgestattung trotz laufenden Nachprüfungsverfahrens muss zudem die Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrags sein. Auch in den Parallelregelungen in § 935 ZPO und § 123 VwGO ist dies im Rahmen der vergleichbaren einstweiligen Verfügungen so.

Deshalb muss auch § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB-E entfallen, der die Möglichkeit eröffnen würde, die in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ansonsten immer in die Betrachtung einzustellenden Erfolgsaussichten in

der Hauptsache – unter Beachtung der rein wirtschaftlichen Erwägungen im neuen Satz 3 zu Lasten des Bieters – außen vor zu lassen, obwohl der Nachprüfungsantrag voraussichtlich Erfolg hätte. Mit der Einführung von § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB-E (Berücksichtigung der Aussichten auf Auftragserhalt) wird schon ein hinreichendes, neues Korrektiv geschaffen, Gestattungsanträge immer schon dann positiv zu bescheiden, wenn der Antragsteller keine oder nur sehr geringe Chancen auf den Zuschlag hat.

24. **Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb** (§ 115 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB),
Nr. 18 Buchstabe b (§ 118 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB),
Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 2, 3 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob es sachgerecht ist, eine Vorabentscheidung über den Zuschlag in der Weise, wie das bisher im Entwurf vorgesehen ist, von einem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit, das in der Gefährdung der wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers liegen kann, abhängig zu machen.

Begründung

In der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 115 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GWB-E (Bundesratsdrucksache 349/08, S. 44) ist ausgeführt, dass ein Fall, in dem ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit vorliege, weil die wirtschaftliche Erfüllung der öffentlichen Aufgaben des Auftraggebers gefährdet sei (§ 115 Abs. 2 Satz 3, § 118 Abs. 2 Satz 3, § 121 Abs. 1 Satz 3), dann gegeben sein könne, wenn mit einem Nachprüfungsverfahren verbundene Zeitverluste das Vorhaben erheblich verteuerten. Die gerichtliche Praxis warnt vor der Angabe allein dieses ausfüllenden Beispiels in der bisher vorgesehenen Weise. Die Begründung sei geeignet, den europarechtlich garantierten Primärrechtsschutz in seinem Kernbereich auszuhöheln, weil Teuerungen, die die Einhaltung des Kostenrahmens gefährdeten, nahezu in jedem Fall, der zu Gericht gelangt, zu befürchten seien.

25. **Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe d** (§ 115 Abs. 4 GWB)

Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe d ist zu streichen.

Begründung

Die Frist von zwei Kalendertagen wird abgelehnt, da eine ernsthafte Prüfung in diesem Zeitraum weder für den Antragsteller noch für das eventuell angerufene Beschwerdegericht möglich ist.

26. **Zu Artikel 1 Nr. 17a – neu –** (§ 115a – neu – GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 17 folgende Nummer einzufügen:

„17a. Nach § 115 wird folgender § 115a eingefügt:

„§ 115a
 Ausschluss von abweichendem Landesrecht

Soweit dieser Unterabschnitt Regelungen zum Verwaltungsverfahren enthält, darf hiervon durch Landesrecht nicht abgewichen werden.““

Als Folge ist

Artikel 1 Nr. 27 zu streichen.

Begründung

Die bisherige Formulierung und der Regelungsstandort in § 132 GWB-E ließen den – nicht zutreffenden – Schluss zu, dass in den anderen Fällen, in denen das GWB Regeln zum Verwaltungsverfahren enthält, die Länder durch eigene Landesregelungen davon abweichen dürfen. Dies ist jedoch nicht gewollt. Die Regelung muss daher in den zweiten Teilabschnitt des zweiten Abschnitts überführt werden. Der nunmehr vorgeschlagene Wortlaut bringt das Gewollte klarer zum Ausdruck.

27. **Zu Artikel 1 Nr. 17b – neu –** (§ 116 Abs. 1 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 17a – neu – folgende Nummer einzufügen:

„17b. § 116 Abs. 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist ausschließlich die sofortige Beschwerde zulässig.““

Begründung

Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit erscheint es dringend geboten, § 116 Abs. 1 Satz 1 GWB im Hinblick auf den Beschwerdewege eindeutig zu fassen, um die bereits erfolgte Rechtswegzersplitterung rückgängig zu machen.

Das Bundessozialgericht hat jüngst mit Beschluss vom 22. April 2008 (AZ: B 1 SF 1/08 R) festgestellt, dass gegen die Entscheidung einer Vergabekammer (hier: Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet sei. Begründet wird dies u. a. damit, dass die derzeitige Regelung in § 116 Abs. 1 GWB die Beschwerde nicht ausdrücklich als einziges Rechtsmittel zuweise. Diese Auslegung des Bundessozialgerichts entspricht jedoch nicht der gesetzgeberischen Absicht, die Beschwerde nur zu den Oberlandesgerichten als Rechtsmittel zuzulassen. Darüber hinaus missachtet die Entscheidung des Bundessozialgerichts die Vorschrift des § 104 Abs. 2 GWB, wonach die Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können.

Für die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber und Bieter ist eine solche Rechtswegzersplitterung mit den damit verbundenen extrem negativen Folgen unzumutbar. Sie führt u. a. zu teilweise sich widersprechenden Ergebnissen und kann damit letztlich auch zu sich widersprechenden, aber dennoch vollstreckbaren Titeln führen, was unbedingt zu vermeiden ist. Darüber hinaus entstehen untragbare lange Verfahrensdauern. Dabei dürfte die Effektivität der Vergabekammern wegen der gesetzlich normierten Fünfwochenfrist unbestritten sein; jedenfalls ist die Sozial- und sonstige Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht in der Lage, auch nur vergleichbar effektiv zu Ergebnissen zu kommen.

