



**STELLUNGNAHME**  
**des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V.**  
**zum**  
**ENTWURF**  
**eines Gesetzes zur**  
**Modernisierung des Vergaberechts**  
**der Bundesregierung**

**- Stand: 13. August 2008 -**

Die Bauindustrie begrüßt die Absicht der Bundesregierung, das deutsche Recht für öffentliche Beschaffungen zu vereinfachen und zu modernisieren. Andere Staaten haben dieses Ziel auf der Grundlage gemeinsamer europäischer und internationaler Regeln bereits verwirklicht. Um ein vergleichbares Ergebnis auch in Deutschland zu erreichen, hat die deutsche Bauindustrie zuletzt 2007 konkrete Vorschläge unterbreitet.

Leider greift der ENTWURF diese - auch für mittelständische Unternehmer wichtigen - Vorschläge nicht auf. Statt dessen konzentriert der ENTWURF sich darauf,

- die deutschen Regeln betreffend „Teil- und Fachlose“ zum Nachteil öffentlicher Beschaffungsstellen und privater Unternehmer zu verschärfen,
- die Möglichkeit „interner“ öffentlicher Beschaffungen zum Nachteil privater Unternehmer zu erweitern,
- den Rechtsschutz zum Nachteil privater Unternehmer einzuschränken,
- die Wahl des Verhandlungsverfahrens für öffentliche Beschaffungsstellen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung freizugeben, während alle übrigen öffentlichen Beschaffungsstellen aus Gründen „wirtschaftlicher Beschaffung“ nicht einmal zwischen offenem und nicht offenem Verfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen dürfen.

Dem eigenen Anspruch, das komplizierte deutsche Recht im Interesse einer transparenten, diskriminierungsfreien und wirtschaftlichen öffentlichen Beschaffung zu vereinfachen und zu modernisieren, wird der ENTWURF nicht gerecht.

Dies ist auch deshalb enttäuschend, weil das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie sowie das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vorangehende parlamentarische Arbeiten zur Vereinfachung des Beschaffungsrechts für öffentlich-private Partnerschaften abbrechen mit der Zusage, notwendige Anpassungen im Zuge der generellen Vereinfachung und Modernisierung des Beschaffungsrechts vorzunehmen. Dagegen ERSCHWERT der ENTWURF gerade öffentlich-private Partnerschaften erheblich.

## Zu Artikel 1 – Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

### Zu Nummer 2 a): ENTWURF § 97 Absatz 3 GWB neu

Der ENTWURF enthält drei neue Vergaberegeln:

§ 97 Absatz 3 GWB	ENTWURF § 97 Absatz 3 GWB neu
Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.	<p><u>Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.</u> (= Regel 1)</p> <p><u>Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.</u> (= Regel 2)</p> <p><u>Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.</u> (= Regel 3)</p>

#### (1) Grundsätzlich.

Auf den ersten Blick besticht der ENTWURF durch seine Klarheit.

Auf den zweiten Blick bestehen jedoch grundlegende Fragen, die einer praxisnahen, wirtschaftlich sinnvollen und innovationsfördernden Beschaffung widersprechen.

#### (2) Betroffene Beschaffungsvorhaben / Praktische Konsequenzen.

Der ENTWURF betrifft öffentliche Beschaffungsvorhaben, die bestimmte „Schwellenwerte“ überschreiten und nach einheitlichen europäischen Regeln auszuschreiben sind. Bauvorhaben sind ab einem Gesamtwert von 5,15 Mio. EURO betroffen.

Diese Vorhaben künftig – über die bestehenden deutschen Regeln hinaus - zwingend in dutzende „Teil- und Fachlose“ zu trennen und nur unter engen Voraussetzungen „zusammen vergeben“ zu „dürfen“, schafft ganz erheblichen zusätzlichen personellen und finanziellen Koordinierungsaufwand für die öffentliche Hand. Für jeden Einzelvertrag wäre ein eigenes Beschaffungsverfahren durchzuführen. Für jeden Einzelvertrag gelten eigene Inhalte, die - insbesondere hinsichtlich Ausführung, Mängelansprüchen und deren Verjährung - mit allen anderen Einzelverträgen abgestimmt sein müssen. Kommt es bei nur einer Ausschreibung und/oder einem Vertrag zu Verzögerungen oder sonstigen Problemen, so betrifft dies alle anknüpfenden Ausschreibungen bzw. Verträge nachteilig.

Wie Beispiele aus der Praxis belegen, lässt sich die notwendige Koordinierung schon heute oft nur mit externen „Projektsteuerern“ bewältigen. Aufgrund des ENTWURFS würde dieser Bedarf für die öffentliche Hand – insbesondere im kommunalen Bereich – erheblich steigen. Den damit verbundenen Aufwand (d.h. eigenes Beschaffungsverfahren für jeden „Projektsteuerer“) und dessen finanzielle Folgen lässt der ENTWURF unerwähnt. Dies ist überraschend, weil das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in anderem Zusammenhang selbst ausführt, die ca. 30.000 deutschen Beschaffungsstellen seien „meist ... sehr klein; vielfach sind sie pro Stelle nur mit einer Person oder einer Halbtagskraft ausgestattet“ (siehe Broschüre BMWi „Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen“, Februar 2006, Abschnitt 2.2, Seite 16). Wie sollen diese Beschaffungsstellen die Anforderungen des ENTWURFS vor allem finanziell erfüllen?

Ebenso bleibt unerwähnt, dass der ENTWURF Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten des europäischen Wirtschaftsraums (d.h. der Europäischen Union, Islands, Liechtensteins und Norwegens) nicht benachteiligen darf. Dies bedeutet beispielsweise, dass künftig auch französische Unternehmer mit einem bestimmten Spezialgebiet einen ANSPRUCH gegen deutsche Beschaffungsstellen hätten, Beschaffungen zwingend nach „Teil- und Fachlosen“ zu vergeben, d.h. neben einer Aufteilung der Menge (siehe unten) auch ihr Spezialgebiet zu berücksichtigen. Der Sinn einer solchen Regelung, die erheblich über die bestehende deutsche Rechtslage hinaus geht und keine Entsprechung in anderen Mitgliedstaaten des europäischen Wirtschaftsraums findet, wäre zu begründen.

Erschwerend käme für öffentliche Bauaufträge hinzu, dass künftig Bauleistungen und die Beschaffung zugehöriger Baustoffe – entgegen der bisherigen Regelung in der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) – zwingend zu trennen wären (siehe unten). So müssten Beschaffungsstellen zunächst Baustoffe einkaufen und deren Transport zur Baustelle organisieren, ehe Bauunternehmer diese Baustoffe einbauen könnten. Eine gemeinsame Beschaffung nur zuzulassen, wenn „*technische oder wirtschaftliche Gründe*“ dies im Einzelfall konkret „*erfordern*“, schafft unnötige Bürokratie und dürfte weder dem legitimen Interesse deutscher Beschaffungsstellen entsprechen noch demjenigen gerade mittelständischer Unternehmer.

Probleme begründet der ENTWURF auch für mittelständische Unternehmer, die etwa im Deponie-, Kläranlagen-, Infrastruktur- oder Brückenbau traditionell „Paket-“ bzw. „Komplettleistungen“ anbieten. Obwohl hier eine Teilung bislang unüblich ist, wären Beschaffungen künftig zwingend in „Teil- und Fachlosen“ zu vergeben.

Nicht nur in diesem Zusammenhang lässt der ENTWURF unberücksichtigt, dass sich Effizienzsteigerungen, Innovationen und „nachhaltige“ Beschaffungen nur verwirklichen lassen, wenn Unternehmer die Möglichkeit erhalten, Leistungen über einen „Teil- bzw. Fachbereich“ hinaus anzubieten. So lässt sich die Energieeffizienz von Gebäuden allenfalls in Teilbereichen und kaum aufeinander abgestimmt steigern, wenn Bauvorhaben zwingend in dutzenden „Teil- und Fachlosen“ zu vergeben sind.

Auch passt es nicht zusammen, die schlüsselfertige Beschaffung „innovativer“ Kläranlagen mit allen positiven Wirkungen dieses „guten Referenzprojekts“ auch auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmer hervorzuheben (siehe Broschüre BMWi „Impulse für Innovationen im öffentlichen Beschaffungswesen“, Februar 2006, Abschnitt 1.1, Seite 9, 10), dies aber durch einen streng gegenläufigen ENTWURF zum deutschen Beschaffungsrecht für die Zukunft gerade auszuschließen.

Warum hat der deutsche Gesetzgeber gerade erst einen „wettbewerblichen Dialog“ für „komplexe“ Beschaffungsvorhaben eingeführt, wenn derartige Vorhaben künftig zwingend nach „Teil- und Fachlosen“ vergeben werden müssen?

### **(3) Widerspruch zu VOL/A und VOB/A.**

Zu begründen wäre auch, warum der ENTWURF den – unter Leitung der Bundesministerien für Wirtschaft und Technologie bzw. für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung und unter Beteiligung der Bundesländer, der Kommunen und Unternehmer - erarbeiteten Vergabe- und Vertragsordnungen für Liefer- und Dienstleistungen (VOL/A) bzw. für Bauleistungen (VOB/A) grundlegend widerspricht. Deren einschlägige Regeln lauten:

§ 5 VOL/A Vergabe nach Losen	§ 4 VOB/A Einheitliche Vergabe, Vergabe nach Losen
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Der Auftraggeber hat in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese – z.B. nach Menge, Art – in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Die einzelnen Lose müssen so bemessen sein, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird.</li> <li>2. Etwaige Vorbehalte wegen der Teilung der Lose, Umfang der Lose und mögliche Vergabe der Lose an verschiedene Bieter sind bereits in der Bekanntmachung</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Bauleistungen sollen so vergeben werden, dass eine einheitliche Ausführung und zweifelsfreie umfassende Haftung für Mängelansprüche erreicht wird; sie sollen daher in der Regel mit den zur Leistung gehörigen Lieferungen vergeben werden.</li> <li>2. Umfangreiche Bauleistungen sollen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose).</li> <li>3. Bauleistungen verschiedener Handwerks- oder Gewerbebranche sind in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen getrennt zu vergeben (Fachlose). Aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen dürfen mehrere Fachlose zusammen vergeben werden.</li> </ol>

Die bisherige Fassung des § 97 Absatz 3 GWB steht mit diesen Regeln in Einklang.

Dagegen ist der ENTWURF wesentlich enger gefasst. Beschaffungsstellen wären künftig daran gehindert, für Liefer- und Dienstleistungen nach Zweckmäßigkeit vorzugehen und insbesondere eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Beschaffung zu vermeiden. Vielmehr wäre jede Beschaffungsstelle zur „Zersplitterung“ verpflichtet und müsste im Einzelfall begründen, warum *„technische oder wirtschaftliche Gründe“* eine Zusammenfassung *„erfordern“*. Damit wäre beispielsweise eine gemeinsame Beschaffung von Computern und Software in Frage gestellt.

Für öffentliche Bauaufträge wäre künftig ausgeschlossen, *„in der Regel“* Bauleistungen und zugehörige Materiallieferungen gemeinsam zu vergeben. Vielmehr wäre in jedem Einzelfall zu begründen, ob und gegebenenfalls inwieweit *„technische oder wirtschaftliche Gründe“* eine gemeinsame Vergabe *„erfordern“*.

Beispiel: Für den Anstrich der Fassade eines Verwaltungsgebäudes wären künftig zwingend „nach Menge“ – und ohne konkreten Maßstab, welche „Menge“ hier verlangt wird - „Teillose“ zu bilden und diese Teillose dann *„nach Art oder Fachgebiet“* getrennt zu vergeben. In Betracht kommen (1) die Bereitstellung, (2) der An- und Abtransport sowie (3) der Auf- und Abbau erforderlicher Gerüste, (4) die Bereitstellung und (5) der Transport erforderlicher Farbe sowie (6) die Erstellung des eigentlichen Anstrichs.

Nach den Vorgaben des ENTWURFS wären diese 6 „Lose“ getrennt zu vergeben, soweit im Einzelfall keine *„technischen oder wirtschaftlichen Gründe“* eine gemeinsame Vergabe *„erfordern“*.

Inwieweit eine derart bürokratische und unverhältnismäßige Regel im Interesse mittelständischer Unternehmer liegen soll, wäre zu begründen. Uns sind aus der Praxis keine entsprechenden Forderungen durch Unternehmer oder Beschaffungsstellen bekannt.

#### **(4) Wirtschaftliche Beschaffung.**

Zweck des öffentlichen Beschaffungswesens sind keine „Beihilfen“ für bestimmte Unternehmer. Vielmehr geht es um die wirtschaftliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen in einem transparenten und nicht-diskriminierenden Wettbewerb. So führt die Begründung des Gesetzentwurfs an anderer Stelle (§ 97 Absatz 4 GWB) zutreffend aus:

*„Das Vergaberecht dient dem wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Hand und der sparsamen Verwendung von Steuergeldern. Im Rahmen ihrer Finanzverantwortung entscheiden öffentliche Auftraggeber grundsätzlich frei darüber, welche Leistungen sie einkaufen, um ihren Bedarf wirtschaftlich zu decken“.*

Zu diesem Zweck erlaubt das öffentliche Beschaffungswesen keine Bevorzugung bestimmter Unternehmer. Vielmehr ist der Zuschlag auf das „wirtschaftlich günstigste“ Angebot zu erteilen, wie § 97 Absatz 5 GWB bestätigt.

Diesen Vorgaben - auch des europäischen Vergaberechts – entsprechend verlangt der Bundesgerichtshof für die Aufteilung einer öffentlichen Beschaffung in Lose, dass diese Aufteilung zweckmäßig ist, um eine Bewerbung auch durch kleine und mittlere Unternehmen zu ermöglichen. Dagegen gehört die Verfolgung allgemeiner wirtschaftspolitischer Erwägungen, wie die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmer ebenso wenig wie die Unterstützung ortsansässiger Unternehmer zu den Kriterien, auf die eine Beschaffung gestützt werden kann.

Auch nach der etwaigen Aufteilung einer Beschaffung in Lose sind diese an denjenigen Bieter zu vergeben, der das günstigste und damit annehmbarste Angebot abgegeben hat (Bundesgerichtshof, Urteil 17. Februar 1999, X ZR 101/97, Entscheidungsgründe II.3.b).

Diese haushalts- und wettbewerbsrechtlich wichtige Klarstellung enthält der ENTWURF bislang nicht.

#### **(5) Offene Fragen.**

Unbeantwortet lässt der ENTWURF, welche konkreten „mittelständischen Interessen“ künftig „bei der Vergabe“ öffentlicher Aufträge „vornehmlich zu berücksichtigen“ sein sollen (Regel 1). Wer bestimmt diese Interessen im Einzelfall und welche Ansprüche ergeben sich daraus zu wessen Gunsten?

Hätte beispielsweise ein französischer Unternehmer, der die europäische Definition eines „mittelständischen“ Unternehmers erfüllt (siehe Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003, Amtsblatt Europäische Union L 124 vom 20. Mai 2003, Seite 36 ff.), künftig gegen deutsche Beschaffungsstellen einen Anspruch darauf, seine „mittelständischen Interessen bei der Vergabe bevorzugt zu berücksichtigen“? Wenn ja, wie verhält sich dieser Anspruch zur auch europarechtlich begründeten Pflicht, öffentliche Beschaffungen auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu vergeben?

Hätten familiengeführte deutsche Unternehmen den gleichen Anspruch, auch wenn sie die – für Beihilfen entwickelte - europäische Definition „mittelständischer“ Unternehmer mit ihrer strengen Anknüpfung an Umsatz und Beschäftigte nicht erfüllen?

Unbeantwortet ist auch, in welche „Teillose“ öffentliche Beschaffungsvorhaben künftig „der Menge nach“ aufzuteilen wären (Regel 2)? Nach welchem Maßstab sollen deutsche Beschaffungsstellen und Nachprüfungsinstanzen künftig entscheiden, welche konkrete Aufteilung nach Menge der ENTWURF im Einzelfall zwingend verlangt?

Zu klären bliebe außerdem, auf welcher Grundlage eine zwingende Trennung „nach Art oder Fachgebiet“ erfolgen soll? Wäre, um eine Diskriminierung ausländischer Unternehmer zu vermeiden (siehe oben), das europäische „Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge“ (CPV) anzuwenden und – falls ja – bis zu welcher Gliederungsebene? Für nationale, regionale oder gar örtliche Einteilungssysteme wäre zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bereits im Jahr 2000 zu einem französischen Einteilungssystem entschied, dieses benachteilige ausländische Unternehmer und widerspreche europäischem Recht (Urteil 26. September 2000, C-225/98 „Nord-Pas-de-Calais“). Wie wäre sichergestellt, dass deutsche Beschaffungsstellen keine europarechtlichen Vorgaben verletzen, insbesondere das Verbot, öffentliche Beschaffungen durch Aufteilung in Lose den einschlägigen europäischen Vergaberegeln zu entziehen?

Unbegründet lässt der ENTWURF, warum eine Vergabestelle mehrere Fach- oder Teillose nur zusammen vergeben „darf“, wenn technische oder wirtschaftliche Gründe dies „erfordern“ (Regel 3). Wann und durch wen wird dieses „Erfordernis“ festgestellt? Warum besteht bei einem „Erfordernis“ noch ein Ermessen der Beschaffungsstellen („dürfen“) und keine ausdrückliche **Pflicht** („müssen“), ein Beschaffungsvorhaben insgesamt zu vergeben? Nach derzeitigem deutschen Recht reichen „überwiegende Gründe“ für eine Gesamtvergabe, wobei die Beschaffungsstelle eine „Prognose“ trifft. Dies wäre künftig ausgeschlossen.

Generell zu klären wäre, welche konkreten Anreize der ENTWURF Unternehmern gibt, bei einer zwingenden Vergabe nach „Teil- und Fachlosen“ noch innovativ zu sein und erfolgreich am Markt zu wachsen? Wie verhindert der ENTWURF ein „geschlossenes System“, das „träge“ Unternehmer schützt und effektiven Wettbewerb, Innovationen sowie das Wachstum erfolgreicher Unternehmer erschwert oder ausschließt?

#### **(6) Fehlende sachliche Begründung.**

Nach Auskunft der Bundesregierung erreichen rund 90 % aller öffentlichen Beschaffungsvorhaben die für den ENTWURF maßgebenden „Schwellenwerte“ nicht. Von den verbleibenden 10 % werden nach Auskunft der Europäischen Kommission europaweit rund die Hälfte an mittelständische Unternehmer vergeben. An den übrigen Beschaffungsvorhaben sind mittelständische Unternehmer in Gemeinschaft mit anderen Unternehmern, als Nachunternehmer oder Lieferanten beteiligt. Insofern fragt sich, welche konkreten „Verbesserungen“ der ENTWURF erreichen soll? Die Begründung nennt kein einziges konkretes Beschaffungsvorhaben oder auch nur einen statistischen Beleg, warum die bestehende deutsche Regelung einer grundlegenden Verschärfung bedarf.

Andererseits lässt der ENTWURF praktische Probleme insbesondere für mittelständische Unternehmer unerwähnt, die sich beispielsweise daraus ergeben, dass die Zusammenarbeit mit anderen Unternehmern durch teilweise überzogene bürokratische Anforderungen erschwert wird. Die Bauindustrie unterbreitete zur Lösung gerade dieses Problems konkrete Vorschläge, die der ENTWURF leider nicht aufgreift.

## (7) Modernisierung.

Der ENTWURF ist eine deutsche Besonderheit und entspricht keiner Vorgabe des europäischen oder internationalen Rechts. Als Beispiel einer deutlich unbürokratischeren und moderneren Regelung hat Österreich in sein Bundesvergabegesetz folgende Bestimmung eingeführt:

„§ 21 (1) Leistungen können gemeinsam oder getrennt vergeben werden. Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbezweige oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gründe, wie zB die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung, maßgebend.

(2) Ein Zuschlag in Teilen einer ausgeschriebenen Gesamtleistung ist ebenso wie ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit einer Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Teile der Leistung auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne dieser Teile der Leistung anzubieten.“

Auch die Bundesregierung sollte überlegen, ob angesichts der offensichtlichen Schwachpunkte des ENTWURFS keine ernsthafte Vereinfachung und Modernisierung des deutschen Vergaberechts in Aussicht genommen werden kann.

Der bisherige ENTWURF ist aus den genannten Gründen abzulehnen.

### Zu Nummer 2 b): ENTWURF § 97 Absatz 4 GWB neu

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

§ 97 Absatz 4 GWB	<i>ENTWURF § 97 Absatz 4 GWB neu</i>
Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.	<i>Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben. <u>Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.</u> Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.</i>

Unklar ist, warum neben dem neuen Satz 2 noch der bisherige Satz 2 (jetzt Satz 3) fortbestehen soll. Warum bedarf es einer „doppelten“ Berücksichtigung „vergabefremder Aspekte“?

Abgesehen davon wäre zu begründen, warum die deutsche Regelung grundlegend über europäische Bestimmungen hinausgeht. So enthalten die Sätze 2 und 3 nicht die im europäischen Binnenmarkt wichtige Klarstellung „*sofern diese Anforderungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind*“ (siehe Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, Artikel 26)? Für Beschaffungsstellen und Unternehmer wäre diese Klarstellung notwendig, um Rechtsverstöße zu vermeiden.

**Zu Nummer 4 a): ENTWURF § 99 Absatz 1 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

§ 99 Absatz 1 GWB	ENTWURF § 99 Absatz 1 GWB neu
<p>Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau-, oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen.</p>	<p><i>Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen <u>über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau-, oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen durch eine oder mehrere juristische Personen erbringen lassen, die selbst öffentliche Auftraggeber sind und an denen privates Kapital nicht beteiligt ist, sofern diese juristischen Personen die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbieten oder im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber tätig werden.</u></i></p>

Die Ergänzung „*Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor ...*“ widerspricht europäischem Recht. Danach ist für „ausschreibungsfreie“ verwaltungsinterne Vorgänge eine Kontrolle „*wie über eigene Dienststellen*“ erforderlich. Dies verlangt der ENTWURF bislang nicht.

Abgesehen vom – nach der Rechtsprechung eng auszulegenden - Sonderfall des Artikels 18 Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (d.h. Dienstleistungsaufträge, die aufgrund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden) ist es nicht Aufgabe öffentlicher Stellen, unter Ausschluss privater Wettbewerber (entgeltlich) für andere öffentliche Stellen tätig zu werden und dies auch noch mit dem Zusatz, nur „im wesentlichen“ für öffentliche Stellen tätig zu werden.

Damit könnten komplette Marktsegmente privaten Unternehmern entzogen werden, ergänzt um die weitergehende Berechtigung, auch in weiteren Marktsegmenten privaten Unternehmern unlautere Konkurrenz zu machen.

**Zu Nummer 4 b): ENTWURF § 99 Absatz 3 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

§ 99 Absatz 3 GWB	ENTWURF § 99 Absatz 3 GWB neu
<p>Baufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.</p>	<p><i>Baufträge sind Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks <u>für den öffentlichen Auftraggeber</u>, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen soll, oder einer <u>dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden</u> Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.</i></p>

Die Ergänzungen schränken den Begriff des „Bauftrags“ entgegen europäischen Recht ein (Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, Artikel 1 (2) b)). Beide neuen Tatbestandsmerkmale provozieren „Umgebungsgeschäfte“ und sind daher zu streichen.

**Zu Nummer 5 g): ENTWURF § 100 Absatz 2 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

§ 10 Vergabeverordnung. Freistellung verbundener Unternehmen.	ENTWURF § 100 Absatz 2 GWB neu. Freistellung verbundener Unternehmen.
<p>(1) § 7 gilt nicht für Dienstleistungsaufträge, 1. die (Sektoren-)Auftraggeber an ein mit ihm verbundenes Unternehmen vergibt, 2. die ein gemeinsames Unternehmen, das mehrere Auftraggeber zur Durchführung von (Sektoren-)Tätigkeiten im Sinne des § 8 gebildet haben, an einen dieser Auftraggeber oder an ein Unternehmen vergibt, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist. (2) Ein verbundenes Unternehmen ist ...</p>	<p><i>Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsverträge und für <u>Aufträge</u>,</i> ... o) von aa) Auftraggebern, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, an ein mit diesem Auftraggeber verbundenes Unternehmen oder bb) einem gemeinsamen Unternehmen, das mehrere Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, ausschließlich zur Durchführung dieser Tätigkeiten gebildet haben, an ein Unternehmen, das mit einem dieser Auftraggeber verbunden ist, sofern mindestens 80 % des von diesem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre in der Europäischen Union erzielten durchschnittlichen Umsatzes im entsprechenden Liefer-, oder Bau- oder Dienstleistungssektor aus der Erbringung dieser Lieferungen oder Leistungen für den mit ihm verbundenen Auftraggeber stammen ...</p>

Der ENTWURF erweitert die bisher auf Dienstleistungsaufträge beschränkte Regelung auf alle Beschaffungen, d.h. auch Liefer- und Bauleistungen. Dies begründet – neben weiteren Problemen für private Unternehmer aus der generell problematischen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand - insbesondere Schwierigkeiten im Bereich der öffentlich finanzierten Schieneninfrastruktur. Beispielsweise könnte die Deutsche Bahn AG nach dem ENTWURF öffentliche Haushaltsmittel unmittelbar und ohne Wettbewerb ihren bauausführenden Tochterunternehmen weitergeben. Private Bauunternehmer hätten so keine Möglichkeit, entsprechende Bauaufträge der Deutschen Bahn AG im Wettbewerb zu erhalten. Die öffentlichen Haushaltsmittel hätten den Charakter einer „Beihilfe“, die bei der Europäischen Kommission anzumelden wäre.

Im Zusammenspiel mit dem ENTWURF betreffend § 101 Absatz 7 GWB neu (d.h. freie Verfügbarkeit des Verhandlungsverfahrens, siehe unten zu Nummer 6 d) ergibt sich das Problem, dass im Einzelfall zwar haushaltsrechtlich strengere Vorschriften für öffentliche Beschaffungsstellen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung möglich sind (siehe Begründung zu Nummer 6 d) des ENTWURFS), das zuständige Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen sowie das Bundesministerium der Finanzen von dieser Möglichkeit aber gerade für die Deutsche Bahn AG keinen Gebrauch machen.

Statt dessen soll sich die Deutsche Bahn AG in einer so genannten „Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung“ (LuFV) nur verpflichten, die für Schieneninfrastruktur zur Verfügung gestellten öffentlichen Haushaltsmittel entsprechend den Vorschriften des „anwendbaren“ Beschaffungsrechts zu vergeben. Dies würde die oben genannten Bestimmungen des ENTWURFS mit den oben beschriebenen Folgen einschließen.

Um dieses – den bisherigen Beschlüssen des Haushaltsausschuss des deutschen Bundestages widersprechende – Ergebnis zu vermeiden, wäre der ENTWURF zu § 100 Absatz 2 GWB dahingehend einzuschränken, dass diese Bestimmung nicht für den Fall einer Finanzierung von Beschaffungsmaßnahmen durch öffentliche Haushaltsmittel gilt.

Ergänzend wäre – unabhängig von der Deutschen Bahn AG – der ENTWURF zu § 98 Nummer 4 GWB anzupassen durch den Zusatz „*natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, auch wenn sie unter Nummer 4 fallen, ...*“.

#### **Zu Nummer 6 d): ENTWURF § 101 Absatz 7 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 101 Absatz 6 GWB. Arten der Vergabe .</b>	<i>ENTWURF § 101 Absatz 7 GWB neu. Arten der Vergabe.</i>
Öffentliche Auftraggeber haben das offene Vergabeverfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.  Auftraggebern, die nur unter § 98 Nr. 4 fallen, stehen das offene Verfahren, das nicht offenen Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung.	<i>Öffentliche Auftraggeber haben das offene Vergabeverfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.  Auftraggebern stehen, <u>soweit sie auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind</u>, das offene Verfahren, das nicht offenen Verfahren und das Verhandlungsverfahren nach ihrer Wahl zur Verfügung.</i>

Der ENTWURF ist widersprüchlich und daher abzulehnen.

Werden europarechtlich mögliche Lockerungen des Verfahrens für „klassische“ öffentliche Beschaffungsstellen abgelehnt (siehe Begründung des ENTWURFS zu § 101: *Keine Gleichstellung offenes Verfahren mit nicht offenem Verfahren nach Teilnahmewettbewerb. Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung kann besser erreicht werden, wenn das offene Verfahren weiter als Regelverfahren vorgegeben wird*), so ist für öffentliche Beschaffungsstellen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung keine wesentlich weiter gehende Öffnung möglich.

### Zu Nummer 7: ENTWURF § 101a GWB neu

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 13 Vergabeverordnung. Informationspflicht.</b>	<i>ENTWURF § 101a GWB neu. Informations- und Wartepflicht.</i>
<p>Der Auftraggeber informiert die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebotes. Er sendet diese Informationen in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsabschluss an die Bieter ab. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an. Ein Vertrag darf vor Ablauf der Frist oder ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist, nicht geschlossen werden. Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.</p>	<p><i>(1) Der Auftraggeber hat die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots <u>und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Textform zu informieren. Dies gilt auch für Bewerber, denen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt wurde, bevor die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information nach Satz 1 und 2 geschlossen werden. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber, auf den Zugang beim betroffenen Bieter und Bewerber kommt es nicht an.</u></i></p> <p><i>(2) <u>Die Informationspflicht entfällt in den Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit zulässig ist.</u></i></p>

Der ENTWURF ist unvollständig. Um unnötigen Rechtsstreit zu vermeiden, ist – entsprechend europäischem Recht und im Interesse von Beschaffungsstellen sowie Unternehmen - die Informationspflicht zu ergänzen um die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots (Nachprüfungsänderungsrichtlinie 2007/66/EG, Artikel 1.2 - Artikel 2a in Verbindung mit Allgemeiner Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, Artikel 41 Absatz 2).

**Zu Nummer 7: ENTWURF § 101b GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 13 Vergabeverordnung. Informationspflicht.</b>	<i>ENTWURF § 101b GWB neu. Unwirksamkeit.</i>
<p>... Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.</p>	<p><i>(1) Ein Vertrag ist <u>von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber</u></i>  <i>1. <u>gegen § 101a verstoßen hat oder</u></i>  <i>2. <u>einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist</u></i>  <i>und die Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren nach Absatz 2 festgestellt worden ist.</i></p> <p><i>(2) Die Unwirksamkeit nach Absatz 1 kann nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist. Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.</i></p>

Um Missverständnisse auszuschließen, wäre in Absatz 1 Nummer 1 klarzustellen, dass nicht lediglich „andere“ Unternehmer zu „beteiligen“ sind, um eine Unwirksamkeit zu vermeiden. Vielmehr muss diese Beteiligung nach den Bestimmungen des Beschaffungsrechts erfolgt sein. Eine mögliche Formulierung wäre der Zusatz, „... ohne andere Unternehmen nach den Bestimmungen dieses Gesetzes beteiligt zu haben“. Alternativ könnte der gesamte Halbsatz „ohne andere Unternehmen ...“ möglicherweise entfallen.

Zu ergänzen wäre in Absatz 2 der europarechtlich vorgeschriebene Zusatz „*sofern in der Bekanntmachung die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers begründet wird, einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben*“ (Nachprüfungsänderungsrichtlinie 2007/66/EG, Artikel 2.1 - Artikel 2f).

Gleiches gilt für die notwendige Klarstellung, dass die Fristen von 30 Kalendertagen bzw. von sechs Monaten jeweils berechnet werden ab dem Tag, der auf den Tag Veröffentlichung bzw. des Vertragsschlusses folgt (Nachprüfungsänderungsrichtlinie 2007/66/EG, Artikel 2.1 - Artikel 2f).

**Zu Nummer 13: ENTWURF § 107 Absatz 3 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 107 Absatz 3 GWB. Einleitung, Antrag.</b>	<i>ENTWURF § 107 Absatz 3 GWB neu. Einleitung, Antrag.</i>
<p>Der Antrag ist unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Der Antrag ist außerdem unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden.</p>	<p><i>Der Antrag ist unzulässig, soweit</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1. der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat,</i></li> <li><i>2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,</i></li> <li><i>3. <u>Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht unverzüglich nach Erhalt, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,</u></i></li> <li><i>4. <u>mehr als 14 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.</u></i></li> </ol> <p><i><u>Satz 1 gilt nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 101 Abs. 1 Nr. 2. § 101a Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt.</u></i></p>

Der ENTWURF zu Nummer 3 widerspricht mit der Formulierung „*unverzüglich nach Erhalt*“ der Parallelvorschrift in Nummer 2. Es ist unmöglich, umfangreiche Beschaffungsunterlagen „*unverzüglich nach Erhalt*“ zu prüfen und gegenüber der Vergabestelle zu beanstanden. Diese Einschränkung muss daher entfallen.

Der ENTWURF zu Nummer 4 setzt mit „*14 Kalendertagen*“ eine unangemessen kurze Ausschlussfrist für Vergabebeschwerden. Es dürfte weder im Interesse von Vergabestellen noch von Unternehmern liegen, überstürzte Vergabebeschwerden zu provozieren. Die Ausschlussfrist muss daher auf mindestens 1 Monat verlängert werden.

**Zu Nummer 14: ENTWURF § 110 Absatz 1 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 110 GWB Untersuchungsgrundsatz.</b>	<i>ENTWURF § 110 GWB neu. Untersuchungsgrundsatz.</i>
(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen.	(1) Die Vergabekammer erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. <u>Sie kann sich dabei auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss. Zu einer umfassenden Rechtmä-</u>

	<u>Si</u> gheitskontrolle ist die Vergabekammer nicht verpflichtet. Sie achtet bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf, den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen zu beeinträchtigen.
--	---

Der ENTWURF ist widersprüchlich und daher abzulehnen. Dem Rechtsstaatsgebot und dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes widerspricht, einerseits den Amtsermittlungsgrundsatz festzuschreiben, diesen andererseits jedoch durch unbestimmte Rechtsbegriffe erheblich einzuschränken.

### Zu Nummer 17 b) cc) dd): ENTWURF § 115 Absatz 2 Satz 3 GWB neu

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 115 Absatz 2 GWB. Aussetzung des Vergabeverfahrens.</b>	<i>ENTWURF § 115 Absatz 2 GWB neu. Aussetzung des Vergabeverfahrens.</i>
Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber auf seinen Antrag gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen der Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen ...	<i>Die Vergabekammer kann dem Auftraggeber auf seinen Antrag <u>oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll</u>, gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen der Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Die Vergabekammer berücksichtigt dabei auch die Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Zuschlag zu erhalten. <u>Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein</u> ...</i>

Unausgewogen und daher abzulehnen ist, die „*wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers*“ als „*überwiegendes Interesse der Allgemeinheit*“ zu definieren. Dadurch würde die Dauer des Nachprüfungsverfahrens einseitig zu Lasten des Beschwerdeführers wirken. Die Nachprüfungsänderungsrichtlinie 2007/66/EG bestimmt in einem vergleichbaren Zusammenhang, dass „*wirtschaftliche Interessen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag*“ nicht als Gründe des Allgemeininteresses anzuerkennen sind (Artikel 1.2 – Artikel 2d (3)).

Widersprüchlich und daher abzulehnen ist, einerseits die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags vorzuschreiben, dies andererseits jedoch – offenbar zu Gunsten des Auftraggebers – nicht „in jedem Fall“ zu verlangen.

**Zu Nummer 18: ENTWURF § 118 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 118 GWB. Wirkung.</b>	<b>ENTWURF § 118 GWB neu. Wirkung.</b>
<p>(1) Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.</p> <p>(2) Bei seiner Entscheidung über den Antrag nach Absatz 1 Satz 3 berücksichtigt das Gericht die Erfolgsaussichten der Beschwerde. Es lehnt den Antrag ab, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.</p>	<p>(1) Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt <u>eine Woche</u> nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.</p> <p>(2) Das Gericht lehnt den Antrag nach Absatz 1 Satz 3 ab, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Es berücksichtigt dabei auch die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. <u>Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist.</u></p>

Der ENTWURF ist abzulehnen. Es ist unangemessen und widerspricht dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes, die ohnehin auf nur 2 Wochen beschränkte aufschiebende Wirkung einer sofortigen Beschwerde um die Hälfte zu reduzieren.

Unausgewogen und daher abzulehnen ist, die „*wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers*“ als „*überwiegendes Interesse der Allgemeinheit*“ zu definieren (siehe oben zu Nummer 17 b) cc)).

**Zu Nummer 20: ENTWURF § 121 Absatz 1 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 121 Absatz 1 GWB. Vorabentscheidung über den Zuschlag.</b>	<b>ENTWURF § 121 Absatz 1 GWB neu. Vorabentscheidung über den Zuschlag.</b>
<p>Auf Antrag des Auftraggebers kann das Gericht unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten. Das Gericht kann den Zuschlag auch gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise ge-</p>	<p>Auf Antrag des Auftraggebers <u>oder auf Antrag des Unternehmens, das nach § 101a vom Auftraggeber als das Unternehmen benannt ist, das den Zuschlag erhalten soll,</u> kann das Gericht den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller</p>

<p>schädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem schnellen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.</p>	<p><i>möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Das Gericht berücksichtigt dabei auch die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. <u>Ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit liegt vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist.</u></i></p>
--	---

Unausgewogen und daher abzulehnen ist, die „wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers“ als „überwiegendes Interesse der Allgemeinheit“ zu definieren (siehe oben zu Nummer 17 b) cc)).

#### **Zu Nummer 22 b): ENTWURF § 127 Nummer 2 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 127 Nummer 2 GWB. Ermächtigungen.</b>	<i>ENTWURF § 127 Nummer 2 GWB neu. Ermächtigungen.</i>
<p>Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen erlassen</p> <p>...</p> <p>2. zur näheren Bestimmung der Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung, des Verkehrs und der Telekommunikation, soweit dies zur Erfüllung von Verpflichtungen aus Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft erforderlich ist.</p>	<p><i>Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Regelungen erlassen</i></p> <p>...</p> <p><i>2. <u>über das bei der Vergabe durch Auftraggeber, die auf dem Gebiet der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs tätig sind, einzuhaltende Verfahren, über die Auswahl und die Prüfung der Unternehmen und der Angebote, über den Abschluss des Vertrags und sonstige Regelungen des Vergabeverfahrens.</u></i></p>

Der ENTWURF schafft die Grundlage für eine weitere „Vergabeverordnung“.

Dies widerspricht dem Ziel einer Vereinfachung der bestehenden Regeln und ist sachlich unbegründet. Es bestehen – auf Grundlage des GWB – wirksame Regeln auch für Beschaffungsstellen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung gemäß Vergabeverordnung in Verbindung mit der Vergabe- und Vertragsordnung für Lieferungen und Leistungen (VOL/A) bzw. für Bauleistungen (VOB/A).

Bei Bedarf lassen sich diese Regeln inhaltlich anpassen, ohne eine zusätzliche „Vergabeverordnung“ zu schaffen. Der ENTWURF ist daher abzulehnen.

**Zu Nummer 23 a): ENTWURF § 128 Absatz 2 GWB neu**

Der ENTWURF enthält folgende neue Vergaberegeln:

<b>§ 128 Absatz 2 GWB. Kosten.</b>	<i>ENTWURF § 128 Absatz 2 GWB neu. Kosten.</i>
<p>Die Höhe der Gebühren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 EURO; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von 25.000 EURO nicht überschreiten, kann aber im Einzelfall, wenn der Aufwand und die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von 50.000 EURO erhöht werden.</p>	<p><i>Die Gebühr beträgt mindestens <u>5.000 EURO</u>; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden. Die Gebühr soll den Betrag von <u>50.000 EURO</u> nicht überschreiten, kann aber im Einzelfall, wenn der Aufwand und die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag von <u>100.000 EURO</u> erhöht werden.</i></p>

Der ENTWURF ist abzulehnen. Es ist unangemessen, widerspricht dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes und benachteiligt wirtschaftlich schwächere Unternehmer, wenn die bisherigen Gebühren ohne konkreten sachlichen Grund verdoppelt werden.

Sollten die Vergabekammern – wie die Begründung des ENTWURFS ohne konkreten Nachweis pauschal behauptet – tatsächlich nicht kostendeckend arbeiten, so wäre die Gebührenbefreiung öffentlicher Beschaffungsstellen im Falle Ihres Unterliegens zu prüfen, ehe der Zugang von Unternehmern zum Rechtsschutz erheblich erschwert wird.

Ergänzungen dieser Stellungnahme bleiben vorbehalten.

Berlin, den 13. August 2008

Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.  
Kurfürstenstraße 129  
10785 Berlin

Telefon (0 30) 2 12 86 – 1 00  
Telefax (0 30) 2 12 86 – 2 40  
e-mail: [info@bauindustrie.de](mailto:info@bauindustrie.de)  
internet: [www.bauindustrie.de](http://www.bauindustrie.de)

**Stellungnahme**  
**zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts**  
**- BT-Drucksache 16/10117 -**

**Zusammenfassung:**

**A) Neufassung der sog. „Mittelstandsklausel (§ 97 Abs. 3 GWB-E)**

Bevorzugung des „Mittelstandes“ ist in dieser Fassung rechtswidrig.

**Gründe:**

**I. Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 2 und Art. 3 GG)**

- Keine sachgerechte Abgrenzung des begünstigten Personen- bzw. Firmenkreises wegen fehlender Definition „Mittelstand“, daher Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) (siehe BVerfG NJW 2007, 573 f.)
- Unternehmen, die den Begriff „Mittelstand“ nicht erfüllen, werden:
  - ohne sachlichen Grund ungleich behandelt (Art. 3 Abs. 1 GG)
  - mit einem Wettbewerbsnachteil belastet (Art. 2 Abs. 1 GG).

**II. Verstoß gegen allgemeine Vergaberechtsgrundsätze**

1. Verstoß gegen Chancengleichheit der Bewerber (BGH NJW 2000, 137)
2. Verstoß gegen Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung der öffentlichen Hand (Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim BMWi vom 12. Mai 2007 „Öffentliches Beschaffungswesen“ und Empfehlungen der Bundesrats-Ausschüsse vom 20. Juni 2008.)

### III. Verstoß gegen ökonomische Anforderungen

Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Beschaffung (§§ 1 und 6 HGrG).

### IV. Probleme in der Vergabepaxis

1. Trennung von Bauleistung und dazugehöriger Lieferleistung  
Bürokratisch und unökonomisch
2. Erhebliche Belastung von mittelständischen Unternehmen  
z.B. im Schlüsselfertigen Hochbau, Deponie-, Brückenbau etc.
3. Ermessensreduzierung der Vergabestellen
4. Erheblicher zusätzlicher personeller und finanzieller Aufwand  
für die öffentliche Hand
5. Widerspruch zur PPP-Initiative der Bundesregierung
6. Widerspruch zur verstärkten „Funktionalen Ausschreibung“ im Straßenbau

### B) Interkommunale Zusammenarbeit (§ 99 Abs. 1 GWB-E)

Ein wachsender Teil des Marktes wird dem Wettbewerb entzogen - mittelstandsfeindlich.  
(Zu den Einzelheiten siehe gemeinsames Positionspapier der 16 Verbände – in **Anlage 1.**)

### C) Erhebliche Einschränkungen des effektiven Rechtsschutzes oberhalb der EU-Schwellenwerte (§ 107 ff GWB-E)

Abzulehnen, da mittelstandsfeindlich.

### D) Ermächtigungsnorm für eine Sektorenrechtsverordnung (§ 127 Nr. 2 GWB-E)

Klarer Widerspruch sowohl zur Koalitionsvereinbarung vom 11. November 2005 als auch zum Kabinettsbeschluss vom 28. Juni 2006.

Zu den Einzelheiten siehe **beiliegende** Stellungnahme der Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Stand: 13. August 2008) - **Anlage 2.**