

**20.06.08****Empfehlungen  
der Ausschüsse**Wi - FJ - Fz - In - R - U - Wozu **Punkt ...** der 846. Sitzung des Bundesrates am 4. Juli 2008

---

## Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

**A**Der **federführende Wirtschaftsausschuss**,der **Ausschuss für Frauen und Jugend**,der **Finanzausschuss**,der **Ausschuss für Innere Angelegenheiten**,der **Rechtsausschuss** undder **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung**

empfehlen dem Bundesrat, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

In 1. Zum Gesetzentwurf allgemein

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

...

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

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

- FJ 2. Der Bundesrat bittet, das Gesetz im weiteren Gesetzgebungsverfahren in einer geschlechtergerechten Sprache zu verfassen.

Begründung:

Zu Ziffer 1:

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

Zu Ziffer 2:

Der Gesetzentwurf ist nicht in einer geschlechtergerechten Sprache verfasst.

Wi, Fz

3. Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 97 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Ergänzung des Gesetzentwurfs zur Modernisierung des Vergaberechts zu prüfen mit dem Ziel, eine gesetzliche Grundlage für die Einrichtung eines bundesweiten Registers

über "schwere Verfehlungen" von Bietern zu schaffen, auf deren Grundlage insbesondere ein Kriterienkatalog für die Beurteilung einer Verhaltensweise als "schwere Verfehlung", eine Verfahrensordnung für Eintragung und Löschung von Bietern in das Register nebst Benennung der zuständigen registerführenden Stelle auf Bundesebene, geeignete Mitteilungspflichten der Ermittlungsbehörden gegenüber der registerführenden Stelle und gegenüber der jeweils von der Verfehlung betroffenen Vergabestelle sowie Mitteilungs- oder Auskunftspflichten der registerführenden Stelle gegenüber öffentlichen Auftraggebern bundeseinheitlich geregelt werden können.

Begründung:

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

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

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

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

- betroffene Verhaltensweisen benennt und im Sinne eines "Verfehlungskatalogs" einheitliche Kriterien festlegt,
- das Verfahren für die Erfassung, Bereithaltung und ggf. spätere Löschung von "schweren Verfehlungen" in einem Register festlegt,
- eine registerführende Stelle auf Bundesebene benennt,

- Mitteilungspflichten der Ermittlungsbehörden gegenüber der registerführenden Stelle und gegenüber der jeweils von der Verfehlung betroffenen Vergabestelle, und
  - Mitteilungs- oder Auskunftspflichten der registerführenden Stelle gegenüber öffentlichen Auftraggebern
- regelt.

Fz, Wo  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 5

4. Zu Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a (§ 97 Abs. 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a ist § 97 Abs. 3 wie folgt zu fassen:

"(3) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besonders zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist."

Begründung:

Das Ziel des Gesetzentwurfs, die mittelstandsgerechte Ausgestaltung der Vergabeverfahren zu stärken, wird begrüßt, jedoch ist die gewählte Formulierung, die keine Ausnahmen zulässt, zu eng.

Der Begriff "vornehmlich" erscheint unter sprachlichem Gesichtspunkt irritierend, da gegenüber der derzeit noch gültigen Fassung die Wörter "durch Teilung der Aufträge..." entfallen sind. Besser verständlich wäre es daher, statt dessen das Wort "besonders" zu verwenden.

Nach der Formulierung des Gesetzentwurfs sind in jedem Fall ausnahmslos Teil- und Fachlose zu bilden. Dies ist nicht sachgerecht. Je nach Auftraggegenstand kann entweder die eine oder die andere Art der Losbildung sinnvoll sein oder auch eine Kombination von beiden. Auch gibt es Bereiche, in denen keine mittelständischen Unternehmen die benötigte Leistungen anbieten (z. B. bundesweiter Pakettransport). In anderen Fällen wäre eine Losbildung extrem ungünstig und würde zu völlig unwirtschaftlichen Ergebnissen führen (z. B. große IT-Projekte, deren Ziel gerade eine einheitliche Ausstattung und ein zentral gesteuerter Roll-out für die gesamte Landesverwaltung ist). Dasselbe gilt bei ÖPP-Projekten oder freiberuflichen Leistungen. Aus gutem Grund sieht die VOF daher (im Gegensatz zur VOB und VOL) bislang keine Regelungen zur losweisen Vergabe vor.

Die angesprochenen Probleme lassen sich auch nicht durch die in § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB-E eröffnete Möglichkeit lösen, wonach es im Ausnahmefall zugelassen wird, mehrere Fach- oder Teillose gemeinsam zu vergeben, da diese nach dem Wortlaut der Norm zunächst zu bilden sind. Es sollte zumindest eine Ergänzung im Sinne von "soweit wirtschaftlich vertretbar" aufgenommen oder die Formulierung in Anlehnung an § 5

VOL/A ("Eine unwirtschaftliche Zersplitterung ist zu vermeiden") aufgenommen werden. Die Gewährleistung des wirtschaftlichen Einkaufs muss oberstes Ziel des Vergaberechts bleiben.

Wi  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
4

5. Zu Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a (§ 97 Abs. 3 Satz 2 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe a ist § 97 Abs. 3 wie folgt zu ändern:

a) Satz 2 ist wie folgt zu fassen:

"Insbesondere sollen Aufträge, soweit wirtschaftliche oder technische Gründe nicht entgegenstehen, in Lose nach Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) vergeben werden, damit mittelständische Unternehmen sich bewerben können."

b) Satz 3 ist zu streichen.

Begründung:

Der Bundesrat unterstützt eine bessere Berücksichtigung von Mittelstandsaspekten.

Allerdings muss vermieden werden, dass die Regelung über das Ziel hinauschießt und unnötige bürokratische Pflichten auch für solche Fälle einführt, in denen für mittelständische Unternehmen ohnehin schon ein angemessener Zugang zum Vergabeverfahren möglich ist. Letzteres dürfte vor allem in Fällen mit Auftragswerten, die nicht allzu weit oberhalb der Schwellenwerte liegen, auch schon bisher oftmals der Fall sein. Eine Losteilung um der Losteilung willen wäre überzogen.

Wi, Wo  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 7

6. Zu Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe b (§ 97 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe b sind in § 97 Abs. 4 die Sätze 2 und 3 wie folgt zu fassen:

"Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen gestellt werden, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Die §§ 141 und 143 SGB IX bleiben unberührt."

