



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 23/2015

Juni 2015

Registernummer: 25412265365-88

### Stellungnahme zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 30. April 2015 – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)

Mitglieder des Ausschusses Europa

Rechtsanwalt u. Avocat JR Heinz Weil, Vorsitzender  
Rechtsanwalt Dr. Martin Abend, LL.M.  
Rechtsanwalt Andreas Max Haak (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Frank J. Hospach  
Rechtsanwalt Dr. Stefan Kirsch  
Rechtsanwalt Dr. Hans- Michael Pott  
Rechtsanwalt Andreas von Máriássy  
Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens  
Rechtsanwalt Dr. Christian Lemke  
Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Fritz  
Rechtsanwalt Dr. Jürgen Lauer  
Rechtsanwalt und Notar Kay-Thomas Pohl  
Rechtsanwältin Dr. Margarete Gräfin von Galen

Rechtsanwältin Dr. Heike Lörcher, Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Hanna Petersen, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Doreen Göcke, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer  
Rechtsanwältin Katrin Grünewald, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder des Ausschusses Verwaltungsrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, Stuttgart (Vorsitzender)  
Rechtsanwalt Rudolf Häusler  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Jost Hüttenbrink  
Rechtsanwalt Rainer Kulenkampff  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Peter Michler  
Rechtsanwältin Dr. Margarete Mühl Jäckel, LL.M.,  
Rechtsanwältin Dr. Barbara Stamm  
Rechtsanwältin Dr. Sigrid Wienhues

Rechtsanwältin Kristina Trierweiler, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9  
10179 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
Fax +49.30.28 49 39 -11  
Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9  
1040 Brüssel  
Belgien  
Tel. +32.2.743 86 46  
Fax +32.2.743 86 56  
Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

**Verteiler: Deutschland**

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Unterausschuss Europarecht des Deutschen Bundestages  
Innenausschuss des Deutschen Bundestages  
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Deutscher Richterbund  
Deutscher Notarverein  
Bundesnotarkammer  
Deutscher Anwaltverein  
Bundessteuerberaterkammer  
Patentanwaltskammer  
Deutscher Industrie- und Handelskammertag  
Bundesverband der Deutschen Industrie  
Bundesingenieurkammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

**Stellungnahme****1. Einführung**

Die Europäische Kommission hat am 20. Dezember 2011 drei Richtlinienvorschläge vorgelegt, die am 20. April 2014 in Kraft getreten sind. Die neuen Richtlinien treten an die Stelle der bisherigen Richtlinien 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (Vergabekoordinierungsrichtlinie) und Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie) (zusammen EU-Vergaberichtlinien) und ersetzen diese vollständig. Mit den neuen EU-Vergaberichtlinien hat der europäische Gesetzgeber ein umfassendes Modernisierungspaket geschnürt, das über die neue EU-Konzessionsvergaberichtlinie erstmalig auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen dem formalisierten europäischen Vergaberecht unterstellt.

Die wohl größte Vergaberechtsnovelle seit 2004 hat ein umfassendes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge hervorgebracht, das neben der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Auftragsvergaberichtlinie), die Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenvergaberichtlinie) und die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (Konzessionsvergaberichtlinie) (zusammen neue EU-Vergaberichtlinien) umfasst. Alle Richtlinien sind spätestens bis zum Ablauf der zweijährigen Umsetzungsfrist am 18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen.

Mit dem Erlass der neuen EU-Vergaberichtlinien hat sich der europäische Gesetzgeber auf die Fahne geschrieben, das binnenmarktrelevante Beschaffungswesen grundlegend zu vereinfachen und zu modernisieren. Außerdem soll die langjährige vergaberechtliche Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) (u.a. zur Inhouse-Vergabe, zu wesentlichen Vertragsänderungen) im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit normiert werden und den Mitgliedstaaten ausreichend Handlungsspielraum für die Verfolgung strategischer Ziele ermöglichen. Hierzu gehören vor allem soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte.