Die Einfügung des Wortes „ausschließlich“ in die Vorschrift des § 116 Abs. 1 Satz 1 GWB ist geeignet, die Rechtswegzersplitterung vermeiden zu helfen und gleichzeitig zu gewährleisten, dass keine andere Gerichtsbarkeit außer die in § 116 Abs. 1 GWB vorgesehene berechtigt ist, gegen Beschlüsse der Vergabekammern vorzugehen.

28. Zu Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a (§ 118 Abs. 1 Satz 2 GWB)

Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a ist zu streichen.

Begründung

Die Verkürzung der aufschiebenden Wirkung auf eine Woche wird aus praktischen Gründen abgelehnt, da eine sachgerechte Entscheidung des Beschwerdegerichts innerhalb dieses Zeitraums nicht erfolgen kann.

Nach § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB entfällt die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Diese Frist soll durch Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a des Gesetzentwurfs auf eine Woche verkürzt werden. Dies hätte zur Folge, dass nach § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB-E der Vergabesenat, wenn die sofortige Beschwerde kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist eingelegt worden ist, innerhalb einer Woche über einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung entscheiden müsste. Nachdem die Vergabesenate im „Hauptgeschäft“ andere Aufgaben wahrzunehmen haben, ist es kaum möglich, innerhalb von einer Woche über einen Verlängerungsantrag fundiert zu entscheiden, zumal ja auch die Vergabeakten der Vergabestelle und die Akten der Vergabekammer erst angefordert und durchgelesen werden müssen. Hierbei ist weiter zu berücksichtigen, dass viele Beschwerdeverfahren komplizierte Sachverhalte und umfangreiche Komplexe umfassen. Konsequenz der geplanten Vorschrift wird daher sein, dass von den Vergabesenaten häufiger als bisher die aufschiebende Wirkung einstweilen (ohne Frist) bis zur endgültigen Entscheidung über die Verlängerung verlängert wird. Ergebnis wird daher eher eine Verzögerung als eine Beschleunigung sein.

29. Zu Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe b (§ 118 Abs. 2 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe b ist § 118 Abs. 2 Satz 3 zu streichen.

Begründung

Zu § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB-E gilt die Begründung zu § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E entsprechend.

Zusätzlich sind im Rahmen gerichtlichen Rechtsschutzes auch noch die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts für vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren zu beachten.

So hat sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 29. Juli 2004 (Az.: 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564) für eine weite und rechtsschutzkonforme Auslegung von Anforderungen an den Beschwerdesuchenden Bieter im Rahmen eines förmlichen Nachprüfungsverfahrens ausgesprochen.

So heißt es in dieser Entscheidung (Rn. 20) wörtlich: „... Die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungs- und Warenverkehrs erfordert nicht nur die Aufhebung von Beschränkungen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, sondern auch die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes. So wird in den Erwägungsgründen der Richtlinie 89/665/EWG betont, dass nicht wirksame oder nur unzulängliche Nachprüfungsverfahren die Unternehmen der Gemeinschaft davon abhielten, sich um Aufträge in dem Staat des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers zu bewerben. Demgemäß hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ausgesprochen, dass die Schutzziele der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge, die auf die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ausgerichtet sind, (EuGH, Urteil vom 17. September 2002, Rs. C-513/99 – Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 Rn. 81) und deren Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität den Bieter vor der Willkür des öffentlichen Auftraggebers schützen sollen (EuGH, Urteil vom 11. August 1995, Rs. C-433/93 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, S. 635 (636) Rn. 19; Urteil vom 20. September 1988 – Rs. 31/87 – Beentjes, Slg. 1988, 4635 Rn. 42), nur dann realisiert werden können, wenn der Bieter sich gegenüber dem Auftraggeber auf diese Vorschriften berufen und deren Verletzung vor den nationalen Gerichten geltend machen kann (EuGH, Urteil vom 11. August 1995 – Rs. C-433/93 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1995, S. 635 (636) Rn. 20). Er hat in dieser Hinsicht auch wiederholt betont, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Abs. 1 Richtlinie 89/665/EWG verpflichtet sind, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2003, Rs. C-249/01 – Hackermüller, Slg. 2003 I 6319 Rn. 22; Urteil vom 12. Dezember 2002, Rs. C-470/99 – Universale Bau, Slg. 2002 I-11617 Rn. 74; Urteil vom 28. Oktober 1999 – Rs. C-81/98 – Alcatel, Slg. 1999 I 7671 Rn. 33 ff.).“

Auch der nunmehrige Artikel 1 Abs. 1 Satz 3 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten nach wie vor, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallenden Aufträge die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f der vorliegenden Richtlinie auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

Dem gemäß hat auch § 97 Abs. 7 GWB seinen bisherigen subjektiven Anspruchsgehalt behalten.

