

09.09.11**Empfehlungen
der Ausschüsse**Wi - Fz - In - R - Wozu **Punkt ...** der 886. Sitzung des Bundesrates am 23. September 2011

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vergaberechts für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit

A.

Der **federführende Wirtschaftsausschuss (Wi)**,der **Ausschuss für Innere Angelegenheiten (In)** undder **Ausschuss für Städtebau, Wohnungswesen und Raumordnung (Wo)**

empfehlen dem Bundesrat, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

- Wi 1. Zu Artikel 1 Nummer 3 (§ 100 Absatz 2, § 100a Absatz 1, 2 Nummer 2 und Absatz 3, § 100b Absatz 1, 2 Nummer 1 und Absatz 3 GWB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Systematik der Ausnahmetatbestände mit Blick auf die in § 100 Absatz 8 GWB-E vorgesehenen Ausnahmen zu überprüfen.

Begründung:

Die in § 100 Absatz 8 GWB-E vorgesehene Zusammenfassung von Ausnahmetatbeständen, die sich sowohl auf die in § 100 Absatz 1 Nummer 1 als auch auf die in § 100 Absatz 1 Nummer 2 GWB-E genannten Fälle bezieht, scheint im übrigen Gesetzentwurf nicht konsequent berücksichtigt worden zu sein.

Im Einzelnen wird auf folgendes hingewiesen:

1. Ausweislich seines Wortlauts wie seiner Begründung (S. 15) soll § 100 Absatz 2 GWB-E alle Ausnahmenvorschriften zusammenfassen, die den in Absatz 1 genannten Anwendungsbereich einschränken. Dann wäre aber

auch § 100 Absatz 8 GWB-E in die Aufzählung des § 100 Absatz 2 GWB-E aufzunehmen.

2. Die in § 100 Absatz 8 GWB-E vorgesehenen Ausnahmen ergeben sich sowohl aus der Richtlinie 2004/18/EG, deren Vorgaben im Übrigen in § 100a GWB-E umgesetzt werden sollen, als auch aus der Richtlinie 2004/17/EG, deren Vorgaben im Übrigen in § 100b GWB-E umgesetzt werden sollen. Damit betreffen die in § 100 Absatz 8 GWB-E genannten Fälle auch die Anwendungsbereiche der §§ 100a und 100b GWB-E, weshalb in deren Absatz 1 wohl jeweils zu formulieren wäre: "[...] gilt dieser Teil über die in § 100 Absatz 3 bis 6 und 8 genannten Fälle hinaus nicht für [...]".
3. Sinn und Zweck des § 100 Absatz 8 GWB-E scheint es zu sein, die Verdoppelung gleichlautender Regelungen in den §§ 100a und 100b GWB-E zu vermeiden. Von diesem Ansatz wird allerdings insoweit kein Gebrauch gemacht, als § 100a Absatz 2 Nummer 2 und § 100b Absatz 2 Nummer 1 GWB-E einerseits sowie § 100a Absatz 3 und § 100b Absatz 3 GWB-E andererseits jeweils identische Regelungen enthalten, die sich wohl in § 100 Absatz 8 GWB-E überführen ließen.

Zu Artikel 1 Nummer 3 (§ 100 Absatz 8 Einleitungssatz und Nummer 3 GWB)

In Artikel 1 Nummer 3 ist § 100 Absatz 8 wie folgt zu ändern:

- Wo 2. a) Im Einleitungssatz sind die Wörter "verteidigungs- oder sicherheitsrelevant" durch die Wörter "verteidigungs- und sicherheitsrelevant" zu ersetzen.
- In Wo 3. b) In Nummer 3 sind nach dem Wort "oder" die Wörter "zum Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen des Staates" einzufügen.

Begründung:

Mit dem neu konzipierten § 100 Absatz 8 Nummer 3 GWB sollen nach der Gesetzesbegründung (Seite 16 f. zu Artikel 1 § 100 Absatz 8 Nummer 1 bis 3) die Regelungsinhalte des Artikels 14 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2009/81/EG beibehalten werden, um Regelungslücken zu vermeiden.

Tatsächlich aber wird der Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung zur Beschaffung von Informationstechnik und Telekommunikationsanlagen entgegen Artikel 14 VKR ausgeweitet. Denn Artikel 14 3. Alternative VKR sieht vor, dass die Richtlinie u. a. nicht für öffentliche Aufträge gilt, wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen dieses Mitgliedstaates es gebietet. Die bisherige Umsetzungsbestimmung in § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppel-

buchstabe cc GWB a. F. hatte diese Regelung noch wie folgt umgesetzt: "Dieser Teil gilt nicht für Arbeitsaufträge und für Aufträge, bei denen es ... wesentliche Sicherheitsinteressen bei der Beschaffung von Informationstechnik oder Telekommunikationsanlagen gebieten ..."

Der entscheidende Gesichtspunkt der wesentlichen Sicherheitsinteressen sowohl aus Artikel 14 3. Alternative VKR als auch aus der Vorgängerregelung in § 100 Absatz 2 GWB fehlt nunmehr in § 100 Absatz 8 Nummer 3 3. Alternative GWB.

Damit würde die Auftragsvergabe von Informationstechnik und Telekommunikationsanlagen außerhalb verteidigungs- und sicherheitsrelevanter Beschaffungen im engeren Sinne vom Vergaberecht ohne besondere Voraussetzungen schon dann kraft Gesetzes ausgenommen, wenn die Nichtanwendung des Vergaberechts geboten ist, ohne dass dafür weitere Voraussetzungen, wie diejenigen der Vergabekoordinierungsrichtlinie ("wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen des Mitgliedstaats es gebietet"), vorliegen müssten.

Dies wäre europarechtswidrig. Daher bedarf es der Einfügung dieser zusätzlichen Voraussetzung in § 100 Absatz 8 Nummer 3 3. Alternative GWB wie auch schon in der bisher geltenden Regelung in § 100 Absatz 2 Buchstabe d Doppelbuchstabe cc GWB.

In
Wo

4. Zu Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe b (§ 115 Absatz 4 GWB)

Artikel 1 Nummer 7 Buchstabe b ist wie folgt zu fassen:

"b) Absatz 4 wird aufgehoben."

Begründung:

Ein automatisches Entfallen des Zuschlagsverbots nach § 115 Absatz 1 GWB wie es der derzeitige § 115 Absatz 4 Satz 1 GWB nach Ablauf von zwei Kalendertagen nach Zustellung eines Schriftsatzes durch die Vergabekammer vorsieht, mit dem lediglich vom Auftraggeber behauptet wird, die Voraussetzungen des § 100 Absatz 2 Buchstabe d GWB (siehe § 100 Absatz 8 Nummer 1 bis 3 GWB-E) lägen vor, widerspricht seit dem 21. August 2011 dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2009/81/EG, nunmehr Artikel 56 Absatz 3 dieser Richtlinie. Denn Artikel 56 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG sieht vor: "Wird eine von dem Auftraggeber unabhängige Stelle in erster Instanz mit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung befasst, so sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass der Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat. Diese Aussetzung endet frühestens mit Ablauf der Stillhaltefrist nach Artikel 57 Absatz 2 und Artikel 60 Absatz 4 und 5".

Da die Stillhaltefrist im deutschen (§ 101a GWB) wie im europäischen Rechtsschutzbereich (Artikel 57 Absatz 2 der Richtlinie 2009/81/EG) auf

mindestens zehn Kalendertage festgelegt ist, wird diese Schutzfrist nicht eingehalten, wenn der Auftraggeber z. B. schon am Tag der Information über einen bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag die Voraussetzungen des § 100 Absatz 2 Buchstabe d GWB einwendet und die Vergabekammer - wie gesetzlich in § 115 Absatz 4 GWB gefordert - diesen Schriftsatz unverzüglich dem Antrag stellenden Unternehmen zustellt. Denn dann entfällt ohne eine nach Artikel 56 Absatz 9 Satz 1 der Richtlinie 2009/81/EG ebenfalls erforderliche schriftliche Begründung der erstinstanzlichen Nachprüfungsinstanz die Zuschlagsperre nach Ablauf von zwei Kalendertagen automatisch kraft Gesetzes.

Schon zur bisherigen Rechtslage haben die Obergerichte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juni 2011, Az.: VII-Verg 49/11 und OLG Koblenz, Beschluss vom 15. September 2010, Az.: 1 Verg 7/10, NZBau 2010, 778) erhebliche Zweifel an der Europakonformität des § 115 Absatz 4 GWB gehegt. Nach der Direktgeltung des Artikels 56 der Richtlinie 2009/81/EG sind diese Bedenken nunmehr durch die ersatzlose Streichung von § 115 Absatz 4 GWB zu beachten und darüber hinaus zur Herstellung einer europakonformen Rechtsschutzlage unumgänglich.

Die theoretische Wiederherstellungsmöglichkeit des Zuschlagsverbots nach § 121 Absatz 4 Satz 2 GWB ändert daran nichts, da die Sicherstellung der Einhaltung der Stillhaltefrist gemäß Artikel 56 Absatz 3 der Richtlinie 2009/81/EG nicht automatisch, sondern nur auf Auftrag hin gewährleistet ist und eine Entscheidung des zweitinstanzlichen OLG die notwendige begründete Entscheidung der ersten Instanz nicht ersetzen kann.

Zudem entspricht die dafür zur Verfügung gestellte Frist von zwei Kalendertagen nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen an einen effektiven Rechtsschutz und läuft an einem Wochenende faktisch leer.

Wi 5. Zu Artikel 2 Nummer 3 bis 6 - neu - (§§ 7 Absatz 5, 6 Nummer 2, 29 Absatz 2 Satz 3, 4, Anhang 4, Anhang 5 SektVO

Dem Artikel 2 sind folgende Nummern 3 bis 6 anzufügen:

3. § 7 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 5 wird in Satz 1 das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugen" durch das Wort "Straßenfahrzeugen" und in Satz 2 das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugs" durch das Wort "Straßenfahrzeugs" ersetzt.
- b) In Absatz 6 Nummer 2 wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugen" durch das Wort "Straßenfahrzeugen" ersetzt.

4. In § 29 Absatz 2 wird in Satz 3 und in Satz 4 das Wort "Straßenverkehrs-

fahrzeugen" jeweils durch das Wort "Straßenfahrzeugen" ersetzt.

5. Anhang 4 wird wie folgt geändert:
 - a) In der Bezeichnung des Anhangs 4 wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugen" durch das Wort "Straßenfahrzeugen" ersetzt.
 - b) In der Bezeichnung der Tabelle 3 wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugen" durch das Wort "Straßenfahrzeugen" ersetzt.

6. Anhang 5 wird wie folgt geändert:
 - a) In der Bezeichnung des Anhangs 5 wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugen" durch das Wort "Straßenfahrzeugen" ersetzt.
 - b) In Nummer 1 im Einleitungssatz, in Buchstabe a Einleitungssatz, in Buchstabe a Doppelbuchstabe cc, in Buchstabe b und in Buchstabe c Satz 1 wird jeweils das Wort "Straßenverkehrsfahrzeugs" durch das Wort "Straßenfahrzeugs" ersetzt.
 - c) In Nummer 2 Satz 2 wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeuge" durch das Wort "Straßenfahrzeuge" ersetzt.'

Begründung:

In der im Amtsblatt der Europäischen Union L 37 vom 11. Februar 2011 auf Seite 30 veröffentlichten Berichtigung der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (ABl. L 120 vom 15. Mai 2009) wird das Wort "Straßenverkehrsfahrzeug" in Artikel 4 Definitionen ersetzt durch das Wort "Straßenfahrzeug". Damit enthält die Richtlinie und deren Anlagen das Wort Straßenverkehrsfahrzeug nicht mehr. Die Verordnung, mit der die Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt wird, sollte daher dieses im Sprachgebrauch eher seltene Wort ebenfalls zu Gunsten des Wortes Straßenfahrzeug vermeiden.

B.

6. Der **Finanzausschuss** und der **Rechtsausschuss** empfehlen dem Bundesrat, gegen den Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes keine Einwendungen zu erheben.