



Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts

Wettbewerbspolitik,
Öffentliches Auftragswesen,
Security & Defence

I. Grundsätzliches

Der BDI begrüßt die Absicht der Bundesregierung, das deutsche Vergaberecht mit dem Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts zu vereinfachen, zu modernisieren und transparenter und mittelstandsfreundlicher zu gestalten. Besonders positiv ist zu bewerten, dass die Reform im Rahmen des bewährten dreistufigen Systems durchgeführt werden soll. Denn die Einbindung des Vergaberechts in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Vergabeverordnung und die Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen hat sich in der Praxis bewährt.

Dokumenten Nr.
D 0206

Datum
15. April 2008

Seite
1 von 13

Insgesamt wird der nunmehr vorgelegte Entwurf den erklärten Zielen der Bundesregierung jedoch nicht gerecht. Schon im Gesetzestitel ist nur noch von der Modernisierung des Vergaberechts die Rede. Inhaltlich wären Klarheit, Transparenz, Vereinfachung sowie Stärkung des Wettbewerbs gefragt gewesen, um das deutsche Vergaberecht wieder auf das konzentrieren, was es eigentlich ist: ein den öffentlichen Einkauf unterstützendes transparentes Verfahren. Dem stehen mehrere Aspekte des Entwurfs jedoch diametral entgegen.

So führen die Einführung vergabefremder Aspekte zu Bürokratieaufbau, die Verkürzung des Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte sowie der Verzicht auf die Einführung eines Rechtsschutzes unterhalb der EU-Schwellenwerte zu weniger Transparenz, und schließlich die Vorschläge zur Ausdehnung des öffentlichen Auftraggeber- und Auftragsbegriffes zu einer Einschränkung des Wettbewerbsprinzips.

Das reformierte Vergaberecht muss im Interesse aller Beteiligten die Gewähr dafür bieten, einen langfristig stabilen Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge zu schaffen.

Mit Blick auf einige der Formulierungen im Entwurf, insbesondere § 97 Abs. 4 GWB und § 99 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB, sind zumindest Zweifel dahingehend angebracht, ob sie den europarechtlichen Anforderungen genügen. Der BDI regt daher an, sämtliche Änderungsvorschläge noch einmal auf ihre Europarechtskonformität zu überprüfen.

Bundesverband der
Deutschen Industrie e.V.
Mitgliedsverband
BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 030 2028-1512
F: 030 2028-2512

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
A.Mundt@bdi.eu

1. Mittelstandsförderung

Bereits nach geltenden Regelungen (§ 97 Abs. 3 GWB, § 4 VOB/A) sowie nach der ständigen Rechtsprechung sind mittelständische Interessen angemessen zu berücksichtigen. Auch der BDI setzt sich für die Förderung von KMUs ein. Ein politischer Programmsatz, der der täglichen Praxis vollkommen zuwider läuft, trägt jedoch nicht im Ergebnis zu einer wirklichen Stärkung des Mittelstandes bei. So führt der vorgeschlagene starre Vorrang der Losaufteilung ohne Flexibilität zu einer gezwungenen Segmentierung öffentlicher Aufträge. Demgegenüber muss auch hier weiterhin das Wettbewerbsprinzip gelten. Jede Regelung muss darauf bedacht sein, dass Chancengleichheit hergestellt wird. Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen, insbesondere Art. 97 Abs. 3 GWB, sind insofern vollkommen ausreichend, bedürfen jedoch einer konsequenteren Umsetzung.

Der Gesetzentwurf verfehlt die Vorgaben des Koalitionsvertrages, die eine mittelstandsgerechte Ausgestaltung des Vergaberechts vorsehen und erweist sich insofern als inkonsequent. Während der Mittelstand einerseits durch die Neuregelung in § 97 Abs. 3 GWB stärker gefördert werden soll, werden andererseits vergabefremde Aspekte eingeführt, der Rechtsschutz oberhalb der Schwellenwerte verkürzt, auf einen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte ganz verzichtet und Bereiche des Vergaberechts dem Anwendungsbereich des 4. Abschnittes des GWB entzogen. Im Ergebnis verschlechtert der Gesetzentwurf damit die Stellung kleiner und mittlerer Unternehmen.