Begründung:

In § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB-E bedarf es keiner beispielhaften Einzelaufzählung; zudem ist der Begriff "innovativ" so unpräzise, dass er sich für eine Erwähnung in einer gesetzlichen Regelung nicht eignet.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge dient der ökonomischen Deckung des Bedarfs an Gütern und Leistungen, welche die öffentlichen Hände zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Eine Berücksichtigung anderer Zielsetzungen im Vergabeverfahren ist abzulehnen. Denn eine solche Verknüpfung erzeugt vor allem Bürokratie, schränkt tendenziell den Wettbewerb ein, leistet willkürlichen Vergabeentscheidungen Vorschub und wirkt insgesamt einer ökonomischen Beschaffung entgegen.

Deshalb sollte insbesondere auch § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB-E entfallen, wonach auch andere oder weitergehende Anforderungen - also auch nicht leistungsbezogene - an den Auftragnehmer gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Ein bunter Flickenteppich aus solchen Sonderregeln erzeugt Bürokratie und erschwert für die Unternehmen der Wirtschaft, insbesondere für den Mittelstand, das Agieren auf dem innerdeutschen Markt für öffentliche Aufträge.

Die Einführung vergabefremder Aspekte wird häufig damit gerechtfertigt, dass die Mittelstandsförderungsklausel, die bereits im GWB festgeschrieben ist, auch ein vergabefremder Aspekt sei. Dem ist entgegenzusetzen, dass der Gesetzgeber mittelständische Interessen gerade nicht den vergabefremden Aspekten zurechnen wollte (vgl. Ziffer 5 der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 7. November 1997; BR-Drs. 646/97 (Beschluss)).

Die Mittelstandsförderung ist vielmehr als Wettbewerbsaspekt zu sehen, mit dem der Wettbewerb dauerhaft aufrecht erhalten und effektiviert wird. Es soll die Teilnahme möglichst vieler mittelständischer Unternehmen mit gleichen Chancen an einem Vergabeverfahren wie für Großunternehmen gewährleistet werden. Eine mittelstandsgerechte Vergabe knüpft daher nicht an außerökonomische, allgemeinpolitische Überzeugungen an. Durch die Förderung des Mittelstands wird letztlich die Anzahl der Wettbewerber erhöht.

An der bevorzugten Berücksichtigung von Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten bei der öffentlichen Auftragsvergabe soll mit der Streichung des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB-E nichts geändert werden. Im Übrigen soll § 97 Abs. 4 GWB-E jedoch abschließend sein.

7. Zu Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe b (§ 97 Abs. 4 Satz 2a - neu - GWB)

FJ  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
6

In Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe b ist in § 97 Abs. 4 nach Satz 2 folgender Satz einzufügen:

"Soziale Aspekte im Sinne von Satz 2 sind insbesondere anzunehmen, wenn der Bieter oder die Bieterin die Einhaltung europäischer Maßgaben bezüglich gleichstellungs- und beschäftigungspolitischer Ziele bei Angebotsunterbreitung nachweist."

Begründung:

Durch die Einfügung des neuen Satzes 2a in § 97 Abs. 4 GWB-E wird klar gestellt, dass auch gleichstellungspolitische Ziele soziale Aspekte im Sinne von Satz 2 sein können.

Solche Ziele sind weder vergabefremd, noch ist die durch eine solche Hinzufügung intendierte Verknüpfung von Maßnahmen der Chancengleichheit mit der Bewertung des Nutzens einer Beschaffung europarechtlich oder verfassungsrechtlich illegitim [EuGH, ders., (Contse) NZBau, 2006, 189; BVerfG, NJW 2007, 51; zu den Grenzen des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge siehe auch BVerfG, DÖV 2007, 251; Pietzcker, NVwZ 2007, 1226; Bitterich, NVwZ 2007, 891].

Durch entsprechende Einbeziehung sozialer, konkrete gleichstellungspolitische Kriterien enthaltende Aspekte in das Vergabewesen (hier insbes. § 97 Abs. 4 GWB-E) wird die dynamische Wechselwirkung zwischen Wirtschafts- sowie Beschäftigungs- und Sozialpolitik nicht systemwidrig gestört. Vielmehr würde eine entsprechende Würdigung den bestehenden Interdependenzen beider Rechtsgebiete gerecht. Auf diesem Wege würde ein wichtiger Beitrag zu messbareren, evaluierbareren Durchsetzungsetzungsstandards der Geschlechtergleichstellung erzielt (siehe dazu Mitteilung der Kommission KOM (2001) 566 endg., S. 12, 15, 17, 19 und 25; Baer/Laewalter, DÖV 2007, 195-200).

Die durch die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge erzeugten Systemspannungen lassen sich bei systemimmanenter, gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung und entsprechender Berücksichtigung des im Gemeinschaftsrecht geltenden Prinzips der Einheit der Rechtsordnung lösen.

So stehen sich die Blöcke Wirtschaftsrecht und Sozialpolitik keineswegs unvereinbar gegenüber, sondern es sind vielmehr die jeweiligen allgemeinen Rechtsgrundsätze im einen wie anderen Bereich zu beachten. Zu diesen Rechtsgrundsätzen gehören auch die Grundregeln zu Diskriminierung nebst zulässiger Ausnahmen und gebotener Zweck-Mittel-Prüfung (Verhältnismäßigkeit i. e. S.). Für beide Rechtsgebiete gilt mithin, dass der jeweils intendierte Diskriminierungsschutz sachwidrige Andersbehandlung verbietet, zugleich aber ausdrücklich in Grenzen Raum für ordnungs- und beschäftigungspolitische Maßnahmen zur Erreichung von den allgegenwärtigen Elementen des Gemeinschaftsrechts wie den Querschnittszielen (namentlich Chancen-

gleichheit bzw. Geschlechtergleichstellung und Nachhaltigkeit) belässt.

