

## **Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts**

Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (BGBl I S. 790) ist am 24.04.2009 in Kraft getreten. Nachfolgend werden die wesentlichen Änderungen dargestellt, die das Gesetz für das Vergaberecht gebracht hat.

### **1. Änderungen des § 97 GWB, Allgemeine Grundsätze**

#### **a) Änderung des § 97 Abs. 3 GWB, Stärkung mittelständischer Interessen**

Der bisherige § 97 Abs. 3 GWB verpflichtete die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe eines Auftrags oberhalb der Schwellenwerte mittelständische Interessen „*angemessen zu berücksichtigen*“. Dies sollte vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose geschehen. In der Praxis kam es nach Einschätzung mittelständischer Unternehmen zu häufig zur Zusammenfassung teilbarer Leistungen. Der Gesetzgeber sah es im Interesse der in Deutschland vorwiegend mittelständisch strukturierten Wirtschaft für geboten an, auf mittelständische Interessen bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren besonders zu achten. Die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB wurde daher in ihrer Wirkung verstärkt, indem nunmehr regelmäßig Losvergaben stattzufinden haben. Die nachgefragten Leistungen sind in der Menge aufgeteilt als Teil- oder nach Art oder Fachgebiet als Fachlose zu vergeben. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann davon abgewichen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Verfahren öffentliche Auftraggeber nach dieser Ausnahmeregelung, so haben sie aktenkundig zu begründen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

#### **b) Änderung des § 97 Abs. 4 GWB, Weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer**

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. Beispielsweise kann ein kommunaler Auftraggeber beim Bau eines Kraftwerks die Technologie ebenso frei bestimmen wie das Verfahren der Abfallbeseitigung bei der kommunalen Entsorgung.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB n. F. sind zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge alle Unternehmen zugelassen, welche das nötige Fachwissen sowie die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mitbringen, um den vorgesehenen Auftrag zu erfüllen. Sie sind dann „geeignet“. Hierzu zählt neben der Zuverlässigkeit auch, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge wie auch die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zum Verbot der Kin-

der- und Zwangsarbeit, sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit können weitere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte bei der Vergabe Berücksichtigung finden. Dazu gehört insbesondere der Klimaschutz - zum Beispiel durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz.

Mit der Neufassung des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB wird nun eine weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrags geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrags darstellen. Die Anforderungen müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und in der Leistungsbeschreibung enthalten sein. Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn der Vergabeverfahren bekannt gemacht werden. In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstands beispielsweise Innovations- oder Umweltschutzaspekte berücksichtigen wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „*Strom aus erneuerbaren Energiequellen*“ oder „*Recyclingpapier*“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden.

Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können z. B. auch die Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen, bezogen auf den konkreten Auftrag, betreffen.

Die neue Fassung des § 97 Abs. 4 GWB setzt voraus, dass die zusätzlichen Anforderungen für die Auftragsausführung im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen. Mit diesem Erfordernis wird sichergestellt, dass allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen) nach wie vor dem Landes- oder Bundesgesetzgeber vorbehalten bleiben.

Im Zusammenhang mit den Regelungen über Anforderungen an die Auftragnehmer steht der neue Absatz 4 a des § 97 GWB. Danach können die Auftraggeber Präqualifikationsverfahren einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann.

## 2. Änderungen des § 99 GWB, Öffentliche Aufträge

### a) Änderung des Abs. 1, Beschaffungsaspekt

Der neue § 99 Abs. 1 GWB wurde wie folgt gefasst:

*„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ...“*

Mit diesem „Beschaffungsaspekt“ soll zum Ausdruck kommen, dass interkommunale Zusammenarbeit nicht ausschreibungspflichtig ist. Ursprünglich hatte der Regierungsentwurf dazu zur Klarstellung in § 99 Abs. 1 einen Satz 2 vorgesehen, dass ein öffentlicher Auftrag dann nicht vorliegt, *„wenn öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nrn. 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 sind“*. Diese Regelung hat der Bundestag gestrichen, da sie nicht, wie die Rechtsprechung des EuGH fordere<sup>1</sup>, das Kriterium *„Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“* enthalte.

Der im neuen § 99 Abs. 1 GWB enthaltene „Beschaffungsaspekt“ ist für sich allein betrachtet schwerlich geeignet, interkommunales Handeln generell von der Ausschreibungspflicht auszunehmen. Die Problematik ist aber durch ein neues Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 09.06.2009<sup>2</sup> wesentlich entschärft. Der EuGH hat diesem Urteil<sup>3</sup> folgende Leitsätze vorangestellt: Eine öffentliche Stelle kann ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben (hier: Müllentsorgung) mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden. Eine Ausschreibung ist nicht erforderlich, solange sich die Kommunen bei ihrer Zusammenarbeit von ihren öffentlichen Aufgaben leiten lassen - hier vom Ziel einer ortsnahen Entsorgung des Mülls.

Interkommunale Zusammenarbeit i. S. gemeinsamer Aufgabenerledigung ist damit ausschreibungsfrei.

Im neu gefassten § 99 Abs. 1 GWB wurde daneben die Definition des öffentlichen Auftrags um den Begriff der Baukonzession ergänzt, denn auch Baukonzessionen sind öffentliche Aufträge. Damit wird zugleich klar, dass Dienstleistungskonzessionen – wie auch in den EG-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG – nicht vom Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB erfasst sind. Für die Abgrenzung von Baukonzessionen

---

<sup>1</sup> s. die Teckal-Entscheidung, Rs C-107/98, GK 106/2000

<sup>2</sup> Rs. C-480/06

<sup>3</sup> das wir in einem eigenen Beitrag behandelt haben

nen und Dienstleistungskonzessionen kann § 99 Abs. 6 Satz 2 GWB herangezogen werden (s. dazu unten c).

### **b) Änderung des Abs. 3, Begriff des Bauauftrags**

Der neu gefasste § 99 Abs. 3 GWB hat folgenden Wortlaut: *„Baufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.“*

Die durch die GWB-Novelle eingefügten (hier kursiv gedruckten) Zusätze sind als Klarstellung und Verdeutlichung zu verstehen. Der Gesetzgeber stellt sich mit der Einengung des Begriffs des Bauauftrags gegen die „Alhorn“-Rechtsprechung des OLG Düsseldorf<sup>4</sup>. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf legte seinen Entscheidungen zur Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand ein sehr weites Verständnis des Bauauftrags i. S. des § 99 Abs. 3 GWB a. F. zu Grunde. Er hielt für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags i. S. des § 99 Abs. 3 GWB a. F. einen eigenen Beschaffungsbedarf des Auftraggebers nicht für erforderlich. Es sei nicht maßgeblich, ob eine körperliche Beschaffung beabsichtigt sei oder ein Eigeninteresse der öffentlichen Hand bestehe. Für das Vorliegen eines Bauauftrags sei es unerheblich, *„ob der öffentliche Auftraggeber zu errichtende Bauwerke selbst erwerben oder nutzen“* wolle. Es reiche bereits aus, wenn auf den veräußerten Grundstücken Bauwerke entsprechend den Vorgaben der öffentlichen Hand erstellt bzw. ein Gelände nach seinen Vorgaben genutzt werden sollte und dafür bestimmte Bauleistungen erforderlich waren.

Der Gesetzgeber will durch die oben dargestellte Ergänzung des § 99 Abs. 3 GWB klarstellen, dass für die Annahme eines Bauauftrags ein eigener Beschaffungsbedarf des veräußernden öffentlichen Auftraggebers erforderlich ist.<sup>5</sup> Allein die Verwirklichung einer von dem Planungsträger angestrebten städtebaulichen Entwicklung reiche für die Annahme einer „einzukaufenden Leistung“ nicht aus. Vergaberecht betreffe grundsätzlich nicht die Aufgabenebene einer staatlichen Institution, sondern lediglich die Ebene der Ressourcenbeschaffung zur Bewältigung der Aufgabe der betreffenden Institution.<sup>6</sup>

Ob die Ergänzung des § 99 Abs. 3 GWB die offenen Fragen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand, mit denen zugleich Planungskonzepte verwirklicht werden sollen, lösen kann, bleibt fraglich. Die Rechtsunsicherheit besteht vor allem deshalb weiter, weil die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ange-

---

<sup>4</sup> s. Beschluss vom 13.06.2007 - VII-Verg 2/07 (GK 62/2008), s. ferner die Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 12.12.2007 - VII-Verg 30/07 (FSt 84/2008) und vom 06.02.2008 - VII-Verg 37/07

<sup>5</sup> BT-Drs. 16/10117 S. 18

<sup>6</sup> vgl. zum Ganzen Prieß/Hölzl, NZBau 2009, S. 161

sichts des Wortlauts der Vergaberichtlinien und mit Blick auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Stadt Roanne“<sup>7</sup> tragfähig erscheint. Die Vergaberichtlinien enthalten keinen dem Unmittelbarkeitskriterium des § 99 Abs. 3 GWB n. F. entsprechenden Zusatz. Klarheit wird erst die Entscheidung des EuGH über das anhängige Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf bringen<sup>8</sup>.

### **c) Neu eingefügter Abs. 6, Definition der Baukonzession**

Die bislang geltende Definition der Baukonzession in § 98 Nr. 6 GWB a. F. fällt weg, die nunmehr geltende steht systematisch konsequent in § 99 Abs. 6 GWB. Klarstellend stellt der Gesetzgeber darauf ab, dass eine Baukonzession nur dann vorliege, wenn der Konzessionär als Gegenleistung für die Bauarbeiten „*ein befristetes Recht auf Nutzung der baulichen Anlage*“ erhält. Damit soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs verdeutlicht werden<sup>9</sup>, dass Konzessionsverhältnisse Rechtsverhältnisse sind, die für eine bestimmte Zeitdauer vergeben werden. Grund dieser Klarstellung ist wiederum die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge (s. oben Abschnitt b).

### **d) Neuer Abs. 8, Abgrenzung der anzuwendenden Vergabebestimmungen**

Der neue Absatz 8 des § 99 GWB setzt den Art. 9 der Richtlinie 2004/17/EG um, damit bei Aufträgen, die der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dienen, eine Abgrenzung hinsichtlich der anzuwendenden Vergabebestimmungen erfolgen kann.

In Satz 1 wird der Grundsatz festgelegt, dass bei einem Auftrag, der der Durchführung mehrerer Tätigkeiten dient (z. B. Bau eines Gebäudes für die Stadtverwaltung, in dem auch einige Räume für die Verwaltung des kommunalen Stadtwerkes vorgesehen sind), die Regelungen anzuwenden sind, die für die Tätigkeiten gelten, auf deren Durchführung der Auftrag in erster Linie abzielt (Hauptgegenstand). Im o. g. Beispiel wären dies die Räume für die Stadtverwaltung und damit wären die Regelungen für die Vergabe von Bauaufträgen durch die Stadt (Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB) anzuwenden.

Die Sätze 2 und 3 regeln verschiedene Konstellationen für den Fall, dass ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann. Kann ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden und sind Tätigkeiten von Auftraggebern nach § 98 Nrn. 1 bis 3 und von Sektorenauftraggebern betroffen (wenn z. B. das zu bauende Verwaltungsgebäude von der Stadt und dem kommunalen Stadtwerk in gleichem Umfang genutzt werden soll), sind laut Satz 2 die Regelungen anzuwenden, die für die Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1 bis 3 gelten.

---

<sup>7</sup> EuGH, Slg. 2007, I-385

<sup>8</sup> s. OLG Düsseldorf, NZBau 2008, S. 727

<sup>9</sup> s. BT-Drs. 16/10117 S. 15

Satz 3 regelt den Fall, dass der Auftrag der Erfüllung von Sektorentätigkeiten und von Tätigkeiten dient, für die keinerlei Vergaberegeln gelten (z. B. Bau eines Gebäudes für die Verwaltung des kommunalen Stadtwerkes und als Sitz eines privaten Unternehmens) und ein Hauptgegenstand nicht festgestellt werden kann. Anzuwenden sind in diesem Fall die für die Sektorenauftraggeber geltenden Regelungen.

### **3. Novellierungen des § 101 GWB, Arten der Vergabe**

In § 101 GWB n. F. bleibt es für die sog. klassischen öffentlichen Auftraggeber beim Vorrang des offenen Verfahrens für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte. Das EG-Recht würde eine freie Wahl des offenen oder nicht offenen Verfahrens für diese Auftraggeber und damit den Wegfall der Regelung von besonderen Voraussetzungen zur Wahl des nicht offenen Verfahrens ermöglichen (Art. 28 Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG). Das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung kann für Vergaben oberhalb der EG-Schwellenwerte aber nach Meinung des Gesetzgebers besser erreicht werden, wenn das offene Verfahren weiterhin als Regelverfahren vorgegeben wird.

Der neue Absatz 6 des § 101 GWB definiert die „*neuen Verfahren*“ der EG-Vergaberichtlinien - elektronische Auktion und dynamische elektronische Verfahren. Der bisherige Absatz 6 regelte die Hierarchie der Vergabeverfahren. Dies erfolgt künftig in Absatz 7. Die Auftraggeber in den Sektorenbereichen haben (gemäß Art. 40 Abs. 2 der Richtlinie 2004/17/EG) die freie Wahl des Vergabeverfahrens. Dabei gibt es keine Unterscheidung mehr zwischen öffentlichen Einrichtungen (§ 98 Nr. 2 GWB) und öffentlichen und privaten Unternehmen (§ 98 Nr. 4 GWB).

### **4. Neuer § 101 a GWB, Informations- und Wartepflicht**

Bisher regelte § 13 der Vergabeverordnung die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über diese Absicht zu informieren und den Vertrag erst zu schließen, wenn die Information erteilt wurde und eine Frist von 14 Tagen vergangen war. Informierte der Auftraggeber nicht, war der Vertrag nichtig. Die Regelung des § 13 VgV ist mit etwas abweichendem Wortlaut in den Absatz 1 des § 101 a GWB übernommen worden. Der Wortlaut der Vorschrift stellt auf die „*betroffenen Bieter und Bewerber*“ i. S. der EG-Regelungen ab.

Bieter gelten dann als betroffen, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder vor der Vergabekammer als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann.

Bewerber gelten dann als betroffen, wenn der öffentliche Auftraggeber ihnen keine Information über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt hat, bevor die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.

Die neue Regelung setzt auch Art. 2 a Abs. 2 Unterabs. 1 der Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG um. Die Wartefrist ist hinsichtlich der Dauer an die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie angepasst. Dabei wird als Regelfall eine Frist von 15 Kalendertagen festgelegt, die sich bei Informationen per Fax oder elektronischem Weg auf zehn Kalendertage verkürzt.

Der öffentliche Auftraggeber kann über die in § 101 a GWB vorgegebenen Angaben hinaus auch weitere nützliche Informationen an die Unternehmen geben. In der Praxis hat sich z. B. gezeigt, dass die Angabe auch der Platzierung der jeweiligen Angebote der Unternehmen hilfreich sein kann. Aus der Angabe der Platzierung kann das Unternehmen Rückschlüsse für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags ziehen. Nachprüfungsanträge, die wegen schlechter Platzierung keine Chance auf einen Zuschlag haben, sind in der Regel wegen fehlender Antragsbefugnis unzulässig. Eine Angabe der Platzierung schützt daher die Unternehmen vor Verfahrenskosten in Nachprüfungsverfahren, die sie in Kenntnis ihrer Platzierung nicht anstrengen würden. Von einer Verpflichtung zur Angabe der Platzierung wurde wegen der dann damit verknüpften Rechtsfolge der Unwirksamkeit bei einem Fehlen der Angabe jedoch abgesehen.

Die Information über den Grund der Nichtberücksichtigung seines Angebotes muss dem Unternehmen, das ein erfolgloses Angebot vorgelegt hat, hinreichend deutlich machen, aus welchem Grund sein Angebot nicht zu berücksichtigen war und welches Unternehmen den Zuschlag erhalten soll. Ein bloßer Hinweis darauf, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste gewesen sei, genügt der Informationspflicht nicht.

Die Regelung des neuen Absatzes 2 soll Flexibilität für besonders dringliche Vergabeverfahren schaffen. Für die Vergabeverfahren, bei denen besonders dringliche Gründe außerhalb der Einflussosphäre des öffentlichen Auftraggebers, wie z. B. Flutkatastrophen, ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen, wird klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber dann nicht zu einer vorherigen Information verpflichtet ist. Der Auftraggeber muss in diesen Fällen in der Lage sein, die erforderlichen Aufträge sofort zu vergeben, ohne eine Wartefrist einhalten zu müssen.

## **5. Neuer § 101 b GWB, Unwirksamkeit von Verträgen**

§ 101 b GWB regelt in Absatz 1, dass die Verletzung der Informationspflicht gemäß § 101 a GWB und der Fall, dass der öffentliche Auftraggeber unter Verletzung der Vergaberegeln den Auftrag direkt an ein Unternehmen vergibt, zur schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages führen. Die bisherige Rechtsfolge der Nichtigkeit in § 13 der Vergabeverordnung wird nicht übernommen. Es erscheint sachgerechter, den Vertrag unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung zu stellen.

Ein Vertrag ist rückwirkend von Anfang an wirksam, wenn die Fristen nach Absatz 2 abgelaufen sind. Die Unwirksamkeit des Vertrages kann nur festgestellt werden, wenn sie in einem Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des

Verstoßes geltend gemacht worden ist. Unabhängig von der Kenntnis des Verstoßes kann die Unwirksamkeit des Vertrages nicht mehr festgestellt werden, wenn seit dem Vertragsschluss sechs Monate vergangen sind. Hat der öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages 30 Tage nach Veröffentlichung dieser Bekanntmachung. Nach Ablauf der jeweiligen Frist besteht Rechtssicherheit über den geschlossenen Vertrag. Für den Fall, dass die europäische Rechtsentwicklung dazu veranlasst, in bereits bestehende Vertragsverhältnisse einzugreifen, besteht in Deutschland die Möglichkeit, § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Störung der Geschäftsgrundlage) auf den geschlossenen Vertrag anzuwenden.

Die Unwirksamkeit eines Vertrages kann nur durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch einen Antragsbefugten vor der Vergabekammer geltend gemacht werden. Ein Vertragspartner, der sich möglicherweise im Nachhinein aus anderen Gründen von der vertraglichen Verpflichtung lösen möchte, kann sich nicht auf § 101 b GWB stützen.

## **6. Aufhebung des § 103 GWB a. F., Vergabeprüfstellen**

§ 102 GWB legte schon bisher und legt auch für die Zukunft fest, dass die Nachprüfung, ob die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten worden sind (s. § 97 Abs. 7 GWB), nur den Vergabekammern obliegt. § 103 GWB a. F. regelte bisher ergänzend dazu die Einrichtung und Einschaltung von Vergabeprüfstellen. Da die Nachprüfung durch Vergabeprüfstellen nach den Erkenntnissen des Gesetzgebers nicht die erwartete Rolle spielte, wurde auf die Regelungen in § 103 Abs. 1 und 2 GWB verzichtet. Gleichwohl bleibt die grundsätzliche Prüfungsmöglichkeit durch Vergabeprüfstellen bestehen, auch ohne ausdrückliche Erwähnung im GWB. In Bayern sind die sog. VOB-Stellen tätig, die dem Bereich der Rechtsaufsicht zuzuordnen sind.

## **7. Neufassung des § 103 Abs. 3 GWB, Unzulässige Nachprüfungsanträge**

§ 103 Abs. 3 GWB, der schon bisher zwei Fälle unzulässiger Nachprüfungsanträge regelte, ist klarer strukturiert und in den neuen Nrn. 3 und 4 um zwei weitere Fälle unzulässiger Nachprüfungsanträge erweitert worden. Danach sind nun Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber zu rügen (Nr. 3). Damit bekommt der öffentliche Auftraggeber früher die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Ob sich diese Regelung in der Praxis nicht deshalb kontraproduktiv auswirkt, weil vorsorglich Rügen erhoben werden, um später nicht ausgeschlossen zu sein, bleibt abzuwarten.



Zusätzlich ist (in Nr. 4) eine generelle Frist von 15 Kalendertagen zur Geltendmachung einer Rüge in den Fällen eingeführt, in denen der Auftraggeber dem Unternehmen mitteilt, dass der Rüge des Unternehmens nicht abgeholfen wird. Auf diese Weise kann frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geschaffen werden.

Bei den sog. De-facto-Vergaben des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB n. F. ist es nicht sachgerecht, den Unternehmen eine Rügeverpflichtung aufzuerlegen. In diesen Fällen kann sofort ein Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt werden.

## **8. Änderungen des § 113 GWB, Beschleunigung, und des § 114 GWB, Aufhebung des Zuschlags, Zwangsmittel**

In § 113 Abs. 1 GWB wird die für die Fälle besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten vorgesehene Verlängerungsfrist auf zwei Wochen begrenzt. Dies dient der Verfahrensbeschleunigung.

Durch den neu gefassten § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB wird anknüpfend an § 101 b GWB n. F. klargestellt, dass im Vergabenachprüfungsverfahren nur ein **wirksam** erteilter Zuschlag nicht mehr aufgehoben werden kann. Solange der Zuschlag anfechtbar, mithin noch nicht rechtswirksam ist, kann er von der Vergabekammer aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere auch für De-facto-Vergaben ohne Einbeziehung dritter, am Auftrag potentiell interessierter Bieter (s. auch die Ausführungen zu § 101 b GWB n. F.).

Durch Verweisung auf die §§ 61 und 86 a Satz 2 GWB hat der Gesetzgeber in § 114 Abs. 3 Satz 3 GWB den Rahmen für Zwangsmittel für den Fall, dass die Vergabestellen den Entscheidungen der Vergabekammern nicht unverzüglich entsprechen, drastisch erhöht. Waren früher Zwangsgelder höchstens bis 1.000 EUR möglich, reicht der Rahmen nun von 1.000 EUR bis 10 Mio. EUR.

## **9. Änderungen des § 115 GWB, Aussetzung des Vergabeverfahrens**

Der neu gefasste Absatz 2 des § 115 GWB ermöglicht es dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dem der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag erteilen will, zur Beschleunigung des Verfahrens bei der Vergabekammer einen Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags zu stellen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Gerade bei großen Bauvorhaben können Nachprüfungsverfahren zu Zeitverlusten führen, die das Vorhaben erheblich verteuern. Dann kann die Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse des Bieters an der Verhinderung des Zuschlags und seiner Beauftragung gegenüber dem öffentlichen Interesse des Auftraggebers an der zügigen Fertigstellung unter Einhaltung des Kostenrahmens zurückstehen muss.

Zu berücksichtigen sind auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabenaachprüfungsverfahren, den Auftrag zu erhalten. Bei der Abwägung geht es insoweit um die Platzierung und die Chance des unterlegenen, den Antrag stellenden Bieters, überhaupt den Zuschlag zu erhalten. Außerdem sind Konstellationen denkbar, in denen die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten im Nachprüfungsverfahren die Erteilung des Vorabzuschlags ungebührlich verzögern und damit dem überwiegenden Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens nicht ausreichend Rechnung getragen würde. Der neue § 115 Abs. 2 Satz 4 GWB stellt deshalb klar, dass die Vergabekammer die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsverfahrens berücksichtigen kann, dazu allerdings nicht verpflichtet ist und deshalb auf der Grundlage der Abwägung der beteiligten Interessen die Voraberteilung des Zuschlags genehmigen darf.

#### **10. Geänderte Fassung des § 118 Abs. 2 GWB; Wirkung der sofortigen Beschwerde**

Gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig (§ 116 Abs. 1 Satz 1 GWB). Sie hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt allerdings zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (s. § 118 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GWB). Hat die Vergabekammer einen Antrag auf Nachprüfung **abgelehnt**, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern (§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB). Welche Kriterien das Beschwerdegericht dabei zu Grunde zu legen hat, bestimmt § 118 Abs. 2 GWB neu. Er lehnt sich an die Kriterien an, die bereits die Vergabekammer nach dem neuen § 115 Abs. 2 GWB zu berücksichtigen hat. Insoweit darf auf die Ausführungen zu § 115 Abs. 2 GWB n. F. verwiesen werden.

Eine entsprechende Klarstellung wie in § 118 Abs. 2 GWB n. F. wurde auch in § 121 Abs. 1 GWB n. F. (Vorabentscheidung über den Zuschlag) vorgenommen.

#### **11. Änderungen sonstiger Regelungen (§§ 125 ff. GWB)**

Eine Reihe von Änderungen hat § 127 GWB, Ermächtigungen, erfahren. Die Änderungen sind insbesondere Folge der Übernahme der Regelungen über die Nachprüfungsverfahren und über die Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung sowie des Verkehrs aus der Vergabeverordnung unmittelbar in das GWB. Außerdem ist dynamisch auf die durch Richtlinien der EU festgelegten Schwellenwerte verwiesen (§ 127 Nr. 1 GWB n. F.).

Der dem § 131 GWB neu angefügte Absatz 8 regelt, dass Vergabeverfahren die vor dem 24.04.2009 begonnen haben einschließlich der diese betreffenden Nachprüfungsverfahren sowie am 24.04.2009 anhängige Nachprüfungsverfahren nach den bisher geltenden Regelungen zu beenden sind. Ein Vergabeverfahren gilt im Sinne dieser

Übergangsregelung bereits als begonnen, wenn bislang nur eine Aufforderung zur Beteiligung an einem Teilnahmewettbewerb oder eine Aufforderung zu Verhandlungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb ergangen ist.

In einer Anlage zu § 98 Nr. 4 GWB n. F. werden die bislang in der Vergabeverordnung (§§ 8, 9 Abs. 1 VgV) aufgeführten Tätigkeiten auf dem Gebiet der Trinkwasser- und Energieversorgung und des Verkehrs entsprechend der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste aufgeführt. Aus rechtssystematischen Gründen wird dies mit Ausnahme der Postdienste in das GWB übernommen.

Eine Vielzahl von Regelungen der Vergabeverordnung ist, wie im Wesentlichen dargestellt, in das GWB übernommen worden. Aufgehoben wurden daher die §§ 8 bis 11, 13, 18, 21 und 22 der Vergabeverordnung. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ist ermächtigt, das GWB und die Vergabeverordnung wegen der Vielzahl der Änderungen neu bekannt zu machen.