2. Vergabefremde Aspekte

Der BDI hat sich in der Vergangenheit immer wieder mit Nachdruck gegen die Einführung zusätzlicher Kriterien ausgesprochen. An den hierfür vorgebrachten Argumenten hat sich bis heute nichts geändert. Vielmehr liegen durch die in den letzten Jahren vermehrt erlassenen landesrechtlichen Regelungen zur Tariftreue jetzt sogar Erfahrungen vor, welche die Befürchtungen und jahrelangen Bedenken der Industrie vollumfänglich bestätigen.

Der Referentenentwurf eröffnet den Auftraggebern in § 97 Abs. 4 GWB die Möglichkeit, zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer zu stellen, die soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen.

Damit widerspricht der Entwurf auch hier den Vorgaben aus dem Kabinettsbeschluss. Er fördert Bürokratieaufbau und Intransparenz und benachteiligt insbesondere den Mittelstand.

Der Entwurf läuft dem Ziel einer Entbürokratisierung zuwider. Durch die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte entstehen sowohl für die Auftraggeber als auch die Auftragnehmer erhebliche zeitliche und finanzielle Belastungen. Besonders betroffen sind global agierende Unternehmen mit stark untergegliederten Herstellungs-/Produktionsketten, für die der Nach-

weis der Einhaltung vergabefremde Kriterien nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.

Die Formulierung des § 97 Abs. 4 GWB steht einer mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergaberechts und damit den Anforderungen aus dem Koalitionsvertrag und dem Kabinettsbeschluss entgegen. Werden spezifische Ausschreibungskriterien, wie Tariftreue, Frauenförderung, Ausbildung von Lehrlingen oder die Einhaltung von Umweltklauseln, in Form der Anforderungen an Unternehmen in das Vergabeverfahren eingebracht, kann dies den Kreis der leistungsfähigen Bieter erheblich einschränken. Denn es ist nicht zu erwarten, dass Unternehmen ihre Herstellungsverfahren und Produktionsabläufe in Erwartung möglicher öffentlicher Aufträge entsprechend umstellen. Vielmehr werden sich Unternehmen aus dem Beschaffungsmarkt zurückziehen. Dies betrifft insbesondere den Mittelstand.

Mit Blick auf den Aspekt der Forderung von Tariftreueerklärungen ist nach der Entscheidung des EuGH vom 03.04.2008 zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Tariftreueregelungen im Niedersächsischen Landesvergabe-gesetz (Az.: Rs. C-346/06) Vorsicht geboten. Danach steht die Richtlinie zur Entsendung von Arbeitnehmern (RL 96/71/EG) sowie deren Würdigung im Sinne des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs einer gesetzlichen Verpflichtung entgegen.

Bei allem Verständnis des BDI für die Verfolgung umwelt- und sozialpolitischer Zwecke darf nicht vergessen werden, dass ihre Verknüpfung mit der Vergabe öffentlicher Aufträge Wettbewerbsverzerrungen Vorschub leistet und dem Prinzip der bestmöglichen Verwendung von Steuergeldern bei der Beschaffung widerspricht.

Wie auch das Gutachten „Öffentliches Auftragswesen“ des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi vom August 2007 ausdrücklich bestätigt, besteht eine wesentliche Problematik in der Wirkung auf die Wettbewerbsintensität und auf die Korruptionsanfälligkeit der Vergabe. Denn es besteht ein erhöhtes Missbrauchsrisiko, dass der öffentliche Auftraggeber den bevorzugten Bieter auswählt. Insbesondere die Kombination mehrerer wettbewerbsfremder Aspekte erleichtert die Manipulation. Denn es stellt sich die Frage, ob ein „mehr“ an Umweltkriterien ein „weniger“ an Sozialaspekten aufwiegen kann und wie dies zu werten wäre. Zudem ist die Einhaltung der wettbewerbsfremden Aspekte nicht kontrollierbar, wie die Beispiele aus Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt zeigen, die aus diesem Grund ihre Tariftreueregelungen nach kurzer Zeit wieder aufgehoben haben.

Hinzu kommt, dass die Kosten für die Erreichung vergabefremder Ziele bei der Einbindung in den öffentlichen Einkauf vollkommen intransparent sind. Transparenz herzustellen, ist jedoch erklärtes Ziel des Gesetzentwurfes.

3. Verzicht auf einen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte

Der Verzicht auf die Einführung eines effektiven Primärrechtsschutzes für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte wird der enormen Bedeutung

des Unterschwellenbereiches nicht gerecht. Ca. 90 Prozent aller Auftragsvergaben sind Unterschwellenvergaben. Es ist daher zu konstatieren, dass lediglich die äußerst geringe Anzahl europaweiter Ausschreibungen mit einem vorbildlichen vergaberechtlichen Primärrechtsschutz ausgestattet ist, der weit überwiegende Teil der Ausschreibungen im Unterschwellenbereich aber überdies auch bei schwerwiegenden Rechtsverstößen auf die Geltendmachung des negativen Interesses im Rahmen von Schadensersatzansprüchen beschränkt wird. Weder wirtschaftspolitisch noch rechtsstaatlich ist das akzeptabel.

Entgegen der Annahme des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 13.06.2006 besteht in der Praxis gerade kein effektiver Rechtsschutz durch das allgemeine Zivil- und Zivilprozessrecht. Die Rechtswegzersplitterung, wonach sich fallweise Verwaltungs- und Zivilgerichte für Rechtsstreitigkeiten über Unterschwellenvergaben für zuständig erklärt haben, ist auch nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 02.05.2007 (Az.: 6 B 10.07) nicht beseitigt. Hinzu kommt eine unterschiedliche Entwicklung des materiellen Vergaberechts oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte, weil es an der Bindungswirkung von Entscheidungen fehlt.

Im Übrigen erweist sich der Verzicht auf einen effektiven Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte als mittelstandsfeindlich, weil sich mittelständische Unternehmen besonders häufig an Unterschwellenaufträgen beteiligen.

Auch dies steht im Widerspruch zu den Vorgaben einer mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung des Vergaberechts aus dem Koalitionsvertrag und dem Kabinettsbeschluss.

Der BDI plädiert daher dafür, wie in anderen EU-Staaten auch in Deutschland das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB gleichermaßen im Ober- und Unterschwellenbereich zu gewähren. Durch Einführung von Bagatellschwellen könnten große Teile von Kleinstaufträgen hiervon wirksam ausgenommen werden. Bei den verbleibenden Aufträgen im Unterschwellenbereich könnten prozessuale Erleichterungen dazu beitragen, Verzögerungen bei den Ausschreibungen bzw. den Vergabeverfahren gering zu halten. Genannt seien beispielsweise:

- Beschränkung des Nachprüfungsverfahrens generell auf eine Instanz (Vergabekammern) bei Möglichkeit der Zulassung der sofortigen Beschwerde an die Vergabesenate der Oberlandesgerichte (einschließlich Nichtzulassungsbeschwerdemöglichkeit).
- Entscheidung durch Einzelrichter.
- Verzicht in den Beschlüssen auf die Darstellung des Tatbestands.
- Vorabinformation analog § 13 VgV für nichtberücksichtigte Bieter bei Unterschwellenvergaben.

4. *Einschränkung des Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte*

Die an verschiedenen Stellen des Gesetzentwurfes verankerten Einschränkungen des bestehenden Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte

(z. B. §§ 110, 115 Abs. 2, 118, 121, 128 Abs. 2 GWB) setzen den Kabinettsbeschluss nicht um. Dieser hatte gefordert, die Rechtsschutzverfahren auf ihre Effizienz zu überprüfen. Effizient ist ein Rechtsschutz jedoch nur, wenn er für alle Beteiligten gleichermaßen durchsetzbar ist. Angesichts der mit dem Gesetzentwurf aufgebauten finanziellen und tatsächlichen Hürden wird der bewährte Rechtsschutz erschwert. Dies wirkt insbesondere zulasten des Mittelstandes.