Soweit sich die amtliche Begründung (zur Parallelregelung in § 115 Abs. 3 GWB) auf die neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 (Az.: 1 BvR 1160/03, NJW 2006, 3701) beruft, ist zu Recht einzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht die Anwendbarkeit des Artikels 19 Abs. 4 GG für die

zivilrechtlich geprägte Beschaffung der öffentlichen Hand abgelehnt hat. Insbesondere für Vergaben ab der EU-Schwellenwerte hat es aber (Rn. 54) die Anwendbarkeit des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs bejaht und zusätzlich (Rn. 95/96) ausgeführt: „Nach der gesetzgeberischen Lösung hängt es von der Größenordnung der Auftragsvergabe ab, ob ein ein-fachrechtliches subjektives Recht besteht und das besondere Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB eröffnet wird. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Gesetz davon ausgeht, dass der mögliche Ertrag an Wirtschaftlichkeit, den ein solches Verfahren mit sich bringt, mit dem Betrag der Beschaffung steigt, und dass der Vorteil bei Vergabeentscheidungen oberhalb der Schwellenwerte typischerweise nicht wegen der Kosten entfällt, die mit der Kontrolle nach §§ 102 ff. GWB verbunden sind. Angesichts dieser Sachlage durfte der Gesetzgeber den Zugang zu dem Kontrollverfahren der §§ 102 ff. GWB in einer typisierenden Regelung davon abhängig machen, dass ein bestimmtes Auftragsvolumen erreicht wird, auch wenn dieses eine bloße Bagatellgrenze übersteigt. Mit der Übernahme der Schwellenwerte, oberhalb derer aus gemeinschaftlichen Gründen effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muss, hat der Gesetzgeber sich an einem für eine bestimmte (grenzüberschreitende) Relevanz der Vergabe geltenden Richtwert orientiert, den er grundsätzlich auch ohne die europarechtlichen Vorgaben hätte wählen können. Die Anknüpfung an die europarechtlich vorgegebene Typisierung begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“

Demnach sind Abschwächungen des Rechtsschutzes für den Unterschwellenwertbereich vom Bundesverfassungsgericht zugestanden worden. Angesichts der klaren europarechtlichen Vorgaben und der Grundanforderungen des Bundesverfassungsgerichts für einen tatsächlich wirksamen Rechtsschutz für Verfahren ab Erreichen der EU-Schwellenwerte erscheint die beabsichtigte Stärkung der Interessen des öffentlichen Auftraggebers an der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe in wirtschaftlicher und verzögerungsfreier Weise auch in § 118 GWB in Wahrheit als unzulässige Schwächung der Rechte der Bieter auf Einhaltung der europäischen Vergaberechtsbestimmungen und deren wirksamer Durchsetzung auf der Grundlage der zu beachtenden Rechtsmittelrichtlinie und ist auch von den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht mehr gedeckt.

30. Zu Artikel 1 Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 20 ist § 121 Abs. 1 Satz 3 zu streichen.

Begründung

Zu § 121 Abs. 1 Satz 3 GWB-E gilt die Begründung zu den Parallelregelungen in § 115 Abs. 2 Satz 3 und § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB-E (Nummer 5 und 6) für das Gestattungsverfahren vor dem OLG entsprechend.

Insbesondere im Gestattungsverfahren vor dem OLG sind die Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an den zu beachtenden Justizgewährungsanspruch einzustellen, da es keine Rechtsschutzmöglichkeit gegen eine Zuschlagsgestattung durch das OLG mehr gibt und

das Hauptsacheverfahren bei Zuschlagsgestattung nahezu bedeutungslos wird.

Sollte ein Bieter, der in der Hauptsache vor der Vergabekammer obsiegt hat, nur aufgrund einer behaupteten Gefährdung der rein wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers nach § 121 Abs. 1 Satz 3 GWB-E rechtsschutzlos im Hinblick auf eine Zuschlagsentscheidung gestellt werden, wäre dies nach der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einerseits verfassungswidrig, aber auch nicht mehr richtlinienkonform.

Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung (EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-444/06; Urteil vom 27. Februar 2003, Rs. C-327/00; Urteil vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98) sogar den nationalen Gerichten aufgegeben, nationale Fristenregelungen unangewendet zu lassen oder europarechtskonform auszulegen, wenn diese die Überprüfung des Vergabeverfahrens ausschließen sollten. Dies zeigt, dass die Rechtsprechung das subjektive Recht eines Bieters auf Einhaltung der Vergabebestimmungen durch den Auftraggeber (§ 97 Abs. 7 GWB) im Zweifel höher setzt als rein fiskalische Erwägungen der öffentlichen Verwaltung an einer möglichst wirksamen Beschaffung.

Zudem bestimmt auch Artikel 2d Abs. 3 Satz 3 und 4 der Richtlinie 2007/66/EG, dass wirtschaftliche Gründe an der Wirksamkeit eines Vertrages trotz rechtswidriger Vergabe nur dann als zwingende Gründe anzuerkennen sind, wenn die Unwirksamkeit in Ausnahmesituationen unverhältnismäßige Folgen hätte. Zudem dürfen ausdrücklich wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag – wie in § 121 GWB vorgesehen – nicht als zwingende Gründe eines Allgemeininteresses gelten. Dazu gehören u. a. auch die durch die Verzögerung bei der Ausführung des Vertrags verursachten Kosten, Artikel 2d Abs. 3 Satz 5 der Richtlinie 2007/66/EG. Gerade die Kosten einer Verschiebung der Ausführungszeit – etwa auf der Grundlage des § 2 Nr. 5 VOB/B oder der §§ 313, 314 BGB –, könnte ein Auftraggeber aber nach der geplanten Regelung nahezu immer für eine Zuschlagsgestattung heranziehen, da dadurch eine wirtschaftliche, weil zeitnahe und niedrig kalkulierte, Leistungserbringung ansonsten nicht mehr gewährleistet sein könnte.

