

**Entwurf der
Begründung
des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts
(Stand 03. März 2008)**

A. Allgemeines

1. Vorgeschichte

Die Regelungen des Vergaberechts waren mit Wirkung zum 1.1.1999 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 Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11 und 16 des Grundgesetzes wurden daher mit dem Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG vom 26.8.1998, BGBl. I S. 2512) im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EU-Schwellenwerte Definitionen sowie materielle Grundsätze des Vergabeverfahrens aufgenommen und ein zweiinstanzlicher Rechtschutz 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 1261 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 (BT-Drucksache 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 habe. 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 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 EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG², in deutsches Recht. Die zwingend umzusetzenden Vorschriften dieser EU-Richtlinien wurden bereits durch Änderung der Vergabeverordnung (VgV) und der Verdingungsordnungen VOL Teil A und VOF bzw. der Vergabe- und

¹ www.bmwi.de

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 Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG. Das deutsche Vergaberecht soll vereinfacht 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 EU-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 in Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien ergänzt und geändert. Zugleich werden Anpassungen im Nachprüfungsverfahren vorgenommen. Eine entsprechend anzupassende Rechtsverordnung ("Vergabeverordnung") verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, bei der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der EU-Auftragswerte die VOL, VOB und die VOF anzuwenden. Für die Auftragsvergabe in den Sektorenbereichen soll eine neu zu schaffende Verordnung, die der Richtlinie 2004/17/EG entspricht, gelten. 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. Verdingungsausschüssen bzw. dem Vergabe- und Vertragsausschuss, die diese Regelungen unter Beteiligung der Vertreter der öffentlichen Auftraggeber und der Wirtschaft erarbeiten.

² ABl. EU Nr. L 134 S. 1f

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 dienen dazu, die Effizienz der Nachprüfungsverfahren zu erhöhen. 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 soll 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 unterschweligen Aufträge wird eine Regelung des Rechtsschutzes in diesem Bereich nicht für erforderlich gehalten.

6. Gesetzgebungskompetenz

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

schaftsraum 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 darstellen. 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 EU-Schwellenwerte

Es wird an der Entscheidung festgehalten, für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-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 Art. 3 Abs. 1 GG wie bei jedem anderen Handeln des Staates auch. Gegenüber einer Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG wird effektiver Rechtsschutz nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 13. Juni 2006 ausreichend durch die allgemeinen Regeln des Zivilrechtes und des Zivilprozessrechtes gewährleistet. Die unterschiedliche Behandlung von unter- und überschwelligen Aufträgen ist hinreichend sachlich gerechtfertigt durch das Ziel der Gewährleistung eines wirtschaftlichen Einkaufs.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 13. Juni 2006 macht auch klar, dass jedenfalls der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht eröffnet ist, da der Schutzbereich des Art. 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 Art. 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 BGleiG und § 2 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 S. 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 BGleiG 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 Entwurfes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entspricht dem bisherigen § 13 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 EU-Schwellenwerte erreicht oder übersteigt.

10. Befristung, Evaluierung

Die Zielsetzung der Umsetzung des EU-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 lit. a)

Der bisherige § 97 Abs. 3 verpflichtet jeden Auftraggeber bei der Vergabe eines Auftrages oberhalb der EU-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 grundsätzlich stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Für die Vergaben der Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte erwartet die Bundesregierung mit der Verstärkung des § 97 Abs. 3 eine Vorbildwirkung für die Erarbeitung der Regelungen in den Verdingungsausschüssen bzw. des Vergabe- und Vertragsausschusses.

Zu lit. 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 über 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 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 und 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. So ist von mehreren Landesgesetzgebern ausdrücklich vorgegeben, dass Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die ihre Arbeitnehmer nach den örtlichen Tarifen entlohnen. Der Bund hat in §141 Sozialgesetzbuch IX die Möglichkeit vorgesehen, Werkstätten behinderter Menschen und Blindenwerkstätten bei der Auftragsvergabe besonders zu berücksichtigen.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 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 der Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 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- und Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recycling-Papier“ 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.

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 Satz 1 Hs. 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 (§ 98)

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

Zu Buchstabe a (§ 98 Nr. 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 EU- 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 3.6.1999, S.3). Dies war im deutschen Recht in der Vergabeverordnung entsprechend umgesetzt. Die Sektorauftraggeber 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 unabhängig davon erfasst, solange 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. Bisher erfolgte dies in der Vergabeverordnung. Dies 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 (§ 98 Nr. 5)

Art. 8 der Richtlinie 2004/18/EU verlangt die Anwendung der Vergaberegeln auf bestimmte, zu mehr als 50% 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% mit öffentlichen Mitteln geförderten Bauvorhaben von Nummer 5 erfasst werden.

