

Inhalt

Bundeswirtschaftsministerium legt Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vor	1
Was ist der Hintergrund der Vergaberechtsreform?	1
Wie sieht die neue Struktur des 4. Teils des GWB aus?	1
Was sind die wichtigsten Neuregelungen im Kapitel Vergabeverfahren?	3
Was hat sich im Kapitel Nachprüfungsverfahren geändert?	3
Welches Zwischenfazit lässt sich zum Gesetzentwurf ziehen?	3
Wie geht es weiter?	4

Bundeswirtschaftsministerium legt Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vor

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat Ende April 2015 die Ressortabstimmung innerhalb der Bundesregierung zum Referentenentwurf eines [Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts](#) eingeleitet. Gleichzeitig werden Länder, kommunale Spitzenverbände, Fachkreise und Verbände beteiligt. Grundlage des Referentenentwurfs sind die **Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts**, die die Bundesregierung am 7. Januar 2015 beschlossen hatte (siehe [Newsletter März 2015](#)).

Was ist der Hintergrund der Vergaberechtsreform?

Die Reform dient der **Umsetzung der drei neuen EU-Vergaberichtlinien**. Der Europäische Gesetzgeber hat mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt. Das Modernisierungspaket umfasst die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23/EU). Siehe zu den Inhalten der Richtlinie 2014/24/EU ([Newsletter November 2014](#) und [Februar 2015](#)). Diese Richtlinien sind bis zum **18. April 2016 in deutsches Recht umzusetzen**.

Nach Einschätzung des BMWi ist die bevorstehende Vergaberechtsmodernisierung das größte vergaberechtliche Rechtsetzungsverfahren der letzten 10 Jahre. Unmittelbar betroffen sind zunächst nur **Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte**. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG) ist der erste Schritt in einem zweistufigen Verfahren der Gesetz- und Verordnungsgebung. Im Zentrum steht jetzt die Novellierung des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Wie bereits in den Eckpunkten vom 7. Januar 2015 angekündigt, umfasst der überarbeitete vierte Teil des GWB künftig die wesentlichen Vorgaben zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen.

Wie sieht die neue Struktur des 4. Teils des GWB aus?

Das BMWi hat die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien zum Anlass genommen, die bisherige Struktur des GWB zu überarbeiten. Aufgrund der wesentlich höheren Regelungsdichte und des größeren Umfangs der Richtlinien für die klassische Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU) und für die Auftragsvergabe in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) sind künftig deutlich mehr Vorgaben auf gesetzlicher Ebene erforderlich als bislang. Hinzu kommt, dass sich die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU) einerseits zum Teil mit den Richtlinien 2014/24/EU und 2014/23/EU deckt, andererseits aber ein im Vergleich zur Vergabe öffentlicher Aufträge erleichtertes Vergabeverfahren für Konzessionen vorsieht. Darüber hinaus bedürfen die Vorgaben der Richtlinie 2009/81/EG zur Koordinierung der

Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit einer Sonderregelung im GWB.

Ziel des überarbeiteten Teils 4 des GWB ist es deshalb, der Vergabepaxis ein möglichst **übersichtliches und leicht handhabbares Regelwerk** zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen zur Hand zu geben. Durch eine stärkere **Gliederung und Strukturierung der gesetzlichen Vorschriften** soll es künftig einfacher möglich sein als bisher, die für die konkrete Vergabe anzuwendenden Vorschriften zu ermitteln.

Hierzu wurde die Gliederung um die Ebene der Kapitel ergänzt. Im ersten Kapitel des vierten Teils finden sich nun Regelungen zu den Vergabeverfahren (§§ 97 bis 154 GWB-E), im zweiten Kapitel solche zum Nachprüfungsverfahren (§§ 155-184 GWB-E).

Innerhalb des Kapitels „**Vergabeverfahren**“ ist jetzt folgende Gliederung vorgesehen:

- **Abschnitt 1:** Grundsätze, Definitionen und Anwendungsbereich
- **Abschnitt 2:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber mit den Unterabschnitten (Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU)
 - Anwendungsbereich
 - Vergabeverfahren und Auftragsausführung

- **Abschnitt 3:** Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und von Konzessionen mit den Unterabschnitten

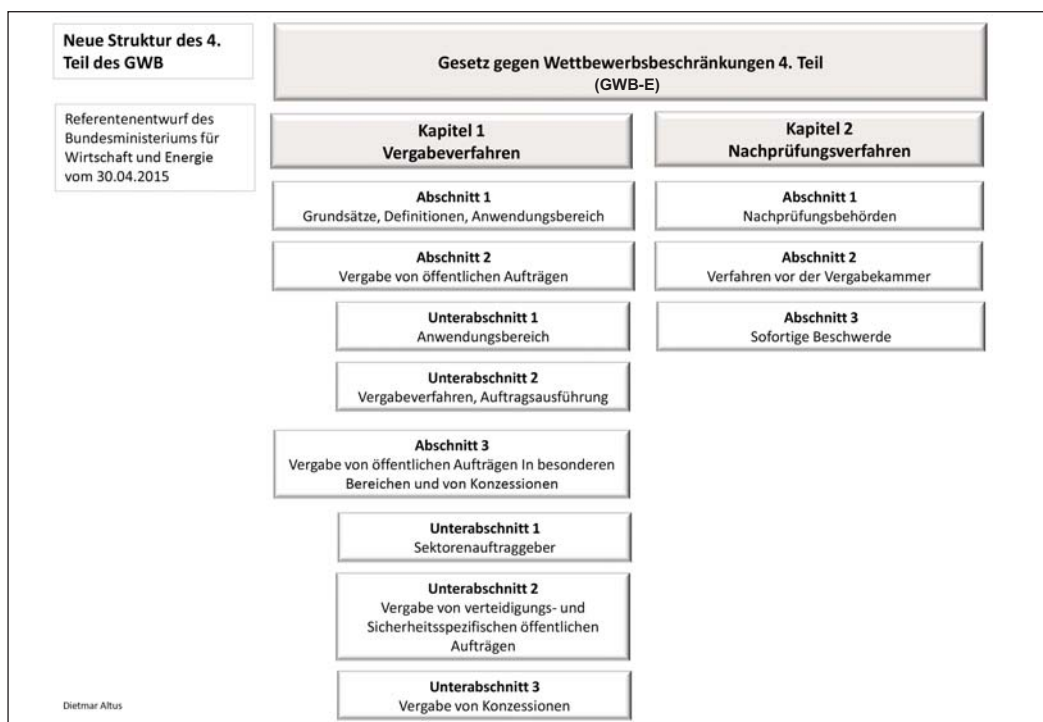
- Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber (Umsetzung der Richtlinie 2014/25/EU)
- Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen (Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG)
- Vergabe von Konzessionen (Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU)

In den Unterabschnitten des Abschnitts 3 hat man lediglich die jeweiligen Besonderheiten der einschlägigen Auftragsvergabe geregelt und ansonsten auf die Regelungen für öffentliche Auftraggeber in Abschnitt 2 verwiesen, um Doppelregelungen zu vermeiden.

Das Kapitel 2 „**Nachprüfungsverfahren**“ gliedert sich nun in folgende 3 Abschnitte:

- Nachprüfungsbehörden
- Verfahren vor der Vergabekammer
- Sofortige Beschwerde (vor dem Oberlandesgericht)

Zur neuen Struktur siehe auch **Abbildung 1**.



Was sind die wichtigsten Neuregelungen im Kapitel Vergabeverfahren?

Um die praktische Anwendung des Gesetzes weiter zu erleichtern, wird der Ablauf des Vergabeverfahrens von der Leistungsbeschreibung über die Prüfung von Ausschlussgründen, die Eignungsprüfung, den Zuschlag bis hin zu den Bedingungen für die Ausführung des Auftrags erstmals im Gesetz vorgezeichnet:

- Verfahrensarten (hervorzuheben ist die Wahlfreiheit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren) und besondere Methoden und Instrumente im Vergabeverfahren (dynamisches elektronisches Verfahren, elektronische Auktionen, elektronischer Katalog), §§ 119,120 GWB-E
- Leistungsbeschreibung, § 121 GWB-E;
- Eignung, § 122 GWB-E;
- Ausschlussgründe, Selbstreinigung und Höchstdauer eines Ausschlusses, §§ 123-126 GWB-E;
- Zuschlag, § 127 GWB-E
- Vertragsausführung und Ausführungsbedingungen, §§ 128-129 GWB-E;
- Auftragsänderungen und Kündigung, §§ 132-133 GWB-E.

Außerdem werden die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, strategische Ziele – z. B. **umweltbezogene, soziale oder innovative Aspekte** – im Rahmen von Vergabeverfahren vorzugeben, ausgeweitet (z.B. § 97 Abs. 3 GWB-E).

Die stärkere **Nutzung elektronischer Mittel** soll für effizientere Vergabeverfahren sorgen (§ 97 Abs. 5 GWB-E). § 97 Abs. 5 GWB-E beschränkt sich allerdings auf den Grundsatz, die Ausgestaltung erfolgt in den Verordnungen, die auf der Grundlage von § 113 S. 2 Nummer 4 GWB-E erlassen werden.

Kommunale Freiräume, etwa bei der **Vergabe an kommunale Unternehmen** (sog. Inhouse-Vergaben) oder bei der **Zusammenarbeit mit anderen Kommunen**, werden erstmals im Gesetz ausdrücklich geregelt (§ 108 GWB-E).

Soziale und andere besondere Dienstleistungen sollen in einem erleichterten Verfahren vergeben werden können (§ 130 GWB-E).

Was hat sich im Kapitel Nachprüfungsverfahren geändert?

In Kapitel „Nachprüfungsverfahren“ ist hervorzuheben, dass die **Rügeobliegenheit** in § 107 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 GWB neu gefasst wird. Im Grundsatz bleibt die Rügeobliegenheit im Vergabeverfahren gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 zwar bestehen, es entfällt jedoch das Erfordernis, dass der Antragsteller den im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstoß im Vergabeverfahren **unverzüglich nach Kenntnis** gerügt haben musste (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 GWB-E). Diese Änderung trägt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Rechnung, der zufolge eine Bestimmung, nach der ein Verfahren unverzüglich eingeleitet werden muss, als nicht mit Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG vereinbar angesehen werden kann (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010, Rs. C-406/08 „Uniplex (UK) Ltd.“, Rn. 43). Die Länge einer Ausschlussfrist ist für den Betroffenen nicht vorhersehbar, wenn sie in das Ermessen des zuständigen Gerichts gestellt wird (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010, Rs. C-456/08, Rn. 75). Die neue Fassung des § 160 Abs. 3 S. 1 Nummer 1 GWB-E beseitigt die bisher bestehende Rechtsunsicherheit. Der Antragsteller muss allerdings weiterhin Verstöße, die er vor Einreichen des Nachprüfungsantrags im Vergabeverfahren erkannt hat, auch vor Einreichen des Nachprüfungsantrags gerügt haben.

Welches Zwischenfazit lässt sich zum Gesetzentwurf ziehen?

Obwohl der Umfang des 4. Teils des GWB-E nun auf das Doppelte angewachsen ist, überzeugt der Referentenentwurf doch durch seine **klare Strukturierung**. Manches, was noch etwas unübersichtlich wirkt, lässt sich aufgrund der europäischen Vorgaben wohl nicht vermeiden. Vor allem die aus den EU-Richtlinien zu übernehmenden Bereichsausnahmen für die jeweiligen Verfahren (öffentliche Auftraggeber, Sektorauftraggeber, verteidigungs- und sicherheitsspezifische Aufträge und Konzessionen) und auch die Regelungen zur Vergabe „gemischter“ Aufträge machen Teile des Textes nur schwer leserlich. Zu begrüßen ist aber, dass die **wesentlichen Eckpunkte eines Vergabeverfahrens nun auf Gesetzesebene definiert**, gewissermaßen also für alle Verfahren vor die Klammer gezogen sind. Es bleibt allerdings abzuwarten, welche Änderungen der Gesetzentwurf in der Ressortabstimmung sowie den Beratungen im Bundestag und Bundesrat noch

erfährt. Sicher wird auch hier die fast eherne Regel gelten, dass kein Gesetzentwurf so aus dem Verfahren herauskommt wie er hinein gegangen ist.

Wie geht es weiter?

Nach den Planungen des Bundeswirtschaftsministeriums soll das **Bundeskabinett noch im Juni 2015** den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung **des Vergaberechts beschließen und das Gesetzgebungsverfahren in Bundesrat und Bundestag soll im Herbst 2015** beginnen. Allerdings ist das Gesetz nur der **erste Schritt** für die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien. **Ebenfalls bis zum 18. April 2016 (Ablauf der Umsetzungsfrist für die EU-Richtlinien) müssen die neue Vergabeverordnung (VgV), die überarbeitete Sektorenverordnung (SektVO) und die neue Vergabeverordnung für Konzessionen in**

Kraft getreten sein. Gleiches gilt im Bereich der Bauaufträge für den neu zu fassenden **Abschnitt 2 der VOB/A**. Der 2. Abschnitt der VOB/A soll demgegenüber ja ebenso wie die VOF entfallen, da die darin enthaltenen materiellen Vergaberegeln für den Bereich der Liefer- und Dienstleistungsaufträge in die VgV integriert werden sollen. Im Baubereich soll demgegenüber der 2. Abschnitt der VOB/A fortgelten. Bei der **Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)** soll es nur punktuelle Folgeänderungen geben. Insgesamt also ein sehr ambitioniertes Arbeitsprogramm für die kommenden Monate. Und nach der Reform wird vor der Reform sein, denn nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien soll zeitnah der Anpassungsbedarf für Vergaben **unterhalb der EU-Schwellenwerte** geprüft werden.

Rudolf Ley