Sachgerechter als eine Verschärfung des § 121 GWB erscheint vielmehr die Streichung des bisherigen § 122 GWB. § 122 GWB bestimmt bisher, dass ein Vergabeverfahren nach Ablauf von zehn Tagen nach Zustellung der ablehnenden OLG-Entscheidung zu einem Gestattungsantrag des Auftraggebers nach § 121 GWB als kraft Gesetzes beendet gilt, wenn der Auftraggeber nicht die Maßnahmen zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens ergreift, die sich aus der Entscheidung ergeben. Das Verfahren darf nicht fortgeführt werden. Gerade kommunale Auftraggeber sind häufig organisatorisch nicht in der Lage, binnen der kurzen Frist von zehn Tagen Beschlüsse ihrer turnusmäßig tagenden Gremien zur Herstellung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens herbeizuführen. Entfielen deshalb die Regelungen in § 122 GWB, könnten Auftraggeber sehr viel öfter Gestattungsanträge nach § 121 GWB stellen, ohne be-

fürchten zu müssen, dass das Verfahren – u. U. gegen den Willen aller Verfahrensbeteiligten des Vergabeverfahrens – nur deswegen kraft Gesetzes endet, weil organisatorisch die Zehntagesfrist des § 121 GWB nicht eingehalten werden kann.

31. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe a (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB)

In Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe a ist in § 128 Abs. 2 Satz 1 die Angabe „5 000 Euro“ durch die Angabe „2 500 Euro“ zu ersetzen.

Begründung

Die Erhöhung der bisherigen Mindestgebühr (2 500 Euro) auf den doppelten Betrag erscheint unverhältnismäßig und auch sachlich nicht begründet.

Insbesondere die durchaus hohe Rücknahmequote der Nachprüfungsanträge vor den Vergabekammern (vgl. Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c, rund 34 bis 40 Prozent seit dem Jahr 2001) war sicherlich auch dadurch bedingt, dass bei einer Halbierung der bisherigen Mindestgebühr im Falle der Rücknahme des Nachprüfungsantrags (§ 128 Abs. 3 Satz 3 GWB) ein Kostenvolumen von lediglich 1 250 Euro insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen keine abschreckende Wirkung entfaltet hat.

Das Nachprüfungsverfahren sollte aber gerade auch vor den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie nicht nur demjenigen offen stehen, der über erhöhte finanzielle Mittel verfügt, um etwa einen geforderten Vorschuss in Höhe der verdoppelten Mindestgebühr von dann 5 000 Euro (vor-)leisten zu können.

Zudem ermöglicht auch schon die ebenfalls vorgesehene Verdoppelung der Maximalgebühr auf bis zu 100 000 Euro die – angeblich mangelnde – Deckung der Kosten des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere in Fällen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung.

Einer Erhöhung der Mindestgebühr bedarf es demgegenüber, insbesondere bei seit Jahren sinkenden Antragszahlen der Vergabekammern (2004: 1493; 2005: 1348; 2006: 1152; 2007: 1119 laut amtlicher Statistik nach § 22 VgV, www.bmwi.de) nicht, zumal das Ziel einer mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung des materiellen Vergaberechts durch erhöhte bürokratische Hemmnisse zur Geltendmachung der mittelstandsfreundlichen Regelungen konterkariert wird.

32. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb – neu – (§ 128 Abs. 3 Satz 4a – neu – GWB)

In Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe b ist nach Doppelbuchstabe bb folgender Doppelbuchstabe anzufügen:

,cc) Nach Satz 4 (neu) wird folgender Satz eingefügt:

„Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen.““

Begründung

Die Änderung in § 128 Abs. 3 Satz 4 (neu) GWB-E, wonach der Antragsteller bei einer Rücknahme oder anderweitigen Erledigung stets die Hälfte der Gebühr zu tragen hat, berücksichtigt nicht die Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens dem Begehren des Antragstellers abhilft und das Verfahren durch eine beiderseitige Erledigungserklärung der Parteien beendet wird. In einem derartigen Fall kann es unbillig sein, dem Antragsteller die Kosten aufzuerlegen, da er in einem materiellen Sinne obsiegt hat. Eine Regelung, nach der die Kostenentscheidung nach billigem Ermessen erfolgt, ist deshalb vorzugswürdig.

33. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c (§ 128 Abs. 4 Satz 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c sind in § 128 Abs. 4 Satz 3 nach den Wörtern „notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners“ die Wörter „und der Beigeladenen“ einzufügen.

Begründung

Es sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, die Beigeladenen bei der Kostentragung schlechter zu stellen als den Antragsgegner.

34. Zu Artikel 2 (§ 5 VgV)

In Artikel 2 ist nach der Angabe „§§“ die Angabe „5,“ einzufügen.

Begründung

§ 5 VgV enthält den Anwendungsbefehl für die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Die VOF schafft ein Übermaß an bürokratischem Aufwand. Der derzeit in der VOF niedergelegte Regelungsgehalt kann in deutlich reduziertem Umfang in die VOL integriert werden.

