

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

- Drucksache 16/10117 -

Stellungnahme von

*Dr. Angela Dageförde, Prof. Versteyl Rechtsanwälte
Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Lehrbeauftragte der Universität Hannover*

Allgemeines / Vorbemerkungen

Die Bundesregierung führt in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf aus, die Korrektur des Vergaberechts erscheine notwendig, da insbesondere Kritik an der Unübersichtlichkeit und Komplexität der materiellen Vergabevorschriften bestehe. Die neue Bundesregierung habe entsprechend der Vereinbarung im Koalitionsvertrag eine Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts „im bestehenden Rechtssystem“ beschlossen und Leitlinien für das künftige Vergaberecht vorgesehen. Diese Leitlinien würden nunmehr durch den vorgelegten Gesetzentwurf umgesetzt. Die Vereinfachung der Verfahrensvorschriften solle anschließend in den Verdingungsordnungen erfolgen. Die Bundesregierung erwarte von den Verdingungsausschüssen, dass diese das bestehende Vereinfachungspotential nutzen.

Als Ziele des Gesetzes werden definiert:

- Vereinfachung des Vergaberechts.
- Transparente und mittelstandsfreundliche Ausgestaltung des Vergaberechts.
- Verzicht auf überflüssige Vorschriften.
- Einführung von Verfahrenserleichterungen.
- Abbau von Investitionshemmnissen.

Mit dem vorgelegten Entwurf habe man sich überdies entschieden, an der grundsätzlichen Einordnung in das Wettbewerbs- und Haushaltsrecht festzuhalten. Ein eigenständiges Vergabegesetz oder eine Vereinheitlichung in einer Verordnung würde eine weitergehende Umstrukturierung des Vergaberechts bedeuten, was in der Praxis nicht gewünscht sei. Dort wolle man „weitgehend an Bewährtem festhalten“. Der Rechtsschutz solle in der „bewährten Form“ fortbestehen und nicht auf Aufträge unterhalb der EU-Auftragswerte ausgedehnt werden, da dies zusätzliche Bürokratie schaffen würde und öffentliche Investitionen verzögern

würde. Gemäß der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2006 sei es aus verfassungsrechtlichen Gründen auch nicht erforderlich, den Rechtsschutz auf den Unterschwellenbereich auszudehnen.

Diese Ausführungen vermögen nicht zu überzeugen.

Zunächst ist zu kritisieren, dass die „Hauptarbeit“ der angestrebten – und auch dringend erforderlichen – Vereinfachung des Vergaberechts nicht durch den Gesetzgeber selbst geleistet, sondern den Verdingungsausschüssen überlassen wird. Ganz unabhängig von der Frage der demokratischen Legitimation dieser Verdingungsausschüsse ist doch mehr als fraglich, ob diese das bestehende Vereinfachungspotential nutzen, wie von der Bundesregierung erwartet. Das Ziel der Vereinfachung des Vergaberechts wird jedenfalls mit diesem vorliegenden Entwurf nicht erreicht, und was die Verdingungsausschüsse erreichen werden, bleibt fraglich. Das Festhalten an dem sogenannten Kaskadenprinzip ist ein Fehler, da es ein unübersichtlicheres Regelwerk als das Vergaberecht kaum gibt, was sowohl von Auftraggeber als auch von Unternehmensseite gleichermaßen beklagt wird. Wie man in der Begründung in diesem Zusammenhang von einem „Festhalten an Bewährtem“ sprechen kann, erschließt sich nur schwerlich.

Die transparente und mittelstandsfreundliche Ausgestaltung des Vergaberechts ist nicht erkennbar. Gerade die Verschärfung der Rügeobliegenheit in § 107 Abs. 3 GWB stellt in diesem Zusammenhang eines von zahlreichen Negativbeispielen für eine wenig mittelstandsfreundliche Ausgestaltung dar.

Der Verzicht auf den vergaberechtsspezifischen Primärrechtsschutz ist in höchstem Maße bedauerlich. Aus anwaltlicher Sicht ist anzunehmen, dass die Debatte über diesen Aspekt nicht primär unter der Überschrift „Arbeitsbeschaffung für Rechtsanwälte“ geführt werden sollte, wie beispielsweise in dem Arbeitskreis „Vergaberecht“ auf dem Deutschen Baugerichtstag 2006 in Hamm geschehen. In der anwaltlichen Praxis sind im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte immer wieder Fälle ganz offensichtlicher Benachteiligung von Unternehmen anzutreffen, die mangels eines effektiven Rechtsschutzes nicht erfolversprechend verfolgt werden können. Dies kann kaum als mittelstandsfreundlich bezeichnet werden, zumal dieser Bereich bekanntlich den größten Teil der vergebenen Aufträge ausmacht. Der Verweis auf den Sekundärrechtsschutz trägt an der Stelle kaum, denn die Zivilgerichte sind mit der vergaberechtlichen und beschaffungsspezifischen Materie oft überfordert, und die zivilprozessualen Beweisregeln erschweren es dem benachteiligten Bieter häufig, seine Rechte durchzusetzen, da das Zivilgericht den Sachverhalt ja im Gegensatz zur Vergabekammer nicht von Amts wegen untersucht.

Hinzu kommt, dass die bereits in der Begründung des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1998 verwendete Formulierung, man wolle den Primärrechtsschutz auf den Bereich oberhalb der Schwellenwerte beschränken, um Verzögerungen bei Vergabeverfahren und Investitionshemmungen vorzubeugen, nicht überzeugt. In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass Behörden ihre Finanzmittel so aufteilen, dass der Schwellenwert fast immer unterschritten wird, um eben nicht EU-weit ausschreiben und sich damit dem Damoklesschwert des Vergabenachprüfungsverfahrens aussetzen zu müssen. Dem sollte seitens des Gesetzgebers ein Riegel vorgeschoben werden.

Im Folgenden zu einzelnen Bestimmungen des Referentenentwurfs:

Änderungen in § 97 GWB

In § 97 GWB, der die allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens bzw. Vergaberechts enthält, sollen die Absätze 3 und 4 geändert werden.

§ 97 Absatz 3: Mittelstandsklausel

Absatz 3 des § 97 GWB befasst sich mit den mittelständischen Interessen, die vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind. In seiner Neufassung soll Absatz 3 nunmehr lauten:

"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."

In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es zu dieser Änderung, dass § 97 Abs. 3 GWB von mittelständischen Unternehmen in seiner bisherigen Fassung für nicht ausreichend erachtet worden sei. In der Vergabepaxis sei stattdessen zunehmend eine Bündelung der Nachfragemacht und eine Zusammenfassung teilbarer Leistungen zu beobachten. Diese mittelstandsfeindliche Tendenz werde durch die Zunahme elektronischer Beschaffungsformen noch befördert. Die Bundesregierung hat es daher für erforderlich gehalten, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten, gerade weil öffentliche Auftraggeber vielfach eine marktstarke Stellung hätten. Aus diesem Grunde wurde in dem jetzt vorliegenden Gesetzentwurf die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 verstärkt, indem sie eine **Pflicht zur Losvergabe** festschreibt. Ein Abweichen von der Losvergabe soll nur dann zulässig sein, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.

Seitens der Unternehmerschaft wird bezweifelt, ob die grundsätzliche Losvergabe in jedem Fall zielführend ist. Gerade wenn es auf die Kompatibilität der in den verschiedenen Losen zu erbringenden Leistungen ankommt, könne die Losvergabe Schwierigkeiten bereiten. Hierzu ein praktisches Beispiel: Es werden in verschiedenen Losen von einer Behörde Hard- und Software-Dienstleistungen ausgeschrieben. Die Hardware-Dienstleistung geht an Bieter A, die Software-Dienstleistung an Bieter B. Beide Leistungen müssen zusammen harmonisieren. Die von Bieter B angebotene Software ist jedoch mit der von Bieter A zu erbringenden Hardware nicht kompatibel. Zwar wird in diesem Fall das in § 97 Abs. 3 S. 2 GWB vorgesehene Korrektiv "wirtschaftliche oder technische Gründe" zur Anwendung gelangen. Da es sich hierbei jedoch um unbestimmte Rechtsbegriffe sind, drohen divergierende Auslegungen

sowie Rügen und Nachprüfungsverfahren. Deshalb sollte das Augenmerk des Gesetzgebers auf eine weitere Konkretisierung dieser Ausnahmetatbestände gelegt werden.

§ 97 Abs. 4: Auftragsausführungsbedingungen

In § 97 Abs. 4 GWB, der sich mit der Eignung der Unternehmen befasst, soll nunmehr klar gestellt werden, dass **zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer im Hinblick auf die Auftragsausführung** gestellt werden können. Diese könnten **insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte** betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

In der Begründung heißt es zu dieser Änderung in erfreulicher Deutlichkeit und inhaltlich zutreffend, dass öffentliche Auftraggeber schon nach der bisherigen Rechtslage bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes anhand sozialer, umweltbezogener, innovativer oder sonstiger politischer Aspekte beurteilen können. Als Beispiele nennt die Gesetzesbegründung den Klimaschutz, der durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz Berücksichtigung finden könne. Die Bundesregierung führt in ihrer Begründung zu dem Entwurf aus, dass mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 S. 1 Halbsatz 2 GWB an der bisherigen Rechtslage festgehalten werde. Zusätzlich werde eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrags geknüpft seien und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellten.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 GWB werden die Bestimmungen des Artikels 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Artikels 38 der Richtlinie 2004/17/EG umgesetzt, indem klargestellt wird, dass öffentliche Auftraggeber von Unternehmen ein bestimmtes Verhalten während der Auftragsausführung verlangen können. Zutreffend ordnet die Bundesregierung die zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags als Leistungsanforderungen ein, die als Gegenstand der Leistungsbeschreibung allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden müssten¹. Als Beispiele für Innovations- und Umweltschutzaspekte werden die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie genannt. Weiter heißt es in der Gesetzesbegründung, durch die Beschreibung der Leistung als "Strom aus Erneuerbaren Energiequellen" oder "Recycling-Papier" könnten dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden.

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 S. 1 Halbsatz 2 GWB setzt voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung **im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand** stehen. In der Begründung zum Gesetzentwurf führt die Bundesregierung aus, damit entspreche man der o. g. Bestimmungen der EG-Vergaberichtlinien. Die Vorgabe

¹ Weiterführend: Dross/Dageförde, in: Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien, Rechtsgutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes zu Forschungsbericht 206 95 300; veröffentl. auf der homepage des UBA (<http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3329.pdf>).

des sachlichen Bezugs zum Auftragsgegenstand ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung des Art. 26 der RL 2004/18/EG, sondern wohl mittelbar aus der zugehörigen Erwägung (33) der Richtlinie, denn dort werden beispielhaft Verpflichtungen genannt, die für die Ausführung des Auftrags gelten sollen (Erwägung (33) Satz 3, 1. HS der RL 2004/18/EG).

Mit dem Erfordernis des Bezugs zum Auftragsgegenstand will die Bundesregierung ausweislich ihrer Gesetzesbegründung sicherstellen, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (als Beispiele werden allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen genannt) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben. Dies heißt jedoch lediglich, dass solche Anforderungen einer landes- oder bundesgesetzlichen Grundlage bedürfen und nicht durch Verwaltungsvorschriften u. ä. eingeführt werden können. Untersagt werden die allgemeinen Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik, die keinen Bezug zum Auftrag haben, durch den Gesetzentwurf daher nicht. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die in § 97 Abs. 4 normierte Anforderung, wonach „andere oder weitergehende Anforderungen an Bieter“ einer bundes- oder landesgesetzlichen Grundlage bedürfen, lediglich eine formale Anforderung darstellt, die nichts über die Vereinbarkeit der Anforderung mit höherem Recht aussagt.

Von Seiten der Unternehmerschaft wird die Besorgnis geäußert, dass Auftraggeber durch die Erweiterung des § 97 Abs. 4 GWB ein (weiteres) Instrument in die Hand bekommen, einen favorisierten Auftragnehmer zu bevorzugen bzw. die Ausschreibung auf einen bestimmten Auftragnehmer zuzuschneiden.

Von Seiten der Auftraggeber wird kritisiert, dass die Vielzahl der Kriterien in einem Vergabeverfahren schwierig zu handhaben sind. In der Vergabepaxis – insbesondere auf kommunaler Ebene – wird daher in aller Regel allein auf den Preis als einziges Zuschlags- bzw. Wirtschaftlichkeitskriterium abgestellt, was der Vorgabe der Verdingungsordnungen, dass der niedrigste Preis nicht entscheidend sei, zuwiderläuft. Im Hinblick auf die Komplexität der Rechtsmaterie, die als Hemmnis für eine umweltfreundliche Beschaffungspraxis eingestuft wird, gibt es bereits seit einiger Zeit Bestrebungen, den mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betrauten Mitarbeitern der öffentlichen Auftraggeber durch Handlungsanleitungen, Musterausschreibungsunterlagen u. ä. ihre Arbeit zu erleichtern². Diese Bemühungen müssen und sollten intensiviert und fortgesetzt werden beispielsweise durch Schulungen u. ä.

² So beispielsweise in dem Forschungsprojekt des BMU/UBA „Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien – FKZ 206 95 300 -, an dem die Verfasserin neben dem Öko-Institut e. V. und der Technischen Universität Dresden mitgearbeitet hat.

Änderungen in § 99 GWB

§ 99 Abs. 1 enthält eine **Definition der öffentlichen Aufträge**, die zunächst klarstellend um die Baukonzession ergänzt wird, die nach allgemeiner Auffassung als öffentlicher Auftrag einzustufen ist – im Gegensatz zur Dienstleistungskonzession, die nicht vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB erfasst ist.

Von größerer Bedeutung dürfte allerdings die Ergänzung des § 99 Abs. 1 um einen Satz 2 sein, in dem eine **Negativabgrenzung** vorgenommen wird. Danach soll ein öffentlicher Auftrag dann nicht vorliegen, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Leistungen 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.

In der Begründung nimmt die Bundesregierung im Zusammenhang mit dieser Änderung Bezug auf eine Reihe von Urteilen des EuGH zu den sogenannten In House-Geschäften³. Mit dieser Rechtsprechung, die ihren Ursprung in der sogenannten „Teckal-Entscheidung“ hatte⁴, hat der EuGH Kriterien herausgearbeitet, bei deren Vorliegen ein Auftrag ohne förmliches Vergabeverfahren beispielsweise an eine Eigengesellschaft eines öffentlichen Auftraggebers vergeben werden darf. Die Bundesregierung betont in ihrer Begründung dann, dass diese sogenannten „Teckal-Kriterien“ für Fälle einer vertikalen Kooperation öffentlicher Stellen entwickelt worden seien, aber auf Fälle einer horizontalen Kooperation nicht passten. Denn eines der Teckal-Kriterien lautet, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer wie eine eigene Dienststelle kontrollieren können muss, und dies sei bei einer horizontalen Kooperation grundsätzlich nicht denkbar. Damit spricht die Bundesregierung das Thema der sogenannten „Interkommunalen Zusammenarbeit“ an, deren vergaberechtliche Relevanz in der deutschen Vergabe-Rechtsprechung und Literatur umstritten ist. Sie führt aus, dass „hoheitliche Staatsorganisation keine Tätigkeit am Markt“ sei und greift damit eine Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2007 auf, die sich mit der Kooperation mehrerer nordrhein-westfälischer Städte und Gemeinden in einem gemeinsamen Entsorgungszweckverband befasst und dabei klargestellt hatte, dass es Formen der kommunalen Zusammenarbeit gebe, die keine (vergaberechtlich relevante) Betätigung am Markt, sondern hoheitliche Staatsorganisation darstellten und deshalb nicht dem Vergaberecht unterfielen⁵. Weil eine generelle Freistellung staatlicher Zusammenarbeit vom Vergaberecht nach einem Urteil des EuGH aus dem Jahr 2005⁶ nicht mehr in Betracht kommt – eine entsprechende Regelung war in dem Gesetzentwurf vom März 2005 noch vorhanden, konnte nach dieser EuGH-Entscheidung aber so nicht wieder aufgegriffen werden - versucht die Bundesregierung nunmehr, mit der vorgeschlagenen Ergänzung des § 99 Abs. 1 klarzustellen, was „jedenfalls

³ Rs. C-26/03; Rs. C-29/04; Rs. C-458/03; Rs. C-340/04.

⁴ Rs. C-107/98.

⁵ Verg 17/06.

⁶ Rs. C-84/03; Kommission gegen Spanien.

keine öffentlichen Aufträge“ sind. Kriterien für eine Nichtanwendung des Vergaberechts sollen danach sein:

- Der Auftragnehmer ist selbst öffentlicher Auftraggeber.
- An dem Auftragnehmer ist kein privates Kapital beteiligt. Es handelt sich mithin insbesondere nicht um eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, also ein Gemeinschaftsunternehmen von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft.
- Der Auftragnehmer bietet die zu erbringende Leistung sonst nicht auf dem Markt an oder ist im Wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig, was bedeute, dass jede auf dem Markt erbrachte Tätigkeit „rein nebensächlich“ sein müsse.

Insbesondere letztgenanntes Kriterium ist eine Frage des Einzelfalles und birgt damit Unsicherheiten sowohl für Unternehmer bzw. Bieter als auch für öffentliche Auftraggeber.

Neuregelung der § 101 a und 101 b GWB

Der im Referentenentwurf neu eingefügte § 101 a GWB stellt im Grunde nichts wesentlich Neues dar, da es sich weitgehend um die bisherige Regelung des § 13 VgV handelt, die von erheblicher praktischer Bedeutung im Hinblick auf den Rechtsschutz der Bieter ist. Öffentliche Auftraggeber dürfen den **Zuschlag erst nach Ablauf einer Wartefrist** erteilen, die mit Information der nicht zum Zuge gekommenen Bieter über ihre Nichtberücksichtigung und den Namen des erfolgreichen Bieters beginnt (das sogenannte „§ 13 VgV-Schreiben“, das auch „Vorabinformation“ genannt wird). Die bisher in § 13 VgV vorgesehene Wartefrist von 14 Kalendertagen wird in Umsetzung der neuen Rechtsmittelrichtlinie vom Dezember 2007⁷ auf 15 Kalendertage erweitert. Der Beginn der Frist mit Absendung des Vorinformationsschreibens ist zwar vor einigen Jahren bewusst auf den Tag der Absendung des Schreibens beim Auftraggeber festgelegt worden (nachdem man zunächst auf den Eingang bei den Bietern abgestellt hatte), weil sonst der Auftraggeber aufgrund unterschiedlicher Postlaufzeiten nicht sicher bestimmen kann, wann die durch ihn einzuhaltende Wartefrist beginnt. Aus Unternehmenssicht ist die Tatsache, dass die Wartefrist mit Absendung des Schreibens durch den Auftraggeber beginnt, allerdings nachteilig, denn die Auftraggeber geben die Vorinformationsschreiben in aller Regel per Post auf und sowohl interne als auch externe Postlaufzeiten sorgen dafür, dass das Schreiben erst nach einigen Tagen bei den zuständigen Sachbearbeitern in den betroffenen Unternehmen eingeht, so dass zu diesem Zeitpunkt schon ein geraumer Anteil der Wartefrist verstrichen ist, was die Rechtsschutzmöglichkeiten der Unternehmen einschränkt. Als Kompromiss käme eine Verpflichtung des Auftraggebers in Betracht, die Vorabinformation den unterlegenen Bietern in jedem Fall vorab per Telefax zu übersenden.

Die bislang in § 13 VgV vorgesehene Sanktion für die Missachtung der Vorabinformationspflicht und/oder der Wartefrist ist allerdings im Entwurf des § 101 a GWB nicht übernom-

⁷ RL 2007/66/EG.

men worden: Bislang trifft einen unter Missachtung dieser Pflichten geschlossener Vertrag die Sanktion der Nichtigkeit. Diese Rechtsfolge soll nunmehr ersetzt werden durch die in § 101 b GWB vorgesehene **Unwirksamkeit**. Ein Vertrag soll von Anfang an unwirksam sein, wenn der Auftraggeber gegen die Informations- und Wartepflicht des § 101 a GWB verstößt oder einen öffentlichen Auftrag ohne ein förmliches Vergabeverfahren direkt an ein Unternehmen erteilt hat, ohne dass einer der Ausnahmetatbestände der Verdingungsordnungen ihn dazu berechtigt hätte, also eine sog. „de facto-Vergabe“ vorgenommen hat. Hinzukommen muss noch, dass die Unwirksamkeit in einem Vergabenachprüfungsverfahren festgestellt wurde.

Der Unterschied zwischen der (bisherigen) Rechtsfolge der Nichtigkeit und der der Unwirksamkeit liegt darin, dass bei der Unwirksamkeit der Vertrag zunächst einmal „schwebend unwirksam“ ist, d. h. er unter bestimmten Bedingungen in einen wirksamen Vertrag erwachsen kann. Da § 101 b Abs. 2 GWB eine Frist für die Feststellung der Unwirksamkeit festsetzt, besteht nach einem gewissen Zeitraum auch für solche unter Missachtung des Vergaberechts geschlossenen Verträge Rechtssicherheit, während diese nach der bisherigen Rechtslage faktisch unbegrenzt unter dem Damoklesschwert der Nichtigkeit standen, d. h. noch Jahre später angreifbar waren. Der Regelungsmechanismus der §§ 101 a und b GWB ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Änderung des § 107 Abs. 3 GWB

Von ähnlich praktischer Bedeutung wie die Bestimmungen des §§ 101 a und b GWB ist die Regelung des § 107 Abs. 3 GWB, die sich mit der **Rügeobliegenheit** befasst und die Bieter dazu verpflichtet, im laufenden Vergabeverfahren erkannte Vergaberechtsverstöße unverzüglich gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Die Unverzüglichkeit wird von der Vergaberechtssprechung sehr strikt verstanden; als unverzüglich werden in der Regel ein bis drei Tage, bei komplexeren Sachverhalten eine Woche, maximal allenfalls zwei Wochen angesehen. Dies stellt insbesondere für größere, aber auch für kleine und mittelständische Unternehmen eine beträchtliche Hürde dar, da die Entscheidung, gegenüber einem potentiellen Auftraggeber eine Rüge zu erheben, den meisten Unternehmen nicht leicht fällt, zumal dies durchaus negative Konsequenzen für das Unternehmen haben kann, und deshalb in der Regel ein gewisser Entscheidungsprozess vonnöten ist. Hinzu kommt die Suche nach einem geeigneten Anwalt, die Prüfung der Erfolgsaussichten durch diesen Anwalt etc. Vor diesem Hintergrund erscheint die Frist für die Rügeobliegenheit des § 107 Abs. 3 GWB zu kurz.

Der Gesetzentwurf sieht nunmehr allerdings noch eine Verschärfung dieser Rügeobliegenheit vor. Zukünftig sollen nicht nur **tatsächlich positiv erkannte** Vergaberechtsverstöße, sondern auch **erkennbare** Verstöße in der Leistungsbeschreibung unverzüglich nach, spätestens jedoch bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden. Damit soll es bei Fehlern, die aus der Leistungsbeschreibung hervorgehen, zukünftig (wie bereits jetzt bei Fehlern, die aus der Bekanntmachung hervorgehen) nicht mehr darauf ankommen, ob der Unternehmer den Fehler tatsächlich erkannt hat, sondern ob er ihn bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen

hätte erkennen können. Die „Fahrlässigkeit“ des Unternehmens wird also sanktioniert, da bei einer nicht unverzüglichen Rüge die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ausgeschlossen ist. Dies ist nicht überzeugend, zumal das Tatbestandsmerkmal „hätte erkennen können“ eine Wertungsfrage ist und damit gerichtlichen Einzelfallentscheidungen Tür und Tor geöffnet wird.

Zu einer Erweiterung der Bestimmung des § 107 Abs. 3 GWB trägt auch die in Ziffer 4 vorgesehene Frist für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei: Zukünftig sollen Nachprüfungsverfahren innerhalb von 14 Tagen nach Mitteilung des Auftraggebers sein, dass er einer Rüge nicht abhelfen will, beantragt werden müssen. Hierdurch soll frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit eines Vergabeverfahrens hergestellt werden.

Hannover, den 8.10.2008

Dr. Angela Dageförde
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht