

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 (GWB) übernommen.

**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:

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 Unterrichtungspflichten 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 Anforderungen 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 Rechtes, 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 Bauwerkes 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:

„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 verbundenem 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 Angebotes. 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 Satz 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 aufgrund Gesetzes gestattet istund 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 Vergabepflichten“ 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 Schadensersatzansprüchen und die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen insbesondere gegen §§ 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 aufgrund 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. § 101 a 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 verpflichtet. 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 2 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 finden 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 sind, 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, Abs. 2 und Abs. 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 Verwaltungsverfahrens 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 Verkehrseinrichtungen zum Zwecke der Versorgung von Beförderungsunternehmen im See- oder Binnenschiffverkehr;
- 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

Die §§ 6 Abs. 1 S. 2, 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 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 Wettbewerbsbeschränkungen 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.

**Entwurf der
Begründung
des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts**

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 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 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 Vergaberechtes 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.

¹ www.bmwi.de.

² ABI. EU Nr. L 134 S. 1 f.

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 verpflichtet bereits die öffentlichen Auftraggeber, bei der Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen oberhalb der EG-Auftragswerte die VOL, VOB und die 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. Verdingungsausschüssen 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 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 unter-schweligen 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 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 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 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 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 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 BGleG 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 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 Verdingungsausschüssen 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 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 Sozialgesetzbuch 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 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- oder 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. 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 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 EG-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 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 3.6.1999, 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. Bislang 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/EG 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 (§ 98 Nr. 6)

Die Änderung ist in Verbindung mit Nr. 3 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 Art. 1 Abs. 3 der RL 2004/17/EG und von Art. 1 Abs. 3 und 4 der RL 2004/18/EG nahe.

§ 99 Abs. 1 grenzt die Fälle aus, in denen nicht von einem öffentlichen Auftrag auszugehen ist. 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 EG-Vergaberichtlinien enthalten dazu keine ausdrückliche Regelung, vielmehr wird dies aus der Definition des öffentlichen Auftrags abgeleitet.

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 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 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).

³ EuGH Rs C-107/98.

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

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 (Absatz 3)

Die aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. Beschl. vom 13.06.2007, VII-Verg 2/07 (Ahlhorn); vom 12.12.2007, VII-Verg 30/07 (Wuppertal); vom 06.02.2008, VII-Verg 37/07 (Oer-Erkenschwick)) resultierenden rechtlichen Unklarheiten sollen durch eine Klarstellung des Bauauftragsbegriff 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

Klarstellung im Vergleich zu § 99 Abs. 1 GWB.

Buchstabe d (Absatz 6)

Die Änderung ist in Verbindung mit Nr. 2 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

⁵ C-340/04 Randnr. 63.

⁶ C-340/04, Randnr. 67 und 72.

Formulierung bleibt damit im Wesentlichen unverändert, so wie sie auch Artikel 1 Absatz 3 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 gewissen Zeitdauer ausgelegt ist. Grund für diese Klarstellung ist ebenfalls die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge (siehe Begründung zu Nr. 3 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 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 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 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) werden – neu – 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 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 Sektorauftraggeber 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 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 lit. 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 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

Buchstaben o bis s

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.

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 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 (Art. 28 Satz 2 RL 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 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 (Absatz 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 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. 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 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 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 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 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 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

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 (s. Gutachten). Durch die Aufhebung des § 106 Abs. 2 S. 2 werden daher künftig auch für die Vergabekammern der Länder die Anforderungen des § 105 Abs. 2 S. 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 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 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

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 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 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)

Die neu eingeführte Zwei-Wochenfrist dient der Beschleunigung

Zu Nummer 16 (§ 114)

Zu Buchstabe a)

Durch die Einfügung wird die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nach § 101 b 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 1,5 € 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

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 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

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.

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 Absatz 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 der 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. 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.

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 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 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 Absatz 1 für Sachverhalte, in denen streitig ist, ob eine Ausnahme nach § 100 Absatz 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 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 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 Buchstaben 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 EG-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 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 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 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 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.

⁸ ABI. EU Nr. L 16 vom 23.1.2004, 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 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 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 (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. Bedarfsträger zu berücksichtigen. Dies beinhaltet z.B. Vorschriften zur Risikoanalyse, zur Auswahl und zu den IT-Sicherheits-Anforderungen, 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 andererseits, 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.

Art. 4 Nr. 1 enthält in Konkretisierung der Aufgaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 BSIG eine entsprechende Aufgabenzuweisung, derartige Richtlinien zu entwickeln. Art. 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.