Durch den Wegfall des Anwendungsbefehls des § 5 VgV wird die VOF als eigenständiges Regelwerk überflüssig. Gleichzeitig wird die VgV weiter verschlankt, was einem erklärten Ziel der Vergaberechtsnovelle entspricht.

Die Verdingungsausschüsse, die u. a. auch das Ziel der Verschlinkung des Vergaberechts verfolgen, müssen nach Wegfall des Anwendungsbefehls des § 5 VgV geeignete und unbürokratische Lösungen finden, den notwendigen Regelungsgehalt der jetzigen VOF in die VOL zu integrieren.

Anlage 4

Gegenäußerung der Bundesregierung

Zu Nummer 1 (Zum Gesetzentwurf allgemein)

Zu Buchstabe a

Die Bundesregierung greift gegenüber der Europäischen Kommission fortlaufend geeignete Fälle auf, um ihre Rechtsauffassung darzulegen, dass innerstaatliche Kooperationen nicht dem Vergaberecht unterliegen. Dass die Europäische Kommission eine der Auffassung der Bundesregierung entsprechende Ergänzung des Europäischen Vergaberechts vorschlagen wird, ist zurzeit nicht zu erwarten. Im Übrigen ist die Frage der Anwendung des Vergaberechts auf innerstaatliche Kooperationen Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof (Abfallentsorgung Rotenburg/Wümme).

Zu Buchstabe b

Die Bundesregierung hat bei der Erarbeitung des Gesetzentwurfs die Vorgaben des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frauen und Männern beachtet. Nach diesen Vorgaben soll die Formulierung des Gesetzestextes so wenig wie möglich vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichen. Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Klarheit des Textes sollen gewahrt werden.

Bei den durch den Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts erfassten Sachverhalten handelt es sich um solche des Wirtschaftslebens, die im Wesentlichen geschlechterneutral („Unternehmen“, „Tätigkeiten“, „Antrag“, „Dritte“, „Leistung“) beschrieben werden. Aus Gründen der Verständlichkeit, Übersichtlichkeit und Klarheit wurde darüber hinaus in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch das generische Maskulinum („Auftraggeber oder -nehmer“, „Bieter“, „Bewerber“, „Beteiligte“, „Beigeladene“) verwendet. Diese Bezeichnungen nehmen auf den geschlechterneutralen Begriff des „Unternehmens“ Bezug.

Weiterer Anpassungsbedarf besteht aus Sicht der Bundesregierung nicht.

Zu Nummer 2 (Artikel 1 Nr. 2 – § 97 GWB)

Die Bundesregierung wird die Diskussion über die Zweckmäßigkeit eines Korruptionsregisters nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zur Modernisierung des Vergaberechts wieder aufnehmen.

Unmittelbaren Handlungsbedarf sieht die Bundesregierung nicht. Durch die Forderung der Vorlage von Eignungsnachweisen (z. B. Auszüge aus dem Gewerbezentral- und Bundeszentralregister) können öffentliche Auftraggeber bereits nach geltendem Recht Bieter bei entsprechenden Verfehlungen vom Vergabeverfahren ausschließen.

Zu Nummer 3 (Artikel 1 Nr. 4 – § 99 GWB)

Mit der Neufassung des § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB nutzt die Bundesregierung den Gestaltungsspielraum, den das europäische Vergaberecht dem nationalen Gesetzgeber bei der Defi-

inition öffentlicher Aufträge einräumt. Auf dieser Grundlage schlägt die Bundesregierung eine übergreifende Lösung vor, die sich nicht auf konkrete Fallgestaltungen innerstaatlicher Zusammenarbeit bezieht. Dies wäre angesichts der Vielzahl denkbarer Konstellationen auf Bundes-, Landes- oder kommunaler Ebene auch nicht möglich. Insofern spricht sich die Bundesregierung gegen die Aufnahme einer Regelung speziell zu interkommunalen Kooperationen aus.

Zu Nummer 4 (Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a – § 99 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu, den Beschaffungscharakter im Rahmen der Definition öffentlicher Aufträge klarzustellen. Wo es – wie bei der Konkretisierung des Bauauftragsbegriffs im Rahmen des § 99 Abs. 3 (neu) GWB – darauf ankommt, hat die Bundesregierung dies auch getan. Diese Ergänzung soll die aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf („Ahlhorn“-Beschluss) resultierenden rechtlichen Unklarheiten beseitigen. Die Klarstellung („dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden“) soll deshalb auch in diesem Zusammenhang verbleiben.

Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a – § 99 Abs. 1 Satz 2, 3 – neu – GWB)

Die Aufnahme der vom Bundesrat vorgeschlagenen Ergänzungen in den Gesetzestext erscheint nicht erforderlich.

Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe g – neu –, § 99 Abs. 9 – neu – GWB)

Wie bereits zu Nummer 3 ausgeführt, schlägt die Bundesregierung eine übergreifende Lösung vor, die sich nicht auf konkrete Fallgestaltungen der innerstaatlichen Zusammenarbeit bezieht. Eine spezifische, auf interkommunale Kooperationen bezogene Regelung wäre aus Sicht der Bundesregierung zu eng. § 99 Abs. 1 Satz 2 (neu) GWB beschreibt daher negativ, unter welchen Voraussetzungen eine ausschreibungspflichtige Tätigkeit am Markt nicht vorliegt. Sind diese Kriterien erfüllt, ist eine Aufgabenübertragung ohne Ausschreibung zulässig.

Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nr. 5 – § 100 Abs. 2 GWB)

Durch eine gesonderte Rechtsverordnung über das bei der Vergabe durch Sektorenauftraggeber einzuhaltende Verfahren wird das Vergaberecht für die unterworfenen (öffentlichen wie privaten) Versorgungsunternehmen erstmals auf eine adäquate Legitimationsbasis gestellt und als eigenständiges Wirtschaftsrecht behandelt. Inhaltlich geht es um die Umsetzung der Richtlinie 2004/17/EG, so dass ein nationaler Gestaltungsspielraum auch nur in diesen Grenzen besteht.

Betroffene Wirtschaftsverbände werden im Wege der Anhörung beteiligt. Im Übrigen unterliegt die geplante Rechtsverordnung nach § 127 Nr. 2 (neu) GWB der Zustimmung des Bundesrates.

Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe c
– § 101 Abs. 6 GWB)

Die Bundesregierung wird im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen, ob die Aufnahme der Definition der elektronischen Auktion und des dynamischen elektronischen Verfahrens erforderlich ist.

Zu Nummer 9 (Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d
– § 101 Abs. 7 Satz 2 GWB)

Die Bundesregierung wird im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens prüfen, ob für Sektorenauftraggeber, die der Öffentlichen Hand zuzurechnen sind, ein Abweichen vom Grundsatz der 1:1-Umsetzung des Artikels 40 der Richtlinie 2004/17/EG angemessen ist. Bereits heute stehen den Sektorenauftraggebern, die nicht der Öffentlichen Hand zuzurechnen sind, das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung (§ 101 Abs. 6 Satz 2 GWB).

Zu Nummer 10 (Artikel 1 Nr. 7 – § 101a Abs. 1 Satz 1
GWB)

Die Bundesregierung ist weiterhin der Auffassung, dass eine Pflicht zur „Durchplatzierung“ sämtlicher Angebote für öffentliche Auftraggeber mit einem unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwand verbunden wäre.

Zu Nummer 11 (Artikel 1 Nr. 7 – § 101a Abs. 1 Satz 3
GWB)

Aus Gründen der Verfahrensvereinfachung hält die Bundesregierung es für zweckmäßig, die Wartezeit unabhängig vom gewählten Kommunikationsmittel einheitlich auf 15 Kalendertage festzulegen. Dies steht durchaus im Einklang mit den Gestaltungsmöglichkeiten der Richtlinie 2007/66/EG, die lediglich Mindestanforderungen in Artikel 2a Abs. 2 enthält.

Zu Nummer 12 (Artikel 1 Nr. 7 – § 101a Abs. 2 GWB)

Nach Artikel 2b der Richtlinie 2007/66/EG können unter anderem Ausnahmen von der Stillhaltefrist gemacht werden, wenn nach der Richtlinie 2004/18/EG keine vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erforderlich ist. Gemäß Artikel 31 Nr. 1 Buchstabe c der Richtlinie 2004/18/EG können Aufträge im Verhandlungsverfahren in Fällen besonderer Dringlichkeit ohne eine solche vorherige Bekanntmachung vergeben werden. Mit diesen Vorgaben steht § 101a Abs. 2 (neu) GWB in Einklang.

Mangels vorheriger Bekanntmachung sind in den Fällen besonderer Dringlichkeit andere als das ausgewählte Unternehmen von der Vergabe tatsächlich nicht in Kenntnis gesetzt. Insofern würde das Erfordernis einer individuellen Information über das durchgeführte Verhandlungsverfahren ins Leere laufen. Deshalb ist es nach Auffassung der Bundesregierung sachgerecht, in den Fällen besonderer Dringlichkeit den öffentlichen Auftraggeber auch von der Informationspflicht zu befreien.

Zu Nummer 13 (Artikel 1 Nr. 7
– § 101b Überschrift, Abs. 1 Satz 1, 2
– neu –, Abs. 3 – neu – GWB)**Zu den Buchstaben a und b Doppelbuchstabe bb und
Buchstabe c**

Nach Auffassung der Bundesregierung wären gesetzliche Klarstellungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossenen zivilrechtlichen Vertrag nicht systemgerecht. Denn der vierte Teil des GWB soll prinzipiell nur die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Vergabeverfahren und zum Rechtsschutz enthalten.

Die Frage der Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Vorschriften – wie beispielsweise § 313 f. BGB – ist nach den tatsächlichen Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu beantworten. Dazu zählt insbesondere die Klärung des Umstands, ob der Verstoß der Auftragsvergabe gegen das Europäische Gemeinschaftsrecht im Einzelfall der Risikosphäre des Auftraggebers zuzuordnen ist, so dass ein Leistungsforderungsrecht des Unternehmers nach § 649 Satz 2 BGB interessengerecht wäre.

Eine pauschalierte Betrachtung durch gesetzliche Verweisung würde vertragliche Lösungen ausschließen und könnte sachgerechte Lösungen im Einzelfall nicht gleichermaßen sicherstellen.

Zu Buchstabe b Doppelbuchstabe aa

„Schwebende Unwirksamkeit“ bedeutet, dass die Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrages davon abhängig ist, dass nachträglich dafür eine weitere Voraussetzung erbracht wird. So hängt gemäß § 108 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrags unter bestimmten Voraussetzungen von der nachträglichen Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ab.