5. Schaffung einer Verordnung für Sektorenaufträge

Wie eingangs betont, begrüßt der BDI die Absicht, die Reform im bestehenden System durchzuführen. Die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für eine Verordnung für Sektorenaufträge in § 127 Nr. 2 GWB widerspricht jedoch dem Koalitionsvertrag und dem Kabinettsbeschluss. Beide Dokumente stellen darauf ab, dass die Vergaberechtsreform im bestehenden Rechtssystem erfolgt. Der Koalitionsvertrag enthält zudem die Aussage, dass „die Vereinfachung des Vergaberechts unter Aufrechterhaltung der VOB erfolgen muss“.

Das bestehende vergaberechtliche System ist gekennzeichnet durch die Kaskade, bestehend aus dem 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Vergabeverordnung (VgV) und den Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen (VOB, VOL und VOF). Die Aufspaltung der VOB durch einen Verbleib der Abschnitte 1 und 2 in der VOB und eine Auslagerung der Abschnitte 3 und 4 in eine separate Sektoren-Verordnung führt zu einer Verschiebung der Regelungsebenen und damit letztlich zu einem Systembruch entgegen der eindeutigen Vorgaben aus Koalitionsvertrag und Kabinettsbeschluss.

Gleiches gilt für den Bereich der VOL. Auch wenn diese nicht ausdrücklich im Koalitionsvertrag genannt ist, widerspricht die Herausnahme der Modernisierung im bestehenden System sowie der auch postulierten Angleichung von VOB und VOL.

Zudem wird keinerlei materielle Vereinfachung geschaffen, sondern vielmehr die bestehenden Regelungsebenen ohne Notwendigkeit gewechselt. Dies würde überdies zu einer Vermischung der Regelungsinhalte führen, indem Verfahrensvorschriften zum einen in den Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen, zum anderen in der Sektoren-Verordnung enthalten wären.

Der BDI tritt demgegenüber dafür ein, das bewährte Kaskadenprinzip zu optimieren, indem die Inhalte der einzelnen Ebenen stringenter zugeordnet werden. Er hat dazu vorgeschlagen, die Grundsätze des Vergaberechts sowie die Regelungen über den Rechtsschutz abschließend im 4. Teil des GWB zu verankern, die Verfahrensvorschriften vollständig in den Vergabe- und Vertrags- bzw. Verdingungsordnungen. Die Vergabeverordnung sollte auf eine reine Scharnierfunktion zwischen Gesetzes- und Verdingungsordnungsebene zurückgeführt werden. Daher lehnt der BDI die Schaffung einer Verordnung für Sektorenaufträge ab.

6. *Langfristige Stabilität bei den EU-Schwellenwerten*

Die Praxis der Schwellenwertfestsetzung stellt einen Destabilisierungsfaktor des Vergaberechts dar. Bei einer lediglich dem EU-Prinzip folgenden Anpassung der EG-Schwellenwerte im Rhythmus von 2 Jahren stehen Aufwand und Nutzen in keinem Verhältnis zueinander. Dies gilt auch für die jetzt vorgeschlagene dynamische Verweisung. Eine wirkliche Vereinfachung in der Praxis bringt demgegenüber eine langfristige Verlässlichkeit auf EU-Schwellenwerte. Der BDI schlägt daher weiterhin eine Abrundung der Schwellenwerte auf „glatte“ Beträge und deren Beibehaltung vor, solange dies europarechtlich möglich ist. Dafür bietet es sich an, die bis Ende 2007 geltenden Werte von 5.000.000, 400.000, 200.000 und 130.000 Euro zugrunde zu legen, da nicht davon auszugehen ist, dass diese innerhalb der nächsten Jahre durch die europäischen Vorgaben unterschritten werden und daher erneuter Änderungsbedarf entstehen könnte.

7. *Definition von In-house-Vergaben*

Die vorgeschlagene Formulierung zur Definition von Inhouse-Vergaben in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB erscheint mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zumindest in Teilen europarechtswidrig. Denn das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ aus der grundlegenden Teckal-Entscheidung ist nicht in § 99 Abs. 1 GWB-E übernommen worden. Dass der EuGH für vergabefreie Inhouse-Vergaben an diesem Kriterium nicht mehr festhalten will, geht auch aus jüngst ergangenen Urteilen (z. B. EuGH Rs. C-220/06 vom 18.12.2007) nicht hervor.

Bei Zugrundelegung der vorgeschlagenen Definition wird der Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit dem Vergaberecht und damit dem Markt entzogen und eröffnet den Kommunen willkürliche Spielräume. Dadurch wird der Wettbewerb empfindlich beeinträchtigt und der betreffende Markt verengt oder sogar ganz verschlossen – zum Nachteil von öffentlichen Auftraggebern und Bietern.

Es geht hier nicht, wie in der Gesetzesbegründung betont, um die Schaffung neuer Märkte. Vielmehr drängen Gebietskörperschaften und öffentliche Unternehmen zunehmend in bestehende oder erst in den vergangenen Jahren geöffnete Märkte, wodurch der Wettbewerb verzerrt wird und im Ergebnis eine „Re“-Verstaatlichung und Verdrängung der Privatwirtschaft droht.

Echter Wettbewerb bedeutet demgegenüber, dass zwischen kommunalen Gebietskörperschaften und Privatwirtschaft ein fairer Wettbewerb hergestellt wird. Eine vergaberechtliche Privilegierung interkommunaler Zusammenarbeit steht dem entgegen. Ist ein funktionierender Markt für eine Leistung vorhanden, und besteht kein zwingendes Erfordernis für eine staatliche Erfüllung, ist ein Ausschreibungswettbewerb unerlässlich.

Kommt nach sorgfältiger Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Abwägung der öffentlichen Hand nur eine Eigenrealisierung in Betracht, muss dem Bürger zumindest in transparenter Weise gezeigt werden, dass die Kommune die

für ihn bestmögliche Lösung wählt. Eine bloß interne Kommunalkontrolle bietet dagegen kein ausreichendes Korrektiv.

Insgesamt widerspricht der Gesetzentwurf damit der Forderung des Kabinettsbeschlusses, den wirtschaftlichen Einkauf am Markt durch wettbewerbliche und transparente Verfahren sicherzustellen.

II. Zu einzelnen Vorschriften

1. Art. 1

a) § 97 Abs. 3 GWB-E

Grundsätzlich lehnt der BDI die Verschärfung in § 97 Abs. 3 GWB-E ab. Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen sind vollkommen ausreichend, bedürfen jedoch einer konsequenteren Umsetzung. Sollte dies nur mit einer Umformulierung der bestehenden Vorschrift möglich sein, schlagen wir dringend folgende Klarstellung zur besseren Handhabung in der Praxis vor:

„Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen *sollen* in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) *vergeben werden*. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. *Auf die Bildung von Losen kann verzichtet werden, wenn die Losbildung zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führen würde.*“

Begründung:

Der Vorschlag des BDI dient der Klarstellung.

Wenn es zur Verstärkung der Mittelstandsklausel in § 97 Abs. 3 GWB in der amtlichen Begründung heißt, dies solle dadurch verwirklicht werden, „dass eine Losvergabe grundsätzlich stattzufinden hat“, so stimmt dies mit der jetzigen Formulierung in Abs. 3 Satz 2 nicht überein. Diese statuiert ihrem Wortlaut nach eine zwingende Verpflichtung zur Losvergabe, ohne ein Regel-/Ausnahmeverhältnis erkennen zu lassen. Die zwingende Vorgabe zur Losaufteilung führt jedoch zu einer Segmentierung der Aufträge, die sowohl bei Auftraggebern als auch bei Auftragnehmern zu mehr Bürokratie führen wird. Insofern fördert die jetzige Formulierung eine Generalübernehmer-Vergabe, da die Auftraggeber aus Kapazitätsgründen die Überwachung der von ihnen vorgegebenen Lose vermehrt an Dritte übergeben werden. Derartige Generalübernehmer-Vergaben sind jedoch bekanntermaßen kontraproduktiv für den Mittelstand. Darüber hinaus erhöht die vorgeschlagene Regelung den Koordinierungsaufwand für Auftraggeber beträchtlich. Denn sie müssen künftig einheitliche Beschaffungsvorgänge künstlich aufspalten und getrennt voneinander vergeben.

Zur weiteren Begründung vgl. die Ausführungen unter I.1.

b) § 97 Abs. 4 GWB-E

Der BDI lehnt § 97 Abs. 4 GWB-E ab. Vielmehr ist die bestehende Regelung beizubehalten.

Begründung:

Zur Begründung vgl. die Ausführungen unter I.2.

c) § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E

Der BDI lehnt die vorgeschlagene Ergänzung in § 99 Abs. 1 Satz 2 GWB-E ab.

Begründung:

Zur Begründung vgl. die Ausführungen unter I.7.

d) § 99 Abs. 8 GWB-E

Der BDI schlägt die Streichung von § 99 Abs. 8 Satz 1 GWB-E vor. Darüber hinaus wäre eine Klarstellung sachdienlich, dass § 99 Abs. 8 GWB-E nur für Sektorenauftraggeber gilt.

Begründung:

§ 99 Abs. 6 GWB alt wird nach dem Gesetzentwurf zu § 99 Abs. 7 GWB neu und definiert inhaltlich unverändert den Hauptgegenstand der klassischen öffentlichen Aufträge. § 99 Abs. 8 GWB-E betrifft die Definition des Hauptgegenstandes bei gemischten Tätigkeiten, die teilweise Sektorentätigkeiten sind. Dies wird jedoch aus Satz 1 der vorgeschlagenen Regelung nicht ersichtlich. Vielmehr könnte § 99 Abs. 8 Satz 1 GWB-E auch auf klassische Aufträge bezogen werden. Dadurch entstehen jedoch für die Anwender Unklarheiten, die sich durch die Streichung des ersten Satzes verhindern ließen.

e) § 100 Abs. 2 lit. d) cc) GWB-E

Für die in § 100 Abs. 2 lit. d) cc) GWB-E neu aufgeführten Ausnahmetatbestände sind laut Gesetzesbegründung die staatlichen Sicherheitsinteressen grundsätzlich vorrangig vor den einzelnen Unternehmensinteressen. Als Hilfestellung für die Prüfung, ob ein solcher Ausnahmetatbestand vorliegt, dient laut Gesetzesbegründung ein Leitfaden des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI).

Die Ausformulierungen im Leitfaden müssen sicherstellen, dass die neu geschaffenen Ausnahmefälle nicht zur Regel werden. Zu den Anforderungen an die Ausgestaltung des Leitfadens vgl. im übrigen unsere Ausführungen unter II.2. zu Art. 3 GWB-E.

f) § 100 Abs. 2 lit. o) GWB-E

Die Ausnahmevorschrift des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB darf nicht über den Wortlaut des § 9 VgV hinaus ausgedehnt werden. § 9 Abs. 1 Satz 1 VgV ist ebenfalls zu übernehmen.

Begründung:

Die in § 100 Abs. 2 lit. o) GWB-E aufgeführten Ausnahmen im Sektorenbereich sind sinngemäß dem § 9 VgV entnommen. Hierbei sind jedoch durch die Zusammenfassung des Paragrafentextes bestimmte Einschränkungen des bisherigen Wortlauts herausgefallen. So beschränkt sich § 9 VgV auf Auftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB. Nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 2 lit. o) GWB-E sind Auftraggeber nunmehr erfasst, die vorher nicht erfasst wurden. Die Beschränkung ist hier wieder zu ergänzen.

g) § 101 Abs. 6 GWB-E

Der BDI lehnt die vorgeschlagene Ergänzung in § 101 Abs. 6 GWB-E ab.

Begründung:

Es ist unklar, was mit „elektronischer Auktion“ gemeint ist. Da es laut Gesetzesbegründung um die Implementierung der „neuen Verfahren“ geht, ist anzunehmen, dass die umgekehrte elektronische Auktion gemeint ist. Umgekehrte elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme, die in den EG-Richtlinien für öffentliche Aufträge (2004/18/EG und 2004/17/EG) fakultativ vorgesehen sind (vgl. z. B. Art. 54 und 33 RL 2004/18/EG), wurden bei der nationalen Umsetzung der Reform in Deutschland 2006 aufgrund nachhaltiger Bedenken gegen beide Verfahren aus guten Gründen nicht eingeführt. Die Gründe für die skeptische bis ablehnende Beurteilung insbesondere der anbietenden Wirtschaft sind zwischenzeitlich nicht entfallen. Kritisch zu bewerten ist vor allem die Tendenz zu ruinösem Preisdruck bei umgekehrten Auktionen. Wird das wirtschaftlichste Angebot auf den Preis reduziert, widerspricht dies den Vergabeprinzipien und erweist sich überdies als mittelstandsfeindlich. Abzulehnen ist auch das sehr komplizierte und damit aufwendige Verfahren bei dynamischen Beschaffungssystemen. Für öffentliche Auftraggeber erweisen sich die Verfahren als nicht praktikabel. Zudem besteht keine Notwendigkeit zur Umsetzung.

h) § 101b GWB-E

Der BDI begrüßt die die Übernahme der Regelung zur Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben aus der Rechtsmittelrichtlinie in § 101b GWB-E.

Begründung:

Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit von Anfang an bei de-facto-Vergaben und die Geltendmachung der Unwirksamkeit innerhalb einer bestimmten Frist sind positiv zu bewerten, da hiermit Rechtssicherheit für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber geschaffen wird.

i) § 107 Abs. 3 GWB-E

- Der BDI schlägt vor, § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB-E wie folgt zu fassen:

„1. der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb von 14 Kalendertagen gerügt hat,“

Begründung:
Der unbestimmte Rechtsbegriff „unverzüglich“ in § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB hat in der Vergangenheit zu zahlreichen differenzierenden Nachprüfungsentscheidungen (1 bis 14 Tage) geführt. Um hier Rechtssicherheit und Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, sollte die Rügefrist gesetzlich konkretisiert werden. Eine Rügefrist von 14 Kalendertagen erscheint angemessen und praktikabel.
- § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB-E ist missverständlich. Hier schlagen wir zur Klarstellung folgende Formulierung vor:

„3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.“.
- Für § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB-E wird eine schriftliche Mitteilung des Auftraggebers wie folgt vorgeschlagen:

„4. mehr als 14 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers in Textform, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.“

j) § 113 GWB-E

Hier müsste es wohl heißen: „In § 113 Abs. 1 wird nach Satz 2 folgender Satz 2 eingefügt.“.

k) § 115 Abs. 2 GWB-E

- § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E als Definition, wann ein „überwiegendes Interesse der Allgemeinheit“ vorliegt, ist zu streichen.

Begründung:
Die Begründung eines „überwiegenden Interesses der Allgemeinheit“ mit der „Gefährdung der wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers“ ist für den Auftraggeber immer möglich. Diese uferlos weite Definition würde die Rechtssicherheit erheblich erschweren und birgt insofern Potenzial für die vermehrte Einleitung von Nachprüfungsverfahren.
- § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB-E ist als Konsequenz aus der Streichung des § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E ebenfalls zu streichen.

l) § 115 Abs. 4 GWB-E

Die Koppelung des Entfalls des Zuschlagsverbotes an die bloße Geltendmachung der Voraussetzungen nach § 100 Abs. 2 lit. d) GWB durch den Auftraggeber in § 115 Abs. 4 GWB-E genügt nicht. Der Auftraggeber wäre sonst in der Lage und versucht, in jedem Fall den Entfall des Zuschlagsverbotes unüberprüfbar herbeizuführen. Um der Gefahr des Missbrauchs vorzubeugen, ist der Geltendmachung eine Begründung beizufügen.

m) § 118 GWB-E

- Die Ersetzung der „Zwei-Wochen-Frist“ durch eine „Ein-Wochen-Frist“ in § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB-E ist abzulehnen.