In dem Bestreben zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur fristgerechten Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien hat der deutsche Gesetzgeber – in Gestalt des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) – am 20. April 2014 seinen Entwurf über ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – Vergaberechtsmodernisierungsgesetz („Referentenentwurf“) vorgelegt. Ausgangspunkt für die Umsetzung des EU-Vergaberechts ist die umfassende Überarbeitung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“). Der Vierte Teil des GWB, der derzeit mit den Paragrafen 97 bis 129b GWB das sogenannte Kartellvergaberecht normiert, soll insgesamt einfacher und anwenderfreundlicher gestaltet werden. Der bürokratische Aufwand soll erheblich verringert und kommunale Handlungsspielräume ausgebaut werden. Angesichts der hohen Regelungsdichte, des Umfangs der drei EU-Vergaberichtlinien und der Zahl der neu hinzugekommenen Vorschriften und Instrumente (z.B. Innovationspartnerschaft; Selbstreinigung von Unternehmen; Kündigung von öffentlichen Aufträgen) hält der deutsche Gesetzgeber eine grundlegende Neustrukturierung des GWB für zwingend erforderlich. Im Zuge der Neustrukturierung ist geplant, grundlegende und alle drei Vergaberichtlinien gleichermaßen betreffende Themen (z.B. Vergaberechtsgrundsätze, Anwendungsbereich, Verfahrensarten, die Eignungs- und Zuschlagskriterien) unmittelbar auf der Ebene des Gesetzes zu regeln. Um die praktische Anwendung des Gesetzes zu erleichtern soll die Reihenfolge der GWB-Vergabevorschriften den typischen Ablauf eines Vergabeverfahrens – beginnend bei der Leistungsbeschreibung bis hin zu den Ausführungsbedingungen von Aufträgen abbilden. Einzelthemen und verfahrensspezifische Besonderheiten sollen hingegen Regelungen auf der Verordnungsebene („Sektorenverordnung“; „Konzessionsverordnung“) vorbehalten werden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) begrüßt den Referentenentwurf des BMWi in seiner Gesamtheit. Er bietet eine gute und geeignete Ausgangsbasis, um der Umsetzungsverpflichtung Deutschlands mit Blick auf das europäische Richtlinienpaket zu entsprechen. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit befürwortet die BRAK insbesondere die gewählte 1:1-Umsetzung. Denn mit diesem Ansatz trägt die Bundesrepublik dem Umstand Rechnung, dass die Rechtsprechung des EuGH, die mit der Vergaberechtsnovelle 2014 vermehrt Eingang in die EU-Vergaberichtlinien gefunden hat, auch im nationalen Recht die notwendige Beachtung findet. Zudem ist die erstrebte Vereinfachung des europäischen Vergaberechts nur erreichbar, wenn alle EU-Mitgliedstaaten die Regelungen auf nationaler Ebene vergleichbar umsetzen. Anderenfalls droht eine Regelungsvielfalt, die Bieter die grenzüberschreitende Bewerbung auf Aufträge erheblich erschwert oder sogar ganz verhindert. In letzter Konsequenz wirkt sich dies auch negativ auf das Ziel der Schaffung und Stärkung eines einheitlichen europäischen Binnenmarkts aus. Sachgerechtigkeit verspricht der Referentenentwurf zudem in Bezug auf die Entscheidung des BMWi, grundsätzliche vergaberechtliche Fragestellungen und Verfahrensregeln unmittelbar auf der Ebene des Gesetzes zu etablieren, aber die Ausgestaltung im Einzelnen dem Ordnungsgeber zu überlassen.

Allerdings ist die BRAK der Ansicht, dass der Referentenentwurf der vom BMWi ausgelobten Zielsetzung von Anwenderfreundlichkeit und besserer Handhabbarkeit des Beschaffungsrechts nicht gerecht wird. Der Aufbau des GWB-Referentenentwurfs ist an zahlreichen Stellen zu verschachtelt, weswegen sich der Anwendungsbereich des Gesetzes erst auf den zweiten Zugriff erschließt. Dies liegt insbesondere an der Verwendung unklarer Bezüge und einer komplizierten Regelung des Anwendungsbereichs. Außerdem hat die inhaltliche Ausweitung des GWB von bislang 43 Paragrafen auf 87 nach Maßgabe des Referentenentwurfs zur Folge, dass die Ziele der besseren Übersichtlichkeit und Anwenderfreundlichkeit kraft Natur der Sache nicht wie gewünscht realisiert werden können.

Im Einzelnen hat die BRAK folgende Anmerkungen:

## **2. Anmerkungen**

## 2.1 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des zukünftigen GWB erschließt sich nur unter Schwierigkeiten. Zwar hat sich das BMWi bemüht, die Ausnahmetatbestände für einen Verzicht auf die Durchführung von Vergabeverfahren umfassend zu regeln, doch führt die Differenzierung zwischen den allgemeinen Ausnahmetatbeständen in § 107 GWB-Entwurf und den besonderen Ausnahmetatbeständen im Bereich von klassischen öffentlichen Aufträgen (vgl. § 117 GWB-Entwurf), Sektoren- (vgl. § 137 GWB-Entwurf) und Konzessionsaufträgen zu Schwierigkeiten. Zwar ist die Unterscheidung „allgemein“ und „besonders“ in den EU-Vergaberichtlinien angelegt, doch erweist sich der gewählte Ansatz im Referentenentwurf als unübersichtlich. Sinnvoll wäre es, zunächst sämtliche allgemeinen Ausnahmetatbestände in § 107 GWB aufzulisten. Nicht ganz nachvollziehbar ist, weshalb der Referentenentwurf einige Ausnahmen unter der Überschrift „Allgemeine Ausnahmen“ in § 107 GWB-Entwurf behandelt, aber andere allgemeine Ausnahmen einer autonomen Vorschrift unterstellt. Dies betrifft im Wesentlichen die ebenfalls für alle öffentlichen Aufträge (vgl. insofern auch die EU-Vergaberichtlinien) geltende Inhouse-Ausnahme sowie die Ausnahme im Bereich der Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, die mit § 108 GWB-Entwurf einem eigenständigen Paragraphen zugeordnet sind. Entsprechend verhält es sich mit der Ausnahme für Auftragsvergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln gemäß § 109 GWB-Entwurf.