Im Rahmen des § 101b (neu) GWB geht es dagegen um einen Umstand, nämlich die Feststellung des vergaberechtlichen Verstoßes in einem Nachprüfungsverfahren, der den wirksam geschlossenen Vertrag nachträglich von Anfang an unwirksam werden lässt. Insofern ist die Rechtsfolge durch die Umschreibung „von Anfang an unwirksam“ richtig erfasst. Leitet der unterlegene Bieter ein Nachprüfungsverfahren nicht oder nicht fristgemäß ein, bleibt der Vertrag wirksam.

Daher erscheint die vom Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung als nicht sachgerecht.

Zu Nummer 14 (Artikel 1 Nr. 7 – § 101b Abs. 2 GWB)

Für den Fall der mutwilligen Herbeiführung des Fristablaufs bleibt die Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 826 BGB, unberührt. Einer gesetzlichen Klarstellung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bedarf es hierfür nicht.

Zu Nummer 15 (Artikel 1 Nr. 8 und 9
– §§ 102 und 103 GWB)

Der Bedarf für eine bundeseinheitliche Regelung der Einrichtung und des Verfahrens von Vergabepflichten ist nicht vorhanden. Selbstverständlich bleibt die Prüfmöglichkeit durch Vergabepflichten in den Bundesländern auch ohne

ausdrückliche Erwähnung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen.

Zu Nummer 16 (Artikel 1 Nr. 10 Buchstabe a
– § 104 Abs. 2 GWB)

Die Bundesregierung lehnt die Stellungnahme des Bundesrates unter Bezugnahme auf § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB („nur“) vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht ab.

Zu Nummer 17 (Artikel 1 Nr. 11 – § 106 Abs. 2 Satz 2
GWB)

Die Bundesregierung ist weiterhin der Auffassung, dass für die Besetzung der Landesvergabekammern eine § 105 Abs. 2 GWB entsprechende Qualifikation erforderlich ist.

Zu Nummer 18 (Artikel 1 Nr. 12 – § 106a Abs. 3 Satz 2
– neu – GWB)

Die Bundesregierung hat keine Bedenken gegen die vom Bundesrat vorgeschlagene Ergänzung des § 106a Abs. 3 Satz 2 (neu) GWB. Angemerkt sei, dass das Adverb „ausdrücklich“ bereits durch das Verb „benennen“ abgedeckt und deshalb aus Sicht der Bundesregierung entbehrlich wäre.

Zu Nummer 19 (Artikel 1 Nr. 13 – § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1
und 3 GWB)

Zu Buchstabe a

Die Bundesregierung hält eine Konkretisierung des Begriffs „unverzüglich“ in § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 (neu) GWB nicht für sachgerecht. Eine strikte zahlenmäßige Konkretisierung würde dem Ziel einer weiteren Beschleunigung des Vergabeverfahrens nur unzureichend Rechnung tragen können. Was „ohne schuldhaftes Zögern“ i. S. d. § 121 Abs. 1 BGB für den jeweiligen Sachverhalt bedeutet, lässt sich nach Auffassung der Bundesregierung nur aufgrund der näheren Umstände des Einzelfalls beurteilen. Insofern sollte es bei dem unbestimmten Rechtsbegriff „unverzüglich“ bleiben.

Zu Buchstabe b

Die Bundesregierung stimmt dem Petitum des Bundesrates zu, in § 107 Abs. 3 Nr. 3 (neu) GWB die Frist zur Rüge von Verstößen, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu erstrecken.

Zu Nummer 20 (Artikel 1 Nr. 14 – § 110 Abs. 2 Satz 2
GWB)

Die Bundesregierung ist weiterhin der Auffassung, dass die gesetzliche Klarstellung zur Schutzschrift zweckmäßig ist.

Zu Nummer 21 (Artikel 1 Nr. 15 – § 113 Abs. 1 Satz 3
GWB)

Die Bundesregierung hält es zur weiteren Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens für zweckdienlich, die Verlängerung der Entscheidungsfrist im Wege einer Sollvorschrift zu konkretisieren. Zu einer Verlängerung der Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB kam es seit dem Jahre 2003 lediglich in rund 21 bis 27 Prozent der Fälle.

Die Verlängerung beträgt nach Auskunft der Vergabekammern des Bundes und der Länder im Durchschnitt nur eine

Woche bis maximal zwei Wochen. Auf dieser Grundlage geht die Bundesregierung davon aus, dass sich die Regel einer Zweiwochenfrist für die Vergabekammern in der Praxis als unproblematisch erweisen wird.

Zu Nummer 22 (Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa – § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB –,
Nr. 20 – § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Die vorgeschlagene Ergänzung dient der verfahrensrechtlichen Stärkung des Beigeladenen und der weiteren Beschleunigung im Nachprüfungsverfahren. Die Bundesregierung hält deshalb weiterhin ein Antragsrecht des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten soll, für zweckmäßig.

Zu Nummer 23 (Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb – § 115 Abs. 2 Satz 3 und 4 GWB)

Die Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG regelt in Artikel 2d Abs. 3 und 4 die Voraussetzungen, unter denen die Nachprüfungsstelle einen Vertrag nicht als unwirksam erachten könnte, selbst wenn der Auftrag rechtswidrig vergeben wurde. In diesem Zusammenhang dürfen wirtschaftliche Interessen als Rechtfertigung für die Wirksamkeit eines Vertrages nur herangezogen werden, wenn die Unwirksamkeit ausnahmsweise unverhältnismäßige Folgen hätte.