Begründung:

Die Zwei-Wochen-Frist des § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB ist infolge der Abwägung der widerstreitenden Interessen des Auftraggebers an einer zügigen Zuschlagserteilung und dem Interesse des unterlegenen Bieters an der Durchsetzung eines effektiven Rechtsschutzes seinerzeit für angemessen erachtet worden. Sinn des jetzigen § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB ist es u. a., dass der Bieter solange keine endgültigen Rechtsnachteile erleiden soll, wie der Suspensiveffekt andauert. Im Fall der Ablehnung des Nachprüfungsantrages durch die Vergabekammer hätte der Beschwerde führende Bieter nach § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB-E nunmehr nur noch eine Woche Zeit, um die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde beim Beschwerdegericht zu beantragen. Kommt er dem nicht nach, droht nach Ablauf der einwöchigen Frist die Zuschlagserteilung an einen konkurrierenden Bieter. Die Verkürzung des Suspensiveffekts beschneidet den bestehenden effektiven Rechtsschutz der Auftragnehmer unangemessen gegenüber der bestehenden Regelung.

- § 118 Abs. 2 Satz 3 GWB-E ist zu streichen.

Begründung:

Vgl. die Begründung unter § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E.

n) § 121 Abs. 1 Satz 3 GWB-E

§ 121 Abs. 1 Satz 3 GWB-E ist zu streichen.

Begründung:

Vgl. die Begründung unter § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB-E.

o) § 127 Nr. 1 GWB-E

Der BDI schlägt weiterhin eine Abrundung der EU-Schwellenwerte auf „glatte“ Beträge und deren Beibehaltung vor, solange dies europarechtlich möglich ist. Dafür bietet es sich an, die bis Ende 2007 geltenden Werte von 5.000.000, 400.000, 200.000 und 130.000 Euro zugrunde zu legen.

Begründung:

Die in § 127 Nr. 1 GWB-E enthaltene Ermächtigung der Bundesregierung zur Umsetzung der vergaberechtlichen Schwellenwerte der Richtlinien der EU in ihrer jeweils geltenden Fassung stellt eine dynamische Verweisung dar. Die somit erforderliche Umstellung der Praxis im zweijährigen Turnus ist zu vermeiden. Denn sie führt zu Unsicherheiten. So müssen Auftraggeber z. B. die gleiche Leistung in einem Jahr „nur“ national ausschreiben, während sie im nächsten Jahr europaweit auszuschreiben ist. Für Auftraggeber und Auftragnehmer ist dies nicht verständlich. Zudem erhöht eine häufige Umstellung den administrativen Aufwand für die Auftraggeber. Praxisnahe Vereinfachung für Auftraggeber und Auftragnehmer brächte demgegenüber die vorgesehene langfristige Verlässlichkeit auf EU-Schwellenwerte. Zur weiteren Begründung vgl. die Ausführungen unter I.6.

p) § 127 Nr. 2 GWB-E

Die Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlass einer Sektorenverordnung in § 127 Nr. 2 GWB-E ist zu streichen.

Begründung:

Zur Begründung vgl. die Ausführungen unter I.5.

q) § 128 Abs. 2 GWB-E

Die Erhöhung der Gebühren für Amtshandlungen der Vergabekammern in § 128 Abs. 2 GWB-E wird abgelehnt.

Begründung:

Schon aufgrund der geltenden Rechtslage sind Nachprüfungsverfahren mit finanziellen Risiken verbunden. Die Erhöhung der Mindestgebühr auf 5.000 Euro führt dazu, dass noch mehr Bieter auf einen effektiven Primärrechtsschutz verzichten werden, darunter insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen. Zur weiteren Begründung vgl. die Ausführungen unter I.4.

2. Art. 3 GWB-E

§ 3 Abs. 1 Nr. 8 und § 7 BSI-Errichtungsgesetz

Zu den Änderungsvorschlägen im Gesetz über die Errichtung des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Errichtungsgesetz) merkt der BDI an, dass eine Standardisierung generell unterstützt wird, um Wettbewerb und Innovation zu fördern. Einheitliche verbindliche Vorgaben durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) können eine wertvolle Ergänzung bringen, soweit nicht Produkte oder produktnahe Technologien festgeschrieben werden. Technologische Sonderwege der öffentlichen Hand sollten jedoch vermieden werden.