Im Hinblick auf die besonderen Ausnahmetatbestände empfiehlt es sich, diese im GWB wie folgt zu regeln. Zunächst könnten die besonderen Ausnahmen gewissermaßen „vor die Klammer“ gezogen und im Anschluss an die allgemeinen Ausnahmetatbestände geregelt werden, um dem Normleser einen ersten Überblick zu verschaffen. Gleichzeitig sollten die besonderen Ausnahmetatbestände dann – wie nach dem aktuellen Referentenentwurf vorgesehen – im Zusammenhang mit den bereichsspezifischen Verfahrensregelungen (klassische Aufträge/Sektoraufträge/Konzessionen) dargestellt werden. Dies dürfte der Übersichtlichkeit des GWB zugutekommen.

### 2.1.1 Geheimvergaben/Vergaben mit Sicherheitsrelevanz

Unter der Überschrift „B. Lösung“ führt das BMWi in seinen einleitenden Bemerkungen zum Referentenentwurf aus, die Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (Verteidigungsvergaberichtlinie) einer Sonderregelung unterstellen zu wollen. Unter dieser Prämisse hat sich der deutsche Gesetzgeber außerdem um die zwingend erforderliche Abgrenzung zwischen klassischen öffentlichen Aufträgen mit Sicherheitsrelevanz und Geheimvergaben im Anwendungsbereich der Verteidigungsvergaberichtlinie und der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) bemüht. In der Praxis ist seit Einführung der VSVgV vielfach eingewendet worden, dass es Aufträge mit Verteidigungs- und Sicherheitsrelevanz gibt, die zwar nicht unter die Verteidigungsvergaberichtlinie fallen, aber gleichwohl so kritisch und sicherheitssensibel sind, dass ein Vergabeverfahren nicht durchgeführt werden kann. Vor diesem Hintergrund scheint sich der Gesetzgeber in § 104 GWB-Entwurf zwar auch zu der Änderung des Wording von „verteidigungs- und sicherheitsrelevant“ nach „verteidigungs- und sicherheitsspezifisch“ entschieden zu haben. Insgesamt wird die Abgrenzung zwischen klassischen sicherheitsrelevanten Aufträgen und Aufträgen im Anwendungsbereich der Verteidigungsvergaberichtlinie jedoch nicht hinreichend deutlich. Der Anwendungsbereich des zukünftigen GWB erschließt sich vielmehr erst unter erheblichen Schwierigkeiten. Es ist nicht nachvollziehbar, dass der Entwurf zwischen allgemeinen und besonderen Ausnahmetatbeständen unterscheidet. Diese Differenzierung ist in den EU-Vergaberichtlinien nicht angelegt. Art. 15 der Auftragsvergaberichtlinie nimmt beispielsweise eindeutig Bezug auf die EU-primärrechtliche Ausnahmenvorschrift des Art. 346 Abs. 1 lit. a) AEUV. Nach etablierter Wertung des EU-Gesetzgebers soll das gesamte Vergaberecht, einschließlich des Vergaberechts im spezifischen Bereich der

Sicherheit und Verteidigung, nicht angewendet werden, wenn dies zum Schutz der wesentlichen Sicherheitsinteressen eines Mitgliedstaates erforderlich ist. Diese Ausnahmenvorschrift wird im Referentenentwurf nicht eingängig umgesetzt, schon gar nicht in der proklamierten 1:1-Umsetzung. Die Vorschriften der §§ 104, 107 sowie §§ 144 ff. GWB-Entwurf lassen vielmehr den Schluss zu, dass Verschlussaufträge grundsätzlich im Wege eines europaweiten Vergabeverfahrens vergeben werden müssen, obwohl der Anwendungsbereich der Verteidigungsvergaberichtlinie (Art. 13 lit. a) und Erwägungsgrund Nr. 11 dieser Richtlinie) in dieser Hinsicht wesentlich enger gefasst ist.

Die BRAK schlägt daher die Aufnahme einer Vorschrift vor, den Anwendungsbereich des zukünftigen GWB präzise zu beschreiben und den Vorgaben des Art. 15 der Auftragsvergaberichtlinie und der Verteidigungsvergaberichtlinie ausreichend Rechnung zu tragen. Dies bedingt zwingend, dass Geheimvergaben, die nicht verteidigungs- und sicherheitsspezifisch sind, vom Anwendungsbereich des GWB und damit des gesamten Vergaberechts befreit sein müssen.

### **2.1.2 Inhouse und Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber**

§ 108 GWB-Entwurf unterscheidet – entsprechend der Vorgaben der EU-Richtlinien – grundsätzlich zwischen der Zusammenarbeit auf vertikaler und horizontaler Ebene. Die vertikale Ebene betrifft die sogenannten Inhouse-Konstellationen, mit der horizontalen Ebene ist die Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern (bei Beteiligung von Kommunen oftmals interkommunale Zusammenarbeit genannt) gemeint. Die Inhouse-Ausnahme (§ 108 Abs. 1-5 GWB-Entwurf) sowie die Ausnahme der Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber (§ 108 Abs. 6 GWB-Entwurf) erhöhen die Rechtssicherheit des GWB in besonderem Maße.

In Bezug auf die Inhouse-Konstellationen war mit der sogenannten Teckal-Rechtsprechung des EuGH Anlass für die Aufnahme des Ausnahmetatbestandes in den GWB-Text gegeben. Vor dem Hintergrund, dass der EuGH die Bedingungen für die Inanspruchnahme, insbesondere der Inhouse-Ausnahme, über die Jahre konkretisiert und dem Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium damit Kontur verliehen hat, begrüßt die BRAK die vom BMWi verfolgte 1:1-Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien mit Blick auf die Inhouse-Ausnahme zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Umsetzungsfehlern ausdrücklich – mag dies auch zulasten der Leserlichkeit und Verständlichkeit der Norm gehen.

An der Normierung der Inhouse-Ausnahme führt kein Weg vorbei, einmal abgesehen von der Umsetzungsverpflichtung des deutschen Gesetzgebers. Denn aus der Sicht öffentlicher Auftraggeber ist sie von grundlegender Bedeutung. Sie überlässt den Auftraggebern die freie Entscheidung zur Aufgabenerfüllung auf eigene Kapazitäten zurückzugreifen. Der Staat kann nicht zum Einkauf am Markt gezwungen werden. Gleichzeitig ist die Inhouse-Ausnahme so stark „verrechtlicht“, dass die Auftragnehmer ausreichend Möglichkeiten haben, die Entscheidung der öffentlichen Hand und das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine Inhouse-Konstellation überprüfen zu lassen.

Positiv bewertet die BRAK darüber hinaus die angedachte Kodifizierung des Ausnahmetatbestands der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern in § 108 Abs. 6 GWB-Entwurf. Schon im Zusammenhang mit der Vergabereform 2009 war angedacht, diese Ausnahme in das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz aufzunehmen und Kooperationsformen auf kommunaler Ebene dem Anwendungsbereich des Vergaberechts zu entziehen. Damals scheiterte die Normierung jedoch am Deutschen Bundesrat. § 108 Abs. 6 GWB-Entwurf setzt die Vorgaben der neuen EU-Vergaberichtlinien eingängig und wortlautgetreu um und gewährleistet insofern die notwendige Freiheit und Flexibilität öffentlicher Auftraggeber im Bereich horizontaler Zusammenarbeit.

## **2.2 Vergabegrundsätze**

### **2.2.1 Elektronische Vergabe**

In den europäischen Vergaberichtlinien bildet die elektronische Auftragsvergabe einen besonderen Schwerpunkt. Dementsprechend hat sich der deutsche Gesetzgeber dazu entschieden, die elektronische Vergabe („**e-Vergabe**“) zu einem eigenständigen Vergabegrundsatz emporzuheben. Dieser neue Grundsatz der e-Vergabe soll nach Maßgabe des GWB-Referentenentwurfs in § 97 Abs. 5 GWB-Entwurf verankert sein. Damit würde die e-Vergabe als autonomer Vergabegrundsatz gleichrangig neben den etablierten Vergabegrundsätzen der Transparenz, des Wettbewerbs und der Wirtschaftlichkeit (§ 97 Abs. 1 GWB-Entwurf), der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (§ 97 Abs. 2 GWB-Entwurf) sowie der mittelstandsfreundlichen Vergabe (§ 97 Abs. 4 GWB-Entwurf) stehen. Diese Gleichstellung ist grundlegend zu überdenken. Denn während die erwähnten Vergabegrundsätze der Transparenz, des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Mittelstandsfreundlichkeit gleichsam wichtige Zielsetzungen des Vergabeverfahrens betreffen und einen fairen Wettbewerb mit wirtschaftlichen Preisen garantieren, regelt der Grundsatz der e-Vergabe das „Wie“, d.h. die Abwicklung und Bewerksstellung eines modernen Vergabeverfahrens, bildet aber nicht in vergleichbarer Weise den Garant für Fairness und Wirtschaftlichkeit des Verfahrens. Vor diesem Hintergrund erscheint das Verständnis der elektronischen Vergabe als Grundsatz und seine entsprechende Normierung unter § 97 GWB-Entwurf fragwürdig. Besser verortet scheint die Vorschrift über die Regelung zur standardmäßigen Verwendung elektronischer Kommunikations- und Informationsmittel in einer separaten Vorschrift, die entsprechend Art. 22 Auftragsvergaberichtlinie mit der Überschrift „Vorschriften über die Kommunikation“ versehen sein könnte.

### **2.2.2 Vergabegrundsatz der Verhältnismäßigkeit**

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zählt nicht nur zu einem der grundlegendsten Gewährleistungen des deutschen Verfassungsrechts, sondern des europäischen Primärrechts. Auch der EuGH bemüht diesen Grundsatz in seinen vergaberechtlichen Entscheidungen mit steter Regelmäßigkeit, insbesondere wenn es um die Anwendung der Ausnahmenvorschriften zum Vergaberecht geht. Vor diesem Hintergrund kommt es fast schon einer Selbstverständlichkeit gleich, dass der europäische Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeit mit Art. 18 Abs. 1 Auftragsvergaberichtlinie als Vergabegrundsatz normiert hat. Gleichsam richtig ist daher seine ausdrückliche Verankerung als Grundsatz der Vergabe im nationalen Recht gemäß § 97 Abs. 1 GWB-Entwurf.

### **2.2.3 Vergabegrundsatz der Vertraulichkeit**

An die vorstehenden Bewertungen knüpft sich jedoch andererseits der Hinweis, dass die Vertraulichkeit ebenfalls als Vergabegrundsatz im Sinne des § 97 GWB-Entwurf ausgestaltet werden sollte. Die ungebrochen kritische Cyber-Sicherheitslage macht die Aufnahme dieser Direktive – nach europarechtlichem Vorbild (vgl. insofern Art. 21 Auftragsvergaberichtlinie) unbedingt erforderlich, zumal die Einhaltung der Vertraulichkeit bei flexibleren Verfahren wie dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren eine hervorgehobene Bedeutung für eine faire Zuschlagsentscheidung hat. Der Referentenentwurf verzichtet gänzlich auf die Normierung der Vertraulichkeit – dies bedarf einer Änderung.

### **2.2.4 Verfolgung gesellschaftlicher Ziele**

Ursprünglich diene das formalisierte Recht der Auftragsvergabe allein dazu, die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand im Wege transparenter, wettbewerblicher und fairer Strukturen zu

gewährleisten. Zunehmend haben jedoch – auf nationaler und europäischer Ebene – Ziele mit eher allgemeinpolitischem Hintergrund Eingang in das Vergaberecht gefunden. Die neuen EU-Vergaberichtlinien verstärken diese Tendenz zur Politisierung, indem sie den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Förderung gesellschaftlicher Ziele aufgeben.

Nach Maßgabe von Art. 18 Abs. 2 Auftragsvergaberichtlinie sollen die Mitgliedstaaten die Maßnahmen treffen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten. Ausgehend von diesem Auftrag findet sich nunmehr unmittelbar auf Gesetzesebene in § 97 Abs. 3 GWB-Entwurf die Regelung, dass soziale und umweltbezogene sowie Aspekte der Qualität und Innovation im Rahmen der Vergabe von Aufträgen berücksichtigt werden sollen. Damit setzt sich der Trend zur Politisierung des Vergaberechts, der sich zunächst in den Vergabegesetzen der Länder bemerkbar machte, ungebrochen fort. Da die neuen EU-Vergaberichtlinien die Verfolgung allgemeinpolitischer Zielsetzungen mit Art. 18 Abs. 2 Auftragsvergaberichtlinie als grundsätzliches Thema bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einordnet, sieht die BRAK bei der 1:1-Umsetzung in § 97 Abs. 3 GWB-Entwurf keinerlei Bedenken.

### **2.2.5 Mittelstandsfreundlichkeit und losweise Vergabe**

Die Mittelstandsfreundlichkeit der Vergabe ist in Deutschland seit jeher eine der wichtigsten Zwecksetzungen des Beschaffungswesens. Die in § 97 Abs. 4 S. 1 des GWB-Entwurfs ausgerufene Förderung mittelständischer Interessen kann unter anderem durch die losweise erfolgende Auftragsvergabe erzielt werden (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB-Entwurf). Begrüßenswert ist, dass dem Grundsatz zur losweisen Vergabe nunmehr auch von der europäischen Seite Verpflichtungscharakter beigemessen wird. Für die Bundesrepublik Deutschland bleibt damit alles – dem trägt auch der Referentenentwurf Rechnung – beim Alten. Auch die für öffentliche Auftraggeber so wichtige Flexibilität bei der Vergabe bleibt dadurch gewahrt, dass mehrere Lose zusammen vergeben werden können, wenn „wirtschaftliche oder technische Gründe“ dies erfordern. Es ist aber angesichts dieser eher offenen Formulierung geboten, in den einzelnen Vergabeverordnungen Spielregeln für die Interpretation der „wirtschaftlichen oder technischen Gründe“ festzulegen, damit der Grundsatz der losweisen Vergabe nicht durch eine extensive Begriffsinterpretation ausgehöhlt wird.

Zwar hat die deutsche vergaberechtliche Rechtsprechung bisher keine einheitlichen Regeln darüber aufgestellt, welche Unternehmen dem Mittelstand zuzuordnen sind und sich daher auf eine mittelstandsfeindliche Losbildung vor den Vergabeinstanzen berufen können. Doch macht der Referentenentwurf unter den Ausführungen zum Erfüllungsaufwand deutlich, dass diesbezüglich auf die Kommissionsempfehlung „Empfehlung 2003/361/EG der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen“ abzustellen ist, die entsprechend verbindliche Kriterien enthält. Zudem legt der Referentenentwurf auf Seite 70 dar, dass rund 90 Prozent der Unternehmer angeben können, ob es sich bei ihrem Unternehmen um ein Kleinst- oder um ein kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne der erwähnten EU-KMU-Definition handelt, ohne dass sie weitere Maßnahmen ergreifen müssen. Vor diesem Hintergrund dürfte keine Unsicherheit mehr darüber bestehen, welche Unternehmen sich zukünftig explizit auf den Grundsatz der Mittelstandsfreundlichkeit im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB-Entwurf berufen können. Über eine Fußnote, die in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB-Entwurf unmittelbar auf die Kommissionsempfehlung verweist, könnte diesbezüglich trotzdem weitere Klarheit erreicht werden.

## **2.3 Anwendungsbereich Verfahrensarten**

### **2.3.1 Gleichstellung offenes – nicht offenes Verfahren**

Die BRAK begrüßt ebenfalls die Gleichstellung von offenem und nicht offenem Verfahren gemäß § 119 Abs. 2 GWB-Entwurf. Der Abschied vom traditionellen Primat des offenen Verfahrens erlaubt öffentlichen Auftraggebern zukünftig mehr Flexibilität in Bezug auf die Wahl der Verfahrensart. Die bislang gelebte Strenge war weder europarechtlich noch zur Vermeidung von Manipulation und Vetternwirtschaft geboten. Das deutsche Vergaberecht ist als „gewachsenes“ und ohnehin sehr formales Recht mit effektivem Rechtsschutz derart etabliert und gefestigt, dass der unbedingte Vorrang des – im Einzelfall weniger geeigneten – offenen Verfahrens nicht erforderlich ist.

### **2.3.2 Klarstellung zu einzelnen vergaberechtlichen Instrumenten**

Darüber hinaus ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Anwenderfreundlichkeit sinnvoll, mit § 120 GWB-Entwurf klarzustellen, dass es sich bei dem dynamischen elektronischen Verfahren, der elektronischen Auktion und dem elektronischen Katalog nicht um weitere Verfahrensarten, sondern um spezielle Instrumente handelt, die in den unterschiedlichen Verfahrensarten zur Anwendung kommen können.

### **2.3.3 Innovationspartnerschaft**

Positiv ist dem Ansatz nach auch die Einführung der Innovationspartnerschaft als zusätzliche Verfahrensart neben dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog (vgl. § 119 Abs. 1 GWB-Entwurf) zu bewerten. Ausgehend von der Definition des § 119 Abs. 7 GWB-Entwurf handelt es sich bei der Innovationspartnerschaft um ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen. Dabei ist vorgesehen, dass der Auftraggeber nach einem Teilnahmewettbewerb in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote verhandelt. Da die Regelung entscheidende praxisrelevante Fragen unbeantwortet lässt, ist es wünschenswert, dass die auf Grundlage des GWB-Entwurfs zu erarbeitenden Verordnungstexte konkrete Leitlinien zur Ausgestaltung des Verfahrens enthalten. Hierbei ist dem Verordnungsgeber eine 1:1-Umsetzung des Artikels 31 der Auftragsvergaberichtlinie zu empfehlen, um dem öffentlichen Auftraggeber möglichst viel Spielraum für die Ausgestaltung des Verfahrens zu bieten. Außerdem sollte in den Verordnungen geregelt werden, unter welchen konkreten Bedingungen das Verfahren gewählt werden kann. Als problematisch könnte sich hierbei erweisen, dass die EU-Vergaberichtlinien hierzu keine Vorgaben machen. Doch der Aufstellung verlässlicher Anwendungsvoraussetzungen für das Verfahren kommt aus Sicht der Auftraggeber besondere Bedeutung zu, da die Innovationspartnerschaft zahlreiche Parallelen zum Verhandlungsverfahren mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb aufweist und öffentliche Aufträge grundsätzlich im Wege des offenen oder nicht offenen Verfahrens vergeben werden sollen. Vor dem Hintergrund, dass im GWB nur grundsätzliche Vergaberegelungen enthalten sein sollen, ist die Normierung der Innovationspartnerschaft (inklusive Definition) in § 119 GWB-Entwurf allerdings nicht zu beanstanden.

## **2.4 Schwellenwerte**

Begrüßenswert ist weiter, dass der Referentenentwurf den sachlichen Anwendungsbereich des GWB, ausweislich § 106 GWB-Entwurf, künftig durch dynamische Verweisungen auf die jeweils in der Auftragsvergaberichtlinie, der Sektorenvergaberichtlinie, der Konzessionsvergaberichtlinie und der Verteidigungsrichtlinie geregelten Schwellenwerte, deren Höhe regelmäßig vom europäischen

Gesetzgeber oder der Europäischen Kommission im Wege der delegierten Rechtssetzung angepasst werden, definiert. Die dynamische Verweisungstechnik hat sich als besonders praxisgerecht erwiesen, denn damit entfällt jeglicher Bedarf für eine weitere Konkretisierung auf Verordnungsebene.

Im Rahmen der Darstellungen zu den Schwellenwerten für öffentliche Aufträge und Konzessionen (vgl. § 106 GWB-Entwurf) wäre es – dem Ziel des Referentenentwurfes entsprechend, mehr Anwenderfreundlichkeit und Verständlichkeit zu schaffen – empfehlenswert, gleichsam kurz zu erwähnen, welche Rechtsregeln Anwendung finden, wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden.

## 2.5 Eignung

Anders als die gegenwärtige Regelung des § 97 Abs. 4 S. 1 GWB erwähnt der Referentenentwurf die Zuverlässigkeit nicht mehr bei den Eignungsanforderungen. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Zuverlässigkeit ein entscheidendes Eignungskriterium bleibt. Denn indirekt regelt sich dieser Aspekt über die Ausschlussstatbestände und die neu hinzugekommene Möglichkeit zur Selbstreinigung gemäß §§ 123 ff. GWB-Entwurf. Die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zum Verzicht auf die Erwähnung der Zuverlässigkeit dürfte im Wesentlichen der 1:1-Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien geschuldet sein. Denn auf europarechtlicher Ebene (vgl. Art. 57, 58 Auftragsvergaberichtlinie) wird das Eignungskriterium der Zuverlässigkeit ebenfalls nicht explizit genannt, sondern nur im Zusammenhang mit den Ausschlussstatbeständen und der Selbstreinigung behandelt. Im Interesse der Rechtsklarheit und besseren Verständlichkeit sollte dennoch darüber nachgedacht werden, den Begriff der „Zuverlässigkeit“ bzw. „Unzuverlässigkeit“ im Gesetzestext zu erwähnen. Denkbar wäre es, folgende Formulierung in § 122 Abs. 1 GWB-Entwurf aufzunehmen:

*„Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht wegen Unzuverlässigkeit nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind.“*

Zu begrüßen ist jedoch, dass § 122 GWB-Entwurf den Begriff der „Gesetzestreue“ nicht mehr erwähnt, denn dessen Verankerung in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB hat in der Vergangenheit unnötige Diskussionen über die Eignungskriterien hervorgerufen.

## 2.6 Ausschlussgründe – Selbstreinigung

Die BRAK befürwortet überdies, dass die Ausschlussstatbestände nunmehr unmittelbar auf Gesetzesebene normiert und in eigenständigen Paragraphen (§ 123 und § 124 GWB-Entwurf) geregelt sind. Dies schafft im Vergleich zum bisherigen Ansatz, die Ausnahmetatbestände in den Vergabeordnungen und im Zusammenhang mit der Prüfung und Wertung zu regeln, deutlich mehr Anwenderfreundlichkeit und bessere Handhabbarkeit. Gleichsam war die Aufnahme in das Gesetz erforderlich, weil zumindest der zwingende Ausschluss eines Unternehmens Grundrechtsrelevanz besitzt.

Positiv zu bewerten ist darüber hinaus, dass der Referentenentwurf klarer als bisher zwischen dem Ausschluss einzelner Personen (verhaltensbedingte Ausschlussgründe in § 123 Abs. 1 GWB-Entwurf) und dem Ausschluss von Unternehmen (vgl. § 123 Abs. 5 GWB-Entwurf) differenziert, gleichzeitig aber auch erstmals die Zurechnungsvoraussetzungen regelt, unter denen ein Unternehmen für das Verhalten verurteilter Personen vergaberechtlich einzustehen hat (vgl. § 123 Abs. 4 GWB-Entwurf).

Als problematisch dürfte sich die Handhabung der in § 123 Abs. 6 GWB-Entwurf normierten Ausnahmen erweisen. Denn hierbei handelt es sich um Ermessensnormen („kann“) mit

Beurteilungsspielraum (vgl. die unbestimmten Rechtsbegriffe „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ und „offensichtlich unverhältnismäßig“). Diese Koppelung gewährleistet zwar, dass der Auftraggeber eine an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientierte (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) Prognoseentscheidung über das zukünftige Verhalten treffen kann und erlaubt dem Auftraggeber den Verzicht auf den Ausschluss, obwohl ein zwingender Ausschlussgrund erfüllt ist. Doch dürfte in der Praxis mit Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu rechnen sein.

In der nationalen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ist bereits anerkannt, dass ein unzuverlässiger Bieter seine Zuverlässigkeit wiederherstellen und einem Ausschluss in Vergabeverfahren entgehen kann. Eine explizite gesetzliche Regelung zur sogenannten „Selbstreinigung“ gab es bislang jedoch nicht. Dank europarechtlicher Initiative (vgl. Art. 54 Auftragsvergaberichtlinie) findet das Institut der Selbstreinigung nunmehr auch Eingang in § 125 des GWB-Entwurfs. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen, weil dadurch einerseits Rechtssicherheit geschaffen wird, andererseits dem nunmehr auch in § 97 Abs. 1 GWB-Entwurf verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen wird. Denn dieser dürfte einem dauerhaften Ausschluss von der Teilnahme an wettbewerblichen Verfahren entgegenstehen. Aus demselben Grund ist festzustellen, dass § 126 GWB-Entwurf, der Regelungen über die Höchstdauer zum Ausschluss enthält, unverändert beibehalten werden sollte.

## **2.7 Heilung der Unwirksamkeit**

Im Interesse vieler öffentlicher Auftraggeber benennt § 135 Abs. 3 GWB-Entwurf nunmehr erstmalig Möglichkeiten zur Heilung der Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages. Dies stellt eine praxisgerechte und aus Sicht von Auftraggebern sinnvolle Regelung dar. Auch die Bedingungen für die Heilung der Unwirksamkeit sind insgesamt als ausreichend streng zu bewerten, vor allem, weil sie kumulativ vorliegen müssen. Der Aushöhlung der Unwirksamkeitsfolge wird entscheidend durch die Bedingung der Vorabbekanntgabe der geplanten de-facto-Vergabe vorgebeugt, die zwingend die Namen von Auftraggeber und Auftragnehmer enthalten muss.

Allerdings sollte im Interesse der Rechtssicherheit klargestellt werden, dass § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB-Entwurf eine belastbare Begründung durch den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt. Angesichts der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung von de-facto-Vergaben kann die schlichte Berufung des Auftraggebers auf die seiner Ansicht nach gegebene Zulässigkeit der Direktvergabe nicht zur Legitimierung derselben und das Absehen von der Unwirksamkeit genügen.

## **2.8 Varianten**

Art. 43 der Auftragsvergaberichtlinie überlässt es der freien Entscheidung des Auftraggebers, sich im Rahmen der Auftragsvergabe Varianten (Nebenangebote) vorlegen zu lassen. Da die Abfrage von Varianten ein Thema mit grundsätzlicher vergaberechtlicher Bedeutung betrifft (vgl. Auftragsvergaberichtlinie und Sektorenvergaberichtlinie), ist es wünschenswert, dieses Instrument unmittelbar auf Gesetzesebene im GWB zu regeln. Dabei sollte der Gesetzgeber die in den neuen EU-Vergaberichtlinien enthaltenen Wertungen beachten. Insbesondere sollte im GWB festgeschrieben werden, dass eine variantenbasierte Beschaffung möglichst häufig erfolgen soll (vgl. „so oft wie möglich“ in Erwägungsgrund 58 der Sektorenvergaberichtlinie). Denn die Abfrage von Varianten verbindet sich für den öffentlichen Auftraggeber mit erheblichem Innovationspotenzial. Im Übrigen ist eine Ausschreibung mit zugelassenen Varianten auch deshalb vorteilhaft für öffentliche Auftraggeber, weil dieser vielfach auf das spezifische Know-How des Privaten angewiesen ist und ihm der Überblick über am Markt verfügbare und gegebenenfalls besser geeignete und wirtschaftlichere Lösungsmöglichkeiten fehlt. Der mit der Abfrage von Varianten verbundene verfahrensrechtliche

Mehraufwand (z.B. durch Festlegung von Mindestanforderungen und Prüfung und Wertung von Haupt- und Nebenangeboten) dürfte eher als gering zu bewerten sein, so dass die Vorteile einer variantenbasierten Beschaffung überwiegen.

## **2.9 Wesentliche Vertragsänderungen und Kündigung von Aufträgen**

### **2.9.1 Wesentliche Vertragsänderungen**

Die Einführung von Vorschriften über die vergaberechtliche Beurteilung von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit sorgt insgesamt für Rechtsklarheit. Mit § 132 GWB-Entwurf setzt das BMWi die Vorgaben aus Art. 72 Auftragsvergaberichtlinie angemessen um. Entsprechend der langjährigen Rechtsprechung des EuGH sowie der nationalen Vergabeinstanzen wird nunmehr erstmalig auf Gesetzesebene normiert, dass wesentliche Vertragsänderungen zu einer Neuausschreibung verpflichten. Gleichsam zu begrüßen ist, dass § 132 GWB-Entwurf einzelne Fallgruppen auflistet, mit denen sich die „Wesentlichkeit“ der Vertragsänderung feststellen lässt. Mit der Kodifizierung der Neuausschreibungspflicht im Falle wesentlicher Vertragsänderungen trägt der Referentenentwurf wesentlich zur Rechtssicherheit bei.

### **2.9.2 Kündigung**

Als positiv zu bewerten ist darüber hinaus die Festschreibung von Kündigungsmöglichkeiten in Bezug auf öffentliche Aufträge in § 133 GWB-Entwurf. Damit schafft der Gesetzgeber eine Möglichkeit für die Aufhebung vergaberechtlicher Verträge, deren Wirkungen in zeitlicher Dimension über die Unwirksamkeitsfolge im Sinne von § 135 GWB-Entwurf hinausgehen. Denn während die Unwirksamkeit bei de-facto-Vergaben grundsätzlich auf den Zeitraum von 6 Monaten beschränkt bleibt, können vergaberechtswidrig geschlossene öffentliche Aufträge unbeschadet § 135 GWB-Entwurf gemäß § 133 Nr. 1 GWB-Entwurf gekündigt werden, sofern ein Kündigungsgrund vorliegt. Bereits gegenwärtig deutet sich in der vergaberechtlichen Rechtsprechung an, dass öffentliche Auftraggeber in Bezug auf Verträge, die unter Missachtung einer Ausschreibungspflicht geschlossen wurden, zur Beseitigung der Folgewirkungen (u.a. durch Kündigung des Vertrages) gezwungen sind.

## **2.10 Rechtsdienstleistungen**

§ 116 Abs. 1 GWB-Entwurf legt fest, dass bestimmte Rechtsdienstleistungen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts befreit sind. Die BRAK befürwortet diese Privilegierung zwar, sie greift aber im Ergebnis zu kurz. Denn der Verzicht auf eine europaweite Ausschreibung ist nur für bestimmte Rechtsberatungsdienstleistungen vorgesehen, und zwar vor allem dann, wenn die anwaltliche Vertretung von Mandanten in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren betroffen ist, die Beratung durch Notare erfolgt oder mit der Ausübung von hoheitlichen Befugnissen verbunden ist. Alle anderen Rechtsberatungsleistungen unterfallen der Kategorie der „sozialen Dienstleistungen“, für die gemäß § 130 GWB-Entwurf ein Vergabeverfahren unter erleichterten Bedingungen vorgesehen ist. Auch wenn der Schwellenwert für diese Art der Dienstleistung mit 750.000 Euro deutlich über dem sonst üblichen Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge (207.000 Euro) liegt, sind die Gründe für die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Ergebnis nicht überzeugend. Denn Rechtsberatungsleistungen sind im Regelfall – aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen in den Mitgliedstaaten – nicht derart binnenmarktrelevant, dass eine Gleichstellung mit klassischen Dienstleistungsaufträgen und eine Unterwerfung unter das Vergaberecht geboten wäre.