Diese europarechtlichen Maßgaben führen im deutschen Vergaberecht zur Neuordnung bisheriger Auswahl- und Zuschlagskriterien [siehe EuGH, Urteil vom 14. Januar 2008, Rs. C-532/06 (Lianakis AE u.a./Planitiki AE), NVwZ 2008, 400; ders., NZBau 2006, 193 Rdnr. 23 f. (ATI EAC e Viaggi di Maio)]. Ziel des (auslegungsimmanent im Rahmen des GWB zu berücksichtigenden) europäischen Vergaberechts ist die Beseitigung der innereuropäischen Hemmnisse für einen freien Dienstleistungs- und Warenverkehr (EuGH, NVwZ 2008, 400, 401). Auf diesem Wege werden die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer, die öffentlichen Auftraggebern eines anderen Mitgliedstaates Dienst- oder Werkleistungen anbieten möchten, geschützt (EuGH, Slg. 2000, I-8035 Rdnr. 16 (University of Cambridge)).

Die EU-Vorgaben und einschlägige Rechtsprechung des EuGH bewirkten damit zwar im deutschen Recht eine Abkehr von rein haushaltsrechtlichen Grundsätzen und Einführung eines zweistufigen (Wettbewerbs-)Verfahrens mit subjektiven Rechten von Unternehmen, die sich um öffentliche Aufträge bewerben, aber keine Abkehr von der Geltung des Egalitätsgrundsatzes mit dessen Ausnahmetatbeständen.

In ständiger Rechtsprechung verpflichtet der EuGH die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen solcher Vergabeverfahren, dafür Sorge zu tragen, dass keine Diskriminierung von Bietern stattfindet, das wirtschaftlichste Angebot (in der Regel wirtschaftlich günstigste, mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis) den Zuschlag erhält sowie Transparenz des Verfahrens nebst zugrundegelegter Auswahlkriterien und deren angemessener Bekanntmachung gewährleistet ist [EuGH, NVwZ 2008, 400; ders., EuZW 1990, 264 Rdnrn. 18 f., 21 (Beentjes); ders., Slg. 2001, I-7725 Rdnr. 34 (SIAC Construction); ders., Slg. 2001, I-77525 Rdnrn. 54 und 59 (Concordia Bus Finland)].

Für die Anwendung der Zuschlagskriterien und Ermittlung des "wirtschaftlich günstigsten Angebots" haben nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH solche Kriterien außer Betracht zu bleiben, die im Wesentlichen mit einer Beurteilung der fachlichen Eignung des Bieters zu tun haben, da vorrangig Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte im Vergabeverfahren den Ausschlag zu geben haben (EuGH, NVwZ 2008, 400, 401, Rdnr. 31 u. 36; ders., EuZW 2000, 248 Rdnr. 31 (Unitron Scandinavia)).

Dazu gehört nach gefestigter, insoweit über den Einzelfall hinaus verbindlicher Rechtsprechung, dass Zuschlagskriterien sowie Unterkriterien, Gewichtungskoeffizienten und ihre relative Bedeutung den potenziellen Bietern zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer Angebote bekannt sind (EuGH, NVwZ 2008, 400, 401; 2003, 844; 1997, 374 (Kommission/Belgien); ders., NZBau 2006, 193 (ATI EAC e Viaggi di Maio)). Zu den in diesem Kontext genannten und anerkannten Unterkriterien gehören u. a. die Berücksichtigungsfähigkeit der Einhaltung von europarechtlichen Vorschriften sowie die vorbildliche Erfüllung sozialpolitischer Maßgaben (Leitlinien von Lissabon und Göteborg) durch die Bieterinnen und Bieter.

Die scheinbar kollidierenden ordnungs- bzw. wettbewerbspolitischen Ziele auf der einen und beschäftigungs- und gleichheitspolitischen Ziele auf der anderen Seite lassen sich durch entsprechende Auslegung in Einklang bringen. So hat

der EuGH wiederholt bestätigt, dass solche sozialpolitischen Ziele als Zusatzkriterium berücksichtigt werden können (EuGH, 20.9.1998, Rs. C-31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635; ders., 26.9.2000, Rs. C-255/98 (KOM/Frankreich), Slg. 2000, I-7445). Aus der Entscheidung des EuGH zum europäischen Vergaberecht ist keine generelle Ablehnung von Präferenzregeln zu entnehmen (siehe dazu insbes. EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus Finland/Helsingin kaupunki), Slg. 2001, I-77525 Rdnrn. 54 und 59).

Vielmehr ist die Frage der Zulässigkeit der Koppelung öffentlicher Auftragsvergabe an Maßnahmen der Gleichstellung der Geschlechter und Erhöhung der Chancengleichheit europarechtlich aus dem richterrechtlich begründeten Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Sonderförderbedarf von unterrepräsentierten Geschlechtern aus Artikel 141 EGV heraus begründbar. Bei Artikel 141 EGV handelt es sich um ein Gemeinschaftsgrundrecht, welches auch horizontal, also im reinen Privatrechtsverkehr Rechte der einzelnen Person begründet (EuGH, Rs. C-117/76 (Ruckdeschel/HZA HH) Slg. 1977, 1753; ders., Rs. C-149/77 (Defrenne III/Sabena), Slg. 1978, 1365; Lenz/Coen, Artikel 141 EGV, Rdnrn. 3, 63, 4. Aufl., 2006, m.w.N. zur Rechtsprechung des EuGH zu positiven Maßnahmen und Frauenförderbedarf im Privatrecht). Der Gesetzgeber ist mithin zur Berücksichtigung verpflichtet.

Auf die gefestigte Diskriminierungsrechtsprechung des EuGH zum Diskriminierungsschutz im Gemeinschaftsrecht und der Zulässigkeit von positiven Maßnahmen wird hiermit Bezug genommen (siehe dazu Lenz/Coen, Art. 141 Rdnrn. 46, 63 zur Zulässigkeit spezifischer Fördermaßnahmen von Frauen, dem Bedarf von Nachteilsausgleich und der Verpflichtung staatlicher Stellen hierzu; so insbes. EuGH, 19.3.2000, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891. Rdnrn. 31, 37 ff.).

Nur wenn die Bieter anhand dieser ihnen im Vorfeld offenbarten Unterlagen und Kriterien in die Lage versetzt sind, bei der Vorbereitung ihrer Angebote die Kriterien angemessen zu berücksichtigen, da ihnen deren Existenz und Tragweite bekannt war, ist dem Transparenzgrundsatz genügt (EuGH, NVwZ 2008, 400, 401; ders., Slg. 2002, I-7213 (Concordia Bus Finland); ders., NZBau, 2006, 193 Rdnr. 23).

Wenn bei Gestaltung der Vergabemodalitäten der Auftraggeber oder die Auftraggeberin sich an eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen wendet und mittels angemessener Bekanntmachung (Tageszeitung, aml. Bekanntmachungsblätter, Fachzeitschriften) diese auffordert, Angebote einzureichen, findet hinreichender Wettbewerb statt.

Die Berücksichtigung von besonderen Kriterien, wie sie durch die Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB vorgesehen werden, ist mithin gesetzgebungstechnisch geboten.

Die Regelung entspricht einer europarechtskonformen Auslegung bzw. legislativen Anpassung deutschen Rechts unter Beachtung der EuGH-Rechtsprechung zum Wirtschaftsrecht der EU und entsprechende Würdigung der Querschnittsziele Gender Mainstreaming und Gleichstellung der Geschlechter; zum Streitstand der kartellrechtlichen Schranken und inhaltlichen Konkretisierung vergabefremder Kriterien, siehe dazu auch Pietzcker, NVwZ 2007, 1225, 1226; Bechtold/Otting, GWB, 4. Aufl., 2006,

§ 97 Rdnrn. 25-27; auch die Stellungnahmen von: Baer/Lewalter, Genderkompetenzzentrum Berlin, 2007, S. 2; DGB, 2008, S. 4; Wagner - DJB, 2002, S. 3 und 16.07.2007, S. 2; Raiser - Deutscher Frauenrat, 2008, S. 3; Schmidt - Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., 2008, S. 4 sowie BT-DRs. 16/6786 vom 24.10.2007, S. 1 f.

In 8. Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 99 GWB)

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

Begründung:

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

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

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

Wi 9. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a (§ 99 Abs. 1 Satz 1 GWB)

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

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

Als Folge sind

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

Begründung:

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

In 10. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe a (§ 99 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 - neu - GWB)

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

- a) In Satz 2 sind nach dem Wort "erbringen" die Wörter "oder erledigen" einzufügen.
- b) Nach Satz 2 ist folgender Satz anzufügen:

"Die in Satz 2 genannten juristischen Personen können auch in privater Rechtsform organisiert sein."

Begründung:

Die Einfügung in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E soll sicherstellen, dass der öffentliche Auftraggeber in seiner Entscheidung wirklich frei ist, wie er die Erledigung seiner Aufgaben organisiert. Mit dieser Formulierung ist nicht nur

eine delegierende Aufgabenübertragung, sondern auch eine mandatierende Aufgabenerledigung eines öffentlichen Auftraggebers auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber möglich. Im Interesse der interkommunalen Zusammenarbeit wird damit zudem klargestellt, dass künftig auch eine mandatierende Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband durch ein Mitglied möglich sein wird.

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

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

Wi 11. Zu Artikel 1 Nr. 4 Buchstabe g - neu - (§ 99 Abs. 9 - neu - GWB)

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

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

'(9) Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn

- es sich um eine Zusammenarbeit zwischen kommunalen Stellen handelt,
- die Aufgaben, die diesen kommunalen Stellen zur Erfüllung übertragen wurden, entweder als Angelegenheit einer verwaltungstechnischen Umstrukturierung anzusehen sind oder wenn die Aufsichtsrechte der betreffenden kommunalen Stellen jenen ähnlich sind, die sie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, und
- die Tätigkeiten im Wesentlichen für die betreffenden kommunalen Stellen erbracht werden.' "

Begründung:

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

Hiermit soll zum einen erreicht werden, dass interkommunale Kooperationen rechtssicherer werden, und zum anderen klargestellt werden, dass das

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

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

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

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

Wi 12. Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 100 Abs. 2 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren

- zu prüfen, ob die umfangreichen Ausnahmen in § 100 Abs. 2 GWB-E, die sich nur mit Aufträgen der Sektorauftraggeber beschäftigen, in eine speziell für die Sektorauftraggeber geschaffene Regelung verlagert werden kann sowie

Wi 13. - klarzustellen, dass die Erstellung der Verfahrensvorschriften für die Sektorauftraggeber im bestehenden System, also unter Mitwirkung der Wirtschaftsteilnehmer wie in den bestehenden Verdingungsausschüssen und unter Beteiligung aller Länder erfolgen wird.

Begründung:

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

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

Wi, Wo 14. Zu Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe c (§ 101 Abs. 6 GWB)

Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe c ist zu streichen.

Begründung:

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

Inhaltlich bestehen gegen die Zulassung der in der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nur fakultativ eingeführten elektronischen Auktion und dynamischen Beschaffung wegen ihres den Mittelstand beeinträchtigenden Effekts und der Erschwerung einer wirtschaftlichen Vergabe zu Gunsten eines gegebenenfalls ruinösen Preiswettbewerbs nach unten erhebliche Bedenken. Ein solcher Preiswettbewerb geht zulasten der Qualität und längerfristig zulasten der Anbieterstruktur. Die geplante Regelung widerspricht insbesondere auch der Begründung zu § 97 Abs. 3 GWB-E, in der erwähnt wird, dass mittelständische Interessen auch durch die Zunahme elektronischer Beschaffungssysteme beeinträchtigt werden können. Deshalb sollte es hier beim Prinzip der Beschränkung auf eine 1:1-Umsetzung der EU-Richtlinien bleiben.

Wi  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 16 15. Zu Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d (§ 101 Abs. 7 Satz 2 GWB)

Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d ist zu streichen.

Begründung:

§ 101 Abs. 6 Satz 2 GWB soll nicht geändert werden. Mit dem geplanten Wegfall der bisherigen Bezugnahme auf § 98 Nr. 4 GWB würde bei

denjenigen Sektorenauftraggebern, die der öffentlichen Hand zuzurechnen sind, der Vorrang des offenen Verfahrens wegfallen. Dies stünde im Widerspruch dazu, dass in § 101 Abs. 6 Satz 1 GWB für die klassischen öffentlichen Auftraggeber am Vorrang des offenen Verfahrens ausdrücklich festgehalten werden soll, weil laut Gesetzesbegründung das Ziel einer wirtschaftlicheren Beschaffung damit besser erreicht werden kann.

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

FJ  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
15

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

Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d ist wie folgt zu fassen:

"d) Der bisherige Absatz 6 wird Absatz 7. Seine Sätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:

'Öffentliche Auftraggeber können bei der Vergabe das offene oder nicht offene Verfahren wählen. Auftraggebern stehen ... < weiter wie Gesetzentwurf Artikel 1 Nr. 6 Buchstabe d > ' "

Begründung:

Der Gesetzentwurf wird mit der Anpassung an EU-Recht und der Modernisierung und Vereinfachung des Vergaberechts begründet. Die Regelung, wonach die öffentlichen Auftraggeber das offene Verfahren anzuwenden haben, geht aber über die Vorgaben des EU-Rechts hinaus.

Als Begründung dafür wird ausgeführt, dass so das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung besser erreicht werden kann, ohne dies jedoch näher auszuführen.

Die Verpflichtung zur Anwendung des offenen Verfahrens steht im Widerspruch zu dem Ziel des Gesetzes, der Vereinfachung des Vergaberechts, da sie zu einem Mehr an bürokratischem Aufwand und bezogen auf die Neuregelung der Informations- und Wartepflichten zu höheren Verwaltungskosten führt.

Wi

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

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

Begründung:

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

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

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

In § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB-E soll die Stellung des Bieters im Vergabeverfahren als Prüfungsvoraussetzung für den Gestattungsantrag eingeführt werden. Wenn dies der Bieter jedoch nicht mit der Vorinformation nach § 101a GWB-E, sondern erstmalig durch die Prüfung der Vergabekammer im Gestattungsverfahren erfährt, verstößt dies zum einen gegen den Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung, zum anderen treibt es einen Bieter ohne Not ins Nachprüfungsverfahren und verlängert damit das Vergabeverfahren. Für das nicht berücksichtigte unterlegene Unternehmen bedeutet dies zudem unnötige Verfahrenskosten.

Fz  
bei  
Annahme  
entfällt  
Ziffer 19

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

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

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

Begründung:

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

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

Die Vergabeverfahren und insbesondere die Vergabeverfahren, die dem EU-Vergaberegime unterfallen, sind formal sehr aufwändig und mit den

vorgegebenen Fristen (z. B. für Bekanntmachung und Angebot) sehr langwierig. Auf die von der EU geschaffene Möglichkeit einer gewissen Verkürzung und damit Beschleunigung des Vergabeverfahrens sollte nicht ohne Not verzichtet werden. Diese Verkürzung der Informationsfrist greift ohnehin nur bei der Nutzung der modernen und schnellen Übertragungswege wie Fax und elektronische Nachricht.

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

Wi, In, Wo 19. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101a Abs. 1 Satz 3 GWB)

entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
18

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

"Ein Vertrag darf nicht vor Ablauf einer Frist von zehn Kalendertagen nach Absendung der Information nach Satz 1 und 2 geschlossen werden, wenn die Information mit Telefax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird; bei Absendung mittels anderer Kommunikationsmittel beträgt die Frist 15 Kalendertage."

Begründung:

Mit § 101a Abs. 1 GWB-E wird im Wesentlichen der geltende § 13 VgV (Vorabinformation der nicht berücksichtigten Bieter) übernommen und gleichzeitig durch Verlängerung der Stillhaltefrist von 14 auf 15 Kalendertage der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 (Rechtsmittel-Richtlinie) Rechnung getragen.

Die Rechtsmittel-Richtlinie sieht allerdings eine kürzere Frist für den Fall der Übersendung der Vorabinformation mit Telefax oder auf elektronischem Weg vor, die als normale Übersendungsarten betrachtet werden.

Um dem Grundsatz einer Umsetzung von Richtlinienvorgaben im Verhältnis 1 : 1 gerecht zu werden und unnötige Verschärfung zu vermeiden, ist bei der Einführung des § 101a GWB-E die europarechtlich zulässige kürzere Frist vorzusehen. Die Ergänzung dient auch zur Beschleunigung von Vergabeverfahren.

R 20. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101a Abs. 2 GWB)

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

Begründung:

§ 101a Abs. 2 GWB-E beseitigt in den von der Vorschrift erfassten Fällen den Rechtsschutz für die Bieter, welche den Zuschlag nicht erhalten sollen. Sie werden von der geplanten Zuschlagserteilung nicht informiert, so dass ohne ihr Wissen der Zuschlag an einen Konkurrenten erfolgen kann und für sie die Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens entfällt. Die vorgesehene Regelung ist mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nur schwer zu vereinbaren. Eine Notwendigkeit für die Regelung in dieser Form besteht nicht. Auch in den seltenen Fällen, in denen die Bestimmung zur Anwendung kommen könnte, kann vom Auftraggeber verlangt werden, die betroffenen Bieter zu informieren. Allerdings sollte der Auftraggeber bei besonderer Dringlichkeit der Vergabe von der Wartepflicht befreit werden. Wenn die Informationspflicht bestehen bleibt, erhält der Bieter immerhin die Chance, im Nachprüfungsverfahren einen Zuschlag zu verhindern.

- Wi 21. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101b Überschrift; Abs. 1 Satz 1, Satz 2 - neu -;  
Abs. 3 - neu - GWB)

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

- a) Die Überschrift ist wie folgt zu fassen:

"Rechtsfolgen von Verstößen"

- b) Absatz 1 ist wie folgt zu ändern:

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

- bb) Nach Satz 1 ist folgender Satz anzufügen:

"Die Unwirksamkeit des Vertrags aus anderen Gründen bleibt unberührt."

- Wi 22. c) Nach Absatz 2 ist folgender Absatz anzufügen:

"(3) Stellt der Europäische Gerichtshof fest, dass durch eine Auftragsvergabe gegen die Gemeinschaftsvorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge verstoßen wurde, kann der entsprechende Vertrag von der Vergabestelle aus wichtigem Grund gekündigt werden.

- Wi 23. § 314 Abs. 4 und § 649 Satz 2 BGB gelten entsprechend. Bei einem zeitlich unbefristeten Vertrag beschränkt sich die Ersatzpflicht auf die Zeit bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin. Bei einem zeitlich befristeten

Vertrag beschränkt sich die Ersatzpflicht auf fünf Jahre, höchstens jedoch auf die Hälfte der Restlaufzeit des Vertrags."

Begründung:

Zu Buchstabe a:

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

Zu Buchstabe b:

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

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

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

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

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

Zu Buchstabe c:

Mit dem vorgeschlagenen § 101b Abs. 3 GWB-E soll ein Sonderkündigungsrecht für Verträge eingeführt werden, bei denen der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen Verstoß gegen das EU-Vergaberecht festgestellt hat. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt der dem deutschen Recht innewohnende Grundsatz "pacta sunt servanda" im europäischen Vergaberecht nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007, Rs. C-503/04). Darüber hinaus hat der EuGH

festgestellt, dass das Fehlen einer gesetzlich geregelten Kündigungsmöglichkeit für Verträge, die unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht zustande gekommen sind, für den Mitgliedstaat, der sich auf seine interne Rechtsordnung beruft, keinen Grund darstellt, die Nichteinhaltung der aus dem Gemeinschaftsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen (vgl. EuGH, a.a.O., Rdnr. 38 unter Verweis auf weitere EuGH-Entscheidungen).

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

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

Wi 24. Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 101b Abs. 2 GWB)

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

Begründung:

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

Der europäische wie der deutsche Normengeber haben jedoch den bereits in der Vergabep Praxis diskutierten Aspekt der mutwilligen Herbeiführung des für den Auftraggeber vergabe- und schadensersatzrechtlich folgenfreien Fristablaufs nicht geregelt. Ein unter Verletzung der Ausschreibungspflicht und damit unwirksam geschlossener Vertrag kommt regelmäßig ohne Kenntnis der an der Auftragserteilung interessierten Wettbewerber zustande. Solange sich jedenfalls der Auftraggeber bedeckt hält und den Beginn der Leistungserbringung erst nach Ablauf der Sechsmonatsfrist setzt, haben betroffene Mitbewerber in

der Regel keine Möglichkeit, von dem vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrag Kenntnis zu erhalten und die Unwirksamkeit des vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrags feststellen zu lassen. Dies wiederum führt in der Folge zu einer Beschneidung auch des Sekundärrechtsschutzes.

Wi 25. Zu Artikel 1 Nr. 8 und 9 (§§ 102 und 103 GWG)

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

Folgeänderungen:

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

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

Begründung:

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

Wi

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

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

Begründung:

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

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

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

Wi, Fz, Wo 27. Zu Artikel 1 Nr. 11 (§ 106 Abs. 2 Satz 2 GWB)

Artikel 1 Nr. 11 ist zu streichen.

Begründung:

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

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

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

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

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

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

Wi 28. Zu Artikel 1 Nr. 12 (§ 106a Abs. 3 Satz 2 - neu - GWB)

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

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

Begründung:

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

Wi 29. Zu Artikel 1 Nr. 13 (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 3 GWB)

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

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

Wi, R 30. b) In Nummer 3 sind die Wörter "unverzüglich nach Erhalt," sowie das Wort "aber" zu streichen.

Begründung:

Zu Buchstabe a:

Der Begriff der Unverzüglichkeit hat durch die Spruchpraxis der Oberlandesgerichte unterschiedliche Auslegungen erfahren. Das OLG Koblenz geht im Regelfall von einer kurzen Frist von ein bis drei Tagen aus. Andere

Spruchkörper sehen auch eine Regelfrist von einer Woche als ausreichend an. Die Obergrenze liegt bei zwei Wochen. Um unterschiedliche Einzelfallinterpretationen zu vermeiden, ist eine eindeutige Vorgabe sinnvoll.

Zu Buchstabe b:

[Wi] [Die Verpflichtung, alle in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstöße unverzüglich nach Erhalt der Unterlagen zu rügen zwingt die Bieter zu präventiven Rügen, um ihre Rechtsposition zu wahren. Betroffen wären hiervon insbesondere mittelständische Unternehmen. Mehr Rechtssicherheit für die Auftraggeber wird durch diese Regelung nicht erreicht. Eine Rügepflicht innerhalb der Angebotsfrist ist ausreichend.]

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

In 31. Zu Artikel 1 Nr. 14 (§ 110 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB)

In Artikel 1 Nr. 14 sind in § 110 Abs. 1 die Sätze 2 und 3 zu streichen.

Begründung:

Mit der neu gewählten Formulierung in § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB-E: "Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss.", wird das bisherige Prinzip der Amtsermittlung entscheidend zu Lasten der Unternehmen eingeschränkt. § 110 Abs. 1 Satz 3 GWB-E entbindet die Vergabekammer nunmehr ausdrücklich von einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle.

Wird eine umfassende Amtsermittlung in das Belieben der jeweiligen Vergabekammer gestellt, ist eine uneinheitliche Handhabung und Zersplitterung in der Spruchpraxis der über 30 Vergabekammern von Bund und Ländern denkbar, was zu einer unterschiedlichen Intensität der Gewährung effektiven Rechtsschutzes führen kann. Ziel des Gesetzes ist es aber gerade, eine einheitliche Basis auf bundesrechtlicher Grundlage zu schaffen. Demgemäß bestimmt § 132 GWB-E., dass Abweichungen von den in den §§ 107 bis 115 GWB-E enthaltenen Vorschriften des Verfahrens durch Landesrecht ausgeschlossen sind. Mit dem nunmehr in das Belieben jeder Vergabekammer gestellten Umfangs der Amtsermittlung sind aber gerade länder- oder sogar vergabekammerspezifische Abweichungen in der Aus-

führung und Handhabung dieser eigentlich bundeseinheitlichen Vorgabe vorprogrammiert.

Gerade in den Vergabeverfahren nach VOL/A und VOF ist im Übrigen der Erkenntnishorizont der Bieter mangels öffentlichen Submissionstermins sehr gering. Auch die Vorinformation nach § 101a GWB-E vermittelt nur den Grund der eigenen Nichtberücksichtigung und den Namen des vorgesehenen Zuschlagsbieters

Ohne eine umfassende Amtsermittlung der Vergabekammer innerhalb der knappen zur Verfügung gestellten Zeit würden insbesondere gravierende Mängel des Vergabeverfahrens, die eine Zuschlagserteilung an jedweden Bieter auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung (Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 26. September 2006, Az. X ZB 14/06) verbieten würden, unbehandelt bleiben. Damit ginge aber der Anspruch des Bieters, dass u. a. auch Entscheidungen des Auftraggebers darüber, ob ein Auftrag in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG fällt, wirksam und rasch nachgeprüft werden können (Erwägungsgrund 2 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG), ins Leere.

Das Gleiche gilt auch hinsichtlich der Vorgabe von Artikel 2 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe b der Rechtsmittelrichtlinie, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass für die Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen einschließlich der Streichung diskriminierender, technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen und (insbesondere) in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann.

Wi 32. Zu Artikel 1 Nr. 14 (§ 110 Abs. 2 Satz 2 GWB)

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

Begründung:

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

machen. Dies erhöht unnötig den Verwaltungsaufwand und verhindert nicht den Eintritt des Suspensiveffekts gemäß § 115 Abs. 1 GWB-E. Denn im Zweifel wird die Vergabekammer zur Sicherstellung des Rechtsschutzes den Antrag dem Auftraggeber zustellen und damit das Vergabeverfahren aussetzen.

Wi 33. Zu Artikel 1 Nr. 15 (§ 113 Abs. 1 Satz 3 GWB)

Artikel 1 Nr. 15 ist zu streichen.

Begründung:

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

Diese Regelung dient bereits der Beschleunigung des Verfahrens. Besondere Schwierigkeiten im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB, die eine Verlängerung der Entscheidungsfrist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB erforderlich machen, liegen oft in der Person der Verfahrensbeteiligten begründet, da diese regelmäßig Anträge zur Verlängerung von Fristen zur Abgabe einer Stellungnahme oder Anträge auf Verschiebung des Termins zur mündlichen Verhandlung stellen. Es handelt sich demnach um Ursachen, auf welche die Vergabekammer keinen Einfluss hat.

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

Wi bei Annahme entfällt Ziffer 35 34. Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa (§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB) Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

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

Begründung:

Die in § 115 Abs. 2 Satz 1 und § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB-E vorgesehene Möglichkeit eines Eilantrags durch den Beigeladenen (also durch den Bieter, der den Zuschlag nach derzeitigem Stand des Vergabeverfahrens nach

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

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

R  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
34

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

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, ob es sachgerecht ist, dem Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, ein Antragsrecht auf Vorabentscheidung über den Zuschlag einzuräumen (§ 121 Abs. 1 Satz 1 und § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB-E).

Begründung:

Zwar machen Auftraggeber von der ihnen nach der bisherigen Rechtslage eingeräumten vergleichbaren Möglichkeit, eine Vorabentscheidung über den Zuschlag herbeizuführen, nur selten Gebrauch. Die Gründe dürften darin liegen, dass ein möglicher Zeitgewinn sich durch Anträge an das Beschwerdegericht nach § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB bzw. ein Aussetzen des Beschwerdeverfahrens nach § 121 Abs. 2 Satz 3 GWB durchaus in einen Zeitverlust verwandeln kann und der Auftraggeber außerdem das Risiko des § 122 GWB trägt, dass nämlich eine vorläufige Entscheidung zu seinen Ungunsten seine endgültige Niederlage im Nachprüfungsverfahren zur Folge hat.

Bieter tragen dieses Risiko nicht. Für sie spielt auch der Zeitfaktor, wenn überhaupt, eine wesentlich geringere Rolle als für den Auftraggeber. Deshalb

ist nicht auszuschließen, dass die für die Auftragsausführung vorgesehenen Unternehmen das Antragsrecht extensiv nutzen könnten, womit die Vergabeverfahren insgesamt eher behindert als gefördert werden.

In 36. Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb (§ 115 Abs. 2 Satz 3 und 4 GWB)

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

"bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

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

Begründung:

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

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

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

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

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

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

Deshalb muss auch § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB-E entfallen, der die Möglichkeit eröffnen würde, die in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ansonsten immer in die Betrachtung einzustellenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache - unter Beachtung der rein wirtschaftlichen Erwägungen im neuen Satz 3 zu Lasten des Bieters - außen vor zu lassen, obwohl der Nachprüfungsantrag voraussichtlich Erfolg hätte. Mit der Einführung von § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB-E (Berücksichtigung der Aussichten auf Auftragserhalt) wird schon ein hinreichendes, neues Korrektiv geschaffen, Gestattungsanträge immer schon dann positiv zu bescheiden, wenn der Antragsteller keine oder nur sehr geringe Chancen auf den Zuschlag hat.

- R 37. Zu Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb (§ 115 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB), Nr. 18 Buchstabe b (§ 118 Abs. 2 Satz 2, 3 GWB), Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 2, 3 GWB)

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

Begründung:

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

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

Wi

Artikel 1 Nr. 17 Buchstabe d ist zu streichen.

Begründung:

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

Wi 39. Zu Artikel 1 Nr. 17a - \*neu - (§ 115a - neu - GWB)

In Artikel 1 ist nach Nummer 17 folgende Nummer einzufügen:

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

**'§ 115a****Ausschluss von abweichendem Landesrecht**

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

Als Folge ist

Artikel 1 Nr. 27 zu streichen.

Begründung:

Die bisherige Formulierung und der Regelungsstandort in § 132 GWB-E ließen den - nicht zutreffenden - Schluss zu, dass in den anderen Fällen, in denen das GWB Regeln zum Verwaltungsverfahren enthält, die Länder durch eigene Landesregelungen davon abweichen dürfen. Dies ist jedoch nicht gewollt. Die Regelung muss daher in den 2. Teilabschnitt des 2. Abschnitts überführt werden. Der nunmehr vorgeschlagene Wortlaut bringt das Gewollte klarer zum Ausdruck.

---

\* Ist bei Annahme von Ziffer 39 und 40 redaktionell anzupassen.

40. Zu Artikel 1 Nr. 17a - \* neu - (§ 116 Abs. 1 Satz 1 GWB)

Wi

In Artikel 1 ist nach Nummer 17 folgende Nummer einzufügen:

"17a. § 116 Abs. 1 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

'Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist ausschließlich die sofortige Beschwerde zulässig.' "

Begründung:

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

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

Für die Beteiligten öffentlichen Auftraggeber und Bieter ist eine solche Rechtswegzersplitterung mit den damit verbundenen extrem negativen Folgen unzumutbar. Sie führt u. a. zu teilweise sich widersprechenden Ergebnissen, und kann damit letztlich auch zu sich widersprechenden, aber dennoch vollstreckbaren Titeln führen, was unbedingt zu vermeiden ist. Darüber hinaus entstehen untragbare lange Verfahrensdauern. Dabei dürfte die Effektivität der Vergabekammern wegen der gesetzlich normierten 5-Wochen-Frist unbestritten sein, jedenfalls ist die Sozial- und sonstige Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht in der Lage, auch nur vergleichbar effektiv zu Ergebnissen zu kommen.

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

---

\* Ist bei Annahme von Ziffer 39 und 40 redaktionell anzupassen.

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

Wi, R

Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe a ist zu streichen.