Dagegen handelt es sich bei der Entscheidung nach § 115 Abs. 2 GWB über die Voraberteilung des Zuschlags um die Möglichkeit, in Fällen des überwiegenden öffentlichen Interesses die Blockade des automatischen Suspensiveffekts aufheben zu können. Hierfür enthält die Richtlinie 2007/66/EG keine inhaltlichen Vorgaben. Nach der Konzeption des Gesetzentwurfs soll das überwiegende öffentliche Interesse zu bejahen sein, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist. Damit stellt das Kriterium lediglich eine Konkretisierung des überwiegenden Interesses dar und knüpft – entgegen der Auffassung des Bundesrates – nicht isoliert an wirtschaftliche Interessen, sondern an die wirtschaftliche Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben an.

Im Übrigen bleibt gegen die Entscheidung der Vergabekammer nach § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB die Beschwerde zum Oberlandesgericht eröffnet, so dass der unterlegene Bieter hinsichtlich des Risikos, dass sein Primärrecht auf Erteilung des Zuschlags de facto untergehen könnte, nicht rechtsschutzlos gestellt ist.

Darüber hinaus sind nach Einschätzung der Bundesregierung – wie bereits im Entwurf der Gesetzesbegründung ausgeführt – Konstellationen denkbar, in denen die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Vorabzuschlags ungebührlich verzögern würde und damit dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen würde. § 115 Abs. 2 Satz 4 (neu) GWB stellt deshalb klar, dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen kann – ohne allerdings dazu verpflichtet zu sein – und deshalb auch allein auf der Grundlage der Abwägung der beteiligten Interessen die Voraberteilung des Zuschlags erteilen darf. Auch hier ist die prozessuale Durchsetzung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einhaltung der Vergabevorschrift

ten durch die Möglichkeit der Beschwerde zum Oberlandesgericht sichergestellt.

Zu Nummer 24 (Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb – § 115 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB –, Nr. 18 Buchstabe b – § 118 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB –, Nr. 20 – § 121 Abs. 1 Satz 2, 3 GWB)

Die Bundesregierung verweist auf ihre Gegenäußerung zu Nummer 23.

Zu Nummer 25 (Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe d – § 115 Abs. 4 GWB)

Da das Beschwerdegericht das Verbot des Zuschlags auf Antrag wiederherstellen kann, hält die Bundesregierung die Argumentation des Bundesrates, eine Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen nach § 100 Abs. 2 Buchstabe d (neu) GWB sei innerhalb einer Frist von zwei Kalendertagen nicht möglich, für nicht zwingend.

Zu Nummer 26 (Artikel 1 Nr. 17a – neu –, § 115 a – neu – GWB)

Die Bundesregierung stimmt der Stellungnahme des Bundesrates zu, die Vorschrift über den Ausschluss von abweichendem Landesrecht aus Gründen der Klarstellung zu Beginn des zweiten Unterabschnitts („Verfahren vor der Vergabekammer“) im zweiten Abschnitt („Nachprüfungsverfahren“) zu platzieren.

Zu Nummer 27 (Artikel 1 Nr. 17b – neu –, § 116 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Die Bundesregierung verweist auf ihre Gegenäußerung zu Nummer 16.

Zu Nummer 28 (Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a – § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB)

Die Bundesregierung hält die vorgeschlagene Fristverkürzung zur weiteren Beschleunigung des Verfahrens für zweckmäßig.

Zu Nummer 29 (Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe b – § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB)

Die Bundesregierung verweist auf ihre Gegenäußerung zu Nummer 23.

Zu Nummer 30 (Artikel 1 Nr. 20 – § 121 Abs. 1 Satz 3 GWB)

Die Bundesregierung verweist auf ihre Gegenäußerung zu Nummer 23.

Zu Nummer 31 (Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe a – § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB)

Die Erhöhung der Gebühren berücksichtigt – wie bereits im Entwurf der Begründung ausgeführt – den Umstand, dass derzeit eine Kostendeckung im Nachprüfungsverfahren durch die für die Amtshandlungen der Vergabekammer erhobenen Gebühren und Auslagen gerade in Fällen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung nicht erzielt wird. Im Übrigen bleibt die in § 128 Abs. 2 Satz 2 GWB eröffnete Möglichkeit der Kostenermäßigung aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel des Betrages unberührt.

Zu Nummer 32 (Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb – neu –, § 128 Abs. 3 Satz 4a – neu – GWB)

Die Bundesregierung kommt nach Prüfung der Stellungnahme des Bundesrates zum Ergebnis, dass dem Anliegen des Bundesrates durch folgende Änderung des § 128 Abs. 3 Satz 4 (neu) GWB Rechnung getragen werden kann: „Hat sich der Antrag vor Entscheidung der Vergabekammer durch Rücknahme oder anderweitig erledigt, erfolgt die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, nach billigem Ermessen“. Einer solchen Änderung stimmt die Bundesregierung zu.

Zu Nummer 33 (Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c – § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB)

Nach Auffassung der Bundesregierung bedarf es keiner speziellen Aufwendungsersatzregelung für den Beigeladenen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Frage ist nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen zu beantworten.

Zu Nummer 34 (Artikel 2 – § 5 VgV)

Da der Koalitionsvertrag die Aufhebung der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) nicht vorsieht, vermag die Bundesregierung einer Streichung des Anwendungsbefehls in § 5 VgV nicht zuzustimmen.

