



**Stellungnahme des
Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB)
zu den Vorlagen:**

- Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Drucksache 16/10117)
- Novellierung des Vergaberechts für Bürokratieabbau nutzen – Bundesweit einheitliches Präqualifikationssystem für Leistungen einführen (Drucksache 16/9092)
- Bei öffentlichen Aufträgen sozialökologische Anliegen und Tariftreue durchsetzen (Drucksache 16/6930)
- Tariftreue europarechtlich absichern (Drucksache 16/9636)
- Ökoeffiziente Beschaffung auf Bundesebene durchsetzen (Drucksache 16/6791)
- Vergaberecht reformieren – Rechtssicherheit schaffen – Eckpunkte für die Reform des Vergaberechts (Drucksache 16/8810)

**für die Anhörung im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
des Deutschen Bundestages am 13. Oktober 2008.**

Zusammenfassung:

Effektiver Rechtsschutz

Das Baugewerbe befürwortet die Einführung eines Primärrechtsschutzes auch unterhalb der EU-Schwellenwerte, denn durch einen effektiven Rechtsschutz werden die Vergabeprozesse transparent und die Einhaltung der Vergaberegeln sichergestellt.

Die vorgeschlagenen Eingriffe in die Nachprüfungsverfahren schwächen die Position der Bieter in bedenklicher Weise und werden abgelehnt.

Kein Korruptionsregister

Die Einführung eines dritten Registers neben dem Bundeszentralregister und dem Gewerbezentralregister ist nicht notwendig und wird abgelehnt.lässige Bieter können bereits jetzt nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz und durch die Vergabeordnung vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Es herrscht kein Mangel an Aufträgen, vielmehr an einem konsequenten Vollzug.

Zentralverband des
Deutschen Baugewer-
bes

Kronenstraße 55 - 58
D-10117 Berlin-Mitte

Telefon 030/2 03 14 - 0
Telefax 030/2 03 14 - 419

<http://www.zdb.de>

Präqualifikation

Die Bundesregierung, Länder, Kommunen und die Bauwirtschaft haben im Jahr 2006 ein Präqualifikationsverfahren für die Bauwirtschaft (PQ) ins Leben gerufen, das die Zusammenstellung und Prüfung der Eignungsnachweise organisiert. Die PQ sorgt daher für den Abbau bürokratischer Lasten und stellt die Beauftragung geeigneter Unternehmen sicher.

Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen

Die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, auch ohne Einvernehmen des Tarifausschusses wird abgelehnt, da dies ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip und den bewährten Ausgleich der Sozialpartner im Tarifausschuss darstellen würde.

Mittelstandsklausel

Die vorgelegte Mittelstandsklausel ist angemessen und sachgerecht, führt zu einer Stärkung des Mittelstandes und erlaubt eine Zusammenfassung von Losen immer dort, wo es wirtschaftlich oder technisch notwendig ist.

Vergabefremde Aspekte

Eine auftragsbezogene Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte ist auch zurzeit schon möglich. Jede Einbeziehung sog. vergabefremder Aspekte muss strikt auftragsbezogen und in der Leistungsbeschreibung niedergelegt sein.

Interkommunale Zusammenarbeit

Hauptzweck des deutschen Vergaberechts ist die Sicherstellung des wirtschaftlichen Einkaufs am Markt durch wettbewerbliche und transparente Vergabeverfahren. Die geplante Regelung zur interkommunalen Zusammenarbeit steht

dieser Zielsetzung entgegen, weil jede Form interkommunaler Kooperation vom Vergaberecht freigestellt würde. Dies führt zu einer weiteren Marktabschottung und birgt die Gefahr einer ineffizienten Verwendung öffentlicher Finanzmittel und steigender Belastungen der Steuer- und Gebührenzahler in sich.

Kommunen haben das Recht, zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben untereinander zu kooperieren. Dies muss jedoch, wo immer möglich, wettbewerbsorientiert ausgestaltet sein, denn dies führt zu Transparenz und damit zu einem wirtschaftlichen Einkauf.

I. Einleitung

Der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes als größter Branchenverband mit rund 35.000 mittelständischen Mitgliedsbetrieben begrüßt, dass die vorliegende Gesetzesnovelle auf eine Modernisierung des Vergaberechts im Rahmen des bewährten dreistufigen Systems abzielt.

Der Aufbau des Vergaberechts in Form der Kaskade, also dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung (VgV) sowie den Vergabe- und Vertragsordnungen ist den Rechtsanwendern vertraut, stellt sicher, dass der Anwender vor Ort allein mit seiner Vergabeordnung umgeht und ist daher schon mangels vernünftiger Alternative - beizubehalten.

Die seit Jahrzehnten bewährte Entlastung des Gesetz- und Verordnungsgebers durch die unbürokratisch arbeitenden Vergabeausschüsse, die sich paritätisch aus Fachleuten von Auftraggeber- und Auftragnehmerseite zusammensetzen, ist die Garantie dafür, dass für die Anwender unbürokratische und praktikable Vergaberegeln auch in Zukunft erarbeitet werden, die von allen Beteiligten akzeptiert werden.

Insbesondere für den Unterschwellenbereich (98% im Baubereich, 95% im Lieferbereich aller Vergaben) wenden Bund, Länder und die meisten Kommunen die VOB und die VOL an. Grund hierfür ist, dass sie aktiv an der Erarbeitung der Regelwerke beteiligt sind. Die Akzeptanz des Vergaberechts in seiner jetzigen Form wird durch den dreigliedrigen Aufbau und die paritätische Besetzung der Vergabeausschüsse durch Auftraggeber- und Auftragnehmerseite sichergestellt und kann nur im bestehenden System erhalten bleiben.

II. Effektiver Rechtsschutz auch unterhalb der EU-Schwellenwerte

Im Gegensatz zur Bundesregierung befürwortet das Baugewerbe die Einführung eines Primärrechtsschutzes auch unterhalb der EU-Schwellenwerte, denn eine Voraussetzung für ein funktionierendes Vergaberecht ist ein effektiver Rechtsschutz oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Bei einem jährlichen Vergabevolumen von rund 360 Mrd. Euro darf es keinen rechtsfreien Raum geben. Nur durch einen effektiven Rechtsschutz werden die Vergabeprozesse transparent und die Einhaltung der Vergaberegeln sichergestellt. Ein solcher Rechtsschutz würde einen wirtschaftlichen Einkauf durch die öffentliche Hand gerade nicht gefährden. Im Baubereich liegen 98% aller Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte, für die das Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB nicht gilt. Für 98% aller öffentlichen Bauaufträge gibt es daher kein geregeltes Primärrechtsschutzsystem und keinen einheitlichen Rechtszustand.

Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte wurde in der Praxis in der Vergangenheit sowohl von Zivilgerichten als auch von Verwaltungsgerichten gewährt. Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht mittlerweile entschieden hat, dass bei Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Zivilrechtsweg eröffnet ist, hat dies bislang nicht zu

mehr Rechtssicherheit geführt. Während einzelne landgerichtliche Entscheidungen Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich gewähren, lehnen andere Entscheidungen genau dies ab. Dies ist ein für die Praxis unhaltbarer Zustand, da die Gewährung von Primärrechtsschutz nun vom Landgerichtsbezirk abhängt.

Das deutsche Baugewerbe befürwortet daher, dass im Unterschwellenbereich ein effektiver Rechtsschutz mit kurzen Entscheidungsfristen eingerichtet wird. Entsprechende Vorschläge für ein schlankes und effektives Rechtsschutzsystem im Unterschwellenbereich liegen vor.

III. Register über schwere Verfehlungen

Die Überlegungen des Bundesrates, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ein bundesweites Register über schwere Verfehlungen einzuführen, lehnen wir ab, da die Diskussion über ein solches Register zur einer Überfrachtung des Gesetzgebungsvorhabens führen würde. Zudem ist kein Grund ersichtlich, neben dem Bundeszentralregister und dem Gewerbezentralregister ein neues, drittes Register einzuführen.

Korruption und andere schwere Verfehlungen beeinträchtigen den Wettbewerb und wirken sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge regelmäßig nachteilig auf konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer und den Auftraggeber aus. Unternehmen, die solche Verfehlungen begehen, sind daher vom Wettbewerb auszuschließen. Die Notwendigkeit, hierfür neben dem bisher schon bekannten Bundeszentralregister und Gewerbezentralregister ein weiteres Register zu schaffen, ist jedoch nicht gegeben. Im Gewerbezentralregister werden bereits jetzt die entsprechenden Straftaten und Ordnungswidrigkeiten für jede Vergabestelle abrufbar aufgeführt. Zudem enthalten das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und das Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits entsprechende Regelungen über den Ausschluss vom öffentlichen Wettbewerb, wenn die Unternehmen durch entsprechende Verhaltensweisen als unzuverlässig einzustufen sind.

Darüber hinaus gibt § 8 Nr. 5 VOB/A den Vergabestellen die Möglichkeit, Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb auszuschließen, die sich in einem Insolvenzverfahren oder in Liquidation befinden. Des Weiteren besteht die Möglichkeit zum Ausschluss, wenn das Unternehmen nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, die die Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt oder die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung oder den Berufsgenossenschaften oder unzutreffende Erklärungen in Bezug auf die Eignung des Unternehmens im Vergabeverfahren erfolgt sind.

Es herrscht daher kein Mangel an gesetzlichen Regelungen, vielmehr an einem konsequenten Vollzug der bereits bestehenden Normen. Insbesondere die Vergabestellen sind aufgerufen, die ihnen in § 8 Nr. 5 VOB/A eingeräumten Möglichkeiten zu nutzen. Die Prüfung der Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) kann zudem völlig unbürokratisch mit dem von Bund, Ländern, Kommunen und der Bauwirtschaft eingeführten System der Präqualifikation in der Bauwirtschaft durchgeführt werden. Nach den strengen Regelungen des Präqualifikati-

onssysteme können nur solche Betriebe präqualifiziert werden, bei denen kein Ausschlussgrund vorhanden ist. Nur diese Betriebe erscheinen auf der Präqualifikationsliste, die für die Vergabestellen einsehbar ist.

IV. Präqualifikation

Im Bereich der Bauwirtschaft gibt es seit dem Januar 2006 ein Präqualifikationsverfahren, das von Vertretern der öffentlichen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite (Bund, Ländern und Kommunen, dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes sowie anderen Bauverbänden und der Industriegewerkschaft Bauen Agrar Umwelt) gegründet wurde und getragen wird. Das Präqualifikationsverfahren dient dem Abbau bürokratischer Lasten sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer, die sich um öffentliche Bauaufträge bewerben. Denn das Einholen und Zusammenstellen von Unterlagen für die öffentliche Vergabe in Form von Einzelnachweisen ist mit erheblichen bürokratischen und finanziellen Lasten verbunden.

Abbau bürokratischer Lasten

Die Notwendigkeit der Einführung eines solchen Präqualifikationsverfahrens wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Bauunternehmen in Deutschland bislang jährlich rund 1,2 Mio. mal für jedes einzelne Vergabeverfahren die notwendigen Unterlagen mit ihrem Eignungsnachweis bzgl. der Fachkunde, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gem. § 8 VOB/A bei öffentlichen Auftraggebern vorlegen mussten.

Das Präqualifikationsverfahren organisiert die Zusammenstellung und Prüfung dieser Eignungsnachweise auf der Basis der in der VOB definierten Anforderungen (mit Ausnahme der auftragspezifischen Nachweise). Die Präqualifikation wird dabei auftragsunabhängig vorgenommen und überprüft, ob bei dem einzelnen Betrieb die in § 8 VOB/A definierten Anforderungen erfüllt sind.

Die bundesweit einheitliche Präqualifikation erfolgt durch sechs Präqualifikationsstellen, die von dem im Sommer 2005 gegründeten "Verein zur Präqualifikation von Bauunternehmen" organisiert und überwacht werden. Dem Verein gehören als Mitglieder u.a. das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS), das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), die Bundesländer, die kommunalen Spitzenverbände, die IG Bau sowie die Bauverbände an.

Vergabestellen mit Zugangsberechtigung

Seit Ende Januar 2006 ist im Internet unter www.pq-verein.de die Liste der bereits präqualifizierten Bauunternehmen zu finden. Der Liste ist insbesondere zu entnehmen, in welchen Leistungsbereichen des Hochbaus, Tiefbaus, Ausbaus etc. die Unternehmen präqualifiziert sind. Die hinterlegten von der Präqualifizierungsstelle überprüften Eignungsnachweise können jedoch nur von den Vergabestellen der öffentlichen Auftraggeber in einem besonders geschützten Bereich der PQ-Liste eingesehen werden.

Die Vergabestellen erhalten dazu unentgeltlich vom Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen auf Antrag eine Zugangsberechtigung. Die in diesem Teil der PQ-Liste eingestellten (und von den Bauunternehmen eingereichten) Dokumente werden im Rahmen der Präqualifikation auftragsunabhängig von einer Präqualifizierungsstelle auf Vollständigkeit, Richtigkeit und Plausibilität entsprechend der sog. Leitlinie des BMVBS geprüft. Sobald die Prüfung die Übereinstimmung mit allen Anforderungen der Leitlinie ergeben hat, wird von der Präqualifizierungsstelle die Eintragung in die PQ-Liste veranlasst. Die Gültigkeit der Präqualifikation ergibt sich dabei tagesaktuell aus dem Internetauszug. Jeweils rechtzeitig vor Ablauf der Gültigkeit einzelner Nachweise sorgt die Präqualifizierungsstelle für eine entsprechend Aktualisierung. Der PQ-Verein ist zudem bemüht, in bilateralen Gesprächen mit den für die Nachweise zuständigen Stellen zu erreichen, dass den PQ-Stellen bei Vorlage einer entsprechenden Vollmacht der Unternehmen das direkte und zeitnahe Abrufen der Nachweise auf elektronischem Wege ermöglicht wird. Präqualifizierte Bewerber um öffentliche Aufträge weisen mit ihrem Angebotsschreiben darauf hin, dass sie in der bundesweit einheitlichen Liste unter einer anzugebenden Registriernummer präqualifiziert sind.

Zunehmende Akzeptanz der Präqualifikation

Zahlreiche öffentliche Auftraggeber akzeptieren schon seit dem Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr-, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) vom 16. Januar 2006 die Präqualifikation und benötigen hinsichtlich der Eignung von präqualifizierten Bewerbern gem. § 8 VOB/A seither nicht mehr die Vorlage von Einzelnachweisen. Ab dem

1. Oktober 2008 berücksichtigt der Bund als öffentlicher Auftraggeber bei beschränkten Ausschreibungen und bei freihändigen Vergaben nur noch präqualifizierte Unternehmen. Dem Beispiel des Bundes folgen bereits einige Bundesländer.

§ 8 VOB/A

Seit mit dem In-Kraft-Treten der aktuellen Fassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) am 1. November 2006 ist das Präqualifikationsverfahren bundesweit verbindlich für alle öffentlichen Auftraggeber eingeführt worden.

Da es sich bei dem Präqualifikationsverfahren um die vorgelagerte Überprüfung der Eignung und damit um Verfahrensrecht handelt, ist die Präqualifikation in den Vergabeverordnungen und nicht innerhalb des GWB zu normieren. Dies ist bereits in § 8 Nr. 3 VOB/A geschehen ist. Für den Fall, dass ein mit der Bauwirtschaft vergleichbares Präqualifikationsverfahren auch für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungen gewünscht ist, müsste dies im Bereich der Vergabeordnungen (VOL/VOF) geregelt werden.

Rationalisierte Prüfung

Mit der Präqualifikation ist ein Instrument geschaffen worden, welches die Erbringung und Prüfung der erforderlichen Eignungsnachweise glaubwürdig, effizient, kostengünstig und unbürokratisch ermöglicht. Präqualifizierte Unternehmen wer-

den nachhaltig durch den Wegfall der Einzelprüfung bei der Bewerbung um öffentliche Bauaufträge entlastet.

Auch die Vergabestellen werden durch die Prüfung der Nachweise durch die Präqualifizierungsstelle entscheidend entlastet, da sie stets auf eine vollständige und qualifizierte Prüfung der Eignungsnachweise entsprechend § 8 VOB/A vertrauen können. Zudem können die Vergabestellen bei Bedarf die Prüfung dieser Eignungsnachweise in jedem Einzelfall ohne großen Aufwand belegen. Das System leistet zusätzlich einen wichtigen Beitrag zur Bekämpfung illegaler Praktiken auf dem deutschen Bauproduktmarkt, indem die Anforderungen der Präqualifikation durch die eingesetzten Nachunternehmer erfüllt werden müssen. Präqualifizierte Unternehmen verpflichten sich nämlich, nur ebenfalls präqualifizierte Nachunternehmer oder Nachunternehmer, die die Kriterien der Präqualifikation erfüllen, einzusetzen.

V. Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen

Gemäß § 5 Tarifvertragsgesetz kann nach entsprechenden Beratungen im Tarifausschuss ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn dieser Tarifvertrag im öffentlichen Interesse liegt und in den tarifgebundenen Unternehmen mind. 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigt sind. Eine Absenkung dieses Quorums wird von uns abgelehnt, da eine solche Absenkung einen Verstoß gegen das Demokratieprinzip bedeuten würde und andernfalls eine Minderheit der Mehrheit der in einer Branche am Wirtschaftsleben Beteiligten die Lohn- und Arbeitsbedingungen vorschreiben könnte.

Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ohne Einvernehmen im Tarifausschuss wird abgelehnt, da der paritätisch besetzte Tarifausschuss Gewähr dafür bietet, dass nach intensiver Diskussion der Sozialpartner nur diejenigen Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden, die tatsächlich im öffentlichen Interesse und im Interesse der jeweiligen Branche gelten sollen. Zudem besteht gem. § 1 a Arbeitnehmerentsendegesetz bereits heute die Möglichkeit, Tarifverträge im Schutzbereich der Entsenderichtlinie (Mindestlohn und Urlaubsregelung) durch Ministerverordnung ohne Zustimmung des Tarifausschusses für allgemeinverbindlich zu erklären.

Auch eine Kodifizierung des Tatbestandsmerkmals „öffentliches Interesse“ wird als wenig hilfreich abgelehnt. Aufgrund der Vielfältigkeit der tarifvertraglichen Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland (von Löhnen über Urlaub, Wasch- und Schmutzzulagen bis hin zu vermögenswirksamen Leistungen) scheint es nicht möglich, für alle diese Tarifverträge ein öffentliches Interesse gesetzlich zu beschreiben und festzulegen. Zudem sehen wir keine Notwendigkeit hierfür.

VI. Zu den vorgeschlagenen Änderungen im Einzelnen:

1. Mittelstandsgerechte Ausgestaltung der öffentlichen Vergabe, § 97 Abs. 3 GWB

Der Koalitionsvertrag vom 1. November 2005 betont die bedeutende Rolle des Mittelstandes für die deutsche Wirtschaft, insbesondere auch durch die Bereitstellung von rund 70% der heimischen Arbeitsplätze. Im Koalitionsvertrag sowie im Beschluss der Bundesregierung aus dem Jahre 2006 zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System wird ausgeführt, dass eine mittelstandsgerechte Ausgestaltung des künftigen Vergaberechts durch die Aufteilung in Lose zu gewährleisten ist.

Durch den vorgelegten Entwurf, der die Vergabe in Fach- und Teillosen als Regelfall normiert, wird die Vorgabe aus dem Koalitionsvertrag und der Beschluss der Bundesregierung angemessen und sachgerecht umgesetzt. Der Vorschlag sieht dabei gerade keinen Zwang allein zur Fach- und Teillosvergabe vor, wie dies einzelne Industrieverbände wider besseres Wissen behaupten, sondern erlaubt eine Zusammenfassung von Losen immer dann, wenn es wirtschaftlich oder technisch erforderlich ist.

Auch durch den Bundesrat wird die von der Bundesregierung vorgeschlagene Fassung des § 97 Abs. 3 GWB unterstützt. Bei der Abstimmung über die Stellungnahme des Bundesrates lagen zwei Änderungsvorschläge vor, die mehr oder weniger deutlich auf eine Schwächung der Fach- und Teillosvergabe abzielten. Der Bundesrat hat am 4. Juli 2008 die auf eine Schwächung der mittelstandsfreundlichen Formulierung des Gesetzentwurfes zielenden Vorschläge abgelehnt.

Aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft wäre es dabei wünschenswert, dass eine Zusammenfassung mehrerer Teil- oder Fachlose einer Begründung durch die Vergabestelle bedarf. Mit diesem Erfordernis wäre sichergestellt, dass das vom Gesetzgeber vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Praxis eingehalten wird.

Neben den in der Gesetzesbegründung aufgeführten Argumenten für eine stärkere Akzentuierung der Mittelstandsförderung durch das Vergaberecht sprechen aus Sicht der Bauwirtschaft vor allem zwei weitere Argumente für die Fach- und Teillosvergabe als Regelfall.

Höhere Wirtschaftlichkeit durch Fach- und Teillosvergabe

Eine solche mittelstandsfreundlichere Ausgestaltung des Vergaberechts führt zudem zu einem wirtschaftlicheren Einkauf für die öffentliche Hand.

Der Bundesrechnungshof hat z. B. bei seiner Untersuchung der Wirtschaftlichkeit bei Baumaßnahmen (Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Band VII, 2. überarbeitete Auflage 2003) festgestellt, dass die in eine Zusammenfassung von Fach- und Teillosen gesetzten Erwartungen häufig nicht erfüllt werden. Der aktuellen Untersuchung des Bundesrechnungshofes zu dieser Thematik ist weiter zu entnehmen, dass bei **der Zusammenfassung von Fachlosen regelmäßig Mehrkosten entstehen**. Diese Mehrkosten beziffert der Bundesrechnungshof im Mittel mit etwa 10 v.H., teilweise aber bis über 20 v.H.

Mehr Wettbewerb durch Fach- und Teillosvergabe

Zudem stellt die Studie fest, dass bei einer Ausschreibung zusammengefasster Fachlose der Bieterkreis und damit das Angebotsspektrum und somit auch der Wettbewerb eingeschränkt werden. Da die Bieter von den unterschiedlichen Leistungen, die bei einer Generalunternehmer-Vergabe ausgeschrieben werden, häufig nur einen Teil in ihrem Betrieb ausführen können (oder wollen), greifen diese auf Subunternehmer zurück. Dies ist der Grund dafür, dass die Zusammenfassung von Fachlosen z.T. zu überhöhten Angebotspreisen oder unvollständigen Angeboten führt, was in der Folge zur Aufhebung der Ausschreibung und zu Verzögerungen führt.

Bauwirtschaft = Mittelstand

Die Unternehmen der Bau- und Ausbauwirtschaft in Deutschland sind weit überwiegend mittelständisch geprägt. Die Spanne reicht dabei vom Handwerksbetrieb bis hin zu Unternehmen mit mehreren hundert Arbeitnehmern. In diesen von uns vertretenen Betrieben werden über 70% aller Arbeitnehmer am Bau beschäftigt und mehr als 72% aller gewerblichen Lehrlinge ausgebildet. Mehr als 75% der Bauinvestitionen werden von den baugewerblichen Unternehmen erbracht.

Diese mittelständischen Bauunternehmen, die viele Arbeitnehmer vor Ort beschäftigen und

überwiegend auf dem Heimatmarkt tätig sind, befinden sich in einer schwierigen Situation, da sie immer häufiger in Konkurrenz zu ausländischen Unternehmen stehen, die in Deutschland tätig werden, und aufgrund niedrigerer Steuern und Sozialversicherungsbeiträge im Ausland regelmäßig günstiger anbieten können.

Die mittelständischen Unternehmen sind aber für die heimische Bauwirtschaft besonders wichtig. Nicht nur, weil sie besonders viele gut ausgebildete Arbeitnehmer beschäftigen und besonders viele Lehrlinge ausbilden, sondern auch, weil sie mit einer sehr hohen Qualität bauen und sehr viele technische Innovationen aus dem Kreis dieser Unternehmer stammen.

Fazit:

Durch die Vergabe in Fach- und Teillosen werden mittelständische Unternehmen in allen Größenordnungen gefördert und die Wirtschaftlichkeit als Hauptziel der öffentlichen Vergabe verbessert.

Bei einer Aufteilung in Fach- und Teillose können mehr Unternehmen ein Angebot abgeben, so dass durch die erhöhte Teilnehmerzahl der Wettbewerb gestärkt wird. Der Vorschlag des Gesetzentwurfs zu § 97 Abs. 3 lässt dabei genügend Spielraum für eine Vergabe an ein Generalunternehmen, nämlich immer dann, wenn dies aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen notwendig ist.

2. Einführung vergabefremder Aspekte, § 97 Abs. 4 GWB

Die deutsche Bauwirtschaft betrachtet die beabsichtigte Einführung vergabefremder Aspekte mit großer Sorge. Bereits die allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie, die in Deutschland durch die VOB/A 2006 umgesetzt worden ist, erlaubt es öffentlichen Auftraggebern, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung von Aufträgen vorzuschreiben.

Bereits nach dem geltenden Vergaberecht, insbesondere aber nach dem von der Bundesregierung vorgeschlagenen § 97 Abs. 4 n.F. ist es möglich, dass Vergabestellen soziale und ökologische Kriterien für die Auswahl der Betriebe bei der öffentlichen Vergabe festlegen können. So hat z.B. der Deutsche Bundestag selbst bei der Neuausschreibung seines Strom- und Gasanbieters festgelegt, dass eine Co2-Minderung von mind. 30% pro Jahr gegenüber dem durchschnittlichen bundesdeutschen Strommix nachgewiesen werden muss, zudem der Strom zu 100% aus erneuerbaren Energien kommen muss. Die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte ist daher auch entsprechend der Rechtsprechung des EuGH schon heute möglich, soweit diese Aspekte auftragsbezogen ausgeschrieben werden.

Dabei steht außer Frage, dass Unternehmen die allgemeinen Vorgaben, insbesondere des Arbeits-, Sozial- und Umweltrechts einhalten müssen. Hierzu gehören neben allen deutschen und europäischen Normen auch die Kernarbeitsnormen der ILO, die Bestandteil der deutschen Rechtsordnung sind und daher von Unternehmen – ohne erneute Normierung im Vergaberecht – eingehalten werden müssen.

Eine darüber hinausgehende verstärkte Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten lehnen wir aber ab, denn mit der primären Zielsetzung der Vergaberechts (sparsame und wirtschaftliche Mittelverwendung) stehen die sog. vergabefremden Kriterien in keinem inneren Zusammenhang.

Daneben widerspricht eine über die bereits bestehenden Regelungen hinausgehende Berücksichtigung vergabefremder Kriterien dem von der Bundesregierung in Hinblick auf die Reform des Vergaberechts verfolgten Ziel des Bürokratieabbaus. Auch aus europarechtlicher Sicht ergibt sich, dass vergabefremde Aspekte nicht uneingeschränkt in die Vergabeentscheidung einfließen dürfen. Andernfalls würden Vergabeentscheidungen durch eine Vielzahl national und regional unterschiedlicher Vergabebestimmungen überlagert werden. Eine Zersplitterung der Vergabemärkte wäre die unvermeidbare Folge.

Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie sieht vor, dass soziale und ökologische Aspekte bei der Vergabe berücksichtigt werden können. Daher ist die Umsetzung dieser Kann-Vorschrift in § 97 Abs. 4 im Sinne einer 1:1-Umsetzung europäischen Rechts sachgerecht. Eine Verschärfung dahingehend, dass soziale und ökologische Aspekte bei jeder Vergabe berücksichtigt werden müssen, wird von Seiten der deutschen Bauwirtschaft abgelehnt, da dies zu einer Bevormundung der Vergabestellen, und zu erheblichen bürokratischen und administrativem Aufwand gerade im Bereich von Klein- und Kleinstaufträgen führen würde.

Die in der Bundestagsdrucksache 16/6791 aufgeführten Maßnahmen (ökologische Nachhaltigkeitskriterien, ökoefiziente Beschaffungen, ökologische Innovationen usw.) betreffen die verwaltungsinternen Beschaffungsvorgaben des Bundestages und der einzelnen Ministerien, sind jedoch nicht in den Grundsätzen des deutschen Vergaberechts, d.h. im 4. Abschnitt des GWB zu regeln.

Wir erkennen aber an, dass die Bundesregierung durch die Herstellung eines sachlichen Zusammenhangs zu dem Auftragsgegenstand und der Leistungsbeschreibung um Praktikabilität bemüht ist. Denn nur durch eine strikt auftragsbezogene Regelung wird es dem Mittelstand möglich sein, die in Zukunft möglichen Anforderungen der öffentlichen Vergabe zu erfüllen. Daher befürworten wir es ausdrücklich, dass ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand normiert wird, und sich dies aus der Leistungsbeschreibung ergeben muss.

Hingegen wird es von uns abgelehnt, dass "zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer" in § 97 Abs. 4 normiert werden sollen. Die Formulierung, mit der zusätzliche Anforderungen nicht nur an den **Auftragsgegenstand**, sondern auch an den **Auftragnehmer** gestellt werden sollen, widerspricht dem in der Gesetzesbegründung niedergelegten Ziel der Bundesregierung, zusätzliche Anforderungen für die Auftragsausführung normieren zu wollen, die "im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen". Zu Recht wird in der Begründung ausgeführt, dass nur bei einem sachlichen Zusammenhang mit dem **Auftragsgegenstand** sichergestellt wird, dass keine allgemeinen Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag geregelt werden. Daher sind die beiden Worte "an Auftragnehmer" im zweiten Satz des § 97 Abs. 4 n.F. zu streichen.

Die Aufnahme „innovativer Aspekte“ lehnen wir ab. Politisches Ziel bei der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien ist die „1:1-Umsetzung“. Bei der Transformation von Art. 26 Vergabekoordinierungsrichtlinie sollte dieser Grundsatz eingehalten werden. Neben den „sozialen und umweltbezogenen Aspekten“ sollten daher keine weiteren als die europarechtlich vorgegebenen vergabefremden Aspekte eingeführt werden.

3. In-House-Vergaben und interkommunale Zusammenarbeit, § 99

In § 99 Abs. 1 des Entwurfs soll die Zulässigkeit sog. In-House-Vergaben geregelt werden. Nach dem Entwurf sind Vergaben ohne Anwendung des Vergaberechts möglich, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um eine juristische Person handelt, die selbst öffentlicher Auftraggeber ist und an der keine private Kapitalbeteiligung besteht, und soweit diese juristische Person die zu erbringende Leistung überhaupt nicht auf dem Markt anbietet oder im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber tätig ist.

Der ZDB lehnt jegliche neuerliche Ausdehnung kommunaler Tätigkeiten in Bereichen ab, die auch von privaten Wettbewerbern erbracht werden könnten oder heute erbracht werden. Insbesondere darf die interkommunale Zusammenarbeit im Bereich wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen nicht ausgeweitet werden. Auf der Basis der vorgeschlagenen Formulierung können aber Gesellschaften im Eigentum mehrerer Kommunen entsprechende Dienstleistungen ohne Ausschreibung im Gebiet aller beteiligten Kommunen durchführen.

Ein vergabefreies In-House-Geschäft läge danach vor, wenn mehrere Kommunen eine gemeinsame Gesellschaft gründen und diese Gesellschaft dann in den an der Gesellschaft beteiligten Kommunen tätig würde. Danach könnten mehrere Kommunen gemeinsam z. B. ein Bauunternehmen gründen, das dann in jeder der

beteiligten Kommunen Bauleistungen ausführen könnte, unabhängig davon, wie hoch der Anteil einer jeden Kommune an diesem Unternehmen ist. Die vorgesehene Änderung des § 99 GWB bietet daher die Möglichkeit zu einer massiven Ausweitung der interkommunalen Zusammenarbeit über die Grenzen der einzelnen Kommunen hinweg.

Die Bauwirtschaft plädiert dafür, dass eine Leistung überall dort ausgeschrieben werden muss, wo privatwirtschaftliche Unternehmen entsprechende Dienstleistungen im Wettbewerb erbringen können. Die vorgesehene Änderung des § 99 Abs. 1 wird daher von uns abgelehnt. In jedem Fall ist jedoch eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des § 99 Abs. 1 notwendig, da ansonsten kommunale Unternehmen im Rahmen von In-House-Vergaben und interkommunaler Zusammenarbeit auch räumlich weit entfernt von ihrer Ursprungskommune Aufgaben wahrnehmen könnten, die heute von privatwirtschaftlichen Unternehmen erfüllt werden. Die Vergaberechtsfreiheit darf nicht so weit gehen, dass jede auf dem Markt angebotene Tätigkeit an jedem beliebigen Ort durch kommunale Unternehmen angeboten werden kann. In jedem Fall ist es notwendig, die kommunalen Tätigkeiten auf einen eng zu definierenden Bereich (Kommune, eventuell noch Landkreis oder Regierungsbezirk) zu beschränken.

Aus denselben Gründen lehnen wir die vom Bundesrat vorgeschlagene Erweiterung von § 99 Abs. 1 sowie die Aufnahme des § 99 Abs. 9 GWB ab. Mit der vom Bundesrat vorgeschlagenen Formulierung soll nicht nur eine delegierende, sondern auch eine mandatierende Aufgabenübertragung eines öffentlichen Auftraggebers auf einen anderen öffentlichen Auftraggeber vergaberechtsfrei möglich sein. Im Ergebnis würde die neue Regelung dazu führen, dass jede Form interkommunaler Zusammenarbeit vom Vergaberecht freigestellt wäre. Dies lehnen wir ab.

4. Städtebauliche Verträge, § 99 Abs. 3

Nach der vorgesehenen Neufassung von § 99 Abs. 3 GWB werden Bauaufträge definiert als Verträge über die Ausführung einer **dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommenden** Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Durch den Zusatz, dass die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss, soll die jüngste Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ("Ahlhorn") zur Vergabepflichtigkeit von mit städtebaulichen Entwicklungsverträgen kombinierten Grundstücksveräußerungen korrigiert werden. Wir lehnen die geplante Freistellung der mit städtebaulichen Entwicklungsverträgen kombinierten Grundstücksveräußerungen insbesondere vor dem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund, ab. Der Europäische Gerichtshof hat im vergangenen Jahr entschieden, dass es für die Einstufung eines Vertrages als Bauauftrag entscheidend darauf ankomme, ob das Bauwerk gemäß den Erfordernissen des Auftraggebers errichtet werde. Diese Auslegung des europäischen Vergaberechts durch den Europäischen Gerichtshof ist für den Bundesgesetzgeber bindend.

5. Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie, §§ 101 a, 101 b

Die bislang in § 13 VgV normierte Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über diese Absicht zu infor-

mieren, wird nun in § 101 a geregelt. Die Verletzung dieser Informationspflicht und die Folgen daraus werden in § 101 b normiert. Die §§ 101 a und 101 b setzen die Vorschriften der Rechtsmittelrichtlinie um. Dabei wird darauf verzichtet, unterschiedliche Fristen abhängig von der Art des Kommunikationsweges festzulegen. Vielmehr sieht der Gesetzentwurf vor, dass eine einheitliche Frist von 15 Tagen für sämtliche Kommunikationswege gilt.

Diese für die Praxis besser handhabbare, einheitliche Fristenregelung wird von uns begrüßt.

Ebenso findet die Normierung im GWB, anstelle der Vergabeverordnung, unsere Zustimmung.

6. Keine Einschränkung des Nachprüfungsverfahrens, §§ 102 ff

Die vorgeschlagenen Änderungen zum Rechtsschutz in den §§ 102 ff. dienen entgegen der Gesetzesbegründung nicht der Erhöhung der Effizienz der Nachprüfungsverfahren, sondern höhlen die Nachprüfungsverfahren in erheblichem Umfang aus. Die vorgeschlagenen Eingriffe in die §§ 102 ff. führen unserer Ansicht nach dazu, dass die Position der Bieter im Nachprüfungsverfahren in erheblicher und bedenklicher Weise geschwächt wird. Wir fordern den Gesetzgeber daher dringend auf, von einer so weitgehenden Einschränkung der Nachprüfungsverfahren Abstand zu nehmen und vielmehr ein sowohl für den Ober- als auch Unterschwellenbereich praktikables und effektives Rechtsschutzsystem zu schaffen.

a) § 107 Abs. 3 - Verschärfung der Unzulässigkeit

Die vorgeschlagene Änderung in § 107 Abs. 3 Nr. 3 erweitert die Pflichten der Bieter dahingehend, dass dieser erkennbare Verstöße der Leistungsbeschreibung unverzüglich, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen muss. Andernfalls ist sein Antrag im Nachprüfungsverfahren unzulässig. Diese Erweiterung der Pflichten der ausführenden Wirtschaft lehnen wir rundherum ab. Es ist Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung und damit auch die Leistungsbeschreibung vergabekonform zu erstellen. Es ist nicht Aufgabe des Auftragnehmers, die Leistungsbeschreibung auf ihre Vergabekonformität durchzusehen und diese zu kontrollieren. Das Risiko für eine nicht vergabekonforme Leistungsbeschreibung trägt der öffentliche Auftraggeber. Die vorgeschlagene Regelung in § 107 Abs. 3 Nr. 3 würde dieses Risiko unzulässigerweise auf die Auftragnehmerseite verschieben. In der Praxis ist diese dem Auftragnehmer überantwortete Durchsichts- und Kontrollpflicht nicht zu bewältigen. Je nach Größe und Komplexität des Bauauftrags können die Leistungsbeschreibungen innerhalb der kurzen Angebotsfristen schlechterdings nicht auf ihre Vergabekonformität überprüft werden.

Gerade die mittelständische Bauwirtschaft, in deren Betrieben regelmäßig kein Jurist beschäftigt ist, ist gar nicht in der Lage, die Leistungsbeschreibungen auf ihre Vergabekonformität zu überprüfen.

Würde der § 107 Abs. 3 Nr. 3 Gesetz werden, würde dies zu einem Abschneiden des Rechtsschutzes für mittelständische Betriebe ohne eigene Rechtsabteilung führen. Insbesondere die mittelständischen Betriebe der Bauwirtschaft, denen leider auch bei dieser Vergaberechtsreform ein Primärrechtsschutz unterhalb der EU-Schwellenwerte verweigert wird, wären durch die vorgesehene Neuregelung absolut überfordert. Denn gerade mittelständische Betriebe sind bei größeren, ober-

halb der EU-Schwellenwerte liegenden Bauvorhaben nicht in der Lage, das Leistungsverzeichnis innerhalb von 14 Tagen auf seine Vergabekonformität zu überprüfen. Der § 107 Abs. 3 in der vorgeschlagenen Fassung würde diesen Betrieben den Zugang zu den Vergabekammern abschneiden.

Zwar hat der Bundesrat mit seinen Anmerkungen zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Regelung in § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB Recht. Die Verpflichtung, alle in den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstöße *unverzüglich nach Erhalt der Unterlagen* zu rügen, würde in der Praxis insbesondere mittelständische Unternehmen vom Nachprüfungsverfahren ausschließen. Allerdings greift der vom Bundesrat unterbreitete Änderungsvorschlag zu kurz. Auch bis zum – so der Vorschlag des Bundesrates – Ablauf der Angebotsfrist wird es mittelständischen Unternehmen schlechterdings nicht möglich sein, die Vergabeunterlagen auf ihre Vergaberechtskonformität hin zu überprüfen.

Auch die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung würde somit das Risiko einer vergabekonformen Leistungsbeschreibung unzulässiger Weise auf die Auftragnehmerseite verschieben und somit insbesondere mittelständischen Betrieben den Zugang zu den Vergabekammern abschneiden.

b) § 110 - Aushöhlung des Untersuchungsgrundsatzes

Mit der vorgeschlagenen Fassung des § 110 Abs. 1 S. 2 soll nach der Gesetzesbegründung der in § 110 Abs. 1 S. 1 normierte Amtsermittlungsgrundsatz konkretisiert werden. Der Text der Gesetzesbegründung und der vorgeschlagene Gesetzestext in § 110 Abs. 1 S. 2 korrespondieren aber nicht. Vielmehr wird mit dem vorgeschlagenen S. 2 des § 110 Abs. 1 nicht der Amtsermittlungsgrundsatz konkretisiert, sondern vielmehr der Beibringungsgrundsatz bzw. die Dispositionsmaxime in den § 110 eingeführt. Damit wird der Amtsermittlungsgrundsatz in S. 1 konterkariert und entwertet. Die Bedeutung des Amtsermittlungsgrundsatzes wie er für die Vergabekammer als behördenähnliche, öffentlich-rechtliche Einrichtung gilt, liegt in der Pflicht, alle Tatsachen aufzuklären, die für die Entscheidung objektiv erforderlich sind. Es würde dem Amtsermittlungsgrundsatz nicht gerecht werden, wenn die Vergabekammern sich - wie im Gesetzentwurf vorgeschlagen - allein auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihnen sonst bekannt sein müsste. Dies bedeutet eine Abkehr von dem für die Vergabekammer zwingend geltenden Amtsermittlungsgrundsatz. Dies könnte in der Konsequenz dazu führen, dass die Vergabekammern sich auf das von den Beteiligten Vorgetragene beschränken würden und dabei sehenden Auges Fehlentscheidungen treffen würden.

Will der Gesetzgeber für die Nachprüfungsverfahren den Amtsermittlungsgrundsatz durch die Dispositionsmaxime ersetzen, stellt er damit die grundsätzliche Frage des Rechtswegs. Sollte es tatsächlich der politische Wille des Gesetzgebers sein, in Nachprüfungsverfahren in Zukunft den Beibringungsgrundsatz zur Anwendung kommen zu lassen, müssten die Verfahren den Zivilgerichten überantwortet werden.

Der Amtsermittlungsgrundsatz war in den Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern bislang zentrales Merkmal des Rechtsschutzsystems. Sollte er abge-

schwächt werden, wäre als Ausgleich hierfür zumindest das Akteneinsichtsrecht der Bieter zu stärken.

In gleicher Weise wird der vorgeschlagene S. 3 des § 110 Abs. 1 von uns abgelehnt. Zu dem nach wie vor geltenden Amtsermittlungsgrundsatz gehört schlechterdings auch eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle. Der in dem Gesetzentwurf gemachte Vorschlag, von dem Grundsatz einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle abweichen zu dürfen, stellt eine fundamentale Abweichung von den Grundsätzen und Prinzipien des deutschen Verwaltungsrechts dar. Würde § 110 Abs. 1 S. 3 in der vorgeschlagenen Fassung Gesetz, könnte dies dazu führen, dass eine Behörde wider besseres Wissen eine Entscheidung trifft, die sie bei einer umfassenden Aufklärung des Sachverhalts und einer entsprechenden Rechtmäßigkeitskontrolle nicht hätte treffen dürfen.

Hinsichtlich der im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Regelungen in § 110 Abs. 2 S. 2 GWB stimmen wir der Auffassung des Bundesrates zu. Es besteht kein sachliches Bedürfnis für die vorgeschlagene Regelung, nach der die Vergabekammer verpflichtet werden soll, bei ihrer Entscheidung, ob der Antrag zugestellt werden soll und damit das Verfahren ausgesetzt wird, einen vorsorglich hinterlegten Schriftsatz (Schutzschrift) des Auftraggebers zu berücksichtigen. Zu Recht weist der Bundesrat darauf hin, dass die Vergabekammer bei Eingang eines Nachprüfungsantrags unter enormen Zeitdruck steht, so dass ein Beschluss über die offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit praktisch kaum möglich ist. Ebenso weist der Bundesrat zu Recht darauf hin, dass die vorgeschlagene Regelung die Auftraggeber ermutigen würde, rein vorsorglich von der Möglichkeit, Schutzschriften einzureichen, Gebrauch zu machen. Dadurch wird unnötiger Verwaltungsaufwand geschaffen.

c) §§ 115 und 121 - Schwächung des Suspensiveffekts

Der Änderung in § 115 Abs. 1 wird zugestimmt, da diese Änderung eine Vereinfachung und Beschleunigung des Nachprüfungsverfahrens darstellt.

Hingegen werden von Seiten des deutschen Baugewerbes die in § 115 Abs. 2 vorgesehenen neuen Sätze 3 und 4 ebenso eindeutig abgelehnt wie die Neufassung von § 121 Abs. 1, da hierdurch der Suspensiv effekt erheblich eingeschränkt würde.

Die Erfolgsaussichten des Antrags im Nachprüfungsverfahren waren bislang Grundlage der Entscheidung darüber, ob der Zuschlag gem. § 115 Abs. 2 erteilt werden konnte. Werden nun bei der Entscheidung darüber, ob der Zuschlag trotz des laufenden Nachprüfungsverfahrens erteilt werden kann, die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags selbst nicht mehr zum Gegenstand der Abwägung gemacht, kann dies zu einer erheblichen Einschränkung des Suspensiveffekts führen.

Im Ergebnis wird damit die erstinstanzliche Entscheidung der Vergabekammer entwertet und die materiell-rechtlichen Fragen nur noch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor den Oberlandesgerichten geklärt werden können.

Wenn bei der Abwägung nach § 115 Abs. 2 nicht mehr die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags Grundlage der Entscheidung sein müssen, wird die Abwägung unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten vorgenommen wer-

den. Wird dabei, wie in dem neuen § 115 Abs. 2 Satz 3 vorgesehen, ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit angenommen, wenn ansonsten die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist, wird dies dazu führen, dass der Zuschlag regelmäßig erteilt werden wird. Das Gleiche gilt für die Neufassung von § 121 Abs. 1. Auch nach dieser Neuregelung liegt ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit immer dann vor, wenn die wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers gefährdet ist.

Der Bundesrat teilt in seiner Stellungnahme zu Recht die von uns vorgetragene Bedenken und hält die o.g. Änderungen bzgl. der Abwägung im Nachprüfungsverfahren für europarechtswidrig. Oberster Abwägungsgrund im Rahmen der Zuschlagsgestattung trotz laufenden Nachprüfungsverfahrens muss nach der richtigen Auffassung des Bundesrats die Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrags sein.

Zu Recht warnt der Bundesrat davor, dass die vorgeschlagene neue Regelung den europarechtlich garantierten Primärrechtsschutz in seinem Kernbereich aushöhlen wird, weil Teuerungen, die die Einhaltung des Kostenrahmens gefährden, nahezu in jedem Fall der zu Gericht gelangt, zu befürchten seien.

d) § 128 Abs. 2 - Verdoppelung der Gebühren

Auch wenn durch die derzeitigen Gebühren nicht in allen Fällen eine Deckung der Kosten der Nachprüfungsverfahren erzielt werden kann, rechtfertigt dies nicht, wie in § 128 Abs. 2 vorgesehen, eine Verdoppelung der Gebühren. Diese drastische Erhöhung stellt eine unverhältnismäßige Erschwerung des Rechtsschutzes dar.

Zu Recht ist der Bundesrat der Ansicht, dass die Erhöhung der bisherigen Mindestgebühr (2.500 Euro) auf den doppelten Betrag unverhältnismäßig und sachlich nicht begründet ist. Der Bundesrat verweist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, dass das Nachprüfungsverfahren gerade vor den Anforderungen der Rechtsmittelrichtlinie nicht nur demjenigen offen stehen müsse, der über erhöhte finanzielle Mittel verfüge, um einem geforderten Vorschuss in Höhe der verdoppelten Mindestgebühr von dann 5.000 Euro (vor-)leisten zu können.

Richtigerweise verweist der Bundesrat darauf, dass die ebenfalls vorgesehene Verdoppelung der Maximalgebühr auf bis zu 100.000 Euro die – angeblich mangelnde – Deckung der Kosten des Nachprüfungsverfahrens, insbesondere in Fällen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung, ermögliche.

Auch vor dem Hintergrund seit Jahren sinkender Antragszahlen der Vergabekammern wird das Ziel einer mittelstandsfreundlichen Ausgestaltung des Vergaberechts durch eine unverhältnismäßige Erhöhung der Mindestgebühren konterkariert.

Berlin, den 7. Oktober 2008

Rechtsanwalt Felix Pakleppa
Hauptabteilungsleiter

Rechtsanwalt Dr. Philipp Mesenburg