Begründung:

[Wi]

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

{R}

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

In 42. Zu Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe b (§ 118 Abs. 2 Satz 3 GWB)

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

Begründung:

Zu § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB-E gilt die Begründung zu § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E (Ziffer 5) entsprechend.

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

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

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

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

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

Soweit sich die amtliche Begründung (zur Parallelregelung in § 115 Abs. 3 GWB) auf die neuere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juni 2006 (Az.: 1 BvR 1160/03, NJW 2006, 3701) beruft, ist zu recht einzustellen, dass das Bundesverfassungsgericht die Anwendbarkeit des Artikel 19 Abs. 4 GG für die zivilrechtlich geprägte Beschaffung der öffentlichen Hand abgelehnt hat. Insbesondere für Vergaben ab der EU-Schwellenwerte hat es aber (Rdnr. 54) die Anwendbarkeit des allgemeinen

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

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

In 43. Zu Artikel 1 Nr. 20 (§ 121 Abs. 1 Satz 3 GWB)

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

Begründung:

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

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

Zuschlagsgestattung durch das OLG mehr gibt und das Hauptsacheverfahren bei Zuschlagsgestattung nahezu bedeutungslos wird.

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

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

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

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

Gesetzes endet, weil organisatorisch die Zehn-Tagesfrist des § 121 GWB nicht eingehalten werden kann.

Wi  
bei An-  
nahme  
entfällt  
Ziffer 45

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

Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe a ist wie folgt zu fassen:

"a) In Absatz 1 Satz 2 werden nach dem Wort 'Verwaltungskostengesetz' die Wörter 'mit Ausnahme des § 8' eingefügt."

Begründung:

Die Ausnahme von der Gebührenbefreiung soll zur besseren Einhaltung der Vergabevorschriften anhalten. Die Verfahren vor der Vergabekammer sind zum Teil sehr aufwändig. Es ist daher nicht mehr gerechtfertigt, eine pauschale Befreiung von der Zahlung der Gebühren für den Bund, die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände vorzusehen, wenn diese öffentlichen Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterliegen.

Die in § 128 Abs. 2 GWB-E vorgesehene Gebührenerhöhung wird gestrichen. Eine Verdoppelung der Mindest- und Höchstgebühren steht im Widerspruch zur Zielsetzung des Gesetzes, das Vergaberecht mittelstandsfreundlicher zu gestalten. Eine höhere Mindestgebühr hätte zur Folge, dass viele Bieter von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens abgehalten würden. Betroffen wären insbesondere mittelständische Unternehmen, die nur auf Grund des Kostenrisikos auf die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verzichten würden. Dies gilt vor allem für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Es kann jedoch nicht Zielsetzung des Gesetzes sein, Bieter davor abzuschrecken, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Aus diesem Grund sollten die Mindest- und Höchstgebühren unverändert bleiben.

In, Wo  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
44

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

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

Begründung:

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

Insbesondere die durchaus hohe Rücknahmequote der Nachprüfungsanträge vor den Vergabekammern (vgl. Einzelbegründung zu Artikel 1 Nr. 23

Buchstabe c, rund 34 bis 40 Prozent seit dem Jahr 2001) war sicherlich auch dadurch bedingt, dass bei einer Halbierung der bisherigen Mindestgebühr im Falle der Rücknahme des Nachprüfungsantrags (§ 128 Abs. 3 Satz 3 GWB) ein Kostenvolumen von lediglich 1 250 Euro insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen keine abschreckende Wirkung entfaltet hat.

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

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

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

Wi 46. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb - neu - (§ 128 Abs. 3 Satz 4a -neu - GWB)

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

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

'Die Entscheidung, wer die Kosten zu tragen hat, erfolgt nach billigem Ermessen.' "

Begründung:

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

Fz

47. Zu Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB)\*

In Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c ist § 128 Abs. 4 Satz 2 zu streichen.

Begründung:

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

Wi  
bei An-  
nahme  
entfällt  
Ziffer 49

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

In Artikel 1 Nr. 23 Buchstabe c ist § 128 Abs. 4 Satz 3 zu streichen.

Begründung:

Die Regelung, dass der Antragsteller dem Auftraggeber die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten bei Rücknahme des Nachprüfungsantrags zu erstatten hat, ist in verfahrensökonomischer Hinsicht kritisch zu sehen und steht dem das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren prägenden Beschleunigungsgrundsatz des § 113 GWB entgegen. In der Praxis wird diese Regelung dazu führen, dass kaum noch Antragsteller einen Nachprüfungsantrag zurücknehmen, was bislang durchaus häufig der Fall war. Nach veröffentlichten Jahresstatistiken zu den Nachprüfungsverfahren der Vergabekammern erledigten sich bundesweit z. B. 2007 38,70 %, 2006 40,71 %, 2005 39,99 %, 2004 39,85 % aller Nachprüfungsverfahren durch Antragsrücknahme.

Die neue Regelung wird unweigerlich zu einer entsprechenden Zunahme der durch Hauptsachebeschluss abzuschließenden Verfahren führen. Wenn der Antragsteller im Falle der Antragsrücknahme neben der von der Vergabekammer ohnehin festgesetzten Gebühr und den eigenen Anwaltskosten zusätzlich auch noch die Anwaltskosten des Auftraggebers tragen muss, hat er keinerlei wirtschaftliches Interesse mehr daran, einen nach Auffassung und entsprechendem verfahrensbegleitenden Hinweis der Vergabekammer aussichtslosen Antrag zurückzunehmen.

Eine derartige unnötige und vermeidbare Steigerung der durch Hauptsachebeschluss abzuschließenden Verfahren um bis zu 40 % wird zumindest bei mehreren Vergabekammern der Länder mittelfristig zu einem erhöhten Personalbedarf und damit zu erhöhten Kosten führen. Die Neuregelung ist daher abzulehnen.

---

\* Zusammenhang mit Ziffer 49.

Fz  
entfällt bei  
Annahme  
von Ziffer  
48

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

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

Wi

50. Zu Artikel 2 (§ 5 VgV)

In Artikel 2 ist nach der Angabe "§§" die Zahl "5," einzufügen.

Begründung:

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

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

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

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

---

\* Begründung siehe Ziffer 47.

**B**

51. Der **Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit**

empfiehlt dem Bundesrat, gegen den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes keine Einwendungen zu erheben.