

von Rechtsanwältin **Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

## Endlich: Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vorgelegt

Seit Juni 2006 hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) einen Gesetzesentwurf zur Verschlinkung des Vergaberechts in Aussicht gestellt und ihn nun endlich am 3. März 2008 als Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vorgelegt-

Laut BMWi liegt der Schwerpunkt des Gesetzes in einer Vereinfachung und Modernisierung des Vergaberechts!

Der Gesetzesentwurf dient zugleich der Umsetzung weiterer Bestimmungen der 2004 verabschiedeten EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG2 in deutsches Recht. Die zwingend umzusetzenden Vorschriften dieser EU-Richtlinien wurden bereits durch Änderung der Vergabeverordnung (VgV) und der Verdingungsordnungen VOL Teil A und VOF berücksichtigt.

Gestärkt wurden die Verdingungsverordnungen und das GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Die VgV wird auf eine reine Scharnierverordnung reduziert. Das heißt, sie fungiert im Wesentlichen zur Einbeziehung der VOL/A oder VOB/A für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte.

### **Im Wesentlichen sieht das Gesetz folgende Änderungen vor:**

- Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB wird in ihrer Wirkung verstärkt. Dies soll dadurch verwirklicht werden, dass eine Losvergabe grundsätzlich stattzufinden hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.
- Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sollen vergaberechtsfremde Anforderungen an Bieter nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich geregelt ist und sofern diese in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Diese Regelung berücksichtigt die Tatsache, dass das Vergabeverfahren oft genutzt wird, um von dem Bieter über Fachkunde, Leistungsfähigkeit und generelle Zuverlässigkeit inhaltlich hinausgehende soziale, umweltbezogene und innovative Eignungsnachweise zu verlangen. Dazu gehören insbesondere allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder der Klimaschutz – zum Beispiel durch Beachtung von Lebenszykluskosten- und Energieeffizienz.
- Die Ausnahmetatbestände des § 100 GWB werden neu gefasst.
- Die elektronische Auktion und das dynamische elektronische Verfahren werden in § 101 Abs. 6 GWB erstmals ins deutsche Recht eingeführt.

- Die Pflicht zur Information der nicht berücksichtigten Bieter gemäß § 13 VgV wird nun in § 101a GWB geregelt. Die Informationsfrist, vor deren Ablauf kein Vertrag geschlossen werden darf, wird auf 15 Kalendertage verlängert. Auch wird geregelt, dass keine Informationspflicht besteht, wenn die Vergabe zulässigerweise im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit erfolgte.
- § 101b GWB statuiert in Absatz 1, dass die Verletzung der Informationspflicht gemäß § 101a GWB und der Fall, bei dem der öffentliche Auftraggeber unter Verletzung der Vergaberegeln den Auftrag direkt an ein Unternehmen vergibt (de facto Vergabe), zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führen. Die bisherige Rechtsfolge der Nichtigkeit in § 13 Vergabeverordnung wird nicht übernommen. Es erschien dem Gesetzgeber sachgerechter, den Vertrag unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung zu stellen. Der Vertrag ist somit von Anfang an wirksam, wenn die Informationsfrist abgelaufen und seine Unwirksamkeit in einem Nachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht wurde. Diese Nachprüfung ist gemäß § 101b Abs. 1 GWB nur möglich, wenn die Unwirksamkeit innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis eines Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsabschluss geltend gemacht wird.
- Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Nachprüfungsverfahren und die Einführung zusätzlicher Präklusionsfristen (Ausschlussfristen) werden in § 107 Abs. 3 und Abs. 4 GWB präzisiert. Danach müssen Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, unverzüglich nach Erhalt der Unterlagen, spätestens aber bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt werden. Darüber hinaus sollen Nachprüfungsanträge gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB unzulässig sein, wenn seit dem Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, 14 Kalendertage vergangen sind.
- Der Amtsermittlungsgrundsatz wird in § 110 Abs. 1 GWB beschränkt. Der Gesetzgeber stellt klar, dass die Vergabekammer nicht zu einer umfassenden Rechtmäßigkeitskontrolle verpflichtet ist. Auch im Nachprüfungsverfahren ist nicht allen denkbaren Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen nachzugehen. Sie hat bei ihrer gesamten Tätigkeit darauf zu achten, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird.
- Es wird dem öffentlichen Auftraggeber in § 110 Abs. 2 GWB ermöglicht, eine Schutzschrift für den Fall einer Rüge zu hinterlegen. Mit der vorsorglichen Hinterlegung einer Schutzschrift kann der öffentliche Auftraggeber darauf abzielen, die Zustellung des Nachprüfungsantrags und damit den Eintritt des automatischen Suspensiveffektes gemäß § 115 Abs. 1 GWB zu verhindern. So kann der öffentliche Auftraggeber seine Argumente für die offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Antrags vorsorglich bei der Vergabekammer hinterlegen.
- Die Regelungen über den Ablauf des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens werden teilweise verschärft.
- Die Gebührensätze für das Vergabekammerverfahren werden verdoppelt.

- Die Kostentragungspflicht bei der Rücknahme von Nachprüfungsanträgen werden neu geregelt. In § 128 Abs. 4 GWB wird eine Regelung aufgenommen, wonach der Antragsteller nach Rücknahme eines Nachprüfungsantrags die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu erstatten hat. Hiermit wird der Rechtsprechung des BGH ein Absage erteilt, wonach eine Kostenerstattung der Aufwendungen der Behörde in diesen Fällen nicht erfolgen kann. <https://www.it-recht-kanzlei.de/vergaberecht-aufwendungen.html>
- Durch Übernahme einiger Regelungen (die bisher in der Vergabeverordnung (VgV) enthalten waren) in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden die §§ 8 bis 11, 13, 18, 21 und 22 der VgV aufgehoben.

## Fazit

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber das Ziel ins Auge gefasst hat, das Vergaberecht zu verschlanken und zu entbürokratisieren, da dieses Rechtsgebiet zu einer hochkomplexen Materie geworden ist, die für die Beschaffer immer weniger durchschaubar und handhabbar wurde. Der Gesetzesentwurf kommt daher den Interessen der öffentlichen Auftraggeber an klaren Vorgaben und mehr Rechtssicherheit entgegen. Zum Beispiel wurde auf die Ausdehnung des Primärrechtsschutzes auch auf Auftragsvergaben unterhalb der EG-Schwellenwerte verzichtet. Auch wurden die Hürden für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren heraufgesetzt. Der Gesetzesentwurf verschärfte die Vorgaben an die Beschaffer lediglich zur Umsetzung europarechtlicher Vorgaben oder vergaberechtlicher Rechtsprechung. Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen der Entwurf durch die parlamentarischen Beratungen und die Stellungnahmen der unterschiedlichen Interessensverbände erfahren wird.

### Autor:

**RAin Elisabeth Keller-Stoltenhoff**

Rechtsanwältin