Zu Buchstabe c

Dient der Klarstellung.

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 (§ 99 Abs. 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 EU-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 Art. 1 Abs. 3 der RL 2004/17/EG und von Art. 1 Abs. 3 und 4 der RL 2004/18/EG nahe.

Öffentliche Aufträge liegen dann vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Dritten mit einer Lieferung oder Leistung 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 EG-Vergaberichtlinien enthalten dazu keine ausdrückliche Regelung, vielmehr wird dies aus der Definition des öffentlichen Auftrages abgeleitet.

Der EuGH hat erstmals in der Rechtssache Teckal³ 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 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 staatli-

³ EuGH Rs C-107/98

cher Stellen faktisch ausschließen und damit dem Vergaberecht eine Regelungswirkung beimessen, für die es nicht geschaffen wurde. Das Vergaberecht hat eine Marktöffnungs- aber keine Liberalisierungsfunktion⁴. 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 (s. 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“⁵ 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.⁶

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

Zu Buchstabe b

Klarstellung der Definition Bauaufträge.

Zu Buchstabe c

Klarstellung im Vergleich zu § 99 Abs. 1 GWB.

Buchstabe d

Klarstellung Definition Baukonzession

⁴ Vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen)

⁵ (C-340/04 Randnr. 63)

⁶ (C-340/04, Randnr. 67 und 72)

Zu Buchstabe e (§ 99 Abs. 8)

Der neue Absatz 8 setzt den Artikel 9 der RL 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. 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 Sektorauftraggebern 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 Absatz 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 Art. 14 der Richtlinie 2004/18/EG und Art. 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 Geheimschutzbetreuung 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) nennt der Entwurf – neu - besondere Beispielfälle, 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 Beispielsfälle 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 HGrG, §§ 55 BHO, 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 (Art. 20 RL 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 Sektorenauftraggebers 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 b) der Richtlinie 2004/18.

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 EU- Schwellenwerte vergeben wollen, müssen sie die Vergaberegelungen des GWB beachten.

Ersetzt wird diese Ausnahme durch eine Vorschrift, die für die in § 98 verbleibenden öffentlichen Auftraggeber klargestellt, 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

Mit der Neuregelung der Buchstaben o bis s, der Neuregelung der § 98 Nr. 4, § 100 Abs. 2 und § 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 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 Art. 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 Bundesministerium 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. Das EU-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 (Art. 28 Satz 2 RL 2004/18/EG). Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung kann 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 klar gemacht 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 RL 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 (§ 101 Abs. 7)

Die Auftraggeber in den Sektorenbereichen haben (gem. Art. 40 Abs. 2 RL 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 EU-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. 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 Abs. 1

Bislang regelte der § 13 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. des Art. 2 a Abs. 2 UAbs. 2 und 3 Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlamentes 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 Rechtsmittel-Richtlinie 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 Platzierung 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 Abs. 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 der Lage sein, die erforderlichen Aufträge sofort zu vergeben, ohne eine Wartefrist einhalten zu müssen.

Zu § 101 b (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 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 in einem Nachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht wurde.

Absatz 2 führt eine Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit ein. Danach besteht Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag. Die Geltendmachung kann nur durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch einen Antragsbefugten vor der Vergabekammer erfolgen. Ein Vertragspartner, der möglicherweise im Nachhinein aus anderen Gründen aus der vertraglichen Verpflichtung heraus möchte, kann sich dagegen nicht auf § 101b stützen.

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 daraufhin, 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

Absatz 2 wird ergänzt um die Klarstellung, dass die Prüfung durch eine Vergabeprüfstelle nicht die Voraussetzung zur Anrufung der Vergabekammer ist. Der bisherige Satz 2 wird Absatz 4.

Zu Buchstabe b

§ 104 wird um zwei Absätze ergänzt. Durch diese neue Struktur wird die Regelung klarer.

Absatz 3 nimmt den bisherigen Satz 1 von § 103 Abs. 3 auf.

Der neue Verweis in Absatz 4 Satz 2 auf die §§ 19 und 20 stellt klar, dass sich trotz der Regelungen der 7. GWB-Novelle an der Befugnis der Kartellbehörden hinsichtlich 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 (s. Gutachten). Im § 106 werden daher künftig die Anforderungen 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 den Bund 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 unverzüglich, 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 S. 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 Bie-

ter 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 Sachverhalts von Amts wegen nachzugehen, siehe BGH, Urteil vom 19.12.2000, 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 Wettbewerbsverstoßes 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 Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Antrags vorsorglich bei der Vergabekammer hinterlegen. Im Übrigen wurde der Verweis in der bisherigen Fassung des § 110 Abs. 2 S. 2 GWB auf die verfahrensmäßige Einbeziehung der Vergabepflichtstelle wegen der Aufhebung des § 103 GWB gestrichen.

Zu Nummer 15 (§ 113)

Neu eingeführte 2-Wochenfrist dient der Beschleunigung

Zu Nummer 16 (§ 114)

Zu Abs. 2

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

Zu Abs. 3

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 1,5 € bis höchstens 1.000 € verhängt werden⁷. 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 ZPO vollstreckt werden (§§ 704 ff., 888 ZPO), indem zur Vollstreckung unvertretbarer Handlungen – mehrfach – Zwangshaft und Zwangsgelder bis 25.000 € 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 Millionen € zuzulassen. Deswegen ist es sachgerecht, diese Regelung auch für 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

⁷ Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder sind teilweise etwas besser ausgestattet. So ermöglicht § 60 Verwaltungsvollstreckungsgesetz NRW die Festsetzung eines Zwangsgeldes bis zu 100.000 €, das Bayerische Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz ein Zwangsgeld bis 50.000 €, während das Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz Rheinland-Pfalz Zwangsgelder nur bis 5.000 € zulässt.

§ 115 Abs. 2 ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber zur Beschleunigung des Verfahrens bei der Vergabekammer einen Antrag auf Gestattung 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 ein bis vier 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 Erfolgsaussichten im Vergabeverfahren zum Beispiel nach Maßgabe der Platzierung und der Chance auf den Zuschlag des unterlegenen Bieters sind ein wichtiges Indiz für die Entscheidungsfindung nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB.

Zu Doppelbuchstabe cc

Der Gesetzgeber konkretisiert in Satz 3 das überwiegende Interesse der Allgemeinheit durch die Benennung eines weiteren Beispiels. Die wirtschaftliche Erfüllung des Auftrags kann beispielsweise gefährdet sein, wenn der obsiegende Bieter die konkreten Konditionen des Auftrags lediglich für eine bestimmte Dauer gewährleistet.

In Übereinstimmung mit den Wertungen des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE vom 13. 06.2006) soll hier auf Gesetzesebene 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.

Zu Doppelbuchstabe dd

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 S. 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 ee

Dies ist eine Folgeänderung zu Doppelbuchstabe bb.

Zu Doppelbuchstabe ff

Mit der Ergänzung der Verweisung auch auf den § 121 Abs. 3 wird eine Entscheidung des Beschwerdegerichts innerhalb von 5 Wochen ebenso wie im Verfahren über die Vorabentscheidung über den Zuschlag nach § 121 erreicht.

Zu Buchstabe c

Mit der Ergänzung in § 115 Absatz 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 (s. Begründung zu Nummer 14).

Zu Buchstabe d

Da der automatische Suspensiveffekt nach § 115 Abs. 1 bei einer Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung nach § 100 Abs. 2 Buchstabe d) zu unangemessenen Zeitverzögerungen zu Lasten der wesentlichen Sicherheitsinteressen des Staates führen kann, wird eine Regelung aufgenommen, nach der die Automatik des Suspensiveffekts 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 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 16 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 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. Für den Fall der Festlegung der Schwellenwerte durch EU-Verordnungen greift die neue Fassung des § 2 VgV.

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 Buchstaben f) und o) geregelt. Aufgenommen wird dafür die Ermächtigung zum Erlass einer eigenständigen Verordnung in diesen Bereichen. Ziel ist eine Umsetzung der EU-Richtlinie 2004/17/EG 1:1.

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 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 Ermächti-

gung 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 betreffen seit dem Jahre 2001 allerdings rund 34 bis 40 Prozent der Nachprüfungsverfahren. Die Einführung der Aufwendungsersatzregelung § 128 Absatz 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 Absatz 2, 162 Absatz 1 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 Billigkeitserwägungen entsprechend § 269 Absatz 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 Antragssteller 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 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 (Art. 7 lit. 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 Kommission⁸ 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. 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 Art. 84 Abs. 1 S. 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

⁸ ABl. EU Nr. L 16 vom 23.1.2004, S. 57

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 Parlamentes 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 und 18, 21 und 22 ist eine Folgeänderung zu § 100 Abs. 2 Buchstaben f), i), o) bis s), §§ 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 BMWi zu ermächtigen, eine Neubekanntmachung des GWB und der Vergabeverordnung vorzunehmen.

Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten.