

# praxisimverwaltungsrecht.

Nr. 8 | Sonderausgabe **Vergaberecht** | Juli 2009

## Editorial.

Liebe Leserin, lieber Leser,

am 24.04.2009 ist das **Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts** – kurz: Verg-ModG – in Kraft getreten (BGBl. I, Nr. 20 v. 23.04.2009, S. 790 ff.).

Das VergModG findet gemäß seines Art. 1 Nr. 27 (§ 131 Abs. 8 GWB99 n.F.) Anwendung auf **Vergabeverfahren, die am 24.04.2009 oder später begonnen haben**, und auf Nachprüfungsverfahren, die sich an solche Vergabeverfahren anschließen. Der **Beginn** eines Vergabeverfahrens liegt in der Bekanntmachung, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers genügt darüber hinaus auch eine Aufforderung zur Beteiligung an einem Teilnahmewettbewerb oder eine Aufforderung zu Verhandlungen ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb (BR-Drs. 349/08 v. 23.05.2008 – Anlage, S. 50).

Daher besteht aller Anlass, sich mit den Neuerungen des VergModG zu beschäftigen, über die wir Sie – im Nachgang zu unserer Veranstaltung „Aktuelles Vergaberecht 2009“ am 01.04.2009 – mit der vorliegenden Ausgabe unserer Praxis im Verwaltungsrecht informieren wollen.

Um Ihnen auch einen eigenen Überblick über den **Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens** zu ermöglichen, haben wir hier die wichtigsten Unterlagen für Sie zusammengestellt. Durch einfaches Anklicken rufen Sie die dazugehörigen Drucksachen von der Internetseite des DIP (Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge von Bundestag und Bundesrat) auf:

- \_Gesetzentwurf der Bundesregierung (23.05.2008)
- \_Empfehlungen der Bundesrat-Ausschüsse (20.06.2008)
- \_Stellungnahme des Bundesrates (04.07.2008)
- \_Gegenäußerung der Bundesregierung (13.08.2008)
- \_Beschlussempfehlung des Bundestag-Wirtschaftsausschusses (17.12.2008)
- \_Gesetzesbeschluss des Bundestages (19.12.2008)
- \_Empfehlungen des Bundesrat-Innenausschusses (30.01.2008)
- \_Zustimmungsbeschluss des Bundesrates (13.02.2009)

Zum Schluss noch eine Mitteilung in eigener Sache:

Seit dem 1. Juli sind Herr **Rechtsanwalt Dr. Wolf Dieter Sondermann** und Frau **Rechtsanwältin Birgit Hejma, LL.M.**, zu uns gestoßen und verstärken uns in den Geschäftsfeldern Öffentliches Recht und Vergaberecht. Wir werden beide in der nächsten Ausgabe unserer Praxis im Verwaltungsrecht vorstellen.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.  
Ihr Team aus der öffentlich-rechtlichen Abteilung bei  
Heinemann & Partner.

Weitere Einzelheiten finden Sie auf unserer Homepage  
[www.raehp.de](http://www.raehp.de).



HEINEMANN & PARTNER

Rechtsanwälte



## Vergaberecht.

### Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts 2009

Ihr Ansprechpartner: Rechtsanwalt Gregor Franßen, EMLE (Madrid)

Ende der 90er Jahre erforderte die Umsetzung des europäischen Vergaberechts die Abkehr vom haushaltsrechtlichen verankerten Vergaberecht. Mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz von 1998 (VgRÄG) wurden die Regelungen des Vergaberechts mit Wirkung zum 01.01.1999 durch die Einfügung der §§ 97 ff. im GWB grundlegend neu gestaltet, insbesondere ein Rechtsschutz mit zwei Instanzen eingeführt. Zusätzlich erging die Vergabeverordnung (VgV), die v. a. die Schwellenwerte enthielt.

**Die Mittelstandsförderung wird durch die Pflicht zur Losbildung verschärft.**

**Bei einer Bündelung von Aufträgen (zentrale Beschaffungsstellen, Einkaufsgemeinschaften etc.) ist ein Absehen von einer Losbildung nur noch selten möglich.**

**§ 97 Abs. 3 GWB n.F. ist ein justizialer Bieteranspruch, der vor den Vergabemachprüfungsinstanzen durchgesetzt werden kann.**

**Vor allem bei Fachlosen ist nur eine marktübliche Losbildung gefordert, eine marktunübliche (Fach-)Losbildung muss nicht erfolgen.**

Durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (VergModG 2009) werden sowohl die §§ 97 ff. GWB als auch die Vorschriften der VgV in wichtigen Punkten geändert. Das sog. Kaskadensystem, bestehend aus (1.) den §§ 97 ff. GWB, (2.) der VgV und (3.) der VOB/A, der VOL/A und der VOF, bleibt bestehen. Eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf Unterschwellenvergaben erfolgte nicht. Das insbesondere in Teilen des Bundesrates verfolgte Anliegen, interkommunale Kooperationen unter bestimmten Voraussetzungen durch eine Ausnahme vom Begriff des öffentlichen Auftrags von einer Anwendung des Vergaberechts freizustellen, fand keinen Eingang in das VergModG 2009.

#### 1. Mittelstandsförderung: § 97 Abs. 3 GWB n.F.

Ein zentrales Anliegen des VergModG 2009, die bessere Mittelstandsförderung durch das Vergaberecht, wird in § 97 Abs. 3 GWB n.F. umgesetzt. Nach dieser Vorschrift muss der öffentliche Auftraggeber mittelständische Interessen vornehmlich berücksichtigen (Satz 1). Zu diesem Zweck muss der öffentliche Auftraggeber Leistungen in Teil- und Fachlosen vergeben (Satz 2).

Eine gemeinsame Vergabe mehrerer Teil- und Fachlose ist nur noch dann erlaubt, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (Satz 3). Und sollte ein Unternehmen, das selbst nicht öffentlicher Auftraggeber ist, mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut werden, muss der öffentliche Auftraggeber gemäß § 97 Abs. 3 Satz 4 GWB n.F. dieses Unternehmen dazu verpflichten, bei einer Unterauftragsvergabe seinerseits nach § 97 Abs. 3 Sätze 1 bis 3 GWB n.F. zu verfahren (Satz 4).

Damit ist die Mittelstandsklausel zumindest sprachlich verschärft worden: Während mittelständische Interessen bisher nur „angemessen“ zu berücksichtigen waren und zwar „vornehmlich durch“ die Auftragsaufteilung in Lose, müssen mittelständische Interessen nunmehr (generell) „vornehmlich berücksichtigt“ werden. Zusätzlich ist die Art und Weise der Mittelstandsförderung (Losbildung) ausdrücklich vorgegeben worden. Nach wie vor ist es aber nicht erlaubt, mittelständische Interessen jenseits der Ausgestaltung der Vergabe (v. a. Losbildung) auch bei der Zuschlagsentscheidung zu fördern.

Ob das in der Sache viel an der bisherigen Rechtslage ändern wird, muss sich erst noch zeigen. Denn schon bisher war die Mittelstandsförderung als Anspruch ausgestaltet und damit zu Gunsten mittelständischer Bieter justizial; dies ist auch weiterhin der Fall. Und schon bisher durfte ein öffentlicher Auftraggeber nur in sachlich begründeten Ausnahmefällen für eine Gesamtvergabe optieren. Die wesentliche Wirkung des § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB n.F. wird wohl darin bestehen, dass bei einer Bündelung von Aufträgen (zentrale Beschaffungsstellen, Einkaufsgemeinschaften etc.) ein Absehen von einer Losbildung nur noch selten möglich sein dürfte.

Mit Blick auf Fachlose ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber lediglich eine marktübliche Auftragsaufteilung (Bsp. Computer-Beschaffung: Rechner, Eingabegeräte, Monitore) beabsichtigte. Aufträge müssen also nicht in marktunübliche Fachlose (Bsp. Fensterbeschaffung: Rahmen, Scheiben, Griffe und Beschläge) aufgeteilt werden.

Steht zu befürchten, dass eine Losbildung zu unwirtschaftlichen Angeboten oder einem größeren Vergabeaufwand oder Vertragsabwicklungsaufwand führt, können die damit für den öffentlichen Auftraggeber verbundenen Nachteile eine Ausnahme von der Lospflicht rechtfertigen. Eine einheitliche Vergabe ist – wie bisher – jedenfalls dann zulässig, wenn:



\_durch eine losweise Vergabe die vom öffentlichen Auftraggeber verfolgten Beschaffungszwecke nicht erreicht werden können;

\_das Personal des öffentlichen Auftraggebers eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung bei (weiterer) Unterteilung in (zusätzliche) Lose nicht mehr gewährleisten könnte; oder

\_der durch eine Losvergabe bedingte Einsatz mehrerer Auftragnehmer wegen notwendiger Abstimmung und Koordination ein nicht unerhebliches Risiko von Zeitverlusten in der Auftragsdurchführung birgt.

Ob wirtschaftliche oder technische Gründe eine einheitliche Vergabe i. S. d. § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB n. F. „erfordern“, ist eine wesentlich auf prognostischen und wertenden Elementen beruhende Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers. Dem öffentlichen Auftraggeber steht also insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Vergabenachprüfungsinstanzen nur auf eine Überschreitung seiner äußeren Grenzen hin überprüfbar ist. Ein Verstoß gegen § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB n. F. liegt nur dann vor, wenn die befürchteten Nachteile nicht nachvollziehbar sind oder wenn die vom öffentlichen Auftraggeber angestellten Prognosen sonst auf unzutreffenden tatsächlichen Annahmen beruhen.

Der öffentliche Auftraggeber muss seine Entscheidung, gemäß § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB n. F. einheitlich zu vergeben, aus Gründen der Transparenz aktenkundig machen und die Sachgründe nachprüfungsfest dokumentieren. Andernfalls droht in einem Nachprüfungsverfahren eine Verpflichtung zur Wiederholung des Vergabeverfahrens.

§ 97 Abs. 3 Satz 4 GWB n. F. knüpft nicht an jede Auftragserteilung an, sondern nur an die Betrauung eines Bieters „mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe“. Die Vorschrift erfasst daher nicht alle Auftragnehmer, sondern nur ÖPP-Unternehmen, soweit sie nicht ohnehin öffentlicher Auftraggeber sind. Der öffentliche Auftraggeber muss das ÖPP-Unternehmen vertraglich auf § 97 Abs. 3 GWB n. F. verpflichten und auf die Einhaltung dieser Vertragspflicht achten. Ungeklärt ist, was gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber das ÖPP-Unternehmen nicht schon bei der Aufgabenbetrauung verpflichtet.

§ 97 Abs. 3 GWB n. F. ist im Verhältnis zum Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 Abs. 5 GWB kritisch zu beurteilen. Die Berücksichtigung weiterer Interessen neben dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, kann nur dazu führen, dass nicht mehr das wirtschaftlichste Angebot eingeholt und bezuschlagt werden kann.

Will ein öffentlicher Auftraggeber die Bieter unter Beachtung seiner Lospflicht zu Gesamt-Angeboten ermuntern, kann er den Bietern neben Angeboten auf einzelne Lose auch Angebote auf mehrere Lose und alle Lose erlauben. Um dann eine Bezuschlagung mehrerer oder aller Lose an einen Bieter mit Blick auf § 97 Abs. 3 GWB n. F. zu rechtfertigen, kann in die Verdingungsunterlagen die Bestimmung aufgenommen werden, dass ein Angebot auf mehrere oder alle Lose nur dann den Zuschlag erhält, wenn dies gegenüber der einzelnen Beauftragung der jeweiligen Lose um einen bestimmten Prozentsatz günstiger ist. Wird der Prozentsatz erreicht oder überschritten, sind zugleich auch die wirtschaftlichen Gründe i. S. d. § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB n. F. nachprüfungsfest dokumentiert. Ob schon 5% ausreichen oder erst 10% oder ein anderer Prozentsatz genügen, wird die künftige Spruchpraxis zeigen müssen.

**Dem Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine einheitliche Vergabe „erfordern“. Die Gründe müssen dokumentiert werden.**

**Ist ein Angebot für mehrere oder alle Lose um einen bestimmten, festgelegten Prozentsatz günstiger als die Angebote für einzelne Lose, kann der Zuschlag auf dieses Angebot erfolgen.**

**§ 97 Abs. 3 Satz 4 GWB n. F. erfasst nicht alle Auftragnehmer, sondern nur ÖPP-Unternehmen, soweit sie nicht ohnehin öffentlicher Auftraggeber sind.**

## 2. Zusätzliche Ausführungsanforderungen:

### § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB n. F.

In § 97 Abs. 4 GWB ist der Satz 2 neu eingefügt worden, wonach für die Auftragsdurchführung zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden können, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

Damit ist eine zusätzliche Kategorie von möglichen Anforderungen an die Bieter eingeführt worden, nämlich konkrete Verhaltensanweisungen an den Auftragnehmer bei der Auftragsdurchführung. Ausführungsanforderungen sind Anforderungen an die zu erbringende Leistung und damit Teil der Leistungsbeschreibung. Es sind also nur Anforderungen an den Auftrag und dessen Durchführung erlaubt und keine Anforderungen an die allgemeine Unternehmens- oder Geschäftspolitik der Bieter, wie z. B. allgemeine Beschäftigungsquoten. Beispiele sind:





- \_umweltbezogene Anforderungen: Begrenzung des Schadstoffausstoßes für Dienstwagen; mittelbare Vorgaben von Produktionsverfahren wie etwa der Einsatz Erneuerbarer Energien oder von Recycling-Papier;
- \_soziale Anforderungen: Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder Azubis bei der Auftragsdurchführung; angemessene Bezahlung des bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Personals; Entgeltgleichheit der bei der Auftragsdurchführung eingesetzten Männern und Frauen; Einsatz von Produkten, die ohne Kinderarbeit hergestellt wurden;
- \_innovative Aspekte: Einsatz von Brennstoffzellen.

**„Ausführungsanforderungen sind Anforderungen an die zu erbringende Leistung und damit Teil der Leistungsbeschreibung.“**

**„Es sind nur Anforderungen an den Auftrag und dessen Durchführung erlaubt, nicht jedoch Anforderungen an die allgemeine Unternehmens- oder Geschäftspolitik der Bieter, wie z. B. allgemeine Beschäftigungsquoten.“**

**„Eine Präqualifikation ist nur eine Ergänzung der Eignungsprüfung. Der Nachweis der Eignung ist auch durch Einzelnachweis zulässig. Zudem darf für EU-Ausländer keinerlei Zwang zur deutschen Präqualifikation bestehen (Art. 52 Abs. 4 Unterabs. 2 VKR).“**

Dass §97 Abs.4 Satz 2 GWB n.F. für den Bekanntgabezeitpunkt der zusätzlichen Ausführungsanforderungen auf die Leistungsbeschreibung abstellt, ist gemäß Art.26 der VKR richtlinienkonform. Nicht richtlinienkonform ist es hingegen, dass §97 Abs.4 Satz 2 GWB n.F. nicht den Vorbehalt der Gemeinschaftsrechtskonformität übernommen hat. Daher ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung geboten. Insbesondere das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsgebot ist zu beachten. Daher dürften v.a. der Einsatz von Langzeitarbeitslosen und ähnliche Anforderungen, die von EU-ausländischen Bietern nur schwer – wenn überhaupt – erfüllt werden können, gemeinschaftsrechtswidrig sein.

Bei den Ausführungsanforderungen handelt es sich nicht um mögliche Zuschlagskriterien, weil es um die Zeit nach Zuschlagserteilung geht. Zudem beruft sich der Gesetzgeber auf Art.26 VKR (Ausführung des Auftrags) und nicht auf Art.53 VKR (mögliche Zuschlagskriterien). Erfüllt das Angebot eines Bieters nicht alle vom Auftraggeber zulässigerweise formulierten Ausführungsanforderungen, erfüllt das Angebot nicht alle Bedingungen der Ausschreibung, so dass es zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.

**3. Präqualifikationssysteme: §97 Abs.4 a GWB n.F.**

Gemäß §97 Abs.4a GWB n.F. können Auftraggeber Präqualifikationssysteme einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann. Dies dient der Vereinfachung und Beschleunigung des Nachweises der Eignung gemäß §97 Abs.4 GWB. Zu beachten ist, dass für die Bieter immer die Möglichkeit eröffnet ist, ihre Eignung durch Einzelnachweis zu erbringen. Die Zulassung der Präqualifikation ist also immer nur eine Ergänzung der Eignungsprüfung. §97 Abs.4a GWB n.F. muss mit Blick auf Art.52 Abs.4 Unterabs.2 VKR zudem richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass für EU-Ausländer keinerlei Zwang zur deutschen Präqualifikation bestehen darf.

**4. Anti-Ahlhorn-Klausel: §99 Abs.3 GWB n.F.**

Gemäß §99 Abs.3 GWB n.F. setzt ein Bauauftrag nunmehr voraus, dass die Bauleistung „für den öffentlichen Auftraggeber“ erfolgen muss oder „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“ muss. Damit soll die sog. „Ahlhorn-Rechtsprechung“ des OLG Düsseldorf revidiert werden. Dadurch werden die öffentlichen Auftraggeber zum Vertragsabschluss ohne Ausschreibung ermutigt. Die Vergabekammern werden wohl zur Anwendung des §99 Abs.3 GWB n.F. tendieren, also keine Ausschreibungspflicht annehmen. Die Vergabesenate der Oberlandesgerichte werden wohl i.d.R. die Nachprüfungsverfahren aussetzen und eine Entscheidung des EuGH in dem vom OLG Düsseldorf bereits eingeleiteten Vorabentscheidungsverfahren (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 02.10.2008, NZBau 2008, 727 ff.) abwarten.

**5. Informationspflicht:**

**§101a Abs.1 Sätze 1 und 2 und Abs.2 GWB n.F.**

Durch die §§101a und 101b GWB n.F. sind die bisherigen Regelungen des §13 VgV a.F. in das GWB überführt und gleichzeitig wesentlichen Änderungen unterzogen worden.

Gemäß §101a Abs.1 Satz 1 GWB n.F. müssen die Bieter jetzt nicht nur – wie noch gemäß §13 VgV a.F. – über „den Grund“, sondern über „die Gründe“ ihrer Nichtberücksichtigung informiert werden müssen. Zudem muss neben dem Namen des für die Beauftragung ausgewählten Unternehmens (wie bisher) zusätzlich der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses angegeben werden. Und die Information muss unverzüglich erfolgen.

Der im Einzelfall konkret zu leistende Begründungsaufwand („die Gründe“) hängt von der Komplexität des Auftrags und dem Aufwand für die Angebotserstellung ab: Je komplexer und umfangreicher eine Vergabe, desto mehr Angaben sind



erforderlich. Der bloße Hinweis, dass das Angebot nicht das wirtschaftlichste war, genügt keinesfalls. Nötig ist also jedenfalls eine aussagekräftige Begründung. Hingegen müssen nicht mehr alle Bieter informiert werden, sondern nur noch „betroffene“ Bieter oder Bewerber (Teilnahmewettbewerbe).

Betroffen ist ein Bieter, wenn und solange er noch nicht endgültig ausgeschlossen worden ist. Ein Bieter soll endgültig ausgeschlossen sein, wenn ein vom öffentlichen Auftraggeber ausgesprochener Ausschluss entweder von einer Vergabekammer als rechtmäßig anerkannt worden ist oder wenn ein Nachprüfungsverfahren nicht mehr möglich ist. Solange aber die Nachprüfungsentscheidung der Vergabekammer noch nicht rechtskräftig ist, ist der Ausschluss des Bieters noch nicht endgültig. Daher besteht eine Informationspflicht bis zum Eintritt der Rechtskraft (was auch mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 Unterabs. 2 Alt. 1 RKR geboten erscheint). Im Übrigen verliert ein Bieter aufgrund der Antragsobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB n.F. seine Betroffenheit jetzt innerhalb von 15 Tagen, nachdem bei ihm die Mitteilung des Auftraggebers darüber eingegangen ist, einer gegen einen zuvor ausgesprochenen Angebotsausschluss erhobenen Rüge nicht abhelfen zu wollen; auch dies führt zur Unanfechtbarkeit des Angebotsausschlusses.

Ein Bewerber ist gemäß § 101a Satz 2 GWB n.F. zu informieren (also betroffen), wenn und solange er keine Mitteilung des öffentlichen Auftraggebers über die Ablehnung seiner Bewerbung erhalten hat. Erhält ein Bewerber eine solche Mitteilung ist ihm also keine Vorabinformation mehr zuzusenden.

Die Informationspflicht entfällt gemäß § 101a Abs. 2 GWB n.F. in den Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen besonderer Dringlichkeit gerechtfertigt ist (vgl. auch Art. 2b Unterabs. 1 Buchst. a) RKR). Gemeint sind also die Fälle der §§ 3a Nr. 6 Buchst. d) VOB/A und 3a Nr. 2 Buchst. d) VOL/A. Zu beachten ist, dass die besondere Dringlichkeit – wie auch sonst – außerhalb der Einflussphäre des öffentlichen Auftraggebers liegen muss, wie es z. B. bei Flutkatastrophen der Fall ist.

#### 6. Wartefrist: § 101a Abs. 1 Sätze 3 bis 5 GWB n.F.

Die Wartefrist enthält § 101a Abs. 1 Sätze 3 bis 5 GWB n.F.: Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden (Satz 3). Wird die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet, verkürzt sich die Frist auf 10 Kalendertage (Satz 4; vgl. Art. 2a Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 1 RKR). Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber; auf den Tag des Zugangs der Information beim betroffenen Bieter und Bewerber

ber kommt es nicht an (Satz 5).

Wichtig: Die Wartefrist läuft mit Ablauf (24:00 Uhr) des 10. bzw. 15. Kalendertages nach dem Tag der Absendung der Information ab. Der Zuschlag kann also frühestens mit Beginn (0:00 Uhr) des 11. (E-Mail/Fax) bzw. 16. Kalendertages (Post) erteilt werden.

#### 7. Unwirksamkeit: § 101b GWB n.F.

§ 101b GWB n.F. ändert die Nichtigkeitsvorschrift des § 13 Satz 6 VgV. Nunmehr ist ein Vertrag gemäß § 101b Abs. 1 GWB n.F. nur noch dann von Anfang an unwirksam, wenn der Auf-

**Die betroffenen Bieter müssen neben dem für die Beauftragung ausgewählten Unternehmen (wie bisher) unverzüglich über „die Gründe“ ihrer Nichtberücksichtigung und den frühest möglichen Vertragsschluss informiert werden.**

**Betroffen ist ein Bieter, wenn und solange er noch nicht endgültig ausgeschlossen worden ist. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er entweder in einer Nachprüfung rechtskräftig bestätigt worden oder eine Nachprüfung nicht mehr möglich ist.**

**Die Wartefrist läuft um 24:00 Uhr des 10. (Übersendung per Fax-Mail) bzw. 15. Kalendertages (Übersendung per Post) nach der Absendung der Information ab. Der Zuschlag kann also frühestens um 0:00 Uhr des 11. (E-Mail/Fax) bzw. 16. Kalendertages (Post) erteilt werden.**

traggeber gegen seine Informationspflicht aus § 101a GWB n.F. verstoßen hat (Nr. 1) oder einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist (Nr. 2) und wenn dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren nach § 101b Abs. 2 GWB n.F. festgestellt worden ist. Die Unwirksamkeit kann gemäß § 101b Abs. 2 GWB n.F. nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist (Satz 1). Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit schon 30 Kalendertage nach der Veröffentlichung (Satz 2).

Die Unwirksamkeitstatbestände des Abs. 1 bewirken wie eine auflösende Bedingung die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages. Die Unwirksamkeit tritt erst bei ihrer ausdrücklichen Feststellung in einem Nachprüfungsverfahren ein. Nach Ablauf



der Fristen in Abs. 2 ist der Vertrag endgültig wirksam.

Nach § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. scheint jeder Verstoß gegen § 101 a GWB n.F. (gar keine Information, keine Angabe des Zuschlagsdestinärs, Vertragsschluss vor Ablauf der Wartefrist, unvollständige Angabe der „Gründe“, fehlerhafte Berechnung des frühesten Vertragsschlusses, keine unverzügliche Information) zur schwebenden Unwirksamkeit zu führen. Die schwebende Unwirksamkeit ist jedoch nicht in allen Fällen gerechtfertigt:

§ 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB n.F. („Gründe“) intendiert, einen unnötigen, weil aussichtslosen Nachprüfungsantrag zu verhindern. Spiegelbildlich dient § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB n.F. nicht dazu,

**Ein entgegen § 101 a GWB n.F. geschlossener Vertrag ist nur dann unwirksam, wenn dies eine Vergabenachprüfungsinstanz feststellt. Auch echte de-facto-Vergaben können als unwirksam festgestellt werden.**

**Die Unwirksamkeit eines Vertrag kann nicht allein deswegen festgestellt werden, weil die Angabe der „Gründe“ unvollständig war und/oder die Information nicht unverzüglich erfolgte.**

**Ein Vertrag ist trotz unterbliebener erforderlicher Bekanntmachung wirksam, wenn der Auftraggeber gutgläubig gehandelt hat.**

einen Bieter durch Angabe aller Gründe zur Antragstellung zu veranlassen. Hat einer Bieter sich aber schon von nur unvollständig angegebenen Gründen von einer Nachprüfung abhalten lassen, dann hätte er sich doch auch/erst recht bei Angabe aller Gründe von einer Antragstellung abhalten lassen. § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. ist daher einschränkend auszulegen:

Auch wenn nicht alle Gründe i.S.d. § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB n.F. genannt werden, kann ein Unwirksamkeitsantrag nicht allein darauf gestützt werden. Nur wenn gar keine Gründe genannt werden, kann die schwebende Unwirksamkeit festgestellt werden, weil der Bieter dann nicht die Zweckmäßigkeit einer Nachprüfung beurteilen kann.

Die schwebende Unwirksamkeit ist auch bei einer bloß nicht unverzüglichen Information abzulehnen. Der übergangene Bieter ist nur dadurch beschwert, dass er die Information nicht zu einem früheren Zeitpunkt erhält. Er hat aber die volle Wartefrist des § 101 a Abs. 1 Sätze 3 bis 5 GWB n.F. zur Verfügung. Er steht also nicht anders als im Fall einer unverzüglichen Information. Auch insoweit ist § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. einschränkend auszulegen: Ein Unwirksamkeitsantrag kann nicht allein darauf gestützt werden, dass die Information nicht unverzüglich i.S.d. § 101 a Abs. 1 Satz 1 GWB n.F. erfolgt sei.

Diese einschränkende Auslegung des § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB n.F. ist gemäß Art. 2 d Abs. 1 Buchst. b) RKR richtlinienkonform, weil die Information gemeinschaftsrechtlich nicht unverzüglich erfolgen muss und der Bieter bei bloß unvollständiger Angabe der Gründe dennoch – was die RKR fordert – ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten hat.

Durch § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. werden auch die de-facto-Vergaben i.e.S., bei denen der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne jede Beteiligung weiterer potenzieller Bieter erteilt, dem Damoklesschwert der Unwirksamkeit unterstellt. Ein Auftrag wird dann „unmittelbar“ und „ohne andere Unternehmen zu beteiligen“ i.S.d. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben, wenn er ohne die vergaberechtlich erforderliche vorherige Bekanntmachung vergeben wird (vgl. Art. 2 d Abs. 1 Buchst. a) VKR). Im Übrigen ist § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB n.F. mit Blick auf Art. 2 d Abs. 4 RKR dahin richtlinienkonform auszulegen, dass ein Vertrag trotz unterbliebener erforderlicher Bekanntmachung wirksam ist, wenn der Auftraggeber gutgläubig gehandelt hat.

#### 8. Rügeobliegenheit und Antragsfrist:

##### § 107 Abs. 3 GWB n.F.

Durch § 107 Abs. 3 GWB n.F. ist die Rügeobliegenheit der Bieter verschärft und eine Antragsfrist eingeführt worden. Wie bisher muss ein Bieter einen während des Vergabeverfahrens erkannten Vergaberechtsverstoß unverzüglich und einen aufgrund der Bekanntmachung erkennbaren Vergaberechtsverstoß bis zum Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist rügen (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB n.F.). Zusätzlich muss der Bieter jetzt auch solche Vergaberechtsverstöße bis zum Ablauf der Angebots- oder Bewerbungsfrist rügen, die anhand der Vergabeunterlagen erkennbar sind (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB n.F.). Und teilt der öffentliche Auftraggeber dem Bieter mit, einer Rüge nicht abzuweichen, muss der Bieter innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung einen Nachprüfungsantrag stellen (§ 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB n.F.).

Die Verschärfung der Rügeobliegenheit soll den Auftraggeber früher als bisher in die Lage versetzen, Verfahrensfehler zu beheben und so Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Das erhöht jedoch den Prüfungsaufwand für die Bieter ganz erheblich. Sollten die Bieter deswegen zu mehr technischer und juristischer Beratung greifen, würde das teureren Vergabeverfahren und zu mehr Rügen und damit zu mehr Nachprüfungen führen – das Gegenteil des vom Gesetzgeber Gewollten.

In § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 GWB n.F. kommt es zeitlich jeweils auf die „in der Bekanntmachung benannte Frist“ an. Zu § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB n.F. hatte das KG vor Jahren





entschieden, dass die bekanntgemachte Frist auch dann gelte, wenn sie nachträglich vom Auftraggeber verlängert werde. Ob das angesichts der verschärften Prüfungs- und Rügeobliegenheiten der Bieter auch bei § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB n. F. gelten kann, wird sich zeigen.

Die Antragsobliegenheit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB n. F. soll früher Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens schaffen. Auch hier wird erst die Zukunft zeigen, ob der Gesetzgeber sein Ziel oder dessen Gegenteil erreichen wird. Denn § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 GWB n. F. setzt klare Anreize zu mehr Rügen durch die Bieter; und die Antragsobliegenheit könnte die Bieter in vielen Fällen erst recht in die Nachprüfung treiben.

Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB n. F. sind Anträge nach auf Feststellung der Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben (vgl. § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB n. F.) von den Rügeobliegenheiten und der Antragsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1-4 GWB n. F. ausgenommen.

## 9. Weitere Änderungen

Der Auftraggeberbegriff ist in § 99 Nrn. 4 bis 6 GWB n. F. modifiziert worden.

Der Begriff des öffentlichen Auftrags ist durch § 99 Abs. 1 GWB n. F. klargestellt, die Legaldefinition der Baukonzession durch § 99 Abs. 6 GWB n. F. neu gefasst und eine Regelung für Aufträge zur Durchführung mehrerer Tätigkeiten in § 99 Abs. 8 GWB n. F. eingefügt worden.

In § 100 Abs. 2 GWB n. F. sind verschiedene Anwendungsbereichsausnahmen geändert (Buchst. d, f und i bis k) bzw. neu eingefügt worden (Buchst. o bis t).

In § 101 Abs. 6 GWB n. F. sind die elektronische Auktion und das elektronische dynamische Beschaffungsverfahren neu eingeführt worden.

§ 106a GWB n. F. regelt die Zuständigkeit der Vergabekammer(n) des Bundes (Abs. 1), die Zuständigkeitsabgrenzung zu den Vergabekammern der Länder (Abs. 2) und die Zuständigkeitsbestimmung bei länderübergreifenden Beschaffungen (Abs. 3).

Durch § 110 GWB n. F. wird der Untersuchungsgrundsatz im Nachprüfungsverfahren beschränkt (Abs. 1) und dem Auftraggeber ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, eine Schutzschrift zu hinterlegen (Abs. 2).

Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 3 GWB n. F. soll die Vergabekammer die 5-wöchige Entscheidungsfrist um nicht mehr als 2 Wochen verlängern.

Die §§ 115 Abs. 2, 118 Abs. 2 und 121 Abs. 1 GWB n. F. enthalten Neuregelungen für den vorläufigen Eilrechtsschutz: Jetzt kann auch der für den Zuschlag vorgesehene Bieter die

Gestattung der Zuschlagserteilung beantragen. Und für Entscheidungen im Eilrechtsschutz ist jetzt festgelegt, dass das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens sowie (fakultativ) die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages gegeneinander abzuwägen sind.

Die Gebührengrenzen für die Vergabekammern sind durch § 128 Abs. 2 GWB n. F. auf 50.000 und 100.000 € verdoppelt worden. Und die notwendigen Aufwendungen Beigeladener können nunmehr gemäß § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB n. F. aus Billigkeitsgründen der unterlegenen Partei auferlegt werden.

**Der Bieter muss anhand der Vergabeunterlagen erkennbare Vergaberechtsverstöße bis zum Ablauf der Angebots-/ Bewerbungsfrist rügen. Teilt der Auftraggeber dem Bieter mit, einer Rüge nicht abzuweichen, muss der Bieter innerhalb von 15 Kalendertagen einen Nachprüfungsantrag stellen.**

**Anträge auf Feststellung der Unwirksamkeit von de-facto-Vergaben sind von den Rügeobliegenheiten und der Antragsfrist ausgenommen.**

Im Falle der Antragsrücknahme muss der Antragsteller gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB n. F. sowohl die notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners sowie der Beigeladenen zu tragen.

## 10. Geltung: § 131 Abs. 8 GWB n. F.

Gemäß § 131 Abs. 8 GWB n. F. sind Vergabeverfahren, die vor dem 24.04.2009 begonnen haben (einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren), sowie am 24.04.2009 anhängige Nachprüfungsverfahren nach den hierfür bisher geltenden Vorschriften zu beenden. Die vorstehend beschriebenen Änderungen finden also nur für ab dem 25.04.2009 begonnene Vergabeverfahren und für aus diesen resultierende Nachprüfungsverfahren Anwendung.



## Die Ansprechpartner.

Dr. Jürgen Glückert, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-722  
E-Mail: [glueckert@raehp.de](mailto:glueckert@raehp.de)

Dr. Thomas Burckhardt, Rechtsanwalt  
Telefon: 0341-86837-27  
E-Mail: [burckhardt@raehp.de](mailto:burckhardt@raehp.de)

Gregor Franßen, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-726  
E-Mail: [franssen@raehp.de](mailto:franssen@raehp.de)

Axel Pottschmidt, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-726  
E-Mail: [pottschmidt@raehp.de](mailto:pottschmidt@raehp.de)

Dr. Gerhard Driewer, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-730  
E-Mail: [driewer@raehp.de](mailto:driewer@raehp.de)

Wolfgang Jaeger, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-730  
E-Mail: [jaeger@raehp.de](mailto:jaeger@raehp.de)

Prof. Dr. Dieter Leuze, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-730  
E-Mail: [leuze@raehp.de](mailto:leuze@raehp.de)

Dr. Wolf Dieter Sondermann, Rechtsanwalt  
Telefon: 0201-1095-740  
E-Mail: [sondermann@raehp.de](mailto:sondermann@raehp.de)

Birgit Hejma, Rechtsanwältin  
Telefon: 0201-1095-741  
E-Mail: [hejma@raehp.de](mailto:hejma@raehp.de)

## Die Adressen.

**Essen.**  
Heinemann & Partner Rechtsanwälte  
Ill. Hagen 30  
45127 Essen  
Telefax: 0201-1095-800  
E-Mail: [essen@raehp.de](mailto:essen@raehp.de)  
[www.raehp.de](http://www.raehp.de)

**Leipzig.**  
Heinemann & Partner Rechtsanwälte  
Paulinerweg 27  
04299 Leipzig  
Telefax: 0341-86837-37  
E-Mail: [leipzig@raehp.de](mailto:leipzig@raehp.de)  
[www.raehp.de](http://www.raehp.de)

## IMPRESSUM.

Verantwortliche Redakteure: Gregor Franßen, Axel Pottschmidt  
Herausgeber: Heinemann & Partner Rechtsanwälte, Essen  
Gestaltung: F22 | Design Agentur, Essen  
Druck: Druckhaus Garcia, Leverkusen

